

# § 99

## Mittel staatlichen Handelns

*Paul Kirchhof*

### Übersicht

	Rn.		Rn.
A. Umfassende Staatsgewalt mit begrenzten Mitteln	1– 79	2. Rechtliche Sonderung einer tatsächlich verbundenen Geldwirtschaft	104–110
I. Verfaßtheit des Staates in den Mitteln seines Handelns	1– 28	3. Sach-, Dienst- und Geldleistungen	111–115
1. Die Idee des Rechtsstaates und seine Gefährdung	1– 8	4. Wirtschaftsgüter in privater und öffentlicher Hand	116–117
2. Allzuständigkeit ohne umfassende Handlungsbefugnisse	9– 11	IV. Organisation	118–135
3. Notwendigkeit und Bedrohlichkeit der Staatsgewalt	12– 15	1. Organisation und Organisationsgewalt	118–119
4. Handlungsmittel je nach Aufgaben	16– 20	2. Das Organisationsstatut des Grundgesetzes	120–125
5. Die Zielgerichtetheit staatlichen Handelns	21– 24	3. Ausgliederung von Tätigkeiten	126–135
6. Staatliches Handeln in der Europäischen Union und der Völkerrechtsgemeinschaft	25– 28	C. Die Wirkungsweisen staatlichen Handelns	136–246
II. Ausgangstatbestände	29– 79	I. Wissen, Erfahren, Planen	137–147
1. Aufgabe	30– 41	1. Vorbereiten von Entscheidungen	139–141
a) Freiheitsgebundener Staat, freiheitsberechtigte Gesellschaft	31– 34	2. Zuständigkeit und Teilhabe	142–143
b) Autonomes Handeln, nicht freiheitlicher Wettbewerb	35– 41	3. Grenzen des Planbaren und des Plans	144–147
2. Kompetenz	42– 48	II. Entscheiden	148–178
3. Befugnis	49– 54	1. Einhelligkeit	150–153
4. Betroffene, Beteiligte, Teilhabende	55– 62	2. Einseitiges Regeln	154–156
5. Die Formgebundenheit staatlichen Handelns	63– 68	3. Das Vereinbaren	157–169
6. Das Verfahren	69– 79	4. Mehrheitliches Regeln	170–178
B. Grundlagen staatlichen Handelns	80–135	III. Ausführen	179–223
I. Staatsgewalt	81– 91	1. Begründen von Verbindlichkeiten	180–205
1. Das Begründen von Verbindlichkeiten	83– 87	2. Tatsächliches Handeln	206–223
2. Die Fähigkeit zum Recht	88– 91	IV. Kontrollieren	224–246
II. Staatliches Personal	92– 98	1. Die mitgestaltende Kontrolle	227–230
1. Das Amt	93– 95	2. Die Selbstkontrolle	231–235
2. Anforderungen an den „öffentlichen Dienst“	96– 98	3. Die unabhängige Rechtskontrolle	236–238
III. Finanzmittel	99–117	4. Die Aufsicht des Staates	239–242
1. Das Geld als Blankettinstrument staatlichen Handelns	99–103	5. Zusammenwirken verschiedener Kontrollen	243–246
		D. Bibliographie	

## A. Umfassende Staatsgewalt mit begrenzten Mitteln

### I. Verfaßtheit des Staates in den Mitteln seines Handelns

#### 1. Die Idee des Rechtsstaates und seine Gefährdung

**1**  
Charakterisierung  
des Staates in seinen  
Mitteln

Das Grundgesetz regelt die Mittel, weniger die Ziele staatlichen Handelns. Der Staat ist in seinen Handlungsweisen, nur selten in seinen Aufgaben verfaßt. Sein Einfluß und seine Verantwortlichkeit berühren alle Bereiche individuellen und gesellschaftlichen Lebens und entwickeln sich von der „policey“, des durch Mauern geschützten Gemeinwesens und seiner gemeinsam betriebenen „Politik“<sup>1</sup>, über einen aufklärungsgewissen Auftrag einer gemeinsamen „Glückseligkeit“ von Fürst und Volk<sup>2</sup> zu einem freiheitsverpflichteten Staat, der in einem prinzipiellen Freiheitsvertrauen die Gestaltung von individuellem Leben und Gemeinwohl<sup>3</sup> von den freiheitsberechtigten Bürgern erwartet. Der Staat stützt die Freiheit des einzelnen durch rechtliche Gewährleistungen und Rechtsinstitute, sichert durch staatliche Einrichtungen, Organisations- und Finanzhilfen Grundlagen individuellen Handelns, wehrt Störungen ab, stimmt das Verhalten des einzelnen auf gemeinschaftliche Bedürfnisse und auf Anliegen des Gemeinwesens ab, plant und lenkt Entwicklungen des öffentlichen Lebens. Der einzelne ist auf die Gemeinschaft angewiesen, der Staat beansprucht eine Allzuständigkeit für den Einsatz begrenzter Handlungsmittel. Diese Allzuständigkeit kommt am deutlichsten in dem thematisch kaum beschränkten Staatsvorbehalt zur Rechtsetzung und zur Rechtsdurchsetzung zum Ausdruck. Je mehr das Recht mit seinen Geboten, Verboten, Genehmigungsvorbehalten und Sanktionsdrohungen an gestaltender Kraft verliert<sup>4</sup>, es in der Vielfalt seiner Quellen<sup>5</sup> an Einprägbarkeit, Vertrautheit und Legitimation<sup>6</sup> einbüßt, manche Regelung auch durch die Entwicklung ihres Gegenstandes – der Technik, der Mobilität, der Bedürfnisse und Mentalitäten – fragwürdig wird, desto mehr muß der Staat die Kraft zu Frieden und Recht zurückgewinnen.

