

## Die Veröffentlichung des Werkes

„Der Haushaltsplan als Ermächtigungsgrundlage für die sozialgestaltende  
Verwaltung“

erfolgt mit freundlicher Genehmigung des Autors.

**Der Haushaltsplan als Ermächtigungsgrundlage  
für die sozialgestaltende Verwaltung**

**Inaugural-Dissertation**

zur Erlangung des akademischen Grades eines  
Doktors der Rechte durch die Rechts- und Staats-  
wissenschaftliche Fakultät der Westfälischen  
Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von

**Günter Cronau**

aus Siegen  
1962



Zweiter Abschnitt: Stellungnahme 34

§ 12: Das Grundgesetz und das Erfordernis einer Ermächtigungsgrundlage für die sozialgestaltende Verwaltung ..... 34

§ 13: Rechtstheoretisches Prinzip ..... 40

§ 14: Prinzip der Gewaltengliederung ..... 49

§ 15: Demokratisches Prinzip ..... 53

§ 16: Formal-rechtsstaatliches Prinzip ..... 61

§ 17: Material-rechtsstaatliches Prinzip ..... 67

§ 18: Das Erfordernis einer Ermächtigungsgrundlage für die sozialgestaltende Verwaltung auf Grund des rechtstheoretischen Prinzips und der Gestaltungsprinzipien des Grundgesetzes ... 71

D r i t t e r   T e i l :

Der Haushaltsplan als Ermächtigungsgrundlage 80

§ 19: Die Gründe der Problematik ..... 80

Erster Abschnitt: Die Behandlung des Problems in Lehre und Rechtsprechung 81

§ 20: Die Vorbelastung des Problems durch den Streit um den Rechtscharakter des Haushaltsplans ..... 81

§ 21: Die Wiedergabe der bestehenden Ansichten ..... 86

Zweiter Abschnitt: Stellungnahme 89

§ 22: Der Haushaltsplan ..... 89

§ 23: Der allgemeine Zusammenhang zwischen Haushaltsplan und sozialgestaltender Verwaltung ..... 95

§ 24: Die besonderen Zusammenhänge zwischen Haushaltsplan und sozialgestaltender Verwaltung ..... 97

§ 25: Der Normcharakter des Haushaltsplans ..... 113

§ 26: Die Anordnungen des Haushaltsplans als Ermächtigungsnormen ..... 142

§ 27: Das Zusammenwirken der Normen des Haushaltsplans mit den Normen der sonstigen staatlichen Willensäußerungen ..... 160

§ 28: Der Rechtscharakter des Haushaltsplans ..... 171

S c h l u ß k a p i t e l :

§ 29: Zusammenfassung der wesentlichsten Ergebnisse 176

Schriftumsverzeichnis:

Abraham, Hans Jürgen, Bühler, Ottmar, Dennewitz, Bodo u.a.: Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar), Hamburg 1950.

Anschütz, Gerhard: Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des königlichen Verordnungsrechts nach preußischem Staatsrecht, 2. Aufl., Tübingen/Leipzig 1901.

- Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, München/Leipzig 1919.

- Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 14. Aufl., Berlin 1933, unveränderter fotomechanischer Nachdruck, Bad Homburg vor der Höhe 1960.

Arendt, Karlheinz: Der parlamentarische Vorbehalt in der Praxis des Wirtschaftsrates, DRZ 1949, S. 29.

Arndt, Adolf: Das Verordnungsrecht des Deutschen Reiches auf der Grundlage des preußischen, Berlin/Leipzig 1884.

- Das Preussische und das Reichs-Budgetrecht, AöR Bd. 3 (1888), S. 533.

Bachof, Otto: Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht: gelöste und ungelöste Probleme, DÖV 1953, S. 417.

- Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, VVDStRL H. 12 (1954), S. 37.

- Aussprache über: Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, VVDStRL H. 14 (1956), S. 174.

Bäumlin, Richard: Die rechtsstaatliche Demokratie, Zürich 1954, Diss. jur. Bern.

Becker, Erich: Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, VVDStRL H. 14 (1956), S. 96.

- Funktionenhaushalt und Verwaltungsaufgaben, Kommunal-Kassen-Zeitschrift 1957, S. 106.

Beinhardt, Gerd: Das Recht der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in seinem Verhältnis zur Eingriffs- und Leistungsverwaltung, DVBl. 1961, S. 608.

Belau, Bruno: Zur Auslegung und Anwendung des Artikels 113 des Grundgesetzes, DVBl. 1951, S. 429.

Bellstedt, Christoph: Bedürfen Subventionen gesetzlicher Grundlage? DÖV 1961, S. 161.

Bierling, Ernst-Rudolf: Juristische Prinzipienlehre, Bd. 2, Freiburg/Leipzig/Tübingen 1898.

Bilfinger, Carl: Der Streit um das Panzerschiff A und die Reichsverfassung, AöR Bd. 55 (1929), S. 416.

- Böckenförde, Ernst-Wolfgang: Gesetz und gesetzgebende Gewalt, Berlin 1958, Diss. jur. Münster 1958.
- Böhmer, Gustav: Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, 2. Buch, 1. Abt., Tübingen 1951.
- Bornhak, Conrad, Preussisches Staatsrecht, Bd. 3, Freiburg 1890.
- Braun, Paul Ernst: Die Ausgabeninitiative des Parlaments in ihrer Entwicklung und Geltung, AöR N.F. Bd. 6 (1924), S. 42.
- Burckhardt, Walther: Methode und System des Rechts, Zürich 1936.
- Coing, Helmut: System, Geschichte und Interesse in der Privatrechtswissenschaft, JZ 1951, S. 481.
- Dahlgrün, Hans Georg: Die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen einer Reform des staatlichen Haushaltsrechts, DÖV 1955, S. 6.
- Düring, Günter: Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat, JZ 1953, S. 193.
- Besprechung zu: Menger, Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz, AöR Bd. 79 (1953/54), S. 254.
- Eichler, Hermann: Die Rechtslehre vom Vertrauen, Tübingen 1950.
- Eisendrath, Ernst: Sozialstruktur, (II) Sozialer Aufstieg und Abstieg, HdWSW Bd. 9, Göttingen 1956, S. 587.
- Engel, Carl August: Einführung in die Rechtsphilosophie, Frankfurt a.M./Wien 1955.
- Ermacora, Felix: Die Organisationsgewalt, VVDStRL H. 16 (1958), S. 191.
- Evers, Hans-Ulrich: Verfassungsrechtliche Bindungen fiskalischer Regierungs- und Verwaltungstätigkeit, NJW 1960, S. 2073.
- Fechner, Erich: Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat, Tübingen 1953.
- Fleiner, Fritz: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, Tübingen 1928.
- Forsthoff, Ernst: Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, VVDStRL H. 12 (1954), S. 1.
- Anmerkung zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in DVBl. 1957, S. 721.
- Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, Stuttgart 1959 (zit.: Rechtsfragen).
- Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., München/Berlin 1961 (zit.: Lehrbuch).
- Friesenhahn, Ernst: Die rechtsstaatlichen Grundlagen des Verwaltungsrechts, Recht, Staat, Wirtschaft, Bd. 2, Stuttgart/Köln 1950, S. 239.

- Friesenhahn, Ernst: Parlament und Regierung im modernen Staat, VVDStRL H. 16 (1958), S. 9.
- von Gama, Frhr., Otto-Friedrich: Das Verwaltungshandeln und der Rechtsweg, NJW 1957, S. 1055.
- Gerber, Hans: Besprechung der Schrift Lutz Richters, Die Organisationsgewalt, AöR Bd. 52 (1927), S. 450.
- Haas, Diether: Das Verwaltungsprivatrecht im System der Verwaltungshandlungen und der fiskalische Bereich, DVBl. 1960, S. 303.
- Haenel, Albert: Studien zum Deutschen Staatsrecht, Bd. 2, 2. Teil: Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne, Leipzig 1888 (zit.: Studien II).
- Hamann, Andreas: Die Bindung der staatlichen Organisationsgewalt an die Gesetzgebung, NJW 1956, S. 1.
- Wirtschaftswerbung im Rundfunk und Fernsehen, NJW 1957, S. 1422.
- Das Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl., Neuwied/Berlin/Darmstadt 1961.
- Hatschek, Julius: Deutsches und Preussisches Staatsrecht, 1. Aufl., Berlin 1923, 2. Aufl., mitbearbeitet und hgg. von Paul Kurtzig, Berlin 1930 (zit.: Hatschek-Kurtzig).
- Hausen, Fritz: Die Voraussetzungen der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts, NJW 1960, S. 1881.
- Heck, Philipp: Interessenjurisprudenz, Recht und Staat, H. 97, Tübingen 1933.
- Heckel, Johannes: Die Entwicklung des parlamentarischen Budgetrechts und seiner Ergänzungen, HdbDStR Bd. 2, Tübingen 1932, § 87 S. 358.
- Einrichtung und rechtliche Bedeutung des Reichshaushaltsgesetzes, a.a.O., § 88 S. 374.
- Die Budgetverabschiedung, insbesondere die Rechte und Pflichten des Reichstages, a.a.O., § 89 S. 392.
- Heinig, Kurt: Das Budget, Tübingen 1951.
- Heller, Hermann: Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung, VVDStRL H. 4 (1927), S. 98.
- Henrichs, Wilhelm: Artikel 113 des Grundgesetzes und verwandte Bestimmungen, Diss. jur. Bonn 1958.
- Henze, Karl Otto: Verwaltungsrechtliche Probleme der staatlichen Finanzhilfe zugunsten Privater, Heidelberg 1958, Diss. jur. Heidelberg 1954.

- Hesse, Konrad: Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht, AöR Bd. 77 (1951/52), S. 167.
- Hettlage, Karl Maria: Finanzpolitik und Finanzrecht. Grundsätzliche Überlegungen zur Neuordnung des Bundesfinanzrechts, DÖV 1955, S. 1 und 38.
- Die Finanzverfassung im Rahmen der Staatsverfassung, VVDStRL H. 14 (1956), S. 2.
  - Anmerkung zum Beschluß des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts in DÖV 1957, S. 291.
- Huber, Ernst Rudolf: Wirtschaftsverwaltungsrecht, Tübingen 1953.
- Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht, DÖV 1956, S. 97, 135, 172 und 200.
- Huber, Hans: Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates, Festgabe für Giacometti, Zürich 1953, S. 59.
- Imboden, Max: Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, Basel 1954.
- Der verwaltungsrechtliche Vertrag, Basel 1958.
  - Montesquieu und die Lehre der Gewaltentrennung, Berlin 1959.
- Ipsen, Hans Peter: Über das Grundgesetz, Hamburger Universitätsreden, H. 9, Hamburg 1950.
- Enteignung und Sozialisierung, VVDStRL H. 10 (1952), S. 74.
  - Die hessische Bodenreform vor dem Bundesverfassungsgericht, DVBl. 1953, S. 617.
  - Öffentliche Subventionierung Privater, DVBl. 1956, S. 461, 498 und 602.
  - Aussprache über: Die Organisationsgewalt, VVDStRL H. 16 (1958), S. 257.
- Jacobi, Erwin: Die Rechtsverordnungen, HdbDStR Bd. 2, Tübingen 1932, § 77 S. 236.
- Jahn, Gustav R.: Der § 18 des Reichshaushaltsgesetzes für das Rechnungsjahr 1931 vom 30. März 1931, AöR Bd. 60 (1932), S. 245.
- Jellinek, Georg: Gesetz und Verordnung, 1887, Neudruck, Tübingen 1919.
- Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., 7. Neudruck, Bad Homburg vor der Höhe 1960.
- Jellinek, Walter: Aussprache über: Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung, VVDStRL H. 4 (1928), S. 188.
- Das einfache Reichsgesetz, HdbDStR Bd. 2, Tübingen 1932, § 72 S. 160.

- Jellinek, Walter: Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Offenburg 1948.
- Jéze, Gaston: Allgemeine Theorie des Budgets, Deutsche Ausgabe von Fritz Neumark, Tübingen 1927.
- Kägi, Werner: Rechtsstaat und Demokratie, Festgabe für Giacometti, Zürich 1953, S. 107.
- Kaufmann, Erich: Verwaltung und Verwaltungsrecht, WbDStuVR Bd. 3, Tübingen 1914, S. 688.
- Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, VVDStRL H. 3 (1927), S. 2.
  - Aussprache in: Die Übertragung rechtssetzender Gewalt im Rechtsstaat, Wissenschaftliche Schriftenreihe des Instituts zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten e.V., Bd. 12, Frankfurt a.M. 1952, S. 118.
- Kelsen, Hans: Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925.
- Aussprache über: Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung, VVDStRL H. 4 (1927), S. 168.
  - Vom Wert und Wesen der Demokratie, 2. Aufl., Tübingen 1929.
  - Reine Rechtslehre, 1. Aufl., Wien 1934, 2. Aufl., Wien 1960.
- Kern, Ernst: Bundestag und Bundesregierung, MDR 1950, S. 655.
- Klee, Friedrich: Das Haushaltsrecht des Bundes und der Länder, München/Berlin 1951.
- Klein, Friedrich: Senkung der Haushaltseinnahmen des Bundes durch Beschlüsse des Bundestages und des Bundesrates ohne Zustimmung der Bundesregierung? Zur Problematik des Art. 113 des Bonner Grundgesetzes, Steuer und Wirtschaft, XXVII. Jg., 1950, Sp. 761.
- Verordnungsermächtigungen nach deutschem Verfassungsrecht, Die Übertragung rechtssetzender Gewalt im Rechtsstaat, Wissenschaftliche Schriftenreihe des Instituts zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten e.V., Bd. 12, Frankfurt a.M. 1952, S. 7.
- Klüber, Hans: Die Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in ihrem Verhältnis zur Leistungsverwaltung, DVBl. 1957, S. 827.
- König, René: Gesellschaft, Das Fischer-Lexikon, König, René, Bd. Soziologie, Frankfurt a.M. 1958, S. 98.
- Köttgen, Arnold: Subventionen als Mittel der Verwaltung, DVBl. 1953, S. 485.
- Die gegenwärtige Lage der deutschen Verwaltung, DVBl. 1957, S. 441.
  - Die Organisationsgewalt, VVDStRL H. 16 (1958), S. 154.

- Kormann, Karl: Einführung in die Praxis des deutschen Verwaltungsrechts, 2. Aufl., bearbeitet von Friedrich List, Tübingen 1930.
- Kreutzer, Heinz: Verwaltung, Das Fischer-Lexikon, Fraenkel, Ernst und Bracher, Karl Dietrich, Bd. Staat und Politik, Frankfurt a.M. 1957.
- Krüger, Herbert: Rechtsverordnung und Verwaltungsanweisung, Festschrift für Smend, Göttingen 1952, S. 211.
- Die Auflage als Instrument der Wirtschaftsverwaltung, DVBl. 1955, S. 380, 450 und 518.
  - Aussprache über: Die Organisationsgewalt, VVDStRL H. 16 (1958), S. 254.
- Krüger, Hildegard: Gibt es eine Inkompatibilität für die Mitglieder der Gesetzgebungsorgane nach dem Grundgesetz? ZgesStW Bd. 106 (1950), S. 700.
- Die Verfassungswidrigkeit der lex Schörner, DVBl. 1955, S. 758 und 791.
- Küchenhoff, Günther und Küchenhoff, Erich: Allgemeine Staatslehre, 4. Aufl., Stuttgart 1959.
- Laband, Paul: Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der Preussischen Verfassungs-Urkunde unter Berücksichtigung der Verfassung des Norddeutschen Bundes, Berlin 1871 (zit.: Das Budgetrecht).
- Zur Lehre vom Budgetrecht, AöR Bd. 1 (1886).
  - Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 4, 5. Aufl., Tübingen 1914.
- Lang, Hans: Der Haushaltsplan im Deutschen Reich und im Freistaat Bayern, Veröffentlichungen der Sektion für Rechts- und Staatswissenschaft der Görresgesellschaft, H. 55, Paderborn 1930.
- Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin/Göttingen/Heidelberg 1960.
- Leisner, Walter: Grundrechte und Privatrecht, München/Berlin 1960.
- Löw, Konrad: Fiskalgeltung der Grundrechte? DÖV 1957, S. 879.
- Loschelder, Wilhelm: Die Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in ihrem Verhältnis zur Leistungsverwaltung, DVBl. 1957, S. 819.
- Mallmann, Walter: Schranken nichtstaatlicher Verwaltung, VVDStRL H. 19 (1961), S. 165.
- von Mangoldt, Hermann: Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Berlin/Frankfurt a.M. 1953.
- von Mangoldt, Hermann und Klein, Friedrich: Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, Berlin/Frankfurt a.M. 1957.
- von Martitz, Ferdinand: Über den konstitutionellen Begriff des Gesetzes nach deutschem Staatsrecht, ZgesStW Bd. 36 (1880), S. 255.

- Maunz, Theodor: Die Finanzverfassung im Rahmen der Staatsverfassung, VVDStRL H. 14 (1956), S. 37.
- Maunz, Theodor und Dürig, Günter: Grundgesetz, Kommentar, Lieferung 1 bis 5, München/Berlin 1961.
- Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1 und 2, 1. Aufl., Leipzig 1895, 2. Aufl., München/Leipzig 1924.
- Meister, Michael: Das deutsche und englische Budget, München 1933.
- Menger, Christian Friedrich: Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz, Tübingen 1953.
- Rechtssatz, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DÖV 1955, S. 587.
  - Das Gesetz als Norm und Maßnahme, VVDStRL H. 15 (1957), S. 3.
  - Die Bestimmung der öffentlichen Verwaltung nach den Zwecken, Mitteln und Formen des Verwaltungshandelns, DVBl. 1960, S. 297.
  - Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VwArch Bd. 51 (1960), S. 149.
- Merk, Wilhelm: Aussprache über: Die Organisationsgewalt, VVDStRL H. 16 (1958), S. 252.
- Aussprache über: Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut, VVDStRL H. 18 (1960), S. 171.
- Merkl, Adolf: Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien/Berlin 1927.
- Empfiehlt es sich, die bestehenden Grundsätze über die Bewilligung der Einnahmen und Ausgaben für die Haushalte des Reiches und der Länder zu ändern? Verhandlungen des fünfunddreißigsten Juristentages (Salzburg), Bd. 1 (Gutachten), S. 335, Berlin/Leipzig 1928.
  - Idee und Gestalt der politischen Freiheit, Festgabe für Giacometti, Zürich 1953, S. 163.
- Meyer, Georg: Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 6. Aufl., bearbeitet von Gerhard Anschütz, Leipzig 1905.
- von Münch, Ingo: Die Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz, AöR Bd. 85 (1960), S. 270.
- Naumann, Richard: Aussprache über: Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVDStRL H. 11 (1954), S. 131.
- Nawiasky, Hans: Allgemeine Staatslehre, Teil 3, Einsiedeln/Zürich/Köln 1956.
- Die Verpflichtung der Regierung durch Beschlüsse des Landtags nach bayerischem Verfassungsrecht, Festschrift für Apelt, München/Berlin 1958, S. 137.

- Hef, Hans: Die Fortbildung der schweizerischen Demokratie, Festgabe für Giacometti, Zürich 1953, S. 203.
- Neidl, Wilhelm: Das österreichische Budget und Budgetrecht, Wien 1927.
- Neumann, Franz: Zum Begriff der politischen Freiheit, ZgesStW Bd. 109 (1953), S. 25.
- Neumann, Franz, Nipperdey, Hans Carl und Scheuner, Ulrich: Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Bd. 2, Berlin 1954.
- Neumann, Peter: Wirtschaftslenkende Verwaltung, Stuttgart 1959.
- Neumark, Fritz: Der Reichshaushaltsplan, Jena 1929.
- Zur Fortbildung des Reichshaushaltsrechts, Vierteljahresschrift für Steuer- und Finanzrecht 1929, S. 417.
- Obermayer, Klaus: Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt. Stuttgart/München/Hannover 1956.
- Das Bundesverfassungsgericht und der Vorbehalt des Gesetzes, DVBl. 1959, S. 354.
- Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut, VVDStRL H. 18 (1960), S. 144.
- Peters, Hans: Lehrbuch der Verwaltung, Berlin/Göttingen/Heidelberg 1949.
- Die staatsrechtliche Ermächtigung, Deutsche Landesreferate zum III. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in London 1950, Berlin/Tübingen 1950, S. 840.
- Pražák, Georg: Beiträge zum Budgetrecht und zur Lehre von den formellen Gesetzen, AöR Bd. 2 (1887), S. 441.
- Radbruch, Gustav: Rechtsphilosophie, 5. Aufl., hgg. von Erik Wolf, Stuttgart 1956.
- Rasch, E.: Die Behörde, VwArch Bd. 50 (1959), S. 1.
- Rau, W.: Wirtschaftslenkende Verwaltung, DVBl. 1960, S. 337.
- Rehm, Hermann: Allgemeine Staatslehre, Freiburg 1899.
- Reuss, W. und Jantz, K.: Sozialstaatsprinzip und soziale Sicherheit, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 10, Stuttgart 1960.
- Richter, Lutz: Die Organisationsgewalt, Leipzig 1926.
- von Rönne, Ludwig: Das Staatsrecht der Preussischen Monarchie, Bd. 1, Verfassungsrecht, 4. Aufl., Leipzig 1881.
- Roos, Gottfried: Der Grundsatz der gesetzmäßigen Verwaltung und seine Bedeutung für die Anwendung des Verwaltungsrechts, Berner Festgabe für den schweizerischen Juristenverein, Bern 1955.

- Rothenbücher, Karl: Über die Verpflichtung der Reichsregierung, vom Reichstag bewilligte Ausgaben auszuführen, RuPrVwBl. Bd. 50 (1929), S. 4.
- Rupp, Hans Heinrich: Die Beseitigungs- und Unterlassungsklage gegen Träger hoheitlicher Gewalt, DVBl. 1958, S. 113.
- Verwaltungsakt und Vertragsakt, DVBl. 1959, S. 81.
- von Sarwey, Otto: Allgemeines Verwaltungsrecht, Freiburg 1887.
- Schaumann, Wilfried: Grundrechtsanwendung im Verwaltungsprivatrecht, JuS 1961, S. 110.
- Scheuner, Ulrich: Ausländische Erfahrungen zum Problem der Übertragung rechtssetzender Gewalt, Die Übertragung rechtssetzender Gewalt im Rechtsstaat, Wissenschaftliche Schriftenreihe des Instituts zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten e.V., Bd. 12, Frankfurt a.M. 1952, S. 118.
- Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVDStRL H. 11 (1954), S. 1.
- Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland, Karlsruhe 1960.
- Schindler, Dietrich: Verfassungsrecht und soziale Struktur, Zürich 1950.
- Schindler, Dietrich, Die Bundessubventionen als Rechtsproblem, Aarau 1951, Diss. jur. Zürich.
- Schmitt, Carl: Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen, Tübingen 1914.
- Verfassungslehre, München/Leipzig 1928, unveränderter Neudruck, Berlin 1954.
- Schnettler, Albert: Öffentliche Betriebe, Essen 1956.
- Schnorr, Gerhard: Die Rechtsidee im Grundgesetz. Zur rechtstheoretischen Präzisierung des Art. 20 Abs. 3 GG, AöR Bd. 85 (1960), S. 122.
- Schulze, Hermann: Das preussische Staatsrecht auf Grundlage des deutschen Staatsrechts, Bd. 2, Leipzig 1877.
- Schulze, Rudolf und Wagner, Erich: Reichshaushaltsordnung vom 31.12.1922, Kommentar, 3. Aufl., Berlin 1934.
- Scupin, Ulrich: Aussprache über: Die Organisationsgewalt, VVDStRL H. 16 (1958), S. 264.
- Seidler, Gustav: Budget und Budgetrecht, Wien 1885.
- von Seydel, Max: Kommentar zur Verfassungsurkunde für das Deutsche Reich, Freiburg 1897.

- Siebert, Wolfgang: Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung, Festschrift für Niedermeyer, Göttingen 1953, S. 215.
- Spanner, Hans: Organisationsgewalt und Organisationsrecht, DÖV 1957, S. 640.
- Stahl, Friedrich Julius: Die Philosophie des Rechts, Bd. 2: Rechts- und Staatslehre, 2. Abt.: Die Lehre vom Staat und die Prinzipien des deutschen Staatsrechts, 3. Aufl., Heidelberg 1856.
- Stern, Klaus: Rechtsfragen der öffentlichen Subventionierung Privater, JZ 1960, S. 518 und 557.
- Thierfelder, Hans: Die staatsrechtliche Bedeutung des Staatshaushaltsplanes, Diss. jur. Tübingen 1959.
- Thoma, Richard: Der Vorbehalt des Gesetzes im preußischen Verfassungsrecht, Festgabe für Otto Mayer, Tübingen 1916.
- Der Vorbehalt der Legislative und das Prinzip der Gesetzmäßigkeit von Verwaltung und Rechtsprechung, HdbDStR Bd. 2, Tübingen 1932, § 76 S. 221.
- Thon, August: Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne mit Beziehung auf die gleichbenannte Abhandlung von Dr. Albert Hänel, AöR Bd. 5 (1890), S. 149.
- Triepel, Heinrich: Delegation und Mandat im öffentlichen Recht, Stuttgart/Berlin 1942.
- Ule, Carl Hermann: Anmerkung zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in DVBL. 1955, S. 770.
- Über das Verhältnis von Verwaltungsstaat und Rechtsstaat, Staats- und verwaltungswissenschaftliche Beiträge, hgg. von der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Stuttgart 1957, S. 127.
- Vialon, Friedrich Karl: Das Haushaltsrecht der Bundesrepublik Deutschland, AöR Bd. 77 (1951/52), S. 27.
- Haushaltsrecht, Kommentar, 2. Aufl., Berlin/Frankfurt a.M. 1959.
- Viehweg, Theodor: Topik und Jurisprudenz, München 1954.
- Wacke, Gerhard: Das Finanzwesen der Bundesrepublik, Beihefte zur DRZ, Bd. 13 (1950).
- Weber, Max: Wirtschaft und Gesellschaft, 2. Halbband, 4. Aufl., Tübingen 1956.
- Weber, Werner: Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, 2. Aufl., Stuttgart 1958.
- Aussprache über: Die Organisationsgewalt, VVDStRL H. 16 (1958), S. 243.

- Wenzel, Max: Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung, VVDStRL H. 4 (1928), S. 136.
- Wertenbruch, Wilhelm: Grundrechtsanwendung im Verwaltungsprivatrecht, JuS 1961, S. 105.
- von Wiese, Leopold: Beziehungssoziologie, HdWSW Bd. 2, Göttingen 1959, S. 198.
- Winkelvoss, Reimer: Das Recht auf ausreichende Wohnung, NJW 1958, S. 2000.
- Witten, Egmont: Subventionen in der Rechtsprechung, DVBL. 1958, S. 699.
- Wobser, Erhard: Die tragenden Haushaltsprinzipien und ihre Durchführung im Bundeshaushalt, Der öffentliche Haushalt 1955, S. 137.
- Wolff, Hans J.: Organschaft und juristische Person, Bd. 1: Juristische Person und Staatsperson, Berlin 1933.
- Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft, Studium generale 1952, S. 195.
- Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen, Gedächtnisschrift für Jellinek, München 1955, S. 33.
- Über die Gerechtigkeit als principium juris, Sonderdruck aus der Festschrift für Sauer, Berlin 1957.
- Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., München/Berlin 1959 (zit.: VwR I).
- Verwaltungsrecht II, Manuskript, (zit.: VwR II).
- Zeidler, Karl: Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL H. 19 (1961), S. 208.
- Zorn, Phillip: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Berlin/Leipzig 1883.
- Zu den Streitfragen über Gesetz und Verordnung nach deutschem Reichsstaatsrecht, Hirth's Annalen 1885.

Abkürzungsverzeichnis:

AS	Ämtliche Sammlung der Entscheidungen des davor genannten Gerichts.
ÄöR	Archiv des öffentlichen Rechts.
BAG	Bundesarbeitsgericht.
Bd.	Band.
BGH	Bundesgerichtshof.
BVerfG	Bundesverfassungsgericht.
BVwG	Bundesverwaltungsgericht.
DÖV	Die öffentliche Verwaltung.
DRZ	Deutsche Rechts-Zeitschrift.
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt.
E	Ämtliche Sammlung der Entscheidungen des davor genannten Gerichts.
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949.
GS	Großer Senat.
H.	Heft.
HdbDStR	Handbuch des Deutschen Staatsrechts, hrsgg. von Anschütz und Thoma.
HdWSW	Handwörterbuch der Sozialwissenschaften.
h.M.	Herrschende Meinung.
JuS	Juristische Schulung.
JZ	Juristenzeitung.
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht.
N.F.	Neue Fassung.
EJW	Neue Juristische Wochenschrift.
OVG	Oberverwaltungsgericht.
RGBl.	Reichsgesetzblatt.
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
RHO	Reichshaushaltsordnung vom 31.12.1922.
RKO	Reichskassenordnung vom 6.8.1927.
RMinBl.	Reichsministerialblatt.
RuPrVwBl.	Reichsverwaltungsblatt und Preußisches Verwaltungsblatt.
RWB	Wirtschaftsbestimmungen für die Reichsbehörden vom 11.2.1929.
S.	Seite; in Art. und §§ Satz.
StGH	Staatsgerichtshof.

VerfGH	Verfassungsgerichtshof.
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer.
VwArch	Verwaltungsarchiv.
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung vom 21.1.1960.
VbDStuVR	Wörterbuch des Staats- und Verwaltungsrechts, hrsgg. von Stengel und Fleischmann, 2. Aufl., 1911 - 1914.
ZgesStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft.

§ 1: Aufweisung und Abgrenzung des Problems

A) Unter dem Eindruck des Grundgesetzes, das in Art. 20 Abs. 3 die Bindung der vollziehenden Gewalt an Gesetz und Recht ausspricht, wandte die Verwaltungsrechtswissenschaft ihr Augenmerk in verstärktem Maße derjenigen Verwaltungstätigkeit zu, die sich unter Durchbrechung des liberalistischen Tabus einer vom Staate ungestörten Entfaltung aller gesellschaftlichen Kräfte der Gestaltung der Sozialordnung widmete. Dabei wurde sie eines gesetzlicher Normierung weitgehend entzogenen Raumes freier Verwaltungsinitiative gewahr. Mit Recht legte sie sich die Frage vor, ob ein solcher Handlungsspielraum der öffentlichen Verwaltung mit der in Art. 20 Abs. 3 GG geforderten Bindung der vollziehenden Gewalt an Gesetz und Recht zu vereinbaren sei.

Zur Erfüllung ihrer modernen Aufgaben bedient sich die öffentliche Verwaltung neben den herkömmlichen Mitteln des Ausspruchs von Geboten und Verboten sowie der Erteilung, der Versagung und des Widerrufs von Erlaubnissen usw. auch anderer, in diesem Umfang früher nicht gekannter Tätigkeitsweisen. Mehr als schon immer gewährt sie Geld und Sachgüter, erbringt sie Dienste, und erstellt sie Einrichtungen.

Die erforderlichen Geldmittel werden der öffentlichen Verwaltung, von Ausnahmen abgesehen, durch den Haushaltsplan zugewiesen. Da der Haushaltsplan im Bunde und in allen Ländern mit Ausnahme der Hansestadt Hamburg <sup>1)</sup> der Feststellung durch Gesetz, in den Gemeinden und Gemeindeverbänden der Feststellung durch Satzung bedarf, liegt der Gedanke nahe, bei fehlender anderweitiger gesetzlicher Ermächtigung in beschränktem Umfange den Haushaltsplan als Ermächtigungsgrundlage genügen zu lassen.

1) Verfassung der Hansestadt Hamburg vom 28.5.1952, Art. 62 Abs. 2.

Ob der Haushaltsplan als Ermächtigungsgrundlage für die sozialgestaltende Verwaltung geeignet ist, hängt von der Vorfrage ab, welchen Anforderungen eine solche Ermächtigungsgrundlage entsprechen muß. Diese Vorfrage wurzelt außerhalb aller haushaltsrechtlichen Problemstellungen in den Gebieten der Rechtstheorie und des Staats- und Verwaltungsrechts.

Das Problem läßt sich demnach nur so lösen, daß zunächst die Anforderungen herausgearbeitet werden, die an eine Ermächtigungsgrundlage für die sozialgestaltende Verwaltung gestellt werden müssen, und dann der Haushaltsplan daraufhin untersucht wird, ob oder inwieweit er diesen Anforderungen entspricht.

B) Zwei Umstände sind es, die zu einer Ausweitung des aufgezeigten Problembereiches führen: Einmal ist der Begriff der sozialgestaltenden Verwaltung bisher ungebräuchlich; Lehre und Rechtsprechung begnügen sich statt seiner mit dem Begriff "Leistungsverwaltung". Zum anderen trüge die gesamte Untersuchung rein hypothetischen Charakter, wenn nicht wenigstens gewichtige Gründe für die Notwendigkeit sprächen, die sozialgestaltende Verwaltung in gewissem Umfange der Bindung an gesetzliche Ermächtigungen zu unterwerfen.

An erster Stelle wird daher der Begriff der sozialgestaltenden Verwaltung zu entwickeln sein. Im Anschluß daran müssen die Argumente aufgezeigt werden, die die Bindung der sozialgestaltenden Verwaltung an gesetzliche Ermächtigungen fordern. Diese Argumente werden auch gleichzeitig Aufschluß darüber geben, wie letztlich die Ermächtigungsgrundlagen beschaffen sein müssen. Wegen ihrer engen Verbundenheit können die beiden letzten Fragenkreise nur gemeinsam behandelt werden. Erst dann wird darauf einzugehen sein, ob der Haushaltsplan allein oder etwa in Verbindung mit anderen Bestimmungen eine Ermächtigungsgrundlage für die sozialgestaltende Verwaltung abgeben kann.

Da sich die tragenden Grundsätze des Haushaltsrechts im Bund, in den Ländern sowie in den Gemeinden und Gemeindeverbänden nicht oder nur geringfügig voneinander unterscheiden, soll der Vereinfachung halber die Untersuchung auf den Bundeshaushaltsplan beschränkt werden.

Vom Thema werden demnach nicht erfaßt die sich um den Haushaltsplan rankenden volkswirtschaftlichen, finanzwissenschaftlichen, haushaltstechnischen und haushaltspolitischen Fragen. Auf sie wird nur insoweit einzugehen sein, als dies zum Verständnis und zur Lösung des Problems unumgänglich ist. Im Mittelpunkt steht allein die rechtliche Bedeutung des Haushaltsplans.

## Erster Teil:

### Der Begriff der sozialgestaltenden Verwaltung

#### § 2: Die Gründe für die Entwicklung des Begriffs

A) Um die Notwendigkeit des Begriffs der sozialgestaltenden Verwaltung und sein Verhältnis zu dem in Lehre und Rechtsprechung gebräuchlichen Begriff der leistenden Verwaltung zu erkennen, bedarf es eines kurzen Rückblicks auf die historische Entwicklung der öffentlichen Verwaltung in Deutschland.

I. Die geistigen Leitbilder des 19. Jahrhunderts waren die Prinzipien des Liberalismus und der Rechtsstaatlichkeit, herausgebildet von so überragenden Köpfen wie Adam Smith, Immanuel Kant, Wilhelm von Humboldt u. a. Ausgehend von der Grundidee der individuellen Freiheit und im Vertrauen auf die Vernunft des Einzelnen konstruierte man einen Gegensatz zwischen Staat und Gesellschaft. Die Gesellschaft sollte sich um der Freiheit eines jeden Einzelnen willen, vom Staate unbeeinflusst, nach den ihr innewohnenden Kräften entwickeln. Der Staat sollte sich darauf beschränken, der Gesellschaft den nötigen Schutz vor innerstaatlichen und außerstaatlichen Störungen zu verleihen.<sup>1)</sup> Diesem Ziel konnte der Staat nur entsprechen durch Eingriffe in "Freiheit und Eigentum" der Bürger. Gebannt durch die "Antithese: staatlicher Zwang - individuelle Freiheit"<sup>2)</sup>, erblickte die sich durchsetzende Richtung der Verwaltungswissenschaft ihre Aufgabe darin, durch

1) Ferdinand Lasalle: "Wachtwächterstaat".

2) Forsthoff, Lehrbuch, S. 320.

Schaffung geeigneter Rechtsinstitute die Willkür des Staates in rechtliche Schranken zu weisen. Die Verwaltungswissenschaft, angeführt von Otto Mayer, begann ihren Triumphzug. Sie hat, die Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes für Eingriffe in Freiheit und Eigentum als unumstößliche Voraussetzung hinnehmend<sup>1)</sup>, der Verwaltung die "klassische(n) Mittel des Verwaltungshandelns", den Verwaltungsakt in der Form des Gebots oder Verbots, die Genehmigung oder die Erlaubnis mit oder ohne Auflagen und Bedingungen sowie die dem Verwaltungsakt zugeordneten Zwangsmittel an die Hand gegeben.<sup>2)</sup>

II. Mit dem Anbruch des Industriezeitalters verschwand die wirtschaftliche Antarkie des Einzelnen und wuchs seine soziale Bedürftigkeit. Je mehr man erkannte, daß die rechtsformale Gleichheit die gesellschaftlich-reale Ungleichheit nur vertiefte, um so dringender verlangte man nach einer Minderung der gesellschaftlichen Unterschiede, nach Herstellung sozialer Gerechtigkeit.<sup>3)</sup> Jeremias Bentham glaubte, dieses Ziel durch andere Einrichtungen als solche des Staates erreichen zu können. Der Hilferuf der Massen aber richtete sich an den Staat. "Während der soziale Gedanke die Ausglei- chung gesellschaftlicher Ungleichheit erstrebt, fordert der Sozialismus die Beseitigung ihrer Ursachen: des Privateigentums an Produktionsmitteln, und damit die Beseitigung ihrer selbst."<sup>4)</sup> Unter heftigen sozialen Kämpfen hat sich in Deutschland nach dem ersten großen Erfolg, der Sozialgesetzgebung Bismarcks, spätestens mit dem Ende des 1. Weltkrieges der Gedanke einer Ver-

1) Siehe z.B. Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, S. 132.

2) Menger, DVBl. 60, 300.

3) Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 162/163.

4) Radbruch, a.a.O., S. 163/164.

antwortung des Staates für einen Ausgleich der gesellschaftlichen Unterschiede durchgesetzt.

Zum anderen zeigte sich sehr bald, daß die Wirtschaft die Gütererzeugung nicht dem Bedarf, sondern dem Profitinteresse anpaßte. <sup>1)</sup> Darum konnte sie weder alle lebensnotwendigen Bedürfnisse noch die dringendsten und anerkanntwertesten zivilisatorischen Erfordernisse erfüllen. So fiel der öffentlichen Verwaltung, insbesondere den Kommunen, die Aufgabe zu, Verkehrswege zu eröffnen, Verkehrsmittel zu erstellen, Krankenhäuser, Schulen, Bibliotheken, Theater zu errichten, Wasser, Gas und Elektrizität zu liefern u.a.mehr.

B) Ausgleich der sozialen Unterschiede, Befriedigung lebensnotwendiger Bedürfnisse und wertvoller zivilisatorischer Erfordernisse verändern die Stellung des Einzelnen in der Gesellschaft, indem sie insbesondere die Möglichkeiten beruflichen und wirtschaftlichen Fortkommens der Einzelnen einander angleichen, die wirtschaftliche Existenz eines jeden fördern und seine Teilhabe an der zivilisatorischen Entwicklung ermöglichen. Das Gesamterscheinungsbild der Stellung aller zueinander und der durch die Art der Stellung beeinflussten zwischenmenschlichen Geschehensabläufe ist die Gesellschaft im soziologischen Sinne, die Sozialordnung oder einfach "das Soziale". <sup>2)</sup> Da die zur Erfüllung der genannten Aufgaben dienenden Maßnahmen der öffentlichen Verwaltung die Stellung der Einzelnen nach einer bestimmten Vorstellung verändern sollen, tragen sie gestaltenden Charakter. Da ferner das, was

1) Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 2. Halbband, S. 871.

2) König in: Fischer-Lexikon, Soziologie, Art. Gesellschaft, S. 98 u. 102; ferner v. Wiese, HdWSW 2. Bd., Art. Beziehungssoziologie, S. 198; Eisendrath, HdWSW 9. Bd., Art. Sozialstruktur, (II), Sozialer Aufstieg und Abstieg, S. 587.

gestaltet werden soll, die Sozialordnung ist, kann man sie kurz "sozialgestaltende Maßnahmen" nennen. <sup>1)</sup> Durch diesen besonderen Zweck heben sie sich von den herkömmlichen, den sozialerhaltenden Maßnahmen ab, die nicht die Stellung des Einzelnen in der Gesellschaft verändern, sondern die zwischenmenschlichen Geschehensabläufe vor sozialwidrigen Störungen und Schädigungen bewahren sollen.

C) Es ist nicht so, als habe man in der Verwaltungswissenschaft diese "anderen" Aufgaben der Verwaltung nicht gesehen. Man hat sie gar zum Ausgangspunkt wissenschaftlicher Durchdringung der Verwaltung gemacht. Diese Richtung, als Verwaltungslehre bezeichnet und repräsentiert durch Rudolf von Mohl und Lorenz von Stein, geriet aber infolge der Vörherrschaft der juristischen Methode nahezu in Vergessenheit. <sup>2)</sup>

Die der Gestaltung der Sozialordnung dienende Verwaltungstätigkeit hat man, um sie in das Blickfeld verwaltungsrechtlicher Betrachtung zu rücken, begrifflich von der Verwaltungstätigkeit zur Erfüllung der herkömmlichen Aufgaben abheben wollen. Unter der Vorstellung, daß die Verwaltung hier etwas hingabe, gewähre, zur Verfügung stelle, kurzum etwas leiste, glaubte man, diese Tätigkeit als Leistungsverwaltung bezeichnen zu können. Mag sich der Ausdruck "leistende Verwaltung" oder "Leistungsverwaltung" letztlich auf das Wort Erich Kaufmanns: "Verwaltung ist der Inbegriff der 'Leistungen' des Staates" <sup>3)</sup>, zurückführen las-

1) Die sozialgestaltenden Maßnahmen selbst sind selbstverständlich auch Teil des sozialen Geschehens. Wenn sie trotzdem als sozialgestaltend bezeichnet werden können, so rechtfertigt sich dies aus ihrem besonderen, auf die absichtliche Beeinflussung des übrigen Sozialgeschehens gerichteten Zweck.

2) Wolff, VwR I, § 13 II.

3) WbDStuVR, 3. Bd., S. 688.

sen <sup>1)</sup>, so hat jedenfalls den maßgeblichen Ausschlag für seine Verbreitung in Rechtslehre und Rechtsprechung Ernst Forsthoff mit seiner Schrift: Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938, gegeben.

Die Herausbildung eines die sozialgestaltenden Tätigkeiten der öffentlichen Verwaltung erfassenden neuen Begriffs wäre unnötig, wenn der Begriff der Leistungsverwaltung diesem Zweck genügen und zugleich den Anforderungen rechtswissenschaftlicher Begriffsbildung gerecht werden würde. Darum besteht die Notwendigkeit, zunächst den Begriff der Leistungsverwaltung auf seine Brauchbarkeit zu überprüfen.

Erster Abschnitt: Der Begriff der leistenden Verwaltung in Lehre und Rechtsprechung

§ 3: Die gemeinsamen Ansatzpunkte

A) Einigkeit besteht darüber, daß der Begriff der Leistungsverwaltung kein Organisationsbegriff ist. Er bezieht sich also nicht auf eine bestimmte Art von Verwaltungsorganen.

B) Zwar weiß man, daß die Gestaltung der Sozialordnung andere Rechtsprobleme aufwirft, andere Tätigkeitsweisen verlangt und andere Wirkungen zeitigt, als dies bei der Erfüllung der überkommenen Sicherheits- und Ordnungsaufgaben der Fall ist. <sup>2)</sup> Es ist aber noch

1) Becker, VVDStRL 14, 109; nicht unbedenklich, weil Kaufmann den Begriff der Verwaltung in einem sehr weiten Sinne versteht.

2) Siehe u.a. Forsthoff, Lehrbuch, S. 65 ff., 320 ff.; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1. Bd., S. 47 ff.; Neumann, P., Wirtschaftslenkende Verwaltung, S. 17/18; Stern, JZ 60, 518/519.

nicht gelungen, die diesen neuen Aufgaben dienenden Verwaltungshandlungen in einem geschlossenen System von Rechtsinstituten einzufangen. Eine bestimmte Gattung von Rechtsinstituten kann und soll daher mit dem Ausdruck "Leistungsverwaltung" auch nicht belegt werden.

C) Man gebraucht ihn vielmehr zur Kennzeichnung einer Kategorie tatsächlicher und rechtlicher Verwaltungshandlungen, die irgendwie zur Gestaltung der Sozialordnung in Beziehung steht. So gesehen eröffnen sich zwei Möglichkeiten, den Begriff der Leistungsverwaltung zu bestimmen:

1. nach besonderen Merkmalen des Vollzugs solcher, überwiegend auf die Gestaltung der Sozialordnung gerichteter Verwaltungshandlungen und
2. nach der Aufgabe, der Gestaltung der Sozialordnung selbst, und zwar mit oder ohne Einschränkung durch andere Kriterien.

§ 4: Die Wiedergabe der bestehenden Ansichten

A) Die herrschende Meinung verwendet den Ausdruck "Leistungsverwaltung" zur Bezeichnung einer bestimmten Art der Verwaltungstätigkeit. Sie rückt in den Vordergrund das Gegensatzpaar: Eingriffsverwaltung - Leistungsverwaltung. Der dadurch erweckte Anschein einer festen Abgrenzung beider Begriffe trägt. Untersucht man die positiven Definitionen des Begriffes Leistungsverwaltung, so schälen sich wenigstens drei Gruppen heraus:

I. Den engsten Begriff wählt Forsthoff, wenn er unter Leistungsverwaltung die "Darbringung von Leistun-

gen" durch die öffentliche Verwaltung unmittelbar "an die Staatsgenossen" auf Grund eines "zweiseitigen Leistungsverhältnisses" versteht. <sup>1)</sup>

II. Die Mehrzahl der Autoren begreift unter leistender Verwaltung entweder, ganz allgemein ausgedrückt, die Wohltaten gewährende Verwaltung <sup>2)</sup> oder, etwas spezieller, die Darbringung von Leistungen aller Art, also Zuwendungen, Bereitstellungen, Einrichtungen zugunsten der Bürger. <sup>3)</sup>

III. Am weitesten reicht die Auffassung, die die Leistungsverwaltung als die unter Vermeidung staatlicher Zwangsgewalt tätig werdende, nicht in die Rechtsphäre des Bürgers eingreifende Verwaltung ansieht. <sup>4)</sup>

- 1) Rechtsfragen, S.25, 38 u. Lehrbuch, S.35, 320 ff. Zweifelhaft bleibt, ob Forsthoff auch in seinem Lehrbuch noch an dem Merkmal der Zweiseitigkeit des Leistungsverhältnisses festhalten will. Wenn er auf S.321 schreibt: "Als Leitbegriff, unter dem die Funktionen der leistenden Verwaltung zusammenzufassen sind, habe ich den Begriff der Daseinsvorsorge vorgeschlagen", so deutet dies darauf hin, als solle umgekehrt alle Verwaltungstätigkeit, die der Daseinsvorsorge dient, Leistungsverwaltung sein.
- 2) so z.B. auch Bachof, VVDStRL 12,55, der dann ausdrücklich hinzufügt, daß sich diese Verwaltungstätigkeit nicht auf die Daseinsvorsorge beschränke.
- 3) Siehe u.a.: Kern E., MDR 50,655; Siebert, Niedermeyer-Festschrift, S.218/219; Loschelder, DVBl. 57,821; Imboden, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, S.74; Nawlasky, Staatslehre, Bd.3, S.93; Maunz-Dürig, Art.1, III RdNr.110, Art.20 RdNr.129; Menger, VerwArch. 51,149; BVerfG, NJW 57,235.
- 4) so Evers, NJW 60,2073.

