

polit. 5590 (328) Recht

RECHT UND STAAT *(Badura)*

IN GESCHICHTE UND GEGENWART

EINE SAMMLUNG VON VORTRÄGEN UND SCHRIFTEN AUS
DEM GEBIET DER GESAMTEN STAATSWISSENSCHAFTEN

328

Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat

VON

PETER BADURA



1966

J. C. B. MOHR (PAUL SIEBECK) TÜBINGEN

p 2193



L 66/2884

©

Peter Badura

J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen 1966

Alle Rechte vorbehalten

Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verlags ist es auch nicht gestattet,
das Buch oder Teile daraus
auf photomechanischem Wege (Photokopie, Mikrokopie) zu vervielfältigen
Printed in Germany

Satz und Druck: Buchdruckerei Eugen Göbel, Tübingen

Einband: Großbuchbinderei Heinr. Koch, Tübingen

VORWORT

Die folgende Schrift stellt den unveränderten und nur durch Anmerkungen ergänzten Text meiner Antrittsvorlesung in Göttingen am 5. Februar 1966 dar.

Die gesellschaftlichen Wandlungen und die Umbrüche des Verfassungsrechts haben die Bedeutung der Verwaltung verstärkt und den Inhalt des Verwaltungsrechts nicht nur stofflich, sondern prinzipiell geändert. Dieser Prozeß ist noch nicht abgeschlossen. Er soll hier nicht näher beschrieben oder gerechtfertigt werden. Vielmehr soll versucht werden zu zeigen, in welcher Weise die Neuorientierung der Staatszwecke vom liberalen zum sozialen Rechtsstaat auf Methode und Begrifflichkeit der verwaltungsrechtlichen Theorie einwirkt. Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates verwirklichte die individuelle Freiheit in einer durch das Eigentum strukturierten Gesellschaft, indem es das Verhältnis der Verwaltung zu den Verwaltungsunterworfenen zu einem Rechtsverhältnis machte. Die liberalen Staatszwecke schufen die durch Polizeibefehl und Steuerbescheid in die individuelle Freiheitssphäre „eingreifende“ Verwaltung und sie konstituierten dementsprechend die Verwaltungsrechtslehre als eine Lehre von den zweckentleerten Rechtsformen obrigkeitlichen Verwaltens. Das Verwaltungsrecht des sozialen Rechtsstaates verwirklicht die individuelle Wohlfahrt in einer durch die Arbeit strukturierten Gesellschaft, indem es lenkende und leistende Rechtsverhältnisse zwischen der Verwaltung und einzelnen oder Gruppen herstellt. Die sozialen Staatszwecke schaffen die durch Leistung und Lenkung die Bedürftigkeit der einzelnen aufhebende sozialgestaltende Verwaltung und sie konstituieren dementsprechend die Verwaltungsrechtslehre als eine Lehre von den auf die

Verwaltungszwecke bezogenen Rechtsformen des Verwaltens. Der liberale Rechtspositivismus vermöchte die Zwecke seines Staates mit dem Recht zu identifizieren und konnte so alle anderen Zwecke als rechtspolitisch bezeichnen. Seitdem der sozialgestaltende Wohlfahrtszweck den freiheitsabgrenzenden Ordnungszweck verdrängt hat, muß auch er als Rechtszweck Anerkennung finden.

Göttingen, im April 1966

Peter Badura



Die Verantwortung für wirtschaftliche Prosperität und soziale Sicherheit, welche die Arbeitsgesellschaft des demokratischen Zeitalters ihrem Staat abverlangt, zeigt sich dem Auge des Juristen besonders eindrucksvoll in der Ausweitung des administrativen Bereichs. Die Verwaltung und ihr Recht, eine höchst bewegliche und technische Rechtsmasse, kommen der Unselbständigkeit der einzelnen, die das privatrechtliche System einer der Gesellschaft überlassenen Bedürfnisbefriedigung nicht zu beheben vermag, zu Hilfe. Die rechtswissenschaftliche Theorie dieser sozialverantwortlichen Verwaltung unterscheidet sich von ihrer Vorgängerin, der liberalen Verwaltungsrechtslehre, durch die Andersartigkeit ihres Gegenstandes. Da aber System und Begrifflichkeit der Verwaltungsrechtslehre sich nicht in der Verallgemeinerung der Verwaltungswirklichkeit erschöpfen, sondern eines die Auswahl und Ordnung des Materials bestimmenden Blickwinkels bedürfen, um wissenschaftliche Theorie und nicht bloß pragmatische Handfertigkeit zu sein, und da diese Systemidee aus einer übergeordneten Vorstellung vom Staate abzuleiten ist, muß die Wandlung der Staatsaufgaben auch zu einer Wandlung der Methode des wissenschaftlichen Verwaltungsrechts führen. Hierin, und nicht einfach in einer Inkorporation des neuen Rechtsstoffes in ein gegebenes wissenschaftliches System, besteht die eigentliche Veränderung, welche die Ablösung des liberalen durch den sozialen Rechtsstaat für das Verwaltungsrecht bedingt.

I

1. Der liberale Rechtsstaat fand seine Verwirklichung im Verfassungsstaat. Die bürgerliche Gesellschaft im Deutschland des 19. Jahrhunderts setzte ihre Energie für eine ihren politischen Ideen entsprechende Verfassung der konstitutionellen Monarchie ein, die

ihren Pakt mit der Krone und dem Grundbesitz befestigte. Das Palladium dieses Kompromisses, in dem sich das Bürgertum mit dem monarchischen Prinzip gegen die demokratische Sozialisierung des Staates und der industriellen Produktivkraft verbündet hatte, war das Gesetz. Indem jeder Eingriff in Freiheit und Eigentum des Gesetzes bedurfte, vermochte auch die an den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gebundene Exekutive, derart auf die Staatszwecke des liberalen Rechtsstaates verpflichtet, keine den gesellschaftlichen Grundzustand nennenswert beeinflussende sozialgestaltende Kraft zu entfalten. Die Aufgabe der inneren Verwaltung war es zuerst und vor allem, als Polizei die öffentliche Sicherheit und Ordnung innerhalb dieses gesellschaftlichen Grundzustandes zu bewahren.

Der soziale Rechtsstaat findet seine Verwirklichung im Verwaltungsstaat. Die politische und gesellschaftliche Emanzipation der Arbeiterklasse, die ihr zugleich den Weg öffnete, sich von ihrem Klassencharakter zu befreien, überführte durch das Vehikel des allgemeinen und gleichen Wahlrechts die bürgerliche in die demokratische Gesellschaft. Das Instrument dieser politisch gewordenen Gesellschaft ist der von liberaler Begrenztheit wohlfahrtsstaatlich entfesselte Gesetzgeber. Dessen Gesetze, Akte weitgreifender Sozialgestaltung, Planung und Umverteilung, verwandeln die Verwaltung aus einem Hüter koexistierender Freiheiten in eine ständig expandierende Apparatur von Lenkung und Leistung¹.

Das wissenschaftliche System des Verwaltungsrechts, in der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts von der Industrialisierung und nach den Maximen des liberalen Rechtsstaates hervorgetrieben, bildete in seiner Theorie und in seinen Begriffen Organisation und Tätigkeit der von ihm erfahrenen Verwaltung unter dem Blickwinkel der liberalen Staatsauffassung ab. So wie das Freiheit und Eigentum beschreibende Gesetz die Mitte des Verfassungsrechts dieses Rechtsstaates war, so war der gesetzesgebundene, in Freiheit und Eigentum eingreifende Verwaltungsakt die Mitte seines Verwaltungs-

¹ W. Weber, Spannungen und Kräfte im westdt. Verfassungssystem, 2. Aufl., 1958, S. 146 ff.

rechts. Otto Mayer, der Vollender des liberalen Verwaltungsrechts, bezeichnete das Grundprinzip seines Systems mit dem Satz: „Der Staat, der für seine Verwaltung kein Gesetz hat, und keinen Verwaltungsakt, ist kein Rechtsstaat“².