**2**  
Rechtsstaat als  
Schleusenbegriff mit  
hartem Kern

Im Ideal des Rechtsstaates bestimmt das Recht den Staat. Der Rechtsstaat bezeichnet die Staatsgattung<sup>7</sup> des durch einen rechtlichen Sicherheitsauftrag und durch Freiheitsgarantien geprägten Staates, später die Form des Staates, der bürgerliche Freiheit und rechtliche Gleichheit, Unverbrüchlichkeit und

1 Michael Stolleis, Entwicklungsstufen der Verwaltungswissenschaften, in: GVwR, Bd. I, 2006, § 2 Rn. 9.

2 Virginia Bill of Rights vom 12. 6. 1776, abgedruckt in: Günther Franz (Hg.), Staatsverfassungen – eine Sammlung wichtiger Verfassungen der Vergangenheit und Gegenwart in Urtext und Übersetzung, 21964, S. 6ff.; zur Tradition der Staatsziele von Wohlfahrt, Glück und Sicherheit: Hans Maier, Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre, 21980, S. 214; Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, 1885, Einleitung.

3 → Bd. IV, *Isensee*, § 71 Rn. 20ff.

4 Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee, 22006, S. 19ff.; Andreas Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: GVwR, Bd. I, 2006, § 1 Rn. 10.

5 → Unten *Ossenbühl*, § 100 Rn. 40ff.

6 → Bd. III, *Böckenförde*, § 34 Rn. 16ff.

7 Ernst-Wolfgang Böckenförde, Recht, Staat, Freiheit, 1991, S. 145f.

den Vorrang des Gesetzes auch für die handelnde Verwaltung gewährleistet, der eine Unabhängigkeit des Richters garantiert und das Strafverfahren rechtsgeprägt gestaltet. Diese Prinzipien geben dem Staat Maß und Charakter<sup>8</sup>. Der Rechtsstaat handelt stets durch das Recht und legitimiert sich im Recht. Der Rechtsstaat ist jedoch ein „Schleusenbegriff“<sup>9</sup>, in den sich wandelnde staats- und verfassungsrechtliche Vorstellungen einfließen, aus dem heraus neue Anfragen an das Recht in der Kontinuität des Rechtlichen beantwortet werden. Der Rechtsstaat gewährt Sicherheit und Landfrieden<sup>10</sup>, wird sich dann der Mächtigkeit des Sicherheit gewährenden Staates und der in ihm angelegten Freiheitsgefährdung<sup>11</sup> bewußt. Das Recht dient eher der Staatseingrenzung und Staatsabwehr, drängt den modernen Staat jedoch auch, nicht nur die Freiheitsinhalte zu gewährleisten, sondern auch die Freiheitsvoraussetzungen zu pflegen<sup>12</sup>, also den Staat nicht nur zu begrenzen, ihn nicht nur auf die Nichtintervention zu verpflichten, sondern ihn zur Daseinsvorsorge, zur Gestaltung und Umgestaltung individueller Lebensverhältnisse, zur Verteilung und Umverteilung von Finanzkraft, zur Organisations- und Wissenshilfe zu verpflichten, ihn als „sozialen“ Staat zu verstehen<sup>13</sup>. In dieser Entwicklung haben sich die Unverbrüchlichkeit, der Vorrang und der Vorbehalt des Gesetzes für die handelnde Verwaltung verfestigt. Individuell einklagbare subjektive öffentliche Rechte schaffen eine Ordnung gegenseitiger Verpflichtungen. Die Distanz zwischen Staat und Bürger geht verloren. Eine Zusammenarbeit zwischen Verwaltung und Bürger setzt auf eine Gemeinschaft des Wissens, des Problemverständnisses, der Zielfindung und Aufgabenerfüllung, des mitwirkungsbedürftigen und informalen Handelns<sup>14</sup>.

