

# Kommentar zum Grundgesetz: GG Band 3: Artikel 83 bis 146

von

Prof. Dr. Hermann v. Mangoldt, Prof. Dr. Friedrich Klein, Prof. Dr. Christian Starck, Prof. Dr. Manfred Baldus, Prof. Dr. Hermann-Josef Blanke, Prof. Dr. Martin Burgi, Prof. Dr. Claus Dieter Classen, Prof. Dr. Johannes Dietlein, Prof.

Dr. Hubertus Gersdorf, Prof. Dr. Rainer Grote, Christoph Gusy, Prof. Dr. Johannes Hellermann, Dr. Christian Hillgruber, Prof. Dr. Hans-Detlef Horn, Prof. Dr. Peter M. Huber, Martin Ibler, Dr. Monika Jachmann, Dr. Gregor Kirchhof, Johannes Masing, Dr. Klaus-Georg Meyer-Teschendorf, Prof. Dr. Stefan Muckel, Prof. Dr. Georg Nolte, Prof. Dr. Jan-R. Sieckmann, PD Dr. Volker Schlette, Dr. Kyrill-Alexander Schwarz, Prof. Dr. Hans-Heinrich Trute, Peter Unruh, Prof. Dr. Uwe Volkmann, Prof. Dr. Andreas Voßkuhle, Prof. Dr. Rudolf Wendt, Heinrich Amadeus

Wolff

6., vollständig neubearbeitete Auflage

[Kommentar zum Grundgesetz: GG Band 3: Artikel 83 bis 146 – Mangoldt / Klein / Starck / et al.](#)

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](http://beck-shop.de) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Staatsrecht, Staatslehre – Öffentliches Recht](#)

Verlag Franz Vahlen München 2010

Verlag Franz Vahlen im Internet:

[www.vahlen.de](http://www.vahlen.de)

ISBN 978 3 8006 3733 1

## b) Der Kreis der Adressaten

Auf Grund des Bezogenseins der Regelungen auf den Verwaltungstyp der Bundesverwaltung kommen nur Stellen der bundeseigenen Verwaltung sowie diejenigen Stellen, die als „Körperschaften oder Anstalten“<sup>218</sup> des öffentlichen Rechtes“ im Sinne von Art. 86 S. 1 anzusehen sind (vgl. Rdnr. 42 ff., 49 ff.), in Betracht. Gegenüber hiernach einbezogenen Selbstverwaltungsträgern ist genau darauf zu achten, dass sich die Verwaltungsvorschriften innerhalb des vorgegebenen gesetzlichen Rahmens bewegen.<sup>219</sup> 64

## c) Befugnis oder Pflicht?

Vereinzelt wird in Anknüpfung an das Merkmal „erlässt“ (vgl. demgegenüber die Formulierung in Art. 108 Abs. 7 [„kann“]) über eine Verpflichtung der Bundesregierung, für einen effektiven Vollzug der vollzugsfähigen Bundesgesetze zu sorgen, nachgedacht,<sup>220</sup> wenn auch innerhalb eines sehr weiten Einschätzungsraumes<sup>221</sup> sowie unter Betonung der fehlenden Justitiabilität.<sup>222</sup> Demgegenüber ist zu bedenken, dass die Befugnis zum Erlass allgemeiner Verwaltungsvorschriften auf einer instrumentellen, nicht einer inhaltlichen Ebene angesiedelt ist, so dass hier **keine Grundlage etwaiger Pflichten** zu finden sein dürfte. 65

## d) Die Bundesregierung

Die durch Art. 86 S. 1 zum Erlass von Verwaltungsvorschriften ermächtigte „Bundesregierung“ besteht gem. Art. 62 aus dem Bundeskanzler und den Bundesministern. Hielte man entsprechend dem Wortlaut das hierdurch konstituierte Kollegium für zuständig, so wäre ein Tätigwerden sowohl des Bundeskanzlers als auch der einzelnen Ressortminister in diesem Bereich (anders etwa als bei den Einzelweisungen, vgl. Rdnr. 59) ausgeschlossen. Konkret hieße das, dass Art. 65, der die Kompetenzverteilung innerhalb der Bundesregierung regelt, insoweit unanwendbar wäre. Dieses Ergebnis entspräche der Situation wie sie unter Art. 84 Abs. 2 und Art. 85 Abs. 2 S. 1 anerkannt ist.<sup>223</sup> Immerhin könnte durch eine auf der Grundlage des Art. 86 S. 1 ergehende gesetzliche Regelung etwas anderes vorgesehen werden (dazu unten Rdnr. 68 ff., insbesondere 70).<sup>224</sup> 66

Innerhalb des in Jahrzehnten entstandenen Meinungswirrwarrs lassen sich drei Linien unterscheiden.<sup>225</sup> Nach der ersten Auffassung ist auf Grund des Wortlauts (der sich etwa von Art. 80 Abs. 1 S. 1 deutlich unterscheidet), aus der unmittelbaren Entstehungsgeschichte,<sup>226</sup> dem Vergleich mit den Art. 84 und 85 sowie in dem Bestreben, Art. 86 ein Mehr an Bedeutung zu geben (vgl. bereits oben Rdnr. 3), ausschließlich dem Kollegium die Befugnis zum Erlass von Verwaltungsvorschriften einzuräumen.<sup>227</sup> Die 67

<sup>218</sup> Wie etwa im Falle des BSG, BSGE 59, 122, 125 (zu Art. 86 S. 2).

<sup>219</sup> Näher hierzu BSGE 89, 235 (solche Verwaltungsvorschriften seien Bestandteil des von den Sozialversicherungsträgern zu beachtenden „sonstigen Rechts“ im Sinne des § 87 Abs. 1 S. 2 SGB IV); *Ibler*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 86 Rdnr. 139; *Sachs*, in: Sachs, GG, Art. 86 Rdnr. 20; *Hermes*, in: Dreier, GG, Art. 86 Rdnr. 54.

