

WALTER LEISNER

DIE UNDEFINIERBARE VERWALTUNG

Zerfall der vollziehenden Gewalt



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

WALTER LEISNER · DIE UNDEFINIERBARE VERWALTUNG

Die undefinierbare Verwaltung

Zerfall der vollziehenden Gewalt

Von

Walter Leisner



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Leisner, Walter:

Die undefinierbare Verwaltung : Zerfall der vollziehenden Gewalt /

Walter Leisner. – Berlin : Duncker und Humblot, 2002

ISBN 3-428-10854-X

Alle Rechte vorbehalten

© 2002 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin

Druck: Berliner Buchdruckerei Union, Berlin

Printed in Germany

ISBN 3-428-10854-X

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706☺

Vorwort

Eine kritische Untersuchung der tradierten Lehre von der „Gewaltenteilung“ ist überfällig. Sie sollte sich nicht auf die vielbehandelte Trennung und Verschränkung der drei klassischen Pouvoirs beschränken, hat vielmehr anzusetzen bei dem, was diese jeweils konstituiert. Auch muss der rechtliche Zustand analysiert werden, in dem sich gegenwärtig Legislative, Exekutive und Judikative befinden, ihre Organisations- und funktionalen Wirkungsformen.

In der im Jahre 2001 erschienenen Betrachtung „Krise des Gesetzes“ hat sich der Verfasser mit der Lage der Gesetzgebenden Gewalt beschäftigt. Hier mussten Auflösungserscheinungen der Normenstaatlichkeit festgestellt werden, zwischen übersteigter Flexibilität und Starrheit der Gesetze. Die nun vorgelegte Monographie setzt dies fort mit einer Analyse der Zweiten Gewalt.

Allgemein wird von einer vollziehenden Gewalt gesprochen und diese vor allem in der „Verwaltung“ gesehen. Doch was ist diese „Verwaltung“? Lässt sich mehr über sie aussagen, als dass sie „den Rest der Staatstätigkeit nach Abzug von Legislative und Exekutive“ darstellt, und was bedeutet dies für den Begriff der „Exekutive“?

Hier soll ein Dreifaches gezeigt werden:

- „Die Verwaltung“ lässt sich als solche nicht definieren. Weder gelingt dies aus Gesetzesvollzug oder Einsatz einer Hoheitsgewalt, noch aus einem „Sich kümmern um Eigenes“ oder aus der Erfüllung wirtschaftlich sozialer Förderungsaufgaben. Verwaltung erweist sich als Konglomerat heterogener Staatstätigkeiten, mit einem gewissen Schwerpunkt bei einer „Fortsetzung der Gesetzgebung mit anderen Mitteln“.
- Organisationsrechtlich gibt es ebenfalls „die Verwaltung“ nicht. In Deutschland ist sie föderal, kommunal und in Autonomien zersplittert.
- Da es keine „Verwaltung“ im rechtlichen Sinne gibt, kann auch nicht von einer „Zweiten“, einer vollziehenden Gewalt gesprochen werden. Dies ist ein Relikt spätabolutistisch-konstitutionalistischer Vorstellungen.

Der fortschreitende Zerfall der Zweiten Gewalt könnte zu einem Verfassungszustand führen, in dem kleinere Organisationseinheiten Machtzentren in Gewaltenkonfusion bilden. Jedenfalls kann die – wohl von Anfang an missverstandene – Gewaltenteilungslehre kein überzeugendes Verfassungs-

prinzip mehr sein, nachdem „das Gesetz“ in der Krise, „die Verwaltung“ unauffindbar ist.

Herrn Professor Dr. h.c. Norbert Simon danke ich, in alter Verbundenheit, herzlich für die Übernahme der Arbeit in das Verlagsprogramm von Duncker & Humblot.