Auch das unverbrüchliche und unveräußerliche Recht ist geschichtlich geprägt, im Auftrag des Gesetzgebers und des freiheitsberechtigten Bürgers auf Neuerungen angelegt. Das europäische Rechtsdenken sucht die ständig erneuerte tragfähige Synthese zwischen der traditionellen Orientierung und der Moderne, während andere Länder eher von der unabänderlich wörtlichen Geltung eines hergebrachten Gesetzes ausgehen<sup>15</sup>. Die universalen Menschenrechte sind als Texte nahezu weltweit und gleichlautend anerkannt, haben jedoch in der Mannigfaltigkeit der Staatengemeinschaft, der Staats-

## 3

Geschichtlichkeit  
des Rechts

8 Böckenförde (N 7), S. 150f.

9 Böckenförde (N 7), S. 143.

10 Josef Isensee, Der Verfassungsstaat als Friedensgarant, in: Rudolf Mellinghoff/Gerd Morgenthaler/Thomas Puhl (Hg.), Die Erneuerung des Verfassungsstaates, 2003, S. 7ff.

11 Paul Kirchhof, Der Staat als Garant und Gegner der Freiheit, 2004, S. 9f.

12 Paul Kirchhof, Grundrechtsinhalte und Grundrechtsvoraussetzungen, in: HbdGR, Bd. I, § 21 Rn. 52ff.; → Bd. II, Isensee, § 15 Rn. 173.

13 Zur Entwicklung Schmidt-Aßmann (N 4), S. 62ff.; Werner Conze, Artikel „Sicherheit“; in: Otto Brunner/Werner Conze/Reinhart Koselleck (Hg.), Geschichtliche Grundbegriffe, Bd. V, 1984, S. 831f.; Ernst Rudolf Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. III, 2<sup>1978</sup>, S. 973f.

14 Vgl. Carl-Eugen Eberle, Arrangements im Verwaltungsverfahren, in: DV 17 (1984), S. 439f.; Fritz Ossenbühl, Informelles Hoheitshandeln im Gesundheits- und Umweltschutz, in: UTR 1987, S. 27f.; Hartmut Bauer, Informelles Verwaltungshandeln im öffentlichen Wirtschaftsrecht, in: VerwArch 78 (1987), S. 241; Martin Schulte, Informales Verwaltungshandeln als Mittel staatlicher Umwelt- und Gesundheitspflege, in: DVBl 1988, S. 512ff.; Schmidt-Aßmann (N 4), S. 125f.; Voßkuhle (N 4), § 1 Rn. 10.

15 Karl Lehmann, Chancen und Grenzen des Dialogs zwischen den „Abrahamitischen Religionen“, in: Benedikt XVI. (Hg.), Glaube und Vernunft, 2007, S. 97 (111f.).

und Regierungsformen sehr unterschiedliche Folgen<sup>16</sup>. Eine Staatsverfassung faßt eine historisch gewachsene Rechtskultur in verbindlichen Regeln zusammen, sucht Bleibendes trotz der Zeit zu bewahren, unterliegt aber selbst einer stetigen Entwicklung; das Grundgesetz ist inzwischen 52mal geändert worden<sup>17</sup>. Das Gesetzesrecht schafft in einzelnen Kernbereichen – des bürgerlichen Rechts, des Strafrechts, des allgemeinen Polizeirechts – stetige und verlässliche Grundlagen des Rechtslebens, verfehlt aber gegenwärtig seinen Auftrag, einem komplizierter werdenden Leben durch einfaches Recht Maßstab und Orientierung zu geben. Eine Normenflut<sup>18</sup> und eine Normänderungsflut<sup>19</sup> machen das Gesetzesrecht unübersichtlich und widersprüchlich, verweigern dem Bürger rechtliche Planungssicherheit, nehmen dem Recht Vertrautheit und damit Vertrauen. Auch das allgemeine Gesetz bemüht sich unter dem Einfluß von Verbänden und einer gestaltungswilligen Rechtsberatung um die Gerechtigkeit des einzelnen Falles und der kleinen Gruppe<sup>20</sup>; der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz<sup>21</sup>, die Deutung des allgemeinen Gleichheitssatzes als Ausdruck individualisierender Gerechtigkeit<sup>22</sup> und die Vernachlässigung des Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG (Verbot des Einzelfallgesetzes) tragen zur Unverlässlichkeit und damit Willküranfälligkeit dieser Gesetzgebung und dementsprechend der Gesetzesanwendung bei<sup>23</sup>. Das Zusammenwirken von Recht aus unterschiedlichen Quellen, insbesondere des Verfassungsrechts, des Europarechts, des Bundes- und Ländergesetzesrechts erschweren die Systematik, Folgerichtigkeit und Widerspruchsfreiheit, schwächen die Steuerungskraft des Rechts<sup>24</sup>, verlieren in einem „Mehrebenensystem“<sup>25</sup> die Klarheit geordneter Rechtsentstehens- und Rechtserkenntnisquellen und laufen Gefahr, in der sprachlichen Umdeutung zu gleichwertigen Ebenen ihre Unterschiede in der rechtstaatlichen Funktion und demokratischen Legitimation einzubüßen. Gesetzgebungsfehler<sup>26</sup> schwächen zudem Autorität und Wirkkraft der

16 Klaus Stern, Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte, in: HStR V, <sup>2</sup>2000 (<sup>1</sup>1992), § 108 Rn. 46.

