

Die bundesstaatliche Finanzverfassung ist in Bewegung. Politische Zweckmäßigkeitserwägungen und europarechtlicher Anpassungsdruck treffen auf historische Konstanten und Grundpfeiler eines stabilen Verantwortungsföderalismus.

Der vorliegende Band enthält die Beiträge des Jahressymposiums 2015 des Instituts für Finanz- und Steuerrecht der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, mit welchem das Institut seinen Direktor Reinhard Mußgnug anlässlich seines 80. Geburtstags ehrte. Der Band spannt den Bogen von den historischen Grundlängen der Finanzverfassung bis hin zu ihren europarechtlichen Bezügen. Themen sind der Funktionswandel und die Kontinuität der Finanzverfassung, ihre Bedeutung für die Steuerkonkurrenzen, die Europäisierung der Finanzverfassung, finanzverfassungsrechtliche Impulse für die Ausdifferenzierung der Normenhierarchie und das staatliche Schenkungsverbot.


 lehmanns
media

Lehmanns Media
Helmholtzstraße 2-9
10587 Berlin
www.lehmanns.de

ISBN 978-3-86541-888-3

19,95 €

Hufeld/Kube/Reimer (Hrsg.) – Entwicklungslinien der Finanzverfassung

Ulrich Hufeld/Hanno Kube/Ekkehart Reimer (Hrsg.)

Entwicklungslinien der Finanzverfassung

mit Beiträgen von Ulrich Hufeld, Josef Isensee, Paul Kirchhof,
Hanno Kube, Ekkehart Reimer und Andreas Thier



HEIDELBERGER BEITRÄGE ZUM FINANZ- UND STEUERRECHT

Heidelberg Working Paper Series on Public Finance and Tax Law



INSTITUT FÜR
FINANZ- UND
STEUERRECHT

Ulrich Hufeld/Hanno Kube/Ekkehart Reimer (Hrsg.)

Entwicklungslinien der Finanzverfassung

mit Beiträgen von Ulrich Hufeld, Josef Isensee, Paul Kirchhof,
Hanno Kube, Ekkehart Reimer und Andreas Thier



HFSt 3



Ulrich Hufeld/Hanno Kube/Ekkehart Reimer (Hrsg.), Entwicklungslinien
der Finanzverfassung
Online-Fassung: <http://journals.ub.uni-heidelberg.de/index.php/hfst/index>

Zitiervorschlag:

Autor, in HFSt 3 (2016), Seite.

© beim Autor

Umschlagsgestaltung: Atelier Peter Nardo, Mannheim

Druck: docupoint GmbH, Magdeburg

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der
Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliografische Daten sind im
Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Herausgeber:

Prof. Dr. Hanno Kube, LL.M. (Cornell), Prof. Dr. Ekkehart Reimer

Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Institut für Finanz- und Steuerrecht

ISBN 978-3-86541-888-3

Lehmanns Media, Berlin 2016

Helmholtzstraße 2-9

10587 Berlin

www.lehmanns.de

Inhaltsübersicht

§ 1 Vom frühkonstitutionellen Steuerbewilligungsrecht zum Haushaltsplan.....	5
<i>Andreas Thier</i>	
§ 2 Kontinuität dank Finanzverfassung	27
<i>Paul Kirchhof</i>	
§ 3 Steuerkonkurrenzen in der Finanzverfassung.....	53
<i>Hanno Kube</i>	
§ 4 Europäisierung der Finanzverfassung	75
<i>Ulrich Hufeld</i>	
§ 5 Finanzverfassungsrechtliche Impulse für die Ausdifferenzierung der Normenhierarchie	95
<i>Ekkehart Reimer</i>	
§ 6 „Der Staat hat nichts zu verschenken“	117
<i>Josef Isensee</i>	
§ 7 Dankrede	151
<i>Reinhard Mußgnug</i>	

Vorwort

Die bundesstaatliche Finanzverfassung ist in Bewegung. Politische Zweckmäßigkeitserüberlegungen und europarechtlicher Anpassungsdruck treffen auf historische Konstanten und auf Grundpfeiler eines stabilen Verantwortungsföderalismus. Der vorliegende Band möchte mit ausgewählten *Entwicklungslinien der Finanzverfassung* die unterschiedlichen Einflüsse und Erwartungen aufdecken, denen der Gesetzgeber unterliegt.

Bei den Beiträgen handelt es sich um die ausgearbeiteten und partiell ergänzten Vorträge eines Symposions vom 30. Oktober 2015 in der Alten Aula der Universität Heidelberg, mit dem die Herausgeber ihren hochgeschätzten akademischen Lehrer und Kollegen Professor *Dr. Reinhard Mußgnug* anlässlich seines 80. Geburtstages zu ehren suchten. Die Impulse, die *Reinhard Mußgnug* dem deutschen Finanzverfassungs- und Haushaltsrecht seit den 1970er Jahren gegeben hat, sind wegweisend und hinterlassen – auch in den hier abgedruckten Studien – tiefe Spuren.

Der Dank der Herausgeber gilt den Autoren dieses Bandes für ihre Mitwirkung an dem Symposium und die Schriftfassungen ihrer Beiträge. Ebenso herzlich danken wir Frau Susanne Röth, Herrn Leonhard Kornwachs und – stellvertretend für alle studentischen Hilfskräfte des Instituts – Frau Anne Schneider für ein gelungenes Symposium und die sorgfältige redaktionelle Bearbeitung der Manuskripte.

Hamburg und Heidelberg, im Sommer 2016

Ulrich Hufeld
Hanno Kube
Ekkehart Reimer

§ 1 Vom frühkonstitutionellen Steuerbewilligungsrecht zum Haushaltsplan

Historische Reflexionen zum Funktionswandel
der modernen Finanzverfassung

Andreas Thier

I.	Einleitung	5
II.	Das ständisch-parlamentarische Steuerbewilligungsrecht und seine verfassungspolitischen Limitierungen	9
III.	Vom Ausgabenbewilligungsrecht zum Haushaltsplan und von hier aus zum Ausgabenstaat der Gegenwart.....	21
IV.	Schlussbemerkung	25

I. Einleitung

Das Finanzverfassungsrecht im Allgemeinen und das Haushaltsrecht im Besonderen wird im Diskurs der deutschen Staatsrechtswissenschaft seit jeher zu denjenigen Materien gerechnet, die auch und gerade historischen Traditionen¹ und insofern auch historischer Analyse verpflichtet sind.² Dem entspricht es, dass sich spätestens mit der Übersicht *Johannes Heckels*³ über "*Die Entwicklung des parlamentarischen Budgetrechts und seiner*

¹ Dazu aus jüngerer Zeit *U. Haltern*, Die künftige Ausgestaltung der bundesstaatlichen Finanzordnung, in: *Zukunftsgestaltung durch Öffentliches Recht (VVVDStRL, H. 73)*, 2014, 121, 128 f. im Blick v. a. auf den Finanzföderalismus.

² S. etwa *Ch. Waldhoff*, § 116: Grundzüge des Finanzrechts des Grundgesetzes, in: *J. Isensee, P. Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 5*, ³2007, 813, 837 m. Rn. 37-39, 862 f. m. Rn. 79 f., 890-892 m. Rn. 121-123, 908 f. m. Rn. 150 f.; *H. Kube*, Finanzgewalt in der Kompetenzordnung, 2004, 30, mit der prägnanten Feststellung im Blick auf die Entwicklungsdynamiken der Finanzverfassung seit der Frühen Neuzeit, "*Die grundgesetzliche Dogmatik der Finanzgewalt beruht auf dieser geschichtlichen Entwicklung.*"

³ *G. Emling*, *Johannes Heckel. Leben und Wirken (1889-1963)*, 2011.

*Ergänzungen*⁴ eine vielschichtige deutsche Tradition der Finanzverfassungshistoriographie ausmachen lässt.⁵ Selbstverständlich finden sich unter den vielen Arbeiten, die in diesem Zusammenhang entstanden sind und unter denen die Studie von *Reinhard Mußgnug* über den Staatshaushaltsplan⁶ durch ihre immer wieder eindrucksvolle Quellenauswahl und Präzision herausragt,⁷ vielfach solche Untersuchungen, die auch und gerade im Blick auf Gegenwartsthemen geschrieben worden sind, mit denen sich ihre Verfasser auseinandersetzen. So ist vor allem (aber nicht nur) in der Tradition *Carl Schmitts*⁸ nach der Beziehung von Budgetrecht und Staatsform

⁴ *J. Heckel*, Die Entwicklung des parlamentarischen Budgetrechts und seiner Ergänzungen, in: G. Anschütz, R. Thoma (Hrsg.), Handbuch des deutschen Staatsrechts, Bd. 2, Tübingen 1932, 358.

⁵ *K. H. Friauf*, Der Staatshaushaltsplan im Spannungsfeld zwischen Parlament und Regierung, Bd. 1, 1968; *W. Heun*, Staatshaushalt und Staatsleitung. Das Haushaltsrecht im parlamentarischen Regierungssystem des Grundgesetzes, 1989, 31-84. Auf der Ebene der Kommentarliteratur grundlegend: *BK-Vogel/Waldhoff*, Vorbem. z. Art. 104a-115, 1997, N. 104-266.

⁶ *R. Mußgnug*, Der Haushaltsplan als Gesetz, Göttingen 1976.

⁷ Dazu sei die biographische Anmerkung gestattet, dass mich mein akademischer Lehrer im Feld der Geschichtswissenschaften, *Thomas Nipperdey*, seinerzeit auf das Buch von *Reinhard Mußgnug* verwies und betonte, dieses Werk müsse man als Historiker des 19. Jahrhunderts gelesen haben.

⁸ *C. Schmitt*, Verfassungslehre, 1928, 53 f.; *ders.*, Staatsgefüge und Zusammenbruch des zweiten Reichs. Der Sieg des Bürgers über den Soldaten, 1934, Nd. 2011, 9 f. u. ö.; klassische Analyse Schmitts bei *H. Hofmann*, Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts, ⁵2010.

in der deutschen Verfassungsgeschichte⁹ gefragt¹⁰ worden. Dabei ist insbesondere der preußische Budgetkonflikt 1862/66¹¹ gedeutet worden als der "entscheidende Kampf zwischen der Krone und dem Parlamentarismus", so Otto Hell bereits 1912,¹² im Zusammenhang des "Kampfe(s) autoritärer und demokratischer Kräfte um die Herrschaft im Staate", wie es Johannes Heckel 1932 formuliert hat.¹³ In anderen Studien ist darüber hinaus sehr eindrucksvoll eine Entwicklungslinie gezeichnet worden, die vom frühneuzeitlichen ständischen und dann frühkonstitutionellen Steuerbewilligungsrecht über das Ausgabenbewilligungs- und Budgetrecht der Parlamente im 19. Jahrhundert in die Haushaltsverfassung des demokratischen Staates führte.¹⁴ Dabei ist auch der Funktionswandel des Haushaltsrechts herausgearbeitet worden, habe doch das Budgetrecht im Lauf der Zeit seine potentiell systemverändernde Wirkung verloren und müsse deswegen un-

⁹ Für eine breit angelegte komparative Position s. nunmehr R. Bourget, *La science juridique et le droit financier et fiscal: étude historique et comparative du développement de la science juridique fiscale (fin XIXe et XXe siècles)*, 2012.

¹⁰ Am bekanntesten die Gegenposition zu Carl Schmitt bei E. R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, Bd. 3, ³1988, 19, 100, 281-332 u. ö.; klassisch die Kritik an Hubers Deutungen bei E. W. Böckenförde, *Der deutsche Typ der konstitutionellen Monarchie im 19. Jahrhundert*, abgedruckt u. a. in: ders., *Recht, Staat, Freiheit. Studien zu Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, ⁵2013, 273, 294 u. pass.; s. weiterhin R. Wahl, *Der preußische Verfassungskonflikt und das konstitutionelle System des Kaiserreichs*, in: ders., E.- W. Böckenförde (Hrsg.), *Moderne Deutsche Verfassungsgeschichte (1815 - 1918)*, ²1981, 208, 214; s. a. neuerdings R. Wahl, *Der Konstitutionalismus als Bewegungsgeschichte*, in: U. Müßig (Hrsg.), *Konstitutionalismus und Verfassungskonflikt*, 2006, 197, 217; für einen Überblick s. etwa E. Fehrenbach, *Verfassungsstaat und Nationsbildung 1815-1871*, ²2010, 71 f., 82-85. Allgemein zur Traditionsbildung in der Verfassungshistoriographie in diesem Punkt E. Grothe, *Zwischen Geschichte und Recht. Deutsche Verfassungsgeschichtsschreibung 1900-1970*, 2005, 271 f., 382 f.

¹¹ Für einen Überblick s. A. Thier, *Steuergesetzgebung und Verfassung in der konstitutionellen Monarchie. Staatssteuerreformen in Preußen 1871-1893*, 1999, 643-646 m. w. N.; näher statt vieler Th. Nipperdey, *Deutsche Geschichte 1800-1866*, 1983, 749-758, 761-768, 795-797; sehr eindringlich auch H. Dreier, *Der Kampf um das Budgetrecht als Kampf um die staatliche Steuerherrschaft – Zur Entwicklung des modernen Haushaltsrechts*, in: W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht*, 1998, 59, 60-67, H.-C. Kraus, *Ernst Ludwig von Gerlach*, Bd. 2, 1994, 744-772, 781-793, 810-825.

¹² O. Hell, *Bismarck und der Konstitutionalismus*, Diss. phil. Kiel 1912, 51.

¹³ Heckel, *Entwicklung des parlamentarischen Budgetrechts (Anm. 4)*, 359.

¹⁴ Als verdichtete Übersicht s. etwa Kube, *Finanzgewalt (Anm. 2)*, 30-104 m. w. N.

ter den Bedingungen der parlamentarischen Demokratie mit der Überbrückung des Gegensatzes von Parlament und Regierung seine staatsleitende Funktion immer wieder neu bewähren.¹⁵ Aber, so ist in jüngerer Zeit auch betont worden, ungeachtet seiner – vom Bundesverfassungsgericht etwa in seinem ESM-Beschluss nochmals herausgehobenen – ausgeprägten demokratischen Bedeutung¹⁶ sei das parlamentarische Budgetrecht einem permanenten Erosionsprozess ausgesetzt und gerate mehr und mehr in Gefahr, zur "Verfassungsfolklore" zu werden.¹⁷

Es wäre sicherlich reizvoll, diese Narrative und Deutungen aus der Nähe zu betrachten und insbesondere in den Zusammenhang der Wirtschafts-, Sozial- und Kulturgeschichte einzuordnen, indem etwa nach der Entstehung und Bedeutung von Wissensasymmetrien im Zusammenhang des Budgetrechts gefragt oder indem die wachsende Bedeutung der Staatsverschuldung als limitierender, aber auch ermöglichender Faktor budgetrechtlicher Entscheidungsmacht untersucht wird. Doch schon im Blick auf den vorliegend begrenzten Rahmen ist das Anliegen der nachfolgenden Überlegungen deutlich enger bemessen. Hier soll lediglich versucht werden, zwei Entwicklungsmomente herauszustellen, die aus der Perspektive des Historischen den Funktionenwandel der Finanzverfassung besonders markant charakterisieren: In einem ersten Schritt soll dabei gezeigt werden, dass und wie das Steuerbewilligungsrecht der frühen deutschen konstitutionellen Monarchie eine in der Tendenz individualrechtsschützende

¹⁵ S. statt vieler *Waldhoff*, Grundzüge (Anm. 2), 890-892 m. Rn. 121-123, sowie *Dreier*, Kampf um das Budgetrecht (Anm. 11), 90-105 u. passim, jeweils m. w. N.

¹⁶ BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 7. September 2011, 2 BvR 1099/10, Rn. 122 unter Verweis auf BVerfGE 70, 324, 355 f. und 79, 311, 329. Allgemein zu dieser normativen Deutung des Budgetrechts *H. Kube*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Egl. 2013, Art. 110, Rn. 35 m. w. N.

¹⁷ Erstmals mit Blick auf das Budgetrecht *O. Jung*, Unverdient höchster Segen. Das BVerfG folgt der (wenig überzeugenden) Rechtsprechung der Landesverfassungsgerichte zum Finanztabu bei der Volksgesetzgebung, *NVwZ* 2002, 41, 42, der dabei eine Wortschöpfung des ehemaligen Staatsministers für Kultur und Medien übernahm, der seinerseits die Kulturhoheit der Länder als "Verfassungsfolklore" bezeichnet (und damit einen Proteststurm der Landeskultusministerien ausgelöst) hatte (vgl. *M. Naumann*, Zentralismus schadet nicht - Die Kulturhoheit der Länder ist Verfassungsfolklore. Es darf und muss eine Bundeskulturpolitik geben, *Die Zeit* 45/2000 [2.11.2000]); zum Ganzen *J. Iseensee*, Budgetrecht des Parlaments zwischen Schein und Sein, *JZ* 2005, 971, 972.

Funktion annahm, auch wenn es im Übrigen ein durchaus systemveränderndes Potential besaß. Doch sollte die Steuerbewilligung dann an Bedeutung verlieren, als der steuererhebende Fiskus durch die gerichtliche Rechtskontrolle eingehegt wurde und zugleich die Verteilung von Begünstigungen und Belastungen zum zentralen Zweck von Steuer- und Finanzrecht wurde (unten II.). Damit korrespondierte, wie in einem zweiten Schritt argumentiert wird, anfänglich der Aufstieg des Ausgabenbewilligungsrechts und damit des Budgetrechts. Aber die Zeiten seiner potentiell systemverändernden Gestaltungsbefugnis sollten rasch vorbei sein. Denn die Strukturveränderungen der staatlichen Finanzwirtschaft und ihrer Verflechtung mit Wirtschaft und Gesellschaft sollten das Budgetrecht je länger desto mehr zu einem potentiell untauglichen Werkzeug in der politischen Auseinandersetzung werden lassen. Das sollte umso mehr gelten, als finanzrechtlich bedeutsame Staatsleitungsentscheidungen zunehmend auch jenseits des Haushaltsplans fallen, der sie dann lediglich nachvollziehen kann (unten III.).

II. Das ständisch-parlamentarische Steuerbewilligungsrecht und seine verfassungspolitischen Limitierungen

Der Archetypus des Steuerbewilligungsrechts, die bindende Notwendigkeit der Zustimmung von korporativ organisierten Herrschaftsunterworfenen zur Erhebung von Steuern,¹⁸ zeigt sich im europäischen Raum¹⁹ seit Beginn des 13. Jahrhunderts. Besonders plastisch ist hierbei die berühmte

¹⁸ Vgl. auch *Mußnug*, Haushaltsplan (Anm. 6), 48-50; zur Geschichte von Steuern und Budget im Überblick s. *A. Thier, Ch. Waldhoff*, (Übers. *A. Nieschlag*), Taxation: Medieval and Post-Medieval Roman Law, in: St. N. Katz (Hrsg.), *The Oxford International Encyclopedia of Legal History V*, 2009, 435.

¹⁹ Für eine europäisch angelegte Geschichte der öffentlichen Finanzen in Europa die Beiträge in: *R. Bonney* (Hrsg.), *Economic Systems and State Finance*, 1995, ND 2002; *ders.* (Hrsg.), *The Rise of the Fiscal State in Europe, c. 1200-1815*, 1999, ND 2004; *J. L. Cardoso, P. Lains* (Hrsg.), *Paying for the Liberal State. The Rise of Public Finance in Nineteenth-Century Europe*, 2010. Zur Geschichte der Finanzverwaltung, der hoheitlichen Finanzverwalter und der privaten Staatsfinanziers in Frankreich und Spanien s. die Beiträge in: *A. Dubet, J.-P. Luis* (Hrsg.), *Les financiers et la construction de l'État. France, Espagne (XVIIe-XIXe siècle)*, 2011.

Garantie der *Magna Charta libertatum* König *Johanns*²⁰ von 1215²¹, *Nulum scutagium vel auxilium ponatur in regno nostro, nisi per commune consilium regni nostri*,²² die Regel also, dass kein "Schildgeld"²³ und keine Unterstützungslleistung im Königreich verlangt werden könne ohne "*den gemeinsamen Ratschluss unseres Königreichs*". Ähnlich heisst es in einem Weistum (also einer gemeinschaftlichen Verständigung auf eine bis dahin ungeschriebene Regel)²⁴ des Kaiserreichs von 1231, dass ohne den *consensus* der *maiores et meliores terrae* keine Normsetzung stattfinden könne,²⁵ was aller Wahrscheinlichkeit nach auch für die Auferlegung von Abgaben galt.²⁶

Das verbindet sich mit einer in der spätmittelalterlichen und frühneuzeitlichen Jurisprudenz erkennbaren Tendenz, die Herrschaftsunterworfenen einerseits vor allzu weitgreifenden Zugriffsbefugnissen des Herrschers zu

²⁰ J. Gillingham, Art. 'John (1167–1216)', Oxford Dictionary of National Biography, 2004; online Ausgabe, Sept. 2010 <<http://www.oxforddnb.com/view/article/14841>>.

²¹ Überblick bei K. v. Eickels, C. Esch, 'Magna carta libertatum', in: HRG, Bd. 3/21, 2014, Sp. 1144-1149, online <http://www.hrgdigital.de/HRG.magna_carta_libertatum>; grundlegend: J. C. Holt, Magna Carta, 3. Auflage 2015, online <<http://dx.doi.org/10.1017/CBO9781316144596>>.

²² Text zitiert nach dem Abdruck bei Holt, Magna Carta (Anm. 21), Appendix 6, S. 373-398, hier 382.

²³ Grundlegend hierzu: C. Fischer, Schildgeld und Heersteuer. Eine vergleichende Studie zur Entwicklung lehnsrechtlicher Strukturen durch die Umwandlung vasallitischer Kriegsdienste in Geldabgaben im normannisch-frühangevinischen England und stau-fischen Reich, 2013, 39-130, m. w. N.

²⁴ Zum Weistum als normativer Figur s. den Überblick bei B. Schildt, 'Weistum', in: LexMA, Bd. 8, 1997; näher etwa S. Teuscher, Kompilation und Mündlichkeit. Herrschaftskultur und Gebrauch von Weistümern im Raum Zürich, 14.-15. Jahrhundert, Historische Zeitschrift 273 (2001), 289, sowie ders., Zur Mediengeschichte des "mündlichen Rechts" im späteren Mittelalter, ZRG GA 131 (2014), 69.

²⁵ Reichsweistum v. Worms, 1.5.1231, ediert in: L. Weiland (Hrsg.), Constitutiones et acta publica imperatorum et regum, Bd. 2 (MGH Constitutiones, Bd. 2), 1896, Nr. 305, S. 420: *si aliquis dominorum terre aliquas constitutiones vel nova iura facere possit, melioribus et maioribus terre minime requisitis*; zur Einordnung im Überblick s. etwa K. Krüger, Die landständische Verfassung, 2003, 1 f., 48 f. m. w. N.

²⁶ Dazu näher Thier, Steuergesetzgebung (Anm. 11), 658 f. m. Anm. C./I./56.

schützen, andererseits solche Herrschaftsakte aber auch nicht generell auszuschließen.²⁷ Deswegen wurde dem Herrscher die grundsätzliche Befugnis zur Abgabenerhebung durchaus zugestanden, aber dieses Herrschaftsrecht wurde unter Zustimmungsvorbehalt gestellt, was sich etwa in der Ausweitung der berühmten Parömie *quod omnes tangit ab omnibus approbari debet* auf den Raum rechtlich geordneter politischer Herrschaft verdichtete.²⁸ Mit den Landständen stand dem Herrscher in den Territorien²⁹ dabei das „Land“ gegenüber,³⁰ um die berühmte Formulierung von *Otto Brunner*³¹ zu benutzen. Auf diese Weise konnte dann etwa in einem Gutachten des Jahres 1599 formuliert werden, dass *"in der Fürsten freyen will*

²⁷ Im Überblick: *K. Pennington*, Law, legislative authority, and theories of government, 1150–1300, in: J. H. Burns (Hrsg.), *The Cambridge History of Medieval Political Thought c.350–c.1450*, 1988, 424, sowie *J. P. Canning*, Law, sovereignty and corporation theory, 1300–1450, ebd., 454; näher etwa *K. Pennington*, *The Prince and the Law, 1200–1600. Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition*, 1993; s. a. den Überblick bei *M. P. Schennach*, *Gesetz und Herrschaft. Die Entstehung des Gesetzgebungsstaates am Beispiel Tirols*, 2010, 360–363.

²⁸ *Y. Congar*, *Quod omnes tangit, ab omnibus tractari et approbari debet*, *Revue historique de droit français et étranger*, Ser. 4, Bd. 36 (1958) 21, wieder abgedruckt in: ders., *Droit ancien et structures ecclésiastiques*, 1982, III:210; als neuere Arbeiten s. insbesondere *O. Condorelli*, *Quod omnes tangit, debet ab omnibus approbari*, in: S. Jørn Øyrehagen (Hrsg.), *Nye perspektiver på grunnloven, VI: Constitutionalism before 1789: Constitutional Arrangements from the High Middle Ages to the French Revolution*, 2014, 60, *C. Fasolt*, *Quod omnes tangit ab omnibus approbari debet: The Words and the Meaning*, in: ders., *Past Sense — Studies in Medieval and Early Modern European History*, 2014, 225; *J. Hauck*, *Quod omnes tangit debet ab omnibus approbari: eine Rechtsregel im Dialog der beiden Rechte*, *ZRG KA 130* (2013), 398.

²⁹ Zur Entwicklung im städtischen Raum insgesamt s. am Beispiel Hamburgs *H.-J. Bohnsack*, Einführung, in: ders. (Hrsg.), *Hamburgs Weg zum Haushaltsplan. Quellen zur Entwicklung der Finanzwirtschaft der Stadt von den Anfängen bis zum Jahre 1860*, 1993, XXIII, XXXIII–XLVI, LIXXCVI–CIX.

³⁰ Als erster Überblick: *H. Carl*, 'Landstände', in: HRG, Bd. 3/19, ²2014, 599, online <<http://www.hrgdigital.de/HRG.landstaende>>. Für einen umfassenden Überblick zur Entwicklung in Mitteleuropa s. *Krüger*, *Verfassung* (Anm. 25), sowie *J. Bahlcke*, *Landesherrschaft, Territorien und Staat in der Frühen Neuzeit*, 2012, jeweils m. w. N.

³¹ *O. Brunner*, *Land und Herrschaft. Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Österreichs im Mittelalter*, ⁵1965, Nd. 1990; zur historiographischen Verortung s. *E. Grothe*, *Zwischen Geschichte und Recht. Deutsche Verfassungsgeschichtsschreibung 1900–1970*, 2005, 300–303, sowie *Krüger*, *Verfassung* (Anm. 25), 56–59.

*unnd schlechten arbitrio nicht steht, stewart ihres gefallens pro libito aufzulegen, sondern solches mit bewilligung der landstände... geschehen soll*³².

Zwar verfiel das ständische Steuerbewilligungsrecht im Lauf des 17. und 18. Jahrhunderts, weil es den Herrscherinnen und Herrschern immer wieder gelang, insbesondere mit dauerhaften Konsumsteuern wie der Akzise und nicht zuletzt auch mit einer zunehmend ausgebauten eigenen Finanzverwaltung die Landeseinnahmen von ständischer Einwirkung unabhängig werden zu lassen.³³ Der nicht nur hierin sichtbar werdenden Krise des ständischen Steuerbewilligungsrechts³⁴ entsprach die Ableitung des Steuererhebungsrechts aus dem allgemeinen Herrschaftsrecht des Landesherren, das in der Tendenz gegenüber ständischer Mitwirkung buchstäblich abstrakt war und dem bisweilen sogar die Qualität beigelegt wurde, als *ius eminens* oder *dominium eminens* den direkten Zugriff auf Eigentum und Vermögen der Untertanen auch im Wege der Besteuerung möglich zu machen.³⁵ So notierte *Veit Ludwig von Seckendorff* (1626-1692)³⁶ im Jahr 1685 mit deutlich frustriertem Unterton, dass "*die alte Art der Teutschen*

³² *Modestinus Pistoris, Simon Pistoris, Consilia sive Responsa, Bd. 2: Ea continens, quae nomine Collegij Iuridici Lipsiensis conscripsit, Ex. der BSB, (Sign.: 12540329 Regensburg, Staatliche Bibliothek -- 999/2Jur.11(2)) online verfügbar <<http://www.mdz-nbn-resolving.de/urn/resolver.pl?urn=urn:nbn:de:bvb:12-bsb11056860-1>>, hier consilium 9, nota 50, S. 106; dazu näher auch A. Schwennicke, 'Ohne Steuer kein Staat'. Zur Entwicklung und politischen Funktion des Steuerrechts in den Territorien des Heiligen Römischen Reiches (1500-1800), 1996, 64 m. Anm. 182 (mit Benutzung einer anderen Ausgabe).*

³³ *Bahlcke*, Landesherrschaft (Anm. 30), 29-32, 53-56, 85-88 m. w. N.; umfassend und grundlegend *Schwennicke*, 'Ohne Steuer kein Staat' (Anm. 32), 249-265, 283-288, 302-309 für die Widerspiegelung dieser Vorgänge auf der Ebene des Rechtswissens. Im Überblick am Beispiel Preußen *Thier*, Steuergesetzgebung und Verfassung (Anm. 11), 661-666 m. w. N.

³⁴ Für einen konzisen Überblick zur Geschichte des Steuerbewilligungsrechts in Mitteleuropa aus verfassungsgeschichtlicher Perspektive s. *Heun*, Staatshaushalt (Anm. 5), 38-52 m. w. N.

³⁵ *Schwennicke*, 'Ohne Steuer kein Staat' (Anm. 32), 240-246.

³⁶ *D. Döring*, 'Seckendorff, Veit Ludwig von' in: *Neue Deutsche Biographie* 24 (2010), 117, online verfügbar <<http://www.deutsche-biographie.de/pnd118760343.html>>. Näher etwa *M. Stolleis*, Veit Ludwig von Seckendorff, in: ders. (Hrsg.), Staatsdenker in der frühen Neuzeit, 1995, 148; umfassend nunmehr *S. Strauch*, Veit Ludwig von Seckendorff (1626-1692): Reformationsgeschichtsschreibung - Reformation des Lebens - Selbstbestimmung zwischen lutherischer Orthodoxie, Pietismus und Frühaufklärung, 2005.

*Freyheit" zunehmend in Vergessenheit gerate, weil "man die alte Freyheit dafür ausschreyet, als ob sie bey dem hohen Recht der Obrigkeiten, oder wie man es nennet, der Souverainetaet nicht stehen könnte (.) daher die consultation mit den Landschaften und Erlangung der Bewilligung zu neuen Anlagen so verdrießlich gemacht wird, daß denen hohe Herrschaften und ihren Hoffleuten je länger je mehr davor eckelt..."*³⁷

Das änderte sich in der Folge der französischen Revolution. Es waren mehrere Faktoren, die dazu führten, dass die seit 1814 entstehenden frühkonstitutionellen Verfassungen³⁸ gewählte landständische Vertretungen mit mindestens der Befugnis zur Steuerbewilligung³⁹ vorsahen: So zwang schon die grassierende Finanzkrise⁴⁰ vieler Staaten dazu, im Interesse des Staatskredits durch die Beteiligung der künftigen Abgabenzahler ihre Fähigkeit zu dokumentieren, Schulden im Weg der Steuererhebung bezahlen

³⁷ Veit Ludwig von Seckendorff, Christen-Stat: In drey Bücher abgetheilet; Im ersten wird von dem Christenthum an sich selbst und dessen Behauptung, wider die Atheisten ... ; Im Andern von der Verbesserung des Weltlichen, und Im dritten des Geistlichen Standes, nach dem Zweck des Christenthums gehandelt; Darbey unterschiedliche merckliche Stellen, aus alten und neuen Autoribus ... angehengt zu befinden, Ausgabe Leipzig 1686, II.XII.2, S. 401; dazu auch Schwennicke, 'Ohne Steuer kein Staat' (Anm. 32), 259.

³⁸ A. Kellermann, D. Drewes, Die süddeutschen Reformstaaten (Bayern, Württemberg, Baden), in: P. Brandt, M. Kirsch, A. Schlegelmich, W. Daum (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Verfassungsgeschichte im 19. Jahrhundert, Bd. 1, 2006, 714, 718-733, 773-779 (Finanzverfassung) und passim; in enzyklopädischer Breite P. M. Ehrle, Volksvertretungen im Vormärz. Wahl und Funktion der deutschen Landtage im Spannungsfeld zwischen monarchischem Prinzip und ständischer Repräsentation - Teil 1 und 2, 1979, 53-141, sowie D. Grimm, Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Privatrechtsgesetzgebung, in: H. Coing, Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Bd. III/1, 1982, 17, 128-137; s. a. R. Ham, M. Kandil, Die napoleonischen Modellstaaten, ebd., 684, 709-711 (Finanzverfassung). Aus der älteren Literatur in der Systematik nach wie vor eindrucksvoll E. R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. 1, ²1967, 314-360 sowie ders., Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. 2, ²1968, 46-91.

³⁹ Dazu statt vieler *Mußgnug*, Haushaltsplan (Anm. 6), 90-102. Zur Bedeutung des altständischen Steuerbewilligungsrechts als Ausgangspunkt des Budgetrechts in der württembergischen Verfassung umfassend und grundlegend nunmehr S. Koch, Kontinuität im Zeichen des Wandels. Verfassung und Finanzen in Württemberg um 1800, 2015, passim.

⁴⁰ Für einen Überblick s. H.-P. Ullmann, Der deutsche Steuerstaat. Geschichte der öffentlichen Finanzen, 2005, 22-24.

zu können.⁴¹ Denn, so formulierte 1810 ein preußischer Beobachter,⁴² "*ein Administrator kann Geld, aber ewig keinen Nationalcredit machen*". Die Anknüpfung an das altständische Steuerbewilligungsrecht⁴³ war aber auch Konsequenz der Wirkungsmacht der Konzeption von Individualeigentum und persönlicher Freiheit, wie sie durch die französische Revolution verbreitet worden war. Denn wenn seit der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte⁴⁴ Eingriffe in Freiheit und Eigentum nur durch oder aufgrund Gesetzes möglich waren,⁴⁵ dann galt das auch und gerade für das Steuerrecht.⁴⁶

⁴¹ *Mußgnug*, Haushaltsplan (Anm. 6), 88; näher *H. Obenaus*, Finanzkrise und Verfassungsgebung. Zu den sozialen Bedingungen des frühen deutschen Konstitutionalismus, zuletzt in: B. Vogel (Hrsg.), *Preussische Reformen 1807-1820*, 1980, 244, 251-255; *Ullmann*, Steuerstaat (Anm. 40), 24 f., s. a. *Nipperdey*, *Deutsche Geschichte 1800-1866* (Anm. 11), 273.

⁴² *Anonymus [Adam Müller]*, Vom Nationalcredit, *Berliner Abendblätter* 41 (16.11.1810), 159, 162, online verfügbar <<https://archive.org/stream/BerlinerAbendbltter1810-11/KleistBerlinerAbendbltter1810-11#page/n173/mode/2up>>; zur Autorschaft Adam Müllers s. *H. Obenaus*, Anfänge des Parlamentarismus in Preußen, 1984, 61 m. Anm. II./1./35. Zum Ganzen auch *Thier*, *Steuergesetzgebung und Verfassung* (Anm. 11), 666 f.

⁴³ Zu den Kontinuitäten und Diskontinuitäten zwischen altständischem Steuerbewilligungsrecht und frühkonstitutionellen Haushaltsbefugnissen *Dreier*, Kampf um das Budgetrecht (Anm. 11), 70-72, *Mußgnug*, Haushaltsplan (Anm. 6), 84-88.

⁴⁴ Im Überblick: *E. Wolgast*, *Geschichte der Menschen- und Bürgerrechte*, 2009, 53-93. Näher etwa: *S. Rials* (Hrsg.), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, 1989; für die normative Verbindlichkeit der Erklärung s. aus jüngster Zeit *I. Anselme*, *L'invocation de la Déclaration des droits de l'homme et de la Constitution dans les débats de l'Assemblée législative (1791-1792)*, 2013.

⁴⁵ Klassisch: *E. W. Böckenförde*, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus*, 1981, 71-84, 178-200.

⁴⁶ *Dreier*, Kampf um das Budgetrecht (Anm. 11), 69 f.; *K. Oechsle*, *Die steuerlichen Grundrechte in der jüngeren deutschen Verfassungsgeschichte, zugleich eine Untersuchung über das historische Verhältnis von Steuerfassungsrecht und Finanzwissenschaft*, 1993, 59 f.; *Thier*, *Steuergesetzgebung und Verfassung* (Anm. 11), 674 f.

Dem entsprach es, dass die frühkonstitutionellen einzelstaatlichen Verfassungen⁴⁷ regelmässig die Steuererhebung von sogenannten Aufлагengesetzen abhängig machten, die auf diese Weise die (in ihrer normativen Reichweite freilich umstrittene) Ermächtigungsgrundlage für den staatlichen Eingriff in die Sphäre der Steuerpflichtigen boten.⁴⁸ § 53 der badischen Verfassung von 1818 etwa bestimmte unmissverständlich, "ohne Zustimmung der Stände kann keine Auflage ausgeschrieben und erhoben werden", und § 54 S. 1 verwies auf ein in der Regel für zwei Jahre geltendes "Aufлагengesetz".⁴⁹ Das Budget selbst dagegen hatte in dieser Phase noch keinen Gesetzescharakter, der verfassungsrechtliche Schwerpunkt des Budgetprozesses lag weniger bei der Budgeterstellung als vielmehr bei der gesetzgeberischen Legitimierung des Staates zur Steuererhebung und zugleich bei der gesetzgeberischen Begrenzung der Steuerverwaltung.⁵⁰ Das galt erst recht dann, wenn die Steuerpflicht – wie seit etwa der Mitte des Jahrhunderts mehr und mehr zu beobachten – als allgemeine Grundpflicht, als notwendiges Opfer beschrieben wurde.⁵¹ Denn, so formulierte 1861 *Carl Viktor Fricker* (1830-1907)⁵², als "notwendige und bleibende Pflicht" könne die Steuerpflicht "nicht blos auf bestimmte Zeit" festgesetzt werden. Deswegen "wäre denn nach den allgemeinen Grundsätzen die Regierung ermächtigt, über die Finanzen des Staats und die Steuerkraft des Volks in unbeschränk-

⁴⁷ Zu den finanzverfassungsrechtlichen Regelungen auf der Ebene des Deutschen Bundes s. *Friauf*, Staatshaushaltsplan (Anm. 5), 57-64; *Mußnug*, Haushaltsplan (Anm. 6), 102-104.

⁴⁸ Zusammenfassend *Heun*, Staatshaushalt (Anm. 5), 52-55. Näher *Friauf*, Staatshaushaltsplan (Anm. 5), 37-57; *Mußnug*, Haushaltsplan (Anm. 6), 91 f., 94-97.

⁴⁹ Verfassungsurkunde für das Großherzogtum Baden, v. 22.8.1818, in: Großherzogliches Staats- und Regierungs-Blatt, 1818, 101 (online verfügbar, URL: <<http://digital.blb- karlsruhe.de/blbihd/periodical/pageview/745760>>); Abdruck etwa bei *E. R. Huber* (Hrsg.), *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte*, Bd. 1, ³1978, Nr. 54, S. 171-186, auf dieser Grundlage auch online verfügbar <http://www.jura.uni-wuerzburg.de/lehrstuehle/dreier/verfassungsdokumente_von_der_magna_carta_bis_ins_20_jahrhundert/verfassung_des_grossherzogtums_baden_22_aug_1818/> sowie <<http://www.verfassungen.de/de/bw/baden/baden18-index.htm>>.

⁵⁰ S. dazu statt vieler *Mußnug*, Haushaltsplan (Anm. 6), 92 f., 104-111, 138 f.

⁵¹ *Thier*, Steuergesetzgebung und Verfassung (Anm. 11), 282 f. m. w. N.

⁵² Knappe Hinweise bei *M. Stolleis*, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 2, 333 f. m. Anm. VIII/89.

tem Mass zu verfügen... Ueberall hat man daher den Ständen eine ganz besondere Mitwirkung zur Festsetzung des Etats und der für eine bestimmte Periode zu erhebenden Steuer eingeräumt".⁵³

Diese Funktion zeigte sich gleichsam *ex negativo* im Blick auf Preußen.⁵⁴ Hier hatte der Verfassungsgeber⁵⁵ nämlich – wenn auch ursprünglich mehr oder minder zufällig⁵⁶ – darauf verzichtet, dem Abgeordnetenhaus, also dem parlamentarischen Element in der preußischen konstitutionellen Monarchie, ein Steuerbewilligungsrecht zuzugestehen: Art. 109 der preußischen Verfassungsurkunde von 1850 sah nämlich vor, dass die Steuern so lange forterhoben wurden, so lange dies nicht durch ein entsprechendes Gesetz anders geregelt wurde.⁵⁷ Auf diese Weise flossen der Regierung kontinuierlich Steuereinnahmen zu und bezeichnenderweise verfiel deswegen

⁵³ (C. G. V.) Fricker, Die Natur der Steuerverwilligung und des Finanz-Gesetzes, ZgStW 17 (1861), 636, 676. Zu Frickers These s. a. *Mußgnug*, Haushaltsplan (Anm. 6), 138 m. Anm. § 5/92.

⁵⁴ Zum budgetrechtlichen Rahmen in Preußen: *Dreier*, Kampf um das Budgetrecht (Anm. 11), 68 f.; *Friauf*, Staatshaushaltsplan (Anm. 5), 76-78; *Heun*, Staatshaushalt (Anm. 5), 62-64; *Thier*, Steuergesetzgebung und Verfassung (Anm. 11), 676-678. Umfassend: *Mußgnug*, Haushaltsplan (Anm. 6), 149-177.

⁵⁵ Zur preußischen Verfassung von 1850 allgemein etwa *E. R. Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. 3, ³1988, 54-128; klassisch *G. Anschütz*, Die Verfassungsurkunde für den preußischen Staat vom 31. Januar 1850. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 1912, Nd. 1974;

⁵⁶ *M. Botzenhart*, Deutscher Parlamentarismus in der Revolutionszeit 1848-1850, 1977, 538-541, 553; *G. Grünthal*, Parlamentarismus in Preußen 1848/49-1857/58, 1982, 129-149, insbesondere 137 f., s. a. *H. C. Kraus*, Ursprung und Genese der "Lückentheorie" im preußischen Verfassungskonflikt, *Der Staat* 29 (1990), 209, 214-223. Zur Entstehung der Verfassung nunmehr auch die Quellensammlung von *M. Kotulla*, Das konstitutionelle Verfassungswerk Preußens (1848-1918). Eine Quellensammlung mit historischer Einführung, 2003.

⁵⁷ Vgl. Art. 109 der Verfassungsurkunde für den Preußischen Staat, v. 31.1.1850, Gesetz-Sammlung für die Königlichen Preußischen Staaten 1850, 17 (online verfügbar, <<http://resolver.staatsbibliothek-berlin.de/SBB000155D000400000>>, abgedruckt u. a. in: *Huber*, Dokumente I (Anm. 49), Nr. 194, S. 501, und auf dieser Basis auch online verfügbar <<http://www.verfassungen.de/de/preussen/preussen50-index.htm>>: "Die bestehenden Steuern und Abgaben werden forterhoben, und alle Bestimmungen der bestehenden Gesetzbücher, einzelnen Gesetze und Verordnungen, welche der gegenwärtigen Verfassung nicht zuwiderlaufen, bleiben in Kraft, bis sie durch ein Gesetz abgeändert werden." Eine gleichlautende Regelung fand sich bereits als Art. 108 in der oktroyierten "Verfassungsurkunde für den Preußischen Staat", v. 5.12.1848, Gesetz-Sammlung für

auch das Ausgabenbewilligungsrecht des preußischen Parlaments, verausgabte doch das Staatsministerium immer wieder Gelder, ohne dazu bereits durch ein Budgetgesetz ermächtigt zu sein.⁵⁸ Nicht zuletzt deswegen war es wenig erstaunlich, dass die preußischen Liberalen immer wieder verlangten, durch die Einführung der sog. "Quotisierung", der Etablierung von jährlich festzulegenden Erhebungsquoten insbesondere der seit 1851 bestehenden Klassen- und klassifizierten Einkommensteuer⁵⁹, faktisch ein Steuerbewilligungsrecht des preußischen Parlaments zu begründen.⁶⁰ Natürlich stand dahinter die Überlegung, auf diese Weise die Position des Parlaments zu stärken und damit, wie es noch 1890 im Abgeordnetenhaus von linksliberaler Seite formuliert wurde, "eine Waffe" zu erhalten, "die jede

die Königlichen Preussischen Staaten 1848, 375, online verfügbar <<http://resolver.staatsbibliothek-berlin.de/SBB000155D000420000>>, Abdruck bei *Huber*, Dokumente I (Anm. 49), Nr. 188, S. 484.

⁵⁸ Zum Ganzen: *Thier*, Steuergesetzgebung und Verfassung (Anm. 11), 678-680 m. w. N.

⁵⁹ Gesetz, betreffend die Einführung einer Klassen- und klassifizierten Einkommensteuer, v. 1.5.1851, Gesetz-Sammlung für die Königlichen Preussischen Staaten 1851, 193 (online verfügbar, <<http://resolver.staatsbibliothek-berlin.de/SBB000155D0004B00000>>). Zu den Strukturen dieser Steuer im Einzelnen aus neuerer Zeit etwa *W. Mathiak*, Was von einem großen Plan blieb: Die preussische klassifizierte Einkommensteuer von 1851, *StuW* 78 (2001), 324; *M. Spoerer*, Steuerlast, Steuerinzidenz und Steuerwettbewerb. Verteilungswirkungen der Besteuerung in Preußen und Württemberg, (1815-1913), 2004, 56-60.

⁶⁰ So etwa der Vorschlag des (zu diesem Zeitpunkt noch) nationalliberalen Vorsitzenden der Budgetkommission des preussischen Hauses der Abgeordneten *Heinrich Rickert* (1833-1902 – zu ihm im Überblick *A. Thier*, Art. "Rickert, Heinrich Edwin" in: *Neue Deutsche Biographie* 21 [2003], 549, online verfügbar <<http://www.deutsche-biographie.de/pnd116530707.html>>) von 1879, wonach "die Erhebung der Einkommen- und Klassensteuer nach alljährlich durch den Staatshaushalt festzustellenden Monatsraten" geschehen sollte; Stenographische Berichte des preussischen Hauses der Abgeordneten (im Folgenden: *Sten. Ber. prHdA*), 13. Legislatur, 3. Session, 1878, Anlagen, Bd. 2, Nr. 270, 1443, hier 1443; hierzu und zum Folgenden näher *Thier*, Steuergesetzgebung und Verfassung (Anm. 11), 696-857, zum vorliegenden Zitat ebd. 740 f.; ein weiteres Beispiel etwa der – abgelehnte – Antrag der deutschfreisinnigen Fraktion, die Ergänzungssteuer – eine 1893 eingeführte Vermögensteuer (dazu *Thier*, a. a. O., 593-623, sowie in einem breiteren Traditionszusammenhang *ders.*, Traditions of Wealth Taxation in Germany, in: *J. Tiley* [Hrsg.], *Studies in the History of Tax Law III*, 2009, 73) – zu quotisieren: "Die Höhe der zu erhebenden Ergänzungssteuer richtet sich nach dem jeweiligen Staatsbedarf. Im Staatshaushalt wird jährlich festgestellt, wieviel Monatsraten der veranlagten Ergänzungssteuer für das betreffende Etatsjahr zur Anwendung kommen"; Antragstext in *Sten. Ber. prHdA*, 17. Legislatur, 5. Session, 1892/93, Anlagen, Bd. 6, Nr. 154, S. 3002; hierzu *Thier*, a. a. O., 841.

*Volksvertretung... als... ein ganz selbstverständliches Recht erhält*⁶¹ und dazu beitragen konnte, wie ein freikonservativer Sprecher im Februar 1891 argwöhnte, *"eine weitgehende Verschiebung in den Machtverhältnissen der Staatsregierung und der Landesvertretung zu Gunsten der letzteren herbei zu führen"*.⁶²

Aber es fällt trotzdem auf, dass immer wieder auch die Schutzbedürftigkeit des Steuerpflichtigen gegenüber der nicht durch gesetzliche Höchstbeträge gebundenen Steuerverwaltung in den Vordergrund gerückt und von hier aus die individualrechtsschützende Dimension des Steuerbewilligungsrechts⁶³ akzentuiert wurde: 1872/73 etwa wurde im Zusammenhang mit einer geplanten Reduzierung der Personalsteuer im preußischen Parlament ausdrücklich betont, angesichts der ansonsten unkontrollierbaren Tätigkeit der Steuerverwaltung liege *"die einzig sichere Garantie ... in einer gesetzlichen Fixierung des Steuerertrages"*.⁶⁴ Denn, so formulierte es ein informierter Beobachter 1873, werde der durch die Einkommensteuer aufzubringende Betrag *"im Voraus gesetzlich fixiert oder durch den Staatshaushalt festgesetzt"*, dann *"wird das Steueraufkommen von der größeren oder geringeren Strenge der Einschätzung unabhängig"*.⁶⁵

Es sollten zwei Entwicklungsmomente sein, die dann in den letzten beiden Jahrzehnten des 19. Jahrhunderts dazu führten, dass das Steuerbewilligungsrecht in Preußen an verfassungs- und finanzpolitischer Bedeutung verlor, auch wenn es weiterhin präsent blieb: Mit der Einführung des Gerichtsschutzes für den Steuerpflichtigen gegen die Veranlagungsbehörden

⁶¹ Sten. Ber. prHdA, 17. Legislatur, 3. Session, 1890/91, Verhandlungen, Bd. 1, 3. Sitzung v. 20.11.1890, 42, hier 46 (Heinrich Rickert). Zum Kontext s. Thier, Steuergesetzgebung und Verfassung (Anm. 11), 810 f.

⁶² Sten. Ber. prHdA, 17. Legislatur, 3. Session, 1890/91, Verhandlungen, Bd. 2, 41. Sitzung v. 24.2.1891, 1067, 1070 (Octavio Freiherr von Zedlitz-Neukirch). Zum Beratungszusammenhang s. Thier, Steuergesetzgebung und Verfassung (Anm. 11), 821-823.

⁶³ Zu diesem Schutzkonzept in der preußischen Budgetrechtspolitik s. Thier, Steuergesetzgebung und Verfassung (Anm. 11), 111, 674 f.

⁶⁴ So die Mehrheitsmeinung in der Kommission des preußischen Hauses der Abgeordneten zur Beratung der Reformnovelle, vgl. den Kommissionsbericht in: Sten. Ber. prHdA, 11. Legislatur, 3. Session, 1872/73, Anlagen, Bd. 2, Nr. 197, 917, hier 920; zum Kontext Thier, Steuergesetzgebung und Verfassung (Anm. 11), 108-120, 701-718.

⁶⁵ [W.] Graf zu Wintzingerode, Zur Reform der Personalbesteuerung, in: Die Personalbesteuerung. Gutachten auf Veranlassung der Eisenacher Versammlung zur Besprechung der socialen Frage, 1873, Nd. 1988, 49, 65.

durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit und damit insbesondere durch das preußische Oberverwaltungsgericht⁶⁶ wurde die gesetzesförmige Begrenzung der Befugnisse der Steuerbehörden und damit die gesetzliche Festsetzung von Steuerbeträgen weniger bedeutsam. Wenn sich der Steuerpflichtige vor Gericht gegen Übergriffe der Veranlagungsbehörden wehren konnte, dann war es letztlich gleichgültig, ob die Steuerverwaltung an bestimmte Steuerhöchstzahlen gebunden war. Bezeichnenderweise hatte einer der Väter dieser Lösung, *Rudolf von Gneist* (1816-1895)⁶⁷, auch explizit die "Rechtskontrollen, in denen die Verfassung die einzelnen Akte der Administration unter einen vollkommen sicheren Rechtsspruch stellt," bezeichnet als "die Mittel der Abwehr gegen den Parlamentarismus" in Form eines vollentwickelten Steuerbewilligungsrechts für das preußische Parlament.⁶⁸ So gesehen machte also, überspitzt ausgedrückt, die Unterwerfung der preußischen Finanzverwaltung unter das preußische Oberverwaltungsgericht⁶⁹ die Quotisierung in Preußen ein Stück weit überflüssig.