<sup>220</sup> Vgl. auch *Ibler*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 86 Rdnr. 126.

<sup>221</sup> *Lerche*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 86 (Bearbeitung 1989) Rdnr. 95; enger wohl *Ibler*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 86 Rdnr. 127: „Begrenzter Einschätzungsspielraum der Bundesregierung“.

<sup>222</sup> *Sachs*, in: Sachs, GG, Art. 86 Rdnr. 23. Demgegenüber für ein „Ermessen“ der Bundesregierung *Bull*, in: AK, GG, Art. 86 Rdnr. 19.

<sup>223</sup> Vgl. insoweit BVerfGE 26, 338; 100, 249, 261; näher Art. 84 Rdnr. 68.

<sup>224</sup> Vgl. auch *Busse*, *Der Staat* 45 (2009), 245, 246 f.

<sup>225</sup> Vgl. zum Ganzen auch *Ibler*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 86 Rdnr. 130 ff. Nach *Busse*, *Der Staat* 45 (2009), 245, 247, weise der „Streit“ in praxi allerdings nur eine „begrenzte Bedeutung“ auf.

<sup>226</sup> In den Beratungen des Parlamentarischen Rates wurden ursprünglich neben der Bundesregierung „die einzelnen Bundesminister“ genannt (JöR n. F. 1 [1951], 643).

<sup>227</sup> Dafür *Bull*, in: AK, GG, Art. 86 Rdnr. 18; unentschieden BVerfGE 26, 338, 396; *Oebbecke*, in: HStR VI, § 136 Rdnr. 83.

## Art. 86 Erlass von Verwaltungsvorschriften innerhalb „Bundesverwaltung“

zweite Auffassung gelangt zu dem entgegengesetzten Ergebnis der ausschließlichen Einschlägigkeit des Art. 65.<sup>228</sup> Zuzustimmen ist m.E. der dritten Auffassung, die Art. 86 die Befugnis der **Bundesregierung als Kollegium** entnimmt, bis zum Erlass einer Verwaltungsvorschrift durch dieses jedoch **Verwaltungsvorschriften des Bundeskanzlers oder des Ressortministers akzeptiert**.<sup>229</sup> Diese Lösung lässt sich mit Wortlaut und Entstehungsgeschichte des Art. 86 vereinbaren, weist der Vorschrift einen nicht zu unterschätzenden weiteren Bedeutungsgehalt zu und wird dem Umstand gerecht, dass der bei der Interpretation der gleich lautenden Formulierung in den Art. 84 Abs. 2 und 85 Abs. 2 S. 1 leitende föderale Aspekt des Schutzes der Länder vor Verwaltungsvorschriften einzelner Minister hier nicht beachtlich ist.

### e) Der Vorbehalt besonderer gesetzlicher Regelung

- 68 Art. 86 S. 1 ermächtigt den Gesetzgeber dazu, auf die instrumentelle Ebene des Erlasses von Verwaltungsvorschriften zuzugreifen, trifft also eine lediglich **kompetenzielle, nicht an materiellen Kriterien orientierte Abgrenzung** zwischen Legislative und Exekutive (vgl. bereits oben Rdnr. 58). Hierbei handelt es sich um ein Zugriffsrecht,<sup>230</sup> das nichts zu tun hat mit einem Vorbehalt des Gesetzes.<sup>231</sup>
- 69 *aa) Formelle Fragen.* Hierdurch wird dem Bund eine organisationsrechtliche Gesetzgebungskompetenz eingeräumt.<sup>232</sup> Er kann hiervon durch den Erlass eines Parlamentsgesetzes Gebrauch machen, ohne dass ihm die Aufnahme von Verordnungsermächtigungen unter Beachtung des Art. 80 verwehrt wäre.<sup>233</sup> Die entsprechenden Gesetze bedürfen nicht der Zustimmung des Bundesrates.
- 70 *bb) Potenzielle Gesetzesinhalte.* Indem das Grundgesetz den Gesetzgeber dazu ermächtigt, auf der instrumentellen Ebene „Besonderes“ vorzuschreiben, berechtigt es zu abweichenden Anordnungen bezüglich Zuständigkeit, etwaiger Mitwirkungsbefugnisse sowie des Verfahrens beim Erlass von Verwaltungsvorschriften.<sup>234</sup> Konkret geregelt werden könnte die Ermächtigung einzelner Bundesminister zum Erlass von Vorschriften oder auch die Ermächtigung nachgeordneter Behörden.<sup>235</sup> Möglich ist ferner die im Verfassungstext selbst (im Unterschied zu Art. 84 Abs. 2, Art. 85 Abs. 2 S. 1)<sup>236</sup> nicht

<sup>228</sup> Dafür *Ossenbühl*, Verwaltungsvorschriften, S. 457, und letztlich auch *Böckenförde*, Organisationsgewalt, S. 137 ff. (ausführlich u. allg. gegen ihn, jedoch letztlich zum gleichen Ergebnis gelangend: *Oldiges*, Bundesregierung, S. 137 ff., 213 ff., 232 ff.); *Lerche*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 86 (Bearbeitung 1989) Rdnr. 94.

<sup>229</sup> Dafür *Sachs*, in: Sachs, GG, Art. 86 Rdnr. 22; ausführlich *Jestaedt*, in: Umbach/Clemens, GG II, Art. 86 Rdnr. 24; *Hermes*, in: Dreier, GG, Art. 86 Rdnr. 52; *Ibler*, in: Maunz/Dürig, Art. 86 Rdnr. 135. Dies dürfte auch die Position des BVerwG sein, das die Befugnis des einzelnen Bundesministers aus Art. 65 S. 2 unter dem Vorbehalt anerkannt hat, dass „nicht vorrangige Verwaltungsvorschriften die jeweilige Materie bereits regeln“ (NVwZ 1985, 497, 498, in Anknüpfung an BVerwGE 36, 327, 333 f., und BVerwG, NJW 1979, 280). In den beiden letzteren Entscheidungen hat sich das Gericht dagegen gewandt, dass Art. 86 die Ressortkompetenz der Minister vollkommen einschränke.

