

**Veröffentlichungen
der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**

Heft 41

Volkmar Götz und Hasso Hofmann

**Grundpflichten
als verfassungsrechtliche Dimension**

Rainer Wahl und Jost Pietzcker

**Verwaltungsverfahren zwischen
Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag**

Berichte und Diskussionen
auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
in Konstanz vom 6. bis 9. Oktober 1982



1983

Walter de Gruyter · Berlin · New York

Redaktion: Prof. Dr. Walter Schmitt Glaeser

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Götz, Volkmar:

Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension / Volkmar Götz u. Hasso Hofmann. *Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag* / Rainer Wahl u. Jost Pietzcker. *Berichte und Diskussionen auf d. Tagung d. Vereinigung d. Dt. Staatsrechtslehrer in Konstanz vom 6. — 9. Oktober 1982.* — Berlin; New York: de Gruyter 1983.

(Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer; H. 41)

ISBN 3-11-009773-7

NE: Hofmann, Hasso.; Wahl, Rainer: *Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag*; Pietzcker, Jost: *Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag*; Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer: *Veröffentlichungen der Vereinigung...*

©

Copyright 1983 by Walter de Gruyter & Co., vormals G. J. Gröschel'sche Verlagsbuchhandlung, J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, Georg Reimer, Karl J. Trübner, Veit & Comp., 1000 Berlin 30.

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Printed in Germany

Satz und Druck: Limburger Vereinsdruckerei, 6250 Limburg 4 (Offheim)
Buchbindearbeiten: Thomas Fuhrmann KG, 1000 Berlin 36

Inhalt

	Seite
Jahrestagung 1982.	5
Erster Beratungsgegenstand: <i>Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension</i>	
1. Bericht von Professor Dr. Volkmar Götz	7
Leitsätze des Berichterstatters	38
2. Mitbericht von Professor Dr. Hasso Hofmann	42
Leitsätze des Mitberichterstatters	84
3. Aussprache und Schlußworte	87
Zweiter Beratungsgegenstand: <i>Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag</i>	
1. Bericht von Professor Dr. Rainer Wahl	151
Leitsätze des Berichterstatters	187
2. Mitbericht von Professor Dr. Jost Pietzcker	193
Leitsätze des Mitberichterstatters	228
3. Aussprache und Schlußworte	232
Verzeichnis der Redner.	297
Verzeichnis der Mitglieder der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer.	299
Satzung der Vereinigung.	322

Jahrestagung 1982

Die Jahrestagung 1982 fand vom 6. bis 9. Oktober in Konstanz statt. Es war die 60. Tagung der Vereinigung seit ihrer Gründungsversammlung in Berlin im Jahre 1922 und die 33. Tagung seit ihrer Wiederbegründung 1949 in Heidelberg. Den Vorsitz führte *Peter Lerche*, die Diskussion leiteten die Vorstandsmitglieder *Walter Schmitt Glaeser* und *Eberhard Schmidt-Aßmann*.

In der Mitgliederversammlung wurde der seit der letzten Jahrestagung verstorbenen Mitglieder *Erich Becker*, *Ernst-Werner Fuß*, *Hans Gerber* und *Gerhard Leibholz* gedacht. Acht Kollegen sind in die Vereinigung neu aufgenommen worden. Zur Zeit der Tagung hatte die Vereinigung damit 316 Mitglieder. Davon haben an der Tagung 196 teilgenommen, zum großen Teil mit ihren Ehefrauen. Daneben konnten eine Reihe ausländischer Gäste und die Vertreter der deutschen Fachzeitschriften begrüßt werden. Der Vorstand wurde für ein weiteres Jahr in seinem Amt bestätigt.

Am ersten Abend waren die Teilnehmer mit ihren Damen Gäste der baden-württembergischen Landesregierung. Sie wurden auf Schloß Meersburg von Landesjustizminister Dr. *Eyrich* empfangen. Das Spiel der „Meersburger Knabenmusik“ verlieh dem festlichen Abend eine besondere Note. Für den Abend des zweiten Tages luden der Rektor der Universität Konstanz und der Oberbürgermeister zu einem Empfang in den Historischen Saal des Konzils.

Nach Abschluß des wissenschaftlichen Programms trafen sich die Teilnehmer zu einem geselligen Beisammensein mit Tanz im Konstanzer Inselhotel. Diese Veranstaltung wurde bereichert durch ein Tafelkonzert, dargeboten von Frau *Hofmann* und den Kollegen *Birk*, *Häberle*, *Meyer*, *Stettner*, unter Leitung und Mitwirkung von Frau *Stein* sowie durch die „Herrenrede“ von Frau *Meyer-Tabellion*. Die überaus gastfreundliche Aufnahme und die hervorragende Organisation der Tagung durch die Konstanzer Kollegen, insbesondere durch Herrn *Stein* und seinen Mitarbeitern, allen voran seine Sekretärin, Frau *Depta*, fanden allgemeine Anerkennung.

Die nachstehend abgedruckten Referate wurden am 7. und 8. Oktober in der Universität gehalten. Dort fanden auch, jeweils an den Nachmittagen, die Aussprachen statt.

Erster Beratungsgegenstand:

Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension

1. Bericht von Professor Dr. *Volkmar Götz*, Göttingen

Inhalt

	Seite
Einleitung	8
 I. Grundrechte und Grundpflichten.	 9
1. Weimarer Verfassung	9
2. Grundgesetz	12
a) Begriff der Grundpflicht	12
b) Verhältnis von Rechten und Pflichten.	13
c) Pflichtbeiträge zur Vermeidung und Bewältigung von Grundrechtskollisionen	14
d) Negative Grundrechte	15
e) Sozialstaatlicher Grundpflichtstatus?	16
3. Sozialistische Verfassungen	17
 II. Politische staatsbürgerliche Grundpflichten	 21
1. Verfassungstreue.	21
2. Wehrpflicht	23
3. Übernahme von Ehrenämtern	26
 III. Soziale Grundpflichten.	 28
1. Öffentliche Dienstleistungspflichten	28
2. „Eigentum verpflichtet“.	30
a) Unterscheidung der Ebenen des Verfassungsrechts und der gesetzlichen Eigentumsordnung	30
b) Verfassungsrechtliche Gehalte des Art. 14 Abs. 2 GG .	31
c) Grundpflicht zur Steuerzahlung	33
d) „Steuerstaat“ und Lastengleichheit	34
 Schluß	 36

Einleitung

Die „Grundpflichten“ waren fast drei Jahrzehnte lang im verfassungsrechtlichen Denken und der verfassungsrechtlichen Praxis der Bundesrepublik Deutschland nicht anwesend¹, ohne daß man sie groß vermißt hätte. Die Wiederbelebung des Grundpflichtthemas² ist natürlich nicht zufällig. Aber wir verdanken sie wohl weniger dem Bedürfnis, eine in der verfassungsrechtlichen Praxis nachweislich empfundene Lücke zu schließen, als vielmehr höchst wandelbaren Strömungen des politischen Zeitgeistes.

Die von *Peter Saladin*³ 1976 vorgetragene Idee, den verfassungsrechtlichen Status des Unternehmens als Grundpflichtstatus zu definieren, hatte die Annahme zur Voraussetzung, daß die Unternehmenswirtschaft über ein durch das Gemeinwesen bislang noch nicht ausgeschöpftes Kräftepotential verfüge, welches durch eine Pflichtenordnung zu Gunsten des Gemeinwohls – vor allem im Umweltschutz – nutzbar zu machen sei. Diese Annahme wagt man heute weniger zu äußern. Tests auf die Belastbarkeit der Wirtschaft werden seltener vorgeschlagen. Heute geht der Ruf nach einer Pflichtenordnung in eine andere Richtung. Die Übernahme von Pflichten wird vom Bürger schlechthin, also von allen erwartet. Pflichten werden als Abhilfe gegen das vielbeklagte ungehemmte Anspruchsdenken gesehen⁴. Besinnung auf die Pflichten der Menschen im Staat wird gefordert, um das Mißbrauchspotential abzubauen, das sich in der Kombination von Freiheit vom Staat und sozialen Sicherungsansprüchen an den Staat offensichtlich angesammelt hat.

¹ Außer bei *Maunz* (Deutsches Staatsrecht, zuletzt 23.A. 1980, § 13 III, jetzt *Maunz-Zippelius*, 24.A. 1982, § 22) wurde die Kontinuität des Grundpflichtthemas von Weimar bis Bonn am deutlichsten gewahrt von *F. Klein* (v. *Mangoldt-Klein*, Das Bonner GG, Bd. I, 2.A. 1957, S.76–78)

² *H. H. Klein*, DSt 14 (1975), 153 (noch weitgehend prinzipiell ablehnend), *Saladin*, VVDStRL 35 (1977), 7 und Diskussionsbeiträge a.a.O. von *Meessen* (S. 125), *Suhr* (S. 125, 142), *Merten* (S. 126), *Saladin* (S. 130, 143), *Mußnug* (S. 133), *Stern* (S. 137), *F. Müller* (S. 138); *D. Merten*, BayVBl. 1978, 554; *Stober*, Grundpflichten und GG, 1979; *Häberle*, Rechtstheorie 11 (1980), 389 (412 ff.); *Benda*, Grundrechte – Grundpflichten (Vortrag, Esslingen), 1981. – Neuestens: *Badura*, DVBl. 1982 S. 861; *Bethge*, NJW 1982, S. 2145; *Isensee*, DÖV 1982, 609; *Stober*, NVwZ 1982, S. 473; *Gusy*, JZ 1982, S. 657.

³ A.a.O. (Fn. 2).

⁴ *Benda*, Tugend der Pflichterfüllung. Über das Verhältnis von Grundrechten und Pflichten. Ev. Komm. 1981, 497.

Während der progressive Zeitgeist Gefallen an Grundpflichten der Unternehmungen und des Haus- und Grundbesitzes findet, bringt der konservative Zeitgeist in das Pflichtenthema die Sorgen um die Gesetzestreue und die Leistungsbereitschaft der breiten Schichten der Bevölkerung ein. Gegenläufige Strömungen treffen aufeinander und vereinigen sich im Zielpunkt der Grundpflichten. Wird dieser Zielpunkt erreicht, so bedeutet dies jeweils die verfassungsrechtliche Überhöhung und damit Unangreifbarkeit von Forderungen und Ordnungsmodellen. Für die verfassungsrechtliche Analyse leitet sich aus dieser Konsequenz die Notwendigkeit zurückhaltender Gewissenhaftigkeit ab. Grundpflichten sind für das geltende Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland unter der zweifachen Qualifizierung in Betracht zu ziehen, daß es sich erstens um Grund-Rechtspflichten und zweitens um solche Rechtspflichten handelt, die als verfassungsgeforderte Pflichten ihre Grundlage im Verfassungsrecht haben. Grundpflichten bedürfen einer eindeutigen verfassungsrechtlichen Ableitung⁵. Wandelbaren Erwartungen an das Verhalten der Menschen und Unternehmungen verhilft die Verfassung nicht zu Verbindlichkeit. Auch den Verfassungserwartungen⁶ selbst – den mit der Gewährleistung der Freiheitsrechte verbundenen Erwartungen an den Gemeinsinn und die Praktizierung staatsbürgerlicher Tugenden – verleiht die Verfassung nicht die Qualität von Rechtspflichten.

I. Grundrechte und Grundpflichten

1. Weimarer Verfassung

Grundrechte und Grundpflichten wurden im Zweiten Hauptteil der Weimarer Reichsverfassung in eine grundsätzliche systematische Verbindung gebracht, die in den Nachkriegsverfassungen von Bayern⁷, Bremen⁸, Hessen⁹, Rheinland-Pfalz¹⁰ und Saarland¹¹ zwar wiederaufgenommen, vom Grundgesetz aber aufgegeben worden ist.

⁵ D. Merten, a.a.O. (Fn. 2), S. 556 (für Grundpflichten „Vorbehalt des Verfassungsgesetzes“).

⁶ Zu diesen s. H. Krüger, FS Scheuner, 1973, S. 285; Denninger, VVDStRL 37 (1979), 7 (22); BVerfGE 28, 36, 48 (von den Bürgern wird die Verteidigung der freiheitlichen Ordnung erwartet).

⁷ BayV, 2. Hauptteil „Grundrechte und Grundpflichten“, Art. 98 ff.

⁸ BremV, 1. Hauptteil „Grundrechte und Grundpflichten“, Art. 1 ff.

⁹ Art. 25, 27 ff. HV.

¹⁰ RhPfV, 1. Hauptteil „Grundrechte und Grundpflichten“, Art. 1 ff.

¹¹ SaarV, 1. Hauptteil „Grundrechte und Grundpflichten“, Art. 1ff.

In den Weimarer Verfassungsberatungen war es der „Versuch volksverständlicher Grundrechte“ *Friedrich Naumanns*, der dem Grundrechtsteil der Verfassung die Komponente der Pflichten hinzugefügt hatte¹². Sein wesentliches Anliegen, die Verfassung des Kulturstaates wie des Sozialstaates durch die unauflösliche Verbindung von Rechten und Pflichten zu prägen, gab dem weiteren Gang der Verfassungsgebung in diesem Punkte die entscheidende Wende¹³. Der unter dem Eindruck der Vorschläge *Naumanns* vom Verfassungsausschuß der Nationalversammlung eingesetzte Unterausschuß verband die Grundrechte mit den wirtschaftlich-sozialen Forderungen der Zeit, staatserzieherischen Grundgedanken und den Grundsätzen einer aufzubauenden Ordnung von Gesellschaft und Wirtschaft. Der sozialdemokratische Abgeordnete *Simon Katzenstein* war es, der – wie *Konrad Beyerle* berichtet¹⁴ – den Einfall hatte, „das Ganze als Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen zu überschreiben, da auch öffentlich-rechtliche Pflichten der Staatsbürger mit hineinbezogen werden sollten“. Sein Einfall hatte für die Weimarer Staatsrechtslehre die Auswirkung, daß keine der systematischen Darstellungen der Grundrechte an den Grundpflichten vorbeigehen konnte; jeder staatsrechtliche Entwurf war fortan dem Zwillingspaar „Grundrechte und Grundpflichten“ gewidmet¹⁵. Erfuhren so die Grundpflichten ständig wiederholte Anerkennung ihrer Existenz, so war in der Sache die Verlegenheit, in welche die Staatsrechtslehre durch die Grundpflichten gestürzt wurde, noch weit größer als jene, welche durch die Grundrechte hervorgerufen worden war, die von der herrschenden Meinung bekanntlich, soweit sie unter Gesetzesvorbehalt standen, als

¹² Vhdl. vergeb. Dt. Nationalversammlung Aktenst. Nr. 391, in: Vergeb. Dt. Nationalversammlung, Bd. 336, 1920. Vgl. *E. R. Huber, FS Wieacker*, 1978, S. 384.

¹³ Die Entwürfe I–IV von *Hugo Preuß* enthielten nur die liberalen Grundrechte. S. *Triepel*, Quellensammlung z. Dt. Reichsstaatsrecht, 5.A. 1931, S. 6; *W. Jellinek*, in: *Anschütz/Thoma* (Hsg.), Hdb. d. Dt. Staatsrechts, Bd. I, 1930, S. 127; *E. R. Huber*, Dt. Verfassungsgeschichte, Bd. V, 1978, S. 1178.

¹⁴ *Beyerle*, Zehn Jahre Reichsverfassung. Festrede zur Münchner Verfassungsfeier der Reichsbehörden am 11. August 1929, 1929, S. 21.

¹⁵ *Hofacker*, Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen, 1926; *Nipperdey* (Hsg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, 3 Bde, 1929 ff.; *C. Schmitt*, Grundrechte und Grundpflichten, in: Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954 (1958); *Stier-Somlo*, Grundpflichten der Reichsangehörigen, HwbRW (Hsg. *Stier-Somlo/Elster*), Bd. III, 1928, S. 45.

leerlaufende Wiederholungen des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung angesehen wurden. Zog man von dem scheinbaren Reichtum der Verfassung an Grundpflichten alle diejenigen Bestimmungen ab, die lediglich sittliche Pflichten der Staatsbürger aussprachen, Programmsätze enthielten, Staatsaufgaben formulierten oder gesetzlich schon bestehende oder einzuführende Pflichten in der Verfassung erwähnten, so blieb am Ende von den Grundpflichten als Grund-Rechtspflichten nichts übrig. Diese Konsequenz wurde durch die positivistische Lehre auch gezogen und durch *Richard Thoma* zum Ausdruck gebracht: die eigentlich einzige rechtliche Grundpflicht sei diejenige zum Gehorsam gegenüber den Rechtsnormen und den normgemäßen Staatsakten¹⁶. Als taugliche Grundpflichten wurden dagegen verworfen: die Pflicht jedes Deutschen, „seine geistigen und körperlichen Kräfte so zu betätigen, wie es das Wohl der Gesamtheit erfordert“ (Art. 163 I WRV), weil die Verfassung sie ausdrücklich als eine sittliche Pflicht bezeichnete, und die Sozialpflichtigkeit des Eigentums (Art. 153 III), weil sie als bloß sittliche Pflicht angesehen wurde. Die Inbezugnahme gesetzlicher Pflichten wie der Schulpflicht (Art. 145 WRV), der Pflicht zur Übernahme von Ehrenämtern (Art. 132 WRV) und der Pflicht zur Leistung persönlicher Dienste für Staat und Gemeinde (Art. 133 WRV) galt als verfassungsrechtlich irrelevant. Damit war das Existenzrecht der Grundpflichten, trotz ihres scheinbaren Gleichranges mit den Grundrechten, in Zweifel gezogen. Die Diskrepanz zwischen dem Anspruch und volkserzieherischen politischen Pathos der Weimarer Grundpflichten und der ihnen beigemessenen verfassungsrechtlichen Tragweite wurde nie geschlossen. Die materielle Neuorientierung, die die Grundrechte insbesondere durch *Rudolf Smend* erfahren sollten, führte zwar die Dimensionen der Sozialethik und das Pflichtethos in die Deutung der Grundrechte ein¹⁷. Aber sie bezog ihre Grundlage nicht aus den von der Weimarer Verfassung ausdrücklich formulierten Grundpflichten¹⁸.

¹⁶ In: *Nipperdey* (Hsg.), a.a.O. (Fn. 15), Bd. I, 1929, S. 1 (29).

¹⁷ Vgl. *Link*, JöR N.F. Bd. 30, S. 1, 10.

¹⁸ Anders offenbar *Badura*, a.a.O. (Fn. 2), S. 867 (Grundpflichten als Gegenstand des Methodenstreits). Zu *Smend* s. insbes. Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht, in: *Staatsr. Abhdngen*, 2.A. 1968, S. 309, 318 f.

2. Grundgesetz

Für das Grundgesetz stellt sich das Problem der Grundpflichten gegenüber Weimar neu. Der Bestand an Pflichten-normen der Verfassung hat sich gelichtet. Was den subjektiven Willen des Verfassungsgebers betrifft, so muß es hier mit der Feststellung sein Bewenden haben, daß die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes keinen Beleg für eine bewußte Absage an Grundpflichten ergibt¹⁹. Der Wegfall der Weimarer systematischen Verknüpfung von Grundrechten und Grundpflichten mit all ihren Unklarheiten bietet die Chance, das Verhältnis von Grundrechten zu den verfassungsnotwendigen Pflichten der Bürger von den Prinzipien der freiheitlichen Ordnung her zu bestimmen.

a) Begriff der Grundpflicht

Dies setzt an erster Stelle eine Verständigung über den Begriff der Grundpflichten voraus. Grundpflichten sind verfassungsrechtlich geforderte Pflichtbeiträge zum Gemeinwohl. Sie sind zu begreifen als verfassungsverbindlich gemachte Aktivierung und Mobilisierung der den Grundrechtsinhabern zustehenden Freiheiten und Vermögenspotentiale für die Zwecke des Gemeinwohls²⁰.

Wenn das Wesen der Grundpflichten darin zu erblicken ist, daß die Verfassung vom Bürger bestimmte Beiträge zum Gemeinwohl nicht nur erwartet, sondern rechtlich fordert, die dieser aus der Fülle seiner Freiheiten und Rechte heraus erbringen soll, dann hat dies auch zur Folge, daß verfassungsrechtliche Grundpflichten nicht in den Schranken der Grundrechte aufgehen.

Grundrechtsbegrenzungen²¹ – d. h. verfassungsimmanente Bereichsgrenzen²² der grundrechtlichen Gewährleistungen so-

¹⁹ So auch: *Isensee*, a.a.O. (Fn. 2), S. 611. Näher: Parl.Rat, Ausschuß für Grundsatzfragen, 6. Sitzg., 5. 10. 1948, Sten.Prot. GrF 6, 67.

²⁰ Zu diesem (keine Begrenzung auf staatsbezogenes Gemeinwohl) vgl. *Häberle*, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 1970; *Scholz*, Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, 1971, S. 220 f.; *Schmitt Glaeser*, VVDStRL 31 (1973), 179 (191 f.) m. w. N.

²¹ Im Sinne v. *Hesse*, Grundzüge des VerfR d. BRG. Deutschland, 13.A. 1982, Rdnr. 308 ff.

²² Vgl. dazu *Hesse*, a.a.O. (Fn. 21), Rdnr. 310; *Fr. Müller*, Die Positivität der Grundrechte, 1969; *ders.*, Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik, 1969, S. 29 ff.; *H. van Nieuwland*, Darstellung und Kritik der Theorien der immanenten Grundrechtsschranken, Diss. iur. Göttingen, 1981. Kritisch: *Schwabe*, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1977, S. 152 ff.

wie gesetzliche Schranken und Einschränkungen der Grundrechte – führen zur wechselseitigen Zuordnung²³ und Abgrenzung verschiedener Freiheitsbereiche, Rechtsgüter und Gemeinwohlbelange. Die Einordnung individueller Freiheiten in die durch Verfassung und Gesetz abgesteckten und wechselseitig abgegrenzten Räume ist nicht das Thema der Grundpflichten²⁴. Es würde auch nichts einbringen, Grundrechtsbegrenzungen in Pflichten umzuformulieren. Die Postulierung einer Pflicht, die Rechte Dritter zu achten, würde beispielsweise nicht helfen, die durch die Drittwirkung der Grundrechte aufgeworfenen Kollisionsprobleme und Abgrenzungserfordernisse²⁵ zu bewältigen. „Nichtstörungspflichten“²⁶ ergeben keinen Ertrag, der über denjenigen der Rechtsbegrenzung hinausgeht.

b) Verhältnis zwischen Rechten und Pflichten

Das Verhältnis zwischen Rechten und Pflichten wird von den Rechten des einzelnen her bestimmt. Da die Pflichten aus der Quelle der grundrechtlich gewährleisteten Freiheiten und Rechte schöpfen, sind diese insoweit vorrangig. Die freiheitliche Verfassung kann sich nicht, ohne sich mit sich selbst in Widerspruch zu setzen, zu einer „Einheit von Rechten und Pflichten“ bekennen, nach der die Grundrechte von der Erfüllung von Grundpflichten abhängig sind, die Gewährleistung der Grundrechte gleichsam zurückbehalten werden muß, solange der einzelne seine Grundpflichten nicht erfüllt hat. Das Verhältnis zwischen Grundrechten und Pflichten²⁷ folgt nicht den Kategorien von Leistung und Gegenleistungsan-

²³ Zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Maßstab wechselseitiger Zuordnung vgl. Hesse, a.a.O. (Fn. 21), Rdnr. 318 ff.; Grabitz, AöR 98 (1973), 568.

²⁴ Anders wohl Badura, a.a.O. (Fn. 2), S. 870. Benda, a.a.O. (Fn. 2), unterscheidet von den Grundpflichten die von ihm „Grundrechtspflichten“ benannten sonstigen Bindungen und Schranken der Grundrechte.

²⁵ Vgl. Blaesing, Grundrechtskollisionen, Diss.iur. Bochum, 1974; Bethge, Zur Problematik von Grundrechtskollisionen, 1977; Schwabe, a.a.O. (Fn. 22), 317 ff.; Starck, JuS 1981, 237 (243 ff.) m. w. N.

²⁶ Dürig, in: Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Komm.GG (Losebl.), Art. 1, Rdnr. 22, 23.

²⁷ Vgl. W. Huber/Tödt, Menschenrechte, Perspektiven einer menschlichen Welt. 1977, S. 106 ff.; Isensee, a.a.O. (Fn. 2), S. 615.

spruch²⁸. Die Verfassung der freiheitlichen Demokratie ist gewissermaßen so unvorsichtig, allen die gleichen politischen Rechte und Menschenrechte als Vorleistung zu gewährleisten. Die Pflichten folgen den Rechten nach. Die Vielfältigkeit der durch die Grundrechte eröffneten Freiheit ergibt sich aus der Komplexität jedes Grundrechtes als einer Einheit. Die Pflichtenvielfalt bedarf dagegen immer wieder erneuerter spezieller Anordnung des Gesetzgebers, der dabei politische Entscheidungen zu treffen hat und den Geboten der Bestimmtheit des Gesetzes und der Verhältnismäßigkeit unterliegt.

Das für die rechtsstaatliche Verfassung schlechthin konstituierende Modell der Verteilung von Rechten und Pflichten auf verschiedene Ebenen benötigt den Gesetzgeber als Motor für Gesamtverantwortung und Pflichtenordnung²⁹. Die Herstellung der Pflichtenordnung ist Sache des Gesetzgebers. In diese Rolle des Gesetzgebers sind auch die Generalklauseln etwa des Zivil- und Arbeitsrechtes eingeschlossen.

c) Pflichtbeiträge zur Vermeidung und Bewältigung von Grundrechtskollisionen

Eine unmittelbare, gleichsam gesetzesunabhängige Ableitung von Pflichten aus Grundrechten ist damit nicht schlechthin ausgeschlossen. In der Situation der Grundrechtskollision – bei der es sich, wie dargelegt, primär nur um eine Frage der Grundrechtsbegrenzung handelt – können Pflichtbeiträge des Grundrechtsinhabers zur Vermeidung und Bewältigung der Kollision verlangt und unmittelbar aus der Grundrechtsausübung abgeleitet werden, wenn das Gesetz als Maßstab ausfällt. Hierbei ist an sehr verschiedenartige Lagen zu denken. Im Arbeitskampfrecht fällt das Gesetz aus Gründen aus, die hier nicht dargelegt zu werden brauchen. Es erscheint daher folgerichtig, daß zur Vermeidung eines ruinösen Streiks nicht nur objektive Begrenzungen der Arbeitskampffreiheit in Gestalt der Eigentumsgarantie und der Verhältnismäßigkeit anerkannt, sondern die Pflichten zu Notdienst- und Erhaltungsarbeiten unmittelbar grundrechtlich abgeleitet werden³⁰. Be-

²⁸ Auch nicht zwischen dem Anspruch auf Schutz der Grundfreiheiten und der Wehrpflicht (mißverständlich daher BVerfGE 38, 154, 167 und 48, 127, 161, soweit nicht lediglich eine Legitimation der Wehrpflicht dargestellt werden soll).

²⁹ Vgl. Isensee, a.a.O. (Fn. 2), S. 612; Badura, a.a.O. (Fn. 2), S. 868.

³⁰ Vgl. Scholz, in: Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 9 Rdnr. 318, 372. S. auch Badura, AöR 104 (1979), 246, 263 (Herstellung von Notzeitungen während des Pressestreiks).

urteilt das BVerfG Grundrechtskonflikte mit zivilrechtlichem Ausgangsstreit, so führt nicht eigentlich Untätigkeit des Gesetzgebers, sondern das Angewiesensein des Verfassungsgerichts auf den alleinigen Maßstab der Verfassung dazu, daß die „Ausstrahlungswirkung“ der Grundrechte fast zwangsläufig Pflichtenbelastungen in sich aufnimmt. So hat das BVerfG³¹ den Pressepflichten – zu Sorgfalt, Wahrheit, Vollständigkeit, Sachlichkeit – schon früh eine unmittelbar verfassungsrechtliche Ableitung aus der Pressefreiheit gegeben. Man mag diese Pflichtenlast als wohl unvermeidlichen Preis der Grundrechtsexpansion und der dazugehörigen Kompetenzen des BVerfG ansehen³². Zu warnen wäre nur davor, solche für das besondere Problem der Grundrechtskollision in der Drittwirkungsebene zu Hilfe genommenen Pflichten als einen „Pflichtenstatus“ zu deuten und die grundrechtliche Freiheit selbst als Pflichtenstatus mißzuverstehen. Im Presserecht hat man sich seit langem und mit Erfolg gegen das Mißverständnis verwahrt, die „öffentliche Aufgabe“ der Presse als eine Inpflichtnahme oder eine Art von öffentlichem Amt zu deuten^{33, 34}.

d) Negative Grundrechte

Die rechtsstaatliche Nicht-Identifikation von Freiheitsrechten und Pflichten, die Nicht-Einheit beider findet ihre folgerichtige Fortsetzung in der Anerkennung sog. negativer Grundrechte³⁵. Die Grundrechte gewähren auch Freiheit von Betätigungszwängen – etwa die Freiheiten, keinem Glauben

³¹ BVerfGE 12, 113, 130 (Spiegel-Schmid).

³² Jedenfalls bleibt sie hinter der „Pflichtakzentuierung („Verpflichtung“) der Grundrechte zurück, die *Denninger*, JZ 1975, 545, 547 als Konsequenz der institutionellen und der Wertordnungsdeutung der Grundrechte erkennt. Vgl. dazu auch *Kröger*, Grundrechtstheorie als Verfassungsproblem, 1978, S. 26.

³³ Grundlegend: *Mallmann*, JZ 1966, 625. Jüngst: *Löffler*, NJW 1982, 91 (Tagungsbericht).

³⁴ Dasselbe gilt auch für die „im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe“ (BVerfGE 44, 322, 340) der Koalitionen. *Scholz*, a.a.O. (Fn. 20), S. 216, warnt davor, die „öffentliche Aufgabe“ zum Einfallstor unkontrollierter Freiheitseingriffe werden zu lassen.

³⁵ Vgl. *Bleckmann*, Allg. Grundrechtslehren, 1979, S. 219; *Merten*, VerwArch 73 (1982), S. 103 (106 f.) m. w. N.; *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz*, a.a.O. (Fn. 26), Art. 4 Rdnr. 54, Art. 5 Rdnr. 40, Art. 8 Rdnr. 34: sämtliche Grundrechte mit Ausnahme von Art. 6 II GG; *Scholz*, a.a.O. (Fn. 20), S. 42; *Isensee*, a.a.O. (Fn. 2), S. 615.

anzuhängen³⁶, Meinungen zu verschweigen³⁷, sich Vereinigungen³⁸ und Koalitionen³⁹ nicht anzuschließen. Wenn das BVerfG⁴⁰ kürzlich drastisch formuliert hat, Art. 12 GG gewährleiste auch „die Freiheit, überhaupt keinen Beruf zu ergreifen und auszuüben“, so muß diese sicherlich zutreffende Feststellung nicht eigens vor dem Mißverständnis in Schutz genommen werden, der untätige Schmarotzer entspreche dem Menschenbild des Grundgesetzes oder einem sozialpolitischen Leitbild. Die Bejahung des negativen Grundrechts steht auch nicht in Widerspruch zur bekannten Menschenbildformel⁴¹, die zur Verdeutlichung von Grenzen der Grundrechte und als Legitimation zulässiger Grundrechtsbeschränkungen verwendet wird, aber kein Pflichtenfüllhorn darstellt.

e) Sozialstaatlicher Grundpflichtstatus?

Man wird sich natürlich die Frage vorlegen, ob unter dem Vorzeichen des Sozialstaats die beliebige Ausübung jeglicher Handlungsfreiheit von der Schlechtausübung bis hin zur Nichtausübung noch Verfassungsinhalt sein kann oder aber nur eine von vornherein sozialverpflichtete Freiheit. Enden nicht Lern-, Ausbildungs-, Fortbildungs- und Arbeitsunlust, gesundheitsschädliche Lebensweise und falsche Einstellung zu Krankheiten etc. letztlich in unnötigen Belastungen der Solidargemeinschaften des Staates und der Sozialversicherungsträger⁴², und erscheinen nicht deshalb diese unnötigen Belastungen ausschließende soziale Grundpflichten jedes einzelnen geradezu unvermeidlich? Wenn man die soziale Grundpflicht zur Eigenverantwortung und zur Rücksichtnahme auf die Solidargemeinschaften erwägt, so wäre es zu kurz gegriffen, nur zu denken etwa an eine verfassungsrechtliche Überhöhung der vielfältigen prozeduralen und materiellen Mitwirkungspflichten des Empfängers von Sozialleistungen nach

³⁶ BVerfGE 52, 223 (246 f.) m. w. N.

³⁷ Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 5 Rdnr. 40; Schnur, VVDStRL 22 (1964), S. 111.

³⁸ BVerfGE 10, 89 (102); 38, 281 (298). Vgl. Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 9 Rdnr. 42, 88 ff. m. w. N.

³⁹ BVerfGE 50, 290 (367); Scholz, a.a.O. (Fn. 20), S. 42, 267 ff.; ders., in: Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 9 Rdnr. 169, 226 ff. m. w. N.

⁴⁰ BVerfGE 58, 358, 364.

⁴¹ BVerfGE 2, 112; 4, 7, 15 f.; 6, 32, 40 f.; 8, 274, 328 f.; 12, 45, 51; 27, 344, 350 f.; 30, 1, 20; 30, 173, 193; 32, 373, 379; 33, 1, 10 f.; 33, 303, 334; 35, 202, 225; 39, 334, 367; 45, 187, 227; 50, 290, 353 f.

⁴² Starck, ZRP 1981, 97.

dem SGB (§§ 60 ff. SGB-ÄT⁴³), der dem Arbeitslosen zumutbaren Beschäftigung (§ 103 AFG⁴⁴) oder der dem Sozialhilfeempfänger zumutbaren Arbeit (§ 25 BSHG⁴⁵). Man käme gewissermaßen zu spät, wenn man erst den sozial Hilfebedürftigen in die Grundpflicht nähme, müßte vielmehr konsequent die gesamte Lebensführung aller so in die Pflicht nehmen, daß vermeidbare Inanspruchnahmen der Solidargemeinschaft wirklich vermieden würden. Es gäbe dann nicht nur Schulpflicht, sondern auch Lernpflicht, die Pflicht, sich zu einem Beruf auszubilden, zu arbeiten, die Pflicht zur Erhaltung der eigenen Gesundheit. Im Ergebnis wäre damit Eigenverantwortung in einen komplexen und zu ständiger Ausdehnung tendierenden sozialen Pflichtenstatus verwandelt. Diese „Verpflichtung“ wäre nicht nur freiheitsgefährdend, sie würde auch zu einer Verkrampfung der Sozialpolitik führen. Den verfassungsrechtlichen Zusammenhang der Erhaltung und Stärkung der Eigenverantwortung⁴⁶ wird man daher in anderer Weise als in der Gestalt von Grundpflichten sehen müssen. Das Sozialstaatsprinzip egalisiert Freiheit nicht mit Grundpflichten⁴⁷, sondern stellt dem Gesetzgeber die Aufgabe, Solidarverantwortung, Eigenverantwortung und solidarische Rücksichtnahme auf die Solidargemeinschaften einander zuzuordnen, wie dies u. a. durch die erwähnten sozialrechtlichen Pflichten geschieht.

3. Sozialistische Verfassungen

Als Gegentypus zu der beschriebenen Rangfolge von Grundrechten und Pflichten ist die Stellung der Grundpflichten zu

⁴³ Vgl. N. Henke, VSSR 4 (1976), 41; Rűfner, VSSR 5 (1977), 347.

⁴⁴ Vgl. v. Maydell, JbSozR 2 (1980), 217, 220.

⁴⁵ Zur Verfassungsmäßigkeit s. BVerwGE 12, 129.

⁴⁶ Vgl. Lerche, SchR d.d.t. SGVbd. 9 (1972), 94, 96; Beiträge von W. Schmitt, Braun, Starck (= ZRP 1981, 97), Ecker, Krause, in: Braun (Mitverf.), Selbstverantwortung in der Solidargemeinschaft, 1981; Zacher, VSSR 4 (1976), 1, 23 (zur Notwendigkeit pluralistischer Sozialpolitik).

⁴⁷ Vgl. Zacher, Sozialstaat und Verfassung im ersten Jahrzehnt der BRG. Deutschland, 1980, S. 694: „eine echte Grundpflicht ergibt die Sozialstaatsdeklaration unter keiner Auslegung“; Isensee, a.a.O. (Fn. 2), S. 613; Badura, a.a.O. (Fn. 2), S. 870.

den verfassungsmäßigen Rechten⁴⁸ der Bürger in den sozialistischen Staaten anzusehen. Die sozialistischen Verfassungen bedienen sich des Instruments der Grundpflicht mit steigender Frequenz⁴⁹, voran die Verfassung der UdSSR von 1977, deren Pflichtenkatalog nicht nur die klassischen Pflichten zur Arbeit, zur Landesverteidigung, zur Achtung des sozialistischen Eigentums sowie die in allen sozialistischen Verfassungen anzutreffende Grundpflicht zur Einhaltung der Verfassung und der Gesetze enthält, sondern darüber hinaus eine Reihe neuer Verfassungspflichten, wie z. B. „unversöhnlich gegenüber gesellschaftsfeindlichen Handlungen zu sein und zum Schutz der öffentlichen Ordnung in jeder Weise beizutragen“ (Art. 65), die Pflicht der Bürger (nicht nur der Eltern), die Kinder „auf eine gesellschaftlich nützliche Arbeit vorzubereiten und sie zu würdigen Mitgliedern der sozialistischen Gesellschaft zu erziehen“ (Art. 66), sowie die Pflichten zum Natur- und Denkmalschutz (Art. 68, 69). Der für das Verfassungsrecht der sozialistischen Verfassungen geltende Grundsatz der Einheit von Rechten und Pflichten⁵⁰ besagt zum einen, daß dem Bürger aus den Rechten der Verfassung die Verpflichtung erwächst, „von diesen Rechten aktiv Gebrauch zu machen, um zur Stärkung der sozialistischen Staatsmacht, zur Mehrung des gesellschaftlichen Reichtums, zur Höherentwicklung der Gesellschaft beizutragen“, wie es der offizielle Kommentar zur DDR-Verfassung ausdrückt⁵¹. Der Grundsatz der Einheit von Rechten und Pflichten erhält also zunächst seine Tragweite schon aus dem Pflichtcharakter der verfassungsmäßigen Rechte selbst. Ob damit schlechthin Identität von Rechten und Pflichten gegeben sei, ist eine Frage, die in der Theorie

⁴⁸ Zur Grundrechtskonzeption des sozialistischen Verfassungsrechtes *Akademie für Staats- und Rechtswissenschaft der DDR* (Hsg.), *Staatsrecht der DDR*, 1978; *Brunner*, *Politische Soziologie der UdSSR*, Teile I und II, 1977; *ders.*, *Karl Marx und die Grundrechte in der DDR* (bisher unveröff. Manuskript); *Mampel*, *Die sozialistische Verfassung der DDR*, 2.A. 1982, S. 536 ff.

⁴⁹ Vgl. *Brunner*, *Neuere Entwicklungen in der sowjetischen Konzeption der Menschenrechte*, in: *Brunner* (Hsg.), *Grundrechte und Rechtssicherheit im sowjetischen Machtbereich*. Ausgew. Beitr. z. 2. Weltkongr. f. Sowjet- und Osteuropastudien, 1982, S. 9 ff.: „massive Erweiterung des Pflichtenkataloges“.

⁵⁰ Vgl. „Staatsrecht der DDR“, a.a.O. (Fn. 48), S. 190; *Brunner*, in: *Zieger/Brunner/Mampel/Ermarcora*, *Die Ausübung staatlicher Gewalt in Ost und West nach Inkrafttreten der UN-Konvention über zivile und politische Rechte*, 1978, S. 37 (48 ff.); *ders.*, *Osteuropa-Recht*, 1978, 70 (77); *Mampel*, a.a.O. (Fn. 48), S. 545 f.

⁵¹ A.a.O. (Fn. 48), Bd. 2 Art. 19 Erl. 3, S. 13.

Anlaß zu Erörterungen gegeben hat⁵², die hier indessen vernachlässigt werden kann. Da die Grundrechte nur nach Maßgabe der politischen, ökonomischen, ideologischen und gesetzlichen Garantien gewährleistet sind, nehmen sie die in diesen Gewährleistungen mitenthaltene Pflichtenordnungen ohne weiteres in sich auf.

Die Einheit von Rechten und Pflichten im sozialistischen Verfassungsrecht bezieht sich weiterhin auf die in der Verfassung ausdrücklich benannten und Grundrechten korrespondierenden Grundpflichten. Der Klassiker aller sozialistischen Grundpflichten ist die Pflicht zur Arbeit. Die erste Sowjetverfassung der Russischen Sozialistischen Föderativen Sowjetrepublik vom 10. Juli 1918⁵³ verkündete in ihren Grundrechtsartikeln (Art. 18): „Die Russische Sozialistische Föderative Sowjetrepublik erklärt die Arbeit zur Pflicht aller Bürger der Republik und verkündet die Losung: ‚Wer nicht arbeitet, soll auch nicht essen‘“. In den Beratungen der Weimarer Verfassungsgebenden Nationalversammlung findet man den deutlichen Nachhall dieser ersten Sowjetverfassung⁵⁴ und besonders ihrer Arbeitspflicht. Die Konsequenzen einer Arbeitspflicht, nämlich Streikverbot, Ausschluß der Freiheit der Berufswahl, Verbot des eigenmächtigen Wechsels der Arbeitsstelle und Bestrafung von Bummelanten, äußerstenfalls auch Zwangsarbeit⁵⁵ sieht man damals in den deutschen Verfassungsberatungen wohl nicht mit voller Deutlichkeit. *Friedrich*

⁵² Vgl. T. Schönrrath, StuR 1972, 1715, 1720: Einheit von Rechten und Pflichten nicht als ihr Zusammenfallen, sondern Zusammenwirken; anders noch Klenner, Studien über Grundrechte, 1964, S. 97 f.: Identität von Grundrechten und Grundpflichten. Nach Poppe (StuR 1968, 532, 540) soll die „wohlüberlegte, sparsame Regelung ausdrücklicher Rechtspflichten“ zeigen, „daß der Grundrechtsteil der mitunter geäußerten Ansicht von der durchgängigen Identität von Rechten und Pflichten, die bedeutende sozialistische Errungenschaften völlig überflüssig mit dem Attribut staatlicher Erzwingbarkeit behaften würde, keine tragfähige Grundlage bietet.“

⁵³ Dt. Institut für Rechtswissenschaft, Die Verfassungs-Gesetzgebung des Sowjetstaates, Berlin (Ost), o. J.; Meder, Das Sowjetrecht, 1971, S. 49 ff.

⁵⁴ Sie war nach Fr. Naumann (Einführungsrede zur Beratung der Grundrechte) die „direkte Konkurrenz der Verfassung, die wir herstellen“. S. auch Katzenstein, a.a.O. (Fn. 12), S. 391.