Die zu Lenkung und Leistung aufgerufene Verwaltung des sozialen Rechtsstaates hat ihren Bedürfnissen angepaßte neue Rechtsformen ausgebildet, deren auffälligste der lenkende Plan und die lenkende und leistende Verwaltung in privatrechtlicher Form sind. Außerlich betrachtet sind auch im sozialen Rechtsstaat Gesetz und Verwaltungsakt die beherrschenden Rechtsformen geblieben. Als Instrumente der neuen Verwaltungszwecke aber haben sie ihre Rechtsgestalt geändert, ein Vorgang, den eine nur auf die Rechtsformen blickende Verwaltungsrechtswissenschaft verbirgt. Immerhin hat im Felde des Gesetzesbegriffs liberale Sensibilität auf die neue Wirklichkeit mit dem Begriff des „Maßnahme-Gesetzes“ reagiert³. Damit ist die verfassungsrechtliche Diskussion über den Gesetzesbegriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates eröffnet worden. Das Gesetz der bürgerlichen Gesellschaft war seiner Idee nach die dauerhafte und allgemeine Emanation einer vorausgesetzten „Vernunft“, die im Läuterungsprozeß der parlamentarischen Debatte zu sich selbst kam. Das Gesetz der demokratischen Industriegesellschaft läßt sich nur als eine verhältnismäßig kurzfristig wirksame Technik sozialer Gestaltung begreifen und es entsteht, da die demokratische Gesellschaft die in der liberalen Rechtsidee scheinbar gesellschaftstranszendente praktische Wahrheit in sich zurückgenommen hat, aus einem Kompromiß der beteiligten Interessen⁴. Hinsichtlich des Verwaltungsaktes steht das aggiornamento der verwaltungsrechtlichen Theorie noch aus, nicht zuletzt deswegen, weil dieser Begriff den Bedürfnissen des Verwaltungsprozeßrechts ausgeliefert worden ist.

² Dt. VerwR, I. Bd., 1895, S. 66.

³ Vgl. *meine* Besprechung der Dissertation von Konrad Huber in AöR 91 (1966), S. 135.

⁴ Vgl. Fritz Gygi, Interventionsrecht und Interventionsverwaltung, 1958, S. 44 ff.; *ders.*, Rechtsstaatsprobleme der heutigen Wirtschafts- und Sozialordnung, Journal der Internationalen Juristenkommission IV (1962), 3/5, 15; Weber, aaO, S. 42.

2. Die methodische Eigentümlichkeit der tradierten Rechtsformen des Verwaltungshandelns erklärt sich daraus, daß das Verwaltungsrecht als Wissenschaft als ein Derivat des liberalen Rechtsstaates der konstitutionellen Monarchie entstand. Die bürgerliche Gesellschaft verlangte von der Krone als ihrem Partner zwar die Vorhaltung einer starken Obrigkeit, aber nur um der Bewahrung und Stabilität des Rechtszustandes willen⁵. Die Wohlfahrt, die „Privatglückseligkeit“ des aufgeklärten Absolutismus, war als Ergebnis der „natürlichen“ Gesetzmäßigkeiten der Gesellschaft zu erwarten, nicht also Sache des Staates.

Die Durchsetzung des liberalen Rechtsstaates im Bereich der Verwaltung bewirkte die Ablösung der absolutistischen „Policey“ durch das Verwaltungsrecht, der sachbezogenen Polizeiwissenschaft durch die rechtsbezogene Verwaltungsrechtswissenschaft⁶. Robert von Mohl formulierte das Programm der neuen Wissenschaft mit der Forderung, daß es die Bestimmung der Verwaltung sei, „die Vorschriften der Verfassung in das Leben einzuführen und auf die einzelnen Fälle anzuwenden“⁷. Mit dem Titel der 1832/33 erschienenen „Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates“ ist methodisch der Weg gewiesen, an dessen Höhepunkt und Ende Otto Meyers „Deutsches Verwaltungsrecht“ (1895/96) steht. Der liberale Rechtsstaat hebt durch das Verfassungsprinzip der Gewaltenteilung die Verwaltung als eigenartigen Bereich heraus und konstituiert diesen Bereich vermöge des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung als einen solchen der rechtsgebundenen und nicht nur sachbezogenen Verwirklichung staatlicher Zwecke. Der als „Gewalt“ gedeuteten Verwaltung tritt das unter Mitwirkung des Repräsentativorgans der bürgerlichen Gesellschaft zustandegekommene Gesetz als „Recht“ entgegen und formiert so das Verwalten als den Typus der später so genannten „Eingriffsverwaltung“. Im Hinblick auf die in dieser „Eingriffsverwaltung“ zutage tretenden Formen

⁵ *Herbert von Beckerath*, Politische und Wirtschaftsverfassung, Schmollers Jahrbuch 56/II (1932), 1098–1116.

⁶ *Richard Thoma*, Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft, JöR 4 (1910), 196–218.

⁷ Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg, 1829/1831; 2. Aufl. 1840.

der Verwirklichung der liberalen Verwaltungszwecke, die nicht als Zweckverfolgung, sondern als Rechtsverwirklichung vorgestellt werden, bildet die neue Verwaltungsrechtslehre ihr System und ihre Begrifflichkeit. Sie verallgemeinert Polizeiverfügung und Steuerbescheid nicht deshalb zum Verwaltungsakt, weil sie nur diese Verwaltungstätigkeiten in ihrer Erfahrung vorfand, sondern weil diese Handlungsformen der Verwaltung vor allen anderen dadurch ausgezeichnet sind, daß sie als Formen der Verwirklichung des Rechts, als Rechtsformen, begriffen werden können und so der Logik des liberalen Rechtsstaates und seiner Rechtsidee entsprechen. Gefahrenabwehr und Besteuerung sind die Gestalt, in der sich der liberale Rechtsstaat im Bereich der Verwaltung ins Werk setzt.

3. Der Polizeibegriff, der die Vorstellung des liberalen Verwaltungsrechts von der Verwaltung bestimmte, war die wesentliche Errungenschaft des bürgerlichen Rechtsstaates für sein Verwaltungsrecht. Mit ihm überwand er seinen Gegentyp, den Staat des aufgeklärten Absolutismus, den er im Hinblick auf dessen Verwaltung „Polizeistaat“ und wegen der in ihm wirksamen Staatszwecke „Wohlfahrtsstaat“ nannte. Die absolutistische „Policey“ hatte nicht nur als „Sicherheitspolizei“ Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung abzuwehren, sondern auch als „Wohlfahrtspolizei“ die äußere Glückseligkeit der Untertanen zu befördern. Indem der liberale Rechtsstaat die Polizei auf die „Sicherheitspolizei“ reduzierte, zog er nur die Folgerung daraus, daß nach seiner Idee vom Staat Wohlfahrtszwecke nicht durch den Einsatz obrigkeitlicher Gewalt verfolgt werden durften.

Johann Stephan Pütter wird das Verdienst zugeschrieben, zuerst den rechtsstaatlichen Polizeibegriff entwickelt zu haben⁸. Die große naturrechtliche Kodifikation Preußens, das Allgemeine Landrecht von 1794, folgte Pütter hierin und äußerte damit ihre Abkehr vom Eudämonismus Christian Wolffs. So erklärt es sich, daß Anschütz die Kreuzberg-Entscheidung des PrOVG⁹, die den neuen Polizeibegriff unter Rücksicht auf § 10 II 17 PrALR für das Gesetz über

⁸ Institutiones juris publici germanici, § 321.