<sup>230</sup> Begriff nach *Böckenförde*, Organisationsgewalt, S. 103 ff., 286 ff. (zur Organisationsgewalt); kritisch bzw. weiterführend hierzu *Schnapp*, VVDStRL 43 (1985), 172, 188 f.; *Schmidt-Aßmann*, in: Ipsen-FS, S. 333, 351; *Burmeister*, Herkunft, S. 128.

<sup>231</sup> Vgl. bereits oben Rdnr. 62. Zur Terminologie vgl. ferner *Sachs*, in: Sachs, GG, Art. 86 Rdnr. 24 mit Fn. 37; *Maurer*, Staatsrecht, § 18 Rdnr. 25.

<sup>232</sup> *Stern*, Staatsrecht II, S. 820; vgl. auch *Oebbbecke*, in: HStR VI, § 136 Rdnr. 85, unter Hinweis auf BVerfGE 26, 338, 395.

<sup>233</sup> Ebenso *Oldiges*, Bundesregierung, S. 223 in Fn. 139; *Sachs*, in: Sachs, GG, Art. 86 Rdnr. 26. Diese Option ist auch keinesfalls sinnwidrig (so aber *Stern*, Staatsrecht II, S. 819; *Traumann*, Organisationsgewalt, S. 49), weil es einen Unterschied macht, ob die Bundesregierung schlicht zum Erlass von Verwaltungsvorschriften befugt ist, oder ob ihr (durch den Parlamentsgesetzgeber) die Befugnis eingeräumt wird, über Zuständigkeit und Verfahren beim Erlass von Verwaltungsvorschriften zu entscheiden.

<sup>234</sup> *Sachs*, in: Sachs, GG, Art. 86 Rdnr. 27.

<sup>235</sup> Vgl. *Henneke*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, GG, Art. 86 Rdnr. 3.

<sup>236</sup> Vgl. hierzu BVerfGE 100, 249, 261.

vorgesehene Einbeziehung des Bundesrates beim Erlass von Verwaltungsvorschriften (Beispiel: § 27 Allgemeines Eisenbahngesetz).<sup>237</sup>

Nicht verändert werden kann auf Grund des legislativen Zugriffsrechts hingegen der Tatbestand des Art. 86 Abs. 1, so dass es bei den dort normierten Merkmalen des Verwaltungstyps bleibt.<sup>238</sup> Nicht erfasst durch Art. 86 S. 1 wird schließlich der Zugriff auf die sonst durch Verwaltungsvorschriften geregelten Inhalte. Insoweit können sich gesetzgeberische Befugnisse aus den allgemeinen Grundsätzen ergeben, hinsichtlich organisatorischer Inhalte aus Art. 86 S. 2.<sup>239</sup>

cc) Zur Kompetenzabgrenzung gegenüber der Exekutive. Ungeachtet des Fehlens expliziter materieller Kriterien wird darüber nachgedacht, ob die Regierungskompetenz für den Erlass allgemeiner Verwaltungsvorschriften die Regel, die Ausübung des legislativen Zugriffsrechts hingegen die begründungsbedürftige Ausnahme sein soll; denkbar wäre auch die Annahme eines absoluten, dem Zugriffsrecht überhaupt entzogenen Exekutivbereichs. Entsprechende Überlegungen werden, mit wesentlich größerer Praxisrelevanz, sub specie der Organisationsgewalt unter Art. 86 S. 2 angestellt (unten Rdnr. 84f.). Da keinerlei Anhaltspunkte für eine unterschiedliche Handhabung dieser Problematik in S. 1 und S. 2 des Art. 86 erkennbar sind, soll sie im Rahmen der Organisationsgewalt dargestellt werden.<sup>240</sup>

### 3. Zur Organisationsgewalt („Einrichtung der Behörden“)

Art. 86 S. 2 regelt, welche der im beschreibenden Sachbegriff „Organisationsgewalt“ (Rdnr. 60) zusammengefassten Befugnisse bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen der Bundesregierung bzw. dem Gesetzgeber zustehen; handelt die Bundesregierung, so bedarf sie keiner gesetzlichen Grundlage, es sei denn die Voraussetzungen eines der anerkannten Vorbehalte des Gesetzes liegen vor.<sup>241</sup>

#### a) Behörde

Hierunter fällt jede Stelle des Bundes, die Aufgaben öffentlicher Verwaltung wahrnimmt,<sup>242</sup> sofern sie tatbestandlich einem der beiden Organisationstypen der Bundesverwaltung zuzurechnen ist (vgl. dazu oben Rdnr. 42 ff., 49 ff.).

#### b) Einrichtung

Der Begriff „Einrichtung der Behörden“ ist ebenso wie bei den Art. 84 Abs. 1 S. 1, 85 Abs. 1 S. 1 (vgl. Art. 84 Rdnr. 8f.)<sup>243</sup> weit auszulegen. Die der Bundesregierung bzw. dem Gesetzgeber zustehenden organisatorischen Befugnisse müssen jeweils innerhalb des Verwaltungstyps der Bundesverwaltung verbleiben und den durch die jeweils einschlägige Zuordnungsnorm gezogenen Rahmen beachten. Die Zuordnungsnormen

<sup>237</sup> Vgl. hierzu BVerfGE 26, 338, 395; von Mangoldt/Klein, GG, 2. Aufl., Art. 86 Anm. V 2 c bb; Ibler, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 86 Rdnr. 152.

<sup>238</sup> von Mangoldt/Klein, GG, 2. Aufl., Art. 86 Anm. V 2 c aa; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 86 Rdnr. 8.