⁵⁵ Vgl. zur Verfassung der UdSSR von 1936 Maurach, Hdb. d. Sowjetverfassung, 1955, S. 80; Brunner, Politische Soziologie der UdSSR, Teil I, 1977, S. 108 (Disziplinarrecht zur Durchsetzung der Arbeitsverpflichtungen, bis 1956 in der UdSSR Strafbarkeit des Verlassens des Arbeitsplatzes).

Naumann verleibt den Satz „Wer nicht arbeiten will, der soll auch nicht essen“ – bei dem es sich sowohl um ein Bibelzitat (2. Thessalonicher 3,10) als auch um eines aus der Sowjetverfassung handelte – seinen „volksverständlichen Grundrechten“ ein. Im Verfassungstext kehrt die Arbeitspflicht in Art. 163 Abs. 1 wieder, freilich bar aller rechtlichen Verbindlichkeit oder gar Rigorosität abgesichert durch den doppelten Vorbehalt, daß nur „unbeschadet seiner persönlichen Freiheit“ jeder Deutsche die „sittliche“ Pflicht habe, seine geistigen und körperlichen Kräfte so zu betätigen, wie es das Wohl der Gesamtheit erfordert⁵⁶.

In der Verfassung der DDR von 1968/1974 haben die ausdrücklich benannten Grundpflichten eine Aufwertung erfahren. Sie kommt im Text der Verfassung in der Formel „Grundrechte und Grundpflichten der Bürger“ und weiter dadurch zum Ausdruck, daß in der offiziellen Erläuterung des Grundsatzes der Einheit von Grundrechten und Grundpflichten auf die „sehr sparsame, aber ausdrückliche Regelung verfassungsmäßiger Grundpflichten“⁵⁷ verwiesen wird. Neben der Verteidigungspflicht (Art. 3 I S. 2 DDR-V), der Arbeitspflicht (Art. 24 II DDR-V), der Pflicht der Jugendlichen, einen Beruf zu lernen (Art. 25 IV DDR-V), gibt es die Pflicht zum Schutz und zur Mehrung des Volkseigentums (Art. 10 II DDR-V).

In der Verfassung der UdSSR von 1977⁵⁸ wird schließlich die Einheit von Rechten und Pflichten als allgemeine Abhängigkeit jeglicher Rechtsgewährung von der Erfüllung der Pflichten eines Sowjetbürgers proklamiert (Art. 59)⁵⁹. Die Sowjetverfassung läßt es nicht an der wünschenswerten Deutlichkeit ihrer Absichten fehlen, wenn sie durch eine ausdrückliche Bestimmung den Sowjetbürgern klarmacht, daß sie nicht nur die Verfassung und die Gesetze zu halten haben, sondern auch „die Regeln des sozialistischen Gemeinschaftslebens achten und sich des hohen Namens Bürger der UdSSR würdig erweisen müssen“, und daß dies die Voraussetzung für die „Verwirklichung der Rechte und Freiheiten“ ist (Art. 59).

⁵⁶ Vgl. *E. R. Huber*, Dt. Verfassungsgeschichte, Bd. 6, 1981, S. 117 f.

⁵⁷ „Staatsrecht der DDR“, a.a.O. (Fn. 48), S. 190.

⁵⁸ Text und Sachbeiträge s. Osteuropa-Recht 1978, H. 1–2.

⁵⁹ Vgl. *Brunner*, a.a.O. (Fn. 49). Zur Bedeutung der Pflichten in der neuen Sowjetverfassung für die Unterdrückung der Bürgerrechtsbewegung s. *Luchterhandt*, UN-Menschenrechtskonventionen, Sowjetrecht – Sowjetwirklichkeit, 1980, S. 310 f. (311: Pflichten als Ausdruck der durch das ZK proklamierten „grenzenlosen Ergebenheit“ gegenüber der Partei und dem sozialistischen Vaterland).

II. Politische staatsbürgerliche Grundpflichten

In den Verfassungen der westlichen Demokratien stellen Grundpflichten Elemente verfassungsrechtlicher öffentlicher Ordnung dar, die nicht zu einer Verpflichtung der freiheitlichen Ordnung führen. Sieht man einmal ab von der Besonderheit der verfassungsrechtlichen Verankerung und Bestätigung des kulturstaatlichen Besitzstandes der allgemeinen Schulpflicht, den zahlreiche ausländische Verfassungen wie diejenigen der deutschen Bundesländer kennen, so sind die zwei Bereiche der *politischen* Grundpflichten und der *Sozialpflichten* zu unterscheiden.

Die Abhängigkeit der Verwirklichung der Demokratie von ständigen aktiven Beiträgen der Bürger, wie – neben vielem anderen – ihrem Engagement in politischen Parteien und öffentlichen Ämtern nimmt das GG mit der in dieser Frage angebrachten Selbstverständlichkeit nicht zum Anlaß, Verfassungspflichten zur Mitwirkung am demokratischen Prozeß einzuführen, auch nicht in der allenfalls denkbaren Form der Inkorporation von staatsethischen Bürgerpflichten in die Verfassung^{59a}. Mit staatsethischer Indifferenz der Verfassung sollte dies nicht verwechselt werden.

1. *Verfassungstreue*

In der Entstehung des GG war die Einführung einer Verfassungstreuepflicht des Bürgers der eigentliche Gegenstand der Debatte um die Grundpflichten⁶⁰. Diese hatte sich von ihrem Ausgangspunkt, den Pflichten in der sozialen Ordnung, abgekehrt und fand im Parlamentarischen Rat einen neuen Bezugspunkt in dem Postulat des Schutzes der Verfassung. Die Verpflichtung des Bürgers zur Treue gegenüber der Verfassung ist die auffallende Neuerung in den sonst noch nach Weimarer Muster entworfenen Katalogen von Grundrechten und Grundpflichten der Verfassungen von Bayern⁶¹, Bremen (Art. 9), Hessen und Rheinland-Pfalz; in Hessen sogar zur Pflicht des Bürgers zum sowohl vorbeugenden als auch repressiven Widerstand gegen Verfassungsbrüche gesteigert⁶². Das GG hat in

^{59a} Anders: Art. 26 Abs. 3 bad.-w.V (Wahlrecht ist Bürgerpflicht).

⁶⁰ S. o. Fn. 19.

⁶¹ Art. 117 bayV. Vgl. dazu *Nawiasky/Leusser/Schweiger/Zacher*, Die Verf. d. Freistaates Bay., Komm., Losebl. (1964 ff.) Art. 117; *Zacher*, JöR Bd. 15 (1966), S. 390.

⁶² Vgl. *Zinn/Stein*, Verf. d. Landes Hessen, Komm. (Losebl.), Bd. 2, Art. 146, 147.

Abweichung davon und vom Herrenchiemsee-Entwurf (Art. 19) eine allgemeine Treueklausel nicht aufgenommen⁶³, sondern verwirklicht ein anderes Konzept des Schutzes der Verfassung.

Verfassungstreue der Bürger wird als notwendig für den Bestand der Verfassungsordnung vorausgesetzt und erwartet⁶³, aber nicht als Grund-Rechtspflicht verordnet⁶⁴. Der rechtsstaatliche Verfassungsschutz baut nicht auf einer Verfassungstreuepflicht der Bürger auf, sondern ist als Verfassungs-Gefahren-Abwehrrecht konzipiert. Nicht Inpflichtnahme des Bürgers für die Verfassung, sondern Freiheit als Prinzip der Gewährleistung der Verfassung und der Freiheit „verhältnismäßig“ zugeordnete Verfahren zum Schutz der Verfassung, die auf der Ebene des Verfassungsrechtes selbst (Art. 9 Abs. 2, 18, 21 Abs. 2 GG), des Strafrechtes oder Verwaltungsrechtes angesiedelt sein können. Verfassungsschutz ist rechtsstaatlich begrenzte Freiheitsbegrenzung, nicht Heranziehung des Bürgers für den Schutz der Verfassung. Genau besehen, richtete sich auch die Diskussion im Parlamentarischen Rat über die allgemeine Treueklausel nur auf den Schutz der Verfassung als Freiheitsbegrenzung, und es muß daher als folgerichtig angesehen werden, daß dieses Ziel *nicht* durch eine allgemeine Treueklausel, sondern durch differenzierte Verfassungs-Gefährdungs-Tatbestände und Verfahren verwirklicht wird^{65, 66}.

⁶³ S. o. Fn. 6.

⁶⁴ Ebenso: *Denninger*, VVDStRL 37 (1979), 8 (50) LS 7; *H. H. Klein*, VVDStRL 37 [1979, 53 (80 f.)]; *Roellecke*, DÖV 1978, 457 (459, 461); *Stober*, a.a.O. (Fn. 2), S. 30; *Benda*, a.a.O. (Fn. 2). In der Sache auch *BVerfGE* 39, 334 (373).

⁶⁵ Die Treueklauseln der Landesverfassungen weisen zwar in die Richtung einer darüberhinausgehenden Verfassungstreuepflicht, sind aber zu ihrer Effektuierung auf das Staatsschutzstrafrecht angelegt und angewiesen (vgl. *Nawiascky/Leusser/Schweiger/Zacher*, a.a.O., Art. 117 Rdnr. 6: Strafgesetzgebung als Erfüllung des Pflichtenprogramms des Art. 117 bayV), wie sich für Art. 146 hessV (vgl. dazu *Zinn/Stein*, a.a.O. [Fn. 62]; *Denninger*, a.a.O. [Fn. 64] S. 22; *Schmitt Glaeser*, Mißbrauch und Verwirkung von Grundrechten im politischen Meinungskampf, 1968, S. 282) aus §§ 31 ff. HessStGHG v. 12. 12. 1947, GVBl. 1948, S. 3 ergibt.

⁶⁶ Auch „Mißbrauch“ der Grundrechte (vgl. dazu *H.-U. Gallwas*, Der Mißbrauch von Grundrechten, 1967; *Schmitt Glaeser*, a.a.O., Fn. 65), ist ein Tatbestand, der, soweit Mißbrauchsgrenzen und Mißbrauchsverbote der Grundrechte bestehen, Grundrechtsbegrenzungen markiert. Die Annahme eines allgemeinen, die Grundrechte aus sich heraus begrenzenden Verfassungsvorbehaltes der Verfassungstreue (R. Ar-

2. Wehrpflicht

Die allgemeine Wehrpflicht ist im GG, anders als in den früheren deutschen und vielen ausländischen Verfassungen, nicht in die kraftvolle Form einer staatsbürgerlichen Grundpflicht, sondern in einen grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt gekleidet und dort sinnwidrig in einem Atemzug mit der dem Gesetzgeber eröffneten Möglichkeit genannt, Wehrpflichtige auch zu Dienstleistungen im Bundesgrenzschutz und in Zivilschutzverbänden heranzuziehen (Art. 12 a I). Dennoch ist die allgemeine Wehrpflicht eine verfassungsrechtliche Grundpflicht⁶⁷ der männlichen deutschen Bürger. Sie ist es auf Grund der verfassungsrechtlichen Grundentscheidung für die militärische Verteidigung (Art. 12 a I, 73 Nr. 1, 87 a I S. 1 GG). Diese Entscheidung schließt die Einführung der Wehrpflicht ein. Für die Wehrpflicht hat sich die Verfassung allerdings nicht unbedingt entschieden, vielmehr unter dem militärpolitisch bislang theoretisch gebliebenen Vorbehalt der Alternative, das Wehrpflichtheer durch ein Freiwilligenheer zu ersetzen⁶⁸. Solange dieser Vorbehalt nicht ausgeübt wird, bedeutet die bestehende Wehrpflicht eine verfassungsrechtliche Grundpflicht. Ihre Verfassungsverbindlichkeit erfaßt nur die Deutschen⁶⁹. Sie ist staatsbürgerliche Grundpflicht. Die Wehr-

nold, Verfassungstreue und Grundgesetz, BayVBl. 1978, 520; A. Steinkamm, Nichtübernahme von Verfassungsgegnern in den öffentlichen Dienst, in: Gössel/Hermann/Steinkamm/Doehring, Der freiheitliche Rechtsstaat und seine Grenzen – Mittel und Grenzen der Abwehr, 1979, S. 77 [90]) geht dagegen zu weit. Auch Verfassungsschutz ist im Rechtsstaat gesetzliche Begrenzung der Freiheit. Auf die limitierende Wirkung, die Verfassungsgebundenheit usw. des Gesetzes kann nicht verzichtet werden. Hierin liegen allgemein die Bedenken gegen „Mißbrauchs“-Grenzen.

⁶⁷ Ebenso Stober, a.a.O. (Fn. 2), S. 43; Benda, a.a.O. (Fn. 2), („Grundpflicht“). Den verfassungsrechtlichen Charakter der Wehrpflicht erkennen ebenfalls an Martens, Grundgesetz und Wehrverfassung, 1961, S. 123 f.; K. Ipsen/J. Ipsen, in: Bonner Komm. GG (Losebl.), Art. 12 a (1976) Rdnr. 28, BVerfGE 28, 243, 261 (Wehrpflicht als verfassungsrechtliche Pflicht), BVerfGE 48, 127, 163 (Wehrpflicht als verfassungsrechtlich verankerte Pflicht, sich an der bewaffneten Landesverteidigung und damit insoweit an der Sicherung der staatlichen Existenz zu beteiligen. Dagegen (nicht überzeugend) Merten, BayVBl. 1978, 554, 558; Gusy, JZ 1982, 657, 660.

⁶⁸ BVerfGE 48, 127, 160.

⁶⁹ A. A. Stober, a.a.O. (Fn. 2), S. 44.

pflicht für Ausländer ist möglich, aber nicht verfassungsgefordert⁷⁰.

Allgemeine Wehrpflicht und das Grundrecht der Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen stehen sich auf der gleichen rechtlichen Ebene des Verfassungsrechts gegenüber, sind aber über ihren offenbaren inhaltlichen Gegensatz hinaus wesensverschiedene Bestandteile der Verfassung. Das GG richtet mit der allgemeinen Wehrpflicht ein Stück allgemeiner öffentlicher Ordnung ein, läßt aber dessen Durchsetzung enden an der besonderen Situation des in Gewissensnot befindlichen Individuums⁷¹. Dies geschieht in der offenbaren Erwartung, daß die Grundentscheidung für die Landesverteidigung in ihrer Verwirklichung durch das Recht der Kriegsdienstverweigerung nicht beeinträchtigt wird. Eine solche Verfassungserwartung kann durch tatsächliche Entwicklungen ins Wanken geraten oder gar widerlegt werden. Dazu könnte in der nahen Zukunft das Ansteigen der Zahlen der Kriegsdienstverweigerer und der Rückgang der Geburten oder schon jeder dieser Faktoren beitragen. Herstellung der Vereinbarkeit zwischen dem Verfassungsgebot der Landesverteidigung und dem Grundrecht der Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen ist die Aufgabe des Gesetzgebers, der dafür in Art. 4 III S. 2, 12 a I, II GG einen klaren Auftrag der Verfassung hat. Dabei geht es nicht um eine in Art. 4 III GG nicht vorgesehene Einschränkung des Grundrechtes. Der Gesetzgeber verfügt aber verfassungsrechtlich über einen ausreichend großen Spielraum, um die Situation eines innerhalb der Verfassung entstehenden und dort ungelösten Konfliktes⁷² zwischen Landesverteidigung und allgemeiner Wehrpflicht einerseits und dem Grundrecht aus Art. 4 III GG abzuwenden. Der Schutz des Grundrechtes aus Art. 4 III GG ist bislang, wenn wir von dem umstrittenen Verfahren der Anerkennung der Gewissensentscheidung absehen, in dreifacher Hinsicht extensiv gehandhabt worden: 1. Das Grundrecht ist auf den Kriegsdienst *mit der Waffe* begrenzt, bleibt also

⁷⁰ Zur völkerrechtlichen Seite und zur Rechtsvergleichung vgl. Doehring, in: Strupp-Schlochauer, Wb. d. VöR, 3. Bd., 1962, S. 812; O'Connell, Intern. Law, 2nd ed., 1970, vol. 2, p. 703. Eine RVO nach § 2, die Wehrpflicht für Ausländer anordnet, besteht bisher nicht. In Westeuropa unterliegen nur in Italien die dort ansässigen Ausländer der Wehrpflicht (s. St.Sekr. Dr. Penner, BT-Drucks. 9/1049).

⁷¹ Vgl. BVerfGE 28, 243, 260; 48, 127, 163 („Das Grundrecht setzt selbst der verfassungsrechtlich verankerten Pflicht . . . eine unüberwindliche Schranke entgegen“).

⁷² Vgl. dazu auch BVerfGE 28, 243, 260 ff.

durch einen waffenlosen Dienst in den Streitkräften unberührt⁷³. Das WPflG geht darüber hinaus. Waffenloser Dienst in der Bundeswehr ist zwar vorgesehen (§ 25 S. 2), aber nur auf Antrag. Tatsächlich gibt es solchen waffenlosen Dienst bisher nicht⁷⁴. 2. Daß sich das Grundrecht nicht nur auf den Kriegsdienst, sondern notwendig auch auf die Erlernung des Kriegshandwerkes in Friedenszeiten erstreckt, entspricht vorherrschender Auffassung⁷⁵, ist aber vom BVerfG⁷⁶ mit einem Fragezeichen versehen worden: die Leistung von Wehrdienst in Friedenszeiten falle nicht schlechthin in den Kernbereich des Grundrechts aus Art. 4 Abs. 3 GG. 3. Das Grundrecht erstreckt sich nicht auf den Dienst in Zivilschutzverbänden⁷⁷. Eine durch Art. 12 a I GG ermöglichte Zivildienstpflicht besteht aber bisher generell nicht⁷⁸. Durchweg gibt es in den genannten Fragen sachlich vertretbare Gründe für den vom Gesetzgeber praktizierten großzügigen Schutz der Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen, so daß sich ein Problem ihrer Vereinbarkeit mit dem Verfassungsgebot der Landesverteidigung nicht stellt. Ob dies so bleibt, hängt von der weiteren Entwicklung ab. Gegenwärtig ist vom Gesetzgeber als einzige Form der Heranziehung der Kriegsdienstverweigerer der Ersatzdienst nach Art. 12 a II GG vorgesehen, den das ZivildienstG als Zivildienst ausgestaltet. Seit 1978 werden alle anerkannten Kriegsdienstverweigerer zu diesem Dienst einberufen⁷⁹. 1981 waren dies über 31 000⁸⁰ Zivildienstleistende gegenüber der Zahl von Wehrdienstleistenden, die zwischen 220 000 und 230 000 liegt. Die Zahl der Zivildienstplätze betrug 1981 48 000⁸⁰.

Der Zivildienst ist ein Sozialdienst und unterscheidet sich dadurch vom Wehrdienst. Die Ersatzdienstpflicht (Art. 12 a II

⁷³ Vgl. Herzog, in: *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz*, a.a.O., Art. 4 Rdnr. 172 f.

⁷⁴ *Hahnenfeld*, WPflG, Komm., Losebl. § 27 Anm. 1.

⁷⁵ Vgl. *Gusy*, JuS 1979, 254 m. umf. Nachw. Demgegenüber legt *Doehring*, Staatsrecht, 2.A. 1980, S. 305 f., dar, daß die Ausbildung mit der Waffe bei Kriegsdienstverweigerern nicht notwendig sinnlos sein müßte.

⁷⁶ E 48, 127, 164.

⁷⁷ *K. Ipsen/J. Ipsen*, a.a.O. (Fn. 67), Art. 12 a Rdnr. 79 ff.

⁷⁸ Die Errichtung des Zivilschutzkorps, für das Dienstpflicht vorgesehen ist (ZSKG v. 12. 8. 1965, BGBl. I, 782), ist unbefristet aufgeschoben (Art. 17 Nr. 3 FinanzÄndG v. 21. 12. 1967, BGBl. I, 1259).

⁷⁹ Parl. StSchr. *Buschfort*, BT-Drucks. 9/163.

⁸⁰ Bundesamt für den Zivildienst, in: *Das Parlament*, 31. Jg., Nr. 32 v. 8. 8. 1981.

S. 1 GG) ist aus der Wehrpflicht abgeleitet, ohne diese für den Kriegsdienstverweigerer vollständig zu verdrängen. Sie tritt zur Wehrpflicht hinzu, weil deren regulärer Vollzug gehindert ist. Die verfassungsrechtliche Existenzgrundlage des Zivildienstes ist ohne Zweifel das Prinzip der Pflichtengleichheit⁸¹. Der Zivildienst ermöglicht die durch den Gleichheitssatz gebotene Pflichtengleichheit zwischen Wehrpflichtigen, die Wehrdienst leisten, und Wehrpflichtigen, die den Wehrdienst aus Gewissensgründen verweigern. Dies bedeutet zunächst auch, daß der Zivildienst, so gemeinschaftsnützlich die in ihm verrichteten Dienstleistungen sind, nicht um dieser Gemeinschaftsnützlichkeits willen existiert. Wäre es anders, so wäre es schwer zu begreifen und zu rechtfertigen, daß Frauen zu diesem Dienst nicht verpflichtet sind. Denn so gut wie alles, was im Zivildienst verrichtet wird⁸², eignet sich als Tätigkeit auch für Frauen. Daß der Zivildienst von Verfassungs wegen ein Surrogat des Wehrdienstes ist⁸³, hindert andererseits aber nicht die notwendige Anerkennung des Gemeinwohl-Eigenwertes dieses Dienstes, der in der Ausgestaltung des Dienstes zu verwirklichen ist.

Das zwischen Wehrdienst und Zivildienst bestehende Band der Pflichtengleichheit hat nicht identische, sondern durchaus verschiedene Modi einer Pflichterfüllung zum Gegenstand. Die Art- und Strukturunterschiede zwischen Wehr- und Zivildienst erschweren ihre Vergleichbarkeit, eröffnen damit aber dem Gesetzgeber einen eher größeren Spielraum innerhalb des Gleichheitsgebotes. Die Dauer des Zivildienstes wird man daher in dem Rahmen, der zwischen dem geltenden Recht (§ 24 ZDG) mit einer Mindestdauer von 16 Monaten und der Höchstdauer des Grundwehrdienstes und der Wehrübungen, insgesamt 24 Monate, gesetzt ist (Art. 12 a II S. 2 GG), als der politischen Gestaltung offen ansehen müssen.

3. Übernahme von Ehrenämtern

Zum Kanon der politischen Grundpflichten der Deutschen gehört die Pflicht zur Übernahme von ehrenamtlichen Tätig-

⁸¹ Das Gegenteil behauptet *Gusy*, JuS 1979, 254, 256.

⁸² U. a. Pflegehilfe und Betreuungsdienste (46,3%), Umweltschutz (0,9%), Krankentransport und Rettungswesen (12,6%), Kaufmännische und Verwaltungstätigkeiten (12,6%). Quelle: Bundesminister für Jugend, Familie und Gesundheit, „Der Zivildienst im Überblick“ (6. 11. 1981).

⁸³ K. Ipsen/J. Ipsen, a.a.O. (Fn. 67), Art. 12 a Rdnr. 97.

keiten. Sie war nach Art. 132 WRV Grundpflicht und ist es weiterhin nach einem Teil der Landesverfassungen (Bayern Art. 121, Bremen Art. 9, Hessen Art. 25, Rheinland-Pfalz Art. 21, Saarland Art. 19). Die Pflicht besteht nur, soweit sie durch Gesetz aktualisiert ist⁸⁴. Es wäre der näheren Untersuchung wert, inwieweit diese Grundpflicht für die heutige Staatspraxis nur vertraute Selbstverständlichkeiten wie den ehrenamtlichen Richter oder den Wahlhelfer und Volkszähler abdeckt oder vielmehr darüber hinaus eine wachsende Zahl von ehrenamtlichen Tätigkeiten, insbesondere in der Kommunal-, Sozial-, Wirtschafts-, Wehr- und Schulverwaltung⁸⁵. *Hans Peters*⁸⁶ hat noch die Ehrenamtspflicht der Reichsverfassung als eine wichtige verfassungsrechtliche Stütze des gesamten Gebiets der sog. politischen und wirtschaftlichen Selbstverwaltung gewürdigt. Auf der Ebene des Bundesverfassungsrechtes ist heute die Ehrenamtspflicht nicht normiert. Aber der verfassungsrechtliche Kontext Weimars und der Landesverfassungen ist für das GG insofern wichtig, als aus ihm einwandfrei erschlossen werden kann, daß zwischen Ehrenamts- und Dienstpflichten unterschieden werden muß⁸⁷, und das im GG an die Stelle der früheren Grundpflicht zu Dienstleistungen für den Staat (Art. 133 WRV) getretene Grundrecht auf Freiheit von Arbeitszwang (Art. 12 II) somit nicht auf die ehrenamtlichen Tätigkeiten für Staat und Selbstverwaltungs-körperschaften ausgreift.

⁸⁴ S. auch § 82 VwVfG.

⁸⁵ Sowohl nichtbeamtete ehrenamtliche Tätigkeit als auch Ehrenbeamtenverhältnisse können einer gesetzlichen Übernahmespflicht unterliegen; vgl. *Stober*, Der Ehrenbeamte in Verfassung und Verwaltung, 1981, S. 20 ff., 34 f.

⁸⁶ Art. 132 und 133 Abs. 1, in: *Nipperdey* (Hsg.), a.a.O. (Fn. 15), Bd. 2 (1930), S. 290 (299).

⁸⁷ Vgl. *Nawiasky*, a.a.O. (Fn. 61), Art. 121 Rdnr. 3; *Scholz*, in: *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz*, Art. 12 Rdnr. 481; *Meyer-Borgs*, Komm. VwVfG, 2.A. 1982, § 82 Anm. 3; *Stober*, a.a.O. (Fn. 85), S. 43; *Bay VGH* 7, 80. Als Abgrenzungskriterium wird seit *Peters*, a.a.O. (Fn. 86), S. 300, angesehen, daß organschaftliches Handeln für den Staat zum Ehrenamt gehört im Unterschied zu der zu Gunsten des Gemeinwesens erbrachten Dienstleistung. Da das GG aber, anders als die WRV, einen Zwang zu öffentlichen Dienstleistungen im allgemeinen untersagt, kann eine rein formale Ausgestaltung des Pflichtdienstes als „Amt“ nicht ausreichen, um ein verfassungsrechtlich zulässiges Ehrenamt anzunehmen. Vielmehr wird es für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Ehrenamtes zusätzlich darauf ankommen, ob legitime Gründe, wie Laienbeteiligung, Selbstverwaltung, vorliegen. Beispielsweise wäre dagegen eine Polizeidienstpflicht als „Ehrenamt“ unzulässig.

III. Soziale Grundpflichten

Soziale Grundpflichten ziehen die ökonomisch verwertbaren Güter aller für die Zwecke des Gemeinwesens heran. Sie stellen Pflichtbeiträge dar, die aus der Arbeitskraft und dem Vermögen der Grundrechtsinhaber zu Gunsten der Arbeit des Gemeinwesens zu erbringen sind.

1. Öffentliche Dienstleistungspflichten

Das GG verzichtet weitgehend darauf, Arbeitskraft und Freizeit der Menschen mit Pflichtbeiträgen zu Gunsten des Staates zu belasten. Es läßt öffentliche Dienstleistungspflichten nur als Ausnahmen vom Grundrecht auf Freiheit von Arbeitszwang (Art. 12 II) zu und begrenzt diese auf herkömmliche Dienstleistungspflichten⁸⁸. Damit sind gewisse lokale Rückzugsgebiete von Dienstleistungspflichten aufrechterhalten, ohne daß ihre tatsächliche Existenz gewährleistet wäre. Hand- und Spanndienste sind durch die kommunale Gebietsreform zum Absterben verurteilt. Feuerwehrdienstpflichten dienen nicht als Instrument zur Rekrutierung des Personalbedarfs der Feuerwehr, sondern zur Auferlegung von Feuerschutzabgaben⁸⁹. Zulässig bleibt auch die schon zu Art. 133 WRV zu den öffentlichen Dienstleistungspflichten gerechnete Nothilfepflicht bei Unglücksfällen. Sie wird durch einige Landesverfassungen⁹⁰ zur Grundpflicht erhoben. Die Notstandsverfassung kennt Ermächtigungen an den Gesetzgeber zur Einführung von Dienstleistungspflichten, erfaßt aber damit wesentlich nur Wehrpflichtige (Art. 12 a III GG), während Frauen erst *im* Verteidigungsfall für Sanitäts- und Heilwesen und die Lazarettorganisation verpflichtet werden können (Art. 12 a IV GG).

Der weitgehende Verzicht des GG auf öffentliche Dienstleistungspflichten hat seine historische Zielrichtung als Anti-Arbeitsdienst-Gesetz. Er wirkt aber außerdem in die Gegenwart als ständige Erprobung der Bereitschaft der Bürger, freiwillige und meistens unbezahlte Gemeinschaftsdienste zu übernehmen. Diese Probe scheint bislang erfolgreich zu verlaufen, wenn beispielsweise die Gesamtzahl der in der Freien Wohlfahrtspflege tätigen freiwilligen oder – wie sie dort heißen – „ehrenamtlichen“ Helfer mit rund 1,5 Millionen ermittelt

⁸⁸ Näher v. Mangoldt-Klein, a.a.O. (Fn. 1), Art. 12 Anm. VII; Scholz, in Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 12 Rdnr. 476 ff.

⁸⁹ BVerfGE 9, 299; 13, 171; BayVGHE 6, 75; 15, 34.

⁹⁰ Art. 122 bayV, 10 brV, 22 rhpfV, 19 saarlV.

wurde⁹¹, es rd. 800 000 freiwillige Mitglieder der Feuerwehren gibt, das Technische Hilfswerk 75 000⁹² und die übrigen Katastrophenschutzorganisationen (Arbeiter-Samariterbund, Johanniter-Unfall-Hilfe, Malteser-Hilfsdienst) zusammen noch einmal 75 000 Helfer haben^{93, 94}.

Im selben Zuge, in dem die öffentlichen Dienstleistungspflichten fast zum Verschwinden gebracht wurden, wuchsen die mit Berufsausübung und Unternehmenstätigkeit verbundenen öffentlichen Indienstnahmen ständig an. Industrie- und Handelskammern und Steuerzahler-Bund pflegen sie als „unbezahlte Hilfsarbeiten der Wirtschaft für den Staat“⁹⁵ in die Öffentlichkeit zu tragen. Ihr Gewicht als Kostenfaktor ist für die Unternehmen beträchtlich. Es geht dabei um zunehmende administrative Pflichten im Personalbereich sowie Meldepflichten für statistische Zwecke. Diese Berufs- und Unternehmenspflichten sind soziale Lasten unternehmerischer Erwerbstätigkeit. In ihnen drückt sich eine andere Seite des Sozialstaatsprinzips aus als in einer Dienstleistungspflicht als Grundpflicht. Es handelt sich um sozialstaatliche Verantwortlichkeit des Unternehmens für den eigenen Bereich der Unternehmenstätigkeit, nicht um einen diesen Bereich überschreitenden Gemeinwohlbeitrag. Die Berufs- und Unternehmenspflichten werden daher folgerichtig als verfassungsrechtlich zulässige Berufsausübungsregelungen (Art. 12 I 2 GG) angesehen.

⁹¹ Nach einer im Auftrage der Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege durchgeführten Untersuchung des Instituts für Demoskopie Allensbach (1979). – Zum Umfang ehrenamtlicher Tätigkeit insgesamt vgl. *Schmidt-Jortzig*, Komm. Organisationshoheit, 1979, S. 50 ff.

⁹² 120 000 werden benötigt; *Hahnenfeld*, a.a.O. (Fn. 74), § 13 a Rdnr. 20.

⁹³ Zahlenangaben nach *Beßlich* u. a., Allgemeine Grundlagen des Zivilschutzes und der Zivilverteidigung. Organisation in Übersichten. 3.A. 1979 (Zivilschutz und Zivilverteidigung. Handbücherei für die Praxis). Rechtsverhältnisse der Helfer: §§ 9 ff. ZSchG, 8 ff. KatSG.

⁹⁴ Die Zahl der vom Wehrdienst freizustellenden Helfer im Zivil- und Katastrophenschutz (§§ 8 II KatSG, 13a WPflG) ist begrenzt (1977: 17 000; s. *Hahnenfeld*, a.a.O., § 13 a Rdnr. 40).

⁹⁵ *IHK Koblenz*, Unbezahlte Hilfsarbeiten der Wirtschaft für den Staat – Steuerbonus als Ausweg? 1976 (Maschinenskript); *Klein-Blenkers*, Die Belastung von Industrieunternehmen durch administrative Leistungen für den Staat, 1980.

hen⁹⁶ und von den öffentlichen Dienstleistungspflichten (Art. 12 II GG) unterschieden.

2. „Eigentum verpflichtet“

a) Unterscheidung der Ebenen des Verfassungsrechts und der gesetzlichen Eigentumsordnung

Mit Art. 14 Abs. 2 hat das GG ein Stück des Weimarer Grundpflichten-Kanons (Art. 153 III WRV)⁹⁷ inkorporiert⁹⁸, und ist die Kontinuität der Idee der Grundpflicht im GG und damit zugleich der Pflichten aspekt im Sozialstaat am deutlichsten zum Ausdruck gelangt. Für die Frage nach dem Inhalt der Grundpflicht ist zunächst die Prämisse klarzustellen, daß zwischen der Ebene des Verfassungsrechts und der gesetzlichen Eigentumsordnung exakt unterschieden werden muß. Der Vorrang der Verfassung beruht, wie *Rainer Wahl*⁹⁹ jüngst hervorhebt, auf der „Eigenständigkeit des Verfassungsrechts und seiner Distanz zum Gesetz“. Eigentümerrechte und -pflichten der gesetzlichen Eigentumsordnung dürfen nicht mit verfassungsrechtlichen Rechten und Pflichten identifiziert werden. Das BVerfG hat es in den letzten Jahren zweimal mit großer Entschiedenheit abgelehnt, frühere Bestände der Eigentumsordnung für Unternehmens- und Bodeneigentum als verfassungsfest anzuerkennen (im Mitbestimmungs-¹⁰⁰ und im Grundwasserurteil¹⁰¹). Das Gericht hat den Versuch zurückgewiesen, den Verfassungsbestand des Eigentums von einer vorgegebenen „Wirtschaftsverfassung“¹⁰⁰ oder im Bodenrecht von der Eigentumsverfassung des BGB¹⁰¹ her zu definieren. Dasselbe hat folgerichtig – erst recht – für Eigentümerpflichten zu

⁹⁶ Scholz, in: *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz*, Art. 12 Rdnr. 478; *BVerfGE* 22, 380 (Kuponsteuer); 44, 103 (Kirchensteuer); *BVerwGE* 41, 261 (Ärztlicher Notfalldienst); von Indienstnahmen im Bereich genuiner Unternehmensverantwortlichkeit unterscheidet sich die Erdölbevorratungspflicht (*BVerfGE* 30, 292): Erfüllung einer staatlichen Aufgabe durch Naturalleistungspflicht der Unternehmen, Vgl. auch *Ossenbühl*, *VVDStRL* 29 (1971), 137, 175 ff.

⁹⁷ Zur Ideengeschichte des Art. 153 III: *Kübler*, *AcP* 159 (1960), 236, insbes. 241 ff. (lutherische Eigentumsethik).

⁹⁸ Zur Entstehungsgeschichte: *JbÖffR n. F.* Bd. 1, S. 145 ff.; *Kimminich*, *Bonner Komm. GG*, Losebl., Art. 14 Anm. I, S. 3 ff. (Zweitbearbeitung 1965).

⁹⁹ *DSt* 20 (1981), 485, 513.

¹⁰⁰ *BVerfGE* 50, 290, 336 ff.

¹⁰¹ *BVerfGE* 58, 300, 334 f.

gelten. Die Pflichten der gesetzlichen Eigentumsordnung sind nicht als solche Verfassungspflichten. Das Eigentum im Sinne der gesetzlichen Eigentumsordnung ist gleichzeitig rechte- und pflichtenhaltig. Es ist nur scheinbar etwas Neues, wenn das BVerfG¹⁰² festhält, daß öffentlich-rechtliche Normen, die den Umfang der Eigentümerbefugnisse beschränken, Eigentumsinhalt darstellen. So hat beispielsweise *Eberhard Schmidt-Aßmann*¹⁰³ das Bodeneigentum als ein Rechte- und Pflichten-System zutreffend gewürdigt. Die Pflichtenhaltigkeit der Eigentumsordnung kann kein grundsätzlicher rechtlicher Streitpunkt sein, insbesondere kein verfassungsrechtlicher. Sie ist die Realität des öffentlichen Rechts im Gesetzgebungsstaat. Historisierende Rückgriffe zur Begründung pflichtgebundenen Eigentums, wie sie in der Vergangenheit üblich waren, etwa in Gestalt germanistisch-romanistischer Kontroversen, wirken heute eher desorientierend¹⁰⁴. Während die gesetzliche Eigentumsordnung Rechte und Pflichten des Eigentümers im Boden- und Wirtschaftsrecht verbindet, ist auf der davon zu unterscheidenden Ebene der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie eine Einheit von Recht und Pflicht ausgeschlossen. Das Verhältnis zwischen Eigentumsgrundrecht und Sozialpflichten kann kein prinzipiell anderes sein als zwischen anderen Grundrechten und Pflichten. Der besondere Schutz, den das Eigentum in der Gestalt des Grundrechtes genießt – beispielsweise durch die komplementäre Rechtsschutzgarantie oder in Verbindung mit der Institutsgarantie, die dem Gesetzgeber in der Ausgestaltung der Eigentumsordnung Schranken setzt¹⁰⁵ – schützt in spezifischer Weise nur die Rechte des Eigentümers.

b) Verfassungsrechtliche Gehalte des Art. 14 Abs. 2 GG

Die der Eigentumsgarantie zugeordnete Grundpflicht „Eigentum verpflichtet“ unterscheidet sich im Ansatz wesentlich von den übrigen Grundpflichten, den staatsbürgerlichen ebenso wie den öffentlichen Dienstleistungspflichten. Diese sind allgemeine Pflichten, die im Prinzip jedermann treffen sollen, und diese ihre Allgemeinheit stellt sie teils – wie die Wehr-

¹⁰² BVerfGE 52, 1, 27; 58, 300, 330.

¹⁰³ Grundfragen des Städtebaurechts, 1972, S. 95f.

¹⁰⁴ Kritisch zu v. Gierkes „germanischem Eigentumsbegriff“: Kroeßell, FS Thieme, 1977, S. 34.

¹⁰⁵ Vgl. BVerfGE 58, 300, 339. Zur Substanzgarantie: BVerfGE 50, 290, 341; 52, 1, 30.

pflcht – in den Zusammenhang der Allgemeinheit des demokratischen Prinzips, teils – wie Dienstleistungspflichten – in den Zusammenhang der Allgemeinheit der öffentlichen Ordnung. Der Satz „Eigentum verpflichtet“ dagegen ist Ausdruck der besonderen Bindungen, die dem Eigentum auferlegt sind, aber praktisch doch nicht allgemein jedem Eigentum, sondern dem Eigentum in der Boden- und der Wirtschaftsverfassung. „Eigentum verpflichtet“ ist in der Gestalt einer Grundpflicht¹⁰⁶ eine Grundsatznorm der Boden- und der Wirtschaftsverfassung. Über Notwendigkeit und juristischen Ertrag einer solchen Grundsatznorm konnte man von Anfang an geteilter Auffassung sein. Schon in den Weimarer Verfassungsberatungen wurde erkannt, daß für Boden- und Wirtschaftsverfassung nicht die *Naumannschen* Grundpflichten, sondern die gesetzgebende Gewalt der maßgebliche Faktor war¹⁰⁷. Demgemäß hatte der Sozialdemokrat *Katzenstein* in der Nationalversammlung die Streichung der Klausel „Eigentum verpflichtet“ beantragt¹⁰⁸. Der Grundsatzcharakter der Norm „Eigentum verpflichtet“ hindert, daß aus ihr als solcher, ohne die Vermittlung durch die gesetzliche Eigentumsordnung, justitiable, konkret einforderbare Eigentümerpflichten abgeleitet werden¹⁰⁹. Im Zivilrecht hat man eine Zeitlang mit dem Gedanken gespielt, Art. 14 II GG als Generalklausel zu verwerten¹¹⁰, arbeitet aber inzwischen wirkungsvoll und systematisch richtig mit den Genralklauseln der unterverfassungsmäßigen Rechtsordnung. Der heute allgemein akzeptierte Wandel in der Beurteilung der Rechtsqualität der Norm „Eigentum verpflichtet“, die anders als in Weimar nicht als lediglich sittliche Pflicht, sondern als Rechtspflicht angesehen wird¹¹¹, hat insofern im Ergebnis nichts geändert. Die relevanten Wandlungen sind zweifacher Art. Zum einen wird in Art. 14 II GG der Sitz eines

¹⁰⁶ Für Grundpflicht: *Kimminich*, Bonner Komm. GG, Losebl., Art. 14 Rdnr. 8 (Drittbearbeitung 1976); *Stober*, a.a.O. (Fn. 2), S. 50; *Benda*, a.a.O. (Fn. 2); a. A. *Merten*, a.a.O. (Fn. 2), S. 558.

¹⁰⁷ Dies auch für die Deutsche Demokratische Partei Naumanns. Vgl. *E. R. Huber*, a.a.O. (Fn. 12); *ders.*, VerfGsch. Bd. V, 1978, S. 1199 f. Vhdlg. a.a.O. (Fn. 12), S. 509.

¹⁰⁸ Vgl. *Isensee*, a.a.O. (Fn. 2), S. 613.

¹¹⁰ Vgl. *Kübler*, AcP 159 (1960), 236; *Erwin Stein*, FS Gebh. Müller, 1970, S. 503, 523 f.; *Wolff/Raiser*, Sachenrecht, 10. A. 1957, § 52 I 3, S. 179 betr. Verkehrssicherungspflicht; *Breuer*, Die Bodennutzung im Konflikt zwischen Städtebau und Eigentumsgarantie, 1976, S. 42 m. Fn. 133. – Dagegen schon: *Dürig*, FS Nawiaskey, 1956, S. 157, 172 f.