⁹ Urteil vom 14. 6. 1882, PrOVGE 9, 353.

die Polizeiverwaltung vom 11. 3. 1850 bekräftigte, als einen „Triumph der Idee des Rechtsstaates“ begrüßte¹⁰. Soweit die Verwaltung Wohlfahrtszwecke erfüllte, wofür die Anwendung polizeilicher, d. h. obrigkeitlicher, Mittel grundsätzlich ausschied, bürgerte sich vor Otto Mayer der Ausdruck „Pflege“ oder „Staatspflege“ ein¹¹. An dieser Begriffsbildung ist bemerkenswert, daß ihr Kriterium nicht der verfolgte Zweck, sondern die angewandte Form des Verwaltens ist, nämlich der vorhandene oder fehlende obrigkeitliche Zwang. Im System Otto Meyers ist das Institut der „Staatspflege“ beseitigt. Damit ist die ohne obrigkeitliche Mittel stattfindende Wohlfahrtsförderung aus der strengen Theorie des Verwaltungsrechts entfernt und die Gleichsetzung der Rechtsformen des Verwaltungshandelns mit den Rechtsformen der Ausübung obrigkeitlicher Gewalt vollendet, der Rechtsformen also, die das Korrelat der liberalen Auffassung der Staatszwecke darstellten. Die Eigenart des so verstandenen öffentlichen Rechts mußte notwendig in der Subordination, in der Überordnung der Verwaltung gegenüber dem Verwaltungsunterworfenen gesehen werden.

Die Verwissenschaftlichung der Verwaltungsrechtslehre durch Otto Mayer bestand darin, daß als ihr theoriefähiger Gegenstand allein die Rechtsformen obrigkeitlichen Verwaltens system- und begriffsbildend wurden¹². Diese Rechtsformen sind das Positive des hier seinen Höhepunkt erreichenden verwaltungsrechtlichen Positivismus. Gegen ihn läßt sich nicht sein Charakter als Positivismus ins Feld führen, wohl aber sein Formalismus. Denn seine methodische Voraussetzung, daß es das Ziel einer juristischen Behandlung der Verwaltung zu sein habe, deren rechtliche Eigenart begrifflich und

¹⁰ Allgemeine Begriffe und Lehren des Verwaltungsrechts nach der Rechtsprechung des OVG, PrVBl. 22 (1900/01), 83/86.

¹¹ G. A. Grotefend, Lehrbuch des Preuß. Verwaltungsrechts, 1890/92, § 13; Graf Hue de Grais, Grundriß der Verfassung und Verwaltung in Preußen und dem dt. Reich, 1884, S. 2, 73; Arthur von Kirchenheim, Einführung in das Verwaltungsrecht, 1885, S. 21 f., 80 f.; Georg Meyer, Lehrbuch des dt. Verwaltungsrechts, Teil I, 1883, S. 59; Joseph Pözl, Lehrbuch des Bayer. Verwaltungsrechts, 3. Aufl., 1871; Karl Frh. v. Stengel, Lehrbuch des Dt. Verwaltungsrechts, 1886, S. 4 f., 12.

¹² Erich Kaufmann, Otto Mayer, VerwArch. 30 (1925), 377/382, 386; Bodo Dennewitz, Die Systeme des Verwaltungsrechts, 1948, S. 122.

systematisch herauszuarbeiten, ist nicht bestreitbar. Es muß nur gegenwärtig bleiben, daß System und Begriffe dieses Positivismus formalistisch werden mußten, weil sein ideologischer Grund der liberale Rechtsstaat war. Das Positive ist nicht eine an und für sich gegebene Eigenschaft der betrachteten Erscheinungen, sondern eine ihnen kraft eines bestimmten Blickwinkels zugeschriebene Eigenschaft, durch die sie aus dem Chaos der Erfahrung als wesentlich ausgewählt werden. Der Blickwinkel des liberalen Rechtsstaates wählt aus der Anschauung der Verwaltungstätigkeit die Rechtsformen als wesentlich aus und isoliert sie von den durch sie verwirklichten Verwaltungszwecken. Denn das Recht dieses Rechtsstaates ist ein vom Rechtszweck, d. h. von den ideellen und gesellschaftlichen Voraussetzungen abgelöstes, „vernünftiges“ Ordnungssystem, das gegenüber seinen Inhalten scheinbar indifferent ist. Da der Rechtsbegriff des liberalen Rechtsstaates formal war, mußte die an ihm orientierte rechtswissenschaftliche Methode formalistisch, konnte sie nicht teleologisch sein. In der Entscheidung der neuen Wissenschaft vom Verwaltungsrecht für die Methode eines Positivismus der Rechtsformen im allgemeinen und der Rechtsformen des obrigkeitlichen Verwaltens im besonderen tritt ihr Zusammenhang mit der Staatsauffassung des liberalen Rechtsstaates zutage. Das Verschweigen der Verwaltungszwecke durch die formalistische Methode, tatsächlich das stillschweigende Voraussetzen der liberalen Staatszwecke, durch die die Polizei als der Archetyp der Verwaltung konstituiert wird, bewirkte, daß die Rechtsformen der später so genannten Eingriffsverwaltung zu den Rechtsformen des Verwaltens schlechthin verallgemeinert wurden. Die Rechtsinstitute der Polizeigewalt und der Finanzgewalt, „die“ – mit den Worten Otto Mayers¹³ – „in ihrer strengen Einseitigkeit die Eigenart des öffentlichen Rechtes so entschieden zur Schau tragen“, in denen die öffentlich-rechtliche Handlungsform mit der Ausübung obrigkeitlicher Gewalt zusammenfiel, prägten System und Begrifflichkeit des aus der „juristischen“ Methode hervorgehenden Allgemeinen Teils des Verwal-

¹³ Dt. VerwR, I. Bd., 1895, S. VIII.

tungsrechts. Es lag also durchaus in der Logik des Verwaltungsrechts des liberalen Rechtsstaates, daß die außerhalb der Staatszwecke dieses Staates, des Rechts- und Machtzweckes, liegenden, bereits im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts an Bedeutung gewinnenden Verwaltungszwecke der Leistung und Lenkung, wie sie durch die Wirtschafts- und Sozialverwaltung verwirklicht werden, auf die Rechtsformen der Polizei- und Steuerverwaltung angewiesen blieben. Was das Verwaltungsrecht der Gegenwart von Otto Mayer trennt, ist nicht tiefere Einsicht, nicht eine theoretische Vervollkommnung, sondern die Änderung des praktischen Blickwinkels: Die Ablösung des liberalen Rechtsstaates durch den sozialen Rechtsstaat.

II

Der soziale Rechtsstaat der Demokratie, der in Westeuropa und in den angelsächsischen Ländern zwar nicht ohne Erschütterungen, aber in einem eher allmählich zu nennenden Prozeß hervorgebracht wurde, verwirklichte sich in Deutschland durch den I. Weltkrieg, die Novemberrevolution und die Krisen der zwanziger Jahre. Dieser historische Umstand hinderte verhängnisvoll und lange, daß er zur als selbstverständlich empfundenen Basis des politischen Denkens und der rechtswissenschaftlichen Theorie des öffentlichen Rechts wurde.

1. Die gesellschaftlichen Tatsachen, auf die der soziale Rechtsstaat eine Antwort ist, die Bevölkerungsvermehrung und die Industrialisierung, die Proletarisierung und die Verstädterung, gehören bereits dem 19. Jahrhundert an. Sie zwangen den Staat zu Reaktionen, bevor der liberale Rechtsstaat der konstitutionellen Monarchie den Polizeistaat des aufgeklärten Absolutismus abgelöst hatte. Angesichts dieser Disparität der gesellschaftlichen Praxis und des politischen Systems war es unvermeidlich, daß die Maßnahmen, die zur Lösung der sich drohend in die „soziale Frage“ verdichtenden Probleme der sich entfaltenden Industriegesellschaft ergriffen wurden, okkasionell und fragmentarisch blieben. Eine Gestaltung der Sozialordnung sollte durch sie nicht bewirkt werden. Ihnen haf-

tete das Odium des Ausnahmecharakters an und ihre Legitimität entsprang nicht einem sozialpolitischen Programm, sondern vorwiegend der Staatsräson. Das liegt für die frühe preußische Fabrikgesetzgebung deutlich zutage¹⁴. Es gilt aber selbst für das in der Wirkung so fortschrittliche Kernstück des Bismarckschen „Staatssozialismus“, die Einführung der Sozialversicherung¹⁵. Der soziale Rechtsstaat ist ohne die politische Demokratie, d. h. ohne die Aufhebung des Klassencharakters des Proletariats durch seine Beteiligung an der politischen Willensbildung, nur ein obrigkeitlich verordnetes Palliativ, das die bestehende Herrschaft von Bildung und Besitz schützt und so die eigentliche Quelle der sozialen Frage unberührt läßt.