München, den 7. März 2002

Walter Leisner

Inhaltsverzeichnis

A. Die Problematik des Gewaltbegriffs – Verwaltung als „Gewalt“?	15
I. Die Vorstellung von einer „Verwaltung als Staatsgewalt“	15
1. Gewalt: Organ oder Funktion – ein unaufgelöster Synkretismus	15
2. Die verfassungsrechtliche Gewaltenteilung: „Verwaltung als vollziehende Gewalt“	17
3. Funktionalismus als Schwerpunkt – Verwaltung als „Restbestand“	18
II. Die Zweite Gewalt: Ein historisches Missverständnis.	21
1. Der Ursprung: die eine Summa Potestas und ihre Gegengewalten.	21
2. Gewaltenteilung: Momentaufnahmen zerfallender monarchischer Exekutivmacht	22
3. Das historische Glück der Gewaltenteilung: Die Entdeckung des „Gesetzes“	23
III. Die organhafte Verortung der „Verwaltung als Exekutive“ in der Verfassung – „Regierung“ und Verwaltung.	25
1. Die Abwertung der „Regierung“ in der französischen Entwicklung	25
2. Die deutsche Gewaltenteilungstradition: Regierung als Organ der Vollziehenden Gewalt	27
3. Regieren als Gesetzesvollzug?	28
IV. Die Unmöglichkeit einer organisationsrechtlichen Verankerung der Zweiten Gewalt	31
B. Verwalten als Gesetzesvollzug	34
I. „Verwaltung als Gewalt“ und die Krise des Gesetzes.	34
1. Einheit der „Verwaltung“ aus der „Einheit des Gesetzes“?	34
2. Verwaltung vor der Krise des Gesetzes und als Phänomen derselben	35
3. Die Zweite Gewalt als Macht der faktischen Verwirklichung des Normbefehls	37
II. Gesetzesanwendung als „Verwaltung“?	39
1. Gesetzesanwendung durch die Verwaltung – nur Gesetzeskonkretisierung	39
2. Gesetzesgebundene Verwaltungstätigkeit – „Gesetzgebung im Einzelfall“	42
3. Zweite Gewalt – reine Ermessensgewalt?	48
III. Verwaltung als Normfortsetzung – ein Rückweg zur „Zweiten Gewalt nach Organisationsrecht“	52
1. Das Fazit: die vollziehende Gewalt als Fortsetzung der gesetzgebenden	52

2. Also doch organisationsrechtliche Bestimmung der Zweiten Gewalt: nach demokratischer Legitimation – oder hoheitlicher Tätigkeit? ...	53
C. Hoheitsgewalt als Wesen des Verwaltens	57
I. Die beschränkte Bedeutung des Einsatzes der Hoheitsgewalt durch die Verwaltung	57
1. Hoheitsgewalt als „Verwaltungsmarginalie“	57
a) Das Fehlen einer Theorie der „Hoheitsgewalt“	57
b) Der verwaltungsrechtliche Vertrag – Form eines „Verwaltens ohne Hoheitsgewalt“	58
c) Andere Formen der Verwaltungstätigkeit ohne Hoheitsgewalt ...	60
d) Hoheitsgewalt als Reservemacht?	62
2. Self executing-Normen – hoheitliches Verwalten nur als Gesetzes- sanktionierung?	63
a) Hoheitsgewalt durch Gesetz	63
b) Einsatz der Hoheitsgewalt – kein Privileg der Verwaltung	64
3. Die Gewichtslosigkeit der Hoheitsgewalt der Verwaltung	65
a) Hoheitsgewalt: Nur Ersparnis gerichtlicher Schritte	66
b) Hoheitsgewalt – ein nur vorläufiges Selbsthilfeprivileg	68
4. Hoheitsgewalt: Eine „Gewaltmarginalie“ für die Verwaltung	70
a) Bürgergleiche Gesetzeskonformität des Verwaltungshandelns – auch im Einsatz hoheitlicher Gewalt	70
b) Nutzen einer Betrachtung des Einsatzes von Hoheitsgewalt in einzelnen Verwaltungsbereichen	71
II. Hoheitsgewalt und gesetzesfortsetzendes Verwalten; mit Beispielen aus dem Baurecht	72
1. Baurechtliche Normgebung – Die Satzungsgewalt	72
a) Satzunggebung als „Verwaltung“ – also doch „Verwaltung nach Organisation“?	72
b) Bauplanungen als Akte der Kommunalparlamente	74
c) Normenhierarchie: Beweise für „Satzunggebung als Verwal- tung“?	76
d) Kommunalaufsicht über Satzunggebung: Ein Argument für „Verwaltung durch Satzung“?	77
e) Bauverwaltung ohne Satzungsgewalt?	78
2. Überwachung normkonformen Verhaltens des Bürgers	80
a) Präventive Tätigkeit des Staates als „Jedermanns Nachbar“ – an- stelle des Bürgers	80
b) Verwaltung als „vom Bürger angestoßene Gewalt“	82
3. Verwaltung als Gesetzesergänzung und Gesetzesverfeinerung	83
a) Beurteilungsspielraum: lediglich Normverfeinerung	83
b) Der richterlich unnachprüfbare Beurteilungsspielraum	85
c) Die Legitimation administrativer Beurteilung: Unnormierbarkeit ..	88
d) Verwaltung als „Gewalt der Ausnahmen“?	90
4. Verwaltung – Rezeption der Realität ins Recht?	91