¹¹¹ Vgl. *Kimminich*, a.a.O. (Fn. 106), Rdnr. 116; *Breuer*, a.a.O. (Fn. 110), S. 42 m. w. N. Zuerst: *Dürig*, JZ 1953, 193.

an den Gesetzgeber gerichteten „Sozialgebots“ zur Gestaltung der Eigentumsordnung gesehen¹¹². Zum anderen gibt es in der Theorie – ich beziehe mich auf *Kirchhof*¹¹³ – den aussichtsreichen Versuch, dem Art. 14 II GG in Verbindung mit der finanzstaatlichen Steuerkompetenz des Staates eine Grundpflicht zur Steuerzahlung zu entnehmen. Diese These hat die Eigentums-Relevanz der Besteuerung zur Prämisse, wofür ich hier auf „Innsbruck 1980“ verweisen kann¹¹⁴.

c) Grundpflicht zur Steuerzahlung

Die Verankerung einer „Grundpflicht zur Steuerzahlung“ in Art. 14 Abs. 2 GG ist von dieser Prämisse ausgehend folgerichtig, andererseits aber von der ursprünglichen Zielrichtung des Satzes „Eigentum verpflichtet“ beträchtlich entfernt. Durch seine steuerstaatliche Ausdeutung erhält dieser Satz erstmals die Wendung zur allgemeinen Grundpflicht, so wie Art. 123 bayV¹¹⁵ sie ausdrückt, daß nämlich „alle im Verhältnis ihres Einkommens und ihres Vermögens und unter Berücksichtigung ihrer Unterhaltungspflicht zu den öffentlichen Lasten heranzuziehen“ sind. Die verfassungsrechtsdogmatischen Konsequenzen der Annahme einer Grundpflicht zur Steuerzahlung können hier nur angedeutet werden:

Die ursprünglich angenommene Indifferenz der Besteuerung gegenüber dem Eigentumsgrundrecht, die man treffend auch Immunität des Steuerrechts¹¹⁶ genannt hat, wird zwar aufgegeben, aber das Steuerrecht geht nicht ersatzlos in dem Kreise beliebiger anderer Eigentumsbindungen auf. Die steu-

¹¹² BVerfGE 37, 132, 140; 38, 348, 370; 50, 290, 340; 52, 1, 29; 58, 137, 147; 58, 300, 338.

¹¹³ *Kirchhof*, JZ 1982, 305, 307. – *Kirchhof* sieht das Verhältnis zwischen Art. 14 II 2 und S. 1 GG in einer *gesteigerten* Sozialpflichtigkeit des Eigentumsgebrauchs. Nach seiner Entstehungsgeschichte wurde S. 2 als Erläuterung der Sozialpflichtigkeit verstanden (vgl. *Kübler*, a.a.O. [Fn. 97], S. 241).

¹¹⁴ *Kirchhof*, VVDStRL 39 (1981), S. 213; v. *Arnim*, VVDStRL 39 (1981), S. 286; *Friauf*, DÖV 1980, 480 m. w. N.

¹¹⁵ „Programmatische Grundpflicht“: *Nawiaskey-Leusser-Schweiger-Zacher*, a.a.O. (Fn. 61), Art. 123 Erl. I. Dagegen wurde Art. 134 WRV nicht als Grundpflicht, sondern seinem Wortlaut entsprechend als steuerverfassungsrechtliches Gleichheitsgebot, insbes. als Lastengleichheit und Verbot von Steuerprivilegien angesehen; vgl. *Bühler*, in: *Nipperdey* (Hsg.), a.a.O. (Fn. 15), Bd. II, S. 313.

¹¹⁶ *J. Hensel*, Die Verfassung als Schranke des Steuerrechts, 1973, S. 135.

erverfassungsrechtlichen Grenzen der Besteuerung sind durch das Gegenüber von Eigentumsgrundrecht und verfassungsrechtlicher Grundpflicht zur Steuerzahlung determiniert. Sie müssen insofern vollkommen eigenständiger Natur sein. Dazu gehört meines Erachtens neben anderem die Unanwendbarkeit des Institutes der Enteignung¹¹⁷, die Substanzgarantie, Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit, steuerspezifische Anwendung des Gleichheitsgrundsatzes. Zu all dem ist hier nicht in Einzelheiten zu gehen.

d) „Steuerstaat“ und Lastengleichheit

Was das Verhältnis der Steuerpflicht zu anderen Sozialpflichten betrifft, so ist zunächst zu konstatieren, daß der Sozialstaat als Steuerstaat¹¹⁸ dazu tendiert, die von den Bürgern rechtlich abgeforderten Gemeinwohlbeiträge auf die Zahlung von Steuern zu konzentrieren und zu reduzieren¹¹⁹. Das gilt jedenfalls für solche Beiträge, die über das hinaus gefordert werden, was im direkten Umfeld der sozialen Verantwortlichkeit von Unternehmungen, Vermietern, Bodeneigentümern etc. liegt. Der finanzstaatliche Modus der Pflichterfüllung des Bürgers gegenüber seinem Staat ist nicht nur eine Tatsache. Er wird außerdem als rechtsstaatliche Idealform der Sicherung sowohl von Freiheit als auch von proportionaler Gleichheit beschrieben¹²⁰. Er bedeutet aber andererseits auch die äußerste Entleerung der Pflicht von irgendwelchem Ethos. Dem in der Steuerpflicht eingeschlossenen Grundsatz der steuerlichen Lastengleichheit¹²¹ wird neuestens eine offensive Stoßrichtung gegeben, indem er über den Bereich der Steuerpflichten hinaus herangezogen wird, um nicht-steuerliche Belastungen als gleichheitswidrig zurückzuweisen¹²¹. „Steuerstaat“ also nicht mehr nur als Diagnose der regelmäßigen Pflichtenbeziehung des Menschen zum Staat, sondern als verfassungsrechtliches „Steuerstaatsprinzip“¹²², welches die

¹¹⁷ Vgl. *Friauf*, DÖV 1980, 480, 487. Zum Begriff der Enteignung jetzt: *BVerfGE* 52, 1, 27.

¹¹⁸ *Forsthoff*, VVDStRL 12 (1954), S. 8, 31 f.; *Isensee*, Umverteilung durch Sozialversicherungsbeiträge, 1973, S. 74; *ders.*, FS Ipsen, 1977, S. 409; *Kirchhof*, JZ 1982, 305.

¹¹⁹ *Isensee*, FS Ipsen, S. 423 ff.

¹²⁰ Vgl. *Leisner*, Der Gleichheitsstaat, 1980, S. 158 ff.

¹²¹ *Friauf*, FS Jahrreiß, 1974, S. 45.

¹²² *Scholz*, in: *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz*, Art. 12 Rdnr. 155; *ders.*, NVwZ 1982, 337, 343.

nichtsteuerlichen Indienstnahmen und Naturalleistungspflichten¹²³ und die vielfach in ihrem Gefolge auftretenden Sonderabgaben verfassungsverbindlich grundsätzlich verdrängt, jedenfalls intensiven Rechtfertigungszwängen und -kriterien unterwirft, wie sie das BVerfG im Urteil zur Ausbildungsplatzabgabe¹²⁴ nicht nur entworfen, sondern in vollem Umfang verfassungsgerichtlicher Entscheidung unterstellt hat. Diese Vorstellung vom „Steuerstaatsprinzip“ läuft Gefahr, die verfassungsrechtliche Reichweite von Steuerstaat und steuerlicher Lastengleichheit zu überzeichnen. Die steuerliche Lastengleichheit ist keine materielle Gleichheit, sondern abhängig von der Dezision des Steuergesetzgebers, der Gestaltungsfreiheit darüber hat, „welche Elemente der zu ordnenden Lebensverhältnisse er dafür maßgebend ansieht, sie im Recht gleich oder verschieden zu behandeln¹²⁵“. Wirkung über das Steuerrecht hinaus ist der steuerlichen Lastengleichheit daher nicht beizumessen. Richtig ist, daß der vom Gleichheitssatz und der Eigentumsgarantie ausgehende Zwang zur Rechtfertigung von Eigentumsbelastungen, insbesondere ihrer Zumutbarkeit¹²⁶, sich steigert, wenn diese Belastungen nicht mehr lediglich die soziale Verantwortlichkeit im unmittelbaren Bereich und Umfeld eines Unternehmens oder sonstigen Eigentums realisieren, sondern darüberhinausreichende Gemeinwohlbeiträge abverlangen¹²⁷ – wie beispielsweise die Waldeigentümer sie erbringen, indem sie ihren Wald der Allgemeinheit zur Erholung offenhalten müssen. Insofern sind zur Rechtfertigung die Kriterien der „Sachnähe“ der belasteten Gruppe zu einer bestimmten Aufgabe, der „spezifischen Beziehung“ etc. verwendbar¹²⁸. Aus steuerlicher Lastengleichheit wird man sie aber nicht ableiten können.

¹²³ Von solchen spricht das BVerfG bei der Schwerbeschädigtenpflichtplatzquote (E 57, 39, 170) und beim Pflichtexemplar (E 58, 137, 144).

¹²⁴ BVerfGE 55, 274.

¹²⁵ BVerfGE 55, 57, 77 m. w. N. (st. Rspr.).

¹²⁶ Zu dieser BVerfGE 58, 137, 150.

¹²⁷ Eine Konsequenz des Grundsatzes „Das Maß und der Umfang der dem Eigentümer von der Verfassung zugemuteten und vom Gesetzgeber zu realisierenden Bindung hängt . . . wesentlich davon ab, ob und in welchem Ausmaß das Eigentumsobjekt in einem sozialen Bezug und in einer sozialen Funktion steht“ (BVerfGE 58, 137, 147 m. w. N.).

¹²⁸ Wohingegen die Forderung nach „Gruppennützigkeit“ der Verwendung des Abgabeaufkommens nicht verallgemeinerungsfähig ist, wie BVerfGE 57, 139, 169 zeigt.

Schluß

Wenn wir abschließend eine vorläufige Bewertung der Dimension der Grundpflichten im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland versuchen, so sind einerseits das Existenzrecht der Grundpflichten im gegenwärtigen Verfassungsrecht, zum anderen aber einige Abgrenzungen hervorzuheben.

Während eine liberalistisch-positivistische Auffassung einst materiale Grundpflichten nicht zu erkennen vermochte und den Pflichtenstatus des Bürgers auf seine Gehorsamspflicht – Gehorsam gegenüber Gesetz und sonstigem obrigkeitlichen Staatsakt – reduzierte¹²⁹, hat die Weimarer Reichsverfassung unter sozialstaatlichem, nationalstaatlichem und kulturstaatlichem Vorzeichen den Gedanken verfassungsrechtlicher Grundpflichten materialen und je spezifischen Inhalts in das Verfassungsrecht unseres Jahrhunderts eingeführt. Sie hat dabei sozialstaatlich-neuartige Pflichten wie die Sozialpflichtigkeit des Eigentums mit traditionellen Pflichtenbeständen wie Schulpflicht¹³⁰, Wehrpflicht, Pflicht zu öffentlichen Dienstleistungen verbunden und zum Bestandteil des Verfassungsrechts erhoben. Der Fortbestand solcher materialer Grundpflichten im gegenwärtigen Verfassungsrecht blieb lange dadurch verdunkelt, daß das GG auf die ausdrückliche Verwendung des Begriffes der Grundpflicht verzichtet und außerdem eine Reihe von Pflichten in den Kompetenzbereich der Länder und ihrer Verfassungen abschiebt. Umgekehrt sichert erst das Verfassungsrecht der Gegenwart die eigenständige verfassungsrechtliche Bedeutung der Grundpflichten gegenüber den seinerzeitigen positivistischen Zweifeln ab, die sich aus dem Angewiesensein jeder Grundpflicht auf eine gesetzliche Regelung – der Schulpflicht auf das Schulpflichtgesetz, der Wehrpflicht auf das Wehrpflichtgesetz, der Sozialpflichtigkeit des Eigentums auf das Verwaltungsrecht – ergaben und die zur Behauptung der bloß „erzählenden“ oder programmatischen Natur der Grundpflichten geführt hatten. Hier schließt die Figur des Gesetzgebungsauftrages der Verfassung die Lücke¹³¹.

Die Grundpflichten sind an den Bürger adressiert, aber sie fordern zugleich den Staat und sein Handeln – so die Schulpflicht die öffentliche Schule, die Wehrpflicht die Armee.

¹²⁹ Wie R. Thoma (s. o. Fn. 16) schon G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1905, S. 197f.

¹³⁰ Zu dieser: Heckel/Seipp, *Schulrechtskunde*, 5.A. 1976, S. 269 ff.

¹³¹ Dazu jetzt J. Lücke, *AöR* 107 (1982) S. 15, 22 (m. w. N. a.a.O. Fn. 44).

Grundpflichten beziehen den einzelnen unmittelbar in die Erfüllung staatlicher Aufgaben ein. (Die Elternpflicht – über die Herr Hofmann etwas sagen wird – mag insofern ein abweichender Sonderfall sein.) Sind Grundpflichten somit auch ein Instrument zur Hervorbringung von Staatlichkeit, so brauchen sie doch nicht eigens bemüht zu werden, um Elemente der Staatlichkeit und Verfassungspflichten des Staates zu begründen. Die Gesetzesbindung des Bürgers ergibt sich nicht erst aus dem Umweg über eine Grundpflicht, sondern sie folgt aus den Gesetzen¹³², und wiederum folgt das Recht des Staates, verbindliche Gesetze zu erlassen, aus seiner gesetzgebenden Gewalt. Was sich als verfassungsrechtliches Problem einer „Friedenspflicht“¹³³ stellt, ist die Pflicht des Staates, durch seine Gesetzgebung die Friedensordnung zu setzen und sie durchzusetzen.

Die verfassungspolitischen Erwartungen an die Dimension der Grundpflichten dürften wahrscheinlich das übersteigen, was sich bei nüchterner Betrachtung als verfassungsrechtlicher Pflichtenbestand festhalten läßt. Um diesen Erwartungshorizont abzudecken, müßte das Thema der Grundpflichten aber wieder in dasjenige der Grundrechte zurückverwandelt werden. Die weithin geteilte Sorge, daß die Selbstverantwortung des Menschen durch Hypertrophien des Sozialstaates gefährdet werden könnte, führt nicht zur Pflicht, sondern zur Freiheit als Grenze der Sozialstaatlichkeit; denn Selbstverantwortung ist nichts anderes als Freiheit und die Übernahme der mit der Freiheit verbundenen Risiken. Weiterhin: Die sittlichen Pflichten des Bürgers gegenüber seinem Staat vertraut das GG vollständig den grundrechtlich gewährleisteten Freiheiten an, nicht eigens dafür angesetzten Grundpflichten. Es sind die Grundrechte, die dem Gedanken des dem Staat sittlich verpflichteten Bürgers¹³⁴ Raum geben, was selbstverständlich das Risiko einschließt, daß dieser Raum nicht genutzt wird. Die Wiederentdeckung der Grundpflichten kann daher nicht mit der Erwartung verbunden werden, daß es möglich sein werde, der Offenheit und damit den Risiken des freiheitlichen Prinzips in die Determination der Pflichten zu entinnen.

¹³² Nach C. Schmitt (a.a.O., s. o. Fn. 15, S. 217) hat „die allgemeine Pflicht zum Gehorsam gegen die Gesetze . . . außer dem Inhalt, der sich aus den einzelnen zu befolgenden Gesetzen ergibt, keinen weiteren Inhalt“. – Isensee (a.a.O., s. o. Fn. 2, S. 612) spricht vom Gesetzesgehorsam als „apriorischer Grundpflicht“.

¹³³ Isensee, a.a.O. (Fn. 2), S. 616.

¹³⁴ Grundlegend: Smend, a.a.O. (Fn. 18).

Leitsätze des Berichtstatters über:

Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension

I. Grundrechte und Grundpflichten

1. Grundpflichten sind verfassungsrechtlich geforderte Pflichtbeiträge zum Gemeinwohl. Sie stellen die verfassungsverbindlich gemachte Aktivierung und Mobilisierung der den Grundrechtsinhabern zu eigenem Recht zustehenden Freiheiten und Vermögenspotentiale für die Zwecke des Gemeinwohls dar.

2. Grundpflichten sind von Grundrechtsbegrenzungen, insbesondere von Grundrechtsschranken zu unterscheiden.

3. Das Grundgesetz enthält keine Absage an Grundpflichten.

4. In der Verfassung der freiheitlichen Ordnung können Grundrechte und Pflichten nicht im Verhältnis der Einheit, der Symmetrie oder des Synallagmas stehen. Pflichten folgen den Rechten nach. Die Pflichtenvielfalt bedarf immer wieder erneuerter politischer Entscheidungen des Gesetzgebers, der dabei den Geboten der Bestimmtheit des Gesetzes und der Verhältnismäßigkeit unterliegt.

5. Ein Gegenmodell bildet der Grundsatz der Einheit von Rechten und Pflichten in den sozialistischen Verfassungen Ost-Europas mit den Elementen: a) Pflichtcharakter der Grundrechte, b) wechselseitige Abhängigkeit von Grundrechten und ihnen zugeordneten Pflichten, c) allgemeine Abhängigkeit der Rechtsgewährung von einem durch Pflichterfüllung gegenüber der sozialistischen Gemeinschaft würdigen Verhalten.

6. Werden bei Grundrechtskollisionen in der Drittwirkungsebene Pflichtbeiträge zur Kollisionsvermeidung oder -bewältigung unmittelbar aus der Grundrechtsausübung abgeleitet, so stellt grundrechtliche Freiheit auch in dieser Situation keinen Pflichtenstatus dar.

7. Die rechtsstaatliche Nicht-Identifikation von Freiheitsrechten und Pflichten findet ihre folgerichtige Fortsetzung in der Anerkennung sog. negativer Grundrechte.

8. Die Auflösung von Spannungen, die zwischen den Freiheitsgarantien und den durch ihre Ausübung bedingten vermeidbaren Belastungen der Solidargemeinschaften entstehen können, bewirkt das Sozialstaatsprinzip nicht durch soziale Grundpflichten, sondern indem es dem Gesetzgeber die Aufgabe stellt, Solidarverantwortung, Eigenverantwortung und solidarische Rücksichtnahme auf die Solidargemeinschaften einander zuzuordnen.

II. Politische staatsbürgerliche Grundpflichten

9. Die Verfassung wirkt als Impuls und Appell, die für die Verwirklichung der Demokratie erforderlichen Beiträge zu erbringen. Fehlende Verfassungsinkorporation staatsethischer Bürgerpflichten bedeutet nicht staatsethische Indifferenz der Verfassung.

10. Verfassungsschutz im Sinn des Grundgesetzes baut auf der Erwartung der Verfassungstreue der Bürger, aber – von der Treuepflicht der Beamten abgesehen – nicht auf einer Verfassungstreuepflicht als Grund-Rechtspflicht auf, sondern ist als Verfassungs-Gefahren-Abwehrrecht konzipiert. Verfassungsschutz ist rechtsstaatlich begrenzte Freiheitsbegrenzung, nicht pflichtenvollziehende Heranziehung des Bürgers für den Schutz der Verfassung.

11. a) Die allgemeine Wehrpflicht ist eine Grundpflicht.

b) Allgemeine Wehrpflicht und das Grundrecht, den Kriegsdienst mit der Waffe aus Gewissensgründen zu verweigern, stehen sich auf der Ebene des Verfassungsrechts gegenüber. Das Grundgesetz richtet mit der allgemeinen Wehrpflicht ein Stück allgemeiner öffentlicher Ordnung ein, läßt aber dessen Durchsetzung enden an der besonderen Situation des in Gewissensnot befindlichen Individuums.

c) Der Gesetzgeber verfügt verfassungsrechtlich über einen ausreichend großen Spielraum, um einen Konflikt zwischen dem Verfassungsgebot der Landesverteidigung und dem Grundrecht aus Art. 4 Abs. 3 GG abzuwenden.

d) Die Ersatzdienstpflicht (Art. 12 a Abs. 2 S. 1 GG) ist aus der Wehrpflicht abgeleitet, ohne diese für den Kriegsdienstverweigerer vollständig zu verdrängen. Sie tritt zur Wehrpflicht hinzu, weil deren regulärer Vollzug gehindert ist.

e) Das zwischen Wehrdienst und Zivildienst bestehende Band der Pflichtengleichheit hat beträchtlich verschiedene Modi einer Pflichterfüllung zum Gegenstand. Die starken Struk-

turunterschiede zwischen Wehrdienst und Zivildienst erschweren ihre Vergleichbarkeit, eröffnen damit aber dem Gesetzgeber einen eher größeren Spielraum innerhalb des Gleichheitsgebotes.

12. Die Pflicht zur Übernahme von Ehrenämtern hat in einigen Bundesländern (Landes-)Verfassungsrang. Allgemein gilt, daß sie durch das Grundrecht auf Freiheit von Arbeitszwang (Art. 12 Abs. 2 GG) unberührt geblieben ist.

III. Soziale Grundpflichten

13. Soziale Grundpflichten ziehen die ökonomisch verwertbaren Güter aller für die Zwecke des Gemeinwesens heran. Sie stellen Pflichtbeiträge dar, die aus der Arbeitskraft und aus dem Vermögen der Grundrechtsinhaber zu erbringen sind.

14. a) Das Grundgesetz verzichtet weitgehend darauf, Arbeitskraft und Freizeit der Menschen mit Pflichtbeiträgen zu Gunsten des Gemeinwesens zu belasten (Art. 12 Abs. 2 GG).

b) Der weitgehende Verzicht des GG auf öffentliche Dienstleistungspflichten wirkt als dauernde Erprobung der Bereitschaft der Bürger, freiwillige und meistens unbezahlte Gemeinschaftsdienste zu übernehmen.

c) Die ständig anwachsenden, mit Berufsausübung und Unternehmenstätigkeit verbundenen Indienstnahmen („unbezahlte Hilfsarbeiten der Wirtschaft für den Staat“) sind als Berufsausübungsregelungen von öffentlichen Dienstleistungspflichten unterschieden.

15. a) Die Pflichtenhaltigkeit der (einfach-)gesetzlichen Eigentumsordnung ist die Realität des öffentlichen Boden- und Wirtschaftsrechts im Gesetzgebungsstaat.

b) Davon zu unterscheiden ist das Verhältnis von Eigentümernrechten und -pflichten auf der Ebene des Verfassungsrechts. Es ist kein anderes als sonst im Bereich der Grundrechte (s. Leitsatz 4).

16. „Eigentum verpflichtet“ ist in der Gestalt einer Grundpflicht eine Grundsatznorm der Boden- und der Wirtschaftsverfassung.

17. Durch seine steuerstaatliche Ausdeutung als Sitz einer Grundpflicht zur Steuerzahlung erhält der Satz „Eigentum verpflichtet“ erstmals die Bedeutung einer allgemeinen Grund-

pflicht. Die steuerverfassungsrechtlichen Grenzen der Besteuerung sind durch das Gegenüber von Eigentumsgrundrecht und verfassungsrechtlicher Grundpflicht zur Steuerzahlung determiniert.

18. Der Grundsatz der steuerlichen Lastengleichheit wirkt nicht über das Steuerrecht hinaus.

19. Der Sozialstaat tendiert als Steuerstaat dazu, die den Bürgern abgeforderten Gemeinwohlbeiträge auf Steuern zu konzentrieren und zu reduzieren. Nichtsteuerliche Indienstnahmen, Naturalleistungspflichten und die vielfach in ihrem Gefolge auftretenden Sonderabgaben werden weder praktisch noch kraft verfassungsrechtlicher Notwendigkeit grundsätzlich verdrängt. Diese nichtsteuerlichen Gemeinwohlbeiträge bedürfen unter dem Blickwinkel des Gleichheitssatzes und der Eigentumsgarantie jeweils der Rechtfertigung.

Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension

2. Mitbericht von Professor Dr. *Hasso Hofmann*, Würzburg*

Inhalt

	Seite
I. Methodische Vorbemerkungen	43
II. Über Zufälligkeit und Notwendigkeit der Asymmetrie von Rechten und Pflichten in der Verfassung der Freiheit	49
1. Der Grundrechtsindividualismus des Bonner Grund- gesetzes	49
2. Das Verfassungsprinzip der Freiheit	54
III. Zur Geschichte der Grundpflichten	58
1. Die klassischen Grundpflichten	58
2. Neuere Entwicklungen	65
IV. Dogmatische Folgerungen	68
1. Zum Rang der Grundpflichten	68
2. Vom Grund der Grundpflichten	71
3. Grundpflichten und Grundrechtsschranken	76
4. Über den programmatischen Charakter der Grund- pflichten	77
V. Offene Fragen	81

* Der Verf. dankt seinen Mitarbeitern, v. a. den Herren Assessoren
R. Wiestner u. H. Dreier, für ihre Hilfe.

I. Methodische Vorbemerkungen

Der Korreferent darf das Privileg in Anspruch nehmen, den Erstbericht durch einige Bemerkungen allgemeinerer Art lediglich zu ergänzen. So fragt dieser Versuch im Horizont freiheitlicher Verfassungstradition mehr verfassungstheoretisch nach den Möglichkeiten einer Grundpflichtendogmatik. Dabei können die Umstände einer solchen Fragestellung nach Jahrzehnten reiner Grundrechtsdogmatik nicht unbedacht bleiben. Zweifellos birgt unser Thema Bezüge zur politischen Situation. Über Pflichten zu reden, hat eine gewisse konjunkturelle Aktualität. Folglich ist Vorsicht geboten.

Auf Schwierigkeiten stößt die juristische Behandlung des Grundpflichtenproblems schon deshalb, weil eine Reihe von Umständen die Frage nach solchen Pflichten allzu leicht und einseitig als Frage nach einem bisher vernachlässigten Teil der Staatsethik erscheinen läßt. Im einzelnen sind drei Gründe zu nennen.

Da ist zunächst die durch die Grundwertedebatte der letzten Jahre vorgegebene Perspektive¹. Wenn es richtig ist, daß die zentrifugale Gruppengesellschaft mangels anderer übergreifender Richtmaße einer gemeinsamen politischen Kultur am Ende nach allgemeiner grundsätzlicher Orientierung durch die Verfassung verlangt² und wenn die Grundwertedebatte demzufolge über die Grundrechte nach dem „gemeinsamen sozial-ethischen Nenner“ suchte³, dann liegt die Überlegung nahe, ob zu dem, was man da als ethischen Mindeststandard beschwor, außer subjektiven Rechten und objektiven Werten nicht auch originäre Pflichten gehören. Als Gustav Radbruch im Jahre 1929 in einer Rede zur Verfassungsfeier nach dem fragte, was denn alle Deutschen noch eine, da rekurierte er nicht auf die Grundrechte, sondern auf die Erziehungsziele der Weimarer Reichsverfassung und suchte die Antwort in einer „Republika-

¹ Vgl. neuestens A. Hollerbach in: Akten des IV. Internat. Kongresses für Kirchenrecht Fribourg 1980, hg. v. E. Corecco u. a., 1981, S. 811, mit Nachw. Krit. zu diesen Auseinandersetzungen E. Denninger, VVDStRL 37 (1979) S. 7 (11 ff.); P. Häberle, Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat, 1981, S. 19 ff. Über die evang. Vorbehalte gegenüber der Grundwerte-Diskussion M. Honecker in: Grundwerte, Bd. 168 d. Schriftenreihe d. Bundeszentrale f. polit. Bildung, 1980, S. 69.

² Vgl. H. Steinberger in FS f. W. Geiger, 1974, S. 243.

³ J. Isensee, NJW 1977, S. 545.

nischen Pflichtenlehre“⁴. Gewiß: auch aus Werten lassen sich Pflichten deduzieren. Das Bundesverfassungsgericht hat es in seiner Abtreibungsentscheidung ja demonstriert⁵. Diese Art, Handlungsanleitung zu gewinnen, hat sogar eine sehr alte Tradition. Seit den griechischen Klassikern orientiert sich die abendländische Moralphilosophie vornehmlich an Gütern oder Werten, namentlich an der Dreiheit von Seele, Leib und äußeren Dingen⁶. Tugenden und Pflichten – die beiden anderen Erscheinungsformen des Sittlichen – werden meist von da aus hergeleitet. Indessen gibt es daneben Ethiken, die ihren systembildenden Begriff in dem der Tugend oder eben in dem der Pflicht haben. So durchstimmt der Pflichtgedanke die Stoa und den für den Prozeß der nachmittelalterlichen Staatsbildung bedeutsamen Neustoizismus, die reformatorische Moral und die praktische Philosophie der deutschen Aufklärung bis zur Pflichtenethik Kants. Von daher besteht die Gefahr, daß die Frage nach den Grundpflichten als eine Fortsetzung der Grundwertedebatte mit anderen Begriffen mehr protestantisch-preußischer Prägung aufgefaßt wird.

Hinzu kommt zum zweiten, daß ein freiheitliches Gemeinwesen von den politischen und sozialen Tugenden seiner Bürger lebt und daß es in einem manifesten Prozeß sozialer Destabilisierung damit nicht eben zum besten zu stehen scheint⁷. Die Frage nach den Grundpflichten läuft folglich Gefahr, für den Kampf gegen das Anspruchsdenken politisch vereinnahmt zu werden. Diese Konstellation ist um so problematischer, als die Frontstellung so einfach gar nicht ist. Gibt es doch nicht nur ein soziales, sondern auch ein liberales Anspruchsdenken⁸.

⁴ G. Radbruch, *Republikanische Pflichtenlehre* (1929). Vgl. zu diesem Ansatz neuestens P. Häberle in FS f. H. Huber, 1981, S. 211 (bes. S. 238); ders., *Erziehungsziele* (FN 1). Über Grundpflichten als staatliche Erziehungsaufgabe jetzt auch J. Isensee, DÖV 1982, S. 609 (616). Zur Notwendigkeit demokratischer Tugenden der Bürger ders. in: *Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche*, 1977, S. 92 (102 ff.); U. Matz in: *Regierbarkeit*, hg. v. W. Hennis u. a., Bd. 2, 1979, S. 211 (215 ff.).

⁵ BVerfGE 39, 1 (44 ff.). Ganz in diesem Sinne spricht Chr. Starck (Vom Grund des Grundgesetzes, 1979, S. 12) von „verpflichtenden Grundwerten“.

⁶ Hierzu u. zum folg. R. Brandt in: *Rechtsphilosophie der Aufklärung*, hg. v. dems., 1982, S. 79.

⁷ Vgl. H. Klages, *Die unruhige Gesellschaft*, 1975.

⁸ Für das Anspruchsdenken allein den Sozialstaat verantwortlich zu machen, ist zwar üblich, greift aber historisch und sozialpsychologisch zu kurz.

Hauptsächlich aber – und das ist der dritte Punkt – sind es historisch-theoretische Gesichtspunkte, welche die Fruchtbarkeit einer juristischen Behandlung der Grundpflichten in Frage stellen. Ist doch nicht zu übersehen, daß die Weimarer Staatsrechtslehre Friedrich Naumanns richtungsweisende Idee einer verfassungsrechtlichen Einheit von Rechten und Pflichten⁹ in der Tradition des Rechtspositivismus alsbald wieder mit der Antithese von Recht und Moral konterkariert hat. So sprach Nawiascky den Grundpflichten die Qualität von Rechtsnormen weitgehend ab und verwies sie in ein „System der Staatsbürgerkunde“¹⁰. Thoma reduzierte sie nach überliefertem Muster auf den Grundsatz des Gesetzesgehorsams¹¹, sah sie also „leerlaufen“. Komplementär dazu hat man der Weimarer Verfassung in völkisch-konservativer Polemik vorhergesagt, sie werde an ihrer Geringschätzung des Pflichtgedankens zugrundegehen¹².

Trotz allem blieben die Grundpflichten infolge ihrer expliziten verfassungsgesetzlichen Proklamation eine nicht gänzlich zu vernachlässigende Kategorie des Weimarer Verfassungsrechts. Und hierin mehr als in einem Wegfall einzelner Pflichten liegt die eigentliche Differenz zum Verfassungsrecht der Bundesrepublik. Denn bei aller Reserve des Parlamentarischen Rates gegenüber dem Pflichtenpathos der Vergangenheit kann keine Rede davon sein, daß das Grundgesetz keine Grundpflichten kenne¹³ oder gar ausdrücklich gegen Grundpflichten sich entschieden habe¹⁴. Wo anders als in verfas-

⁹ Dazu E. R. Huber in FS f. F. Wieacker, 1978, S. 384; P. Badura, DVBl. 1982, S. 861 (865 ff.).

¹⁰ H. Nawiascky, Die Grundgedanken der Reichsverfassung, 1920, S. 124.

¹¹ R. Thoma in: Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, hg. v. H. C. Nipperdey, 1. Bd., 1929, S. 1 (2).

¹² A. Frhr. v. Freytag-Loringhoven, Die Weimarer Verfassung in Lehre und Wirklichkeit, 1924, S. 328.

¹³ H. Schneider, NJW 1954, S. 937 (941): Von den Grundpflichten eines jeden Bürgers sei im GG leider nicht die Rede. Ähnlich A. Hamann/H. Lenz, Das Grundgesetz, 3. Aufl., 1970, Einf. C 2. Dagegen mit Recht schon H. v. Mangoldt/F. Klein, Das Bonner Grundgesetz, Bd. I, 1966, Vorbem. B XI 2 u. 3.

¹⁴ So aber Wernicke, der in der Erstbearb. des Bonner Kommentars in Bem. II 3 d zu Art. 5 von einem für den Grundrechtskatalog des GG „aufgestellten Grundsatz der Nichterwähnung von Pflichten“ spricht u. Art. 5 III 2 GG daher eine „systemwidrige Bestimmung“ nennt. R. Stober (Grundpflichten und Grundgesetz, 1979) dagegen liest aus dem GG 16 Grundpflichten heraus, während es die Weimarer Staatsrechtslehre seinerzeit je nach Zählweise nur auf 3 bis 9 brachte: Freytag-

sungsrechtlichen Pflichten können alle unsere Verbindlichkeiten gründen, wenn Verwaltungsrecht „konkretisiertes Verfassungsrecht“ ist und jede rechtliche Belastung einer verfassungsmäßigen Grundlage bedarf? So hat der Verzicht des Grundgesetzes auf die Kategorie der Grundpflicht fast zwangsläufig gewisse begriffliche Kompensationen provoziert¹⁵. Zu elementar – um nicht zu sagen: trivial – ist die Einsicht, daß es Rechte nicht ohne Pflichten gibt, ja daß es vornehmlich unsere Pflichten sind, in denen wir die Allgemeinheit unserer sozialen und politischen Existenz erfahren. Als solche Kompensationen fungieren die Drittwirkungslehre¹⁶, die Auffassung von der Pflicht zu bestimmter Grundrechtsausübung¹⁷ und besonders die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum „Menschenbild des Grundgesetzes“¹⁸.

Im Gegensatz zu alledem fragt unser Thema nach der Möglichkeit, die Kategorie der Grundpflicht wieder explizit als eine verfassungsrechtliche Kategorie und nicht nur als Inbegriff ethischer Verfassungsvoraussetzungen neben die der Grundrechte zu stellen. Dieser Versuch kann kaum anders als beim Grundpflichtenbegriff von Weimar ansetzen. Hier sind

Loringhoven (FN 12), S. 328 ff., zählte nur 3: Pflicht zu ehrenamtl. Tätigkeit, zur Leistung persönlicher Dienste u. zur Tragung öffentl. Lasten; *H. Gmelin* (Einführung in das Reichsverfassungsrecht, 1929, S. 58) rechnete die Schulpflicht hinzu. *F. Stier-Somlo* (Deutsches Reichs- und Landesstaatsrecht I, 1924, 522 f.; ebenso in: Handwörterb. d. Rechtswiss., hg. v. dems. u. A. Elster, Bd. 3, 1928, S. 45 ff.) kam auf 8 Grundpflichten zu Gehorsam, Treue, Abgaben, persönl. Diensten, Ehrenämtern, Wehrdienst, Arbeit, Schulbesuch. *W. Hofacker* (Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen, 1926, S. 62 ff.) nahm den Grundsatz der Pflichtengleichheit noch hinzu.

¹⁵ Siehe schon *W. Wertenbruch*, Grundgesetz und Menschenwürde, 1958, S. 57, 62 ff.

¹⁶ Gerade weil diese Lehre aus Grundrechten Pflichten folgte, wurde sie kritisiert; vgl. z. B. *G. Püttner*, Toleranz als Verfassungsprinzip, 1977, S. 22.

¹⁷ Vgl. *W. Geiger*, Grundrechte und Rechtsprechung, 1959, S. 53; ders. in FS f. *G. Leibholz*, Bd. II, 1966, S. 187 (202); *H. Krüger*, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., 1966, S. 504 ff., 526 ff., 569; ders. in FS f. *F. Berber*, 1973, S. 247; ders. in FS f. *U. Scheuner*, 1973, S. 285; ders. in FS f. *E. R. Huber*, 1973, S. 95. Berechtigte Kritik hieran bei *H. H. Klein*, Der Staat 1975, S. 153 (160 ff.); *E. Denninger*, Staatsrecht 2, 1979, S. 185 ff.; *D. Merten*, Verw. Arch. 1982, S. 103 (106 ff.); *H. Bethge*, NJW 1982, S. 2145 (2147).

¹⁸ Vgl. die Entwicklung der Formulierung von E 4, 7 (15 f.) über E 12, 45 (51) bis E 48, 127 (161, 163, 168).

seinerzeit traditionelle sowohl wie neuartige verfassungsrechtliche Pflichtenmomente erstmals verfassungsgesetzlich unter dem (geistesgeschichtlich freilich sehr viel älteren) Namen der Grundpflichten zusammengefaßt worden.

Daher liegt es nahe, unter Grundpflichten zunächst diejenigen verfassungsrechtlichen Vorschriften zu verstehen, welche in Korrelation zu den Grundrechten den einzelnen zur Erhaltung der gemeinsamen politischen Existenz für den Staat in Anspruch nehmen, quasi Grundrechte der staatlichen Gemeinschaft gegenüber dem Individuum statuieren und so nächst den individuellen grundrechtlichen Ansprüchen auch einen *status passivus*¹⁹ der Rechtsgenossen verfassungsrechtlich definieren oder wenigstens vorsehen²⁰.

Nun gibt es aber nicht nur Schwierigkeiten, die Frage nach den Grundpflichten methodisch als eine spezifisch verfassungsrechtliche durchzuhalten. Darüber hinaus ist die Thematik mit einer Hypothek belastet, die aus der üblichen antithetischen Gegenüberstellung von Rechten und Pflichten resultiert. Von daher scheint jeder Rekurs auf Pflichten eine den Freiheitsrechten entgegengesetzte Absicht zu verfolgen. Dieser Aspekt gehört – ob begründet oder nicht – zum politischen Profil unseres Problems – und das von jeher.

Natürlich waren den Vätern der Menschen- und Bürgerrechtserklärungen des ausgehenden 18. Jahrhunderts elementare soziale und politische Pflichten des Menschen selbstverständlich. Für die Amerikaner war eine besondere Aufstellung ihrer Pflichten aber nicht nur unnötig zur naturrechtlichen Begründung ihrer Souveränität; in der historischen Perspektive der altenglischen Freiheitsbriefe hätte sie auch die politi-

¹⁹ G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., 1905, S. 197.

²⁰ In diesem Sinne K. Roth-Stielow, Grundgesetz und Rechtsanwendung, 1972, S. 76 ff.; D. Merten, BayVBl. 1978, S. 554 (555); Stober (FN 14), S. 12 ff.; E. Benda, Grundrechte – Grundpflichten, hg. v. Rotary International, 1981, S. 8. Nicht ist hier also die Rede von der „Grundpflicht“ des Staates, die Menschenwürde zu achten und zu schützen; so P. Häberle, VVDStRL 30 (1972) S. 43 (94); ders. in FS f. H. Huber, S. 410 f., 414. Andererseits sollte man nicht jede aus einem Verfassungsrechtssatz ableitbare indiv. Verpflichtung Grundpflicht nennen u. daraus so eine rein formale Kategorie machen. So sind die Vorschriften über den Amtseid von Bundespräsident und Bundeskanzler amtsbezogen und nicht allgemein statusbestimmende Normen und beinhalten daher keine Grundpflichten; a. A. Stober a.a.O. S. 67 ff.

sche Bedeutung der Rechteerklärungen gemindert²¹. In Frankreich waren es 1789 die Vertreter der alten Mächte, vor allem der Kirche, die eine solche Ergänzung verlangten. Die Mehrheit akzeptierte das Postulat bürgerlicher Selbstdisziplin und den Bestand von Verbindlichkeiten gegenüber den Mitbürgern; aber schon der Gedanke an Pflichten gegenüber dem (noch immer monarchischen) Staat als einem eigenständigen Wesen schien ihr Verrat an der Idee der Freiheit²². Und als man nach der jakobinischen Schreckensherrschaft in der Direktorialverfassung des Jahres 1795 dem Katalog der Rechte zum erstenmal in der Verfassungsgeschichte im Zeichen der Goldenen Regel des „Was du nicht willst, das man dir tu . . .“ mit dem Gebot des Gesetzesgehorsams, einem allgemeinen Tugendappell und der Notwendigkeit des Wehrdienstes einen solchen der Pflichten beigab (ohne damit sachlich irgend etwas Neues zu sagen), da geschah dies, um dem französischen Volk, wie einer der Mitverfasser später schrieb, *contre-poison* zu verabreichen, ein „Gegengift“ gegen die vorausgegangenen Deutungen des Freiheitsgedankens²³. Dem Denken in Ansprüchen gegenübergestellt, könnte die Frage nach den Grundpflichten heute ähnlich aufgefaßt und damit im Sinne einer Art Gegen-Doktrin mißverstanden werden. Unter diesem Aspekt müßte sie – wie damals auch – zu der ganz und gar unbehelflichen Forderung von Verfassungsergänzungen zur Förderung der Bürgertugenden führen. Denn man bedenke: Nach der Einsicht, welche Kant dahin formuliert hat, daß die Verfassung in der Moral eines Volkes gründet, diese Moral aber wiederum auch abhängt von der Güte der Verfassung, wird dem Grundgesetz ja nicht weniger vorgeworfen, als daß es uns in seiner angeblichen Pflichtvergessenheit aus dem „totalitären Staat“ in den „totalen Egoismus“ geführt habe²⁴.

²¹ Dazu G. Jellinek in: Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte, hg. v. R. Schnur, 1964, S. 1 (14).

²² Vgl. B. Schickhardt, Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789–91 in den Debatten der Nationalversammlung, 1931.

²³ A.-C. Thibaudeau: *Mémoires sur la Convention et le Directoire*, Vol. 1, 1824, p. 180. Vgl. dazu A. Aulard, *Politische Geschichte der Französischen Revolution*, Bd. I, 1924, S. 471; H. R. Sandmeier, *Der Mensch und der Bürger im Staat*, Diss. Bern 1951, S. 214 ff.

²⁴ H.-D. Ortlieb, *Vom totalitären Staat zum totalen Egoismus*, 1978, S. 71: „Unser Grundgesetz hat uns Staatsbürgern leider das Wichtigste vorenthalten: Es sichert uns zwar Rechte zu, aber es schweigt (von der sozialen Verpflichtung des Eigentums abgesehen) von unseren Pflichten.“

II. Über Zufälligkeit und Notwendigkeit der Asymmetrie von Rechten und Pflichten in der Verfassung der Freiheit

1. Der Grundrechtsindividualismus des Bonner Grundgesetzes

Die Kritik am Bonner Grundrechtsindividualismus ist so alt wie das Grundgesetz selbst. Theodor Maunz hat die „höchst stiefmütterliche“ Behandlung der Grundpflichten in unserer Verfassung von jeher beklagt²⁵. Und ein alsbald hohen Ämtern zustrebender Doktorand gibt einer damals unter den Jüngeren noch verbreiteten Stimmung²⁶ Ausdruck, wenn er in seiner Dissertation über Grundrechte und Grundpflichten 1949 schreibt, der Grundrechtskatalog des Grundgesetzes habe die beiden aktuellen Probleme übersehen, nämlich die Frage der materiellen, wirtschaftlichen Sicherung des Freiheitsgebrauchs und die Frage der Grundpflichten; deswegen sei dieser Teil des Grundgesetzes im Hinblick auf die Realität „ein bedenkliches, antiquiert anmutendes Werk“²⁷.