Die auffälligste Überschreitung der liberalen Verwaltungszwecke erzwang die Industriegesellschaft im kommunalen Bereich. Mit der Ende des 19. Jahrhunderts zu einer allgemeinen Tendenz der Gemeindepolitik werdenden Kommunalisierung der Versorgungs- und Verkehrsbetriebe sprengten die Städte den herkömmlichen Rahmen der kommunalen Veranstaltungen zugunsten der Gemeindeglieder. Auch hier herrschte zunächst der polizeiliche Gesichtspunkt, so wenn die Errichtung eines kommunalen Wasserwerks mit dem feuerpolizeilichen Interesse oder mit dem Interesse der Straßenreinigung begründet wurde¹⁶, oder wenn zugunsten eines kommunalen Gaswerks das Interesse an ausreichender Beleuchtung der Straßen zur Verbesserung des Sicherheitszustandes angeführt wurde¹⁷. Doch erklärt das weder das weitreichende Engagement der Städte auf diesem Felde, noch konnte mit diesen Erwägungen die lebhafteste Debatte darüber, ob diese Betriebe von der Privatwirtschaft oder

¹⁴ Beginnend mit dem Regulativ über die Beschäftigung jugendl. Arbeiter in Fabriken vom 9. 3. 1839 (GS S. 156). – *Günther K. Anton*, Geschichte der preuß. Fabrikgesetzgebung bis zu ihrer Aufnahme durch die RGewO, 1953; *Ernst Schraepler*, Quellen zur Geschichte der sozialen Frage in Deutschland, Bd. I, 1800–1870, 1955.

¹⁵ *Otto Vossler*, Bismarcks Sozialpolitik, HZ 167 (1943), 336–357.

¹⁶ Handbuch der öffentl. Wirtschaft, hrsg. vom Vorstand des Gesamtverbandes der Arbeitnehmer der öff. Betriebe usw., 1930, S. 73; *Alfons Rieß*, Kommunale Wirtschaftspflege, 2. Aufl., 1924, S. 98.

¹⁷ Handbuch aaO, S. 55; *H. Lux*, Die öffentl. Beleuchtung von Berlin, 1896, S. 3; *Rieß*, aaO, S. 90.

von den Kommunen vorgehalten werden sollten, bestritten werden. Die Legitimierung der durch die Kommunalisierung der Versorgungs- und Verkehrsbetriebe bewirkten „praktischen Sozialisierung innerhalb der bürgerlichen Ordnung“¹⁸ konnte nur in der Weise erfolgen, daß darin die Verwirklichung einer neuen Aufgabe der Gemeinden gesehen, daß also ein aus dem Gesichtspunkt der Gefahrenabwehr nicht ableitbarer Verwaltungszweck der Kommunalverwaltung postuliert wurde. Der endgültige Durchbruch dieser Idee des „Munizipal-Sozialismus“, der trotz seines Namens und trotz seiner Zugehörigkeit zum Programm der Fabian Society keineswegs als ein spezifisch sozialistischer Gedanke angesehen werden kann, ist auf die beiden Referate von Adickes und Beutler über „Die sozialen Aufgaben der deutschen Städte“ beim Ersten Deutschen Städtetag in Dresden (1903) zu datieren¹⁹. Daß man die kommunalen Versorgungs- und Verkehrsbetriebe nicht als erwerbswirtschaftliche Beteiligung am Privatrechtsverkehr, sondern als gemeinwirtschaftliche Veranstaltung auffaßte, war Voraussetzung dafür, sie als Ausübung von Verwaltung zu verstehen.

Der bereits vor Ausbruch des I. Weltkrieges praktisch und theoretisch weitgehend zur Anerkennung gekommene Munizipalsozialismus manifestiert die schon damals stark vorgetriebene Umorientierung der Staatszwecke. Diese Umorientierung ist von der marxistischen Gesellschaftslehre dadurch getrennt, daß sie die soziale Frage nicht durch eine revolutionäre Beseitigung der kapitalistischen Sozialordnung, sondern durch eine vom Staat zu leistende Sozialreform lösen will. Der Staat soll durch aktive „Sozialpolitik“ die Idee der „sozialen Gerechtigkeit“ durchsetzen und so zum „sozialen Staat“ werden²⁰. In den Arbeiten Lorenz von Steins²¹ und später

¹⁸ *Heinrich Heffter*, Die deutsche Selbstverwaltung im 19. Jahrhundert, 1950, S. 610.

¹⁹ *Otto Wippermann*, Die Zukunft kommunaler Betriebe, 1912, S. 6.

²⁰ *Eduard Rosenthal*, Der Wandel der Staatsaufgaben in der letzten Geschichtsperiode, 1913; *H. von Scheel*, Die Theorie der sozialen Frage, 1871; *Walther Schücking*, Neue Ziele staatlicher Entwicklung, 1913; *Rudolph Sohm*, Die sozialen Aufgaben des modernen Staates, 1898.

²¹ *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Lorenz von Stein als Theoretiker der Bewegung von Staat und Gesellschaft zum Sozialstaat, in: *AltEuropa und die moderne*

der Katheder-Sozialisten²² fand diese Auffassung vom sozialen Auftrag des Staates eine theoretische Fundierung. Man darf allerdings den wesentlichen Punkt, in dem sich diese die bürgerliche Gesellschaft und ihren liberalen Staat kritisierenden Lehren von der heutigen Idee und Wirklichkeit des sozialen Rechtsstaates unterscheiden, nicht übersehen. Die Aufgabe der Sozialpolitik wird dort dem monarchischen Staat zugeschrieben als einem Staat, der wegen der ihm scheinbar zukommenden Klassen- und Interessenneutralität allein befähigt sei, Klassen und Interessen unter die in ihm und durch ihn Wirklichkeit gewinnende sittliche Idee zu beugen, um so die Entfaltung der sittlichen Persönlichkeit aller Staatsbürger zu gewährleisten. Nicht um den sozialen Staat schlechthin geht es, sondern um das „soziale Königtum“ (Lorenz von Stein), um einen „monarchischen Sozialismus“²³. In dieser mit ethischen Argumenten geforderten, aber nicht notwendig mit demokratischen Institutionen verbundenen Neuorientierung der Staatszwecke wendet sich Bildung gegen Besitz, wird die bürgerliche Idee des Eigentums durch die bürgerliche Idee der Persönlichkeit kritisiert, ohne daß der Rahmen der konstitutionellen Monarchie der bürgerlichen Gesellschaft demokratisch gesprengt würde.

In einer ganz anderen Weise als der merkantilistische Fürstentum kann die politische Organisation der Industriegesellschaft „Wohlfahrtsstaat“ genannt werden. Dieser Ausdruck in seiner modernen Anwendung ist in die deutsche politische Sprache durch die Regierungserklärung des Kabinetts Papen vom 4. Juni 1932 eingeführt worden; dort wird den vorangegangenen Regierungen ab-

Gesellschaft, Festschrift für Otto Brunner, 1963, S. 248–277; *Ernst Rudolf Huber*, Lorenz von Stein und die Grundlegung der Idee des Sozialstaats (1941/42), in: *ders.*, Nationalstaat und Verfassungsstaat, 1965, S. 127–143.