B) Unter der Voraussetzung, daß man unter Eingriffsverwaltung ausschließlich die in die Rechtsphäre des Bürgers "eingreifende" Verwaltungstätigkeit versteht, kann eine die Leistungsverwaltung vom Tätigkeitszweck her bestimmende Richtung, falls sie nicht die Begriffsebenen vertauschen will, die Leistungsverwaltung niemals der Eingriffsverwaltung gegenüberstellen. Komplementärbegriffe zur Leistungsverwaltung können für sie nur solche Begriffe sein, deren entscheidendes Merkmal ebenso wie bei der Leistungsverwaltung der Tätigkeitszweck ist. Da bei einer Zweckbetrachtung auch diejenige Verwaltungstätigkeit der Gestaltung der Sozialordnung dienlich erscheint, die erst die Grundvoraussetzungen für die Inangriffnahme dieser Aufgabe schafft, nämlich die Beschaffung der nötigen persönlichen und sachlichen Mittel, hielt man es für nötig, durch das Merkmal der Unmittelbarkeit beide Arten von Verwaltungshandlungen voneinander zu unterscheiden.

I. Eng ist die Meinung, die unter Leistungsverwaltung zwar die für die Lebensmöglichkeit der Mitglieder des Gemeinwesens sorgende Verwaltungstätigkeit versteht, dann aber Einengungen nicht nur durch den Begriff der Ordnungsverwaltung (anderer Zweck) und den Begriff der Bedarfsverwaltung (Fehlen des Merkmals der Unmittelbarkeit), sondern auch noch durch Begriffe wie verteilende Verwaltung <sup>1)</sup> oder Betreuungsverwaltung <sup>2)</sup> vornimmt.

II. Weitergehend wäre der Begriff, der die gesamte sozialgestaltende Verwaltungstätigkeit erfaßt, sich so von der Ordnungsverwaltung abhebe und durch das Merkmal der Unmittelbarkeit von der Bedarfsverwaltung

- 1) Wolff, VwB I, § 3 II. b).
- 2) Kreutzer, Fischer-Lexikon, Bd. Staat und Politik, S.306.

unterschiede, darüber hinaus aber nicht weiter eingeschränkt wäre. <sup>1)</sup>

III. Ganz umfassend definiert Becker <sup>2)</sup> den Begriff der Leistungsverwaltung, indem er in ihr den Inbegriff der formellen Tätigkeiten erblickt, die auf Erfüllung unmittelbarer Verwaltungsobliegenheiten gerichtet sind, d.h. auf sozialgerechte Leistungen, die in Verwirklichung der Verwaltungszwecke am konkreten Fall das Gemeinwohl realisieren. Becker richtet also, kurz gesagt, den Begriff nicht am Zweck der Gestaltung der Sozialordnung, sondern an dem übergeordneten Gesichtspunkt des Gemeinwohls aus und läßt als einzige Einschränkung diejenige durch das Merkmal der Unmittelbarkeit gelten. <sup>3)</sup>

Zweiter Abschnitt: Stellungnahme

§ 5: Möglichkeiten und Voraussetzungen der Begriffsbildung

A) Da die folgenden Erörterungen eine Beziehung zwischen Haushaltsplan und sozialgestaltender Tätigkeit aufdecken sollen, ist die Versuchung groß, den Begriff mit Hilfe von Merkmalen zu definieren, die sich aus der Bedeutung des Haushaltsplans für die Verwaltungstätigkeit ergeben. Dadurch würde aber der schon

- 1) Dem entspricht etwa der Forsthoffsche Begriff der Daseinsvorsorge, Lehrbuch, S.322.
- 2) VVDStRL 14,109 u.133; Kommunal-Kassen-Zeitschrift 57,107. Ihm folgend: Menger, DVBl. 60,298 und Beinhardt, DVBl. 61,608.
- 3) Damit ergibt sich für Becker, ohne daß er es deutlich ausspricht, eine Einteilung der gesamten Verwaltungstätigkeit in Leistungsverwaltung auf der einen und Bedarfsverwaltung auf der anderen Seite. Im übrigen ist seine Aufgliederung der Leistungsverwaltung in Daseinsvorsorge, Fürsorge, Überwindung allgemeiner Notlagen und Einzelförderungen (VVDStRL 14,110 f.) höchst anfechtbar, weil die Begriffe nach uneinheitlichen Merkmalen gebildet sind und sich darum überschneiden. Zweifelnd auch Menger, DVBl.60,297.

bestehende Begriffswirrwarr nur noch verschlimmert.

Es bleiben daher nur die beiden Möglichkeiten, entweder sich einer der angeführten Meinungen anzuschließen oder unter Beibehaltung der durch die historische Entwicklung gewiesenen Grundtendenz einen eigenen Begriff zu entwickeln.

Ein kritikloser Anschluß erscheint bei der Vielzahl der Auffassungen unangebracht. Darum soll der letzte Weg begangen werden, der allerdings nicht unbedingt zu einem neuen Begriff führen muß.

B) Da Begriffsbildung nicht um ihrer selbst willen, sondern in Verfolgung bestimmter Zwecke betrieben wird, ist es erforderlich, die die Untersuchungsgegenstände kennzeichnenden Eigenschaften nicht willkürlich, sondern unter Berücksichtigung der anstehenden Zwecke zu erfassen und zu systematisieren. <sup>1)</sup> Es sollte daher unzweifelhaft sein, daß die Verwaltungsrechtswissenschaft die Merkmale ihrer Begriffe ausschließlich im Blick auf ihre rechtliche Bedeutsamkeit auswählt. <sup>2)</sup>

Selbstverständlich kann und darf sich die heutige Verwaltungsrechtswissenschaft nicht den Blick auf die Verwaltungswirklichkeit verschließen. <sup>3)</sup> Die Methode einer bloßen Begriffsjurisprudenz muß überwunden sein und bleiben. <sup>4)</sup> Dabei hat sie sich aber bewußt zu bleiben, daß die Verwaltungswirklichkeit nicht ihr Darstellungsobjekt, sondern nur ihr Bezugsobjekt ist, an dem sie ihre Aufgabe, die Vermittlung von Rechtskenntnissen, auszurichten hat.

- 1) Siehe dazu Wolff, Studium generale, 52,197 ff.
- 2) Dazu Kormann, Einführung in die Praxis des deutschen Verwaltungsrechts, S.12/13.
- 3) Siehe etwa: Wolff, Juristische Person und Staatsperson, S.140/141; Becker, VVDStRL 14,97.
- 4) Coing, JZ 51,484.

I. Begriffe von rechtlicher Erheblichkeit bezeichnet man als Rechtsbegriffe. Mit Radbruch<sup>1)</sup> lassen sich deren zwei, nämlich die "rechtlich relevanten Begriffe" und die "echten Rechtsbegriffe" unterscheiden. Die "rechtlich relevanten Begriffe" sind diejenigen, aus denen die Rechtsätze zusammengesetzt sind, also insbesondere solche, die in den rechtlichen Tatbeständen der Gesetze vorkommen und durch Auslegung geklärt werden. Die "echten Rechtsbegriffe" dagegen sind die konstruktiven und systematischen Begriffe, mit denen man sich des normativen Inhalts eines Rechtsatzes bemächtigt.

II. Vom Begriff selbst ist die Begriffsbezeichnung zu unterscheiden. Das praktische Bedürfnis verlangt einen Ausdruck, der geeignet ist, den Begriffsinhalt einigermaßen zutreffend anzudeuten.<sup>2)</sup>

§ 6: Die mit dem Begriff der sozialgestaltenden Verwaltung verfolgten Zwecke

A) Nach dem Ausgeführten besitzt nur ein solcher Begriff rechtswissenschaftlichen Wert, dessen Merkmale unter dem Blickpunkt rechtlicher Bedeutsamkeit ausgewählt sind.

Um die ersten Anhaltspunkte für die Ausrichtung des gewünschten Begriffs zu gewinnen, muß man sich klar darüber werden, welche rechtlich erheblichen Zwecke man mit ihm erreichen will.<sup>3)</sup>

- 1) Rechtsphilosophie, S.219. Siehe auch Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S.184, der zwischen primären und sekundären Rechtsbegriffen unterscheidet.
- 2) Larenz, a.a.O., S.182, 185.
- 3) Die hier eingeschlagene Methode ist die Umkehrung der Auslegung eines Tatbestandsmerkmals in einem Rechtsatz. In der Sache selbst besteht kein Unterschied. Viehweg, Topik und Jurisprudenz, S.70, hat, angelehnt an Esser, klargestellt, daß nicht erst der Rechtsatz, sondern schon der Begriff durch Interessenurteile qualifiziert ist, so daß die scheinbar logische Subsumtion eine Reintegration eines Interessenurteils ist, welches im Rechtsbegriff in nuce eingeschlossen wurde."

B) I. Geschichtliche Entwicklung und die angeführten Meinungen in Lehre und Rechtsprechung lassen eindringlich das Bestreben erkennen, die auf die Gestaltung der Sozialordnung gerichtete Verwaltungstätigkeit in den Griff zu bekommen. Dazu ist zunächst einmal nötig, daß man diesen Verwaltungsbereich richtig bestimmt und von anderen Bereichen zutreffend abgrenzt.

II. Hinter der begrifflichen Erfassung dieses Verwaltungsbereichs steht die weitere Absicht, den Staat dort stärker zu binden, wo er sich zur Erfüllung seiner sozialgestaltenden Aufgaben der Rechtsform des Privatrechts bedient. Es gilt, dem Staat "die Flucht aus der Hoheitsgewalt" (Naumann), "aus den Bindungen des öffentlichen Rechts" zu verlegen.<sup>1)</sup> In Lehre und Rechtsprechung sind eine Reihe von Möglichkeiten aufgewiesen worden, dieses Ziel zu erreichen. Am radikalsten ist die Meinung, alle Verwaltungshandlungen unterstünden dem Gesetzesvorbehalt im Sinne einer spezialgesetzlichen Ermächtigung.<sup>2)</sup> Eine weitere Meinung meint, eine begriffliche Ausweitung des öffentlichen Rechts vornehmen zu müssen, was bedeutsame Folgen für Rechtsweg und Amtshaftung haben müßte.<sup>3)</sup> Eine dritte Meinung schließlich befürwortet eine ausgedehnte unmittelbare

- 1) Naumann, VVDStRL 11,131; Köttgen, DVBl. 53,487; Ipsen, DVBl. 53,620; Dürig, JZ 53,199; Bachof, DÖV 53,423; Maunz-Dürig, Art.1 III RdNr.134; Evers, NJW 60,2073.
- 2) Darauf wird im 2. Teil näher einzugehen sein.
- 3) Bachof, VVDStRL 12,65; DÖV 53,423; KG, NJW 57,1076; Rupp, DVBl. 58,115. Dagegen: BVwG, NJW 58,394; 59,116 u. 212; Bay VerfGH, NJW 61,163.

Anwendung der Grundrechte. 1)

Diesen Zwecken irgendwie Rechnung zu tragen, wird Aufgabe bei der Auswahl der Begriffsmerkmale im einzelnen sein.

§ 7: Die Auswahl der Begriffsmerkmale

A) I. Vorweg sei klargestellt, daß auch mit dem zu entwickelnden Begriff nicht eine bestimmte Kategorie von Rechtsinstituten, sondern - wie dies auch unbestrittene Auffassung in Lehre und Rechtsprechung ist - von tatsächlichen und rechtlichen Verwaltungshandlungen

- 1) Drei Richtungen lassen sich erkennen:
  - a) Unmittelbare Anwendung der Grundrechte auch auf den gesamten Privatrechtssektor (Lehre von der Drittwirkung der Grundrechte), vertreten von Nipperdey in Nipperdey, Neumann, Scheuner, Die Grundrechte, Bd. I, S. 20; BAG 1, 191 und NJW 57, 1688; weitere Literatur bei Maunz-Dürig, Art. 1 III RdNr. 128.
  - b) Unmittelbare Anwendung der Grundrechte auf die gesamte Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung ohne Einschränkung, vertreten von: Bachof, VVDStRL 12, 55 Anm. 37 (zweifelhaft); Löw, DÖV 57, 880; Zeidler, VVDStRL 19, 212, 220, 230, 241; Schaumann, JuS 61, 111.
  - c) Unmittelbare Anwendung der Grundrechte auf die unmittelbare Aufgabenerfüllung der öffentlichen Verwaltung, also ausschließlich der privatrechtlichen Hilfgeschäfte und der erwerbswirtschaftlichen Staatstätigkeit, vertreten durch: Siebert, Niedermayer-Festschrift, S. 221; Wolff, VwR I, § 23 I. b); Forsthoff, Lehrbuch, S. 321 ff. und Rechtsfragen, S. 10; Ipsen, DVBl. 56, 465/466; Maunz-Dürig, Art. 1 III, RdNr. 134-138 mit weiterem Schrifttum. Ferner: Leisner, Grundrechte und Privatrecht, S. 209, der allerdings die Anwendbarkeit der Grundrechte von der Stärke der "Unentrinnbarkeit" abhängig macht; Wertensbruch, JuS 61, 109/110; BVwG, NJW 58, 394; BGH, NJW 59, 431 und 61, 308.

gen erfaßt werden soll. Darum wird er nicht ein "echter Rechtsbegriff", sondern nur ein "rechtlich relevanter Begriff" sein können.

Damit ist für die weitere Untersuchung folgender Weg vorgezeichnet: Zunächst wird aufzuzeigen sein, durch welche Rechtsvorschriften die in § 6 beschriebenen Zwecke rechtliche Bedeutung erlangen. Im Anschluß daran gilt es, die Merkmale herauszustellen, die die beste Zuordnung zu jenen Vorschriften gewährleisten.

II. Die neuen Aufgaben der Gestaltung der Sozialordnung, die der Staat zunächst zögernd, dann aber ab 1918 immer zielstrebig erkannt und verwirklicht hat, könnten ihren positiv rechtlichen Niederschlag in der Sozialstaatsklausel der Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 S. 1 GG gefunden haben. Die Notwendigkeit einer Bindung der Verwaltung an spezial-gesetzliche Ermächtigungen scheint durch Art. 20 Abs. 3 GG ausgesprochen zu sein, während sich die unmittelbare Anwendung der Grundrechte auf die gesamte Verwaltungstätigkeit aus Art. 1 Abs. 3 GG ergeben könnte.

a) Die "Staatszielbestimmung" 1) der Sozialstaatlichkeit bildet heute wohl unbestrittenermaßen Ermächtigung und Auftrag für die Staatsorgane. 2) Es mag hier dahingestellt bleiben, ob dieser Auftrag bereits vor Erlass des Grundgesetzes, abgeleitet aus dem Rechtsprin-

---

1) Ipsen, Über das Grundgesetz, S. 14. und 17.  
 2) Bachof, VVDStRL 12, 41 ff.; Fechner, Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat, S. 7; von Mangoldt-Klein, Art. 20 Anm. VII, S. 604 ff. (608), mit weiterem Schrifttum. Dies wird auch von Forsthoff, VVDStRL 12, 8 ff., nicht bestritten, der von der h.L. lediglich insofern abtrückt, als er den Sozialstaatsauftrag nicht auf der Verfassungsebene für verwirklicht hält.

zip der Gerechtigkeit, als allgemeiner Rechtsgrundsatz<sup>1)</sup> bestanden hat. Jedenfalls gewinnt nunmehr durch die Sozialstaatsklausel derjenige Begriff rechtliche Erheblichkeit, der die auf Erfüllung des Sozialstaatsauftrags gerichtete Staatstätigkeit zu erfassen sucht.<sup>2)</sup> Das gilt infolge der auf Verfassungsebene verwirklichten Gliederung der Staatsorganisation auch für den Begriff, der aus dem genannten Komplex jener Staatstätigkeit nur denjenigen Teil ergreift, der von der öffentlichen Verwaltung wahrgenommen wird.<sup>3)</sup>

b) Ob diesem Begriff auch rechtliche Relevanz im Hinblick auf Art.20 Abs.3 und 1 Abs.3 GG zukommt, ist von sekundärer Bedeutung. Diese Frage soll daher nur kurz erörtert werden, nachdem zuvor der Begriff allein unter Ausrichtung an der Sozialstaatsklausel entwickelt worden ist.

B) Sozialstaatlichkeit bedeutet "Bereitschaft und Verantwortung, Aufgabe und Zuständigkeit eines Staates zur Gestaltung der sozialen Ordnung"<sup>4)</sup>. Nichts liegt

- 1) Wolff, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, S.33-52, u. VwR I, § 25 I.
- 2) Insoweit wird hier den Autoren gefolgt, die die Sozialstaatsklausel als unmittelbar geltendes Verfassungsrecht ansehen, so Bachof, VVDStRL 12,38 ff.; v.Mangoldt-Klein, Art.20 Anm.VII.2.b) S.605/6; Rauss-Jantz, Sozialstaatsprinzip und soziale Sicherheit, S.8 ff.; Scheuner, Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland, S.261.
- 3) Auch wenn man der Auffassung sein sollte, der Sozialstaatsauftrag richte sich in erster Linie an den Gesetzgeber, so läßt sich doch nicht bestreiten, daß dann die öffentliche Verwaltung eben durch den Vollzug sozialgestaltender Gesetze an der Erfüllung des Sozialstaatsauftrags teilhat.
- 4) Ipeen, VVDStRL 10,74 ff., und so auch die h.M. Siehe v.Mangoldt-Klein, Art.20 Anm.VII.2.b) S.605/6, mit Schrifttum und neuerdings u.a. Scheuner, Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland, S.261, und Neumann, P., Wirtschaftslenkende Verwaltung, S.13/14.

näher, als das Merkmal der Gestaltung der Sozialordnung in den Begriff aufzunehmen und ihn vorläufig zu definieren als "Gestaltung der Sozialordnung durch die öffentliche Verwaltung".

Davor scheint man zurückzuschrecken aus Furcht, ein viel zu unbestimmtes Kriterium in den Begriff einzuführen. Wie erörtert, hat man auf zweierlei Weise versucht, dem aus dem Wege zu gehen.

I. a) Die auf die Tätigkeitsweise abstellende Richtung ist von dem Gedanken ausgegangen, die öffentliche Verwaltung erfülle ihren Sozialstaatsauftrag dadurch, daß sie Wohltaten gewähre, begünstige, Einrichtungen bereitstelle, kurzum etwas leiste, ohne dabei in die Rechtssphäre des Bürgers einzugreifen. In Wahrheit verwendet aber die öffentliche Verwaltung in Erfüllung ihres Sozialstaatsauftrages eine Vielzahl von Mitteln, die keineswegs die Rechtssphäre des Einzelnen unberührt lassen.<sup>1)</sup> Bei der Verteilung von Gütern belastet der Staat denjenigen, dem er sie entzieht, und begünstigt den, dem er sie zuführt.<sup>2)</sup> Verfolgt er, wie mit den Subventionen an Wirtschaftsunternehmen usw., durch die Begünstigung einen darüber hinausgehenden öffentlichen Zweck, so verknüpft er, um den erstrebten Erfolg sicherzustellen, mit der Begünstigung häufig eine Belastung des Begünstigten.<sup>3)</sup> Ähnliches gilt aber auch, wenn er die Güter, die er ausstellt, "selbst produziert".<sup>4)</sup> Danach ist der Begriff der

- 1) Siehe z.B. Huber, E.R., Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1.Bd., S.47 ff.; Neumann, P., Wirtschaftslenkende Verwaltung, S.17 ff.
- 2) "Interdependenz von Aufwendung und Steuerbelastung", Imboden, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, S.74. Beispiele: Lastenausgleich, Investitionshilfe.
- 3) Krüger, DVBl.55,450 ff. Als Beispiel hierzu läßt sich wohl auch die für die große Masse des Volkes in Betracht kommende Pflicht zur Sozialversicherung anführen.
- 4) Zu denken ist an den sog. Anschluß- und Benutzungszwang oder an die Volks- und Berufsschulpflicht und die durch Begründung eines solchen besonderen Gewaltverhältnisses ausgelösten weiteren Pflichten, z.B. Pflicht zur Schularbeit usw.

Leistungsverwaltung, wie ihn die herrschende Meinung verwendet, zu eng, als daß er in Anspruch nehmen könnte, den Umfang der sozialgestaltenden Verwaltungstätigkeit einigermaßen zutreffend zu umreißen.

b) Ein weiterer Einwand läßt sich aus systematischen Gründen erheben. Wenn, wie unbestritten, unter Eingriffsverwaltung die in die Rechtssphäre des Bürgers "eingreifende" Verwaltung zu verstehen ist, so muß der Gegenbegriff die gesamte "nicht eingreifende" Verwaltung erfassen. Korrekt ist insoweit die in § 4 unter A) III. genannte Auffassung. Die beiden übrigen Auffassungen aber stellen auf ein völlig anderes Kriterium ab und vertauschen daher die Begriffsebenen. Die Folge ist, daß durch die genannten Begriffe nicht alle Verwaltungshandlungen erfaßt werden. So gibt es Verwaltungshandlungen, die weder die Rechtssphäre des Bürgers berühren, noch unmittelbar zu seinen Gunsten Leistungen erbringen oder Wohltaten gewähren, wobei die sog. internen Verwaltungshandlungen<sup>1)</sup> ganz außer Betracht bleiben sollen. Zu nennen wären z.B. etwa alle Verwaltungshandlungen, die ohne Inanspruchnahme eines Bürgers Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung abwenden, wie Beseitigung von Verkehrshindernissen durch die Polizei selbst, Feuerlöschen durch Feuerwehr usw.

c) Darüber hinaus wäre wegen der aufgezeigten engen Verknüpfung von Begünstigung und Belastung der Begriff der Leistungsverwaltung im Sinne der h.M. von geringem praktischen Wert, da man ihn bei korrekter Ausdrucksweise nur selten ohne gleichzeitige Erwähnung der Eingriffsverwaltung verwenden könnte.

1) Wolff, VwR I, § 45 II.

d) Schließlich aber sind die nirgends definierten Merkmale "Darbringung von Leistungen" oder "Gewährung von Wohltaten" ebenso unbestimmt, wie dies dem Merkmal "Gestaltung der Sozialordnung" vorgeworfen werden könnte.<sup>1)</sup>

II. Die auf den Tätigkeitszweck abstellende Richtung hat das Merkmal "Gestaltung der Sozialordnung" dadurch umgangen, daß sie entweder auf einen eingeschränkten Zweck (Wolff, Kreutzer) oder auf einen erweiterten Zweck (Becker) abgehoben hat.

a) 1. Um nicht einen wesentlichen Teil der sozialordnungsgestaltenden Verwaltungstätigkeit außer Acht zu lassen, waren Wolff und Kreutzer bei ihrer Betrachtungsweise gezwungen, neben dem Begriff der Leistungsverwaltung noch einen weiteren Begriff einzuführen. Zwar mögen bei der Leistungsverwaltung, wie sie sie verstehen, im einzelnen andere Rechtsprobleme auftreten als bei der verteilenden und der Betreuungsverwaltung. Das schließt aber nicht aus, daß ihrer generellen Unterscheidung keine rechtliche Bedeutung zukommt. Diese Annahme liegt nicht zuletzt deshalb nahe, weil Wolff und Kreutzer eine, wenn auch ähnliche, im Grunde aber dennoch verschiedenartige Unterscheidung treffen.<sup>2)</sup>

1) Mit Recht kann daher Becker, VVDStRL 14, 110, Anm. 69, die Ansicht vertreten, daß gerade Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung mit den Mitteln der Eingriffsverwaltung eine Leistung ersten Ranges darstelle. Wie sehr er mit dieser Meinung dem widerspricht, was sich die h.M. unter Leistungen vorstellt, geht aus der Reaktion Bachofs, VVDStRL 14, 175, und Ruppis, DVBl. 58, 115, hervor.

2) Daß Wolff auch mit Rücksicht auf das von ihm so benannte Verwaltungsprivatrecht nicht genötigt war, Leistungsverwaltung und Verteilungsverwaltung voneinander zu scheiden, ergibt sich aus seiner begrifflichen Klärung des Verwaltungsprivatrechts, wo er von Leistungs- und Lenkungszwecken spricht, VwR I, § 23 Ib).

2. Es lassen sich aber auch aus begrifflich-systematischen Gründen Einwände erheben. So ist bei der von Wolff getroffenen Unterscheidung in leistende und verteilende Verwaltung zweifelhaft, ob die Zwecke "Sorge für die Lebensmöglichkeit der Mitglieder des Gemeinwesens" und "Einsatz der vorhandenen persönlichen und sachlichen Kräfte" sowie "gerechter Ausgleich zwischen den Volksgenossen" auf derselben Ebene liegen. Das gleiche gilt von den Zwecken, die Kreuzer als die der Betreuungs- und der Leistungsverwaltung benennt, nämlich "Ausgleich und Beseitigung sozialer Schäden" und "Sicherung gewisser wirtschaftlicher und kultureller Leistungen". Hinzu kommt bei Kreuzer dann noch die systemfremde Einschränkung, daß die genannten Leistungen solche sein müssen, die an sich auch von Privaten erbracht werden können.

b) Der Beckersche Begriff ist deshalb nicht brauchbar, weil er, an übergeordnetem Merkmal des Gemeinwohls ausgerichtet, nicht nur die sozialordnungs-gestaltende, sondern auch die sozialordnungserhaltende Verwaltungstätigkeit erfaßt. <sup>1)</sup>

III. a) Damit dürfte wohl hinreichend dargetan sein, daß alle Versuche, die auf die Gestaltung der Sozialordnung gerichtete Verwaltungstätigkeit unter Vermeidung eben dieses Merkmals zu definieren, unzulänglich bleiben müssen. Man sollte sich daher entschließen, dieses Merkmal in den Begriff aufzunehmen, selbst auf die Gefahr hin, häufig in Zweifel zu geraten, ob eine Handlung schon der Gestaltung der Sozialordnung dient oder lediglich gefahrenabwehrenden

<sup>1)</sup> Es kommt ganz auf den Zweck an, den man mit dem Begriff der Leistungsverwaltung verfolgt. Darum kann hier der von Becker geprägte Begriff abgelehnt werden, ohne Becker den Vorwurf unkorrekter Begriffsbildung zu machen.

Charakter trägt. Welche Verwaltungstätigkeit im großen und ganzen darunter fällt, ergibt sich aus § 2. Es ist diejenige Verwaltungstätigkeit, die in verschiedenster Weise zur Beseitigung der sozialen Unterschiede beiträgt sowie lebensnotwendige Bedürfnisse und zivilisatorische Erfordernisse befriedigt, deren Erfüllung nicht oder nicht in ausreichendem Maße zum Gegenstand eines privaten Interesses geworden ist. <sup>1)</sup>

b) 1. Am Zwecke der Verwaltungstätigkeit ausgerichtet, bedarf der Begriff notwendigerweise einer Einschränkung. <sup>2)</sup> Man hat diese Einschränkung durch das

<sup>1)</sup> Forsthoff, Lehrbuch, S. 59 ff.; Wolff, VwR I, § 11 II. b); BVerfG 1, 105. Wo die Schranken für den sozialgestaltenden Staat aufzurichten sind, ist eine Frage, die sich nicht aus dem Wort "sozial", sondern nur von den Gestaltungsprinzipien des Grundgesetzes her und auf Grund "vorjuristischer Wertung" beantworten läßt. Zu eng jedenfalls die Ansicht Mengers, Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz. Dagegen mit Recht Dürig, AöR Bd. 79 (1953/54), 254: "Weiterhin besteht in der gesamten Sozialbewegung Einigkeit darüber, daß alle zugestandene Freiheit leere Versprechung ist, wenn man nicht gleichzeitig die Lebensbedingungen schafft, um ihre Erfüllung zu ermöglichen, daß jede Freiheit ökonomische Substanz haben muß, kurz, daß das Christuswort: 'Der Mensch lebt nicht vom Brot allein' zunächst einmal den Satz beinhaltet: 'Der Mensch lebt vom Brot'." Darüber hinaus wird man aber auch solche Maßnahmen als Sozialgestaltung ansehen und dem Staate zugestehen müssen, die über die Gewährleistung "sozialer Sicherheit" weit hinausgehen, so z.B. Maßnahmen zur Verwirklichung ästhetischer Bauweise usw. Der Auffassung E. R. Hubers, DÖV 56; 200, das Sozialstaatsprinzip enthalte auch den Auftrag zur Gefahrenabwehr, kann nicht gefolgt werden. Dieser Staatsauftrag ist nie bezweifelt worden und bedurfte keiner ausdrücklichen Erwähnung mehr im Grundgesetz. Von Huberschen Standpunkt aus ist der Beckersche Begriff der Leistungsverwaltung die unabwiesbare Konsequenz.

<sup>2)</sup> Siehe oben S. 11.) Um nicht ins Uferlose zu geraten, ist es erforderlich, "daß man mit dem Denken, das Mittel und Zweck miteinander verknüpft, an einem Punkte aufhört und diesen Endpunkt als Zweck, alles vorher als Mittel auffaßt", D. Schindler, Verfassungsrecht und soziale Struktur, S. 64.

Merkmal der Unmittelbarkeit getroffen. 1) Ohne nähere Erläuterung, was darunter verstanden werden soll, ist dieses Merkmal jedoch unbrauchbar. 2)

2. Ein Großteil aller Verwaltungstätigkeit läßt sich nicht danach bestimmen, daß er den Sicherheits- und Ordnungsaufgaben oder daß er der Gestaltung der Sozialordnung zugute kommt. Dazu gehören alle die Maßnahmen, die das Funktionieren des Verwaltungsapparates gewährleisten, die also der "Bereitstellung der für die Erfüllung der öffentlichen Zwecke erforderlichen persönlichen und sachlichen Mittel" dienen und von Hans J. Wolff mit dem zutreffenden Ausdruck "Bedarfsverwaltung" 3) belegt worden sind. Soweit sich eine Handlung nicht von der einen oder anderen Aufgabe her als gefahrenabwehrende oder sozialgestaltende Maßnahme bestimmen läßt, ist sie ausschließlich der Bedarfsverwaltung zuzurechnen und insoweit nicht unmittelbar auf eine der genannten Staatsaufgaben gerichtet. Die Grenze zwischen unmittelbarer und mittelbarer Aufgabenerfüllung ist nicht identisch mit der Scheidung in externe und interne Verwaltungshandlungen. So tragen auch alle internen Verwaltungshandlungen unmittelbar aufgabenerfüllenden Charakter, die ausschließlich externe Verwaltungsmaßnahmen solcher Art innerdienstlich vor-

- 1) Siebert, Niedermeyer-Festschrift, S. 221; Wolff, VwR I, § 23 I. b); Becker, VVDStRL 14, 109, u. a.
- 2) Heck, Interessenjurisprudenz, S. 21 ff.
- 3) VwR I, § 3 II. b) 4. - Hierher zählt z. B. die Einstellung und Betreuung der Dienstkräfte. Die Steuerverwaltung gehört zur Bedarfsverwaltung, insofern sie ausschließlich der Beschaffung der nötigen Geldmittel dient. Sie ist, wie heute in allen modernen Staaten, insoweit zugleich sozialgestaltende Verwaltung, als sie zur Ausgleichung sozialer Unterschiede verwandt wird.

bereiten. 1)

3. Das Merkmal "unmittelbar" dient also dazu, aus dem gesuchten Begriff die Verwaltungstätigkeit auszuscheiden, die sich als Bedarfsverwaltung kennzeichnen läßt. Nach dieser Klarstellung kann abschließend gesagt werden, daß der gesuchte Begriff die unmittelbare Gestaltung der Sozialordnung durch die öffentliche Verwaltung umfaßt.

c) Durch den Ausdruck "Leistungsverwaltung" würde dieser Begriff unzureichend wiedergegeben. Es erscheint daher angebracht, ihn mit dem besseren Ausdruck "sozialgestaltende Verwaltung" zu belegen. Damit ist von vorneherein der Eindruck vermieden, als beschränke sich dieser Begriff auf diejenige Verwaltungstätigkeit, durch die dem einzelnen bzw. bestimmten Wirtschaftsunternehmen, kulturellen oder karitativen Vereinigungen usw. Zuwendungen in Form von Geld oder Sachgütern gewährt werden. 2)

d) Die Definition lautet demnach:  
Sozialgestaltende Verwaltung ist die unmittelbare Gestaltung der Sozialordnung durch die öffentliche Verwaltung.

- 1) Als extern gelten hiernach nicht nur Verwaltungshandlungen, die die Interessen von Personen im allgemeinen Gewaltverhältnis berühren, sondern auch Maßnahmen in denjenigen besonderen Gewaltverhältnissen, die zwecks unmittelbarer Aufgabenerfüllung begründet sind; so z. B. die Versetzung eines Schülers, die Abkommandierung eines Strafgefangenen zum Arbeitseinsatz. Als extern sind aber auch die Verwaltungshandlungen anzusehen, die den Erlaß eines Verwaltungsaktes vermeiden oder vorbereiten sollen und bereits die Rechte von Zivilpersonen berühren; v. Gamm, NJW 57, 1056.
- 2) Dementsprechend wäre zu erwägen, die bislang so bezeichnete Ordnungsverwaltung in sozialerhaltende Verwaltung umzubenennen. Dann träte das Korrespondenzverhältnis der sozialgestaltenden zur sozialerhaltenden Verwaltung klarer zutage, was den Vorteil haben würde, daß die häufigen Verwechslungen mit der eingreifenden und pflegenden Verwaltung künftig unterblieben.

C) Ob einem solchen Begriff der sozialgestaltenden Verwaltung auch rechtliche Bedeutung aus Art. 20 Abs. 3 GG zukommt, wird sich aus dem 2. Teil ergeben. <sup>1)</sup> Es soll hier nur kurz das Verhältnis zwischen sozialgestaltender Verwaltung und Art. 1 Abs. 3 GG angeschnitten werden.

Solange die Staatsaufgaben ausschließlich oder zum ganz überwiegenden Teil unter Anwendung staatlicher Gewalt erfüllt zu werden pflegten, bestanden selbst aus rechtsstaatlicher Sicht keine Bedenken dagegen, den Anwendungsbereich der Grundrechte auf eben den durch Ausübung staatlicher Gewalt gekennzeichneten Tätigkeitskreis der öffentlichen Verwaltung zu beschränken. Als aber an den Staat immer mehr solche Aufgaben herantraten, bei deren Erfüllung sich der Gebrauch staatlicher Gewalt erübrigte, mußte unter Aufrechterhaltung des bisherigen Anwendungsbereichs der Grundrechte der material rechtsstaatliche Gehalt im Staatswesen verkürzt werden. <sup>2)</sup> Denn die in den Grundrechten verankerten Gebote zur Achtung der Menschenwürde und Wahrung des Gleichheitssatzes gewinnen gerade bei konkreter Festlegung und Ausführung des Sozialstaatsauftrages Bedeutung, und zwar nicht etwa nur dort, wo sich der Staat seiner ihm zukommenden Macht bedient <sup>3)</sup>. Diese Erkenntnis nötigt dazu, den Herrschaftsbereich der Grundrechte nicht allein von der Art des Vollzugs der Verwaltungshandlungen, sondern zumindest auch, wenn nicht ausschließlich, von den Aufgaben her, denen die Maßnahmen dienen, zu umreißen. Da die Ordnungsverwaltung ganz überwiegend durch die Anwendung staatlicher Zwangsgewalt gekennzeichnet ist, rückt bei der Ausle-

1) S. 76.

2) Dies selbstverständlich nur dann, wenn der Rechtsquellenbereich, positivistisch verengt, auf die geschriebenen Rechtsquellen beschränkt war.

3) Siehe z. B. Forsthoff, Lehrbuch, S. 67; Winkelvoss, NJW 58, 2000; v. Münch, AGR 85. Bd. (1960), S. 290 f.

gung des Art. 1 Abs. 3 GG die sozialgestaltende Verwaltung in den Vordergrund. Auch sie fällt, und zwar ohne Einschränkung, unter den insoweit überholten und daher irreführenden Ausdruck "vollziehende Gewalt" <sup>1)</sup>. Dies hat zur Folge, daß dort, wo sich die sozialgestaltende Verwaltung mangels öffentlich-rechtlicher Normen in den Formen des Privatrechts vollzieht, eine zusätzliche Bindung an die Grundrechte herbeigeführt wird. Auf diese Weise entsteht ein Nebeneinander öffentlicher und privater Rechtsnormen, das Wolff plastisch als "Verwaltungsprivatrecht" bezeichnet hat. <sup>2)</sup> Damit erweist sich die sozialgestaltende Verwaltung als Teil der vollziehenden Gewalt im Sinne des Art. 1 Abs. 3 GG und zugleich als der potentielle <sup>3)</sup> Anwendungsbereich des sog. Verwaltungsprivatrechts. <sup>4)</sup> Auch insoweit muß daher dem Begriff der sozialgestaltenden Verwaltung rechtliche Bedeutung zuerkannt werden.

- 1) Bachof, VVDStRL 12, 63/64; Maunz-Dürig, Art. 1 III, RdNr. 109-111. Wie der Ausdruck vollziehende Gewalt nicht mehr wörtlich genommen werden kann, so können auch keine Folgerungen mehr aus dem Begriff des Fiskus gezogen werden. Der Fiskus ist eine "Denkvorstellung". "Aber eine Denkvorstellung ist mit allen Gefahren der Verzeichnung eines geistigen Vorganges behaftet", Evers, NJW 60, 2076. Die materialen Grundrechte können nicht genötigt sein, "vor bloßen Formen und Denkfiguren haltzumachen", Wertensbruch, JuS 61, 108. Neben Evers und Wertensbruch wird der Angriff auf die Fiskustheorie u. a. auch von Mallmann, VVDStRL 19, 197 ff., und Zeidler, VVDStRL 19, 221 ff., vorgetragen.
- 2) Wolff, VWR I, § 23 I. b). Mißverstanden von Haas, DVBl. 60, 303, der das Verwaltungsprivatrecht für ein "im Interesse der öffentlichen Verwaltung besonders zurechtgeschnittenes Privatrecht" hält.
- 3) Potentiell deshalb, weil der Bereich der sozialgestaltenden Verwaltung auch öffentlich-rechtlich normiert sein kann und in weitem Umfang auch bereits öffentlich-rechtlich normiert ist.
- 4) Siehe auch Wertensbruch, JuS 61, 109/110.

§ 8: Die Abgrenzung gegenüber anderen Begriffen

A) Der Begriff der sozialgestaltenden Verwaltung unterscheidet sich durch das Merkmal der Unmittelbarkeit von dem Begriff der Bedarfsverwaltung.

B) Durch den andersartigen Zweck der von ihm erfaßten Verwaltungstätigkeit ist er von dem Begriff der Ordnungs- oder sozialerhaltenden Verwaltung geschieden. Beide Begriffe lassen sich unter dem gemeinsamen Oberbegriff der unmittelbaren Aufgabenerfüllung öffentlicher Verwaltung zusammenfassen. <sup>1)</sup>

C) Eingriffs- und sozialgestaltende Verwaltung können hiernach nicht einander gegenübergestellt werden. Entscheidendes Begriffsmerkmal der Eingriffsverwaltung ist nämlich nicht ein Verwaltungszweck, sondern die Wirkung der Verwaltungstätigkeit auf die Rechtssphäre der Bürger. Ihr Gegenbegriff kann nur die "nicht eingreifende" sog. pflegende Verwaltung <sup>2)</sup> sein.

D) Sozialgestaltende Verwaltung ist keine Rechtsform. Darum kann sie nicht identisch sein mit einer der drei Rechtsformen: dem öffentlichen, dem Privat- oder dem Verwaltungsprivatrecht. Die sozialgestaltende Verwaltung stellt lediglich den potentiellen Anwendungsbereich für das Verwaltungsprivatrecht dar.

---

1) Dieser Begriff entspricht dem Beckerschen Begriff der Leistungsverwaltung.

2) Wolff, VwR I, § 3 II. c) 1.

E) Sie darf auch nicht verwechselt werden mit der sog. schlichten Hoheitsverwaltung. <sup>1)</sup> Denn unter schlichter Hoheitsverwaltung ist pflegende Verwaltung in öffentlich-rechtlicher Form zu verstehen. <sup>2)</sup> Abgestellt auf die pflegende Verwaltung, steht ihr die pflegende Verwaltung, die sich in privatrechtlicher Form vollzieht, gegenüber; abgestellt auf die Rechtsform, befindet sich zu ihr im Gegensatz die obrigkeitliche Verwaltung. <sup>3)</sup>

F) Die sozialgestaltende Verwaltung unterscheidet sich schließlich von der gewährenden und der nicht gewährenden Verwaltung. Unter gewährender Verwaltung sind diejenigen Verwaltungshandlungen zu verstehen, durch die Zivilpersonen Geld oder Sachgüter zugewandt werden. <sup>4)</sup> Die gewährende Verwaltung stellt einen bestimmten Teilbereich aus dem Gesamtgebiet der sozialgestaltenden Verwaltung dar.

---

1) Jellinek, W., Verwaltungsrecht, S.21.

2) Wolff, VwR I, § 23 II. b) 2.

3) Wolff, VwR I, § 23 II. b) 1. Wegen des Gesetzesvorbehalts für Eingriffe in Freiheit und Eigentum ist die obrigkeitliche Verwaltung gleichsam identisch mit der Eingriffsverwaltung.

4) "Für 'gewährende' Staatstätigkeit wird teilweise auch der Ausdruck 'leistende' Staatstätigkeit gebraucht", v. Münch, AöR Bd.85 (1960), S.27! Anm.6. Der Begriff der gewährenden Verwaltung ist ein auf eine bestimmte Tätigkeitsweise abstellender Begriff. Er ist enger als der der pflegenden Verwaltung und kann darum der Eingriffsverwaltung nicht gegenübergestellt werden. Schließlich ist zweifelhaft, ob es sich bei ihm um einen rechtlich relevanten Begriff handelt.

Zweiter Teil :

Das Erfordernis einer Ermächtigungsgrundlage

§ 9: Die Ursachen des Problems

Der dem rechtsstaatlichen Liberalismus zugrunde liegende Freiheitsgedanke hat die Staatsrechtswissenschaft immer wieder in seinen Bann geschlagen. Daraus ließe sich kein Vorwurf erheben, wenn man zu jeder Zeit überprüft hätte, ob die dem Liberalismus anhangende Grundvorstellung von der wirtschaftlichen Autarkie des Einzelnen noch zutrif.

Mit dem Aufkommen der sozialgestaltenden Verwaltung wurde das Freiheitsproblem nicht hinfällig. Es stellte sich nur anders. Das richtig zu erkennen und daraus die erforderlichen Schlüsse zu ziehen, ist die drängende und noch nicht befriedigend gelöste Aufgabe der heutigen Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft.

So muß man Roos zustimmen, wenn er schreibt <sup>1)</sup>: "Die Formel 'Eingriffe in Freiheit und Eigentum' des Konstitutionalismus erfaßt nur die in die Augen springenden verwaltungsmäßigen Eingriffe und mochte ausreichen in einer Zeit, als sich der Staat auf Ordnungsverwaltung beschränkte, kann aber im Zeitalter des Wohlfahrtsstaates und der staatlichen Daseinsfürsorge bei weitem nicht mehr befriedigen. Sie übersieht, daß die Eigensphäre des Einzelnen ebenfalls dann - wenn auch nur mittelbar - in Mitleidenschaft gezogen wird, wenn der Staat eine weitere kulturelle, wirtschaftliche oder soziale Tätigkeit in den Bereich seiner Wirksamkeit zieht." Neben der hergebrachten Auffassung vom Gesetzesvorbehalt sind auch die noch heute

1) Berner Festgabe, S.130.

zur Unterscheidung des öffentlichen Rechts vom privaten Recht verwandte sog. Subjektions- oder Mehrwerttheorie sowie die schon früher erörterte Fiskuslehre zweifelhaft geworden.

Nunmehr ist die Verwaltungsrechtswissenschaft dabei, in die "grauen Zonen" (Werner Weber) freier Verwaltungsinitiative vorzustoßen und dem Staatsbürger "in der Situation der Abhängigkeit und des Ausgeliefertseins" "die verlorene Partnerschaft wiederzugewinnen". <sup>1)</sup>

Erster Abschnitt: Die Behandlung des Problems in Lehre und Rechtsprechung

§ 10: Die Vielfalt der Ansatzpunkte zur Lösung des Problems

A) Der enge Zusammenhang zwischen Staatsaufgaben, Staatsfunktionen, Rechtssatz- und Gesetzesbegriff, Gesetzesvorbehalt und Rechtsform sowie seine unlösbare Verknüpfung mit den Gestaltungsprinzipien der jeweiligen Verfassung bereitet die größten Schwierigkeiten. Man kann nicht eines dieser Probleme herausgreifen und ausreichend lösen, ohne Klarheit auch über die anderen Probleme zu besitzen.

Darum ist es nicht verwunderlich, daß in der Wissenschaft die mannigfachsten Argumente für und gegen das Erfordernis einer Ermächtigungsgrundlage für die sozialgestaltende Verwaltung herangezogen werden. Im großen und ganzen wird die Frage nach dem Erfordernis einer Ermächtigungsgrundlage verengt auf das Problem des Gesetzesvorbehalts. Man scheidet entweder bewußt oder unbewußt die Verfassung aus der Problematik aus

1) Rupp, DVBl.59,84.

und sieht im Übrigen, aus welchen Gründen auch immer, im Gesetz die allein mögliche Form einer Ermächtigungsgrundlage.

B) Bei der Wiedergabe der heute zum Problem bestehenden Meinungen ist zweierlei zu beachten: Nicht alle Autoren haben ihre Ansicht zum Erfordernis einer Ermächtigungsgrundlage für die sozialgestaltende Verwaltung ausdrücklich geäußert; aus ihren Gedankengängen lassen sich aber eindeutig die entsprechenden Schlüsse ziehen. Der Begriff der sozialgestaltenden Verwaltung wird bei denen, die ausdrücklich Stellung bezogen haben, meist im Sinne von pflegender oder, eingeschränkt, im Sinne von gewährender Verwaltung verstanden. Um keine Mißverständnisse aufkommen zu lassen, soll die erörterte Terminologie aber auch im folgenden verwandt werden.

§ 11: Die Wiedergabe der bestehenden Ansichten

A) Die auch heute noch in Lehre und Rechtsprechung durchaus herrschende Meinung beharrt auf dem Standpunkt, daß der Vorbehalt des Gesetzes nur für unmittelbare Eingriffe in Freiheit und Eigentum gelte, die pflegende Verwaltung einer gesetzlichen Ermächtigung daher nicht bedürfe. <sup>1)</sup>

B) Ihr steht die Richtung gegenüber, die eine Ermächtigungsgrundlage auch für andere Verwaltungshandlungen als die eingreifenden fordert.

1) Thoma, R., Der Vorbehalt des Gesetzes, S.177 f., und HdbDStR Bd.2, S.233; W.Jellinek, Verwaltungsrecht, S.254; Peters, Lehrbuch der Verwaltung, S.31; Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S.114; Wolff, VwR I, § 30 III. b.); Ule, Verwaltungswissenschaftliche Beiträge, 1957, S.156; Maunz-Dürig, Art.20 RdNr.130; VerfGH Rheinl.-Pfalz, AS 2,268.