17 Vgl. das 52. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28. 8. 2006, BGBl I, S. 2034; zu den Grenzen einer Verfassungsänderung und zum stillen Verfassungswandel → Bd. II, *Isensee*, § 15 Rn. 183; *P. Kirchhof*, § 21 Rn. 28 f., 63. Vgl. auch *Peter Badura*, Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsgewohnheitsrecht, in: HStR VII, 1992, § 160 Rn. 13 f.

18 → Unten *Ossenbühl*, § 100 Rn. 77 ff.; *Franz Reimer*, Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in: GVwR, Bd. I, 2006, § 9 Rn. 99; *Hans Schneider*, Gesetzgebung, <sup>3</sup>2002, Rn. 156.

19 *Erika Müller*, Gesetzgebung im historischen Vergleich, 1989, S. 166 ff.; *Reimer* (N 18), § 9 Rn. 100; → unten *Ossenbühl*, § 100 Rn. 77 ff.

20 *Friedhelm Hufen*, Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung im Leistungsrecht, in: VVDStRL 47 (1989), S. 142 (154).

21 Vgl. *Früz Ossenbühl*, Maßhalten mit dem Übermaßverbot, in: FS für Peter Lerche, 1993, S. 151 (156 f.); *Detlef Merten*, Zur verfassungsrechtlichen Herleitung des Verhältnismäßigkeitsprinzips, in: FS für Herbert Schambeck, 1994, S. 349 (350 f., 377 f.).

22 BVerfGE 55, 72 (88) – Präklusion; BVerfGE 100, 195 (205) – Einheitswert; BVerfGE 108, 52 (78) – Kindergeldanspruch für Ausländer.

23 *Reimer* (N 18), § 9 Rn. 102.

24 *Peter M. Huber*, Die entfesselte Verwaltung, in: StWissStP 6 (1997), S. 423 (444); *Thomas von Danwitz*, Verwaltungsrechtliches System und europäische Integration, 1996, S. 206.

25 *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Verfassungsprinzipien für den Europäischen Verwaltungsverbund, in: GVwR, Bd. I, 2006, § 5 Rn. 10 f.; *Hinnerk Wißmann*, Verfassungsrechtliche Kompetenzordnung, ebd., § 15 Rn. 2.

26 Für eine Übersicht: *Reimer* (N 18), § 9 Rn. 95 f.

Gesetze. Vorbereitungen zu großen Kodifikationen, insbesondere im Sozialrecht<sup>27</sup>, im Umweltrecht<sup>28</sup>, im Informationsrecht<sup>29</sup> und im Steuerrecht<sup>30</sup> suchen die Gesetzgebung wieder auf Grundsatzregelungen zurückzuführen und von Teilordnungen zu entlasten, könnten eine Neuzeit der großen Kodifikationen einleiten<sup>31</sup>, bestimmen aber noch nicht das Gegenwartsgesicht der Gesetzgebung. Staatliches Handeln muß in der Fülle des Gesetzesrechts zu einer durch das Gesetz geprägten Struktur zurückfinden, das Gesetz sich auf das „Wesentliche“ beschränken und dadurch Gestaltungsmacht zurückgewinnen.

Das Rechtsstaatsprinzip, einer der zentralen Rechtsgedanken des Grundgesetzes<sup>32</sup>, hat sich in den letzten 60 Jahre auch gegenüber dem Gesetzesadressaten bewähren und in der Geltungs- und Gestaltungskraft des Rechts behaupten müssen. Die Systemtheorie<sup>33</sup> stellt die Steuerungsfähigkeit des Rechts grundlegend in Frage, weil die Gesellschaft sich in einzelne Teilsysteme – der Wirtschaft, der Kultur, der Wissenschaft, der Religion – untergliedere, dort eigene Handlungsrationalitäten entwickle und auf „Außenreize“ weitgehend unvorhersehbar nach eigenen Maßstäben reagiere. Diese Untergliederungen hat das Recht jedoch durch die Autonomie – der Kirchen, der kommunalen Selbstverwaltung, der funktionalen Selbstverwaltung insbesondere der Hochschulen, der Sozialversicherungsträger und der Kammern –, durch die Verselbständigung von Anstalten und Behörden, etwa im Bereich von Kredit und Finanzierung, Prüfung und Sachverstand, Sozial- und Bildungspolitik, sowie durch öffentliche Wirtschaftsunternehmen aufgenommen und in eine Gesamtordnung eingebettet. Zudem nähern sich Staat und Gesellschaft durch Beleihung, gemischt-wirtschaftliche Unternehmen, gemeinnützige Einrichtungen und marktnahes Staatshandeln einander an<sup>34</sup>. Zwischen Gesetz und Gesetzesvollzug drängt sich ein System der Räte<sup>35</sup> und von Organen der Zielführung, Evaluation, Qualitätssicherung und Akkreditierung<sup>36</sup>, die das Recht in den Sog von Interessentenwissen, Erwerbsmotiv und Gruppenherrschaft geraten lassen. Staatliche Entscheidungen werden durch gesellschaftlichen Willen beim „Energiekonsens“ oder einem „Bündnis für Arbeit“

## 4

Steuerungsfähigkeit  
des Rechts

27 Werner Thieme, Das halbgescheiterte Sozialgesetzbuch, in: FS für Hans Zacher, 1998, S. 1101 f.

28 Michael Kloepfer/Wolfgang Durner, Der Umweltgesetzbuch-Entwurf der Sachverständigenkommission, in: DVBl 1997, S. 1081 f.