²² *Karl Erich Born*, Staat und Sozialpolitik seit Bismarcks Sturz, 1957; *ders.*, Idee und Gestalt des sozialen Rechtsstaates in der dt. Geschichte, in: Sozialer Rechtsstaat – Weg oder Irrweg? 1963, S. 81–105.

²³ *Elmer Roberts*, Monarchical Socialism in Germany, 1913. – Daraus erklärt sich die These *Heinrich Göpperts* (Staat und Wirtschaft, 1924), daß dem parlamentarisch-demokratischen Staate, weil er einer selbständigen und neutralen Staatsgewalt ermangele, Möglichkeit und Berechtigung zum Staatssozialismus fehlten.

fällig nachgesagt, sie hätten versucht, den Staat „zu einer Art Wohlfahrtsstaat“ zu machen, woraus zwangsläufig eine „moralische Zermürbung des deutschen Volkes“ entstanden sei²⁴. Der heutige Sprachgebrauch bezeichnet mit „Wohlfahrtsstaat“ die politische Idee und ihre Verwirklichung, die im Verfassungsrecht als „sozialer Rechtsstaat“ gemeint ist. Der Wohlfahrtsstaat ist der Staat des gebändigten Kapitalismus. Er ist nicht sozialistisch; denn er setzt die auf Privateigentum und Vertragsfreiheit beruhende Marktwirtschaft voraus und will seine Ziele prinzipiell durch eine funktionierende Privatwirtschaft, nicht durch verwaltungsrechtliche Versorgung erreichen. Er ist nicht liberal; denn er will eine staatlich verantwortete soziale Gerechtigkeit durch Bewahrung des Wettbewerbs, wo ihn Marktbeherrschung bedroht, durch Marktordnung, wo sie unvermeidlich ist, durch Konjunkturpolitik im Interesse der „Wachstumsvorsorge“ (Ipsen), durch Kontrolle der Bodenschätze und Energieversorgung, durch Vollbeschäftigungspolitik und durch steuerstaatliche Redistribution der Einkommen mit dem Ziel gerechter Verteilung des Sozialprodukts²⁵. In den Europäischen Gemeinschaften überwindet der Wohlfahrtsstaat die Kleinräumigkeit der nationalen Wirtschaftsräume Westeuropas durch eine supranationale Wirtschaftsverwaltung²⁶.

2. Die neue Verwaltungsrechtswissenschaft, deren System und Begrifflichkeit in Orientierung auf die Idee des liberalen Rechtsstaates entstanden waren, und die die Lehre vom Verwaltungsrecht als eine Theorie der Rechtsformen der Verwaltung dieses Staates verwissenschaftlicht hatte, berücksichtigte in ihren zweckentleert konstruierten Kategorien die sozialen Verwaltungszwecke nicht. Sie folgte der positivistischen Methode Otto Mayers, nicht der soziologischen

²⁴ Carl Landauer, *European Socialism*, 1959, II, 1445. – Abdruck der Erklärung bei E. R. Huber, *Dokumente zur dt. Verfassungsgeschichte*, Bd. 3, 1966, S. 486.

²⁵ Karl-Heinrich Hansmeyer, *Der Weg zum Wohlfahrtsstaat*, 1957; Wilhelm Henle, *Die Ordnung der Finanzen in der Bundesrepublik Deutschland*, 1964, S. 21 ff.; Gunnar Myrdal, *Jenseits des Wohlfahrtsstaates*, 1961; Badura, *Das Verwaltungsmonopol*, 1963, S. 304 ff., 331.

²⁶ Badura, *Bewahrung und Veränderung rechtsstaatlicher und demokratischer Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften*, VVdStL 23 (1966).

Methode Lorenz von Steins, die sie als „unjuristisch“ auf den Arbeitsbereich einer von der Verwaltungsrechtslehre getrennten „Verwaltungslehre“ verwies. Damit verschüttete sie die Einsicht Lorenz von Steins, daß die Verwaltung als „Tat“ und „Arbeit“ des Staates die „Bedingungen der freien individuellen Entwicklung“, das Ziel der „socialen Verwaltung“, verwirklicht, und daß deshalb die Verwaltungsrechtswissenschaft das Verständnis aller derjenigen Kräfte und Gesetze in sich aufnehmen muß, die das wirkliche Leben beherrschen, daß sie „das Verwaltungsrecht aus dem Wesen des zu Verwaltenden bilden“ muß²⁷.

Die Unangemessenheit der formalen, den Zweck vernachlässigenden Betrachtungsweise zeigt sich deutlich bei der Beurteilung der kommunalen Verkehrs- und Versorgungsbetriebe. Diese wurden in Rechtsprechung und Theorie im Regelfall als gewerbliche Unternehmungen²⁸ angesehen²⁹, mit Ausnahme der Wasserwerke, deren polizeilicher Aspekt in Gestalt des Anschluß- und Benutzungszwangs bis heute wirksam geblieben ist³⁰. Diese Qualifizierung beruhte auf dem Umstand, daß die Gemeinden die Benutzung dieser Betriebe überwiegend privatrechtlich geregelt hatten, und verweist so auf die allgemeine Annahme des positivistischen Verwaltungsrechts, daß die Verwaltung mit der Wahl privatrechtlicher Rechtsformen außerhalb des Verwaltungsrechts verbleibe und der Privatautonomie unterfalle³¹. Der übergreifende und gegenüber der gewählten Rechtsform indifferente Gesichtspunkt der Versorgung der Gemeindeein-

²⁷ Lorenz von Stein, Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaft Deutschlands, 1876.

²⁸ § 3 preuß. KAG.

²⁹ Vgl. AusfAnwKAG, Art. 3 Nr. 1; PrOVGE 20, 22; 23, 81; PrOVG PrVBl. 29 (1907/08), 911; L. Buck, in: Stier-Somlo, Handbuch des komm. Verfassungs- und VerwRs. in Preußen, 2/II, 1917, S. 129, 136 f.; Karl Friedrichs, Das Recht der Versorgungsbetriebe, 1928, S. 21 f.; Koppelman, Das OVG u. d. Praxis der Gemeindeverw., PrVBl. 22 (1900/01), 91; Wilhelm Majerczik, Kommunale gewerbl. Unternehmungen usw., 1919, S. 3; Nöll-Freund/Surén, KAG, 9. Aufl., 1931, § 3 Anm. 6 c.

³⁰ OVG Münster, OVGE 18, 153 = Ztschr. f. WasserR 3 (1965), 102 mit Anm. von Köttgen.

³¹ Zur Ausübung öffentlicher Verwaltung in privatrechtlicher Form: Badura, Zulassung zu öffentl. Einrichtungen der Gemeinde und Verwaltungsprivatrecht, JuS 1966, 17–21.

wohner mit einem bestimmten Standard an kommunaler Zivilisation blieb dabei verwaltungsrechtlich außer Ansatz, weil die sich auf die obrigkeitliche, d. h. öffentlich-rechtliche, Rechtsform beschränkende Blickrichtung diesen Gesichtspunkt als rechtlich relevanten Verwaltungszweck nicht herausarbeiten konnte. Folgerichtig erschienen „privatrechtlich“ und „privatwirtschaftlich“ als äquivalent. Als die Gemeinden nach dem Weltkrieg zur Verbesserung der Ertragslage ihrer Versorgungs- und Verkehrsbetriebe nach dem Vorbild der Stadt Königsberg (1919)³² dazu übergingen, durch Ver selbständigung dieser Betriebe in privatrechtlichen Organisationsformen die bürokratische Betriebsweise durch die kaufmännische zu ersetzen, sprach man von „Kommerzialisierung“, wie wenn die Verwaltung dadurch zum Kaufmann würde, daß sie ihre Zwecke nicht in den Formen ihres Sonderrechts, sondern in den Formen des Privatrechts verfolgt.