<sup>239</sup> von Mangoldt/Klein, GG, 2. Aufl., Art. 86 Anm. V 2 c cc; Dieter Hömig, Mitentscheidungsrechte des Bundestages beim Erlass allgemeiner Verwaltungsvorschriften des Bundes?, DVBl. 1976, 858 ff.; Lerche, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 86 (Bearbeitung 1989) Rdnr. 104; Sachs, in: Sachs, GG, Art. 86 Rdnr. 27.

<sup>240</sup> Aus der unterschiedlichen Terminologie (S. 1: „Besonderes vorschreibt“; S. 2: „soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt“) kann jedenfalls nicht auf einen unterschiedlichen sachlichen Gehalt geschlossen werden.

<sup>241</sup> Anders noch Köttgen, VVDStRL 16 (1958), 154, 156; wie hier Ibler, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 86 Rdnr. 155.

<sup>242</sup> Sachs, in: Sachs, GG, Art. 86 Rdnr. 32; allg. zum Begriff etwa Jestaedt, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts I, § 14 Rdnr. 36 f.

<sup>243</sup> Vgl. von Mangoldt/Klein, GG, 2. Aufl., Art. 86 Anm. VI 4.

## Art. 86 Erlass von Verwaltungsvorschriften innerhalb „Bundesverwaltung“

können insofern sowohl inhaltliche Vorgaben enthalten (z.B. betreffend die Stufung des Behördenaufbaus, vgl. etwa Art. 87 Abs. 1 S. 1, dazu Art. 87 Rdnr. 5 f.), oder anstelle eines Tätigwerdens der Bundesregierung von vornherein ein gesetzgeberisches Handeln verlangen (wie Art. 108 Abs. 1 S. 2,<sup>244</sup> vgl. hierzu Art. 108 Rdnr. 42 f.).

- 76 Das beinahe durchgehend zugrunde gelegte weite Begriffsverständnis<sup>245</sup> umfasst die Errichtung sowie die sachliche, personelle und aufgabenmäßige Zurüstung der einzelnen Behörden.<sup>246</sup> Aus der unterschiedlichen Terminologie innerhalb des Grundgesetzes<sup>247</sup> können keine anderslautenden Schlüsse gezogen werden,<sup>248</sup> weil die Verfassung die betreffenden Begriffe unspezifisch verwendet und nicht in dem ihnen sachlich jeweils zuzuschreibenden Gehalt. Dieses Ergebnis wird auch durch die Entstehungsgeschichte belegt, die erhellt, dass es dem Parlamentarischen Rat „entscheidend“ (so der Abgeordnete *Laforet*) um die Aufnahme einer Regelung der „Organisationsgewalt“ ging, mithin ein **tendenziell umfassender Regelungsanspruch** verfolgt wurde.<sup>249</sup> In Zusammenfassung der verschiedentlich vorgelegten Systematisierungsvorschläge<sup>250</sup> lassen sich die einzelnen erfassten Organisationsakte zuordnen den Teilschritten Anordnung des Bestehens der Organisationseinheit (und spiegelbildlich ihres Abbaus),<sup>251</sup> Festlegung ihres Aufgabenbereichs, Zuweisung einer sachlichen Zuständigkeit, Bestimmung der wesentlichen Bausteine der Organisationshoheit sowie ihrer Stellung in der Gesamtorganisation, Festlegung ihrer inneren Gliederung, Beschaffung ihrer räumlichen, sächlichen und personellen Mittel sowie schließlich Bestimmung ihres Sitzes. Letzterer Aspekt wurde etwa relevant im Zuge der Verlegung des Regierungssitzes von Bonn nach Berlin.<sup>252</sup>
- 77 Während das verwaltungsinterne Verfahren von dieser Begriffsbestimmung noch umfasst ist,<sup>253</sup> lässt sich der Erlass von **Verfahrensvorschriften** im Verhältnis zwischen Staat und Bürger nicht mehr auf die Befugnis zur „Einrichtung der Behörden“ stützen.<sup>254</sup> Will die Bundesregierung insoweit tätig werden, so ist sie auf ihre „Geschäftsleitungsgewalt“ (Rdnr. 57), in deren Ausführung sie Verwaltungsvorschriften nach S. 1 erlassen kann, verwiesen. Der Gesetzgeber hingegen ist nach allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsätzen<sup>255</sup> zu einem Tätigwerden in diesen Fällen entweder verpflichtet (bei Eingreifen eines Vorbehalts des Gesetzes), zumindest aber berechtigt. Die dafür erforderliche **Gesetzgebungskompetenz (für die Regelung des Verwaltungsverfahrens auf der Ebene der Bundesverwaltung)** steht ihm unstrittig zu.<sup>256</sup> Ungeklärt ist lediglich die

<sup>244</sup> Vgl. hierzu BVerfGE 106, 1, 22 f.

<sup>245</sup> Vgl. bereits *Hans Schneider*, Körperschaftliche Verbundverwaltung – Verfassungsrechtliche Betrachtungen über die Bildung von landesunmittelbaren und bundesunmittelbaren Verwaltungsträgern durch Bundesgesetz, AöR 83 (1958), 1, 16 ff.; ferner *Böckenförde*, Organisationsgewalt, S. 52 f.; *Hans-Uwe Erichsen/Ulrich Knoke*, Organisation bundesunmittelbarer Körperschaften durch die Länder?, DÖV 1985, 53, 56; *Sachs*, in: Sachs, GG, Art. 86 Rdnr. 31; enger *Oldiges*, Bundesregierung, S. 225; *Jestaedt*, in: Umbach/Clemens, GG II, Art. 86 Rdnr. 29, sieht nicht das Recht zur Errichtung des Verwaltungsträgers selbst erfasst, denn dessen Existenz setze Art. 86 voraus.

<sup>246</sup> Vgl. auch *König*, VerwArch 100 (2009), 214, 216, der allerdings begrifflich zwischen „Errichtung“ und „Einrichtung“ unterscheidet.