29 Friedrich Schoch/Michael Kloepfer, Informationsfreiheitsgesetz, 2002.

30 Paul Kirchhof, Einkommensteuergesetzbuch, 2004; vgl. zum Grundsätzlichen Hans-Jürgen Papier, Steuerungs- und Reformfähigkeit des Staates, in: Rudolf Mellinghoff/Gerd Morgenthaler/Thomas Puhl (Hg.), Die Erneuerung des Verfassungsstaates, 2003, S. 103 f.

31 Reimer (N 18), § 9 Rn. 2.

32 Gerhard Leibholz, Strukturprobleme der modernen Demokratie, <sup>3</sup>1974, S. 168 f.; → Bd. II, Schmidt-Aßmann, § 26 Rn. 16.

33 Niklas Luhmann, Soziale Systeme, <sup>5</sup>1994, S. 57 f.; ders., Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 38 f.

34 Zu den Erscheinungsformen im einzelnen → unten Krebs, § 108 Rn. 22 f., 36 ff., 44 f. Vgl. auch Thomas Groß, Die Verwaltungsorganisation als Teil organisierter Staatlichkeit, in: GVwR, Bd. I, 2006, § 13 Rn. 63 f.

35 → Bd. III, Voßkuhle, § 43 Rn. 17 ff. Vgl. auch Meinhard Schröder, Wirkungen der Grundrechtscharta in der europäischen Rechtsordnung, in: JZ 2002, S. 849 ff.

36 S.u. Rn. 7.

gesellschaftlich vorgeprägt<sup>37</sup>. „Auspaktierte“ Regelungen können verfassungsrechtliche Kompetenzen und Grundrechte beeinträchtigen<sup>38</sup>, fordern „Begleitstrukturen“ zur Sicherung des parlamentarischen Einflusses<sup>39</sup>, schwächen die Entscheidungen der Staatsorgane in ihrer unbefangenen Sachgerechtigkeit, in der Gesetzlichkeit, die den Gleichheitssatz und eine Gemeinwohl-gewähr am ehesten sichern<sup>40</sup>. „Fast alle Vorkehrungen, die die Verfassung zur Gewährleistung des Demokratieprinzips und des Rechtsstaatsprinzips trifft, werden durch den paktierenden Staat unterlaufen“<sup>41</sup>. Normersetzende Absprachen<sup>42</sup>, die Verlagerung von Gesetzgebungsaufgaben auf nichtstaatliche Organisationen<sup>43</sup>, die Aushöhlung des parlamentarischen Budgetrechts<sup>44</sup>, die Abwanderung von Regelungsgegenständen aus dem staatlichen Herrschaftsbereich<sup>45</sup> und die Vernetzung von Rechtsquellen und Institutionen verschiedener Staaten<sup>46</sup> begründen den Auftrag, das Verfassungsgesetz und seine gesetzliche Ausprägung wieder zur kraftvollen Mitte der Rechtsordnung zu machen, zwischen freiheitsverpflichtetem Staat und freiheitsberechtigter Gesellschaft wieder Distanz zu wahren.

## 5

## Informales Handeln

Vielfach handelt der Staat jenseits von Formbindung und freiheitlicher Distanz zu den Betroffenen, sucht ihr Einvernehmen, ihre Wissens- und Willensbeteiligung an staatlichen Entscheidungen, billigt ihnen faktisch oft eine Vorwegnahme staatlicher Entscheidungen zu<sup>47</sup>: Ein Koalitionsvertrag, ein Atomkonsens oder eine parteiinterne Mitgliederbefragung zur Wahl eines Ministerpräsidenten verlegen Entscheidungsmacht von den Staatsorganen in den nichtstaatlichen Bereich. Die Verwaltung traut sich die Lösung schwieriger ökonomischer, ökologischer, technologischer oder sozialer Probleme nur im Zusammenwirken mit den Betroffenen und Beteiligten zu, klärt im Konsens Rechtsfragen und vermeidet Rechtsstreitigkeiten, erschließt sich privates Wissen für behördliche Entscheidung, sichert die Entwicklungsoffenheit und Anpassungsfähigkeit staatlichen Regels, beschleunigt das Verfahren, mindert Planungs- und Kostenrisiken<sup>48</sup>. Selbst in der Rechtsprechung werden

37 *Matthias Herdegen*, Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung?, in: VVDStRL 62 (2003), S. 7 ff.; *Paul Kirchhof*, Demokratie ohne parlamentarische Gesetzgebung?, in: NJW 2001, S. 1332 ff.

38 *Herdegen* (N 37), S. 17.