a)	Übernahme von Wirklichkeitsmaßstäben – eine allgemeine Aufgabe der Staatsgewalten	91
b)	Die rechtlichen Grenzen eines faktischen Realitätsbeurteilungs-Privilegs der Verwaltung	92
5.	Typisch verwaltungsrechtliche Grundsätze administrativen Handelns?	94
a)	„Verwaltungsrechtliche Grundsätze“ – für alle Staatsgewalten geltend	94
b)	„Effizienz“ – ein typischer Verwaltungsgrundsatz?	97
c)	Allgemeine Regelungen im Verwaltungsbereich: vor allem zu Organisation und Verfahren	98
d)	„Typisches Verwaltungsverhalten“ – Aufgaben der Verwaltungslehre	100
6.	„Verwaltung“: judikativierbar oder privatisierbar	101
III.	Bestätigung des Fehlens von Verwaltungsbesonderheiten im Polizeirecht	103
1.	Polizei: keine „spezifische Verwaltungstätigkeit“ – lediglich Normvollzug	103
2.	Verwaltung als Vorsorge	104
3.	Opportunität: Ein polizeiliches Wesenskriterium des Verwaltungshandelns?	107
4.	Strenge Gesetzesbindung der Polizei: ein Beweis gegen eigenständige Verwaltungs-Gewalt	108
D.	Verwaltung: „Sich kümmern um Eigenes“	110
I.	„Verwalten“ nach allgemeinem Sprachgebrauch	110
1.	„Verwalten“ und „Verwaltung“	110
2.	„Verwalten“: Sich beschäftigen mit – sich kümmern um Eigenes oder Anvertrautes	111
3.	Verwalten: nicht volles „Verfügen“	113
4.	Verwalten: Profitorientiertes Management?	115
II.	Die Entwicklung des staatlichen Verwaltens aus dem lehens/feudalrechtlichen Obereigentum und der Verantwortung für „Land und Leute“	117
1.	Der lehens/feudalrechtliche Eigentumsbegriff	117
2.	Das feudalrechtliche Obereigentum	118
3.	Die Abgaben-Regalien als Gegenstand des Verwaltens	119
4.	Die wohlfahrtsstaatliche Verwaltung: Sich-kümmern um „eigenes Land, eigene Leute“	120
III.	Brücken von der Verwaltung des feudalen Eigenen zu dem des Staatseigenen?	122
1.	Das Berufsbeamtentum – eine überdauernde Verwaltungs-Institution	122
2.	Staatseigentum als Gegenstand des Verwaltens?	123
3.	Das marxistisch-kommunistische Staatseigentum als Gegenstand eines „Verwaltens“	125