In der Tat: in seiner Geburtsstunde steht das Grundgesetz ein wenig außerhalb seiner Zeit und unserer Geschichte. In einem von außen angehaltenen historischen Moment geht der Grundrechtsteil des Bonner Grundgesetzes mit der weitgehenden Reduktion aller Sozialitätspostulate auf die *eine* Zielbestimmung der Sozialstaatlichkeit hinter die Verfassung von Weimar zurück²⁸. Im Gegensatz zur Verfassung der 4. französischen Republik weiß das Grundgesetz in seinen materiellen Grundsätzen nichts von den Nöten der Zeit, ruft es anders als die italienische Verfassung von 1947 nicht auf zur Solidarität. Traumatisch an die nationalsozialistische Verachtung des Individuums und seiner Freiheit gebunden, steigert das Grundgesetz im wesentlichen mit den Mitteln, welche man schon in der Weimarer Zeit „die alten konstitutionellen Inventarstücke“ genannt hatte, die Verfassungsgewährleistungen für den Schutz des einzelnen auf ein Höchstmaß – womit es zugleich den sozialen status quo weitgehend fixiert und die Entfaltung des Sozialstaatsgedankens hemmt²⁹. In historisch einmaliger

²⁵ Deutsches Staatsrecht, 1. Aufl. 1951, S. 80, bis zur 23. Aufl. 1980, S. 117.

²⁶ Vgl. E. Heimann, Freiheit und Ordnung, 1950, S. 12.

²⁷ R. Barzel, Die verfassungsrechtliche Regelung der Grundrechte und Grundpflichten des Menschen, Diss. Köln 1949 (Masch.), S. 54.

²⁸ Hierzu und zum folgenden H. P. Ipsen, Über das Grundgesetz (1949), 2. Aufl. 1964, S. 14 ff. Siehe auch F. Klein, ZgesStW 106 (1950) S. 390 (400, 403 f.).

²⁹ Entgegen H.-H. Hartwich (Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher status quo, 3. Aufl. 1978, S. 281) ist das nicht nur eine Frage der GG-Interpretation.

Weise schlägt das Grundgesetz die Brücke zurück zum naturrechtlichen Ausgangspunkt der Menschen- und Bürgerrechts-erklärungen, welche – aus der älteren pflichtenethischen Tradition herausführend – von einem vorgesellschaftlich aufgefaßten und mit naturwüchsigen Rechten begabten Individuum her dachten, „das von Aufgaben und Pflichten völlig freigesetzt ist und dem Staat in reiner Anspruchshaltung gegenübertritt“³⁰. Daß so viel Anachronismus gleichwohl Zukunft hatte, deutete sich freilich schon 1949 an³¹. Ein erster Konjunkturauftrieb entschärfte bei relativ niedrigem Erwartungshorizont die sozialen Spannungen. Mit wachsendem Wohlstand blüht die Grundrechts- und Rechtsstaatskultur wie nie zuvor, erleben die individuellen Rechtsschutzmöglichkeiten eine bislang unbekannte Verfeinerung, vielleicht Überfeinerung – nicht ohne Rückwirkung wiederum für das Verfassungsverständnis. Eine gewisse Veränderung der Bewußtseinslage bringt dann allerdings die Wiedereinführung der allgemeinen Wehrpflicht³².

Natürlich blieb das alles nicht ohne Rückwirkung auf Gehalt und Gestalt der Länderverfassungen. Die älteren aus den Jahren 1946 und 1947 folgen zumeist noch dem Vorbild von Weimar und bewahren so die Kategorie der Grundpflicht³³. In Süddeutschland setzen die Bundesländer mit ihren Grundpflichtenregelungen auch partikuläre Traditionen des Landesverfassungsrechts der 1. Republik fort³⁴. Praktische Bedeu-

³⁰ H. Maier, Die Grundrechte des Menschen im modernen Staat, 2. Aufl. 1974, S. 23. Vgl. ebd. auch S. 41 ff.

³¹ Vgl. D. Berg-Schlosser in: Vorgeschichte der Bundesrepublik Deutschland, hg. v. J. Becker u. a., 1979, S. 93 (102 ff., 114).

³² Bezeichnend die These von W. Martens (Grundgesetz und Wehrverfassung, 1961, S. 124), daß mit Art. 12a GG den Grundrechten erstmals eine spezielle Grundpflicht gegenübergestellt worden sei. H. Rumpf sprach schon 1958 von einer „Wende“ für die Bundesrepublik: Der ideologische Gehalt des Bonner Grundgesetzes, S. 34.

³³ Vgl. die entsprechenden Überschriften in der bad. Verf. v. 1947 (Zweiter Hauptabschnitt), der Verf. v. Württ.-Hohenz. v. 1947 (Abschnitt III), der bay. Verf. v. 1946 (Zweiter Hauptteil), der Brem. Verf. v. 1947 (Erster Hauptteil), der hess. Verf. v. 1946 (Teil III), der rhpf. Verf. v. 1947 (Erster Hauptteil) und der saarl. Verf. v. 1947 (1. Hauptteil).

³⁴ Genannt seien aus diesem bislang vernachlässigten Kapitel der deutschen Verfassungsgeschichte (vgl. jetzt aber E. R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. 6, 1981, S. 744 ff.) außer der in den Verfassungen von Baden v. 21. 3. 1919 (§ 19 V 1), Bayern v. 14. 8. 1919 (§ 21 II), Braunschweig v. 6. 1. 1922 (Art. 50 S. 2), Hamburg v. 7. 1. 1921 (Art. 70 S. 2) und Mecklenburg-Schwerin v. 17. 5. 1920 (§ 19 II) enthaltenen Schulpflicht die Normierungen der allg. Steuerpflicht (§ 10 bad. Verf.; § 7 S. 2 Verf. v. Mecklb.-Schwerin), der Wehrpflicht in § 86 der

tung erlangt das jedoch kaum – und zwar aus zwei Gründen nicht³⁵. Zum einen reduzieren und nivellieren die Freiheitsrechte des Bundes die Pflichten kraft Länderverfassungsrecht. Nur ein Beispiel: Da die Widerstandspflicht der hessischen und der bremischen Verfassung die Bürger mit unabsehbaren Risiken belastet, die sie nach dem Grundgesetz schwerlich zu tragen verpflichtet sind, steht sie im Widerspruch zur Bundesverfassung³⁶. Zum zweiten ist die Realisierung der Grund-

bay. und § 12 der bad. Verf. sowie der Sozialpflichtigkeit des Eigentums (Baden § 14 I 2: „Rücksicht auf die gemeinwirtschaftlichen Interessen“; § 59 II württ. Verf. v. 25. 9. 1919: „Beschränkung zum Zwecke der Bewirtschaftung für die Allgemeinheit“) und der Eigentumsabtretungspflicht (§ 10 II Verf. v. Mecklb.-Schwerin; § 13 S. 2 oldenb. Verf.; § 59 II württ. Verf.). Die bad. und die braunschw. Verf. machen darüber hinaus die Ausübung des Wahlrechts zur Pflicht (§ 3 II 2 bzw. Art. 2 II 2). Die braunschw. Verf. kennt ferner eine allg. demokratische Mitwirkungspflicht (Art. 2 II 1: „Niemand darf sich der Pflicht zur Mitwirkung bei der Ausübung der Staatsgewalt entziehen.“).

³⁵ Zum folgenden J. Kratzer in FS f. W. Laforet, 1952, S. 107 (121, 133); H. Zacher in: Nawiasky/Leusser u. a., Die Verfassung des Freistaates Bayern, 1966 ff., RN 6 zu Art. 117.

³⁶ Im übrigen engt das GG die Tragweite aller Bestimmungen über Eigentumsabtretung, Sozialpflichtigkeit des Eigentums, Bodenreform und Sozialisierung – vgl. die Verf. von Baden v. 22. 5. 1947 (Art. 15 II, III, 45), Württ.-Baden v. 28. 11. 1946 (Art. 8 III, IV, 28 I) und Württ.-Hohenz. (Art. 15 II, III, 98 I), Bayern (Art. 103 II, 158, 159, 160, 161 I), Berlin (Art. 15 II: nur Eigentumsabtretungspflicht), Bremen (Art. 13, 42, 45), Hessen (Art. 39 I, II, 45 II), Nordrh.-Westf. (Art. 27 I: nur spez. Eigentumsabtretungspflicht), Rhl.-Pfalz (Art. 60, 61, 63, 64) und des Saarlandes (Art. 51, 52, 55 II) – über Dienstpflichten (vgl. Art. 21 II, rhpf. Verf.; Art. 25 S. 1 hess. Verf. Interessant Art. 19 II saarl. Verf.: „Die Verpflichtung zur Leistung persönlicher Dienste für Staat und Gemeinde kann nur mit der für ein verfassungsänderndes Gesetz vorgeschriebenen Mehrheit beschlossen werden.“) und die Pflicht zur Arbeit (Art. 166 III bay. Verf.) – soweit sie nicht ohnedies nur als sittliche Pflicht konzipiert ist (Art. 37 I 2 Bad. Verf. v. 22. 5. 1947; Art. 20 I 1 Württ.-Bad. Verf. v. 28. 11. 1946 und Art. 90 I 1 Württ.-Hohenz. Verf. v. 20. 5. 1947) – von vornherein auf das ein, was Art. 12, 14 u. 15 GG an derartigen Freiheitsbeschränkungen erlauben. Dasselbe gilt mit Rücksicht auf Art. 2, 5, 9 II, 18, 21 II, 33 IV GG für die Treue, welche die Verfassungen von Bayern (Art. 117 S. 1), Bremen (Art. 9), Hessen (Art. 146) und Rheinland-Pfalz (Art. 20) in der Tradition des 19. Jh. über den Gesetzesgehorsam hinaus verlangen. Die nach dem Vorbild der bad. Verf. (Art. 58 II) und der württ.-bad. Verf. (Art. 49 IV) allein in Baden-Württemberg (Art. 26 III) für alle Wahlen und Abstimmungen des Staatsvolks (nicht auch für die Wahlen und Abstimmungen in den Kommunen) statuierte Wahlpflicht ist mit Art. 38 GG unvereinbar. Die Lit. weicht mit dem Hinweis auf die fehlende Sanktionierung aus; vgl. Paul Feuchte in: Spreng/Birn/Feuchte, Die Verfas-

pflichtenbestimmungen eine Frage der Gesetzgebungszuständigkeit. Und die liegt für die in Betracht kommenden Materien ganz oder teilweise beim Bund³⁷ und nur für die Schulpflicht³⁸ allein bei den Ländern. Unter diesen Umständen ist es nicht verwunderlich, daß die jüngeren Länderverfassungen kaum noch Grundpflichten enthalten oder auf verfassungsrechtliche Statusbestimmungen für die Rechtsunterworfenen überhaupt verzichtet haben.

Der wichtigste Grund für den vergleichsweise so stark ausgeprägten Individualismus des Grundgesetzes ist schon genannt worden: die Reaktion gegen die Vergangenheit des „Dritten Reiches“. Man muß sich vergegenwärtigen, daß jene maßlos mißbräuchliche Überanstrengung, Täuschung und Enttäuschung von Gemeinsinn und Opferbereitschaft und daß der Terror juristisch im Zeichen der Verhöhnung des liberal-rechtsstaatlichen Rechtsdenkens, des Kampfes gegen das subjektive Recht für volksgenössische, vom Primat der Rechtspflicht³⁹ beherrschte Rechtsverhältnisse gestanden hatten⁴⁰.

sung des Landes Baden-Württemberg, 1954, Anm. 5 zu Art. 26; G. Lang: Das Problem der Wahl und Stimmpflicht, seine Lösung im geltenden Recht der europäischen Staaten und seine Grundlagen in der Bundesrepublik Deutschland, Diss. Freiburg/Br. 1962, S. 256.

³⁷ Gegenstandslos daher die Notstandspflichten in den Verfassungen von Bremen (Art. 10), Saarland (Art. 19), Berlin (Art. 11) und Rheinland-Pfalz (Art. 22). – Die Ausübung von Ehrenämtern gilt nicht als Arbeit und wird daher von Art. 12 GG nicht berührt. Insbesondere für das Kommunalrecht also weiterhin von Bedeutung Art. 121 bay. Verf., Art. 9 S. 3 brem. Verf., Art. 25 S. 1 hess. Verf., Art. 21 I rhpf. Verf., Art. 19 I saarl. Verf. Vgl. dazu R. Stober, Der Ehrenbeamte in Verfassung und Verwaltung, 1981. – Zur Steuerpflicht der bay. Verf. (Art. 123 I) vgl. Zacher (FN 35).

³⁸ Art. 14 I b. w. Verf. v. 11. 11. 1953; Art. 129 I bay. Verf. v. 2. 12. 1946; Art. 30 I brem. Verf. v. 21. 10. 1947; Art. 56 S. 1 hess. Verf. v. 1. 12. 1946; Art. 8 II nrw. Verf. v. 18. 6. 1950; Art. 6 I schlh. LS v. 15. 3. 1962. Daneben normieren die b. w. (Art. 12 II), die bay. (Art. 126 I), die brem. (Art. 23 I 1), die hess. (Art. 55 S. 1) u. die nrw. Verf. (Art. 8 I 2) die elterliche Erziehungspflicht. Zwar die Erziehungs-, nicht aber auch die Schulpflicht regeln die rhpf. (Art. 25 I 1, 27 I) u. die saarl. Verf. v. 15. 12. 1947 (Art. 24 I). Art. 13 S. 1 bad. Verf. v. 22. 5. 1947 hatte proklamiert: „Jeder junge Mensch hat, seiner Begabung entsprechend, das Recht auf Bildung und die Pflicht zur Bildung.“

³⁹ H. Lehmann in FS f. R. Deinhardt, 1940, S. 108.

⁴⁰ Vgl. zu dieser Bewegung, die – von der den 1. Weltkrieg zum „Kampf gegen die Ideen von 1789“ hochstilisierenden Kriegsliteratur abgesehen – an eine ältere genossenschaftlich-sozialrechtliche und pflichtenorientierte, übrigens nicht auf Deutschland beschränkte Tradition (Ihering, Gierke, Duguit) anknüpfen konnte, eindringlich P. Thoss, Das subjektive Recht in der gliedschaftlichen Bindung, 1968.

Man bedenke, daß die öffentlichrechtliche Rechtsstellung des einzelnen, insbesondere nach der sog. totalen Mobilmachung, im wesentlichen bloß noch als eine schier grenzenlos vielfältige Pflichtenstellung bestimmbar⁴¹ und daß der Mensch nur nach Maßgabe seiner Pflichterfüllung für den totalitären Führerstaat als Träger von Rechten anerkannt war⁴².

Über das hierin liegende Motiv der späteren Reserve gegenüber dem Pflichtgedanken besteht Einigkeit. Aber das kann nicht der einzige Grund gewesen sein. Wie wäre sonst zu erklären, daß die vorhergehenden, den Geschehnissen noch näherstehenden Länderverfassungen ein anderes Bild zeigen? Richtig ist wohl, daß die Kategorie der Grundpflichten in einer scheinbar paradoxen Weise ein Opfer zugleich der Vorläufigkeit wie der juristischen Perfektion des Grundgesetzes geworden ist⁴³. Es war einerseits zu wenig Zeit, um zwischen den heterogenen politischen Kräften dort zu einer Einigung zu kommen, wo die Grundpflichten der Weimarer Reichsverfassung hauptsächlich ihr Feld hatten: in der Ordnung von Schule, Bildung, Arbeit und Wirtschaft. Andererseits schien die Sicherung der Rechtsstellung des einzelnen ebenso dringlich wie fürs erste ausreichend. Insoweit aber strebte man nach Perfektion. Endlich war schon in Herrenchiemsee der Gedanke geäußert worden, es gebe gar keine „echten“ Grundpflichten⁴⁴, womit in jenem naturrechtlichen Rekurs auf vorstaatliche Rechte offenbar gemeint war, daß diesen Menschenrechten keine gleich ursprünglichen Pflichten entsprächen. Die damit aufgeworfene Frage führt ins Zentrum der verfassungstheoretischen Problematik.

⁴¹ Vgl. W. Weber, Die Dienst- und Leistungspflichten der Deutschen, 1943.

⁴² Vgl. R. Freisler, Grundlegende Denkformen des Rechts im Wandel unserer Rechtserneuerung, 1941, S. 23. Siehe auch schon O. Koellreutter, Grundriß der Allgemeinen Staatslehre, 1933, S. 49.

⁴³ Vgl. Schriftl. Bericht des Abg. Dr. von Mangoldt über den Abschn. I. Die Grundrechte, in: Schriftl. Bericht zum Entwurf des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland = Anlage z. stenogr. Bericht der 9. Sitzung des Parlamentar. Rates am 6. 5. 1949, S. 5. Vgl. auch die Äußerung des Abg. Dr. Schmid in dieser Sitzung (a.a.O. S. 172). Siehe dazu V. Otto, Das Staatsverständnis des Parlamentarischen Rates, 1971, S. 67, 77, 88 ff.

⁴⁴ Vgl. H. Nawiasky, Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, 1950, S. 30.

2. Das Verfassungsprinzip der Freiheit

Tatsächlich kann es in einer rechtsstaatlichen Verfassung der Freiheit keine Symmetrie von Rechten und Pflichten geben. Das hat seinen Grund in der schlichten aristotelischen Wahrheit, daß ein und dasselbe nicht von zwei Prinzipien prinzipiiert werden kann. Rechtsprinzip jeder rechtsstaatlichen Verfassung aber ist die Freiheit, die Autonomie des einzelnen. So kann es nicht zugleich seine rechtliche Bindung an etwas außer ihm selbst, eine rechtliche Verpflichtung zu etwas sein. Der Grundsatz individueller Freiheit ist freilich nur ein normatives Prinzip, kein ontologischer, soziologischer oder historischer Befund, wie es der Wortlaut des Art. 1 Abs. 2 GG erscheinen läßt. Es ist dieses Prinzip der Selbstbestimmung, was den Menschenwürdegehalt der Grundrechte ausmacht⁴⁵. Bei Kant und Fichte war denn konsequenterweise überhaupt nicht von verschiedenen Freiheitsrechten, sondern nur von einem, dem Urrecht der Freiheit die Rede⁴⁶. Und Kant erläuterte: „Nicht das princip der allgemeinen Glückseligkeit sondern Freyheit nach allgemeinen Gesetzen macht das princip der Staatserrichtung und die Idee davon aus“⁴⁷.

Historisch richtet sich das bekanntlich gegen die Staatszwecklehre des aufgeklärten Absolutismus⁴⁸; sachlich schließt dieses Freiheitsprinzip indes *jede* rechtliche Inanspruchnahme des Menschen für letzte Güter, Ziele, Zwecke oder Werte aus, die ihn übersteigen, deren personaler Träger nicht der einzelne ist. Die Idee persönlicher Freiheit meint freilich nicht grenzenlose Beliebigkeit. Sie ist gedacht als Freiheit moralischer Selbstbestimmung. Sie gibt – noch einmal kantisch gesprochen – Raum, sich selbst zu vervollkommen und die anderen glücklich werden zu lassen (nicht umgekehrt). Menschliche Entfaltung ist Sache des einzelnen, genauer: der

⁴⁵ Vgl. G. Dürig in: Maunz/Dürig u. a., Grundgesetz-Kommentar, RN 80 zu Art. 1. Vgl. dazu M. Kriele, Befreiung und politische Aufklärung, 1980, S. 49 ff. Zum folg. E. Grabitz, Freiheit und Verfassungsrecht, 1976, S. 137 ff., 235 ff.; H. Böckerstette, Aporien der Freiheit und ihre Aufklärung durch Kant, 1982, S. 306 ff., 349 ff.

⁴⁶ Kant, Metaphysik der Sitten (Ed. Vorländer), S. 43; Fichte, Grundlage des Naturrechts (Ed. Medicus/Zahn), S. 110 ff.

⁴⁷ Reflexionen zur Rechtsphilosophie Nr. 7955 = Akad.-Ausg. XIX, S. 564.

⁴⁸ Vgl. U. Scheuner in Gedächtnisschr. f. H. Conrad, 1979, S. 467 (481 ff.); ders., Der Beitrag der deutschen Romantik zur politischen Theorie, 1980, S. 13, 25.

einzelnen miteinander⁴⁹, nicht unmittelbar mehr Sache des Rechts und der politischen Gemeinschaft, welche nur noch Zwecke des gemeinsamen Lebens verfolgt und auch das nur noch in einer spezifisch rechtlichen, d. h. den Bereich der Gesinnung aussparenden Weise. Die Gründung der Rechtsordnung auf das Verfassungsprinzip der Freiheit bedeutet so zugleich das „Äußerlichwerden“ des Rechts⁵⁰. Die andere Seite dieser Reduktion des Rechtsbegriffs ist bekanntlich seine Verschmelzung mit dem Zwangsmoment⁵¹.

Alles dies – das Prinzip der individuellen Freiheit mit dem daraus folgenden Postulat der Bestimmtheit und Begrenztheit der Eingriffsmöglichkeiten, das Äußerlichwerden des von der Moral getrennten Rechts und die Einschmelzung des Zwangsmoments in den Rechtsbegriff – machen den Begriff der Pflicht juristisch höchst problematisch⁵² und engen die Möglichkeiten einer freiheitlichen Verfassung, den Status der Rechtsgenossen auch durch Rechtspflichten zu definieren, a priori weitgehend ein. Denn unter solchen Voraussetzungen ist die Pflicht allemal ein sekundärer, ein bedingter und abgeleiteter, kein konstituierender Begriff. Eben dies demonstriert das Bonner Grundgesetz. Je lapidarer und damit konstitutionsförmiger, aber eben auch unbestimmter eine Pflichtenerklärung ausfällt, um so zweifelhafter wird ihr Rechtscharakter. Und diejenigen Pflichten, um deretwillen der deutsche Idealismus das Unrecht der Freiheit als Prinzip der Rechtsverfassung propagiert hat, sind als „bloß“ moralische Pflichten überhaupt nicht mehr rechtssatzfähig und vermögen die Konsequenzen des Verfassungsprinzips der Freiheit auf die Dauer nicht auszubalancieren. Als Robert v. Mohl seiner Staatslehre eine „Staats-Sittenlehre“ zuordnete und deren Notwendigkeit mit dem Hinweis begründete, daß Errichtung und Erhaltung des Staates nicht nur der (notfalls erzwingbaren) Erfüllung der Forderungen des Rechts bedürften, sondern in gleichem Maße „von jedem Einzelnen“ allein kraft des sittlichen Gewissens „einen vernünftigen Willen . . . in Beziehung auf das Zusammenleben“ verlangten⁵³, da stand er wissenschaftlich längst

⁴⁹ Vgl. K. Löwith, *Das Individuum in der Rolle des Mitmenschen*, 1928; D. Suhr, *Entfaltung der Menschen durch die Menschen*, 1976.

⁵⁰ Vgl. Kant, *Metaphysik der Sitten* (Ed. Vorländer), S. 33 ff.

⁵¹ Vgl. H. Hofmann in: *Rechtsphilosophie der Aufklärung* (FN 6), S. 27 ff.; z. folg. ders., *Legitimität und Rechtsgeltung*, 1977, S. 24 ff., 36 ff., 71.

⁵² Vgl. statt aller H.-L. Schreiber, *Der Begriff der Rechtspflicht*, 1966; V. Kubes, *Die Rechtspflicht*, 1981.

⁵³ R. v. Mohl, *Encyklopädie der Staatswissenschaften*, 2. Aufl. 1872, S. 504.

auf verlorenem Posten. Georg Jellinek hat Mohls „Staats-Sittenlehre“ dann nicht nur als „Sammlung von Trivialitäten“ abgetan, sondern – und das bedeutete für die juristische Fachwelt das eigentliche wissenschaftliche Todesurteil – als Teil der Politik bezeichnet⁵⁴.

Die Summe dieser Entwicklung hat Carl Schmitt in einigen Bemerkungen über die Grundpflichten der Weimarer Reichsverfassung zu ziehen unternommen⁵⁵. Diese gern zitierten Sätze sind allerdings nicht ganz zuverlässig. Insbesondere ist die Sentenz, daß „prinzipiell unbegrenzte Pflichten“ der „Idee des bürgerlichen Rechtsstaats“ widersprächen⁵⁶, so nicht ganz richtig. Die Pflicht, keine Gewalt anzuwenden zum Beispiel, ist eine Rechtspflicht, und zwar keine begrenzte. Aber sie hebt den Rechtsstaat nicht auf, sondern ist eines seiner konstituierenden Elemente. Im Unterschied zu solchen *Unterlassungspflichten* sind es also nur prinzipiell unbegrenzte *Leistungspflichten*, welche in der Tat der Idee des Rechtsstaats widersprechen. Und sie tun es deshalb, weil unbegrenzte Leistungspflichten eine unbedingte Inanspruchnahme des Individuums voraussetzen. Der rechtsstaatlichen Verfassung aber liegt ein kategorischer Satz über die Freiheit des Menschen zugrunde. Und dies schließt aus, daß sie den Menschen für ein Ziel über dem Menschen – es heiße Gemeinwohl, Staat, Volk, Rasse oder Klasse – ebenso unbedingte *positiv* in Anspruch nimmt.

Ganz anders verhält es sich folglich dort, wo dies geschieht: in den Verfassungen der sozialistischen Staaten⁵⁷. Hier stehen

⁵⁴ G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 7. Neudr. der 3. Aufl., 1960, S. 99 FN 1.

⁵⁵ C. Schmitt in: Handb. d. Dt. Staatsrechts, hg. v. G. Anschütz u. R. Thoma, Bd. II, 1932, S. 572 (597), teilw. abgedr. in: Verfassungsrechtliche Aufsätze, 1958, S. 181 (216).

⁵⁶ C. Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 174 f.

⁵⁷ Vgl. Abschn. II Kap. 1 (Grundrechte und Grundpflichten der Bürger) der Verf. der DDR v. 6. 4. 1968 i. d. F. v. 7. 10. 1974, v. a. Art. 21 III 1 („Die Verwirklichung dieses Rechts der Mitbestimmung und Mitgestaltung ist zugleich eine hohe moralische Verpflichtung für jeden Bürger.“), Art. 23 I („Der Schutz des Friedens und des sozialistischen Vaterlandes und seiner Errungenschaften ist Recht und Ehrenpflicht der Bürger der Deutschen Demokratischen Republik. Jeder Bürger ist zum Dienst und zu Leistungen für die Verteidigung der Deutschen Demokratischen Republik entsprechend den Gesetzen verpflichtet.“), Art. 24 II („Gesellschaftlich nützliche Tätigkeit ist eine ehrenvolle Pflicht für jeden arbeitsfähigen Bürger. Das Recht auf Arbeit und die Pflicht zur Arbeit bilden eine Einheit.“), Art. 25 IV („In der Deutschen Demokratischen Republik besteht allgemein zehnjährige Oberschulpflicht . . . Alle Jugendlichen haben das Recht und die

die Grundpflichten wie die Grundrechte in gleicher Weise unter der Behauptung objektiver gesellschaftlicher Bedürfnisse und Entwicklungsgesetze. Sozialistische Grundrechte und Grundpflichten „orientieren die Bürger“, wie es heißt, „auf ein gesellschaftlich notwendiges Handeln“⁵⁸. In dieser Relativierung werden Rechte, Pflichten und moralische Anforderungen prinzipiell ununterscheidbare Momente behaupteter „objektive(r) gesellschaftliche(r) Gesetzmäßigkeiten“⁵⁹. Die Einheit von Grundrechten, Grundpflichten und sozialistischer Moral, welche die republikanische Errungenschaft einer spezifisch rechtlichen Sicherung individueller Freiheit beseitigt, gilt denn auch als besonderes Kennzeichen des Sozialismus⁶⁰. Wenn gleichwohl immer wieder betont wird, es sei der Mensch, der bei alledem im Mittelpunkt stehe, so ist das kein Widerspruch. Geht es dabei ja nicht um den Menschen, wie er ist, sondern um den Menschen als das künftige Produkt all jener Gesetzmäßigkeiten, so daß die sozialistischen Verfassungen, kantisch gesprochen, ganz konsequent diejenigen glücklich werden lassen, welche den anderen zu der für sie vorgesehenen Vollkommenheit verhelfen⁶¹.

Das prinzipiell andere Konstruktionsprinzip freiheitlicher Verfassungen bedeutet nun freilich nicht, daß ein freiheitlicher Staat bloß ein Not- und Verstandesstaat ist. Menschliche Freiheit bedarf zu ihrer Entfaltung vorgeformter Möglichkeiten und institutioneller Stabilisierung⁶². Es folgt aus jenem Bau-

Pflicht, einen Beruf zu erlernen.“) – S. ferner W. N. Kudrjawzew u. a., Verfassung der UdSSR, 1980, S. 127 ff., und den Überblick über den Pflichtenkatalog der neuen Verf. der UdSSR von 1977 bei G. Brunner in: Osteuropa 1978, S. 70 (75). Zum folgenden ders. in: Gottfried Zieger u. a., Die Ausübung staatlicher Gewalt in Ost und West nach Inkrafttreten der UN-Konvention über zivile und politische Rechte, 1978, S. 37 ff.

⁵⁸ E. Poppe, NJW 1978, S. 326.

⁵⁹ Ebd. – Ebenso H. Klenner in: Marxistisch-leninistische Staats- und Rechtstheorie, hg. v. Inst. f. Theorie d. Staates u. d. Rechts d. Ak. d. Wiss. d. DDR, 3. Aufl. 1980, S. 408 (417): „... die gesetzgeberische Fixierung von Bürgerrechten und -pflichten (ist) nur der orientierende Ausgangspunkt erforderlicher Gesellschaftsveränderungen.“

⁶⁰ Vgl. Ak. f. Staats- und Rechtswiss. d. DDR (Hg.): Staatsrecht der DDR, 1977, S. 190 f. Zum folgenden auch I. Szabó u. a., Socialist Concept of Human Rights, 1966, bes. S. 53–81.

⁶¹ Klenner (FN 59), S. 416: „Die sozialistische Gesellschaft ... ist nicht das ökonomische und politische System, das allen Leuten am meisten recht ist.“

⁶² Vgl. dazu E.-W. Böckenförde, Der Staat als sittlicher Staat (1978), S. 15 ff.; O. Höffe in: Wie frei ist der Mensch? Hg. v. J. Splett, 1980, S. 54 ff.

prinzip aber auch nicht die Unmöglichkeit rechtlich relevanter Grundpflichten. Daß die Dimension der Grundpflichten gegenüber dem Unrecht der Freiheit theoretisch eine sekundäre ist, besagt nicht, daß diese Grundpflichtendimension nur die der Volkspädagogik, der rechtlich nicht sanktionierten öffentlichen Sittlichkeit sein könnte. Die geschichtlichen Ursprünge lehren es anders⁶³.

III. Zur Geschichte der Grundpflichten

1. Die klassischen Grundpflichten

Verfassungsrechtlich festgelegte Grundpflichten, so ist be fremdlicherweise gelegentlich zu lesen, habe es vor der Weimarer Reichsverfassung „so gut wie überhaupt nicht“ gegeben⁶⁴. Eher schon scheint die These zuzutreffen, daß die *Redeweise* der Weimarer Verfassung von den Grundrechten und Grundpflichten der Deutschen „etwas gänzlich neues“ war⁶⁵. In der Tat erscheint der Terminus „Grundpflicht“ als eine aus dem Sozialethos der Weimarer Nationalversammlung geborene komplementäre Prägung zu dem auf das Frankfurter Vorparlament zurückgeführten Begriffsnamen „Grundrecht“⁶⁶. Und bei dieser vermeintlich älteren Frankfurter Wortschöpfung von den Grundrechten, welche den verfassungsrechtlichen und -politischen Bedürfnissen der Zeit auf das glücklichste entgegenkam⁶⁷, handelt es sich um eine Entsprechung zu den subjektiven Umprägungen und Ausmünzungen der alten

⁶³ Die Geschichte der Grundpflichten ist noch nicht geschrieben. Einige Vorarbeiten zu den deutschen Verfassungen zwischen 1806 und 1918 bietet die Würzburger Diss. v. H. Saffert: *Geschichte der Grundpflichten*, 1959. Ansonsten ist zurückzugreifen auf A. Voigt, *Geschichte der Grundrechte*, 1948, u. G. Oestreich, *Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriß*, 2. Aufl. 1978.

⁶⁴ v. Mangoldt/Klein (FN 13), Vorbem. A V 1; Chr. Gusy, JZ 1982, S. 657.

⁶⁵ J. V. Bredt, *Der Geist der Deutschen Reichsverfassung*, 1924, S. 263; ebenso Thoma (FN 11), S. 28.

⁶⁶ Vgl. G. Kleinheyer in: *Geschichtliche Grundbegriffe*, hg. v. O. Brunner u. a., Bd. 2, 1975, S. 1047 (1076 ff.).

⁶⁷ Dazu E. Eckhardt, *Die Grundrechte der Deutschen*, Diss. Tübingen 1913, S. 88, 95 f.; U. Scheuner in FS f. E. R. Huber, 1973, S. 139 (149 ff.), jetzt auch in: *Staatstheorie und Staatsrecht*, 1978, S. 633 ff.

*leges fundamentales*⁶⁸ in England, Nordamerika und Frankreich⁶⁹.

Unbekannt scheint jedoch zu sein, daß sich in Deutschland bereits seit 1769 die Redeweise von den „Grundrechten und Grundpflichten des Menschen“ findet – allerdings nicht bei den Fachjuristen, versteht sich, sondern in der praktischen Philosophie, welche bekanntlich die Behandlung des Naturrechts einschloß. Dem Schema vernunftrechtlicher Deduktion folgend beginnt der Göttinger Philosophieprofessor Feder den naturrechtlichen Teil seines Lehrbuches der praktischen Philosophie mit der Erörterung des Naturzustandes⁷⁰. Aber anders als Hobbes, Locke und die zeitgenössischen Physiokraten fragt Feder nicht nur oder vor allem nach den Rechten des Menschen vor jeder Vergesellschaftung, sondern zugleich auch nach seinen ursprünglichen Rechtspflichten. Dies entspricht einer vernunftrechtlichen Tradition, welche über Christian Wolff bis Grotius zurückreicht und die vor allem Pufendorf geprägt hat, einer Tradition, der mit Svarez auch das Preußische Allgemeine Landrecht verpflichtet ist. Jene ursprünglichen Rechtspflichten stellt Feder den „Grundrechten“ ausdrücklich als „Grundpflichten“ zur Seite. Er versteht darunter die aus der ursprünglichen Rechtsgleichheit folgenden (unbegrenzten) negativen Pflichten des einzelnen, die selbst in Anspruch genommenen Grundrechte bei den anderen nicht zu verletzen. Funktionell entspricht Feders Terminus „Grundpflicht“ den bei anderen Autoren im Gegensatz zu den Bürgerpflichten gebrauchten Bezeichnungen „Menschenpflicht“ oder „Naturpflicht“⁷¹. Der Sache nach ist damit nur die Not-

⁶⁸ Zum Begriff und seiner Herkunft G. Jellinek, *Allg. Staatslehre*, S. 508 ff.; Chr. Link, *Herrschaftsordnung und bürgerliche Freiheit*, 1979, S. 179 ff. Zum folg. G. Stourzh in: *Grund- und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte*, hg. v. G. Birtsch, 1981, S. 59.

⁶⁹ Bei den Physiokraten ist diese Wendung ins Subjektive für 1770 belegt; vgl. Oestreich (FN 63), S. 66; Kleinheyer (FN 66), S. 1076.

⁷⁰ Johann Georg Heinrich Feder, *Lehrbuch der praktischen Philosophie* (1769). Benutzt habe ich die 2. Aufl. Göttingen und Gotha 1771 (S. 199 ff. des 1. Teils, S. 14 ff. des 2. Teils) und die 4. Aufl. Frankfurt und Leipzig 1781 (S. 179 ff., 279 ff., 407 ff.), eingesehen außerdem die 3. Aufl. Hanau und Leipzig 1775, die 4. Aufl. Frankfurt und Leipzig 1781, ferner 2 Wiener Ausgaben von 1779 und 1791. – Zum Naturzustandstheorem vgl. Hofmann in: *Rechtsphilosophie der Aufklärung* (FN 6), S. 12.

⁷¹ Vgl. J. A. Schlettwein, *Die Rechte der Menschheit oder der einzige wahre Grund aller Gesetze, Ordnungen und Verfassungen*, 1784, S. 121, 161 u. ö.; C. F. Bahrdt, *Handbuch der Moral für den Bürgerstand*, 1789, S. 134, 188.

wendigkeit der Gemeinverträglichkeit jeder Rechtsausübung, die Mißbrauchsschranke der Rechte als Bedingung der Möglichkeit gleicher Rechte für alle formuliert. Feder spricht denn selbst von der *Einschränkung* des Rechts durch die Pflicht. Dem Pufendorfschen Schema folgend werden alsdann die (relativen) Rechte und Pflichten des sog. hypothetischen, durch die Vornahme bestimmter Handlungen charakterisierten Naturzustandes besonders bezüglich des Eigentums- und Vertragsrechts vorgeführt. Davon abgehoben erscheinen die aus der Denkfigur des Unterwerfungsvertrages für den staatlichen Zustand folgenden Rechte und Pflichten der Untertanen einschließlich insbesondere der Gehorsamspflicht, ohne daß insoweit noch von Grundrechten und Grundpflichten die Rede wäre. Beide Erörterungen wiederum sind streng geschieden von der Behandlung der *moralischen* Pflichten einschließlich der Bürgertugenden.

Nach der vernunftrechtlichen Theorie des Gemeinwesens sind die wirklich ursprünglichen Pflichten also gleichbedeutend mit den immanenten Schranken der elementaren Freiheitsrechte. Folgerichtig hat die Mehrheit der französischen Nationalversammlung im August 1789 eine eigene Pflichtenerklärung mit der Begründung abgelehnt, in einem freiheitlichen Gemeinwesen seien die Pflichten mit den Grenzen der Rechte identisch⁷². Indessen beschränkt sich die Tragweite dieses Arguments auf den angenommenen Bereich vorstaatlicher Individualrechtsbeziehungen, das sog. natürliche Privatrecht also⁷³, dessen staatlicher Sanktionierung Grundrechtserklärungen ebensogut dienen können wie Strafgesetze und Bürgerliche Gesetzbücher⁷⁴. Diese elementaren Rechte und Pflichten finden ihre Sanktionierung mit anderen Worten zunächst in den Normen, welche Montesquieu die *lois civiles* genannt und von den *lois politiques* unterschieden hatte. Alle über jene elementaren interindividuellen Pflichten hinausge-

⁷² Vgl. Schickhardt (FN 22).

⁷³ Dazu näher Hofmann in: Rechtsphilosophie der Aufklärung (FN 6), S. 26 ff., 39 ff.

⁷⁴ Vgl. hierzu W. Leisner, Grundrechte und Privatrecht, 1960, 3 ff., und D. Grimms These von der Privatrechtsakzessorietät der Grundrechte in: Grund- und Freiheitsrechte im Wandel (FN 68), S. 359 (361 f.). Noch R. Sohm hat mit Blick auf das Privateigentum in den ersten Reichstagsberatungen des BGB-Entwurfs erklärt: „In dem Privatrecht liegt die Magna Charta unserer öffentlichen Freiheit. Weit mehr als auf der Staatsverfassung, beruht auf dem bürgerlichen Rechte das, was wir Freiheit nennen“ (B. Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB, I. Bd., 1899, S. 909).

henden positiven Leistungspflichten persönlicher und sachlicher Art gehören nach der zweistufigen Sozialtheorie der Aufklärung dem Kreis „politischer Gesetze“ zu, treffen also nicht den Menschen als solchen, sondern den Bürger und gründen entweder unmittelbar in der auf dem Prinzip der Gleichheit basierenden Konstruktion vertraglicher Rechtfertigung des Staates oder in positiver staatlicher Gesetzgebung. Der Versuch, die Grundpflichten i. S. der absoluten (Unterlassungs-) Pflichten des absoluten Naturzustandes verfassungsgesetzlich zu positivieren, führt 1795 in der Direktorialverfassung also ganz konsequent zur Proklamation des Gegenseitigkeitsprinzips der Goldenen Regel⁷⁵. Konkretisiert und sanktioniert werden diese Pflichten und die sog. relativen Pflichten des hypothetischen Naturzustandes, d. h. die Grundsätze des Eigentums-, Vertrags-, Familien- und Gesellschaftsrechts ebenso folgerichtig in den Unterlassungs-, Duldungs- und Leistungspflichten des Bürgerlichen und insbesondere den Unterlassungspflichten des Strafrechts: sie formulieren als die notwendigen allgemeinen Gesetze die Schranken der Freiheit. Dieses Verständnis der Grundpflichten erklärt auch, warum die grundlegenden sozialen Gebote der 2. Tafel des Dekalogs niemals unter die verfassungsgesetzlichen Pflichten aufgenommen worden sind. Das ist an sich ja um so weniger selbstverständlich, als die Schutzgüter des 5., 7. und 10. Gebots jedenfalls von Haus aus mit denen der Forderung nach Schutz von *life, liberty* und *property* identisch sind. Man muß sich nur vergegenwärtigen, daß das Gebot „Du sollst nicht stehlen“ nach seinem ursprünglichen Wortsinn die Freiheitsberaubung verbietet, das also, was Joseph von seinen Brüdern widerfuhr.