Wesentlich für den Bedeutungsverlust des Steuerbewilligungsrechts wurde aber auch eine grundlegende Veränderung von Budget und staatlicher Finanzwirtschaft, in der sich der Aufstieg moderner Interventions- und Leistungsstaatlichkeit widerspiegelte: Im ausgehenden 19. Jahrhundert kamen die Einnahmen aus den Steuern längst nicht mehr ausschliesslich einer monarchischen Verwaltung und einem herrscherlichen Militär zugute.⁷⁰ Der Staat und seine Untergliederungen finanzierten mit diesen Einnahmen auch und gerade das öffentliche Leben und sicherten durch die Bereitstel-

⁶⁶ *St. F. Pauly*, Organisation, Geschichte und Praxis der Gesetzesauslegung des (Königlich) Preußischen Oberverwaltungsgerichtes 1875 – 1933, 1987, 63 u. passim.

⁶⁷ *E. J. Hahn*, Rudolf von Gneist: 1816-1895 – ein politischer Jurist in der Bismarckzeit, 1995.

⁶⁸ Sten. Ber. prHdA, 17. Legislatur, 3. Session, 1890/91, Verhandlungen, Bd. 2, 38. Sitzung v. 20.2.1891, 998, hier 1002; dazu auch *Thier*, Steuergesetzgebung und Verfassung (Anm. 11), 827 f.

⁶⁹ Zur Rolle des Oberverwaltungsgerichts als Rechtsschutzinstanz in Einkommensteuer-sachen bis 1906 s. die Übersicht bei *P. Linzbach*, Der Werdegang der preußischen Einkommensteuer unter Berücksichtigung ihrer kausalen Entwicklungsfaktoren, 1994, 225 m. Übersicht 8.

⁷⁰ *M. Spoerer*, The Evolution of Public Finance in Nineteenth-Century Germany, in: *Cardoso, Lains* (Hrsg.), *Paying for the Liberal State* (Anm. 4), 103, 110-118 mit sehr bemerkenswerten Daten. S. a. *Spoerer*, Steuerlast (Anm. 59), 68-83.

lung insbesondere der Verkehrsinfrastruktur, namentlich durch den Betrieb der Eisenbahnen,⁷¹ die Funktionsfähigkeit der Wirtschaft. Deswegen rückte die Frage in den Vordergrund, wer im Zeichen begrenzter finanzieller Ressourcen von staatlichen Zuwendungen profitieren konnte und wer durch finanzielle Belastungen getroffen wurde. Das zeigt sich wiederum besonders plastisch im Zusammenhang der preußischen Finanz- und Steuergeschichte:⁷² Als das preußische Parlament über die Reform der Einkommensteuer verhandelte, stand ausser Frage, dass mit der Einführung der Steuererklärungspflicht und einer progressiven Tarifierung der Zugriff der Steuerverwaltung auf die Zensiten deutlich intensiviert und vor allem das Steueraufkommen erheblich vermehrt würde. Doch daran störte sich ausser den Linksliberalen kaum ein Abgeordneter. Wesentlich wurde für die allermeisten Mitglieder des Abgeordnetenhauses vielmehr die Frage, was ganz genau mit diesen Mitteln finanziert werden würde (konkret wurde auf diese Weise die Überweisung der staatlichen Realsteuern an die Kommunen bezahlt). Das bedeutete in der Konsequenz aber auch einen Funktionswandel der parlamentarischen Rolle. Denn, so hieß es 1893 anlässlich der Beratungen der Ergänzungssteuervorlage im Abgeordnetenhaus aus den Reihen der Zentrumsfraktion, "*Wir haben augenblick viel weniger darum zu kämpfen... daß wir die aus den einmal bewilligten Steuern sich ergebenden Steuereinnahmen beschränken, sondern vielmehr dafür, daß wir für die nothwendigen Ausgaben, die fortgesetzt steigen... die genügende Deckung verschaffen*".⁷³ Gerade vor diesem Hintergrund wurde die Kontrolle der Verteilung solcher Ausgaben naturgemäss besonders wichtig. Damit rückt die Entwicklung des Ausgabenbewilligungsrechts in den Blick.

⁷¹ Allgemein D. Ziegler, Eisenbahnen und Staat im Zeitalter der Industrialisierung. Die Eisenbahnpolitik der deutschen Staaten im Vergleich, 1996, für Preußen 211-249; und aus jüngster Zeit W. Schubert, Motive der Verstaatlichung der Eisenbahn in Preußen 1879/80, in: F. Miram, M. Schmoeckel, A. Berndt, R. Michalczyk (Hrsg.), Eisenbahn zwischen Markt und Staat in Vergangenheit und Gegenwart, 2015, 15.

⁷² Zum Folgenden: Thier, Steuergesetzgebung und Verfassung (Anm. 11), 791-800, 830 f., 842-847.

⁷³ Sten. Ber. prHdA, 17. Legislatur, 5. Session, 1892/93, Verhandlungen, Bd. 3, 65. Sitzung v. 20.4.1893, 1921, hier 1922 (Bernhard Wuermeling, Abgeordneter des Zentrums); dazu auch Thier, Steuergesetzgebung und Verfassung (Anm. 11), 842 f.

III. Vom Ausgabenbewilligungsrecht zum Haushaltsplan und von hier aus zum Ausgabenstaat der Gegenwart

Erste Ansätze von Ausgabebewilligungsbefugnissen lassen sich bereits in der Zeit der Ständeversammlung ausmachen. Denn insbesondere die frühen Steuern waren regelmässig an einen bestimmten Zweck gebunden und dienten dann etwa zur Bestreitung von Militäraufwendungen gegen einen ganz bestimmten Gegner.⁷⁴ Nicht selten waren solche Zwecksetzungen zusätzlich dadurch abgesichert, dass es den Ständen gelang, die Kontrolle über die Steuerverwaltung zu übernehmen und auf diese Weise unter anderem auch die Steuerverwendung zu kontrollieren.⁷⁵ Allerdings lässt sich bereits seit dem 17. Jahrhundert beobachten, dass sich der Steuerbegriff von seiner Zweckbindung löste und damit auch die faktische Ausgabebewilligungsbefugnis verloren ging.⁷⁶ Das änderte sich im frühen 19. Jahrhundert, setzten doch die Stände von Anfang an darauf, auch bei der Erstellung der Ausgabenseite des Budgets mitzubestimmen.⁷⁷ Das galt schon deswegen, weil sonst das Steuerbewilligungsrecht wenig effektiv war. Hinzu trat der Umstand, dass allein über die Ausgabenkontrolle auch eine effektive Kontrolle der Regierung möglich wurde, denn, so formulierte der württembergische Minister *Johannes v. Schlayer* (1792-1860)⁷⁸ 1836 in aller Deutlichkeit,

*"Wenn die Stände die Ausgaben im Einzelnen bestimmen und sich der ganzen Verwaltung bemeistern dürften, dann wäre die Souveränität und die ganze Staats-Gewalt in der zweiten Kammer [i. e. die Ständekammer, A. T.]. Alsdann würde die Kammer regieren; denn am Ende ist das Geldausgeben nichts Anderes, (sic) als das Regieren..."*⁷⁹

⁷⁴ Im Überblick: *Dreier*, Kampf um das Budgetrecht (Anm. 11), 71 f.; *Heun*, Staatshaushalt (Anm. 5), 43 f., 51 f.; näher *Mußgnug*, Haushaltsplan (Anm. 6), 50 f., 58-64; *Schwennicke*, 'Ohne Steuer kein Staat' (Anm. 32), 66-78.

⁷⁵ Eindringlich hierzu *Mußgnug*, Haushaltsplan (Anm. 6), 51-58.

⁷⁶ *Schwennicke*, 'Ohne Steuer kein Staat' (Anm. 32), 142-155, 265-283.

⁷⁷ Zusammenfassend *Dreier*, Kampf um das Budgetrecht (Anm. 11), 73 f.; *Heun*, Staatshaushalt (Anm. 5), 55 f.; näher *Friauf*, Staatshaushaltsplan (Anm. 5), 42-54; *Mußgnug*, Haushaltsplan (Anm. 6), 113-125.

⁷⁸ *F. Raberg*, Art. "Schlayer, Johannes von" in: Neue Deutsche Biographie 23 (2007), 30, online verfügbar <<http://www.deutsche-biographie.de/pnd11728257X.html>>.

⁷⁹ Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten des Königreichs Württemberg, 1836, Bd. 4, 52. Sitzung v. 13.5.1836, 646 f. (S. 34 f. des Sitzungsprotokolls), hier 647 (35); als

Im Streit um die Ausgabenbewilligungsbefugnis zeigte sich deswegen auch, und das vor allem im zweiten Drittel des 19. Jahrhunderts, immer wieder das Spannungsverhältnis zwischen gewähltem Parlament und monarchischer Regierung.⁸⁰ Dem entsprach es, wenn *Fricker* noch im Jahr 1861 betonte,

*"Jede Etatsberathung ist in der Regel... der Streit zweier Parthien (sic) über den Vorrang im Staate, der Kampf um ein Recht, das die Regierung in Vertretung des Staats als ein Recht des Staats, die Stände in Vertretung des Volks als ein Recht des Volks in Anspruch nehmen."*⁸¹

Den verfassungspolitischen Höhepunkt dieser Entwicklung bildete der bereits angesprochene preußische Budgetkonflikt 1862/66⁸², in dem das preußische Parlament dem Staatsministerium mehrfach die Ausgabenermächtigung verweigert und das Ministerium seinerseits auf der Grundlage der gescheiterten Haushaltsgeszentwürfe regierte. 1866 kam es mit dem berühmten Indemnitätsgesetz zu einer rückwirkenden parlamentarischen Genehmigung dieser Ausgaben.⁸³ Die Bedeutung dieses Konflikts ist nicht zu unterschätzen, belegt diese Auseinandersetzung doch, dass, wie *Fricker*

Digitalisat der Württembergischen Landesbibliothek online verfügbar, <http://digital.wlb-stuttgart.de/purl/ltp382442156_103_064_1836_o2p>.

⁸⁰ *Friauf*, Staatshaushaltsplan (Anm. 5), 199-245; *Mußgnug*, Haushaltsplan (Anm. 6), 125-148; als prägnanter Überblick *Dreier*, Kampf um das Budgetrecht (Anm. 11), 74-80.

⁸¹ *Fricker*, Steuerverwilligung (Anm. 53), 636. Bemerkenswerterweise wird in dieser Aussage der Dualismus von Ständen und Regierung nicht etwa als Gegensatz von Monarchie und parlamentarischem Prinzip, sondern als Dualismus von Staat und Gesellschaft beschrieben; an diesem Punkt ragte also die für das 19. Jahrhundert lange Zeit prägende Deutung vom prinzipiellen Gegensatz von Staat und Gesellschaft, wie sie v. a. bei Lorenz v. Stein konzipiert wurde auch in das Budgetrecht hinein; allgemein zu diesen Wahrnehmungen etwa die Beiträge in: *E.-W. Böckenförde* (Hrsg.), Staat und Gesellschaft, 1976; zur Konzeption bei Lorenz von Stein die Beiträge in: *R. Schnur* (Hrsg.), Staat und Gesellschaft. Studien über Lorenz von Stein, 1978.

⁸² Vgl. oben, I, bei und in Anm. 11.

⁸³ Gesetz, betreffend die Ertheilung der Indemnität in Bezug auf die Führung des Staatshaushalts vom Jahre 1862 ab und die Ermächtigung für das Jahr 1866, v. 14.9.1866, Gesetzsammlung für die Königlich-Preußischen Staaten, 1866, 563, online verfügbar <<http://resolver.staatsbibliothek-berlin.de/SBB000155D000550000>>, abgedruckt u. a. in: *E. R. Huber* (Hrsg.), Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte, Bd. 2, ³1986, Nr. 84, S. 102 f.

bereits 1861 notiert hatte, die deutsche konstitutionelle Monarchie das Potential zur "Selbstvernichtung" besass.⁸⁴

Allerdings ist der Konflikt zugleich auch der zeitliche Abschluss und der sachliche Höhepunkt einer Reihe von ähnlich gelagerten Auseinandersetzungen wie etwa in Kurhessen⁸⁵ gewesen. Nach 1866 blieben vergleichbare Budgetkrisen aus, auch wenn, wie sich etwa am Beispiel der Gesetzgebungspraxis in Preußen zeigen liesse, das budgetrechtliche Spannungsverhältnis zwischen Parlament und Regierung durchaus lange Zeit noch präsent blieb.⁸⁶ Trotzdem ist festzuhalten, dass die Finanzverfassung in Deutschland in der Zeit der Monarchie nicht auf dem Stand von 1866 geblieben ist und damit die Ausgabenbewilligungsbefugnis noch einmal eine Veränderung erfahren hat. Einmal mehr prägte der Strukturwandel der staatlichen Finanzen nämlich auch die Finanzverfassung selbst. Denn durch die bereits angesprochene kontinuierliche Ausweitung der staatlichen Leistungen waren immer weitere Personenkreise auf das Zustandekommen der Budgets angewiesen. Eine parlamentarische Verweigerung eines Haushaltsplanes bedeutete deswegen für die daran beteiligten Politiker ein enormes Risiko, schadete es doch den von ihnen vertretenen Interessengruppen und damit der eigenen Machtchance. *Gerhard A. Ritter*, der große Historiker des deutschen und des britischen Parlamentarismus, hat deswegen die Verweigerung des Budgets sehr treffend mit dem Einsatz einer Atombombe und den dadurch ausgelösten selbstzerstörerischen Wirkungen verglichen.⁸⁷ Wenn also bisweilen in der Literatur insbesondere der Verzicht des Reichstags auf eine konsequente Nutzung seines Budgetrechts

⁸⁴ *Fricker*, Steuerbewilligung (Anm. 53), 684, wo die kritische Frage an die Anhänger des dualistischen deutschen Verfassungsstaats gerichtet wird, "Ist aber das ein feiner Organismus, der die rechtliche Möglichkeit einer Selbstvernichtung in sich schließt?" (Hervorhebung im Original).

⁸⁵ Dazu *Friauf*, Staatshaushaltsplan (Anm. 5), 230-235, *R. Ham*, Monarchisches Prinzip vs. bürgerliche Freiheit – Das Kurfürstentum Hessen in der Mitte des 19. Jahrhunderts, in: M. Hoffmann-Ruf (Hrsg.), "Es war einfach notwendig, so und nicht anders zu schreiben". Der Orientalist Johann Gustav Gildemeister (1812-1890) und seine Zeit, 2014, 113, 119-130; näher *R. Ham*, Bundesintervention und Verfassungsrevision. Der Deutsche Bund und die kurhessische Verfassungsfrage 1850/52, 2004.

⁸⁶ Vgl. *Thier*, Steuergesetzgebung und Verfassung (Anm. 11), 696-766 für die Zeit zwischen 1871 und 1882.

⁸⁷ *G. A. Ritter*, Entwicklungslinien des deutschen Parlamentarismus, in: ders. (Hrsg.), Gesellschaft, Parlament und Regierung. Zur Geschichte des Parlamentarismus in Deutschland, 1974, 11, 18.

als Waffe zur Durchsetzung der Parlamentarisierung bedauert wird,⁸⁸ dann gerät dabei der Umstand aus dem Blick, dass eine Verweigerung des Budgets selbst auf der administrativ relativ schwach ausgebildeten Ebene des Reiches eine bestenfalls theoretische Option war.⁸⁹ Das gilt erst recht für die Zeit von Weimarer Republik⁹⁰ und Grundgesetz⁹¹. Allerdings spricht viel dafür, dass sich bereits seit dem ausgehenden Kaiserreich ein anderes Strukturmerkmal der Finanzverfassung zu entwickeln begann, das gerade in der Gegenwart von Budget und Staatshaushaltsplan besondere Bedeutung hat: Mehr und mehr ging der Gesetzgeber dazu über, budgetwirksame Vorgänge in Gesetzen ausserhalb des Budgets vorzunehmen. In Preußen etwa vollzogen sich solche Vorgänge im Zusammenhang der Eisenbahnverstaatlichung⁹², die ihrerseits enorme Konsequenzen für die Strukturen des preußischen Staatshaushalts hatte⁹³ und die bezeichnenderweise auch in einer eigenen haushaltsrechtlichen Regelung, dem sog. "Garantiegesetz" 1882⁹⁴ erfasst wurde.

⁸⁸ In diese Richtung etwa *M. Stürmer*, Militärkonflikt und Bismarckstaat. Zur Bedeutung der Reichsmilitärgesetze 1874-1890, in: G. A. Ritter Gesellschaft, Parlament und Regierung. Zur Geschichte des Parlamentarismus in Deutschland, 1974, 225, 231-235 u. passim. Als Überblick zur Debatte über die Parlamentarisierung des Kaiserreichs s. *H.-P. Ullmann*, Politik im deutschen Kaiserreich 1871-1918, ²2010, 96 f.

⁸⁹ Ebenso *C. Schönberger*, Die überholte Parlamentarisierung. Einflüßgewinn und fehlende Herrschaftsfähigkeit des Reichstags im sich demokratisierenden Kaiserreich, *Historische Zeitschrift* 272 (2001), 623, 643-645.

⁹⁰ Zur Finanzverfassung der Weimarer Republik: *BK-Vogel/Waldhoff* (Anm. 5), N. 143-162; *Mußgnug*, Haushaltsplan (Anm. 6), 188-194. Zur Haushaltsverfassung s. den Überblick bei *S. Strube*, Die Geschichte des Haushaltsrechts vom Mittelalter bis zur Gegenwart. Eine ökonomische Analyse im Lichte der Budgetfunktionen, 2002, 123-198. Zur Dynamik der Finanzverfassungspolitik in der Zeit der Weimarer Republik seit 1924 s. *C. E. Clingan*, Finance from Kaiser to Führer. Budget Politics in Germany 1912-1934, 2001, mit einer Übersicht zur finanzhistorischen Debatte a. a. O., 5-9.

⁹¹ Umfassend *BK-Vogel/Waldhoff* (Anm. 5), N. 175-266; s. a. den Überblick bei *Strube*, Geschichte (Anm. 90), 200-258, sowie bei *T. Schmidt*, Finanzreformen in der Bundesrepublik Deutschland. Analyse der Veränderungen der Finanzverfassung von 1949 bis 1989, 2001.

⁹² Im Überblick hierzu: *W. Klee*, Preußische Eisenbahngeschichte, 157-178; s. a. *C. Albrecht*, Bismarcks Eisenbahngesetzgebung. Ein Beitrag zur "inneren" Reichsgründung in den Jahren 1871-1879, 1994.

⁹³ Dazu *Thier*, Steuergesetzgebung und Verfassung (Anm. 11), 793-799 m. w. N.

⁹⁴ Gesetz, betreffend die Verwendung der Jahresüberschüsse der Verwaltung der Eisenbahnangelegenheiten, v. 27.3.1882, *Gesetzsammlung für die Königlich-Preussischen*

Ähnliche Vorgänge prägen die staatliche Finanzwirtschaft bis in die Gegenwart hinein, sei es in Gestalt von ausgabewirksamen Leistungsgesetzen⁹⁵ oder in Form komplexer Nebenhaushalte⁹⁶. Hierin zeichnete sich ein Vorgang ab, den man vielleicht als *Ausweitung rechtlicher Medien des Regierens im Modus von Einnehmen und Ausgeben* bezeichnen könnte, das die Steuerungswirkungen des Haushaltsgesetzes (allen haushaltsrechtlichen Reformbemühungen des "Neuen Steuerungsmodells"⁹⁷ zum Trotz) offenbar nach wie vor eher limitiert⁹⁸.

IV. Schlussbemerkung

Immer wieder ist, wie bereits angedeutet⁹⁹, in der Gegenwart der Steuerungsverlust von Staatshaushaltsplan und Budgetrecht kritisiert worden¹⁰⁰, der durch die Komplexität der föderalen Finanzverfassung noch gesteigert wird¹⁰¹. Tatsächlich hat sich, aus der Perspektive des Historischen gesehen, die Position des Staatsbudgets deutlich verändert und auch deutlich verringert. Man könnte auch formulieren, dass die Finanzverfassung der Gegenwart im Vergleich zur Vergangenheit die Einheitlichkeit verloren hat,

Staaten, 1882, 214, online verfügbar <<http://resolver.staatsbibliothek-berlin.de/SBB000155D0004E0000>>. Dazu näher K. Ottmann, Eisenbahnfinanzen und Staatshaushalt, Archiv für Eisenbahnwesen 75 (1965), 1, 8-11; Thier, Steuergesetzgebung und Verfassung (Anm. 11), 797 f.

⁹⁵ Vgl. Heun, Staatshaushalt (Anm. 5), 167-178, 324-331.

⁹⁶ Heun, Staatshaushalt (Anm. 5), 381-386; Waldhoff, Grundzüge (Anm. 2), 898 m. Rn. 132; umfassend Th. Puhl, Budgetflucht und Haushaltsverfassung, 1996.

⁹⁷ Dazu im Überblick: St. Koriath, § 44: Finanzen, in: W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann, A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts. Bd. 3, 2013, 91, hier 145-150 m. N. 57-61; im Einzelnen: Ch. Gröpl, Haushaltsrecht und Reform, 2001; Kube, Finanzgewalt (Anm. 2), 201-204, 454-516, 677-685.

⁹⁸ Koriath, Finanzen (Anm. 97), 196-198 m. N. 110. Sehr pessimistische Bewertung etwa bei M. Heintzen, § 120: Staatshaushalt, in: J. Isensee, P. Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 5, 32007, 1175, 1224 m. Rn. 97.

⁹⁹ Vgl. oben I., bei und in Anm. 17.

¹⁰⁰ Für einen Überblick dieser Kritik s. etwa Heun, Staatshaushalt (Anm. 5), 276-279, 399 f.

¹⁰¹ In diese Richtung etwa E. Reimer, Die künftige Ausgestaltung der bundesstaatlichen Finanzordnung, in: Zukunftsgestaltung durch Öffentliches Recht (VVdStRL, H. 73), 2014, 157, 161 f.; s. im Übrigen die Nachweise in Anm. 97.

denn wo früher in Form des Budgets nur eine finanzwirksame Staatsleitungsentscheidung fiel, stehen heute ungleich mehr solcher Staatsleitungsakte. Die Finanzverfassung wirkt deswegen in ihren formalen Strukturen bisweilen ein wenig zersplittert, zumal dann, wenn Finanzentscheidungen in Frage stehen, die auf europäischer Ebene getroffen wurden und unmittelbare Auswirkungen auf Deutschland haben.¹⁰²

Zudem verweisen die hier skizzierten Entwicklungen auch auf einen anderen Befund: Wie kaum ein anderes Ordnungselement des modernen Verfassungsstaates ist die Finanzverfassung geprägt von einem ausgeprägten Miteinander von historisch überkommenen Traditionsschichten und kontinuierlichen dynamischen Wandlungen. Das stellt die Rechtswissenschaft und mit ihr auch die Rechtsgeschichte immer wieder vor neue Herausforderungen. Aber nicht zuletzt auch deswegen ist das Finanzverfassungsrecht eine besonders reizvolle Materie juristischer und rechtshistorischer Analyse, die durch die Arbeiten von *Reinhard Mußgnug* im besten Sinne des Wortes immer wieder neu inspiriert worden ist.

¹⁰² Im Überblick *Waldhoff*, Grundzüge (Anm. 2), 916-919 m. Rn. 161-165. Näher etwa *H. Kube*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Egl. 2013, Art. 110, Rn. 44-53.

§ 2 Kontinuität dank Finanzverfassung

Paul Kirchhof

I.	Stetige Verfassung und ihre Erneuerung	27
II.	Verlust der Stetigkeit des Rechts	28
III.	Eine Heidelberger Wegweisung	32
IV.	Geldwirtschaft	33
	1. Konturenarmut des Tatbestandes „Geld“	33
	2. Verteilungsrationalität nicht ohne Rationalität des Einzelfalls	34
V.	Der resümierende Charakter der Finanzverfassung	37
	1. Beauftragung der jeweiligen Staatsgewalt nach ihren Fähigkeiten	38
	2. Die Staatseinnahmen	40
	3. Die Staatsausgaben	44
	4. Die Zeitverantwortlichkeit der Staatsgewalten	44
VI.	Besondere Kontinuitätskriterien der Geldwirtschaft	47
VII.	Ergebnisse	48

I. Stetige Verfassung und ihre Erneuerung

Eine Verfassung verstetigt das politische Leben, gibt erprobte Werte, bewährte Institutionen und politische Erfahrung verbindlich an die Zukunft weiter. Sie sichert die **Kontinuität von Staat und Recht**, indem sie die Änderung des Verfassungsrechts erschwert, teilweise die Identität von Verfassungsinhalten auch gegen den verfassungsändernden Gesetzgeber abschirmt.

Zugleich regelt die Verfassung die politisch wirksamen **Erneuerungsinstrumente**, insbesondere in einem Gestaltungsauftrag an Gesetzgebung und Regierung, in der Garantie von Freiheitsrechten und im Handlungsmittel des Geldes. Gesetzgeber und Regierung werden ermächtigt und beauftragt, den Staat gegenwartsgerecht und zukunfts offen zu leiten, das Recht dementsprechend fortzuentwickeln. Die Freiheitsrechte garantieren dem Berechtigten, sein Leben eigenverantwortlich zu gestalten und sich dabei vom Herkömmlichen zu unterscheiden, das Neue zu wagen. Das

Geld wirkt in der Bewegung, im Tausch, in dem sich der Eigentümer die Chance vorbehält, die Welt dank ökonomischer Macht zu verändern.

Der durch Geld vermittelten Macht in staatlicher Hand widmet sich die **Finanzverfassung**. Sie entwickelt für den Finanzstaat keine neuen Grundsateregeln, sondern sucht die Finanzmacht in die Regeln von Rechtsstaat, Parlamentarismus, Bundesstaatlichkeit, Demokratie und Sozialstaatlichkeit einzubinden. Sie bestätigt und verdeutlicht den vom Grundgesetz konzipierten Verfassungsstaat, stattet ihn mit ökonomischen Handlungsmitteln aus, bewahrt ihn vor monetären Verfremdungen. Die Finanzverfassung sichert die Kontinuität des Verfassungsstaates als resümierende Teilverfassung für die Staatsfinanzen.

II. Verlust der Stetigkeit des Rechts

Der Mensch vertraut einem Gesetz, das ihm vertraut ist, das er als gute Gewohnheit täglich praktiziert, ihm als bewährtes Recht richtig erscheint, dessen Entwicklung er beobachtet und auch mitgestaltet hat. Dieses Recht ist für ihn verlässlich, voraussehbar, ein gediegenes Fundament seines Lebens, ein stetiger Maßstab, um im Einklang mit dem Recht zu leben.

Recht entsteht in überschaubaren Gemeinschaften in der mitmenschlichen Begegnung, in guter Gewohnheit, in gesellschaftlicher Akzeptanz dessen, was Recht sein soll. Recht erwuchs aus der Autorität des Herrschers, der allerdings schon im Mittelalter nicht in gesellschaftlich anerkannte Rechte eingreifen durfte¹, der an seine Befehle auch selbst gebunden war², der für ersichtlich „gemeinschädliche“ obrigkeitliche Maßnahmen nicht Rechlichkeit beanspruchen konnte³. Recht wurzelt für alle – Herrscher und Be-

¹ Dietmar Willoweit, *Recht und Willkür*, *Rechtstheorie* 43, 2012, 143 (153 f.); zu Gegenmeinungen Horst Bredekamp, *Der Künstler als Verbrecher*, 2005, 19 ff.

² Rudolf Stammler, *Recht und Willkür*, 1895, in ders., *Rechtsphilosophische Abhandlungen und Vorträge*, Bd. 1 1925, 85 f., 97.

³ Dietmar Willoweit, *Recht und Willkür*, *Rechtstheorie* 43, 2012, 143 (156).

herrschte – in Religion, Tradition, einem das Gemeinschaftsleben prägenden Verständnis von Mensch und Natur⁴. Erst in der jüngeren Rechtsgeschichte⁵ entsteht ein Gegensatz zwischen dem in der Rechtsgemeinschaft verwurzelten Recht und dem von einer Obrigkeit bestimmten Gebot. Die Gebote werden zum „Gesetz“, **das einem Gesetzgeber eine vordem unbekannte Allmacht zuweist**. Das Recht löst sich aus der bewahrenden Funktion und gestaltet eine Welt um. Fast alles scheint gesetzlich machbar. In der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts wird das parlamentarisch zustande gekommene Gesetz zur prinzipiellen, oft ausschließlichen, von der „Rechtsidee“ der Rechtsgemeinschaft gelösten Quelle verbindlichen Rechts. Dadurch verliert das Gesetz seine Bodenhaftung in den Rechtsvorstellungen der Rechtsgemeinschaft.

Der Unterschied zwischen „Gesetz“ und „Recht“ bleibt aber in Art. 20 Abs. 3 GG und insbesondere in der aus dem Gleichheitssatz entwickelten „Willkür“-Rechtsprechung bewusst, die den Gleichheitssatz in einer „am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise“ versteht⁶, ihn je nach den „fundierte[n] allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft“ deutet.⁷ Die das Parlamentsgesetz korrigierende, eine bloße „Willkür“ des Gesetzgebers nicht anerkennende Kraft des „Rechts“ be-

⁴ Dietmar Willoweit, *Recht und Willkür*, *Rechtstheorie* 43, 2012, 143 (156 f.).

⁵ Wilhelm Ebel, *Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland*, 2. Aufl. 1958; Dietmar Willoweit, *Recht und Willkür*, *Rechtstheorie* 43, 2012, 143 (146 ff.).

⁶ BVerfGE 1, 264 (276) – Bezirksschornsteinfegermeister; BVerfGE 2, 118 (119 f.) – Vollzug der Sicherungsverwahrung ähnlich der Zuchthausstrafe; BVerfGE 9, 124 (130) – Keine Anwaltsbeordnung im Sozialgerichtsverfahren; BVerfGE 9, 201 (206) – Scheineheliche Kinder; BVerfGE 48, 346 (357) – Witwenurteil; BVerfGE 71, 255 (271) – Ruhestandsregelung; BVerfGE 74, 182 (200) – Einheitswerte; BVerfGE 75, 108 (157) – Künstlersozialversicherungsgesetz; BVerfGE 93, 386 (397) – Auslandszuschlag; BVerfGE 98, 365 (385) – Versorgungsanwartschaften; BVerfGE 103, 242 (258) – Pflegeversicherung; BVerfGE 103, 310 (318) – Beschäftigungszeiten öffentlicher Dienst (MfS/AfNS); BVerfGE 106, 225 (240) – Krankenhausversorgung für Beamte; BVerfGE 110, 141 (167) – Kampfhunde; BVerfGE 115, 381 (389) – Dauerpflegschaften, stRspr.; Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 4. Aufl. 1950, 289; vgl. auch die Rede von Josef Wintrich zu seiner Amtseinführung als Präsident des Bundesverfassungsgerichts, *JZ* 1954, 454.

⁷ BVerfGE 9, 338 (349) – Hebammenaltersgrenze; BVerfGE 42, 64 (72) – Teilungsversteigerung (Michelstadt).

währt sich insbesondere in Umbruchsituationen wie beim verfassungsrechtlichen Neuanfang 1949⁸, während der Gegensätzlichkeit von zwei Staaten im geteilten Deutschland⁹ und bei der Wiedervereinigung Deutschlands¹⁰. In der Normalität werden Normen entsprechend dem Willen des Normgebers verstanden. Doch der bloße Wille des Gesetzgebers – ohne sachlich rechtfertigenden oder sonstwie einleuchtenden Grund¹¹ – löst sich vom Recht, ist deshalb Nichtrecht.

In der Gegenwart demokratisch-parlamentarischer Gesetzgebung ist die **Verlässlichkeit der Rechtsordnung** nicht mehr in der Entstehungsquelle für Recht¹² angelegt, sondern ein Grundsatzpostulat des Verfassungsrechts.¹³ Das schöne Wort von der „Rechtsquelle“ erinnert an das Wasser, das bereits im Berg vorhanden ist, aber erst in der Quelle sichtbar und nutzbar wird. Die Stetigkeit des Rechts ruht auf der demokratischen Legitimation des Gesetzgebers, der das Vertrauen des mit dem herkömmlichen Recht vertrauten Staatsvolkes sucht, auf dem Gesetzgebungsverfahren mit seiner Öffentlichkeit und seiner Verfassungsbindung, auf der Schriftlichkeit und Allgemein zugänglichkeit des Gesetzestextes, auch auf der einheitsstiftenden richterlichen Gesetzesanwendung und Gesetzesfortbildung¹⁴, dem

⁸ BVerfGE 15, 126 (140 f.) – Staatsbankrott; BVerfGE 27, 253 (283 ff.) – Besatzungsschäden; BVerfGE 38, 128 (133) – Diplomatische Klausel; BVerfGE 41, 126 (150 f.) – Reparationsschaden.

⁹ BVerfGE 36, 1 (18 f.) – Grundlagenvertrag; BVerfGE 77, 137 (149 f.) – Teso.

¹⁰ BVerfGE 82, 316 (321) – Einigungsvertrag; BVerfGE 82, 322 (337) – Erste gesamtdeutsche Wahlen; BVerfGE 84, 90 (131) – Bodenreform (Enteignungen 1945-1949); BVerfGE 84, 133 (176) – Warteschleife; BVerfGE 92, 227 – DDR Spione; BVerfGE 95, 96 – Mauerschützen.

¹¹ So die stRspr. des BVerfG seit BVerfGE 1,1 (52) – Südweststaat zur Art. 3 GG; Paul Kirchhof, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 3 Abs. 1, 75. Egl. 2015, Rn. 383 ff.

¹² Zur „Rechtsquelle“ vgl. Karl Siegfried Bader, Deutsches Recht, in Deutsche Philologie im Aufriss, Bd. III, 2. Aufl. 1962, 1971 (1983 ff.); Theodor Bühler, Rechtsquellenlehre, 3 Bde. 1977–1985; Ekkehard Kaufmann, Rechtsquellen, in: Erler/Kaufmann (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. IV, 1990, 335 ff.; Paul Kirchhof, Rechtsquellen und Grundgesetz, in: Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlass des 25-jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. II, 1976, 50 ff.

¹³ BVerfGE 97, 77 (78) – Schiffsbauverträge; BVerfGE 127, 1 (18 f.) – Gewinne aus privaten Grundstücksveräußerungsgeschäften.

¹⁴ Vgl. Robert Fischer, Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung, 1971, 23 f.; zur ähnlichen Breitenwirkung richterlicher Leitsätze vgl. Karl Larenz, FS Schima,

Prinzip der Folgerichtigkeit gegenüber gesetzlichen Leitgedanken¹⁵ und insbesondere auf dem verfassungsrechtlichen Rückwirkungsverbot.¹⁶

Heute allerdings wirkt das demokratische Prinzip als machtvoller **Erneuerungs- und Beunruhigungsfaktor**. Der Staat und sein Recht rechtfertigen sich weniger aus ihrer Entstehungsquelle – den Antworten auf Krieg, Unterdrückung, Demütigung, Hunger –, sondern suchen mit ihrem gegenwärtigen und zukünftigen Handeln die immer neuen und wechselnden Wünsche der Bürger zu befriedigen. Jeder Repräsentant des Staatsvolkes bemüht sich, den Anliegen der Wähler gerecht zu werden, macht Versprechungen, die nicht erfüllt werden können, verheißt ein stetiges „Optimieren“, auch wenn das Bewahren des Guten geboten wäre, drängt so in die Unstetigkeit und verursacht strukturell Enttäuschungen. Hier liegt eine Kernursache für Vertrauensverlust, Skepsis, eine Grundhaltung von Argwohn und Empörung gegenüber der Politik.

1969, 247 ff.; Das BVerfG anerkennt das Aufstellen „allgemeiner Rechtsgrundsätze“ als legitime richterliche Aufgabe, BVerfGE 18, 224 (237 f.) – Gesellschafter-Geschäftsführer; BVerfGE 26, 327 (337) – Bilanzbündeltheorie; BVerfGE 34, 269 (287) – Soraya; zu den Leitsatzentscheidungen, die „de facto eine mehr oder minder große Breitenwirkung“ entfalten, BFH, Großer Senat, BStBl. II 2008, 608, Rn. 106, beim Wandel dieser Rechtsprechung einen ähnlich dem Gesetz wirkenden Vertrauensschutz beanspruchen, vgl. BFH DStR 2013, 1943.

¹⁵ BVerfGE 17, 122 (132) – Wiedergutmachung im öffentlichen Dienst; BVerfGE 23, 242 (256) – Einheitswert von Grundstücken und Bewertung von Wertpapierbesitz; BVerfGE 25, 198 (206) – § 42 Abs. 2 G 131; BVerfGE 60, 16 (40) – Härteausgleich; BVerfGE 84, 239 (271) – Kapitalertragsteuer; BVerfGE 93, 121 (136) – Einheitsbewertung; BVerfGE 93, 165 (172) – Erbschaftsteuer (gesonderte Bewertung); BVerfGE 98, 83 (100) – Landesrechtliche Abfallabgabe; BVerfGE 98, 106 (125 f.) – Kommunale Verpackungssteuer; BVerfGE 99, 88 (95) – Verlustabzug; BVerfGE 99, 280 (290) – Aufwandsentschädigung-Ost; BVerfGE 101, 132 (138) – Heileurythmisten; BVerfGE 101, 151 (155) – Umsatzsteuerbefreiung (GmbH & Co. KG); BVerfGE 105, 73 (186) – Rentenbesteuerung; BVerfGE 107, 27 (47) – Doppelte Haushaltsführung; BVerfGE 120, 1 (29) – Abfärberegelung; BVerfGE 121, 108 (119 f.) – Wählervereinigung; BVerfGE 121, 317 (362 f., 374) – Rauchverbot in Gaststätten; BVerfGE 122, 210 (231) – Pendlerpauschale.

¹⁶ Vgl. BVerfGE 72, 200 (257 f.) – Deutsch-schweizerisches Doppelbesteuerungsabkommen; BVerfGE 97, 67 (78) – Schiffbauverträge; BVerfGE 105, 17 (37) – Sozialpfandbrief; BVerfGE 114, 258 (300) – Private Altersvorsorge für Beamte; BVerfGE 127, 1 (16) – Gewinne aus privaten Grundstücksveräußerungsgeschäften; BVerfGE 132, 302 (317) – Streubesitzbeteiligung.

III. Eine Heidelberger Wegweisung

In dieser Entwicklung einer oft aufgeregten, überfordernden Gesetzgebung gibt **Reinhard Mussgnug** mit seinem Grundlagenbuch „**Der Haushaltsplan als Gesetz**“¹⁷ auch heute noch eine Grundsatzorientierung. Im Zusammenwirken von jährlich erneuertem Haushaltsplan und stetiger Sachgesetzgebung lasse der nur ermächtigende, nicht Ansprüche und Verbindlichkeiten begründende Haushaltsplan der Sachgesetzgebung den Vortritt, treffe grundsätzlich keine politischen Sachentscheidungen, sondern finanziere deren Vollzug. Doch mit der Entwicklung des Rechtsstaates auch zu einem finanzwirtschaftlich steuernden Staat werde der Haushaltsplan zu einem zentralen Instrument der Politik, lenke als heimlicher Mittelpunkt des Verfassungssystems, als „Schicksalsbuch der Nation“, das staatliche Handeln. Der Haushaltsplan ermögliche finanzstaatliche Politik, definiere aber auch die Grenzen ihrer Finanzierbarkeit. Diese Bedeutung der Budgethoheit sei aber in der weiteren Entwicklung des Gesetzgebungsstaates geschwunden, wenn Leistungsgesetze den Haushaltsplan präjudizierten, das moderne Parlament mit der Wahl des Bundeskanzlers und dem Misstrauensvotum unmittelbar auf das politische Leben Einfluss gewinne, der Haushaltsplan sich eher auf die Funktion eines bestätigenden, denn eines entwicklungsleitenden Plans zurückziehe. Reinhard Mussgnug vermittelt uns eine Vorstellung von Haushalt und Finanzwesen, die nicht ein technischer Annex zu Staat und Staatspolitik sind, sondern den Auftrag begründen, den Finanzstaat und die Finanzverfassung so in die Gesamtverfassung einzubinden, dass diese nicht verfremdet, sondern bestärkt wird.

¹⁷ *Reinhard Mussgnug*, Der Haushaltsplan als Gesetz, 1976, 1 f., 21 f. 263 f. und passim.

IV. Geldwirtschaft

1. Konturenarmut des Tatbestandes „Geld“

Das Bedürfnis nach Stetigkeit, nach festen und voraussehbaren Handlungsmaßstäben des Staates wird dringlicher, wenn das wesentliche Handlungsmittel des Staates und staatsbürgerlichen Begehrens das Geld ist. Geld ist „geprägte Freiheit“¹⁸, ein durch die Rechtsordnung gesichertes Wertzeichen, das jederzeit in den darin verbrieften Wert umgewandelt werden kann. Geld bewahrt, überträgt und berechnet Werte¹⁹. Geld ist die abstrakte Form eines materiellen Wertes, die als Zahlungs-, Wertzuweisungs- und Wertaufbewahrungsmittel „gilt“. Diese „Geltung“ stützt sich auf eine Erfahrung jederzeitiger Wertvermittlung, eines *Einlösungsvertrauens*²⁰. Dieses Geld ist eines der „großartigsten Werkzeuge der Freiheit, die der Mensch je erfunden hat“²¹, ist ein Passepartout für beliebiges wirtschaftliches Handeln. Der Geldschein ist 5 Cent wert, der Wertgehalt des Scheins entspricht jedoch den dort aufgedruckten „100 Euro“. Geldwirtschaft setzt eine Hochkultur des Vertrauens auf eine bestimmte Währung, auf die Stabilität dieser Währung auch in der Generationenfolge voraus. Dabei ist Geld ein fungibler Wirtschaftswert, der seine Herkunft vergessen lässt und seine Zukunft verschweigt. Das Geld – ein Euro – hat den gleichen Wert, mag es durch Arbeit erworben, an der Börse mitgenommen, als Bettler empfangen oder durch Banküberfall geraubt worden sein. Seine Zukunftswirkung hängt allein von der Verwendungsentscheidung des Berechtigten ab, der damit einen Apfel zum Essen, ein Buch zum Lesen, eine Violine zum Spielen kaufen oder auch einen Mörder dingen kann. Diese strukturelle Labilität und Flüchtigkeit des Geldes fordert einen starken

¹⁸ BVerfGE 97, 350 (371) – Euro; im Anschluss an *Fjodor Michailowitsch Dostojewski*, Aufzeichnungen aus einem Totenhaus, 1994, 25.

¹⁹ *John Maynard Keynes*, Vom Gelde, 1931, 1932, 3 f., 43 f.; *Joseph Schumpeter*, Das Wesen des Geldes, 1970, 2 f.; vgl. auch *Adam Smith*, Untersuchung über Wesen und Ursachen des Reichtums der Völker 1776, 2005, 105 f.; zum Zeichencharakter des Geldes *Ferdinand Tönnies*, Philosophische Terminologie in psychologisch-soziologischer Ansicht, 1906, 30 f.

²⁰ BVerfGE 97, 350 (372) – Euro.

²¹ *Von Hayek*, Der Weg zur Knechtschaft, 2003, 120 f.

rechtlichen Rahmen für Geldmarkt, Geldwettbewerb, Staatshaushalt, Steuern und Staatsverschuldung²².

In der Regel wird Geld durch *Leistungstausch* verteilt. Anbieter und Nachfrager verständigen sich über den Preis einer Ware und die Rechtsordnung anerkennt diesen Konsens als rechtfertigenden Grund für diesen Tausch, setzt ihn als Recht durch. Auch der Haushalt wurde während der Zeit des Konstitutionalismus in den meisten deutschen Staaten nicht in Form eines Gesetzes, sondern in einer *politischen Vereinbarung* geregelt.²³ Monarch und Stände, später Monarch und bürgerliche Gesellschaft verständigten sich über den steuerlichen Zugriff auf Privatvermögen.²⁴ Diese Verständigung beschränkte die Höhe der Staatsausgaben durch Begrenzung der steuerfinanzierten Staatseinnahmen. Erst nachdem der Staat finanzwirtschaftlich das Leben seiner Bürger gestaltete und steuerte, wandte sich die Aufmerksamkeit der Ständevertretungen und später des Parlaments der Ausgabenpolitik zu und damit dem Staatshaushalt als jährlichem staatlichem Ausgabenprogramm, als – vereinfachend, aber treffend gesagt – „Regierungspolitik in Zahlen“.²⁵ Art. 110 Abs. 2 S. 1 GG fordert die „Feststellung“ des Haushalts in Form eines Gesetzes. Allerdings hat sich das Steuerrecht – als ein klassischer Eingriff in „bürgerliche“ Freiheiten – in besonderen Steuergesetzen aus der Haushaltsgesetzgebung verabschiedet, erscheint dort nur noch als Ertragsgröße, die in der Summe der Staatseinnahmen und der Staatsausgaben auszugleichen ist.

2. Verteilungsrationalität nicht ohne Rationalität des Einzelfalls

Wenn der Staat das konturenarme und abstrakte Handlungsinstrument des Geldes einsetzt, steht er gleichermaßen *abstrakten Umverteilungsan-*

²² Paul Kirchhof, Deutschland im Schuldensog, 2012, 40 ff.; ders., Stabilität von Recht und Geldwert in der Europäischen Union, NJW 2013, 1.

²³ Reinhard Mussgnug, Der Haushaltsplan als Gesetz, 1976, 148.

²⁴ Reinhard Mussgnug, aaO, 80 f.; Kai von Lewinski, Staatshaushalt und finanzwirksames Gesetz, DÖV 2015, 406 (408 f.).

²⁵ BVerfGE 79, 311 (329) – Staatsverschuldung (Haushaltsgesetz 1981).

liegen gegenüber. In Deutschland gibt es derzeit eine hohe Einkommenskonzentration in einem kleinen Kreis von Berechtigten.²⁶ Die Elterngeneration erwartet ein gestiegenes Lebenserwerbseinkommen, die jüngere Generation wachsende Ungleichheit. Wirtschaftspolitisch stellt sich damit die Frage, wieviel Ungleichheit der am Markt erwirtschafteten Einkommen eine Gesellschaft langfristig hinzunehmen bereit ist.²⁷ Der Rechts- und Sozialstaat steht vor der Aufgabe, die Verteilung des Wohlstandes und der langfristigen Erwerbseinkommen freiheitsgerecht zu steuern.

Bei dieser Verteilungsfrage geht vielfach *die Rationalität der realen Anfrage des Einzelfalls an das Recht* verloren. Ein Betroffener kann seinen Finanzbedarf, seine Erwerbsmöglichkeiten und Erwerbserfolge, seine Verschiedenheit gegenüber dem Nachbarn darstellen, dem Staat damit eine präzise Frage stellen, in der eine wesentliche Antwort schon vorweggenommen ist. Diese Erfahrung macht der Richter, wenn er rechtliches Gehör gewährt, der Verwaltungsbeamte, wenn er einen Verwaltungsakt regelt. Wird der Gesetzgeber hingegen mit Verteilungskurven für Einkommen und Vermögen konfrontiert, mit Wachstumskurven auf immer mehr Zuwachs ausgerichtet, in abstrakten Allgemeinzielen wie „Wachstum“, „Fortschritt“ und „Gewinnmaximierung“ auf Optimierungswege, damit in die Maßstablosigkeit und potentiell in die Maßlosigkeit gedrängt, so droht die Konturenschwäche dieser Maßstäbe dem Recht die Aussagekraft zu nehmen. Gelegentlich scheint sogar das „magische Viereck“ des „gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts“, die Magie, auf rechtliche Entscheidungen einzuwirken. Die bloße Zahl vermittelt keine Gerechtigkeitsgedanken. Das Differenzierungsinstrument des Gesetzes muss deshalb den Wirkungsraum des Geldes so klar umgrenzen, dass der rechtfertigende Grund für eine Geldzuwendung, das Geschenk just an eine Gruppe, sichtbar wird. Die rechtsstaatliche Verhältnismäßigkeit greift nur, wenn Zuwendungen nicht für den Wohnungsbau, sondern für bestimmte Vermieter oder Mieter, bestimmte Familien oder Versichertengruppen gefordert werden; wenn nicht Maßnahmen für das „Patientengut“ verlangt werden, sondern für bestimmte Behandlungsformen, Vorsorgemaßnahmen oder Gefährdetengruppen. Die Geltendmachung eines „Bedarfs“ ist fast keine Aussage,

²⁶ Giacomo Corneo, Kreuz und quer durch die deutsche Einkommensverteilung, PWP, Zeitschrift des Vereins für Sozialpolitik, 2015, 109 (117 ff.).

²⁷ Giacomo Corneo, Kreuz und quer durch die deutsche Einkommensverteilung, PWP, Zeitschrift des Vereins für Sozialpolitik, 2015, 109 (124).

wird erst rechtserheblich, wenn die Finanzierung des individuellen Existenzminimums, des einzelnen Studienplatzes oder einer Firmengründung konkretisierend vorgetragen wird. Erst dann gewinnen der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und der Gleichheitssatz ihren realen Anknüpfungspunkt. Dementsprechend bewilligt der Haushaltsplan Finanzmittel nur in Einzelplänen, die in Kapitel und Titel unterteilt sind.

Gleiches gilt für die **Besteuerung**. Wer allgemein fragt, wie der – fast grenzenlose – staatliche Finanzbedarf gedeckt werden könne, setzt mit dieser Fragestellung das rechtstaatliche Maß und Gleichmaß praktisch außer Kraft. Auch die Besteuerung der Dächer, der Fenster oder der Zahl der Autoräder war geeignet, dem Staat Geld zu vermitteln. Erst wenn die Frage **„bereichsspezifisch“²⁸ auf die Teilhabe des Staates an bestimmten Eigentumspositionen bezogen wird**, greifen rechtstaatliches Maß und Gleichmaß. Wenn der Staat am Einkommen, an der Erbmasse, an der im Umsatz ersichtlichen Kaufkraft teilhaben will, ist die Frage nach der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit dieses Eingriffs ebenso beantwortbar wie die gleichheitsrechtliche Frage nach der Gemeinsamkeit der Steuerbetroffenen, die den Grad der Verallgemeinerung der jeweiligen Steuern bestimmt. Deswegen fragt das Bundesverfassungsgericht – in den Anfängen eher vorsichtig, nun aber stetig – nach dem steuerrechtlichen Eingriff in das Privateigentum²⁹, definiert also den Steuerschuldner oder Steuerträ-

²⁸ Zu Zielerfordernissen des Gleichheitssatzes vgl. BVerfGE 75, 108 (157) – Künstlersozialversicherungsgesetz; vgl. auch BVerfGE 76, 256 (329) – Beamtenversorgung; BVerfGE 78, 249 (287) – Fehlbelegungsabgabe; BVerfGE 84, 239 (268) – Kapitalertragsteuer; BVerfGE 93, 319 (348 f.) – Wasserpfennig; BVerfGE 107, 127 (146) – Doppelte Haushaltsführung; BVerfGE 110, 412 (432) – Teilkindergeld; BVerfGE 112, 268 (279) – Kinderbetreuungskosten; zur Sachgerechtigkeit insges. *Joachim Englisch*, Wettbewerbsgleichheit im grenzüberschreitenden Handel, 2008, 82 ff.

²⁹ Zu den Anfängen und der vorsichtigen, aber stetigen Entwicklung dieser Rspr. vgl. BVerfGE 4, 7 (12) – Investitionshilfe; BVerfGE 14, 221 (241) – Fremdrengengesetz; BVerfGE 19, 119 (129) – Couponsteuer; BVerfGE 82, 159 (190) – Absatzfonds: Die Eigentumsgarantie verbiete einen übermäßigen, erdrosselnden Eingriff, eine grundlegende Veränderung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Steuerpflichtigen; BVerfGE 87, 153 (160) – Grundfreibetrag: dem Steuerpflichtigen müsse die grundsätzliche Privatnützigkeit des Erworbenen und die grundsätzliche Verfügungsbefugnis über die geschaffenen vermögenswerten Rechtspositionen verbleiben; BVerfGE 93, 121 (137) – Einheitsbewertung (Besteuerung in Grenzen der Sozialpflichtigkeit); BVerfGE

ger durch seine Betroffenheit in Geldvermögen, das ist in seinem Privateigentum, richtet damit den Steuerzugriff strukturell auf diejenigen, denen finanzielle Leistungsfähigkeit eigen ist, verschont diejenigen, die über kein Eigentum verfügen. Allerdings belasten die indirekten Steuern allenfalls eine vermutete Kaufkraft. Der Bettler und der Millionär zahlen beim Kauf eines Hemdes beide 19 % Umsatzsteuer. Doch die Entwicklung weg von den direkten Steuern hin zu den indirekten Steuern ist nur aufzuhalten, wenn die Betroffenheit dank Eigentums den zulässigen Eingriffsbereich, nicht nur den Schutzbereich definiert. Selbstverständlich lassen sich auch heute indirekte Steuern rechtfertigen, wenn die freiwillige Nachfrage nach Gütern in Kenntnis der steuerlichen Verteuerung des Kaufpreises jedermann möglich ist, die für die indirekten Steuern notwendig groben Typisierungen die für eine Massenbesteuerung maßgeblichen Lebenssachverhalte im Realtypus erfassen³⁰ und der Zusammenhang zwischen Besteuerungsintensität und allgemeinem Regelfall – auch durch Differenzierungen zwischen Lebensbedarfsbesteuerung und Luxusbesteuerung – gewahrt bleibt.