IV. Unmöglichkeit einer Bestimmung von „Verwaltung“ aus der „Befassung mit staatseigenem Verwaltungs-Gut“	126
1. Unterschiedliche Verwaltungszielsetzungen	126
2. Verwaltungsdefinition aus der „Erfüllung von Staatsaufgaben“?	128
3. Verwaltungsorganisation: nicht nach der „Betreuung eigener Angelegenheiten“	129
E. Privatisierung: Antiverwaltungsbewegung	132
I. Privatisierung: Säkulare Entwicklung, nicht modische Forderung	132
1. Die nur vordergründige Zeitgebundenheit der Privatisierungsdiskussion	132
2. Privatisierungsforderungen: wesentlich gegen die Verwaltung gerichtet	134
a) Privatisierung der Gesetzgebung?	134
b) Privatisierung der Gerichtsbarkeit?	136
II. Privatisierung als Gegenbewegung zu früherer Publizierung	137
1. Die Publizierung: eine historisch kontingente frühere Entwicklung	137
2. Das Fortwirken der Regalien- und Wohlfahrtsstaatlichkeit	138
3. Der Sozialismus als Fortsetzung der Wohlfahrtsstaatlichkeit.	139
4. Die Stärkung der Verwaltung in Krieg und Kriegswirtschaft	141
5. Die Parallelentwicklung von Wirtschaftsverwaltung und „Allgemeiner Verwaltung“	142
III. Der Niedergang der wirtschaftlichen Staatstätigkeit	144
1. Die Auflösung der „Staatsproduktion“	144
2. Das Ende der Staatsmonopole	145
3. Daseinsvorsorge in der Krise der Subsidiarität.	146
IV. Das Vordringen der Privatisierung in „klassische Verwaltungsbereiche“.	149
1. Hoheitsverwaltung – allgemein privatisierbar?	149
2. Die Problematik des Monopolbegriffs für die staatliche Verwaltung .	149
3. „Privatisierbarkeit“ in traditionellen Bereichen der Hoheitsverwaltung.	150
4. Schulen und Bildung	151
a) Gesetzesvollzug?	152
b) Notwendiger Einsatz der Hoheitsgewalt?	153
c) Schul- und Bildungsverwaltung nur durch staatliche Träger?	155
5. Das Gesundheitswesen	157
a) Gesundheit – ein Verwaltungsgegenstand?	157
b) Gesundheitsämter – Gesundheitsüberwachung	158
6. Der Rückzug des staatlichen Verwaltens aus dem Militärbereich.	159
7. Exkurs: Beschaffung von „Verwaltungsmitteln“ im Wege der Enteignung – öffentliche Enteignungsverwaltung?	160
8. Eine Grundfrage „öffentlichen Verwaltens“: Privatisierungsfähigkeit auch noch der Polizei?	162
a) Der Sicherheitsbereich – weitgehend bereits privatisiert	162