<sup>247</sup> Vgl. etwa Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG: „Errichtung“, dazu Art. 87 Rdnr. 110 f.

<sup>248</sup> So aber noch *Jakob Kratzer*, Zustimmungsgesetze, AöR 77 (1951/52), 266, 268.

<sup>249</sup> Nachzulesen in JöR n. F. 1 (1951), 643; näher hierzu *Böckenförde*, Organisationsgewalt, S. 53.

<sup>250</sup> Vgl. nur *Böckenförde*, Organisationsgewalt, S. 47 f.; *Ossenbühl*, Verwaltungsvorschriften, S. 257 f.; *Traumann*, Organisationsgewalt, S. 47.

<sup>251</sup> Darauf hat bereits *Schmidt-Aßmann*, in: Ipsen-FS, S. 333, 352, aufmerksam gemacht.

<sup>252</sup> So werden in § 7 Abs. 1-3 des sog. Berlin/Bonn-Gesetzes vom 26. 4. 1994 (BGBl. I, S. 918; vgl. hierzu *Rupert Scholz*, Das Berlin/Bonn-Gesetz, NVwZ 1995, 35, 37) verschiedene Festlegungen betreffend den Sitz verschiedener Bundesbehörden getroffen bzw. nahegelegt, was im Hinblick auf nachgeordnete Behörden legitimatorisch auf Art. 86 S. 2 GG beruht (*Busse*, Der Staat 45 [2009], 245, 255).

<sup>253</sup> *Kirschenmann*, JuS 1977, 565, 568 f.; *Traumann*, Organisationsgewalt, S. 26.

<sup>254</sup> Vgl. *Broß*, in: v. Münch/Kunig, GG, III, Art. 86 Rdnr. 14; *Traumann*, Organisationsgewalt, S. 67; anders *Henneke*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, GG, Art. 86 Rdnr. 4.

<sup>255</sup> So bereits *von Mangoldt/Klein*, GG, 2. Aufl., Art. 86 Anm. VI 6 b.

<sup>256</sup> Vgl. nur *Traumann*, Organisationsgewalt, S. 67 f. m. w. N.

genaue Verortung der Kompetenz, wobei die Auffassung, wonach es sich um eine ungeschriebene Kompetenz kraft Natur der Sache handelt,<sup>257</sup> vorzugswürdig erscheint; der Sachbezug folgt aus der Zuordnung zur Ebene der Bundesverwaltung.<sup>258</sup>

## c) Maßnahmen der Verwaltungsmodernisierung

Während sich das Phänomen der Verwendung privatrechtlicher Organisationsformen in der Bundesverwaltung (nach Organisationsprivatisierung) bereits außerhalb des Tatbestands des Art. 86 bewegt (Rdnr. 55 f.), unterfallen Maßnahmen der Verwaltungsmodernisierung innerhalb dieses Verwaltungstyps der Befugnis zur „Einrichtung der Behörden“. Damit sind all diejenigen Maßnahmen der Verwaltungsmodernisierung (vgl. Rdnr. 5), die nicht Fragen des Personals oder des Haushalts betreffen, zunächst einmal der Bundesregierung kompetenziell zugewiesen. Dies umfasst auch die Einrichtung von sog. Kompetenzzentren und die zentrale Bereitstellung technischer Funktionalitäten (sog. Basiskomponenten) als Bestandteile des „**Electronic Government**“ auf der Ebene der Bundesverwaltung.<sup>259</sup> Die teilweise vermutete Gefahr<sup>260</sup> des Scheiterns von Modernisierungsmaßnahmen auf Grund der Mitwirkung sämtlicher einzelner Ministerien ist also nicht verfassungsrechtlich indiziert, vielmehr könnten die gegenwärtig angestellten programmatischen Überlegungen<sup>261</sup> eines Tages in Verwaltungsvorschriften der Bundesregierung münden.

## d) Befugnis oder Pflicht?

Art. 86 S. 2 ermächtigt die Bundesregierung zum Erlass rechtsverbindlicher Anordnungen („regelt“), während die konkrete Durchführung anderen Stellen überlassen bleiben kann.<sup>262</sup> Damit verbindet sich wiederum (vgl. bereits oben Rdnr. 65) keine Pflicht. Zwar befindet man sich insoweit nicht auf einer instrumentellen Ebene, aber doch innerhalb einer Vorschrift mit ausschließlich organisationsrechtlichem Gehalt, d. h. ohne Aussage zu etwaigen Aufgaben des Staates (vgl. Rdnr. 6 ff.), und seien sie organisatorischen Inhalts.

## e) Die Bundesregierung

Dieses Tatbestandsmerkmal ist in den beiden Sätzen des Art. 86 identisch.<sup>263</sup> Inso- weit kann auf die Darlegungen oben Rdnr. 66 f. verwiesen werden.

## f) Der Vorbehalt anderer gesetzlicher Bestimmung

Auch hinsichtlich der Organisationsgewalt eröffnet Art. 86 dem Gesetzgeber aus- drücklich ein Zugriffsrecht.

<sup>257</sup> So auch *Ibler*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 86 Rdnr. 162; *Traumann*, Organisationsgewalt, S. 67. Allg. zur Kompetenz kraft Natur der Sache vgl. Art. 83 Rdnr. 83 f. und Rdnr. 17.

<sup>258</sup> Das BVerfG scheint demgegenüber die jeweilige Zuordnungsnorm als Bezugspunkt des argumentum kraft Natur der Sache anzusehen, so in der Entscheidung BVerfGE 31, 113, 117 (zu Art. 87 Abs. 3).

<sup>259</sup> Näher *Utz Schliesky*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen des E-Governments, DÖV 2004, 809, 810 f., der auch die verfassungsrechtlichen Determinanten einer hierdurch drohenden Auflösung der Zuständigkeitsordnung thematisiert; vgl. zudem *Martin Eifert*, Electronic government, 2006; *Utz Schliesky*, Verwaltungsreform als Aufgabe, VerwArch 99 (2008), 313, 339 f.