I. An erster Stelle ist die Ansicht zu nennen, die eine Ermächtigungsgrundlage für alle Verwaltungstätigkeit, also einschließlich der sozialgestaltenden Verwaltung, für erforderlich erachtet, als Ermächtigungsgrundlage aber die Verfassung genügen läßt. Diese Ansicht beruht auf der von Merkl begründeten und von Kelsen in seine "Reine Rechtslehre" eingebauten Theorie vom Stufenbau der Rechtsordnung, wonach alle Staatshandlungen nur aus dem Grunde als Staatshandlungen bezeichnet werden können, weil sie "delegativ" von einer obersten "Grund- oder Ursprungsnorm" (Kelsen) abhängen. <sup>1)</sup>

II. Das Erfordernis einer gesetzlichen Ermächtigung über den Rahmen der sog. Eingriffverwaltung hinaus wird aus den verschiedensten Gründen bejaht. So wird die Notwendigkeit einer Ermächtigungsgrundlage hergeleitet aus den Prinzipien der Demokratie <sup>2)</sup>, der Gewaltengliederung <sup>3)</sup>, der formalen <sup>4)</sup> und der materia-

1) Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht, S.160 ff.; Kelsen, Reine Rechtslehre, S.228 ff.; Burckhardt, Methode und System des Rechts, S.132 ff.; Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, S.130 ff.; Merk, VVDStRL 16,252; Menger, VwArch 51,155; Hauelsen, NJW 60,1882; BVwG, NJW 59,1098; OVG des Saarlandes, DÖV 59,705.  
2) Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht, S.170; Roos, a.a.O., S.117 ff.; Hamann, NJW 57,1423; Evers, NJW 60,2073; Mallmann, VVDStRL 19,185.  
3) Imboden, Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, S.7 f., 18 f.  
4) Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd.1, S.59, und DÖV 56,203; Imboden, Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, S.42, und Der verwaltungsrechtliche Vertrag, S.74; Roos, a.a.O., S.117 ff.; Krüger, DVBl.55,451; Forsthoff, DVBl. 57,724; Rasch, VwArch 50,4; Scupin, VVDStRL 16,262 ff.; Werner Weber, VVDStRL 16,244; Rupp, DVBl.59,84; Obermayer, DVBl.59,356; Stern, JZ 60,518; Scheuner, Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland, S.249/250 Anm.122, 258; Maunz-Dürig, Art.20 RdNr.135; Mallmann, VVDStRL 19,183,207.

len <sup>1)</sup> Rechtsstaatlichkeit allein oder aus mehreren dieser Verfassungsprinzipien gleichzeitig. Allerdings wird eine Ermächtigungsgrundlage nicht für die gesamte pflegende Verwaltung, sondern nur im Hinblick auf gewisse Bereiche oder lediglich für einzelne Institutionen gefordert, ohne daß sich bisher gewisse einheitliche Grundsätze herausgebildet hätten.

Zweiter Abschnitt: Stellungnahme

§ 12: Das Grundgesetz und das Erfordernis einer Ermächtigungsgrundlage für die sozialgestaltende Verwaltung

A) Wenn überhaupt eine Auseinandersetzung darüber entstehen konnte, ob die sozialgestaltende Verwaltung einer Ermächtigungsgrundlage bedarf oder nicht, so ist das ein Anzeichen dafür, daß das Grundgesetz auf diese Frage keine eindeutige Antwort bereithält. Dennoch muß jede Erörterung dieser Frage vom Grundgesetz ausgehen, weil das Problem unlösbar mit der im Grundgesetz niedergelegten "rechtlichen Grundordnung" <sup>2)</sup> der Bundesrepublik Deutschland verknüpft ist.

I. Das Grundgesetz gebraucht die Ausdrücke "ermächtigen" und "Ermächtigung" an verschiedenen Stellen, so in Art. 71, 80, 87 b, 111, 119, 129. Was das Grundgesetz darunter versteht, läßt es sehr deutlich aus Art. 71 erkennen: "Im Bereiche der ausschließlichen Gesetzgebung des Bundes haben die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung nur, wenn und soweit sie hierzu in einem Bundesgesetze ausdrücklich ermächtigt werden."

1) Rupp, DVBl. 59, 84; Stern, JZ 60, 525; Bellstedt, DÖV 61, 163 f.

2) Küchenhoff, Allgemeine Staatslehre, S. 54.

Den Ländern ist also untersagt, auf dem Gebiete der ausschließlichen Gesetzgebung des Bundes gesetzgeberisch tätig zu werden. Dieses Verbot kann der Bund aufheben und den Ländern gestatten, auch Gesetze über Gegenstände der ausschließlichen Gesetzgebung zu erlassen. Ganz allgemein bedeutet demnach "ermächtigen": Aufhebung eines Handlungsverbots und dementsprechende Gestattung eines "Dürfens". Übertragen in die staats- und verwaltungsrechtliche Terminologie kann man auch sagen: Begründung einer Zuständigkeit <sup>1)</sup>, Zuweisung einer Kompetenz <sup>2)</sup> oder nur einer Befugnis als Teil einer Kompetenz. <sup>3)</sup> Wenn hier von Ermächtigungsgrundlage gesprochen wird, so soll darunter nicht die ermächtigende Norm selbst, sondern ihr Ausdrucksmittel verstanden werden.

a) Nur in zwei Fällen verwendet das Grundgesetz den Ausdruck "ermächtigen" bzw. "Ermächtigung" im Zusammenhang mit dem Begriff der Verwaltung, und zwar einmal in Art. 87 b, wonach Gesetze, soweit sie die Bundeswehrverwaltung zu Eingriffen in Rechte Dritter ermächtigen, der Zustimmung des Bundesrates bedürfen, und zum anderen in Art. 129, wonach Ermächtigungen zum Erlasse von Rechtsverordnungen oder allgemeinen Verwaltungsvorschriften sowie zur Vornahme von Verwaltungsakten, die in nunmehr als Bundesrecht fortgel-

1) Jacobi, HdbDStR Bd. 2, S. 240.

2) Haenel, Studien II, S. 212; Burckhardt, Methode und System des Rechts, S. 184; Forsthoff, Lehrbuch, S. 394.

3) Der Begriff der Ermächtigung umfaßt sowohl die Delegation als auch das Mandat im Sinne Triepels, Delegation und Mandat im öffentlichen Recht, ist aber nicht ihr Oberbegriff, sondern geht darüber hinaus. Siehe Klein in: Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat, S. 8 ff.

tenden Rechtsvorschriften enthalten sind, auf die jetzt sachlich zuständigen Stellen übergehen. In Art.80 sind als Adressaten der Ermächtigung die Bundesregierung, die Bundesminister und die Landesregierungen und in Art.111 und 119 jeweils nur die Bundesregierung genannt.

b) Neben diesen Bestimmungen, in denen ausdrücklich von einer Ermächtigung die Rede ist, weist das Grundgesetz aber noch eine ganze Reihe von sog. Gesetzesvorbehalten auf, so in den meisten Grundrechtsartikeln und des weiteren u.a. in den Art.24 Abs.1, 29, 59 Abs.2, 59 a Abs.4, 94 Abs.2, 95 Abs.4, 110 Abs.2, 115. Diese Gesetzesvorbehalte kommen in zwei unterschiedlichen Bedeutungen vor, ausgedrückt durch die Wendungen "durch Gesetz" (Gesetzesvorbehalt im engeren Sinn) und "auf Grund eines Gesetzes" (Gesetzesvorbehalt im weiteren Sinn).<sup>1)</sup> "Durch Gesetz" bedeutet: das Gesetz hebt ein bestehendes Verbot auf und ist selbst Mittel zur Regelung der Angelegenheit (z.B. in Art.8 Abs.2, 11 Abs.2, 12 Abs.1 S.2, 14 Abs.3 S.2, 15 S.1, sowie in Art.24 Abs.1, 29, 59a Abs.4, 94 Abs.2, 95 Abs.4, 110 Abs.2 S.1.<sup>2)</sup> "Auf Grund eines Gesetzes"

- 1) Klein (v.Mangoldt-Klein, Vorbemerkungen B.XV. 3.b) S.131) meint, es sei unrichtig, auch im 2.Fall einfach von "Gesetzesvorbehalten" oder "Vorbehalten zugunsten von Gesetzen" zu sprechen, da die Einschränkung im Einzelfall nicht durch das Gesetz, sondern erst auf Grund des Gesetzes durch Verwaltung oder Rechtsprechung erfolge. Man kann aber auch sagen, die Regelung der Grundrechtseinschränkung sei dem Gesetz vorbehalten. Dann läßt sich der Ausdruck des Gesetzesvorbehalts aufrechterhalten. Nur muß man ihn, wie im Text geschehen, von dem Ausdruck, der den Gesetzesvorbehalt im ersteren Sinne wiedergibt, unterscheiden.
- 2) Die Zulässigkeit solcher Gesetzesvorbehalte hat C.Schmitt, Verfassungslehre, S.152 f., aus rechtsstaatlichen Gründen verneint. Siehe auch Kägi, Giacometti-Festschrift, S.128.

besagt: das Gesetz hebt ein bestehendes Verbot auf und gestattet die Vornahme von Handlungen zur Regelung der Angelegenheit (z.B. in Art.2 Abs.2 S.2, 8 Abs.2, 10 S.2, 13 Abs.3, 14 Abs.3 S.2, 16 Abs.1 S.2 sowie in Art.115 S.2).

Im ersten Falle kann man von einer Ermächtigung des Gesetzgebers durch die Verfassung und im zweiten Falle von einer Ermächtigung anderer Staatsorgane durch Gesetz reden. Staatshandlungen, die ausschließlich der Gesetzgebung vorbehalten sind, kann die öffentliche Verwaltung von Verfassungswegen niemals vornehmen. Zu Staatshandlungen, die nur "auf Grund eines Gesetzes" ergehen dürfen, ist sie insoweit berechtigt, als ihr die Befugnis hierzu durch Gesetz zugewiesen ist. Sieht man einmal davon ab, aus den Gesetzesvorbehalten des Grundrechtskataloges einen allgemeinen Grundsatz<sup>1)</sup> herzuleiten, so liegt die Feststellung nahe, daß die öffentliche Verwaltung nur für solche Staatshandlungen einer Ermächtigung durch Gesetz bedarf, die einem der genannten Gesetzesvorbehalte im weiteren Sinne unterliegen.

Maßgebender Gesichtspunkt für die Einführung von Gesetzesvorbehalten war die möglichst umfassende Sicherung der Grundrechte vor willkürlichen Beeinträchtigungen. Die Gesetzesvorbehalte sind also nicht am Zweck bestimmter Staatshandlungen, sondern an ihrer Wirkung auf die den Bürgern zustehenden Grundrechte ausgerichtet. Darum besteht eine Beziehung zu der am Zweck orientierten sozialgestaltenden Verwaltung nur insoweit, als diese, entsprechend der Ordnungsverwaltung, in den Grundrechtsbereich der Bürger eingreift.

II. a) Es ist aber nicht die in den Formen der sog. Eingriffverwaltung vor sich gehende sozialgestaltende Verwaltung, die die Verwaltungsrechtswis-

1) Nämlich den, daß belastende Staatshandlungen nur auf Grund eines Gesetzes zulässig sind.

senschaft beschäftigt, sondern die sozialgestaltende Verwaltung, die sich in den Formen der pflegenden Verwaltung vollzieht. Da nicht von der Hand gewiesen werden kann, daß möglicherweise eine Ermächtigung auch in der Verfassung oder nur in einer innerdienstlichen Kompetenzzuweisung zu liegen vermag, ist die Fragestellung, ob auch die pflegende Leistungsverwaltung einem Gesetzesvorbehalt unterworfen ist, zu eng. Gefragt werden muß ohne Einschränkung danach, ob oder inwieweit die sozialgestaltende Verwaltung einer Ermächtigungsgrundlage bedarf.

b) Nachdem sozialgestaltende Verwaltung als unmittelbare Gestaltung der Sozialordnung durch die öffentliche Verwaltung definiert worden ist, liegt nichts näher, als die Sozialstaatsklausel in Art. 20 Abs.1 und Art. 28 Abs.1 S.1 GG daraufhin zu prüfen, ob sie die öffentliche Verwaltung zu sozialgestaltender Tätigkeit ermächtigt. Wie schon früher erörtert <sup>1)</sup>, erblickt die h.M. in dem Bekenntnis des Grundgesetzes zum sozialen Rechtsstaat Ermächtigung und Auftrag zur Gestaltung der Sozialordnung. Damit ist aber nicht klargestellt, ob durch die Sozialstaatsklausel alle Staatsorgane, nur die obersten Staatsorgane oder gar nur die Gesetzgebungsorgane ermächtigt und verpflichtet werden.

1. Schon das in Art. 20 Abs.2 S.2 GG zum Ausdruck gelangte Prinzip der sog. Dreiteilung der Gewalten in Verbindung mit der in Art.20 Abs.3 GG ausgesprochenen Bindung der vollziehenden Gewalt an Gesetz und Recht läßt eine Ermächtigung zu sozialgestaltender Tätigkeit ohne Vermittlung durch Gesetz fraglich erschei-

1) S. 17.

nen. Art.20 Abs.3 GG bedeutet <sup>1)</sup>: die Organe der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung sind Verpflichtungs- und Berechtigungssubjekte der sie angehenden Gesetze. Sie haben so zu handeln, wie die Gesetze es anordnen (Vorrang des Gesetzes). Das hier allein interessierende Problem, ob sie überhaupt nur auf Grund eines Gesetzes tätig werden dürfen, der Verfassungsauftrag ihnen also durch Gesetz vermittelt werden muß (Vorbehalt des Gesetzes im weiteren Sinne), löst Art.20 Abs.3 GG jedoch - dem Wortlaut nach - nicht. <sup>2)</sup>

2. Bedenken gegen eine Ermächtigung aller Staatsorgane zur Gestaltung der Sozialordnung unmittelbar durch das Grundgesetz könnten sich wegen der Weite des dadurch eröffneten Handlungsspielraumes aber auch aus rechtstheoretischen, demokratischen und rechtsstaatlichen Gründen ergeben.

B) Die Frage, ob und inwieweit für die sozialgestaltende Verwaltung eine Ermächtigungsgrundlage erforderlich ist, bleibt damit nach wie vor offen. Sie läßt sich nur auf Grund "vorjuristischer Wertung" unter Berücksichtigung des jeder Rechtsordnung immanenten rechtstheoretischen Prinzips und der dem Grundgesetz zugrunde liegenden Gestaltungsprinzipien der Gewalten-

- 1) Der Begriff des Rechts und sein Verhältnis zum Begriff des Gesetzes brauchen hier nicht erörtert zu werden. Siehe dazu neuestens Schnorr, AöR Bd.85 (1960), S.121 ff.
- 2) Maunz-Dürig, Art.20 RdNr.128. So wird man daher mit Schnorr, a.a.O., S.129, "die Aussage des Art.20 Abs.3 GG, daß vollziehende Gewalt und Rechtsprechung an Gesetz und Recht gebunden seien, aus sich heraus für unverständlich und infolgedessen durch andere Vorschriften des Grundgesetzes für ergänzungsbedürftig halten müssen".

gliederung, der Demokratie und der Rechtsstaatlichkeit beantworten. Bei solch einer Wertung wird zu beachten sein, daß diese Prinzipien sich teils ergänzen, teils widersprechen und durch das Grundgesetz eine besondere Ausformung erfahren haben können. Wenn also zunächst eine isolierte Betrachtung der einzelnen Prinzipien angestrebt wird, dann nur in der Absicht, möglichst unverfälschte Ableitungen durchzuführen und sie später zueinander in Beziehung zu setzen. Aus den Prinzipien wird, soweit nicht vorher Schlußfolgerungen speziell in bezug auf die sozialgestaltende Verwaltung unumgänglich sind, ein allgemeines Ergebnis herzuleiten sein, aus dem dann die entsprechenden Schlüsse auf die sozialgestaltende Verwaltung gezogen werden sollen.

#### § 13: Rechtstheoretisches Prinzip

A) Wenn nach Notwendigkeit und Beschaffenheit einer Ermächtigungsgrundlage für Staatshandlungen gefragt wird, so liegt von vornherein die Vermutung nahe, daß als solche nur eine rechtlichen Charakters in Betracht kommen kann. Demzufolge erscheint es denkbar, daß sich die Antwort auf die gestellte Frage aus dem Recht, seinen Funktionen und seinem Zusammenhang mit dem Staate herleiten läßt.

B) I. Eine sehr weite Aussage über das, was Recht ist, hat Radbruch getroffen, indem er definiert: "Recht ist die Wirklichkeit, die den Sinn hat, dem Rechtswerte, der Rechtsidee zu dienen." <sup>1)</sup> Wenn man mit Kelsen <sup>2)</sup> aus dieser Definition die Rechtsidee eliminiert, um sich so einen von rechtsphilosophischen

1) Rechtsphilosophie, S.123.

2) Reine Rechtslehre, S.50 f., 357 ff.

Erwägungen freien Zugang zum Recht zu verschaffen, so kann man das Recht als die Wirklichkeit bezeichnen, die der Schaffung einer irgendwie gearteten menschlichen Ordnung dient.

II. Da das, was zur Herbeiführung einer Ordnung nötig ist, nicht allen Menschen evident ist, muß ihr Verhalten irgendwie gesteuert werden. <sup>1)</sup> Daß das angemessene Mittel hierzu nicht der unmittelbare Zwang ist, bedarf keiner Begründung. In Betracht <sup>2)</sup> kommen das Gebot, das Verbot und die Gestattung. <sup>3)</sup> Unmittelbarer Zwang wird nur subsidiär, nämlich bei ihrer Nichtbefolgung angewandt. Gebot und Verbot schränken das freie Belieben ein, während durch die Gestattung ein Verbot aufgehoben und so das freie Belieben wieder eröffnet wird. Gebot, Verbot und Gestattung lassen sich wiedergeben durch die Wendungen "Du sollst", "Du darfst nicht", "Du darfst". Sie mögen hier unter dem Oberbegriff der Anordnung <sup>4)</sup> zusammengefaßt werden. <sup>5)</sup>

a) Jede Anordnung bedarf selbstverständlich einer irgendwie gearteten Äußerung, sei es einer mündlichen, einer schriftlichen oder lediglich konkludenten Verhaltens. Die Handlung, die einem Menschen abverlangt, untersagt oder gestattet wird, muß dabei so genau bezeichnet werden, daß der Betroffene weiß, wie er sich verhalten soll oder darf. Zur Bezeichnung der Handlung können das Handlungsobjekt, das Handlungsmittel, die Handlungs-

1) Burckhardt, Methode und System des Rechts, S.132.

2) Haenel, Studien II S.194/195; v.Martitz, ZgesStW Bd.36 (1880), S.241; Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, S.297.

3) Dieser Begriff ist hier in einem weiteren Sinne als der verwaltungsrechtliche Begriff der Gestattung bei Wolff, VwR I, § 43 III. c) 2., gebraucht.

4) Der Begriff der Anordnung bei Wolff, § 45 II. c), ist insofern enger, als er nur die Anordnungen der Verwaltungsbehörden erfaßt.

5) Zum Vorhergehenden insbes.auch Haenel, a.a.O., S.206/207.

weise, das Handlungsobjekt und der Handlungszweck dienen. Mindestens wird die Benennung des Handlungsobjekts und des Handlungszwecks erforderlich sein. <sup>1)</sup> Eine Anordnung kann so gehalten sein, daß sie das Handlungsobjekt oder die Handlungsobjekte entweder bestimmt (speziell) oder aber (generell) durch Aufstellung von Tatbestandsmerkmalen bezeichnet. Gleiches gilt von der Benennung der übrigen Bezeichnungsmerkmale einer Handlung. Je nachdem, ob diese unmittelbar bestimmt oder durch Tatbestandsmerkmale bezeichnet sind, spricht man von konkreten oder abstrakten Anordnungen. Welche Art der Anordnung gewählt wird, hängt ganz von den jeweiligen Erfordernissen ab. Eine auf die Dauer angelegte und für eine Vielzahl von Menschen gedachte Anordnung wird gewöhnlich in abstrakt-genereller Fassung ergehen.

b) Aus einer verbindlichen Anordnung erwächst für den Betroffenen, sofern es sich um ein Gebot oder Verbot handelt, die Pflicht und, sofern es sich um eine Gestattung handelt, die Befugnis zu einem Tun oder Unterlassen.

c) Welche Anordnungen verbindlich sind, muß notwendigerweise aus einem obersten zu sozialer Gültigkeit gelangten Ausspruch hervorgehen, der besagt, daß ausschließlich die in einer von ihm bezeichneten Weise ergangenen Anordnungen zu befolgen sind. <sup>2)</sup> Das Recht regelt seine eigene Erzeugung, wie Kelsen <sup>3)</sup> festgestellt hat. Diese "Regel der Normenerzeugung", von Kelsen "Grundnorm" oder "Ursprungsnorm" benannt, soll hier stets mit "Ursprungsnorm" bezeichnet werden. <sup>4)</sup>

1) Siehe auch Burckhardt, a.a.O., S.226 ff.

2) Kelsen, a.a.O., S.54, 199 ff.; C.Schmitt, Wert des Staates, S.52; Wolff, Juristische Person und Staatsperson, S.373-379, 419/420, 478/479; Burckhardt, a.a.O., S.132 ff.; Anklänge schon bei Haenel, a.a.O., S.217.

3) A.a.O., S.54, 199.

4) Daß der Ausdruck "Ursprungsnorm" treffender als der "Grundnorm" ist, hat Wolff, Juristische Person und Staatsperson, S.374, nachgewiesen.

Jede Anordnung ist daher nur insoweit verbindlich, als sie sich durch einen "geschlossenen Delegationszusammenhang" <sup>1)</sup> auf jene Ursprungsnorm zurückführen läßt. Denkbar ist ein solcher Zusammenhang nur, weil - und das sollte unbestritten sein - jede Anordnung auch eine Pflicht oder eine Befugnis zum Erlaß weiterer Anordnungen beinhalten kann. <sup>2)</sup>

d) Einigkeit besteht wohl im großen und ganzen darüber, daß unter einem Rechtssatz nicht die Anordnung selbst, sondern ihr "grammatikalisches Darstellungsmittel" <sup>3)</sup> zu verstehen ist. Dagegen klaffen die Ansichten darüber, welche Anordnungen als Rechtsnormen zu bezeichnen sind und demgemäß ihren Ausdruck in Rechtssätzen finden, vielfältig auseinander. <sup>4)</sup> Wie die Grenze tatsächlich zu ziehen ist, mag hier dahingestellt bleiben.

e) Man pflegt die durch Rechtsnormen begründeten Pflichten Verpflichtungen und die Befugnisse Berechtigungen zu bezeichnen. <sup>5)</sup>

C) Es kommt hier nicht darauf an, Stellung zu den verschiedenen Theorien vom Staate zu nehmen oder gar einen eigenen Staatsbegriff zu entwickeln. Erforderlich ist allein eine klare Vorstellung von der Struktur und den Handlungen des "Staates" zu gewinnen.

1) Der Begriff der Delegation geht hier wie der Begriff der Ermächtigung über den Triepelschen Begriff der Delegation hinaus.

2) Böckenförde, a.a.O., S.289.

3) Haenel, a.a.O., S.118; siehe auch Wolff, VwR I, § 24 II. b) 1.

4) Siehe unten S.

5) Wolff, VwR I, § 40.

I. Das Handeln des Staates ist menschliches Handeln. Wenn man vom Handeln des Staates spricht, so bedient man sich eines abgekürzten Sprachgebrauchs. Dessen muß man sich bewußt bleiben, um nicht, verleitet durch die Vorstellung vom Staat als einer analog dem Menschen zu behandelnden Person, gefährlichen Trugschlüssen zu unterliegen. <sup>1)</sup>

II. Der moderne Staat zeichnet sich durch eine auf einem bestimmten Gebiete befindliche Vielzahl von Menschen aus, die ihr Zusammenleben im Wege der Arbeitsteilung durch Einsatz von Macht immer wieder neu ordnen und gestalten. Bestimmte, dazu berufene Personen nehmen die Angelegenheiten wahr, die die Interessen der Gesamtheit berühren. Ihre Handlungen sind es, die man gemeinhin als Staatshandlungen bezeichnet. Die Angelegenheiten, die durch die Staatshandlungen erfüllt werden sollen, werden Staatsaufgaben genannt. Von diesen Staatsaufgaben her gesehen erscheint dann alles, was ihrer Erledigung dient, als Mittel, so die handelnden Personen (persönliche Mittel), ihre Handlungen, einschließlich der Rechtsetzung <sup>2)</sup>, und die benutzten Gegenstände (sachliche Mittel).

D) Ursprungsnorm und Arbeitsteilung sind die Ansatzpunkte, von denen sich das rechte Verständnis für den Zusammenhang zwischen Recht und Staat gewinnen läßt.

I. Die Ursprungsnorm könnte gebieten, den Geboten, Verboten und Gestattungen zu folgen, die aus der gemeinsamen Überzeugung aller Mitglieder des Gemeinwe-

1) Siehe auch die Warnungen bei Haenel, a.a.O., S.215, 231; Kelsen, a.a.O., S.294; Wolff, Juristische Person und Staatsperson, S.431; Böckenförde, a.a.O., S.334; Evers, NJW 60,2076, und Wertenbruch, JuS 61,108.

2) Haenel, a.a.O., S.249: "Es gibt keine Aufgabe des Staates, heiße sie wie sie wolle, für welche nicht das Recht und folgeweise die Rechtsetzung notwendiges Mittel wäre."

sens fließen (Gewohnheitsrecht). Eine solche Form der Normenerzeugung ist in modernen Staaten, wenn überhaupt, so nur noch als eine neben anderen Formen möglich. Im heutigen Staat wird die Ursprungsnorm die Anordnungsbefugnis einer oder mehreren Personen zugestehen und damit bereits bei der Normenerzeugung das Prinzip der Arbeitsteilung zur Voraussetzung nehmen. Eine solche Ursprungsnorm trägt den Doppelcharakter einer Berechtigungs- und Verpflichtungsnorm. Einerseits verschafft sie einer oder einigen Personen die Befugnis oder auch Kompetenz zur Normenerzeugung, andererseits verpflichtet sie alle Mitglieder des Gemeinwesens, den auf solche Weise zustande gekommenen Normen Folge zu leisten.

II. a) Zur Veranschaulichung sei zunächst der Fall gebildet, daß die Kompetenz der Normensetzung nur einem einzigen Mitglied des Gemeinwesens (Walter des Gemeinwesens) zusteht. Es ist nur eine Frage der Terminologie, ob man sowohl die Ursprungsnorm als auch sämtliche Anordnungen des Walters mit Kelsen als Staat im juristischen Sinne bezeichnet. <sup>1)</sup> Darf der Walter nur Anordnungen zur Erreichung eines bestimmten Zweckes erlassen, so wäre jede Anordnung, die durch diesen Zweck nicht gedeckt ist, unverbindlich und dem Staat im juristischen Sinne nicht "zentral" zurechenbar. <sup>2)</sup>

b) Da die Anordnungen des Walters nie Selbstzweck sind, andererseits der beabsichtigte Zweck häufig durch Anordnungen allein nicht zu erreichen sein wird, muß der Walter auch andere Tatbestände herbeiführen. Soweit dies ausschließlich dem Walter vorbehalten bleiben soll, muß die Ursprungsnorm für alle anderen Mitglieder des Gemeinwesens ein Verbot und für den Walter

1) Kelsen, a.a.O., S.289 ff.; vgl. auch Wolff, Juristische Person und Staatsperson, S.437.

2) Kelsen, Reine Rechtslehre, S.307; Wolff, a.a.O., S.146 ff.

eine Gestattung aussprechen. Aber selbst wenn gleiche Tatbestände sowohl von dem Walter als auch von allen anderen Mitgliedern des Gemeinwesens sollen gesetzt werden können, muß dies von der Ursprungsnorm berücksichtigt werden. An die Handlungen, die eine Person als Walter eines Gemeinwesens vornimmt, werden in allen modernen Gemeinwesen andere Folgen geknüpft als an die Handlungen der Mitglieder des Gemeinwesens. Das Mittel dieser Verknüpfung kann nur eine Norm sein, die besagt, daß der betreffende Tatbestand von dem Walter des Gemeinwesens gesetzt werden durfte. Diese Norm ist in dem hier gebildeten Anschauungsbeispiel die Ursprungsnorm. Ihr Charakter als Kompetenz- und damit als Organisationsnorm tritt hierdurch noch klarer zutage.

c) Zugleich erweist sich, daß es nicht genügt, Tatbestände im Wege "zentraler Zurechnung" auf die Einheit aller Normen, den Staat im juristischen Sinne, zu beziehen, sondern daß daneben noch eine "subjektive Zuordnung" auf die Organisationsnormen, auf die "Staatsperson" <sup>1)</sup>, erforderlich ist. "Denn sie (die zentrale Zurechnung im Kelsenschen Sinne) würde nur positive Normgemäßheit schlechthin ohne jede Relation auf Mitglieder, Organwalter, Zurechnungsendpunkte, Gegenstände usw. bedeuten, denen gegenüber die 'Staatsperson' als eigene 'Individualität', als Subjekt abgrenzbar wäre. Es bedarf vielmehr gewisser Inhalte der Normen, kraft deren das Handeln von Organwaltern weder diesen noch anderen natürlichen Personen, sondern eben der 'Staatsperson' subjektiv zugerechnet wird." <sup>2)</sup>

III. a) In modernen Staatswesen sind zur Erfüllung der Staatsaufgaben eine Vielzahl von Waltern (Organwalter i.w.S.) nötig. Da auch sie untereinander nur

1) Wegen der Identität der Staatsperson mit der Gesamtheit aller Organisationsnormen vgl. Wolff, a.a.O., S.437 f.

Ähnlich jetzt auch Kelsen, a.a.O., S.296.

2) Wolff, a.a.O., S.431.

wieder im Wege der Arbeitsteilung tätig werden können, beschränkt sich die Organisation nicht auf die Ursprungsnorm. Es sind immer wieder neue zahllose Anordnungen nötig, um die Handlungen der Organwalter im Interesse einer guten Aufgabenerfüllung zu einem möglichst reibungslosen Mit- und Nebeneinander zu ordnen. <sup>1)</sup> Selbstverständlich müssen auch diese Anordnungen delegativ von der Ursprungsnorm abhängen, um für die Organwalter verbindlich zu sein.

b) Anordnungen, die auf Dauer angelegt sind, können nicht auf einen bestimmten Organwalter abstellen. Sie müssen von der jeweiligen Person abstrahieren und ein gedankliches "ideelles" Handlungssubjekt schaffen, dem die entsprechenden Pflichten und Befugnisse zugewiesen werden können. Ist die "Staatsperson", also die Gesamtheit aller Organisationsnormen, das endgültige "Zurechnungssubjekt", so sind alle anderen nicht selbstständigen Handlungssubjekte "vorläufige Zurechnungssubjekte". <sup>2)</sup> Letztere werden je nachdem, ob ihnen ein besonderer Name beigelegt ist oder nicht, als Organe oder Ämter bezeichnet. <sup>3)</sup> Die Gesamtheit der ihnen übertragenen Pflichten und Befugnisse, ihre Kompetenz, läßt sich, je nach den Erfordernissen, material, funktional, modal oder auch formal umschreiben. <sup>4)</sup>

c) Dieser rechtstechnische Kunstgriff ermöglicht die Übertragung einer Gesamtheit von Pflichten und Befugnissen auf eine Person durch deren Einsetzung in die Walterstellung <sup>5)</sup> des jeweiligen Amtes oder

1) Haenel, a.a.O., S.221.

2) Wolff, VwR I, § 32 III.

3) Wolff, VwR II, §§ 72 und 74.

4) Wolff, VwR II, § 72.

5) Zu unterscheiden sind, entsprechend der Einteilung der vorläufigen Zurechnungssubjekte in Ämter und Organe, die Amtswalter und Organwalter, beide zusammengefaßt unter dem Oberbegriff der Organwalter i.w.S. Der Begriff des Organwalters wird im folgenden stets in diesem weiteren Sinne verstanden.

Organs und sichert zugleich ein Höchstmaß an Kontinuität im Interesse einer guten Aufgabenerfüllung.

IV. Mittels der Kompetenznormen werden also die durch einen Organwalter gesetzten Tatbestände nicht dem Organwalter selbst, sondern vorläufig einem ideellen Zurechnungsobjekt "Amt" oder "Organ" und endgültig dem ideellen Zurechnungsobjekt "Staatsperson" zugerechnet. Das Recht besitzt im Verhältnis zum Staat die Funktion einer "rechtlichen Zurechnungsregel" (Kelsen). "Eine menschliche Handlung ist nur dadurch ein Staatsakt, daß sie als solcher durch eine Rechtsnorm qualifiziert ist." <sup>1)</sup> Das ist die Bedeutung des rechtstheoretischen Prinzips.

E) Daß jede Staatshandlung schon allein wegen der Funktion des Rechts als Zurechnungsregel auf einer vorausgehenden Anordnung, einer Ermächtigung, beruhen muß, dürfte nach den bisherigen Ausführungen erwiesen sein. Untersucht werden muß daher nur noch die Frage, wie die Anordnungen, die eine Ermächtigung darstellen sollen, beschaffen sein müssen, damit überhaupt eine Zurechnung möglich ist.

Wie schon erörtert, läßt sich eine Handlung bestimmen durch Benennung des Handlungsobjekts und zusätzlich wenigstens des Handlungszwecks.

Die Ermächtigungsnorm muß daher eindeutig zum Ausdruck bringen, daß "ideelles" Handlungsobjekt die "Staatsperson", bzw. eines ihrer "Ämter" oder "Organe" sein soll.

Je nachdem, wie der Handlungszweck umrissen ist, können Ermächtigungen enge, aber auch sehr weite Hand-

1) Kelsen, Reine Rechtslehre, 1. Aufl., S.120; ebenso Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht, S.161; Wolff, Juristische Person und Staatsperson, S.431. Ähnlich schon Haenel, a.a.O., S.221.

lungsspielräume eröffnen. Aber selbst die weitesten Ermächtigungen hindern nicht die Möglichkeit einer Zurechnung der sich in ihrem Rahmen haltenden Tatbestände. Die Schwierigkeiten im Einzelfall dürfen darüber nicht hinwegtäuschen. <sup>1)</sup>

Die tatsächliche Zurechnung hängt selbstverständlich davon ab, ob der Organwalter erkennbar die Zurechnung zu sich selbst oder zur Staatsperson gewollt, ob er also im eigenen Namen oder im Namen des "Staates" gehandelt hat. Es kommt auf die Art der jeweiligen Rechtsordnung an, in welchem Maße hierbei dem Schutz des Vertrauens Rechnung getragen wird. <sup>2)</sup>

#### § 14: Prinzip der Gewaltengliederung

A) Mit dem Aufbau der staatlichen Organisation ist heute schon fast unlösbar das Prinzip der Gewaltengliederung verknüpft. Die Dreiteilungslehre Montesquieus hat einen solch ungebrochenen Einfluß entwickelt, daß kaum eine moderne Verfassung ihm nicht irgendwie - und sei es auch noch so formal - Rechnung zu tragen sucht. Die "Dreiteilung der Gewalten" ist unabdingbares Kennzeichen moderner Rechtsstaatlichkeit geworden. <sup>3)</sup>

- 1) Der Handlungszweck muß oft sehr weit umschrieben sein, insbesondere in den modernen, sich ständig neuen Aufgaben gegenüber sehenden Massenstaaten. Dabei wird es so sein, daß sich die Weite der Ermächtigung hierarchisch von der Volksrepräsentation über die Regierung hinab zu den untersten Verwaltungsorganen und -ämtern immer mehr verengt. Vgl. auch Haenel, a.a.O., S.212; Merkl, Giacometti-Festschrift, S.173.
- 2) Siehe z.B. Forsthoff, Lehrbuch, S.154 ff.; Eichler, Die Rechtslehre vom Vertrauen, bes. S.5 und 18. So ist im deutschen Verwaltungsrecht anerkannt, daß auch der rechtswidrige, also die Ermächtigungsgrenzen überschreitende Verwaltungsakt ein Verwaltungsakt ist; Wolff, VwR I, § 51 I. a).
- 3) Maunz-Dürig, Art.20, RdNr.74.

So hat sich denn auch das Grundgesetz für die grundsätzliche Dreigliederung der Staatsgewalt in Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung unterschieden. Sedes materiae ist Art.20 Abs.2 S.2. <sup>1)</sup>

Um zu erkennen, ob und inwieweit das Gewaltengliederungsprinzip Schlußfolgerungen auf die Stellung der vollziehenden Gewalt zu den beiden anderen Gewalten und zur Frage ihrer Abhängigkeit von einer Ermächtigungsgrundlage gestattet, muß man sich über Charakter und Bedeutung dieses Prinzips im klaren sein.

B) I. Das Prinzip der Gewaltengliederung ist ein Organisationsprinzip. Ihm zugrunde liegt zunächst der Gedanke von der Zweckmäßigkeit oder gar Notwendigkeit einer Arbeitsteilung unter den für den Staat handelnden Organwaltern. Es geht davon aus, daß sich die Grundformen staatlicher Tätigkeit voneinander unterscheiden, in wenigen Kategorien zusammenfassen und verschiedenen obersten Organen oder Organgruppen zur Ausübung übertragen lassen. <sup>2)</sup> Das Gewaltengliederungsprinzip charakterisiert sich demnach als besonderes Prinzip einer Kompetenzverteilung unter den obersten Staatsorganen oder Staatsorgangruppen.

II. Aber nicht in der Ermöglichung einer reibungslosen und sachgerechten Aufgabenerfüllung erblickt die herrschende Lehre die tiefere Bedeutung dieses Prinzips, sondern in der Verhinderung von Machtkonzentration bei einem oder einigen wenigen Organwaltern und daraus folgend in der Gewährleistung der Freiheit aller übrigen Mitglieder des Gemeinwesens.

1) v. Mangoldt-Klein, Art.20 Anm.V. 5. b) S.598; Maunz-Dürig, Art.20 RdNr.75.

2) Imboden, Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, S.6.

III. Es läßt sich aber nicht von der Hand weisen, daß weder eine gute Arbeitsteilung noch die Ausschaltung von Machtkonzentration ausgerechnet eine Dreigliederung der Staatsgewalt in Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung verlangen. <sup>1)</sup> Es ist wesentlich, zu erkennen, "daß das ganze Dreiteilungsschema nur sehr am Rande mit der Empirie über vorkommende Staatstätigkeiten und der Zweckmäßigkeit dementaprechender Arbeitsteilung zu tun hat. Die staatsrechtliche Aufstellung und positivrechtliche Anerkennung des Dreiteilungsgrundsatzes ist ... eine rechtliche (d.h. letztlich der normativen Ebene des Sollens zuzuordnende) Tat." <sup>2)</sup> So bestand denn ja auch das Hauptanliegen Montesquieus darin, "die Staatsgewalt richtig zu verteilen, auszugleichen und zu hemmen, um deren Ausarten in Despotie zu verhindern". <sup>3)</sup> "Es kam ihm ... auf die sinnvolle Zuordnung der politischen und gesellschaftlichen Mächte, die gegenseitige Verschränkung

1) Neumann, Franz, ZgesStW Bd.109 (1953), S.47/48.

2) Maunz-Dürig, Art.20 RdNr.78. Siehe demgegenüber Imboden, Montesquieu und die Lehre der Gewaltentrennung, S.13: "Die Erhellung der Gewalt durch rationale Differenzierung wird zur Hoffnung für den bedrohten Bürger; wo das Licht der Vernunft leuchtet, da ist auch Freiheit." Imboden sieht dann, S.14-22, in der Dreigliederung der Staatsgewalt die Widerspiegelung der drei Grundkategorien "Monokratie, Aristokratie und Demokratie" der klassischen Staatsformenlehre sowie der drei Gründe legitimer staatlicher Herrschaft, "rational-legale, personenbezogene-traditionelle, charismatische Herrschaft", wie sie von Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, S.124, entwickelt worden sind. Imboden muß aber selbst zugeben, daß sich zumindest das soziologische Herrschaftsschema mit dem Gewaltenschema nicht deckt (S.20/21).

3) Roos, Rechtsquellenprobleme im Schweizerischen Recht, S.123.

und Abhängigkeit ihrer hoheitlichen Funktionen an." 1)  
"Für Locke war die Funktionenlehre primär, für Montesquieu war sie im Grunde nebensächlich und unwesentlich." 2)

C) Versucht man eine Verfassung am Prinzip der Gewaltengliederung zu messen, dann hat man demnach nicht in erster Linie darauf abzustellen, ob die Verfassung eine Dreigliederung der Staatsgewalt in Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung vorgesehen hat, sondern darauf, ob es ihr gelungen ist - sei es mit oder ohne grundsätzliche Berücksichtigung des Dreierschemas - , eine dem Freiheitsschutz der Bürger dienende Teilung, Zuordnung, Hemmung und Balancierung staatlicher Macht zu verwirklichen. Eine solche Prüfung ist nicht leicht. Statt einige wenige handgreifliche Beurteilungsmaßstäbe anlegen zu können, muß eine Vielzahl verfassungs- und organisationsrechtlicher Einzelheiten in Betracht gezogen und auf ihre Auswirkungen bezüglich wirksamer Hemmung und Balancierung untersucht werden. Darüber hinaus kommt es auf eine gute Kenntnis rechtsphilosophischer und rechtstheoretischer Grundprobleme sowie auf eine rechte Einschätzung der im Staate wirksamen politischen und gesellschaftlichen Mächte an. 3) Mit auf diese Schwierigkeit mag es zurückzuführen sein, daß man sich an das Dreierschema geklammert und darum bemüht hat, die Staatsfunktionen materiell zu bestimmen. Kennzeichnend hierfür ist die Methode, eine Verfassung auf die herausgearbeiteten inhaltlich bestimmten Grundfunktionen hin zu untersuchen und ihr dann in Einzelfällen Durchbrechungen des

1) Böckenförde, a.a.O., S.37.

2) Imboden, Montesquieu und die Lehre der Gewaltentrennung, S.14.

3) Siehe den verdienstlichen Versuch Werner Webers in "Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem".

Prinzips nachzuweisen oder gar vorzuwerfen. 1) Alle Versuche einer schematischen Erfassung der drei Gewalten sind jedoch - und das sollte nicht verwundern - durchweg unbefriedigend geblieben. 2)

Sofern aber nach dem Gewaltengliederungsprinzip der Umfang sowohl der gesetzgebenden als auch der vollziehenden Gewalt offen bleibt, vermag es auch nicht die Antwort auf die Frage nach dem Erfordernis einer Ermächtigungsgrundlage für die vollziehende Gewalt insgesamt oder nur einen Teil derselben zu geben. So meint auch Roos 3); "Allein es ist überhaupt gefährlich, aus der Gewaltenteilung formal Folgerungen zu ziehen. So läßt sich z.B. aus der Gewaltenteilung allein nicht entscheiden, ob die Verwaltung nicht durch individuelle Verfügung ohne gesetzliche Grundlage etwas anordnen dürfe."

#### § 15: Demokratisches Prinzip

A) Das Grundgesetz enthält in den Art.20 Abs.1, 28 Abs.1 S.1 die "verfassungsgestaltende Grundentscheidung" 4) zugunsten demokratischer Verfassungsformen in Bund und Ländern. Sinnfälligen Ausdruck verleiht es dem Begriff der Demokratie durch den Satz: "Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus" (Art.20 Abs.2 S.1).

Es läge nahe, eine demokratische Ermächtigungsgrundlage für sämtliche Staatshandlungen für erforderlich zu erachten, wenn Demokratie so viel wie "Volksherrschaft" bedeutete. Volksherrschaft in ihrer radikalsten Ausprägung wäre gegeben, wenn nach der

1) Z.B. Hildegard Krüger, ZgesStW Bd.106 (1950), S.720; dagegen v.Mangoldt-Klein, Art.20 Anm.V. 5. b), S.599.

2) Böckenförde, a.a.O., S.337 ff.

3) A.a.O., S.122.

4) Wolff, VwR I, § 25 II.

Ursprungsnorm das Volk das einzige Staatsorgan wäre und ihm sowohl die Berechtigung als auch die Verpflichtung zukäme, sämtliche Aufgaben des Gemeinwessens selbst und ohne Delegationsmöglichkeit zu erfüllen. Aber selbst der "Vater des demokratischen Gedankens", Jean Jaques Rousseau, hat eine solche Form der Demokratie niemals im Sinn gehabt. Nach seiner Ansicht sollte der Kompetenzbereich des Volkes auf die Aufstellung abstrakter Rechtssätze beschränkt bleiben. Und in der Tat läßt sich eine Demokratie in solch absoluter Gestalt nie verwirklichen. Jede Demokratie "braucht für die Fülle der laufenden Staatsgeschäfte Kollegien und Einzelorgane, die das Volk repräsentieren" <sup>1)</sup>. Ist aber nicht gerade aus diesem Grunde eine um so straffere Bindung aller Organwalter an vorangehende Entscheidungen des Volkes zu fordern?

B) I. Die Demokratie wird fast durchweg aufgefaßt als eine Verfassungsform, die sich dadurch auszeichnet, daß Träger der Staatsgewalt das Volk ist. <sup>2)</sup> Wie Hans J. Wolff überzeugend dargetan hat, sind Träger der Staatsgewalt diejenigen Menschen, deren Interessen durch die Organwalter wahrgenommen werden und denen demzufolge "die Art und vor allem die Folgen der Wahrnehmung ... zufallen" <sup>3)</sup>. Ihnen, den Rechtssubjekten, wird das Verhalten der Staatsorganwalter, der Pflichtsubjekte, mittelbar, nämlich "gemäß der Staatsorganisation zugerechnet" <sup>4)</sup>. Nach dieser Auffassung von Demokratie ist es nur konsequent, wenn dem Volk selbst

1) Merkl, Giacometti-Festschrift, S.168.

2) v. Mangoldt-Klein, Art.20 Anm.V. S.593 ff.; Maunz-Dürig, Art.20 RdNr. 30.

3) Juristische Person und Staatsperson, S.450.

4) Wolff, a.a.O., S.453.

eine Organstellung nicht eingeräumt zu sein braucht. <sup>1)</sup>

II. Von der Frage nach dem Träger der Staatsgewalt ist die Frage nach dem obersten Staatsorgan zu unterscheiden. Die erste Frage betrifft die Verfassungsform eines Staates, die zweite seine Regierungsform. Oberstes Staatsorgan ist dasjenige unmittelbare Staatsorgan, dessen Organwalter bereits unmittelbar durch die Staatsverfassung berufen werden, auf dessen Berufungsakte somit die Organwalter aller übrigen Staatsorgane letztlich ihre Organwalterstellung zurückführen. <sup>2)</sup> Eine Demokratie, in der das Volk die Stellung des obersten Staatsorgans einnimmt, bezeichnet Hans J. Wolff treffend als "demoarchische Demokratie" <sup>3)</sup>. Nach herrschendem Sprachgebrauch werden aber die Ausdrücke Monokratie, Aristokratie und Demokratie nicht nur zur Bezeichnung der entsprechenden Verfassungsformen, sondern auch der betreffenden Regierungsformen verwandt. <sup>4)</sup> So ist denn, wenn in der Wissenschaft von Demokratie gesprochen wird, meistens an die Regierungsform gedacht. Die demokratische Regierungsform zeichnet sich also durch die organisatorische

1) Wolff, a.a.O., S.467, 501; Küchenhoff, Allgemeine Staatslehre, S.130 f., 136 f. Demgegenüber zeichnet sich der rechtsnormative Begriff der Demokratie Kelsens, Reine Rechtslehre, S.143, 231, gerade durch die Staatsorganqualität des Volkes aus. Das Volk als die Gesamtheit der Normunterworfenen beteiligt sich an der Erzeugung der Norm. Siehe dazu Bäumlin, Die rechtsstaatliche Demokratie, S.11.