39 *Martin Morlock*, Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung?, in: VVDStRL 2002 (2003), S. 17: Anlehnung an Art. 23 GG; *Herdegen* (N 37), S. 18: „Maßstäbebeschlüsse“.

40 S. u. Rn. 74.

41 *Dieter Grimm*, Das Grundgesetz nach 50 Jahren. Versuch einer staatsrechtlichen Würdigung, in: DRiZ 2000, S. 148 (158).

42 Vgl. *Herdegen* (N 37), S. 17.

43 Vgl. die Auferlegung zwangsbewehrter Verhaltenspflichten durch die „Regierungskommission deutscher Corporate Government Kodex“.

44 → Bd. III, *Puhl*, § 48 Rn. 64.

45 *Jens-Peter Schneider*, Zur Ökonomisierung von Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaften, in: Verw 2001, S. 317 (337 f.): Vergabe von Domain-Adressen im Internet durch private ICANN.

46 *Herdegen* (N 37), S. 10, spricht von einer „Disaggregation des Staates“.

47 → Bd. III, *Schoch*, § 37 Rn. 96 f.

48 → Bd. III, *Schoch*, § 37 Rn. 96. Vgl. auch *Schmidt-Aßmann* (N 4), S. 352 ff.; *Jens-Peter Schneider*, Kooperative Verwaltungsverfahren, in: VerwArch 87 (1996), S. 38 (46 f.)

Abreden üblich, insbesondere bei der einvernehmlichen Beendigung eines Strafprozesses („Deal“) <sup>49</sup>, bei der Mediation <sup>50</sup> und bei „Stillhalteabkommen“ im Rahmen gerichtlicher Eilverfahren <sup>51</sup>. Daneben tritt die staatliche Informationstätigkeit, bei der die öffentliche Hand durch Aufklärung, Beratung, Empfehlung und Warnung ihre Aufgaben mit dem Instrumentarium moderner Informations- und Kommunikationstechniken erfüllt <sup>52</sup>. Ein derart informales Handeln sucht die Nähe zum Bürger, verliert aber mit der Distanz zum Bürger auch ein Stück unbefangener Vergewisserung über Recht und Amtsauftrag, gefährdet im Einvernehmen das unveräußerbare Recht, delegitimiert in der Verlagerung von Entscheidungsmacht staatliche Organe, schwächt im Zusammenwirken Verfahrensgerechtigkeit und Gerichtsschutz, macht staatliches Handeln vom individuellen Verstehen und Verständigen abhängig, überläßt die Auswahl des Partners weitgehend dem nicht rechtlich strukturierten Willen von Regierung und Verwaltung. Diese Entrechtlichung wird in der Regel Regierung und Verwaltung stärken <sup>53</sup>, das auf Allgemeinheit angelegte Parlament schwächen. Die einseitige staatliche Informationstätigkeit wirkt ungeformt in die Breite, kann in ihren Wirkungen unter den Bedingungen moderner Massenmedien kaum verlässlich gemäßigt werden, braucht deshalb zumindest eine verfassungsrechtliche Bindung innerhalb der staatlichen Aufgabe <sup>54</sup>, der Kompetenzordnung <sup>55</sup> und eines Sachlichkeitsgebots <sup>56</sup>.

Der Staat wechselt seine Handlungsmittel noch grundlegender, wenn er statt durch das Recht mit der Macht des Geldes handelt <sup>57</sup>. Steuern <sup>58</sup> und Abgaben <sup>59</sup> finanzieren nicht nur, sondern lenken, nehmen also dem Steuerpflichtigen ein Stück Freiheit, indem sie finanzielle Vergünstigungen anbieten oder steuerliche Sonderlasten androhen, damit die Unausweichlichkeit staatlichen Lenkens je nach finanzieller Leistungsfähigkeit unterscheiden und den Erfolg staatlichen Handelns auch von der Entscheidung des Adressaten abhängig machen, der sich „freikaufen“ kann. Staatliche Leistungssubventionen <sup>60</sup> unterstützen wirtschaftliche Initiativen von Unternehmen, begünstigen Umweltschutz oder Kulturschaffen, fördern das Wohnungswesen, Bildungseinrichtungen oder den Sport. Eine Ökonomisierung des Rechts sucht staatliches Handeln in den Sog marktwirtschaftlichen Tauschens und wettbewerblicher

## 6

Herrschaft des Geldes

49 Vgl. das Referat von *Eberhard Stütz*, Das Justizgewährungsdefizit, in: Verh. des 66. DJT, 2006, Bd. II/1, S. R 49f.

50 *Rainer Pitschas*, Mediation als Methode und Instrument der Konfliktmittlung im öffentlichen Sektor, in: NVwZ 2004, S. 396f.

51 → Bd. III, *Schoch*, § 37 Rn. 44.

52 BVerfGE 105, 252 (268f.) – Glykol; BVerfGE 105, 279 (293) – Osho.

53 → Bd. I, *Grimm*, § 1 Rn. 73f.; → Bd. III, *Schoch*, § 37 Rn. 108f. Vgl. auch *Schmidt-Aßmann* (N4), S. 330f.