<sup>260</sup> *Klaus König/Natascha Füchtner*, „Schlanker Staat“ zwischen Bonn und Berlin, VerwArch 90 (1999), 1, 15.

<sup>261</sup> Vgl. den Beschluss der Bundesregierung v. 13. 9. 2006 zur Initiierung des Programms „E-Government 2.0“ (www.verwaltung-innovativ.de), dessen Umsetzung durch alle Bundesressorts erfolgt und dessen Evaluation zum Ende des Jahres 2010 erfolgen soll.

<sup>262</sup> Vgl. *Peter Badura*, Staatsrecht, 3. Aufl. 2003, Kap. G Rdnr. 57 ff.

<sup>263</sup> Die oben zu Rdnr. 69 referierten Nachweise beziehen sich z. T. auch auf die Organisationsgewalt. Ausdrücklich für Identität: *von Mangoldt/Klein*, GG, 2. Aufl., Art. 86 Anm. VI 3; *Broß*, in: v. Münch/Kunig, GG, III, Art. 86 Rdnr. 12.

## Art. 86 Erlass von Verwaltungsvorschriften innerhalb „Bundesverwaltung“

- 82 *aa) Formelle Fragen.* Das Zugriffsrecht kann ausgeübt werden mittels eines Parlamentsgesetzes, u.U. unter Aufnahme einer den Anforderungen des Art. 80 entsprechenden Verordnungsermächtigung.<sup>264</sup> Hierdurch wird dem Bund gegenüber den Ländern die Gesetzgebungskompetenz eingeräumt.
- 83 *bb) Potenzielle Gesetzesinhalte.* Ebenso wie unter der Geltung von S. 1 ist der Gesetzgeber dazu befugt, Regelungen über die Zuständigkeit einschließlich Mitwirkungsbefugnisse sowie über das Verfahren bei der Einrichtung von Behörden durch die Exekutive zu treffen. Wichtige Beispiele bilden wiederum die Übertragung organisatorischer Befugnisse auf einzelne Bundesminister oder die Einbeziehung des Bundesrates.<sup>265</sup> Im Unterschied zur Situation beim Erlass von Verwaltungsvorschriften sind hier aber **auch inhaltliche Regelungen** möglich, d.h. der Gesetzgeber kann selbst die „Einrichtung der Behörden“ reglementieren.<sup>266</sup> Auf dieser Grundlage könnte daher ohne Weiteres ein umfassendes Gesetz über die Bundesorganisation vorgelegt werden, was bereits wissenschaftlich angedacht worden ist.<sup>267</sup> Die inhaltlichen Grenzen sind identisch mit denen, die auch die Bundesregierung zu beachten hätte. Ob sich zusätzliche Grenzen aus einer etwaigenfalls notwendig werdenden Kompetenzabgrenzung gegenüber der Bundesregierung ergeben, ist abschließend zu erörtern:
- 84 *cc) Zur Kompetenzabgrenzung gegenüber der Exekutive.* Die Suche nach kompetenziellen Grenzen des legislativen Zugriffsrechts aus Art. 86 S. 2 ist keinesfalls selbstverständlich, wenn man bedenkt, dass eine sachgegenständliche Verteilung der Befugnisse zwischen den beiden Gewalten dort gerade nicht erfolgt ist (vgl. bereits Rdnr. 58); auch ist zu beachten, dass es wiederum nicht um die Ministerialebene (vgl. Rdnr. 45), sondern ausschließlich um die Organisationsgewalt innerhalb des Verwaltungstyps der Bundesverwaltung geht.<sup>268</sup> Dennoch wird teilweise behauptet, dass es einen **gesetzesfesten Kernbereich exekutivischer Organisationsgewalt** gebe, zu dem jedenfalls der Innenbereich der jeweiligen Verwaltungseinheiten gehören soll.<sup>269</sup> Diesem Bereich schließe sich eine „Zwischenzone“ mit konkurrierender Zuständigkeit an, wobei die in Art. 86 S. 2 getroffene kompetenzielle Verteilungsregel für ein gewisses Maß an Flexibilität zugunsten der Bundesregierung streite.<sup>270</sup> Die Frage nach etwaigen kompetenziellen Grenzen des Zugriffsrechts aus Art. 86 S. 2 bildet einen Ausschnitt innerhalb der Diskussion um die Existenz und Reichweite exekutivischer Eigenverantwortung unter dem Grundgesetz, die seit der Staatsrechtslehrrtagung 1984 vorwiegend unter dem Titel „**Verwaltungsvorbehalt**“ geführt wird.<sup>271</sup> Diese Diskussion lässt bestimmte Wellenbe-

<sup>264</sup> Vgl. *Ibler*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 86 Rdnr. 168 a. E. mit Rdnr. 146.

<sup>265</sup> Vgl. nur *von Mangoldt/Klein*, GG, 2. Aufl., Art. 86 Anm. VI 5.

<sup>266</sup> Allgemeine Meinung: *Oebbecke*, in: HStR VI, § 136 Rdnr. 85; *Sachs*, in: Sachs, GG, Art. 86 Rdnr. 39.

<sup>267</sup> Von *Loeser*, Das Bundes-Organisationsgesetz, S. 140 ff., 258 ff.

<sup>268</sup> Soweit sich entsprechende Überlegungen auf die Verteilung der Organisationsgewalt im Bereich der Bundesregierung beziehen (etwa bei *Böckenförde*, Organisationsgewalt, S. 86 ff.; teilweise auch bei *Schmidt-Aßmann*, in: Ipsen-FS, S. 333, 351 f.), ist Art. 86 von vornherein nicht einschlägig.