Diejenigen Pflichten nun, welche seit dem ausgehenden 18. Jahrhundert in Gestalt der Gehorsams-, der Eigentumsabtretungs-, der Wehr- und Steuerpflicht den Grundrechten *verfassungsgesetzlich* zur Seite traten und denen am Ende die Weimarer Verfassung den Namen Grundpflichten gegeben hat, liegen nach dem ursprünglichen konstitutionellen Verständnis als Bürgerpflichten zur Erhaltung des die individuel-

⁷⁵ Art. 2: *Tous les devoirs de l'homme et du citoyen dérivent de ces deux principes, gravés par la nature dans tous les coeurs: Ne faites pas à autrui ce, que vous ne voudriez pas, qu'on vous fit. Faites constamment aux autres le bien, que vous voudriez recevoir.* Vgl. dazu L. J. Philippidis, Die „Goldene Regel“ religionsgeschichtlich untersucht, Diss. Leipzig 1929; H. Reiner, Zeitschr. f. philosoph. Forsch. 1948, S. 74; ders., Die philosophische Ethik, 1964, S. 186 ff.; A. Dihle, Die Goldene Regel, 1962; G. Spendel in FS f. F. v. Hippel, 1967, S. 491.

le Freiheit ermöglichenden und schützenden Gemeinwesens auf einer anderen Regelungsebene als die Sätze über menschliche Freiheit und Gleichheit samt den zugehörigen Grundpflichten i. S. des Vernunftrechts: sie sind nicht als Schranken individueller Rechte, sondern als positive Verpflichtungen gegenüber dem Gemeinwesen gedacht. Unter Berufung auf den Sozialvertrag erklärt 1780 die Verfassung von Massachusetts in Art. 10, daß in der Konsequenz seines Anspruches auf Schutz durch die Gemeinschaft ein jeder verpflichtet sei, durch persönliche Dienste oder ein Äquivalent zur Organisation dieses Schutzes beizutragen⁷⁶. Auch die berühmte *Déclaration* von 1789 erinnert in ihrer Präambel nicht nur an die natürlichen Rechte des Menschen, sondern auch an die Pflichten der Mitglieder einer Gesellschaft. Sie tut das konkret, insofern sie in dem nach Vorgeschichte und Theorie der Revolution kritischsten Falle, nämlich dem von Vorladung und Verhaftung unter der Voraussetzung gesetzlicher Begründung Gehorsam befiehlt, die allgemeine Steuerpflicht nach Maßgabe der individuellen Möglichkeiten für die Unterhaltung der Streitkräfte und für die Kosten der Verwaltung proklamiert und die Eigentumsaufopferungspflicht für die Fälle gesetzlich definierter öffentlicher Notwendigkeit statuiert. Deklaration und Verfassungsgesetz von 1793 sahen darüber hinaus neben der Widerstandspflicht die allgemeine Wehrpflicht vor. Die Verfassung von 1795 verallgemeinert die Gehorsamspflicht, bettet die Wehrpflicht in eine allgemeine öffentliche Dienstpflicht ein und wiederholt die Eigentumsabtretungspflicht⁷⁷.

Die Quadriga der ursprünglichen verfassungsgesetzlichen Grundpflichten im Sinne republikanischer⁷⁸ Bürgerpflichten ist damit komplett: Gesetzesgehorsam, allgemeine Wehr- und Steuerpflicht, Eigentumsabtretungspflicht. Die letztgenannte Verbindlichkeit wird freilich meist übersehen, obwohl sie seit

⁷⁶ *Each individual of the society has a right to be protected by it in the enjoyment of his life, liberty and property, according to standing laws. He is obliged, consequently, to contribute his share to the expense of this protection; to give his personal service, or an equivalent, when necessary.* Verfehlt daher H. Bayer, Entstehung und Bedeutung wirtschaftlicher Grundrechte und Grundpflichten, Diss. Frankfurt a. M. 1937, S. 14, demzufolge die Grundpflichten letztlich „dem Geist des absolutistischen Obrigkeitsstaates“ entstammten.

⁷⁷ Im übrigen entfällt die Pflichtenerklärung der Direktorialverfassung infolge des neuerlichen politischen Frontwechsels: Nun war die bürgerliche Freiheit wieder von den alten Mächten, nicht mehr von den Unterschichten bedroht.

⁷⁸ Zu diesem Begriff J. Isensee, JZ 1981, S. 1.

1789 fester Bestandteil aller Verfassungsurkunden ist und ihr nach dem vernunftrechtlichen Konzept des Sozialvertrages gerade zum Schutz des Eigentums zentrale Bedeutung zukam. Historisch dürfte der Grund dafür in der zivilrechtlichen Deutung der Enteignung liegen⁷⁹.

Neben der Eigentumsabtretungspflicht werden auch die anderen republikanischen Grundpflichten seit 1807⁸⁰ in die Verfassungsurkunden der deutschen Staaten übernommen. Allerdings verändern diese Pflichten im Verlauf der Verstaatlichung der aufklärerischen Menschenrechtserklärungen ihren Charakter. In diesem Prozeß, in dem die Revolutionsfurcht die Menschenrechte zu staatlich gewährten, weitgehend unpolitischen Volksfreiheiten verkürzt⁸¹, in dem Gewährleistungen und Verpflichtungen nicht mehr anknüpfen an den abstrakt vernunftrechtlichen Begriff des Bürgers, sondern an dem des Volkes (d. h. der „organischen“ Stellung des einzelnen), am Begriff des Untertanen, am Indigenat, und endlich an der Staatsangehörigkeit⁸² – in diesem Prozeß degenerieren die Pflichten der Bürger zur Erhaltung ihres freiheitlichen Gemeinwesens zu Pflichten von Untertanen monarchischer Staatsanstalten. Steuer- und Wehrpflicht verlieren ihren einstigen programmatischen Zusammenhang mit der Sicherung der Menschen- und Bürgerrechte⁸³. Die Grundsätze der allgemeinen Wehrpflicht und der allgemeinen direkten und progressiven Besteuerung sind in den deutschen konstitutionellen Monarchien des 19. Jahrhunderts primär Programme und Instrumente der Obrigkeit zur Schaffung einer egalitären staatsbür-

⁷⁹ Schon Montesquieu hatte sie den *lois civiles* und nicht den *lois politiques* zugerechnet: Vom Geist der Gesetze XXVI 15. Zur zentralen Bedeutung der Enteignungsregelung für den 3. Stand H. Kutscher, Die Enteignung, Bd. 1, 1938, S. 20 ff.

⁸⁰ Erstmals in Art. 16 u. 53 (Steuergleichheit und Wehrpflicht) der Westfälischen Konstitution v. 15. 11. 1807.

⁸¹ Vgl. Grabitz, Freiheit und Verfassungsrecht, S. 174 ff.; R. Wahl, Der Staat 1979, S. 321 (323). Gegen eine gewisse Ideologisierung dieser Perspektive z. B. bei J. Gaile, Menschenrecht und bürgerliche Freiheit, 1978, H. Brandt in: Grund- und Freiheitsrechte im Wandel (FN 68), S. 460 (462 ff.).

⁸² Dazu näher W. v. Rimscha, Die Grundrechte im süddeutschen Konstitutionalismus, 1973, S. 15, 42, 77; Scheuner, FS f. E. R. Huber, S. 143 f.; Kleinheyer (FN 66), S. 1070 ff.; R. Grawert, Staat und Staatsangehörigkeit, 1973, S. 123 ff., 174 ff.

⁸³ Th. Heuss bezog sich mit seiner vielzitierten Äußerung im Parlamentarischen Rat, die allgemeine Wehrpflicht sei ein legitimes Kind der Demokratie, denn auch nur auf Frankreich: JöR NF 1 (1951) S. 77.

gerlichen Gesellschaft; soweit sie unmittelbare Rechtswirkung entfalten, liegt diese in der Beseitigung wehrrechtlicher Exemtionen und steuerlicher Privilegien⁸⁴. Der republikanische Gesetzesgehorsam schließlich wird regelmäßig überhöht durch eine zu beschwörende dynastische Treuepflicht⁸⁵. Übrig bleibt davon am Ende der Diensteid der Beamten. Inhaltlich handelt es sich bei dem sehr alten Rechtsbegriff der Treue, der eine „ungemessene Dienstpflicht“ meint, über den bloßen Gehorsam hinaus von jeher um zweierlei: um die negative Verpflichtung, dem Herrn nicht zu schaden, das zu unterlassen, was man Majestätsbeleidigung, Hoch- und Landesverrat nennt – und positiv um die Pflicht, von sich aus zum Nutzen dessen zu handeln, dem man die Treue schuldet. In dem Maße, in dem der Verfassungsstaat sich durchsetzt, schrumpft die Treueforderung auf jene Unterlassungspflichten. Mehr als dies verlangt er am Ende von Rechts wegen nur noch von seinen Amtsträgern. Indem der staatsrechtliche Positivismus der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts die Grundpflichten ebenso wie die Grundrechte mit dem Begriff der Staatsangehörigkeit verknüpft, kann er die Treuepflicht in ihrer positiven Bedeutung als subjektiven Ausdruck der staatlichen Personalhoheit rationalisieren, d. h. zur Begründung der nur den Staatsangehörigen obliegenden Pflichten verwenden; alle anderen Verbindlichkeiten lassen sich dann unschwer auf die Gehorsamspflicht reduzieren⁸⁶. Manche Autoren lassen die fragwürdig gewordene Treuepflicht freilich überhaupt beiseite und begreifen alle

⁸⁴ Vgl. E. R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, Bd. 1, 2. Aufl. 1967, S. 351 ff.; Scheuner in FS f. E. R. Huber, S. 139 (140); ders. in: *Von der ständischen Gesellschaft zur bürgerlichen Gleichheit* (Beihefte zu „Der Staat“ 4), 1980, S. 105 (107 f.); ders. in: *Grund- und Freiheitsrechte im Wandel* (FN 68), S. 376 ff.; v. Rimscha (FN 82), S. 8 ff., 12, 51 ff., 79, 124 ff.

⁸⁵ Vgl. Tit. X § 3 Bay. Verf.-U. v. 1818; § 20 württ. Verf.-U. v. 1819; § 120 Verf.-U. Sachsen-Coburg-Saalfeld v. 1821; § 28 Verf.-U. Sachsen-Coburg-Gotha v. 1852; Art. 11 Verf.-U. Sachsen-Meinigen-Hildburghausen-Saalfeld v. 1829; § 71 II Verf.-U. Sachsen-Altenburg v. 1831; § 139 Verf.-U. des Königreichs Sachsen v. 1831; § 25 braunsch. Neue Landschaftsordnung v. 1832. – Zum folgenden R. Wiesmann, *Treueeid und Treuepflicht der Untertanen im deutschen Staatsrecht*, 1911; V. Ehrenberg, *Deutsche Rundschau* 1884, S. 39; H. Mitteis/H. Lieberich, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 16. Aufl. 1981, S. 76, 94, 99 f., 170, 196.

⁸⁶ Vgl. J. Pözl, *Lehrbuch des Bayerischen Verfassungsrechts*, 1851, S. 85 ff.; P. Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 1. Bd., 5. Aufl. 1911, S. 140 ff.; ähnlich H. Schulze, *Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts*, 1881, S. 354 ff. (356); Ph. Zorn, *Das Reichs-Staatsrecht*, 1. Bd., 2. Aufl. 1895, S. 375.

Verbindlichkeiten der Untertanen unter dem Titel der Gehorsamspflicht⁸⁷. Weithin üblich war es, neben die Gehorsamspflicht der Untertanen Wehr- und Steuerpflicht als deren wichtigste Ausprägung zu stellen⁸⁸. Diese drei Verbindlichkeiten sind es auch, die Hermann Schulze in seinem Preußischen Staatsrecht den „Grundrechten der Staatsbürger“ fast 50 Jahre vor Weimar ausdrücklich als deren „Grundpflichten“ voranstellt⁸⁹.

2. Neuere Entwicklungen

Wenn im Blick auf die Preußische Verfassung heute von den „drei großen staatsbürgerlichen Grundpflichten“ die Rede ist, welche „zum Wesen moderner Staatlichkeit gehören“ und damit außer der Wehr- und Steuerpflicht die allgemeine Schulpflicht herausgehoben wird⁹⁰, so ist das eine historische Akzentverschiebung aus deutscher Perspektive. Zwar ist auch die sog. allgemeine Schulpflicht zweifellos ein wesentliches Moment in der Hervorbringung einer egalitären staatsbürgerlichen Gesellschaft. Noch das Verbot privater Vorschulen in der Weimarer Verfassung dient im Verein mit der Volksschulbesuchspflicht ja dem Zweck, Reste einer zwar längst nicht mehr herrschaftsständischen, aber immer noch sozialständischen Gesellschaft zu beseitigen. Der ursprünglich zugrundeliegende Gedanke der Vorsorge für die notwendige Unterrichtung

⁸⁷ Vgl. Jellinek, System der subj. öffentl. Rechte, S. 187; G. Meyer/G. Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 6. Aufl. 1905, S. 818 ff.; E. Walz, Das Staatsrecht des Großherzogtums Baden, 1909, S. 16 ff.

⁸⁸ Vgl. L. v. Rönne, Das Staatsrecht der preußischen Monarchie, 1. Bd., 1856, S. 407 ff.; J. Held, Staat und Gesellschaft vom Standpunkte der Geschichte der Menschheit und des Staats, 3. Teil, 1865, S. 493 ff., 519 ff., 637 ff.; W. Schücking, Das Staatsrecht des Großherzogtums Oldenburg, 1911, S. 27; neben der Erwähnung der Treupflicht ebenso Pözl (FN 86), Zorn (FN 86), S. 373 ff. und M. v. Seydel, Bayerisches Staatsrecht, 1. Bd., 2. Aufl. 1896, S. 293 f.

⁸⁹ H. Schulze, Das Preussische Staatsrecht, 1. Bd., 1872, S. 365. Er bemerkte dazu: „Es ist ein weitverbreiteter Fehler unserer modernen gesellschaftlichen Anschauung, immer nur an die Rechte des Individuums dem Staate gegenüber zu denken und darüber fast zu vergessen, dass das Verhältnis des Bürgers zum Staate in erster Linie ein Pflichtverhältnis ist, welches auch im Systeme durchaus an die Spitze gehört.“

⁹⁰ E. R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. 3, 2. Aufl. 1970, S. 101.

der Kinder ist jedoch älter als alle Menschenrechtsproklamationen und entstammt utilitaristisch-patriarchalisch-wohlfahrtsstaatlichem Denken⁹¹. Und auch seine relativ späte verfassungsgesetzliche Fixierung in den Frankfurter Grundrechtserklärungen und der insoweit ihr folgenden Preußischen Verfassung gehört einer anderen verfassungsrechtlichen Entwicklungsstufe an als die ursprünglichen republikanischen Grundpflichten. Obwohl die sog. Schulpflicht anders als nach Art. 145 I WRV zunächst nicht die Verpflichtung zum Besuch von Schulen beinhaltet, sondern nur Unterrichtszwang bedeutet⁹², korrespondiert ihr im Gegensatz zu dem gemeinsamen Vorbild der Belgischen Verfassung von 1831 kein Grundrecht auf Staatsfreiheit des Unterrichts; die Regelung bleibt eingebettet in die deutsche Tradition unmittelbarer Schulhoheit des Staates, bleibt Teil kompensatorischer staatlicher Fürsorge⁹³. Die verfassungsgesetzliche Hervorhebung der Unterrichtspflicht ist ein Moment der kulturstaatlichen Modernisierung des Unterrichtswesens und sie erscheint 1848 zugleich als ein Versuch bundesstaatlicher Homogenisierung.

Die republikanischen Pflichten zu Gesetzesgehorsam, Abgaben, Wehrdienst und Eigentumsopfern sowie die kulturstaatliche Schulpflicht – dies ist der Standard, auf dem die Nationalversammlung in Weimar aufbaut. Sie ergänzt die Schul-

⁹¹ Vgl. A. Eisenhut, Die Entwicklung der Schulgewalt und ihrer Stellung im Verwaltungsrecht in Deutschland, Diss. Jena 1932, S. 6 ff.; Th. Oppermann, Kulturverwaltungsrecht, 1969, S. 42.

⁹² Vgl. M. Müller, Die Lehr- und Lernfreiheit, 1911, S. 215 ff., 232, 236 ff.; ferner M. v. Seydel, Bayerisches Staatsrecht, 3. Bd., 2. Aufl. 1896, S. 624 ff. (647 f.), K. Göz, Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg, 1908, S. 471; Walz, Das Staatsrecht des Großherzogtums Baden, S. 431 ff. (434); G. Anschütz, Die Verfassungsurkunde für den preußischen Staat usw., Bd. 1, 1912, S. 383 ff. – „Nur ausnahmsweise“ ließ das Grundschulgesetz der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung v. 28. 4. 1920 (RGBl. S. 851) „für besondere Fälle“ noch Privatunterricht statt des Schulbesuchs zu. – Im einzelnen sind 5 Stadien der Entwicklung zu unterscheiden: 1. Staatlicher Unterrichtszwang; 2. durch gemeindliche und private Initiativen bedingte Steigerung zur Schulbesuchspflicht; 3. Schulbesuchspflicht bei Verpflichtung der Gemeinden zur Volksschulunterhaltung mit Ausnahmen zugunsten privater Unterrichtsanstalten und eines entsprechenden Privatunterrichts; 4. Ausnahmen von der Schulbesuchspflicht nur noch in besonderen Fällen; 5. Pflicht zum Besuch staatlicher oder privater Volksschulen mit Ausnahmen nur noch für den Besuch weiterführender Schulen.

⁹³ Vgl. W. Landé in: Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, hg. v. H. C. Nipperdey, Bd. 3, 1930, S. 1 (3 f.).

pflicht, der nun auch die demokratische Aufgabe der Homogenitätssicherung zuwächst⁹⁴, durch die elterliche Erziehungspflicht (Art. 120), nimmt die mehr aus dem Kommunal- als aus dem Verfassungsrecht bekannte Pflicht zur Übernahme von Ehrenämtern auf (Art. 132) und fügt spezifisch sozialstaatliche Grundpflichten hinzu: Duldung entschädigungsloser Enteignungen (Art. 153 II 2), Sozialpflichtigkeit des Eigentums, besonders des Grundeigentums (Art. 153 III, 155 I) sowie Bodennutzung als Pflicht der Grundbesitzer (Art. 155 III). Sogar die Treuepflicht wird in sozialstaatlicher Wendung neu belebt: „Jeder Deutsche“, heißt es in Art. 163, „hat, unbeschadet seiner persönlichen Freiheit, die sittliche Pflicht, seine geistigen und körperlichen Kräfte so zu betätigen, wie es das Wohl der Gesamtheit erfordert.“ Die aus der systematisch fragwürdigen Stellung dieses Artikels resultierende Apostrophierung als „Arbeitspflicht“ wird seinem Inhalt nicht ganz gerecht. Hervorzuheben bleibt, daß die Pflicht zum Gesetzesgehorsam, die ohnedies nie eine rein formale Pflicht war⁹⁵, nunmehr eine spezifisch parlamentarisch-demokratische Dimension gewinnt. Auch die allgemeine Dienstpflicht des Art. 133 I, welche in der Vorgeschichte nur sporadisch auftaucht, ist nun ebenfalls in diesem Zusammenhang zu sehen.

Das Grundgesetz hat von alledem letztlich mehr bewahrt, als es auf den ersten Blick erkennen läßt. Es hat den republikanisch-demokratischen, kultur- und sozialstaatlichen Grundpflichten sogar neue Ausprägungen hinzugefügt, nämlich den Treuegedanken in positiver Form für die Beamten und nach der negativen Seite in spezifisch gruppendemokratischen Vorkehrungen politischer Wehrhaftigkeit durch Art. 5 III, 9 II, 18

⁹⁴ F. Ossenbühl, Das elterliche Erziehungsrecht im Sinne des Grundgesetzes, 1981, S. 105 f.; Isensee, DÖV 1982, S. 617 f.

⁹⁵ Die Auffassung Isensees (ebd. S. 612: „formale Grundpflicht“) weicht davon nur scheinbar ab, weil er die Friedenspflicht i. S. des Verbots privater Gewaltanwendung im Gegensatz zum Text gesondert neben die Gehorsamspflicht stellt (vgl. jetzt auch in FS f. K. Eichenberger, 1982, S. 23) und die Frage der Befolgung rechtswidriger Anordnungen ausklammert.

und 21 sowie die der Absage an den Machtstaatsgedanken entspringende Friedenspflicht des Art. 26 GG⁹⁶.

IV. Dogmatische Folgerungen

1. Zum Rang der Grundpflichten

Die bisherigen Überlegungen erlauben einige dogmatische Schlußfolgerungen allgemeiner Art.

Die Verfassungsgeschichte, welche den vernunftrechtlichen Begriff von Grund-, Natur- oder Menschenpflichten einerseits und Pflichten des *status civilis* andererseits durch die Vorstellung einiger weniger Pflichten der Gewaltunterworfenen gegenüber dem Staat verdrängt hat, macht gewisse Zweifel verständlich, ob solchen Grundpflichten derselbe Rang zukommen kann wie den als vorstaatlich angesehenen Grundrechten⁹⁷. Indessen bezeichnet die sog. Vorstaatlichkeit der Grundrechte nach dem Verfassungsprinzip der Freiheit keinen ontologischen oder genetischen Vorsprung oder Vorrang der Grundrechte⁹⁸, sondern nur den nichtstaatlichen Sinn staatlicher Organisation. Zur konkreten Realisierung einer Verfassung der Freiheit bedarf es indessen positivrechtlicher Pflichtbindungen nicht weniger als der Rechtsgarantien. Und wenn gleich das 19. Jahrhundert die Grundpflichten aus ihrem ursprünglichen republikanischen Sinnzusammenhang gelöst und zu Untertanenpflichten verkürzt hat – Pflichten gegenüber den Mitbürgern wie gegenüber dem Ganzen bleiben elementare Bedingungen der Lebensfähigkeit auch und gerade einer

⁹⁶ Wie die bloß national gedachte rechtsstaatliche Friedenspflicht ist auch die weltbürgerliche Friedenspflicht des internationalen Verantwortungsübernehmenden Verfassungsstaates jedenfalls als individuelle Grundpflicht nur eine Unterlassungspflicht; vgl. Stober, Grundpflichten und Grundgesetz, S. 55 ff.; K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 1977, S. 375 f. m. weit. Nachw. zum Streitstand; neuestens G. Frank in: Unsere Bundeswehr? Red. R. Steinweg, 1981, S. 106 ff. – Der an dieser Stelle geplante rechtsvergleichende Überblick mußte aus Zeitgründen entfallen. Einiges konnte in der Diskussion nachgetragen werden. Herr Koll. Prof. Dr. K. J. Partsch hat mich darüber hinaus dankenswerterweise auf die *American Declaration of the Rights and Duties of Man* der 9. Konferenz der Amerikanischen Staaten, Bogotá 1948, hingewiesen.

⁹⁷ Man vgl. Hamann/Lenz (FN 13), S. 54.

⁹⁸ Eine Sammlung solcher Auffassungen bietet K. Kübler, Über Wesen und Begriff der Grundrechte, Diss. Tübingen 1965; vgl. dazu D. Schefold in: Begründungen des Rechts II, hg. v. K. v. Bonin, 1979, S. 33; E. Denninger, JZ 1982, S. 225.

rechtsstaatlich-freiheitlichen Demokratie. Wenn allerdings Freiheit Prinzip der Verfassung ist, so bedeutet das verfassungstheoretisch einen Vorrang der Grundfreiheiten vor den Grundpflichten, weil jene dem Zweck der Verfassung unmittelbar, diese aber nur mittelbar dienen, indem sie die Koexistenz gleicher Freiheiten ermöglichen und die einzelnen für die Organisation zu deren Schutz in Anspruch nehmen. Verfassungsrechtlich dagegen sind Rechte und Pflichten gleichrangige und gleichwertige Verankerungen von Existenzbedingungen einer freiheitlichen Ordnung. Was bliebe verfassungsrechtlich vom Prinzip der Freiheit, die als gleiche Freiheit aller nur gesetzmäßige Freiheit sein kann, wenn die Achtung der Gesetze für zweitrangig erklärt würde? Schließlich: Unbeschadet der verfassungsrechtlichen Gleichrangigkeit und Gleichwertigkeit der verfassungsrechtlichen Verankerung von Grundrechten und Grundpflichten ist ihr *verfassungsgesetzlicher Regelungsgehalt* aus rechtsstrukturellen Gründen höchst ungleichgewichtig.

Probe auf den etwas vernachlässigten Gesichtspunkt verfassungsrechtlicher Gleichrangigkeit der Grundpflichtenverankerung ist die Frage nach der Abänderbarkeit der expliziten wie der implizierten verfassungsgesetzlichen Grundpflichtenregelungen. Gewiß: der Garantie erschwerter Abänderbarkeit unterfallen auch sie. Aber wie steht es mit der Kern der Verfassung betreffenden „Ewigkeitsklausel“? Diese Frage ist nicht generell zu beantworten. So könnte die Pflicht zum verfassungsmäßigen Gehorsam – gleichviel ob sie explizit niedergelegt ist oder nicht – natürlich durch keine Vorschrift aufgehoben werden, ohne daß damit der Rechtsstaat und die Garantie gleicher Grundrechtsfreiheiten beseitigt würden. Die Problematik des Art. 20 Abs. 4 demonstriert dies. Auch der Grundsatz allgemeiner (und im Prinzip progressiver^{98a}) Besteuerung – ob er nun verfassungsgesetzlich formuliert ist oder nicht⁹⁹ – könnte nicht negiert werden, ohne daß der Gleichheitsgrundsatz und das Sozialstaatsprinzip verletzt würden;

^{98a} Unverzichtbar ist freilich nur der darin steckende Gerechtigkeitsgedanke einer nach den Verhältnissen wachsenden Belastung, nicht die Art und Weise unserer derzeitigen, in der Tat sehr fragwürdigen progressiven Einkommensbesteuerung; vgl. W. Engels/J. Mitschke/B. Starkloff, Staatsbürgersteuer, 1973, bes. S. 11, 91. Dies zu K. Vogel in: Bericht über die Fachtagung 1980 des Inst. der Wirtschaftsprüfer, 1980, S. 155 (164 f.).

⁹⁹ Ob er für das GG positiv aus Art. 14 I 2, 14 II 1, 14 II 2, aus den Kompetenzvorschriften der Art. 105 ff. oder aus einem ungeschriebenen Verfassungsvorbehalt herzuleiten ist, kann hier also dahinstehen.

denn der Sozialstaat des Grundgesetzes ist Steuerstaat¹⁰⁰. Die Erziehungspflicht der Eltern ist die Kehrseite ihres Erziehungsrechts; sie steht und fällt mit ihm. Art. 7 I u. V GG sind unantastbar, insofern sie die allgemeine Schulpflicht implizieren. An ihr muß die Bundesrepublik nicht nur in dem völkerrechtlich festgelegten Mindestumfang und nicht nur aus völkerrechtlichen Gründen festhalten¹⁰¹. Die bundesverfassungsrechtliche Preisgabe der allgemeinen Schulpflicht und die damit für die Bundesländer verbundene Möglichkeit, aus ihrer diesbezüglichen Vereinbarung auszuscheren, würde nicht nur die Basis bundesstaatlicher wie demokratischer Homogenität, sondern auch das Grundrecht der Kinder auf gleiche Entwicklungsmöglichkeiten¹⁰² gefährden¹⁰³. Die verfassungsgesetzliche Statuierung der allgemeinen Wehrpflicht dagegen ist eine verfassungspolitische Frage der historischen Lage ohne eine derartige zwingende unmittelbare Verbindung mit einem der Schutzgüter des Art. 79 III GG¹⁰⁴. Anders wieder verhält es sich mit den gruppendemokratischen Grundpflichten der Art. 5 III, 9 II, 18, 21 II und 33 IV GG. Diese Pflichten finden in Art. 79 III nicht nur ihre Legitimation, sondern verleihen der prinzipiellen Absage an den grenzenlosen Mehrheits-Relativismus besondere Gestalt und Wirkung. Sie könnten nicht ohne Veränderung der spezifisch grundgesetzlichen Entscheidung für die Demokratie beseitigt werden.

¹⁰⁰ Vgl. J. Isensee in FS f. H. P. Ipsen, 1977, S. 409 (432 ff.).

¹⁰¹ Vgl. Art. 13 Nr. 2a des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte von 1966.

¹⁰² Dieses Recht folgt aus Art. 1 I, 2 I und 3 I GG; dazu H.-U. Evers, Die Befugnis des Staates zur Festlegung von Erziehungszielen in der pluralistischen Gesellschaft, 1979, S. 58 ff.; G. Dürig in Maunz/Dürig, GG, RN 91 ff. zu Art. 3 I; ferner E. Denninger, Staatsrecht 1, 1973, S. 159 ff.; K.-D. Heymann/E. Stein, AöR 1972, S. 185 (202 ff.). Vgl. weiter Art. 13 Nr. 1 des Int. Paktes über wirtschaftl., soziale u. kulturelle Rechte v. 1966 und Art. 8 I 1 nrh.-westf. Verf. Als Gemeinschaftswesen bedarf das Kind der Erziehung in der Gemeinschaft und für sie: L. v. Stein, Die Verwaltungslehre, 5. Teil, 2. Aufl. 1883, S. 139; vgl. auch Evers a.a.O. S. 62 und Ossenbühl (FN 94), S. 103 ff.

¹⁰³ Über Grundrechtsgefährdungen als Grundrechtsverletzung H. Hofmann, Rechtsfragen der atomaren Entsorgung, 1981, S. 328 ff.

¹⁰⁴ So auch U. de Maizière in: Regierbarkeit, Bd. 2, S. 254 (258). Chr. Grimm, Allgemeine Wehrpflicht und Menschenwürde, 1982, S. 28; ausführlich mit anderem Ergebnis W. Leisner, Demokratie – Selbsterstörung einer Staatsform? 1979, S. 100 ff.

2. Vom Grund der Grundpflichten

Die bisherigen Feststellungen erlauben zugleich eine genauere Bestimmung des Grundes der Grundpflichten.

Seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts hat sich, wie erwähnt, die Lehre herausgebildet, daß die allgemeinen oder Grundpflichten des einzelnen im Staate als Pflichten gegenüber dem Staat, im wesentlichen also die Gehorsamspflicht mit ihren hauptsächlichen Ausprägungen in der Militär- und der Steuerpflicht, sich aus der Staatsangehörigkeit herleiteten. Daß auch Ausländer ihr unterliegen, wurde teilweise als bloß faktischer Umstand erklärt; andere suchten den Unterschied in der allein den Staatsangehörigen zusätzlich obliegenden Treuepflicht¹⁰⁵. Daß diese eine eigene rechtliche Bedeutung habe, war indes längst zweifelhaft¹⁰⁶. Auch konnte man nicht übersehen, daß die daraus abgeleiteten Unterlassungspflichten wiederum auch Ausländer betrafen. Es mußte diese Erstreckung daher als rein politisches Kampfmittel ohne den Charakter der Ahndung einer Rechtsverletzung erklärt werden¹⁰⁷. Die Reduktion der Grundpflichten auf das Staatsangehörigkeitsverhältnis hat trotz solcher Ungereimtheiten noch in der Weimarer Zeit nachgewirkt. So hat man – der in diesem Punkte der süddeutschen Auffassung entgegengesetzten preußischen Tradition folgend¹⁰⁸ – mitunter sogar die elterliche Erziehungspflicht des Art. 120 WRV ausschließlich auf Reichsangehörige bezogen, weil der Staat kein Interesse daran habe, „daß auch Ausländer in diesen Beziehungen ihre ‚natürlichen‘ Pflichten erfüllen“¹⁰⁹.

Bei alledem gehen offenbar zwei Fragen ineinander, nämlich die Frage der Grundpflichtensubjektivität und die Frage der Grundpflichtenqualität, die Frage, wen die Pflichten treffen und worin sie ihren Grund haben¹¹⁰.

¹⁰⁵ Vgl. *Schulze*, Dt. Staatsrecht, S. 354 f.; *Zorn* (FN 86), S. 374 f.; *Laband* (FN 86), S. 128, 130 f.

¹⁰⁶ Vgl. *v. Seydel*, Bayer. Staatsrecht, Bd. 3, S. 387; *G. Meyer*, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, 3. Aufl. 1910, S. 666; *Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 187; auch *Walz* (FN 87), S. 17; *Schücking* (FN 88), S. 27 f.; *Wiesmann* (FN 85), S. 96.

¹⁰⁷ Vgl. *Laband* (FN 86), S. 130. Kritisch dazu *Wiesmann* (FN 85), S. 85 ff.

¹⁰⁸ Vgl. statt aller *F. Stier-Somlo*, Handbuch des komm. Verfassungs- und Verwaltungsrechts in Preußen, 2. Bd./1. Teil, 1916, S. 446.

¹⁰⁹ *E. Hubrich*, Das demokratische Verfassungsrecht des deutschen Reiches, 1921, S. 192.

¹¹⁰ Zur parallelen Unterscheidung von Grundrechtssubjektivität und Grundrechtsqualität vgl. *v. Mangoldt/Klein* (FN 13), B V 1, und *Hofmann* in: Rechtsphilosophie der Aufklärung (FN 6), S. 33, 45 f.

Was zunächst den personellen Anwendungsbereich der Grundpflichten betrifft, so ist für die elterliche Erziehungspflicht und den Schulzwang heute klar, daß sie nicht mit der Staatsangehörigkeit verknüpft sind¹¹¹. Aber auch die anderen Grundpflichten, insbesondere die des Gehorsams und der Abgaben, betreffen nicht nur Deutsche i. S. des Grundgesetzes, wenngleich der Inhalt dieser Pflichten für Inländer und Ausländer in einer mit den Stichworten von der Personal- und der Territorialhoheit charakterisierbaren Weise verschieden ist. Sub specie des subjektiven Anwendungsbereichs sind die Grundpflichten also in der Tat – wie man früher sagte – Untertanenpflichten, d. h. Verbindlichkeiten der dauernd oder zeitweilig, ganz oder nur in bestimmten Beziehungen Rechtsunterworfenen¹¹². Eine Ausnahme macht nach seinem Wortlaut noch nicht einmal Art. 12 a GG, der die Möglichkeit der Wehrpflicht ja nicht nur für deutsche Männer vorsieht, obwohl der Militärdienst schon aus völkerrechtlichen Rücksichten traditionell als Staatsbürgerpflicht angesehen wird¹¹³. Indessen zeigen die §§ 1 und 2 WPflG, daß das materielle Verfassungsrecht der Bundesrepublik sich durchaus in dem herkömmlichen, jetzt überdies durch Art. 25 GG gesicherten personellen Anwendungsbereich der Wehrpflicht hält¹¹⁴.

Wenn nun in der Literatur namentlich im Hinblick auf Art. 6 II 1 GG gelegentlich von *Menschenpflichten* die Rede ist, dann pflegt damit jedoch mehr und anderes gemeint zu sein, als ein erweiterter subjektiver Anwendungsbereich der Grundpflich-

¹¹¹ Vgl. statt aller Maunz in Maunz/Dürig, GG-Komm., RN 22 ff. zu Art. 6. – Zur Schulpflicht ders., ebd., RN 10 zu Art. 7; OVG Münster NJW 1976, S. 341.

¹¹² C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 175: „Die Grundpflichten sind keine Menschenpflichten im Allgemeinen, sondern nur Pflichten der Staatsangehörigen oder Staatsunterworfenen, d. h. solcher Menschen, die im Bereich der staatlichen Machtsphäre stehen.“ Nur für das GG verneint Stober „echte Staatsbürgerpflichten“; Grundpflichten und Grundgesetz, S. 75 f.; a. A. wohl Merten (FN 20), S. 559.

¹¹³ Vgl. Schulze, Dt. Staatsrecht, S. 356; Meyer/Anschütz (FN 87), S. 821; W. Husing, Die neue deutsche Wehrverfassung, 1920, S. 26; W. Schätzel in FS f. H. Kraus, 1954, S. 179; G. Jaenicke und K. Doehring, ZaöRuVR 1955/56, S. 523; K. Doehring in FS f. Schlochauer, 1981, S. 45 (53).

¹¹⁴ Bei wortgetreuer Auslegung wäre Art. 12a mit Art. 25 GG nicht vereinbar: D. Walz, Die Wehrpflicht von Ausländern usw., Diss. Heidelberg 1969, S. 155, 200 ff., der überdies die Repressalienregelung des § 2 WPflG wegen mangelnder zeitlicher und sachlicher Beschränkung für völkerrechtswidrig (S. 122 ff./152) und im Hinblick auf Art. 1 I und 3 GG auch für verfassungswidrig hält (S. 173 ff., 177 ff.).

tenbestimmungen. Der Terminus Menschenpflicht soll darüber hinaus eine aus dem gegenüber der Staatsbürgerpflicht andersartigen Legitimationsgrund herrührende *besondere Qualität* der Pflicht bezeichnen. Dies mag mitunter ontologisch-naturrechtlich gedacht sein¹¹⁵, kann aber mit Hilfe einer aus der Theologie bekannten dialektischen Denkfigur auch auf den Umstand abheben, daß bestimmte elementare Pflichten der Menschen gegenüber ihren Mitmenschen, besonders der Eltern und Kinder, bestünden, auch wenn es keinen Staat und keine staatliche Rechtsordnung gäbe¹¹⁶. Gerade Art. 6 II 1 GG beweist indessen schwerlich, was er beweisen soll, obwohl er die Erziehungspflicht der Eltern ausdrücklich als Korrelat ihres natürlichen Erziehungsrechts nennt. Gewiß: die Pflicht der Eltern ist aus den natürlichen Umständen ohne Rekurs auf den Staat, seine Verhältnisse und Bedürfnisse als eine moralische wohl zu begründen. Aber da es nach dem Prinzip der Freiheit nicht Sache des Staates ist, den Menschen zu bessern, wie das Bundesverfassungsgericht sagt¹¹⁷, kann es nicht Aufgabe der Verfassung sein, sittliche Pflichten bloß der Tugend wegen zu sanktionieren. Daß die Verfassung den Eltern die Erziehung ihrer Kinder zur Pflicht macht (auch wenn sie dies in Wahrung der prinzipiellen Asymmetrie nur durch Ausschluß der negativen Grundrechtsfreiheit der Nicht-Erziehung tut¹¹⁸), muß also einen anderen, spezifisch verfassungsstaatlichen Grund haben. Und der ist darin zu erkennen, daß der Staat, der die Grundrechte auch der Kinder garantiert, es nicht offen lassen kann, ob das nach dem Prinzip der Freiheit primär den Eltern zugestandene Erziehungsrecht ausgeübt

¹¹⁵ So bei H. Kipp, Staatslehre, 2. Aufl. 1949, S. 202 ff.; Saffert (FN 63) S. 9 ff.

¹¹⁶ In diesem Sinne Maunz, Staatsrecht (23. Aufl.), S. 118, der insbesondere auf den „vorstaatlichen“ Charakter der elterlichen Erziehungspflicht und der Sozialpflichtigkeit des Eigentums verweist. Für die Erziehungspflicht ebenso v. Mangoldt/Klein (FN 13), Vorbem. B XI 4; H. Peters: Geschichtliche Entwicklung und Grundfragen der Verfassung, 1969, S. 305.

¹¹⁷ BVerfGE 22, 180 (220).

¹¹⁸ Dies gegen die nicht sehr klare Formulierung des BVerfG (E 24, 119/143) in Übereinstimmung mit A. Lüderitz, AcP 1978, S. 263 (267 ff.); E.-W. Böckenförde in: Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche 14, 1980, S. 54 (65 ff., 74, 76); teilweise auch mit Ossenbühl (FN 94), S. 58 ff., 68 f. (anders S. 51 ff.), und mit P. Saladin in FS f. H. Heiderling, 1976, S. 175 (198 ff.). A. A. Isensee, DÖV 1982, S. 614: „anomale Symmetrie“ von Elternrecht und Elternpflicht. – Über die negative Seite der Grundrechte A. Bleckmann, Allgemeine Grundrechtslehren, 1979, S. 218 f.

wird oder nicht. Wegen seiner Grundrechtsgarantenstellung muß der Staat die Eltern in die Pflicht nehmen – und er müßte es selbst dann tun, wenn ihr keine sittliche Verpflichtung entspräche. Es ist derselbe Gesichtspunkt der Staatsverantwortung, der im Falle der Grundrechtsgarantien für Institutionen wie Rundfunkanstalten und Universitäten die Ausübung des Rechts zur (ungeschriebenen) Pflicht macht¹¹⁹.

Wenn die Grundpflichten nach dem Verfassungsprinzip der Freiheit aber weder aus einer transpersonalen Staatsidee deduziert noch aus der Staatsangehörigkeit hergeleitet oder naturrechtlich begründet werden können – wo liegt ihr Fundament dann?

Verfassungsstaatliche Freiheit bedeutet Sicherung der Autonomie der Person, deren Begriff das Gegenüber einschließt. Verfassungsstaatliche Freiheit heißt folglich Freiheit im Miteinander, Zueinander und Gegeneinander mit anderen, welche in gleicher Weise frei sind¹²⁰. Die Annahme gewisser elementarer Unterlassungs-, Duldungs- und Leistungspflichten ist die notwendige Konsequenz der Aufgabe, die gleichen Freiheitsansprüche aller miteinander verträglich zu machen und gegeneinander zu sichern, sowie die Erfüllung aller anderen Gemeinschaftsaufgaben zu organisieren. Den beiden Dimensionen der Aufgabe entspricht ihre durch die zweistufige Sozialtheorie der Aufklärung vorgeformte Lösung auf der Ebene des Straf-, Privat- und Prozeßrechts einerseits und auf der Ebene des Verfassungs- und Verwaltungsrechts in Gestalt der Grundpflichten im engeren Sinne andererseits. Gemeinsamer verfassungsrechtlicher Grund aller gesetzlich entfalteten Sozialpflichtigkeiten des Individuums und Grund insbesondere der nicht explizierten Pflicht zu verfassungsmäßigem Rechtsge-

¹¹⁹ Dazu *Bethge*, NJW 1982, S. 2148.

¹²⁰ Gegen die vordergründige politische Mode, das Freiheitspostulat gegen den Gleichheitsgrundsatz auszuspielen, muß an den (freilich spannungsvollen und problembeladenen) Zusammenhang von Freiheit und Gleichheit erinnert werden; vgl. dazu *H. P. Ipsen* in: *Die Grundrechte*, hg. v. F. L. Neumann u. a., 1954, S. 111 (126); *R. Scholz*, *Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem*, 1971, S. 116, 326; ders., *AöR* 1975, S. 80, 265 (283); *H. J. Rinck* in *FS f. W. Geiger*, 1974, S. 677 (680); *M. Greiffenhagen*, *Freiheit gegen Gleichheit?* 1975; *H. Willke*, *Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie*, 1975; *Suhr*, *Entfaltung der Menschen*, S. 112 f., 135 ff.; *G. Luf*, *Freiheit und Gleichheit*, 1978; *Kriele*, *Befreiung und politische Aufklärung*, S. 57 ff.; wichtig auch die Beiträge v. *H. Ryffel*, *P. Graf Kielmansegg*, *I. Fetscher*, *W. Schild*, *J. Schwartländer* und *O. Höffe* in: *Menschenrechte und Demokratie*, hg. v. J. Schwartländer, 1981.

horsam sind daher hinter der Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat subjektivrechtlich Art. 2 I mit dem darin ausgesprochenen Gegenseitigkeitsprinzip und der allgemeine Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 GG¹²¹. Die verfassungsrechtliche Dimension der Grundpflichten ist demnach keine andere als diejenige der in ihrer Konkurrenz, Koexistenz, Sicherungs- und Organisationsbedürftigkeit begriffenen Grundrechte¹²². Es ist die Einengung des Blicks auf das Verhältnis Individuum-Staat und den *status negativus* des einzelnen, der dies bisweilen vergessen macht. Zumal mit dem Gleichheitsgrundsatz hängen die Grundpflichten so eng zusammen, daß man meinen könnte, sie enthielten gar keine Pflichten, sondern seien in Wahrheit Grundrechte auf gleiche Lastenverteilung¹²³.