54 BVerfGE 105, 252 (268f.) – Glykol; BVerfGE 105, 279 (293 ff.) – Osho.

55 BVerfGE 44, 125 (149) – Öffentlichkeitsarbeit; BVerfGE 105, 252 (270) – Glykol.

56 BVerfGE 57, 1 (8) – NPD; BVerfGE 105, 252 (272f.) – Glykol; sehr kritisch dazu → Bd. III, *Schoch*, § 37 Rn. 111 f. m. weit. Nachw.

57 → Unten *Waldhoff*, § 116 Rn. 8f.; *P. Kirchhof*, § 118 Rn. 46f.; *Heintzen*, § 120 Rn. 15f.; *Gröpl*, § 121 Rn. 4f.

58 → Unten *P. Kirchhof*, § 118 Rn. 46f.

59 → Unten *P. Kirchhof*, § 119 Rn. 24.

60 → Unten *Kämmerer*, § 124 Rn. 1f.

Preis- und Kostenbemessung zu drängen<sup>61</sup>. Die Grenze zwischen der staatlichen Gewähr von Freiheit, Markt und Wettbewerb und der privaten Entfaltung von Wirtschaftstätigkeit<sup>62</sup> wird durch eine vom Staat für den wirtschaftlichen Ablauf übernommene Gesamtverantwortlichkeit „bis zur Unkenntlichkeit“ verfremdet<sup>63</sup>. Dementsprechend richten sich die Erwartungen der Bürger an den Staat weniger auf gutes Recht und mehr auf gutes Geld. Die aus der Macht des Geldes abgeleiteten Handlungsformen entziehen sich strikter rechtlicher Bindung. Das Übermaßverbot wird in den Schranken der Staatsverschuldung<sup>64</sup>, der grundrechtlichen Obergrenze für Steuerlasten<sup>65</sup> und einer nur schwach ausgeprägten Staatsaufgabenlehre<sup>66</sup> nur sehr vage aufgenommen<sup>67</sup>. Die Knappheit der Haushaltsmittel verpflichtet; doch die Verfassungsmaßstäbe der „Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit“ (Art. 114 Abs. 2 GG)<sup>68</sup> drängen in einen verallgemeinerten Maßstab der „Effizienz“<sup>69</sup>. Staatliches Handeln wird für die Vielfalt so vieler Kompromisse anfällig, als eine Summe in Euro teilbar ist. Der Wechsel vom Handlungsmittel des Rechts zu dem des Geldes verschiebt aber vor allem die Gleichheit zum Privileg: Würde der Staat heute 80 Millionen Euro gleichheitsgerecht auf 80 Millionen Bürger verteilen, also jedem einen Euro zukommen lassen, wäre diese Maßnahme sinnlos. Gibt er hingegen 80 Bürgern je eine Million Euro, kann er lenken, Strukturen verändern, Bedarf und Begehrlichkeiten wecken.

## 7

Kooperatives  
Verwalten

Mitwirkungsoffenes Verwalten gibt dem Bürger ein Stück Selbstbestimmung zurück, eröffnet aber auch den individualnützigen Zugriff auf das Verwaltungshandeln und die Staatskasse. Staat und Bürger arbeiten bei der privaten Rechtsetzung zusammen<sup>70</sup>, bei den auf Eigennutz und Eigendynamik angelegten Kompensationslösungen<sup>71</sup>, auch bei den marktähnlich wirkenden Zertifizierungen im Umwelt-<sup>72</sup>, Wirtschafts-<sup>73</sup> und Bildungsrecht<sup>74</sup>, bei der „Selbstbedienung“ des Steuerpflichtigen durch Erfüllung eines steuergesetzlichen Verschonungstatbestandes<sup>75</sup>. Zwischen Staat und Bürger schieben sich Akkreditierungsausschüsse, Evaluationsbüros und Qualitätssicherungsagen-

61 → Unten *Gröpl*, § 121 Rn. 4f.

62 BVerfGE 25, 1 (23) – Mühlengesetz; BVerfGE 29, 260 (267) – Rentenrechtliche Jahresarbeitsverdienstgrenze; BVerfGE 50, 290 (366) – Mitbestimmung; BVerfGE 65, 196 (210) – Altersruhegeld.

63 → Bd. IV, *Schmidt*, § 92 Rn. 57; vgl. auch *ders.*, Die Reform von Verwaltung und Verwaltungsrecht, in: *VerwArch* 2000, S. 149f.

64 → Unten *Pünder*, § 123 Rn. 45.

65 → Unten *P. Kirchhof*, § 118 Rn. 126f.

66 → Bd. IV, *Isensee*, § 73 Rn. 29f.; *Burgi*, § 75 Rn. 16f.

67 *Paul Kirchhof*, Die staatsrechtliche Bedeutung der Steuerreform, in: *JöR* 2006, S. 1 ff.

68 → Unten *Gröpl*, § 121 Rn. 16.