In der Verwendung privatrechtlicher Gestaltungsmittel für Zwecke der öffentlichen Verwaltung, die sich neben den nutzbaren Anstalten auch bei der Vergabe von Subventionen und bei der nach 1918 in größerem Stil einsetzenden Expansion staatlicher Wirtschaftstätigkeit³³ zeigt, kam eine Verschiebung der Grenze zwischen öffentlichem und privatem Recht zum Ausdruck³⁴, die ihrerseits wiederum die Umorientierung der Staatszwecke vom liberalen zum sozialen Rechtsstaat widerspiegelt. In dem gleichzeitigen Umbruch der Verfassungsstruktur fand nicht nur der soziale Rechtsstaat in der Durchsetzung der politischen Demokratie seine Vollendung, sondern schlugen sich auch die neuen Staatsziele explizit im Verfassungsrecht

³² Sog. „Königsberger System“; *Platz*, Die Versorgungsbetriebe der Stadt Königsberg Pr., 1933.

³³ *Jürgen Brandt*, Die wirtschaftl. Betätigung der öffentl. Hand, 1929; *Forsthoff*, Lb. des VerwRs., 8. Aufl. 1961, S. 323; *Ernst Rudolf Huber*, Das deutsche Reich als Wirtschaftsstaat, 1931; *Arnold Köttgen*, Die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und das öffentliche Recht, 1928; *Ernst Kretschmer*, Das Dt. Reich als Unternehmer in der privaten Wirtschaft, *Annalen der Gemeinwirtschaft* 4 (1928), 1–27; *ders.*, Die dt. Länder als Unternehmer usf., ebd. S. 153–185; *ders.*, Der Staat als privates Wirtschaftssubjekt, ebd. 5 (1929), 109–152.

³⁴ *Fritz Fleiner*, Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht, 1906.

nieder, vor allem in der Präambel und im Abschnitt „Das Wirtschaftsleben“ der Weimarer Reichsverfassung.

Von ihrer Grundaporie aus gesehen, läßt sich die auf Otto Mayer folgende Theorie des Verwaltungsrechts als der Versuch charakterisieren, System und Begrifflichkeit der Verwaltungsrechtslehre an die Bedingungen des sozialen Rechtsstaates der Demokratie anzupassen. Scheut man vor einer gewissen Vereinfachung nicht zurück, kann man drei Wege feststellen, die in dieser Absicht eingeschlagen wurden.

Auf der methodischen Linie Otto Mayers verbleibend stellte Walter Jellinek in seinem 1928 veröffentlichten „Verwaltungsrecht“ neben die „dem Staat eigentümliche“ „hoheitliche Verwaltung“ die „nicht-hoheitliche Verwaltung“, in der die Verwaltung für das Wohl der Allgemeinheit tätig werde, ohne die ihr eigentümliche Gewalt einzusetzen, etwa durch Straßenbau, das Aussetzen von Prämien für erlegte Kreuzottern oder die Ausgabe einer Verkehrsfibel zur Verhütung von Verkehrsunfällen. In der 3. Auflage des Lehrbuches, die 1931 erschien, wird die Systematik in der Weise verfeinert, daß als Oberbegriff die „öffentliche Verwaltung“ gewählt wird, die entweder als „obrigkeitliche Verwaltung“ kraft Überordnung oder als „schlichte Hoheitsverwaltung“ ohne die besonderen Mittel der Überordnung auftritt³⁵. Diesen beiden Stufen der „öffentlichen Verwaltung“ wird die auf den Boden des Privatrechts tretende „fiskalische Verwaltung“ gegenübergestellt, zu der Jellinek etwa auch ein privatrechtlich betriebenes Wasserwerk zählt³⁶.

In den erstmals 1911 veröffentlichten „Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts“ überschrieb Fritz Fleiner das von den öffentlichen Anstalten und den öffentlichen Sachen handelnde Kapitel mit „Der Verwaltungsapparat und seine Leistungen“. Otto Mayer hatte die von ihm erstmals streng juristisch entwickelte öffentliche Anstalt zwar als „Gegensatz zum Polizeilichen“ verstanden. Doch

³⁵ Diese Systematik auch bei *Ernst Rudolf Huber*, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 1. Bd., 1953, S. 53. – Zur Anwendbarkeit der Figur des „schlicht-hoheitlichen“ Handelns auf neuere Formen des Verwaltungshandelns: *Badura*, DVBl. 66, 268.

³⁶ *Walter Jellinek*, *Verwaltungsrecht*, 1928, § 2 (S. 20 ff.); 3. Aufl., § 2 (S. 20 ff.).

war damit nicht etwa auf einen besonderen, in der öffentlichen Anstalt wirksamen Verwaltungszweck hingewiesen, sondern lediglich gemeint, daß das öffentliche Interesse dort verlange, die fraglichen Einrichtungen in der öffentlichen Hand einheitlich zusammenzufassen³⁷. Fleiner dagegen wandelte das so nur als spezifische Rechtsform obrigkeitlicher Verwaltung konzipierte und Erscheinungen unterschiedlichster Zwecksetzung, wie Schulen, Gefängnisse, Friedhöfe und Wasserwerke, in einen Begriff zusammenzwingende Institut der öffentlichen Anstalt in eine Kategorie der gewährenden Verwaltung um. Unter Hervorhebung des die nutzbaren öffentlichen Anstalten von gleichartigen privaten Unternehmen trennenden Zweckes hier und dort³⁸ wird die gerade nicht in der Rechtsform, sondern im verfolgten Verwaltungszweck liegende Eigenart der öffentlichen Anstalt als eines Leistungsträgers, der einen bestimmten „außerhalb der Rechtsverwirklichung liegenden materiellen Erfolg“ erreichen will³⁹, erfaßt. Dieser Gedanke, den vor Fleiner bereits der österreichische Verwaltungsrechtslehrer Ulbrich vorgetragen hatte⁴⁰, erwies sich bis in die Gegenwart als fruchtbar⁴¹. Auf ihm beruht auch die erste systematische Behandlung des Verwaltungsrechts, die die neuen Wirklichkeiten des Verwaltens in einem einheitlichen Zusammenhang zu erfassen trachtet, dabei die „Aufgaben der Verwaltung“ und die „Rechtsformen des Verwaltungshandelns“ klar trennt und beide in einer je spezifischen Begrifflichkeit einzufangen sucht: Die 1936 erschienene „Deutsche Verwaltung“ von Arnold Köttgen⁴². Hier werden „Polizei“, „Lenkung“⁴³, „Versorgung“⁴⁴ und Deckung

³⁷ Dt. VerwR II, 297; undeutlicher in den späteren Auflagen (2. Aufl., II, 434 ff.; 3. Aufl., II, 246).

³⁸ Fleiner, Institutionen § 18.

³⁹ AaO., S. 7.

⁴⁰ Josef Ulbrich, Grundzüge des österreichischen Verwaltungsrechts, 1884, S. 4; ders., Das Verwaltungsrecht im Rechts- und Culturstaate der Gegenwart, 1898, S. 15 f. Vgl. auch Herrmann, Grundlehren des Verwaltungsrechts, 1921, S. 237.

⁴¹ Jellinek kontrastiert den in der eingreifenden Verwaltung als „Nehmer“ erscheinenden Staat mit dem Staat als „Geber“ bei der Gewährung von Nutzungen an öffentlichen Sachen und Anstalten (VerwR § 22).

⁴² 2. Aufl. 1937; 3. Aufl. 1944.

⁴³ So die 3. Aufl. Die ersten beiden Auflagen sprechen von „Führung und Planung“.

⁴⁴ So die 2. Aufl., die das in der 1. Aufl. verwendete Wort „Fürsorgeverwal-

gen ausgedehnt, durch die eine für den sozialen Rechtsstaat typische Bedürfnisbefriedigung erfolgt.