2) Küchenhoff, a.a.O., S.136.

3) a.a.O., S.466.

4) Küchenhoff, a.a.O., S.136.

Stellung des Volkes <sup>1)</sup> als Kurationsorgan aus. Je nachdem, ob das Volk im Sinne von Aktivbürgerschaft überwiegend selbst an der Staatstätigkeit teilnimmt oder aber lediglich durch eine Volkerepräsentation oder andere unmittelbare Staatsorgane an der Ausübung der Staatsgewalt beteiligt ist, unterscheidet man zwischen unmittelbarer und mittelbarer bzw. repräsentativer Demokratie. <sup>2)</sup>

III. a) Wenn eine Verfassungsform um dessentwillen Demokratie benannt wird, weil für die Trägerschaft des Volkes allein die faktischen Individualinteressen seiner Angehörigen in Frage kommen, nur diese faktischen Interessen es also sind, die "von den Organwaltern verwirklicht und insbesondere von der Gesetzgebung normativiert werden" <sup>3)</sup>, dann wird die Organisation so ausgestaltet sein müssen, daß die Organwalter mehr oder weniger die faktischen Interessen der Volksangehörigen kennenlernen und die Organwaltertätigkeit daraufhin kontrolliert wird, ob diese faktischen Interessen auch tatsächlich wahrgenommen werden. "Wegen dieser Abhängigkeit der Organwalter von den vereinigten faktischen Interessen der Volksgenossen ist die Demokratie regelrecht mit der demoarchischen Regierungsform verbunden, die gewissermaßen eine authentische Willensäußerung der Volksangehörigen herbeizuführen gestattet." <sup>4)</sup>

1) " 'Volk' im Sinne von 'Volksorganschaft' bedeutet etwas anderes und weniger als Volk im Sinne von 'Volksträgerschaft'. Das muß so sein, weil Voraussetzung der Trägerschaft nur die Interessensfähigkeit, Voraussetzung der Organinhaberschaft aber außerdem die Pflichtsubjektivität ist."

Wolff, a.a.O., S.467 f. Siehe auch v.Mangoldt-Klein, Art.20 Ann.V. 4. d), S.595 f.; Maunz-Dürig, Art.20 RdNr.49.

2) Küchenhoff, a.a.O., S.138.

3) Wolff, a.a.O., S.473.

4) Wolff, a.a.O., S.473 f.

b) Der Gedanke einer demokratischen Regierungsform stützt sich darüber hinaus auf zwei grundsätzlich verschiedene Ideen. <sup>1)</sup>

1. Die eine der beiden Ideen läßt sich dahin umschreiben: Die Mehrheit des Volkes trifft "am ehesten das objektiv Richtige" <sup>2)</sup>, sie "entscheidet gerecht" <sup>3)</sup>. "Dieser Anschauung liegt eine ausgesprochen optimistische Beurteilung der zur demokratischen Willensbildung berufenen Bürger zugrunde." <sup>4)</sup>

2. Die andere Idee besagt: Die demokratische Regierungsform gewährleistet "die Freiheit, die darin besteht, daß die Bürger selbst bestimmen können, welche Beschränkungen ihrer Freiheit" <sup>5)</sup> sie im Interesse aller auf sich nehmen wollen. Dieser Gedanke wird von einem psychologischen Moment beherrscht. Unfrei fühlt sich, wer sich einem fremden Willen zu unterwerfen hat. Wer jedoch Beschränkungen erduldet, die er sich selbst auferlegt hat, der ist trotzdem frei.

c) I. Erblickt man den Sinn der Demokratie in der Verwirklichung der faktischen Interessen des Volkes, dann muß die Staatsorganisation so ausgestaltet sein, daß alle Organwalter diese faktischen Interessen des Volkes erfahren und auch tatsächlich wahrnehmen können. Selbst wenn das Allgemeininteresse des Volkes schon gewohnheitsrechtlich oder ausdrücklich durch die Verfassung durch Benennung der Staatsaufgaben, wie z.B. Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung und aktive Gestaltung der Sozialordnung, vorgezeichnet ist und alle Organwalter gehalten sind, im Rahmen ihrer Zuständigkeit diese Aufgaben zu erfüllen, kann die

1) Nef, Giacometti-Festschrift, S.205 ff.

2) Nef, a.a.O., S.205.

3) Kägi, Giacometti-Festschrift, S.118.

4) Nef, a.a.O., S.206.

5) Nef, a.a.O., S.207.

Staatsorganisation nicht auf die Gewährleistung eines Mindestmaßes an Einflußnahme des Volkes auf die Organwalter verzichten. Die genannten Staatsaufgaben lassen sehr weite Spielräume an Handlungs- und Gestaltungsmöglichkeiten offen, und nicht jede Handlung, die der Erfüllung einer dieser Aufgaben dienen soll, liegt allein schon deshalb im Interesse des Volkes. Auf der anderen Seite ist es, allein aus praktischen Gründen, unmöglich, jede Handlung eines Organwalters von einer Willensentschließung des Volkes abhängig zu machen. Ohne jegliches Vertrauen des Volkes darauf, daß die Organwalter seine Interessen richtig einschätzen und wahrnehmen werden, kann auch ein demokratisches Staatswesen nicht auskommen. Dies gilt sowohl für die unmittelbare als auch für die mittelbare Demokratie. <sup>1)</sup> So gesehen liegt das Organisationsproblem einer Demokratie in der richtigen Abwägung des dem Volke zuzumutenden Vertrauens in die ordnungsmäßige Wahrnehmung seiner Interessen durch die Organwalter.

II. Das Grundgesetz hat für die Bundesrepublik Deutschland die Form der mittelbaren Demokratie konstituiert. Abgesehen von dem Fall des Art.29 GG ist die Aktivbürgerschaft darauf beschränkt, in Wahlen ihr Vertrauen in bestimmte Personen oder Parteien zu bekunden (Art.20 Abs.2 S.2, 38Abs.1 S.2 GG). <sup>2)</sup> Die Gewählten haben während ihrer Organwaltertätigkeit dieses Vertrauen zu rechtfertigen. Wird die Wählerschaft in ihrem Vertrauen getäuscht, hat sie nach Ab-

1) "Man spricht ... nur dank dem Umstande, daß ein Ausschnitt der wichtigsten Staatsgeschäfte der Versammlung der Vollbürger vorbehalten ist, von einer unmittelbaren Demokratie und vernachlässigt bei dieser Namengebung und Begriffsbildung die große Masse der von Bevollmächtigten ausgeübten Staatsgeschäfte", Merkl, Giacometti-Festschrift, S.168 f.

2) Maunz-Dürig, Art.20 RdNr.52.

lauf der Wahlperiode die Möglichkeit, durch Mehrheitsentscheidung eine andere Zusammensetzung des Bundestages herbeizuführen. Jede Neuwahl bedeutet für die Volksrepräsentanten der ablaufenden Wahlperiode Verantwortung vor dem Volke. Verantwortlich werden sie aber nicht nur bezüglich eines bestimmten Ausschnittes staatlicher Tätigkeit, sondern für die gesamte Staatsführung schlechthin gemacht. Wenn dem so ist, dürfte es theoretisch keine Staatshandlung geben, die nicht von der Volksrepräsentation ausdrücklich oder stillschweigend gebilligt wäre. Andernfalls müßten sich die Abgeordneten gegenüber dem Volke für etwas rechtfertigen, was ihrem Verantwortungsbereich entzogen ist. <sup>1)</sup> Um zu verhindern, daß Staatshandlungen ohne Zustimmung des Bundestages vorgenommen werden, müßte allen nicht vom Volke gewählten Organwaltern untersagt sein, Angelegenheiten des Staates auf eigene Initiative in Angriff zu nehmen und auszuführen. Es müßte, anders ausgedrückt, ein Vorbehalt i.w.S. bezüglich aller Staats-tätigkeit zugunsten des Bundestages bestehen. Es ist aber tatsächlich unmöglich, sämtlichen Organwalterhandlungen eine entsprechende Anordnung durch den Bundestag vorauszuschicken. Auch die Volksrepräsentation muß sich, wenn auch in weit geringerem Maße als das Volk, damit begnügen, anderen Organwaltern ihr Vertrauen zu schenken. Sie muß an die Spitze der Exekutive einen Mann ihres Vertrauens berufen und sich, soweit eine Vorausbestimmung der Organwalterhandlungen nicht möglich ist, mit der Kontrolle der Exekutiv-tätigkeit zufriedengeben. Da hier viel auf die tat-

1) Ähnlich BayVerfGH n.F. Bd.4, Teil II, S.47; BVerfGE 9,268. Anders ließe sich entscheiden, wenn auch die Spitze der Exekutive, also zumindest der Bundeskanzler unmittelbar oder mittelbar durch Wahlmänner, die mit den Abgeordneten nicht identisch sein dürften, vom Volke gewählt würde. Siehe C.Schmitt, Verfassungslehre, S.265, 267 f.

sächlichen Umstände ankommt, läßt sich eine sichere Abgrenzung der Staatshandlungen, die unbedingt einer Regelung durch die Volksrepräsentation vorbehalten bleiben müssen, nicht finden. Der Tendenz der Demokratie zur "Volks Herrschaft" entspricht es am ehesten, mit Regel und Ausnahme zu arbeiten:

In der Regel muß der Volksrepräsentation die Regelung der gesamten Staatstätigkeit vorbehalten bleiben. Die Durchbrechung dieser Regel ist gerechtfertigt, soweit dies die tatsächlichen Umstände unbedingt erfordern oder die Verantwortlichkeit der Volksrepräsentation gegenüber dem Volke nicht berührt und nicht verfälscht wird. <sup>1)</sup>

Dieses Ergebnis ist ohne Berücksichtigung der dem demokratischen Prinzip ferner beigelegten Ideen gewonnen worden.

III. a) Der Idee, die Mehrheitsentscheidung des Volkes führe immer zu richtigen Ergebnissen, kann durch eine mittelbare Demokratie nicht entsprochen werden. <sup>2)</sup> Die Unterstellung, die Volksrepräsentation werde bei ihren Mehrheitsentscheidungen stets den Wil-

- 1) Im Ergebnis ähnlich für die direkte Demokratie Kägi, Giacometti-Festschrift, S.125. Kägi weist ausdrücklich darauf hin, daß zu den wichtigsten Akten des Staatslebens, über die das Volk zu entscheiden hat, neben der Setzung der grundlegenden generell-abstrakten Normen auch die Setzung der grundlegenden individuell-konkreten Normen gehört.
- 2) So hat denn auch Rousseau in konsequenter Fortführung seines Gedankens, daß allein in der *volonté générale* die Postulate der Freiheit und Gleichheit verwirklicht seien, die Möglichkeit einer Übertragung der *volonté générale* strikt verneint: "La *volonté générale* ne se représente point", *Contrat social*, II/1, III/13, III/15, zitiert nach Kägi, Giacometti-Festschrift, S.115.

len der Mehrheit des Volkes treffen, ist eine Fiktion. <sup>1)</sup>

b) Sieht man die Idee der Demokratie darin, daß der Mensch frei bleibt, wenn er sich selbst beschränkt, dann lassen sich gegen die Regierungsform der mittelbaren Demokratie keine Einwendungen erheben. Denn wie der Mensch sich frei fühlt, wenn er sich selbst Beschränkungen auferlegt, so vermag er sich auch frei zu fühlen, wenn dies ein anderer tut, dem er gerade zu diesem Zweck sein Vertrauen bekundet hat. <sup>2)</sup> Für die mittelbare Demokratie gilt daher: die Freiheit der Bürger wird gewahrt, soweit ihnen Beschränkungen ausschließlich durch die vom Vertrauen der Mehrheit des Volkes getragene Volksrepräsentation auferlegt werden. Daraus folgt staatspolitisch die Notwendigkeit, die Regelung sämtlicher Freiheitsbeschränkungen der Bürger der Volksrepräsentation vorzubehalten.

#### § 16: Formal-rechtsstaatliches Prinzip

A) Obwohl der Ausdruck "Rechtsstaat" nur in Art.28 Abs.1 S.1 GG und nicht auch in Art.20 GG gebraucht ist, steht doch unumstritten fest, daß nicht nur die ver-

- 1) Sicher ist es richtig, daß ein Bürger annehmen darf, es werde ohnehin in seinem Sinne entschieden. Wenn er aus diesem Grunde einer Volksabstimmung fernbleibt, erleidet das demokratische Prinzip keine Beeinträchtigung (Mef, a.a.O., S.215). Es ist aber ein Unterschied, ob jemand aus freien Stücken von einer ihm gebotenen Berechtigung zur Mitwirkung an einer Sachabstimmung keinen Gebrauch macht oder aber ob er von Verfassungen wegen von jeglicher Teilnahme an Sachentscheidungen ausgeschlossen und darauf verwiesen ist, in Wahlen seine Stimme für einen Kandidaten seines Vertrauens abzugeben.
- 2) Es ist Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie, S.29, zuzustimmen, daß die Übertragung irgendeiner staatlichen Funktion auf ein anderes Organ als das Volk notwendigerweise eine Einschränkung der Freiheit bedeutet. Diese Einschränkung hält sich aber bei der mittelbaren Demokratie in engen Grenzen.

fassungsmäßige Ordnung der Länder, sondern auch die der Bundesrepublik dem Gestaltungsprinzip des Rechtsstaates zu entsprechen hat. <sup>1)</sup> Das läßt sich sowohl aus der "Rechtsbindungs-Klausel" des Art.20 Abs.3 als auch aus der "Rechtsweg-Klausel" des Art.19 Abs.4 GG folgern. <sup>2)</sup>

Die Frage, ob die Bundesrepublik ein Rechtsstaat im materiellen Sinne ist, soll hier zunächst ausgeklammert werden. Selbst wenn dies der Fall sein sollte, bleiben dadurch doch die Elemente formaler Rechtsstaatlichkeit unberührt.

Unzweifelhaft ist, daß Art.20 Abs.3 GG schon dem Wortlaut nach den Vorrang des Gesetzes vor allen anderen staatlichen Anordnungen statuiert. Demgegenüber soll nach herrschender Meinung <sup>3)</sup> der Vorbehalt des Gesetzes im weiteren Sinne für solche Anordnungen gelten, die in die Freiheits- und Eigentumssphäre des Bürgers eingreifen.

Um zu erkennen, ob diese Ansicht aus dem Prinzip formaler Rechtsstaatlichkeit ableitbar ist, muß man auf den Zweck des formalen Rechtsstaates zurückgreifen und prüfen, auf welche Weise dieser Zweck erreicht werden kann und soll.

B) Es ist allgemein üblich, die Gewaltengliederung als unabdingbaren Bestandteil des Rechtsstaates zu betrachten. Da das Gewaltengliederungsprinzip gesondert erörtert worden ist, wird sich die jetzige Prüfung auf das formal-rechtsstaatliche Prinzip ohne die Gewaltengliederung erstrecken.

1) Maunz-Dürig, Art.20 Erl.IV. 1.

2) v.Mangoldt-Klein, Art.20 VI. S.600.

3) Sehr deutlich von Ule, DVBl. 55,772 (Anm.zu BVwG, DVBl.55,770) ausgesprochen.

I. "Er (der Rechtsstaat) soll die Bahnen und Grenzen seiner Wirksamkeit wie die freie Sphäre seiner Bürger in der Weise des Rechts genau bestimmen und unverbrüchlich sichern." Diese von F.J.Stahl <sup>1)</sup> geprägte Definition wird auch heute noch als die Definition des formalen Rechtsstaates schlechthin angesehen.

a) Mit Stahl erblickt denn auch die herrschende Meinung den Zweck des formalen Rechtsstaates im Freiheitschutz des Bürgers gegenüber dem Staat. Das heißt nicht etwa, der Staat müsse die Freiheitsphäre des Bürgers völlig unberührt lassen. Ein Staatswesen ohne gewisse Einschränkungen der bürgerlichen Freiheit ist nicht denkbar. <sup>2)</sup> Worauf es ankommt ist, daß der Staat, wenn er in die Freiheitsphäre des Bürgers eingreift, dies nur in solchem Umfang tut, wie dies unumgänglich ist. Dies meinte F.J.Stahl, wenn er einige Zeilen nach dem eben angeführten Zitat schrieb: "Er (der Rechtsstaat) bedeutet überhaupt nicht Ziel und Inhalt des Staates, sondern nur Art und Charakter, dieselben zu verwirklichen" (S.138).

b) Der Theorie vom formalen Rechtsstaat liegt der Gedanke zugrunde, daß die Beeinträchtigungen der bürgerlichen Freiheit wesentlich herabgemindert werden, wenn sie sich "in der Weise des Rechts" vollziehen.

c) Es ist falsch zu glauben, das Recht trage nur oder vor allem deshalb zum Schutze der Freiheit bei, weil es sich durch abstrakt-generelle Rechtssätze auszeichne. <sup>3)</sup> Diese Frage hat überhaupt nichts mit dem

1) Die Philosophie des Rechts, Bd.2: Rechts- und Staatslehre, 2.Abt.: Die Lehre vom Staat und den Prinzipien des deutschen Staatsrechts, § 36, S.137.

2) Fechner, Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat, S.9 ff.; Scheuner, Die neuere Entwicklung des Rechtsstaates in Deutschland, S.249.

3) Anders vor allem C.Schmitt, Verfassungslehre, S.151 ff.; dagegen Heller, VVDStRL 4,107 ff.

Prinzip des formalen Rechtsstaates zu tun, sondern ist eine Frage materialer Rechtsstaatlichkeit. In den Bereich des material-rechtsstaatlichen Prinzips gehört erst recht das Problem, welche sonstigen inhaltlichen Anforderungen an das Recht zu stellen sind.

II. Damit stellt sich die Frage: Wie und in welchem Umfang vermag das Recht, völlig unabhängig von seinem Inhalt, zur Gewährleistung der bürgerlichen Freiheit beizutragen?

a) Das Recht ist, wie schon an früherer Stelle ausgeführt, Ausdrucksmittel staatlicher Anordnungen. <sup>1)</sup> Jede Anordnung, die einem Bürger ein bestimmtes Verhalten gebietet oder verbietet, muß ihn um so mehr in seiner Freiheit beeinträchtigen, um so weniger er die Anordnung erwarten und darum sein Gesamtverhalten darauf einstellen konnte. Das gleiche gilt von jeder sonstigen Veränderung seiner Lebensgüter, die er in seine Verhaltensdispositionen einzubeziehen pflegt. "Jedes Wollen setzt bereits Orientierung am Feststehenden voraus, woraus und womit es gestaltet ... Man kann nicht in einer Welt des Traumes handeln, sondern bloß da, wo man sich im Festen zu bewegen vermag." <sup>2)</sup> Wo Verhaltensdispositionen für die Zukunft unmöglich sind, herrscht Unsicherheit und damit Unfreiheit. Weitgehend frei wird sich der Mensch in solch einem Staat fühlen, in dem er in größtmöglichem Maße das Verhalten der Organwalter vorhersehen und darauf sein eigenes zukünftiges Verhalten einrichten kann. Der Staat, der diesen Anforderungen nicht genügt, errichtet die "Staatsordnung" auf Kosten der Unordnung in den Verhaltensdispositionen seiner Bürger.

<sup>1)</sup> S. 43.

<sup>2)</sup> Emge, Einführung in die Rechtsphilosophie, S.160.

b) 1. Um des besseren Verständnisses willen sei der Fall gesetzt, daß nur ein Organwalter zur Vornahme sämtlicher Staatshandlungen berufen ist. Er wird, um den Bürgern Planungen für die Zukunft zu ermöglichen, zweierlei beachten müssen. Erstens hat er, soweit möglich, nicht die sofortige Befolgung seiner Anordnungen, sondern ihre Befolgung zu einem späteren Zeitpunkt zu verlangen sowie alle sonstigen Staatshandlungen, die die Vorausplanung der Bürger beeinträchtigen könnten, rechtzeitig anzukündigen. Zweitens muß er sich an seine Anordnungen und Ankündigungen gebunden fühlen, damit die Bürger auch auf deren Einhaltung vertrauen können.

2. Diese Grundsätze gelten nicht minder für den Staat, in dem eine Vielzahl von Organwaltern tätig wird. Eine Besonderheit ergibt sich erst dort, wo die Organwalter nicht in einem Verhältnis der Gleichordnung, sondern der Über- und Unterordnung handeln. Die übergeordneten Organwalter erteilen den ihnen untergeordneten Organwaltern Anordnungen, um sie zu einem von ihnen gewünschten Verhalten zu veranlassen. Nichts liegt näher, als die Anordnungen an die unterstellten Organwalter nicht nur diesen, sondern auch den Bürgern kundzutun und so den doppelten Zweck der Zuweisung von Verpflichtungen und Berechtigungen an die Organwalter und der Vorhersehbarkeit der zu erwartenden Organwalterhandlungen für die Bürger zu ermöglichen. <sup>1)</sup> Das Vertrauen der Bürger in die tatsächliche Durchführung der den Organwaltern erteilten Anordnungen wird verstärkt durch die Existenz unabhängiger Gerichte, die im Streitfall über die Verpflichtung oder Berechtigung zur Vornahme einer Organwalterhandlung entscheiden. <sup>2)</sup>

<sup>1)</sup> Siehe dazu Emge, a.a.O., S.134 ff.

<sup>2)</sup> Böhmer, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, 2. Buch, 1. Abt., S.178.

Der gerichtliche Schutz ist um so wirksamer, je bestimmter die Verpflichtungen und Berechtigungen der Organwalter normiert sind. <sup>1)</sup> Die sicherste Position beziehen die Bürger durch die Einräumung von subjektiven Rechten, also dann, wenn den Organwaltern unausweichliche Leistungs-, Duldungs- oder Unterlassungspflichten auferlegt werden. <sup>2)</sup> "Gesetzmäßigkeit, Kompetenzmäßigkeit, Kontrollierbarkeit und Justizförmigkeit ergeben auf diese Weise das geschlossene System des bürgerlichen Rechtsstaates." <sup>3)</sup> Hier liegen die tieferen Gründe für die immer wieder erhobene Forderung, Ermächtigungen an die Organwalter müßten nach Inhalt, Gegenstand, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt sein, so daß die Eingriffe meßbar und in größerem Umfang für den Staatsbürger voraussehbar und berechenbar würden. <sup>4)</sup>

c) Um als Garanten der Dispositionsfreiheit dem Prinzip formaler Rechtsstaatlichkeit zu entsprechen, müssen sich die Anordnungen durch Offenkundigkeit, Vorherigkeit und Bestimmtheit auszeichnen.

C) Die Frage, ob und gegebenenfalls welche Verwaltungstätigkeit einer Ermächtigungsgrundlage bedarf,

1) BVwG, DVBl. 55, 770: "Endlich wird durch solche Generalermächtigung der dem Bürger gewährleistete Gerichtsschutz in Frage gestellt, da die Tätigkeit der Verwaltung bei nicht genügender Bestimmtheit und Begrenztheit ihrer Befugnisse kaum noch gerichtlich überprüft werden kann."

2) Wolff, VwR I, § 43 III. d).

3) C. Schmitt, a.a.O., S. 131.

4) C. Schmitt, a.a.O.; v. Mangoldt-Klein, Art. 20 VI. 2., S. 601; Maunz-Dürig, Art. 20 RdNr. 91; BVerfGE 8, 325 f. mit umfassender Rechtsprechungsübersicht.

vermag das formal-rechtsstaatliche Prinzip nach alledem für sich allein nur sehr unvollkommen zu beantworten. Es bleibt nämlich offen, welchem Organ oder welchen Organen die Anordnungsbefugnis gegenüber den Verwaltungsorganen zusteht und welche Anordnungen gerichtlich nachprüfbar sind. Dies hängt von der Kompetenzverteilung der jeweiligen Staatsorganisation ab. Nur wenn man unterstellt, daß, abgesehen von ausdrücklichen Ermächtigungen des geschriebenen oder des Gewohnheitsrechts, die Erteilung justiziabler Anordnungen in die Zuständigkeit anderer Organe als die der Verwaltung fällt, läßt sich feststellen:

Die öffentliche Verwaltung bedarf regelmäßig zu all solchen Verwaltungshandlungen einer Ermächtigungsgrundlage, die die Dispositionsfreiheit der Bürger berühren. Die Ermächtigungsgrundlage muß die Voraussetzungen der Offenkundigkeit, Vorherigkeit und Bestimmtheit erfüllen. In welchem Umfange die Dispositionsfreiheit des Einzelnen Schutz verdient, ist eine Frage, die sich nur durch sorgfältige Abwägung der einander widerstrebenden Staats- und Individualinteressen beantworten läßt.

#### § 17: Material-rechtsstaatliches Prinzip

A) Wissenschaft und Rechtsprechung bekennen sich nunmehr fast einhellig zu der Auffassung, daß die Bundesrepublik Deutschland auch ein Rechtsstaat im materiellen Sinne ist. <sup>1)</sup> Sie stützen ihre Auffassung auf die grundgesetzliche Normierung der Grundrechte und

1) v. Mangoldt-Klein, Art. 20 Anm. VI. 1, S. 600 mit Literaturübersicht; Maunz-Dürig, Art. 20 RdNr. 59, 70-73; neuerdings vor allem Scheuner, Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland, S. 284 ff.

auf die in Art. 20 Abs. 3 GG ausgesprochene Bindung der Staatsorgane nicht nur an das Gesetz sondern auch an das Recht. <sup>1)</sup>

Die gesamte Tätigkeit, die die öffentliche Verwaltung zur unmittelbaren Erfüllung ihrer Aufgaben entfaltet, unterliegt dem Anwendungsbereich der Grundrechte. <sup>2)</sup> Darüber hinaus hat die öffentliche Verwaltung von sich aus die allgemeinen und besonderen Rechtsgrundsätze, insbesondere das Gleichheitsgebot, zu beachten. <sup>3)</sup> Wenn man versucht, die Notwendigkeit einer Ermächtigungsgrundlage für die Verwaltungstätigkeit insgesamt oder einen Teilbereich aus dem material-rechtsstaatlichen Prinzip herzuleiten, dann kann es demnach nicht darauf ankommen nachzuweisen, daß nur durch die Bindung der Verwaltung an eng begrenzte Ermächtigungen das Prinzip materialer Rechtsstaatlichkeit gewährleistet werden kann. Es wird vielmehr zu zeigen sein, daß eine Ermächtigungsgrundlage deshalb zu fordern ist, weil sie zusätzlich zur bestehenden Bindung der öffentlichen Verwaltung an die allgemeinen und besonderen Rechtsgrundsätze durch ihre besondere formale Ausgestaltung die Gewähr für die Wahrung materialer Rechtsstaatlichkeit vergrößert.

B) " 'Rechtsstaat' im vollen materiellen Sinne des Wortes wird ein Staat erst dann und soweit seine Normen (d.h. Willensakte der Träger seiner 'Organe') um ihrer Übereinstimmung mit einem unbedingt geltenden Rechtsgesetz willen verbindlich (rechtmäßig) sind." <sup>4)</sup> Dieses unbedingt geltende Rechtsgesetz ist die Gerechtigkeit, gekennzeichnet durch "die Norm, daß dem jeweils objektiv wertvolleren menschlichen Interesse der

1) In diesem Falle wird unter Recht das Rechtsprinzip, die Gerechtigkeit verstanden.

2) Siehe S. 16.

3) Wolff, VWR I, § 30 II. b) 5.

4) Wolff, Juristische Person und Staatsperson, S. 420.

Vorzug zu geben ist" <sup>1)</sup>.

I. "Das erste aus dem Rechtsprinzip ableitbare, sonst unbedingte Gebot ist ... die Forderung der Gleichheit der Würde der Menschen." <sup>2)</sup> Das Gleichheitsgebot stellt sich den Staatsorganen in der Form der sog. ausstellenden Gerechtigkeit. Alle Staatsbürger verdienen gleiche Behandlung, falls bei ihnen die gleichen Voraussetzungen gegeben sind. Da in Erfüllung der staatlichen Aufgaben eine Vielzahl von Organen tätig wird, die gleichen Tatbestände aber vielfach eine verschiedene Bewertung zulassen, könnte trotz der Bindung aller Organe an den Gleichheitssatz das erstrebte Ziel einer Gleichbehandlung der Bürger nicht oder nur sehr unvollkommen verwirklicht werden. Es gilt daher, den Organen eine umfassende Bewertung der Tatbestände abzunehmen. Dies läßt sich erreichen durch die Erteilung von Anordnungen, gemäß denen sie den jeweiligen Sachverhalt zu bewerten und zu behandeln haben. Selbstverständlich müssen die Anordnungen, die die gleichen Tatbestände betreffen, inhaltlich gleich sein. Diese inhaltliche Gleichheit der Anordnungen läßt sich rechtstechnisch durch die abstrakt-generelle Ausdrucksweise erreichen. Je präziser die Tatbestandsmerkmale und die Merkmale auf der "Rechts"-folgesseite formuliert sind, umso mehr wird die eigene Wertung der zum Handeln verpflichteten Organträger ausgeschaltet und die Gleichbehandlung der jeweiligen Tatbestände gewährleistet. Die abstrakt-generelle Formulierung der Anordnungen wird so zum Garanten des Gleichheitsgrundsatzes.

II. Sie muß notwendigerweise ihre Grenze dort finden, wo "angesichts der Vielgestaltigkeit der Verhältnisse ... der Gesetzgeber gar nicht in der Lage (ist), durch generelle Umschreibung oder gar durch Einzelauf-

1) Wolff, Über die Gerechtigkeit als principium iuris, S. 112.

2) Wolff, a.a.O., S. 115.

zählung aller möglichen Fälle" <sup>1)</sup> einen Sachverhalt genau zu regeln. Sie versagt völlig, wo gerade ein mit keinem anderen Sachverhalt vergleichbarer Einzelfall eine Sonderregelung verlangt. Sie kann auch niemals die Gewähr dafür bieten, daß die ihr zugrunde liegenden Bewertungen dem Rechtsprinzip entsprechen, die Rechtsfolge also durch den Tatbestand (formelles Gleichheitsgebot) und der Tatbestand durch den realen Sachverhalt (materielles Gleichheitsgebot) <sup>2)</sup> gerechtfertigt ist. <sup>3)</sup>

III. Demnach läßt sich, unter der Voraussetzung, daß man sämtliche Anordnungen der Organwalter als Rechtsnormen und den Inbegriff ihrer Darstellungsmitel als Recht bezeichnet, feststellen: Das Recht in abstraktgenereller Fassung dient der Wahrung des Gleichheitsgebots und damit der Verwirklichung materialer Rechtsstaatlichkeit.

C) Hiernach steht je nach Lage der zu regelnden Sachverhalte zwar nicht die Notwendigkeit, wohl aber die Zweckmäßigkeit und Erwünschtheit abstrakt-genereller Rechtssätze fest. Damit ist aber nicht gesagt, daß diese Rechtssätze von anderen als den Organen der öffentlichen Verwaltung erlassen sein müssen. Denkbar wäre doch, daß sie von vorgesetzten Verwaltungsorganen herrühren. Soweit das der Fall ist, kann von einer Ermächtigung der Verwaltung keine Rede sein. Eine Ermächtigungsgrundlage bildet das abstrakt-generell gefaßte Recht nur dann, wenn es von anderen, z.B. Legislativ- oder Regierungsorganen, gesetzt ist und die öffentli-

1) BVerfGE 9,137. Siehe auch Rau, DVBl.60,341: "Bei der Gewährung von Subventionen besteht ein erheblicher Gestaltungsraum für die Verwaltung, da der Gesetzgeber niemals die Detailregelung übernehmen kann." Vgl. ferner BVerfG, DVBl.60,512.

2) Wolff, VwR I, § 60 I. b).

3) Kaufmann, VVDStRL 3,91. Siehe auch Bellstedt, DÖV 61,164.

che Verwaltung gemäß den in ihm enthaltenen Anordnungen tätig werden darf und muß.

Unterstellt man, daß die Aufstellung abstrakt-genereller Rechtssätze anderen Organen als der öffentlichen Verwaltung obliegt, dann läßt sich als Ergebnis festhalten:

Die öffentliche Verwaltung sollte an eine Ermachtigungsgrundlage in abstrakt-genereller Fassung insoweit gebunden werden, als Sachverhalte anstehen, die eine gleiche Behandlung erfordern.

§ 18: Das Erfordernis einer Ermachtigungsgrundlage für die sozialgestaltende Verwaltung auf Grund des rechtstheoretischen Prinzips und der Gestaltungsprinzipien des Grundgesetzes

A) I. Es hat sich somit folgendes gezeigt: das rechtstheoretische, das demokratische, das formal-rechtsstaatliche und das material-rechtsstaatliche Prinzip erfordern allein oder im Zusammenhang mit anderen Faktoren eine Ermachtigungsgrundlage für Tätigkeiten der öffentlichen Verwaltung. Die Abgrenzung jedoch, für welche Verwaltungshandlungen eine Ermachtigungsgrundlage notwendig ist, fällt je nach Prinzip verschieden aus. Gefordert wird eine Ermachtigungsgrundlage für

- a) alle Verwaltungshandlungen aus dem rechtstheoretischen Prinzip,
- b) alle Verwaltungshandlungen mit Ausnahme derjenigen, die eine Regelung durch die Volksrepräsentation aus tatsächlichen Gründen nicht zulassen, sowie derjenigen, die die Verantwortlichkeit der Volksrepräsentation gegenüber dem Volke nicht berühren und nicht verfälschen, aus dem Prinzip der mittelbaren Demokratie,

- c) alle Verwaltungshandlungen, die die Freiheit der Bürger beschränken, aus dem demokratischen Prinzip,
- d) alle Verwaltungshandlungen, die die Dispositionsfreiheit der Bürger in erheblichem Maße beeinträchtigen, aus dem formal-rechtsstaatlichen Prinzip in Verbindung mit dem Gewaltengliederungsprinzip,
- e) alle Verwaltungshandlungen zur Regelung von Sachverhalten, die einer gleichen Behandlung bedürfen, aus dem material-rechtsstaatlichen Prinzip in Verbindung mit dem Gewaltengliederungsprinzip.

II. Zugleich hat sich gezeigt, daß die Ermächtigungsgrundlage je nach Prinzip verschieden gestaltet sein muß. Nach dem rechtstheoretischen Prinzip genügt eine ganz weit gefaßte Ermächtigung. Das demokratische Prinzip verlangt so straffe Anordnungen, daß einmal die Verantwortlichkeit der Volksrepräsentation gegenüber dem Volk nicht verfälscht wird und zum andern die Freiheitsbeschränkungen noch als durch die Volksrepräsentation auferlegt gelten können. Das formal-rechtsstaatliche Prinzip stellt an die Ermächtigungsgrundlage die Anforderungen der Offenkundigkeit, Vorherigkeit und Bestimmtheit. Das material-rechtsstaatliche Prinzip schließlich verlangt eine abstrakt-generelle Fassung der Ermächtigungsgrundlage.

III. Abgesehen vom rechtstheoretischen Prinzip kann keines der genannten Prinzipien Anspruch auf Ausschließlichkeit erheben. Sie alle liegen dem Grundgesetz als Strukturprinzipien zugrunde und alle müssen, soweit sie einander zu widerstreiten scheinen, in Einklang gebracht werden.

a) Wenn nach dem rechtstheoretischen Prinzip jede Staatshandlung auf einer Ermächtigung beruhen muß,

diese Ermächtigung aber sehr weit gefaßt sein kann, dann genügt als Ermächtigungsgrundlage die Sozialstaatsklausel in Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 S. 1 GG. Die in Lehre und Rechtsprechung vertretene Auffassung, die Sozialstaatsklausel reiche als Ermächtigungsgrundlage für die pflegende Verwaltung aus, fußt auf dem rechtstheoretischen Prinzip und kann demnach auch nur durch dieses Prinzip gerechtfertigt sein.

b) Bei der Berücksichtigung der aus den Gestaltungsprinzipien hergeleiteten Ergebnisse tun sich gleich zwei Schwierigkeiten auf. Einmal sind die theoretisch durchführbaren und durchgeführten Abgrenzungen zwischen den von einer Ermächtigungsgrundlage abhängigen und den von einer solchen unabhängigen Verwaltungshandlungen als Maßstab für die Praxis nicht oder nur sehr unsicher zu handhaben. Zum anderen steht über allem das Gewaltengliederungsprinzip mit der Notwendigkeit einer wirksamen Funktionenverteilung, -hemmung und -balancierung.

1. Mag sich aus der "Natur der Sache" ergeben, welche Verwaltungshandlungen keinesfalls der Volksrepräsentation zur Regelung vorbehalten sein können (etwa die vielfältigen Handlungen des internen Dienstbetriebes), so fällt die Entscheidung, welche Verwaltungshandlungen die Verantwortlichkeit der Volksrepräsentation gegenüber dem Volke berühren oder verfälschen können, doch sehr schwer. Es läßt sich zumindest keine allgemeine Richtlinie hierfür aufstellen. Das gleiche gilt für die Frage, in welchem Maße der Dispositionsfreiheit der Bürger Rechnung getragen werden muß. Und schließlich kann man auch nicht mit Sicherheit entscheiden, wann immer eine abstrakt-generelle Regelung vonnöten ist.

Die Schwierigkeit, allgemein gültige und praktisch anwendbare Maßstäbe aufzuweisen, sollte aber nicht

dazu führen, sich mit der bisher herrschenden Meinung zu begnügen und allein die sog. Eingriffsverwaltung von einer Ermächtigungsgrundlage abhängig zu machen. Versteht man nämlich unter Eingriffsverwaltung nur solche Verwaltungshandlungen, die eine rechtliche Belastung für den unmittelbar Betroffenen bilden, dann ist damit noch nicht einmal annähernd dem aus dem formal-rechtsstaatlichen Prinzip hergeleiteten Ergebnis entsprochen. So wird die Dispositionsfreiheit der Bürger nicht allein durch unmittelbare rechtliche Bindungen, sondern in erheblichem Umfange z.B. auch mittelbar im Gefolge wirtschaftslenkender Verwaltungsmaßnahmen beeinträchtigt. <sup>1)</sup>

2. Die Notwendigkeit, dem Gewaltengliederungsprinzip Rechnung zu tragen und auf eine wirksame Funktionenverteilung, -hemmung und -balancierung Bedacht zu nehmen, läßt erst recht die Möglichkeit, eine klare Trennlinie zwischen sog. "gesetzesakzessorischer" und "gesetzesfreier" Verwaltung <sup>2)</sup> zu ziehen, fragwürdig erscheinen.

IV. Wenn sich aber allgemein gültige praktische Abgrenzungen nicht ziehen lassen, bleibt als einziger Ausweg, in mühevoller Kleinarbeit unter Berücksichtigung und gegenseitiger Abstimmung der aus den Gestaltungsprinzipien hergeleiteten Ergebnisse die Entscheidung von Fall zu Fall zu treffen. Es müssen die einzelnen Institute aller Verwaltungstätigkeit daraufhin untersucht werden, ob sie einer Ermächtigungsgrundlage

- 1) Maunz-Dürig, Art. 20 RdNr. 135; Bellstedt, DÖV 61, 165 ff.
- 2) Becker, VVDStRL 14, 101; BVerfG, NJW 61, 549 (Fernsehstreit). Die Ausdrücke "gesetzesakzessorisch" und "gesetzesfrei" sind hier nicht ganz korrekt verwandt, weil die Frage, ob als Ermächtigungsgrundlage nur Gesetze oder auch andere staatliche Willensäußerungen in Betracht kommen können, offen gelassen ist.

bedürfen oder nicht. <sup>1)</sup> Eine andere Feststellung ist, so bedauerlich dies scheinen mag, nicht möglich. <sup>2)</sup>

V. Da aber nicht nur das "Ob", sondern auch das "Wie" einer Ermächtigungsgrundlage von den einzelnen Gestaltungsprinzipien abhängt, kann folglich auch die Frage nach der formalen Ausgestaltung der Ermächtigungsgrundlage nicht einheitlich, sondern ebenfalls nur von Fall zu Fall beantwortet werden. So ist es denkbar, daß eine Ermächtigung in konkret-spezifischer Fassung ergeht, weil der Gleichheitsgrundsatz, so wie er durch eine abstrakt-generelle Fassung gewährleistet werden könnte, nicht berührt wird. Eine Voraussetzung ist allerdings unabdingbar: Von einer Ermächtigung für die Verwaltung kann nur insoweit gesprochen werden, als es sich um eine Anordnung eines oder mehrerer Nicht-Verwaltungsorgane an die Organe der öffentlichen Verwaltung handelt. Daß nach der Organisation des Bundes als ermächtigende Organe nur die Gesetzgebungsorgane in Betracht kommen können, bedarf keiner näheren

- 1) Daher sind zu begrüßen die neuerlichen Untersuchungen über das Subventionswesen. Vgl. Köttgen, DVBl. 53, 485 ff.; Ipsen, DVBl. 56, 416 ff., 498 ff.; Henze, Verwaltungsrechtliche Probleme der staatlichen Finanzhilfe zugunsten Privater; Witten, DVBl. 58, 699 ff.; v. Münch, AöR Bd. 85 (1960), S. 270 ff.; Bellstedt, DÖV 61, 161.
- 2) In vollem Umfange bestätigt sich die Einsicht Hellers, VVDStRL 4, 121: "Was zum Vorbehalt des Gesetzes gehört, welche Gegenstände die Gesetzgebung ergreift, das bestimmt nicht die Logik und nicht eine theoretische Formel, sondern Tradition, Zweckmäßigkeit, Machtlage und Rechtsbewußtsein." Siehe auch Thoma, Festgabe für Otto Mayer, S. 176 f.

Begründung. 1)

B) I. Ermächtigungsgrundlage für die sozialgestaltende Verwaltung ist die Sozialstaatsklausel der Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 S. 1 GG. Nicht jede einzelne auf Gestaltung der Sozialordnung gerichtete Verwaltungshandlung bedarf einer Vermittlung des Sozialstaatsauftrages durch eine rangniedere Ermächtigung. Umgekehrt gibt es sozialgestaltende Verwaltung, die nur auf Grund einer solchen im Rang unter dem Grundgesetz stehenden Ermächtigung vorgenommen werden darf. Der Umfang der sozialgestaltenden Verwaltung deckt sich weder mit dem der "gesetzesakzessorischen" noch mit dem der "gesetzesfreien" Verwaltung. Diese Feststellung kann nach den bisherigen Ausführungen ohne weitere Erörterungen getroffen werden.

II. Damit ist zugleich die an früherer Stelle 2) offengelassene Frage beantwortet, ob der sozialgestaltenden Verwaltung rechtliche Relevanz auch im Hinblick auf Art. 20 Abs. 3 GG zukommt. Da die Trennlinie zwi-

---

1) Die Frage, ob wegen der vorgesehenen Beteiligung des Bundesrates, des Bundespräsidenten und der Bundesregierung am Gesetzgebungsverfahren und sonstiger Gründe als Ermächtigungsgrundlage nur ein Gesetz dienen kann oder ob unter vorzugsweiser Berücksichtigung des demokratischen Prinzips auch ein einfacher Parlamentsbeschluss des Bundestages diesen Zweck erfüllen kann, braucht hier nicht erörtert zu werden. Soweit eine entsprechende Zuständigkeit des Bundestages ausdrücklich begründet ist, müssen solche Parlamentsbeschlüsse für ausreichend erachtet werden. Darüber hinaus wird man dem Bundestag nur mit Bedenken eine Befugnis zum Erlass bindender Parlamentsbeschlüsse zuerkennen können; vgl. Arendt, DRZ 49, 29; Kern, MDR 50, 655; Ipsen, DVBl. 56, 500; Friesenhahn, VVDStRL 16, 36 f.; Nawiasky, Festschrift für Apelt, S. 137 ff.; BayVerfGH, DVBl. 59, 816 ff.

2) S. 26.

schen "gesetzesakzessorischer" und "gesetzesfreier" Verwaltung die sozialgestaltende Verwaltung durchschneidet, ist dies nicht der Fall.

III. Nun stände an sich die Möglichkeit offen, die sozialgestaltende Verwaltung im einzelnen daraufhin zu untersuchen, welche ihrer Handlungen einer gesetzlichen Ermächtigung bedürfen und welche nicht. Dies in vollem Umfange durchzuführen, würde über den Rahmen der Dissertation hinausgehen. Einige Andeutungen sollen hier genügen.

a) Unzweifelhaft sollte sein, daß diejenige sozialgestaltende Verwaltung einer gesetzlichen Ermächtigung bedarf, die die Rechtssphäre der unmittelbar Betroffenen beeinträchtigt. Die Dispositionsfreiheit der Bürger kann aber auch, wie schon erwähnt, mittelbar durch wirtschaftslenkende Maßnahmen aller Art, z. B. Begünstigungen von Konkurrenzunternehmen, beschränkt werden. In seiner Dispositionsfreiheit wird der Bürger in zum Teil empfindlicher Weise aber auch dann betroffen, wenn in seiner Person ein Umstand eingetreten ist, auf Grund dessen er förderungsbedürftig erscheinen könnte, er aber mangels eines gesetzlichen Anspruchs keine Möglichkeit hat, seine Begünstigung gerichtlich zu erzwingen. 1)

b) Daß ebenso wie bei der Ordnungs- oder der Bedarfs-, insbesondere der Steuerverwaltung, so auch bei der sozialgestaltenden Verwaltung der Gleichheitsgrundsatz zum Tragen kommt, wurde schon erwähnt. 2) Es ist

---

1) Rupp, DVBl. 59, 84; Neumann, P., Wirtschaftslenkende Verwaltung, S. 39; Stern, JZ 60, 525. Daher ist das Bestreben verständlich, in besonders schwerwiegenden Fällen das Grundgesetz selbst als Anspruchsgrundlage zu benutzen. Bejahung eines einklagbaren subjektiven öffentlichen Rechts auf Fürsorge durch BVwGE 1, 159 und auf ausreichende Wohnung durch Winkelvoss, NJW 58, 2000.

2) S. 26.

auch ebenso unbestritten, daß selbst bei bester Absicht der Organwalter dem Gleichheitsgebot ohne eine abstrakt-generelle Richtschnur nicht so entsprochen werden kann wie mit einer solchen. Sicher läßt sich die Verletzung des Gleichheitsgebots - und sei es im Wege einer Amtshaftungsklage - gerichtlich nachprüfen. <sup>1)</sup> Die gerichtliche Überprüfung wird aber wesentlich einfacher und die Position des beeinträchtigten Klägers erheblich stärker sein, wenn eine als Maßstab geeignete abstrakt-generelle Richtschnur vorliegt. Mit Stern <sup>2)</sup> läßt sich außerdem ins Feld führen, die rechtsstaatlichen Postulate des Willkürverbots und der Rechtsgleichheit entfaltet im Gegensatz zum Gesetzmäßigkeitsgebot "nur repressive, nicht präventive Stoppwirkung". So gesehen würde es genügen, wenn ein oberes Verwaltungsorgan die Richtschnur für alle handelnden Organwalter selbst erlassen hätte und darum eine Ermächtigungsgrundlage nicht gefordert zu werden brauchte. Verbindet man aber diese material-rechtsstaatlichen Gesichtspunkte mit dem formal-rechtsstaatlichen Gesichtspunkt, daß, wenn eben möglich, den Bürgern subjektiv-öffentliche Rechte eingeräumt werden sollen, so erscheint dann eine Ermächtigungsgrundlage erforderlich, wenn nur durch oder auf Grund einer solchen - und das ist nach der Staatsorganisation der Bundesrepublik der Fall - subjektiv öffentliche Rechte gewährt werden können.