<sup>269</sup> So *Schmidt-Aßmann*, in: Ipsen-FS, S. 333, 351; *Schnapp*, VVDStRL 43 (1984), 172, 187 f.; *Krebs*, in: HStR V, § 108 Rdnr. 99; *Schmidt-De Caluwe*, JA 1993, 77, 143 f., sowie für den Bereich der Ministerialorganisation bereits *Köttgen*, VVDStRL 16 (1958), 154, 167; *Böckenförde*, Organisationsgewalt, S. 286 ff.

<sup>270</sup> Dahingehend wiederum *Schmidt-Aßmann*, in: Ipsen-FS, S. 333, 341 f., 351 f.; *Schnapp*, VVDStRL 43 (1984), 172, 188; *Krebs*, in: HStR V, § 108 Rdnr. 100; *Lerche*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 86 (Bearbeitung 1989) Rdnr. 106. Ablehnend gegenüber der Flexibilitätsvorstellung *Traumann*, Organisationsgewalt, S. 379 ff.

<sup>271</sup> Vgl. neben den dort gehaltenen Referaten von *Maurer*, VVDStRL 43 (1985), 135, und *Schnapp*, ebenda, 172, bereits *Böckenförde*, Organisationsgewalt, S. 78 ff., 103 ff.; *Christoph Degenhart*, Der Verwaltungsvorbehalt, NJW 1984, 2184; *Walter Schmidt*, Der „Verwaltungsvorbehalt“ – ein neuer Rechtsbegriff?, NVwZ 1984, 545; *Meinhard Schröder*, Der Verwaltungsvorbehalt, DVBl. 1984, 814; *Rupert Stettner*, Der Verwaltungsvorbehalt, DÖV 1984, 611; *Dreier*, Hierarchische Verwaltung, S. 183; *Loeser*, Das Bundes-Organisationsgesetz, S. 155 ff.; *Burmeister*, Herkunft, S. 132 ff.; *Albert Janssen*, Über die Grenzen des legislativen Zugriffsrechts, 1990, S. 88 ff.

wegungen erkennen, in deren Verlauf entweder eher zugunsten der parlamentarischen Durchdringung oder, und dies dürfte die neuere Tendenz sein, eher zugunsten exekutivischer Spielräume mittels einer Betonung der „Eigenständigkeit der Verwaltung“ argumentiert wird.<sup>272</sup>

Auf der Basis der bisherigen Überlegungen zu Art. 86 ist hierzu festzustellen, dass 85  
der in S. 2 getroffenen Regelung der Organisationsgewalt weder Anhaltspunkte zugunsten eines exekutivischen Hausgutes noch zugunsten eines irgendwie gearteten Regel-Ausnahme-Verhältnisses entnommen werden können.<sup>273</sup> Art. 86 S. 2 steuert zur **allgemeinen Abgrenzungsdiskussion nichts bei**, noch erschwert er sie, wie gelegentlich behauptet wird.<sup>274</sup> Für dieses Interpretationsergebnis spricht, neben dem Fehlen entsprechender Anhaltspunkte im Text, der Vergleich mit den in verschiedenen Landesverfassungen gewählten materiellen Kompetenzverteilungsmodellen (oben Rdnr. 58), vor allem aber das vollkommene Fehlen von Maßstäben, die erforderlich wären, um die behaupteten Verteilungsregeln zu begründen.

#### Literaturauswahl

*Axer, Peter*, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung. Ein Beitrag zu den Voraussetzungen und Grenzen untergesetzlicher Normsetzung in der Sozialversicherung, 2000; *Becker, Bernd*, Zentrale nichtministerielle Organisationseinheiten der unmittelbaren Bundesverwaltung – Eine dimensionale Strukturanalyse –, *VerwArch* 69 (1978), 149; *Böckenförde, Ernst-Wolfgang*, Die *Organisationsgewalt* im Bereich der Regierung, 1964; *Bundesverwaltungsamt* (Hrsg.), Die nichtministerielle Bundesverwaltung, Nachschlagewerk, Stand: Juni 1999, jetzt unter: [www.bund.de](http://www.bund.de); *Burgi, Martin*, *Funktionale Privatisierung* und Verwaltungshilfe. Staatsaufgabendogmatik, Phänomenologie, Verfassungsrecht, 1999; *ders.*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben – Gestaltungsmöglichkeiten, Grenzen, Regelungsbedarf. Gutachten D für den 67. DJT, in: Verhandlungen des 67. DJT – Band I. Gutachten, 2008; *ders.*, Verwaltungsorganisationsrecht, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, §§ 7 – 10; *Burmeister, Günther C.*, *Herkunft*, Inhalt und Stellung des institutionellen Gesetzesvorbehalts, 1991; *Busse, Volker*, Organisation der Bundesregierung und Organisationsentscheidungen der Bundeskanzler in ihrer historischen Entwicklung und im Spannungsfeld zwischen Exekutive und Legislative, *Der Staat* 45 (2009), 245; *Butzer, Hermann*, Zum Begriff der Organisationsgewalt, Die Verwaltung 27 (1994), 157; *Dittmann, Armin*, Die *Bundesverwaltung*. Verfassungsgeschichtliche Grundlagen, grundgesetzliche Vorgaben und Staatspraxis ihrer Organisation, 1983; *Dreier, Horst*, *Hierarchische Verwaltung* im demokratischen Staat. Genese, aktuelle Bedeutung und funktionelle Grenzen eines Bauprinzip der Exekutive, 1991; *Ehlers, Dirk*, Verwaltung in *Privatrechtsform*, 1984; *Erichsen, Hans-Uwe/Knoke, Ulrich*, Organisation bundesunmittelbarer Körperschaften durch die Länder?, *DÖV* 1985, 53; *Fuchs, Michael*, „Beauftragte“ in der öffentlichen Verwaltung, 1985; *Groß, Thomas*, Das *Kollegialprinzip* in der Verwaltungsorganisation, 1999; *ders.*, Die Verwaltungsorganisation als Teil organisierter Staatlichkeit, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 2006, § 13; *Henkel, Joachim* (Hrsg.), Die Bundesrepublik Deutschland – *Staatshandbuch*: Bund 2007; *Kirschenmann, Dietrich*, Zuständigkeiten und Kompetenzen im Bereich der Verwaltung nach dem 8. Abschnitt des Grundgesetzes, *JuS* 1977, 565; *Jestaedt, Matthias*, Die Grundbegriffe des Verwaltungsorganisationsrechts, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 2006, § 14; *Klein, Hans H.*, Verwaltungskompetenzen von Bund und Ländern in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: *FG BVerfG*, Band II, 1976, S. 277; *König, Michael*, Bildung, Errichtung und Einrichtung von Behörden – am Beispiel des Thüringer Polizeiorganisationsgesetzes –, *VerwArch* 100 (2009), 214; *Kössinger, Winfried*, Die *Durchführung* des Europäischen Gemeinschaftsrechts im Bundesstaat, 1988; *Köttgen, Arnold*, Die Organisationsgewalt, *VVDStRL* 16 (1958), 154; *ders.*, Der Einfluß des Bundes auf die deutsche Verwaltung und die Organisation der bundesdeutschen Verwaltung, *JöR n.F.* 3 (1954), 67 ff., 101 ff.; *JöR n.F.* 11 (1962), 173 ff., 252 ff.; *Kratzer, Jakob*, Über die Zuständigkeit zum Erlaß allgemeiner Verwaltungsvorschriften des Bundes, *DÖV* 1952, 230; *DÖV* 1953, 172; *Krebs, Walter*, Verwaltungsorganisation, in: *HStR V*, 3. Aufl. 2007, § 108; *Lerche, Peter*, Neue Entwicklungen zum Begriff