b) Die Abbürdung von Sicherheitsaufgaben auf den Bürger	164
c) Privatisierbarkeit von Vollstreckung und Strafvollzug	166
9. Ergebnis: Weitestgehende Privatisierbarkeit – Ersetzbarkeit staatlicher Administrationen	167
a) „Virtuelle Privatisierbarkeit“	167
b) Einschränkungsmöglichkeit des Verwaltungshandelns auf „Gewährleistung gesetzeskonformer Zustände“	168
F. Verwaltung als Förderungsgewalt, sozial und wirtschaftlich?	170
I. Verwaltung als Förderung?	171
1. Einsatz eigener Mittel zur „Hilfe für den Nächsten?	171
2. Verwaltung: keine Förderung mit „eigenen Mitteln“, sondern (Ver-)Sicherung auf Gegenseitigkeit	172
a) Verteilung von Solidarmitteln – nicht Einsatz eigener Mittel	172
b) (Ver-)Sicherung als wesentliches Verwaltungskriterium?	173
II. Sozialverwaltung – Gesetzesvollzug	174
1. Maximale Vergesetzlichung auf der Ausgabenseite	174
2. Gesteigerte Form der Gesetzesbindung auf der Einnahmenseite der Fördermittel	175
III. Subventionierung als Gesetzesvollzug	176
1. Die Einheit des Förderbegriffs	176
2. Kein Anspruch auf Subventionen – daher gerade hier „eigenständige Verwaltung“?	178
3. Wirtschaftsförderung als eigenartiger Gesetzesvollzug?	178
4. Haushaltsvollzug als Gesetzesvollzug	179
IV. Sozialverwaltung zwischen Gesetzesvollzug und Privatisierung	181
1. Sozialverwaltung: notwendig Administration?	181
2. Sozialversicherung auf Wegen der Privatversicherung	182
3. Neuere Wandlungen der Sozialversicherung in Richtung auf Formen der Privatversicherung	183
4. Privatisierungsentwicklungen anderer Sozialleistungen	185
5. Sozialhilfe als „staatliche Verwaltung“	186
6. Auflösung einer eigenständigen „Sozialverwaltung“ in der Entwicklung der „sozialen Marktwirtschaft“	187
7. Am Ende der unbezahlbaren Subventionen	188
G. Verwaltung: die organisatorisch zersplitterte Gewalt	191
I. Gewaltbegriff und organisatorische Gewalteinheit	191
1. Organisatorische Gewaltenteilung innerhalb der Gewalten	191
2. Organisatorische Gewalteinheit der Gerichtsbarkeit	192
3. Die Einheit der gesetzgebenden Gewalt im Föderalstaat	193
II. Die organisationsrechtliche Zersplitterung der „Zweiten Gewalt“ – Allgemeines	194
III. Einheit der Verwaltung aus hierarchischen Direktiven	197

1. Keine „Einheit der Verwaltung“ aus „einheitlichem Vollzug der Gesetze“	197
2. Und doch Notwendigkeit organisatorischer Einheit der Verwaltung – als einer „Staatsgewalt“	198
3. Verwaltung: entstanden als „Gewalt aus Direktiven“	199
4. Hierarchische Transformation politisch-extranormativer Direktiven als Wesen der „Verwaltung“	200
IV. Die föderale Verwaltungszersplitterung	203
1. Die föderale Grundvorstellung: Verwaltung als Staatsmacht – aber geteilt	203
2. Die Regierungszersplitterung	205
3. Föderale Auflösung der Einheit der Verwaltung	206
4. „Durchregieren“ vom Bund in die Länder?	207
5. Der Bundesrat: Verwaltung als Kondominium von Bund und Ländern	208
6. Verwaltung: Kondominium verschiedener politischer Machtträger ..	211
V. Kommunalisierung des Staates und „Verwaltung als eigenständige Staatsgewalt“	212
1. Kommunalisierung: eine Entscheidung der „Machtverlagerung an die Basis“, nicht für Gewaltenteilung	212
2. Kommunalisierung als Gewaltenkonfusion	214
3. Die Kommunalverwaltung als öffentliche Gewalt sui generis	215
4. Einheit der Verwaltung durch Aufsicht über organisatorische Vielfalt?	217
5. Schwächung und Mutation zugleich der „Verwaltung“ im Kommunalstaat	220
VI. Autonomisierung innerhalb der Verwaltung – Antihierarchisierung	221
1. Autonomisierung: ein vielfältiges organisationsrechtliches Phänomen enthierarchisierender Auflösung der Verwaltungseinheit	221
2. Autonomisierung als organisationsrechtliche Freiheitssicherung	222
3. Die „Vollautonomisierung“: legislativer und administrativer Selbststand – das Kommunalmodell	224
4. Formen und Stufen der Autonomisierung	225
5. Anwendungsbereiche der Autonomisierung – die Selbstverwaltungsmose	230
H. Einheit der Verwaltung aus europäischem Recht?	233
I. Die europäische Hoffnung: Integration der Vielheit	233
1. Zusammenordnung in einheitlich-übergreifenden Institutionen	233
2. Administrative Euroskepsis	234
II. Gewaltenteilung in Europa?	236
1. Föderale, nicht horizontale Gewaltenteilung	236
2. Die Kommission: Ein Organ der Gewaltenkonfusion	237
3. Die Administrativierung der europäischen Gemeinschaftstätigkeit – und doch keine typisch europäische Verwaltung	238