Auch die Grundpflichten sind (mit Ausnahme der Wehrpflicht) nicht nur nach ihrem personellen Anwendungsbereich Pflichten eines jeden Menschen, sondern können auch nach ihrer Qualität Menschenpflichten genannt werden, wenn damit nicht mehr gesagt sein soll, als daß sie in der Mitmenschlichkeit des Menschen begründet sind. Doch haben sie nicht in demselben Umfang und in derselben Weise teil an dem nicht-staatlichen Sinn staatlicher Organisation, den wir im qualitativen Begriff der Menschenrechte zum Ausdruck bringen. Die beste Kennzeichnung der Grundpflichten war sonach noch die als Bürgerpflichten in dem klassischen (freilich auch abstrakten und daher mißverständlichen) Sinn der Teilhabe am *status civilis*.

Die in der Ausdifferenzierung der Rechtsgebiete verloren gegangene rechtliche Einheit der Sozialpflichtigkeit des einzelnen ist nur noch in den diese Sonderungen übergreifenden Grundrechtsschranken bewahrt. Der damit angesprochenen Verwandtschaft von Grundrechtsschranken und Grundpflichten haben wir uns nun zuzuwenden.

¹²¹ Gewichtig zu diesem zentralen Punkt G. Dürig in: Maunz/Dürig, GG-Komm., RN 20 ff. zu Art. 2 I und RN 138, 156 ff. zu Art. 3 I; P. Häberle, Rechtstheorie 1980, S. 389 (412 ff.), der v. a. auf Art. 1 GG abhebt. Rechtstheoretisch erfrischend anspruchsvoll umkreist D. Suhr in seinen Veröffentlichungen das Kernproblem; vgl. Entfaltung der Menschen, S. 67 ff., 146, 203, und zuletzt in: Soziale Grundrechte, hg. v. E.-W. Böckenförde, 1981, S. 111 (113, 115 ff.).

¹²² Ähnlich Badura, DVBl. 1982, S. 869.

¹²³ So W. Stahlwery, Studien zur rechtlichen Bedeutung der Grundrechte, Diss. Bonn 1922 (MS), S. 56; Huber, Dt. Verfassungsgesch. III, S. 101. Dagegen bezüglich der allgemeinen Steuerpflicht gem. Art. 123 bay. Verf.: BayVerfGHE NF 2, 170 (178); 3, 15 (25); 6, 75 (83).

3. Grundpflichten und Grundrechtsschranken

Grundpflichten laufen stets in irgendeiner Form darauf hinaus, daß sie individuelle Freiheit einengen – sei es durch verfassungsunmittelbare Verbindlichkeiten, mittelbar durch Gesetze oder als *soft law* durch ihren Appellcharakter. Unter dem abstrakten Gesichtspunkt ihrer negativen Wirkung sind Grundpflichten und Grundrechtsschranken folglich nicht unterscheidbar, kann man Grundpflichten also der Kategorie der Grundrechtsschranken unterordnen. Ebenso gut ist es möglich, die Grundrechtsschranken als Grundpflichten im weiteren Sinne denen im engeren Sinne zur Seite zu stellen¹²⁴. Verfassungs- und theoriegeschichtlich verhält es sich freilich so, daß man von den in den Unterlassungs- und Duldungspflichten gegenüber den Mitbürgern ausgeformten Grundrechtsschranken als den ursprünglichen Grundpflichten ausging, während die staatsbezogenen persönlichen und sachlichen Leistungspflichten des Verfassungsrechts sie erst später aus dieser zentralen theoretischen Position verdrängt haben. Unter diesem Aspekt wird der abstrakt-rechtstheoretisch nicht definierbare Unterschied zwischen Grundpflichten in dem geschichtlich geprägten engeren, staatsbezogenen Sinne einerseits und Grundrechtsschranken andererseits bis zu einem gewissen Grade wenigstens phänomenologisch faßbar. Anders als alle Arten von Grundrechtsschranken, welche in je besonderer Weise dafür Vorsorge treffen, daß der jeweils spezifische Freiheitsgebrauch mit den legitimen Interessen der anderen und des Gemeinwesens verträglich bleibt, konstituieren die Grundpflichten, gegenläufig von bestimmten legitimen Zwecken des Gemeinwesens ausgehend, mehr oder minder große Bereiche der Heteronomie. Sind die Grundpflichten nicht ausnahmsweise nur einem einzelnen Grundrecht als Vorbehalt zugeordnet, wie das bei der elterlichen Erziehungspflicht, der Sozialpflichtigkeit des Eigentums und Art. 14 III GG der Fall ist, so übergreifen die Grundpflichten als selbstständige Pflichtnormen jeweils den Bereich mehrerer grundrechtlicher Freiheiten. Dem andersartigen Ansatzpunkt der Grundpflichten entspricht zudem qualitativ eine gewisse Vielfalt der Auswirkungen auf die Freiheitssphäre, die weder als Einschränkung eines Grundrechts noch als Institutionalisierung von Freiheit angemessen zu verstehen sind. So setzen Grundpflichten nicht nur Abwehrrechte außer Kraft, sondern fordern regelmäßig Leistungen, z. T. in der Form, daß sie eine negative Grundrechtsfreiheit aufheben. Und die Eigentumsab-

¹²⁴ So Benda (FN 20), S. 8.

tretungspflicht verlangt im Einzelfall Preisgabe des ansonsten geschützten Rechts. Die angemessene Vorstellung des Verhältnisses von Grundrechten und selbständigen Grundpflichten ist daher nicht die der Einschränkung oder institutionellen Ausgestaltung einzelner Grundrechte, sondern die der partiellen, zeitweiligen oder okkasionellen Kollision und des entsprechenden Vorranges der Pflicht.

4. Über den programmatischen Charakter der Grundpflichten

Voraussetzung solcher Kollisionen ist freilich regelmäßig, daß der Gesetzgeber die verfassungsrechtlichen Bestimmungen über die Grundpflichten konkretisiert hat. Erzwingbare Rechtspflichten sind die Grundpflichten der Verfassung – von den bloß negativen Wirkungen des elterlichen Erziehungsrechts und den gruppendemokratischen Treuepflichten abgesehen – nur nach Gesetz. Rechtsstrukturell sind die Grundpflichten also nächst den grundrechtlichen Gesetzesvorbehalten¹²⁵ den sozialen Grundrechten¹²⁶ verwandt. Wegen ihres programmatischen Charakters beinhalten die Grundpflichten stets einen ungeschriebenen Gesetzesvorbehalt¹²⁷. Die in ihnen definierten Gemeinschaftszwecke steuern die gesetzliche Ausgestaltung und machen sie durch die Zweckbindung nach den allgemeinen rechtsstaatlichen Regeln des Übermaßverbotes kontrollierbar. Auf der anderen Seite stellen die Proklamationen selbständiger Grundpflichten bezüglich des Wehrdienstes, der öffentlichen Abgaben oder des Schulbesuchs besonde-

¹²⁵ Vgl. dazu F. Müller, Die Positivität der Grundrechte, 1969; Th. Wulfing, Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und Grundrechtsschranken, 1981.

¹²⁶ Mit dem Unterschied, daß Grundpflichten noch eher im Verfassungsgesetz selbst konkretisiert und vollziehbar gemacht werden könnten. Zum Problem der sozialen Grundrechte neuestens mit weit. Nachw. W. Schmidt in: Instrumente der sozialen Sicherung und der Währungssicherung in der Bundesrepublik Deutschland und Italien, hg. v. R. Grawert, 1981, S. 9 ff.; E.-W. Böckenförde u. a. (Hg.), Soziale Grundrechte, 1981; J. Lücke, AöR 1982, S. 15 ff.

¹²⁷ Hieraus folgert Gusy (JZ 1982, S. 657) aufgrund seiner Voraussetzung, wonach eine *lex imperfecta* keine *lex* sei, daß das GG keine Grundpflichten enthalte, ja, daß es eine eigene verfassungsrechtliche Kategorie der Grundpflicht gar nicht gebe. Nach demselben Argumentationsmuster hat man noch vor 100 Jahren bestritten, daß eine Verfassung subjektive Rechte gewähre oder auch nur gewähren könne. Der springende Punkt: Erschöpft sich die verfassungsrechtliche Bedeutung der Grundrechte denn in ihrem Anspruchscharakter?

re Inanspruchnahmen des einzelnen – wenn auch nicht im Detail –, so doch im Prinzip gegen jeden grundrechtlichen Einwand unzulässiger Freiheitseinschränkung sicher. Diesen Sinn der verfassungsrechtlichen Pflichtenvorbehalte hat seinerzeit sehr klar die Badische Verfassung von 1947 ausgedrückt, in der es hieß:

„Jedermann ist verpflichtet, die durch Verfassung oder Gesetz rechtsgültig auferlegten staatsbürgerlichen Pflichten zu erfüllen; niemand darf ihre Erfüllung unter Berufung auf verfassungsmäßig gewährleistete Rechte und Freiheiten verweigern.“

So wie Grundrechte als „negative Kompetenznormen“ (H. Ehmke) begriffen werden können, sind Grundpflichten folglich als qualifizierte Kompetenznormen, genauer: als Verstärkung von Kompetenzvorschriften zu verstehen, die deren Wahrnehmung gewissermaßen „grundrechtsfest“ machen.

Von sekundärer Bedeutung ist die *Typologie* dieser verfassungsgesetzlichen Proklamationen. Sie umfaßt Grundsatzserklärungen, welche die das Parlament verpflichtende Ankündigung gesetzlicher Regelung i. S. einer Konkretisierung in sich schließt, daneben auch prinzipielle Regulative für eine zu schaffende gesetzliche Ordnung. Musterbeispiel ist einmal die Verkündung der Schulpflicht oder der Wehrpflicht, andererseits der Grundsatz allgemeiner direkter Besteuerung bei gleichzeitiger Festlegung auf das Prinzip progressiver Belastung¹²⁸. Solche Ausgestaltungen institutionalisieren öffentliche Interessen. Daneben kann die Verfassung eine Grundpflicht auch in der Weise präformieren, daß sie bestehende gesetzliche Pflichten ohne Zwang zu ihrer Beibehaltung sanktioniert oder den Gesetzgeber ermächtigt, die Rechtsunterworfenen für bestimmte staatliche Zwecke in Pflicht zu nehmen. Das eine ist in Art. 12 Abs. 2, das andere in Art. 12a GG¹²⁹ geschehen. Gleichzeitig reguliert die letztgenannte Bestimmung eine etwaige Dienstpflichtgesetzgebung in relativ großem Umfang.

Bliebe nur noch hervorzuheben, daß die Realisierung der verfassungsrechtlichen Grundpflichtenprogrammatik ausschließlich dem Gesetzgeber übertragen ist. Natürlich sind Grundpflichten, insofern sie Gemeinschaftsinteressen institu-

¹²⁸ Siehe z. B. Art. 123 I bay. Verf.: „Alle sind im Verhältnis ihres Einkommens und Vermögens und unter Berücksichtigung ihrer Unterhaltungspflicht zu den öffentlichen Lasten heranzuziehen.“ Vgl. dazu *Zacher* (FN 35).

¹²⁹ Dazu *BVerfGE* 48, 127 (160 f.).

tionalisieren, auch Richtlinien der Rechtsauslegung und -anwendung, zumal im Grundrechtsbereich. Dies bedeutet aber nicht, daß Verwaltungsbehörden und Gerichte die Grundpflichten unmittelbar in rechtsverbindliche Anordnungen umsetzen dürften. Nur scheinbar paradox hat die verfassungsrechtliche Festlegung von Grundpflichten im System der Sicherung individueller Freiheit nämlich noch eine besondere Funktion. Schließt es die Existenz bestimmter, den Gesetzgeber ermächtigender Pflichtenvorbehalte doch aus, die Grundrechte mit der Begründung einem allgemeinen und jederzeit aktualisierbaren Gemeinwohlvorbehalt zu unterstellen, daß „jeder Mensch Pflichten gegenüber der Gemeinschaft (hat), in der allein die freie und volle Entwicklung seiner Persönlichkeit möglich ist“, wie es die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte von 1948 sagt¹³⁰. Es bleibt Sache des Gesetzgebers, die Freiheit der einzelnen untereinander und mit den Gemeininteressen durch Pflichtbindungen nach den Prinzipien der Gegenseitigkeit (Art. 2 I GG) und der gleichen Freiheit aller (Art. 3 I GG) zu vermitteln. Dem entspricht die zentrale Stellung, die der Begriff des Gesetzes in den klassischen Menschenrechtserklärungen innehat, welche von dem Gedanken gleicher Freiheit aller und dem Glauben an die Rationalität und Realisierungskraft des repräsentativen Gesetzgebers getragen waren. Dieser Glaube hat die Zeiten nicht ganz unbeschädigt überdauert; und die Schwäche des Pflichtgedankens korrespondiert mit der Schwäche des gruppendemokratischen Gesetzgebers.

Letztlich ist die verfassungsrechtliche Dimension der Grundpflichten nach alledem die der konstitutionellen Programmatik. Dies ist kein Widerspruch zu der früher aufgestellten These, daß es ein und dieselbe verfassungsrechtliche Dimension ist, welche Grundrechte und Grundpflichten umschließt. Man muß sich nur vergegenwärtigen, daß auch die Grundrechte programmatischen Gehalt haben. Daran hat sich gegenüber den Anfängen, in denen die Rechteerklärungen als Grundsatzproklamationen gar nicht Teil der eigentlichen Konstitution waren, nichts geändert. Nach ihrer *verfassungsgesetzlichen Gestalt* haben die Grundrechte heute keine andere

¹³⁰ Auch Naumanns Idee der Korrelation von Rechten und Pflichten beruht auf dem Gedanken, durch „größere Bestimmtheit“ der Pflichten angesichts wachsender Macht des Staates die individuelle Freiheit besser zu sichern, und nicht auf Hegels Dialektik der Totalität (so aber E. R. Huber, FN 9, S. 397), auch wenn Naumann in seinen Leipziger Semestern auf Anregung Wundts eifrig Hegel gelesen hat.

Normqualität als damals und die Grundrechte keine andere als die Grundpflichten. Als programmatische Grundsätze beweisen die Grundrechte ihre schier unerschöpfliche Konkretisierungsfähigkeit und Aktualisierbarkeit bis auf den heutigen Tag. Was sich geändert hat gegenüber den Anfängen, liegt außerhalb der Erscheinungsform der Grundrechte: Es ist dies einmal die (noch gar nicht so lange selbstverständliche) Lehre von den Grundrechten als subjektiv öffentlichen Rechten, welche die Grundfreiheiten dem einzelnen als Ansprüche, namentlich als Abwehrrechte gegen die Verwaltung verfügbar machte¹³¹. Und es ist zum anderen Art. 1 III GG, der (selbst eher ein Programmsatz) für die Grundrechte (aber auch nur für sie) das Konkretisierungsmonopol des Gesetzgebers endgültig zugunsten der Rechtsprechung bricht. Hinsichtlich der Grundpflichten bleibt es im Regelfall bei dem rechtsstaatlich begründeten Verbot unmittelbarer Umsetzung durch die Rechtsanwendungsorgane und damit in dem geläufigen Sinne bei der reinen Programmatik.

Will man an dieser Stelle nicht auf die positivistische Antithese von Recht und Moral zurückfallen, hält man an der Hypothese einer spezifisch verfassungsrechtlichen Bedeutung der Grundpflichten fest, so liegt es nahe, sie dort zu suchen, wo auch den Grundrechten jenseits des ihnen beigelegten Charakters unmittelbar anwendbaren Rechts noch eine spezifisch verfassungsrechtliche Funktion zugesprochen wird. Konkret ist die Frage also die, ob die Grundpflichten vielleicht gleich den Grundrechten als Grundwerte unter die sachlichen Integrationsfaktoren zu rechnen sind¹³². Daß gemeinsame Pflichterfüllung Gemeinschaftsgefühl bewirkt, sei nicht bezweifelt. Daß Grundsatzserklärungen über elementare Pflichten oder deren Lektüre Gemeinschaftsschauer im Sinne der Integrationslehre hervorrufen, scheint indes eher unwahrscheinlich. Es kann auch nicht der Sinn solcher Proklamationen sein, die Bürger Gemeinschaftstugenden zu lehren; denn das würde bedeuten, sie als Gesetzgebungsermächtigung für Volkspädagogik zu verstehen. (Daß die Grundpflichten wenigstens zum Teil Erziehungsziele einschließen, steht auf einem ganz anderen Blatt.) Am ehesten dürfte die tiefere verfassungsrechtliche Bedeutung von Grundpflichtenerklärungen in der ursprünglichen Perspektive aller Verfassungsprogrammatik sichtbar

¹³¹ Vgl. den Überblick bei *F. Giese*, Die Grundrechte, 1905, S. 27 ff., 35 ff., 43 f., 91 f.

¹³² Vgl. *R. Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, jetzt in: Staatsrechtliche Abhandlungen, 2. Aufl. 1968, S. 119 (141, 160 ff.).

werden: Sie formuliert in dem Sinne etwa, in dem Kant über das Verhältnis von Vernunftrecht und staatlich sanktioniertem Recht gesprochen hat, provisorisches oder präsumtives Recht¹³³, man könnte auch sagen „potentielles Recht“¹³⁴ oder: zu setzendes Recht. D. h.: die verfassungsrechtlichen Programme formulieren weder Normen sozialethisch guten Verhaltens noch treffen sie selbst rechtliche Regelungen. Vielmehr suchen sie rechtliche Voraussetzungen, Notwendigkeiten und Sinnperspektiven gesetzlicher Regelungen zu vermitteln¹³⁵. Allerdings erschöpft sich – und hier schlägt noch einmal die besprochene prinzipielle Asymmetrie durch – die Potentialität der Grundpflichtenerklärungen wegen ihrer Begrenztheit rechtlich und sozialpsychisch eher als die anderer Proklamationen. Gleichwohl prägen sie allesamt ein bestimmtes Verfassungsverständnis und Verfassungsbewußtsein aus – in der Erwartung, daß sie das soziale Bewußtsein wesentlicher Beweggründe, Dimensionen und Implikationen der Verfassungsschöpfung über die spezialgesetzlichen Positivierungen hinaus erhalten und reproduzieren. Das scheint nicht viel zu bedeuten und ist für den juristischen Alltag gewiß ganz unnütz. Wie viel es wirklich bedeutet, zeigt sich erst, wenn etwa im Bereich der Grundpflichten die Folgen von Defiziten des allgemeinen Verfassungsbewußtseins sichtbar werden.

V. Offene Fragen

Insgesamt muß diese Sicht der verfassungsrechtlichen Dimension der Grundpflichten Erwartungen enttäuschen, es könnten von hier aus im Wege des unmittelbaren interpretatorischen Verfassungsvollzugs Lösungen für gewisse offene Fragen gesteigerter Sozialpflichtigkeit bei der den Bereich des Privaten überschreitenden Wahrnehmung grundrechtlicher Freiheiten entwickelt werden. Zur Kennzeichnung des damit angedeuteten Problemfeldes muß es hier genügen, an unsere Heidelberger Diskussion über den „verfassungsmäßigen

¹³³ Kant, *Metaphysik der Sitten* (Ed. Vorländer), S. 65 f.

¹³⁴ Mit diesem Ausdruck hat R. Koselleck die allgemeinen Vorschriften des PrALR charakterisiert in: *Staat und Gesellschaft im deutschen Vormärz 1815–1848*, hg. v. W. Conze, 1962, S. 79 (82); R. Wahl (*Der Staat* 1979, S. 338) hat ihn auf die in ihrer Durchsetzung gehemmten Grundrechte der süddeutschen Verfassungen des Vormärz übertragen.

¹³⁵ Vgl. dazu Hofmann, *Legitimität und Rechtsgeltung*, S. 53 ff.

Pflichtstatus der Unternehmen“ zu erinnern¹³⁶, die Stichworte: „Sozialpflichtigkeit der Verbände“¹³⁷ und „Verbändegesetz“¹³⁸ zu zitieren und den Komplex der Grundrechte und Grundpflichten bei Großdemonstrationen zu nennen, von dem das OVG Lüneburg gesprochen hat¹³⁹. Kern der angedeuteten Probleme ist allemal der Umstand, daß die korporative oder sonstwie gemeinschaftliche Ausübung individueller grundrechtlicher Freiheiten durch das Maß ihrer Wirkungen auf öffentliche Interessen und die Grundrechte anderer die Qualität solchen Freiheitsgebrauchs verändern kann. Daß größerer Macht höhere Verantwortung entspricht, ist moralisch kaum eine Frage; sie als gesteigerte Sozialpflichtigkeit rechtlich faßbar zu machen, etwas ganz anderes. Es bedürfte dies gesetzlicher Konkretisierungen, deren Opportunität im übrigen nicht in allen Fällen außer Frage steht.

Eher schon könnten die hier angestellten Überlegungen etwas beitragen zu Problemen, die sich – nicht ganz ohne Zusammenhang mit dem einen oder anderen der eben genannten Stichworte – aus der Realisierung großtechnischer Projekte ergeben. Hier ist die Situation die, daß nicht ein bestimmtes Gemeinschaftsinteresse gegen ein bestimmtes Grundrecht oder allein gegen eine geschlossene Phalanx paralleler Abwehrrechte steht, daß es sich auch nicht nur darum handelt, private Sphären gegeneinander abzugrenzen, sondern daß verschiedenartige öffentliche Interessen untereinander und mit einander entgegengesetzten grundrechtlichen Ansprüchen ausgeglichen werden müssen¹⁴⁰. Diese Problematik hat einen materiellrechtlichen und einen verfahrensrechtlichen Aspekt. Zur materiellrechtlichen Seite sei hier lediglich vermerkt, daß das Bundesverfassungsgericht in seiner Kalkar-Entscheidung

¹³⁶ Vgl. P. Saladin und H.-J. Papier, VVDStRL 35 (1977), S. 7 ff., und bes. die um Saladins These Nr. 3 kreisende Diskussion.

¹³⁷ Vgl. H. Lemke, DÖV 1975, S. 253; H. Leßmann, Die öffentlichen Aufgaben und Funktionen privatrechtlicher Wirtschaftsverbände, 1976, S. 233 ff. E.-W. Böckenförde in: *Regierbarkeit*, Bd. 1, S. 223; K. v. Beyme in FS f. D. Sternberger, 1977, S. 22 (33); J. Knebel, *Koalitionsfreiheit und Gemeinwohl*, 1978.

¹³⁸ Vgl. K. M. Meessen, Erlaß eines Verbändegesetzes als rechtspolitische Aufgabe? 1976; R. Wimmer, DVBl. 1977, S. 401; Die Verbände in der Demokratie und ihre Regelungsprobleme, in: *Verhandlungen des 52. DJT*, 1978, Bd. II, Teil P.

¹³⁹ OVG Lüneburg Beschl. v. 28. 2. 1981, DÖV 1981, S. 461, mit Anm. v. P. Jacob. Dazu Badura, DVBl. 1982, S. 870.

¹⁴⁰ Vgl. P. Lerche, atw 1982, S. 389 (390); z. B. des Atomrechts Hofmann, *Rechtsfragen der atomaren Entsorgung*, S. 295 ff., 317 ff.

den Ausgleich konfligierender Unternehmerfreiheiten und grundrechtlicher Schutzansprüche aus Art. 2 II GG mit der Annahme einer ungeschriebenen Grundpflicht bewerkstelligt hat. Ist es doch ohne Rückgriff auf den Gesetzesvorbehalt dieses Grundrechts davon ausgegangen, daß wir alle von Verfassungen wegen verpflichtet seien, gewisse Risiken als „sozialadäquate Lasten“ unserer technischen Zivilisation zu tragen¹⁴¹. Der prozedurale Aspekt ist deswegen so bedeutsam, weil die Ordnung der angedeuteten vielfältigen Rechtsbeziehungen nicht anders als in einem komplizierten Verfahren wechselseitigen Ausgleichs gefunden werden kann. Und weil das so ist, geht es für den einzelnen darum, daß seinen Grundrechten als Momenten einer komplexen Entscheidung durch entsprechende Verfahrensvorkehrungen Beachtung gesichert wird¹⁴². Nimmt der Grundrechtsträger solchen Grundrechtsschutz durch Verfahren in Anspruch, so muß bedacht werden, daß er dies in derartigen Fällen regelmäßig in Konkurrenz zu Rechten anderer und nicht nur im Widerstreit mit staatlichen Interessen tut. Ist das so, und wird ihm ein faires Verfahren geboten, so hat er die aus Art. 2 I und 3 GG folgende Grundpflicht der Rücksichtnahme auf die Grundrechtsverwirklichung anderer. Diese Grundpflicht erlegt ihm eine gewisse Verfahrensdziplin auf und kann ihn mit Mitwirkungspflichten belasten.

Vielleicht vermag dieser Ausblick auf das Verwaltungsverfahren als besonderes oder gesteigertes Pflichtenverhältnis die beiden Themen unserer Tagung wenigstens andeutungsweise miteinander zu verknüpfen.

¹⁴¹ BVerfGE 49, 89 (143). Kritisch zur Anwendung auf das Atomrecht Hofmann, Rechtsfragen der atomaren Entsorgung, S. 322 ff.; ders. demnächst in den BayVBl.

¹⁴² Vgl. dazu den Mühlheim-Kärlich-Beschl. des BVerfG (E 53, 30/59 ff.) und neuestens F. Ossenbühl in FS f. K. Eichenberger, 1982, S. 183, sowie Lerche (FN 140).

Leitsätze des Mitberichterstatters über:

Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension

I. Methodische Vorbemerkungen

1. Schwierigkeiten für eine spezifisch juristische Behandlung des Grundpflichtenproblems ergeben sich daraus, daß eine Reihe von Umständen die Frage nach solchen Pflichten allzu leicht und einseitig als Frage nach einem bisher vernachlässigten Teil der Staatsethik erscheinen läßt.

2. Im Gegensatz dazu zielt das Thema darauf, die Grundpflichten wieder explizit als eine verfassungsrechtliche Kategorie und nicht nur als Inbegriff ethischer Verfassungsvoraussetzungen neben die der Grundrechte zu stellen.

3. Ausgangspunkt einer solchen Rekonstruktion kann nur der Grundpflichtenbegriff der Weimarer Reichsverfassung sein.

4. Trotz gewisser historisch-politischer Belastungen darf dieser Begriff nicht von vornherein als Gegensatz zu dem der Grundrechte aufgefaßt werden.

II. Über Zufälligkeit und Notwendigkeit der Asymmetrie von Rechten und Pflichten in der Verfassung der Freiheit

5. Der schon früh beklagte Grundrechtsindividualismus des Bonner Grundgesetzes ist historisch bedingt durch eine besonders scharfe Ausprägung der prinzipiellen Asymmetrie von Rechten und Pflichten in einer jeden Verfassung der Freiheit. Er hat Rückwirkungen auf das Verfassungsrecht der Länder.

6. Im Gegensatz zur rechtsstaatlichen Asymmetrie von individuellen Rechten und Pflichten steht die Inanspruchnahme des Individuums für überindividuelle Zwecke in den Verfassungen der sozialistischen Staaten.

III. Zur Geschichte der Grundpflichten

7. Verfassungs-, Begriffs- und Theoriegeschichte zeigen, daß die Asymmetrie von Rechten und Pflichten in einer Verfassung der Freiheit nicht von vornherein eine Abdrängung aller Pflichten in den Bereich der Moral zur Folge hat.

8. Nach der zweistufigen Sozialtheorie der Aufklärung werden die Verbindlichkeiten des einzelnen im Staat einerseits durch die „zivilen“, andererseits durch die „politischen“ Gesetze bestimmt.

9. In der Epoche der Französischen Revolution bildet sich mit Gesetzesgehorsam, Militärdienst, Steuer- und Eigentumsabtretungspflicht ein klassisches Ensemble republikanischer Bürgerpflichten heraus. Die Übernahme in die Verfassungsurkunden der deutschen Staaten verändert ihren Charakter.

10. Der Kanon republikanischer Grundpflichten wird 1848 durch die kulturstaatliche Schulpflicht, 1919 durch sozialstaatliche Grundpflichten erweitert. Gleichzeitig gewinnen ältere Grundpflichten zusätzliche demokratische Bedeutung. Das Grundgesetz hat von dieser Überlieferung weit mehr bewahrt, als es auf den ersten Blick erkennen läßt, und sie durch gruppendemokratische Grundpflichten bereichert.

IV. Dogmatische Folgerungen

11. Bei der Gegenüberstellung von Grundrechten und Grundpflichten sind die Fragen des verfassungstheoretischen und verfassungsrechtlichen Rangverhältnisses sowie der rechtsstrukturellen Ungleichgewichtigkeit zu unterscheiden.

12. Welcher verfassungsrechtliche Rang den Grundpflichten zukommt, zeigt am besten die Frage nach der Möglichkeit ihrer Aufhebung.

13. Bei der Qualifikation der Grundpflichten ist (wie bei den Grundrechten) zwischen Grundpflichtensubjektivität und Grundpflichtenqualität zu unterscheiden.

14. Grundpflichten sind nicht auf Staatsangehörige beschränkt.

15. In dem durch die verfassungsstaatliche Tradition geprägten engeren Sinne gibt es keine vorstaatlichen Grund-

pflichten. Auch der verfassungsrechtlichen Erziehungspflicht der Eltern kommt eine solche Qualität nicht zu.

16. Ihren verfassungsrechtlichen Grund haben die Grundpflichten in dem Gegenseitigkeitsprinzip des Art. 2 Abs. 1 GG und in dem Prinzip gleicher Freiheit aller (Art. 3 Abs. 1 GG). Die verfassungsrechtliche Dimension der Grundpflichten ist keine andere als diejenige der in ihrer Konkurrenz, Koexistenz, Sicherungs- und Organisationsbedürftigkeit begriffenen Grundrechte.

17. Grundpflichten und Grundrechtsschranken sind nur phänomenologisch, nicht aber prinzipiell rechtstheoretisch unterscheidbar.

18. Die Grundpflichten beinhalten regelmäßig einen Gesetzesvorbehalt. Die in ihnen definierten Gemeinschaftszwecke steuern die Ausgestaltung und machen sie durch diese Zweckbindung nach den allgemeinen rechtsstaatlichen Regeln des Übermaßverbotes kontrollierbar, andererseits im wesentlichen „grundrechtsfest“.

19. Die Existenz von Grundpflichten schließt es aus, die Grundrechte einem allgemeinen, durch alle Staatsorgane aktualisierbaren Vorbehalt der Sozialpflichtigkeit zu unterstellen. Es ist Sache des Gesetzgebers, die Freiheit der einzelnen untereinander und mit den Gemeininteressen durch Konkretisierung der Pflichtbindungen nach den Prinzipien der Gegenseitigkeit und der gleichen Freiheit aller zu vermitteln.

20. Zusammen mit den Grundrechten gehören die Grundpflichten der Dimension konstitutioneller Programmatik an. Die Grundpflichten entfalten verfassungsrechtliche Wirkung, indem sie zu setzendes Recht begründen.

V. Offene Fragen

21. Die Auswirkungen kollektiver oder sonstwie sozial mächtiger Grundrechtsausübungen werfen die Frage gesteigerter Sozialpflichtigkeit auf.

22. Grundrechtsschutz durch Verfahren bringt die statische Frage nach der Möglichkeit gleicher Grundrechtsfreiheit aller unter einen neuen prozeduralen Aspekt.

3. Aussprache und Schlußworte

Grundpflichten in verfassungsrechtlicher Dimension

Vorsitzender (Schmitt Glaeser): Ich eröffne die Aussprache über den ersten Beratungsgegenstand und darf Sie dazu sehr herzlich begrüßen. Im Einverständnis mit den Referenten möchte ich auf die Vorgabe einer Gliederung oder auch nur von „Diskussionsrahmenrichtlinien“ verzichten, weil wir meinen, daß Diskussionsgliederungen in den letzten Jahren nicht sehr viel Nutzen gebracht haben. Die Kollegen sind zu „unbändig“, als daß man ihre Darlegungen in eine Gliederung bringen könnte. Ich darf aber vielleicht ein paar Stichworte angeben, die uns für die Diskussion u. a. als besonders interessant erscheinen würden: einmal Verhältnis Grundrechte – Grundrechtspflichten – Grundpflichten, Einheitsthese?; sodann: rechtsstaatliches Verteilungssystem, Stichwort bei Herrn *Hofmann*: unbegrenzte Unterlassungsgrundpflichten – hängt zusammen mit Staatsidee und Verfassungsstruktur; außerdem: Schulpflicht, Abgabepflicht und Wehrpflicht als spezifisch deutsche Klassiker der Grundpflichten und schließlich noch die Frage: Gibt es eine Generalklausel der Grundpflichten, gibt es ein Grundpflichtensystem?

Nun zum Ablauf der Diskussion. Das ist bekanntlich ein Problem der Beitragslänge bzw. der Redezeitbegrenzung. Zunächst darf ich Ihr Einverständnis voraussetzen, daß wir an der Übung festhalten, auch unmittelbare Erwidierungen zuzulassen; ich will sie einmal „Spontanbeiträge“ nennen. Soweit Sie solche Spontanbeiträge beabsichtigen, bitte ich um das Heben beider Hände. Es versteht sich von selbst, daß von dieser Möglichkeit nur sparsam Gebrauch gemacht werden sollte und dabei die prägnante Kürze besonders erwünscht ist. Wir müssen uns hier darauf verständigen, daß zwei Minuten nicht überschritten werden dürfen. Für die Regulaerbeiträge möchte ich an der üblichen Redezeitbegrenzung auf vier bis fünf Minuten festhalten. Ich wäre Ihnen allen sehr zu Dank verpflichtet, wenn Sie dieser Bitte Folge leisten könnten. Drängen Sie mich nicht in die Rolle des pingeligen Zeitmessers und Zeitmahnners.

Sehr verehrter Herr Kollege *Ipsen*, ich bitte Sie, die Diskussion zu eröffnen.

H. P. Ipsen: Herr Vorsitzender, meine Herren Kollegen! Ich spreche hier nicht als erster, um meinen Nachholbedarf von Trier zu decken, sondern deshalb, weil ich vom Vorstand hierzu aufgefordert worden und gewohnt bin, Wünsche des Vorstandes nachzukommen. Ich wollte lediglich später einen Beitrag leisten zu dem, was ich unter Punkt 2 jetzt zu sagen habe – alles andere ist improvisiert. erwarten Sie also von mir nicht eine Introduction à la *Scheuner*.

Zu 1: Ich frage mich, ob ein Widerspruch zwischen den Referenten besteht, in bezug auf die Begriffsbestimmung von Grundpflichten und darin, ob sie nur originär kraft Verfassung bestehen oder nur wirksam werden durch Verfassungsvollzug im Wege der Gesetzgebung. Dazu hat Herr Götz nach seiner Begriffsbestimmung These 1 erklärt, die Pflichtenvielfalt erfordere politische Entscheidungen des Gesetzgebers. Er sieht also offensichtlich eine Unterscheidung zwischen Pflichtbegründungen kraft Verfassung oder auch durch Gesetz. Bei Herrn *Hofmann* erschien mir die Vorstellung näherliegend, nur von verfassungsoriginären Pflichtbegründungen zu sprechen (daher: *Grundpflichten*?), wozu er Bezug genommen hat auf Art. 1 und 3 I GG, damit aber dann als Grundlage für zu setzendes Recht. Ich würde zur Systematisierung unserer Vorstellungen eine Klarstellung in dieser Frage begrüßen.

Zu 2: In den Ausführungen von Herrn Götz hat eine nicht geringe Rolle gespielt seine Abgrenzung zwischen Grundpflichten und (wie er sie genannt hat) Indienstnahmen, die er unter These 14 c mit einer Klammerdefinition bezeichnet hat als unbezahlte Hilfsarbeiten der Wirtschaft für den Staat. Er hat sie unter Abgrenzung von seinem Begriff der Verfassungsgrundpflichten als Berufsausübungsregelungen i. S. des Art. 12 GG gekennzeichnet. Hierzu bewegt mich einmal die Frage, in welcher Art Grundpflichten, die nicht unmittelbar in der Verfassung ihren Inhalt ausgewiesen erhalten, zu klassifizieren sind. Zum andern: Herr Götz hat Indienstnahmen der Wirtschaftsunternehmen in Parallele gesetzt zur Pflicht des Waldbesitzers, den Waldspaziergang zu dulden. Ich kann mir kaum größere Gegensätze vorstellen. Das einzige, was beide Erscheinungen verbinden würde, wäre eine Pflicht des Waldbesitzers, Spazierwege vorzuhalten, womit aus dieser Pflichtbegründung ein Anspruch Dritter auf Leistung und Rechtsausübung erwüchse.

Was mich bei solcher Zuordnung von Herrn Götz (Herr *Hofmann* hat das Thema wohl nicht berührt) bewegt, ist die Frage: Ist es gerechtfertigt, solche Indienstnahmen aus dem Pflichtenkomplex, von dem hier die Rede sein soll, auszugrenzen,

weil sie keine Grundpflichten sind? Ich habe meine Zweifel. Und wenn diese Indienstnahmen in Art. 12 GG als Berufsausübungsregelungen angesiedelt werden, soll sich daraus automatisch ergeben, daß der Verpflichtete sie unentgeltlich zu erbringen hat, und so habe ich Herrn Götz verstanden. Dieses Thema hat uns beschäftigt, seit der Gedanke gesetzlicher Indienstnahme von Wirtschaftsunternehmen akut geworden ist und ein Versuch ihrer Dogmatisierung unternommen wurde. Ich will dafür vier Beispiele nennen, die mir geläufig sind und die ich historisch abfolgen kann.

Zuerst bei der Währungsumstellung nach dem Kriege, als die privaten Banken und Kreditinstitute die Aufgabe der Währungsumstellung für den Staat durchzuführen hatten, sodann die Bevorratungsverpflichtung der Mineralölunternehmen, und in diesem Zusammenhang dann ein Kreis von Pflichten der Unternehmen, gewisse Steuerverwaltungspflichten zur Entlastung des Staates und seiner Finanzämter – Steuereinbehalt, Steuerabführung bis hin zur Versicherungssteuer. Der vierte Fall war die Indienstnahme von Verkehrsunternehmen, aus sozialen Gründen gewisse Beförderungsleistungen zu erbringen zu Sozialtarifen. In allen Fällen solcher gesetzlichen Pflichtbegründungen zur Entlastung des verwaltenden Staates ist die Entgeltfrage akut geworden. Es wird Sie nicht überraschen, wenn ich darauf hinweise, daß das europäische Gemeinschaftsrecht uns darüber belehrt hat, solche Indienstnahmen lösen Entgeltansprüche aus, und zwar zugunsten der Verkehrsunternehmen. Dadurch ist uns der Blick für diese Erscheinungen geschärft worden. Sie sind auch in den Mineralölbevorratungs-Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts erfaßt worden.

Ich wäre also dankbar, wenn die Abgrenzung von Herrn Götz zwischen Grundpflichten in der Verfassungsebene und diesen Indienstnahmen allgemein und in der Entgeltfrage verdeutlicht werden würde.

Vorsitzender: Herzlichen Dank, Herr Ipsen, für diesen wichtigen Beitrag. Als Nächster hat sich Herr Zacher gemeldet. Bitte, Herr Zacher.

Zacher: Zunächst eine Bemerkung: Ich habe das Wort „Last“ heute vermißt. Ich glaube, Grundpflichten erweisen sich zumindest in der Realität weitgehend als Lasten: darin, daß man gewisse Vorteile nur in Anspruch nehmen kann, wenn man gewisse Grundpflichten erfüllt. Ich glaube, diese Unterscheidung sollte hinzugefügt werden.

Angesichts der sehr eindrucksvollen Referate fällt es einem natürlich schwer, nun Dringlicheres und Umfassenderes zu sagen. Gleichwohl möchte ich einen Kritikpunkt anbringen. Mir waren die Grundraster, die heute verwendet worden sind, zu wenig einfach.

Ich möchte erstens ausgehen von der Definition, die ich gerne für Grundrechte anwende, weil ich glaube, daß sie rechtshistorisch und rechtsvergleichend sozusagen über die Grenzen und die Zeiten hin trägt: Grundrechte finden den allgemeinsten Nenner darin, daß sie elementare Aussagen über wichtige Probleme in der Konfliktsbeziehung zwischen Gemeinwesen und Individuum sind. Und ich glaube, daß Grundpflichten diese Gemeinsamkeit teilen, daß auch sie wichtige Aussagen in diesem Verhältnis sind. Wenn ich nun dieses Verhältnis zwischen Gemeinwesen und Individuum ganz bestimmen möchte, dann brauche ich in der Tat Aussagen über Grundrechte *und* Grundpflichten, wobei natürlich die Grundrechte den Vorrang haben, weil sie auch für die Definition des Individuums gegenüber dem Gemeinwesen einen ganz anderen Rang haben. Warum, Herr *Hofmann* – da konnte ich Ihnen nicht ganz folgen – warum zur Umschreibung dieser Grundposition des Individuums nicht gleichermaßen Rechte *und* Pflichten komplementär herangezogen werden können, hat mir nicht eingeleuchtet. Das war sicher rechtsphilosophisch gedacht. Aber nun bin ich eben keine philosophische Natur; und darum kann ich das nicht nachvollziehen. Wichtig scheint mir zu sein, daß das Ganze im Grundkonflikt Individuum – Gemeinwesen gesehen wird und daß Grundrechte *und* Grundpflichten als sich ergänzende Umschreibungen der Position des Individuums in dieser Konfliktsituation zu sehen sind.

Wenn ich nun diese Aussagen zu machen suche, dann stellt sich die Kontextfrage: In welchem Kontext mach' ich diese Aussagen? Ich kann das Gemeinwesen betonen, und ich kann die Pflichten betonen. Das wurde eben sichtbar bei den sozialistischen Verfassungen. Der Gegensatz liegt in der freiheitlichen Verfassung, wo wir das Individuum betonen und die Rechte betonen. Aber hieraus ergibt sich der formell rechtsstaatliche Kontext. Er ist, wahrscheinlich weil es zu selbstverständlich erschien, zu sehr ausgespart worden. Ich habe hier ein Regel-Ausnahme-Verhältnis, und zwar ein doppeltes Regel-Ausnahme-Verhältnis. Erstens, daß ich das Grundrecht so anlegen kann, maximal so anlegen kann, daß es gewährt wird, bis es vom Gesetzgeber eingeschränkt, widerrufen oder zurückgenommen wird. Die Grundpflicht kann ich so nicht „aus-

werfen“. Das zweite Regel-Ausnahme-Verhältnis ist, daß ich das Grundrecht unmittelbar subjektivieren kann, so daß ich nicht nur die objektive Aussage behalte, und daß ich die Grundpflicht auf der anderen Seite nicht unmittelbar subjektivieren kann, sondern hier die objektive Dimension allein wesentlich bleibt. Das wären die ganz einfachen Grundmuster, die vielleicht aus Selbstverständlichkeit nicht ausgesprochen worden sind.