3. Die durch die Arbeiten Forsthoffs weithin zur Anerkennung gebrachte Methode kann in Entgegensetzung zu der „juristischen“ Methode der unter dem Einfluß Otto Mayers stehenden Verwaltungsrechtslehre „soziologisch“ genannt werden. Eine daraus für die Systematik des Verwaltungsrechts ableitbare Folgerung ist die ge-
läufig gewordene Unterscheidung von Eingriffs- und Leistungsverwaltung⁴⁹, die sich an eine von Max Weber abhängige Scheidung der wirtschaftlich bedeutsamen Staatstätigkeiten in solche, bei denen der Staat als Träger von Herrschaftsgewalt, und in solche, bei denen er als Träger einer Leistungsorganisation auftritt⁵⁰, anlehnt. Diese Systematik leidet allerdings an dem Mangel, daß ihr kein einheitliches Kriterium zugrunde liegt. Denn der Begriff der Eingriffsverwaltung orientiert sich an der Rechtsform, dabei undifferenziert polizeiliche, finanzierende und lenkende Verwaltungstätigkeiten umfassend, der Begriff der Leistungsverwaltung dagegen an dem Inhalt des gemeinten Verwaltens. In diesem dualistischen Schema ist das zunächst ins Auge fallende Phänomen der Verwaltung des sozialen Rechtsstaates, die Verwaltung als Leistungsträger, dem Archetyp der Verwaltung des liberalen Rechtsstaates, der Polizei gegenübergestellt.

Eine konsequente Ersetzung der Systemidee des liberalen Rechtsstaates durch die des sozialen Rechtsstaates müßte die Theorie der Verwaltung auf der Basis der nicht weiter auflösbaren Verwaltungszwecke⁵¹ der Gefahrenabwehr, Abgabenerhebung, Leistung und Lenkung entwickeln. Dieses Verfahren bedeutet nichts anderes, als die

⁴⁹ Vgl. *Peter Pernthaler*, Über Begriff und Standort der Leistenden Verwaltung in der österreichischen Rechtsordnung, JBl. 1965, 57–72.

⁵⁰ *Gerhard Colm*, Volkswirtschaftliche Theorie der Staatsausgaben, 1927, S. 4 f.; *Kretschmer*, Der Staat als privates Wirtschaftssubjekt aaO, S. 113 f.

⁵¹ Eine derartige Systematik nach Zwecken dürfte eine fruchtbarere Begriffsbildung ermöglichen als eine gegenständliche Gliederung nach Sachgebieten (wie sie *Gygi*, Interventionsrecht aaO, S. 13 f. vorgeschlagen hat), die an die „staatswissenschaftliche“ Methode erinnert. Bei *H. J. Wolff* (VerwR I, 6. Aufl., 1965, § 3 II b) wird in der Gliederung nach „ordnender“, „leistender“ und „verteilender“ Verwaltung nur eine solche nach dem „Gehalt der verwaltenden Tätigkeit“ erblickt.

Methode des Verwaltungsrechts aus der verfassungsrechtlichen Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat abzuleiten. Das Verwaltungsrecht des sozialen Rechtsstaates ist mit einem Positivismus der Rechtsformen, der die Verwaltungszwecke als metajuristisch behandelt, nicht verträglich, weil es die Verwaltung nicht nur als Arm des Rechts- und Machtzweckes des Staates, sondern zuerst als Instrument seines Wohlfahrtszweckes begreift, weil es, mit anderen Worten, der Verwaltung einen Zweck gegenüber der Gesellschaft zuspricht. Das System der Verwaltungstätigkeiten würde bei diesem Verfahren seine Mitte, den als einheitliche Handlungsform vorgestellten Verwaltungsakt, verlieren. Doch kann die Vielfalt der Zwecke des sozialen Rechtsstaates mit dem auf den liberalen Rechtsstaat zugeschnittenen Monismus der Handlungsform nicht in Einklang gebracht werden. Die Rechtsform des Verwaltungshandelns wird hier sekundär, sie kann nur in Zuordnung auf den durch sie verfolgten Verwaltungszweck konstruiert werden.

Das methodische Ungenügen einer Verwaltungsrechtstheorie, die die Verwaltungszwecke in den Bereich der Soziologie verweist, statt sie als system- und begriffsbildende Bestandteile rechtswissenschaftlicher Arbeit aufzufassen, läßt sich vor allem an dem Phänomen der lenkenden Verwaltung veranschaulichen. Die hier auftretenden Rechtsformen ungeschieden von den Rechtsformen der Polizei- und Steuerverwaltung den Begriffen und Grundsätzen der Eingriffsverwaltung zu unterwerfen, bedeutet, auf ihre systematische Erfassung zu verzichten⁵². Der Umstand etwa, daß die lenkende Verwaltung mit den Figuren des Planes und der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen Rechtsformen verwendet, denen das hergebrachte Schema: Rechtsnorm oder Verwaltungsakt, nicht gewachsen ist, hat seit längerem Aufmerksamkeit erregt. Die Aporie wird aber

⁵² Gygi, Interventionsrecht aaO, S. 14 ff. – Zu den Rechtsformen der wirtschaftslenkenden Verwaltung: Claus-Dieter Ehlermann, Wirtschaftslenkung und Entschädigung, 1957, S. 26 ff.; Peter Neumann, Wirtschaftslenkende Verwaltung, 1959, S. 19 ff.; Scheuner, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVdStL 11 (1954), S. 26 ff. Scheuner fordert hier auch ein spezielles Verwaltungsrecht der leistenden und lenkenden Verwaltungshandlungen (aaO, Leitsatz 21; hierzu Neumann, aaO, S. 73 f.).

dort noch deutlicher, wo individuell adressierte Lenkungsakte eine durch dieselbe Situation verbundene Gruppe von Verwaltungsunterworfenen betreffen. Das gilt für Regelungen im Rahmen einer Marktordnung, z. B. bei der Festlegung von Molkerei-Einzugs- und Absatzgebieten, oder für marktkonforme, mittelbare Interventionen, z. B. durch die Struktur des Wettbewerbs beeinflussende Subventionen oder Steuervergünstigungen, oder für städtebauliche Planungsakte, z. B. die Ausübung des baurechtlichen gemeindlichen Vorkaufsrechts⁵³. Der hier als Hilfsmittel benutzte Begriff des „Verwaltungsaktes mit Dritt“- oder Doppelwirkung⁵⁴ ist nur eine Verlegenheitslösung. Derartige Lenkungsakte beschränken sich kraft ihrer Eigenart nicht auf ein zweiseitiges Verhältnis zwischen der Verwaltung und dem Adressaten, wie es für den Polizeibefehl und den Steuerbescheid typisch ist. Vielmehr wird ein konkreter Sachverhalt geregelt, an dem als Regelfall mehrere Verwaltungsunterworfene beteiligt sind, und wird zwischen diesen eine bestimmte, einem Lenkungszweck entsprechende Ordnung hergestellt. Schließlich könnte die folgerichtige Berücksichtigung des Verwaltungszwecks der Lenkung auch eine angemessene Deutung der Verwaltungstätigkeiten ermöglichen, in denen – wie bei sozial- und wirtschaftspolitisch gestalteter Subventionierung⁵⁵ oder Besteuerung⁵⁶ – Leistung und Lenkung oder Abgabeneingriff und Lenkung gekoppelt sind.

Die teleologisch verfahrenende verwaltungsrechtliche Doktrin würde außerdem bei der Beurteilung der „verfassungsrechtlichen Grenzen

⁵³ *Badura*, Anmerkung, DVBl. 66, 267–269.

⁵⁴ *Fromm*, Verwaltungsakte mit Doppelwirkung, *VerwArch.* 56 (1965), 26–60; *Haueisen*, Verwaltungsakte mit mehreren Betroffenen, *NJW* 64, 2037–2041; *Sellmann*, Die Problematik der Verwaltungsakte mit Doppelwirkung, *NJW* 64, 1545–1550. Die Eigenart des lenkenden Verwaltungsaktes im Hinblick auf die Betroffenen wird bei *Forsthoff* *VerwR* aaO, S. 69 f., und *Neumann* aaO, S. 18 („Kollektivgestaltung“) hervorgehoben.