III. Die weiten Beurteilungsspielräume der Kommission	239
1. Die Unbestimmtheit der vertraglichen Regelungen	239
2. Die Beurteilungsräume der Kommission als rechtskonkretisierender Legislative	240
3. Fazit: Allenfalls Stärkung einer Administrative als Para-Gesetzgeberin	241
J. Verwaltung als faktische Gewalt	243
I. Verwaltung – die rechtlich unauffindbare Gewalt	243
II. Verwaltung: Macht der vollendeten Tatsachen	245
1. Eindeutige Faktizität der Verwaltung	245
2. Realitätsveränderung durch die „zahlende Hoheitsmacht“	246
3. Der Staat: in Verwaltung „in Erscheinung tretend“	247
4. Verwaltung: Organ der „normativen Kraft des Faktischen“	248
5. Militärische Machtentfaltung als Prototyp administrativen Wirkens ..	248
III. Verwaltung als die „nächste Staatsmacht“	249
1. Die hohe „Ferne“ der Gesetzgebung	249
2. Gerichtsbarkeit – die zeitlich ferne Macht	250
IV. Verwaltung: Die handelnde Staats-Person	251
K. Ausblick: Eine Zukunft in „kleinen Gewalten“ – in „Muftis“	254
I. „Kleingewalten“ – Allgemeines	254
1. Entscheidung par ordre de Mufti	254
2. Muftismus	255
II. Kommunal- und Landesexekutive: Modell für Herrschaft in kleinen Einheiten	257
III. Muftismus gegen Einheit der Verwaltung	259
1. Die Kleinherrschaft als Ende der Exekutivgewalt	259
2. Bürokratie: Apparat-Muftismus	260
a) Verwaltungseinheiten als kleine Herrschaftsbereiche	260
b) Personalmuftismus	261
3. Muftismus – Verschärfung der Krise des Gesetzes	262
4. Muftismus – Degeneration der Gewaltenteilung	263
IV. Der Verfassungsstaat ohne eine „Verwaltung als Gewalt“	264
1. Am Ende der Gewaltenteilung: eine andere Verfassungsordnung ...	264
2. Das Ende der Verwaltung – Ende der Ordnungskraft des Öffentlichen Rechts, der Herrschaft des Rechts über die Macht	266
Zusammenfassung der Ergebnisse	269
Sachverzeichnis	279

A. Die Problematik des Gewaltbegriffs – Verwaltung als „Gewalt“?

I. Die Vorstellung von einer „Verwaltung als Staatsgewalt“

1. Gewalt: Organ oder Funktion – ein unaufgelöster Synkretismus

Der Gewaltbegriff wird im Öffentlichen Recht mit einer erstaunlichen, weithin unkritischen, nicht selten naiven Selbstverständlichkeit gebraucht. Vorgegeben ist er von einem Verfassungsrecht, welches den Staat in „Gewalten“ aufbaut und ordnet, ohne eindeutige Aussage jedoch darüber, was denn nun das Wesen dieses Begriffes ausmache. Sodann wird dieser, meist wiederum ohne dogmatische Vertiefung, als ein Oberbegriff ganzer Rechtsmaterien eingesetzt, ja einer Vielfalt von solchen, welche gerade in ihm eine gewisse Einheit finden sollten, in verfassungsrechtlicher Ordnung. Alledem wird, meist unausgesprochen, ein bestimmter Realitätsbezug zugrundegelegt, aus den Phänomenen heraus, in denen der Bürger, der Gewaltunterworfenen, eben diesen „Gewalten“ begegnet.