V. Der resümierende Charakter der Finanzverfassung

In diesen Fragen an den Finanzstaat werden bereits wesentliche Lösungen der Finanzverfassung ersichtlich. Die Finanzverfassung des Grundgesetzes

105, 17 (30) – Sozialpfandbriefe: die Steuer betreffe den Steuerpflichtigen in der Ausprägung seiner persönlichen Entfaltung im vermögensrechtlichen Bereich (Art. 14 GG); BVerfGE 105, 73 (32) – Rentenbesteuerung: die Steuer dürfe nicht zu einer – schrittweisen – Konfiskation führen; BVerfGE 115, 97 (115) – Einkommen- und Gewerbesteuer: die Eigentumsgarantie schütze das private Innehaben und Nutzen vermögenswerter Rechte, deshalb greife ein Steuergesetz in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie ein.

³⁰ Zu Notwendigkeit und Grenzen BVerfGE 101, 293 (270) – Fahnenflucht; BVerfGE 117, 272 (301) – Beschäftigungsförderungsgesetz; BVerfGE 123, 111 (128) – Jubiläumsrückstellung; zu den Prüfungsordnungen BVerfGE 79, 212 (219 f.) – Erste Juristische Staatsprüfung (Stichtagsregelung); vgl. ferner BVerfGE 10, 340 (353 f.) – Gleichheitssatz im Amnestierecht; BVerfGE 29, 245 (258) – Jahresarbeitsverdienstgrenze; BVerfGE 71, 364 (397 ff.) – Regelung von Härten im Versorgungsausgleich; BVerfGE 87, 1 (43, 47) – Trümmerfrauen; BVerfGE 97, 103 (114) – Kindererziehungszeiten; BVerfGE 101, 239 (70 f.) – Stichtagsregelung im Vermögensgesetz; vgl. auch Sondervotum BVerfGE 67, 1 (24 f.) – Emeritierung.

– der X. Abschnitt – ist im Kern eine bundesstaatliche und haushaltsrechtliche Teilverfassung. Sie nimmt aber die kontinuieritätsprägenden Gewährleistungen der Gesamtverfassung auf, ist nur im Zusammenhang mit diesen verständlich, setzt sie in ihren Kernaussagen voraus. Der Finanzverfassung bündelt die Gesamtverfassung für das Finanzwesen. Sie ist **Resümee der Gesamtverfassung aus finanzrechtlichem Anlass**, gibt damit dem staatlichen Finanzwesen die Stetigkeit dieses Verfassungsmaßstabs.

1. Beauftragung der jeweiligen Staatsgewalt nach ihren Fähigkeiten

Das Grundgesetz beauftragt die Staatsgewalten jeweils mit den Aufgaben, die sie nach ihrem Personal, ihrem Verfahren, ihrer Alltagserfahrung am besten erfüllen können. Im Parlament entscheidet der Generalist, der vom Staatsvolk gewählt ist, im Zusammenwirken mit den anderen Abgeordneten im Parlament das Staatsvolk spiegelbildlich abbildet. In dieser Allgemeinqualifikation hat der Gesetzgeber die „**wesentlichen**“ **Entscheidungen** des Gemeinwesens zu treffen³¹. Diese „Wesentlichkeit“ ist Auftrag und Grenze³². Dementsprechend wird der Haushaltsplan von der Regierung, gestützt auf die Fachqualifikation der Ministerien, entworfen, vom Parlament als programmatische jährliche Handlungskonzeption des Finanzstaates beschlossen.

Das Bundesstaatsprinzip verteilt Aufgaben und Kompetenzen auf Bund und Länder, um Staatsgewalt zu teilen, politische Alternativität und Experimentierfelder zu erschließen, regionale Eigenkulturen und Bürgernähe zu organisieren. Diese legislative und administrative Aufteilung der Kompetenzen wird im finanzverfassungsrechtlichen **Konnexitätsprinzip** (Art. 104a Abs. 1 GG) bestätigt und bestärkt. Die Finanzierung folgt der

³¹ BVerfGE 49, 89 (126) – Kalkar („schneller Brüter“); BVerfGE 61, 260 (275) – Organisationsgesetze im Hochschulbereich; BVerfGE 83, 130 (141) – Josefine Mutzenbacher; BVerfGE 108, 282 (311) – Biologischer Vater; BVerfG Urt. v. 21.05.2015 – 2BvR 1322/12, Rn. 52 – Höchstaltersgrenzen für die Einstellung in das Beamtenverhältnis auf Probe.

³² BVerfGE 49, 89 (126 f.) – Kalkar („schneller Brüter“); BVerfGE 83, 130 (142) – Josefine Mutzenbacher; BVerfGE 98, 218 (251 f.) – Rechtschreibreform; BVerfGE 108, 282 (311 f.) – Kopftuch der Lehrerin; *Paul Kirchhof*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Abs. 1, 75. Egl. 2015, Rn. 130 f., 229, 415.

Sach(verwaltungs-)kompetenz. Eine Verfremdung dieser Sachzuständigkeiten durch den „goldenen Zügel“ des Geldes soll damit ausgeschlossen werden. Die verfassungsrechtlich vorgesehenen „Gemeinschaftsaufgaben“ allerdings sind im Wesentlichen Kompetenztitel für eine Bundesmitfinanzierung. Dadurch ist das Konnexitätsprinzip wesentlich geschwächt.

Die **Rechtsprechung** hat den resümierenden Charakter der Finanzverfassung kontinuierlich zur Wirkung gebracht und sich insbesondere bemüht, das materielle Recht gegen Verfremdungen durch den Einfluss des Geldes zu schützen. Dies gilt vor allem für die steigenden Verfassungsanforderungen an das Steuersubventionsrecht³³. Der gleichheitsgerechte Vollzug eines Steuergesetzes wird insbesondere durch das Erfordernis gesichert, zwischen dem normativen Befehl des materiellen Gesetzes und den auf Durchsetzung dieses Befehls angelegten Erhebungsregeln dürfe kein Widerspruch bestehen³⁴. Das materielle Steuergesetz muss die Gleichheit vor dem Gesetz auch dadurch gewährleisten, dass es Ausweichoptionen möglichst nicht zulässt³⁵. Die Rechtsprechung zum bundesstaatlichen Finanzausgleich verlangt im Erfordernis des „Maßstäbengesetzes“ mit Nachdruck eine Verteilungsrationalität, auch im Rahmen von generalklauselartigen

³³ BVerfGE 93, 121 (147) – Vermögenssteuer: Durchbrechung eines Regelatbestandes nur bei bewusster, nach außen erkennbar verantworteter Entscheidung des Gesetzgebers; BVerfGE 105, 73 (113 f.) – Sozialpfandbriefe: Ungleichbelastung aus dem Subventionszweck zu rechtfertigen, in ihren Abstufungen nach dem freiheitsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip zu bemessen und in ihren Lockerungswirkungen zu kontrollieren; BVerfGE 115, 97 – Einkommen- und Gewerbesteuer, (113 ff.): hinreichendes Maß an Rationalität und Abgewogenheit beim Ausgleich zwischen den individuellen Belangen und denen der Allgemeinheit; (116 f.) Gebot vertikaler und horizontaler Steuergerechtigkeit; BVerfG DStR 2015, 31 Rn. 121 f. – Verschonung des Betriebsvermögens bei der Erbschaftssteuer: Verbot eines gleichheitswidrigen Begünstigungsausschlusses.

³⁴ BVerfGE 84, 239 (272) – Zinsbesteuerung; BVerfGE 110, 94 (113) – Private Spekulationsgeschäfte.

³⁵ BVerfGE 125, 1 (33 f.) – Körperschaftssteuererminderungspotential, Halbeinkünfteverfahren; BVerfG DStR 2015, 31 Rn. 246 – Verschonung des Betriebsvermögens im Erbschaftssteuerrecht; vgl. auch BVerfGE 120, 1 (53) – Abfärberegulation; BFH, FR 2012, 1044 (Vorlage des Erbschaftssteuergesetzes an das Bundesverfassungsgericht wegen Verfassungswidrigkeit des § 19 Abs. 1 in Verbindung mit § 13a, 13b ErbStG 2009 mit der Folge einer „das gesamte Gesetz erfassenden verfassungswidrigen Fehlbesteuerung“); dazu nunmehr BVerfG DStR 2015, 31 Rn. 246 f.

Verfassungstatbeständen³⁶. Das staatliche Leistungsrecht³⁷ und insbesondere das Steuerrecht³⁸ waren Anlass, um die Folgerichtigkeit der Gesetzgebung gegenüber einem gesetzlich begründeten Leitprinzip zu entwickeln.

2. Die Staatseinnahmen

Die Finanzverfassung regelt die Gesetzgebungskompetenz und die Ertrags-
hoheit – einschließlich des Finanzausgleichs – **nahezu ausschließlich für die Steuern**. Sie macht damit bewusst, dass der Staat sich strukturell aus Steuern finanziert, die Entgeltabgaben – Gebühren und Beiträge – eher vorteilsneutralisierende als finanzierende Funktion haben³⁹, die Sonderabgabe nur als „seltene Ausnahme“ mit Berichts- und regelmäßiger Überprüfungspflicht zulässig ist⁴⁰. Die Sonderabgabe zeigt besonders deutlich den

³⁶ BVerfGE 101, 158 (214 f.) – Maßstäbengesetz.

³⁷ BVerfGE 17, 38 (48) – Witwenrente; BVerfGE 27, 142 (150) – Kinderzuschlag für „Enkelpflegekinder“; BVerfGE 105, 73 (186) – Rentenbesteuerung; BVerfGE 125, 175 (227 ff.) – Hartz IV; BVerfGE 129, 49 (69 f.) – Teilerlass nach dem Bundesausbildungsförderungsgesetz beim Studium der Humanmedizin in den neuen Ländern.

³⁸ BVerfGE 87, 153 (173 ff.); BVerfGE 93, 121 (136) – Vermögenssteuer; BVerfGE 93, 165 (172) – Erbschaftssteuer (gesonderte Bewertung); BVerfGE 98, 83 (100) – Landesrechtliche Abfallabgabe; BVerfGE 99, 88 (95) – Verlustabzug; BVerfGE 101, 151 (155) – Umsatzsteuerbefreiung (GmbH & Co. KG); BVerfGE 105, 73 (186) – Rentenbesteuerung; BVerfGE 107, 27 (47) – Doppelte Haushaltsführung; BVerfGE 122, 210 (231) – Pendlerpauschale; BVerfGE 127, 224 (245) – Pauschalierung eines Betriebsausgabenabzugsverbots; zur Bedeutung des Folgerichtigkeitsprinzips für die übrigen Rechtsbereiche *Paul Kirchhof*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Abs. 1, 75. Egl. 2015, Rn. 404 ff.

³⁹ Vgl. BVerfGE 50, 217 (227 ff.) – § 15 Abs. 4 Gebührengesetz NRW; *Paul Kirchhof*, Die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 2010, 37 ff.; zur seit Aristoteles geläufigen Unterscheidung zwischen austeilender und ausgleichender Gerechtigkeit vgl. *Bernd Rütters/Christian Fischer/Axel Birk*, Rechtstheorie, 7. Aufl. 2013, Rn. 351 ff.; im Ansatz BVerfGE 9, 251 (298 f.) – Baden-Württembergischer Feuerwehrbeitrag; BVerfGE 34, 139 (146, 150 ff.) – Fahrbahndecke; BVerfGE 50, 217 (227 ff.) – § 15 Abs. 4 Gebührengesetz NRW; BVerfGE 78, 249 (250, 286 ff.) – Fehlbelegungsabgabe; BVerfGE 92, 91 (113 ff.) – Feuerwehrabgabe; BVerfGE 97, 332 (344 ff.) – Gestaffelte Kindergartenbeiträge.

⁴⁰ BVerfGE 55, 274 (306 f.) – Ausbildungsplatzförderungsabgabe; BVerfGE 57, 139 (166 ff.) – Schwerbehindertenabgabe; BVerfGE 67, 256 (276) – Investitionshilfeabgabe; BVerfGE 82, 159 (181) – Absatzfonds; BVerfGE 91, 186 (203 f.) – Kohlepennig; BVerfGE 92, 91 (113) – Feuerwehrabgaben; BVerfGE 98, 83 (100) – Landesabfallabgaben;

inhaltlichen Zusammenhang zwischen Finanzverfassung und übriger Verfassung. Sie muss als Zusatzabgabe neben der Besteuerung gleichheitsrechtlich gegenüber der bereits vorausgehenden steuerlichen Abschöpfung der finanziellen Leistungsfähigkeit des Betroffenen gerechtfertigt werden, in ihrer Haushaltsflüchtigkeit auf das Budgetrecht und die Prinzipien der parlamentarischen Demokratie abgestimmt, in ihrer Kompetenzgrundlage – einer Sachkompetenz – mit den Finanzierungs Kompetenzen der Finanzverfassung in Einklang gehalten werden.⁴¹ Die Finanzverfassung regelt als Quelle für Staatseinnahmen ausschließlich Steuererträge.

Die konkrete Zugriffsstelle der Steuergewalt, damit den Anknüpfungspunkt für Verhältnismäßigkeit und Gleichheitssatz, skizziert die Finanzverfassung, wenn sie *bestimmte Steuertypen*, insbesondere die Einkommensteuer, die Körperschaftsteuer, die Umsatzsteuer, auch die Erbschaftsteuer und die Gewerbesteuer *als Ertragsquellen benennt* und den Ertrag aus diesen Quellen auf Bund, Länder und Gemeinden verteilt. Damit steht verfassungsrechtlich außer Zweifel, dass der Staat sich in diesen ausdrücklich benannten Belastungsgründen finanzieren darf. Es ist heute geläufig, dass Kompetenznormen auch materielle Aussagen enthalten. Dies anerkennt das Bundesverfassungsgericht z. B. für die konkurrierende Bundesgesetzgebungskompetenz über „die Erzeugung und Nutzung der Kernenergie zu friedlichen Zwecken“, die nicht eine Erzeugung und Nutzung der Kernenergie zu unfriedlichen Zwecken den Ländern überlässt, sondern im Rahmen der Kompetenzregelung gänzlich ausschließt.⁴² Die – bewegliche – Verteilung des Umsatzsteueraufkommens zwischen Bund und Ländern hat nach Art. 106 Abs. 3 S. 4 Nr. 2 GG zu beachten, dass „eine Überbelastung der Steuerpflichtigen vermieden wird“; die bundesstaatliche Verteilungsregel resümiert das Übermaßverbot. Die mehrfache

BVerfGE 101, 141 (147) – Ausgleichsfonds; BVerfGE 108, 186 (217) – Altenpflegeabgaben; BVerfGE 110, 370 (384 f.) – Klärschlamm-Entschädigungsfonds; BVerfGE 135, 155 (206 f.) – Filmabgabe.

⁴¹ BVerfGE 4, 7 (13) – Investitionshilfe; BVerfGE 8, 274 (317) – Preisgesetz; BVerfGE 18, 315 (328 f.) – Marktordnung; BVerfGE 29, 402 (409) – Konjunkturzuschlag; BVerfGE 37, 1 (16 f.) – Stabilitätsfonds; BVerfGE 67, 256 (274) – Investitionshilfeabgabe; BVerfGE 82, 159 (181) – Absatzfonds; BVerfGE 91, 186 (202 f.) – Kohlepfeffennig; BVerfGE 110, 370 (384 ff.) – Klärschlamm-Entschädigungsfonds; BVerfGE 135, 155 (206 ff.) – Filmabgabe.

⁴² BVerfGE 53, 30 (56) – Mülheim-Kärlich.

Erwähnung der Gewerbesteuer in Art. 106 Abs. 6 GG zeigt, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber keinen Anlass für grundsätzliche verfassungsrechtliche Zweifel an der Gewerbesteuer gesehen hat.⁴³ Die ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass eine Steuer, deren Ertrag verteilt werden darf, auch erhoben werden darf⁴⁴, schließt eine auch strukturelle Änderung der jeweiligen Steuerart nicht aus, wie sie der Gesetzgeber bei der Körperschaftsteuer, der Umsatzsteuer und auch bei der Gewerbesteuer geregelt hat. Doch das Verhältnismäßigkeitsprinzip und der Gleichheitssatz finden in den benannten Zugriffsstellen ihren konkreten, verfassungsrechtlich skizzierten Anknüpfungspunkt.

Wenn die Finanzverfassung zunächst die Steuergesetzgebungskompetenz regelt, betont sie die besondere Angewiesenheit des Steuerrechts auf **Legalität**, damit den Gesetzesvorbehalt⁴⁵, der den steuerlichen Belastungsgrund, die Bemessungsgrundlage, den Schuldner und den Steuertarif der gesetzlichen Regelung vorbehält, dabei Grundrechtsschutz gewährt, eine Realitätsgerechtigkeit – auch in der Bewertung – fordert⁴⁶, im Übrigen Fol-

⁴³ BVerfGE 120, 1 (27) – Abfärberegelung; vgl. auch die Neuregelung zu Art. 28 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 GG durch das 44. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 20.10.1997, BGBl I, 2470.

⁴⁴ BVerfGE 14, 105 (111) – Finanzmonopole; BVerfGE 21, 12 (26) – Allphasenumsatzsteuer; BVerfGE 37, 38 (45) – Mehrwertsteuer; BVerfGE 93, 121 (134) – Vermögensteuer; BVerfGE 31, 8 (16) – Gewinnspielautomat; BVerfGE 40, 56 (60 f.) – Vergnügungssteuergesetz NRW; BVerfGE 42, 38 (40) – Vergnügungssteuer; BVerfGE 69, 174 (183 f.) – Getränkesteuer.

⁴⁵ Zu dessen aktueller Bedeutung als gesetzlicher Garant grundsätzlich einer unausweichlichen Last auch gegenüber steuerlichen Gestaltungen vgl. BVerfG DStR 2015, 31 Rn. 246 f. – Verschonung des Betriebsvermögens im Erbschaftsteuerrecht; vgl. auch BVerfGE 120, 1 (53) – Abfärberegelung.

⁴⁶ BVerfGE 23, 242 (256) – Einheitswert von Grundstücken und Bewertung von Wertpapierbesitz; vgl. auch 93, 121 (136 ff.) – Vermögensteuer (Einheitsbewertung); BVerfGE 93, 165 (176 ff.) – Erbschaftsteuer (Bewertung); BVerfGE 117, 1 (30 ff.) – Erbschaftsteuer (gesonderte Bewertung).

gerichtigkeit im Sinne der Belastungsgleichheit gegenüber Leitentscheidungen eines fortgeltenden Gesetzes verlangt⁴⁷. Mit dem Gesetzesvorbehalt gilt die gesamte grundrechtliche und sonstige verfassungsrechtliche Bindung des Gesetzgebers.

Die differenzierende Regelung von Gesetzgebungskompetenz (Art. 105 GG) und Vollzugskompetenz (Art. 108 GG) weist die **Gesetzgebung grundsätzlich dem Bund, den Gesetzesvollzug grundsätzlich den Ländern** zu. Der Bundesgesetzgeber hat im Steuerwesen die konkurrierende Kompetenz unter den Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG, die hier kompetenzbegründend, nicht kompetenzverengend wirken. Die Landesfinanzbehörden verwalten nach Art. 108 Abs. 2 GG die großen (Gemeinschafts-) Steuern und auch die sonstigen wesentlichen Steuern, die nicht Verbrauchsteuern sind. Diese Aufgabenverteilung zwischen Gesetzgebungserfahrung und Vollzugserfahrung hat zur Folge, dass die wesentlichen Steuern – wenn auch aus Anlass einer Bundesteilhabe am Ertrag (Art. 105 Abs. 3 GG) – der Zustimmung des Bundesrates bedürfen, also in der Kombination von rechtspolitischer Grundentscheidung des Bundes und Landeserfahrung in der Handhabung der Gesetze, das neue Gesetz nur in der Gemeinsamkeit von Bund und Ländern zustande kommt. Der Arbeitskreis „Steuern“ der Länder ist eine beredete Realität dieses Zusammenwirkens.

So sucht das Finanzverfassungsrecht das staatliche Finanzwesen auf Dauer zu stabilisieren⁴⁸. Deshalb begegnen Gesetze wie das EStG wachsender Kritik, weil es ein Jahresgesetz ist und Anwendungsvorschriften enthält, die in einer kaum noch überschaubaren Enumeration gesondert bestimmen, wann die Anwendung des Gesetzes beginnt und wann sie endet.⁴⁹ Gerade die Einkommens- und Gewinnplanung braucht eine stetige gesetzliche Grundlage.

⁴⁷ BVerfGE 99, 88 (95) – Verlustabzug; BVerfGE 99, 280 (290) – Aufwandsentschädigung-Ost; BVerfGE 101, 132 (138) – Heileurythmisten; BVerfGE 101, 151 (155) – Umsatzsteuerbefreiung (GmbH & Co. KG); BVerfGE 105, 73 (126) – Rentenbesteuerung; BVerfGE 107, 27 (47) – Doppelte Haushaltsführung; ähnlich BVerfGE 121, 108 (119 f.) – Wählervereinigung; BVerfGE 120, 1 (29) – Abfärberegelung; BVerfGE 122, 210 (231) – Pendlerpauschale.

⁴⁸ *Hermann Heller*, Staatslehre, 2. Aufl. 1961, 194.

⁴⁹ Die gegenwärtige Vorschrift des EStG über dessen Anwendung enthält in § 52 Regelungen, deren Text in meinem Kommentar 26 Seiten umfasst, vgl. *Paul Kirchhof* (Hrsg.), EStG, 14. Aufl. 2015, § 52 vor Rn. 1; kritisch dort Rn. 1 ff.

3. Die Staatsausgaben

Für die Staatsausgaben setzt die Finanzverfassung das hergebrachte, in jüngerer Zeit fast vergessene Prinzip in Kraft, dass **der Staat nur das ausgeben kann, was er steuerlich eingenommen hat**. Das Ausweichen in die Staatsverschuldung ist in Zukunft durch die Neufassung des Art. 109 Abs. 3 GG und des Art. 115 Abs. 2 GG strukturell ausgeschlossen.⁵⁰ Diese Vorschriften schützen die nachfolgende Generation vor übermäßigen Altlasten, den Staat vor einer Abhängigkeit vom Finanzmarkt. Sie könnten staatliche Darlehensverträge nach § 134 BGB nichtig machen. Die im Demokratieprinzip angelegte Gefahr übermäßiger Verheißung von Leistungen und damit strukturell wachsender enttäuschter Erwartungen ist – Rechtstreue selbstverständlich vorausgesetzt – gebannt. Die Feststellung des Haushaltsplans durch Gesetz (Art. 110 Abs. 2 S. 1 GG) begründet einen Gesetzesvorbehalt, eröffnet auch hier den Gestaltungsraum des Gesetzgebers als Erstinterpret der Verfassung, bringt dabei alle verfassungsrechtlichen Bindungen für eine maßvolle und gleichmäßige Nutzung der Haushaltsmittel zur Wirkung. Es gilt insbesondere das Verbot eines gleichheitswidrigen Begünstigungsausschlusses⁵¹ sowie die anspruchsvoller werdende Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Subventionsrecht. Diese Prinzipien verpflichten den Gesetzgeber auch, wenn er statt der Leistungssubvention die steuerliche Verschonungssubvention wählt.⁵²

4. Die Zeitverantwortlichkeit der Staatsgewalten

Die verschiedenen Staatsgewalten verstetigen den Staat unterschiedlich. Die Legislative widmet sich grundsätzlich der Zukunft, die Exekutive der

⁵⁰ 57. Änderungsgesetz des Grundgesetzes v. 29.7.2009, BGBl I 2248.

⁵¹ BVerfGE 116, 164 (180) – Tarifbegrenzung gewerblicher Einkünfte; BVerfGE 121, 108 (119) – Wählerversammlung (Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht); BVerfGE 121, 317 (370) – Rauchverbot in Gaststätten; BVerfGE 126, 400 (416) – Lebenspartnerschaft/Erbschaft- und Schenkungsteuergesetz; BVerfG DStR 2015, 31 f. Rn. 121 – Verschonung des Betriebsvermögens im Erbschaftsteuerrecht.

⁵² Vgl. dazu Fn. 33; Paul Kirchhof, Das Steuerrecht als Verfassungsproblem, JöR 2015 i.E.

Gegenwart, die Judikative der Vergangenheit.⁵³ Die Finanzverfassung verbindet das als **langfristig geltende, in die Zukunft wirkende Steuergesetz** und das grundsätzlich⁵⁴ **nach dem Jährlichkeitsprinzip bemessene Haushaltsgesetz**. Bei der Steuergesetzgebung hat der Gesetzgeber strukturell Kontinuität zu gewährleisten, bei der Haushaltsgesetzgebung Flexibilität zu sichern. Stetigkeit der Steuern gewährleistet die Finanzgrundlage, Gegenwartsgerechtigkeit bestimmt die Ausgabenpolitik. Allerdings ist die Rechtswirklichkeit eine andere. Die Ausgaben sind – insbesondere unter dem Einfluss eines grundrechtlichen Gesetzesvorbehalts – weitgehend durch **Leistungsgesetze**, durch vertragliche Verbindlichkeiten, durch Langzeitprojekte wie Bauten, Wehrfähigkeit und Infrastruktur, auch durch den Schuldendienst gebunden. Im Bundeshaushalt wird das frei verfügbare Einnahmenvolumen mit etwa 10 % des Gesamtvolumens angegeben, bei den Ländern liegt es deutlich niedriger, bei Kommunalhaushalten tendiert es nicht selten gegen Null.⁵⁵ Das Haushaltsrecht kann diese materiellen Pflichten und Rechte nicht verändern (Art. 110 Abs. 1 S. 1 Hs.1, § 3 Abs. 2 HGrG).⁵⁶ Ihm kommt nur eine Koordinierungs- und Kontrollfunktion zu, die einen Ausgleich von Einnahmen und Ausgaben grundsätzlich ohne Einnahmen aus Krediten sicherstellt (Art. 109 Abs. 3 S. 1, Art. 115 Abs. 2 S. 1 GG). Auch die mittelfristige, mehrjährige Finanzplanung hat kaum die Kraft einer periodenübergreifenden Steuerung, weil sie ursprünglich im Dienst des „gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts“, einer antizyklischen Konjunkturpolitik, steht⁵⁷, sie eher Steuerschätzungen und Ausgabenprognosen bietet als normative Zukunftsmaßstäbe anregt, sie lediglich Regierung und Verwaltung bindet, nicht aber den Gesetzgeber verpflichtet, sie

⁵³ Gerhart Husserl, *Recht und Zeit*, 1955, 52 f.; zur juristischen Bedeutung dieser These vgl. Michael Kloepfer, *Verfassung und Zeit*, in *Der Staat* 13, 1974, 457 ff.; Peter Häberle, *Zeit und Verfassung*, *ZfB* 21, 1974, 111 ff.; Paul Kirchhof, *Verwalten und Zeit*, 1975; Günter Dürig, *FS zum 500 jährigen Bestehen der Tübinger Juristenfakultät*, 1977, 21 (21 ff.).

⁵⁴ Vgl. Art. 110 Abs. 2 S. 1 GG.

⁵⁵ Kai von Lewinski, *Staatshaushalt und finanzwirksames Gesetz*, *DÖV* 2015, 406.

⁵⁶ Wolfram Höfling, *Haushaltsverfassungsrecht als Recht minderer Normativität*, *DVBf* 2006, 934 f.; Stefan Koriath, *Der Finanzausgleich zwischen Bund und Ländern*, 1997, 64; Kai von Lewinski, *Staatshaushalt und finanzwirksames Gesetz*, *DÖV* 2015, 406 (411).

⁵⁷ Vgl. § 50 f. HGrG, § 9 StabG, auch Art. 109 Abs. 3 GG.

damit schon ihrem Anspruch nach für die Gesetzgebung wirkungslos bleibt⁵⁸.

Damit droht das stetige Leistungsgesetz eher das Übel überhöhter Staatsausgaben und Staatsschulden zu verfestigen als rechtliche Kontinuität zu gewährleisten. Heute ist eine Kontinuität staatlichen Handelns in seiner Finanzierbarkeit nur zurückzugewinnen, wenn Ausgaben- und Steuerpolitik in einer Kultur des Maßes eingebunden werden, das Verfassungsrecht den Begehrlichkeiten gegenüber dem Staat eine Obergrenze setzt.

Ein erster Schritt, um die Einnahmen- und Ausgabengesetze der aktuellen Finanzkraft des Staates anzupassen⁵⁹, bietet das **Haushaltsbegleitgesetz**, das über die Haushaltsperioden hinaus Leistungen kürzen und Steuervergünstigungen zurücknehmen kann. Hier gewinnen unter Federführung des Finanzministeriums Finanzfachleute – meist unter erheblichem Zeitdruck und geringem Öffentlichkeitsinteresse – ein Stück Herrschaft der Finanzwirtschaft über den Leistungsgesetzgeber.

Rechtspolitisch wäre zu erwägen, die Gebundenheit des Haushalts durch Leistungsgesetze jedenfalls für die Leistungsspitzen in ihr Gegenteil zu verkehren und **alle lang dauernden staatlichen Leistungsverpflichtungen unter Finanzierungsvorbehalt zu stellen**. Staatsleistungen – von der Sozialhilfe über das BaföG, die Industriesubventionen bis zu den Gehältern im öffentlichen Dienst – würden dann von vornherein nicht in voller Höhe in einer bestimmten Summe garantiert, sondern nur in einem prozentualen Anteil am jeweiligen Staatshaushalt. So würde allgemein bewusst, dass der Staat nur das geben kann, was er vorher steuerlich genommen hat. Das Finanzwesen gewönne Kontinuität im Prinzip des Haushaltsausgleichs. Der Leistungsstaat würde in seiner Leistungsfähigkeit durch die jährlichen Einnahmen definiert. Der Leistungsberechtigte wäre mehr Teilhaber als Forderungsgläubiger. Der Finanzstaat wirkte kontinuierlich – über die Jahre hinweg – in der Jeweiligkeit seines Steueraufkommens. Der Rechtsstaat würde entschieden für die Allgemeinheit und Unausweichlichkeit der

⁵⁸ Paul Kirchhof, Die Steuerung des Verwaltungshandelns durch Haushaltsrecht und Haushaltskontrolle, NVwZ 1983, 505 (510); Markus Heintzen, in: Von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. 3, 6. Aufl. 2012, Art. 110 Rn. 48; Kai von Lewinski, DÖV 2015, 406 (413).

⁵⁹ Hanno Kube, Haushaltsrecht, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 3, 3. Aufl. 2013, § 66 Rn. 73.

Steuerlast streiten. Der Sozialstaat verstärkte die Zugehörigkeit der Leistungsempfänger zu ihrem Staat in der realen Bedingtheit dieses Gemeinwesens. Die Demokratie könnte sich in ihrem finanzwirtschaftlichen Fundament, der Steuerkraft der Bürger, periodisch erneuern, die Gleichheit unter den Generationen festigen, ein Konzept zeitgerechten und rechtzeitigen Leistens praktizieren.

VI. Besondere Kontinuitätskriterien der Geldwirtschaft

Im Ergebnis gewinnt das staatliche Finanzwesen nur Kontinuität, wenn es **nicht in strikten, stetig wachsenden Finanzverbindlichkeiten überfordert** wird, sondern in allgemeinen, verlässlichen Rechtsprinzipien eine stetige Leistungsfähigkeit bewahrt. Die Steuergesetze sind vereinfacht auf gediegene und vertraute Belastungsprinzipien zu stützen. Die Ausgabenpolitik findet in den Staatseinnahmen eine strikte Obergrenze. Der Gesetzesvorbehalt für Steuern und Ausgaben trägt alle Verfassungsbindungen, insbesondere der Grundrechte und der Kompetenzordnung, unmittelbar in das staatliche Finanzwesen hinein, streitet deshalb gegen die ausweichliche Steuerlast, gegen das Privileg, gegen den gleichheitswidrigen Begünstigungsausschluss. Er begrenzt Subventionen und unfinanzierbare Leistungspflichten.

Ein solcher Finanzstaat gewinnt an Rechtsstaatlichkeit und demokratischer Legitimation. **Das Recht verspricht nur das ersichtlich Mögliche**, vermeidet Gruppenprivilegien und Gruppennachteile, auch eine Ungleichheit in der Zeit. Die Demokratie führt dem Staatsbürger vor Augen, dass der Staat auch im Finanzwesen nichts anderes ist als die Summe seiner Bürger, hier die Summe der Finanzkraft, die alle Bürger steuerlich dem Staat zur Verfügung stellen.

Das Prinzip der Finanzkontinuität gibt dem Einzelnen nicht einen zahlenmäßig fixierten Leistungsanspruch gegen den Staat unabhängig von dessen Leistungskraft, sondern sucht staatliche Einnahmen und Ausgaben ausgleichend so zu stabilisieren, dass das **Vertrauen in den Finanzstaat** eine stetige Grundlage gewinnt. Die gleiche Zugehörigkeit aller Staatsbürger zu ihrem Staat, die gleiche Betroffenheit aller Inländer durch die jeweilige Finanzkraft des Staates ist eine wichtige Stabilisierungsgrundlage, die den Staat trägt. Der Staat gewinnt Kontinuität dank einer resümierenden Finanzverfassung, die den Finanzerwartungen und Leistungsansprüchen der Bürger einen ersichtlichen rechtlichen Rahmen gibt. Bürger und Staat sind

veranlasst, auf eine stetige Finanzausstattung des Staates hinzuwirken, bei der Ausgabenpolitik eine Kultur des Maßes zu entfalten, die langfristigen Staatsleistungen auf die jährliche Finanzkraft auszurichten und auf dieser Grundlage Zahlungspflichten und Leistungsansprüche zu verstetigen.

VII. Ergebnisse

Die Finanzverfassung stützt somit die Kontinuität des im Handlungsmittel des Geldes labilen Finanzstaates, indem sie die Macht des Geldes in den Prinzipien der Gesamtverfassung bindet, das geltende Verfassungsrecht für das Finanzwesen bereichsspezifisch resümiert. Die wichtigsten Prinzipien seien hier – das vordem Gesagte verdeutlichend – nochmals zusammengefasst:

1. Eine Verfassung verstetigt das politische Leben, gibt erprobte Werte, bewährte Institutionen, politische Erfahrung verbindlich an die Zukunft weiter. Sie sichert die Kontinuität von Staat und Recht, indem sie die Änderung des Verfassungsrechts erschwert, teilweise auch ausschließt.
2. Zugleich regelt die Verfassung die politische Erneuerung des Staates, insbesondere in einem Gestaltungsauftrag von Gesetzgebung und Regierung, in der Garantie von Freiheitsrechten und im Handlungsmittel des Geldes.
3. Die Finanzverfassung ist ein Resümee der Gesamtverfassung aus finanzwirtschaftlichem Anlass. Sie entwickelt für den Finanzstaat keine neuen Grundsatzregeln, sondern bindet die Finanzmacht in den Vorgaben von Rechtsstaat, Parlamentarismus, Bundesstaatlichkeit und Demokratie. Sie bewahrt den Verfassungsstaat vor einer Verfremdung durch die Macht des Geldes.
4. Der Mensch vertraut einem Gesetz, das ihm vertraut ist, das er als gute Gewohnheit täglich praktiziert, das ihm einen verlässlichen, voraussehbaren Maßstab gibt, um im Einklang mit dem Recht zu leben und frei zu sein.
5. Recht entsteht in mitmenschlicher Begegnung, in guter Gewohnheit, in allgemeiner Anerkennung dessen, was für ein „gutes Leben“ in einer Gemeinschaft notwendig ist.
6. Erst in der jüngeren Rechtsgeschichte entsteht ein struktureller Gegensatz zwischen dem in der Rechtsgemeinschaft verwurzelten Recht und dem obrigkeitlich bestimmten Gebot. Das Gebot wird zum „Gesetz“, das einem

Gesetzgeber eine vordem unbekannte Allmacht zuweist. Recht dient weniger dem Bewahren sondern mehr dem Gestalten der Welt. Fast alles scheint machbar.

7. Dieser Entwicklung stellt das Verfassungsrecht die Unterscheidung von Recht und Gesetz entgegen, von Verfassungsgesetz und einfachem Gesetz, von Gesetzgeber und verfassungsgerichtlicher Gesetzeskontrolle, von der Maßgeblichkeit des gesetzgeberischen Willens und gesetzlicher „Willkür“.

8. Eine Demokratie, die dem Bürger eine „Optimierung“ seiner Lebensbedingungen verheißt, lädt dazu ein, den Staat zu überfordern. Die Demokratie sucht den Wünschen der Wähler zu entsprechen, macht Versprechungen, die nicht erfüllt werden können. So verursacht Demokratie strukturell Enttäuschungen, Vertrauensverlust, eine Grundhaltung von Argwohn gegenüber der Politik.

9. Für das Zusammenspiel von stetiger Verfassung und politischer Erneuerung gibt Reinhard Mussgnug in seinem Buch „Der Haushaltsplan als Gesetz“ eine Grundsatzorientierung. Der jährlich erneuerte Haushaltsplan ermächtigt, begründe nicht Ansprüche und Verbindlichkeiten, lasse der Sachgesetzgebung den Vortritt und finanziere deren Vollzug. Doch mit der Entwicklung des Rechtsstaates auch zu einem finanzwirtschaftlich steuernden Staat sei der Haushaltsplan zum heimlichen Mittelpunkt des Verfassungssystems geworden. Er ermögliche finanzstaatliche Politik, definiere auch die Grenzen ihrer Finanzierung. In der Gegenwart allerdings sei die Bedeutung der Budgethoheit deutlich vermindert worden, weil Leistungsgesetze den Haushaltsplan präjudizierten, der Haushalt eher ein bestätigender denn ein entwicklungsleitender Plan sei.

10. Der Verfassungsstaat braucht insbesondere feste und voraussehbare Handlungsmaßstäbe, wenn er mit der Macht des Geldes handelt, einem Passepartout für beliebiges wirtschaftliches Handeln, dessen Wert allein auf einem allgemeinen Einlösungsvertrauen ruht.

11. Das Geld leugnet seine Herkunft und verschweigt seine Zukunft. Deswegen muss das Verfassungsrecht die Herkunft staatlichen Geldes in grundrechtlich gebundenen Steuern definieren und die Zukunft staatlicher Ausgabenpolitik in einem ausgeglichenen Haushalt ohne Staatskredit vorschreiben.

12. Solange die Frage der gerechten Einkommens- und Vermögensverteilung in abstrakten Verteilungs- und Wachstumskurven diskutiert wird, Allgemeinziele wie „Fortschritt“, „gesamtwirtschaftliches Gleichgewicht“

und „Gewinnmaximierung“ in die Maßstablosigkeit und damit potentiell in die Maßlosigkeit drängen, geht die Rationalität der individuellen und konkreten Anfrage des Einzelfalls an das Recht verloren. Der Haushaltsplan wirkt dem mit seinen detaillierten Einzelermächtigungen und darauf aufbauend dem Gesamtausgleich von Einnahmen und Ausgaben entgegen.

13. Das Grundgesetz beauftragt die Staatsgewalten jeweils mit den Aufgaben, die sie mit ihrem Personal, ihrem Verfahren und ihrer Alltagserfahrung am besten erfüllen können. Im Parlament entscheidet der Generalist die „wesentlichen“ Grundsatzfragen. Die „Wesentlichkeit“ ist Auftrag und Grenze der Gesetzgebung. Dementsprechend wird der Haushaltsplan von der Regierung, gestützt auf die Fachqualifikation der Ministerien, entworfen, vom Parlament als programmatische jährliche Handlungskonzeption des Finanzstaates beschlossen.

14. Das Bundesstaatsprinzip verteilt Aufgaben und Kompetenzen auf Bund und Länder, um Bürgernähe, regionale Eigenkulturen, Gewaltenteilung, politische Alternativität und Experimentierfelder zu organisieren. Das finanzverfassungsrechtliche Konnexitätsprinzip bestätigt und bestärkt dieses Organisationsprinzip und bewahrt es vor einer Verfremdung durch den goldenen Zügel des Geldes. Das Prinzip, dass das sachlich kompetente Organ auch über die Sachausgaben entscheidet, sollte auch bei den Steuersubventionen angewandt werden, bei denen der Bundessteuergesetzgeber lenkend in Sachkompetenzen der Länder übergreift und Landessteuererträge vorab verwendet.

15. Die Staatseinnahmen stützt die Finanzverfassung nahezu ausschließlich auf Steuern, bietet bei der Regelung der Ertragshoheit traditionelle Steuerarten (Einkommensteuer, Körperschaftsteuer, Umsatzsteuer, auch Gewerbesteuer u. a.) als legitime Steuerquellen, gibt mit der steuerlichen Teilhabe an diesen Steuergegenständen auch dem Verhältnismäßigkeitsprinzip und dem Gleichheitssatz einen konkreten Anknüpfungspunkt. Der Gesetzesvorbehalt betont die besondere Angewiesenheit des Steuerrechts auf Legalität. Zudem skizziert das Verfassungsrecht die Ausgestaltung der Einzelsteuern (Eigentumsschutz, Realitätsgerechtigkeit, Sachgerechtigkeit, Folgerichtigkeit) und in ersten Ansätzen auch ihr Zusammenwirken (Vermeidung übermäßiger Belastung, Verbot gleichartiger Steuern, Sonderabgaben).

16. Für die Staatsausgaben setzt die Finanzverfassung das hergebrachte Prinzip wieder in Kraft, dass der Staat nur das ausgeben kann, was er steuerlich eingenommen hat. Die im Demokratieprinzip angelegte Gefahr übermäßiger Verheißung von Staatsleistungen und damit strukturell wachsender enttäuschter Erwartungen ist damit – Rechtstreue selbstverständlich vorausgesetzt – gebannt. In Zukunft wird der Darlehnsvertrag eines Staates, der gegen das Schutzgesetz des Art. 109 und 115 GG verstößt, nach § 134 BGB nichtig sein. Der grundsätzlich jährliche Haushaltsplan eröffnet den politischen Gestaltungsraum für gegenwartsgerechte und zukunftsorientierte Haushaltswirtschaft, bindet aber auch den Haushaltsgesetzgeber an die stetigen Verfassungsmaßstäbe, insbesondere an die Grundrechte.

17. Die Finanzplanung des Bundes ist weitgehend durch Leistungsgesetze, durch vertragliche Verbindlichkeiten, durch Langzeitprojekte wie Bauten, Wehrfähigkeit und Infrastruktur gebunden. Damit droht das Leistungsgesetz das Übel überhöhter Staatsausgaben und Staatsschulden zu verfestigen. Rechtspolitisch ist deshalb zu erwägen, langdauernde staatliche Leistungsverpflichtungen – von der Sozialhilfe über das BaföG, die Industriebeteiligungen bis zu den Gehältern im öffentlichen Dienst – in den Leistungsspitzen unter Finanzierungsvorbehalt zu stellen, diesen Teil also nicht in einer bestimmten Summe zu garantieren, sondern nur in einem prozentualen Anteil am jeweiligen – nicht kreditfinanzierten – Haushalt. Das Finanzwesen gewönne Kontinuität im Prinzip des Haushaltsausgleichs – ein belastender Vorgriff auf die Zukunft ist ausgeschlossen. Der Leistungsstaat würde in seiner Leistungsfähigkeit durch die jährlichen Einnahmen definiert.

18. Die Rechtsprechung hat den resümierenden Charakter der Finanzverfassung, den Schutz des materiellen Rechts gegen Verfremdungen durch den Einfluss des Geldes, kontinuierlich zur Wirkung gebracht. Dies gilt insbesondere für die steigenden Verfassungsanforderungen an das Subventionsrecht, für die Schranken der Lenkungssteuer, für die Rechtsprechung zum strukturellen Erhebungsdefizit, jüngst für die verfassungsrechtliche Gegenwehr gegen eine Steuergesetzgebung, die zu viel Gestaltungsoptionen eröffnet, sowie die um Verteilungsrationalität bemühte Rechtsprechung zum Maßstäbengesetz.

§ 3 Steuerkonkurrenzen in der Finanzverfassung

Hanno Kube

I.	Historische Entwicklung des Vielsteuersystems.....	53
II.	Steuerkonkurrenzen	56
	1. Problem und Klärungsbedarf.....	56
	2. Steuerkonkurrenz und Steuerrechtfertigung	57
	3. Steuerrechtfertigung und Recht.....	58
III.	Disziplinierende Wirkung der Kompetenzordnung.....	58
	1. Historische Anknüpfung	58
	2. Auslegung der Kompetenztitel	59
	3. Abschließender Charakter von Art. 106 GG	59
	4. Die Gleichartigkeitsverbote des Art. 105 GG.....	60
	5. Begrenzte Rationalisierungsleistung der Kompetenzordnung.....	61
IV.	Die grundrechtserhebliche Frage nach dem rechtfertigenden Grund.....	62
	1. Wert und Grenzen des hergebrachten Leistungsfähigkeitsprinzips	62
	2. Rückbesinnung auf die allgemeine Grundrechtsdogmatik – Entstehungsbedingte Sozialbindung der Eigentumsposition	63
	3. Weitere steuerrechtfertigende Gründe im Staat-Bürger-Verhältnis – Selbstand und Gemeinschaftsgebundenheit der Freiheit im vermögensrechtlichen Bereich	66
V.	Bedarf nach rechtfertigungsgestützten Abstimmungsregeln.....	68
VI.	Lastengerechtigkeit im internationalen Steuerrecht	69
	1. Abstimmung auf Grundlage staatlicher Souveränität	69
	2. Möglichkeiten und Grenzen materieller Anreicherung des internationalen Steuerrechts.....	71
VII.	EU-rechtliche Vorgaben – Binnenmarktfinalität	72
VIII.	Zusammenfassung und Ausblick.....	73

I. Historische Entwicklung des Vielsteuersystems

Steuern stehen in ihrer Zeit. Sie sind motiviert durch je aktuelle Finanzierungswünsche. Sie sind vorgeprägt durch die Erwerbsquellen und Erhebungsmöglichkeiten ihrer Epoche. Und sie sind ausgeformt in den sich

wandelnden Strukturen des politischen Gemeinwesens. Solange eine direkte Besteuerung des Einzelnen mit Erfassungs- und Erhebungsschwierigkeiten verbunden und im Gefüge der frühneuzeitlichen Ständegesellschaft auch nicht naheliegend war, hatte die Akzise herausgehobene Bedeutung, die von den Städten – direkt am Stadttor –, später auch in den Ländern, auf Verbrauchsgüter erhoben wurde¹ – die Urform der Konsumsteuer. Bei der im 15. und vor allem im 16. Jahrhundert daneben herausgebildeten „bede“, um die der Landesherr die Landstände ersuchte², behalf man sich mit dem Gedanken, dass ein Acker einer bestimmten Größe eine bestimmte Ernte versprach, und verteilte die Steuerlast in der Gruppe der Pflichtigen deshalb unter anderem nach dieser Ackergröße³, um typisierend auf die Erträge zuzugreifen – die Urform der Vermögensteuer als Sollertragsteuer⁴. Erst mit dem direkten Durchgriff des Landesherrn auf die Untertanen in der Zeit des Absolutismus⁵ und mit der Vereinheitlichung

¹ Dazu *Peter Baumgart*, Zur Geschichte der kurmärkischen Stände im 17. und 18. Jahrhundert, in: Gerhard (Hrsg.), Ständische Vertretungen in Europa im 17. und 18. Jahrhundert, 1969, S. 131 (145); auch *Dieter G. Bodenheim*, Der Zweck der Steuer, 1979, S. 117 f.; zur besonderen Leichtigkeit der Erhebung unter den gegebenen Umständen *Jürgen Rainer Wolf*, „... zu Einführung einer Gott wohlgefälligen Gleichheit auf ewig“, in: Schultz (Hrsg.), Mit dem Zehnten fing es an, 1986, S. 162 (167 ff.); *Andreas Thier*, Steuergesetzgebung und Verfassung in der konstitutionellen Monarchie, 1999, S. 661.

² Weil schon im 15., vor allem aber 16. Jahrhundert die Kammereinkünfte vielerorts nicht mehr ausreichten, um die Landesverwaltung zu finanzieren, beriefen sich die Landesherrn auf die lehnsrechtliche Verpflichtung der Landstände zu „Rat und Hilfe“ in Situationen „rechter Not“, um die Landstände um Steuern für bestimmte Zwecke zu bitten („bede“); *Otto Brunner*, Land und Herrschaft, 4. Aufl. 1959, S. 293 und S. 426; zum erforderlichen Konsens *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, 1958, S. 56.

³ Zur Repartition durch entsprechende Steuermatrizen und Steuerkataster *Karl Heinrich Lang*, Historische Entwicklung der Deutschen Steuerverfassungen seit der Karolinger bis auf unsere Zeiten, 1793, S. 232 ff. (im Einzelnen nach „Pflügen“, „Stücken“, „Schocken“, „Pfund“ und „Räuchen“); speziell zur Repartition im Südwesten *Peter Blicke*, Landschaften im Alten Reich, 1973, S. 246 ff.

⁴ *Ernst Raths*, Bedeutung und Rechtfertigung der Vermögensteuer in historischer und heutiger Sicht, 1977, S. 59 ff.

⁵ Zur institutionellen Schwächung der Stände, gerade in Steuersachen, seit Ende des 17. Jahrhunderts *Karl-Heinrich Friauf*, Der Staatshaushaltsplan im Spannungsfeld zwischen Parlament und Regierung, 1968, S. 27; *Reinhard Mußnug*, Der Haushaltsplan als Gesetz, 1976, S. 57 f.

und Professionalisierung der Finanzverwaltung⁶ gelang es, eine Einkommensteuer einzuführen⁷ und dabei die tatsächliche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Einzelnen als Steuermaßstab nutzbar zu machen⁸.

So gut sich die Entstehung und Entwicklung der Steuerarten danach durch politische Strukturen, durch epochentypische Erwerbsquellen und durch die jeweils zur Verfügung stehenden Erhebungsmöglichkeiten erklären lassen, so richtig ist zugleich, dass sich die Steuern über die Zeit kaum gegenseitig abgelöst, sondern vielmehr überlagert haben, um im Ergebnis kumulativ erhoben zu werden. Am eindrucksvollsten steht hierfür das Beispiel des Nebeneinanders von Vermögen- und Einkommensteuer. Die im preußischen Recht des späten 19. Jahrhunderts ersonnene Fundustheorie⁹ zur Rechtfertigung einer neben der Einkommensteuer weiter erhobenen Vermögensteuer erscheint in diesem Zusammenhang als fragwürdiger Versuch der dogmatischen Rekonstruktion einer historisch, kaum aber normativ zu erklärenden Lage¹⁰.

⁶ Zur Situation in Preußen, wo 1722 ein General-Ober-Finanz-Kriegs- und Domänen-direktorium eingerichtet wurde, dem sowohl die Kammer- als auch die Steuersachen unterstanden, *Gustav Schmoller*, Preußische Verfassungs-, Verwaltungs- und Finanzgeschichte, 1921, S. 136 f.; *Reinhard Mußgnug*, Der Haushaltsplan als Gesetz, 1976, S. 67.

⁷ Zu den historischen Voraussetzungen für die Erhebung einer Einkommensteuer, die um die Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert erfüllt waren, *Ekkehart Reimer*, Dogmengeschichte der ertragsteuerlichen Grundprinzipien, *StuW* 2014, S. 29 (30 f.); konkret zur Einführung in Großbritannien und in Deutschland *Detlev Piltz*, Folgerungen aus der Entwicklung der deutschen und englischen Einkommensteuer, *StuW* 2014, S. 39 (41 ff.).

⁸ Zu Entstehen und zunehmender Bedeutung dieses Belastungsmaßstabs *Hanno Kube*, Finanzgewalt in der Kompetenzordnung, 2004, S. 56 ff.

⁹ Nach dieser rechtfertigt sich eine mäßige Vermögensbesteuerung neben einer mäßigen Einkommensbesteuerung dadurch, dass Vermögenserträge besonders leicht, gleichmäßig und risikolos, ohne persönlichen Arbeitseinsatz und ohne Vorsorgeaufwendungen erzielt werden können; siehe die Amtliche Begründung zum Entwurf des Preußischen Ergänzungsteuergesetzes von 1893, zitiert bei *Ernst Raths*, Bedeutung und Rechtfertigung der Vermögensteuer in historischer und heutiger Sicht, 1977, S. 123.

¹⁰ Dazu auch *Hanno Kube*, Erneuerung der Besteuerung von Vermögen aus deutscher Sicht, in: *DStJG* Bd. 37 (2014), S. 343 (350 ff.) m. w. N.