⁵⁵ *Arnold Köttgen*, Fondsverwaltung in der Bundesrepublik, 1965, S. 19, 57, 62 ff.

⁵⁶ *BVerfGE* 16, 147; *BVerfGE* 19, 119 = *JZ* 65, 677; *Wilhelm Henle*, Die Ordnung der Finanzen in der Bundesrepublik Deutschland, 1964, S. 151, 153; *Fritz Neumark*, Grundsätze der Besteuerung in Vergangenheit und Gegenwart, 1965, S. 12, 20, 22 ff.

sozialstaatlicher Forderungen“⁵⁷ eine dem sozialen Rechtsstaat entsprechende Interpretation genuin liberaler Grundrechte erleichtern. Ein Beispiel dafür ist die Wirkung der Eigentumsgarantie gegenüber einer Besteuerung mit wirtschaftspolitischem Nebenzweck. Die jüngste Entscheidung des *BVerfG*, die sich dieser Frage gegenüber-sah⁵⁸, betraf das sog. Kuponsteuergesetz vom 25. 3. 1965. Durch dieses Gesetz wurden die Zinsen bestimmter Wertpapiere unter Beseitigung einer bisher eingeräumten Privilegierung in die beschränkte Steuerpflicht ausländischer Inhaber einbezogen. Dadurch soll im Interesse der Währungsstabilisierung und Konjunkturdämpfung der unerwünschten Zunahme des Kapitalimports entgegengewirkt werden; erfaßt wird aber auch der Altbesitz dieser Papiere.

Dem äußeren Anschein nach handelt es sich darum, ob der Steuerzugriff durch die Eigentumsgarantie beschränkt wird. So gestellt, müßte die Frage verneint werden. Es gehört zu den Voraussetzungen des liberalen Rechtsstaates, dessen Bestandteil die Eigentumsgarantie ist, daß der Staat nicht selbst wirtschaftet, sondern seinen Bedarf im wesentlichen durch Steuern deckt. In diesem Sinn ist der liberale Rechtsstaat Steuerstaat, nicht Wirtschaftsstaat, und ist der Steuerstaat der auf dem Privateigentum beruhenden freien Wirtschaft zugeordnet⁵⁹. Auf dem Boden dieser Auffassung hat das *BVerfG* in ständiger Rechtsprechung dem Eigentum einen Schutz gegen abgabenrechtliche Geldleistungen versagt⁶⁰. Es hat diese Auslegung nur mit der Einschränkung versehen, daß ein Verstoß gegen Art. 14 GG allenfalls in Betracht kommen könnte, „wenn die Geldleistungspflichten den Betroffenen übermäßig belasten und seine Vermögensverhältnisse grundlegend beeinträchtigen“.

Das Problem erscheint in einem anderen Licht, wenn man berücksichtigt, daß das geschilderte Verständnis der Eigentumsgarantie von der Steuer als einem Finanzierungsmittel ausgeht, d. h. von dem Steuerbegriff des liberalen Rechtsstaates. Davon weicht die wirt-

⁵⁷ So der Titel eines Aufsatzes von *Werner Weber*, *Staat* 4 (1965), 409–439.

⁵⁸ *Beschl. v. 24. 9. 1965, BVerfGE* 19, 119 = *JZ* 65, 677.

⁵⁹ *Joseph A. Schumpeter*, *Die Krise des Steuerstaates* (1918), in: *Aufsätze zur Soziologie*, 1953, S. 1–71.

⁶⁰ *Vgl. Weber, Verfassungsrechtl. Grenzen aaO*, S. 437.

schaftsinterventionistische Ordnungssteuer, deren sich der soziale Rechtsstaat nicht selten als eines geräuschlosen Lenkungsinstrumentes bedient, insofern ab, als sich hinter der Rechtsform des Steuerungsverwaltungsaktes nicht nur der Finanzierungszweck, sondern auch ein Lenkungszweck verbirgt. Insofern aber sieht sich das Eigentum nicht einem Steuereingriff, sondern einem lenkenden Wirtschaftsverwaltungsakt gegenüber, einer Verwaltungstätigkeit also, gegen die es das Grundrecht nicht schutzlos stellen will⁶¹. –

Der Wohlfahrtsstaat hat das Verhältnis von Staat und Gesellschaft in der Hinsicht verändert, daß er die liberale Freiheit von Eigentum, Gewerbe und Vertrag sozial eingebunden hat. Insofern ist er mit dem Freiheitsbegriff der bürgerlichen Gesellschaft und ihres liberalen Rechtsstaates nicht vereinbar. Im sozialen Rechtsstaat sind Eigentum, Gewerbe und Vertrag, da sie sich als untauglich zur Herstellung sozialer Gerechtigkeit erwiesen haben, in dem Maß vergesellschaftet, in dem sie an dieser Unfähigkeit leiden. Damit ist nicht ein Gegensatz zum Rechtsstaat aufgerissen, derart, daß die soziale Gerechtigkeit mit dem Abbau des Rechtsstaates erkaufte werden müßte, sondern es ist dem Rechtsstaat ein neuer Inhalt gegeben worden⁶². Unter den Bedingungen der Industriegesellschaft entspringt soziale Sicherheit weniger aus privatrechtlicher Verwendung des produktiven Eigentums als aus öffentlich-rechtlicher Austeilung von Bezugsrechten, aus „publizistischen Eigentumssurrogaten“ (Köttgen)⁶³. Darin drückt sich aus, daß die Industriegesellschaft, im Gegensatz zur bürgerlichen Gesellschaft, keine Gesellschaft der

⁶¹ *Bäumlin*, Staat, Recht und Geschichte, 1961, S. 13 f.; *Christoph Bellstedt*, Verfassungsrechtl. Grenzen der Wirtschaftslenkung durch Steuern, 1962, S. 123 ff.; *Badura*, Das Verwaltungsmonopol, 1963, S. 329 Anm. 64.

⁶² *Gygi*, Rechtsstaatsproblem aaO; *Harry W. Jones*, The Rule of Law and the Welfare State, Columbia Law Review 58 (1958), 143–156. – Eine andere Deutung („Überanstrengung des Rechts“) bei *Hans Huber*, Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates, in: Festgabe für Giacometti, 1953, S. 59–88.

⁶³ *Jones*, aaO, S. 154 ff.; *Köttgen*, Eigentumspolitik als Gegenstand von Tarifverträgen in verfassungsrechtlicher Sicht, in: *Georg Leber*, Vermögensbildung in Arbeitnehmerhand, 1965, S. 173–184; *Werner Weber*, Das politische Kräftesystem in der wohlfahrtsstaatlichen Massendemokratie, in: Zum Problem des Gleichgewichts zwischen Wirtschaftspolitik und Staatspolitik, Schriftenreihe des Dt. Industrie- und Handelstages, Heft 39, 1956, S. 35/40 f.

Eigentümer ist, und daß deshalb in ihr soziale Freiheit im Regelfall nicht eine Funktion des Eigentums, sondern der Arbeit und der die Bedingungen der Arbeit und ihres Ertrages unablässig beeinflussenden Verwaltung ist. Die Kontinuität zwischen liberalem und sozialem Rechtsstaat besteht darin, daß beide Staatsformen eine Unterschiedenheit von Staat und Gesellschaft voraussetzen und daß sie die Staatstätigkeiten als rechtsgebunden betrachten. Das Recht allerdings, das jeweils gemeint ist, ist durch seine soziale Funktion verschieden. Dort ist es die schützende Abgrenzung koexistierender Freiheiten, hier ist es die Ordnung, nach der die gleichwohl im Prinzip privatwirtschaftlich bleibende gesellschaftliche Produktivkraft gestaltet und ihre Erzeugnisse verteilt werden. Die Arbeit, die Gestalt, die Zwecke und die Rechtsformen der Verwaltung sind die Bedingungen, unter denen der soziale Rechtsstaat in der ihn auszeichnenden Weise das Recht verwirklicht.