<sup>272</sup> Zu Letzterem vgl. *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Organisationsrecht als Steuerungsressource – Perspektiven der verwaltungsrechtlichen Systembildung –, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource*, 1997, S. 355, 382; *Groß*, *Kollegialprinzip*, S. 190 ff.; *Schmidt-Aßmann*, *Ordnungsidee*, S. 211 ff.

<sup>273</sup> So auch *Maurer*, *VVDStRL* 43 (1985), 135, 155 (allgemein zu Art. 83 ff.); *Sachs*, in: *Sachs, GG*, Art. 86 Rdnr. 40; *Traummann*, *Organisationsgewalt*, S. 370 ff. Er enthält auch kein „Verbot negativer Sperrgesetze“ (so aber *Ossenbühl*, *Verwaltungsvorschriften*, S. 272; *Schmidt-Aßmann*, in: *Ipsen-FS*, S. 333, 351 f.; *Schnapp*, *VVDStRL* 43 [1985], 133, 193; wie hier *Traummann*, *Organisationsgewalt*, S. 381 ff.).

<sup>274</sup> *Loeser*, *Bundes-Organisationsgesetz*, S. 155.

## Art. 86

### Literaturauswahl

der Bundeseigenverwaltung, in: Klein-FS, 1994, S. 527; Loeser, Roman, Die Bundesverwaltung in der Bundesrepublik Deutschland – Bestand, Rechtsformen und System der Aufbauorganisation, Speyerer Forschungsberichte 50, 1986; ders., Das Bundes-Organisationsgesetz, 1988; ders., System des Verwaltungsrechts, Band 2 – Verwaltungsorganisation, 1994; Maurer, Hartmut, Der Verwaltungsvorbehalt, VVDStRL 43 (1985), 135; Oebbecke, Janbernd, Verwaltungszuständigkeit, in: HStR VI, 3. Aufl. 2008, § 136; Oldiges, Martin, Die Bundesregierung als Kollegium. Eine Studie zu Regierungsorganisationen nach dem Grundgesetz, 1983; Ossenbühl, Fritz, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, 1968; Pestalozza, Christian, Der Garantiegehalt der Kompetenznorm, erläutert am Beispiel der Art. 105 ff. GG, Der Staat 11 (1972), 161; Schäfer, Hans, Die bundeseigene Verwaltung, DÖV 1958, 241; Schewerda, Martin, Die Verteilung der Verwaltungskompetenzen zwischen Bund und Ländern nach dem Grundgesetz, 2008; Schmidt-Aßmann, Eberhard, Verwaltungsorganisation zwischen parlamentarischer Steuerung und exekutivischer Organisationsgewalt, in: Ipsen-FS, 1977, S. 333; ders., Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource – Einleitende Problemskizze –, in: ders./Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, S. 9; ders., Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Aufl. 2004; Schmidt-De Caluwe, Reimund, Verwaltungsorganisationsrecht, JA 1993, 77 ff., 115 ff., 143 ff.; Schnapp, Friedrich E., Zu Dogmatik und Funktion des staatlichen Organisationsrechts, Rechtstheorie 9 (1978), 275; ders., Ausgewählte Probleme des öffentlichen Organisationsrechts, Jura 1980, 293; ders., Der Verwaltungsvorbehalt, VVDStRL 43 (1985), 172; Sodan, Helge, Kollegiale Funktionsträger als Verfassungsproblem, 1987; Starck, Christian (Hrsg.), Erledigung von Verwaltungsaufgaben durch Personalkörperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts, 1992; Suerbaum, Joachim, Die Kompetenzverteilung beim Verwaltungsvollzug des Europäischen Gemeinschaftsrechts in Deutschland, 1998; Traumann, Dodo, Die Organisationsgewalt im Bereich der bundeseigenen Verwaltung, 1998; Voßkuhle, Andreas, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, VVDStRL 62 (2003), 266; Wißmann, Hinnerk, Verfassungsrechtliche Vorgaben der Verwaltungsorganisation, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 2006, § 15; Wolff, Hans J./Bachof, Otto/Stober, Rolf, Verwaltungsrecht III, 5. Aufl. 2004.