II. Steuerkonkurrenzen

1. Problem und Klärungsbedarf

Schon aufgrund seiner historischen Bedingtheit und der nachvollziehbaren Tendenz zur Beibehaltung einmal eingeführter Steuern vermag ein über die Zeit herausgebildetes Vielsteuersystem¹¹ Steuerkonkurrenzen also keineswegs auszuschließen. Der Begriff der Steuerkonkurrenz steht dabei für den Befund, dass verschiedene Steuern tatbestandlich an denselben Sachverhalt anknüpfen oder auf anderem Wege dasselbe Steuergut in Anspruch nehmen¹² – wie zum Beispiel das Einkommen und das durch den Vermögensbestand typisierte Soll-Einkommen. Steuerkonkurrenzen dieser Art gefährden die Lastengerechtigkeit ebenso wie den bundesstaatlichen Finanzausgleich. Eine genauere Klärung der Verhältnisse, in denen die Steuern zueinander zu stehen haben, ob sie etwa miteinander zu verrechnen oder aber kumulativ zu erheben sind, ist deshalb unabdingbar¹³. Erst diese Verhältnisbestimmung befähigt den Gesetzgeber, ein in sich konsistentes und gerechtes Steuersystem auszugestalten. Die existierenden Regelungen, die das Verhältnis der Steuerarten betreffen, zeigen, dass der Gesetzgeber das Problem erahnt; sie beruhen aber nicht auf einem übergreifenden Konzept. Man denke an § 4 Abs. 5b (Nichtabzugsfähigkeit der Gewerbesteuer als Betriebsausgabe), § 12 Nr. 3 (Nichtabzugsfähigkeit persönlicher Steuern), § 35 (pauschalierte Anrechnung der Gewerbesteuer) oder auch § 35b (Verhältnis der Einkommen- zur Erbschaftsteuer) EStG. Nachdem das Steuerverfassungsrecht in den letzten Jahrzehnten kraftvoll

¹¹ Zum Konzept des Vielsteuersystems *Johanna Hey*, in: Tipke/Lang (Hrsg.), *Steuerrecht*, 22. Aufl. 2015, § 3 Rdnr. 52 ff.

¹² *Paul Kirchhof*, Die Kunst der Steuergesetzgebung, NJW 1987, S. 3217 (3223); *Rudolf Mellinshoff*, Das Verhältnis der Erbschaftsteuer zur Einkommen- und Körperschaftsteuer, in: DStJG Bd. 22 (1999), S. 127 (132 f.); auf das Steuergut konzentriert *Roman Seer*, in: Tipke/Lang (Hrsg.), *Steuerrecht*, 22. Aufl. 2015, § 6 Rdnr. 54 ff.

¹³ Mit einem Plädoyer für die Entwicklung einer neuen, normativ-dogmatischen Steuerkonkurrenzlehre auch *Christian Seiler*, in: Maunz/Dürig, GG, Kommentar, Stand: September 2015, Art. 105 Rdnr. 78; *ders.*, Verfassung in ausgewählten Teilrechtsordnungen: Konstitutionalisierung und Gegenbewegungen – Steuerrecht, in: VVDStRL Bd. 75 (im Erscheinen).

entfaltet worden ist¹⁴, um zunächst vor allem einzelne Steuerlasten freiheits- und gleichheitsgerecht zu mäßigen¹⁵, kommt nunmehr verstärkt das Steuersystem als Ganzes in den Blick.

2. Steuerkonkurrenz und Steuerrechtfertigung

Als erstes stellt sich dabei die Frage, warum – wie soeben vorausgesetzt – das Einkommen überhaupt ein einheitlich zu verstehendes Steuergut sein und auf dieser Grundlage von einer Konkurrenz der Einkommen- mit der Vermögensteuer auszugehen sein sollte. Es wird deutlich, dass die Umgrenzung von Steuergütern eine Steuerrechtfertigungslehre voraussetzt¹⁶. Denn die Steuerrechtfertigung gibt vor, was ein steuerbares Gut ist. Steuerrechtfertigungslehre und Steuerkonkurrenzlehre stehen daher in einem unmittelbaren Zusammenhang.

Die Geschichte der Steuerrechtfertigungslehren ist ein Spiegelbild der Geschichte der Staatstheorien¹⁷. Die Lehre vom Gesellschaftsvertrag korrespondiert dabei in besonderer Weise mit äquivalenztheoretischen Rechtfertigungen der Besteuerung (Jean Bodin, Hugo Grotius, Thomas Hobbes, Samuel Pufendorf, Adam Smith). Romantische Staatsvorstellungen binden den Einzelnen dagegen organischer ein, was mit opfertheoretischen Überlegungen zur Steuerrechtfertigung einhergeht (Gustav Schmoller, Albert Schäffle, Friedrich J. Neumann, Adolph Wagner).

¹⁴ Klaus Vogel, Der Verlust des Rechtsgedankens im Steuerrecht als Herausforderung an das Verfassungsrecht, in: DStJG Bd. 12 (1989), S. 123 ff.; Paul Kirchhof, Besteuerung im Verfassungsstaat, 2000.

¹⁵ Zur Entwicklung der Perspektive, auch des Bundesverfassungsgerichts, hin zu einer zunehmend steuerartübergreifenden Sicht gerade bei Anwendung der Freiheitsgrundrechte Hanno Kube, Verhältnismäßigkeit von Steuern und Abgaben, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit, 2015, S. 157 (164 ff.); ders., Verhältnismäßigkeit einzelner und kumulierter Steuerlasten, in: Geis/Winkler/Bickenbach (Hrsg.), Von der Kultur der Verfassung, FS für Friedhelm Hufen zum 70. Geburtstag, 2015, S. 191 ff.

¹⁶ Klaus Vogel, Die Rechtfertigung der Steuern: eine vergessene Vorfrage – Zugleich zur „heimlichen Steuerrevolte“ und zum Dreieck Staat/Wirtschaft/Gesellschaft, Der Staat Bd. 25 (1986), S. 481 ff.

¹⁷ Besonders klar und anschaulich nach wie vor Klaus Vogel, Die Rechtfertigung der Steuern: eine vergessene Vorfrage – Zugleich zur „heimlichen Steuerrevolte“ und zum Dreieck Staat/Wirtschaft/Gesellschaft, Der Staat Bd. 25 (1986), S. 481 ff., auch zum Folgenden m. w. N.

3. Steuerrechtfertigung und Recht

Unmittelbar verfassungsrechtsverbindlich sind diese hergebrachten Ansätze zur Steuerrechtfertigung jedoch nicht. Für den Zweck der vorliegenden Untersuchung, die Entfaltung einer normativ-dogmatischen Steuerkonkurrenzlehre, sind deshalb die einschlägigen Gehalte der grundgesetzlichen Kompetenzordnung, sodann diejenigen der Grundrechte in den Blick zu nehmen¹⁸.

III. Disziplinierende Wirkung der Kompetenzordnung

1. Historische Anknüpfung

So sehr seit 1948/49 um eine aufgaben- und ausgabengerechte Finanzierung des Bundes und der Länder gerungen worden ist¹⁹, so selbstverständlich knüpfte der Verfassungsgeber des Grundgesetzes mit der Kompetenznorm des Art. 106 GG an die über die Zeit herausgebildeten Steuerarten an²⁰. Dementsprechend ging das Bundesverfassungsgericht schon im Beschluss zur badischen Weinabgabe von 1958 ausdrücklich davon aus, dass „für die Unterscheidung der verschiedenen Steuerarten nach dem Grundgesetz ... die maßgebenden Kriterien dem traditionellen deutschen Steuerrecht zu entnehmen“ seien²¹. Damit importierte der Verfassungsgeber die

¹⁸ Aus verfassungsrechtlicher Perspektive auch *Michael Rodi*, Die Rechtfertigung von Steuern als Verfassungsproblem. Dargestellt am Beispiel der Gewerbesteuer, 1994; *Paul Kirchhof*, Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Steuern, in: Kirchhof/Birk/Lehner (Hrsg.), Steuern im Verfassungsstaat, Symposium zu Ehren von Klaus Vogel aus Anlaß seines 65. Geburtstags, 1996, S. 27 ff.

¹⁹ Ausführlich *Maximilian Haag*, Die Aufteilung steuerlicher Befugnisse im Bundesstaat, 2011, S. 260 ff.

²⁰ Zur Entwicklung bis 1949 *Martin Küssner*, Die Abgrenzung der Kompetenzen des Bundes und der Länder im Bereich der Steuergesetzgebung sowie der Begriff der Gleichartigkeit von Steuern, 1992, S. 21 ff.; auch *Anja Korte*, Die konkurrierende Steuergesetzgebung des Bundes im Bereich der Finanzverfassung, 2008, S. 17 ff.; *Christian Seiler*, in: Maunz/Dürig, GG, Kommentar, Stand: September 2015, Art. 105 Rdnr. 6 ff.

²¹ BVerfGE 7, 244 (252); zur Bedeutung der historischen Auslegung im Bereich von Art. 105 und Art. 106 GG auch *Klaus Vogel*, Zur Konkurrenz zwischen Bundes- und Landessteuerrecht nach dem Grundgesetz, StuW 1971, S. 308 (314).

historisch bewährten Besteuerungsformen, aber eben auch die tatsächlichen und potentiellen Konkurrenzlagen, die sich aus der Kumulation jeweils zeitbedingt entstandener Steuern über die Jahrhunderte ergeben hatten, in den neuen Verfassungsraum.

2. Auslegung der Kompetenztitel

Während es aufgrund dieser historischen Fortschreibung der Besteuerungsformen auch unter dem Grundgesetz zu Steuerkonkurrenzen kommen kann, wirkt die Kompetenzordnung des Art. 106 GG – und daran anknüpfend Art. 105 GG – Steuerkonkurrenzen aber zugleich entgegen, dies in mehrfacher Hinsicht. An erster Stelle steht hier das Gebot, die einzelnen steuerlichen Kompetenztitel in Art. 105 und Art. 106 GG sorgfältig, also gerade auch systematisch-abgrenzend, auszulegen. Schon diese Auslegung drängt auf Überlegungen zum Nebeneinander der Titel und zu ihrer Abstimmung hin²².

3. Abschließender Charakter von Art. 106 GG

Konkurrenzvermeidend wirkt auf Ebene der Kompetenzordnung weiterhin, dass Art. 106 GG – als Ausgangsvorschrift des bundesstaatlichen Finanzausgleichs und als Speicher des historischen Wissens um sachgerechte Anknüpfungspunkte für eine lastengerechte Besteuerung – richtigerweise abschließend zu verstehen ist²³. Dies erlaubt nähere Konkretisierungen

²² Die verfassungsrechtliche Kompetenzordnung ist grundsätzlich auf ein überschneidungsfreies Nebeneinander von Kompetenzen angelegt; dazu *Hanno Kube*, Finanzgewalt in der Kompetenzordnung, 2004, S. 566 m. w. N.

²³ Gegen ein Steuererfindungs- und Steuervereinnahmungsrecht jenseits der in Art. 106 GG genannten Steuerarten, zum Teil auch unter Verweis auf die Bedeutung für den Finanzausgleich und für eine leistungsfähigkeitsgerechte Steuerbelastung, *Markus Heintzen*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG, Kommentar, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, Art. 105 Rdnr. 46 f. und Art. 106 Rdnr. 8; *Helmut Siekmann*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 105 Rdnr. 50; *Bodo Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, Kommentar, 13. Aufl. 2014, Art. 106 Rdnr. 2; *Kyrill-Alexander Schwarz*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Kommentar, Bd. 3, 6. Aufl. 2010, Art. 106 Rdnr. 17 ff.; *Christian Seiler*, in: Maunz/Dürig, GG, Kommentar, Stand: September 2015, Art. 105 Rdnr. 123; a. A. *Werner Heun*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Kommentar, Bd. 3, 2. Aufl. 2008, Art. 106 Rdnr. 14.

und Weiterentwicklungen der in Art. 106 GG angelegten, weiten Steuerbegriffe²⁴, unterbindet aber inhaltlich unkontrollierte Steuererfindungen des Bundes und der Länder, die sich zu den bestehenden Steuern in Konflikt setzen, die Ertragsbalance im bundesstaatlichen Verhältnis gefährden und Überbelastungen des Steuerbürgers durch mehrfache Zugriffe auf dasselbe Steuergut heraufbeschwören könnten. Eine Steuer wie die Kernbrennstoffsteuer verdeutlicht die Probleme, die sich aus einem diesbezüglichen Konturenverlust ergeben²⁵.

4. Die Gleichartigkeitsverbote des Art. 105 GG

Im Binnenraum der Steuerarten, die Art. 106 GG abschließend beschreibt, wird Steuerkonkurrenzen sodann auch durch die in Art. 105 GG verankerten, dogmengeschichtlich aber länger zurückreichenden²⁶ Gleichartigkeitsverbote entgegengewirkt. Soweit der Bund von einer konkurrierenden Steuergesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht hat, weil er ganz oder teilweise ertragszuständig ist oder die Bundesregelung im Sinne von Art. 72 Abs. 2 GG erforderlich erscheint – was seinerseits fraglich sein kann²⁷, aber nicht Thema der Steuerkonkurrenzen ist –, untersagt Art. 105 Abs. 2 GG den Ländern die Ausgestaltung materiell gleichartiger Steuern, ungeachtet der formal in Anspruch genommenen Steuerart²⁸. Nach Art. 105 Abs. 2a Satz 1 GG reicht die Gesetzgebungskompetenz der Länder für die

²⁴ Christian Seiler, in: Maunz/Dürig, GG, Kommentar, Stand: September 2015, Art. 105 Rdnr. 123 (Steuerausgestaltungs-, aber kein Steuererfindungsrecht).

²⁵ Die Kernbrennstoffsteuer wird als Verbrauchsteuer erhoben, begründet aufgrund ihrer Ausgestaltung aber die Gefahr, eine effektiv gewinnabschöpfende Unternehmersteuer zu sein; siehe zum kompetenzrechtlichen Streit die Vorlage des FG Hamburg an das Bundesverfassungsgericht, FG Hamburg, EnWZ 2013, S. 422 ff.

²⁶ Siehe Wilhelm Markull, Gleichartige Steuern, PrVBl. Bd. 44 (1922/23), S. 13 ff.; ders., Gleichartige Steuern, VJSchrStFR 1930, S. 535 ff.; auch Albert Hensel, Steuerrecht, 3. Aufl. 1933, S. 30.

²⁷ Dazu Anja Korte, Die konkurrierende Steuergesetzgebung des Bundes im Bereich der Finanzverfassung, 2008, S. 59 ff.

²⁸ Ausführlich Martin Küssner, Die Abgrenzung der Kompetenzen des Bundes und der Länder im Bereich der Steuergesetzgebung sowie der Begriff der Gleichartigkeit von Steuern, 1992, S. 77 ff.

örtlichen Verbrauch- und Aufwandsteuern ebenfalls nur so weit, wie diese Steuern bundesgesetzlich geregelten Steuern nicht gleichartig sind²⁹.

Auch dies stabilisiert die bundesstaatliche Ertragsverteilung und schützt die Steuerpflichtigen vor Mehrfachbelastungen³⁰. Die Gleichartigkeitsverbote kompensieren damit in gewissem Umfang die besondere strukturelle Schwäche, die der grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung bei kumulativen Steuerzugriffen verschiedener Hoheitsträger zu eigen ist.

Das Bundesverfassungsgericht prüft die Gleichartigkeit in diesem Sinne – und das ist hier entscheidend – mittels eines Vergleichs der jeweiligen Steuersubjekte und vor allem Steuergegenstände, zudem der Arten der Erhebungstechnik und auch der wirtschaftlichen Auswirkungen³¹. In der Sache wird zudem auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eingegangen, an die das jeweilige Gesetz anknüpft³².

5. Begrenzte Rationalisierungsleistung der Kompetenzordnung

In ihrer praktischen Auslegung und Anwendung trägt die Kompetenzordnung damit in durchaus substantiellem, zugleich aber begrenztem Umfang zur steuerlichen Systembildung, zum Verständnis und zur Einhegung der

²⁹ Auch zur Teleologie dieser Vorschrift *Christian Seiler*, in: Maunz/Dürig, GG, Kommentar, Stand: September 2015, Art. 105 Rdnr. 172 ff.

³⁰ Zum doppelten Zweck der steuerverfassungsrechtlichen Gleichartigkeitsverbote *Anja Korte*, Die konkurrierende Steuergesetzgebung des Bundes im Bereich der Finanzverfassung, 2008, S. 105 f.; mit alleiniger Betonung der „Wirkungen auf den Bürger“ dagegen *Martin Küssner*, Die Abgrenzung der Kompetenzen des Bundes und der Länder im Bereich der Steuergesetzgebung sowie der Begriff der Gleichartigkeit von Steuern, 1992, S. 112 ff.

³¹ Im Bereich von Art. 105 Abs. 2 GG BVerfGE 7, 244 (260 ff.); sodann BVerfGE 13, 181 (192 f.); 16, 64 (75); 40, 56 (62 f.); 49, 343 (355); 65, 325 (351); 98, 106 (124 f.); siehe auch BVerwGE 58, 230 (240). Im Bereich von Art. 105 Abs. 2a GG, auch zum besonderen Zweck der Vorschrift (Sicherung eines eigenen substantiellen Kompetenzraums der Länder), BVerfGE 40, 52 (55); 40, 56 (63); 44, 216 (226); 65, 325 (350 f.); 98, 106 (125); BVerwG, BayVBl. 2007, S. 536.

³² BVerfGE 98, 106 (124); kritisch zur Leistungsfähigkeit der Abgrenzungskriterien dagegen *Klaus Vogel*, Zur Konkurrenz zwischen Bundes- und Landessteuerrecht nach dem Grundgesetz, StuW 1971, S. 308 (311 f.).

Konkurrenzproblematik bei³³. Mit dem Rekurs auf Steuergegenstände und auf das Leistungsfähigkeitsprinzip rezipiert das Kompetenzrecht dabei bekannte Rechtsfiguren aus dem einfachen Steuerrecht und aus dem materiellen Steuerverfassungsrecht, weist aber nicht selbst darüber hinaus, um das Problem der Steuerkonkurrenzen tiefergehend zu erhellen. Letztlich verwundert dies freilich nicht. Denn die Rechtfertigungsfrage stellt sich doch in erster Linie im grundrechtlichen Zusammenhang von Freiheitsingriff und Ungleichbehandlung. Die Hoffnung auf weitere Erkenntnis muss sich deshalb auf die Grundrechtsdogmatik richten.

IV. Die grundrechtserhebliche Frage nach dem rechtfertigenden Grund

1. Wert und Grenzen des hergebrachten Leistungsfähigkeitsprinzips

Hergebrachter Ansatzpunkt ist hier wiederum die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, die als bereichsspezifischer Maßstab für eine gleichheitsgerechte Besteuerung und zudem als Kriterium dient, das über die Verhältnismäßigkeit der Steuerlast Aufschluss gibt³⁴. Der wirtschaftlich Leistungsfähige wird freiheits- und gleichheitsgerecht höher besteuert als der weniger Leistungsfähige³⁵.

Das Bundesverfassungsgericht gewährt dem Gesetzgeber bei der Auswahl der diese Leistungsfähigkeit indizierenden Steuergegenstände, bei den Belastungsgrundentscheidungen, unter grundrechtlichen Gesichtspunkten bekanntermaßen viel Raum³⁶. Die Steuerrechtswissenschaft erscheint in

³³ So auch *Christian Seiler*, in: Maunz/Dürig, GG, Kommentar, Stand: September 2015, Art. 105 Rdnr. 76 („gewisse strukturierende Wirkung“).

³⁴ Zur Entwicklung *Hanno Kube*, Finanzgewalt in der Kompetenzordnung, 2004, S. 130 ff. m. w. N.

³⁵ Aus der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts BVerfGE 93, 121 (134 ff.); 107, 27 (46 ff.); 116, 164 (180); 117, 1 (30 f.); 121, 108 (119 f.); 122, 210 (230 f.); 123, 111 (120); 126, 400 (417); 127, 224 (245); 132, 179 (189); 135, 126 (144 f.); 137, 350 (367).

³⁶ BVerfGE 117, 1 (30); 126, 268 (277).

diesem Punkt stark pfadabhängig, was sich unter anderem darin zeigt, dass Steuern, die an ganz spezielle Formen der Leistungsfähigkeit anzuknüpfen beanspruchen (so genannte stand alone taxes)³⁷, zu Verunsicherung, wenn nicht Ratlosigkeit führen. Konkretisiert wird die Leistungsfähigkeit im Ertragsteuerrecht sodann durch das objektive³⁸ und das subjektive³⁹ Nettoprinzip, durch den auf inhaltlich-wertende Anreicherung angelegten Begriff des disponiblen Einkommens.

Damit ist aber die Grundfrage nach Ursprung und Wesen der freiheits- und gleichheitsgerecht steuerbaren Leistungsfähigkeit nicht beantwortet, sondern eher geschäftig umgangen. So viele Verdienste das steuertheoretisch und steuerhistorisch tief verwurzelte, bewährte und bewahrungswürdige Leistungsfähigkeitsprinzip im Hinblick auf die Sicherung einer freiheitsschonenden und gleichheitsgemäßen Besteuerung hat: Der eigentliche, verfassungsrechtlich tragfähige Grund für die Steuerbarkeit eines Vermögenshinzuverdienens oder einer Vermögensverwendung bleibt insoweit unklar. Dieser Mangel tritt bei der Suche nach Kriterien zur Ermittlung und Auflösung von Steuerkonkurrenzen in aller Schärfe in den Vordergrund.

2. Rückbesinnung auf die allgemeine Grundrechtsdogmatik – Entstehungsbedingte Sozialbindung der Eigentumsposition

Zur weiteren Annäherung an den eigentlichen, verfassungsrechtlich tragfähigen Rechtfertigungsgrund der Steuerpflichtigkeit erscheint es lohnenswert, das Leistungsfähigkeitsprinzip auf die allgemeine Grundrechtsdogmatik zurückzuführen. Anerkennt man, dass Steuern Freiheit verkürzen⁴⁰,

³⁷ Angesprochen ist damit insbesondere der Bereich der besonderen Konsumsteuern, die richtigerweise ebenfalls leistungsfähigkeitsgerecht ausgestaltet sein müssen.

³⁸ Das Bundesverfassungsgericht lässt den eigenständigen Verfassungsgehalt des objektiven Nettoprinzips bislang dahinstehen und verlangt vom Gesetzgeber insofern lediglich Folgerichtigkeit; siehe BVerfGE 84, 239 (271); 93, 121 (136); 99, 88 (95); 99, 280 (290); 101, 132 (138); 101, 151 (155); 105, 73 (126); 116, 164 (180); 117, 1 (31); 120, 1 (29); 121, 108 (119 f.); 122, 210 (231); 123, 111 (120 f.); 126, 268 (278); 126, 400 (417); 127, 224 (245); 132, 179 (189); 136, 127 (144); 137, 350 (366); 138, 136 (181).

³⁹ BVerfGE 82, 60 (85 f.); 87, 153 (169 f.); 99, 246 (259); 120, 125 (154 f.).

⁴⁰ Ob es sich dabei um einen Eingriff in das Eigentum (siehe für die Ertragsteuern *Paul Kirchhof*, Besteuerung und Eigentum, in: VVDStRL Bd. 39 (1981), S. 213 ff.; BVerfGE 93, 121 (137)) oder jedenfalls in die allgemeine Handlungsfreiheit handelt, ist an dieser

dann ist die Frage nach der Steuerrechtfertigung auf der Rechtfertigungsebene der grundrechtlichen Eingriffsprüfung zu verorten. Weil der abstrakte, im Fokus auf den einzelnen Steuerpflichtigen nicht zu gewichtende Fiskalzweck keinen weiteren Anhalt bietet und wegen des Non-Affektationsprinzips auch nicht bieten darf⁴¹, ist die hier gebotene Verhältnismäßigkeitsprüfung zwingend auf die Situation des Steuerpflichtigen zu konzentrieren⁴². Dies ist gedanklicher Ausgangspunkt der Figur der nach Art. 14 Abs. 1 GG unzulässigen Erdrosselungswirkung der Steuern⁴³ und auch des Grundsatzes der Halbteilung zwischen verbleibendem und abzuführendem Einkommen⁴⁴.

Christian Seiler hat den Blick auf die Situation des Steuerpflichtigen in seinem Referat auf der Staatsrechtslehrertagung 2015 nun noch weiter geschärft, indem er nach den Entstehungsbedingungen des individuell hinzuerworbenen Eigentums gefragt hat, an das die Einkommen- oder auch Körperschaftsteuer anknüpft⁴⁵. Weil und soweit Gesellschaft und Staat zum wirtschaftlichen Erfolg des Einzelnen beigetragen haben, den Erfolg durch die Bereitstellung eines Marktes, eines Geldsystems, des Zivilrechts, der Justiz überhaupt erst ermöglicht haben, sei dieser wirtschaftliche Erfolg sozial gebunden, indiziere eine von vornherein sozial gebundene Leistungsfähigkeit, die der Staat aufgrund ebendieser sozialen Bindung der

Stelle von nachrangiger Bedeutung. Entscheidend ist, dass der Eingriff einen verfassungsrechtlichen Rechtfertigungsbedarf auslöst.

⁴¹ Die Gesamtheit der Steuereinnahmen dient gemäß dem verfassungsrechtlich im Rechtsstaats- und Demokratieprinzip verankerten (so auch *Markus Heintzen*, Staatshaushalt, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 5, 3. Aufl. 2007, § 120 Rdnr. 47) Non-Affektationsprinzip der Deckung der Gesamtheit der allgemeinen Staatsausgaben.

⁴² *Hanno Kube*, Verhältnismäßigkeit von Steuern und Abgaben, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit, 2015, S. 157 (159 ff.).

⁴³ BVerfGE 14, 221 (241); 16, 147 (161); 29, 327 (331); aus jüngerer Zeit BVerfGE 95, 267 (300 f.); auch BVerwGE 6, 247 (267 f.).

⁴⁴ BVerfGE 93, 121 (138).

⁴⁵ *Christian Seiler*, Verfassung in ausgewählten Teilrechtsordnungen: Konstitutionalisierung und Gegenbewegungen – Steuerrecht, in: VVDStRL Bd. 75 (im Erscheinen); siehe auch *ders.*, in: Maunz/Dürig, GG, Kommentar, Stand: September 2015, Art. 105 Rdnr. 73, 78 (Markterfolg, Markteinkommen).

Einkommensbesteuerung zugrunde legen dürfe⁴⁶. Auch die Steuern auf die Einkommensverwendung hätten noch an diesem steuerrechtfertigenden Grund teil, weil es das weiterhin sozial gebundene Eigentum sei, das zur Ermöglichung des Konsums eingesetzt werde. Die Erbschaftsteuer lasse sich danach – mangels eigenen Marktbezugs des Vererbungsvorgangs – allein als Ersatzsteuer für unterbliebenen Konsum legitimieren.

Für diesen auf die Erwerbsumstände konzentrierten Ansatz zur verfassungsrechtlichen Steuerrechtfertigung spricht in der Begrifflichkeit der allgemeinen Grundrechtsdogmatik, dass sich der Grund für die Freiheitsbeschränkung hier aus den Modalitäten der Freiheitsbetätigung des Grundrechtsträgers selbst ergibt⁴⁷, also nicht von außen an ihn herangetragen wird, wie es heute bei verschiedenen Formen der Indienstnahme auf sehr problematische Weise der Fall ist⁴⁸. Nur weil sich der Steuerpflichtige in seiner Freiheitsausübung des von Staat und Gesellschaft getragenen Marktes bedient, ist der Erfolg dieser Freiheitsausübung sozial gebunden und Ansatzpunkt für eine freiheits- und auch gleichheitsgerecht erhobene Steuer.

Freilich mag man sich fragen, ob es grundrechtsdogmatisch verallgemeinerbar ist, eine Freiheitsbeschränkung damit zu begründen, dass Staat und Gesellschaft tatsächliche Voraussetzungen der Freiheit geschaffen haben. Im Bereich der natürlich vorausliegenden Freiheiten

⁴⁶ Die Argumentation steht in Nähe zur Markteinkommenstheorie der Besteuerung; *Paul Kirchhof*, Besteuerung im Verfassungsstaat, 2000, S. 53, 80 f.

⁴⁷ Zum grundrechtlich eingriffsrechtfertigenden Konnex *Hanno Kube*, Der eingriffsrechtfertigende Konnex – Zu Inhalt und Grenzen freiheitsbegleitender Verantwortung, JZ 2010, S. 265 ff.

⁴⁸ Dazu aus jüngerer Zeit *Hanno Kube*, Öffentliche Aufgaben in privater Hand – Sachverantwortung und Finanzierungslast, Die Verwaltung Bd. 41 (2008), S. 1 (18 ff.) m. w. N.; *Gregor Kirchhof* Die Erfüllungspflichten des Arbeitgebers im Lohnsteuerverfahren, 2005; *Tim Greenawalt*, Die Indienstnahme privater Netzbetreiber bei der Telekommunikationsüberwachung in Deutschland, 2009; *Daniela Strauß*, Verfassungsfragen der Kostenüberwälzung bei staatlichen Indienstnahmen privater Unternehmen, 2009; *Klaus-Dieter Drüen*, Die Indienstnahme Privater für den Vollzug von Steuergesetzen, 2012.

könnte diese Argumentation zu einer Konfusion von Freiheitsausgestaltung und Freiheitseingriff⁴⁹, von Selbstand und Gemeinschaftsgebundenheit des Grundrechtsträgers führen, die vom eigentlichen Rechtfertigungsbedarf des Eingriffs ablenkt.

Der Fall der steuerlichen Anknüpfung an das Eigentum⁵⁰ ist davon aber zu unterscheiden. Denn hier liegt die geschützte Freiheitsposition nicht voraus. Sie entsteht vielmehr schon in ihrer normativen Prägung⁵¹ und auch tatsächlich erst in der Begegnung mit Staat und Gesellschaft. Dies rechtfertigt es, sich in diesem Zusammenhang nicht auf gleichsam nachgelagerte Gemeinwohlgründe für die Freiheitsverkürzung zu beschränken, sondern insoweit die Entstehungsbedingungen der Freiheitsposition mit zu berücksichtigen. Mit anderen Worten sind die staatliche und gesellschaftliche Bereitstellung der Voraussetzungen wirtschaftlichen Erfolgs und die steuerliche, der Finanzierung dieser Voraussetzungen dienende Teilhabe an dem Erfolg als freiheitsrechtlich unmittelbar verschränkt zu verstehen.

3. Weitere steuerrechtfertigende Gründe im Staat-Bürger-Verhältnis – Selbstand und Gemeinschaftsgebundenheit der Freiheit im vermögensrechtlichen Bereich

Es bleibt jedoch die Frage, ob die gesellschaftliche und staatliche Bedingtheit wirtschaftlichen Erfolgs der einzige zulässige Anknüpfungspunkt für die Steuer ist, oder ob es auch andere verfassungsrechtlich erhebliche Gründe geben kann, einen Vermögensbestand oder eine sonstige Manifestation von Zahlungsfähigkeit als sozial gebunden und deshalb steuerbar zu qualifizieren.

Für die Konzentration auf die Erwerbsvoraussetzungen streitet, dass letztlich jede Steuer aus zuvor erworbenem Vermögen bestritten werden

⁴⁹ Grundsätzlich dazu *Matthias Jestaedt*, *Freiheitsentfaltung im Gesetz*, 1999; *Gerd Morgenthaler*, *Freiheit durch Gesetz*, 1999; *Matthias Cornils*, *Die Ausgestaltung der Grundrechte*, 2005; *Christian Bumke*, *Ausgestaltung von Grundrechten*, 2009.

⁵⁰ Die Konzentration liegt dabei zunächst auf den Ertragsteuern, die in den Bemessungsgrundlagen an den Eigentumshinzuwerb anknüpfen.

⁵¹ Dazu *Hans-Jürgen Papier*, in: *Maunz/Dürig, GG, Kommentar*, Stand: September 2015, Art. 14 Rdnr. 35 ff.

muss⁵². Für ein weitergehendes Verständnis der möglichen Rechtfertigungsgründe lässt sich dagegen vortragen, dass es gerade auch die spezifischen Umstände der Vermögensweitergabe und des Verbrauchs von Vermögen sein können, die eine sozialpflichtige Leistungsfähigkeit im freiheits- und auch gleichheitsgrundrechtlichen Sinne indizieren. Ebenso wenig wie das allgemeine Staat-Bürger-Verhältnis ist auch das Verhältnis zwischen Steuerstaat und Steuerbürger zwingend auf die alleinige Maßgeblichkeit der marktwirtschaftlichen Gegebenheiten des Vermögenshinzuerwerbs beschränkt. Ganz konkret zeigt sich dies in allen Ausprägungen des subjektiven Nettoprinzips als Element eines Leistungsfähigkeitsprinzips, das den Menschen umfassender in den Blick nimmt⁵³. Vor diesem Hintergrund kommt es durchaus in Betracht, die durch Erbschaft erworbene Leistungsfähigkeit als sozial gebunden und deshalb steuerbar anzusehen, weil es nach dem grundgesetzlichen Konzept der individuellen Freiheitsgewährleistung ein legitimes, mit der Erbrechtsgarantie aus Art. 14 Abs. 1 GG zum Ausgleich zu bringendes Gemeinwohlanliegen ist, jeder neuen Generation neue Freiheitschancen zu eröffnen⁵⁴. Auch hier ergibt sich der steuerliche Rechtfertigungsgrund aus einem zwischen Selbststand und Gemeinschaftsgebundenheit vermittelnden Freiheitsverständnis im vermögensrechtlichen Bereich. Im Fall der Konsumsteuern könnten – neben den Entstehungsbedingungen des für den Konsum eingesetzten Vermögens⁵⁵ – auch die konkreten Formen des Verbrauchs auf eine besondere, sozialpflichtige Leistungsfähigkeit hindeuten. Zudem könnte hier die Tatsache ins Feld geführt werden, dass es wiederum Staat und Gesellschaft sind, die die Nachfragemöglichkeiten schaffen, dem Verbraucher mit anderen Worten einen Markt bieten⁵⁶.

⁵² Dazu bereits oben IV. 2.

⁵³ Das subjektive Nettoprinzip ist verfassungsrechtlich in der Garantie der Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG – ergänzt durch Art. 6 Abs. 1 GG (Schutz von Ehe und Familie) und Art. 20 Abs. 1 GG (Sozialstaatsprinzip) – verankert, dies in klarer Unterscheidung von den Gewährleistungen aus Art. 12 Abs. 1 oder auch Art. 14 Abs. 1 GG.

⁵⁴ Zum diesbezüglichen Verhältnismäßigkeitsgebot BVerfGE 93, 165 (172).

⁵⁵ So die Argumentation oben unter IV. 2.

⁵⁶ *Paul Kirchhof*, Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Steuern, in: Kirchhof/Birk/Lehner (Hrsg.), Steuern im Verfassungsstaat, Symposium zu Ehren von Klaus Vogel aus Anlaß seines 65. Geburtstags, 1996, S. 27 (38).

V. Bedarf nach rechtfertigungsgestützten Abstimmungsregeln

Den verschiedenen denkbaren, verfassungsrechtlich tragfähigen Gründen zur Annahme sozialpflichtiger und deshalb steuerbarer Leistungsfähigkeit kann an dieser Stelle nicht weiter nachgegangen werden. Gemeinsam ist den Gründen aber, dass sie die Sozialbindung der Freiheit im vermögensrechtlichen Bereich konkretisieren und aktualisieren; entfernt vergleichbar der im Rahmen von Art. 14 Abs. 2 GG geläufigen Figur der Situationsgebundenheit eines Grundstücks⁵⁷.

Es sind diese Gründe, die das Steuersystem in seinen elementaren Strukturen determinieren, die also rechtlich leitend dafür sind, ob Steuern kumulativ erhoben werden können, ob sie aufeinander anzurechnen sind, oder ob sie sich sogar ausschließen. Auch zum zulässigen Maß der Kumulation können die Rechtfertigungsgründe konsultiert werden. Das Bundesverfassungsgericht hat den Halbteilungsgrundsatz deshalb zu Recht auf die Gruppe der Ertragsteuern, nicht auf eine Einzelsteuer bezogen⁵⁸.

Die weiteren, bekannten Maßstäbe zur steuerlichen Feinjustierung bleiben von alldem freilich unberührt und treten hinzu; das objektive und das subjektive Nettoprinzip, das Gebot der Rechtsformneutralität und andere.

Das deutsche Steuerrecht bedarf dringend allgemeiner Abstimmungsregeln, die die Steuerrechtfertigungsgründe konkretisieren und auf die Ebene des einfachen Steuerrechts herunterbrechen, bedarf mithin eines schlüssigen normativen Überbaus für die existierenden, sehr punktuell anmuten-

⁵⁷ Siehe dazu BVerfGE 100, 226 (242); BVerwGE 49, 365 (368); 105, 15 (18 ff.); *Rudolf Wendt*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 14 Rdnr. 116.

⁵⁸ BVerfGE 93, 121 (138); zu dieser Zusammenschau *Hanno Kube*, Verhältnismäßigkeit einzelner und kumulierter Steuerlasten, in: Geis/Winkler/Bickenbach (Hrsg.), Von der Kultur der Verfassung, FS für Friedhelm Hufen zum 70. Geburtstag, 2015, S. 191 (193 ff.) („Freiheitsgrundrechtlich fundierte Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Belastungskumulationen“); zur Bedeutung des Blick für kumulierte Grundrechtseingriffe allgemein *Friedhelm Hufen*, Berufsfreiheit – Erinnerung an ein Grundrecht, NJW 1994, S. 2913 (2916); *Gregor Kirchhof*, Kumulative Belastung durch unterschiedliche staatliche Maßnahmen, NJW 2006, S. 732 ff.

den Vorschriften zu diesem Thema. Der Entwurf eines Bundessteuergesetzbuchs von *Paul Kirchhof* enthält diesbezügliche Regelungsvorschläge⁵⁹. Dem parlamentarischen Gesetzgeber als dem Erstinterpreten der Verfassung und damit auch der Sozialbindung des privaten Vermögens eröffnet sich an dieser Stelle ein Ausgestaltungsraum.

VI. Lastengerechtigkeit im internationalen Steuerrecht

Schließlich stellt sich die Frage nach Steuerkonkurrenz und damit Steuerrechtfertigung über den staatlichen Verfassungsraum hinaus auch in der internationalen Steuerrechtsordnung. Die im Licht der Öffentlichkeit kritisierte Steuergestaltung global aufgestellter Unternehmen, die OECD-Initiativen zur Verhinderung von Base Erosion und Profit Shifting⁶⁰ und zum automatischen Informationsaustausch⁶¹ und nicht zuletzt auch der Paradigmenwechsel der EU-Kommission, die sich zunehmend der doppelten Nichtbesteuerung entgegenzustellen sucht⁶², verdeutlichen den aktuellen, großen Bedarf nach überzeugenden und durchsetzungsfähigen Steuerrechtfertigungs- und Steuerkonkurrenzregeln im internationalen Steuerrechtsraum. Diese Regeln haben sich, anders als im staatlichen Binnenbereich, an erster Stelle und insbesondere auf die Abstimmung gleichartiger Steuern zu beziehen.

1. Abstimmung auf Grundlage staatlicher Souveränität

Das hergebrachte Doppelbesteuerungsrecht vermittelt zwischen der Besteuerungszuständigkeit des Wohnsitzstaats des Steuerpflichtigen für dessen Welteinkommen und Besteuerungsrechten der Quellenstaaten für be-

⁵⁹ § 3 des Buches 1 des Entwurfs benennt die Belastungsgründe der im Weiteren geregelten Steuern; siehe *Paul Kirchhof*, Bundessteuergesetzbuch, Ein Reformentwurf zur Erneuerung des Steuerrechts, 2011.

⁶⁰ *OECD*, Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, 2013.

⁶¹ *OECD*, Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters, 2014.

⁶² *Kommission*, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat „Maßnahmenpaket zur Bekämpfung von Steuervermeidung: nächste Schritte auf dem Weg zu einer effektiven Besteuerung und einer größeren Steuertransparenz in der EU“, KOM (2016) 23 endg.

stimmte Arten von Einkünften, so etwa bei betriebsstättenbasierten Einkünften und bei Einkünften Nichtselbständiger im Fall längerfristigen Aufenthalts. Damit wird der Intensität der jeweiligen Einkünfteradizierung Rechnung getragen, mit anderen Worten das Territorialitäts- oder auch Äquivalenzprinzip umgesetzt: Wo Einkünfte unter substantieller Nutzung der örtlichen Infrastruktur erzielt worden sind, sollen sie auch besteuert werden⁶³.

Wenngleich in der jüngeren Diskussion immer wieder auf Territorialität und Äquivalenz, auf das Gebot einer in diesem Sinne fairen Verteilung des Steuersubstrats verwiesen wird⁶⁴, fällt es doch sehr schwer, diese Ansätze normativ zu unterlegen. Denn eine rechtlich übergeordnete Freiheitsgarantie, vor der sich die konkrete Regelung rechtfertigen müsste, steht hier nicht im Raum. Die völkerrechtliche Basis für die zwischenstaatliche Abstimmung von Besteuerungsansprüchen ist vielmehr allein die völkerrechtliche Souveränität der beteiligten Staaten. Souveränität verlangt aber keine inhaltliche Rechtfertigung, sieht man vom elementaren und bislang eher undeutlich konturierten, die Besteuerungshoheit begründenden genuine link-Erfordernis ab⁶⁵.

⁶³ Dazu *Moris Lehner*, in: Vogel/Lehner, DBA, Kommentar, 6. Aufl. 2015, Grundlagen Rdnr. 21 ff. m. w. N.

⁶⁴ Dies gilt gerade auch für die Diskussion im Bereich der EU-Kommission.

⁶⁵ Allgemein zum genuine link-Erfordernis *Alfred Verdross/Bruno Simma*, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl. 1984, § 1183 ff.; im Zusammenhang des internationalen Steuerrechts *Wolfgang Schön*, International Tax Coordination for a Second-Best World, WTJ 2009, S. 67 (90); *Moris Lehner*, in: Vogel/Lehner, DBA, Kommentar, 6. Aufl. 2015, Grundlagen Rdnr. 11; *Matthias Valtä*, Das Internationale Steuerrecht zwischen Effizienz, Gerechtigkeit und Entwicklungshilfe, 2014, S. 46 f.; deutlich auch BVerfGE 63, 343 (369) („Für die Auferlegung von Abgaben gegen einen im Ausland lebenden Ausländer, die an einen Sachverhalt anknüpft, der ganz oder teilweise im Ausland verwirklicht worden ist, bedarf es, soll er nicht eine völkerrechtswidrige Einmischung in den Hoheitsbereich eines fremden Staates sein, hinreichender sachgerechter Anknüpfungsmomente für die Abgabenerhebung in dem Staat, der die Abgaben erhebt ... Diese Anknüpfungsmomente und ihre Sachnähe müssen von Völkerrechts wegen einem Mindestmaß an Einsichtigkeit genügen.“ unter Verweis auf *F. A. Mann*, The doctrine of jurisdiction in international law, in: Recueil des Cours, 111 [1964 - I], S. 9 ff., 44 ff., 109 ff.); entsprechend BVerfG, NVwZ 2008, S. 878 (879).

2. Möglichkeiten und Grenzen materieller Anreicherung des internationalen Steuerrechts

Eine verbindliche internationalsteuerrechtliche Rechtfertigungs- und Konkurrenzlehre auf das Völkerrecht zu stützen, würde voraussetzen, Souveränität stärker materiell zu verstehen, insbesondere auf die Freiheit und Gleichheit der betroffenen Steuerpflichtigen zu beziehen. Viele Gründe sprechen dafür, im Kern am klassischen, formalen Souveränitätsbegriff festzuhalten. Eine gewisse Öffnung erscheint aber insoweit vorstellbar, als über den genuine link-Gedanken im Steuerrecht gerade die wirtschaftliche Verbindung im Sinne der territorialen Einkünfteradizierung noch stärker in den Vordergrund gerückt werden könnte⁶⁶. Eine interessante Parallele besteht hier zum Finanzausgleichsrecht in Deutschland, konkret zu den Vorschriften über die primäre Steuerertragsaufteilung unter den Ländern, soweit der Steuerertrag den einzelnen Ländern danach gemäß dem örtlichen Steueraufkommen, also gemäß der örtlich generierten Steuerkraft⁶⁷, zugewiesen wird (Art. 107 Abs. 1 Satz 1 GG); auch hierdurch wird dem Äquivalenzprinzip Rechnung getragen und zugleich eine Brücke zur Leistungsfähigkeit der Steuerpflichtigen geschlagen.

Im Übrigen bleibt es den Vertragsstaaten unbenommen, das völkerrechtliche Doppelbesteuerungsrecht auch unabhängig von einem normativen Überbau auf völkerrechtlicher Ebene deutlicher als bislang an Steuerrechtfertigungsgründen auszurichten⁶⁸; sei es bilateral, sei es multilateral.

In Deutschland sind darüber hinaus freilich auch die Grundrechte des Grundgesetzes bei der Ausgestaltung von Doppelbesteuerungsabkommen zu beachten. Soweit die grundgesetzlichen Freiheits- und Gleichheitsgrundrechte die Sozialbindung des privaten Vermögens determinieren und damit der Steuerrechtfertigung zugrunde liegen⁶⁹, können diese

⁶⁶ *Matthias Valtä*, Das Internationale Steuerrecht zwischen Effizienz, Gerechtigkeit und Entwicklungshilfe, 2014, S. 47 unter Verweis auf Georg von Schanz.

⁶⁷ Durch das Verteilungskriterium des örtlichen Aufkommens soll sichergestellt werden, dass das einzelne Bundesland an den wirtschaftlichen Erträgen partizipiert, die auf seinem Territorium erwirtschaftet worden sind; siehe *Helmut Siekmann*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 107 Rdnr. 7.

⁶⁸ Diesbezügliche Erwägungen könnten an die 2013 veröffentlichte DBA-Verhandlungsgrundlage der Bundesregierung anknüpfen; siehe *Bundesministerium der Finanzen*, Verhandlungsgrundlage für Doppelbesteuerungsabkommen im Bereich der Steuern vom Einkommen und Vermögen, 2013.

⁶⁹ Siehe oben IV. 2. und 3.

Grundrechte auch auf Ansätze zur Steuerrechtfertigung im Bereich des von Deutschland vereinbarten Doppelbesteuerungsrechts ausstrahlen.

VII. EU-rechtliche Vorgaben – Binnenmarktfinalität

Stärker und konkreter inhaltlich rechtsverbindlich verhält sich aus dem Bereich des überstaatlichen Rechts wiederum das EU-Recht zu Steuerkonkurrenzen, das insoweit allerdings bislang vornehmlich auf die Sicherung des Binnenmarkts ausgerichtet ist. Zu nennen sind hier zum einen sekundärrechtliche Vorschriften, die sich zum Nebeneinander gleichartiger⁷⁰ und auch ungleichartiger⁷¹ Steuern verschiedener Mitgliedstaaten verhalten, zum anderen die Grundfreiheiten⁷². Weitergehende EU-rechtliche Maßgaben zu Steuerkonkurrenzen könnten in Zukunft aus der EU-Grundrechtecharta abzuleiten sein⁷³.

⁷⁰ Siehe aus dem Bereich des direkten Steuerrechts die Fusionsrichtlinie (RL 90/434/EWG, ABl. L 225/1, zuletzt geändert durch RL 2005/19/EG, ABl. L 58/90), die Mutter-Tochter-Richtlinie (RL 90/435/EWG, ABl. L 225/6, zuletzt geändert durch RL 2003/123/EG, ABl. 2004, L 7/41), die Zinsrichtlinie (RL 2003/48/EG, ABl. L 157/38) sowie die Zins- und Lizenzgebührenrichtlinie (2003/49/EG, ABl. L 157/49, zuletzt geändert durch RL 2006/98/EG, ABl. L 363/129).

⁷¹ Siehe beispielsweise Art. 401 der Richtlinie über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem über das Nebeneinander der Mehrwertsteuer und anderer Steuern auf die Vermögensverwendung (RL 2006/112/EG, ABl. L 347/1).

⁷² Der EuGH hat dabei Doppelbesteuerungen, die sich aus dem Nebeneinander der Besteuerungsansprüche unterschiedlicher Staaten ergeben, unter der Voraussetzung ihrer Diskriminierungs- und Beschränkungsfreiheit für grundsätzlich vereinbar mit den Grundfreiheiten erklärt; siehe EuGH, Urt. v. 14.11.2006, Rs. C-513/04 – Kerckhaert und Morres, Slg. 2006, I-10967, Rdnr. 23 f. (einheitliche Dividendenbesteuerung ohne Rücksicht auf eine Vorbelastung im Ausland); auch EuGH v. 12.2.2009, Rs. C-67/08 – Block, Slg. 2009, I-883, Rdnr. 31 (Doppelbelastung mit Erbschaftsteuer); siehe dazu *Ekkehart Reimer*, in: Schaumburg/Englisch (Hrsg.), Europäisches Steuerrecht, 2015, Rz. 7.158 f.

⁷³ Zur Anwendung des Gleichheitssatzes gemäß Art. 20 EUGRCh im Bereich des Steuerrechts *Juliane Kokott/Lars Dobratz*, Der unionsrechtliche allgemeine Gleichheitssatz im Europäischen Steuerrecht, in: Schön/Heber (Hrsg.), Grundfragen des Europäischen Steuerrechts, 2015, S. 25 ff.

VIII. Zusammenfassung und Ausblick

Die historische Entwicklung hat gezeigt, dass Steuern, die unter ganz unterschiedlichen Voraussetzungen entstanden sind, heute nebeneinander erhoben werden. Steuerkonkurrenzen sind schon deshalb nicht auszuschließen. Erkennen und beurteilen lassen sich Steuerkonkurrenzen nur unter Rückgriff auf steuerliche Rechtfertigungsgründe. Staatstheoretisch begründete Steuerrechtfertigungslehren sind jedoch rechtlich nicht verbindlich. Dies verweist auf die entsprechenden Gehalte des Grundgesetzes.

Die grundgesetzliche Kompetenzordnung nimmt die historisch begründeten Steuerarten auf, wirkt Steuerkonkurrenzen aber doch zumindest insoweit entgegen, als sie freie, konfliktträchtige Steuererfindungen von Bund und Ländern untersagt und darüber hinaus Gleichartigkeitsverbote für Steuern unterschiedlicher Gesetzgeber statuiert. Die Dogmatik zu diesen Gleichartigkeitsverboten bedient sich dabei der Rechtsfiguren des materiellen Steuerverfassungsrechts, insbesondere der Topoi Steuergegenstand und Leistungsfähigkeit, weist aber nicht selbst darüber hinaus.

Zur weiteren Erschließung steuerlicher Rechtfertigungsgründe müssen daher die Grundrechte in Betracht gezogen werden. Die allgemeine Grundrechtsdogmatik kennt die Eingriffsrechtfertigung durch die soziale Eingebundenheit der individuellen Freiheitsposition. Auf dieser Grundlage ist von einer sozialpflichtigen und deshalb steuerbaren Leistungsfähigkeit auszugehen, wenn ein Vermögenshinzugewinn mithilfe von Staat und Gesellschaft, auf dem Waren- und Dienstleistungsmarkt, erwirtschaftet worden ist. Darüber hinaus ist die Figur der sozialpflichtigen Leistungsfähigkeit aber auch für andere Steuerrechtfertigungsgründe offen, die sich ihrerseits davon ableiten, dass eine Freiheitsposition im vermögensrechtlichen Bereich gemeinschaftsgebunden sein kann.

Eine nähere Ausleuchtung dieser Rechtfertigungsgründe kann das Verständnis für das verfassungsrechtlich gebotene Verhältnis der Steuerarten zueinander fördern. Im Ergebnis sollten allgemeine gesetzliche Abstimmungsregeln dazu stehen, ob und warum Steuern kumulativ zu erheben, aufeinander anzurechnen oder auch nur alternativ zulässig sind.

Das internationale Steuerrecht gründet dagegen auf der Souveränität der Staaten. Allein der genuine link-Gedanke mag insoweit für eine gewisse materielle Anreicherung zur Fundierung von Rechtfertigungs- und Konkurrenzregeln offen sein. Im Übrigen bleibt der Weg, Prinzipien zur ge-

rechten Verteilung des Steuersubstrats originär auf der Ebene des völkervertraglichen Doppelbesteuerungsrechts zu entfalten. Inhaltlich ausgerichtet ist wiederum das EU-Recht, das vereinzelte, auf das Binnenmarktziel bezogene Steuerkonkurrenzregeln kennt.