69 → Unten *Gröpl*, § 121 Rn. 13f.; vgl. auch *Schmidt* (N 63), S. 155f.

70 *Ferdinand Kirchhof*, Private Rechtssetzung, 1987, S. 133ff.; → unten *Ossenbühl*, § 100 Rn. 61 f.

71 *Andreas Voßkuhle*, Das Kompensationsprinzip, 1999, S. 53ff.

72 *Christoph Engel*, Institutionen zwischen Markt und Staat, in: *Verw* 2001, S. 1 ff.

73 *Michael Bauer*, Auf dem Weg zur analytisch-kommunikativen Verwaltung? Zum Wandel der öffentlichen Verwaltung in den liberalisierten Netzwerkindustrien, in: *Verw* 2003, S. 197ff.

74 Umweltrecht: *Charlotte Kreuter-Kirchhof*, Neue Kooperationsformen im Umweltvölkerrecht, 2005, S. 203f.; Wirtschaftsrecht: *Friedhelm Hufen*, Lebensmittelrecht, in: *Reiner Schmidt* (Hg.), Öffentliches Wirtschaftsrecht, Besonderer Teil 2, 1996, § 12 Rn. 137, 140f., 159f.; zum Bildungsrecht → Bd. IV, *Trute*, § 88 Rn. 42.

75 → Unten *P. Kirchhof*, § 118 Rn. 46ff.



turen, die gelegentlich in – erwerbswirtschaftlicher oder kollegialer – institutioneller Befangenheit zu handeln scheinen. Die Verwaltungsrechtsordnung und die Privatrechtsordnung begegnen sich im Verwaltungsprivatrecht und im Privatverwaltungsrecht<sup>76</sup>. Die Kraft des Rechts wird zum zentralen Thema staatlicher Handlungsmittel.

Je mehr der Staat austauschähnlich ein privates Wohlverhalten durch Zuwendungen oder Steuerverschonungen honoriert, rechtliches Regeln durch Einvernehmen ablöst, Feststellungs- und Entscheidungsverfahren privater Mitwirkung öffnet, desto mehr entfernt sich die Verwaltung von den Maßstäben der Unbefangenheit und Distanz und unterwirft staatliches Handeln, öffentliche Haushaltsressourcen und selbst Rechtsmaßstäbe individuellen Teilhabe- und Leistungsrechten. Ein Unterlassen – eine Unterversorgung – wird zum Rechtsverstoß und begründet damit staatliche Handlungspflichten. Diese Entgrenzung erfordert eine erneuerte Rechtsstaatlichkeit und demokratische Legitimation. Die Subjektivierung des Rechts schreitet voran, Akten und Entscheidungsverfahren verlieren an Vertraulichkeit, damit an Vertrauenswürdigkeit, oft auch an Richtigkeit. Die Sichtbarkeit staatlichen Handelns verflüchtigt sich im einvernehmlichen Tausch. Der Maßstab des Rechts ist neu zur Wirkung zu bringen.

**8**Entgrenzen des  
Verwaltens

## 2. Allzuständigkeit ohne umfassende Handlungsbefugnisse

Der Staat ist umfassend für das Gemeinwesen verantwortlich, braucht aber nicht alle zur Verwirklichung des Gemeinwohls erforderlichen Handlungen eigenständig vorzunehmen. Der Staat findet vielmehr eine „unverletzlich“ und „unveräußerlich“ im Menschen angelegte Freiheit vor, anerkennt diese Freiheit in einer freiheitlichen Verfassung und überläßt das Verhalten des einzelnen individueller Selbstbestimmung in Distanz zum Staat. Die Zuständigkeit des Staates beschränkt sich auf die Gewährleistung von Sicherheit und Freiheit, die Pflege der tatsächlichen Freiheitsvoraussetzungen und den Ausgleich zwischen Freiheitsausübung und Gemeinschaftsanliegen. Soweit der Staat individuelle Freiheit und Gruppenautonomie anerkennt, beschränkt er sich auf die Aufgaben des Garanten und Kontrolleurs, der nicht selbst handelt, sondern das Handeln der anderen fordert und erwartet, es auch in die Grenzen des Erlaubten verweist.

**9**Allzuständigkeit  
fordert nicht eigen-  
händiges Handeln

Soweit der Staat zu eigenem Handeln berechtigt oder verpflichtet ist, sind seine Zuständigkeiten und Befugnisse nicht in der Hand eines Organs gebündelt und oft auf die Zusammenarbeit mit privater Hand angelegt. Das Zusammenwirken von Freiheitsrechten und Kompetenzordnung kann staatliche Organe auf eine bloße Legalitätsreserve, auf eine elementare Existenz- und Friedenssicherung, eine Gewährleistungsverantwortung, eine nur subsidiäre

**10**Allzuständigkeit ist  
nicht Alleinzustän-  
digkeit

<sup>76</sup> Wolfgang Hoffmann-Riem, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnung, in: ders./Eberhard Schmidt-Aßmann (Hg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnung, 1996, S. 261 (271).