VI. Welche Tätigkeiten im Rahmen der sozialgestaltenden Verwaltung aus demokratischen Gründen von einer Ermächtigungsgrundlage abhängen, dürfte auch nicht annähernd anzudeuten sein. Unterstellt man einmal, daß der Haushaltsplan eine Ermächtigungsgrundlage ist, so ließen sich summarisch alle die Handlungen benennen,

1) BGG, NJW 59,1429.

2) JZ 60,525.

die eine Belastung des Bundeshaushalts mit sich bringen. Zumindest der Zustimmung durch Bundestag und Bundesrat bedarf aber z.B. auch die Veräußerung von Grundstücken und Anteilen an gesellschaftlichen Unternehmungen mit erheblichem Wert oder besonderer Bedeutung (§ 47 Abs.3 RHO). So ist also die zur Gestaltung der Sozialordnung bestimmte Privatisierung jedes bundeseigenen Unternehmens (z.B. der Preußag) immer von der Zustimmung durch Bundestag und Bundesrat abhängig. Ob diese Zustimmung als Ermächtigung anzusehen ist, mag hier dahingestellt sein. Damit erschöpft sich aber die aus demokratischen Gründen von einer Ermächtigung der Volksrepräsentation abhängige sozialgestaltende Verwaltung keineswegs.

Es bleibt daher die Feststellung bestehen:  
Die Sozialstaatsklausel ist die für die gesamte sozialgestaltende Verwaltung maßgebliche Ermächtigungsgrundlage. Ein weiter Bereich der sozialgestaltenden Verwaltung bedarf aber aus demokratischen, formal- und material-rechtsstaatlichen Gründen unter Berücksichtigung des im Grundgesetz ferner zum Ausdruck gelangten Gewaltengliederungsprinzips zusätzlich einer weiteren Ermächtigungsgrundlage.

D r i t t e r T e i l :

Der Haushaltsplan als Ermächtigungsgrundlage  
=====

§ 19: Die Gründe der Problematik

Als Friesenhahn <sup>1)</sup> im Jahre 1950 eine "im ganzen Umfang ihres Vorgehens durch Rechtssätze gebundene Verwaltung" als "Wunschbild" bezeichnete, hatte er eine völlig "durch die formelle Gesetzgebung mediatisierte" <sup>2)</sup> Verwaltung im Sinne. <sup>3)</sup> Da man sich aber, wie gezeigt, nicht einmal darüber einig ist, ob eine restlose Unterstellung der Verwaltungstätigkeit unter den Gesetzesvorbehalt i.w.S. überhaupt erstrebenswert ist, braucht nicht zu verwundern, wenn auch heute noch die gesetzliche Durchnormierung aller Verwaltungsbereiche zu wünschen übrig läßt. Gerade im Hinblick auf das Subventionswesen ist die Verwaltungsrechtswissenschaft das unguete Gefühl nicht los geworden, als müsse weitgehend auch diejenige sozialgestaltende Verwaltung dem Vorbehalt des Gesetzes unterstehen, die sich in pflegenden Formen allein oder verknüpft mit eingreifender Tätigkeit vollzieht. <sup>4)</sup>

Die Zuspitzung der Problematik auf den Gesetzesvorbehalt bedeutet, wie erwähnt, eine Verengung, die besser vermieden werden sollte. Stellt man nämlich die Frage in dem umfassenden Sinne nach dem Erfordernis einer Ermächtigungsgrundlage, dann erscheint es nur als selbstverständlich, wenn man alle Erscheinungen in Betracht zieht, die eine Ermächtigungsgrundlage abgeben könnten. Man verfällt dann nicht in den Fehler, von

1) Recht, Staat, Wirtschaft, Bd.2, S.252.

2) Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht, S.168.

3) Der Angriff von Ule, Staats- u.verwaltungswissenschaftliche Beiträge, S.156 f., gegen den Ausspruch Friesenhahns beruht auf einem Mißverständnis.

4) Ipsen, DVBl.56,464, spricht umgekehrt von einer "Aushöhlung des Gesetzesvorbehalts" durch den Staatsinterventionismus.

vornherein nur Gesetze im formellen Sinne und von diesen wiederum nur diejenigen als Ermächtigungsgrundlage anzusehen, die nach herrschender Meinung Rechtssätze enthalten und darum als Gesetze im materiellen Sinne gelten. Es ist daher durchaus korrekt, sowohl die sog. einfachen Parlamentsbeschlüsse <sup>1)</sup> als auch das Gewohnheitsrecht <sup>2)</sup> und schließlich den als klassisches Beispiel für ein Gesetz im formellen Sinne herausgestellten Haushaltsplan in die Erörterung einzubeziehen.

Die folgenden Ausführungen werden sich, dem Thema gemäß, nur mit dem Haushaltsplan befassen.

Erster Abschnitt: Die Behandlung des Problems in  
Lehre und Rechtsprechung

§ 20: Die Vorbelastung des Problems durch den Streit  
um den Rechtscharakter des Haushaltsplans

A) In den Erwägungen verschiedener Autoren zum Problem taucht die Frage auf, die seit Ende des vergangenen Jahrhunderts bis zum Beginn der dreißiger Jahre Gegenstand heftiger Auseinandersetzungen innerhalb der Staatsrechtswissenschaft war: die Frage nach dem Rechtscharakter des Haushaltsplans. Aus diesem Streit ist eine sog. herrschende Meinung als Siegerin hervorgegangen.

B) Diese herrschende Meinung fußt auf der Theorie von der Zweiteilung des Gesetzesbegriffs. Sie erblickt im Haushaltsplan grundsätzlich nur ein Gesetz im formellen und nicht zugleich im materiellen Sinne, gesteht aber zu, daß das Haushaltsgesetz in beschränk-

1) Ipsen, a.a.O., S.500.

2) Becker, VVDStRL 14,98.

tem Maße auch zur Aufnahme materiell-gesetzlicher Bestimmungen dienen kann. <sup>1)</sup> Sie ist sich im Grundsätzlichen darin einig, daß der Haushaltsplan allein deshalb als Gesetz im formellen Sinne zu gelten habe, weil er keine Rechtssätze enthalte. Im übrigen gehen aber auch innerhalb dieser sog. herrschenden Meinung die Ansichten weit auseinander. Man konnte sich weder auf einen einheitlichen Rechtssatzbegriff einigen noch darüber verständigen, was denn nun der Haushaltsplan an Stelle von Rechtssätzen tatsächlich beinhalte und wie staatsrechtlich seine Feststellung zu charakterisieren sei. <sup>2)</sup>

I. Vom Inhalt her hat man den Haushaltsplan u.a. angesehen als

"eine Rechnung, und zwar nicht über bereits geleistete Ausgaben und erhobene Einnahmen, sondern über künftig zu erwartende Einnahmen und Ausgaben" und insofern als einen "Voranschlag" <sup>3)</sup>

oder einen "Plan" <sup>4)</sup>, einen "Wirtschaftsplan" <sup>5)</sup>, ein "staatliches Gesamtprogramm" <sup>6)</sup>,

aber auch als

"ein Zeugnis über die Angemessenheit der zu lei-

- 1) Laband, Das Budgetrecht, S.15 f. Da dies inzwischen zur Regel geworden ist, bezeichnet Vialon, GG, Art.110, Erl.9, S.202, das Haushaltsgesetz als ein Gesetz sui generis.
- 2) Wegen der verschiedenen Theorien zum Rechtssatzbegriff siehe später S.
- 3) Laband, a.a.O., S.13; Otto Mayer, Deutsches Verwaltungrecht, Bd.1, 1.Aufl. (1895), S.384.
- 4) Rehm, Allgemeine Staatslehre, S.299; Heckel, HdbDStR, Bd.2, S.390; Peters, Lehrbuch der Verwaltung, S.220.
- 5) Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd.4, S.537; O. Mayer, a.a.O., S.384.
- 6) Heckel, a.a.O., S.392.

stenden Ausgaben, dessen die Regierung nach verfassungrechtlicher Ordnung zu deren Rechtfertigung gegenüber der Volksvertretung bedarf" <sup>1)</sup>.

II. Die Bezeichnungen des Inhalts selbst variieren von Tatsachen <sup>2)</sup>, Zahlen <sup>3)</sup> über "politisch unbetonte und politisch betonte Bewilligungen" <sup>4)</sup>, Richtlinien <sup>5)</sup> und Verwaltungsnormen <sup>6)</sup> bis hin zu Instruktionen <sup>7)</sup> und Dienstbefehlen <sup>8)</sup>.

III. Die Feststellung des Haushaltsplans durch die Gesetzgebungsorgane hat man staatsrechtlich qualifiziert als eine Vollmacht oder Ermächtigung an die Regierung <sup>9)</sup>, einen Verwaltungs- oder Regierungsakt <sup>10)</sup>,

- 1) O.Mayer, a.a.O., S.385.
- 2) Laband, Das Budgetrecht, S.13.
- 3) Laband, Das Budgetrecht, S.13, und Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd.4, S.537.
- 4) Heckel, a.a.O., S.406.
- 5) Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd.4, S.538.
- 6) Laband, Das Budgetrecht, S.11, und Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd.4, S.543; H.Schulze, Das preußische Staatsrecht, Bd.2, S.436; Neumark, Der Reichshaushaltsplan, S.20.
- 7) Frazák, AöR, Bd.2 (1887), S.441; Arndt, AöR, Bd.3 (1888), S.540 ff.; Bornhak, Preussisches Staatsrecht, Bd.3, S.591 ff.
- 8) v.Seydel, Kommentar zur Verfassungsurkunde für das Deutsche Reich, S.387; W.Jellinek, Verwaltungsrecht, S.372, und VVDStRL 4,189.
- 9) v.Rönne, Das Staatsrecht der preussischen Monarchie, Bd.1, S.633 f.; v.Martitz, ZgesStW 36,271, der allerdings darin eine Rechtsnorm erblickt; Seidler, Budget und Budgetrecht, S.221 ff.; Laband, Das Budgetrecht, S.54, und Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd.4, S.532 ff., gesteht dem Haushaltsplan den Charakter einer Ermächtigung nur bezüglich der im staatsrechtlichen Sinne willkürlichen Ausgaben zu. Peters, Lehrbuch der Verwaltung, S.220; Hettlage, DÖV 55,3.
- 10) Laband, Das Budgetrecht, S.13, und Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd.4, S.538; Anschütz, Die gegenwärtigen Theorien, S.48 f., und Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11.8.1919, Art.85, Erl.5, S.435 und Erl.7, S.437; Jellinek, G., Gesetz und Verordnung, S.288; Neidl, Das österreichische Budget und Budgetrecht, S.70; Bühler in Bonner Kommentar, Art.110, Anm.II.2; Forsthoff, Lehrbuch, S.114; Vialon, § 1 Erl.8, S.301, u.a.

eine Willenserklärung <sup>1)</sup>, ein parlamentarisches Rechtsgeschäft <sup>2)</sup>, einen staatsleitenden Gesamtakt <sup>3)</sup> und einen innerdienstlichen Rechtsakt <sup>4)</sup>.

IV. Nach dem Inkrafttreten der Reichshaushaltsordnung vom 31.12.1922 hat man verschiedentlich der Verabschiedung des Haushaltsplans lediglich die Ausfüllung einer entsprechenden Blankettnorm der Verfassung und der Reichshaushaltsordnung <sup>5)</sup> und dem Haushaltsplan selbst den Charakter "einer Ausführungsbestimmung zu einer Weisung in Gesetzesform" <sup>6)</sup> oder "Tatbestandsfunktion für bereits bestehende Rechtssätze" <sup>7)</sup> zuerkannt.

V. Was man gemeinhin herrschende Meinung benennt, entpuppt sich also in Wahrheit als die Vereinigung vielfältiger Ansichten über die Grundvoraussetzungen unter dem einprägsamen Schlusssatz: "Der Haushaltsplan ist ein Gesetz im formellen Sinne."

C) Gegen die Phalanx hervorragender Staatsrechtslehrer, die dieser Theorie anhängen, vermochten sich

- 1) Lang, Der Haushaltsplan im Deutschen Reich und im Freistaat Bayern, S.117; Meister, Das deutsche und englische Budget, S.38.
- 2) Hatschek, Deutsches und Preussisches Staatsrecht, Bd.2, S.213; Dahlgrün, DÖV 55,7.
- 3) Heckel, a.a.O., S.392; Schauner, Die Übertragung rechtssetzender Gewalt im Rechtsstaat, S.140; v.Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, Art.110 Erl.4, S.587; Menger, VVDStRL 15,12; Henrichs, Art.113 des Grundgesetzes und verwandte Bestimmungen, S.201 ff.
- 4) Obermayer, Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, S.109.
- 5) W.Jellinek, HdbDStR, Bd.2, S.161; Heckel, a.a.O., S.391.
- 6) W.Jellinek, a.a.O.
- 7) Menger, VVDStRL 15,13 f.

diejenigen Schriftsteller, die einen rechtlichen Unterschied zwischen dem Haushaltsplan und den übrigen Gesetzen verneinen, nicht oder besser noch nicht <sup>1)</sup> durchzusetzen. Bezeichnenderweise handelt es sich bei den letzteren um die Kritiker <sup>2)</sup> jener Theorie, von der die herrschende Meinung ihren Ausgang nimmt, der Lehre von der Zweiteilung des Gesetzesbegriffs. Obwohl auch sie in ihren Ansichten über den Rechtssatzbegriff weit auseinandergehen, könnten sie doch alle ohne Bedenken den - nach Laband "das Dogma von der Transsubstantiation durch die mystische Wunderkraft der Gesetzesform" <sup>3)</sup> verkörpernden - Satz Haenels unterschreiben: "Die Form des Gesetzes hat den Rechtssatz zu ihrem notwendigen Inhalt." <sup>4)</sup>

- 1) Denn gerade in neuester Zeit hat sich in 2 Dissertationen eine deutliche Hinwendung zu letzteren gezeigt; so bei Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, insbes. S.286 f. und 336 f., und bei Thierfelder, Die staatsrechtliche Bedeutung des Staatshaushaltsplans, S.184.
- 2) v.Martitz, ZgesStW 36,255; Zorn, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, S.334 ff., und Hirth's Annalen 1885, 311 f.; Arndt, Das Verordnungsrecht des deutschen Reiches auf der Grundlage des preussischen; v.Sarwey, Allgemeines Verwaltungsrecht, S.8 ff.; Seidler, Budget und Budgetrecht, S.184 ff.; Haenel, Studien, Bd.2, Teil 2; Thon, ADR 5, S.149-168; Bierling, Juristische Prinzipienlehre, Bd.2, S.188 ff.; Heller VVDStRL 4,98-135; Wenzel, VVDStRL 4,136-167; Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht, S.239 f.; Kaufmann, Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, Bd.III, S.696, und die Übertragung rechtssetzender Gewalt im Rechtsstaat, S.174.
- 3) Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd.4, S.593.
- 4) A.a.O., S.354.

D) Wenn man nicht die schwierigen Fragen um den Rechtsatzbegriff und den Inhalt des Haushaltsplans wieder aufgreifen will, ist die Versuchung groß, dem Haushaltsplan, der nach herrschender Meinung keine materiellrechtlichen Normen enthalten soll, die Fähigkeit einer Ermächtigungsgrundlage für die sozialgestaltende Verwaltung abzusprechen. Man kann also mit Recht behaupten, daß jede Erörterung des anstehenden Problems durch den Streit um den Rechtscharakter des Haushaltsplans vorbelastet ist.

§ 21: Die Wiedergabe der bestehenden Ansichten

A) Noch sind es wenige Stellungnahmen, die bisher in Lehre und Rechtsprechung zu der Frage, ob der Haushaltsplan Ermächtigungsgrundlage sein kann oder nicht, abgegeben wurden. Trotzdem läßt sich schon deutlich die Tendenz erkennen, dem Haushaltsplan die Qualifikation einer Ermächtigungsgrundlage abzusprechen.

I. Wie zu erwarten war, wurden die hervorstechendsten Argumente der herrschenden Meinung entlehnt. Man verneinte die Eigenschaft des Haushaltsplans als Ermächtigungsgrundlage, weil es ihm an den für erforderlich zu erachtenden Rechtsnormen mangle. <sup>1)</sup>

II. Ein anderes Argument hat Stern <sup>2)</sup> vorgebracht. Er gesteht dem Haushaltsgesetz Rechtswirkungen, die die Exekutive binden, zu, beruft sich aber dann auf die Aussprüche Heckels und G.Jellineks: "Nicht der

1) Siehe den Hinweis D.Schindlers, Die Bundessubventionen als Rechtsproblem, S.195, darauf, daß man in der Schweiz die Festsetzung von Subventionen im Budgetbeschluss oft als unzulässig bezeichnet habe, weil das Budget nicht die Eigenschaft einer Rechtsgrundlage habe. Ferner: Scheuner, Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat, S.140; Ipsen, DVBl.56,500, Obermayer, VVDStRL 18,159 f.

2) JZ 60,522.

Haushaltsplan ist für die Rechtsordnung, sondern die Rechtsordnung für den Haushaltsplan maßgeblich" <sup>1)</sup> und "der Haushaltsplan ist nicht causa efficiens, sondern conditio, nicht rechtserzeugend, sondern rechtserfüllend" <sup>2)</sup>. Man kann Sterns Argument kurz mit dem Schlagwort von der Subsidiarität des Haushaltsplans gegenüber der übrigen "Rechtsordnung" bezeichnen.

III. Bachof <sup>3)</sup> meint: "Die haushaltsrechtliche Ermächtigung allein wird, zumal ihr eine hinreichende Detaillierung oft fehlt und ihr jedenfalls ein Maßstab für die Verteilung der Leistungen nicht zu entnehmen ist, kaum als ausreichend erachtet werden können."

IV. Bellstedt <sup>4)</sup> hält den Haushaltsplan, jedenfalls als Ermächtigungsgrundlage für Subventionsmaßnahmen, deshalb als ungeeignet, weil er nicht den Anforderungen des Art.19 Abs.1 GG genüge.

V. Obermayer <sup>5)</sup> hat zusätzlich eingewandt, die Einzelpläne des Haushaltsplans, die inhaltlich allein den Bestimmtheitsgrundsatz erfüllten, würden nicht veröffentlicht.

VI. Schließlich hat man auch gemeint, die "Festsetzung durch Budget allein begünstige eine oberflächliche Beitragsgewährung" <sup>6)</sup>.

VII. Zu erwähnen bleibt endlich noch, daß einige Autoren <sup>7)</sup> den Haushaltsplan als Ermächtigungsgrundlage

1) Heckel, a.a.O., Bd.2, S.392.

2) G.Jellinek, Gesetz und Verordnung, S.293.

3) VVDStRL 12, 63.

4) DÖV 61,170 f.

5) VVDStRL 18,159 f.

6) Siehe D.Schindler, a.a.O., S.195.

7) Krüger, DVBl.55,451, Anm.4; Hettlage, VVDStRL 14,11; Maunz-Dürig, Art.20, RdNr.137.

ablehnen, ohne ihre Ansicht näher zu begründen.

B) I. Von den Befürwortern des Haushaltsplans als Ermächtigungsgrundlage ist an erster Stelle das Bundesverwaltungsgericht zu nennen. Es hat in der Begründung seines Urteils über den Preisausgleich für Ölmühlen vom 21.3.1958 <sup>1)</sup> ausgeführt: "So mag man neben dem förmlichen Gesetz auch jede andere parlamentarische Willensäußerung, insbesondere etwa die etatmäßige Bereitstellung der zur Interventionierung erforderlichen Mittel, als eine hinreichende Legitimation verwaltungsmäßigen Handelns ansehen können." Mehr als diese vage Behauptung bietet die Entscheidung nicht; denn das Gericht konnte sich eine abschließende Stellungnahme zu der Frage, ob die Verwaltung "für geldliche Zuwendungen an Private unter allen Umständen der gesetzlichen Grundlage bedürfe", ersparen. In dem späteren Urteil vom 19.12.1958 konnte das Bundesverwaltungsgericht <sup>2)</sup> das Problem des Haushaltsplans völlig auf sich beruhen lassen, da es zu der Feststellung gelangte, "daß der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit durch das Fehlen eines förmlichen Gesetzes oder Parlamentsbeschlusses, wodurch die Exekutive zu den hier getroffenen Subventionsmaßnahmen ermächtigt wurde, nicht verletzt" wurde.

II. Früher als in Deutschland hat sich die Staatsrechtswissenschaft in der Schweiz mit der Frage auseinandergesetzt, ob die Festsetzung von Subventionen ausschließlich durch den Haushaltsplan als zulässig zu betrachten sei. Ein Teil der Autoren hat sich für die Zulässigkeit, wenn auch in beschränktem Maße, ausgesprochen. <sup>3)</sup>

1) NJW 58,1153.

2) NJW 59,1098.

3) Fleiner, Bundesstaatsrecht, S.689; Pesch, Die staatsrechtliche Bedeutung des eidgenössischen Budgets, S.88 (beide zitiert nach Schindler, a.a.O., S.202); Schindler, a.a.O., S.202.

III. In der deutschen Staatsrechtslehre haben dies Maunz <sup>1)</sup> - allerdings sehr zweifelhaft - und Merk <sup>2)</sup> getan.

Zweiter Abschnitt: Stellungnahme

§ 22: Der Haushaltsplan

A) Der Haushaltsplan kann für die sozialgestaltende Verwaltung nur dann und insoweit als Ermächtigungsgrundlage in Betracht kommen, als zwischen beiden ein Zusammenhang besteht. Bevor darauf eingegangen werden kann, ob der Haushaltsplan als Ermächtigungsgrundlage geeignet ist, gilt es, ohne Berücksichtigung aller rechtlichen Aspekte, diesen Zusammenhang aufzudecken. Dazu bedarf es an erster Stelle einer kurzen Darstellung der haushaltsrechtlichen Begriffe, der Haushaltstechnik und des Haushaltszwecks.

B) I. Die bedeutsamsten rechtlichen Grundlagen der Haushaltsführung des Bundes sind die Art.110 bis 115 GG und die Reichshaushaltsordnung vom 31.12.1922 (RGBl. 1923 II, S.17) <sup>3)</sup>.

II. Der Haushaltsplan ist nach § 2 RWB die durch das Bundeshaushaltsgesetz festgestellte, für die Wirtschaftsführung maßgebende Zusammenstellung der für ein Rechnungsjahr veranschlagten Haushaltseinnahmen und

1) VVDStRL 14,38 f.

2) VVDStRL 18,171 f.

3) in der z.Zt. gültigen Fassung, vgl. Sartorius, Verfassung u. Verwaltungsgesetze, Nr.80a, Reichshaushaltsordnung, S.1.

-ausgaben der gesamten Bundesverwaltung. Ganz allgemein hat Vialon <sup>1)</sup> ihn umschrieben als die Zusammenfassung der öffentlichen Einnahmen und Ausgaben einer Körperschaft zum Zwecke des Ausgleichs.

III. Vom Haushaltsplan zu unterscheiden ist das Haushaltsgesetz. Das Haushaltsgesetz dient, wie sich aus Art.110 Abs.2 S.1 GG, § 23 RHO und der eben angeführten Definition des Haushaltsplans in § 2 RWB ergibt, der Feststellung des Haushaltsplans. Es muß darüber hinaus zur Aufnahme von Bestimmungen herhalten, denen das in Art.110 Abs.2 S.4 GG verankerte sog. Bepackungsverbot nur in zeitlicher Hinsicht eine wirksame Grenze setzt. <sup>2)</sup>

Obwohl der Haushaltsplan der äußeren Form nach als Anlage zum Haushaltsgesetz erscheint, bilden beide zusammen eine Einheit, nämlich das Budget. <sup>3)</sup>

IV. Die Begriffe werden oftmals nicht auseinandergehalten und die Ausdrücke Haushaltsgesetz und Haushaltsplan auch zur Bezeichnung des Budgets verwandt. <sup>4)</sup> Hier soll jedoch der Ausdruck Haushaltsplan stets im oben bezeichneten Sinne gebraucht werden.

C) I. Der Haushaltsplan ist keine Bilanz. Niemals enthält er Wertansätze für das Sachvermögen. Seine Ansätze beziehen sich ausschließlich auf Zahlungsvorgänge. "Eine kaufmännische Bilanz ist in erster Linie eine Erfolgsrechnung, während die Rechnung des Haushaltsplans in erster Linie eine Verlaufsrechnung ist". <sup>5)</sup>

1) Haushaltsrecht, S.9.

2) Vialon, a.a.O., GG Art.110, Erl.10, S.203.

3) Vialon, a.a.O., GG Art.110, Erl.8, S.202.

4) Vialon, a.a.O., S.8.

5) Vialon, a.a.O., S.9 f.

Das dem Haushaltsplan entsprechende Buchhaltungssystem ist nicht die einfache oder doppelte Buchführung, sondern die Kameralistik.

Der Haushaltsplan besteht nun nicht etwa aus einer Aufzeichnung bereits vollzogener, sondern aus einer Zusammenstellung künftig zu erwartender oder zu bewirkender Zahlungsvorgänge. Er bildet das Soll, nicht das Ist der kameralistischen Buchführung. Zusammen mit den Kassenrechnungen dient er als Grundlage für die allgemeine oder Haushaltsrechnung (Art.114 GG, §§ 72, 77 RHO). <sup>1)</sup> Damit ist nicht gesagt, der Haushaltsplan enthalte ausschließlich die Aufstellung der im Rechnungsjahr zu erwartenden Zahlungsvorgänge (sog. Kassenbudget) und nicht auch die Gesamtbeträge der voraussichtlich zu begründenden Forderungen und Schuldverpflichtungen (sog. Zuständigkeitsbudget). Wie insbesondere aus §§ 8 Abs.2 und 3, 13, 14, 45 S.2 RHO hervorgeht, stellt sich der Bundeshaushaltsplan als eine Verbindung von Zuständigkeits- und Kassenbudget dar. <sup>2)</sup>

II. Alle Zahlungsvorgänge lassen sich entweder als Einnahmen oder als Ausgaben erfassen. Dementsprechend zieht sich durch den gesamten Haushaltsplan die Einteilung in Einnahmen und Ausgaben hin.

Da ein Interesse daran besteht, die zu erwartenden Einnahmen nicht nur der Höhe nach, sondern auch in bestimmtem Umfang ihrem Entstehungsgrunde nach sichtbar zu machen, weist der Haushaltsplan neben dem Geldansatz die sog. Zweckbestimmung oder das Dispositiv auf (§ 6 Abs.2 RHO).

Entsprechendes gilt für die Ausgabeseite. Hier benennt die Zweckbestimmung nicht den Entstehungsgrund, sondern - ihrer Bezeichnung gemäß - den Zweck, für den Ausgaben geleistet werden dürfen.

1) Klee, Das Haushaltsrecht des Bundes und der Länder, S.15 f.

2) Neumark in Jéze, Allgemeine Theorie des Budgets, S.290 f.

Zweckbestimmung und Geldansatz bilden einen Titel. So bedeutsam alle übrigen vertikalen oder horizontalen Aufgliederungen <sup>1)</sup> des Haushaltsplans sein mögen, "die eigentliche Entscheidung über die Zulässigkeit von Einnahmen und Ausgaben" <sup>2)</sup> enthalten die Titel.

III. Der Haushaltsplan besteht aus dem Gesamtplan und den Einzelplänen (§ 5 Abs.1 RHO). Im Gesamtplan erscheinen die Einnahmen und Ausgaben der Einzelpläne in größeren Zusammenfassungen (§ 5 Abs.2 RHO). "Er ist nichts anderes als eine einheitliche Zusammenfassung der in den Einzelplänen enthaltenen Ausgaben- und Einnahmenansätze nach Kapitelsummen." <sup>3)</sup> Die Einzelpläne gliedern sich regelmäßig in mehrere Kapitel und diese wiederum in mehrere Titel. Daß der Bundeshaushalt im übrigen aus einem ordentlichen und einem außerordentlichen Haushalt gebildet wird (§ 3 Abs.1 RHO), sei hier nur am Rande vermerkt.

IV. Gemäß der Vorschrift des § 5 Abs.2 RHO, daß die Einzelpläne die Einnahmen und Ausgaben eines einzelnen Verwaltungszweiges oder bestimmte Gruppen von Einnahmen oder Ausgaben zu enthalten haben, baut man den Haushaltsplan des Bundes sowohl nach dem sog. Organisations-, Ministerial- oder Institutionenprinzip als auch nach dem sog. Real- und Funktionenprinzip auf. Wenn man den Bundeshaushaltsplan dennoch als sog. Institutionenplan bezeichnet, so deshalb, weil er ganz überwiegend dem Organisationsprinzip Rechnung trägt. <sup>4)</sup>

1) Vialon, a.a.O., § 5, Erl.5, S.326.

2) Vialon, a.a.O., § 6, Erl.4, S.331.

3) Neumark, Der Reichshaushaltsplan, S.37.

4) Zu den Reformbestrebungen braucht hier nicht Stellung genommen zu werden. Siehe hierzu die Literaturangaben bei Vialon, a.a.O., S.1204 ff. Dem Bundeshaushalt wird seit 1956 jetzt stets ein reiner Funktionenplan beigelegt, der von der Bundesregierung nicht förmlich beschlossen, vom Haushaltsgesetz nicht ergriffen und im Bundesgesetzblatt nicht abgedruckt wird, dem daher also nur nachrichtliche Bedeutung zukommt.

Das Organisationsprinzip besagt: Maßstab für die Einrichtung von Einzelplänen und Kapiteln ist die Verwaltungsorganisation. Die Einzelpläne folgen etwa dem Aufbau der Verwaltung derart, "daß diejenigen Dienststellen, die einem Bundesminister oder dem Chef einer Obersten Bundesbehörde unterstehen, mit ihren Gesamteinnahmen und Gesamtausgaben in dem Einzelplan dieses Ministeriums oder dieser Behörden zusammen mit den Einnahmen und Ausgaben für diese erscheinen" <sup>1)</sup>. Ist für jedes oberste Bundesorgan, für jeden Bundesminister, für das Bundesverfassungsgericht und den Bundesrechnungshof ein eigener Einzelplan vorgesehen, so finden sich in den Kapiteln der Einzelpläne häufig Zusammenfassungen von untergeordneten Behörden derselben oder mehrerer Verwaltungsstufen. Grundsätzlich sind nur den oberen Bundesgerichten, den oberen Bundesbehörden und den Bundesanstalten eigene Kapitel eingeräumt. Dem Realprinzip, d.h. der Gliederung nach Zwecken, entsprechen die Einzelpläne 32 (Bundesschuld), 33 (Versorgung), 35 (Verteidigungslasten), 36 (Zivile Notstandsplanung), 40 (Soziale Kriegsfolgeleistungen) und 60 (Allgemeine Finanzverwaltung). Bei ihnen tritt an die Stelle der parlamentarisch-politischen Verantwortung des Ministers für den Einzelplan diejenige für das Kapitel oder den einzelnen Titel. <sup>2)</sup>

D) I. Der Aufstellung eines Haushaltsplans liegt zugrunde einmal die Tatsache, daß der Staat eine Vielzahl von Aufgaben zu erfüllen hat, die ohne finanzielle Aufwendungen nicht zu bewältigen sind, und zum anderen die Notwendigkeit, die Ausgaben mit den Einnahmen in Einklang zu halten. Einen Haushaltsplan aufstellen heißt: "regelmäßig, im voraus und für einen

1) Vialon, a.a.O., § 5, Erl.7, S.327.

2) Vialon, a.a.O., § 5, Erl.8, S.327.

künftigen Zeitraum die zu leistenden Ausgaben und die zu erhebenden Einnahmen aufzählen, veranschlagen und miteinander vergleichen" <sup>1)</sup>. Sein Zweck besteht darin, den Ausgleich zwischen Staatseinnahmen und -ausgaben sicherzustellen. Um diesen Zweck zu erreichen, hat man gewisse, in den meisten Staaten anerkannte Haushaltsgrundsätze aufgestellt. Es sind dies die Prinzipien der Haushaltsklarheit, der Vollständigkeit, der Einheit, der Genauigkeit und inhaltlichen Richtigkeit, der Öffentlichkeit, der Vorherigkeit, der Jährlichkeit des Haushaltsplans, der Pünktlichkeit im Haushaltskreislauf, der verbotenen Zweckbindung (Nonaffektation), der qualitativen, betragmäßigen und zeitlichen Spezialität und der inneren finanziellen Stabilität <sup>2)</sup> sowie das Bepackungsverbot und das Bruttoprinzip.

II. Damit ist aber die tiefere Bedeutung des Haushaltsplans noch nicht erfaßt. Sie offenbart sich erst, wenn man die Haushaltsführung des Bundes in Beziehung setzt zu der aller öffentlich-rechtlichen Körperschaften sowie zur Volks-, Finanz- und Geldwirtschaft des gesamten Staates. Es stellt sich dann die Frage nach dem Ausgleich auf höchster Ebene, dem endgültigen "Gleichgewicht zwischen den öffentlichen Ausgaben (in allen Formen) und dem hierfür in Anspruch genommenen Arbeits- und Vermögensertrag der Einzelnen (ebenfalls in allen Formen)" <sup>3)</sup>. Dieses Gleichgewicht läßt sich durch die genannten formellen Prinzipien der Haushaltstechnik allein nicht erreichen. Die Grundsätze, die hier zu beachten sind, sind materieller Art und von der Volkswirtschaft und der Finanzwissenschaft zu erarbeiten. <sup>4)</sup> Wobser <sup>5)</sup> hat sie bezeichnet

1) Jéze, Allgemeine Theorie des Budgets, S.7.

2) Wobser, Der öffentliche Haushalt, 1955, S.137 ff.

3) Vialon, a.a.O., S.24.

4) Vialon, a.a.O., S.26.

5) a.a.O.

als das ökonomische Prinzip, das Prinzip der Auswahl der Staatsaufgaben und das Prinzip der Begrenzung der Staatsaufgaben. Die Auswahl der Staatsaufgaben hängt ab von der Art der Bedürfnisse und der Zeit, in der sie befriedigt werden sollten und können, kurz gesagt, von ihrer Dringlichkeit. Die dringlichere Aufgabe genießt den Vorrang. Begrenzt werden die Staatsaufgaben nach Wobser güterwirtschaftlich eben durch die Höhe des inländischen Sozialproduktes und die Höhe des Anteils, den die öffentliche Hand vom Sozialprodukt in Anspruch nehmen kann, geldwirtschaftlich durch die Erhaltung einer stabilen Geld- und Währungsordnung, volkswirtschaftlich durch die bekannte Knappheit der Produktionskräfte und durch den volkswirtschaftlichen Wert der geleisteten öffentlichen Ausgaben und schließlich finanzwirtschaftlich durch die Grenze der zumutbaren Steuerbelastung.

§ 23: Der allgemeine Zusammenhang zwischen Haushaltsplan und sozialgestaltender Verwaltung

A) Die enge Verflechtung zwischen staatlicher Haushaltsführung und Volkswirtschaft, wie sie in diesen materiellen Grundsätzen ihren Ausdruck findet, kennzeichnet die modernen Staatswirtschaften. Sie offenbart: staatliche Haushaltsführung ist zugleich unmittelbare Gestaltung der Sozialordnung. Da Haushaltsführung zum überwiegenden Teile Verwaltungsangelegenheit ist, läßt sich hier ein erster und grundsätzlicher Zusammenhang zwischen Haushaltsführung und sozialgestaltender Verwaltung aufweisen. Dabei bleibt allerdings folgendes zu berücksichtigen:

I. Alle Einnahmen des Bundes lassen sich auf die vier Entstehungsgründe: Steuern, Anleihen, Verwal-

tungseinnahmen und allgemeine Einnahmen zurückführen. Die weitaus bedeutsamste Einnahmequelle bilden die Steuern. Die Steuern werden in Deutschland nicht auf Grund jährlicher Festsetzung im Haushaltsgesetz (Grundsatz der jährlichen Steuerbewilligung), sondern auf Grund von Steuergesetzen erhoben, die über den Zeitraum eines Rechnungsjahres hinausdauern. Wenn sich auch die nach Art. 115 GG für die Aufnahme von Anleihen erforderlichen Ermächtigungen, jedenfalls diejenigen für die Betriebsmitteldarlehen und zur Ausführung des außerordentlichen Haushalts, durchweg im Bundeshaushaltsgesetz finden (§ 8 a RHO), werden doch auch Kreditermächtigungen in sonstigen Gesetzen ausgesprochen <sup>1)</sup>. Es gibt daher nur wenige Einnahmen, die nicht bereits gesetzlich vorherbestimmt sind und für die der Haushaltsplan selbständige Bedeutung gewinnt.

II. Bei den Ausgaben verhält es sich nicht viel anders. Die meisten beruhen auf gesetzlichen und vertraglichen Verpflichtungen. Diese Ausgaben müssen in den Haushaltsplan eingestellt werden, falls nicht das Vertrauen der Bürger in die "Rechtlichkeit" des Staates erschüttert oder eine Kluft aufgerissen werden soll zwischen den Organen, die den Haushaltsplan feststellen, und denjenigen, die ihn ausführen sollen.

III. Versteht man unter öffentlichem Haushalt den Zustand der öffentlichen Finanzen <sup>2)</sup>, dann ist Haushaltsführung der Inbegriff aller Maßnahmen, die auf die Beeinflussung dieses Zustandes hinzielen. Dazu gehören dann auch und gerade der Erlaß aller Gesetze und die Vornahme sämtlicher Rechts-handlungen, die die vom Haushaltsplan zu respektierenden Verpflichtungen

1) Vialon, a.a.O., GG Art. 115, Erl. 10, S. 237.

2) Vialon, a.a.O., S. 8.

zur Erhebung von Einnahmen und zur Bewirkung von Ausgaben festlegen. Demnach ist Haushaltsführung nicht identisch mit Feststellung und Ausführung des Haushaltsplans.

B) Trotz der "hieraus resultierenden geringen Manövriermasse" <sup>1)</sup> kann nicht zweifelhaft sein, daß im Rahmen der gesamten Haushaltsführung auch dem Haushaltsplan ein eigenständiges Gewicht in bezug auf die Gestaltung der Sozialordnung zukommt. Dank der unvollständigen gesetzlichen Durchnormierung des Tätigkeitsbereichs der öffentlichen Verwaltung tauchen auf der Ausgabeseite des Haushaltsplans Posten von nicht zu verkennender sozialer, politischer und volkswirtschaftlicher Bedeutung auf, deren künftige Verausgabung zur Zeit der Aufstellung des Haushaltsplans rechtlich nicht geboten ist. Mit von der Höhe dieser Posten wird es abhängen, ob Anleihen aufgenommen oder gar die Steuergesetze verändert werden müssen. <sup>2)</sup>

C) Der Haushaltsplan vermag aber auch dadurch zur Schaffung einer guten Sozialordnung beizutragen, daß er sämtliche Staatseinnahmen und -ausgaben, mögen sie nun rechtlich geboten sein oder nicht, miteinander in Einklang bringt und so die staatlichen Finanzen in einem geordneten Zustand erhält.

#### § 24: Die besonderen Zusammenhänge zwischen Haushaltsplan und sozialgestaltender Verwaltung

Neben diesem allgemeinen Zusammenhang zwischen Haushaltsplan und sozialgestaltender Verwaltung lassen sich aber auch noch gewisse, hier ausschlaggebende

1) Vialon, a.a.O., S. 83.

2) Ähnlich Thierfelder, Die staatsrechtliche Bedeutung des Staats-Haushaltsplans, S. 136.

besondere Zusammenhänge nachweisen. Der Grund hierfür liegt darin, daß die sozialgestaltende Verwaltung finanzielle Aufwendungen und gelegentlich auch Einnahmen im Gefolge hat, die notwendigerweise im Haushaltsplan ihren Niederschlag finden müssen.

A) Ein erster Zusammenhang wird vermittelt durch die im Haushaltsplan ausgebrachten Kosten der mit Sozialgestaltungsaufgaben betrauten Staatsorganisation. <sup>1)</sup>

I. a) Die Staatsorganisation wird üblicherweise eingeteilt in die unmittelbare und in die mittelbare Staatsverwaltung. "Werden Kompetenzen eines Staates von dessen eigenen Organen ohne eigene Rechtspersönlichkeit wahrgenommen, so spricht man von unmittelbarer Staatsverwaltung. Werden dagegen Kompetenzen eines Staates von Organen mit eigener Rechtspersönlichkeit wahrgenommen, so spricht man von mittelbarer Staatsverwaltung." <sup>2)</sup>

b) Je mehr man erkennt, daß die unmittelbare Gestaltung der Sozialordnung Erfüllung einer Staatsaufgabe ist, wird es unabweislich, auch diejenigen organisatorischen Gebilde zur öffentlichen Verwaltung zu zählen, die der Staat zur Ausübung von sozialgestaltender Verwaltung unter Zugrundelegung privatrechtlicher Normen errichtet hat. So läßt sich der Feststellung Forstoffs <sup>3)</sup>; "die öffentliche Unternehmung ist eine Organisationsform der öffentlichen Verwaltung, ihre Tätigkeit ist Verwaltung im funktionellen Sinne", durchaus beipflichten. Damit hebt sich von der Verwal-

1) Der Begriff der Staatsorganisation ist hier nicht im normativen, sondern im faktischen, sozialen oder auch weiteren Sinne zu verstehen.

2) Wolff, VwR I, § 4 I. b) 2.

3) Lehrbuch, S.452.

tungsorganisation im hergebrachten Sinne, der Hoheits- oder besser der Behördenverwaltung, die sog. Betriebsverwaltung ab. <sup>1)</sup>

c) Die beiden Unterteilungen sind nicht miteinander identisch, sondern überschneiden sich, jedenfalls insofern, als nicht jeder öffentliche Betrieb durch eigene Rechtspersönlichkeit ausgestattet sein muß. <sup>2)</sup>

1. Die Grenze zwischen unmittelbarer und mittelbarer Staatsverwaltung läßt sich eindeutig festlegen; denn die Verleihung der Rechtsfähigkeit ist ein rechtsnormativer Akt, der in jedem Falle nachweisbar sein muß.

2. Demgegenüber verschwimmt die Trennlinie zwischen Behördenverwaltung auf der einen und Betriebsverwaltung auf der anderen Seite. Die Ursache ist in der mangelnden Klarheit sowohl über den Behörden- als auch über den Unternehmensbegriff zu suchen. Nach Hans J. Wolff <sup>3)</sup> hat man unter Behörde i.w.S. jedes kraft öffentlichen Rechts bestehende, nicht rechtsfähige Organ des Staates oder eines anderen Trägers öffentlicher Verwaltung zu verstehen. Darunter fällt nicht nur jedes Organ des von einem Ministerium ressortierenden Verwaltungsunterbaus, sondern auch je-

1) Forsthoff, a.a.O., S.454; Schnettler, Öffentliche Betriebe, S.58 ff.

2) Es ist daher systematisch unrichtig, wenn Forsthoff, a.a.O., S.452 ff., die gesamte Betriebsverwaltung, also ohne Unterscheidung zwischen rechtsfähigen und nicht rechtsfähigen Unternehmen, in den Bereich der mittelbaren Staatsverwaltung verweist.

3) VwR II, § 76.

de Aussonderung als oberste oder obere Bundesbehörde, mögen diese nun in der Gesetzessprache als Amt oder als Stelle <sup>1)</sup> bezeichnet sein. Neben diesen ausgesonderten Verwaltungseinheiten sind es vor allem die Anstalt und die Stiftung des öffentlichen Rechts, die die Unterscheidung von der öffentlichen Unternehmung so schwierig gestalten. Die Verwaltungsrechtswissenschaft folgt hinsichtlich des Begriffs der öffentlichen Anstalt der schon klassisch gewordenen Definition Otto Meyers <sup>2)</sup>: "Die öffentliche Anstalt ist ein Bestand von Mitteln, sächlichen wie persönlichen, welche in der Hand eines Trägers öffentlicher Verwaltung einem besonderen öffentlichen Zweck dauernd zu dienen bestimmt sind." Mit Schnettler <sup>3)</sup> kann man unter Betrieben im Gegensatz zu den Haushaltswirtschaften die Einzelwirtschaften verstehen, "die den Zweck haben, die zur Bedürfnisbefriedigung notwendigen Mittel in Form von Sach- oder Dienstleistungen bereitzustellen, und zwar mit Hilfe der drei Leistungsfaktoren: Kapital, Arbeitnehmer und Betriebsleitung unter Zuhilfenahme kaufmännischer Organisation". Die Unternehmung bedeutet für Schnettler die äußere organisatorische und rechtliche Gestaltung, das "Rechtskleid (und damit gewisse Rechtsfolgen)" für einen oder mehrere Betriebe, darüber hinaus ausgezeichnet durch ein mit Risiken verbundenes selbständiges wirtschaftliches Handeln in Verfolgung erwerbswirtschaftlicher Ziele. <sup>4)</sup> Die Betriebsverwaltung ist mit Schnettler aufzuglie-

1) Vgl. die Zusammenstellung der wichtigsten Bundes-

dem in rein  
lichkeit, au  
Rechtsperson  
vatrechtlich

Schnettler  
griff der An  
finiert, kön

"a) die ledi  
nach Aus  
Anstalte  
Wirtscha  
als geso  
angesehe  
hörden d

b) Unterneh  
Hand, di  
werden (  
usw.)" <sup>2</sup>

So lehnt er  
griff ab, we  
licher Betri  
Betätigung ö:  
ist.

Die gleich  
griffe der ö:

II. Sozia  
selbständiger  
der Behörden

die einmal über die fünf klassischen Ministerien des Innern, der Finanzen, des Auswärtigen, des Kriegswesens und der Justiz hinaus zu einer Vermehrung der Ministerien und zum anderen zu einer Aussonderung von Verwaltungseinheiten aus dem allgemeinen Behördenaufbau geführt hat. So gibt es Ministerien und Verwaltungseinheiten der Behördenverwaltung, die neben Sozialerhaltungs- auch Sozialgestaltungsaufgaben oder sogar ausschließlich Sozialgestaltungsaufgaben erfüllen. Die Betriebsverwaltung dagegen befaßt sich, soweit sie nicht nur erwerbswirtschaftliche, also Zwecke der Bedarfsverwaltung verfolgt, ausschließlich mit sozialgestaltender Verwaltung. Denn Entstehungsgrund dieser Betriebsverwaltung ist allein die vom Staat erkannte und in Angriff genommene Aufgabe der Sozialgestaltung. Dies "wird bestätigt durch die Tatsache, daß sich diese Seite der staatlichen Verwaltung in einem nachweisbaren Zusammenhang mit den Bedürfnissen der Daseinsvorsorge entwickelt hat" <sup>1)</sup>.

III. a) Der Bundeshaushaltsplan folgt der Einteilung der Bundesverwaltung in bundesunmittelbare und bundesmittelbare Staatsverwaltung. Er ist darauf angelegt, lediglich die Einnahmen und Ausgaben der Rechtsperson des Bundes zu erfassen. Die Einnahmen und Ausgaben der mittelbaren Bundesverwaltung haben im Bundeshaushaltsplan keinen Platz. Sie finden sich in den Haushaltsplänen der jeweiligen rechtsfähigen Gebilde der mittelbaren Bundesverwaltung, soweit diese nicht in kaufmännischer Weise geführt werden. Dieser Grundsatz läßt sich insbesondere aus den §§ 9 bis 9 b RHO

1) Forsthoff, a.a.O., S.452, mit Hinweis in Anm.2 auf die materialreiche Darstellung in Statistisches Reichsamt, Einzelschrift Nr.37, S.10 - 24.

entnehmen. <sup>1)</sup> Mittelzuwendungen an die mittelbare Bundesverwaltung - sei es zur Gründung oder Unterhaltung - bleiben selbstverständlich Bundesausgaben und müssen dementsprechend im Bundeshaushaltsplan eingestellt werden. <sup>2)</sup>

b) Der durch die Verwaltungsorganisation vermittelte Zusammenhang zwischen Haushaltsplan und sozialgestaltender Verwaltung offenbart sich am deutlichsten, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

1. es müssen im Haushaltsplan Verwaltungszweige oder Verwaltungseinheiten mit ausschließlicher Zuständigkeit für Sozialgestaltungsaufgaben genannt sein;
2. die Zuständigkeit muß aus der Bezeichnung des Verwaltungszweiges oder der Verwaltungseinheit oder aber aus einer näheren Umschreibung, sei es im Vorwort zu einem Einzelplan oder Kapitel, sei es in der Zweckbestimmung eines Titels oder den Erläuterungen dazu, ersichtlich sein.