Die Frage nach Steuerkonkurrenzen in der Finanzverfassung führt klar vor Augen, dass die verfassungsrechtlich maßgeblichen Rechtfertigungsgründe für die verschiedenen Steuern im Vielsteuersystem noch nicht hinlänglich erschlossen sind. Diese Erschließung ist aber unumgänglich, soll die Freiheits- und Gleichheitsgerechtigkeit des Steuersystems in seinen vielfältigen, parallelen Belastungswirkungen gesichert werden.

§ 4 Europäisierung der Finanzverfassung

Ulrich Hufeld

I.	Geld und Macht.....	75
II.	Über Gesetze der politischen Physik in der Europäisierung.....	76
	1. Das Schwerkraft-Gesetz.....	77
	2. Das integrationspolitische Bewegungsgesetz.....	81
	3. Das gubernative Vorsprunggesetz.....	84
	4. Das geldpolitische Ausdehnungsgesetz.....	87
III.	Das Breaking bad-Gesetz der Finanzpolitik.....	90

I. Geld und Macht

„Der Haushaltsplan als Gesetz“, die Habilitationsschrift, die *Reinhard Mußgnug* im Sommersemester 1969 der Juristischen Fakultät der *Ruperto Carola* vorgelegt und 1976 publiziert hat¹, ist auch und vor allem eine Erzählung über Geld und Macht im Staat. Sie handelt von Machtkämpfen zwischen Regierung und Parlament, von der Parlamentarisierung der Finanzverfassung. Das fünfte Kapitel des Buches schildert – wie es in der Überschrift heißt – den „Kampf um das parlamentarische Ausgabebewilligungsrecht“ in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts. Eine historische Ausweitung der Kampfzone: Die Landstände und Landtage mochten sich nicht mehr beschränken auf die einnahmenseitige Steuer-Bewilligung. Sie mussten die Ausgaben-Seite des Haushalts erobern, weil dort, wie *Reinhard Mußgnug* formuliert hat, „so gut wie alle politischen Entscheidungen

¹ Bd. 6 der „Studien der Forschungsgesellschaft für Staats- und Kommunalwirtschaft e.V., Frankfurt a.M.“ im Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen 1976. *Reinhard Mußgnugs* Dank im Vorwort adressierte seinen Lehrer *Hans Schneider* und die weiteren Betreuer *Karl Doehring* und *Klaus Vogel*. – S. die Porträts bei Häberle/Kilian/Wolff (Hrsg.), *Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts*, 2015, über *Hans Schneider* (*R. Mußgnug*), *Karl Doehring* (*Th. Stein*) und *Klaus Vogel* (*P. Kirchhof*), S. 799 ff., 909 ff., 1005 ff.

vorgeformt werden“². Dann das Folgekapitel über die preußische Haushaltsverfassung und den preußischen Budgetkonflikt, den berühmten Konflikt zwischen *Bismarck* und der liberalen Mehrheit in der Abgeordnetenversammlung. Wieder ein Machtkampf – ein Kampf, den der preußische Ministerpräsident durchhalten, aber nicht triumphal gewinnen konnte. Er hielt über Jahre durch, weil er sich auf permanente Ressourcen stützen konnte, auf permanent fließende Steuereinnahmen – nicht mehr angewiesen war auf periodische Bewilligungen. Indessen konnte *Bismarck* über das Parlament nicht triumphieren, das Parlament nicht entmachten, jedenfalls nicht auf Dauer. Denn das *budgetlose* Regiment war ein *gesetzloses* Regiment – deshalb machtpolitisch ein Hochrisiko-Unterfangen, seit das preußische Verfassungsrecht ein Budget in Gesetzesform verlangte: „*Alle Einnahmen und Ausgaben des Staats müssen für jedes Jahr im Voraus veranschlagt und auf den Staatshaushalts-Etat gebracht werden*“ (Art. 99 der revidierten Verfassung vom 31. Januar 1850).

Die folgenden Überlegungen wollen an die Kapitel fünf und sechs der Habilitationsschrift anknüpfen – nicht jedoch Vorgeschichte und europäische Gegenwart verknüpfen, nicht diachron vergleichen. Mich interessieren Gesetze der politischen Physik und jene anspruchsvollen normativen Gegengewichte, die wir Finanzverfassung nennen. Mich interessiert der Kampf gegen finanzpolitische Naturgesetzmäßigkeiten in einer konstitutionellen Ordnung, die das Einsammeln und das Verausgaben öffentlicher Mittel nicht allein der Krone, nicht der königlichen oder republikanischen Regierung, nicht der Europäischen Kommission überlassen will – und auch nicht einem Gouverneursrat im Europäischen Stabilitätsmechanismus ESM.

II. Über Gesetze der politischen Physik in der Europäisierung

Um den Gesetzen der politischen Physik im heutigen Europäisierungskontext auf die Spur zu kommen, beschränke ich mich auf institutionelle Be-

² R. Mußgnug, *Der Haushaltsplan als Gesetz*, 1976, S. 120.

funde und setze die materielle Einbindung der Finanz- und Haushaltsverfassung³ voraus: die Zugehörigkeit Deutschlands zur Wirtschafts- und Währungsunion, die wechselseitigen Abhängigkeiten im Raum der 19 Euro-Staaten, das transnationale, gemeinschaftliche Interesse an Haushaltsdisziplin und Stabilität in der gesamten Währungsunion, auch das Solidaritätsversprechen⁴ und die mit dem Europäischen Stabilitätsmechanismus begründete Haftungsgemeinschaft im Finanznotstand. Fluchtpunkt meiner institutionellen Perspektive ist die Frage, ob sich die Idee der Einhegung und Bändigung, der Machtverteilung auf je zuständige Organe – ob sich die Idee der Finanzverfassung im Zuge der Europäisierung behaupten kann.

1. Das Schwerkraft-Gesetz

Zuallererst interessiert das Schwerkraft-Gesetz der Finanzverfassung: Die Überlegenheit der Exekutive, die gubernative Dominanz im Haushaltskreislauf⁵, die fiskalpolitische Wucht der Regierungsgewalt hat das Zeitalter der konstitutionellen Monarchie offenkundig überlebt. In allerjüngster Zeit – in der sog. Eurokrise und Eurorettung – hat sich bestätigt: Um die Gestaltungsmacht der Exekutivspitzen müssen wir uns keine Sorgen machen. Deren Primat scheint naturgesetzlich, gleichsam physikalisch gesichert. Dagegen bleibt das Parlament angewiesen auf die normative Gegenkraft der Verfassung. Allzu prekär und immer gefährdet erscheint der Status der parlamentarischen Versammlung, die berufen ist, für die Gemeinschaft der Steuerzahler einzustehen.

Den Historikern des 22. Jahrhunderts, die wie *Reinhard Mußgnug* zurückblicken und unsere Gegenwart rekonstruieren werden, sei empfohlen: Analysiert die verfassungsgerichtliche, im Finanzverfassungsrecht abge-

³ Überblick: *H. Kube*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 110, Rn. 44 ff.; vgl. auch *U. Hufeld*, Staatsleistungen der Eurozone, in: Bieling/Große Hüttmann (Hrsg.), Europäische Staatlichkeit, 2016, S. 135 ff.

⁴ Eindrucksvoll: *R. Rebhahn*, Solidarität in der Wirtschafts- und Währungsunion. Grundlagen und Grenzen, 2015.

⁵ *J. Isensee*, Budgetrecht des Parlaments zwischen Schein und Sein, JZ 2005, S. 971 ff.; *U. Hufeld*, Der Bundesrechnungshof und andere Hilfsorgane des Bundestages, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. III, 3. Aufl. 2005, § 56 Rn. 25.

stützte Reaktion auf die Machtverteilungskonzeption im „Gesetz zur Übernahme von Gewährleistungen im Rahmen eines europäischen Stabilisierungsmechanismus“ vom 22. Mai 2010⁶ – ein historisches Exempel.

Das Gesetz war ein sprödes Meisterwerk exekutiver Machtentfaltung auf engstem Raum: zwei ganze Paragraphen. Der zweite regelte das Inkrafttreten am Tag nach der Verkündung (23. Mai 2010). § 1 Abs. 1 Satz 1 zapfte die Ressourcen des Bundeshaushalts an, erlaubte dem Bundesfinanzminister den Zugriff auf üppige „Gewährleistungen bis zur Höhe von 123 Milliarden Euro“ – auf dass sich die Bundesregierung bis zum 30. Juni 2013 (§ 1 Abs. 1 Satz 4) auf den wiederum gubernativ dominierten Rettungsschirm EFSF (*Europäische Finanzstabilisierungsfazilität*) einlassen konnte. Hier, im Aufbau einer Nothilfestruktur für die Eurozone, zunächst der provisorischen EFSF, dann des permanenten ESM⁷, zog allerdings Gefahr auf für die Budgethoheit des Parlaments. Problemzone und Menetekel war § 1 Abs. 4:

„Vor Übernahme von Gewährleistungen nach Absatz 1 bemüht sich die Bundesregierung, Einvernehmen mit dem Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages herzustellen. Der Haushaltsausschuss hat das Recht zur Stellungnahme. Sofern aus zwingenden Gründen eine Gewährleistung bereits vor Herstellung eines Einvernehmens übernommen werden muss, ist der Haushaltsausschuss unverzüglich nachträglich zu unterrichten; die Unabweisbarkeit der Übernahme der Gewährleistung vor Herstellung des Einvernehmens ist eingehend zu begründen. Der Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages ist darüber hinaus vierteljährlich über die übernommenen Gewährleistungen und die ordnungsgemäße Verwendung zu unterrichten.“

Mehr Parlamentarismus war damals nicht vorgesehen! Das hatte sich der Bundestag bieten lassen, hatte er selbst in Gesetzesform überführt, den Zuruf der Regierung: „Wir danken für die Bereitstellung von 123 Milliarden Euro – Einvernehmen über die Inanspruchnahme mag es künftig geben, aber nur vielleicht – im Übrigen kümmern wir uns um das Schicksal der

⁶ BGBl. I S. 537.

⁷ Ausführlich: U. Hufeld, Das Recht der Europäischen Wirtschaftsunion, in: Müller-Graff (Hrsg.), Enzyklopädie des Europarechts Bd. 4, 2015, § 22 Rn. 150 ff. (Nachw.); S. Pilz, Der Europäische Stabilitätsmechanismus, 2016.

Eurozone alleine!“ Wenn sich dieses Muster durchgesetzt hätte, wäre die „Euro-Rettungspolitik“ seit 2010 ausschließlich gubernativ erledigt worden – in der Wilhelmstraße 97 und der Willy-Brand-Straße 1; nicht am Platz der Republik. Der Bundestag wäre allenfalls Gewährleistungs-Ermächtigungsgesetzgeber geblieben, ohne Gestaltungskraft in einer Schicksalsfrage der Europapolitik.

Zum Wohle der Finanzverfassung hat das Bundesverfassungsgericht das Menetekel nicht übersehen. Der Zweite Senat hat sich gegen das Schwerkraft-Gesetz gestemmt und dem Bundestag die Selbstentmachtung verweigert⁸. Der Deutsche Bundestag darf „seine Budgetverantwortung nicht durch unbestimmte haushaltspolitische Ermächtigungen auf andere Akteure übertragen“⁹. Das Gericht hat in einem Husarenstück der Interpretation die vage Verpflichtung auf ein Bemühen der Regierung (§ 1 Abs. 4) umgelesen und umgeformt in einen harten Parlamentsvorbehalt.

„Mit diesen Regelungen allein wäre der fortdauernde Einfluss des Bundestages auf die Gewährleistungsentscheidungen durch verfahrensrechtliche Vorkehrungen – über die allgemeine politische Kontrolle der Bundesregierung hinaus – nicht sichergestellt. Denn diese Vorkehrungen würden – auch zusammen mit der Zwecksetzung, der Höhe des Gewährleistungsrahmens und der Befristung des Euro-Stabilisierungsmechanismus-Gesetzes – nicht verhindern, dass die parlamentarische Haushaltsautonomie in einer das Wahlrecht beeinträchtigenden Weise berührt wird. Daher bedarf es zur Vermeidung der Verfassungswidrigkeit einer Auslegung des § 1 Abs. 4 Satz 1 des Euro-Stabilisierungsmechanismus-Gesetzes dahingehend, dass die Bundesregierung vorbehaltlich der in Satz 3 genannten Fälle verpflichtet ist, die vorherige Zustimmung des Haushaltsausschusses einzuholen.“¹⁰

Das Urteil vom 7. September 2011 hat einen Bruch in der Entwicklungsgeschichte parlamentarischer Haushaltsverantwortung verhindert. In Deutschland war der nachfolgende Ausbau der europäischen Nothilfepolitik, die Gründung des ESM¹¹ – „die kapitalstärkste internationale

⁸ BVerfGE 129, 124 – Griechenlandhilfe/Euro-Rettungsschirm; näher dazu U. Hufeld, Anwendung des europäischen Rechts in Grenzen des Verfassungsrechts, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. X, 3. Aufl. 2012, § 215 Rn. 74 ff.

⁹ BVerfGE 129, 124 (179).

¹⁰ BVerfGE 129, 124 (186).

¹¹ Vertrag zur Einrichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus vom 2.2.2012 (ESMV), BGBl. II S. 983; ebd. S. 981 Deutschlands Zustimmungsgesetz.

Finanzinstitution und die größte regionale Brandmauer der Welt¹² – nicht mehr machbar als Projekt der Entparlamentarisierung. Für den Europäischen Stabilitätsmechanismus gilt seither: Ohne parlamentarisches Placet ist der Bundesfinanzminister nicht handlungsfähig. In den Gremien der Haftungsgemeinschaft ist er Mandatar des Parlaments, gebunden an § 4 ESM-Finanzierungsgesetz¹³, den „Parlamentsvorbehalt für Entscheidungen im Europäischen Stabilitätsmechanismus“¹⁴.

Heute wissen wir: Das Gesetz vom 22. Mai 2010 war ein historischer Grenzverschiebungstest im Widerstreit zwischen Exekutivmacht und Parlamentsverantwortung – zwischen politischer Schwerkraft und Verfassung. Im Zuge der sich anschließenden größeren, strukturellen Umbauten im Recht der Wirtschafts- und Währungsunion konnte der Bundestag den haushaltsverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt mühelos behaupten. Er hat das Karlsruher Machtwort dankbar aufgegriffen und in der Folgegesetzgebung, vor allem in der ESM-Begleitgesetzgebung seine europäische Mitverantwortung energisch angenommen.

In der Plenardebatte am 29. Juni 2012 traf der FDP-Fraktionsvorsitzende *Rainer Brüderle* den Nagel auf den Kopf:

„Meine Damen und Herren, mit dem Fiskalpakt und dem ESM betreten wir europapolitisches Neuland. Wir betreten auch verfassungsrechtliches Neuland. Wir ändern keinen Grundgesetzartikel, aber wir ändern die innere Verfasstheit unserer Republik. Manche sprechen von einer stillen Verfassungsänderung. Unsere Republik erfährt eine neue Prägung, eine Prägung, die europäischer ist. Auch das Haushaltsrecht wird davon berührt werden.“

¹² So die Europäische Kommission: KOM(2012) 777 final, S. 9.

¹³ Gesetz zur finanziellen Beteiligung am Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM-Finanzierungsgesetz – ESMFinG) v. 13.9.2012, BGBl. I S. 1918.

¹⁴ So die amtliche Überschrift; vgl. insbesondere § 4 Abs. 2: „In den Fällen, die die haushaltspolitische Gesamtverantwortung betreffen, darf die Bundesregierung einem Beschlussvorschlag in Angelegenheiten des Europäischen Stabilitätsmechanismus durch ihren Vertreter nur zustimmen oder sich bei einer Beschlussfassung enthalten, nachdem das Plenum hierzu einen zustimmenden Beschluss gefasst hat. Ohne einen solchen Beschluss des Plenums muss der deutsche Vertreter den Beschlussvorschlag ablehnen. Der Vertreter der Bundesregierung hat an der Beschlussfassung teilzunehmen.“

*Aber wir verpfänden die Kronjuwelen des Parlaments, die Haushaltsautonomie, nicht leichtfertig. Wir wollen einen europäischen Kronschatz daraus machen, und zwar aus Überzeugung.*¹⁵

2. Das integrationspolitische Bewegungsgesetz

Nun mag man einwenden: Ein ESM, ein Rettungsschirm, taue nicht als Referenz. Er sei völkervertraglicher Sonderling der Notstandsverfassung. Darin allerdings sehen einige Vordenker und Spitzenpolitiker nur den Anfang, eine Vorstufe. In manchen Konzepten verwandelt sich der ESM in einen Europäischen Währungsfonds oder in ein Europäisches Schatzamt – ein Finanzministerium für die Eurozone.¹⁶ Mit Blick auf den status quo besorgen nicht wenige Europapolitiker, dass der große Geld-Fonds in seiner Abhängigkeit von mitgliedstaatlichen Regierungen und nationalen Parla- mente allzu leicht stillzulegen sei. Sein Macht- und Steuerungspotential müsse – oberhalb der Sprengelpolitik und Partikularinteressen – den Uni- onsorganen anvertraut, die Legitimationszufuhr müsse Sache des einen, zentralen, des Europäischen Parlaments werden. Indem so eine zentral-eu- ropäische *Aufgabe* identifiziert wird, die nicht bewältigt werden kann ohne unionseigene *Ausgaben*, erhebt sich die Forderung nach unionseigenen *Einnahmen*.

Manuel Sarrazin, Abgeordneter des Deutschen Bundestages, schlägt vor:

*„Der ESM sollte zu einem Europäischen Währungsfonds umgebaut werden – auch wenn hierfür eine Änderung der EU-Verträge notwendig ist. Dafür müssten die finanziellen Mittel des ESM von den nationalen Ebenen auf die europäische Ebene übertragen werden. Neben den ESM-Mitgliedern (Regie- rungen der Euro-Staaten) würde dann das EU-Parlament als einzige, direkt gewählte EU-Institution über die konkrete Ausgestaltung der Kredit- und Reformprogramme mitentscheiden.“*¹⁷

¹⁵ Deutscher Bundestag, 17. Wahlperiode, Sten. Prot. der 188. Sitzung v. 29.6.2012, S. 22707 (C) und (D).

¹⁶ *M. Selmayr*, Das Recht der Europäischen Währungsunion, in: Müller-Graff (Hrsg.), En- zyklöpädie des Europarechts Bd. 4, 2015, § 23 Rn. 299; vgl. auch *C. Reiermann*, Ernst- hafter Mitspieler, *Der Spiegel* 36/2015, S. 74 f.; *W. Mussler*, Auf dem Weg zum Europä- ischen Währungsfonds, *FAZ* v. 2.1.2016, S. 19.

¹⁷ [www.manuelsarrazin.de/27-06-2015/eine-demokratische-wirtschaftsregierung- f%C3%BCr-die-eu-der-28](http://www.manuelsarrazin.de/27-06-2015/eine-demokratische-wirtschaftsregierung-f%C3%BCr-die-eu-der-28), sub II 4.

In dieser Debatte begegnet uns das altvertraute Gesetz der europapolitischen Physik – das integrationspolitische Bewegungsgesetz, auch Fahrrad-Theorie genannt. Stablen Stillstand darf die „immer engere Union“ (Art. 1 Abs. 2 EUV) nicht erhoffen, sie lebt in und aus permanenter Verfassungsdynamik. In der Verkettung anerkannter Aufgaben-Ausgaben-Einnahmen-Notwendigkeiten kann sich der ESM integrationspolitischer, verfassungsdynamischer Bewegung nicht entziehen. Nicht allein der billige Kredit macht die Vermögensbildung im ESM attraktiv. Seine politische Attraktivität beruht für die meisten Mitgliedstaaten derzeit auf einem eigentümlich halbierten Paritätsprinzip. Stellt man sich den ESM in einem Gedankenexperiment als Haushalt der Eurozone vor, fällt auf der *Ausgabenseite* die Fülle der Vetopositionen auf (Art. 4 Abs. 3, Art. 5 Abs. 6 ESMV zur Reichweite des „gegenseitigen Einvernehmens“), indessen die Bereitstellungspflichten auf der *Einnahmenseite* von der extrem unterschiedlichen Finanzkraft der Mitglieder abhängen (Art. 8 Abs. 1, Art. 11 ESMV). Hätte sich Bismarck nach 1871 auf diese Logik eingelassen, wären der Großherzog von Baden und der König von Bayern auf Reichsebene mächtige Veto-Akteure gewesen, ungeachtet der relativ bescheidenen Beiträge badischer und bayerischer Provenienz auf der Einnahmenseite des Haushalts.

Das integrationspolitische Bewegungsgesetz drängt denn auch nicht auf Verstetigung des status quo, sondern darauf, die Union von Mitgliedsbeiträgen abzukoppeln – drängt auf *Eigenmittel* zur Deckung *eigener* Finanzpolitik in symmetrischer Balance. Allzu peinlich, allzu genau machen die ESM-Vertragsanlagen (Beitragsschlüssel; Zeichnungen des genehmigten Stammkapitals) die wenigen schwergewichtigen – Deutschland; Frankreich; Italien; Spanien – und viele leichtgewichtige Finanzierungsbeiträge sichtbar, nicht zuletzt deren Herkunft aus den staatlichen Budgets. Das Europäische Parlament kann Finanzmacht reklamieren nur über Einnahmen *der Union*. Ein Ausgabenbewilligungsrecht des Europäischen Parlaments setzt *Eigenmittel* voraus. Die 700 Milliarden Euro im heutigen ESM (Art. 8 Abs. 1 Satz 1 ESMV) sind aber nicht Mittel der Union. Man kann nicht einmal in alter Bismarckscher Diktion davon sprechen, dass die Union hier Kostgängerin der Mitgliedstaaten sei. Der Fonds ist kein Unionsorgan. Er verwaltet Staatsressourcen, Ressourcen seiner Mitglieder. Der ESM ist in seiner derzeitigen Fassung ein System bündisch-horizontaler, gegenseitiger

kollektiver Finanzsicherheit, eine Art NATO in der Wirtschafts- und Währungsunion, nicht aber Organisation *der* Union.

Nicht zu empfehlen ist eine asymmetrische Transferlösung, die nationale Parlamente entstehen lässt für schmerzhafteste Steuerbelastungspolitik und Geldfreisetzungspflichten, um die Einnahmen eines europäischen Währungsfonds zu garantieren – die Ausgabenhoheit jedoch dem Europäischen Parlament vorbehalten. Das wäre politisch so unplausibel und heikel wie ein wehrverfassungsrechtlicher Parlamentsvorbehalt, der dem Europäischen Parlament aufgibt, nationale Militärkontingente für eine GSVP-Mission zu mobilisieren. Wenn wir unionseigene Finanzmacht wollen, sollten wir weder dem Europäischen Schatzamt noch gar dem Europäischen Parlament eine Fremdressourcenverwaltung zumuten. Das wäre kühner noch als Bismarcks einseitige Politik in der Konfliktzeit bis 1866, freihändige Ausgabenpolitik, die Einnahmen schlicht voraussetzt, aber nicht verantwortet.

Wie man es wendet: Wer den ESM entstaatlichen will, muss den Zugriff auf die Deckungsressourcen europäisieren, den *europäischen Fonds* in die Lage versetzen, seine Politik aus eigener Kraft zu finanzieren. Erst dann kann der Vorrang einer europäischen „Fiskalkapazität“ in der WWU¹⁸ Wirklichkeit werden. Wer den ESM entstaatlichen, ausbauen und verselbständigen will, muss eine hinreichende Ertragshoheit der Union etablieren, ohne die integrationsfeste (Art. 79 Abs. 3 GG) haushaltspolitische Gesamtverantwortung des Bundestages für Einnahmen und Ausgaben¹⁹ zu beschneiden.

¹⁸ Diesen Vorrang brachte das Stabilisierungsmechanismus-Gesetz in seiner ursprünglichen Fassung vom 22. Mai 2010 (BGBl. I S. 627) in § 1 Abs. 2 zum Ausdruck: „Die Übernahme von Gewährleistungen nach Absatz 1 setzt voraus, dass die Staaten des Euro-Währungsgebietes [...] übereinkommen, dass Notmaßnahmen nach der Verordnung des Rates der EU zur Errichtung eines europäischen Finanzstabilisierungsmechanismus [EFSM] nicht oder nicht in vollem Umfang ausreichen, um die Gefährdung der Zahlungsfähigkeit des betreffenden Mitgliedstaates des Euro-Währungsgebietes abzuwenden.“ – Der (später durch Gesetz vom 9.10.2011, BGBl. I S. 1992 gestrichene) Verweis auf den Vorrang der Unionshilfe war realitätsfremd. Der unionseigene EFSM, gestützt auf die Beistandsklausel des Art. 122 Abs. 2 AEUV, lässt in der Brandmauer der Krisenabwehr eine allzu kleine Fackel der Solidarität lodern.

¹⁹ BVerfGE 123, 267 (361 f.) – Lissabon: „Nicht jede haushaltswirksame europäische oder internationale Verpflichtung gefährdet die Gestaltungsfähigkeit des Bundestages als Haushaltsgesetzgeber. Zu der vom Grundgesetz erstrebten Öffnung der Rechts- und Sozialordnung und zur europäischen Integration gehört die Anpassung an Vorgaben

3. Das gubernative Vorsprunggesetz

Wenn die Historiker des 22. Jahrhunderts auf die Krisenjahre zu Beginn des 21. Jahrhunderts zurückblicken, werden sie ein weiteres altvertrautes Gesetz der politischen Physik wiedererkennen – das gubernative Vorsprung-Gesetz auf der Zeitachse. Ungebrochen scheint die Bereitschaft der Regierungen, nach Art der höfischen Kabinettpolitik vorab und kaum verrückbar die Pflöcke einzuschlagen. Indem sie die *politische Initiative* dominieren, zumal ihre Domäne in auswärtigen Angelegenheiten tatbestandlich weit ausdehnen und abschotten, dort einsam vorpreschen unter Berufung auf den „weit bemessenen Spielraum zu eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung“²⁰, bringen sie die Parlamente immer wieder in sog. *Ratifikationslagen*, in politische Verlegenheit, angewiesen auf rechtzeitige Unterrichtung, verwiesen auf späte, gestaltungspolitisch zu späte Billigung oder, allenfalls, zeitverzögerte und riskante Verweigerung. Das gilt allgemein²¹, gilt aber in Sonderheit für die Finanz- und Haushaltspolitik, in der Steuerpolitik und Jahr für Jahr im Haushaltskreislauf²² – und es

und Bindungen, die der Haushaltsgesetzgeber als nicht unmittelbar beeinflussbare Faktoren in die eigene Planung einstellen muss. Entscheidend ist aber, dass die Gesamtverantwortung mit ausreichenden politischen Freiräumen für Einnahmen und Ausgaben noch im Deutschen Bundestag getroffen werden kann.“

²⁰ BVerfGE 131, 152 (195) – ESM/Euro-Plus, dort bezeichnet als „traditionelle Staatsauffassung“.

²¹ Aktueller Versuch, den wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt einzugrenzen, damit für die „traditionelle Staatsauffassung“ Terrain zurückzuerobert: „Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung der parlamentarischen Beteiligung bei der Entscheidung über den Einsatz bewaffneter Streitkräfte im Ausland im Zuge fortschreitender Bündnisintegration“ v. 26.1.2016, BT-Drucks. 18/7360; dazu die Anhörung im Ausschuss für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung v. 13.4.2016, Protokoll-Nr. 18/27-G.

²² BVerfGE 45, 1 (46 f.) zu Art. 110 Abs. 2 und 3 i.V.m. Art. 76 Abs. 2 und weiteren haushaltsverfassungsrechtlichen Vorschriften des GG: „Der Zusammenhang aller vorgeannten Bestimmungen des Grundgesetzes bestätigt, daß [die Bundesregierung] das Verfassungsorgan ist, das entsprechend seiner politischen Leitungsaufgabe – Bestimmung der Ziele der Politik, Aufstellung des Regierungsprogramms und Verwirklichung dieses Programms – auch im Bereich des Haushaltswesens als bestimmendes Organ der Exekutive dem Bundestag gegenübersteht.“

gilt traditionell für die transnationale Finanzpolitik. Die europäischen Exekutiven haben institutionell alle Vorkehrungen getroffen, müssen sich um ihren Politik-Vorsprung auf der Zeitachse nicht sorgen.

Der ECOFIN gilt als besonders mächtige Ratsformation. Die Euro-Gruppe kann sich auf ihren primärrechtlichen Sonderstatus verlassen, Art. 137 AEUV. Im Gouverneursrat des ESM regieren die Finanzminister der Euro-Staaten (Art. 5 Abs. 1 Satz 3 ESMV). Der Euro-Gipfel hat im völkerrechtlichen Format des Fiskalvertrages von 2012 – VSKS²³ – zu seinem institutionellen Design gefunden: „Die Staats- und Regierungschefs der Vertragsparteien, deren Währung der Euro ist, und der Präsident der Europäischen Kommission treten informell zu Tagungen des Euro-Gipfels zusammen“, Art. 12 Abs. 1 Satz 1 VSKS. Dass in diesen Gremien die Weichen gestellt werden, die Parlamente nur mehr nachvollziehen, allenfalls noch blockieren können, scheint unvermeidbar. Und wenn eine Währungsunion in Bedrängnis gerät, in den Ausnahmezustand, dann wirken zusammen: das alte Schwerkraft-Gesetz – die auf Reichweite, Personalstärke, Informationsvorsprung und Reaktionsschnelligkeit gestützte Überlegenheit der Regierungen –, das integrationspolitische Bewegungsgesetz in rasanter Beschleunigung und das aus alledem gespeiste gubernative Vorsprung-Gesetz auf der Zeitachse der Politik. Frage also: Gehört der Regierung die Initiative allein, darf sie die Abgeordneten beschränken auf Beobachtung, Kenntnisnahme vollendeter Tatsachen, allenfalls Mitentscheidung *post festum politicum*?

Das Grundgesetz will es anders. Art. 23 Abs. 2 GG²⁴ drängt auf parlamentarische Mitgestaltung und verlangt zu diesem Zweck in Superlativen „umfassende“ und „frühestmögliche“ Unterrichtung des Bundestages durch die Bundesregierung in allen Angelegenheiten der Europäischen Union. Das ist kein Transparenzkonzept nach dem Muster des IFG, sondern ein Wissen-ist-Macht-Konzept, ausgerichtet auf frühes Mitwissen im Zeichen rechtzeitiger Einflussnahme und politischer Mitgestaltung²⁵: *Prinzip der*

²³ Vertrag über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion vom 2.3.2012, BGBl. II S. 1008; ebd. S. 1006 Deutschlands Zustimmungsgesetz.

²⁴ Vorzüglich kommentiert bei F. Wollenschläger, in Dreier (Hrsg.), GG Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 23 Rn. 109 ff.

²⁵ BVerfGE 131, 152 (196 ff.) – ESM/Euro-Plus.

informierten Mitwirkung. Das funktioniert im Alltag fast reibungslos²⁶ und hat im Deutschen Bundestag einen historischen Kulturwandel herbeigeführt. Dass für nahezu jede Politikmaterie mit Determinanten des Europarechts und der Europapolitik zu rechnen ist, wird nicht mehr verkannt. Der Bundestag hat seine Rolle angenommen, auch als Mitgestalter der europäischen Finanzpolitik.²⁷

Zugleich aber fällt auf, dass der Bundesfinanzminister – seinerseits Mitglied des Deutschen Bundestages seit 44 Jahren – einzelne große Themen der Verfassungspolitik denn doch dem Mitwirkungsregime entziehen und exekutivisch abgeschottet vorverhandeln will. Mit Urteil vom Juni 2012 hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt²⁸, dass der Bundestag am Umbau der Währungsunion und Aufbau der ESM-Haftungsgemeinschaft nicht so frühzeitig beteiligt war, wie es das Grundgesetz vorsieht. Nunmehr ist ein weiterer Organstreit²⁹ anhängig – in der Frage, ob der Bundesfinanzminister den Verbleib Griechenlands in der Eurozone, den sog. Grexit in der *time out*-Variante, in die Verhandlungen der Euro-Gruppe und des Euro-Gipfels einbringen durfte ohne jede Vorberatung im parlamentarischen Raum.

²⁶ Den Unterrichts- und Mitwirkungsalltag steuert das Gesetz über die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Deutschem Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union (EUZBBG). Vereinzelt Störungen in der Zusammenarbeit ergeben sich im Streit über die Handhabung des EUZBBG in sensiblen Zonen, etwa § 7 (GASP und GSVP). Dann bricht wieder die Frage nach der verfassungsrechtlichen Determinante, nach Art. 23 Abs. 2 GG auf (davon handelt der Organstreit 2 BvE 3/15 – EUNAVFOR MED/Sophia).

²⁷ BVerfGE 131, 152 – ESM/Euro-Plus hat zu einer Novelle des EUZBBG geführt; vgl. etwa die Ausdehnung des § 4 (Übersendung von Dokumenten und Berichtspflichten) auf Dokumente „des Eurogipfels, der Eurogruppe und vergleichbarer Institutionen, die auf der Grundlage von völkerrechtlichen Verträgen und sonstigen Vereinbarungen, die in einem Ergänzungs- oder sonstigen besonderen Näheverhältnis zum Recht der Europäischen Union stehen, zusammentreten“ (§ 4 Abs. 1 Nr. 1 lit. b; s. zudem § 4 Abs. 2 Nr. 1); vgl. auch das Unterrichts- und Mitwirkungsregime der §§ 3 ff. ESMFinG.

²⁸ BVerfGE 131, 152 (195) – ESM/Euro-Plus.

²⁹ 2 BvE 4/15.

4. Das geldpolitische Ausdehnungsgesetz

Wer entscheidet über den Rückbau des Euro-Währungsgebietes, wer verhindert die Reversibilität des Euro? Dass sich die Frage stellt, wirft grelles Licht auf die Krise der Staatsfinanzierung im Euroraum. Auf der Suche nach Antworten hat sich auch die Europäische Zentralbank beteiligt – mit ihrem Handeln allerdings den Widerstreit zwischen Können und Dürfen, zwischen schierer Macht und finanzverfassungsrechtlicher Kompetenzausstattung noch einmal verschärft. Das Nachdenken über Gesetze politischer Physik darf *die EZB und das Selbstermächtigungsrisiko in Unabhängigkeit* nicht vernachlässigen³⁰.

Die Kontrolle der mitgliedstaatlichen Haushaltspolitik und das Bemühen, die aktuelle Zusammensetzung des Euro-Währungsgebietes sicherzustellen, seien „offenkundig keine Aufgabe der Währungspolitik“. Das ist der Ausgangsbefund des Bundesverfassungsgerichts³¹ im Streit um den OMT-Beschluss der EZB über „Technical features of Outright Monetary Transactions“ vom 6. September 2012.

„Nach dem OMT-Beschluss soll ein Ankauf von Staatsanleihen nur unter der Bedingung erfolgen, dass die begünstigten Mitgliedstaaten die Auflagen eines Hilfsprogramms, das von der Europäischen Finanzstabilisierungsfazilität oder dem Europäischen Stabilitätsmechanismus bereitgestellt wird und die Möglichkeit des Ankaufs von Staatsanleihen dieses Mitgliedstaats am Primärmarkt vorsieht, vollständig erfüllen. Die entsprechenden Auflagen des Hilfsprogramms betreffen neben der allgemeinen Wirtschafts- und Sozialpolitik vor allem die Haushaltspolitik der Mitgliedstaaten. Deren Überwachung aber ist, wie sich aus Art. 126 AEUV ergibt, Sache der Kommission (Art. 126 Abs. 2 Satz 1 AEUV) beziehungsweise des Rates (Art. 126 Abs. 5 bis Abs. 14 AEUV).“³²

Das Bundesverfassungsgericht bestreitet dem OMT-Beschluss, „legt man seinen Wortlaut zugrunde“, den Rückhalt im Mandat der EZB.³³ Die Gültigkeitszweifel haben den Zweiten Senat bewogen, mit Beschluss vom 14. Januar 2014 den Europäischen Gerichtshof mit der Auslegungs- und

³⁰ Den Hinweis verdanke ich Herrn Kollegen *Bernhard Kempen* und der Diskussion über „Entwicklungslinien der Finanzverfassung“ in der Alten Aula der Universität Heidelberg anlässlich des 80. Geburtstages von Reinhard Mußnug.

³¹ BVerfGE 134, 366 (403, 405 f., Rn. 67, 72).

³² BVerfGE 134, 366 (407, Rn. 75).

³³ BVerfGE 134, 366 (404, Rn. 69).

der Gültigkeitsfrage zu befassen (Art. 267 Abs. 1 lit. a und lit. b AEUV). Die Große Kammer des EuGH hat über die Vorlagen zur Vorabentscheidung am 16. Juni 2015 sein „Gauweiler“-Urteil gesprochen³⁴; die abschließende Entscheidung des BVerfG über die Vielzahl der gegen OMT gerichteten Verfassungsbeschwerden folgte am 21. Juni 2016³⁵.

Indessen steht seit Juni 2015 bereits fest: Eine Selbstermächtigungsfähigkeit kommt der EZB nicht zu. Die Ausdehnung ihres Mandats ist ihr nicht trotz, sondern wegen ihrer institutionellen Unabhängigkeit (Art. 130 AEUV) zu versagen. Das Mandat in Unabhängigkeit „muss, um demokratischen Anforderungen zu genügen, eng begrenzt sein“³⁶ – richtiger: exakt in seinen primärrechtlichen Grenzen verbleiben. Geldpolitisches Ermessen darf die EZB nur innerhalb der Mandatsgrenzen in Anspruch nehmen. Ihre Unabhängigkeit „bezieht sich nur auf die der Europäischen Zentralbank durch die Verträge eingeräumten Befugnisse und deren inhaltliche Ausgestaltung, nicht aber auf die Bestimmung von Umfang und Reichweite ihres Mandats“³⁷.

Auf dieser Linie sieht auch der Europäische Gerichtshof das ESZB auf die Währungspolitik beschränkt³⁸ und verlangt, die EZB habe ihr Tätigwerden „mit hinreichenden Garantien“ zu versehen, um sicherzustellen, „dass es mit dem in Art. 123 Abs. 1 AEUV festgelegten Verbot der monetären Finanzierung in Einklang steht“³⁹. Allerdings trägt der Gerichtshof keine Bedenken, wenn die Währungspolitik die Anpassungsprogramme der EFSF und des ESM „mittelbar“ stärkt und vermeidet, dass die „währungspolitischen Maßnahmen der Wirksamkeit der von den Mitgliedstaaten verfolgten Wirtschaftspolitik zuwiderlaufen“⁴⁰.

Der EuGH lässt keinen Zweifel an diesem finanz- und haushaltsverfassungsrechtlich wesentlichen Verbotssatz: Ein Programm, das „geeignet

³⁴ Rs. C-62/14.

³⁵ 2 BvR 2728/13 u.a.

³⁶ BVerfGE 134, 366 (399, Rn. 58).

³⁷ BVerfGE 134, 366 (400, Rn. 60).

³⁸ EuGH, Urt. v. 16.6.2015, Rs. C-62/14, Rn. 41.

³⁹ EuGH, Urt. v. 16.6.2015, Rs. C-62/14, Rn. 102.

⁴⁰ EuGH, Urt. v. 16.6.2015, Rs. C-62/14, Rn. 57 ff.

wäre, den betreffenden Mitgliedstaaten den Anreiz zu nehmen, eine gesunde Haushaltspolitik zu verfolgen⁴¹, verletzte das Unionsrecht. Das BVerfG hat den Verbotssatz und das vorausgesetzte Bekenntnis des EuGH zu unionsrechtlichen Maßstäben, Grenzen, Kontrollierbarkeit⁴² und Begründungspflicht⁴³ der Währungspolitik aufgegriffen – und daraus Verfassungsgesetzlichkeiten geformt, die sich gegen Ausdehnung des geldpolitischen Mandats stemmen, gegen Verselbständigung und Selbstermächtigung der EZB, gegen Freizeichnung von *checks and balances*, gegen expertokratische Unangreifbarkeit, letztlich gegen politische Physik, die in Alchemie umschlägt. Es sei „davon auszugehen, dass der Gerichtshof die von ihm herausgestellten, den Grundsatzbeschluss über das OMT-Programm vom 6. September 2012 in seiner Reichweite einschränkenden Konditionen als rechtsverbindliche Kriterien ansieht, deren Missachtung einen Kompetenzverstoß“ darstelle⁴⁴.

„Die vom Gerichtshof anerkannte gerichtliche Kontrolle der Handlungen der Europäischen Zentralbank (vgl. EuGH, Gauweiler, a.a.O., Rn. 41) und die bestehenden Begründungspflichten, denen künftige Rechtsakte über die Durchführung des Programms unterliegen (vgl. EuGH, Gauweiler, a.a.O., Rn. 69), gewährleisten, dass das vom Senat aufgezeigte nahezu unbegrenzte und weit in die Wirtschaftspolitik übergreifende Potential des Grundsatzbeschlusses (vgl. BVerfGE 134, 366 [404 ff. Rn. 69 ff.]) beschränkt wird. Nur die Gewährleistung der Preisstabilität, nicht aber die Gewährleistung der Stabilität des Euro-Währungsgebiets darf dabei ein die Durchführung des OMT-Programms lenkendes Motiv sein (vgl. EuGH, Gauweiler, a.a.O., Rn. 64). [...] Mit dieser primär verfahrensrechtlichen Einhegung durch die gerichtliche Kontrolle der Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes greift der Gerichtshof das Problem des nahezu unbegrenzten Potentials des Beschlusses vom 6. September 2012 auf. Zwar beseitigen die vom Gerichtshof insoweit entwickelten beschränkenden Parameter den in die Wirtschaftspolitik übergreifenden Charakter des OMT-Programms nicht vollständig. Zusammen mit den im Beschluss vom 6. September 2012 festgelegten Konditionen – insbesondere die Teilnahme der Mitgliedstaaten an Anpassungsprogrammen, deren Zugang zum Anleihemarkt, die Fokussierung auf Anleihen

⁴¹ EuGH, Urt. v. 16.6.2015, Rs. C-62/14, Rn. 109.

⁴² EuGH, Urt. v. 16.6.2015, Rs. C-62/14, Rn. 41.

⁴³ EuGH, Urt. v. 16.6.2015, Rs. C-62/14, Rn. 69 ff.

⁴⁴ BVerfG, Urt. v. 21.6.2016, 2 BvR 2728/13 u.a., Rn. 192.

mit geringer (Rest-)Laufzeit – lassen sie die Annahme eines jedenfalls im Schwerpunkt geldpolitischen Charakters des OMT-Programms aber als vertretbar erscheinen.“⁴⁵

III. Das *Breaking bad*-Gesetz der Finanzpolitik

Eine Erzählung über Geld und politische Macht muss auch den Verschuldungsfuror in der staatlichen Finanzwirtschaft bedenken, das *Breaking bad*-Gesetz einer Finanzpolitik ohne Finanzverfassung. Für die verlockende Finanzmacht auf Leihbasis gibt der Staat zeitversetzt preis, was ihn ausmacht: die steuerstaatliche Stärke des Gläubigers. Wie für das Schwerkraft-, das Bewegungs-, das Vorsprung- und das Ausdehnungsgesetz, so gilt auch für die Finanzmacht auf Leihbasis: Ohne die Gegenkraft der Verfassung bricht sich rohe Politik ihre freie Bahn – in einer Währungsunion allerdings, wie wir schmerzlich gelernt haben, mit ausgreifenden Gefährdungswirkungen im größeren suprastaatlichen Raum.

Staatsverschuldung ist „ein riskanter Wechsel auf die Zukunft“⁴⁶, führt in einen Teufelskreis⁴⁷, eine Spirale der Entstaatlichung. Verschuldung verstrickt den Staat in die Abhängigkeit von Gläubigern. Doch als Steuerstaat ist der moderne Staat hoheitlicher Gläubigerstaat, nicht privatrechtlicher Schuldnerstaat. Als Schuldnerstaat riskiert er Souveränität, wird kooperativer Akteur, Marktteilnehmer, verlässt seinen Raum der Hoheit, der Neutralität. Der Schuldnerstaat privilegiert private Kreditgeber in guten Zeiten und diskriminiert sie in schlechten Zeiten. Der Schuldnerstaat un-

⁴⁵ BVerfG, Urt. v. 21.6.2016, 2 BvR 2728/13 u.a., Rn. 194, 196.

⁴⁶ E. Reimer, Die sieben Stufen der Steuerrechtfertigung, in: Gehlen/Schorkopf (Hrsg.), Demokratie und Wirtschaft, 2013, S. 113 (117), dort auch zu den Varianten der Kreditfinanzierung.

⁴⁷ Standardformulierung der Krisenjahre: „*It is imperative to break the vicious circle between banks and sovereigns.*“ Mal geht die Rede von einem „Teufelskreis zwischen Banken und Staatsanleihen“ (Gipfelerklärung der Mitglieder des Euro-Währungsgebiets v. 29.6.2012, Abs. 1), mal von einem „Teufelskreis zwischen Banken und Staaten“ (Europäischer Rat, EUCO 205/12 v. 14.12.2012, Schlussfolgerungen, S. 3), mal von einem „Teufelskreis zwischen Banken und Staatshaushalten“, so die Deutsche Bundesbank im Monatsbericht Oktober 2014, S. 45 (46).

terläuft das steuerstaatliche Prinzip der Belastungsgleichheit und das demokratische Prinzip der Wahlrechtsgleichheit, riskiert politisch relevante Gläubigeransprüche. Staaten müssen sich entschulden, bevor sie sich als Schuldner entstaatlichen.

Frankreichs vormaliger Finanz- und Wirtschaftsminister *Thierry Breton* schlägt einen dem ESM nachgebildeten Fonds vor, der das Verschuldungsproblem der Euro-Staaten lösen und zugleich ihre Wehrfähigkeit wiederherstellen soll. Ein *Sicherheits- und Verteidigungsfonds* könne die „zwei fundamentalen Bedrohungen“ der Gegenwart abwehren: die fiskalpolitische Handlungsunfähigkeit abwenden durch Altschuldenübernahme und die Unterfinanzierung im Kampf gegen „Terrorismus, Migrationswellen und Kriege“ beenden durch Gründung einer Verteidigungsunion.⁴⁸ Wer bei *Reinhard Mußnug* gelernt hat, historisch zu denken, kann von der scheinbar kühnen Verknüpfung nicht überrascht sein. Auch bei *Breton* handelt es sich nur um eine weitere Verzweigung der uralten Geld-Macht-Erzählung. *Ernst Rudolf Huber* hat den preußischen Verfassungskonflikt so rekonstruiert:

„Nicht ob die Regierung ohne ein vom Parlament bewilligtes Budget arbeiten könne, sondern ob die Heeresreform ohne ein vom Parlament mitbeschlossenes „Gesetz“ durch einen einseitigen Kommandoakt des Königs angeordnet werden könne, war das Problem, von dem der Verfassungskonflikt seinen Ursprung nahm und das während der ganzen Dauer des Kampfes, wenn auch verborgen, die Kernfrage des Konfliktes blieb. Die Verfassung von 1850 schwieg auch zu diesem Punkt, und darin lag eine weit bedeutsamere „Lücke“, als sie in der im Vordergrund stehenden Frage, wie bei nicht vorhandenem Budget zu verfahren sei, gegeben war. ... Nur weil hinter dem Budgetstreit der Konflikt über die königliche Kommandogewalt stand, mußte der König für sich unter allen Umständen das Recht der selbständigen Finanzgebarung beanspruchen.“⁴⁹

Wenn heute (Kern-)Europa gemeinschaftlichen Anlass hat, sich zu wappnen gegen „Terrorismus, Migrationswellen und Kriege“, sollte es seine

⁴⁸ „Wir brauchen einen Sicherheitsfonds“. Frankreichs Exminister Breton will Schulden vergemeinschaften und mehr Geld für Rüstung, FAZ v. 18.2.2016, S. 17, dort auch Zahlen zum Rückbau der Verteidigungshaushalte in der EU und zum Ausgabenwachstum im Bereich Verteidigung außerhalb der Union.

⁴⁹ *E. R. Huber*, Heer und Staat in der deutschen Geschichte, 2. Aufl. 1943, S. 213, 218.

Verteidigungsbereitschaft nicht auf restaurierte Majestätsrechte und Gubernativreservate bauen. „Integrationsverantwortung“ ist eine im Bürgerrecht auf Selbstregierung verankerte⁵⁰ Verantwortung der Parlamente. Das gilt für die Geld- und die Machtfrage. *Thierry Breton* verlangt für den Sicherheits- und Verteidigungsfonds jährlich zwei bis drei Prozent des nationalen Umsatzsteueraufkommens.⁵¹ Eigenmittelausstattung zum Zwecke gemeinsamer Verteidigung setzt eine verfassungsgesetzgeberische Grundentscheidung des Deutschen Bundestages voraus (Art. 42 Abs. 2 EUV, Art. 23 Abs. 1 GG) und permanente Mitverantwortung des Europäischen Parlaments (Art. 14 Abs. 1 EUV, Art. 311, 314 AEUV). Wenn aber der Sicherheits- und Verteidigungsfonds wie der ESM gebaut sein soll, gelten weiter die Parlamentsvorbehalte des Grundgesetzes.⁵² *Bretons* Vorschlag macht bewusst, dass sich die europäischen Parlamente mit Macht und Recht gegen das *Breaking bad*-Gesetz der Finanzpolitik stemmen müssen. Die Sicherheit der Staaten, die Sicherheit der Union ist nicht zu denken ohne fiskalisch unterlegte Handlungs- und Hoheitsfähigkeit.

Immerhin hat sich die Eurozone – gegen ökonomische Modellierung guter und schlechter Staatsverschuldung – die Verfassungsentscheidung gegen Staatsschulden und für unangefochtene Hoheitsfähigkeit zu eigen gemacht. Genauer: Die Staaten der Eurozone haben sich im *Vertrag über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion* (VSKS) vom 2. März 2012⁵³ wechselseitig versprochen, ihre Budgets nur mehr aus Steuern zu finanzieren, nicht mehr aus Krediten – zudem wechselseitig verpflichtet, das völkerrechtliche Versprechen in staatliches Verfassungsrecht zu überführen, je für sich eine „Schuldenbremse“ vorzusehen. Der Fiskalpakt riskiert alles: Materiell statuiert er mit Art. 3 VSKS die neue Fundamentalregel der Staatsfinanzierung im Euroraum. Modal wirft er nicht mehr nur Europarecht in die Waagschale, sondern auch das staatliche Verfassungsrecht, wohlgermerkt das auf Zusammengehörigkeit in der Währungsunion zugeschnittene Verfassungsrecht. Materiell normiert er (Art. 3 Abs. 1 lit. a VSKS): „*Der gesamtstaatliche Haushalt einer Vertragspartei ist ausgeglichen oder weist einen Überschuss auf.*“ Modal gibt

⁵⁰ BVerfG, Urt. v. 21.6.2016, 2 BvR 2728/13 u.a., Rn. 129 ff., bes. Rn. 134, sowie Rn. 163 ff.

⁵¹ S.o. Fn. 48.

⁵² BVerfGE 123, 267 (360 f.); BVerfGE 129, 124 (179).

⁵³ S.o. Fn. 23.

er den Staaten auf (Abs. 2), das neue Recht der Staatsfinanzierung „im einzelstaatlichen Recht der Vertragsparteien“ zu rezipieren „in Form von Bestimmungen, die verbindlicher und dauerhafter Art sind, vorzugsweise mit Verfassungsrang“.

Dieser Verpflichtungsmodus bewirkt eine inwendige Vergemeinschaftung, absolut verpflichtend für Euro-Staaten (Art. 1 Abs. 2 Satz 1 VSKS), offen für Nicht-Euro-Staaten (Art. 14 Abs. 5 VSKS). Der Modus arbeitet nicht mehr (nur) mit dem Vorrang des Unionsrechts, sondern fordert die Anpassung der eigenen Grundordnung. Wichtiger noch: Art. 3 VSKS betreibt Vollverrechtlichung. Das Staatsfinanzierungsrecht im Euroraum distanziert sich vom prekären Mischmodell des Art. 126 AEUV, der das Gebot, übermäßige öffentliche Defizite zu vermeiden (Abs. 1), in Abs. 2 konkret verrechtlicht, um es vier Absätze später wieder zu repolitisieren (Abs. 6: „Der Rat beschließt [...] ob ein übermäßiges Defizit besteht“). Mit Art. 3 VSKS bekennen sich die Eurostaaten zu einem Konzept der individuell vergemeinschafteten Verfassungsrechtlichkeit. Sicherheitshalber sieht der Fiskalpakt einen „Korrekturmechanismus“ vor für den Fall, dass der Vertragsstaat den Pfad der Tugend verlässt (Art. 3 Abs. 1 lit. b und Art. 4 VSKS), und schaltet mit Art. 8 VSKS schiedsvertraglich den Europäischen Gerichtshof ein, als Kontroll- und Sanktionsgericht.