Nun komme ich aber noch zu einem zweiten Kritikpunkt. Er betrifft die konkrete Nachfrage nach den Grundpflichten. Warum ist denn die Nachfrage nach Grundpflichten so unterwegs? Entscheidend ist die Verfassungsgeschichte der Nachkriegszeit. In der Situation von 1949 hat man das Gemeinwesen vernachlässigt gegenüber dem Subjekt und die Pflicht vernachlässigt gegenüber dem Recht; und was herausgekommen ist, ist, daß beides zusammengewachsen ist zu dem Konsens, daß der wesentliche Gemeinwesensauftrag ein Dienst an den Rechten des Individuums ist. Ich glaube, es ist diese Steigerung, um deren Zurücknahme es bei dieser Diskussion geht.

Es stellt sich aber auch nicht nur diese generelle Verortungsfrage, sondern auch die spezielle Sachfrage: Welche Grundpflichten sind gefragt? Wenn ich zurückgehe auf die Definition, daß Grundpflichten wichtige Aussagen über das Verhältnis des Individuums zum Gemeinwesen sind, dann stellt sich nämlich auch die Themenfrage. Das verhält sich analog wie bei den Grundrechten. Grundrechte sind historisch konkret gewachsen. Sie haben sich z. T. ausgeweitet, so, wie die allgemeine Handlungsfreiheit. Das konnte ihren konkreten Ursprung verdecken. Aber im wesentlichen sind sie historisch konkret entstanden – so, wie schon in der Magna charta libertatum die Freiheit vom Brückenbau und die Freiheit von der Ablieferung von Holz und endlich im Grundgesetz die allgemeine Zugänglichkeit von Informationen. Sie sind konkret entstanden. Und ich glaube, das ist etwas, was wir bei der konkreten Nachfrage nach Grundpflichten auch sehen müssen. Wo werden Probleme gesehen, wo jetzt solche Aussagen notwendig sind? Ich glaube nicht, daß Ihre klassische Quadriga diese Fragen beantworten kann. Zum Beispiel die Schulpflicht: Das ist heute so wenig das Thema mehr etwa wie die Auswanderungsfreiheit ein Thema ist auf der Grundrechtsseite. Heute entsteht die Nachfrage nach Grundrechten etwa – und nun bin ich natürlich sozusagen bei meinem Hausressort: beim Sozialrecht – für die Vorsorgepflicht, für die primäre Selbstversorgungslast, daß man zunächst einmal für sich selbst aufkommen muß, und dann natürlich auch für die allgemeine Dienstpflicht.

Damit komme ich aber zurück auf das Primat des Verhältnisses Individuum – Gemeinwesen. Keine Grundpflicht kann das Gemeinwesen davon entlasten, daß es sich selbst ernst nimmt. Nur wenn das Gemeinwesen die Grundpflichten einfordert, dann werden sie realisiert. Genauso wie die Grundrechte nur realisiert werden, wenn der einzelne sie einfordert, so werden die Grundpflichten nur realisiert, wenn das Gemeinwesen sie einfordert. Ich glaube, der entscheidende Nachholbedarf entsteht hier beim Gemeinwesen. Und ich würde hier vor allem eine Grundpflicht nennen, die von Herrn Götz so intensiv behandelt worden ist, nämlich die Wehr- und Ersatzdienstpflicht. Wenn ein Gemeinwesen sich so vielfach ungeschickt anstellt wie unsere Bundesrepublik bei der Einforderung dieser Pflicht, dann kann auch keine Verfassung daran etwas ändern, daß diese Pflicht nicht lebendig ist.

Häberle: Herr Vorsitzender, verehrte Kollegen! Die beiden bedeutsamen Referate von heute vormittag geben uns eine besondere Chance: Sie ermöglichen eine Verknüpfung von geistesgeschichtlichen und verfassungstheoretischen Tiefendimensionen, auch Klassikertexten, Herrn Hofmanns Ansatz einerseits mit der harten verfassungsdogmatischen Arbeit an Rechtstexten, auch unterverfassungsrechtlicher Art nach dem Vorbild von Herrn Götz andererseits. Überdies habe ich heute gelernt, daß bei den Grundpflichten nicht nur der demokratische Gesetzgeber eine wesentliche Konkretisierungsleistung zu erbringen hat, sondern daß eine solche auch die Staatsrechtslehre im Sinne „wissenschaftlicher Vorratspolitik“ erbringen kann. Auf diesem Hintergrund möchte ich versuchen, drei Ebenen anzuleuchten, auf denen wir die Grundpflichtenproblematik weiter verfolgen sollten:

Erstens auf der *positivrechtlichen*, rechtsdogmatisch zu bewältigenden Ebene. *Zweitens* auf der *rechtsvergleichenden, internationalrechtlichen* Ebene; Stichwort ist hier der *Typus* des demokratischen Verfassungsstaates, wobei wir als Beispiele neuere Verfassungsurkunden etwa von Portugal (1975) und Spanien (1978) einbeziehen sollten, auch einige jüngere bzw. neu geplante Schweizer Kantonsverfassungen (etwa Jura bzw. Basel/Landschaft, Entwurf von 1982), die neben den Grundrechten Grundpflichten kennen und sie damit belegen, daß Grundpflichten durchaus ein wesentlicher Bestandteil freiheitlicher Verfassungen sein können; lassen Sie mich auch auf den Menschenrechtspakt über bürgerliche und politische Rechte von 1966 Bezug nehmen, der im letzten Absatz seiner Präambel und auch sonst von „Pflichten“ spricht, ebenso wie

die EMRK „normale Bürgerpflichten“ (Art. 4 Abs. 3) und „Pflichten und Verantwortung“ (Art. 10 Abs. 2) kennt. Stichwort meiner *dritten* Ebene ist die Frage, ob sich das Problem der Grundpflichten bei uns mittelfristig nur als Aspekt der *politischen Kultur* und auf längere Sicht nur im Wege bewußter *Verfassungspolitik* behandeln läßt, die einzubeziehen mit zu den Aufgaben der Staatsrechtslehre und unserer Vereinigung gehört, wobei die Rechts- bzw. Verfassungsvergleichung mithelfen kann.

Zunächst zum *ersten* Punkt: Dank des überaus glücklichen Begriffs von Herrn *Hofmann* von den Grundpflichten als Teil der „konstitutionellen Programmatik“ (Leitsatz 20) lassen sich innere *Zusammenhänge* zwischen den wichtigsten Verfassungsprinzipien des Grundgesetzes und konkreten Grundpflichten herstellen. So bestehen Beziehungen zwischen der *freiheitlichen Demokratie* und der Grundpflicht, ein Ehrenamt zu übernehmen; entsprechendes gilt für den Gleichheitssatz; Herr *Hofmann* hat mit Recht in Leitsatz 16 erarbeitet, daß dieser die Seite der Grundpflicht in sich birgt, je nach Situation des Verfassungsstaates gehört auch die allgemeine Wehrpflicht hierher. Dem Prinzip des *Rechtsstaates* ist z. B. die allgemeine Zeugenpflicht der einfach-gesetzlichen Prozeßordnungen zuzuordnen; sie besteht zwar dem Text nach nicht auf GG-Ebene, aber sie ergibt sich aus einer *Verbindung* von Rechtsstaatsprinzip und unterverfassungsgesetzlichem Recht durchaus auf Verfassungsebene; Sie, Herr *Götz*, haben den „Selbststand“ des einfachen Rechts sehr stark betont (etwa in Leitsatz 15 a), während ich auf dem Felde „konstitutioneller Programmatik“ von Grundpflichten (z. B. Art. 14 Abs. 2 GG) und ihrer Realisierung durch einfaches Recht eine intensivere *Verbindung* zwischen beiden Ebenen sehe, etwa auf der Linie der Arbeit unseres Vorsitzenden *Peter Lerche* in der ersten Festschrift für Maunz (Stichwort „Konzentrat des einfachen Rechts“); auch sonst sind hier Grundpflichtigkeiten erkennbar: neben der Hilfeleistungspflicht etwa in Elementen des Verwaltungsrechtsverhältnisses, die ins Verfassungsrecht hinaufreichen. Dem *Sozialstaatsprinzip* sind ebenfalls Aspekte einer Grundpflichtigkeit des Menschen zu entnehmen, wie sie der verehrte Herr E. R. *Huber*, den ich hier und heute vor mir sehe, schon in den 50er Jahren etwa als „Gemeinwohlverträglichkeit“ entwickelt hat. –

Ein Wort zum *zweiten* Punkt, zur rechtsvergleichenden Ebene. Überzeugend haben beide Referenten das Gegenbild des totalitären Staates von links nachgezeichnet, wir müßten hinzufügen die totalitären Staaten von rechts, etwa das frühere

Portugal und Franco-Spanien. Doch sollten jetzt auch die lehrreichen Grundpflichten-Abschnitte der neuen verfassungsstaatlichen Verfassungen Portugals („soziale bzw. kulturelle Rechte und Pflichten“) bzw. Spaniens („Bürgerrechte und -pflichten“) vergleichend ausgewertet werden, ich folge dabei der Verwandtschaftsthese zwischen sozialen Grundrechten und Grundpflichten. Wir lernen aus den iberischen demokratisch-politischen Bürgerpflichten bzw. sozialen und kulturellen Grundpflichten, daß Grundpflichten eine *mögliche* verfassungsstaatliche Kategorie sind und daß hier das verfassungsstaatliche Erbe an Grundpflichten beispielhaft fortgeschrieben worden ist. Bei all dem kommt es freilich auf Verfassungsverständnis und -kultur an. Dem GG dürfen wir kein Füllhorn an Grundpflichten unterlegen. Wir müssen sehr behutsam vorgehen, so, wie dies trotz ihrer unterschiedlichen Ausgangspunkte im Ergebnis beide Referenten getan haben. –

Damit komme ich zum *dritten* Punkt, zur Frage von Verfassungskultur und Verfassungspolitik. Es ist ja merkwürdig, daß das Thema „Grundpflichten“ recht plötzlich auf der Tagesordnung steht. Herr Zacher hat eben ähnlich gefragt. Warum besteht heute bei uns ein Bedürfnis nach „Grundpflichten“, warum gab es bis vor kurzem ein Defizit an Verfassungs- und Problembewußtsein für sie, warum dieser Wandel? Vielleicht als Gegenbewegung gegen manche Überdehnung eines stark materialistisch praktizierten Freiheitsbegriffs und wegen des Wegfalls mancher „selbstverständlicher“ kultureller Einbindungen? Dennoch sollte die Staatsrechtslehre nicht damit beginnen, jetzt überall Grundpflichten anzusammeln, zumal Verantwortung eher gelebt als erzwungen werden kann. Aber wir müssen doch fragen, ob Aspekte der Menschenbildjudikatur des Bundesverfassungsgerichts (Stichwort „Gemeinschaftsgebundenheit“) sowie der differenzierten Grundrechtsschrankensystematik Elemente von Grundpflichtigkeiten enthalten, wenn man sie vom Positiven her sieht. Gewiß könnten wir noch andere Felder im „gesicherten Rechtsbestand“ entdecken, wo wir Ansätze zu Grundpflichten erkennen, ich denke etwa an die Kulturstaatsklausel bzw. Art. 6 Abs. 2 GG. – Das führt mich zur letzten Überlegung, zur *Verfassungspolitik*. Uns bleibt die Frage, ob und wie wir mittel- und langfristig in Deutschland in einer etwaigen Revision von Grundgesetz und Länderverfassungen oder im Blick auf eine *gesamtdeutsche* Verfassung die Grundpflichten in einer dem demokratischen Verfassungsstaat angemessenen Weise so normieren, daß sie weder die Verfassung der Freiheit gefährden noch zum Mißverständnis verantwortungsloser Freiheit führen. Im Rahmen dieser ver-

fassungspolitischen Gratwanderung daher ein doppelter Vorschlag: Zum einen könnten und sollten Grundpflichten sehr generalklauselartig in den Verfassungs-*Präambeln* mit ihrer spezifischen Verbindlichkeit einen guten Platz finden, in Präambeln also, die durchaus Substanz haben können, mein eingangs zitiertes Beispiel kommt dem nahe. Zum anderen sollten Grundpflichten in den *Erziehungszielen* normiert werden, etwa als „Gemeinsinn“, „Rücksichtnahme“ etc., Begriffe, die wir in üppigem Reichtum aus deutschen Länderverfassungen kennen. Der junge Bürger muß und kann so gerade im Verfassungsstaat in die in republikanischer Tradition selbstverständliche Idee der Grundpflichtigkeit und Verantwortung des Menschen erzieherisch hineinwachsen, ohne daß damit der Weg in Erziehungsdiktaturen totalitärer Staaten freigegeben würde. Von Grundpflichten in Textgestalt von Präambeln und Erziehungszielen ist in Deutschland nichts zu befürchten; zugleich bliebe aber der Pflichtaspekt als für den demokratischen Verfassungsstaat und sein Bürger-Staat-Verhältnis „wesentlich“ schon in dessen Urkunde erkennbar und glaubwürdig.

Oppermann: Ich kann mich an das Letzte anschließen. Wir alle zollen dem Vorstand ein Kompliment dafür, dieses Thema aufgegriffen zu haben. Warum liegt es in der Luft, so hat auch Herr Häberle gefragt. Wenn man die Frage auf Deutschland beschränkt, habe ich zunehmend den Eindruck, daß wir bei den verschiedenen Fragen zu Grundgesetzrevisionen u. ä. uns in einem Zeitpunkt befinden, in dem man verstärkt darüber nachdenkt, ob gewisse Dinge, die in der Weimarer Verfassung vorhanden waren, jetzt doch, entgegen der vielleicht etwas zu starken Abstinenz von 1949, im Grundgesetz, sei es ausdrücklich, sei es im Wege der Interpretation wieder aufgegriffen werden sollten. Ein aktuelles Beispiel ganz anderer Art ist im Augenblick die Frage des Auflösungsrechts des Bundestages. Auch da tritt sozusagen ein wirklicher oder vermeintlicher „Webfehler“ des Grundgesetzes plötzlich hervor. Diese Frage eines „Zurück zu Weimar?“ kommt hier unter ganz anderen Gesichtspunkten auf: Grundpflichtdefizit des Grundgesetzes? Ob in diesem Zusammenhang das Grundgesetz partiell oder etwas stärker wieder „weimarisiert“ werden sollte, scheint mir der eigentliche Hintergrund zu sein, weshalb das Thema, etwas im Gegensatz zu Ihnen, Herr Hofmann, nicht nur konjunkturrell i. S. kurzfristiger Verfassungspolitik, sondern mindestens mittelfristig wirklich aktuell ist. Was ist nun herausgekommen heute morgen, was tragen wir mit nach Hause?

Im ersten Moment ist meine ursprüngliche Befürchtung, daß es beim Grundpflichtenbegriff sich um einen der öffentlich-rechtlichen „Nebelbegriffe“ handelt, verstärkt worden, als ich nicht nur die Referate, sondern auch die Begleitaufsätze in den Zeitschriften auf mich habe wirken lassen. Was sind Grundpflichten? „Verfassungsrechtlich geforderte Pflichtbeiträge von eigenständiger verfassungsrechtlicher Bedeutung“ (Herr Götz); „klassische Bürgerpflichten im Sinne des Status civilis“ (Herr Hofmann); „Verfassungsvoraussetzungen und -erwartungen“ (Herr Isensee); „austauschbare Werkzeuge des Verfassungsgebers“ (Herr Badura) – um nur einige Zitate zu nennen! Es werden da – wie soll ich sagen – im Rand- und Nebelfeld der Verfassung befindliche Begriffe sehr häufig verwendet. Aber der Nebel beginnt sich eigentlich doch etwas zu lichten nach dem, was wir heute morgen gehört haben. Ich möchte vor allem drei Punkte festhalten: Erstens ist aus beiden Referaten deutlich geworden, daß die Grundpflichten eine Mittelstellung zwischen der Aktion der Gesamtheit, sprich: des Gesetzgebers insbesondere, und der individuellen Angesprochenheit des Bürgers einnehmen. Herr Götz hat gesagt (ich möchte seine Formulierung umkehren): Staatliches Handeln wird gefordert bei der Verwirklichung von Grundpflichten, aber es ist zugleich eine an den Bürger adressierte Pflicht. – Weiter die Frage nach der „Austauschbarkeit der Werkzeuge“, wie sie Herr Badura am Ende seines Aufsatzes angesprochen hat, ob man nicht Grundpflicht, Staatszielbestimmung, Gesetzgebungsauftrag u. ä. mehr oder weniger nach den Bedürfnissen austauschen kann. Ich meine: im Grundsatz schon, das besonders Individualisierte der Staatsaufgabe, das ist es wohl doch, was die Grundpflichten auszeichnet. Die Grundpflicht als eine individualisierte Staatsaufgabe oder Staatszielbestimmung. In dieser Richtung scheinen mir die Dinge zu gehen. Die Grundpflicht kann nicht an der individuellen Einklagbarkeit des Art. 1 Abs. 3 GG teilhaben, das ist auch ganz deutlich geworden. Aber auf der anderen Seite will sie doch etwas stärker den einzelnen Ansprechendes sein, als eine ganz allgemeine Staatszielbestimmung, wie etwa die Sozialstaatsklausel.

Zweiter Punkt: Ich frage mich, ob man nicht zwischen Grundpflichten und Staatspflichten unterscheiden muß. Die Beispiele auf der einen Seite: Wehrpflicht – Schulpflicht – Erziehungspflicht bei Art. 6 GG, da ist dieses individualisierte Moment sehr stark. Ob das bei der Friedenspflicht, Herr Götz, in derselben Art und Weise der Fall ist – man kann sie als Unterlassungspflicht des einzelnen begreifen – muß doch sehr fraglich erscheinen. Ohne Zweifel handelt es sich hier um eine

eminente Pflicht, nicht nur zu unterlassen, sondern auch, daß die Aktion der Gesamtheit zugunsten der Friedenswahrung erfolgt. Gibt es also nicht neben den Grundpflichten auch Staatspflichten? Auch darüber lohnt es sich noch weiter nachzudenken.

Dritter und letzter Punkt: Ich bin ziemlich unbekehrt geblieben, trotz mancher Bemerkungen heute morgen und in den Aufsätzen, daß nicht doch, Herr *Hofmann* hat es ähnlich gesehen, eine sehr starke Konnexität zwischen Grundrechten und Grundpflichten besteht. Der Art. 6 Abs. 2 GG ist immer so schnell beiseitegeschoben worden. Gerade aber das Erziehungsrecht der Eltern hängt eng mit der Erziehungspflicht zusammen. Wenn ich an die anderen Beispiele denke, etwa an den Art. 14 Abs. 2 GG, frage ich mich, ist es da wirklich so anders, wenn man die Sozialpflichtigkeit des Eigentums, wie man es vielleicht tun kann, als Causa im weiteren Sinne für Enteignungsmöglichkeiten u. ä. begreift. Ist da nicht eine graduell vielleicht unterschiedliche, aber in der Qualität durchaus vergleichbare enge Konnexität zwischen dem Grundrecht und den Pflichten, die dieses sachliche Substrat „Eigentum“ verursacht, vorhanden? Ist es bei der öffentlichen Aufgabe der Presse und den Pflichten, die sie hervorbringt, näher als es in manchen Bemerkungen heute den Anschein gehabt hat, und das führt mich zu der Schlußfolgerung, verfassungspolitisch etwa im Sinne von Herrn *Häberle*: Bei der Überlegung, Verfassungen wie das Grundgesetz, um lange Grundpflichtenkataloge anzureichern, befindet man sich auf dem Holzwege. Der sicherlich in manchem unvollkommene Versuch der Weimarer Verfassung, im heute vielzitierten Art. 163, durch eine Generalklausel auf diese allgemeine Verbindung zwischen Grundrecht und Grundpflicht hinzuweisen und daraus Maßstäbe für die richtige Auslegung der Grundrechte zu setzen, könnte der Weg sein, der weiter bedacht werden sollte. Conclusio meinerseits: Es war wirklich Zeit für das, was Herr *Götz* die Wieder-Entstehung der Grundpflichten genannt hat. Eine zu starke „Weimarisierung des Grundgesetzes“ in dieser Richtung sollte nicht das Ziel sein, aber gewisse behutsame Schritte in Richtung einer stärkeren (generalklauselartigen?) Besinnung auf den Pflichtengehalt von Grundrechten scheint die Richtung zu sein, in der wir uns bewegen sollten.

Bachof: Ich möchte an einen Punkt anknüpfen, den Herr *Ipsen* schon angesprochen hat. Mir scheint, daß Herrn *Hofmanns* Leitsatz 16 (in Verbindung mit Leitsatz 20) einen zentralen Punkt seiner Ausführungen bildet: Ihren verfassungs-

rechtlichen Grund haben die Grundpflichten in dem Gegenseitigkeitsprinzip und in dem Prinzip gleicher Freiheit aller. Herr *Hofmann* hat freilich hinzugefügt: Gegenseitigkeitsprinzip „des Art. 2 Abs. 1 GG“ und gleiche Freiheit gemäß „Art. 3 Abs. 1 GG“. Diese Normen mag man hier anführen, das ist sicher richtig. Man könnte aber auch noch auf das Sozialstaatsprinzip hinweisen, aus dem ich – man soll sich nicht selbst zitieren, aber hier muß ich es einmal tun – vor fast 30 Jahren in meinem Sozialstaatsreferat eine „Verpflichtung zu sozialer Verantwortung“ hergeleitet habe. Ich würde das heute vielleicht eher die Grundpflicht zu einem Mindestmaß an Solidarität nennen. Das ist wohl dasselbe, was Herr *Hofmann* mit dem Gegenseitigkeitsprinzip meint. Dieses Prinzip liegt eigentlich jeder Staatlichkeit, ja überhaupt jeder Gemeinschaft zugrunde, schon vor Art. 2 und 3 GG.

Keine Gemeinschaft kann existieren, ohne daß ein Mindestmaß an Solidarität vorhanden ist, an wechselseitiger Achtung; ein Mindestmaß an Bemühen, andere nicht zu schädigen, nicht zum Nachteil und nicht auf Kosten anderer zu leben. Ich habe in einem der Aufsätze zur Vorbereitung dieser Tagung – ich weiß nicht, ob von einem Mitglied der Vereinigung – unter anderem gelesen, Grundrechte seien lediglich „Angebote“ an den einzelnen; er könne sie annehmen, er könne sie ablehnen, er brauche keinen Gebrauch davon zu machen. Daraus ergebe sich, daß man ihm auch keine Grundpflichten auferlegen könne. Das allerdings, meine Herren Kollegen, halte ich für falsch. In der heutigen Industriegesellschaft gibt es niemanden mehr, der von den Angeboten, die die Gemeinschaft ihm macht, keinen Gebrauch machen kann und keinen Gebrauch machen will. Das fängt bei den einfachsten Dingen an: bei der Luft, die wir atmen und beim Wasser, das wir trinken. Das ist ja nicht mehr die schöne Waldesluft der Romantiker oder der kühle Quell: Es ist die Luft, die erst mal gereinigt wurde auf Kosten des Steuerzahlers oder eines Produzenten und damit letztlich – über den Preis – auf Kosten der Konsumenten. Wir alle zahlen also für die Luft, die wir atmen. Und Wasser trinken wir, das durch zwanzig Mägen gelaufen ist und zur Trinkbarkeit erst wieder aufbereitet werden muß. Das alles zahlt die Gemeinschaft. Wer heute erklärt, er brauche diese und andere „Angebote“ nicht, der könnte allenfalls wie ein Robinson auf einer einsamen Insel leben; aber die gibt es leider nicht mehr. Mit anderen Worten: Jeder, der heute in einer staatlichen Gemeinschaft lebt, profitiert von dieser Gemeinschaft; dieses Leben durch Gebrauchmachen von den Angeboten der Gemeinschaft verpflichtet ihn, seinerseits auf

alle anderen Rücksicht zu nehmen. Das heißt, er muß alles unterlassen, was solche „Solidarität“ verletzt. Also: Solidaritätspflicht als „Grundpflicht“.

Herr Hofmann hat die einzelnen Grundpflichten – Militärpflicht, Steuerpflicht, Eigentumsabgabepflicht, Schulpflicht – letzten Endes reduziert auf die Pflicht zum Gesetzesgehorsam als eine Pflicht, die ebenfalls jeder staatlichen Gemeinschaft vorgegeben ist, sie erst konstituiert. Ich halte das für richtig, aber das greift mir noch etwas zu kurz. Ich meine: Gesetzesgehorsam, schön und gut; aber geht die Solidaritätspflicht, so wie ich sie eben zu entwickeln versucht habe, nicht noch darüber hinaus? Gibt es nicht auch Pflichten des Sich-solidarisch-Verhaltens, die nicht gesetzlich normiert sind? Hören sie bei fehlender Vergesetzlichung auf, Pflichten zu sein, und zwar Rechtspflichten, nicht bloß sittliche Pflichten? Ich habe den Eindruck, daß einigen Vorbereitungsaufsätzen die Auffassung zugrundeliegt, eine Pflicht höre auf, eine Rechtspflicht zu sein, sie werde zu einer bloß sittlichen Pflicht, wenn sie nicht durchsetzbar, wenn sie nicht zwangsbewehrt ist. Meine Herrn Kollegen, wir kennen doch seit langem die *lex imperfecta*! Ich habe seinerzeit in meinem Sozialstaatsreferat betont, daß die Verpflichtung zu sozialem Verhalten selbstverständlich nicht erzwingbar sei; ich bin aber trotzdem gar nicht auf den Gedanken gekommen, daß sie deswegen eine bloß sittliche Pflicht sei; ich habe sie vielmehr stets als eine verfassungsrechtliche Pflicht angesehen. Ich meine, wer krank feiert, ohne krank zu sein; oder wer als Motorradfahrer die Anlegung des Schutzhelms und als Autofahrer die des Gurtes ablehnt – es mag Gründe dafür geben, dies abzulehnen; aber wer es ablehnt mit der Begründung: „Das ist ja meine Privatangelegenheit, wenn ich verunglücke, wen geht das etwas an?“ – der verkennet, daß er auch hier wieder die Lasten auf die Gemeinschaft abwälzt, auf alle ihre Mitglieder. Denn die Krankenhauskosten, die Versicherungskosten usw., die zahlen ja andere. Sie mögen sagen, diese Beispiele seien vielleicht nicht ganz glücklich gewählt, weil ja doch das Krankfeiern nicht erlaubt sei und weil eine Pflicht zum Anlegen des Schutzhelms und des Gurtes bestehe. Aber ich meine, die Verpflichtung, sich in diesen Fällen „solidarisch“ zu verhalten, bestünde unabhängig davon, ob sie gesetzlich positiviert sei oder nicht. Sie können aber auch ein anderes Beispiel nehmen, in dem nun keine gesetzliche Pflicht besteht: Wer es absichtlich und obwohl er dazu in der Lage ist, unterläßt, irgendeine Vorsorge für sein Alter, für Krankheiten, für andere Schwierigkeiten zu treffen und sagt: „Da wird ja die Gemeinschaft einspringen, die zahlt dann ja für

mich“, der verhält sich solidaritätswidrig und verstößt gegen eine von jeder Staatlichkeit vorausgesetzte Grundpflicht; diejenige Grundpflicht eben, die m. E. der Gesetzesgehorsamspflicht noch vorgelagert ist.

Nun noch ganz kurz zu Herrn *Hofmanns* Leitsatz 20: Ganz sicher bedarf die Grundpflicht zu solidarischem Verhalten und bedürfen alle daraus weiter abgeleiteten Grundpflichten zu ihrer vollen Wirkung einer Positivierung. Die Grundpflichten, so sagt Herr *Hofmann*, „entfalten verfassungsrechtliche Wirkung, indem sie zu setzendes Recht begründen“. Er meint wohl: „begründen“ im Sinne von „legitimieren“, „zur Rechtsetzung berechtigen“. Ich stimme dem zu. Nur hat Herr *Hofmann* – es steht so nicht in den Leitsätzen – auch noch gesagt, die Grundpflichten bewegten sich im Bereich der „reinen“ Programmatik. Hier habe ich doch leichte Zweifel. Auch die Grundrechte haben sich doch, als sie in der Weimarer Verfassung nur sog. „Programmsätze“ waren, keineswegs *nur* im Bereich einer Programmatik bewegt; immer waren sie auch schon Auslegungsrichtlinien und vieles andere mehr. Deshalb frage ich nur – ich will das hier nicht entscheiden –: Wenn Rechte und Pflichten, sei es zwischen einzelnen untereinander oder zwischen einem einzelnen und dem Staat, miteinander im Streit liegen, können dann nicht unter Umständen auch ungeschriebene Grundpflichten und insbesondere die ungeschriebene Solidaritätspflicht mit in die Interessenabwägung und in die Entscheidung einbezogen werden?

Doehring: Herr Vorsitzender, meine lieben Kollegen. Ich spreche nicht aus Pflicht, sondern aus Neigung, aus Neigung zu dem Thema, das ich für außerordentlich bedeutsam halte; auch die Referate haben sehr angeregt und waren sehr abgerundet, wenn auch vielleicht in manchen Punkten etwas zu abstrakt. Das insbesondere ist der Grund, warum ich einige Worte sagen möchte. Ich möchte ganz konkrete Fragen an die Referenten stellen.

Die Pflicht des Menschen, die Gesetze einzuhalten, ist eigentlich die einzige Grundpflicht, die ich anerkenne. Ich bin nicht ganz der Meinung, die Herr *Bachof* äußerte, daß nämlich vor dieser Gesetzeshaltungspflicht noch eine allgemeine und ungeschriebene Pflicht in der Verfassung enthalten sei. Die Folge könnte eine unbestimmte Freiheitseinschränkung sein. Es ist richtig, daß wir den Begriff der *lex imperfecta* kennen, aber sie ist eben imperfekt und nicht perfekt und muß also etwas anderes sein als die strikte Gesetzes Einhaltung. Die Kategorie der allgemeinen Gesetzesbefolgungspflicht möchte

ich aber jetzt nicht betrachten; sie ist eigentlich auch keine Kategorie, denn sie besteht aus nur einer einzigen Position. Eine andere Kategorie von Grundpflichten oder von Pflichten, die wir der Verfassung entnehmen können, ist dort ausdrücklich benannt. Es handelt sich im wesentlichen um die Artikel 6, 12 a und 14 GG; vergessen wurde dabei wohl noch der Artikel 25 GG, wonach die allgemeinen Regeln des Völkerrechts nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten erzeugen. An diese Feststellung knüpfen sich drei Fragen, die konkreter Natur sind. Wie steht es mit diesen positivierten Grundpflichten, die in der Verfassung ausdrücklich genannt sind? Gilt für sie im System des Grundgesetzes etwas Ähnliches wie für die Grundrechte, nämlich die Feststellung, daß ein Kernbereich auch der Pflichten ähnlich dem Wesensgehalt der Grundrechte aufrechterhalten und geschützt bleiben muß? Herr *Hofmann* hat das, glaube ich, anklingen lassen, aber ich möchte doch diese Frage noch einmal stellen. Darf der einfache Gesetzgeber an diesen positivierten Pflichten rütteln, darf er sie einschränken, etwas abbauen, oder darf er sie – und das ist wichtiger – auch ausweiten und aufstocken? Das scheint mir der Klärung notwendig. Wenn man meint, diese Pflichten laufen leer, wie das in der Verfassung von Weimar für die Grundrechte angenommen wurde, dann braucht man natürlich solche Überlegungen nicht anzustellen. Der Gleichheitssatz aber löst diese Frage nicht, denn es kann ein einzelner Fall auftreten, der mit anderen nicht vergleichbar ist. Die zweite Frage ist: Wie verhalten sich diese positivierten Grundpflichten eigentlich zu dem, was wir institutionelle Garantien nennen? Der Ruf etwa von Pressevertretern, Journalisten und Redakteuren, sie hätten doch nicht nur ein Recht gem. Art. 5 GG, sondern auch die Pflicht zur Information der Öffentlichkeit, ist doch eine Berufung auf eine verfassungsmäßige Pflicht. Wie weit geht hier dann die Einschränkung oder auch die Ausweitungsmöglichkeit einer solchen Pflicht? Es ist sicherlich ein Unterschied, ob man sich auf ein Recht oder eine Pflicht beruft. Für die Gewerkschaften besteht gem. Art. 9 GG wohl eine ähnliche Problematik. Hier fehlen offenbar noch die dogmatischen Abgrenzungen. Gibt es solche Pflichten eigentlich, oder – wie im Mitbestimmungsurteil des *BVerfG* gesagt – gehen sie auf im Begriff der institutionellen Garantie, die aber letztlich auch nur der Individualfreiheit zu dienen hat? Jedenfalls bleiben hier bezüglich der Pflichten recht ungeklärte Probleme. Meine letzte Frage bezieht sich auf das Folgende: Wir haben Rechte, Kompetenzen, Hoheitsrechte auf die Europäischen Gemeinschaften in recht großem Umfang übertragen. Dabei ist einmal

die Frage aufgetaucht, ob wir durch die Hoheitsrechtsübertragung auch Grundrechte zur Einschränkung freigegeben haben; ich erinnere an die Eurocontrol-Entscheidung des *BVerfG* zu Art. 24 GG, die Grenzen aufzeigt. Der Wesensgehalt soll auch hier gewahrt sein, aber die Umkehrung der Medaille ist problematisch. Wenn wir uns unserer Hoheitsrechte entäußern, übertragen wir dann auch die allgemeine Gehorsamspflicht oder nur spezielle Pflichten auf andere Institutionen, oder das Recht auf andere Institutionen, uns in Pflicht zu nehmen? Wieviel ist hier übertragbar? Von einem Staat wissen wir, daß ein enges staatsbürgerliches Band besteht zwischen *protectio* und *subjectio*. Bei der Übertragung von Hoheitsrechten auf eine supranationale Organisation fehlt bisher eine Abgrenzung der Pflichtigkeit, nämlich hinsichtlich der Frage, ob solche Pflichten übertragen werden können, zum anderen, ob dann auch ein Wesensgehalt Bestandsschutz behält, wie das bei den Rechten der Fall ist, die das *BVerfG* in seinen Entscheidungen immer noch in einem Kernbereich unserem Staat reserviert hat. Vielen Dank!

Grimm: Ich fürchte, ich kann mich nicht so stark in den Sog des Themas ziehen lassen wie meine Vorredner. Zur Erläuterung meiner Skepsis knüpfe ich an die wichtige Frage von Herrn *Hofmann* an: Was ist eigentlich der Grund für Grundpflichten? Und zur Präzisierung der Antwort erlaube ich mir, seine Frage für einen Moment umzukehren und zu überlegen, was eigentlich der Grund für Grundrechte ist. Grundrechte verstehen sich ja nicht von selbst, denn alles, was grundrechtlich gewährleistet werden kann, läßt sich ebenso auf einfachgesetzlicher Ebene gewährleisten. Aus diesem Grund bezweifelten auch einige Mitglieder der französischen Nationalversammlung im Jahre 1789, daß es angesichts der freiheits- und gleichheitsfeindlichen Rechtsordnung des Ancien régime sinnvoll sei, mit der Ausarbeitung von Grundrechten zu beginnen. Sie forderten stattdessen, zunächst einmal die für den einzelnen bedrückenden Gesetze zu ändern und erst dann zur Sicherung der neuen Ordnung Grundrechte darüberzusetzen. Die Nationalversammlung entschied sich damals für die Priorität von Grundrechten, und zwar deswegen, weil sie auch den Gesetzgeber, der die Definitionsmacht über Individualfreiheit ausübte, bei seiner Reformarbeit dauerhaft an das Freiheitsziel binden wollte. Der Grund für Grundrechte liegt also in der überlegenen Macht des Staates, die sich angesichts des staatlichen Gesetzgebungsrechts auf einfachgesetzlicher Ebene nicht wirksam begrenzen läßt. Nun also zurück zu der Frage:

Was ist denn der Grund für Grundpflichten? Für Grundpflichten fehlt, wenn ich es richtig sehe, ein solcher Grund. Denn der Staat hat ohnedies die Möglichkeit, seine Bürger zu verpflichten, und diese Pflichten auch durchzusetzen. Sie stehen ihm nicht mit überlegener Macht gegenüber. Die Pflichten des Bürgers bedürfen deswegen nicht derselben Verstärkung, auf die seine Rechte angewiesen sind. Aus diesem Grunde möchte ich davor warnen, leichtfertig mit Grundpflichten zu operieren. Damit wende ich mich nicht gegen Pflichten, auch nicht gegen Bürgerpflichten, die sich aus der Verfassung ergeben, wohl aber gegen *Grundpflichten*. Wenn diesem Begriff überhaupt ein verfassungsrechtlicher Sinn innewohnen soll, kann er eigentlich nicht mehr als akzessorisch zu den Grundrechten sein. Er beinhaltet dann für den einzelnen die Pflicht, die gleiche Freiheit der anderen zu respektieren. Eben diese Pflicht konkretisiert aber, angeleitet und begrenzt durch die Grundrechte, der Gesetzgeber. Deswegen würde ich mich in der Kontroverse, die sich zwischen Herrn Götz und Herrn Hofmann darüber anzubahnen schien, ob Grundpflichten mehr sein können als Schranken der Grundrechte, auf die Hofmann'sche Seite schlagen und behaupten, daß sie keine zusätzliche Leistung erbringen. Jede zusätzliche Leistung wäre im Gegenteil gefährlich. Die Gefahr sehe ich darin, daß Exekutive und Judikative aus dem grundgesetzlich gar nicht vorgesehenen Begriff der Grundpflichten unter Umgehung des Gesetzgebers Rechtspflichten ableiten könnten, die dem Status rechtsstaatlich und demokratisch gesicherter Freiheit nicht zuträglich wären.

Vogel: Die Referenten haben ihr Thema verfassungs- und ideengeschichtlich so reichhaltig untermauert, – ganz besonders Herr Hofmann –, daß wohl nur wenige von uns aus dem Stand an ihrer Darstellung fundierte Kritik werden üben können; ich jedenfalls kann es nicht. Immerhin scheint es mir wichtig, einen Gesichtspunkt hervorzuheben, in dem, wenn ich recht sehe, beide Referenten einig sind und der nicht verloren gehen sollte: das, was Herr Hofmann die „Asymmetrie“ von Grundrechten und -pflichten genannt hat. Bisher haben wir doch wohl alle, wenn von Grundpflichten die Rede war, mehr oder weniger, vielleicht auch nicht durchreflektiert, an eine mit den Grundrechten gleichgewichtige Kategorie gedacht. Es hat mich überzeugt, daß man sie nicht so auf eine Ebene stellen kann.

Des weiteren möchte ich meiner Freude darüber Ausdruck geben, daß das, was mein Lehrer Gerhard Wacke sich immer

gewünscht hat, die Erweiterung des Staatsrechts und der Verfassungstheorie in die Dimension der Staatsfinanzen hinein (oder besser: das Ende der Ausblendung dieser Dimension), nach unseren Innsbrucker Ansätzen offensichtlich vorangeht. Und in diesem Zusammenhang möchte ich mir nun doch eine kleine Korrektur an dem *Hofmann*'schen Referat erlauben, die Ihnen vielleicht etwas beckmesserisch scheinen mag, die ich aber für wichtig halte. Ich möchte Sie, lieber Herr *Hofmann*, bitten, aus der Definition der Steuerpflicht als Grundpflicht das Wort „progressiv“ zu streichen. Gewiß gehörte das zum ideengeschichtlichen Bestand des steuerlichen Denkens im neunzehnten Jahrhundert, über das Sie berichtet haben. Aber wenn Ihr Referat kanonisiert werden sollte (was es nach meinem Dafürhalten verdient), dann würde ich es bedauern, wenn auch dieses Wort „progressiv“ mitkanonisiert würde – gerade heute, wo man von neuem darüber nachzudenken beginnt, ob progressive Steuern unter den Bedingungen der Gegenwart wirklich noch die gerechtesten Steuern sind. Ich will nur zwei kurze Gründe dafür anführen, damit das Ganze nicht zu geheimnisvoll klingt. Erstens: In einer Gesellschaft, die mehr und mehr zu einer Gleichheitsgesellschaft hin tendiert, könnte es sein, daß die progressive Besteuerung nicht mehr in dem Maße wichtig ist für die Herstellung sozialer Gerechtigkeit wie zu einer Zeit mit sehr viel größeren Einkommens- und Vermögensunterschieden. Zweitens: Eine progressive Steuer, die ja doch immer eine Einkommens- oder allenfalls Vermögenssteuer sein müßte, verlangt als ihre Basis eine Bemessungsgrundlage „Einkommen“ oder „Vermögen“, die sehr differenziert aufgebaut sein muß und die angesichts der gewährleisteten Privatautonomie die Möglichkeit gibt, durch privatrechtliche Gestaltungen Nischen der Gesetze sehr vorteilhaft auszunutzen. Bei einer Einkommens- oder Vermögenssteuer sind solche Gestaltungen unvermeidlich; relevant geworden sind sie durch die heutige Anspannung des Staatsbedarfs und infolgedessen der Steuersätze. Eine Steuer, die weittragende Möglichkeiten der Gestaltung eröffnet, wird dadurch aber unter Gerechtigkeitsaspekten problematisch: ich nenne nur das Phänomen „Abschreibungsgesellschaften“. Die Steuerpflicht ist sicherlich eine Grundpflicht, aber es braucht dafür nicht notwendig eine progressive Steuer zu sein.

Zacher: Ich schließe zunächst an die Ausführungen von Herrn *Vogel* an. Daß wir, Herr *Hofmann*, eine progressive Steuer haben, ist eine Illusion, wenn man an die Einkommensbelastung als solche denkt und die Sozialversicherungsbeiträ-

ge, die bei der Beitragsbemessungsgrenze enden, und die indirekten Steuern mitberücksichtigt. Ich glaube wirklich, man sollte das streichen, oder man sollte wirklich ernstmachen mit „progressiv“.

Aber daß ich mich nach dem Diskussionsbeitrag von Herrn *Grimm* gemeldet habe, hat seinen Grund darin, daß sich hier im Dreieck zwischen Herrn *Hofmann*, Herrn *Grimm* und mir tatsächlich etwas zu klären beginnt. Sie, Herr *Hofmann*, sagen, Grundpflichten sind Bestandteil der Verfassungsprogrammatis. Herr *Grimm* sagt, Grundpflichten haben nur Sinn, wenn der Staat gebunden werden kann. Und ich meine, ganz voraus gibt es eine Aussage in der Verfassung, die von grundlegender Bedeutung für die Stellung des Individuums im Gemeinwesen ist. Diese drei Meinungen machen einen Vers, wenn die Ebenen unterschieden werden, auf denen sie angesiedelt sind. Wenn die Verfassung als Aussage über die Befindlichkeit und die Aufgaben des Gemeinwesens gedacht ist, dann ist das reine Verfassungsprogrammatis. Das ist der Standort von Herrn *Hofmann*. Bezieht sich diese Beschreibung der Befindlichkeit und der Aufgaben des Gemeinwesens aber auch auf die Stellung des einzelnen im Gemeinwesen, so muß die Verfassung auch Aussagen i. S. von Grundrechten und kann sie auch Aussagen i. S. von Grundpflichten aufnehmen. Das ist mein Standort. Stelle ich an die Verfassung aber mit Herrn *Grimm* die zusätzliche Anforderung wirklicher Verbindlichkeit und gehe ich mit dem Grundgesetz so weit, nicht unmittelbare vollziehbare Inhalte aus der Verfassung möglichst fern zu halten, so muß ich unter jenen Aussagen selektieren. Es genügt dann nicht, daß sie die Befindlichkeit und die Aufgaben des Gemeinwesens sowie die Stellung des Individuums im Gemeinwesen beschreiben. Es ist notwendig, daß sie vollziehbar sind. Das ist der Standort von Herrn *Grimm*.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Zacher*. Herr *Grimm*, sind Sie richtig ausgelegt? Wir sind – so meine ich – bei einem zentralen Punkt angelangt. Bitte, Herr *Grimm*.