Nur unter diesen Voraussetzungen vermag der Haushaltsplan durch Benennung der Verwaltungsorganisation - wenn überhaupt - Ermächtigungsgrundlage für die von ihr ausgeübte sozialgestaltende Verwaltung zu sein.

c) Die Prüfung, ob, wie und in welchem Umfang im Bundeshaushaltsplan Glieder der Staatsorganisation mit ausschließlicher Zuständigkeit für Sozialgestaltungsaufgaben angesprochen werden, soll der Gliederung des

1) Vialon, a.a.O., § 9 Erl.3, S.367: "Die Vorschrift (§ 9 RHO) kann sich nur auf Einnahmen und Ausgaben des Bundes beziehen; die Haushaltswirtschaft der rechtlich selbständigen juristischen Personen (Körperschaften, Anstalten und Stiftungen) wickelt sich außerhalb des Bundeshaushaltsplans ab, auch wenn die Verbindung dieser juristischen Personen zum Bund rechtlich und tatsächlich noch so eng ist."

2) Vialon, a.a.O., § 9 Erl.3, S.367.

Haushaltspläne in Einzelpläne, Kapitel und Titel folgen.

1. Die Einzelpläne sind den obersten Bundesorganen, dem Bundeskanzler und den Bundesministern vorbehalten, deren eigene Einnahmen und Ausgaben unter den Kap. 01 (z.B. Ministerium) und 02 (Allgemeine Bewilligungen) zu erscheinen pflegen. <sup>1)</sup> Als Einzelpläne, die einer obersten Bundesbehörde mit ausschließlicher Zuständigkeit für Sozialgestaltungsaufgaben zugewiesen sind, lassen sich aufführen die Einzelpläne 09 (Bundesminister für Wirtschaft), 10 (Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung), 12 (Bundesminister für Verkehr), 13 (Bundesminister für Wohnungsbau), 26 (Bundesminister für Vertriebene, Flüchtlinge und Kriegsgeschädigte), 29 (Bundesminister für Familien- und Jugendfragen). <sup>2)</sup>

2. Soweit auch auf Kapitalebene das Organisationsprinzip verwirklicht ist (§ 6 Abs.1 in Verbindung mit § 5 Abs.2 RHO), beziehen sich die Kap. 03 ff. eines Einzelplans auf die von dem jeweiligen Organ ressortierenden übrigen Glieder der Staatsorganisation. <sup>3)</sup> Dabei ist erlaubt, "je nach Bedarf" (§ 6 Abs.1 S.1 RHO) ein Kapitel nur für ein einzelnes Glied oder aber für eine Reihe von Gliedern desselben "Verwaltungszweigs" (§ 5 Abs.2 RHO) vorzusehen.

Für die Zusammenfassung des Finanzbedarfs für mehrere Glieder desselben Verwaltungszweigs in einem Kapitel bestehen keine weiteren Vorschriften. Es können sowohl die Einnahmen und Ausgaben von Gliedern derselben Verwaltungsstufe (also nur der Ober- oder der Mit-

- 1) Eingeführt auf Grund der Richtlinien des Bundesministers der Finanzen für die Einteilung und Form des Bundeshaushaltsplans vom 18. August 1951 - II A/1 - H 1010 - 3/51 - .
- 2) Zu Grunde gelegt ist hier und bei den späteren Ausgaben der Bundeshaushaltsplan für das Rechnungsjahr 1960.
- 3) Vialon, a.a.O., § 6, Erl.8, S.333 f.

tel- oder der Unterbehörden) als auch die Einnahmen und Ausgaben von Gliedern mehrerer oder aller Verwaltungsstufen desselben Verwaltungszweigs (also der Ober-, der Mittel- und der Unterbehörden gemeinsam) zusammengelegt werden. Da der Kompetenzbereich der haushaltsrechtlich so vereinten Glieder derselbe sein muß, weil andernfalls von einem Verwaltungszweig nicht die Rede sein kann, wird, wenn sich der Kompetenzbereich des Verwaltungszweigs im Rahmen der sozialgestaltenden Verwaltung hält, auch bei solcher Gestaltung des Haushaltsplans der Zusammenhang zwischen Haushaltsplan und sozialgestaltender Verwaltung offensichtlich.

Das gilt erst recht, wenn ein besonderes Kapitel einem einzelnen, ausschließlich mit Sozialgestaltungsaufgaben betrauten Glied der Staatsorganisation zugewiesen ist. Zur Frage, welchen Gliedern ein besonderes Kapitel zukommen soll, äußert sich die Reichshaushaltsordnung nicht. Die Bestimmung des § 9 Abs.2 Ziff.3 RHO, wonach die Einnahmen und Ausgaben der unselbständigen Bundesanstalten in den Haushaltsplan einzustellen sind, bedeutet lediglich eine Verdeutlichung des in Art.110 Abs.1 GG und § 9 Abs.1 RHO zum Ausdruck gelangten Vollständigkeitsprinzips. Sie besagt nicht, daß jeder Bundesanstalt ein eigenes Kapitel eingeräumt werden muß.

Tatsächlich erscheinen aber - wie ein Blick in den Bundeshaushaltsplan zeigt - die Einnahmen und Ausgaben der einzelnen Bundesanstalten in besonderen Kapiteln. Auf die schon erwähnte ungenügende Begrenzung des Anstaltsbegriffs ist es zurückzuführen, daß man die Vorschrift unmittelbar anwendet auf "alle Einrichtungen zur Verwaltung öffentlicher Angelegenheiten, die nicht unter den üblichen Behördenbegriff fallen" <sup>1)</sup>. Es

- 1) Vialon, a.a.O., § 9 b, Erl.3, S.386.

fallen unter § 9 Abs.2 Ziff.3 RHO daher auch die reinen Regiebetriebe. <sup>1)</sup> Auch ihnen können und sollten zweckmäßigerweise jeweils besondere Kapitel zugewiesen werden.

Eine Ausnahme nicht vom Vollständigkeits-, wohl aber vom Bruttoprinzip bilden die verselbständigten Regiebetriebe oder - wie man sie auch bezeichnet - die 15er Betriebe. Sie unterscheiden sich von den reinen Regiebetrieben dadurch, daß nach § 15 RHO statt der getrennten Einnahmen und Ausgaben das voraussichtliche Endergebnis in den Haushaltsplan einzustellen ist. Wo die verselbständigten Regiebetriebe im Haushaltsplan zu verankern sind, bestimmt § 15 RHO nicht. Es kann sowohl ein Kapitel als auch ein Titel in Betracht kommen. Diese können zwar im Einzelfall Leerkapitel oder Leertitel, niemals jedoch Freikapitel oder Freititel sein. <sup>2)</sup>

Neben den Begriffen der Anstalt und des kaufmännisch eingerichteten Betriebs nach § 15 RHO kennt die Reichshaushaltsordnung schließlich noch den Begriff des Sondervermögens (§§ 9 Abs.2 S.2, 9 a, 9 c RHO). "Sondervermögen sind abgezwigte Vermögensmassen" <sup>3)</sup>, d.h. solche, die "rechnerisch aus der allgemeinen Verwaltung ausgegliedert sind", indem für sie "eine selbständige, von der Haushaltsrechnung der Hoheitsverwaltung getrennte Wirtschaftsrechnung durchgeführt

- 1) Der Ansicht Vialons, a.a.O., § 9 b, Erl.3, S.386, die genannte Vorschrift auf solche Vorschriften nur sinngemäß anzuwenden, wäre beizupflichten, wenn der Begriff der Anstalt auch nach verwaltungsrechtlicher Terminologie eindeutig wäre.
- 2) Vialon, a.a.O., § 15, Erl.10, S.438.
- 3) Vialon, a.a.O., § 9, Erl.11, S.373.

wird" <sup>1)</sup>. Sondervermögen können von der allgemeinen Verwaltungsorganisation mitverwaltet werden (häufig z.B. bei nicht-rechtsfähigen Stiftungen); sie können aber auch einer Sonderverwaltung unterliegen. <sup>2)</sup> Da hier der im Haushaltsplan sichtbare Zusammenhang zwischen Aufwendungen für die Organisation und der sozialgestaltenden Verwaltung aufgezeigt werden soll, interessieren in diesem Zusammenhang allein die Sondervermögen, die durch gesonderte Organisationen verwaltet werden. Diese Sondervermögen wiederum lassen sich einteilen in solche, die die Verwaltungskosten selbst zu tragen haben, und solche, deren Verwaltungskosten vom allgemeinen Bundesvermögen zu tragen sind. Gleichgültig, ob es sich um rechtsfähige oder nicht-rechtsfähige Sondervermögen handelt, im Haushaltsplan erscheinen lediglich Einnahmen des Bundes aus Sondervermögen und Ausgaben für diese (§§ 9 Abs.2 Ziff.2, 9 a RHO). <sup>3)</sup> Daraus "ist zu schließen, daß jedenfalls die Substanz des Sondervermögens außerhalb des Haushalts bleiben soll" <sup>4)</sup>. Nur wenn die Verwaltungskosten vom allgemeinen Bundesvermögen getragen werden, werden stets Ausgaben für das jeweilige Sondervermögen im Bundeshaushaltsplan einzustellen sein. Lediglich in diesem Fall rechtfertigt sich die Zuweisung eines besonderen Kapitels.

- 1) Schnettler, a.a.O., S.60.
- 2) Schnettler, a.a.O., S.60 und 62.
- 3) Schulze-Wagner, Reichshaushaltsordnung, § 9, Erl.4, S.310 ff., § 9 a, Erl.2, S.318; Vialon, a.a.O., § 9, Erl.9, S.371 f., § 9 a, Erl.2, S.380.
- 4) Vialon, a.a.O., § 9, Erl.11, S.373.

Im Ergebnis können also besondere Kapitel zugewiesen werden:

- a) den auf derselben oder auf mehreren Verwaltungsstufen stehenden Behörden desselben Verwaltungszweiges,
- b) einer einzelnen Behörde der allgemeinen Behördenorganisation,
- c) einer Bundesanstalt oder einem Regiebetrieb,
- d) einem verselbständigten Regiebetrieb (sog. 15er Betrieb),
- e) der Verwaltungsorganisation eines Sondervermögens, soweit die Verwaltungskosten dem allgemeinen Bundesvermögen zur Last fallen. <sup>1)</sup>

Die Prüfung des Bundeshaushaltsplans, welche der selbständig unter einer Kapitelbezeichnung im Bundeshaushaltsplan auftauchenden Glieder der Staatsorganisation ausschließlich Sozialgestaltungsaufgaben wahrzunehmen haben, ergibt:

Da es dem Bunde größtenteils an einem eigenen Verwaltungsunterbau fehlt, läßt sich als Verwaltungszweig wohl nur die Bundeswasser- und Schifffahrtsverwaltung (Kap. 1203) nennen. Da die theoretische Abgrenzung der unter b) und c) genannten Glieder der Staatsorganisation bisher ungelöste Schwierigkeiten aufwirft, können Beispiele aus dem Bundeshaushaltsplan nur mit erheblichen Bedenken der einen oder anderen Gattung zugewiesen werden. Man könnte als Behörde im Sinne von b) etwa das Bundesgesundheitsamt (Kap. 0611) oder das Bundesamt für gewerbliche Wirtschaft (Kap. 0905), als Bundesanstalten nahezu alle im Bundeshaushaltsplan als Bundesanstalten oder Bundesinstitute bezeichneten Einrichtungen, so etwa die verschiedenen Bundesfor-

1) In solchem Falle läßt sich allerdings ein Unterschied gegenüber einer Anstalt oder einem Regiebetrieb kaum noch feststellen.

schungsanstalten für Fischerei (Kap. 1012), für Forst- und Holzwirtschaft (Kap. 1013) usw., auführen. Ein Beispiel für einen reinen Regiebetrieb findet sich auf Kapitelebene nicht.

Verselbständigte Regiebetriebe sind die Staatswerft in Rendsburg-Saatsee (Kap. 1204), der Bundeschleppbetrieb in Münster (Kap. 1205) und die Bundesdruckerei (Kap. 1303). Es ist aber sehr zweifelhaft, ob ihnen überhaupt oder ausschließlich Leistungsaufgaben zufallen. Beim Bundeschleppbetrieb und bei der Staatswerft spricht vieles für eine lediglich erwerbswirtschaftliche Betätigung. <sup>1)</sup>

Als eine vom Bundeshaushalt getragene und ausschließlich mit der Verwaltung eines im Interesse der Sozialgestaltung eingerichteten Sondervermögens betraute Organisation läßt sich das Bundesausgleichsamt (Kap. 2605) benennen.

3. Kann sich in den Einzelplänen und Kapiteln nur die unmittelbare Staatsverwaltung widerspiegeln, so gewähren die Titel auch der mittelbaren Staatsverwaltung Einlaß in den Haushaltsplan. Glieder der unmittelbaren und der mittelbaren Staatsverwaltung können als Einnahmequellen oder als Ausgabezwecke in den Dispositiven der Titel auftauchen.

Titel, deren Zweckbestimmung ein Glied der Staatsorganisation benennt, sind, soweit dafür kein Kapitel vorgesehen ist, nur erforderlich zur Einstellung des Endergebnisses eines verselbständigten Regiebetriebes.

Im übrigen sind solche Titel nur einzurichten, wenn ein Bedürfnis dafür besteht, wenn z.B. Aufwendungen nötig werden zur erstmaligen Einrichtung oder zur Unterhaltung eines Gliedes der Staatsorganisation,

1) So hat der Bundesfinanzhof in seinem Urteil vom 16.8.55 - I/130/54 - (unveröffentlicht) die Steuerpflichtigkeit des Bundeschleppbetriebes bejaht, da dieser keine hoheitliche Tätigkeit ausübe.

Einnahmen zu erwarten sind aus reinen oder verselbständigsten Regiebetrieben, aus autonomen Wirtschaftskörpern ohne oder mit eigener Rechtsfähigkeit oder die Zuführungen zu einem Sondervermögen mit eigener und ihm zu Last fallender Organisation bzw. die Abführungen aus einem solchen Sondervermögen über den Bundeshaushalt zu laufen haben.

4. Schließlich wird noch ein durch die Organisation vermittelter Zusammenhang zwischen Haushaltsplan und sozialgestaltender Verwaltung sichtbar in den den Einzelplänen der jeweils zuständigen Bundesminister beizufügenden Nachweisen über die Sondervermögen (§ 9 a RHO) <sup>1)</sup> und Übersichten der Haushaltspläne der rechtsfähigen, der vom Bund und Dritten gemeinschaftlich unterhaltenen sowie der von Dritten allein, aber vom Bund ohne rechtliche Verpflichtung unterstützten Anstalten (§ 9 b RHO). <sup>2)</sup> Es kann aber schon hier festgestellt werden, daß die Nachweise und Übersichten nur nachrichtliche Bedeutung haben, somit nicht der Beschlußfassung durch den Bundestag unterliegen <sup>3)</sup> und darum als Ermächtigungsgrundlagen ausscheiden. Sie werden bei den weiteren Erörterungen nicht mehr berücksichtigt.

B) Im Bundeshaushaltsplan zeichnet sich aber nicht nur ein Zusammenhang zwischen Aufwendungen und sozial-

- 1) Beispiele: die Übersichten zum Wirtschaftsplan der Deutschen Bundesbahn (Anlage 1 zum Einzelplan 12) und zum Voranschlag der Deutschen Bundespost (Anlage 1 zum Einzelplan 13).
- 2) Beispiele: die Haushaltsübersichten für die Einfuhr- und Vorratsstellen (Anlagen zu Kap. 1002, Tit. 620).
- 3) Vialon, a.a.O., § 9 a, Erl.4, S.381 und Erl.7, S.383.

gestaltende Verwaltung ab, der durch die Staatsorganisation vermittelt wird. Es zeigt sich auch ein unmittelbarer Zusammenhang, und zwar insofern, als einmal durch den Haushaltsplan Gelder bereitgestellt werden, die der Staatsorganisation nicht zu ihrer eigenen Einrichtung und Unterhaltung, sondern als Mittel zur Erfüllung ihrer Sozialgestaltungsaufgaben dienen, und zum andern im Haushaltsplan Einnahmen vorgesehen sind, die aus der Wahrnehmung von Sozialgestaltungsaufgaben herrühren.

I. Bei der Bereitstellung von Geldern lassen sich zwei Fälle unterscheiden. Die veranschlagten Gelder sind

- a) zur direkten Begünstigung bestimmter Zivilpersonen, nicht staatlicher gemeinnütziger Organisationen oder privater Wirtschaftsunternehmen,
- b) zur indirekten Begünstigung der Allgemeinheit oder bestimmter Zivilpersonen, Organisationen und Unternehmen, insbesondere mittels Erstellung und Unterhaltung öffentlicher Sachen bestimmt.

a) Zur Gruppe a) gehören z.B. Darlehen im Rahmen der Berufsfürsorge für Kriegsbeschädigte usw. (Kap. 4003, Tit. 531), die Unterstützung und Förderung der Arbeit des Deutschen Roten Kreuzes (Kap. 0602, Tit. 645), die Zuschüsse zur Verbilligung und Steigerung der Handelsdüngeranwendung (Kap. 1002, Tit. 962) und damit insbesondere die zwischen Bundestag und Bundesregierung <sup>1)</sup>, aber auch von der verwaltungsmäßiglichen

- 1) Drucksache 1229 des Deutschen Bundestages - 3. Wahlperiode, die die Antwort des Bundesministers der Finanzen auf die Kleine Anfrage der Fraktion der DP - Drucksache 835 - betr. Subventionen im Bundeshaushalt enthält.

Lehre <sup>1)</sup> lebhaft erörterten Subventionen. Eine Besonderheit haftet den Zahlungen aus dem ERP-Sondervermögen und dem Ausgleichsfond an. Weder werden die Zahlungen aus diesen Sondervermögen im Haushaltsplan veranschlagt noch findet sich der im Rechnungsjahr voraussichtlich zu zahlende Betrag in den Nachweisen dieser Sondervermögen (Heilagen 2 und 3 zum Vermögensnachweis).

b) Unter die Gruppe b) fallen Gelder zur Erstellung und Unterhaltung sowohl von Sachen im Gemeingebrauch, wie z.B. der Bundesstraßen und Bundesautobahnen (Kap. 1210, Tit. 310), als auch von Sachen, die die Öffentlichkeit nur nach besonderer Zulassung nutzen kann, wie z.B. - allerdings nicht ohne Bedenken <sup>2)</sup> - der Einrichtungen der Bundesbahn und Bundespost. Im übrigen müßten hierher auch alle schon unter a) fallenden Förderungsmaßnahmen zu Gunsten nichtstaatlicher Einrichtungen und Subventionen zugunsten von landwirtschaftlichen Betrieben und Wirtschaftsunternehmen gerechnet werden. Denn mit diesen Maßnahmen soll nicht nur eine Begünstigung der Geldempfänger, sondern zugleich eine Begünstigung der Allgemeinheit erzielt werden.

1) Siehe S.75 Anm.1.

2) Die Grenze zwischen Verwaltungsvermögen i.e.S. und dem Verwaltungsvermögen, das der Öffentlichkeit nach besonderer Zulassung zur Benutzung zur Verfügung gestellt wird (Wolff, VwR I, § 55 III. a), ist flüchtig. Kann eine Einrichtung sinnvoll nicht ohne gleichzeitiges Tätigwerden von Organen genutzt werden und überwiegt das Tätigkeitsmoment der Or-

II. An le  
sammenhang, d  
waltung und E  
Der Staat nim  
durch die Gew  
langt aber da  
sich anführen  
erung der Woh  
Veräußerung v  
Preise auf de

§ 25: Der Ho

A) Nachden  
Zusammenhänge  
aufgezeigt wo  
ob und inwiew  
angesprochene  
tigungsgrundl  
gungsgrundlage  
wäre, das im  
öffentliche Ve  
wenn er überha  
und wenn sich  
des Handlungs  
erstrecken lie

I. Unter A  
ausgeführt - G

stehen. Für die Meinung, die mit Haenel die Zweiteilung des Gesetzesbegriffs ablehnt, ist es selbstverständlich, daß der Haushaltsplan Anordnungen ausspricht. Dasselbe müßte für alle diejenigen gelten, die zwar der herrschenden Lehre von der Zweiteilung des Gesetzesbegriffs folgen, aber dann den Inhalt des Haushaltsplans mit Richtlinien, Verwaltungsnormen, Instruktionen, Dienstbefehlen oder seine Feststellung rechtlich als Ermächtigung umschreiben. Greift man auf die Schrift zurück, die den Anstoß für den Siegeszug der Lehre von der Zweiteilung des Gesetzesbegriffs und von dem Haushaltsplan als Gesetz im formellen Sinne gegeben hat, Paul Labands: Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der Preussischen Verfassungs-Urkunde unter Berücksichtigung der Verfassung des Norddeutschen Bundes, so wird man der merkwürdigsten Widersprüche gewahr. Stellt Laband auf Seite 11 fest: "daß der Etat Normen für die Verwaltung enthält, kann wohl nicht mit Grund bestritten werden", so kommt er, obwohl er schon auf Seite 3 die Möglichkeit individueller Rechtsnormen ausdrücklich bestätigt hat, wenig später - S.13 - zu dem überraschenden Schluß: "Der Etat ist eine Rechnung ... Eine Rechnung aber enthält keine Regeln, am wenigsten Rechtsregeln, sondern Tatsachen." Auf Seite 54 bedient er sich des "Mittels der Bagatellisierung" <sup>1)</sup>, um den Einwand abzutun, der Haushaltsplan sei deshalb als eine Ermächtigung anzusehen, weil es Ausgaben gebe, "für welche die Staatsregierung nur durch das Etatsgesetz ermächtigt wird, zu deren Leistung sie also ohne Etat keine staatsrechtliche Befugnis hätte". Damit handelt er einer Erkenntnis zuwider, die er in einem anderen Zusammenhang - Seite 62 - dahin formuliert hat, daß es durchaus verkehrt sei, "alle Titel und Positionen des Etats in Bezug auf den Begriff der Etats-Überschreitungen ganz gleichmäßig

1) Thierfelder, a.a.O., S.42.

behandeln zu wollen." Dort redet er ferner sogar von der rechtlichen Wirkung des von der Regierung mit dem Landtage vereinbarten Etats, die er nur "nicht in materieller Gesetzeskraft, sondern lediglich in der Konstatierung des Einverständnisses der Regierung und des Landtages über die Nothwendigkeit oder Angemessenheit gewisser Ausgaben" erblicken will. Schon Haenel <sup>1)</sup> und Heller <sup>2)</sup> haben darüber hinaus auf den Satz hingewiesen, mit dem Laband seine ganze Theorie praktisch wieder aufgehoben hat: "Der Etat bildet für die Verwaltung die Richtschnur, welche sie, soweit es von ihrem Willen abhängt, befolgen muß" <sup>3)</sup>.

Dieses Hin und Her findet seine Erklärung in dem Bestreben Labands, dem Haushaltsplan den Rechtssatzcharakter unter Umgehung einer eindeutigen Stellungnahme zum Rechtssatzbegriff abzuspochen <sup>4)</sup>. Mag man auch inzwischen weitgehend eingesehen haben, daß der Haushaltsplan Anordnungen für die Verwaltung enthält, so bestehen doch tiefgreifende Meinungsverschiedenheiten über Inhalt, Art und Umfang der Anordnungen.

II. Die Fragen über Inhalt, Art und Umfang der im Haushaltsplan enthaltenen Anordnungen sind eng miteinander verknüpft. Sie lassen sich nicht getrennt voneinander beantworten. In erster Linie wird die Untersuchung auf die Titel abzustellen sein. Dabei wird, soweit nötig, auf die Erläuterungen zum Haushaltsplan eingegangen. In zweiter Linie wird dann geprüft werden müssen, ob auch auf der Ebene der Kapitel und Einzelpläne Anordnungen zum Vorschein treten.

1) Haenel, a.a.O., S.314.

2) Heller, VVDStRL 4,128.

3) Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd.4, S.538.

4) Siehe Laband, Das Budgetrecht, S.12, wo er meint, daß es nicht erforderlich sei, in den noch immer ungelösten Schulstreit um die richtigste Definition von Recht hier einzugehen.

B) Die Titel unterscheiden sich nach Einnahmetiteln und Ausgabetiteln. Zunächst seien die Einnahmetitel untersucht. Die Dispositive der Einnahmetitel bezeichnen die Einnahmequellen. Um zu erkennen, ob und gegebenenfalls was für Anordnungen die Einnahmetitel enthalten, müssen sie nach Zweckbestimmung und Ansatz ausgelegt werden. <sup>1)</sup> Folgende Auslegungsmöglichkeiten der Einnahmetitel erscheinen denkbar:

- a) die Beträge, die aus der bezeichneten Einnahmequelle herrühren, sind in der Istrechnung unter gleicher Quellenbezeichnung zu buchen, um sie so dem Soll des Haushaltsplans gegenüberstellen und in dem betreffenden Rechnungsjahr für die Ausgaben verwendungsfähig machen zu können: Gebot; <sup>2)</sup>
- b) es dürfen Tatbestände gesetzt werden, die notwendigerweise die bezeichnete Einnahme herbeiführen: Gestattung;
- c) es sind Tatbestände zu setzen, die die betreffende Einnahme herbeiführen: Gebot;
- d) es ist nicht erlaubt, höhere Beträge zu vereinnahmen als veranschlagt: Verbot;
- e) es ist nicht erlaubt, Tatbestände zu setzen, die zur Vereinnahmung höherer Beträge als der veranschlagten führen: Verbot.

1) Über die Notwendigkeit der Auslegung der Zweckbestimmungen siehe auch Vialon, a.a.O., § 34, Erl. 6, S. 608.

2) Hierbei handelt es sich um die "rechtliche Funktion", die Haenel, a.a.O., S. 317, als "die Appropriation der in den Etat eingestellten Einnahmen an den Jahresdienst der Finanzverwaltung" bezeichnet. Die hieran von Thierfelder, a.a.O., S. 93, geübte Kritik ist zu unklar, als daß sie eine gezielte Gegenantwort zuließe.

Hält man sich den Gedanken Labands vor Augen, daß die Titel des Haushaltsplans u.U. eine verschiedene Behandlung erfordern, dann liegt die Vermutung nicht fern, daß in den Titeln je nach Einnahmequelle unterschiedliche Arten von Anordnungen zum Ausdruck gelangen können. Ausschlaggebende Bedeutung gewinnt hier die Konkurrenz der Anordnungen des Haushaltsplans zu Anordnungen außerhalb des Haushaltsplans. So hat man, wie dies überwiegend bei den Ausgaben gehandhabt worden ist, auch die Einnahmen einzuteilen in

- I. willkürliche oder anderweitig rechtlich nicht gebotene,
- II. notwendige oder anderweitig rechtlich gebotene <sup>1)</sup>.

I. Die Prüfung der willkürlichen Einnahmen führt zu folgenden Ergebnissen:

a) Bei der Prüfung, ob die Titel über solche Einnahmen Gebote im Sinne von B) a) enthalten, erhebt sich die Frage der Konkurrenz zu den Anordnungen der §§ 66 - 69, 72, 74, 77 RHO. In diesen Vorschriften ist in abstrakt-genereller Form bestimmt, daß die tatsächlichen Einnahmen in den Kassenrechnungen und Jahresrechnungen nach dem Soll im Haushaltsplan nachzuweisen sind. Die Anordnungen dieser Vorschriften sind insofern unvollständig, als sie nichts darüber besagen, welche Gelder an welcher Stelle in der Kassen- oder Jahresrechnung zu buchen sind. Diese notwendige Ergänzung schafft erst der Haushaltsplan. Die Vorschriften der Reichshaushaltsordnung und die Titel des Haushaltsplans zusammen bergen die vollständigen Anordnungen. Es ist aber falsch, deswegen den Titeln des Haushaltsplans gegenüber den Vorschriften der Reichshaushalts-

1) Zur Terminologie siehe z.B. Haenel, a.a.O., S. 322; Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 4, S. 532 f.; Heckel, a.a.O., S. 372 Anm. 31.

haltsordnung nur Tatbestandfunktion oder die Ausfüllung von Blankettnormen zuzuerkennen. <sup>1)</sup> Das Verhältnis zwischen Reichshaushaltsordnung und Haushaltsplan wird aus dem Gedankengang der Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung verständlich als "Abstieg (oder Aufstieg) vom Generellen, Abstrakten, zum Individuellen, Konkreten" <sup>2)</sup>. Man kann es auch so ansehen, als habe sich der Gesetzgeber des immer wieder angewandten Mittels bedient und "gewisse wichtige Probleme des Haushaltsrechts in der Reichshaushaltsordnung gleichsam, vor die Klammer' gezogen" <sup>3)</sup>. Jeder Einnahmetitel enthält daher - und sei es auch in Verbindung mit den genannten Vorschriften der Reichshaushaltsordnung - ein Gebot im Sinne von a).

b) Gestattungen im Sinne von B) b) können die Titel nur dann beinhalten, wenn die betreffenden Organwalter nicht bereits auf Grund anderweitiger Anordnung befugt sind, Tatbestände mit der notwendigen Folge von Einnahmen für die Staatskasse zu setzen. Damit ist die Frage der Kompetenz der im Haushaltsplan benannten Adressaten angesprochen. Den untergeordneten Organen können mangels gesetzlicher Bestimmungen entsprechende Kompetenzen nur durch Anordnungen der ihnen übergeordneten Organe zugewiesen sein. Diese wiederum können Kompetenzen für die untergeordneten Organe nur insoweit begründen, als ihnen selbst die Befugnis hierzu zusteht. Auf diese Weise stößt man letztlich wieder auf die Kompetenzverteilung unter den obersten Staatsorganen, insbesondere der Gesetzgebungs- und der Ver-

- 1) Siehe die auf S.84 unter Anm.5-7 Genannten. Dagegen mit Recht Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, S.287, Anm.26, und Thierfelder, a.a.O., S.130.  
2) Kelsen, VVDStRL 4,179, in seiner heftigen Erwidern auf Hellers Referat über den Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung.  
3) Thierfelder, a.a.O., S.130; ähnlich Dahlgrün, DÖV 55,7.

waltungsorgane. Nun wäre es falsch, nach dem schon im 2.Teil abgelehnten Gewaltenteilungsschema zu verfahren und zu sagen, die Exekutive sei - jedenfalls in ihrer Spitze - zuständig für die Vornahme aller Handlungen, die nicht dem Vorbehalt des Gesetzes im hergebrachten Sinne unterliegen und sich nicht als Rechtsprechung erweisen. Dann hätte der Haushaltsplan auf die Kompetenzen der Exekutivorgane nicht den mindesten Einfluß, und man könnte ohne Bedenken den Satz Labands: "Die Befugnis der Regierung zur Leistung dieser Ausgaben wird durch den Etat nicht konstituiert, sondern lediglich deklariert", <sup>1)</sup> dahin vervollständigen: "Das gleiche gilt für die Befugnis der Regierung zur Erhebung der Einnahmen." Die richtige Erkenntnis kann sich nur von den gesetzlichen Regelungen des Grundgesetzes und der Reichshaushaltsordnung her eröffnen.

1. Art.110 Abs.2 S.1 GG bestimmt, daß der Haushaltsplan vor Beginn des Rechnungsjahres durch Gesetz festzustellen ist. Schon die Beteiligung an der gesetzlichen Feststellung des Haushaltsplans läßt sich, worauf Henrichs <sup>2)</sup> zutreffend hingewiesen hat, als "staatsrechtliche Befugnis" der Gesetzgebungsorgane und insoweit als Budgetrecht im subjektiven Sinne auffassen. Ein in solcher Weise aufgefaßtes Budgetrecht hätte zum Gegenstand, den unabänderlichen Inhalt des Haushaltsplans in die Form des Gesetzes zu kleiden. Sieht man darüber hinaus noch die Exekutive als befugt an, sämtliche finanziellen Maßnahmen auch ohne gesetzlich festgestellten Haushaltsplan vorzunehmen, dann ist das Budgetrecht nichts weiter als eine rein formelle Befugnis ohne jegliche materielle Entscheidungsgewalt. "Durch eine solche Interpretation kommt indes" - wie Merkl <sup>3)</sup> richtigerweise festgestellt hat - "das

- 1) Das Budgetrecht, S.55.  
2) A.a.O., S.186.  
3) Verhandlungen des 35. Deutschen Juristentages, S.337.

Budgetrecht um seinen Sinn. Im Zweifel ist die das Budgetrecht statuierende Rechtsbestimmung als rechtlich relevant und das von ihr statuierte Budgetrecht als vollkommen zu erachten." Nur wenn sich Art.110 GG solchermaßen auffassen läßt, rechtfertigt sich auch für die Bundesrepublik in etwa die Auffassung Vialons,<sup>1)</sup> daß sich für die Demokratien in der Feststellung des Haushaltsplans durch Gesetz die Wahrnehmung ihres wichtigsten parlamentarischen Rechts, des Budgetrechts, ausdrückt.

Die Vermutung spricht daher für folgende Auslegung des Art.110 GG:

er enthält zugunsten der Gesetzgebungsorgane einen Vorbehalt i.w.S. bezüglich aller Verwaltungshandlungen, die notwendigerweise Einnahmen oder Ausgaben für die Staatskasse mit sich bringen. Dementsprechend verbietet er der Exekutive die Vornahme aller finanziellen Maßnahmen. Zugleich weist er den Gesetzgebungsorganen die Kompetenz zu, durch die gesetzliche Feststellung des Haushaltsplans dieses Verbot aufzuheben und der Exekutive zu gestatten, entsprechend dem Haushaltsplan finanziell tätig zu werden.

Eine solche Auslegung des Art.110 GG bedeutet für den gesetzlich festgestellten Haushaltsplan:

der Haushaltsplan erweitert die Kompetenzen der Exekutivorgane und enthält insoweit Anordnungen.

2. Nun erhebt sich die Frage, ob die dem Art.110 GG hier zuteil gewordene Auslegung durch Art.111 GG gestützt oder umgestoßen wird. Nach Art.111 GG ist die Bundesregierung bis zum Inkrafttreten des Haushaltsplans ermächtigt, alle dort näher aufgeführten Ausgaben zu leisten. Wenn die Bundesregierung schon zur Leistung bestimmter Ausgaben befugt ist, so muß sie erst recht - könnte man a fortiori schließen - zur Er-

1) A.a.O., GG Art.110, Erl.7, S.201.

hebung von Einnahmen berechtigt sein. Legt man den Art.111 GG so aus, dann gelangt man dazu, ihm jedenfalls für die Einnahmeseite jeden Anordnungscharakter abzusprechen. Man kann ihn aber auch als gesetzliche Ausnahme eng interpretieren. Eine solche Auslegung befriedigt aber nicht, wenn man sich vergegenwärtigt, daß die Bundesregierung nur dann die dort genannten Ausgaben zu leisten vermag, wenn ihr die erforderlichen Einnahmen zufließen. Es kommt daher darauf an, den Art.111 GG so auszulegen, daß einerseits das Budgetrecht der Gesetzgebungsorgane weitgehend gewahrt und andererseits die Bundesregierung zur Leistung aller nach Art.111 GG für notwendig erachteten Ausgaben instandgesetzt wird. Die rechtlich gebotenen Einnahmen, insbesondere die Steuern, bilden die Haupteinnahmequelle des Bundes. Sie werden grundsätzlich ausreichen, um die in Art.111 GG bezeichneten Ausgaben zu finanzieren. Hält man die Bundesregierung für befugt, diese Einnahmen auf Grund von Art.111 GG auch ohne gesetzlich festgestellten Haushaltsplan zu erheben, dann erscheint trotzdem das Budgetrecht der Gesetzgebungsorgane nur geringfügig beeinträchtigt. Man hat nämlich zu berücksichtigen, daß dieselben Gesetzgebungsorgane, die den Haushaltsplan feststellen, ja auch die Abgabengesetze verabschieden und die Mitglieder jedes neuen Bundestages im Interesse einer gewissen Kontinuität der Finanzverwaltung die fortdauernden Abgabengesetze früherer Bundestage hinzunehmen gezwungen und gewillt sind.<sup>1)</sup> Eine starke Beeinträchtigung würde das Budgetrecht der Gesetzgebungsorgane dagegen dann erleiden, wenn man

1) Darum kann der Ansicht Hamanns, GG Art.110, A) 2, S.448, nicht gefolgt werden, der in der gesetzlichen Blockierung der Masse aller Gelder eine wesentliche Beschränkung des Budgetrechts erblickt.

die Bundesregierung auch für berechtigt hielte, zur Erzielung von Einnahmen rechtlich nicht gebotene Maßnahmen vorzunehmen. An der Einplanung dieser Einnahmen wären die Gesetzgebungsorgane zuvor überhaupt nicht beteiligt gewesen. Ein solch erheblicher Eingriff in das Budgetrecht der Gesetzgebungsorgane erschiene allenfalls dann gerechtfertigt, wenn er zur Sicherstellung einer ausreichenden Finanzierung der in Art.111 aufgeführten Ausgaben unbedingt geboten wäre. Das ist aber nach dem Ausgeführten nicht der Fall. Entgegen der herrschenden Meinung, wie sie insbesondere bei Vialon <sup>1)</sup> zum Ausdruck kommt, ermächtigt Art.111 GG nicht nur zur Leistung der dort genannten Ausgaben, sondern auch zur Erhebung der zu ihrer Finanzierung erforderlichen und rechtlich gebotenen Einnahmen. Hingegen enthält er keine Ermächtigung zur Herbeiführung rechtlich nicht gebotener Einnahmen. <sup>2)</sup> Darum besteht kein Grund, wegen Art.111 GG von der dem Art.110 GG gegebenen Auslegung abzuweichen.

3. Nun könnte eine andere Auslegung noch wegen Art.112 GG in Verbindung mit § 33 RHO geboten sein. Da dort nur von über- und außerplanmäßigen Ausgaben die Rede ist, liegt es nahe, anzunehmen, die Erhebung über- und außerplanmäßiger Einnahmen sei uneingeschränkt zulässig. <sup>3)</sup> Aber wie Art.111 GG, so bedürfen

1) A.a.O., GG Art.111, Erl.4, S.211.

2) So ist die Bundesregierung ohne festgestellten Haushaltsplan z.B. nicht befugt, Grundstücke des Bundes zu verkaufen. Dagegen kann man nicht einwenden, daß es paradox wäre, wenn sie sie verschanken dürfe. Dem ist durch § 47 RHO eine wirksame Schranke gesetzt. Zur eigenmächtigen Kreditaufnahme ist die Bundesregierung schon wegen Art.115 GG nicht berechtigt.

3) So die herrschende Meinung. Siehe Vialon, a.a.O., § 33, Erl.10, S.594. Davon gehen auch die §§ 45 Abs.6, 46 RWB aus.

auch diese Bestimmungen einer dem Budgetrecht der Gesetzgebungsorgane Rechnung tragenden Auslegung. Art.112 GG bindet zusammen mit § 33 RHO die Leistung über- und außerplanmäßiger Ausgaben an die Zustimmung des Bundesfinanzministers. Diese Vorschriften gewähren dem Bundesfinanzminister gegenüber der Verwaltung eine ähnliche Stellung, wie sie Art.113 GG der Bundesregierung gegenüber Bundestag und Bundesrat einräumt. <sup>1)</sup> Die Zustimmung des Ministers bedeutet für die handelnden Beamten grundsätzlich Rechtfertigung ihrer Maßnahmen. Der Bundesfinanzminister selbst kann gegenüber den Gesetzgebungsorganen nur dann gerechtfertigt sein, wenn er seine Zustimmung im Falle eines unvorhergesehenen und unabweisbaren Bedürfnisses erteilt hat (Art. 112 S.2 GG). Dadurch ist zwar nicht ausgeschlossen, daß Bundestag und Bundesrat die Genehmigung der über- und außerplanmäßigen Ausgaben nach § 83 RHO aus politischen Gründen versagen. Eine solche Versagung begründet aber gegenüber dem Finanzminister keine Ersatzansprüche. <sup>2)</sup> Art.112 GG und § 33 RHO sichern der Verwaltung im Interesse einer guten Erfüllung der anfallenden Staatsaufgaben eine gewisse finanzielle Bewegungsfreiheit in engem Rahmen. Sie greifen zwar in das Budgetrecht der Gesetzgebungsorgane ein, dies aber nur in dem Maße, als es zu dem erstrebten Zweck unbedingt erforderlich ist. So ist der Bereich, innerhalb dessen über- und außerplanmäßige Ausgaben zulässig sind, nach Art.112 S.2 GG sehr eng begrenzt. Wegen der nach § 83 RHO erforderlichen Genehmigung sind auch die über- und außerplanmäßigen Ausgaben niemals völlig der

1) Wacke, Das Finanzwesen der Bundesrepublik, in Beihfte zur Deutschen Rechts-Zeitschrift, Bd.13, S.88; Henrichs, a.a.O., S.332.  
2) Siehe dazu im Einzelnen Vialon, a.a.O., § 33, Erl.35, S.603 f., und § 84, Erl.2. und 3., S.943 f.

Herrschaft der Gesetzgebungsorgane entzogen. <sup>1)</sup> Die Genehmigung ist, wie schon Laband festgestellt hat, "aufzufassen als eine Rektifizierung des ursprünglichen Etats, als eine Ergänzung und Emendation derselben" <sup>2)</sup>. Art.112 GG und §§ 33, 83, 84 RHO stellen eine wohlabgewogene Sonderregelung gegenüber Art.110 GG dar, die einen Schluß auf die uneingeschränkte Zulässigkeit über- und außerplanmäßiger Einnahmen nicht erlaubt. Für diese gilt der Grundsatz: rechtlich gebotene Einnahmen sind zu erheben und entweder als über- oder als außerplanmäßig zu verbuchen. Rechtlich nicht gebotene Einnahmen dürfen ohne Veranschlagung im Haushaltsplan nicht erhoben werden. Wenn rechtlich nicht gebotene Einnahmen wegen eines unabwendbaren Bedürfnisses innerhalb des Rechnungsjahres nicht zu umgehen sind, so wird grundsätzlich die Aufstellung eines Nachtragshaushaltsplans erforderlich. Der Bundesregierung steht allerdings auch der politische Weg offen. Sie kann die Notwendigkeit über- und außerplanmäßiger Einnahmen den Gesetzgebungsorganen mitteilen und sich vergewissern, ob diese bereit sind, ihr im Hinblick auf diese Einnahmen die nach Rechnungslegung erforderliche Entlastung zu erteilen. Sie kann aber auch im Vertrauen darauf, daß die Gesetzgebungsorgane gegen ein Mehr an Einnahmen bei der Rechnungslegung grundsätzlich nichts

- 1) Das allerdings nur, wenn man in Art.112 GG nicht ein selbständiges Recht des Bundesfinanzministers erblickt, das die Genehmigung nach § 83 RHO als unzulässig erscheinen läßt. Siehe dazu Vialon, a.a.O., § 83, Erl.5, S.939 f.
- 2) Das Budgetrecht, S.57; zustimmend Haenel, a.a.O., S.340: "Sie (die nachträgliche Genehmigung) hat die Absicht, durch Rechtfertigung der Abweichungen es zu bewirken, daß an Stelle des durch das Budgetgesetz festgestellten Maßstabes der in den Abweichungen hervorgetretene Tatbestand als rechtliche Grundlage für die Rechnungslegung anerkannt werde." Diese Auffassung besteht trotz § 83 Abs.1 S.2 RHO auch heute noch zu Recht.

einwenden werden, diese Einnahmen ganz von sich aus erheben. All das ändert aber nichts an der rechtlichen Situation. Auch Art.112 GG in Verbindung mit § 33 RHO gebietet daher nicht, Art.110 GG anders auszulegen als geschehen.

4. Damit steht fest: Die Exekutive ist zur Erhebung von Einnahmen, die rechtlich nicht geboten sind, nur befugt, soweit dies im Haushaltsplan vorgesehen ist. Der Haushaltsplan enthält infolgedessen Gestattungen im Sinne von B) b).

c) Die Frage, ob der Haushaltsplan Gebots im Sinne von B) c) enthält, ist in dieser Form nur selten gestellt und beantwortet worden. Durchweg hat man sich mit der Ausgabeseite befaßt und untersucht, ob für die Exekutive nicht nur eine Berechtigung, sondern auch eine Verpflichtung zur Leistung der vorgesehenen Ausgaben besteht. Eine sog. herrschende Meinung hat sich bis heute nicht durchgesetzt. <sup>1)</sup> All die Autoren, die

- 1) Die Ansicht, der Haushaltsplan enthalte niemals eine Verpflichtung zur Leistung von Ausgaben, vertreten insbesondere: Laband, Das Budgetrecht, S.55 f., und Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, S.537; Hattschek-Kurtzig, Staatsrecht, Bd.2, S.238; Jahn, AöR N.F., Bd.21 (1932), 245; Schulze-Wagner, RHO § 25, Erl.2, S.398 f.; Peters, Lehrbuch der Verwaltung, S.220; Hettlage, VVDStRL 14,11; Vialon, a.a.O., § 25, Erl.4, S.501. Die Gegenansicht, der Haushaltsplan könne auch Ausgabebefehle enthalten, wird vor allem vertreten von: Zorn, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, S.338; Haenel, a.a.O., S.322; Braun, AöR N.F., Bd.6(1923), S.52; Bilfinger, AöR N.F., Bd.16 (1929), S.433 f.; Neumark, Der Reichshaushaltsplan, S.121, 261, und Vierteljahresschrift für Steuer- und Finanzrecht 1929, S.436; Lang, Der Haushaltsplan im Deutschen Reich und im Freistaat Bayern, S.131; Heckel, a.a.O., S.406 f.; StGH Bremen, DÖV 55,21; Henrichs, a.a.O., S.205; Thierfelder, a.a.O., S.140. Rothenbücher, RuPrVwBl, Bd.50 (1929), S.6, hält zwar die Verpflichtung der Regierung zur Leistung einer Ausgabe durch Beschluß des Reichstages für zulässig, meint aber im Hinblick auf § 25 S.2 RHO, daß dieser Beschluß in einem besonderen Gesetz auszusprechen sei. Für die erste Ansicht kann nicht BayVerfGH, JZ 60,57, angeführt werden; denn er hält nur Weisungen des Parlaments an die Staatsregierung während des Budgetvollzugs für rechtlich nicht bindend.

eine Verpflichtung der Regierung zur Leistung von Ausgaben ablehnen, werden auch eine aus dem Haushaltsplan fließende Verpflichtung zur Erhebung von Einnahmen verneinen. Stellvertretend sei hier Hettlage genannt, der gesagt hat: "Für die Einnahmeseite des Haushaltsplans begründet das Haushaltsgesetz keine Pflicht der Regierung, die veranschlagten Beträge zu erheben." <sup>1)</sup>

Unzweifelhaft ist die Regierung zur Erhebung von Einnahmen insoweit verpflichtet, als ihr dies durch besonderes Gesetz aufgetragen ist. Denn aus dem Gewaltgliederungsprinzip läßt sich, wie schon mehrmals ausgeführt, etwas anderes nicht herleiten. Es ist den Gesetzgebungsorganen aber auch möglich, die Regierung zur Erhebung einer Einnahme durch eine entsprechende Bestimmung des Haushaltsgesetzes zu verpflichten. Gegenteiliges ergibt sich weder aus Art. 110 Abs. 2 S. 4 GG (dem sog. Bepackungsverbot) noch aus §§ 24 oder 25 RHO. <sup>2)</sup> Ebenso gut, wie eine solche Bestimmung in das Haushaltsgesetz aufgenommen werden kann, muß sie auch im Haushaltsplan und dort zumindest in der Zweckbestimmung verankert werden können. Dies ist nirgends für unzulässig erklärt. Abgesehen davon sieht die Reichshaushaltsordnung selbst (so in §§ 7, 11 Abs. 2, 29, 30 Abs. 1 und 3, 31, 35, 38 Abs. 2, 41, 43, 44, 45 b Abs. 1, 47 Abs. 1 S. 3) die Verwendung der Zweckbestimmungsspalte zur Anbringung der verschiedensten haushaltstechnischen Vermerke vor. Ob auch durch die Erläuterungen zum Haushaltsplan eine Verpflichtung der Regierung zur Erhebung einer Einnahme begründet werden kann, hängt davon ab, inwieweit die Erläuterungen die Verwaltung zu binden vermögen. Diese und die damit zusammenhängende Frage, ob die Gesetzgebungsorgane die Erläuterungen formell abzuändern vermögen, soll nicht ausführlich behandelt werden. Daß auch die Erläuterungen

1) VVDStRL 14, 11.