Das Gesamtinteresse an solider Staatsfinanzierung in der schicksalhaft verbundenen Eurozone, das gemeinsame Recht erweist sich als letzte Chance, den Untergang im Schuldensog⁵⁴ zu vermeiden. Der Fiskalpakt für die Eurozone darf nicht scheitern. Ließen die Staaten sein Verrechtlichungskonzept, insbesondere seinen Art. 3 leerlaufen, beschädigten sie ihre Hoheitsfähigkeit und zugleich die Verfassungsidee der Gebundenheit des Staates an Staatsrecht.

Noch einmal die Frage aus europäisch-institutioneller Perspektive: Wer kann das Unglück abwenden? Alle Hoffnungen ruhen auf individueller Vergemeinschaftung und auf dem Europäischen Gerichtshof. Wir haben hier zu tun mit dem größten Verfassungsehrgeiz und dem größten Verfassungsrisiko seit der Erfindung des supranationalen Prinzips. In äußerster Kühnheit verlangt der Fiskalvertrag von 19 Verfassungsgesetzgebern, die je eigene Verfassung auf das Gebot der unionsfreundlichen Bonität auszurichten. Allein diesen Modus der Selbstverfassung auf völkervertraglichen

⁵⁴ Eindrucksvoll: P. Kirchhof, Deutschland im Schuldensog, 2012.

Befehl muss man ehrgeizig und riskant nennen. Noch ehrgeiziger und riskanter statuiert der Vertrag die Grundnorm der Null-Verschuldung und setzt einen Vertragswächter ein in Gestalt des Europäischen Gerichtshofs, der eine Politik im Schuldensog verhindern, die Befolgung der goldenen Regel gewährleisten soll. Mehr Verfassung geht nicht: justiziable Maßstäbe der Entpolitisierung und ein Gericht mit Normenkontrollfunktion.

Die Bürde, die der EuGH mit Art. 8 des Fiskalvertrages zu tragen hat, wiegt schwer, vielleicht zu schwer. Eben das ist das Verfassungsrisiko. Dem halte ich Leitsätze entgegen, die ich sinngemäß *Reinhard Mußgnugs* Monographie aus dem Jahre 1969 entlehne: Ohne Finanzverfassung geht es nicht. Um Verfassung als Idee des Rechts, um Finanzverfassung, die sich ungebändigter Macht widersetzt, muss man kämpferisch ringen.

§ 5 Finanzverfassungsrechtliche Impulse für die Ausdifferenzierung der Normenhierarchie

Ekkehart Reimer

I.	Die Normhierarchie: Das klassische Bild.....	96
II.	Herausforderungen durch die Finanzverfassung	96
	1. Haushaltsplan und Haushaltsgesetz.....	97
	2. Haushaltsgrundsätzegesetz und Bundeshaushaltsordnung.....	97
	3. Das Maßstäbengesetz.....	98
	4. Das Gesetz zu Art. 115 GG	99
	5. Der Tilgungsplan	100
	6. Zustimmungs- und Einspruchsgesetze.....	100
	7. Nachbarphänomene	102
	a. Deutsches Recht	102
	b. Ausländisches Recht.....	103
III.	Abschichtung und Bündelung	103
	1. Das Schweigen des Grundgesetzes	104
	2. Zuständigkeits- und verfahrensrechtliche Rahmenordnungen?	106
	3. Kontinuitätsgewähr	108
	4. Rationalitätsgewähr	109
IV.	Ausdifferenzierungen: ein historischer Rückschritt der Handlungsformenlehre?	110
V.	Rechtstheoretische Folgefragen.....	111
	1. Indefinite Bandbreite der Rangvariablen?.....	111
	2. Rechtsanwendungsregeln	112
VI.	Fazit	114

Die Entwicklungslinien der Finanzverfassung verlaufen in sehr unterschiedlichen Dimensionen, betreffen aber meist Fragen der vertikalen oder horizontalen Kompetenzabgrenzung. Der nachfolgende Beitrag fragt dagegen nach normhierarchischen Abstufungen innerhalb der Ebene des Bundesrechts: Er untersucht das Phänomen der förmlichen Parlamentsgesetze unterschiedlichen Ranges und erörtert, ob für diesen Normtyp in der Finanzverfassung, möglicherweise sogar darüber hinaus, mehr als nur eine normhierarchische Stufe bereitsteht.

I. Die Normhierarchie: Das klassische Bild

Das klassische Bild der innerstaatlichen Normenhierarchie ist fest gefügt. Es zeigt einen *numerus clausus* von Rangstufen: An der Spitze stehen Art. 79 Abs. 3 GG mit den dort genannten weiteren Verfassungsnormen und –grundsätzen und richtigerweise auch Art. 146 GG. Es folgen das übrige Verfassungsrecht und sodann die allgemeinen Regeln des Völkerrechts im Sinne von Art. 25 GG, die den Gesetzen vorgehen. Daran schließen sich die einfachen Bundesgesetze an. Ihnen untergeordnet sind Rechtsverordnungen, Satzungen und weitere, teils allerdings nur als Innenrecht zu be- greifende Regelungen – namentlich die Geschäftsordnungen, aber auch Verwaltungsanweisungen. In diesem Stufenbau der Rechtsordnung sind die Differenzierung zwischen Verfassung und Gesetz mit ihren wechselsei- tigen Beeinflussungen¹ und ebenso auch die Beziehung zwischen Gesetz und Rechtsverordnung² gut erforscht.

II. Herausforderungen durch die Finanzverfassung

Aber stimmt die zugrunde liegende Lehre vom *numerus clausus* der Rang- stufen? Oder liefert das pyramidale Bild der Normenhierarchie mit festen horizontalen Schichten nur das ptolemäische Weltbild, das zwar in seiner Typisierung handhabbar und relativ richtig ist, dem genauen Blick aber am Ende nicht standhält? Sucht man die kopernikanische Wende, richtet sich der Blick in die Finanzverfassung.

¹ Statt vieler Rainer Wahl, Der Vorrang der Verfassung, in: Der Staat 20 (1981), S. 485 ff.; Matthias Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts (2001), S. 32 ff.

² Arnd Uhle, Parlament und Rechtsverordnung (1999); Armin von Bogdandy, Gubernative Rechtsetzung (2000); Christian Seiler, Der einheitliche Parlamentsvorbehalt (2000); ders., Parlamentarische Einflussnahmen auf den Erlass von Rechtsverordnungen im Lichte der Formenstrenge, ZG 2001, 50 ff.

1. Haushaltsplan und Haushaltsgesetz

Es ist *Reinhard Mußnug*, der in seiner Heidelberger Habilitationsschrift „Der Haushaltsplan als Gesetz“ die klassische Frage aufgreift, ob der Haushaltsplan – wiewohl durch Gesetz festgestellt – unter dem Gesetz steht³. Er findet vor, was *Paul Laband* hinterlassen hat: Die These vom Haushaltsgesetz als einem nur formellen Gesetz. *Mußnug* zeigt in einer sorgfältig und klug verzahnten historischen und dogmatischen Analyse, dass die These *Labands* heute nicht haltbar ist. Für *Mußnug* ist Gesetz Gesetz. Allein „die Natur der Sache“ ordnet den Haushaltsplan dem allgemeinen Recht unter.

2. Haushaltsgrundsatzgesetz und Bundeshaushaltsordnung

Diese bedeutende Habilitationsschrift steht in zeitlichem Kontext zu der größten der zahlreichen Reformen, die die bundesstaatliche Finanzverfassung des Grundgesetzes bis heute erfahren hat⁴: 1967-1969 nimmt die erste Große Koalition die Ideen der Globalsteuerung in den alten Art. 115 Abs. 1 GG auf; der Haushaltsgesetzgeber wird nach Maßgabe des Stabilitätsgesetzes auf das „gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht“ verpflichtet. Daneben wird ein Art. 109 Abs. 3 GG in das Grundgesetz eingefügt. Danach können durch zustimmungsbedürftiges Bundesgesetz, das ebenfalls 1969 erlassene Haushaltsgrundsatzgesetz, „für Bund und Länder gemeinsam geltende Grundsätze für das Haushaltsrecht, für eine konjunkturgerechte Haushaltswirtschaft und für eine mehrjährige Finanzplanung aufgestellt werden“.

Karl Heinrich Friauf hat 1974 die These vertreten, der einfache Bundesgesetzgeber sei wegen Art. 109 Abs. 3 GG a.F. an das Haushaltsgrundsatzgesetz gebunden. Das Grundgesetz suspendiere insoweit die lex-posterior-Regel⁵. *Mußnug* scheint sich zwar gegen eine normhierarchische Hochzoningung des Haushaltsgrundsatzgesetzes zu sträuben. Er richtet den Blick aber auf Haushaltsgesetz und v.a. seinen Kern, den Haushaltsplan, deutet

³ *Reinhard Mußnug*, Der Haushaltsplan als Gesetz (1976), S. 31 ff. und passim.

⁴ Überblick bei *Hanno Kube*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 109 Rn. 16 ff.

⁵ Vgl. den Hinweis bei *Reinhard Mußnug*, Der Haushaltsplan als Gesetz (1976), S. 341 Fn. 1; grundlegend *Bernhard Schreven*, Die Grundsatzgesetzgebung im Grundgesetz (1973); ebenso später *Christoph Degenhart*, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat (1976), S. 110 f.

hier Abstufungen an und zeigt auf diese Weise, dass die formellen und materiellen Vorgaben von Haushaltsgrundsätzegesetz und Bundeshaushaltsordnung für die Aufstellung des Haushalts bindend sind. Sie können nicht durch das Haushaltsgesetz, jedenfalls nicht durch den Haushaltsplan – wobei hier die Trennung schwer fällt – verändert oder aufgehoben werden.

Diese Selbstbindungsthese hat Spuren hinterlassen. In den großen Kommentierungen des Art. 109 GG im Bonner Kommentar (*Michael Rodi*) und im Maunz/Dürig (*Hanno Kube*) wird inzwischen eine echte normhierarchische Abstufung anerkannt: Die Grundsätzegesetze, namentlich das Haushaltsgrundsätzegesetz, seien normhierarchisch vorrangig; der *lex posterior*-Grundsatz finde daher auf das Verhältnis späterer sonstiger, d.h. einfacher Parlamentsgesetze zum Haushaltsgrundsätzegesetz keine Anwendung⁶.

3. Das Maßstäbengesetz

Die Anerkennung dieser normhierarchischen Zwischenebene innerhalb der Kategorie einfacher Bundesgesetze fällt heute leichter als 1975. Der Zweite Senat des BVerfG erkennt in seinem Urteil vom 11.11.1999, dass dem Finanzausgleichsrecht abstrakt-generelle Maßstäbe unterhalb der – offenen – Vorgaben der Art. 106 und 107 GG fehlen, und verlangt dem Gesetzgeber seither eine gestufte Gesetzgebung ab: Die Finanzverfassung verpflichte den Gesetzgeber, das verfassungsrechtlich nur in unbestimmten Begriffen festgelegte Steuerverteilungs- und Ausgleichssystem durch anwendbare, allgemeine Maßstäbe gesetzlich zu konkretisieren und zu ergänzen. Diesen gesetzlichen Maßstäben misst der Senat die Kraft bei, den Gesetzgeber selbst zu binden: Die Finanzverfassung verlange eine gesetzliche Maßstabgebung, die den rechtsstaatlichen Auftrag eines gesetzlichen

⁶ *Michael Rodi*, in: Dolzer/Kahl/Waldhoff (Hrsg.), BK GG, Art. 109 Rn. 352; *Hanno Kube*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 109 Rn. 240. Ebenso *Markus Heintzen*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, 3. Aufl., Bd. V (2007), § 120 Rn. 5; und *Hans-Werner Rengeling*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, 3. Aufl., Bd. VI (2008), § 135 Rn. 324.

Vorgriffs in die Zukunft in der Weise erfülle, dass die Maßstäbe der Steuerzuteilung und des Finanzausgleichs bereits gebildet seien, bevor deren spätere Wirkungen konkret bekannt würden⁷.

Das Urteil, das in der Literatur kontrovers aufgenommen worden ist⁸, hat entscheidende Bewegung in die Debatte um eine Binnendifferenzierung normhierarchischer Stufen innerhalb der Finanzverfassung gebracht. Es zeigt, dass die Finanzverfassung nicht allein im Bereich von Art. 109 Abs. 4, sondern aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts auch und gerade in den materiell-gestaltenden Vorgaben der Art. 106 und 107 GG Raum und Bedarf für echte, mithin justiziable Selbstbindungen des einfachen Bundesgesetzgebers bietet.

4. Das Gesetz zu Art. 115 GG

Phänomenologisch gleichgerichtet ist ein viertes, zehn Jahre jüngerer Beispiel zu nennen: Die Hochzuordnung der mehrjährigen Finanzplanung in das Grundgesetz durch die Föderalismusreform II von 2009⁹ hat die kunstfertige Schuldenbremse in das Grundgesetz eingefügt. Für den Bundeshaushalt konkretisieren Art. 115 Abs. 2 und ein dazu ergangenes Bundesgesetz (das „G 115“) die einschlägigen gesamtstaatlichen Vorgaben aus

⁷ BVerfG, Urt. v. 11.11.1999 – 2 BvF 2, 3/98, 1, 2/99 – *Finanzausgleich III*, BVerfGE 101, 158 (215) mit Ls. 1.

⁸ Zustimmend *Christoph Degenhart*, Maßstabsbildung und Selbstbindung des Gesetzgebers als Postulat der Finanzverfassung des Grundgesetzes, ZG 2000, 79 ff.; *Christian Waldhoff*, Reformperspektiven der bundesstaatlichen Finanzverfassung im gestuften Verfahren, ZG 2000, 193 ff.; *Josef Isensee*, Der Bundesstaat – Bestand und Entwicklung, in: FS 50 Jahre BVerfG, Bd. 2 (2001), S. 719 ff. (723); *Sebastian v. Schweinitz*, Das Maßstäbengesetz (2003); *Heinrich Amadeus Wolff*, Die Struktur des Grundsatzgesetzes zur Ablösung der Staatsleistungen an die Religionsgesellschaften, in: FS Peter Badura (2004), S. 839 ff. (842 f.); *Hanno Kube*, Der bundesstaatliche Finanzausgleich (2011), S. 36; und *Michael Kloepfer*, Finanzverfassungsrecht (2014), § 5 Rn. 17. Gegen eine Bindungswirkung des Maßstäbengesetzes *Fritz Ossenbühl*, Das Maßstäbengesetz – dritter Weg oder Holzweg des Finanzausgleichs?, in: FS Klaus Vogel (2000), S. 227 ff. (231, 233); *Joachim Linck*, Das Maßstäbengesetz – ein dogmatischer und politischer Irrweg, DÖV 2000, 325 ff.; *Joachim Wieland*, Das Konzept eines Maßstäbengesetzes zum Finanzausgleich, DVBl. 2000, 1310 ff.; *ders.*, FS 50 Jahre BVerfG, Bd. 2 (2001), S. 794; *Rainer Wernsmann*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK GG, Art. 107 Rn. 85; *ders./Henning Tappe*, Öffentliches Finanzrecht (2015), Rn. 335; *Robert Frau*, Der Gesetzgeber zwischen Verfassungsrecht und völkerrechtlichem Vertrag (2015), S. 46 f.; jeweils m.w.N.

⁹ Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 29.07.2009, BGBl. I S. 2248.

Art. 109 Abs. 3 GG. In der Tradition des alten Stabilitätsgesetzes¹⁰ entfaltet das auf der Grundlage von Art. 115 Abs. 2 Satz 5 erlassene G 115 eine materielle Bindungswirkung für den Haushaltsgesetzgeber. Das G 115 und damit auch Art. 115 Abs. 2 Satz 5 liefern leer, wenn das G 115 allein durch konkludentes Handeln des Haushaltsgesetzgebers im Rahmen der Aufstellung des Bundeshaushalts (Art. 110 Abs. 1 und Abs. 2 GG) derogiert werden könnte¹¹.

5. Der Tilgungsplan

Die Art. 109 Abs. 3 und 115 Abs. 2 GG mit ihren Anforderungen eines überperiodischen Ausgleichs übermäßiger Defizite und die Einrichtung des Stabilitätstrats durch Art. 109a GG werfen daneben die Frage auf, ob die dort vorgesehenen Tilgungsregelungen Bindungskraft gegenüber einem späteren Haushaltsgesetzgeber haben¹².

6. Zustimmung- und Einspruchsgesetze

Weitere Impulse ergeben sich aus der im Grundgesetz selbst angelegten Unterscheidung zwischen Zustimmung- und Einspruchsgesetzen. Einspruchsgesetze sind leichter zu verabschieden und zu ändern als Zustimmungsgesetze. Im Interessen einer Stärkung demokratischer Beweglichkeit ist die Zahl der Zustimmungsgesetze durch die Föderalismusreform I im Jahr 2006 zwar insgesamt spürbar verringert worden¹³; sieht man vom Wegfall des alten Art. 104a Abs. 3 Satz 3 GG ab, ist das Zustimmungsgesetz

¹⁰ Zu seiner Wirkung bereits *Degenhart* (Fn. 5), S. 110 f.

¹¹ *Ekkehart Reimer*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, Art. 115 Rn. 11.

¹² Vgl. *Ekkehart Reimer*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, Art. 109 Rn. 76.

¹³ Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 28.08.2006, BGBl. I S. 2034. Überblick und Kritik bei *Peter Selmer*, Die Föderalismusreform – Eine Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung?, JuS 2006, S. 1052 ff. (1057 f.). Empirische Zwischenbilanz bei *Christian Stecker/Georg Heilmann*, 10 Jahre Föderalismusreform – Wie hat sich der Anteil der Zustimmungsgesetze mit Bundesratsveto verändert?, Internet: http://www.mzes.uni-mannheim.de/publications/misc/Stecker_Heilmann_Zustimmungquote_Foederalismusreform.pdf (31.08.2016).

aber für die Finanzverfassung weiterhin die Regelform¹⁴. Damit ist die Finanzverfassung auch ein wichtiger Schauplatz für die Klärung des Verhältnisses zwischen einem Zustimmungsgesetz und einem Einspruchsgesetz in Fällen, in denen diese miteinander konfliktieren.

Ein Beispiel liefert die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Erstreckung des Ehegattensplittings auf eingetragene Lebenspartnerschaften¹⁵, die (auch in Heidelberg) für zahlreiche Diskussionen gesorgt hat. Dabei geht es nicht um die materiell-grundrechtlichen Frage des Anspruchs von Lebenspartnern auf Gleichbehandlung mit Ehegatten¹⁶, sondern um einen – im verfassungsgerichtlichen Verfahren ersichtlich unbeachtet gebliebenen – Nebenaspekt: Ursprünglich enthielt der Entwurf eines Lebenspartnerschaftsgesetzes einige nach Art. 84 Abs. 1 GG a.F. zustimmungsbedürftige Regelungen. Nachdem feststand, dass die unionsgeführten Länder diesen Regelungen im Bundesrat nicht zustimmen würden, hat der Bundestag bewusst einen aller zustimmungsbedürftigen Regelungen entkleideten Gesetzentwurf beschlossen. Trotzdem hat das Bundesverfassungsgericht das Ehegattensplitting auf Lebenspartner erstreckt und damit das Zustimmungserfordernis des Art. 105 Abs. 3 GG umgangen, obwohl es normhierarchisch auf gleicher Stufe steht wie die Grundrechte. Zu Recht? Oder müsste man – auch und gerade bei der Anwendung der Gleichheitssätze – die grundrechtliche Ausdehnung der in einem Zustimmungsgesetz enthaltenen Begünstigungen auf Sachverhalte beschränken, die – anders als die eingetragene Lebenspartnerschaft – ihre (außersteuerliche) normative Vorprägung ebenfalls durch ein Zustimmungsgesetz, nicht bloß ein Einspruchsgesetz erhalten?

¹⁴ Art. 104a Abs. 4, Abs. 5 und Abs. 6 Satz 4, Art. 104b Abs. 2, Art. 105 Abs. 3, Art. 106 Abs. 3 Satz 3, Abs. 4 Satz 2, Abs. 5 Satz 2, Abs. 5a Satz 3 und Abs. 6 Satz 5, Art. 106a Satz 2, Art. 106b Satz 2, Art. 107 Abs. 1 Sätze 2 und 4, Art. 108 Abs. 2 Satz 2, Abs. 4 Satz 1 und Abs. 5 Satz 2, Art. 109 Abs. 4 und Abs. 5 Satz 3 sowie Art. 109a Satz 1 GG.

¹⁵ BVerfG, Beschl. v. 07.05.2013 – 2 BvR 909/06, 2 BvR 1981/06 und 2 BvR 288/07 –, BVerfGE 133, 377.

¹⁶ Zu diesen grundrechtlichen und steuersystematischen Fragen statt vieler *Reinhard Serwe/Kerstin Löhr*, Das Ehegattensplitting auf dem Prüfstand (2011).

7. Nachbarphänomene

a. Deutsches Recht

Neben diesen sechs Phänomenen sind benachbarte Ausdifferenzierungen der Normenhierarchie zu beobachten, die mindestens strukturelle Ähnlichkeiten mit der Auffächerung von Handlungsformen innerhalb der Ebene des förmlichen Parlamentsgesetzes aufweisen. Die Rede ist einerseits von den Folgerichtigkeitsbindungen, die das Bundesverfassungsgericht den Grundrechten entnimmt und mit denen – im Bereich des Steuerrechts früh bereits in der Entscheidung zum gewerbsteuerlichen Durchgriff¹⁷, später namentlich bei der Pendlerpauschale¹⁸, außerhalb für das Wahlrecht¹⁹, aber auch in der Entscheidung zu den Nichtraucherchutzgesetzen²⁰ – einfachgesetzliche Detailregelungen am Maßstab einer ebenfalls einfachgesetzlichen Grundentscheidung geprüft werden²¹.

Jenseits des Binnenbereichs förmlicher Parlamentsgesetze, aber immer noch mit Bezügen zu dieser Handlungsform sind schließlich Rechtsverordnungen in Gesetzesform und – invers – Gesetzesrecht in Verordnungsform zu nennen. Auch hier zeigt namentlich das öffentliche Finanzrecht, wie die Grenzen zwischen Parlamentsgesetz und Rechtsverordnung verschwimmen²².

Diese Entwicklungen sind aber nicht im strengen Sinnen handlungsformbezogen (Folgerichtigkeit) oder überschreiten die Ebene des förmlichen

¹⁷ BVerfG, Urt. v. 24.01.1962 – 1 BvR 845/58 –, BVerfGE 13, 331 – *Durchgriff bei personalistischen Kapitalgesellschaften*. Diese Entscheidung bildet den Ausgangspunkt der grundlegenden Analyse von *Degenhart* (Fn. 5), S. 8 f.

¹⁸ BVerfG, Urt. v. 09.12.2008 – 2 BvL 1/07 u.a. –, BVerfGE 122, 210 – *Entfernungspauschale*.

¹⁹ Darstellung und Analyse bei *Bernd Grzeszick/Heinrich Lang*, *Wahlrecht als materielles Verfassungsrecht* (2012), v.a. S. 51 f., 124 ff., 127 ff.

²⁰ BVerfG, Urt. v. 30.07.2008 – 1 BvR 3262/07 u.a. –, BVerfGE 121, 317 – *Nichtraucherchutzgesetze*.

²¹ Theoretische Analyse bei *Franz-Joseph Peine*, *Systemgerechtigkeit. Die Selbstbindung des Gesetzgebers als Maßstab der Normenkontrolle* (1985), passim.

²² *Christian Seiler*, *Parlamentarische Einflussnahmen auf den Erlass von Rechtsverordnungen im Lichte der Formenstrenge*, ZG 2001, 50; *Hanno Kube*, *Vom Gesetzesvorbehalt des Parlaments zum formellen Gesetz der Verwaltung?* NVwZ 2003, 57 ff.; *ders.*, *Finanzgewalt in der Kompetenzordnung* (2004), S. 524.

Parlamentsgesetzes (Rechtsverordnungen). Daher fließen sie nicht vertieft in die nachfolgenden Analysen ein.

b. Ausländisches Recht

Vor allem der romanische Rechtskreis hält eine Reihe von Parallelphänomenen bereit, die häufig finanzrechtliche Regelungen enthalten und sich in ähnlicher Weise wie die sechs deutschen Referenzfälle (oben 1.-6.) in das Bild einer Ausdifferenzierung der Normenhierarchie innerhalb der Ebene einfacher (förmlicher) Parlamentsgesetze einfügen. Zu nennen sind einerseits die französischen und spanischen Organgesetze (*lois organiques, leyes orgánicas*), die auch weite Verbreitung im frankophonen Afrika und in Lateinamerika gefunden haben: Parlamentsgesetze, die sich von dem Kreis der einfachen und mit einfacher Mehrheit verabschiedeten Gesetze formell meist dadurch abheben, dass sie besonderen Mehrheitserfordernissen und gelegentlich auch weiteren zuständigkeits- oder verfahrensrechtlichen Besonderheiten unterliegen²³, und materiell einen verfassungsergänzenden Charakter haben, ohne aber normhierarchisch Verfassungsrecht i.e.S. zu sein. Teils gehen sie – wie z.B. in Frankreich – den einfachen Gesetzen vor, teils sind sie ihnen – wie in Spanien – normhierarchisch gleichgeordnet.

Italien kennt einen besonderen verfassungsrechtlichen Schutz (die sog. *copertura costituzionale*) für einfache Parlamentsgesetze, deren Funktion darauf gerichtet ist, die Steuerautonomie der Regionen zu konkretisieren und interlokale Abgrenzungen der Besteuerungshoheit zu treffen. Folge der *copertura costituzionale* ist eine Bindung nicht nur der regionalen Rechtsetzungsorgane, sondern auch des Parlaments beim Erlass einfacher (Steuer-)Gesetze²⁴.

III. Abschichtung und Bündelung

Nimmt man diese Beobachtungen, namentlich die sechs eingangs genannten Referenzfälle des deutschen Rechts zusammen, erscheint die Finanzverfassung als eine Brutstätte normhierarchischer Ausdifferenzierung in-

²³ Für Spanien s. Art. 81 i.V.m. Art. 87 und Art. 90 spanVerf.

²⁴ Näher *Gianluigi Bizioli, L'Autonomia Finanziaria e Tributaria Regionale* (2012), S. 71 ff.

nerhalb der Ebene förmlicher Bundesgesetze. Aber passen die sechs Referenzfälle wirklich zusammen, und tragen sie die These von Möglichkeit und Sinnhaftigkeit einfachen Gesetzesrechts unterschiedlichen Ranges?

1. Das Schweigen des Grundgesetzes

Wichtigster Maßstab zur Beantwortung dieser Frage ist das Grundgesetz. Ob es insgesamt – also zunächst ohne spezifische Berücksichtigung etwaiger finanzverfassungsrechtlicher Besonderheiten – Raum für diese normhierarchische Ausdifferenzierung lässt, ist trotz der deutlichen Aussagen in Rechtsprechung und Lehre bis heute umstritten. Tatsächlich deutet die Verfassung selbst zwar in Art. 20 Abs. 3 GG an, dass sie um die Normenhierarchie weiß, und ordnet eine Bindung des parlamentarischen Gesetzgebers „an die verfassungsmäßige Ordnung“ an. Ob aber zu dieser verfassungsmäßigen Ordnung auch andere als die in Art. 79 GG oder Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG genannten verfassungsändernden Parlamentsgesetze gehören können, lässt Art. 20 Abs. 3 GG ebensowenig erkennen²⁵, wie die Vorschrift eine Antwort auf die Frage gibt, ob zum „Gesetz“ auch Rechtsverordnungen und Satzungen gehören. Lehnt man Letzteres ab²⁶ und versteht den dort verwendeten Ausdruck „Gesetz“ – eng – als „förmliches Parlamentsgesetz“, hätte bei einer Bindung des Gesetzgebers nur an das Grundgesetz selbst eine Bindung der Gesetzgebung nur „an die Verfassung“ nahegelegen – zumal das Grundgesetz diesen Ausdruck in Art. 5 Abs. 3 GG durchaus verwendet.

Die umständliche, aber mehrfach im Grundgesetz anzutreffende Formulierung „verfassungsmäßige Ordnung“²⁷ ist semantisch viel offener²⁸. In der *Elfes*-Entscheidung hat der Erste Senat den Ausdruck deshalb auch

²⁵ Offen insoweit *Bernd Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 Abs. 3 Rn. 30 ff., der den Begriff – mit der h.L. – als Inbegriff des Verfassungsrechts im formellen Sinne versteht, dabei aber zu Recht die Absage an externe Bindungen in den Vordergrund stellt.

²⁶ Überzeugend *Eberhard Schmidt-Aßmann*, *Der Rechtsstaat*, in: Isensee/Kirchhof, HStR, 3. Aufl., Bd. II (2003), § 26 Rn. 37 f.

²⁷ Auch in Art. 2 Abs. 1, 9 Abs. 2, 20a, 28 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3, 98 Abs. 2 Satz 1 GG.

²⁸ Zentral dazu BVerfG, Urt. v. 16.01.1957 – 1 BvR 253/56 –, BVerfGE 6, 32 (37 f.) – *Elfes*; und die nachfolgende Diskussion.

nicht isoliert für Art. 2 Abs. 1 GG in den Blick genommen (und ihm insofern die weite Bedeutung „die allgemeine Rechtsordnung [...], die die materiellen und formellen Normen der Verfassung zu beachten hat“ gegeben). Vielmehr beeindruckt die methodische Reflexion, mit der sich das Gericht – bis an die Grenze zur Zirkularität – Auslegungsspielräume eröffnet: „Die Analyse der gesetzlichen Tatbestände, in denen der Begriff vorkommt, ergibt, daß er stets einen Kreis von Normen umschreibt, an die der jeweilige Normadressat gebunden sein soll“²⁹. Dass nun Art. 20 Abs. 3 Halbsatz 1 GG (Bindung der Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung) eine Bindung auch an einfache Bundesgesetze umfassen kann, lässt sich auch dadurch erklären, dass zu den Adressaten dieser Vorschrift dort, wo dies nicht schon durch die Kompetenzordnung ausgeschlossen ist, auch der Landesgesetzgeber gehört. Angesichts der thematischen Enge von Art. 31 GG und des Schweigens von Art. 28 Abs. 1 und Abs. 3 GG konstituiert allein eine weite Auslegung des Ausdrucks „verfassungsmäßige Ordnung“ in Art. 20 Abs. 3 Halbsatz 1 GG eine Bindung der Landesgesetzgebung an einfache Bundesgesetze.

Das spricht insgesamt dafür, dass Art. 20 Abs. 3 GG Konzepten einer echten, d.h. auch in der normhierarchischen Stufung abzubildenden und den Kategorien von Anwendungs- und sogar Geltungsvorrang zugänglichen Binnendifferenzierung innerhalb der Ebene einfacher Bundesgesetze nicht zwingend entgegen steht. Ob derartige Abstufungen auch positiv anzunehmen sind, kann allerdings erst der Blick auf weitere Verfassungsnormen zeigen.

Art. 25 Satz 2 GG verdeutlicht, dass es Normen gibt, die – ohne Verfassungsrecht zu sein – den Gesetzen vorgehen. Damit lässt sich Art. 25 Satz 2 GG allerdings gerade nicht als Beleg für eine Ausdifferenzierung *innerhalb* der Ebene einfachen Gesetzesrechts anführen. Die allgemeinen Regeln des Völkerrechts werden vielmehr kraft verfassungsunmittelbarer Anordnung, also nicht im Wege des Art. 59 Abs. 2 GG Bestandteil des Bundesrechts. Sie sind also auf einer Zwischenebene zwischen Verfassung und einfachem Parlamentsgesetz angesiedelt; und ohne die Anordnung, dass die in Art. 25 Satz 1 GG genannten Regeln des Völkerrechts „den Gesetzen“ vorgehen, wäre eine derartige normhierarchische Zwischenebene keiner Handlungsform zuzuordnen. Damit verbieten sich auch Umkehr-

²⁹ BVerfGE 6, 32 (38).

schlüsse aus Art. 25 GG für Regelungen, die tatsächlich von einem parlamentarischen Gesetzgeber erlassen worden sind. Im Ergebnis lässt sich die Regelung des Art. 25 Satz 2 GG deshalb weder für noch gegen die Existenz einer normhierarchischen Binnendifferenzierung innerhalb „der Gesetze“ anführen.

Entsprechendes gilt für die in Art. 93 und Art. 100 GG enthaltenen (impliziten) Aussagen zur Differenz bundesverfassungsgerichtlicher Prüfungsmaßstäbe von den Prüfungsgegenständen. Sie alle verlangen die hier postulierte Binnendifferenzierung nicht, stehen ihr aber auch nicht entgegen. Richtigerweise ist also davon auszugehen, dass das Grundgesetz insgesamt einer normhierarchischen Ausdifferenzierung innerhalb der Ebene des einfachen Bundesgesetzes nicht generell entgegensteht, sondern Interpretationsräume eröffnet.

Doch wie sind sie zu füllen? Zur Beantwortung dieser Frage wandert der Blick zurück zu den sechs eingangs vorgestellten Referenzphänomenen aus dem engeren oder weiteren Bereich der Finanzverfassung (Beispiele 1 bis 5) und der Steuergesetzgebung (Beispiel 6). Lassen sich diese sechs Referenzphänomene trotz ihrer Unterschiede als Ausprägungen eines einheitlichen oder jedenfalls übergreifenden Bedürfnisses nach Ausdifferenzierung begreifen und dogmatisch in einen einheitlichen normativen Rahmen stellen?

Hierfür kommt es entscheidend auf die Funktion der Ausdifferenzierung an. Alle sechs Beispiele belegen normative und justiziable Selbstbindungen des parlamentarischen Gesetzgebers. Geboten ist aber eine genauere *Analyse*, die unterscheidende Abtrennung der einzelnen Phänomene voneinander. Worauf zielt die jeweilige Selbstbindung?

2. Zuständigkeits- und verfahrensrechtliche Rahmenordnungen?

Die beiden ersten Beispiele – Unterordnung des Haushaltsgesetzes von den Vorgaben des Haushaltsgrundsatzgesetzes und der Bundeshaushaltsordnung – enthalten Elemente der Bauformen, die den Organgesetzen romanischer Rechtsordnungen³⁰ entsprechen: Die höherrangigen Normen scheinen einen formellen Rahmen für die Haushaltsaufstellung zu setzen,

³⁰ Oben II.6.b.

der v.a. Zuständigkeitsregeln, Verfahrensregeln, Vorgaben für die äußere Gliederung des Haushaltsplans und formelle Vorgaben für Haushaltswirtschaft und Rechnungsprüfung enthält³¹.

Diese Regeln lassen zwar für sich genommen die Vorrangthese als plausibel erscheinen: Bei der Ausübung seiner Budgetbewilligungsfunktion soll das Parlament ein bestimmtes Verfahren wahren, keine von Haushaltsgrundsätzegesetz und Bundeshaushaltsordnung abweichenden Gliederungsmuster wählen etc. Ergibt sich der Vorrang von Bundeshaushaltsordnung und Haushaltsgrundsätzegesetz also gerade daraus, dass diese Regelwerke formelles Recht enthalten, dem das materielle Recht des Haushaltsgesetzes (und des Haushaltsplans) untergeordnet ist?

Hier sind Zweifel angebracht³². Sie ergeben sich nicht schon daraus, dass diese These die historische Sicht auf das Haushaltsgesetz als nur formelles Gesetz geradezu ins Gegenteil verkehrt, das seinerseits dem materiellen (Sach-)Recht untergeordnet ist. Die Rede vom Haushaltsgesetz als nur formellem Gesetz hat eine gänzlich andere Bedeutung; sie zielt auf die Abschichtung der mit dem Haushaltsgesetz verbundenen Rechtsfolgen von den Rechtsfolgen aus der Sachgesetzgebung.

Entscheidend gegen die Parallelisierung von Vorrang/Nachrang mit formellen/materiellen Regelungen spricht vielmehr, dass Bundeshaushaltsordnung und Haushaltsgrundsätzegesetz keineswegs nur Zuständigkeits- und Verfahrensfragen betreffen, sondern mindestens gleichgewichtig materiell-gestaltende und materiell-begrenzende Grundregeln enthalten, aus denen zwingende qualitative Vorgaben für das im Haushaltsgesetz quantitativ Geregelte folgen. Die normhierarchische Ausdifferenzierung einfacher Parlamentsgesetze lässt sich also schon für das Verhältnis des Haushaltsgesetzes zu Haushaltsgrundsätzegesetz und Bundeshaushaltsordnung nicht ohne weiteres auf einen Nenner mit typischen Inhalten von Organengesetzen bringen. Viel weniger ist dies für das – nahezu ausschließlich auf materielle Gehalte abzielende – Maßstäbengesetz oder den Tilgungsplan möglich.

Die Unterscheidung zwischen formellen und materiellen Regelungsgehalten liefert deshalb nicht die gesuchte Erklärung für die normhierarchische

³¹ In diese Richtung *Kai von Lewinski*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, 3. Aufl., Bd. X (2012), § 217 Rn. 38 Fn. 109.

³² Ebenso wie an einem parallel konstruierten Begriff der Verfassung im formellen Sinne: *Ruffert* (Fn. 1), S. 32 f.

Ausdifferenzierung, sondern ist allenfalls deren Folge: Wo – aus anderen Gründen, auf die sogleich zurückzukommen ist – einfachgesetzliche Regelungen unterschiedlichen Ranges anzunehmen sind, spricht viel dafür, dass die höherrangigen Regelungen mit erhöhten Mitwirkungserfordernissen (namentlich: dem Erfordernis einer Zustimmung des Bundesrats³³) und/oder zusätzlichen Verfahrenserfordernissen verbunden sein können als die niederrangigen; diese erhöhten Erfordernisse werden dann allerdings durch die Rangunterschiede abgesichert.

3. Kontinuitätsgewähr

Die sechs Referenzentwicklungen, die ihre gemeinsame Grundlage in der Finanzverfassung haben, müssen also ersichtlich materielle Funktionen erfüllen. Hervorzuheben ist zunächst die diachrone Funktion der höherrangigen Regelungen als normative Stabilisatoren. Bestimmte Vorgaben sollen länger halten als bis zum nächsten Ersten. Das strenge Jährlichkeitsprinzip, das die Staatspraxis in Konkretisierung von Art. 110 Abs. 2 Satz 1 GG für den Bundeshaushalt prägt und das möglicherweise bis in das materielle Steuerrecht hineinwirkt³⁴, soll durch bestimmte mehrjährige, teils langfristige formelle und materielle Vorgaben relativiert werden.

Dem liegen seinerseits sehr unterschiedliche Zwecksetzungen zu Grunde. Teile des Haushaltsgrundsätzegesetzes, vor allem aber das Maßstäbengesetz und der Tilgungsplan, möchten materielle Bindungen im Interesse langfristiger Budgetverantwortung herbeiführen. Sie dämpfen die Volatilitäten, setzen Anreize zu investiver Haushaltswirtschaft und schützen in dieser Perspektive die Gestaltungsräume künftiger Gesetzgeber und nachfolgender Generationen. Das Parlament verpflichtet den initiativberechtigten Bundesminister der Finanzen auf eine Mitberücksichtigung vergangener

³³ Oben II.5.

³⁴ Zu dieser Frage einerseits *Paul Kirchhof*, in: ders. (Hrsg.), EStG, 15. Aufl. (2016), § 2 Rn. 122 f., andererseits etwa *Klaus-Dieter Drüen*, Periodengewinn und Totalgewinn. Zum Einfluß des Totalgewinngedankens auf die steuerrechtliche Gewinnermittlung (1999), v.a. S. 128 ff.; *Joachim Lang*, Einfachheit und Gerechtigkeit der Besteuerung von investierten Einkommen, in: Manfred Rose (Hrsg.), Integriertes Steuer- und Sozialsystem (2003), S. 83 ff. (103 f.).

und künftiger Verhältnisse. Haushaltsgrundsätzegesetz und Bundeshaushaltsordnung folgen der Einsicht, dass sich ein Haushalt nicht auf das exekutive Handeln eines Jahres beschränken kann, schon weil viele Einnahmen und Ausgaben längerfristiger Planung bedürfen und längere Laufzeiten haben. Die verschuldensbegrenzende Funktion des G 115 und der Tilgungspläne kann nur überperiodisch gedacht werden. Parallel dazu zielen die langfristigen Bindungen auf ein Höchstmaß an Kommensurabilität zwischen einzelnen Haushalten und sichern damit die Bilanzkontinuität staatsrechtlich ab.

4. Rationalitätsgewähr

Vor allem aber sorgen die übergeordneten Regelungen für einen materiellen Rationalitätsgewinn. Hier liegt der eigentliche gemeinsame Nenner der normhierarchischen Ausdifferenzierungen. Das Haushaltsgesetz überträgt dem Haushaltsplan alle diejenigen Eigenschaften, mit der die Verfassung die Handlungsform Gesetz ausstattet. *Paul Kirchhof* identifiziert sechs große Funktionen, die der Haushaltsplan erfüllen kann, weil er Gesetz wird: eine parlamentsrechtliche Funktion, eine Planungsfunktion, eine egalitär-demokratische Funktion, eine Finanzausgleichsfunktion³⁵, eine verschuldensbegrenzende Funktion und die besondere rechtsstaatliche Kontrollfunktion (Zugänglichkeit und Lesbarkeit für die demokratische Öffentlichkeit, aber auch die Rechnungshöfe und die Unionsorgane im Rahmen des Europäischen Semesters).

Dabei kann allenfalls die parlamentsrechtliche Funktion durch das Haushaltsgesetz allein erfüllt werden. Die anderen fünf der sechs Funktionen des Haushaltsplans bedürfen der normhierarchischen Ausdifferenzierung oder setzen zumindest auf deren stabilisierende und rationalitätsstimulierende Wirkung: Nicht nur die Finanzverfassung (namentlich die Art. 110, 115 GG) selber, sondern auch das Haushaltsgrundsätzegesetz, die Bundeshaushaltsordnung, das G 115 und die Tilgungspläne fundieren und sichern die materielle Rationalität des Haushaltsplans. Für die Planungsfunktion ist das schon aus den oben³⁶ genannten Gründen evident. Aber auch die „formal egalitäre, demokratische Funktion“, die darauf zielt, dass das Volk

³⁵ Hierzu v.a. BVerfG, Urt. v. 11.11.1999 – 2 BvF 2, 3/98, 1, 2/99 – *Finanzausgleich III*, BVerfGE 101, 158 (217) und Ls. 2.

³⁶ Oben 3.

zurückbekommt, was es an Abgaben geleistet hat, ist seit 1969, noch deutlicher seit 2006 mit Blick auf die Konjunkturdämpfung (heute Art. 109 Abs. 3 Satz 2, 115 Abs. 2 Satz 3 GG) längst nicht mehr periodenbezogen.

Die Finanzausgleichsfunktion braucht die Verknüpfung des Maßstäbegesetzes mit den Finanzausgleichsgesetzen. Ohne sie liefern die Informationen, die der Haushaltsplan liefert, leer. Zahlreiche der höherrangigen Bestimmungen bewältigen Interessenkollisionen, beugen Wahlgeschenken vor und wirken damit zugleich verschuldensbegrenzend. Und schließlich muss die umfassende demokratische und institutionelle Finanzkontrolle, die der rechtsstaatlichen Funktion zugrundeliegt, auf eine Transparenz setzen, die nur durch Haushaltsgrundsätzegesetz und Bundeshaushaltsordnung, nicht schon durch das einzelne Haushaltsgesetz zu erlangen ist.

IV. Ausdifferenzierungen: ein historischer Rückschritt der Handlungsformenlehre?

Dass ein Gemeinwesen eine ausdifferenzierte Handlungsformenlehre kennt, ist historisch kein neues Phänomen. Im Gegenteil: Es ist der Verfassungsstaat, der die absolutistische Formenvielfalt bündelt, in der es neben dem Gesetz auch Edikte, Patente, Mandate, Deklarationen und weiterhin vertragsartige, auf Gegenseitigkeit angelegte Rechtsquellen gab. Historisch liegt gerade in der Rückführung der Zahl der Normtypen auf wenige Grundmuster und ihre Zuordnung zu unterschiedlichen Normgebern (Organen) ein bedeutender, im Grundsatz auch bewahrenswerter Rationalisierungsschub. In dieser Perspektive erscheint eine Ausdifferenzierung als Rückschritt.

Tatsächlich ist die Ausdifferenzierung aber dann kein Anachronismus, wenn man die Herausbildung der sechs Referenzphänomene nicht als Abweichung vom Primat der Handlungsform „Parlamentsgesetz“ begreift, sondern in ihr richtigerweise dessen (Binnen-)Verfeinerung und Fortentwicklung sieht. Gemeinsam stehen die sechs Referenzphänomene für die Einführung eines Rangattributs *innerhalb* der einen Handlungsform Parlamentsgesetz.

Diese Entwicklung ist im Konstitutionalismus selbst angelegt; wichtigstes Paradigma ist die Ablösung des Staatsgrundgesetzes vom einfachen Parlamentsgesetz und seine normhierarchische Hochzonung zur Verfassung.

Dafür, dass das Staatsgrundgesetz Verfassung im modernen Sinne wird, sorgt erst der Vorrang der Verfassung. Hierzulande, aber auch in den USA datiert seine Entdeckung auf das 19. Jahrhundert (während das englische Recht bis heute mit ihm hadert). Die Entwicklung der letzten beiden Jahrhunderte wird nicht das Ende der Geschichte sein; in der weiteren normhierarchischen Ausdifferenzierung setzt sich diese Entwicklungslinie vielmehr fort.

Der Ausgangsbefund bleibt also richtig: Im öffentlichen Finanzrecht, aber auch darüber hinaus besteht ein Bedarf nach hierarchischer Differenzierung und Strukturierung der Ebene einfacher Bundesgesetze, und das Grundgesetz ist in der Lage, diese Erwartung auch zu erfüllen.

V. Rechtstheoretische Folgefragen

1. Indefinite Bandbreite der Rangvariablen?

Es lohnt sich, die Entwicklung zugleich in Kategorien der Rechtstheorie aufzunehmen und in ihr Vorboten einer neuen Leistungsfähigkeit des Normsystems zu sehen. Normen unterschiedlicher Rangstufen lassen sich auf gestuften Skalen mit einer endlichen Zahl an Rangstufen abtragen; im einfachsten Fall besteht die Gruppe förmlicher Parlamentsgesetze dabei nur aus Supergesetzen einerseits³⁷, Vollzugs- und Ausführungsgesetzen andererseits³⁸. Konzeptuell sind aber ebenso Gleitskalen denkbar – also Modelle, in denen eine Rechtsordnung (oder die Grundnorm einer Teilordnung) für alle Rechtssätze unterhalb der (jeweiligen) Grundnorm eine offene und damit beliebig feine Auffächerung normhierarchischer Stufen vorsieht.

Die normhierarchische Stufe wird jedenfalls zu einem Attribut der eigentlichen (Sach-)Norm, einem Hilfsdatum, das mit der Norm gemeinsam ab-

³⁷ Zu dieser Kategorie bereits *Bernhard Schreven*, Die Grundsatzgesetzgebung im Grundgesetz (1973), Kap. VIII; aus jüngerer Zeit *Michael Kloepfer*, Zur Bindung von Gesetzen an Gesetze, in: GS Thilo Brandner (2011), S. 93 ff., und *Franz Reimer*, Juristische Methodenlehre (2016), Rn. 192.

³⁸ *Hartmut Maurer*, Vollzugs- und Ausführungsgesetze, in: FS Klaus Obermayer (1986), S. 95 ff.

gespeichert, möglicherweise aber unabhängig von ihrem Inhalt auch verändert werden kann. Je feiner sich die Normenhierarchie ausdifferenziert, desto eher wird ein Reformgesetzgeber nicht mehr Sachnormen ändern, um seine Optimierungsziele zu erreichen, sondern nur noch den Rang einzelner bestehender Sachnormen hoch- oder abstufen müssen. So lassen sich nicht nur politische Gewichte verschieben, sondern durchaus qualitative Veränderungen erreichen; das Risiko von Verwerfungen dürfte aber geringer sein als bei Reformen des Norminhalts.

2. Rechtsanwendungsregeln

Neben der Information über die aktuelle normhierarchische Stufe der Sachnorm und vielen weiteren Metadaten, die der Sachnorm ebenfalls attributiv (aber variabel) anhaften³⁹, müssen zudem Informationen darüber gespeichert werden, wie die Sachnorm auf diejenigen anderen Sachnormen einwirkt, die ihr untergeordnet sind⁴⁰. Wir sind es gewohnt, das Verhältnis einer gesetzlichen Norm zu einer anderen den Regeln der Auslegung zu unterwerfen, die nur partiell verrechtlicht sind. Das Recht braucht aber eine Kollisionsordnung, sonst ist es kein Recht⁴¹. Im Lichte des Demokratieprinzips treten deshalb harte Regelungen wie die *lex-posterior*-Regel, ferner der Spezialitätsgrundsatz und ihm ähnelnde, logisch aber weniger streng zu fassende Vorrangregeln hinzu.

Insbesondere müssen Gesetzgeber und Gesetzesinterpreten klären, wo zwischen zwei Normen nicht nur ein Anwendungs-, sondern ein Geltungsvorrang besteht. In der gegenwärtigen Normtheorie spielt gerade diese Unterscheidung eine zentrale Rolle. Speziell durch die frühe Judikatur des EuGH ist das Methodenarsenal in diesem Punkt entscheidend ergänzt

³⁹ Zu den Metadaten gehören neben dem Rang der Sachnorm auch Informationen über ihren Urheber, Informationen über das Inkrafttreten, über Anwendungsbedingungen und Anwendungsende, den räumlichen Anwendungsbereich und vieles mehr.

⁴⁰ Grundlegend *Hans Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. (1960), S. 261 ff.; *Robert Walter*, *Über den Widerspruch zwischen Rechtsvorschriften* (1955); neuerdings *Heiko Sauer*, *Vorrang ohne Hierarchie. Zur Bewältigung von Kollisionen zwischen Rechtsordnungen durch Rangordnungsnormen, Bindungsnormen, Derogationsnormen und Kollisionsnormen*, in: *Rechtstheorie* Bd. 44 (2013), S. 503 ff.

⁴¹ *Klaus Friedrich Röhl/Hans Christian Röhl*, *Allgemeine Rechtslehre*, 3. Aufl. (2008), S. 606.

worden: Eine Norm (des primären Unionsrechts, soweit es innerstaatlich in den Regelfällen des Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG auf der normhierarchischen Stufe einfachen Gesetzesrechts steht, und des gesamten Sekundärrechts) kann selbst gegenüber innerstaatlichen Normen, die normhierarchisch gleich- oder sogar vorrangig sind und daher sogar Geltungsvorrang gegenüber der Unionsrechtsnorm beanspruchen könnten, mit Anwendungsvorrang ausgestattet sein⁴². Die Unterscheidung zwischen Geltungs- und Anwendungsvorrang markiert aber nicht nur unterschiedliche Einwirkungsarten zwischen genuin innerstaatlichem Recht einerseits und Unionsrecht andererseits, sondern erlaubt auch die Abbildung von *lex-posterior*-Verhältnissen, echten und unechten Formen von Spezialität u.v.m. innerhalb der Sphäre des innerstaatlichen Rechts⁴³.

Vieles spricht deshalb dafür, dass jedenfalls die heutige Rechtsordnung einen überaus umfangreichen Bestand an Metadaten zu Fragen des Normvorrangs und -nachrangs erfordern würde, wenn man jeder Norm im Verhältnis zu jeder anderen Normen potenziell je eigenständige Vor- oder Nachrangverhältnisse zumessen können muss⁴⁴. Gerade wenn die Rangvariable der jeweiligen Sachnorm nicht absolut anhaftet, sondern im Verhältnis zu unterschiedlichen Gruppen anderer Sachnormen je eigenständige Rangvariablen vergeben werden, erübrigt sich auf der Ebene der einzelnen Sachnorm, die einen homogenen Gehalt hat, die leidige, in der Rechtspraxis ohnehin (zu) oft übersehene Unterscheidung zwischen Geltungs- und Anwendungsvorrang.

Es ist auch nicht wünschenswert, jeder Einzelnorm einen großen Rucksack mit unbegrenzt vielen Meta-Informationen beizugeben, so dass man dieser Einzelnorm quasi individuelle, eigene Vorrang-Nachrang-Beziehungen zu jeder anderen Einzelnorm zuweisen kann – zu groß würde in diesem Fall die Gefahr normhierarchischer Widersprüche durch unabgestimmte Endlosschleifen. Kenntnis, Reflexion und Klärung dieser Vorrangfragen sind aber Voraussetzung für die angemessene Konkretisierung der Regeln über

⁴² Zum Anwendungsvorrang des Unionsrechts statt aller *Stefan Kadelbach*, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss (1999), S. 23 ff.; und *Monika Polzin*, Das Rangverhältnis von Verfassungs- und Unionsrecht nach der neuesten Rechtsprechung des BVerfG, in: JuS 2012, S. 1 ff.