Hier aber zeigt sich eine mögliche Zweiteilung in der Konstituierung einer solchen Gewalt: Sie kann gefunden werden, dem Bürger entgegengetreten, entweder in der rechtlich-institutionell geordneten organisatorischen Einheit eines bestimmten Organträgers oder einer zusammengeordneten Vielheit von solchen – oder in gewissen Wirkungsweisen der Staatsgewalt auf den Gewaltunterworfenen, also in der Zusammenschau von Machtäußerungen zu einer bestimmten Funktionalität, in der die Gewalt begegnet, zu einem rechtlichen Zweck, den sie verfolgt. Er aber liegt nicht in der Erfüllung bestimmter materiell umschriebener Aufgaben, zeigt sich vielmehr im Einsatz einer jeweils spezifischen Ordnungsform, in welcher die Rechte- und Pflichtenlage der Rechtsträger, insbesondere der Bürger, gestaltet und verändert wird. Funktional ist daher die Erste Gewalt bestimmt durch die Ordnungsform der Normsetzung, die Dritte durch die der endgültigen Streitentscheidung im Einzelfall. Damit gewinnt ein weiteres Kriterium Bedeutung für den Begriff der Gewalt: das Verfahren, in dem seine Organe jeweils wirken. Insoweit ist es bei funktionaler Betrachtung eine im Wesentlichen verfahrensrechtliche Ordnung, welche den Gewaltbegriff konstituiert. Für die Dritte Gewalt bedeutet dies, dass sie entweder schwerpunktmäßig aus Gerichtsverfassungsrecht heraus zu begreifen ist, oder aber in der Besonderheit des gerichtlichen Verfahrens, etwa in der Kontradiktorietät seiner

Abläufe, die zur Endgültigkeit seiner rechtskräftigen Entscheidungen des „Letzten Wortes“ führen.

Die Erste Gewalt sähe sich entweder konstituiert durch das Staatsorganisationsrecht des Parlaments, vom Wahlrecht bis zu den organisatorischen Entscheidungen der Geschäftsordnungen – oder durch Verfahren und Ergebnis parlamentarischer Tätigkeit, insbesondere im Gesetzgebungsverfahren. Hier zeigen sich zwar Unterschiede zwischen funktionaler und organisationsrechtlicher Bestimmung des Gewaltbegriffs: Bei einer funktionalen Betrachtung beschränken sich eben die Verfahrensregelungen, welche diese Gewalt, aus ihren Ergebnissen heraus, definieren, nicht mehr nur auf den Erlass von Parlamentsgesetzen; gesetzgebende Gewalt äußert sich dann auch etwa in jener abgeleiteten Normsetzungsgewalt, wie sie in der Verordnunggebung zum Ausdruck kommt. Immerhin ist jedoch eine gewisse Einheit von Verfahren und Organisation auch hier noch gewahrt.

Was also die Erste und Dritte Gewalt anlangt, mag ihre Konstituierung im Staatsorganisationsrecht oder im Verfahrensrecht gesehen werden – stets ist sie doch organbezogen: Bestimmte organisatorisch determinierte Gewaltträger treten dem Bürger in gewissen Formen entgegen, die jedoch ihrerseits wieder auf die Organisation, auf die Organe zurückführen.

Anders stellt sich jedoch die Lage gegenüber einer „Zweiten Gewalt“ dar, welche zwar als Exekutive bezeichnet, aber gemeinhin als „Verwaltung“ angesprochen und in diesem Begriff zusammengefasst wird. Hier fehlt sowohl die typische, durchgehend normativierte Vereinheitlichung des Verfahrens als auch, und im besonderen Maße, eine organbestimmte Einheit, wie sie sich etwa im Begriff des „Parlaments“ als Organ oder des „Gerichts“ als ein solches findet. Organvielfalt im Bereich der Ersten und Zweiten Gewalt mag dann hinnehmbar sein, wenn sich funktionale Betrachtung auf eine gewisse Verfahrenseinheit und eine damit immerhin rahmenmäßig bestimmte Einheitlichkeit der im betreffenden Bereich erzielten Ergebnisse stützen kann. Doch eben daran fehlt es bei einer Administration, die trotz aller Anstrengungen zur Vereinheitlichung des Verwaltungsverfahrens noch immer gerade dort derart viele Besonderheiten aufweist, nach Verwaltungsspielarten, dass von einem einheitlichen Verwaltungsverfahren schlechthin nicht gesprochen werden kann. Dies wird bereits aus geschlossen durch eine Vielfalt von Organträgern und deren Kompetenzen, die sich eben doch auch wiederfindet in der Vielfalt von Verfahrensgestaltungen, welche ja doch stets auf die jeweiligen organisatorischen Einheiten bezogen sind.