2) Siehe auch Heckel, a.a.O., S. 407, Anm. 76.

bindende Wirkung haben können, ergibt sich aus § 34 Abs. 1 RHO in Verbindung mit § 6 Abs. 13 RWB ("es entfallen auf"). Bejaht man mit Vialon <sup>1)</sup> die uneingeschränkte Befugnis der Gesetzgebungsorgane zur Abänderung auch der Erläuterungen, dann steht nichts im Wege, auch einen in den Erläuterungen erteilten Ausgabebefehl für zulässig anzusehen. Aber selbst wenn kein besonderes Gesetz vorliegt und weder Haushaltsgesetz noch Haushaltsplan noch die Erläuterungen zum Haushaltsplan eine ausdrückliche Bestimmung aufweisen, kann eine Verpflichtung der Regierung zur Erhebung einer Einnahme bestehen. Sie ergibt sich dann aus dem Titel selbst. Ob ein Titel eine Verpflichtung begründet, ist im Wege der Auslegung unter Berücksichtigung der Erläuterungen und des in den Haushaltsberatungen zum Ausdruck gelangten Willens der Gesetzgebungsorgane - gleichgültig, ob er in einer ausdrücklichen Entschließung niedergelegt ist oder nicht - zu ermitteln. <sup>2)</sup> Eine Verpflichtung zur Erhebung einer Einnahme wird insbesondere dann anzunehmen sein, wenn es sich um eine sog. "politisch betonte Bewilligung" (Heckel), wie etwa eine Einnahme auf Grund der zum Zwecke der Beeinflussung der Grundstückspreise beabsichtigten Veräußerung von Baugelände durch den Bund, handelt.

Demnach kann der Haushaltsplan auf der Einnahmeseite Gebote im Sinne von B) c) enthalten.

d) Verbote im Sinne von B) d) weist der Haushaltsplan nicht auf. Die Einnahmen bilden fast immer die rechtlich gebotene Folge einnahmebegründender Tatbestände. Die rechtliche Wirksamkeit jener Tatbestände wird durch den Haushaltsplan nicht berührt. Wie sich aus § 24 RHO ergibt, genießt der insbesondere die Staatsbürger belangvoll angehende Teil der Rechtsord-

1) A.a.O., § 8, Erl. 7, S. 351.

2) Heckel, a.a.O., S. 407.

nung den Vorrang vor den Anordnungen des Haushaltsplans. Kraft gesetzlicher Bestimmung trägt der Haushaltsplan gegenüber diesen Vorschriften subsidiären Charakter. <sup>1)</sup> Ist ein Tatbestand mit der rechtlich notwendigen Folge einer Einnahme gesetzt worden, dann ist der entsprechende Betrag ohne Rücksicht auf die Höhe seiner Veranschlagung im Haushaltsplan auch zu vereinnahmen.

e) Letztlich bleibt noch zu erörtern, ob der Haushaltsplan auch Verbote im Sinne von B) e) enthalten kann. Diese Frage könnte im Hinblick auf künftige Belastungen des Bundeshaushalts bedeutsam sein, wenn nicht schon nach Art. 115 GG bestimmt wäre, daß Kredite nur in der durch Gesetz festgelegten Höhe aufgenommen werden dürfen. Sie kann dagegen praktisch werden bei Einnahmen aus der Veräußerung von Bundesvermögen. <sup>2)</sup> Die Begrenzung des Ansatzes auf einen bestimmten Betrag muß z.B. als Verbot höherer Einnahmen aufgefaßt werden, wenn gerade durch die Veräußerung von Bundesvermögen zu besonders niedrigen Preisen in die Marktsituation eingegriffen werden soll. Es kommt also auch hier darauf an, ob es sich um eine "politisch betonte Bewilligung" handelt und welcher Zweck mit ihr verfolgt wird. Für alle anderen Fälle gilt selbstverständlich

1) RGZ 13,262; 15,274; 59,415; 95,169; 113,351; 118 Art.7; BAG (Beschl.d.GS.), DÖV 57,291, mit Anm. Hettlage. Hier liegt zugleich die Hauptursache für den Theorienstreit um den Rechtscharakter des Haushaltsplans begründet. Statt, wie BVerfG NJW 59,235, einfach davon auszugehen, daß der Gesetzgeber in der Lage ist, seinen Anordnungen Subsidiarität gegenüber anderen, sei es eigenen oder sonstigen staatlichen Willensäußerungen beizulegen, hat man mit Hilfe des Verwaltungsakts, des parlamentarischen Rechtsgeschäfts und des staatsleitenden Gesamtakts u.a. diese Erscheinung zu begründen versucht.

2) Henrichs, a.a.O., S.261.

das grundsätzliche Gebot des § 47 Abs.1 S.1 BHO, Gegenstände des Bundes nur gegen einen dem vollen Werte entsprechenden Preis zu veräußern. Demnach kann der Haushaltsplan u.U. auch Verbote im Sinne von B) e) aufweisen.

II. Die Untersuchung der Haushaltspositionen über notwendige oder anderweitig rechtlich gebotene Einnahmen ergibt folgendes:

a) Das Gebot zur Buchung der Einnahmen unter gleicher Quellenbezeichnung wie im Haushaltsplan zum Zwecke der "Appropriation an den Jahresdienst der Finanzverwaltung" (Haenel) gilt hier in gleicher Weise wie bei den willkürlichen Einnahmen. Davon bilden auch die zweckgebundenen Einnahmen keine Ausnahme. <sup>1)</sup>

b) Gestattungen im Sinne von B) b) könnten die Titel über notwendige Einnahmen nur dann enthalten, wenn zumindest die anderweitig niedergelegten Anordnungen zur Begründung von Einnahmen unvollständig wären und der Ergänzung durch Anordnungen des Haushaltsplans bedürften. Damit ist das Problem angerührt, ob eine zwar auf Gesetze gestützte, aber ohne Budget geführte Finanzverwaltung nach der Rechtsordnung der Bundesrepublik rechtmäßig ist. Gerade die Rechtmäßigkeit einer budgetlosen Finanzverwaltung nachzuweisen, war das nach dem vorausgegangenen preussischen Verfassungskonflikt von 1862-66 durchaus verständliche Anliegen Labands. In seiner schon genannten Schrift "Das Budgetrecht" von 1871 gelangt er zu dem Ergebnis: "Die

1) Haenel, a.a.O., S.326 f.: "Der Staatsregierung ist es verboten, die Finanzverwaltung des Reiches in vereinzelt und zusammenhanglosen Anordnungen und Maßregeln zu führen; sie ist vielmehr rechtlich verpflichtet, alle berechenbaren Einnahmen und Ausgaben des Reiches nach der Vorschrift eines zeitlich abgeschlossenen Gesamtplanes zu bewirken."

Befugnis der Regierung, Staatsausgaben zu leisten, dauert fort, und die Pflicht, für diese Ausgaben die Genehmigung des Landtages zu erlangen, dauert ebenfalls fort" (S.81). Daraus hat sich dann, jedenfalls was die Befugnis zur Ausgabenleistung betrifft, eine herrschende Meinung entwickelt. <sup>1)</sup> Demgegenüber hielten u.a. von Rönne <sup>2)</sup> und G.Jellinek <sup>3)</sup> schon während der Geltung der Reichsverfassung von 1871 die Regierung nur für befugt, die gesetzlich feststehenden Einnahmen zu erheben; alle Ausgaben hingegen, so behaupteten sie, leiste sie auf ihre Verantwortung.

Mit allgemeinen Budgetgrundsätzen kann dieses Problem nicht gelöst werden. Ausschlaggebend bleibt die jeweilige Rechtsordnung. Darum erschließt sich die richtige Erkenntnis im Hinblick auf die Bundesrepublik allein aus Art.110 ff. GG in Verbindung mit der Reichshaushaltsordnung sowie den Abgabe- und Ausgabegesetzen und der Privatrechtsordnung.

Den Ansatzpunkt bietet Art.111 GG, der - jedenfalls dem Wortlaut nach - ausdrücklich der Bundesregierung die Leistung der dort aufgeführten Ausgaben gestattet. Wollte man aber die Bundesregierung zur Leistung der rechtlich notwendigen Ausgaben bereits auf Grund der Ausgabegesetze für befugt halten, dann müßte man mit Henrichs <sup>4)</sup> dem Art.111 GG, abgesehen von Abs.1 c), "eine selbständige Funktion in dem Sinne, daß er erst Rechte begründen würde, die sonst nicht bestünden",

- 1) Schulze, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, I, S.591 ff.; Meyer-Anschütz, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, S.763; Hatschek, Deutsches und preussisches Staatsrecht, 2.Bd., S.210; Heckel, a.a.O., S.391 f.; Henrichs, a.a.O., S.204.
- 2) Das Staatsrecht der preussischen Monarchie, Bd.1, S.635.
- 3) Gesetz und Verordnung, S.302 ff.; so auch O.Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd.1, 1.Aufl.1895, S.385.
- 4) A.a.O., S.198.

absprechen. Das aber widerspräche "der Grundlegung aller Gesetzesauslegung, daß einer Gesetzesbestimmung im Zweifel ein rechtlich relevanter Sinn innewohne" <sup>1)</sup>. Henrichs <sup>2)</sup> macht es sich mit seiner Feststellung, Art.111 GG schneide nur Diskussionen ab und verhindere Streitigkeiten, etwas zu leicht. Die Vermutung spricht demnach dafür, daß Art.111 GG auch bezüglich Abs.1 a) und b) Gestattungen ausspricht und ihm daher auch insoweit rechtliche Relevanz zukommt.

Es läßt sich nicht einwenden, in den Ausgabegesetzen seien neben den Verpflichtungen der Staatsorgane in vollem Umfange auch die zur Erfüllung der Verpflichtungen erforderlichen Befugnisse der Staatsorgane niedergelegt; soweit letzteres nicht geschehen sei, habe man auf die allgemeine Kompetenzverteilung im Sinne der "Gewaltenteilung" zurückzugreifen, wonach die Exekutive ohne jegliche Einschränkung zur Ausführung der Gesetze und zur Regelung ihrer Organisation berechtigt sei. Die Unrichtigkeit solcher Argumentation ergibt sich hinreichend aus den Ausführungen über das Gewaltengliederungsprinzip im 2.Teil. Abzustellen ist allein auf die Kompetenzverteilung nach der jeweiligen Verfassungsordnung. Und nach dem Grundgesetz fließt eben ein Teil der Kompetenzen der Exekutive aus Art.111 GG.

Gegen solch getrennte Kompetenzzuweisung durch verschiedene Gesetze lassen sich im Hinblick auf die Einheit der Rechtsordnung Bedenken aus rechtstechnischen Gründen nicht erheben. Man könnte allenfalls ihre Zweckmäßigkeit in Zweifel ziehen.

Es bestätigt sich also, daß Art.111 GG auch in Abs.1 a) und b) Gestattungen ausspricht. Damit wird aber folgender Rückschluß auf die Ausgabeseite des Haushaltsplans unabweislich: der Haushaltsplan vervollständigt die Kompetenzen der Exekutive zur Lei-

- 1) Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht, S.240.
- 2) A.a.O., S.198.

stung bereits gesetzlich gebotener Ausgaben und enthält insoweit Anordnungen in Form von Gestattungen. Dieser Schluß folgt daraus, daß die Ermächtigung des Art.111 GG nur insoweit gilt, als kein für das angebrochene Rechnungsjahr gültiger Haushaltsplan vorliegt.

Nach der Auslegung, die dem Art.111 GG an früherer Stelle zuteil wurde, ermächtigt er aber nicht nur zur Leistung der bezeichneten Ausgaben, sondern auch zur Erhebung der bereits anderweitig gesetzlich gebotenen Einnahmen. Dieser Ermächtigung kommt die gleiche Bedeutung zu wie der Ermächtigung zur Leistung der gesetzlich gebotenen Ausgaben. Auch sie erweitert die Kompetenz der Verwaltungsorgane, und zwar dahin, die Rechte des Staates, die den in den Abgabegesetzen oder in Verträgen kraft der Privatrechtsordnung begründeten Leistungspflichten der Staatsbürger korrespondieren, zu verwirklichen. Daraus ist dann, entsprechend wie zuvor, im Hinblick auf den Haushaltsplan zu folgern: der Haushaltsplan vervollständigt die Kompetenzen der Exekutive zur Erhebung bereits gesetzlich gebotener Einnahmen und enthält insoweit Anordnungen in Form von Gestattungen.

Diese Auffassung vom Haushaltsplan steht nicht in Widerspruch zu § 24 RHO. Wenn der Haushaltsplan auch erst die nötigen Kompetenzen der Exekutive schafft, die Rechte und Pflichten gründen sich ausschließlich auf die Gesetze außerhalb des Haushaltsplans.

§ 25 S.2 RHO hingegen kann geradezu als Bestätigung der hier vertretenen Ansicht herangezogen werden. Er spricht die notwendige Ermächtigung zur Erhebung von gesetzlich gebotenen Einnahmen und zur Leistung rechtlich notwendiger Ausgaben für den Fall aus, daß im Haushaltsplan ein entsprechender Titel nicht vorgesehen ist <sup>1)</sup>, sei es aus Versehen oder weil ein entsprechen-

1) Siehe dazu Schulze-Wagner, a.a.O., § 25, Erl.5, S.401 f., und Vialon, a.a.O., § 25 Erl.10, S.503, die allerdings in § 25 S.2 RHO keine besondere Ermächtigung erblicken.

des Abgaben- oder Ausgabengesetz erst im Laufe des Rechnungsjahres in Kraft getreten ist.

Merkl hatte Recht, als er schrieb, daß die Finanzverwaltungsakte sich durch die in der Regel verfassungsrechtlich vorgesehene doppelte gesetzliche Bedingtheit auszeichnen und die finanzrechtliche Leistungspflicht nicht schon durch das die Leistung umschreibende Abgabengesetz für sich allein, sondern erst durch dessen Zusammentreffen mit dem Finanz- oder Budgetgesetz, das die Ermächtigung zur Führung der Finanzwirtschaft enthält, rechtmäßig begründet werden. <sup>1)</sup> Seine Ausführungen sind lediglich dahin zu ergänzen: sofern der Haushaltsplan für das laufende Rechnungsjahr noch nicht gesetzlich festgestellt ist, wird die durch den Haushaltsplan auszusprechende Ermächtigung durch die Ermächtigung des Art.111 GG ersetzt. Läßt der Haushaltsplan eine anderweitig gesetzlich vorgeschriebene Einnahme unberücksichtigt, so ermächtigt das Abgabengesetz in Verbindung mit § 25 S.2 RHO zu ihrer Erhebung. Entsprechendes gilt für die Bewirkung der gesetzlich vorgeschriebenen Ausgaben. Stets ist eine doppelte Ermächtigung erforderlich, durch Gesetz und entweder den Haushaltsplan oder aber die "Lückenbüßer": Art.111 GG und § 25 S.2 RHO.

Nach allem enthält also der Haushaltsplan auch im Falle anderweitig rechtlich gebotener Einnahmen Gestattungen im Sinne von b).

c) Die Gebote an die Exekutivorgane zur Erhebung der Abgaben werden ausschließlich durch die Abgabengesetze ausgesprochen. Gebotscharakter im Sinne von c) tragen die Positionen des Haushaltsplans insoweit nicht.

d) Der Haushaltsplan enthält keine Verbote im Sinne von d). Zur Begründung sei auf das zu I. d) Ausgeführte verwiesen.

1) A.a.O., S.239.

e) Sind die Einnahmen, wie meistens, nicht nur der Art, sondern auch der Höhe nach durch Gesetz festgelegt, dann stellt der Ansatz im Haushaltsplan keine Grenze nach oben oder unten dar. Er beinhaltet lediglich das Ergebnis einer Schätzung, aber kein Verbot (§ 25 S.2 RHO).

Liegen die Einnahmen dagegen nur der Art nach fest, so etwa, wenn die Veräußerung von Bundesvermögen zur Beeinflussung der Marktlage durch Gesetz vorgesehen und nichts darüber bestimmt wäre, in welchem Umfang oder zu welchem Preise Bundesvermögen abgegeben werden soll, dann ist es durchaus denkbar, daß der Ansatz im Haushaltsplan ein Verbot enthält, höhere Einnahmen zu erzielen.

c) So wie auf der Einnahmeseite des Haushaltsplans sind auch auf seiner Ausgabeseite Anordnungen vorstellbar, und zwar:

- a) die Beträge, die für den bezeichneten Ausgabezweck ausgegeben werden, sind in der Istrechnung unter gleicher Ausgabebezeichnung zu buchen, um sie so dem Soll des Haushaltsplans gegenüberzustellen und den Einnahmen anzupassen, die im Rechnungsjahr zur Finanzierung der Ausgaben zur Verfügung stehen: Gebot;
- b) es dürfen Tatbestände gesetzt werden, die notwendigerweise die bezeichnete Ausgabe herbeiführen: Gestattung;
- c) es sind Tatbestände zu setzen, die die betreffende Ausgabe herbeiführen: Gebot.

II. no

Die bisher  
ten in ent  
Zu einem J  
auf Art.11  
gen zu der  
gänglich.  
derheiten  
lich.

I. Im  
festzustel

Der Hau  
und Gestat

Er kann

c) beinhal

tisch beto

etwa bei A

schaftszwe

im Interes

Bewilligung

zur Sparsa

jedoch nich

Ausgabe un

gabe verfo

sich die V

Ausgabeposi

derart, da

nicht mehr

...

den bindenden Charakter entzieht. <sup>1)</sup> Es reicht aus, wenn diese Entscheidung in sog. einfachen Parlamentsbeschlüssen ihren Ausdruck findet.

Verbote im Sinne von d) birgt der Haushaltsplan nicht.

Im Gegensatz zu den meisten Ansätzen auf der Einnahmeseite stellen die Ansätze auf der Ausgabeseite eine Schranke dar, die nur ausnahmsweise unter den Voraussetzungen des Art. 112 GG und § 33 RHO übersprungen werden darf. Der Haushaltsplan enthält also insoweit Verbote im Sinne von c).

II. Für die Positionen anderweitig rechtlich gebotener Ausgaben gilt:

Sie enthalten Gebote im Sinne von a). Der Charakter von Gestattungen im Sinne von b) kommt ihnen insoweit zu, als sie die Kompetenzen der Verwaltungsorgane um die Befugnis zur Ausgabenleistung erweitern. Sie beinhalten auch keine Gebote im Sinne von c), da die Verpflichtung zur Leistung der Ausgaben ausschließlich in den übrigen Gesetzen niedergelegt ist. Es kommen auch keine Verbote im Sinne von e) in Betracht. Verbote im Sinne von d) können in ihnen nur insoweit ausgesprochen sein, als die Ausgaben nur der Art, nicht aber der Höhe nach gesetzlich festgelegt sind.

III. Für sämtliche Ausgaben, seien es willkürliche oder notwendige, gilt das grundsätzliche Verbot, sie zu anderen Zwecken als den im Haushaltsplan allein oder den im Haushaltsplan und den Gesetzen gemeinsam bezeichneten zu leisten (§ 30 Abs. 1 S. 1 RHO). Maßgebend ist die Zweckbestimmung in ihrer ganzen Fassung. Sind z. B. in Kap. 1204 Tit. 745 des Bundeshaushaltsplans für 1956 Mittel für den Bau eines Tunnels unter

<sup>1)</sup> § 30 Abs. 1 S. 1 RHO kann daher nur mit dieser Einschränkung Gültigkeit besitzen.

dem Nord-Ostsee-Kanal bei Rendsburg bereitgestellt, so dürfen diese Mittel nicht etwa zur Untertunnelung des Kanals bei Grünenthal verwandt werden. Entsprechendes würde gelten, wenn etwa im Landeshaushaltsplan von Nordrhein-Westfalen Mittel für den Bau und die Einrichtung einer Universität in Dortmund vorgesehen wären. In solchem Falle wäre es der Landesregierung untersagt, mit diesen Geldern eine Universität in Bochum zu erbauen. Die Titel können auch unterteilt sein. Die Unterteile haben dann "denselben rechtlichen Charakter wie die Titel selbst" <sup>1)</sup>. Ohne dieses grundsätzliche Verbot würde das haushaltsrechtliche Prinzip der Spezialität zu einer bloßen Formalie bei der Aufstellung des Haushaltsplans herabsinken und jegliche Bedeutung für die Ausführung des Haushaltsplans einbüßen.

Sämtliche Titel enthalten also Anordnungen, und zwar durchweg in mehreren Anordnungsformen - Gebot, Verbot und Gestattung - gleichzeitig.

D) I. Um zu erkennen, ob auch auf Kapitelebene Anordnungen denkbar sind, muß man sich vor Augen halten, daß ein Kapitel die Zusammenfassung mehrerer Einnahmetitel und Ausgabebetitel unter besonderer Kapitelziffer und Kapitelüberschrift bedeutet. Bei einem ausschließlich nach dem Realprinzip aufgebauten Kapitel stellt die Kapitelüberschrift nicht mehr dar als eine Gattungsbezeichnung für die unter ihr vereinigten Ausgabezwecke. Hingegen bezeichnet die Überschrift eines Institutionenkapitels das Organ, das zur Bewirtschaftung der in dem Kapitel veranschlagten Mittel berufen ist. Dies bringt auch Vialon zum Ausdruck, indem er schreibt: "Bei der Ausgestaltung des Kassenanschlages ist der Bundesminister frei, soweit nicht für eine einzelne nachgeordnete Behörde die Mittel

<sup>1)</sup> Vialon, a. a. O., § 30, Erl. 2, S. 555.

eines ganzen Kapitels ausschließlich gedacht sind" <sup>1)</sup>. Die Kapitelüberschrift bestimmt also in rechtstheoretischer Weise den Adressatenkreis der in den Titeln enthaltenen Anordnungen und bildet somit deren notwendige Ergänzung. Dem steht nicht entgegen, daß nach § 56 RHO die Grundlage der Buchführung nicht durch den Haushaltsplan in seiner Gesamtheit, sondern durch Kassenanträge oder beglaubigte Abdrucke der Einzelpläne oder Teile derselben in der gesetzlich festgelegten Fassung gebildet wird. Diese geben nur die Anordnungen des Haushaltsplans weiter und spalten allenfalls die Anordnungen in Unteranordnungen auf. Außerdem begründen sie die für die Bewirtschaftung der Mittel erforderliche und bei Behörden mit eigenem Kapitel bereits im Haushaltsplan zugestandene sog. Anordnungsbefugnis (§ 27 RWB).

II. Der nach dem Organisationsprinzip bestimmten Kapitelbezeichnung kann aber in Verbindung mit den unter ihr zusammengefaßten Titeln unter Umständen auch noch eine andere Funktion zukommen. Ist das in der Kapitelbezeichnung angesprochene Organ noch nicht gebildet, errichtet oder eingerichtet, so enthalten Kapitelbezeichnung und Titel zumindest die Gestattung, das betreffende Organ einzurichten, d.h. "mit den zur Vernehmung seiner Zuständigkeiten erforderlichen Personen, Räumen und Sachen" <sup>2)</sup> auszustatten. Hier ergänzt die Kapitelbezeichnung die Zweckbestimmungen der Titel.

Die veranschlagten Mittel zur Leistung der Personal-, Sach- und allgemeinen Ausgaben dürfen nur zur Einrichtung des bezeichneten Organs verwandt werden. Adressat dieser Anordnung ist die Behörde, in deren Einzelplan

1) A.a.O., § 56, Erl. 4, S. 788.

2) Wolff, VwR II, § 78.

das betreffende Kapitel eingestellt worden ist.

E) Was hier über die Kapitel ausgeführt ist, gilt entsprechend für die Einzelpläne. Denn sie vermögen, soweit sie dem Organisationsprinzip Rechnung tragen, zumindest die Anordnungen zu ergänzen, die in den Titeln der Kapitel 01 ("Ministerium") und 02 ("Allgemeine Bewilligungen") enthalten sind. Muß die betreffende Behörde, für die ein Einzelplan bereits vorgesehen ist, noch errichtet und eingerichtet werden, dann kann Adressat der Anordnungen zur Einrichtung dieser Behörde nur eine der bereits bestehenden Behörden, im Zweifel der Finanzminister, sein.

F) Damit kann auch abschließend zur Frage Stellung genommen werden, wer als Adressat der im Haushaltsplan zu Tage tretenden Anordnungen in Betracht kommt.

I. "Dem deutschen Haushalts- und Kassenrecht ist die klare Trennung zwischen der anweisenden Stelle und der ausführenden Kasse eigen". <sup>1)</sup> Dieser in § 58 RHO niedergelegte und durch die Vorschriften der Reichkassenordnung vom 6.8.1927 <sup>2)</sup> ausgeführte Grundsatz muß berücksichtigt werden, wenn man den Adressatenkreis des Haushaltsplans zutreffend umschreiben will.

a) So richten sich die Gebote im Sinne von a) nur an die mit eigener Rechtssubjektivität ausgestatteten Kassen. Ausschließlich in ihre Zuständigkeit fällt die Verpflichtung, die vereinnahmten und ausgezahlten Be-

1) Vialon, a.a.O., § 58, Erl. 1, S. 792.

2) RMinBl. 1927, S. 357.

träge im Titelbuch <sup>1)</sup> und gegebenenfalls in der Kas-  
senrechnung <sup>2)</sup> unter Zweckbestimmungen zu buchen, die  
denen des Haushaltsplans entsprechen.

b) Neben den Kassen kommen als Adressaten der übr-  
igen Anordnungen alle mit Anordnungsbefugnis ausgestat-  
teten Organe in Betracht. Das sind zunächst alle die-  
jenigen Organe, denen ein besonderer Einzelplan oder  
ein besonderes Kapitel zugewiesen ist. Es sind ferner  
die im Haushaltsplan nicht oder nicht einzeln berück-  
sichtigten Organe, denen der zuständige Fachminister,  
sei es durch Zufertigung eines beglaubigten Einzelplans,  
durch Kassenanschlag oder durch besondere Verfügung  
(§ 56 Abs.2 RHO), Anordnungsbefugnis erteilt hat  
(§ 27 Abs.1 S.2 RWB). <sup>3)</sup>

c) Stellt man auf die Organwalter ab, so richten  
sich die Anordnungen an die Kassenbeamten und an die  
Behördenleiter (§ 18 RWB) bzw. die von den letzteren  
zum Sachbearbeiter des Haushalts bestellten Beamten  
(§ 19 Abs.1 in Verbindung mit § 18 S.2 RWB). <sup>4)</sup>

II. Haenel meint, das Budgetrecht sei nur für die  
mit der politischen und finanziellen Gesamtleitung be-

- 1) Das Titelbuch ist ein sog. Sachbuch. Sachbücher  
sind ferner das Verwahrungs-, das Vorachuß- und das  
Abrechnungsbuch. Die Kassen führen ferner sog.  
Zeitbücher und Hilfsbücher. Siehe dazu Vialon,  
a.a.O., § 55, Erl.6, S.784.
- 2) Zur Rechnungslegung genügt nach § 66 Abs.2 S.1 RHO  
statt der Aufstellung einer Kassenrechnung auch  
die Vorlage der Kassenbücher, falls der Rechnungs-  
hof zustimmt.
- 3) Vialon, a.a.O., § 56, Erl.6, S.789; § 58, Erl.3,  
S.792.
- 4) Der von Meister, Das deutsche und englische Budget,  
S.40, getroffenen Unterscheidung in unmittelbare  
und mittelbare Adressaten des Haushaltsplans kann  
nur mit Einschränkungen gefolgt werden. Versteht er  
unter unmittelbaren Adressaten all die Organe, die  
im Haushaltsplan ausdrücklich benannt werden, dann  
gehören dazu auch die Organe, denen ein eigenes Ka-  
pitel eingeräumt ist. Außerdem erscheint es inkon-  
sequent, unter den unmittelbaren Adressaten nur Or-  
gane und unter mittelbaren Adressaten Organe und  
Beamte (besser: Organwalter) aufzuführen.

trauten Organe unmittelbar rechtsverbindlich. Er be-  
gründet dies damit, daß das Budgetrecht nur durchführ-  
bar sei durch eine an oberster Stelle fungierende, ein-  
heitliche Leitung, der alle einzelnen Ausführungs-  
maßregeln der mit finanziellen Verrichtungen befaßten  
Behörden untergeordnet sein müßten, und sieht sich  
darin bestätigt durch die den obersten Organen oblie-  
gende Aufgabe, diejenigen Anweisungen an die ihnen  
untergeordneten Behörden zu erlassen und diejenigen  
Aufsichtsrechte zu handhaben, welche die Ausführungen  
des Budgetgesetzes erheischt. Schließlich, so führt  
er ins Feld, seien die untergeordneten Behörden aber  
auch in keiner Weise den gesetzgebenden Körperschaften,  
sondern nur dem Reichskanzler verantwortlich, welcher  
sie konstitutionell, d.h. eben jenen Körperschaften  
gegenüber, zu vertreten habe. <sup>1)</sup> Haenel übersieht, daß,  
wie schon erwähnt, die Anweisungen an die untergeord-  
neten Behörden lediglich die Anordnungen des Haushalts-  
plans, allenfalls unter bestimmten summenmäßigen Ein-  
schränkungen, an die zur Bewirtschaftung der Mittel  
letztlich zuständigen Stellen weitergeben. Was die  
Verantwortlichkeit gegenüber den Gesetzgebungsorganen  
und die Aufsichtsrechte der obersten Exekutivorgane  
betrifft, so ist die Situation keine andere als bei  
allen übrigen Gesetzen, die Anordnungen an die Exe-  
kutive enthalten. Stets wird die Exekutive gegenüber  
Bundestag und Bundesrat durch den Bundeskanzler und  
die Bundesminister vertreten, wobei nach dem Grundge-  
setz die Besonderheit besteht, daß das Mißtrauen nur  
dem Bundeskanzler und nicht einem einzelnen Bundes-  
minister ausgesprochen werden kann. Die Aufsichtsrech-  
te der Bundesregierung gegenüber ihren untergeordneten  
Verwaltungsorganen können sich immer nur im Rahmen  
der Gesetze bewegen.

1) Haenel, a.a.O., S.332 f.

§ 26: Die Anordnungen des Haushaltsplans als Ermächtigungsnormen

Damit steht so viel fest: Der Haushaltsplan enthält Anordnungen. Diese Anordnungen richten sich an Verwaltungsorgane und ergänzen deren Kompetenzen.

Ungeklärt ist aber trotz allem die darüber hinausreichende Frage, ob die Anordnungen des Haushaltsplans das in Teil 2 umrissene Handlungsverbot der öffentlichen Verwaltung aufzuheben vermögen. Dazu sind sie nur insoweit in der Lage, als sie die Voraussetzungen erfüllen, die auf Grund der Gestaltungsprinzipien unseres Staates an die Ermächtigungsnormen gestellt werden müssen.

A) I. Das demokratische Prinzip verlangt in erster Linie, daß die an die Exekutivorgane gerichteten Ermächtigungsnormen von der Volksrepräsentation ausgehen. Die Volksrepräsentation der Bundesrepublik Deutschland ist der Bundestag. Die ihm zur Kundmachung seiner Willensentschließungen vor allem zu Gebote stehende Form ist das Gesetz. Zwar sind an dem Gesetzgebungsverfahren stets auch andere Staatsorgane beteiligt. Dennoch hat man nie bezweifelt, daß in den Gesetzen der Wille der Volksrepräsentation seinen Ausdruck findet. Volksrepräsentation und maßgebliches Gesetzgebungsorgan sind in der Demokratie identisch. Da nach Art.110 Abs.2 S.1 GG der Haushaltsplan durch Gesetz festgestellt wird, spricht die Vermutung dafür, daß alle im Haushaltsplan enthaltenen Anordnungen Anordnungen der Volksrepräsentation, also des Bundestages, sind.

a) Dagegen könnte man den Einwand erheben, daß entgegen der grundsätzlichen Regelung des Art.76 GG die Budgetinitiative nach den §§ 19 - 22 BHO ausschließlich der Bundesregierung zusteht. Dieser Einwand zieht

aber nicht. Mag auch der Entwurf des Haushaltsplans von der Regierung aufgestellt sein. Dadurch, daß der Bundestag ihn als Gesetz beschließt, werden die von der Regierung vorgeschlagenen Anordnungen zu solchen des Bundestages oder richtiger, der Gesetzgebungsorgane. Die gegenteilige Ansicht würde dazu führen, allen Anordnungen in Gesetzen, die von der Bundesregierung oder dem Bundesrat eingebracht wurden, die Eigenschaft von Anordnungen der Volksrepräsentation zu versagen.

b) Eine andere Auffassung könnte möglicherweise aus Art.113 GG herzuleiten sein. Nach dieser Vorschrift bedürfen ausgabenerhöhende Beschlüsse des Bundestages und des Bundesrates der Zustimmung der Bundesregierung. Entgegen der herrschenden Meinung, angeführt von Klein <sup>1)</sup>, wendet ein Teil der Lehre <sup>2)</sup> Art.113 GG auch auf einnahmемindernde Beschlüsse an. Selbst wenn man dieser Ansicht folgen sollte, kann man nicht behaupten, die Entscheidungsfreiheit des Bundestages sei durch die haushaltsrechtlichen Befugnisse der Bundesregierung so sehr eingeschränkt, daß von Anordnungen der Volksrepräsentation schlechterdings keine Rede mehr sein könne. Denn auch ohne Zustimmung der Bundesregierung ist der Bundestag in der Lage, Ausgabevorschläge der Regierung zu kürzen oder zu streichen und Einnahmевorschläge zu erhöhen oder von sich aus zu unterbreiten und zu beschließen. Auch wenn man entgegen Klein <sup>3)</sup> den Zweck des Art.113 GG in der Sicherung des Haus-

---

1) Klein, Steuer und Wirtschaft, 1950, Sp.761 f., insbes. Sp.794 f.  
Folgend: v.Mangoldt, GG, Art.113, Anm.2 a), S.594; Hamann, GG, Art.113, Bem.C.2, S.373; Vialon, AöR 77,27 und a.a.O., Art.113, Erl.9, S.224.  
2) Belau, DVBl.51,429 f.; Henrichs, a.a.O., S.283 ff.  
3) Klein, a.a.O.

haltsgleichgewichts erblicken sollte <sup>1)</sup>, müßte man dennoch annehmen, daß diese Vorschrift nicht etwa ein grundsätzliches Primat der Bundesregierung vor dem Bundestag statuiert, sondern lediglich im Interesse geordneter Staatsfinanzen gewissen Entscheidungen des Bundestages eine notwendige Bremse anlegt.

c) Der Bund setzt die Tradition des Reiches fort und veröffentlicht im Bundesgesetzblatt, Teil II, lediglich das Haushaltsgesetz und den Gesamtplan. <sup>2)</sup> Daraus läßt sich aber nicht der Schluß ziehen, als unterliege vom Haushaltsplan nur der Gesamtplan der gesetzlichen Feststellung durch den Bundestag. Art.110 Abs.2 S.1 GG in Verbindung mit § 5 Abs.1 RHO besagt das Gegenteil. Wie denn auch die parlamentarische Praxis zeigt, befaßt sich der Bundestag nicht nur mit den Endsummen eines Kapitels, sondern auch mit den wichtigsten und politisch bedeutsamsten Einzelpositionen.

d) Wenn man einzuwenden versucht, daß die Mehrzahl der Bundestagsabgeordneten nicht in der Lage sei, eine eigene Vorstellung von der Bedeutung und den Auswirkungen der Haushaltsansätze zu gewinnen, so bedenkt man nicht, daß das den Willensentschluß des Bundestages nicht aus der Welt zu schaffen vermag. Im übrigen kann hier auf die eingehenden Erörterungen hingewiesen werden, die der Haushaltsplan im Haushaltsausschuß des Bundestages erfährt. Auf diese Weise wird die Beratung im Plenum des Bundestages wie auch bei anderen Gesetzesvorlagen vorbereitet und den Abgeordneten die Entscheidung erleichtert.

e) Schließlich läßt sich das Gegenteil auch nicht daraus herleiten, daß man unter Berücksichtigung des

1) Vialon, a.a.O.; Art.113, Erl.10, S.244; Henrichs, a.a.O., S.246.

2) Vialon, a.a.O., Art.110, Erl.8, S.202.

Zusammenwirkens von Regierung und Volksrepräsentation den Haushaltsplan rechtlich als Rechtsgeschäft zwischen Regierung und Parlament (Hatschek) oder als staatsleitenden Gesamttakt von Regierung und Parlament (Heckel) qualifiziert. Hier liegt, wie Heller <sup>1)</sup> zutreffend festgestellt hat, "eine Verwechslung des Entstehungsvorganges mit der durch ihn objektivierten Norm" vor.

Die Normen des Haushaltsplans gehen, wie nunmehr hinreichend dargetan sein dürfte, von dem Bundestag als der Volksrepräsentation aus und entsprechen insoweit den Anforderungen des demokratischen Prinzips.

II. a) Nach dem demokratischen Prinzip sind ferner als Ermächtigungsnormen solch straffe Anordnungen erforderlich, daß die Volksrepräsentation gegenüber der Aktivbürgerschaft auch für die auf Grund ihrer Anordnungen vorgenommenen Verwaltungshandlungen verantwortlich gemacht werden kann. In der Zweckbestimmung des Haushaltsplans steht dem Bundestag ein Mittel zur Verfügung, mit dem er präzise das Ziel umschreiben kann, zu dessen Erreichung die veranschlagte Summe verausgabt werden soll. Ähnliches gilt von der Kapitelüberschrift zur Bezeichnung eines noch zu errichtenden und einzurichtenden Staatsorgans. Wie schon ausgeführt, kann man, insbesondere mit Rücksicht auf § 32 RHO, nicht einwenden, die Anordnungen richteten sich nur an die Kassenwalter und gestatteten ausschließlich die Vereinnahmung und Verausgabung der vorgesehenen Beträge. Die Anordnungen reichen weiter. Sie gestatten, soweit keine anderen Anordnungen entgegenstehen, alle zur Erreichung des aufgewiesenen Zwecks erforderlichen und notwendigerweise Einnahmen oder Ausgaben nach sich ziehenden Maßnahmen.

1) VVDStRL 4,129.

b) Wegen des sog. Bepackungsverbots läßt sich im Haushaltsplan nicht regeln, in welcher Weise die öffentliche Verwaltung die aufgewiesenen Zwecke anzustreben hat. Je nachdem, um was für einen Zweck es sich handelt, ist die Art der Zweckverfolgung für die Verantwortlichkeit der Volksrepräsentation gegenüber der Aktivbürgerschaft nicht minder ausschlaggebend als der Zweck selbst. Mit hierauf mag es zurückzuführen sein, daß man sich gegen die Anerkennung des Haushaltsplans als Ermächtigungsgrundlage wehrt. <sup>1)</sup> Es handelt sich um denselben Gesichtspunkt, aus dem heraus die Bedenken gegen die Rechtsstaatlichkeit der der Exekutive von Gesetzes wegen eingeräumten Ermessensfreiheit wach werden. <sup>2)</sup> Wie es aber falsch ist, darum jedes Ermessen der Verwaltungsorgane als rechtsstaatsfeindlich zu verwerfen, <sup>3)</sup> so sollte man auch nicht von vornherein den Haushaltsplan als Ermächtigungsgrundlage ablehnen. Stets wird auf den Einzelfall abzustellen sein. Der Bundestag hat es in der Hand, Zweck und Weise der Zweckverfolgung gesetzlich eingehend zu regeln. Vermag er aber wegen der Art der zu regelnden Materie ohnehin nicht mehr als eine Blankoermächtigung für die öffentliche Verwaltung auszusprechen, also die zur Zweckverfolgung notwendigen Einzelmaßnahmen in ihr Ermessen zu stellen, dann ist nicht einzusehen, warum der Haushaltsplan nicht in Verbindung mit den anderweitig umrissenen Kompetenzen der öffentlichen Verwaltung als Ermächtigungsgrundlage ausreichen soll.

1) Siehe Bachof, VVDStRL 12,63; Bellstedt, DÖV 61, 170 f.

2) Siehe z. B. Huber, Hans, Giacometti-Festschrift, S. 66: "Das Ermessen ist das trojanische Pferd des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts."

3) BVerfGE 8, 274.

1. Wenn z. B. der Bundestag die Wahrnehmung von Forschungsaufgaben auf dem Gebiete der Hauswirtschaft durch den Bund für nötig erachtet, dann muß zur Errichtung und Einrichtung einer mit diesen Aufgaben betrauten unselbständigen Bundesanstalt die Einstellung eines entsprechenden Kapitels im Haushaltsplan als Ermächtigung genügen. Gleiches muß für den Aufbau der zur Wahrnehmung von Leistungsaufgaben berufenen Betriebsverwaltung gelten. Die Kapitelbezeichnung kann so exakt gefaßt sein, daß die Kompetenzen des einzurichtenden Organs und damit die zu erfüllenden Aufgaben deutlich umrissen sind. Sofern besondere gesetzliche Bestimmungen fehlen, können die betreffenden Organe die ihnen zugewiesenen Aufgaben nur in den Formen des Privatrechts unter zusätzlicher Bindung an die Grundrechte wahrnehmen.

2. Auch zur finanziellen Unterstützung einer im öffentlichen Interesse gelegenen Einrichtung bedarf die öffentliche Verwaltung neben ihren allgemein umschriebenen Kompetenzen grundsätzlich keiner anderen Ermächtigungsgrundlage als der des Haushaltsplans. Das gilt allerdings nicht, wenn die finanzielle Begünstigung im Interesse des von der öffentlichen Verwaltung erstrebten Erfolgs zugleich mit Belastungen verbunden ist. <sup>1)</sup> Man kann auch Bedenken haben, wenn in der Zweckbestimmung ein ganzer Kreis zu begünstigender Personen, Unternehmen oder Einrichtungen genannt ist. Hier rückt nämlich ganz entscheidend die Frage in den Vordergrund, wie und nach welchen Gesichtspunkten die zur Verfügung stehenden Mittel an die Genannten verteilt werden sollen. <sup>2)</sup> Diese Beden-

1) Krüger, Herbert, DVBl. 55, 451; Bellstedt, DÖV 61, 161; BvWG NJW 58, 1153.

2) Darum lehnt Bellstedt, DÖV 61, 171, den Haushaltsplan als Ermächtigungsgrundlage für Subventionen ab.

ken sind jedoch unbegründet, wenn, wie so häufig bei wirtschaftslenkenden Maßnahmen, eine abstrakt-generelle Regelung wegen der Verschiedenheit und Mannigfaltigkeit der zu berücksichtigenden Umstände nicht oder nur mit großer Umständlichkeit getroffen werden kann.

III. Das demokratische Prinzip verlangt schließlich, daß den Bürgern Freiheitsbeschränkungen nur durch die Volksrepräsentation auferlegt werden. Man kann nicht bezweifeln, daß Beeinträchtigungen, die gerade durch im Haushaltsplan vorgesehene Ausgaben hervorgerufen werden, als vom Bundestag auferlegt anzusehen sind. Beispiele sind die Errichtung und Einrichtung eines staatseigenen Konkurrenzunternehmens für einen bestimmten Wirtschaftszweig und die Subventionierung eines Konkurrenzunternehmens, sofern die Subvention im Haushaltsplan ausdrücklich nur für dieses Unternehmen vorgesehen ist.

So wird denn, je nach Art der zu finanzierenden Aufgabe, der Haushaltsplan den Anforderungen, die das demokratische Prinzip an eine Ermächtigungsgrundlage stellt, durchaus gerecht.

B) Das formal-rechtsstaatliche Prinzip fordert zum Zwecke des Freiheitsschutzes Offenkundigkeit, Vorherigkeit und Bestimmtheit der Ermächtigungsgrundlage. Selbstverständlich kann der Haushaltsplan in diesem Zusammenhang nur insoweit als Ermächtigungsgrundlage in Betracht kommen, als er selbst Anordnungen zur Vornahme freiheitsbeschränkender Maßnahmen enthält. Beispiele sind die Errichtung und Einrichtung eines staatseigenen Konkurrenzunternehmens und die Subventionierung eines Konkurrenzunternehmens unter den eben erwähnten Voraussetzungen.

I. Die gleiche Offenkundigkeit wie jedes andere

Gesetz genießt vom Haushaltsplan nur der Gesamtplan. Denn nur er wird zusammen mit dem Haushaltsgesetz in Teil II des Bundesgesetzblattes veröffentlicht. Der Gesamtplan reicht lediglich bis zur Kapitelebene hinab. So weist er zwar die Einzelpläne und Kapitel mit ihren Endsummen, nicht dagegen die einzelnen Titel auf. Wird für ein einzurichtendes Konkurrenzunternehmen der Betriebsverwaltung im Haushaltsplan ein besonderes Kapitel vorgesehen, wie z.B. für die Staatswerft in Rendsburg-Saatesee das Kap. 1204, dann erscheint die Offenkundigkeit gewährleistet, sofern sich aus der im Gesamtplan gewählten knappen Kapitelbezeichnung der Aufgabenbereich des Unternehmens ersehen läßt. Zweifelhaft erscheint die Offenkundigkeit der Titel des Haushaltsplans. Die Titel des Haushaltsplans werden auf dem Wege der §§ 23 und 56 RHO offiziell nur dem Bundesfinanzminister und den zur Bewirtschaftung von Haushaltsmitteln befugten Verwaltungsorganen mitgeteilt. Die Öffentlichkeit kann sich einmal durch Verfolgung der Haushaltsdebatten im Bundestag, sei es unmittelbar oder durch Presse, Rundfunk und Fernsehen, ferner durch Einblick in den jährlich vom Bund herausgegebenen Bundeshaushaltsplan und schließlich durch Erkundigung bei den Bundestagsabgeordneten oder in begrenztem Umfange bei der Verwaltung unterrichten. Dabei muß man berücksichtigen, daß von solchen Maßnahmen nur wenige Wirtschaftsunternehmen betroffen werden. Diesen aber kann es zugemutet werden, sie berührende, aus den Titeln des Haushaltsplans zu ersiehende Maßnahmen in der gerade geschilderten Weise in Erfahrung zu bringen. Die Bundesregierung könnte ein übriges tun und solche, ausschließlich im Haushaltsplan angeordnete Maßnahmen im "Bulletin" veröffentlichen. Damit dürfte dann hinreichend die Offenkundigkeit im Sinne des formal-rechtsstaatlichen Prinzips gewährleistet sein.