⁴³ Statt vieler *Theodor Schilling*, Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen (1994), S. 377 ff., 396 ff.

⁴⁴ Vgl. *Christian Bumke*, Relative Rechtswidrigkeit (2004), S. 39 ff.

den Umgang mit den verschiedenen normhierarchischen Ebenen innerhalb der Handlungsform des förmlichen Parlamentsgesetzes. Das gilt auch und gerade für die Finanzverfassung mit ihrem exakten, in vielen Punkten sogar centgenauen Genauigkeitsanspruch.

VI. Fazit

Bündelt man diese Überlegungen, erweist sich die Finanzverfassung als ein Motor, vielleicht sogar als der Motor für die Herausbildung normhierarchischer Spreizungen innerhalb der Handlungsform des förmlichen Parlamentsgesetzes. Der verfassungsändernde Gesetzgeber hat hier punktuelle Impulse gesetzt, erscheint aber keineswegs als zielgenau treibende Kraft. Zentral war – seit *Paul Laband* – die Wissenschaft, die Widerhall in der Rechtsprechung gefunden hat.

Es ist *Reinhard Mußnug*, der mit dem „Haushaltsplan als Gesetz“ 1975 den Blick darauf lenkt, dass die Frage der Rechtswirkungen förmlicher Parlamentsgesetze nicht allein in der Dimension des normhierarchischen Ranges zu führen ist. Im Gegenteil: Die Rangfrage wird entschärft, weil sich speziell beim Haushaltsgesetz eine Reihe von Besonderheiten aus dessen beschränktem Gehalt ergeben. Das gilt namentlich rechtsfolgenrechtlich für das Fehlen seiner Außenwirkung. Auf der Eingangsseite kommt man allerdings ohne die normhierarchische Differenzierung zwischen Haushaltsgrundsatzgesetz, Bundeshaushaltsordnung und Haushaltsgesetz nicht aus; neuerdings treten das Maßstäbengesetz, das G 115 und die Tilgungsregelungen hinzu.

Die Finanzverfassung selbst bedarf dabei weiterer Fortbildung. Sobald der Druck auf die öffentlichen Haushalte wieder zunimmt – insbesondere bei einem wieder anziehenden Zinsniveau –, müssen sich die Konjunkturausgleichsregelungen (Art. 109 Abs. 3 Satz 2 GG) und der Tilgungsplan (Art. 109 Abs. 3 Satz 3 GG) als höherrangig bewähren.

Entscheidend ist dann die Justiziabilität dieser Normen. Weil weder die Konjunkturausgleichsregelungen noch der Tilgungsplan selbst Verfassungsrecht sind, genügt die abstrakte Normenkontrolle nach Art. 93 Abs. 1

Nr. 2 GG nicht⁴⁵. Zu erwägen ist die Einführung einer eigenen bundesverfassungsgerichtlichen Verfahrensart. Sie wäre der prozessuale Schlüssel zu den hier untersuchten Phänomenen der Ausdifferenzierung normhierarchischer Stufen innerhalb der unaufgebbaren Kategorie des parlamentarischen Gesetzes.

⁴⁵ Differenziert *Peine* (Fn. 21), S. 105 ff., der für Gesetze, die das Staat-Bürger-Verhältnis betreffen, eine verfassungsgerichtliche Überprüfung kraft einer (partiellen) Anknüpfung an Art. 3 Abs. 1 GG für möglich hält.

§ 6 „Der Staat hat nichts zu verschenken“

Rechtliche Substanz in einem Gemeinplatz

Josef Isensee

I.	Das Rechtssprichwort und seine Quellen	118
II.	Das staatsrechtliche Verbot der Schenkung.....	121
	1. Die private Freiheit des Schenkens und der Ausschluss des Staates.....	121
	2. Veräußerungsverbote und Vermögensprivatisierung.....	125
	3. Vom bürgerlichrechtlichen Vertragstatbestand der Schenkung zum staatsrechtlichen Schenkungsverbot.....	130
	a. Inkompatibilität der bürgerlichrechtlichen Maßstäbe	130
	b. Die kritische Grenze zwischen legitimen und illegitimen Staatsleistungen	132
III.	Legitimation der Staatsausgaben	135
	1. Gegenleistung des Subventionsempfängers.....	135
	2. Subsidiarität, Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit	136
	3. Illegitime „Geschenke“.....	139
IV.	Bundesstaatliche Kompetenzverteilung.....	140
V.	Inkurs: Historische Folien.....	144
	1. Rückblick auf den Patrimonialstaat	144
	2. Scheidung von Staatsvermögen und Privatvermögen des Herrschers	145
VI.	Legitime Staatsgeschenke.....	146
	1. Staatsgeschenke für Staatsgäste.....	146
	2. Staatsgeschenke für Bürger.....	148

Wer nach Heidelberg fährt, um über ein Thema der Finanzverfassung zu referieren, trägt Eulen nach Athen. Hier fand der Vogel der Minerva seinen finanzverfassungsrechtlichen Nistplatz. Hier wurden der herkömmlich finanzblinden deutschen Staatsrechtslehre die Augen geöffnet. Daran wirkte Reinhard Mußgnug überaus heilsam mit durch, seine bei Hans Schneider erstandene Habilitationsschrift über die Normqualität des Haushaltsplans, durch die Ernst Forsthoff gewidmete Studie über die zweckgebundene öffent-

liche Abgabe, mit der die Dogmatik der Sonderabgabe wie der nichtsteuerlichen Abgaben überhaupt einsetzt, die staatsvermögensrechtlichen Studien zu den Fragen, wem die Nofretete gehört, wem die Beute des Türkenlouis, wem das badische Krönungsornat.

Um nicht Eulen nach Athen zu tragen, bringe ich einen Spatzen mit: einen juristischen Gemeinplatz, in dem sich keine tiefere Weisheit versteckt.

I. Das Rechtssprichwort und seine Quellen

„Der Staat hat nichts zu verschenken“ – eines der ungezählten Rechtssprichwörter, in denen ein Sinnzusammenhang aufblitzt, der hinter verschiedenen rechtlichen Regelungen steht, vergleichbar den Sentenzen wie „error iuris nocet“, „casum sentit dominus“, „in praeteritum non vivitur“. Hier verdichten sich Rechtsgedanken zu lapidarer Kürze. In dieser Form ergeben sie noch keinen Rechtssatz. Vielmehr repräsentieren sie den Sinn eines möglichen oder eines geltenden Rechtssatzes. Es handelt sich nicht um eine lex, sondern um eine ratio legis, zumeist um eine ratio legum, den Sinn, der mehreren unterschiedlichen Rechtssätzen gemeinsam ist. Ein solcher hat seinen Ort nicht im positiven Gesetz, sondern im Diskurs der Rechtsinterpreten und Gesetzanwender.¹ Sie sind es, die sich auf solche Formeln verständigt haben.

¹ Dem Satz, daß der Staat nichts zu verschenken hat, wird rechtliche Bedeutung zugesprochen: *Dietrich Schindler*, Die Bundessubventionen als Rechtsproblem, 1951, S. 152; *Arnold Köttgen*, Subventionen als Mittel der Verwaltung, in: DVBl 1953, S. 485 (487); *Hans Peter Ipsen*, Öffentliche Subventionierung Privater, 1956, S. 20, (33); ders., Verwaltung durch Subventionen, in: VVDStRL 25 (1967), S. 257 (287 f.); ders., Subventionen, in: HStR IV, ¹1990 (²1999), § 92 Rn. 30; *Karl-Otto Henze*, Verwaltungsrechtliche Probleme der staatlichen Finanzhilfe zugunsten Privater, 1958, S. 21 f.; *Christian-Friedrich Menger*, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, in: VerwArch 51 (1960), S. 149 (155); *Klaus Stern*, Rechtsfragen der öffentlichen Subventionierung Privater, in: JZ 1960, S. 518 (521); *Ingo von Münch*, Die Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz bei der Gewährung von Subventionen, in: AöR 85 (1960), S. 270 (290 f.); *Dietrich Jesch*, Gesetz und Verwaltung, 1961, S. 183 Fn. 40; *Martin Bullinger*, Vertrag und Verwaltungsakt, 1962, S. 94 Anm. 481; *Karl Zeidler*, Bemerkungen zum Verwaltungsrecht und zur Verwaltung in der Bundesrepublik seit dem Grundgesetz, in: Der Staat 1 (1962), S. 321 (335); *Ferdinand Möller*, Gemeindienliche Subventionsverwaltung, 1963, S. 144; *Herbert Krüger*, Allgemeine Staatslehre, ¹1964, S. 332 f.; *Franz*

Den Ohren des juristischen Laien klingen die Topoi schroff und gnadenlos, zumal wenn es um den Zusammenhang von Recht und Geld geht: „Geld muß man haben“, sein finanzrechtliches Pendant: „Fiscus semper locuples“² (frei übersetzt: „Der Fiskus ist immer solvent“), „Fiscus non erubescit“³ (frei übersetzt: „Der Fiskus kennt keine Scham“), „Pecunia non olet“⁴, „Iudex non calculat“⁵, „Ohne Schuß kein Ius“. Das gilt auch für den Topos, der die Hoffnung auf Staatsgeschenke abweist. Das liegt an der sprachlichen Form der Sentenz, die verkürzt, zuspitzt, resümiert, dem Aphorismus gleich, der den „letzten Ring einer langen Gedankenkette“ bildet.⁶

Sprüche dieses Genres sind nicht für das Publikum bestimmt, sondern für die mehr oder weniger geschlossene Gesellschaft der professionellen Rechtsinterpreten. Die Juristen verständigen sich über sie und ersparen sich längere Ableitungen. Der letzte Ring steht für die ganze Gedankenkette. Der Topos *bedarf* keiner Begründung. Er *ist* die Begründung. Sapi-
enti sat.

Sein Urheber braucht keine gelehrte Autorität wie Cicero oder Bartolus zu sein. Vielleicht geht er auf einen findigen Repetitor zurück. Der Ursprung des Schenkungsverbots liegt im Dunkeln. Der Gedanke klingt an in Albert Haenels Bemerkung, es sei „schlechterdings kein selbstverständliches

Eppe, Subventionen und staatliche Geschenke, 1966, S. 88 ff., 137 ff.; *Otto Schlichter*, Klageformen bei der verwaltungsgerichtlichen Durchsetzung von Subventionsansprüchen, in: DVBl 1966, S. 738 (739); *Karl Heinrich Friauf*, Bemerkungen zur verfassungsrechtlichen Problematik des Subventionswesens, in: DVBl 1966, S. 729 (731); *Wolfgang Rüfner*, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, 1967, S. 380; *Hans F. Zacher*, Verwaltung durch Subventionen, in: VVDStRL 25 (1967), S. 308 (336 f. mit Fn. 128); *Gerhard Gindely*, Das Verbot staatlicher Schenkungen an Private, Diss. München 1970, S. 36 ff. (weit. Nachw. Fn. 3); *Walter Leisner*, Darf der Staat gütig sein?, in: NJW 2001, S. 1329 (1331 f.); *Henning Tappe/Rainer Wernsmann*, Öffentliches Finanzrecht, 2015, § 8 Rn. 721. – Aus der Judikatur: BGH, Urt. v. 30.1.1967, in: NJW 1967, S. 726 (728); BVerwGE 6, 282 (287); BVerwG, Urt. v. 19.12.1958, in: NJW 1959, S. 1098 (1099); VGH Kassel, Urt. v. 29.11.1962, in: DVBl 1963, S. 443 (446).

² *Bartolus*, Komm. zu Dig. 36, 3, 1 § 18. Weitere Quellen *Detlef Liebs*, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, ⁷2007, S. 86 (F. 40).

³ *M. Tullius Cicero*, Epistulae ad familiares 5, 12 (13), 1. Vgl. Liebs (N 2), S. 86 (F. 38).

⁴ Kaiser Vespasianus zugeschrieben.

⁵ Dig. 9, 8, 1 S. 1. Dazu Liebs (N 2), S. 114 (F. 150).

⁶ *Marie von Ebner-Eschenbach*, Aphorismen, in: dies., Gesammelte Schriften, 1. Bd., ²1905, S. 3.

Recht des Staates, „Schenkungen zu machen“.⁷ Dietrich Schindler verwirft die verbreitete Meinung, die Subvention sei „lediglich eine Liberalität, gewissermaßen ein Geschenk“.⁸ Die Formel, daß der Staat nichts zu verschenken hat, erlangt nachhaltige Wirkung durch Arnold Köttgen und Hans Peter Ipsen. Sie führen die Zitatenspalte in der deutschen Staatsrechtslehre an, in die sich der Bundesgerichtshof und das Bundesverfassungsgericht einreihen.⁹ Sie beanspruchen nicht, eine neue Doktrin zu inaugurierten. Ipsen setzt die Einsicht als gegeben voraus.¹⁰ Für Köttgen liegt sie „auf der Hand“.¹¹

Die Gegenposition repräsentiert ein Debattenbeitrag im Reichstag des Norddeutschen Bundes. Als dieser im Jahre 1868 über die Zulässigkeit eines Zuschusses zum Germanischen Museum in Nürnberg berät, erklärt der Abgeordnete Johannes Miquel, der spätere Finanzminister Preußens: „Um Schenkungen zu machen, dazu braucht man sich nicht in der Verfassung die Kompetenz vorzuschreiben; das ist ein wahres Menschenrecht und Recht jeden Staates.“¹² Die Antithese regt an, die These zu hinterfragen und dem heute wohletablierten Konsens auf den Grund zu gehen.

Der Topos wird in unterschiedlichen Bezügen verwendet: im Recht des Staatsvermögens, der Subventionen, des Staatshaushalts, im einfachen Recht wie im Verfassungsrecht. Das Schenkungsverbot zieht sich als roter Faden durch unterschiedliche Staatsaufgaben. Es geht aus von einem bestimmten Vorverständnis über Sinn und Grenze der Staatsgewalt. Das Vorverständnis ruft nach staats- und verfassungstheoretischer Reflexion. Mit ihr soll die tour d’horizon durch das Staatsrecht der Staatsausgaben beginnen.

⁷ *Albert Haenel*, Deutsches Staatsrecht, Bd. I, 1892, S. 380 Fn. 2 – gegen Miquel (unten N 12).

⁸ *Schindler* (N 1), S. 152.

⁹ Auswahlbibliographie s. o. N 1.

¹⁰ *Ipsen*, Subventionierung (N 1), S. 20.

¹¹ *Köttgen* (N 1), S. 487.

¹² Abg. Johannes Miquel in der 19. Sitzung des Reichstags des Norddeutschen Bundes am 9. Juni 1868, in: Stenographische Berichte, 1. Bd., 1868, S. 334.

II. Das staatsrechtliche Verbot der Schenkung

1. Die private Freiheit des Schenkens und der Ausschluss des Staates

Der Staat hat nicht teil an einer der höchsten und reinsten Formen der Freiheit, die der Private genießt: zu schenken und darin über seine Güter ohne Rechtszwang zu verfügen. Im Schenken erhebt sich der Private über die Welt des Eigennutzes, der rechtlichen Pflichten und der wirtschaftlichen Notwendigkeiten. Er bringt so seine Würde zur Geltung, wie ihn auf der anderen Seite der Empfänger mit der Annahme des Geschenks in seiner Würde anerkennt. Eben deshalb liegt in der Ablehnung eines Geschenks eine Kränkung des Schenkers. Der Sonnenwirt Christian Wolf, der traurige Held in Schillers Erzählung „Der Verbrecher aus verlorener Ehre“, der sich durch gesellschaftliches Verhängnis und eigene Schuld immer mehr in Kriminalität verstrickt und immer tiefer im Ansehen seiner Umwelt sinkt, erlebt seine bitterste, letzte Demütigung, als ein kleiner Junge, dem er, um ihm etwas Gutes zu tun, eine Geldmünze schenken möchte, diese ihm angewidert ins Gesicht wirft: nun fühlt er sich vollends aus der Gesellschaft verstoßen.¹³

Dem Staat als Organisation sind Empfindungen wesensfremd, die vielfach zum Schenken führen: Liebe, Freundschaft, Großherzigkeit, Artigkeit, Mitleid. In einem Roman Balzacs belehrt der Notar seinen Mandanten über die steuerrechtliche Lage: „... der Fiskus hat kein Herz, er kümmert sich nicht um Gefühle, er packt mit seinen Krallen jederzeit zu.“¹⁴ Dem Rechtsstaat, der nur nach verallgemeinerungsfähigen Maßstäben handelt, sind aber nicht allein die edlen, sondern auch die unedlen Triebkräfte des Schenkens verpönt: situative Eingebungen, Geberlaune, Großmannssucht, vollends Hintergedanken, welche die Spendabilität so manches listigen Agenten des Eigennutzes leiten, zumal die des geschäftstüchtigen Kundenfischers und Lockvogelhändlers: der den Empfänger zum moralischen

¹³ *Friedrich Schiller*, *Der Verbrecher aus verlorener Ehre* (ursprünglicher Titel: *Verbrecher aus Infamie*, 1787), in: ders., *Werke und Briefe*, Bd. 7 (hg. v. Otto Dann), 2002, S. 562 (569 f.).

¹⁴ *Honoré de Balzac*, *La Recherche de l'Absolu* (1834), dt., *Der Stein des Weisen*, in: ders., *Die menschliche Komödie*, Bd. XI, 1972, S. 591 (722). – Reflexionen zur Ambivalenz der „Staatsgüte“: *Walter Leisner*, *Der gütige Staat*, 2000, S. 196 ff.

Schuldner machen, zu Dankbarkeit verpflichten, in emotionale Abhängigkeit bringen möchte und so Eugen Roths Warnung bestätigt:

*„Ein Mensch, der was geschenkt kriegt, denke,
Nichts zahlt man teurer als Geschenke.“¹⁵*

Schenken ist oftmals eine Form der Werbung, der geschäftlichen, der erotischen, der allgemeinen Sympathiewerbung. Der Staat hat Werbung solcher Art nicht nötig. Bürger und Untertanen unterliegen von vornherein seiner Personal- und Gebietshoheit. Ihre Beziehungen sind rechtlich vorgeprägt. Freilich ist er als freiheitlich-demokratischer Ordner des Gemeinwesens auf das Rechtsvertrauen seiner Bürger angewiesen und deshalb bemüht, sich diese kostbare Ressource zu erhalten und einzuwerben. Für das Rechtsvertrauen wirbt die stetige und verlässliche, die redliche und kluge Anwendung des Rechts, nicht aber die Verteilung von Geschenken, die leicht dazu führen können, das Vertrauen in die Wirksamkeit und Integrität des Rechts zu unterminieren.

Die grundrechtliche Freiheit des Privaten umschließt das Recht, zu schenken.¹⁶ Die Freiheit wird jedoch praktisch relativiert durch die wirtschaftliche Notwendigkeit, für sein Auskommen auf dem Markt zu sorgen und in der Regel für jede Leistung eine Gegenleistung zu fordern, für die Ware den Preis, für die Arbeit den Lohn. Das Geschenk ist im privaten Rechtsverkehr die Besonderheit, die von einem moralischen Nimbus umgeben ist. Denn Uneigennützigkeit bedeutet für den Privaten ein Opfer, doch nicht für den Staat. Dieser ist grundsätzlich nicht auf Entgelt angewiesen, weil er sich einseitig-hoheitlich über Abgaben, zumal über die Steuer, die erforderlichen finanziellen Ressourcen verschaffen kann. Unentgeltlichkeit, für den Privaten die Ausnahme, ist für den Staat die Regel.

Private, die einander auf gleicher rechtlicher Ebene begegnen, gestalten ihre vertraglichen Beziehungen privatautonom, ihren jeweiligen Möglichkeiten, Bedürfnissen und Neigungen gemäß, und verständigen sich, ob sie ihre Leistungen entgeltlich oder unentgeltlich erbringen. Was in der Koordinationsbeziehung angemessen ist, lässt sich nicht auf die Subordinationsbeziehung zwischen Staat und Bürger übertragen. Hier gibt es keinen

¹⁵ Eugen Roth, *Mensch und Unmensch*, 41948, S. 99.

¹⁶ Grundrechtliche Fundierung in der Eigentumsgarantie: *Walter Leisner*, *Erbrecht*, in: *HStR VIII*, 32010, § 174 Rn. 6.

freien Leistungsaustausch, kein freies Geben und Nehmen. Hier waltet nicht Privatautonomie, sondern die öffentlichrechtliche Pflichtenordnung; nicht das individuelle Rechtsgeschäft, sondern das allgemeine und gleiche Gesetz; nicht die Idee der Tauschgerechtigkeit, sondern die der Verteilungsgerechtigkeit; nicht persönliche Nähe, sondern sachlicher Abstand. Geschenke unterlaufen die rechtsstaatlichen Gebote der Distanz und der Allgemeinheit. Sie schaffen Sonderbeziehungen, erzeugen illegitime Abhängigkeit, Vernetzung und Verfilzung.¹⁷

Dem Staat kommt die Freiheit des Schenkens auch deshalb nicht zu, weil er von jedweder Freiheit ausgeschlossen ist. Da er die Freiheit der Bürger zu gewährleisten hat, kann er selbst nicht frei sein. Sein Handeln muß den Freiheits- und Gleichheitsrechten standhalten und sich aus Gründen des Gemeinwohls rechtfertigen. Ihm bleiben Spielräume des gemeinwohlorientierten Ermessens. Doch für legitime Willkür, wie sie sich dem Privaten aufzutut, wenn er schenkt, ist kein Platz. Jede Leistung des Staates muß sich der Probe auf ihre Gemeindienlichkeit unterziehen. Dem Privaten steht es frei, auch im Schenken eigennützige Ziele zu verfolgen. Damit erweist sich der Ausschluß des staatlichen Schenkens als Aspekt des Verteilungsprinzips, das jeder rechtsstaatlichen Verfassung zugrunde liegt: daß die Freiheit des Einzelnen ursprunghaft und prinzipiell unbegrenzt, die Macht des Staates prinzipiell begrenzt und begründungsbedürftig ist.¹⁸ Das „wahre Menschenrecht“ und das „Recht jeden Staates“ fallen nicht zusammen. Als Herrschafts- und Leistungsorganisation ist der Staat Mittel zu vorgegebenen Zwecken, indes der Mensch als Person um seiner selbst willen existiert und sich darin seine Würde erweist. Die Staatsorganisation besteht um der Allgemeinheit willen: *res publica res populi*. Ihre Befugnisse sind ihr nur treuhänderisch im Dienst der Allgemeinheit anvertraut. Das demokratische Prinzip, daß alle Staatsgewalt vom Volk ausgeht, wird ergänzt um das republikanische Prinzip, daß alle Staatsgewalt auf das Wohl des Volkes hin ausgerichtet ist und für das Wohl treuhänderisch ausgeübt wird.¹⁹

¹⁷ Grundsatzkritik an den Wohltaten eines „gütigen“ Staates: *Leisner* (N 14), S. 14 ff., 196 ff., 229 ff., 277 ff.

¹⁸ Begriff *Carl Schmitt*, *Verfassungslehre*, 1928, S. 126. Näher *Josef Isensee*, *Staat und Verfassung*, in: *HStR II*, 32004, § 15 Rn. 174 ff.

¹⁹ Näher mit Nachw. *Josef Isensee*, *Gemeinwohl und öffentliches Amt*, 2014, S. 64 ff. (66 f., 68 ff.).

Hier konvergieren die staatsrechtliche und die privatrechtliche Wertung. Der Treuhänder verfügt nicht frei über das Treugut. Das bürgerliche Recht verwehrt den Eltern wie dem Vormund, als Vertreter des Kindes auf dessen Kosten Geschenke zu machen.²⁰ Das gilt auch für das Treugut des Staates, die Finanzen. Alle Finanzgewalt ist dazu bestimmt, der Allgemeinheit zu dienen. Das Gebot gilt für die hoheitlichen wie die privatrechtlichen Emanationen der Finanzgewalt, für die Einnahmen, für die Ausgaben wie für die Verwaltung des Vermögens. Sie alle müssen die Probe der Gemeindienlichkeit bestehen. Daher ist die Selbstbedienung der Entscheidungsträger ausgeschlossen, ebenso die Bedienung von Günstlingen unter Individuen und Gruppen.

Der Gleichheitssatz leistet Widerstand gegen Schenkungen solcher Art. Er verbietet Willkür im Umgang mit öffentlichen Mitteln und verbannt damit eine Motivation, der das private Schenken entspringt. „Was der Staat hergibt, hat er vorher anderen weggenommen.“²¹ Das Geben wie das Nehmen bedarf der demokratischen Legitimation, die notwendig durch das Haushaltsgesetz vermittelt wird, aber in grundrechtssensiblen Bereichen, also in der Regel, darüber hinaus noch einer sachgesetzlichen Ermächtigung bedarf.²²

Die Finanzgewalt ist auch in ihrer fiskalischen Erscheinung an die Grundrechte gebunden, so daß der öffentlichen Hand substantielle Privatautonomie versagt bleibt.²³ Sie vermag ihre rechtsstaatlichen Bindungen nicht abzustreifen, wenn sie ihre Immobilien verwaltet und wenn sie sich auf den Markt begibt. Eine vorkonstitutionelle Theorie, daß dem Staat, sofern er in privatrechtlicher Form „wie ein Privatmann“ – als Fiskus – handle, auch die Freiheit des Privaten, die Privatautonomie, zukomme,²⁴ geisterte noch

²⁰ §§ 1641 S. 1, 1804 S. 1 BGB.

²¹ *Zeidler* (N 1), S. 335. Vgl. auch *Zeidler*, Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, in: *VVDStRL* 19 (1961), S. 208 (235).

²² Zum Meinungsstand *Fritz Ossenbühl*, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: *HStR* V, ³2007, § 101 Rn. 23 ff. (26 f.); *Jörn Axel Kämmerer*, Subventionen, ebd., § 124 Rn. 31 f. (Nachw.).

²³ *Karl Heinrich Friauf*, Staatsvermögen, in: *HStR* IV, ¹1990 (²1999), § 90 Rn. 46 ff.; *Josef Isensee*, Privatautonomie, in: *HStR* VII, ³2009, § 150 Rn. 105; ders., Anwendung der Grundrechte auf juristische Personen, in: *HStR* IX, ³2011, § 199 Rn. 40 ff.

²⁴ Rückschau auf die Fiskustheorie(n) *Bullinger* (N 1), S. 200 ff.; *Krüger*, Staatslehre (N 1), S. 323 ff.

längere Zeit im Schrifttum umher,²⁵ hat sich jedoch unter der verfassungsrechtlichen Einwirkung der Grundrechte und des demokratischen Prinzips nahezu verzogen.²⁶ Lapidar formuliert der Schweizerische Bundesrat in seiner Botschaft zur Finanzreform 1948: „Der Staat kann mit seinen Geldmitteln nicht wie ein Privatmann schalten und walten und darf sie nur für die satzungsmäßigen staatlichen Zwecke verwenden.“²⁷

2. Veräußerungsverbote und Vermögensprivatisierung

Das Argument, daß der Staat nichts zu verschenken hat, wird in Stellung gebracht wider die Vermögensprivatisierung.²⁸ Um der Sauberkeit des staatlichen Lebens willen fordert Herbert Krüger, die Unveräußerlichkeit des Staatsgutes verfassungsmäßig festzuschreiben.²⁹ Verfassungen des konstitutionellen Zeitalters hatten diese Forderung eingelöst, so die Verfassungsurkunde für das Königreich Württemberg: „Das Kammer-Gut ist in seinem wesentlichen Bestande zu erhalten und kann daher ohne Einwilligung der Stände weder durch Veräußerung vermindert noch mit Schulden oder sonst mit einer bleibenden Last beschwert werden.“³⁰

In diesen Bahnen hält sich heute die Verfassung des Freistaates Bayern, wenn sie bestimmt: „Das Grundstockvermögen des Staates darf in seinem

²⁵ So bei *Hans Peters*, Die Stellung des Bundes in der Kulturverwaltung nach dem Bonner Grundgesetz, in: FG für Erich Kaufmann, 1950, S. 281 (292 f.); *Hans Schneider*, Werbung im Rundfunk, 1965, S. 22 ff.; *Ernst Forsthoff*, Der Staat als Auftraggeber, 1963, S. 14 ff.

²⁶ *Hans Hugo Klein*, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, 1968, S. 94, (140); *Josef Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 11968 (22001), S. 204 ff.

²⁷ Botschaft zur Finanzreform 1948, S. 284, BBl 1948 I 592. Zitiert nach *Schindler* (N 1), S. 152.

²⁸ Vermögensprivatisierung als Gegenbegriff zur funktionalen Privatisierung: *Martin Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999, S. 10 f.; *Michael Ronellenfitsch*, Wirtschaftliche Betätigung des Staates, in: HStR IV, ³2006, § 98 Rn. 45.

²⁹ *Krüger* (N 1), S. 332. Köttingen folgert aus dem Schenkungsverbot, daß willkürliche Dispositionen über das Verwaltungs- und Finanzvermögen rechtlich unterbunden werden (N 1), S. 487.

³⁰ §§ 107 Abs. 1 VerfWürtt. Dazu *Robert von Mohl*, Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg, Bd. I, ²1840, S. 637.

Wertbestand nur auf Grund eines Gesetzes verringert werden.³¹ Das Grundstockvermögen umfaßt alle Kategorien der öffentlichen Sachen, also Finanz- und Verwaltungsvermögen und Sachen im Gemeingebrauch, darunter „alles staatliche Vermögen, das nicht zum Aufbrauch durch die Verwaltung bestimmt ist“,³² also alles Vermögen, das nicht zum Kassenbestand, zu Rücklagen, zu den durch Gesetz oder Haushaltsplan zweckgebundenen Einnahmen gehört.³³ Die Veräußerung durch die Exekutive wird damit nicht verboten, wenn der Erlös dem Verkehrswert entspricht, den Wert des Grundstockvermögens also nicht verringert. Bleibt der Erlös darunter, so bedarf die Veräußerung der formellgesetzlichen Grundlage und der materiellen Rechtfertigung durch die Verfolgung legitimer öffentlicher Aufgaben.³⁴ Ein Veräußerungsgeschäft, das diese Voraussetzung nicht erfüllt, verstößt gegen ein gesetzliches Verbot und ist somit nichtig.³⁵ Das Veräußerungsverbot ist also nur relativer Natur. Dagegen bestand in der DDR ein absolutes Veräußerungsverbot. Der Befehl Nr. 64 der Sowjetischen Militäradministration Deutschland vom 17. April 1948 hatte das Volkseigentum für unantastbar erklärt und den Verkauf oder die Übergabe an Private verboten.³⁶

Dem Bundesrecht ist ein solches Tabu fremd. Wohl aber errichtet das Haushaltsrecht Hürden. Es gestattet die Veräußerung von Vermögensgegenständen des Bundes nur, wenn diese zur Erfüllung seiner Aufgaben in absehbarer Zeit nicht benötigt werden.³⁷ Aus dem grundsätzlichen Verbot des Schenkens ergibt sich kein generelles Verbot der Veräußerung. Nicht jedweder Vermögensgegenstand der öffentlichen Hand ist *res extra commercium*.³⁸ Diese Eigenschaft muß im Einzelfall nachgewiesen werden. Sie

³¹ Art. 81 S. 1 BayVerf. Als Ausdruck des Schenkungsverbot es gedeutet vom BGH, Urt. v. 30.1.1967, in: NJW 1967, S. 726 (728). Als Verbot der Verschleuderung des „Tafelsilbers“ von *Josef Franz Lindner*, in: ders./Markus Möstl/Heinrich Amadeus Wolff (Hg.), *Verfassung des Freistaates Bayern*, 2009, Art. 81 Rn. 1.

³² *Wilhelm Hoegner*, *Lehrbuch des Bayerischen Verfassungsrechts*, 1949, S. 121; vgl. auch BayVerfGH 7, 86 (93); *Lindner* (N 31), Art. 81 Rn. 5 ff.

³³ BGH (N 1), S. 726.

³⁴ BGH (N 1), S. 726 (Ls. 2), 728.

³⁵ § 134 BGB. Vgl. BGH (N 1), S. 727.

³⁶ Dazu Obergericht der DDR, Urt. v. 8.10.1957, in: NJ 1957, S. 776 ff., Urt. v. 15.4.1958, in: NJ 1958, S. 577 (578 f.).

³⁷ § 63 Abs. 2 S. 1 BHO. Grundsätzliche Zulässigkeit: *Ronellenfisch* (N 28), § 98 Rn. 45.

³⁸ *Josef Isensee*, *Staatsvermögen*, in: HStR VI, ³2007, § 122 Rn. 107 ff., 111.

ist von Anfang an gegeben für das militärische Gerät der Bundeswehr, das, wenn es in private Hände geriete, das Gewaltmonopol des Staates gefährden könnte. Aber sie umfaßt nicht ohne weiteres alle Kulturgüter in öffentlichen Museen, zumal solchen, die auf unbestimmte Zeit in ihren Depots schlummern. Der staatseigenen Spielbank Aachen, die Werke zeitgenössischer Kunst als Kapitalanlage angekauft hat, vielleicht auch in der Nebenabsicht, einen aufstrebenden Maler zu fördern, ist es grundsätzlich unbenommen, einzelne Werke, wie jüngst Bilder Andy Warhols, auf den Markt zu bringen, wenn die Konjunktur günstig ist und der Empörung der Feuilletons zu trotzen. Auf rechtlichen Widerstand stieße sie nur, wenn es sich um anerkanntes nationales Kulturgut handelte oder wenn gewichtige regionale, historische oder kulturelle Gründe für die Beibehaltung sprächen.³⁹ Es gibt aber keinen Grund, die vorhandenen Vermögenobjekte in öffentlicher Hand, auch nicht ihr heimliches Tafelsilber, um jeden Preis zu horten.

Der Umstand, daß ein öffentliches Unternehmen eine gemeinwohlwichtige Aufgabe erfüllt, wie Bahn, Post, kommunale Daseinsvorsorge, hindert noch nicht einmal die Aufgabenprivatisierung, soweit auch der Private aus eigener Kraft der Aufgabe genügen kann, er also nicht zum Subventionsfall auf Dauer wird, und dem Staat der Sicherstellungsauftrag verbleibt.⁴⁰

Laut Haushaltsrecht darf die Veräußerung von Gegenständen des Staatsvermögens nur zum vollen Wert der Sache erfolgen, es sei denn, daß der

³⁹ Zu den relativ schmalen Veräußerungsverboten *Gindely* (N 1), S. 25 ff. Zum Kulturgüterschutz allgemein *Reinhard Mußgnug*, Das Kunstwerk im internationalen Recht, in: Johann Tönjes Cassens et alii, Kunst und Recht, 1985, S. 15 ff.; ders., Schutz des kirchlichen Kulturerbes vor den Kirchen?, in: Kirchliches Buch- und Bibliothekswesen 4 (2003), S. 47 ff.; ders., Die Staatsangehörigkeit des Kulturgutes, in: FS für Georg Ress, 2005, S. 1531 ff.

⁴⁰ Zur Organisations-, Aufgaben- und funktionalen Privatisierung: *Martin Burgi*, Privatisierung, in: HStR IV, ³2006, § 75 Rn. 6 ff., 16 ff. Zur Sicherstellung: *Burgi*, aaO., § 75 Rn. 3, 26 ff., 30 ff.; *Hermann Butzer*, Sicherstellungsauftrag, in: HStR IV, ³2006, § 74 Rn. 19 ff., 38 ff.; *Bruno Kahl/Andreas Kerst*, Öffentliche Unternehmen, in: Werner Gätzer/Tilmann Schweisfurth (Hg.), Öffentliche Finanzwirtschaft in der Staatspraxis, 2015, S. 613 (626).

Die Verfügungskompetenz über das Staatsvermögen liegt grundsätzlich bei der Exekutive. Freilich bestehen Parlamentsvorbehalte für Grundstücke von erheblichem Wert und besonderer Bedeutung oder für entsprechende Anteile an Unternehmen (§ 64 Abs. 2 und § 65 Abs. 7 BHO). Dazu *Friauf* (N 23), § 90 Rn. 51 f.

Haushaltsplan, oder bei geringerem Wert oder bei dringendem Bundesinteresse das Bundesministerium der Finanzen, Ausnahmen zulassen.⁴¹ Regel und Ausnahmen spiegeln sich im Verfassungsrecht. Für das Bundesverfassungsgericht ist es eine „aus dem Dienst am Gemeinwohl folgende selbstverständliche Verpflichtung der Staatsorgane“, bei der Veräußerung öffentlichen Vermögens grundsätzlich einen angemessenen Preis zu erzielen, bei fiskalischen Veräußerungsgeschäften den Marktpreis.⁴² Der Gesetzgeber darf aber von diesem Grundsatz aus sozial- und wirtschaftspolitischen Gründen abweichen, soweit er den Kreis der Begünstigten sachgerecht abgrenzt, wie er es bei der VW-Privatisierung getan hat mit der Vergabe von verbilligten Volksaktien, die den Aktienbesitz breiter streuen, und von verbilligten Belegschaftsaktien, die die Verbundenheit der Arbeitnehmer mit dem Werk stärken sollten.⁴³ Die Veräußerung unter Marktpreis widerspricht nicht dem Schenkungsverbot, wenn es durch einen legitimen öffentlichen Zweck gerechtfertigt wird und die Prüfung am Gleichheitssatz besteht.

Der Bund ist nicht verpflichtet, den Veräußerungserlös zu Neuerwerbungen für das Grundstockvermögen zu verwenden, wie es die Bayerische Verfassung als Kompensation der Vermögenseinbuße vorsieht,⁴⁴ weil es gute Gründe geben kann, das Grundstockvermögen zu verringern. Immerhin gehört es seit dem 19. Jahrhundert zum Programm liberaler Ordnungspolitik, das Eigentum der toten Hand in das der lebenden Hand zu überführen, ein Programm, das aus der grundrechtlichen Sicht von heute darauf angelegt ist, das reale Substrat der Berufsfreiheit und der Eigentumsgarantie zu vergrößern. In der Ära des Frühkonstitutionalismus forderte Robert von Mohl die Überführung der funktionslos gewordenen Domänen in private Hand, weil der Staat teuer, häufig nachlässig und unzweckmäßig verwalte. Überwachungen könnten selbst im besten Falle nur positiven und groben Schaden abwenden, nie aber zu Vorteilen verhelfen, „welche nur Freiheit und Raschheit des Handelns zu erzeugen vermögen“. Die Gründe

⁴¹ § 63 Abs. 3, § 64 BHO. Analoge Regeln gelten für die Überlassung der Nutzung eines Vermögensgegenstandes (§ 63 Abs. 4 BHO).

⁴² BVerfGE 12, 354 (364).

⁴³ BVerfGE 12, 354 (364 ff.).

⁴⁴ Art. 81 S. 2 BayVerf. Dazu *Lindner* (N 31), Art. 81 Rn. 16 ff.

verstärkten sich noch bedeutend, wenn der Verkauf zur gleichen Zeit einem Mangel an freiem Grundeigentum abhelfe.⁴⁵

Gerade das letzte Argument gewinnt heute wieder Aktualität. Solange es den Markt nach Wohnraum und Geschäftsraum düstert, darf der Staat nicht den Leerstand seiner Gebäude auf unbestimmte Zeit hüten, wenn deren bisherige Nutzung für Verwaltungszwecke sich erledigt hat und keine Raumreserve für eine absehbare andere Nutzung notwendig ist.

Die ordnungspolitischen Gedanken Robert von Mohls werden heute verfassungsrechtlich durch die Institutsgarantie des Privateigentums sanktioniert.⁴⁶ Ihr widerspricht die fortdauernde Akkumulation des Grundeigentums in öffentlicher Hand, das dem Bund als Erben der DDR in den neuen Bundesländern zugefallen ist. Für die Masse an „Volkseigentum“ und sonstigem öffentlichen Eigentum war Privatisierung angezeigt.⁴⁷ Das Schenkungsverbot hindert die Bundesrepublik nicht, Immobilien und Unternehmen aus der DDR-Erbmasse unter Marktpreis an Investoren zu veräußern, wenn diese für Modernisierung und sachgerechte Nutzung eintreten, oder zu günstigen Bedingungen den früheren Eigentümern zurückzugeben, um, wenn auch ohne rechtlichen Zwang, altes Unrecht auszugleichen.

Das Saarland erfüllte eine grundrechtliche Verpflichtung, als es die dominierende Zeitung der Region, die Saarbrücker Zeitung, die durch wechselhafte politische Zeitläufte in Staatshand geraten war, privatisierte, weil die Pressefreiheit kein staatliches Pressemonopol verträgt. Das Land übertrug 26% der Geschäftsanteile an der nunmehrigen GmbH unentgeltlich den gemeinnützigen politischen Stiftungen der drei damals im Landtag vertretenen Parteien, ohne gegen das Schenkungsverbot zu verstoßen, weil diese bodenständigen Organisationen die Gewähr boten, die Eigen- und Sonderbelange des Saarlandes wie die allgemeinen politischen Bildungsinteressen

⁴⁵ *Robert von Mohl*, Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, Bd. II, ²1844, S. 44 f.

⁴⁶ *Isensee* (N 38), § 122 Rn. 73 ff., 79 ff.

⁴⁷ *Hans-Jürgen Papier*, Vergangenheitsbewältigung: Abwicklung, Ahndung, Entschädigung, in: HStR IX, ¹1997, § 213 Rn. 45; *Josef Isensee*, Rechtsstaat – Vorgabe und Aufgabe der Einung Deutschlands, ebd., § 202 Rn. 131.

gegenüber dem bundesweit operierenden Medienkonzern, der die Mehrheit der Anteile zum Marktpreis erwarb, zur Geltung zu bringen.⁴⁸

3. Vom bürgerlichrechtlichen Vertragstatbestand der Schenkung zum staatsrechtlichen Schenkungsverbot

a. Inkompatibilität der bürgerlichrechtlichen Maßstäbe

In den staatsrechtlichen Kontext paßt nicht die bürgerlichrechtliche Figur der Schenkung: als Zuwendung, durch die jemand aus seinem Vermögen einen anderen bereichert, wenn beide Teile darüber einig sind, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgt.⁴⁹

Schon der Vertragscharakter, der dieser Figur eignet, findet sich nur in Randzonen der Staatstätigkeit: in der Verwaltung des Finanzvermögens, in der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit, im Beschaffungswesen, schließlich auch in der rechtsstaatlich heiklen Figur des subordinationsrechtlichen öffentlichrechtlichen Vertrages.

Nur in engen Grenzen und nur unter Vorbehalt anwendbar ist das bürgerlichrechtliche Merkmal der Unentgeltlichkeit, das Kriterium also, daß die Zuwendung weder in einem rechtlichen Zusammenhang mit einer Gegenleistung noch zur Erfüllung einer Verbindlichkeit erfolgt. Nicht übertragbar ist auch das schenkungsteuerrechtliche Merkmal der freigebigen Zuwendung.⁵⁰

Freilich erbringt auch der Staat sowohl entgeltliche als auch unentgeltliche Leistungen. Die Leistungsverwaltung fordert in vielen Bereichen, zumal denen der Daseinsvorsorge, Gebühren, Beiträge oder privatrechtliche Entgelte, die den Prinzipien der Kostendeckung und der Äquivalenz folgen. Doch darum sind die Befreiung vom Kindergartenbeitrag, die Fahrpreisermäßigung für den Studenten, die beitragslose Mitversicherung der Familienangehörigen in der gesetzlichen Krankenversicherung oder die

⁴⁸ SaarlVerfGH, Urt. v. 16.4.2013, auszugsweise in: NVwZ-RR 2012, S. 537 ff. Näher *Josef Isensee*, Corriger la fortune?, in: Festschrift für Rudolf Wendt, 2015, S. 165 (168 ff.).

⁴⁹ § 516 Abs. 1 BGB. Einen eigenständigen, verwaltungsrechtlichen Begriff der Schenkung bringt *Eppe* (N 1), S. 96 ff.

⁵⁰ § 7 Abs. 1 Nr. 1 EStG. Dazu *Jens Peter Meincke*, ErbStG, 162012, § 7 Rn. 9.

hochsubventionierte Opernkarte keine Geschenke im Sinne des bürgerlichen Rechts.⁵¹ Denn die finanziellen Vorteile, die dem Einzelnen zufließen, werden gerechtfertigt durch sozialstaatliche wie kulturstaatliche Gründe.

Vollends liegen die kostenlosen Vorteile, die der Einzelne aus dem Gesamtzustand des staatlich geordneten Gemeinwesens zieht, so die öffentliche Sicherheit, die funktionstüchtige Rechtsordnung, die Verkehrswege, das Bildungswesen jenseits des bürgerlichrechtlichen Schenkungshorizonts. In all diesen Vorkehrungen erfüllt der Staat eine auf das Wohl der Allgemeinheit ausgerichtete, öffentliche Aufgabe, um deretwillen die Gegenleistung reduziert wird oder ganz entfällt, so daß von einer Schenkung im zivilrechtlichen Sinn nicht die Rede sein kann, auch nicht von einer gemischten Schenkung. Dabei spielt es keine Rolle, ob die öffentliche Verwaltung eine gesetzlich umschriebene Pflicht erfüllt oder nach pflichtgemäßem Ermessen handelt. Es kommt allein darauf an, ob die Rechtfertigung aus dem *bonum commune* gelingt und ob jedermann einen Vorteil nach allgemeinen rechtlichen Kriterien in Anspruch nehmen kann. In wesentlichen Handlungsbereichen ist die Unentgeltlichkeit Verfassungsgebot, insbesondere in der äußeren wie inneren Sicherheit, deren Gewährleistung den primären Zweck der Staatsgewalt ausmacht.

In der Regel finanziert der Staat seine gemeindlichen öffentlichen Aufgaben über die steuerliche Gemeinlast, die von jedermann nach dem Maß seiner Leistungsfähigkeit aufgebracht wird. Die Finanzverfassung stellt es in weiten Bereichen dem politischen Ermessen des Gesetzgebers anheim, ob er ein Entgelt verlangt oder nicht. Das Schenkungsverbot ist kein Pauschalargument wider den Nulltarif. Fordert der Fiskus aber ein Entgelt, so muß er sich für die gewählte nichtsteuerliche Belastung ihrer Form und ihrer Höhe nach eigens rechtfertigen. Hier betritt er das finanzverfassungsrechtliche Minenfeld der nichtsteuerlichen Abgaben.⁵² Dieses erweist sich als besonders gefährlich, wenn der Gesetzgeber soziale Wohltaten spendet, sie jedoch nicht aus der eigenen Kasse bezahlt, sondern die Finanzierung

⁵¹ Dagegen qualifiziert *Leisner* alle unentgeltlichen Leistungen als „Staatsgeschenke“, so die Sozialhilfe, die beamtenrechtliche Fürsorge und die schulische Erziehung (N 14, S. 157 ff., 166 f., 170 ff.).

⁵² *Josef Isensee*, Nichtsteuerliche Abgaben – ein weißer Fleck in der Finanzverfassung, in: Staatsfinanzierung im Wandel, Schriften des Vereins für Sozialpolitik, Gesellschaft für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, neue Folge Bd. 134 (1983), S. 435 ff.; *Paul Kirchhof*, Nichtsteuerliche Abgaben, in: HStR V, ³2007, § 119.

auf Dritte abwälzt und so einer Bevölkerungsgruppe die „Zwangspatenschaft“ für eine andere aufbürdet.⁵³ Bei derlei „Patengeschenken“ entfällt auch die entfernteste Analogiemöglichkeit zum zivilrechtlichen Urbild des Geschenks.

Die Rechtslage zeigt sich anders, wenn der Staat nicht unmittelbar öffentliche Aufgaben erfüllt, sondern sich am wirtschaftlichen Wettbewerb beteiligt und sich dem Gesetz des Marktes unterwirft oder wenn er seinerseits im Auftrags- und Beschaffungswesen sowie in der Vermögensverwaltung den Wettbewerb organisiert. Hier geht er auf optimalen Markterfolg aus und „verschenkt“ nicht die Gewinnchancen, die der Markt bietet, soweit die besondere Rechtsgebundenheit und seine Gemeinwohlausrichtung es zulassen.⁵⁴

b. Die kritische Grenze zwischen legitimen und illegitimen Staatsleistungen

Da die Schenkung im zivilrechtlichen Sinn nicht in das System der Staatshandlungen paßt, kann sie auch nicht zulässig sein.⁵⁵ Was dem Privaten erlaubt ist, wird dem Staat verwehrt. Doch darum verwandelt sich der Vertragstatbestand des bürgerlichen Rechts nicht eins zu eins in einen kongruenten Verbotstatbestand des Staatsrechts. Dieser muß eigenständig definiert werden.

1. Die subjektiven Merkmale scheiden aus.⁵⁶ Eine Schenkungsabrede, wie sie dem BGB vorschwebt, ist irrelevant, ebenso das subjektive Merkmal der Schenkungsteuer bei der Schenkung unter Lebenden, daß jedenfalls der Geber die Unentgeltlichkeit kennen und sich vom Willen leiten lassen muß, den Empfänger zu bereichern.⁵⁷ Die Grenze staatlichen Handelns ist

⁵³ Reinhard Mußgnug, Die zweckgebundene öffentliche Abgabe, in: FS für Ernst Forsthoff, 1972, S. 259 (292).

⁵⁴ Ronellenfitsch (N 28), § 98 Rn. 33 ff., 46 ff. Zu den sozialstaatlichen und konjunkturpolitischen Bindungen des Staates, wenn er am privaten Vermögensverkehr teilnimmt, Friauf (N 23), § 90 Rn. 46 ff.

⁵⁵ Dagegen hält Möller in der Subventionsverwaltung das privat- oder öffentlichrechtliche Konstrukt eines atypischen Schenkungsvertrages unter Bedingungen und Auflagen für zulässig (N 1), S. 142 ff.

⁵⁶ Zutreffend Epe (N 1), S. 99 ff.; Gindely (N 1), S. 42 f.

⁵⁷ Dazu Meincke (N 50), § 7 Rn. 11.

ausschließlich *objektivrechtlich* zu bestimmen. Dabei kommt es allein auf die Position des staatlichen Gebers an, nicht auf die des privaten Empfängers.

2. Das Schenkungsverbot ist *materiellrechtlicher Natur*. Es läßt sich nicht auf das bloß formelle Kriterium einer haushaltsrechtlichen oder einer darüber hinaus erforderlichen sachgesetzlichen Grundlage zurückführen.⁵⁸ Freilich bedeuten Ausgaben, die nicht durch Gesetz und Recht gedeckt sind, vergeudetes öffentliches Geld.⁵⁹

3. Für den Finanz- und Steuerstaat verläuft die kritische Grenze zwischen legitimen und illegitimen Leistungen, zwischen der Rechtfertigung durch eine öffentliche Aufgabe und dem Mangel einer solchen Rechtfertigung, nicht aber zwischen Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit. Das Schenkungsverbot greift nicht schon dann ein, wenn ein Bedachter auf Kosten der Staatskasse bereichert wird, wie es zivil- oder schenkungsrechtlichen Kriterien entspräche – dann wäre jede Subvention, jede Leistung der Sozialhilfe oder der Entwicklungshilfe eine Schenkung.⁶⁰ Vielmehr kommt es erst dann zum Zuge, wenn eine staatliche Zuwendung oder eine Verfügung über staatliches Gut nicht eine gemeindienliche, öffentliche Aufgabe erfüllt, wie sie in den Gesetzen vorgezeichnet wird. Wird die Zuwendung nicht gerechtfertigt, so geht sie für das Gemeinwohl verloren und wird „verschenkt“.⁶¹ Im finanzrechtlichen Sinn kann man von Geschenken – genauer: von illegitimen Geschenken – sprechen, wenn eine Ausgabe oder eine Verfügung über einen Vermögensgegenstand nicht durch einen Vorteil für das Wohl der Allgemeinheit aufgewogen wird, wenn also finanzielle Ressourcen fehlgeleitet werden. Eine finanzielle Vergünstigung ist nur legitim, wenn sie der Prüfung am Gleichheitssatz standhält.⁶²

⁵⁸ So aber VGH Kassel (N 1), S. 446; *Zeidler* (N 1), S. 335; ablehnend *Gindely* (N 1), S. 47 ff. – Zum Stand der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes in der Leistungsverwaltung *Fritz Ossenbühl*, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: HStR V, ³2007, § 101 Rn. 23 ff.

⁵⁹ *Zeidler* (N 1), S. 335.

⁶⁰ In diesem Sinne aber der Sprachgebrauch von *Leisner* (N 14), S. 32 ff.