Eine Betrachtung der Verwaltung als einer auch nur rahmenmäßig einheitlichen Gewalt sieht sich also erheblichen, längst nicht bewältigten, ja noch kaum erkannten Problemen gegenüber, sei es, dass sie die Einheit in

der Orientierung an gewissen organisationsrechtlichen Entscheidungen sucht, sei es, dass sie sich funktional an Verfahren und dadurch geprägten Ergebnissen, an Aufgaben ausrichten möchte. Bleibt dann aber nicht der Begriff der „Gewalt“ in diesem Zusammenhang der Administration als solcher problematisch, und, vor allem, was ergibt sich daraus für die Möglichkeit des Rechts, diese machtnächste Äußerungsform der Staatlichkeit auch nur mit jenem Minimum von Einheitlichkeit normativ zu ordnen, ohne welche sie in ein Bündel heterogener Machtbefehle zerfallen müsste?

2. Die verfassungsrechtliche Gewaltenteilung: „Verwaltung als vollziehende Gewalt“

Vor dieser verwirrenden Vielfalt der Verwaltungserscheinungen, der Gemengelage von Kriterien der Organisation und der Funktionalität, welche es zusammenzuordnen gilt, muss der Blick auf jene Verfassung fallen, deren Grundaussagen zur Gewaltenteilung sich doch klare Vorstellungen zu diesem Begriff der „Verwaltung als Gewalt“ sollten entnehmen lassen, wenn auf ihm schon, mehr als auf einer definitorischen Umschreibung der anderen Gewalten, das gesamte System der Gewaltenteilung und damit des Rechtsstaats aufbaut. Hier muss die Betrachtung sich auf die Staatsgrundnorm des Art. 20 Abs. 3 GG konzentrieren. Zu den anderen beiden Gewalten enthält ja die Verfassung selbst eingehende organisationsrechtliche und funktionale Beschreibungselemente, deutlich bei der Gesetzgebung, ansatzweise wenigstens im Abschnitt über die Richter. Aus föderalen Gründen dagegen beschränkt sich der Abschnitt über „die Verwaltung“ demgegenüber im Wesentlichen auf organisationsrechtliche Groß-Unterscheidungen, welche weder die Organisation dieser Gewalt im Einzelnen noch die Art und Weise ihrer Tätigkeit näher bezeichnen, sondern nur die Regelungskompetenzen beider Bereiche zwischen Bund und Ländern verteilen. Mehr lässt sich denn auch den Art. 83 ff. GG kaum entnehmen als die Feststellung, dass diese „Verwaltung“ zu normieren ist in ihrer organhaften Struktur und in der verfahrensmäßigen Ausprägung ihrer Tätigkeit – doch dies hatte bereits die obige Fragestellung ergeben, unabhängig von verfassungsrechtlichen Erkenntnissen.

An Art. 20 Abs. 3 GG wäre nun die Ausgangsfrage zu stellen: Ist „Verwaltung“, ist jedenfalls der Kern dieses Begriffes zu verstehen in Anknüpfung an bestimmte Organe, wie sie die Verfassung vorsieht oder wenigstens „kennt“, so dass eben all deren Tätigkeit eo ipso Verwaltung wäre – oder an eine Tätigkeit, an Funktionen, welche, aus Kompetenzen fließend, im Verfahren sich entfalten, in bestimmten Ergebnissen in Erscheinung treten, dem Bürger gegenüber vor allem? Die Antwort des Verfassungstextes auf