II. Die Vorherigkeit ist ebenfalls garantiert. Nach Art.110 Abs.2 S.1 GG wird der Haushaltsplan vor Beginn jedes Rechnungsjahres durch Gesetz festgestellt. Leider ist diese Bestimmung durch die Praxis zur Ausnahme degradiert worden. Diesem Übelstand Rechnung tragend, hat der Verfassungsgeber den Art.111 in das Grundgesetz aufgenommen. Diese Vorschrift enthält jedoch keine Ermächtigung zur Vornahme von Einnahmen und Ausgaben, die nicht anderweitig rechtlich geboten und auch nicht zur Fortsetzung von Bauten usw. gedacht sind, für die bereits im Haushaltsplan eines Vorjahres Beträge bewilligt wurden. Die öffentliche Verwaltung kann daher nicht in Art.111 GG aufgeführte finanzielle Maßnahmen grundsätzlich erst dann treffen, wenn der Haushaltsplan verabschiedet ist und er die betreffenden Maßnahmen vorsieht. Eine Ausnahme hiervon gestattet in engem Rahmen Art.111 GG in Verbindung mit § 33 RHO.

III. In Anbetracht des nach § 30 RHO geltenden sog. Spezialitätsprinzips vermag der Haushaltsplan, wie auch schon aus den Ausführungen zum demokratischen Prinzip hervorgeht, weitgehend dem Bestimmtheitsgrundsatz gerecht zu werden. Je enger der Ausgabezweck oder die Einnahmequelle umschrieben ist, um so größer ist die Bestimmtheit, und um so besser sind die zur Wahrnehmung des Ausgabezwecks oder zur Ausschöpfung der Einnahmequelle möglichen und notwendigen Verwaltungshandlungen bestimmbar und meßbar. Man sollte nicht einwenden, durch allzu starke Spezialisierung leide die Übersichtlichkeit des Haushaltsplans. Die ohnehin gesetzlich festgelegten Einnahmen und Ausgaben brauchen im Haushaltsplan nicht übermäßig spezialisiert aufgeführt zu werden. Sie sind, politisch gesehen, für den Bundestag weniger interessant. Denn die sie betreffenden politischen Erörterungen hat er im wesentlichen vor der Beschlußfassung über den jeweiligen

Gesetzentwurf angestellt. Dadurch wird die Bahn frei, die gesetzlich nicht verankerten Einnahmen und Ausgaben im Haushaltsplan unter strengster Durchführung des Spezialitätsprinzips einzustellen. Man kann, um keinesfalls die Übersichtlichkeit und Klarheit des Haushaltsplans zu beeinträchtigen, gleichgeartete Ausgaben in einem Titel zusammenfassen und dann die Einzelausgaben in Unterteilungen des Titels oder in den Erläuterungen erscheinen lassen. So ist es durchaus möglich, Subventionen für einen bestimmten Wirtschaftszweig unter einem Titel und die jeweiligen Subventionsempfänger mit dem auf sie entfallenden Ansatz in den Unterteilungen des Titels oder in den Erläuterungen zu ihm aufzuführen.

IV. Nicht zu genügen vermag der Haushaltsplan dem formal-rechtsstaatlichen Erfordernis gerichtlicher Durchsetzbarkeit. Durch den Haushaltsplan werden für Dritte keine subjektiven Rechte auf Vornahme bestimmter Verwaltungshandlungen begründet. Ebenso wenig werden Dritten durch ihn Rechte entzogen, die auf anderen rechtlichen Grundlagen beruhen. Die Ursache ist jedoch nicht in mangelnder Bestimmtheit der Titel und in fehlender unabweisbarer Verpflichtung der Exekutive gegenüber der Legislative, sondern allein in der ausdrücklichen Anordnung des § 24 RHO zu suchen. Es besteht kein Anlaß, unter Abweichung von § 24 RHO nun auch in gewissen Titeln des Haushaltsplans die Begründung subjektiv-öffentlicher Rechte zu erblicken. Dem Bundestag steht es frei, die Exekutive zur Leistung einer politisch-betonten Ausgabe durch den Haushaltsplan zu verpflichten, ohne dem zu Begünstigenden einen Rechtsanspruch auf die Begünstigung zu gewähren. Wenn er die Entscheidung für die Subsidiarität des Haushaltsplans beibehalten will, was im Interesse der Rechtsprechung nur zu begrüßen wäre, dann muß er, um

den zu Begünstigten einen Rechtsanspruch zu verschaffen, ein entsprechendes Gesetz beschließen. So kann denn selbst derjenige, zu dessen Gunsten im Haushaltsplan ein bestimmter Zuschuß veranschlagt ist, nicht mit Erfolg gegen den Bund auf Leistung klagen. Diese Möglichkeit ist ihm aber auch dann verwehrt, wenn ein anderweitiges Gesetz zwar die Vornahme der Begünstigung gestattet, sie jedoch ganz in das Ermessen der Verwaltungsorgane stellt. Die Notwendigkeit, Begünstigungen ganz dem Ermessen der öffentlichen Verwaltung zu überlassen, leuchtet ein bei denjenigen Begünstigungen, die um der Erreichung eines bestimmten wirtschaftspolitischen Erfolges gewährt werden. Auch hier gilt, was schon an früherer Stelle ausgesprochen wurde: wenn ohnehin nur Globalermächtigungen an die Verwaltung möglich sind, dann ist nicht einzusehen, warum der Haushaltsplan nicht als Ermächtigungsgrundlage ausreichen soll. Es bleibt auch zu berücksichtigen, daß das Ermessen der Verwaltung kein ungebundenes ist und darum ihre Ermessensentscheidungen daraufhin gerichtlich nachgeprüft werden können, ob "die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht ist" (§ 114 VwGO).

C) Das material-rechtsstaatliche Prinzip stellt zur Wahrung des Gleichheitsgebots an die Ermächtigungsgrundlage die Anforderung der abstrakt-generellen Fassung. Wo allerdings ein Sachverhalt zur Regelung ansteht, der sich mit keinem anderen vergleichen läßt, ist eine abstrakt-generelle Anordnung fehl am Platze. Die Zahl solcher Sonderfälle ist gerade auf dem Ge-

bierte der sozialgestaltenden Verwaltung sehr groß. Bedarf also auf Grund besonderer Umstände gerade ein einzelnes Wirtschaftsunternehmen einer Subvention, so ist mit einer gesetzlichen Ermächtigung außerhalb des Haushaltsplans wenig gewonnen. In solchem Falle genügt, falls nicht mit der Subventionsgewährung zugleich gewisse Lasten verbunden sind, auch nach dem material-rechtsstaatlichen Gesichtspunkt der Wahrung des Gleichheitsgrundsatzes die Einstellung der Subvention im Haushaltsplan.

I. Zur sachgerechten Regelung gleicher Fälle erscheint der Haushaltsplan nur in beschränktem Maße geeignet. Daß sich die Anordnungen des Haushaltsplans zum Teil an bestimmt bezeichnete Organe richten, er also speziellen Charakter trägt, ist für die Frage der Gleichbehandlung unmaßgeblich. Den Ausschlag gibt hier allein die abstrakte Fassung der Anordnungen. Abstrakt ist diejenige Regelung, die mittels der Formulierung: "wenn ... so" unbestimmt viele Sachverhalte betrifft. 1) Durch eine solche Gestaltung zeichnet sich der Haushaltsplan nicht aus. Er bezeichnet in konkreter Weise einmal die Zwecke, zu deren Erreichung die Verwaltungsorgane Ausgaben leisten sollen oder dürfen und zum anderen die Einnahmequellen, die die Exekutive schaffen und nutzen soll oder darf. Darüber hinaus ist das Ausmaß der in Verfolgung des bezeichneten Zwecks zu setzenden Tatbestände sowohl durch die Höhe der veranschlagten Summe als auch durch die auf ein Rechnungsjahr beschränkte Geltungsdauer des Haushaltsplans begrenzt. So enthält sich der Haushaltsplan z.B. jeder Regelung darüber, unter welchen Voraussetzungen Subventionen zur Förderung des Handwerks, des Messewesens usw. zu gewähren sind. Die Aufnahme abstrakter Tatbestandsmerkmale in den Haushaltsplan würde gegen das sog. Be-

1) Wolff, VwR I, § 45, II.c).

packungsverbot verstoßen und in Interesse der Aufrechterhaltung der primären Funktion des Haushaltsplans, nämlich der Gewährleistung des Haushaltsausgleichs, auch nicht erstrebenswert erscheinen. Die Gesetzgebungsorgane könnten die Gleichbehandlung nur in der Weise sicherstellen, daß sie selbst alle in Frage kommenden Sachverhalte prüfen und dann für jeden Fall besonders die entsprechenden Mittel im Haushaltsplan einsetzen. Ein solches Verfahren wäre, wenn überhaupt, so nur in einem ganz geringen Umfange durchführbar.

II. Die spezifisch material-rechtsstaatliche Funktion, die von den abstrakt-generellen Gesetzen wahrgenommen wird, kann der Haushaltsplan sonach nicht erfüllen. Wenn er vom material-rechtsstaatlichen Standpunkt aus trotzdem nicht völlig als Ermächtigungsgrundlage auszuschneiden braucht, so deshalb, weil die öffentliche Verwaltung bei all ihren Verwaltungshandlungen unmittelbar an den Gleichheitsgrundsatz des Art.3 GG gebunden ist.

III. Bellstedt <sup>1)</sup> meint trotzdem, jedenfalls für Subventionen, den Haushaltsplan als Ermächtigungsgrundlage ablehnen zu müssen. Nach seiner Ansicht führen Subventionsmaßnahmen zu einer mittelbaren Einschränkung der Grundrechte der freien Entfaltung der Persönlichkeit (Art.2 GG) und des Eigentums (Art.14 GG). Auch eine mittelbare Einschränkung der Grundrechte, so schließt er, sei nur auf Grund eines Gesetzes möglich, das den Voraussetzungen des Art.19 Abs.1 S.1 GG entspreche. Diesen Anforderungen genüge der Haushaltsplan nicht. Bellstedt verkennt dabei den Sinn des Art.19 Abs.1 S.1 GG. Die abstrakt-generelle Fassung des jeweiligen Vorbehaltsgesetzes soll eine ungleichmäßige

1) Bellstedt, DÖV 61, 165 ff.

Grundrechtsbeschränkung verhindern. Abgesehen davon, daß die durch eine Subventionsmaßnahme ausgelösten Beeinträchtigungen anderer Wirtschaftsunternehmen nur sehr schwer vorhersehbar sind, läßt sich durch gesetzliche Bestimmungen nicht erreichen, daß die Beeinträchtigung bei allen betroffenen Unternehmen gleich stark ausfällt. Den Ausschlag gibt hier die Wettbewerbslage des jeweiligen Unternehmens. Darum kann man die Wirkung einer gleichmäßigen Beeinträchtigung auch nicht durch eine abstrakt-generelle Normierung der Subventionsvoraussetzungen erzielen. Es ist daher falsch, die Notwendigkeit einer abstrakt-generellen Ermächtigungsgrundlage für Subventionsmaßnahmen aus Art.19 Abs.1 S.1 GG herzuleiten. Darum ist auch Bellstedts Meinung verfehlt, Gesetz im Sinne von Art.20 Abs.3 GG sei nur ein Gesetz, das den Anforderungen des Art.19 Abs.1 S.1 GG genüge.

D) Die Normen des Haushaltsplans können nach alledem nur in beschränktem Maße zur Aufhebung des durch die Gestaltungsprinzipien unseres Staates bedingten Handlungsverbots geeignet sein. Nahezu vollkommen erfüllen sie die Anforderungen des demokratischen Prinzips. In gewissem Sinne hat daher das Wort Heckels über die Etatgesetzgebung: "Sie entspringt einer anderen als der rechtsstaatlichen Gedankenwelt, nämlich der demokratischen" <sup>1)</sup>, seine Berechtigung. Es ist aber falsch, daraus einen grundlegenden Unterschied zwischen den Normen des Haushaltsplans und denen anderer Gesetze herzuleiten und den Normen des Haushaltsplans die Fähigkeit von Ermächtigungsnormen für die öffentliche Verwaltung abzusprechen.

1) A.a.O., S.387.

I. So geht es nicht an, wie Heckel <sup>1)</sup> es getan hat, das Verhältnis zwischen Exekutive und Legislative bei der "üblichen" Gesetzgebung als ein solches von Gesetzesvollzug und Gesetz und bei der Budgetgesetzgebung als ein solches von Führung und Volksgesamtheit zu kennzeichnen. Heckel konfrontiert hier verschiedene Ebenen, die sowohl auf die Budgetgesetzgebung als auch auf die übrige Gesetzgebung zutreffen. So ist die Ausführung des Haushaltsplans durch die Verwaltungsorgane nichts anderes als Gesetzesvollzug. Denn, wie nachgewiesen, enthält der Haushaltsplan Anordnungen, die die Verwaltungsorgane zu befolgen haben. Umgekehrt ist aber jeder Gesetzgebungsakt - mag dies bei der Schaffung öffentlichen Rechts, des Sonderrechts der Staatsorgane, noch deutlicher als bei der Schaffung privaten Rechts in Erscheinung treten - immer auch ein Akt der Staatsführung. "Staatsleitend" (Heckel) ist darum nicht nur die Verabschiedung des Haushaltsplans, sondern auch die Verabschiedung eines jeden anderen Gesetzes. Und als Gesamakt, wie Heckel den Haushaltsplan weiter charakterisiert, läßt sich zumindest auch jeder Gesetzesbeschluß auffassen. Die Heckelsche Definition des Haushaltsplans als staatsleitender Gesamakt erweist sich somit nicht nur für weitere Schlußfolgerungen, sondern auch zur bloßen Unterscheidung von anderen Gesetzen als unbrauchbar. <sup>2)</sup>

II. Mag auch der Haushaltsplan überwiegend der "demokratischen Gedankenwelt" entspringen, so schließt das doch nicht aus, daß er in dem aufgewiesenen Umfange auch Anforderungen des formal-rechtsstaatlichen Prinzips zu genügen vermag. Auf der anderen Seite zeichnen

1) A.a.O., S.388.

2) Siehe auch die Einwendungen bei Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, S.287, Anm.26, gegen die von Menger, VVDStRL 15,12, aufgegriffene Definition Heckels.

sich ja auch andere Gesetze nicht ausschließlich durch Kriterien formaler oder materialer Rechtsstaatlichkeit aus. Weil man die Gesetzgebungskompetenz der Volksrepräsentation zugewiesen hat, verwirklicht sich in jedem Gesetz zugleich der Gedanke der Demokratie. Das Gesetz ist im demokratischen Rechtsstaat zum Medium der Anordnungen der Volksrepräsentation geworden. Durch seine Vorherigkeit, Offenkundigkeit und Bestimmtheit trägt es zum Schutze der Dispositionsfreiheit der Betroffenen bei. Seine abstrakt-generelle Fassung macht es zum Diener der Gerechtigkeit. Seine gerichtliche Durchsetzbarkeit stärkt das Vertrauen der Gesetzesunterworfenen in die Verlässlichkeit der Anordnungen der Volksrepräsentation und ergänzt auf solche Weise den Schutz der Dispositionsfreiheit. In rechtstheoretischer Hinsicht ermöglicht es die Zurechnung von Tatbeständen zentral zur Rechtsordnung und, soweit es öffentliches Recht beinhaltet, subjektiv zur Staatsperson. Die Verknüpfung all dieser Prinzipien im Gesetz ist aber, wie andere Staatsformen lehren, keine notwendige, sondern eine aus den vielfältigsten Motiven heraus gewillkürte. Sie ist auch keine notwendige in dem Sinne, als sei ein Gesetz nur darum ein Gesetz im eigentlichen oder materiellen Sinne, weil es allen Prinzipien gleichzeitig Rechnung trage. <sup>1)</sup> Nur die Kriterien des rechtstheoretischen und des demokratischen Prinzips sind begriffsbildende und darum unerlässliche Merkmale des Gesetzes. Die Kennzeichen formaler und materialer Rechtsstaatlichkeit sind bedingt durch die zu regelnden Sachverhalte und können in einem Gesetz mit unterschiedlichem Gewicht auftreten oder ganz fehlen.

1) Das verkennt Bellstedt, DÖV 61,163.

III. Wie schon an früherer Stelle erwähnt, sind die Anordnungen des Haushaltsplans gegenüber anderweitigen staatlichen Willensäußerungen subsidiär. Dieser Unterschied könnte die grundsätzlich festgestellte Fähigkeit des Haushaltsplans, in beschränktem Umfange Ermächtigungsgrundlage für die Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung zu sein, in Frage stellen.

a) Nach § 24 RHO werden durch den Haushaltsplan Ansprüche Dritter oder Verbindlichkeiten Dritter weder begründet noch aufgehoben. Anders ausgedrückt bedeutet das: an Sachverhalte, die anderen Anordnungen als den im Haushaltsplan enthaltenen entsprechen, knüpfen sich ausschließlich die Rechtsfolgen, die in jenen anderen Anordnungen vorgesehen sind. So ist ein Vertrag über den Kauf eines Grundstücks für den Staat nicht nach § 134 BGB nichtig, weil im Haushaltsplan keine Mittel zur Entrichtung des Kaufpreises veranschlagt sind. Die Gültigkeit des Vertrages läßt sich aber nicht damit begründen, daß der Haushaltsplan kein Gesetz im Sinne von § 134 BGB sei, sondern nur damit, daß sich aus dem Haushaltsplan in Verbindung mit § 24 RHO "ein anderes ergibt" (§ 134 BGB, letzter Nebensatz). So ist denn auch dem Großen Senat des Bundesarbeitsgerichts<sup>1)</sup> sowohl darin beizupflichten, daß im entschiedenen Falle die uneingeschränkte Gültigkeit des Kündigungsschutzgesetzes für die Behördenbediensteten durch das Haushaltsgesetz nicht berührt wird, als auch darin, daß Ansprüche, die rechtlich begründet sind, für deren Erfüllung das "Haushaltsgesetz"<sup>2)</sup> jedoch nicht die Mittel bereitstellt, die

1) DÖV 57,291 mit Anm.Hettlage.

2) Hier ist dem Sinne nach nicht das Haushaltsgesetz, sondern der Haushaltsplan gemeint.

Gerichte ohne Rücksicht auf die im "Haushaltsgesetz" getroffene Entscheidung durch ihren Spruch anzuerkennen haben.<sup>1)</sup> Auch jeder gebundene Verwaltungsakt ist nicht etwa aus dem Grunde fehlerhaft, weil die Mittel, die durch ihn einem Dritten, z.B. als Zuschuß oder Subvention, bewilligt werden, im Haushaltsplan nicht veranschlagt worden sind. Ob bei einem freien Verwaltungsakt gleichermaßen zu entscheiden ist, erscheint angesichts mangelnder Normierung oder gewohnheitsrechtlicher Herausbildung der Fehlergründe zweifelhaft.<sup>2)</sup> Diese Frage soll hier nicht entschieden werden.

b) Um zu erkennen, ob die Subsidiarität der Haushaltsnormen deren Fähigkeit, Ermächtigungsnormen für Handlungen der Exekutive zu sein, ausschließt, muß man sich über den Sinn der Subsidiarität im Klaren sein. Rechtstheoretisch ließe sich nichts dagegen einwenden, die Gültigkeit der in den Gesetzen getroffenen und die Staatsfinanzen beeinflussenden Anordnungen ohne Einschränkung davon abhängig zu machen, daß im Haushaltsplan die jeweils erforderlichen Mittel eingestellt worden sind. Wenn der Gesetzgeber davor zurückgeschreckt ist, so liegt der Grund hierfür allein darin, daß der Gesetzgeber die Rechtssicherheit, wie sie durch die auf Dauer angelegten Gesetze stabilisiert wird, höher bewertet hat, als das Interesse der Staatsorgane an der Gewährleistung des Haushaltsgleichgewichts mit Hilfe eines ausschließliche Gültigkeit beanspruchenden Haushaltsplans. Die Haushaltspläne sind

1) Die Begründung des Bundesarbeitsgerichts, das Haushaltsgesetz sei nur formell ein Gesetz, materiell dagegen Verwaltung, ist dagegen nach den bisherigen Ausführungen zu verwerfen.

2) In der Praxis wird diese Frage sich meistens darauf zuspitzen, ob ein solcher Verwaltungsakt von der Verwaltung widerrufen werden kann. Dem wird aber in der Regel der Rechtsgrundsatz des Vertrauensschutzes entgegenstehen, der gegenüber den Anordnungen des Haushaltsplans unzweifelhaft den Vorrang genießt.

den übrigen Gesetzen anzupassen, nicht diese dem Haushaltsplan. <sup>1)</sup> Außerhalb dieses Interessenkonflikts zwischen Haushaltsplan und sonstigen Gesetzen besteht kein Anlaß, die Anordnungen des Haushaltsplans als solche minderer Qualität anzusehen. Man kann ihnen daher die Fähigkeit, Ermächtigungsnormen für gewisse Verwaltungshandlungen zu sein, auch nicht aus dem Gesichtspunkt der Subsidiarität absprechen.

E) Als Ergebnis kann man somit festhalten: Der Haushaltsplan enthält Anordnungen, durch die das nach Teil 2 begründete Handlungsverbot für die öffentliche Verwaltung in dem aufgezeigten Umfange aufgehoben werden kann.

§ 27: Das Zusammenwirken der Normen des Haushaltsplans mit den Normen der sonstigen staatlichen Willensäußerungen

Zum Abschlusse erscheint es angebracht, in einem kurzen Abriß das Zusammenwirken der Normen des Haushaltsplans mit sonstigen staatlichen Normen darzustellen und zur Frage Stellung zu nehmen, ob nach allem der Haushaltsplan noch als ein Gesetz im formellen Sinne gelten kann.

A) Von einem Zusammenwirken der Normen des Haus-

aus "rechtste System innerk "Abstieg (ode zum Individue wird. Was im welcher Organ nehmen darf, einer einzige bestimmen. Ma heitsgrundsat Mehrzahl von . zen oder ein: das Müssen un festzulegen. . beziehen, beg: heit der durcl tigungen und 1 tenz. <sup>1)</sup>

B) In der dieses Anordnu dar:

I. Seinen die Ursprungan Das Grundgeset lichen Organe, und der Gemein

II. Als nächstes trennt es die Kompetenzen der Gemeinden von denen des Bundes und der Länder ab (Art.28 Abs.2 GG). Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern ist verquickt mit der Funktionerteilung in Gesetzgebung, Gesetzesvollzug und Rechtsprechung (Art.30, 70, 83, 92 GG). Grundsätzlich sind die Länder zuständig. Der Bund ist auf die im Grundgesetz enumerativ aufgeführten Zuständigkeiten verwiesen.

III. Mit der Kompetenzverteilung unter den obersten Bundesorganen taucht das Problem der Gewaltengliederung auf. Nach dem Grundgesetz ist Gesetzgebung die Erteilung von Anordnungen gemäß dem in Art.76 ff. geregelten Verfahren. <sup>1)</sup> Die Gesetzgebung des Bundes ist einmal im Interesse der Länder beschränkt auf die in Art.73, 74, 75 GG genannten Sachgebiete. Sie findet gemäß Art.1 Abs.3 GG eine weitere Schranke in den Grundrechten. Zur Wahrung des Gleichheitsgrundsatzes müssen die Anordnungen in abstrakt-genereller Fassung ergehen, wenn ein durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes einschränkbares Grundrecht eingeschränkt werden soll (Art.19 Abs.1 S.1 GG). Darüber hinaus ist alle Gesetzgebung, auch wenn dies nicht ausdrücklich

---

1) Dagegen kann man nicht einwenden, die Gesetze könnten außer Anordnungen auch Unverbindliches beinhalten, so etwa Laband, ABR Bd.1 (1886), S.183; Jellinek G., Gesetz und Verordnung, S.232, und die anderen bei Heller, VVDStRL 4,113, Genannten. Worauf schon Haenel, a.a.O., und nach ihm Heller, a.a.O., und Wenzel, VVDStRL 4,163, zutreffend hingewiesen haben, liegt ein Mißbrauch der Gesetzesform vor, wenn sie nicht zur Erteilung von Anordnungen verwandt wird. "Ein nicht normativer Akt der Legislative ist so wenig ein Gesetz, wie die als Ritterburg gebaute Grunewaldvilla eine Burg ist" (Heller, a.a.O.).

und im materiellen Sinne. 1)

IV. Es wäre ohne wissenschaftlichen Wert, die vollziehende Gewalt als Normen ausführende Tätigkeit zu charakterisieren. Denn auch die Gesetzgebung ist, wie gezeigt, nichts anderes als Ausführung von Normen, nämlich von Kompetenznormen der Verfassung. 2) Logisch zutreffend könnte man dagegen die vollziehende Gewalt als diejenige Tätigkeit bezeichnen, durch die die in Gesetzen zum Ausdruck gelangenden Normen ausgeführt werden. Damit gerät man aber in Konflikt mit der Rechtsprechung und wird wegen der mangelnden gesetzlichen Durchnormierung aller Staatstätigkeit den Eindruck nicht los, als sei der so gefaßte Begriff der vollziehenden Gewalt zu eng. 3)

a) 1. Verwaltungstätigkeit ist erstens jede tatsächliche Verrichtung eines Organwalters, die er zweck Wahrnehmung seiner Kompetenz ausübt und die nicht so

- 
- 1) Budgetrecht, S.3 - 10. Gegen die Labandsche Unterscheidung vom Gesetz im formellen und materiellen Sinne zutreffend Haenel, a.a.O., S.109 f., der Laband vorwirft, daß er das formelle Gesetz eben nicht durch die Form, sondern gerade umgekehrt durch den Inhalt, nämlich den negativ bestimmten Inhalt - daß das Gesetz etwas anderes als einen Rechtssatz enthalte - bestimme. Siehe auch Thoma, HdbDStR, Bd.2, S.127.
  - 2) Siehe auch Haenel, a.a.O., S.147 f.; Heller, VVDStRL 4,122; Wenzel, VVDStRL 4,144; Böckenförde, a.a.O., S.289. Selbstverständlich ist diese Ansicht auch für alle Vertreter vom Stufenbau der Rechtsordnung.
  - 3) So hat Bachof, VVDStRL 12,50, darauf hingewiesen, daß die Verwaltungstätigkeit in weitem Umfang unmittelbar verfassungsausführende Tätigkeit geworden ist.

grenzung vermissen läßt, sind die Kompetenzen unter Heranziehung der verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen zu bestimmen.

c) 1. Die erste und die Kompetenzen sämtlicher Verwaltungsorgane begrenzende Schranke bilden die Grundrechte. Falls der Eingriff in ein Grundrecht auf Grund eines Gesetzes zulässig ist, erweitert das den Eingriff gestattende Gesetz die Kompetenzen der mit der Vornahme des Eingriffs betrauten Verwaltungsorgane.

2. Des weiteren sind die Kompetenzen der Verwaltungsorgane um alle die Tätigkeiten eingeschränkt, die ausdrücklich der Regelung durch Gesetz vorbehalten sind. Dazu gehören u.a. die Kreditbeschaffung nach Art.115 GG und vor allem die hier interessierende Feststellung des Bundeshaushaltsplans nach Art.110 GG. Art.110 GG legt den Verwaltungsorganen ein grundsätzliches Verbot zur Erhebung von Einnahmen und zur Leistung von Ausgaben auf. Jede Aufhebung dieses Verbots bedeutet eine Kompetenzerweiterung der Verwaltungsorgane. Aufgehoben wird dieses Verbot grundsätzlich durch den Haushaltsplan. Solange der Haushaltsplan noch nicht gesetzlich festgestellt ist, wird dieses Verbot durch Art.111 GG aufgehoben. In sehr engem Rahmen wird dieses Verbot ferner durch Art.112 GG in Verbindung mit § 33 RHO im Hinblick auf die über- und außerplanmäßigen Ausgaben aufgehoben. Schließlich stellt eine Aufhebung dieses Verbots auch § 25 RHO dar, der neben dem Haushaltsplan alle Einnahme- und Ausgabegesetze zur Grundlage der Haushaltsführung erhebt. Demnach beseitigen die Anordnungen des Haushaltsplans das den Verwaltungsorganen durch Art.110 GG auferlegte Verbot zur Bewirkung von Einnahmen und Ausgaben und erweitern dementsprechend die Kompetenzen

der Verwaltungsorgane. 1)

3. Die nächste Schranke wird durch die "ungeschriebenen", nämlich die im 2.Teil aus den verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen hergeleiteten Vorbehalte aufgerichtet. Die Kardinalfrage dieser Dissertation, ob diese Schranke auch in gewissem Umfange durch den Haushaltsplan durchbrochen werden könne, ist mit ja beantwortet worden.

4. Eine letzte Kompetenzbegrenzung ergibt sich aus der Notwendigkeit, die Befugnisse der einzelnen Verwaltungsorgane voneinander zu scheiden. Sie kann ausschließlich aus sachlichen oder aus sachlichen und

---

1) In diesem Sinne zutreffend Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht, S.239, und Verhandlungen des 35. Deutschen Juristentages, S.337 - 339, 344, 353. Abzulehnen ist aus diesem Grunde die Auffassung Heckels, a.a.O., S.391: "Nach deutschem Reichsrecht liegt daher in dem Erlaß eines Budgetgesetzes keine Ermächtigung der Exekutive zur Finanzverwaltung; denn dazu, insbesondere zur Steuererhebung, ist sie heute wie früher kraft ihrer verfassungsmäßigen Stellung ohnehin befugt." Nur gegen den Zusatz in der Anmerkung 121: "Nicht ganz folgerichtig ist es, wenn die h.M. zwar bei den rechtlich gebotenen Positionen der Auffassung des Textes huldigt, dagegen bei den rechtlich nicht gebotenen eine Ermächtigung annimmt", wendet sich Thierfelder, a.a.O., S.130: "Woraus Heckel im übrigen die selbständigen Kompetenzen gewisser Stellen entnehmen will, mit Wirkung für den Staatshaushaltsplan den Gang der Politik und Wirtschaftsführung zu bestimmen, ist unklar."

örtlichen Gesichtspunkten erfolgen. 1)

W. Vervollständigt wird dieses Anordnungssystem durch Anordnungen an bestimmte Personen, als Organwalter die Kompetenzen eines Organs wahrzunehmen, wo-

- 1) Sehr umstritten ist die Frage der sog. Organisationsgewalt, d.h. der Kompetenz zur Bildung, Errichtung, Einrichtung, Änderung und Aufhebung von Verwaltungsorganen i.w.S. (Wolff, VwR II, § 77). Man bezeichnete sie nach einem Ausdruck Richard Thomas als "das Hausgut der Exekutive". Indes wird sich eine solche Feststellung unter Berücksichtigung der verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen in dieser Ausschließlichkeit nicht mehr aufrechterhalten lassen.
- Die Ansichten in Rechtsprechung und Lehre sind sehr unterschiedlich, was einmal auf die ungenügende Bestimmung des Begriffs der Organisationsgewalt und zum anderen auf die Verquickung mit dem uneinheitlich definierten Rechtssatzbegriff zurückzuführen ist.
- So wird ein "institutioneller Gesetzesvorbehalt" (Köttgen, VVDStRL 16,165) insgesamt verworfen von der bisher h.M. Siehe im jüngeren Schrifttum: Forsthoff, Lehrbuch S.381; Friesenhahn, VVDStRL 16,70, Leitsatz 4; Krüger, VVDStRL 16,254; Ipsen, VVDStRL 16,257 f.
- Die entgegengesetzte Meinung vertritt den Standpunkt "daß das, was man Organisationsgewalt nennt, nicht so sehr durch Gesetz beschränkt wird, sondern in erster Linie auf das Gesetz gegründet sein muß" (Spanner, DÖV 57,641). Wie Spanner aus stark rechtstheoretischen Überlegungen; Gerber, AöR N.F. Bd.13 (1927), S.452 f.; Rasch, VwArch 50, S.4 u.41.
- Motiviert wird diese Ansicht mit formal-rechtsstaatlichen Gesichtspunkten der Meßbarkeit, Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit staatlicher Eingriffe in die Freiheit der Bürger, wobei allerdings die Grenzen der Schutzwürdigkeit der Bürger verschieden weit gezogen werden. Siehe L.Richter, Die Organisationsgewalt; Klein, Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat, S.57 f.; Hamann, NJW 56,1; Ermacora, VVDStRL 16,228 ff.; Weber, VVDStRL 16,244; Scupin, VVDStRL 16,264; Obermayer, DVBl.59,354.
- Wolff, VwR II, § 77, meint, daß mindestens diejenigen organisatorischen Rechtssätze, die Pflichten für Gewaltunterworfenen, z.B. Wahlpflichten oder Eingriffsrechte eines Organs enthalten, dem Vorbehalt des formellen Gesetzes unterliegen. Diese Ansicht vertreten
- (Forts.siehe folg.Seite!)

Die Anordnungen des Haushaltsplans erfüllen gegenüber den sonstigen staatlichen Anordnungen eine Hilfsfunktion, indem sie die zur Ausführung dieser Anordnungen notwendigen finanziellen Mittel bereitstellen. Dar stellt § 24 RHO das Prinzip der Subsidiarität auf. Dar ermächtigt Art. 111 GG zur Leistung der dort vorgesehenen Ausgaben und zur Erhebung der gesetzlich gebotenen Einnahmen. Darum auch hält sich der Haushaltsplan, soweit er nach dem Organisationsprinzip aufgebaut ist, grundsätzlich an die anderweitig niedergelegte Zuständigkeitsordnung der Verwaltungsorgane. <sup>1)</sup>

D) So bleibt denn abschließend festzustellen: Der Bundeshaushaltsplan vermag in Verbindung mit der Zuständigkeitsordnung der Bundesrepublik Deutschland in beschränktem Umfange Ermächtigungsgrundlage im Sinne des 2. Teils für die sozialgestaltende Verwaltung zu sein.

Sind auch die Gerichte z.B. nicht kompetent, die Verwaltungsorgane zu einer ausschließlich im Haushaltsplan vorgesehenen Ausgabe zu verurteilen, so sind sie doch gehalten, bei der Frage nach dem Vorhandensein einer Ermächtigungsgrundlage - so wie es das Bundesverwaltungsgericht <sup>2)</sup> getan hat - auch den Haushaltsplan in Betracht zu ziehen und unter den geschilderten Voraussetzungen den Haushaltsplan als Ermächtigungsgrundlage für die sozialgestaltende Verwaltung anzuerkennen.

---

1) Vialon, a.a.O., § 5, Erl. 8, S. 327.

2) NJW 58, 1153.

Rechtssatzes schon nicht verzichten zu können glaubt, so muß man ihn jedenfalls an solchen Merkmalen ausrichten, die von Erheblichkeit sind und begriffsjuristische Schlußfolgerungen nicht in jedem Falle in die Irre gehen lassen. <sup>1)</sup>

I. Die konsequenteste Ansicht vertreten diejenigen Autoren, die sämtliche Anordnungen, die aus den Verfassungsnormen fließen, als Rechtsnormen bezeichnen und so den Mut beweisen, sich über ihr "Sprachgefühl" hinwegzusetzen und auch das als Abschreckung gedachte und oft zitierte Kommandowort des Unteroffiziers auf dem Kasernenhof einen Rechtssatz zu nennen. <sup>2)</sup>

1) Forts.v.Vorseite:

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S.537 ff; C.Schmitt, Verfassungslehre, S.151 ff; Radbruch, Rechtsphilosophie, S.128; Hesse, ADR, Bd.77 (1951/52), S.175 f; H.Huber, Giacometti-Festschrift, S.76; Kägi, Giacometti-Festschrift, S.125; Hildegard Krüger, DVBl. 55,761; Imboden, der verwaltungsrechtliche Vertrag, S.66; Bellstedt, DÖV 61,163.

1) Ein Musterbeispiel falscher Ausdruckwahl mit anschließender begriffsjuristischer Schlußfolgerung hat uns der sonst so scharfsinnig und treffend argumentierende Haenel geliefert. Er schreibt (a.a.O. S.117): "Es widerspricht schlechterdings dem Sprachgebrauch, das, was das subjektive Recht bewirkt, setzt oder was als subjektives Recht festgestellt, gesetzt wird, einen Rechtssatz zu nennen." Dieser Satz verleitet ihn später (a.a.O., S.243) zur Unterscheidung der rechtsetzenden Gesetzgebung von der nur anordnenden Dienstgewalt, charakterisiert durch die die Begriffsebenen vertauschenden Sätze: "Das subjektive Recht des Gesetzgebers hat zum Inhalte und zur Absicht, Rechtssätze, objektive Maßstäbe für die Auseinandersetzung subjektiver Rechte und Pflichten zu schaffen. Die Dienstgewalt hat zum Inhalt und zur Absicht, ein durch einen Rechtssatz begründetes subjektives Recht zur Ausübung, zur Betätigung zu bringen." Mit Recht hat Böckenförde, a.a.O., S.289, die rhetorische Frage gestellt: "Bringt die Gesetzgebungsgewalt, indem sie Gesetze gibt, etwa nicht ihr (subjektives) Recht zur Ausübung?" und Haenel dann angekreidet: "Er verkennt, daß Setzung objektiven Rechts und Ausübung seines subjektiven Rechts keine Gegensätze sind."

2) Dazu gehören die S.171 Anm.1 unter b)5. Genannten.

II. Den Mittelweg beschreitet Thoma <sup>1)</sup>, indem er neben diesem rechtstheoretischen Rechtssatzbegriff einen konventionell verengten Rechtssatzbegriff annimmt, "der das Gebiet umschreiben soll, auf welchem die Volksvertretung zweckmäßigerweise an der Ausübung der Staatsgewalt beteiligt wird" <sup>2)</sup>.

III. Die herrschende Meinung kennt nur den konventionell verengten Rechtssatzbegriff und identifiziert ihn mit dem Gesetz im materiellen Sinne. Merkwürdigerweise, aber begriffsjuristischer Denkweise entsprechend, berücksichtigt sie weder die geltenden Kompetenzbestimmungen, noch die historisch gewordene Situation, sondern sucht nach logisch-formalen Kriterien zur Umreißung des dem Gesetze vorbehaltenen Gebiets. Den Haushaltsplan behandelt sie, obwohl gerade er das Zeichen des mit der Entwicklung zur Demokratie untrennbar verbundenen Steuerbewilligungs- und Budgetrechtes der Volksvertretung ist, als eine Ausnahme. Diese begriffsjuristische Inkonzsequenz ist es, die Thierfelder dazu führt, seine Ausführungen mit der Feststellung zu beenden: "Der Haushaltsplan ist ein echtes (materielles) Gesetz." <sup>3)</sup>

IV. Einen neuen Weg hat Herbert Krüger beschnitten, indem er als Rechtssatz die Ausdrucksmittel all derjenigen Normen bezeichnet, die nach seiner Meinung um des Rechtsschutzes willen der Kontrolle der Gerichte unterworfen werden müssen. "Es ist notwendig, durch eine bessere Bestimmung alles dessen, was Rechtssatz oder Rechtsakt ist, dafür zu sorgen, daß alle Rechtsachen vor die Gerichte kommen und in den Genuß des ihnen verheißenden Rechtsschutzes gelangen können." <sup>4)</sup>

1) Festgabe für Otto Mayer, S.176 ff.

2) Böckenförde, a.a.O., S.336.

3) A.a.O., S.184.

4) Festschrift für Rudolf Smend, S.228.

B) Um der Folgerichtigkeit willen und zur Vermeidung begriffsjuristischer Fehlschlüsse wird hier als Rechtssatz der Ausdruck einer jeden auf die Ursprungsnormen rückführbaren Anordnung bezeichnet. Einen konventionell verengten und zugleich allgemein gültigen Rechtssatzbegriff gibt es nicht. <sup>1)</sup> Ein solcher Rechtssatzbegriff ist, wie sich aus seinen mannigfachen Definitionen ergibt, nicht nur von der jeweiligen Verfassungslage, sondern darüberhinaus sehr stark von subjektiven Wertungen durch Wissenschaft und Rechtsprechung abhängig. Zudem wird der Begriff - vermutlich der praktikablen Anwendung wegen - sehr stark an rein formalen Kriterien ausgerichtet, wie z.B. abstrakte und generelle Fassung der Anordnung oder Abgrenzung der Willenssphären der Rechtssubjekte mit der Folge einer Beschränkung des Gesetzesvorbehalts auf Regelung des sog. Außen- oder allgemeinen Gewaltverhältnisses. Eine Ausnahme bildet die Definition des Rechtssatzes als Eingriff in Freiheit und Eigentum. Wie aber in Teil 2 ausgeführt, vermögen diese Kriterien zu einer einigermaßen zutreffenden Umschreibung der der Volksrepräsentation zustehenden Anordnungs-kompetenz nicht mehr auszureichen. <sup>2)</sup> Was der Volksrepräsentation zur Regelung vorzubehalten ist und wie sie es zu regeln hat, kann nicht aus irgendeinem Rechtssatzbegriff, sondern nur aus den Kompetenzbestimmungen der Verfassung allein oder in Verbindung mit den verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen hergeleitet werden. Die Umschreibung des Gesetzesvorbehalts mit Hilfe des Rechtssatzbegriffs ist eine begriffsjuristische Methode, der die Gefolgschaft aufgesagt werden sollte.

1) Das hat Böckenförde, a.a.O., S.336, überzeugend dargelegt.

2) Siehe auch Forsthoff, DVBl. 57, 725: "Denn in dem Maße, in dem Gesetzgebung und Verwaltung sich ausdehnen und damit notwendig komplizierter werden, gewinnt das Gesetz als Regulativ der Sozialabläufe an Bedeutung."

Ähnliche Bedenken müssen gegen Krügers Ansicht geltend gemacht werden, den Rechtssatzbegriff auf die Ausdrucksmittel all derjenigen Normen zu beschränken, die der Kontrolle der Gerichte unterworfen werden sollten. Diese Ansicht ist ebenso sehr der begriffsjuristischen Methode verhaftet wie die den Rechtssatzbegriff zur Umschreibung des Gesetzesvorbehalts verwendende Lehre. Denn welche Anordnungen gerichtlicher Kontrolle zu unterwerfen sind, ist, wie die Frage des Gesetzesvorbehalts, nur aus den Kompetenzbestimmungen der Verfassung und der Gesetze mit Hilfe der verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen zu beantworten.

## Schlusskapitel:

### § 29: Zusammenfassung der wesentlichsten Ergebnisse

Im Laufe der Betrachtung war eine Vielzahl von Problemen anzurühren und abzuhandeln. Dabei ist eine Reihe von Erkenntnissen gewonnen worden, von denen sich die wesentlichsten leitsatzartig wie folgt zusammenfassen lassen:

- A) Sozialgestaltende Verwaltung ist unmittelbare Gestaltung der Sozialordnung durch die öffentliche Verwaltung.
- B) Die sozialgestaltende Verwaltung bedarf wie jede Verwaltungstätigkeit einer Ermächtigungsgrundlage.
  - I. Im rechtstheoretischen Sinne reicht als Ermächtigungsgrundlage die Sozialstaatsklausel der Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 S. 1 GG aus.
  - II. Die im Grundgesetz zum Ausdruck gelangten verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen der Demokratie sowie der formalen und materialen Rechtsstaatlichkeit verlangen in Verbindung mit dem Gewaltengliederungsprinzip für bestimmte Verwaltungstätigkeiten zusätzlich eine Ermächtigung durch ein im Vergleich zum Grundgesetz rangniederes Gesetz.
- C) Der Haushaltsplan ist in beschränktem Umfang geeignet, in Verbindung mit sonstigen Kompetenzbestimmungen die nach B) II. erforderliche Ermächtigungsgrundlage für die sozialgestaltende Verwaltung abzugeben.
  - I. Im Haushaltsplan wird die sozialgestaltende Verwaltung in zweifacher Weise angesprochen:

- a) auf Einzelplan-, Kapitel- und Titlebene durch Einstellung von Einnahmen und Ausgaben für die ausschließlich mit Sozialgestaltungs- aufgaben betrauten Glieder der unmittelbar und - in beschränktem Umfang - der mit- baren Bundesverwaltung,
  - b) auf Titlebene durch Einstellung
    - 1. von Ausgaben, mit denen die öffentliche Verwaltung nicht ihre Einrichtung betreiben, sondern die ihr obliegenden Aufgaben erfüllen soll,
    - 2. von Einnahmen, die die Erfüllung von Sozialgestaltungs- aufgaben durch die öffentliche Verwaltung notwendigerweise mit sich bringt.
- II. Der Haushaltsplan enthält Anordnungen, die dem in Art. 110 GG niedergelegten Gesetzesvorbehalt i. w. S. für die Erhebung von Einnahmen und die Leistung von Ausgaben aufheben und die Kompetenzen der Staatsorgane um die Befugnis zur Vor- nahme dieser Maßnahmen erweitern.
- III. Der Haushaltsplan erfüllt in beschränktem Maße die Anforderungen, die die Gestaltungsprinzipien der Demokratie sowie der formalen und materialen Rechtsstaatlichkeit an eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für die sozialgestaltende Verwaltung stellen. Er vermag insoweit auch den diese Prinzipien aufgerichteten Gesetzesvorbehalt i. w. S. aufzuheben.
- IV. Der Haushaltsplan läßt die übrigen Kompetenzbestimmungen unberührt. Mit ihnen zusammen bildet er, soweit keine anderen Ermächtigungsgrundlagen vorhanden sind, die vollständige Ermächtigungsgrundlage für bestimmte Verwaltungshandlungen.

im Rahmen der sozialgestaltenden Verwaltung.

- V. Die Anordnungen des Haushaltsplans, die entweder den einfachen Gesetzesvorbehalt des Art.110 GG oder den doppelten Gesetzesvorbehalt des Art.110 GG und den den verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen des Grundgesetzes entnommenen, aufheben, sind Rechtsnormen und die Positionen des Haushaltsplans, in denen sie ihren Ausdruck finden, Rechtssätze.

Meinem verehrten Lehrer, Herrn Professor  
Dr. Hans J. Wolff, danke ich an dieser Stelle  
recht herzlich für die Unterstützung, die  
er mir bei der Anfertigung der Dissertation  
gewährt hat.

## Lebenslauf

Am 16. März 1931 wurde ich als Sohn des Oberlokomotivführers a.D. Ernst Cronau und seiner Ehefrau Emma, geb. Strohmann, in Siegen geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger. In Erndtebrück (Kr. Wittgenstein) besuchte ich die Volksschule und die Mittelschule. Nachdem ich das Zeugnis der mittleren Reife erworben hatte, setzte ich meine Schulbildung an der Jung-Stilling-Schule Hilchenbach, einer staatlichen höheren Schule in Aufbauform, fort. Dort legte ich am 14. Februar 1951 die Reifeprüfung ab.

Am 1. April 1951 trat ich als Postinspektoranwärter in den Dienst der Deutschen Bundespost. Mit Ablauf der dreijährigen Vorbereitungszeit wurde ich zum außerplanmäßigen Postinspektor ernannt. Auf Antrag schied ich am 31. März 1955 aus dem Dienst der Deutschen Bundespost aus.

Im Sommersemester 1955 begann ich das Studium der Rechtswissenschaft an der Universität in Marburg. In den folgenden Semestern studierte ich bis zum Sommersemester 1958 an der Universität in Münster (Westf.). Am 29. August 1958 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt in Hamm (Westf.) die erste juristische Staatsprüfung.

Seit 3. Oktober 1958 befinde ich mich als Referendar im juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Nordrhein-Westfalen.