⁶¹ In diesem Sinne *Ipsen*, Verwaltung (N 1), S. 287 f.; ders., HStR IV (N 1), § 92 Rn. 30; *Friauf* (N 1), S. 731; *Gindely* (N 1), S. 9, 45 ff. – Einen weiten Begriff der Schenkung verwendet *Leisner*. Für ihn ist jeder staatlich gewährte Vorteil ein Geschenk (N 14, S. 32 ff., 37 ff., 82 ff., passim).

⁶² *Köttgen* (N 1), S. 487.

4. Der gemeindienliche Zweck der Ausgabe bildet nicht nur den Grund ihrer Legitimation, sondern auch das Maß. Die Einbuße muß zwecktauglich, erforderlich und angemessen sein, wie es das Haushaltsrecht vorgibt. Die Gebote haushälterischer Rationalität, *Wirtschaftlichkeit* und *Sparsamkeit*, verwirklichen das Schenkungsverbot, wie es dem Gebot des treuhänderischen Umgangs mit den staatlichen Ressourcen entspricht.⁶³ Betriebswirtschaftliche Grundsätze kommen zum Zuge in der Vermögensverwaltung, den fiskalischen Hilfsgeschäften und den öffentlichen Unternehmen, wenn und soweit vorrangige, gemeinwohlerhebliche Belange und zwingende Vorschriften nicht entgegenstehen.
5. Das Schenkungsverbot bezieht sich nicht nur auf das Tun, sondern auch auf das *Unterlassen*.⁶⁴ Der Staat darf seine Ressourcen nicht brachliegen lassen. So hat er das steuergesetzlich vorgesehene Steuervolumen auszuschöpfen. Die Besteuerungsbefugnis ist zugleich Besteuerungspflicht. Auch die Befugnisse zum Steuerdispens vertragen keine laxer Handhabung, welche die Lastengleichheit unterläuft. Vielmehr muß sich die Steuerbefreiung aus der Besteuerungsgerechtigkeit im Einzelfall rechtfertigen.⁶⁵ Insofern erlangt das Schenkungsverbot auch Bedeutung für die staatlichen Einnahmen.
6. Das Schenkungsverbot als solches zeitigt noch keine unmittelbaren Rechtsfolgen. Als *ratio legis* bedarf es der *lex*, also der Vermittlung durch das positive Recht, weiter aber noch der *Zutat* so manchen *granum salis*,

⁶³ Vgl. *Tappe/Wernsmann* (N 1), § 8 Rn. 721.

⁶⁴ Nach bürgerlichem Recht kann die Schenkung in einer Verminderung der Passiva (Schulderlaß etc.) bestehen (*Jens Koch*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 3, 62012, § 516 Rn. 11). Ähnlich ist im Schenkungsteuerrecht jede Minderung von Schulden oder Belastungen beim Bedachten eine Zuwendung unter Lebenden (ErbStR 14 Abs. 2 S. 1). Doch das bloße Unterlassen, eine Forderung geltend zu machen, reicht nicht aus. Es bedarf des positiv zu erklärenden Verzichts (*Meincke* [N 50], § 7 Rn. 9).

⁶⁵ Grundlegend zur Dogmatik des Dispenses *Reinhard Mußgnug*, Der Dispens von gesetzlichen Vorschriften, 1964. Speziell zur Rechtfertigung des Steuerdispenses: *Josef Isensee*, Das Billigkeitskorrektiv des Steuergesetzes, in: FS für Werner Flume, Bd. II, 1978, S. 129 ff.

ehe es operationabel werden kann. Soweit es sich aber zu einem Veräußerungsverbot verdichtet hat, bildet es ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB.⁶⁶

III. Legitimation der Staatsausgaben

1. Gegenleistung des Subventionsempfängers

Zuwendungen dürfen im Haushaltsplan nur veranschlagt werden, wenn der Bund oder das Land an der Erfüllung der Zwecke durch den Empfänger ein erhebliches Interesse hat, das sonst nicht oder nicht im notwendigen Umfang befriedigt werden könnte.⁶⁷ Subventionen sind keine Geschenke.⁶⁸ Sie werden nicht *donandi causa* gewährt, sondern *stimulandi causa*.⁶⁹ Nach Hans Peter Ipsen ist eine Subvention begrifflich bedingt durch die erwartete Gegenleistung des Empfängers, mit seinem Verhalten den öffentlichen Subventionszweck zu fördern: „eine Gegenleistung, die zwar keine marktwirtschaftliche ist und die Subventionierung nicht tauschwirtschaftlich kennzeichnet, es aber ausschließt, das Subventionieren ein staatliches Geschemachen zu nennen.“⁷⁰ Was für die Wirtschaftssubvention gilt, das gilt entsprechend für das studentische Stipendium. Denn in beiden Fällen schulden die Empfänger besondere Anstrengungen, die dort einem Wirtschaftszweig, hier dem Bildungspotential der Gesellschaft, letztlich der Allgemeinheit, zugute kommen.

Die Subvention kann auch erbrachte Leistungen belohnen und so mittelbar Leistungsbereitschaft für die Zukunft anregen und stärken. Prämien dieser Art finden sich in verschiedenen Verwaltungssektoren vom Bildungswesen bis zum kommunalen Fassaden- und Vorgartenwettbewerb.⁷¹

⁶⁶ So BGH (N 1), S. 728; *Menger* (N 1), S. 155. Ablehnend BVerwG, Urt. v. 19.12.1958, in: NJW 1959, S. 1098 (1099).

⁶⁷ § 14 HGrG, § 23 BHO.

⁶⁸ *Ipsen*, Öffentliche Subventionierung (N 1), S. 20, 33; *Zacher* (N 1), S. 337 Fn. 128; *Leisner* (N 14), S. 207 f.

⁶⁹ *Möller* (N 55), S. 144. Vgl. auch *Eppe* (N 1), S. 102 ff., 137 ff.

⁷⁰ *Ipsen*, Verwaltung (N 1), S. 287 f.; ders., Subventionen (N 1), § 92 Rn. 30. Zuvor schon *Schindler* (N 1), S. 152 f.

⁷¹ Zur Ex-post-Subvention *Zacher* (N 1), S. 337. Beispiele *Möller* (N 55), S. 72.

Zu Recht leitet der Bundesgerichtshof den Grundsatz, daß der Staat kein Recht zu Geschenken hat, aus rechtsstaatlichen Prinzipien ab, insbesondere aus dem Willkürverbot.⁷² Doch gibt es auch ein sozialstaatliches Argument. Soziale Leistungen sind keine Geschenke, weil sie der Solidarpflicht der staatlichen Allgemeinheit entspringen, die einen Mindeststandard für alle ihre Glieder gewährleistet und die Sache der schwächsten ihrer Zugehörigen zu ihrer eigenen Sache macht. Analoge Gründe rechtfertigen im internationalen Raum die Entwicklungshilfe.⁷³

Staatliche Körperschaften, die Investoren und Unternehmen einzuwerben versuchen, locken mit Steuervorteilen per Gesetz oder Verwaltungsakt, ohne auf Steuergleichheit, Diskriminierungsverbot, Wettbewerbsfairness zu achten. Così fan tutte: So machen es alle Steuergläubiger, die miteinander konkurrieren: Gemeinden, Bundesländer, Mitgliedstaaten der EU, letztere in der Form von Beihilfen, mit denen Luxemburg die Finanzierungsgesellschaft Fiat und die Niederlande die Starbucks-Kette in das Land locken und in ihm halten wollen.

2. Subsidiarität, Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit

Der treuhänderische Umgang des Staates mit seinen Finanzen fordert die Rechtfertigung seiner Zuwendungen aus dem Subsidiaritätsprinzip.⁷⁴ Die öffentliche Hand beansprucht nicht das Monopol für die Herstellung und die Finanzierung des Gemeinwohls. Vielmehr geht sie davon aus, daß unter den Bedingungen der grundrechtlichen Freiheit die Gesellschaft sich von unten nach oben entfaltet, daß sich ihre Zugehörigen grundsätzlich selber versorgen und der Staat für die finanziellen Voraussetzungen der Grundrechtsausübung nur dann einsteht und gemeindienliche Aufgaben

⁷² BGH (N 1), S. 728.

⁷³ Zu Prinzipien und Maßstäben der Entwicklungshilfe *Philipp Dann*, Entwicklungszusammenarbeit, in: HStR XI, ³2013, § 249 Rn. 40 ff.

⁷⁴ Zu Inhalt und Konsequenzen: *Hans Heinrich Rupp*, Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: HStR II, ³2004, § 31 Rn. 51 ff.; *Josef Isensee*, Staatsaufgaben, in: HStR IV, ³2006, § 73 Rn. 65 ff.; *Hermann Butzer*, Sicherstellungsauftrag, ebd., § 74 Rn. 64, 66; *Bernd Grzeszick*, Hoheitskonzept – Wettbewerbskonzept, ebd., § 78 Rn. 31 ff.

nur dann in eigener Regie erfüllt, wenn die einzelnen für sich oder im gesellschaftlichen Verbund ihnen nicht genügen.⁷⁵ Die Dosierung der Ausgaben bemißt sich nach den haushaltsrechtlichen Maximen der Zwecktauglichkeit, Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit, der kaufmännischen Vorsicht.⁷⁶ Die Gebote haushälterischer Rationalität wirken darauf hin, daß der Staat seine finanziellen Ressourcen nicht vergeudet, nicht vertut, nicht „verschenkt“.⁷⁷

Die abstrakten Gebote der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit im Umgang mit öffentlichen Finanzen erfordern Realitätssinn und Urteilskraft der Entscheidungsträger.⁷⁸ Sie werden in ihr Gegenteil verkehrt, wenn die Verwaltung Aufträge an den Bieter mit dem billigsten Gebot vergibt, ohne zuvor Seriosität, Qualität und Nachhaltigkeit zu überprüfen, mit der Folge, daß die Sparsamkeit zur Verschwendung geraten kann, wie manches Großprojekt zeigt. Die gebotene Haushaltswahrheit wird fadenscheinig und die gebotene Haushaltsklarheit trübe, wenn die Zuwendungen an Griechenland als Darlehen ausgewiesen werden, obwohl niemand in Regierung und Parlament daran glaubt, daß sie jemals zurückgezahlt werden. Gleichwohl ist der verlorene Zuschuß nicht per se ein „Geschenk“.

⁷⁵ Zur Relevanz des Subsidiaritätsprinzips für die Finanzverfassung vgl. die Beiträge in: Hanno Kube/Ekkehard Reimer (Hg.), Subsidiarität in der Finanzverfassung, 2015.

⁷⁶ Zu dem Zusammenhang *Bruno Kahl/Andreas Kerst*, Subsidiarität in ihrer Bedeutung für öffentliche Unternehmen, in: Anton Rauscher (Hg.), Besinnung auf das Subsidiaritätsprinzip, 2015, S. 35 (43 ff.). Vgl. auch *Eppe* (N 1), S. 137 ff.; *Markus Heintzen*, Staatshaushalt, in: HStR V, ³2007, § 120 Rn. 48; *Christoph Gröpl*, Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit staatlichen Handelns, ebd., § 121 Rn. 9 ff. (11); *Lars Hummel*, Verfassungsrechtsfragen der Verwendung staatlicher Einnahmen, 2008, S. 261 ff.

⁷⁷ Begründung der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit aus dem Schenkungsverbot: *Tappe/Wernsmann* (N 1), § 8 Rn. 721.

⁷⁸ Realitätssinn und Urteilskraft des Vorstandes einer Krankenkasse, die aufgrund ihrer „Treuhandfunktion gegenüber ihren Mitgliedern“ nach dem Gebot der Wirtschaftlichkeit (§ 69 Abs. 2 SGB IV; vgl. auch § 12 Abs. 1 SGB V) verpflichtet ist, ihre Aufgaben mit den geringstmöglichen Mitteln zu erreichen, bewähren sich auch darin, ob und wie weit sie einen Zuschuß zu einer Betriebsfeier bewilligen und der Pflege des Betriebsklimas Rechnung tragen. Laut Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen verstößt der Zuschuß in der Regel gegen das Gebot der Wirtschaftlichkeit, es sei denn, daß er „im Rahmen des Notwendigen die Funktionsfähigkeit der Verwaltung aufrechterhalte“ und ohne die Sonderleistung keine sachgerechten, geeigneten Arbeitsbedingungen bestünden (Urt. v. 29.1.2014, in: NZS 2014, S. 503 [504]). Grundlegend BSGE 56, 197 (198 ff.). Kritisch *Otfried Seewald*, Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit aus der Sicht des Bundessozialgerichts, in: SGB 1985, S. 51 ff.

Ängstliche Befolgung der frugalen Maximen kann zu Kleinlichkeit, Peinlichkeit und Lächerlichkeit führen, so als der Bundesrechnungshof dafür sorgte, daß Bundeskanzler Adenauer pro Monat 37,50 DM von seinen Dienstbezügen abgezogen wurden, weil er im Palais Schaumburg zwei kleine Nebenräume seines Arbeitszimmers privat genutzt habe, das eine zum Ausruhen, das andere zum Beisammensein mit nahen Freunden.⁷⁹ – Heutzutage möchte sich auch die Bundesbank an der Hilfe für Flüchtlinge beteiligen und die Gebäude stillgelegter Filialen kostenfrei der Bundesanstalt für Immobilienaufgaben als Erstaufnahmelager zur Verfügung stellen. Der Chefjurist interveniert: die Bundesbank dürfe nicht staatliche Aufgaben finanzieren. Allenfalls dürfe sie geeignete Immobilien an den Bund vermieten, jedoch, wie es § 36 Abs. 4 BHO verlange, nur zu einem marktgerechten Mietzins, es sei denn, daß der Bundesminister der Finanzen wegen eines dringenden Bundesinteresses eine Ausnahme zulasse. Damit zeichnet sich das Kuriosum ab, daß der Bund der Bundesbank einen Mietzins (sei es in marktgerechter, sei es in symbolischer Höhe) entrichtet, der den Gewinn der Bundesbank erhöht und mit diesem Gewinn in die Bundeskasse zurückfließt.⁸⁰ Angesichts der großen Raumnot sieht übrigens der Bundesminister der Finanzen nunmehr vor, daß Grundstücke den Kommunen mietzinsfrei überlassen werden, soweit und solange sie der Unterbringung von Asylbegehrenden und Flüchtlingen dienen,⁸¹ und daß die Bundesanstalt für Immobilienaufgaben „Konversionsgrundstücke“, die zuvor zu militärischen Zwecken genutzt wurden, unterhalb des gutachterlich ermittelten Verkehrswerts zur Förderung des sozialen Wohnungsbaus abgeben kann.⁸²

⁷⁹ Quelle: Der Spiegel 1/1955, S. 34.

⁸⁰ *Cerstin Gammel*, Rechte Tasche, linke Tasche, in: Süddeutsche Zeitung vom 18.9.2015, S. 6.

⁸¹ Entwurf Haushaltsvermerk zu den Herrichtungskosten 3.6. Rechtsgrundlage: § 63 Abs. 4 BHO in Verbindung mit § 63 Abs. 3 S. 2 BHO.

⁸² Entwurf Haushaltsvermerk zum sozialen Wohnungsbau Nr. 60.3. Rechtsgrundlage: § 63 Abs. 3 S. 2 BHO.

3. Illegitime „Geschenke“

Das Verbot von Geschenken greift, wo staatliche Gunst die Prüfung ihrer Verallgemeinerungsfähigkeit nicht besteht, wo die Inhaber der Macht sich selbst, ihre Partei, ihre Klientel bedienen, wo das private wie das politische Geschäft beginnt, nicht zuletzt bei den „Wahlgeschenken“, die, staatsethisch und staatsrechtlich gesehen, in der Tat den Namen Geschenke verdienen. Im Überbietungswettbewerb um die Stimmen der Wähler neigen die Parteien dazu, das Blaue vom Himmel zu versprechen, das sie im Fall ihres Wahlsieges nicht einlösen können, weil sie nunmehr unter das reale Gesetz der Knappheit geraten und sich dem Vorbehalt des Möglichen beugen müssen.⁸³ Ein historisches Lehrstück waren die überzogenen Wahlversprechen Bundeskanzler Erhards, die 1968 zu seinem Wahlsieg beigetragen hatten, mit denen er sich jedoch haushaltswirtschaftlich übernahm, so daß ihm nichts anderes übrigblieb, als sie über ein Haushaltssicherungsgesetz wieder zurückzunehmen.⁸⁴ Im Thema „Wahlgeschenke“ zeigt sich die demokratische Dimension des Schenkungsverbots: der Wähler darf nicht gekauft, nicht bestochen und nicht betrogen werden – am allerwenigsten mit Geld aus der Staatskasse.

Die Frage, ob eine Subvention, eine Abgabenverschönerung oder eine Intervention anderer Art mit dem Gleichheitssatz vereinbar oder ein illegitimes „Steuergeschenk“ ist, läßt sich nur von Maßnahme zu Maßnahme beantworten. Die Rechtfertigung vor den Augen der Öffentlichkeit gelingt leichter, wenn die Begünstigten Arbeitnehmer sind (Steuerfreiheit der Zuschläge für Sonntags-, Feiertags und Nachtarbeit),⁸⁵ als wenn es sich um Unternehmen handelt.

⁸³ Grundsätzlich *Otto Depenheuer*, Vorbehalt des Möglichen, in: HStR XII, ³2014, § 269 Rn. 8 ff., 19 ff., 45 ff.

⁸⁴ Gesetze zur Sicherung des Haushaltsausgleichs vom 20.12.1965. Zu den „Wahlgeschenken“ Erhards *Roland Sturm*, Staatsverschuldung, 1993, S. 36. Grundsätzliche Kritik an „Wahlgeschenken“ *Krüger* (N 1), S. 332; *Leisner* (N 14), S. 68 ff.

⁸⁵ § 3 b EStG.

IV. Bundesstaatliche Kompetenzverteilung

Im Zentrum der grundgesetzlichen Finanzverfassung liegt die Ordnung der Zuständigkeiten zwischen Bund und Ländern. Sie verteilt die Finanzmacht auf zwei Ebenen, begrenzt und diszipliniert sie, sorgt für Transparenz und Kontrolle, sichert mittelbar die grundrechtliche Belastungstoleranz und trägt dazu bei, die vertikale Gewaltenteilung des Bundesstaates aufzubauen. Keine Ausgabe ohne Finanzierungskompetenz. Es genügt nicht, daß sich Bund oder Land auf ein Erfordernis des Gemeinwohls beruft. Das Gemeinwohl als solches gibt keine Finanzierungsbefugnis. Es regelt die Kompetenzausübung, doch es bildet keinen Kompetenztitel. Ausgaben, die nicht durch Kompetenz abgedeckt sind, erfolgen *ultra vires*. Staatsrechtlich gesehen, bilden sie illegitime Geschenke.

Die Staatsrechtslehre leuchtet die Einnahmekompetenzen genau aus; doch die Ausgabenkompetenzen liegen im Schatten. Ein Grund mag sein, daß Grundrechte nicht unmittelbar berührt werden und es in der Regel dem Bürger egal ist, ob die Bundes- oder die Landeskasse zahlt. Doch gerade darum müssen die Kompetenzen sorgfältig eingehalten und streng kontrolliert werden, damit Staatsleistungen nicht zu Geschenken pervertieren.

Für die Bismarck'sche Reichsverfassung stellte Haenel fest, daß die Finanzwirtschaft eines Staates niemals eine selbständige Bedeutung beanspruchen könne; sie sei immer nur „als Mittel untergeordnet unter die durch Verfassung und Gesetz dem Staate obliegenden Aufgaben“. Das Reich sei nicht befugt, Ausgaben zu tätigen, die nicht der Durchführung seiner verfassungsmäßigen (Sach-)Kompetenzen dienten. Dennoch habe das Reich ununterbrochen eine Reihe von Zuwendungen in seine Etats aufgenommen, welche künstlerische, wissenschaftliche oder volkswirtschaftliche Zwecke im Kompetenzbereich der Einzelstaaten förderten, denen aber eine verfassungsmäßige Kompetenz des Reiches nicht entspreche.⁸⁶ Haenels Darstellung der Rechts- und Faktenlage läßt sich auf die Bundesrepublik übertragen. Auch hier folgen von Verfassungs wegen die Ausgaben den Aufgaben. Bund und Länder tragen die Ausgaben, die sich aus der Wahr-

⁸⁶ Haenel (N 7), S. 379 f.

nehmung ihrer Aufgaben, genauer: ihrer Verwaltungskompetenzen, ergeben.⁸⁷ Doch der Bund trifft darüber hinaus Zuwendungen für gemeindliche Aufgaben, die im Kompetenzbereich der Länder liegen. Wenn nach juristischer Begründung gefragt wird (was selten der Fall ist) und sich kein förmlicher Titel findet, wird eine ungeschriebene Aufgabenkompetenz, die sich beliebig dehnen läßt, zumal aus der Natur der Sache, unterlegt.

Weder Bund noch Länder halten sich streng an die Trennung der Kompetenzen. Neben den grundgesetzlich vorgesehenen Gemeinschaftsaufgaben und Kooperationsagenden wuchert eine präterkonstitutionelle Mischverwaltung.⁸⁸ In der Finanzierungspraxis herrscht Kompetenzpermissivität. Das verfassungsrechtliche Trennungssystem geht über in finanzielle Konkurrenz oder in politische Kooperation ohne System. Eine Flurbereinigung ist im Ansatz steckengeblieben.⁸⁹ Der Bund als die stärkere Finanzmacht erlangt die faktische Überlegenheit, gewinnt durch Zuwendungen mit ihren Zielvorgaben und Nebenbestimmungen präterkonstitutionellen Einfluß auf die Länder in ihren Eigenbereichen wie Schule, Universität, Kultur und vermag, Wohlverhalten im Bundesrat abzukaufen. Nach Dietrich Schindler ist die anziehende Kraft des Geldes, das der Zentralstaat gibt, stärker als die abschreckende Kraft der Pflichten, die den Gliedstaaten zufallen.⁹⁰ Wer zahlt, schafft an. Die Schlagworte der finanzpolitischen Debatte lauten „goldener Zügel“, „Angebotsdiktatur“, „verdeckter Finanzausgleich“.⁹¹ Der Weg führt vom kompetitiven Föderalismus über den kooperativen Föderalismus in den korruptiven Föderalismus.

⁸⁷ Art. 104 a Abs. 1 GG. Zum Konnexitätsprinzip *Hans Herbert von Arnim*, Finanzzuständigkeit, in: HStR VI, ³2008, § 138 Rn. 7 ff.; *Hummel* (N 76), S. 110 ff.; *Markus Heintzen*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Bd. 2, ⁶2012, Art. 104 a Rn. 11 ff. Bedenkenswert ist der Reformvorschlag, die Aufgaben-Ausgaben-Konnexität zu ergänzen durch die Konnexität zwischen der Ausgabenverantwortung und der Regelungshoheit auf der Sachebene. Dazu *Ekkehart Reimer*, Die künftige Ausgestaltung der bundesstaatlichen Finanzordnung, in: VVDStRL 73 (2014), S. 153 (178 f.).

⁸⁸ *Hasso Hofmann*, Die Entwicklung des Grundgesetzes von 1949 bis 1990, in: HStR I, ³2003, § 9 Rn. 74 ff.; *Janbernd Oebbecke*, Verwaltungszuständigkeit, in: HStR VI, ³2008, § 136 Rn. 136 ff.; *Josef Isensee*, Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, ebd., § 126 Rn. 188 ff.

⁸⁹ Dazu *von Arnim* (N 87), § 138 Rn. 75 f.

⁹⁰ *Schindler* (N 1), S. 153.

⁹¹ Zur Finanzierungskompetenz als Machtfrage *von Arnim* (N 87), § 38 Rn. 14 ff. Substantiierte Kritik an der Praxis *Simon Kempny/Ekkehard Reimer*, Neuordnung der Finanz-

Hier sei daran erinnert, daß die grundgesetzliche Zuweisung der Kompetenzen zwingend ist und nicht der Verfügung von Bund und Ländern unterliegt. Eine kompetenzwidrige Zuwendung des Bundes wird nicht dadurch geheilt, daß das Land, das sie entgegennimmt, zustimmt. Der Satz „volenti non fit iniuria“ gilt hier nicht.⁹²

Theodor Maunz, seinerzeit bayerischer Kultusminister, als Staatsrechtslehrer strenger Föderalist, wurde in seinem Universitätsseminar gefragt, warum er in seinen literarischen Äußerungen auf strenge Einhaltung der Kompetenzen dringe, als Regierungsmitglied aber kompetenzwidrige Subsidien des Bundes entgegennehme. Die salomonische Antwort: in der Tat sei es dem Bund von Verfassungs wegen verwehrt, kompetenzfremde Zuweisungen zu geben, doch dem Freistaat sei es nicht verboten, diese anzunehmen. Dem entspricht in der Tat die Praxis. Die Länder wehren sich nicht, wenn der Bund ihnen kompetenzwidrig Lasten abnimmt oder kompetenzwidrige Subsidien zuweist, also fragwürdige „Geschenke“ macht. Ein Land verteidigt die Kompetenzordnung durch Anrufung des Bundesverfassungsgerichts nur dann, wenn ihm die sachliche Regelung politisch mißfällt, so jüngst das Betreuungsgeld.⁹³ Nachdem aber 2015 das Bundesverfassungsgericht dieses Gesetz wegen eines Kompetenzdefekts aufgehoben hat, fordert Bayern, das das mangelhafte Vorhaben initiiert hatte, der Bund solle ihm die freigewordenen Finanzmittel für eine nunmehr landesrechtliche Regelung gleichen Inhalts zuweisen, also für die künftig kompetenzgemäße Sachregelung durch das Land die kompetenzwidrigen Finanzmittel herbeischaffen. Um das Maß vollzumachen, sagt die Bundeskanzlerin zu, daß der Bund diese Mittel den Ländern für nicht näher definierte

beziehungen, Gutachten D, in: Verh. 70. DJT, 2014, Bd. I, D 34 ff., 37 ff. Fundamentalkritik an der geltenden Finanzverfassung überhaupt: *Ulrich Haltern*, Die künftige Ausgestaltung der bundesstaatlichen Finanzordnung, in: VVDStRL 73 (2014), S. 103 (105 ff.).

⁹² *Schindler* (N 1), S. 153. – Zur Unverfügbarkeit und Unverrückbarkeit der bundesstaatlichen Kompetenzen *Josef Isensee*, Die bundesstaatliche Kompetenz, in: HStR VI, ³2008, § 133 Rn. 49 f. (Nachw.).

⁹³ BVerfG, Urt. v. 21.7.2015, in: NJW 2015, S. 2399 ff.

„familienpolitische Maßnahmen“ zuweisen werde.⁹⁴ Über den Grundsätzen der Konnexität und Trennung liegt, mit Reinhard Mußnug gesprochen, der „Fluch der Unverbindlichkeit“.⁹⁵

Wenn das am grünen Holze des normgestrengen deutschen Bundesstaates geschieht, was soll dann am dünnen Holze der normflexiblen Europäischen Union geschehen? Ihr Wirkungskreis wird nicht durch kompetenzrechtlich definierte Tätigkeitsbereiche bestimmt, sondern durch Integrationsziele. Geld ist ein wirksames Integrationsmittel. Mit sonderlichen Subsidiaritätsskrupeln plagt sich die EU nicht ab.⁹⁶ Wenn Bund, Land und Kommune ein populäres Projekt fördern, läßt sich die EU nicht die Gelegenheit entgehen, ein supranationales Sahnehäubchen draufzusetzen und dafür zu sorgen, daß am barrierefreien Dünenübergang auf der Insel Hiddensee eine Tafel das deutsche Nettozahlerland daran erinnert, daß auch sie zu den Geldgebern gehört.⁹⁷

In der Literatur regen sich Versuche, das Finanzierungstohuwabohu rechtlich abzusegnen durch das Konstrukt einer ungeschriebenen Fondszuständigkeit des Bundes⁹⁸ oder einer kompetenzfreien Zone.⁹⁹ Ein Vorläufer war Johannes Miquel, der sich in der Reichstagsdebatte über die Dotation für ein Museum erfreut zeigte, daß der Norddeutsche Bund die „langweilige Einrede der Kompetenz“ losgeworden sei, weil er als „volles Staatswesen“ ohne Rücksicht auf Staatsaufgabe und Kompetenz beschließen könne, welche Einnahmen er dekretiere und welche Ausgaben er machen wolle, weil es sein Beruf sei, „die Deutsche nationale Sache zu vertreten“.¹⁰⁰ Die These

⁹⁴ Dazu *Ralph Bollmann*, Die Gier der Bundesländer, in: Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung v. 27.9.2015, S. 24.

⁹⁵ *Reinhard Mußnug*, Keine moralischen Standpauken, in: Handelsblatt Nr. 29/6 v. 10.2.1994, S. 2.

⁹⁶ Zur Rechtslage: *Henning Tappe*, Subsidiarität im europäischen Verfassungsrecht, in: Kube/Reimer (N 75), S. 65 ff.

⁹⁷ Zur Kompetenzfrage der europäischen Strukturfonds: *Bettina Schöndorf-Haubold*, Die Strukturfonds der Europäischen Gemeinschaft, 2005, S. 469 ff.

⁹⁸ Im Anschluß an die Weimarer Praxis *Ipsen*, Subventionierung (N 1), S. 41. Anders dagegen *von Arnim* (N 87), § 138 Rn. 54 ff., 68 ff.; *Rudolf Wendt*, Finanzhoheit und Finanzausgleich, ebd., § 139 Rn. 129.

⁹⁹ Dazu mit Nachw. *Isensee* (N 92), § 133 Rn. 106 ff. Ablehnung der Kompetenzfreiheit für den Schweizer Bundesstaat: *Schindler* (N 1), S. 152.

¹⁰⁰ *Miquel* (N 12), S. 334.

stieß schon unter der Bismarck'schen Reichsverfassung auf Widerspruch.¹⁰¹ Mit der Rigidität der bundesstaatlichen Finanzverfassung ist sie unvereinbar. Das Bundesverfassungsgericht hat jüngst mit dem Urteil zum Betreuungsgeld immerhin ein Zeichen für Kompetenzstrenge gesetzt.¹⁰²

V. Inkurs: Historische Folien

1. Rückblick auf den Patrimonialstaat

Historisch gesehen, ist das Schenkungsverbot alles andere als selbstverständlich. Es setzt die Unterscheidung zwischen dem Öffentlichen und dem Privaten voraus, zwischen Imperium und Dominium,¹⁰³ zwischen staatlicher Gebundenheit und privater Freiheit. Die Unterscheidung folgt aus der Entwicklung des modernen Staates und wird sanktioniert durch seine grundrechtlichen und demokratischen Verfassungsstrukturen. In der Ära des Patrimonialstaates galten dagegen das Territorium als Eigentum des Herrschers und die Bewohner als Zubehör. Er besaß privatrechtliche Verfügungsmacht und konnte sein Land vererben, verpfänden, verkaufen, verschenken. „Das Schicksal des Territoriums ... war in der Hauptsache eine Frage des fürstlichen Vermögensrechts.“¹⁰⁴

Die Habsburger haben ihre Territorien weithin erheiratet und ererbt. Der portugiesische Besitz Bombay ging 1661 als Mitgift einer portugiesischen Infantin an den englischen König Karl II. Rußland verkaufte 1867 Alaska an die USA für 7,2 Mio. US-Dollar. Im Jahre 1954 „schenkte“ Nikita Chruschtschow (als Chef der kommunistischen Partei Alleinherrscher der Sowjetunion) die Krim, zuvor Teil Rußlands, der Ukraine aus wohlwollend-despotischer Geberlaune, als Geste persönlicher Verbundenheit mit dieser Sowjetrepublik. Im zentralistischen System der kommunistischen Parteienherrschaft über die ganze Sowjetunion war diese Verschiebung der

¹⁰¹ Haenel (N 7), S. 379 f. (380 Anm. 2).

¹⁰² BVerfG (N 93), 2399 ff. – zu Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 mit Art. 72 Abs. 2 GG. Auf dieser Linie bereits BVerfGE 106, 62 (144 ff.); 112, 226, (244 ff.).

¹⁰³ Carl Friedrich von Gerber, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, ³1860, S. 65.

¹⁰⁴ Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, ³1914, S. 398 ff.; Krüger (N 1), S. 138 ff., 820 f.

gliedstaatlichen Zuständigkeit freilich bedeutungslos. Doch mit dem Zerfall der Sowjetunion verwandelten sich die bundesstaatlichen Binnengrenzen in völkerrechtliche Außengrenzen, und die Krim wurde für Rußland ausländisches Territorium. Seit Rußland im Jahr 2014 durch völkerrechtswidrigen Gewaltakt sich die Krim zurückgeholt hat, versuchen seine Apologeten, die Annexion dadurch zu legitimieren, daß sie dem Schenkungsakt Chruschtschows die Rechtswirksamkeit absprechen, weil das Staatsgebiet kein tauglicher Gegenstand einer Schenkung sei. Völkerrechtlich ist das Argument haltlos. Es verfehlt auch das sowjetische Verfassungsrecht der Ära Chruschtschow, das der Parteiführung die unbeschränkte Handlungsvollmacht bot. Dennoch zeigt der juristische Fehlgebrauch, daß das Schenkungsverbot als Rechtsgedanke lebendig ist.

2. Scheidung von Staatsvermögen und Privatvermögen des Herrschers

Das Schenkungsverbot setzt überdies voraus, daß der Staat als eigenständige rechtliche Größe sich von den Menschen abhebt, die in seinem Namen handeln. Ein wichtiger Schritt auf dem Weg zum Verfassungsstaat war das Verständnis der Herrschaft als Ausübung eines Amtes in Abgrenzung von der privaten Existenz des Herrschers. Daraus folgt die Trennung des Kammergutes als Bestandteil der Landeshoheit vom Privatvermögen („Schatullgut“) des Landesherrn. Zum staatlichen Kammergut gehören Domänengüter, Manufakturen, auch die Hofausstattung („Pertinenz“).¹⁰⁵ Das Kammergut blieb unberührt vom Wechsel in der Person des jeweils regierenden Monarchen. Es sollte auch unberührt bleiben vom Wechsel der Staatsform im Jahre 1918.¹⁰⁶ Es gehörte nunmehr dem republikanischen Staat wie dem vormals monarchischen. Das Privatvermögen verblieb weiterhin – grundsätzlich jedenfalls – der Familie des vormaligen Monarchen. Freilich ergaben sich vielfach schwierige Abgrenzungsprobleme, zumal bei Liegenschaften, Kunstgegenständen, Archivalien. Die junge Republik fand weithin zum schiedlich-friedlichen Ausgleich der Vermögens-

¹⁰⁵ Dazu *von Mohl* (N 30), S. 636 ff.; *Georg Meyer*, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 41895, S. 248, 638; *Friauf* (N 23), § 90 Rn. 11 ff.

¹⁰⁶ *Reinhard Mußgnug*, Die Großherzoglich Badischen Sammlungen zwischen Monarchie und Republik, in: *Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg*, 4 (2007), S. 401 (408 ff.).

ansprüche mit den vormals regierenden Häusern. Doch vereinzelt entzündeten sich noch heute Konflikte, wenn ein Nachfahre der Monarchen wie der Markgraf von Baden mittelalterliche Handschriften aus der Badischen Landesbibliothek oder Bilder Hans Baldung Griens aus der Kunsthalle Karlsruhe als Eigentum beansprucht, ihren Verkauf androht und den aufgeschreckten Ministerpräsidenten Baden-Württembergs, der um das Kulturgut des Landes bangt, zu einem Vergleichsangebot drängt. Hier hat Reinhard Mußgnug gründlich und erfolgreich den Nutzen der Rechtshistorie für den gegenwärtigen Staatshaushalt aufgezeigt, als er den Ursprüngen und Zuordnungen der Gegenstände nachging, den heutigen vermögensrechtlichen Status von Urkunden, Gemälden, Schmuck aus Säkularisierungs- und Türkenbeute bestimmte,¹⁰⁷ so dazu beitrug, daß der Staat nicht erwerben mußte, was ihm bereits gehörte und guten Glaubens staatliches Geld verschenkte.

VI. Legitime Staatsgeschenke

1. Staatsgeschenke für Staatsgäste

Jede Regel hat ihre Ausnahmen, auch das Schenkungsverbot. Noch heute gibt es Reservate, in denen der Staat Geschenke macht, und zwar Geschenke im bürgerlichrechtlichen Sinn, und das nicht verdeckt, sondern demonstrativ und besten staatsrechtlichen Gewissens. Das ist der Fall bei Staatsbesuchen. Im zwischenstaatlichen Verkehr gehört es zur außenpolitischen Courtoisie, daß der Besucher ein Gastgeschenk mitbringt, aber auch, daß der Gastgeber ein Gastgeschenk macht.¹⁰⁸ Hier besteht allerdings nicht das staatsrechtliche Subordinationsverhältnis zwischen Staat und Bürgern, sondern das völkerrechtliche Verhältnis souveräner Gleichheit zwischen Hoheitsträgern. Es handelt sich um Geschenke, die den bürgerlichrechtlichen Tatbestandsmerkmalen der Unentgeltlichkeit, der Freiwillig-

¹⁰⁷ *Mußgnug* (N 106), S. 411 ff.

¹⁰⁸ Zur Geschenkpraxis der Bonner Republik und ihrer Gäste *Walter Henkels*, Pferde, Teppiche und „Schreckenskammern“, in: FAZ v. 30.11.1976, Nr. 270, S. 5.

lichkeit und des beiderseitigen Einvernehmens entsprechen. Gleichwohl erfüllen sie einen staatsrechtlich legitimen Zweck: die Repräsentation des Staates nach außen sowie die Pflege des politischen Klimas. Mit diplomatischem Fingerspitzengefühl wählt Deutschland seine Geschenke aus nach dem mutmaßlichen oder diskret nachgefragten Geschmack des ausländischen Staatsoberhauptes (für Staats- und Parteichef Breschnew ein Mercedes-Coupé 450 SLC) oder nach dem erhofften Nutzen für die Bevölkerung (einen Sanitätswagen für ein afrikanisches Entwicklungsland).

Auf der deutschen Empfängerseite kann sich ein Rechtsstreit ergeben, wer Eigentum erwirbt, der Staat oder die Person des Staatsoberhauptes, die Bundesrepublik Deutschland oder Bundespräsident Lübke privat. Von dessen Erben forderte die Bundesrepublik die Herausgabe einer flämischen Tapiserie aus der Zeit um 1700 (damaliger Schätzwert 16.000 DM), das Gastgeschenk des französischen Staatspräsidenten de Gaulle. Das Oberlandesgericht Köln sprach den Wandteppich dem Bundespräsidenten persönlich zu, und zwar deshalb, weil ihm das Geschenk nach protokollarischer Vorklärung ausdrücklich zu dem Zweck überreicht worden war, die Privatwohnung des Bundespräsidenten zu schmücken.¹⁰⁹ Ohne diese spezifische Widmung aber wäre der Teppich in Staatseigentum übergegangen. In der Praxis haben sich Kriterien eingespielt, nach denen Staatsgeschenke des zwischenstaatlichen Umgangs in das Eigentum des Amtsinhabers oder in das des Staates übergehen, und nach denen dem Inhaber die Option zum Ankauf zusteht.

Ansonsten besteht ein strenges, enges und dichtes Reglement des Dienstrechts wie des Strafrechts, das allen Amtsträgern die Annahme persönlicher Vorteile verbietet, um die Lauterkeit der Amtstätigkeit zu sichern und noch nicht einmal den bösen Schein der Bestechlichkeit aufkommen zu lassen.¹¹⁰ Als unverfänglich gilt die Annahme von Vorteilen im Wert unterhalb 15 €. Ab dieser Grenze beginnen Genehmigungspflichten und Annahmeverbote. Die Tasse Kaffee und der Schreibkuli mit Firmenlogo des Geschäftspartners gelten noch nicht als korruptionstauglich.

¹⁰⁹ OLG Köln, Urt. v. 20.12.1983, in: NJW 1984, S. 2299 f.

¹¹⁰ § 42 BeamStG, § 71 BBG, §§ 331-336 StGB. Zu den Grenzen zulässiger Geschenke *Roland Bömer*, Anti-Korruptions-Compliance, in: GWR 2011, S. 28 ff; *Klaus Herrmann*, Kommunale Wahlbeamte und das Geschenk(-verbot), in: LKV 2012, S. 537 ff.

Ein solcher Verdacht regt sich nicht, wenn Private den staatlichen Körperschaften Geschenke machen und in der Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgabe fördern: durch Überlassung einer Kunstsammlung, durch eine Stiftungsprofessur, die Bereitstellung von Gebäuden als Flüchtlingsquartiere, durch Spenden. Im Gegenteil: hier winken Dank und Lohn für gemeinnütziges Handeln, für staatsbürgerliche Generosität. Freilich kann mäzenatischer Altruismus in Bestechungsversuch übergehen, wenn ein Unternehmer gut Wetter macht für die Vergabe öffentlicher Aufträge oder ein besorgter Vater für die schulische Versetzung der Tochter. So können fragwürdige Geschenke *an* den Staat den Weg bahnen zu fragwürdigen Geschenken *durch* den Staat.

2. Staatsgeschenke für Bürger

Auch der Staat macht seinen Bürgern Geschenke, die eine entfernte Analogie zu den Geschenken an ausländische Staatsoberhäupter haben, die ohne Rechtszwang erfolgen, der Repräsentation nach innen dienen, Integration leisten und Bürgerfreundlichkeit zeigen sollen. Deutschland tut sich heute schwer in der Repräsentation und der Selbstdarstellung. Gleichwohl hat auch der demokratische Staat seine Würde, die er zur Geltung bringen darf. Aus Sorge, er könne etwas verschenken, braucht er sich bei Empfängen nicht lumpen zu lassen, obwohl der Rechnungshof das Büffet auf ein mögliches Übermaß an Opulenz nachträglich kontrolliert.

Im übrigen trifft auch das bürgerliche Recht eine Ausnahme von dem Verbot, daß die Eltern oder der Vormund Geschenke auf Kosten der Kinder machen, nämlich für den Fall, daß sie einer „sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen“.¹¹¹

So sind finanzielle und geldwerte Geschenke erlaubt als Lohn, Dank, Anerkennung oder Ehrung einer Person.¹¹² Der Gleichheitssatz und das Haushaltsgebot der Sparsamkeit sorgen dafür, daß sie nicht üppig ausfallen. Finanzielle Dankesbekundungen wie die Jubiläumsgaben für Beamte werden standardisiert und verrechtlicht. Sie werden sogar steuerpflichtig, nach

¹¹¹ §§ 1641 S. 2, 1804 S. 2 BGB.

¹¹² Zur Praxis der Gemeinden Möller (N 55), S. 71 f.

kompliziertem Berechnungsmodus aber wieder steuervergünstigt.¹¹³ Die Landeshauptstadt Stuttgart bewilligt zweckfrei und ohne Verwendungsnachweis Jubiläumsgaben an verdiente Vereine und Jubiläumsgaben, so für jedes Vierteljahrhundert des Bestehens 250 €, ab dem 125jährigen Jubiläum 10 € pro Jahr, das alles nach Maßgabe von Richtlinien.¹¹⁴ Demonstrativen Geschenkcharakter haben Blumengebinde und Präsentkörbe, die der Bürgermeister zum 90. wie zum 100. Geburtstag eines Bürgers überbringt. Man mag darin einen Akt der Repräsentation sehen, zugleich die Aufhebung rechtsstaatlicher Distanz durch menschliche Nähe oder – mit einem lakonischen Wort Carl Schmitts aus Anlaß seines eigenen 90. Geburtstags – die Würdigung „makrobiotischer Verdienste“.¹¹⁵

Ein Alter von 80 Jahren ist jedoch unter heutigen Lebenserwartungen noch kein makrobiotisches Verdienst. Lieber Herr Mußnug, Sie erhalten noch keinen kommunalen Geschenkkorb. Doch Sie erhalten von Ihren Kollegen ein Symposion, um Ihre makroepistemischen Verdienste zu feiern.

¹¹³ §§ 34 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 4, 39 b Abs. 3 S. 9 EStG.

¹¹⁴ Richtlinien der Landeshauptstadt Stuttgart über die Gewährung von Jubiläumsgaben an Vereine und Organisationen vom 18. Juli 1996, zuletzt geändert am 25. Oktober 2001.

¹¹⁵ *Carl Schmitt* in einem Brief an den Verfasser, in dem er sich für Glückwünsche zum 90. Geburtstag bedankt.

§ 7 Dankrede

Reinhard Mußgnug

Spektabilis, verehrte Kolleginnen, liebe Kollegen,
meine Damen und Herren,

der Evangelist Matthäus mahnt: „*Wes das Herz voll ist, des geht der Mund über*“, *er redet zu viel*. Das ist eine für Professoren im Allgemeinen und für Emeriti im Besonderen sehr wichtige Warnung. Mir fällt schwer, sie im Sinn zu behalten. Denn mein Herz ist voll. Ich bin überwältigt von den vielen Zeichen der Verbundenheit und Wertschätzung, die mir anlässlich meines 80. Geburtstags zu Teil geworden sind. Ich habe Mühe, mich in dem vielen Lob wiederzuerkennen, das über mich gesagt worden ist. Entgegen allem, was mir in den Glückwünschen zugute gehalten wird, die mir in den letzten Tagen zugegangen sind, bin ich nie mehr als nur ein recht bescheidener Knecht im Weinberg der Rechtswissenschaft gewesen. Daß ich gleichwohl auf ein rundum glückliches Juristenleben zurückblicken darf, verdanke ich der Heidelberger Fakultät, an der mein Juristenleben im Wintersemester 1954 im Hörsaal 9 mit Wolfgang Kunkels Vorlesung „Römische Rechtsgeschichte“ begonnen hat. Nach dem Herauswachsen aus den kindlichen Berufswünschen, „Feuerwehrmann“, „Lokomotivführer“, „Förster“ etc. hat es für mich keinen anderen Berufstraum als Jurist gegeben. Bei Wolfgang Kunkel, Eduard Wahl, Ernst Forsthoff, Hans Schneider, Wolfgang Hefermehl, Rolf Serick habe ich gelernt, daß das für mich der richtige Traum war.

Mein Weg zur Finanzverfassung war allerdings lang. Zu ihr bin ich gekommen, weil mir aufgefallen war, daß die in den frühen sechziger Jahren zugänglichen Lehrbücher – vor allem „*der Maunz*“ und „*der Hesse*“ – den dem „*Finanzwesen*“ gewidmeten 10. Abschnitt des Grundgesetzes mehr *cum ira et sine studio* als umgekehrt behandelt haben. Diese Lehrbücher und auch die Kommentare zum Grundgesetz sind nur der Vollständigkeit halber auf den Haushaltsplan, die Rechnungsprüfung, die Steuerhoheit und den Staatskredit eingegangen. Sie haben kaum mehr geboten als eine mäßig in die Länge gezogene Wiedergabe des Verfassungstextes. Darauf

bin auch ich hereingefallen. Anfangs habe auch ich geglaubt, daß in der Finanzverfassung der Atem des Verfassungsrechts leiser gehe.

Der Haushaltsplan hat mich in diesem Irrtum bestärkt: Mir war klar, warum er in der konstitutionellen Monarchie des 19. Jahrhunderts – damals noch unter dem Namen „Budget“ – so umkämpft war. Für die Landtage jener Zeit und ab 1871 auch für den Reichstag war das Ausgabebewilligungsrecht der Ersatz für das, was ihnen das monarchische Prinzip vorenthalten hatte: das demokratische Recht der Entscheidung darüber, *wer regieren soll und wie regiert werden soll*. Also kämpften die Landtage von 1818 an um die parlamentarische Ausgabebewilligung, und vice versa die Verteidiger der Monarchie gegen sie. Das nachzuverfolgen war spannend, aber es war Geschichte! Drum plagte mich die Frage: Warum wird noch heute in der Parlamentarischen Demokratie so viel Aufhebens um den Haushaltsplan gemacht, wo doch dem Bundestag mit dem Recht der Kanzlerwahl der direkte Einfluß auf die Politik zusteht? Mein Staunen darüber habe ich auf einem gemeinsamen Spaziergang meinem Doktorvater und Lehrer Hans Schneider zum Ausdruck gebracht. Er zeigte sich nicht sonderlich interessiert. Aber er sagte immerhin „Wenn Ihnen dazu was einfällt, könnte das vielleicht das Thema Ihrer Habilitationsschrift werden.“ So bin ich zur Finanzverfassung gekommen. Auf meine Idee, daß auch die parlamentarische Demokratie die parlamentarische Ausgabebewilligung braucht, weil sie für die demokratische Legitimation des Staatsbedarfs und damit für die Legitimation der Steuern sorgt, bin ich sogar ein wenig stolz.

Damit bin in eine Zeit hineingeraten, in der eine Renaissance des juristischen Nachdenkens über die Staatsfinanzen einsetzte. Was bis dahin fast ganz der Nationalökonomie überlassen war, entwickelte sich zu einem gedeihlichen Kondominium von Finanzwissenschaft und Finanzrecht. Deshalb freue ich mich lebhaft darüber, daß Ulrich Hufeld, Hanno Kube und Ekkehart Reimer meinen 80. Geburtstag zum Anlaß eines Gedankenaustauschs über die „Entwicklungslinien der Finanzverfassung“ genommen haben. Ich bin Ihnen dafür ganz außerordentlich verbunden. Ebenso zutiefst dankbar bin ich Herrn Thier, Herrn Kirchhof und Herrn Isensee für die hohe und ganz unverdiente Ehre, die sie mir mit ihren Referaten erwiesen haben. Es drängt mich, meine Dankbarkeit nicht nur in Worten, sondern auch in Bildern zum Ausdruck zu bringen. Genauer: Ich möchte mich bei den sechs Referenten unsres Symposions mit sechs Heidelbergensie bedanken. Mit einer davon hat es seine besondere Bewandtnis: Es ist ein

kleines Aquarell, das 1932 Carl Schmitt Walter Jellinek geschenkt hat; Jellinek hat es kurz vor seinem Tode an meinen Lehrer Hans Schneider weitergereicht, der zusammen mit ihm als Referent 1949 die Nachkriegstagungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer begonnen hat. Von Hans Schneider kam das Bild zu mir. Ich gebe es heute weiter. Mit der Frage „An wen?“ habe ich mich schwer getan: Dem Vorbild Walter Jellineks folgend an meinen Nachfolger Ekkehardt Reimer, oder dem Hans Schneiders meinem Schüler Ulrich Hufeld? Die Salomonische Lösung – die mit der Schere – schied natürlich aus. Eine gerechte Lösung war nicht möglich; es blieb nur die Willkür. Sie entschied zugunsten Ulrich Hufelds. Für Ekkehart Reimer habe ich eine Darstellung eines Heidelberger Professors im Kreise seiner Schüler in den Gründungsjahren unsrer Universität gewählt, weil auch er wie dieser Vorgänger aus alten Zeiten in den Seminaren des Instituts inmitten seiner Schüler wirkt.

Ich habe aber nicht nur den Initiatoren und Referenten dieses Symposions zu danken. Mein Dank gilt Ihnen allen, die – zum Teil von weither – nach Heidelberg gekommen sind. Sie haben mit Ihrem Kommen dem Finanzverfassungsrecht die Ehre Ihres Interesses erwiesen. Das verpflichtet mich Ihnen. Sie zeigen mit Ihrer Teilnahme an dem Symposion, daß mein Steckenpferd keine Idiosynkrasie ist, sondern ein zu der verdienten Blüte gekommener Zweig am Baum der Rechtswissenschaft. Das ist mehr als ich mir damals 1964 als ich mich dem Haushaltsplan zuwandte, habe träumen können.

Dafür danke ich Ihnen allen von Herzen.

Die Autoren

Prof. Dr. Andreas Thier

Inhaber des Lehrstuhls für Rechtsgeschichte, Kirchenrecht, Rechtstheorie und Privatrecht an der Universität Zürich

Prof. Dr. Dr. h.c. Paul Kirchhof

Bundesverfassungsrichter a.D., emeritierter Direktor des Instituts für Finanz- und Steuerrecht an der Universität Heidelberg, Seniorprofessor *distinctus*

Prof. Dr. Hanno Kube, LL.M. (Cornell)

Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht unter besonderer Berücksichtigung des Finanz- und Steuerrechts sowie Direktor des Instituts für Finanz- und Steuerrecht an der Universität Heidelberg

Prof. Dr. Ulrich Hufeld

Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Steuerrecht an der Helmut-Schmidt-Universität Hamburg

Prof. Dr. Ekkehart Reimer

Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Europäisches und Internationales Steuerrecht sowie Direktor des Instituts für Finanz- und Steuerrecht an der Universität Heidelberg

Prof. Dr. Dr. h.c. Josef Isensee

Emeritierter Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht an der Universität Bonn

Prof. Dr. Reinhard Mußgnug

Emeritierter Direktor des Instituts für Finanz- und Steuerrechts an der Universität Heidelberg