Grimm: Es geht mir nicht in erster Linie um die Vollziehbarkeit. Ich halte auch Normen, die nicht unmittelbar justiziabel sind, sondern sich primär mit Aufforderungscharakter an den Gesetzgeber wenden, für Rechtsnormen. Meine Bedenken haben einen anderen Hintergrund. Wo von Grundpflichten die Rede ist, wird stets ein Pendant zu Grundrechten gesucht, das deren gemeinschaftssprengendes Potential zügelt. So wie dem einzelnen ein elementarer Freiraum gegenüber der Staats-

macht gesichert werden soll, sollen dem Staat bestandsnotwendige Leistungen der Bürger gesichert werden. Nun gibt es zweifellos solche Leistungen, ohne die das Gemeinwesen keinen Bestand hat, und wenn man will, mag man sie „Grundpflichten“ nennen. Dies aber weder in einem verfassungstheoretischen noch in einem verfassungsrechtlichen Sinn. Eine in der Verfassung verankerte Pflicht des Bürgers ist deswegen noch keine *Grundpflicht*, wie ja auch nicht jedes verfassungsrechtlich garantierte Recht ein *Grundrecht* ist. *Grundrechte* werden vielmehr verfassungsrechtlich gewährleistet, damit der einzelne seine Freiheit wirksam gegen die überlegene Staatsmacht verteidigen kann. Es besteht aber keine parallele Notwendigkeit, Pflichten in dieser Weise zu überhöhen, weil der Staat die Mittel, seine Bürger zur Pflichterfüllung anzuhalten, ohnehin hat, während den Bürgern die Mittel, den Staat in Schranken zu halten, erst verschafft werden müssen. Die mit dem Begriff der Grundpflichten angestrebte Angleichung an die Grundrechte ist also falsch, und wenn man trotzdem Grundpflichten in die Verfassung hineinliest, besteht die Gefahr, daß auch wieder etwas aus ihnen herausgeholt wird. Das kann dann allerdings nur etwas Freiheitsbeschränkendes sein. Nun sind Freiheitsbeschränkungen zwar unerläßlich und legitim, aber unter dem Grundgesetz doch nur im Interesse des Schutzes gleichmäßiger Verteilung und materieller Ausstattung der Freiheit. Das Programm hierfür enthalten die Grundrechte selbst. Grundpflichten werden dazu nicht benötigt.

Bullinger: Müssen wir nicht noch eine weitere Dimension berücksichtigen, die, ich glaube, Herr *Hofmann*, bei Ihnen anklang? Es geht um das Problem, ob Pflichten des einzelnen in der Verfassung festgelegt sind oder – nächste Stufe – ob sie so elementar erscheinen, daß sie nach Art. 79 Abs. 3 GG als unantastbar behandelt werden müssen. Wenn wir jetzt schon kategorisieren, müßten wir diese Kategorie der gewissermaßen vorgefundenen, nicht antastbaren Pflichtenstellung des einzelnen in die Überlegungen einbeziehen.

Schuppert: Herr Vorsitzender, meine Herren Kollegen! Ich glaube, es paßt jetzt gut, mein kleiner spontaner Regularbeitrag. Ich glaube, daß es wichtig ist, sich darauf zu besinnen, daß es einen starken Zusammenhang gibt zwischen den Grundpflichten des Bürgers und den Grundaufgaben des Staates. Das scheint mir ein leicht belegbarer Zusammenhang zu sein. Wenn wir uns überlegen, was gemeinhin als Grundaufgabe des Staates gilt, als eine den Staat definierende Tätigkeit,

als eine Sine-qua-non-Aktivität des Staates, dann fallen einem drei Dinge ein: Gewährleistung der Sicherheit im Innern, Gewährleistung der territorialen Integrität durch eine Möglichkeit der Landesverteidigung und Beschaffung der notwendigen finanziellen Ressourcen für die Bezahlung der zu alimentierenden Beamten und des stehenden Heeres und der hinzugekommenen Sozialaufgaben. Also drei wichtige Staatsaufgaben. Diese drei wichtigen Staatsaufgaben konstituieren, wie ich meine, die drei Grundpflichten, die hier immer im Raum stehen, und die Herr *Hofmann* als Viergespann bezeichnet hat. Da ist einmal die allgemeine Gehorsamspflicht. Sie korrespondiert der Aufgabe des Staates, Sicherheit im Innern zu gewährleisten. Nicht umsonst wird das Polizeirechtsgut „öffentliche Sicherheit“ mit der Rechtsordnung identifiziert. Der Staatsaufgabe der Landesverteidigung korrespondiert die allgemeine Wehrpflicht und der Staatsaufgabe der Beschaffung von Ressourcen korrespondiert die Pflicht zur Steuerzahlung. Dieser Zusammenhang scheint mir auch dadurch belegt zu werden, daß Herr *Hofmann* die interessante Überlegung angestellt hat, ob man Grundpflichten abschaffen kann. Das scheint ja gerade bei diesen Grundpflichten nicht möglich zu sein. Genau so wenig, wie wir die Grundaufgaben des Staates abschaffen können; das korrespondiert miteinander. Wir können nicht die Steuerpflicht des einzelnen abschaffen, oder die Gehorsamspflicht des Bürgers, ohne damit die Grundaufgaben des Staates preiszugeben oder sie undurchführbar zu machen. So daß, wenn man das so formulieren will, die Grundpflichten es nicht so sehr mit Grundrechtsschranken, die an Grundrechte herangetragen werden, zu tun haben, sondern Grundpflichten haben nach meiner Auffassung zu tun mit dem Herrschaftscharakter des modernen Staates und hängen damit auf das engste zusammen. Man kann hier auch den Gedanken des Gesellschaftsvertrages bemühen. Herr *Badura* hat in seinem Einleitungsaufsatz ja darauf hingewiesen, daß man gewissermaßen diese Grundpflichten verstehen kann als die Eintrittskarte, die der Bürger bezahlen muß, das Eingehen dieser Grundpflichten der Preis ist für die Leistungen der staatlich verfaßten Gesellschaft, nämlich Gewährleistung der Sicherheit des Innern, Landesverteidigung und Wahrnehmung kostenintensiver Aufgaben. Und jetzt – und das ist eigentlich die kleine Anregung, die ich bringen wollte, und dazu mußte ich ein bißchen ausholen –, ist die Frage die, ob man nicht das Augenmerk lenken sollte auf ein mögliches Korrespondenzverhältnis zwischen den Grundpflichten des Bürgers und den Grundpflichten der Staatsgewalt, den Erwartungen des Bürgers

nachzukommen, die er gehegt hat, als er seine Grundpflichten – gesellschaftsvertraglich gesprochen – eingegangen ist. Also, z. B.: Den Grundpflichten des Bürgers zum Gehorsam entspricht – so würde ich das jetzt komplementär formulieren wollen – die Pflicht des Staates, das geltende Recht auch durchzusetzen. Insofern ist also darin impliziert das Legalitätsprinzip oder – strafrechtlich gewendet – das Gebot einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege, und es wäre – negativ gewendet – darin enthalten das Verbot eines soft law, was nicht nur bei Hausbesetzungen eine Rolle spielt, sondern auch bei der Umsetzung von Umweltschutzgesetzen gegenüber Großunternehmen. Wir könnten weiter überlegen, ob nicht auch eine Verpflichtung des Staates besteht, gewandelten Gefahrenlagen Sorge zu tragen, also die staatliche Aufgabe der Gefahrenabwehr z. B. zu ergänzen durch die Aufgabe der Gefahrenvorsorge, als einer Grundpflicht des Staates, die der Grundpflicht des Bürgers, auf Selbstverteidigung zu verzichten, entspricht. Und vielleicht könnte man das sogar noch fruchtbar machen für den Gedanken der Grenzen der Besteuerungskompetenz des Staates, indem nämlich letztlich der Gedanke der Privatnützigkeit des Eigentums darin seine Rechtfertigung findet, daß, wenn der Bürger sein Eigentum einbringt in das rechtsstaatlich verfaßte Gemeinwesen, ihm es nicht in der Folgezeit vollständig entzogen werden darf. Vielen Dank!

Berg: Sie haben, Herr Schuppert, bei Ihrer Dreiteilung der Grundpflichten wohlweislich die allgemeine Wehrpflicht nicht mit aufgezählt. Art. 12 a GG enthält eindeutig nur eine Ermächtigung an den Gesetzgeber zur Einführung einer allgemeinen Wehrpflicht, nicht einen Auftrag. Auch das Staatsziel der Demokratie erzwingt keine solche Organisation der Landesverteidigung, auch wenn sich historisch gesehen demokratische Freiheit und allgemeine Wehrpflicht in einem gewissen Zusammenhang entwickelt haben. Man kann sicher den USA oder Großbritannien die demokratische Staatsform nicht absprechen. Der einfache Gesetzgeber wäre also verfassungsrechtlich nicht gehindert, die allgemeine Wehrpflicht durch eine andere Organisationsform der Landesverteidigung zu ersetzen.

Hailbronner: Ich muß gestehen, ich habe nach wie vor etwas Schwierigkeiten mit den rechtlichen Konsequenzen einer Kategorisierung von Grundpflichten als verfassungsrechtliche Pflichten. Herr Götz hat sie formuliert als verfassungsrechtlich geforderte Pflichtbeiträge zum Gemeinwohl und sie unter-

schieden von der bloßen Problematik der Grundrechtsbegrenzung. Meine Überlegung ist, wenn das stimmt, wenn Grundpflichten also ein verfassungsrechtlich geforderter Beitrag des Bürgers sind, dann muß doch diese Kategorisierung bedeuten, daß sie der Disposition des einfachen Gesetzgebers entzogen sind. Man mag sich darüber streiten, wie weit ein Gesetzesvorbehalt reicht – in jedem Fall würden Grundpflichten kraft ihrer verfassungsrechtlichen Weihe gewissermaßen als Pendant zu den Grundrechten in den Olymp der verfassungsrechtlichen Wertordnung aufsteigen – mit möglicherweise weitreichenden Folgerungen nicht nur für die Dispositionsfreiheit des Gesetzgebers, sondern auch für die Auslegung von Gesetzen. Meine Frage ist also: Was sind die praktischen Konsequenzen dieser Pflichten, die Herr Götz aufgezählt hat? Ich will versuchen, das praktisch zu testen an zwei von Herrn Götz erwähnten Pflichten. Einmal die Wehrpflicht: Sie ist ganz sicher in der Verfassung erwähnt; aber auf der anderen Seite hat doch das Bundesverfassungsgericht in seiner Wehrpflichtentscheidung ausgesprochen, daß auch die Freiwilligenarmee durch die Verfassung nicht verboten ist. So stellt sich die Frage: Was bleibt eigentlich von der Grundpflicht als Individualpflicht, nicht als Staatsaufgabe, sondern als Individualpflicht, wenn man nach Art. 12 a GG auch die Staatsaufgabe, Herr *Schuppert*, Staatsaufgabe „Verteidigung“, durch eine Freiwilligenarmee erfüllen könnte. Zweiter Punkt: Die sozialen Grundpflichten. Herr Götz hat eine Steuerzahlungspflicht postuliert und sie an die Pflicht des Eigentümers aus Art. 14 GG geknüpft. Das scheint mir, offen gesagt, etwas zu weit zu gehen. Ich habe Zweifel, ob die Verfassung wirklich eine Steuerzahlungspflicht als verfassungsrechtlich geforderten Beitrag des Bürgers enthält. Die Konsequenzen hieraus wären m. E. nicht nur für die Dispositionsfreiheit des Gesetzgebers unerwünscht. Auch als verfassungsrechtliche Wertentscheidung und oberste Auslegungsrichtlinie graut mir vor einer Verfassungspflicht zur Bezahlung von Steuern. Wenn man aber schon so weit gehen und die Steuerpflicht als eine Grundpflicht der Verfassung kategorisieren will, dann darf man sie jedenfalls nicht an Art. 14 GG anknüpfen und sie spezifisch als Pflicht des Eigentümers verstehen, Steuern zu bezahlen. Wenn schon Grundpflicht, dann müßte man die Steuerpflicht bei den heutigen Verhältnissen, wo die Steuer ja im wesentlichen von den Einkommensbeziehern erbracht wird, als allgemeine staatsbürgerliche Pflicht ausgestalten, aber sicherlich nicht spezifisch als Eigentümerpflicht. Im übrigen: Sollte wirklich der Gesetzgeber von Verfassungs wegen gehindert sein, die

spezifische Besteuerung des Eigentums, z. B. des Grundeigentums als Prototyp des Eigentums ganz oder teilweise abzuschaffen?

Im Ergebnis scheinen mir bei den „Grundpflichten“ die rechtlichen Konsequenzen der verfassungsrechtlichen Kategorisierung noch unklar zu sein. Bei beiden „Grundpflichten“ scheint mir auch zweifelhaft, ob sie nicht doch in Wirklichkeit – abgesehen von den Grundrechtsgarantien – der Disposition des Gesetzgebers unterliegen. Trotzdem scheint mir die Annahme gewisser Grundpflichten nicht ganz überflüssig zu sein. Allerdings nicht als selbständig einklagbarer Beitrag des Bürgers zum Gemeinwohl, sondern als Annex zur Freiheit des Bürgers aus der Erkenntnis heraus, daß die vom Grundgesetz garantierte Freiheit in einer rechtlich verfaßten Gemeinschaft ausgeübt wird. Ich neige deshalb der Ansicht von Herrn *Hofmann* zu und glaube, daß die Kategorie der Grundpflicht doch ganz nützlich ist, indem sie bei der Grundrechtsbegrenzung eine wichtige Funktion zu erfüllen vermag, und zwar als Hilfsmittel zu der Erkenntnis, daß vor der Freiheit und untrennbar mit ihr der Zusammenschluß der Bürger zu einer organisierten Gemeinschaft steht. Den Gemeinschaftsvorbehalt hat auch das Bundesverfassungsgericht in mehreren Entscheidungen, etwa im Kontaktsperreurteil, betont. Gegenüber dem in seinen Konturen eher vagen Gemeinschaftsvorbehalt scheinen mir die Grundpflichten einen möglichen Weg aufzuzeigen bei der Beantwortung der Frage: „Wie weit darf der einzelne bei seiner Grundrechtsausübung gehen und wozu ist er der Gemeinschaft gegenüber bei der Wahrnehmung seiner Rechte verpflichtet?“ Dies ist – glaube ich – der richtige Standort der Grundpflichten. Vielen Dank.

Zippelius: Ich wollte gern dem eindrucksvollen, geschliffenen Referat von Herrn Götz ein wenig Öl, das die Schärfe nimmt, hinzufügen, und wollte zu Leitsatz 2 sagen: Ich bezweifle die scharfe Unterscheidbarkeit von Grundrechtsgrenzen einerseits und Grundpflichten andererseits. Die Strafrechtler spinnen inzwischen so fein, daß sie sogar daran zweifeln, Handlungs- und Unterlassungsdelikte überhaupt zu unterscheiden, weil ein unrechtes Tun wesentlich das Unterlassen einer pflichtgemäßen Verhaltenssteuerung sei. So scharfsinnig brauchen wir Staatsrechtler wohl nicht zu sein. Aber wir sollten die Janusköpfigkeit von Rechten und Pflichten sehen: Die Pflicht, etwas zu unterlassen, definiert, d. h. begrenzt zugleich den Spielraum des Rechts zu erlaubter Betätigung. Die in der Sozialpflichtigkeit des Eigentums liegende

Unterlassungspflicht enthält zugleich eine Begrenzung der im Eigentumsrecht liegenden Betätigungsfreiheit; die in der Pflicht zu gemeinverträglichem Verhalten steckende Unterlassungspflicht begrenzt zugleich das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit. Insofern glaube ich mit Herrn *Hofmann* ganz übereinzustimmen.

Ein zweiter Punkt: Auch hinsichtlich der Konkretisierung und der Durchsetzbarkeit von Pflichten sollten wir wohl der Versuchung allzu starker Abgrenzungen widerstehen und sollten den Facettenreichtum der Pflichtenkategorie in Betracht ziehen. Neben unmittelbar vollziehbaren Verfassungspflichten, wie der elterlichen Erziehungspflicht, gibt es Pflichten, die erst einer Konkretisierung durch den Gesetzgeber bedürfen, wie die Wehrpflicht; ferner Pflichten, die erst anlässlich der Grundrechtsanwendung eines Grundrechts als Grundrechtsbegrenzungen konkretisiert werden; und es gibt schließlich wohl auch Pflichten, die nicht bis ins Letzte durchsetzbar konkretisiert werden können, wie die Pflicht zur Verfassungstreue. So erklärt sich der scheinbare Widerspruch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, das einerseits von einer allgemeinen Pflicht zur Verfassungstreue sprach (was sich im Sinne einer *lex imperfecta* verstehen ließ) und andererseits die rechtliche Möglichkeit offenhielt, auch gegen die verfassungsmäßige Ordnung zu wirken, solange das innerhalb einer Partei geschehe, die noch nicht für verfassungswidrig erklärt wurde (was eben in dem anderen Sinn einer durchsetzbaren Pflicht gemeint war). Zusammengefaßt: Wir sollten uns vor Simplifizierungen hüten und insbesondere auch den Facettenreichtum der Pflichtenkategorie im Auge behalten.

Starck: Herr Vorsitzender, meine Herren Kollegen! Ich möchte zu den beiden schönen, sich einander ergänzenden – das ist auch ein Kompliment für den Vorstand! – Vorträgen zwei Bemerkungen machen. Zunächst zu den verschiedenen Kategorien der Grundpflichten, von denen ich drei erkenne: Das sind die Pflichten, die man aus der Verfassung herauslesen kann als unmittelbare Pflichten, die auch juristisch exakt formuliert sind. Dann die Pflichten, die die Verfassung ermöglicht, wenn der Gesetzgeber dazwischentritt und sie aktualisiert (so fast alle unserer Grundpflichten). Neben diesen rechtlich nachweisbaren Pflichten gibt es eine weitere Kategorie von Pflichten, mit denen sich beide Referenten beschäftigt haben; das sind die sittlichen Pflichten, die Voraussetzungen des Staates sind. Ich möchte beiden Referenten ausdrücklich darin zustimmen, daß wir eine scharfe Trennung machen müs-

sen zwischen den sittlichen Pflichten – Herr *Bachof* hat sie die *leges imperfectae* genannt – und den rechtlich nachweisbaren Pflichten. Diese Frage der sittlichen Pflichten ist ein Gegenstand, der in unsere Disziplin gehört. Wir sind ja nicht nur Verfassungsrechtslehrer, die das Grundgesetz dogmatisch ausfeilen, wir beschäftigen uns auch mit der allgemeinen Staatslehre, worin über die Bedingungen des Staates nachgedacht wird; dazu gehören die sittlichen Pflichten. Diese sittlichen Pflichten kann man in der Regel nicht rechtlich festlegen; sie müssen gleichsam von selbst erfüllt werden. – Ich komme jetzt zu einem Gedanken, der noch nicht ausgesprochen worden ist, den nur Herr *Häberle* angetönt hat und den wir uns etwas näher vornehmen müssen. Herr *Hofmann* hat das Problem vorsichtig umschiff, indem er mehrfach die Schulpflicht, aber nicht die Erziehungsziele, nämlich das Materielle der Schulpflicht, erwähnt hat. Hierin steckt eine erhebliche Schwierigkeit und zugleich eine Frage an Herrn *Grimm*. Es scheint doch wohl auf dem Gebiete der Schule eine Umformung dieser sittlichen Pflichten zu Rechtspflichten stattzufinden. Die Lehrer sind nämlich aufgrund der Landesverfassungen gehalten, die Schüler so zu erziehen, daß sie arbeitsam, duldsam und lebensstüchtig sind, wie es in den Verfassungstexten heißt. Wie kann man das nun erklären, daß auf dem Gebiet des Staatsbürger-Werdens offensichtlich der Staat nicht darum herumkommt, solche sittlichen Pflichten zu Rechtspflichten zu machen, und zwar weniger für die Schüler, als vielmehr für die Lehrer und damit gleichzeitig mittelbar für die lehrerbildenden Anstalten.

Ein zweites Problem, das ich kurz ansprechen möchte, betrifft These 2 von Herrn *Götz*. Dagegen möchte ich hier im Anschluß an Herrn *Zippelius* Einwendungen erheben. Ich meine, daß die Grundpflichten, soweit es sich um rechtliche Grundpflichten handelt, wie ich es anfangs dargelegt habe, Erscheinungsformen bzw. verfassungsrechtliche Grundlagen von Grundrechtsschranken sind. Wenn wir uns erinnern an die schon zitierten Pflichten der Presse oder des Rundfunks, der ja vielleicht demnächst privat veranstaltet wird, so müssen wir diese Pflichten mit den Grundrechtsschranken begründen können; wir müssen aus Art. 5 Abs. 2 begründen, wenn wir Presse und Rundfunk bestimmte Pflichten auferlegen. Deswegen würde ich den Thesen 17 ff. von Herrn *Hofmann* folgen. Wenn ich sie richtig verstanden habe, haben Sie ja in diesen Thesen zum Ausdruck gebracht, daß die Grundpflichten Erscheinungsformen von Grundrechtsschranken sind.

Vorsitzender: Danke, Herr *Starck*. Direkt dazu Herr *Bachof*.

Bachof: Herr *Starck* – nur um ein Mißverständnis zu vermeiden – ich habe die *leges imperfectae* nicht als eine bloß sittliche Kategorie angesehen. Ich meine, daß in der Tat die Pflicht zu einem Mindestmaß an solidarischem Verhalten, an Sozialität, an Unterlassen gemeinschaftswidrigen Verhaltens, zwar zunächst einmal eine sittliche Pflicht ist. Ich möchte sie durchaus aber auch als eine verfassungsrechtliche Pflicht ansehen.

Vorsitzender: Danke, Herr *Bachof*. Direkt auch dazu Herr *Heckel*. Zunächst aber noch die Replik von Herrn *Starck*.

Starck: Herr *Bachof*, ich habe Sie so interpretiert, daß ich Ihnen zustimmen kann. Ich glaube aber nach Ihrem Einwurf, daß wir uns im Einzelfall einigen würden, wenn wir ins Detail gingen und im einzelnen erörterten, um was für Pflichten es sich handelt.

Vorsitzender: Jetzt bitte, Herr *Heckel*.

Heckel: An Herrn *Starcks* und Herrn *Bachofs* Äußerung anknüpfend möchte ich die beiden Herrn Referenten in ihrer vorsichtigen Zurückhaltung gegenüber der Einführung von Grundpflichten als Verfassungspflichten bestärken. In der Diskussion scheint mir ihre Rückwirkung auf das sonstige Verfassungsgefüge noch nicht bedacht zu sein. Wenn Grundpflichten als Verfassungspflichten formuliert werden, dann eröffnet dies die Gefahr eines breiten ideologischen Einbruchs – Herr *Hofmann* hat das als „Versittlichung“ bezeichnet – und zwar des Einbruches einer Gruppenmoral, der vorbeigeht an den Staatswillensbildungsprozessen, die in den Wahlen und in der Formierung der Parlamente organisiert sind. Die Formulierung von Grundpflichten mag eine sich dazu berufen führende Richterschaft (bzw. einen Teil der Richterschaft) geradezu ermuntern, sich ohne gesetzliche Grundlage als Kultur- oder Fortschrittskommissar zu gerieren. Das ist das eine, was mir an dem Institut der Verfassungspflichten sehr bedenklich erscheint, wenn es keine schärfere Umgrenzung erfährt. Die andere Frage betrifft die Rückwirkung auf die einfache Gesetzgebung: Sind Grundpflichten mit Verfassungsrang in einer gewissen Konkretetheit formuliert, dann stehen sie ja unter der erschwerten Abänderbarkeit durch Zwei-Drittel-Majoritäten. Das führt dazu, daß eine schmelzende Mehrheit, die ihre Zwei-Drittel-Mehrheit im Volk verloren hat, ja die bis

knapp über ein Drittel zusammengeschmolzen ist, ihre politischen Ziele über diesen Pflichtenkatalog gegen das Mehrheitsprinzip durchsetzen kann. Das eröffnet die Gefahr von undemokratischen Versteinerungen und die Versuchung, politische Wahlergebnisse so auszumünzen und zu verfestigen. Die Formulierung von Grundrechten folgt ja verfassungsrechtlich in gewisser Weise aus dem Mißtrauen gegenüber dem einfachen Gesetzgeber. Ihr Ziel ist dort die höhere Verbürgung auf breiter Konsensgrundlage. Das hat sein Gutes und Richtiges. Aber mit der Verfestigung von Grundpflichten werden neue und anders wirkende Kontraststrukturen gegen den einfachen Gesetzgeber und damit auch gegen die Willensbildungsprozesse im demokratischen Gefüge eingeführt. Das müßte bedacht werden und das mag auch zur Zurückhaltung gegenüber einem breit konkretisierten Pflichtenkatalog nötigen. – In der Tat stellt sich hier eben die Frage der Abgrenzung von sittlichen Pflichten und Rechtspflichten: Im Sinne der Verfassungspädagogik sind sittliche Pflichten unbedingt nötig als Integrationsfaktoren und unentbehrlich als Verfassungsvoraussetzungen. Aber sie lassen sich durch die Positivierung von rechtlichen Pflichtenkatalogen in der Verfassung, meine ich, nicht erreichen.

Böckenförde: Mein Beitrag schließt gut an das Votum von Herrn *Heckel* an. Ich möchte auch noch einmal mit dem Dank für die beiden Referate meine Skepsis gegenüber einem verfassungsrechtlichen Begriff von Grundpflichten aussprechen. Wenn ich die Diskussion recht verstanden habe, hat sie sich doch manchmal auf verschiedenen Ebenen bewegt. Wollen wir zur Klarheit gelangen, wie es Herr *Ipsen* in seinem ersten Votum angeregt hat, müssen wir diese verschiedenen Ebenen auseinanderhalten und unterscheiden. Man kann einmal von Grundpflichten in dem Sinne sprechen, daß sie grundlegende, für den Bestand des Gemeinwesens fundamentale Pflichten seien; dann bewegte man sich auf der Ebene von Verfassungs- oder Staatsvoraussetzungen und argumentierte im Bereich der allgemeinen Staatslehre. Man kann von Grundpflichten ferner in dem Sinne sprechen – und das ist das Verständnis, was sich wohl unmittelbar nahelegt –, daß Grundpflichten ein Parallelinstitut zu den Grundrechten sind, daß sie nach Rechtsform und Rechtsgehalt eine solche Parallelität aufweisen. Dazu würde dann gehören, daß die Grundpflichten verfassungsverbürgt sind, daß sie unmittelbar aus sich gelten, ohne vorausgehende gesetzliche Ausformung, und daß sie grundsätzlich umfassend sind, d. h. auch abgesehen von den elementaren

Nichtstörungsschranken, die aus dem Verhältnis der Grundrechte zueinander folgen, nicht erst durch Gesetze begründet, sondern nur nach Inhalt und Ausmaß näher bestimmt und begrenzt werden, nach Maßgabe bestehender Regelungsvorbehalte. Schließlich kann man noch in einem formalen Sinn von Grundpflichten sprechen, indem man sagt, alle Pflichten, die in der Verfassung als Pflichten aufgeführt sind, einerlei, ob sie umfassende oder ob sie nur Einzelpflichten sind, sind Grundpflichten. Das führt aber nicht weiter.

Wenn wir uns an den zweiten, verfassungsrechtlichen Begriff der Grundpflichten halten, also Grundpflichten als Parallelinstitut zu Grundrechten verstehen, dann sehe ich nicht, daß es solche Grundpflichten als Rechtsbegriff gibt, wenn man über die Unterlassungspflichten i. S. der elementaren Nichtstörungspflichten hinausgeht. Ich würde Herrn *Hofmann* konzedieren, daß man diese Unterlassungspflichten – auch die Friedenspflicht würde ich zu diesen Unterlassungspflichten zählen – theoretisch als Grundpflichten qualifizieren kann, obwohl dafür ein eigener rechtsdogmatischer Begriff nicht erforderlich ist, weil diese Unterlassungspflichten in den Grundrechtsschranken, als anerkannter dogmatischer Figur enthalten und eingebracht sind. Nachdrücklich möchte ich Herrn *Hofmann* zustimmen, wenn er vom Bauprinzip der rechtsstaatlichen Verfassung als einer Verfassung der Freiheit her gefolgert hat, daß in ihr eine Parallelität von Grundrechten und Grundpflichten nicht besteht, sondern daß die *Asymmetrie*, wie er es sehr prägnant formuliert hat, hier grundlegend ist. Die Pflichten, die es von diesem Verfassungsprinzip her geben kann, sind gesetzlich konstituierte Pflichten, gesetzlich ausgeformte Pflichten, die nach Inhalt und Umfang begrenzt sind und jeweils gegenüber den grundrechtlichen Freiheitsverbürgungen in einer Begründungs- und Notwendigkeitslast stehen, was dann in der Judikatur als Verhältnismäßigkeitsprinzip erscheint. Die „Grundpflichten“, wenn man davon sprechen will, sind in diesem Sinne eben keine unmittelbar aus der Verfassung heraus geltende, grundsätzlich umfassende und erst im Einzelfall zu begrenzende Pflichten, sondern es ist gerade umgekehrt. Herr *Klein* (Göttingen) hat vor Jahren schon darauf hingewiesen und diese These vertreten, und ich sehe keinen Anlaß, davon heute abzugehen. Auch die Gehorsamspflicht, von der die Rede war, fügt sich hier ein, denn sie ist ja nicht umsonst gerade eine Pflicht zum Gesetzesgehorsam, und der Gesetzesgehorsam zielt eben darauf ab, daß es sich um begrenzte, inhaltlich ausgeformte Pflichten, die in Gesetzen niedergelegt sind, handelt, denen ich nachzukommen habe.

Wir hatten früher einmal eine allgemeine Grundpflicht, die unbegrenzt war, in den besonderen Gewaltverhältnissen. In ihnen bestand die Gehorsamspflicht als Ausdruck der Gewaltunterworfenheit unmittelbar und umfassend, und rechtliche Regelungen, sofern es sie gab, dienten dazu, sie näher auszuformen und zu begrenzen. Aber eben diese Struktur ist ja dann folgerichtig abgebaut worden, um die besonderen Gewaltverhältnisse in die rechtsstaatliche Freiheitsgewähr und Freiheitssystematik einzubeziehen.

Auch von der verfassungsgeschichtlichen Entwicklung und vom verfassungstheoretischen Ansatzpunkt her hat Herr *Hofmann* in seiner These 20 die Sache prägnant auf den Begriff gebracht: Am Anfang sind Grundrechte und Grundpflichten gemeinsam „konstitutionelle Programmatik“ in dem Sinn, daß sie rechtliche Gestaltungsziele geben, Zielorientierungen aufweisen, aber noch nicht unmittelbar geltende, einforderbare Rechte und Pflichten darstellen. Wir wissen ja durch die Arbeiten von Herrn *Scheuner* und Herrn *Wahl*, daß auch die Grundrechtsgeltung am Ende des 18. und weit in das 19. Jahrhundert hinein eine solche von Prinzipien war, normativen Orientierungen, aber noch nicht von einklagbaren, einforderbaren subjektiven Rechten. In der weiteren Entwicklung sind dann die Grundrechte ausgeformt worden zu einforderbaren Rechtsansprüchen, an die auch die Staatsgewalten gebunden sind, Art. 1 III GG setzt da gewissermaßen den Schlußpunkt. Aber für die Grundpflichten ist eine parallele Ausformung nicht erfolgt; sie konnte und kann nicht erfolgen, solange das rechtsstaatliche Prinzip der Freiheitsgewähr Geltung hat. Was also von „Grundpflichten“ bleibt, ist gewissermaßen ein verfassungstheoretischer Diskussionsbegriff, aber nicht ein verfassungsrechtlicher und -dogmatischer Begriff; etwa in dem Sinne, wie Herr *Schuppert* vorhin von Grundpflichten gesprochen hat, als Entsprechung zu Staatsaufgaben und als Grundlage dafür, daß Einzelpflichten gesetzlich festgelegt werden können. Nur ist die Frage: Bedarf es dazu dann dieses Begriffs, der ja leicht Mißverständnisse hervorruft, weil er immer wieder anders verstanden werden kann, eben im Sinn eines verfassungsdogmatischen Parallelbegriffs zu den Grundrechten, als welcher er unhaltbar ist.

Nicht abgetan ist damit die Frage von Grundpflichten als ethisch-sittlichen Pflichten im Sinne von Verfassungs- und Staatsvoraussetzungen. Man kann ferner staats-theoretisch die Grundfrage stellen, die bisher nicht thematisiert worden ist, ob denn das ganze System rechtsstaatlicher Freiheitsgewähr, die Asymmetrie, auf die Herr *Hofmann* hingewiesen hat, in sich

begründet ist, ob dies ein richtiges Konzept der Ordnung der Gemeinschaft ist. Aber das ist dann keine verfassungsdogmatische, keine verfassungsrechtliche Diskussion mehr, sondern eine staatsrechtliche Diskussion. Herr Isensee hat ja am Schluß seines Aufsatzes so etwas wohl andeuten wollen durch die Berufung auf *Hegel*, der dieses asymmetrische Prinzip, wenn ich recht sehe, für nicht hinreichend fundiert hält. Aber aus einer solchen Diskussion kann man nicht unmittelbar Konsequenzen ziehen in die Interpretation unseres Grundgesetzes hinein, das genau auf dem asymmetrischen Prinzip aufbaut. Insofern bin ich auch zurückhaltend gegenüber der These von Herrn *Zacher*, der meint, wir hätten aus der Situation von 1949 dieses starke asymmetrische Freiheitsprinzip bekommen, nun müsse man das etwas rückbilden. Das kann man vielleicht verfassungspolitisch vertreten, im Sinne einer Verfassungsrevision, aber nicht im Sinne einer Verfassungsin-terpretation. Ganz prägnant ist die Formulierung im Verfassungsentwurf von Herrenchiemsee, Art. 1: „Der Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen.“ Über dieses asymmetrische Prinzip kann man staatsrechtlich, staatsphilosophisch diskutieren, ob das eine tragfähige Grundlage für das Verhältnis von einzelnen und politischer Gemeinschaft ist, aber verfassungsrechtlich, auf dem Boden des Grundgesetzes, ist es meines Erachtens eine verbindliche Vorgabe.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr Böckenförde. Wenn dazu keine direkten Wortmeldungen vorliegen, dann möchte ich jetzt den beiden Referenten die Möglichkeit zu einem „Zwischenwort“ geben. Zuerst bitte Herr Götz.

Götz: Herr *Zacher*, der leider im Augenblick nicht im Raume ist, hat gesagt: „Keine Grundpflicht kann das Gemeinwesen davon entlasten, daß es sich selbst ernst nimmt.“ Bei der hier eingangs gestellten Frage, was uns heute dazu bringt, das Thema der Grundpflichten auf die Tagesordnung zu setzen, muß mitbedacht werden, daß, wo wir Grundpflichten sagen, in Wahrheit Staat und Staatshandeln gemeint sein könnten und daß die Grundpflicht ein gewisser Umweg ist, auf dem wir uns dem Problem des notwendigen Staatshandelns und der Abarbeitung von Defiziten des Staatshandelns nähern. Ich bin ganz einverstanden damit, daß Herr *Schuppert* eine Entsprechung von Grundpflichten und Staatsaufgaben hergestellt hat. Ich würde nur selbst diese Entsprechung nicht so weit perfektionieren wollen, daß ich allen Staatsaufgaben bestimmte Grund-

pflichten zuordne, sondern ich sehe die Grundpflichten als bestimmte Instrumente oder Elemente verfassungsmäßiger öffentlicher Ordnung. Mit ihnen wird der einzelne, das Individuum, herangezogen. Das Adressiertsein an den einzelnen kennzeichnet das spezifische Instrument der Grundpflichten.

Ich habe nach zwei Richtungen etwas zu kritischen Fragen zu sagen: Die eine Richtung ist die des Zweifels an der Tragfähigkeit der von mir angenommenen und als geltendes Recht dargestellten Grundpflichten – solche Zweifel haben Herr *Grimm* und Herr *Hailbronner* geäußert. Nach der anderen Seite hin ist mein Konzept der Grundpflichten als möglicherweise zu eng gesehen worden von Herrn *Zippelius*, und Herr *Starck* hat ihm beigeppflichtet. Ich möchte zunächst zum ersten etwas sagen, zu den Zweifeln also, ob mit den angenommenen Grundpflichten und ihrer von mir behaupteten Verfassungsgeltung überhaupt etwas auszurichten sei. Ich meine, daß bei den Beispielen der Wehrpflicht oder der Abgabepflicht Grundpflichten als verfassungsgefordert und verfassungsnotwendig vorliegen. Gleichzeitig kann aber das Durchführungsinstrument der Gesetzgebung nicht entbehrt werden. Wenn man beides logisch zusammenfügt, bedeutet das, daß mit der Grundpflicht zugleich ein Verfassungsauftrag zur durchführenden Gesetzgebung anzunehmen ist. Ebenso ist es bei der landesverfassungsrechtlich vorgesehenen Schulpflicht. Auch sie kann nur vollzogen werden, wenn das Schulpflichtgesetz verschiedene Dinge bestimmt, wie die Dauer der Schulpflicht usw. Sie zu bestimmen – nicht: in welcher Weise zu bestimmen – ist von Verfassungs wegen dem Gesetzgeber aufgetragen. Bei der Wehrpflicht haben wir die bekannte Besonderheit, daß das Freiwilligenheer als ein Modus der Erfüllung der Landesverteidigungsaufgabe denkbar wäre. Aber der Staat ist nicht verpflichtet, diesen Modus zu benutzen. Wenn er nicht benutzt wird, bedeutet das Wehrpflicht im Sinne einer verfassungsnotwendigen Pflicht. Die Anknüpfung der Steuerpflichten an die Eigentumsgarantie umschließt – hier nehme ich nur auf die Vorträge in Innsbruck Bezug – auch den Eigentumschutz des Einkommens, so daß die Einkommensbesteuerung ebenfalls am Eigentumsschutz angeknüpft werden kann. Nun nach der anderen Richtung: Herr *Zippelius* hat meinen Leitsatz 2 mit einem Fragezeichen versehen. Sein Stichwort ist, daß die Ausscheidung der Grundrechtsschranken aus dem Vorstellungsbild der Grundpflichten zu einem Verlust des Facettenreichtums der Pflichtkategorie führen würde. Hier würde ich es nun genau entgegengesetzt sehen: Bestimmte verfassungsrechtliche Probleme bewältigen wir bisher mit der

Schrankentheorie. Wenn wir an deren Stelle eine neue Figur der Grundpflicht einsetzen, kommen wir in die Gefahr, den großen Facettenreichtum abgestufter Eingriffsermächtigungen und der bekannten vielfältigen Stufungen, in denen sich Gemeinwohlbelange gegenüber Grundrechten durchsetzen können, durch eine unflexible und deshalb problematische Kategorie der Pflicht zu ersetzen. Beim Leitsatz 2 ist ja daran zu erinnern, daß – wie Herr *Hofmann* dargelegt hat – verfassungshistorisch zwei Schichten von Pflichten zu unterscheiden sind. Die erste setzt sich im wesentlichen aus den individuellen Pflichten zusammen – Pflichten, die die Abgrenzung der Rechtssphäre des einen Gliedes der Gesellschaft von der des anderen darstellen, und dazu kommt natürlich die Abgrenzung der Rechtssphäre des einzelnen nicht nur von den individuellen Rechten anderer, sondern auch von bestimmten Gemeinschaftsgütern. Die zweite Sphäre der Grundpflichten bilden die darüber hinausgehenden Leistungspflichten des einzelnen gegenüber dem Staat. Ich glaube, daß der erste Komplex heute richtiger mit der Theorie der Grundrechte und Grundrechtsschranken bewältigt wird als durch die Neueinfügung einer Pflichtenkategorie mit Pflichten zur wechselseitigen Rücksichtnahme. – Die Frage der Verfassungspolitik innerhalb unseres Themas ist von verschiedenen Diskussionsbeteiligten aufgeworfen worden – von Herrn *Häberle*, von Herrn *Oppermann* und von Herrn *Doehring*. Hier ist es – und damit möchte ich auch auf Herrn *Bachof* Bezug nehmen – ja naheliegend, das Sozialstaatsprinzip der Verfassung als einen verfassungspolitischen Hebel anzusehen, der dazu dienen kann, in der künftigen Entwicklung zu neuen verfassungsrechtlichen Grundpflichten vorzudringen. Ich habe, soweit ich etwa das Thema der sozialrechtlichen Probleme – Stichwort: Selbstversorgungslast – überblicke, den Eindruck, daß die Zeit für eine Verpflichtung dieser Fragen nicht reif ist. Eine „Verpflichtung“ würde meines Erachtens unnötige Verkrampfungen mit sich bringen. Diese Probleme haben wir zur Zeit noch in anderer Weise anzugehen. Daß das Sozialstaatsprinzip nicht per se eine Grundpflichten-Generalklausel ist, dürfte vielleicht auf weitgehende Zustimmung rechnen können.

Ich möchte auch noch auf die Fragen von Herrn *Ipsen* antworten. Es geht zunächst um die These 4, die Pflichtenvielfalt. Ich habe nicht an derivative Grundpflichten gedacht, sondern wir können uns hier die gesetzliche Pflichtenordnung vorstellen, und es ist Sache des Gesetzgebers, diese Pflichtenordnung herzustellen. Die zweite Frage betrifft die Indienstnahmen und Inpflichtnahmen der Wirtschaft für den Staat. Hier muß in der

Tat, Herr *Ipsen*, differenziert werden. Es war der Sinn meiner Ausführungen, solche Differenzierungen vorzutragen. Ich möchte das präzisieren: Es muß unterschieden werden zwischen Berufsausübungsregelungen im engeren oder eigentlichen Sinn und darüber hinausgehenden Gemeinwohlbelastungen. Bei den ersten handelt es sich um das, was meines Erachtens zu recht und unabweisbar als unbezahlte Hilfsarbeiten der Wirtschaft politisch rubriziert wird, nämlich Pflichten zur Bewältigung solcher administrativer oder sozialrechtlicher Probleme, die durch die Unternehmenstätigkeit selbst veranlaßt werden, also Meldepflichten oder Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen. Davon sind meines Erachtens Belastungen, wie z. B. die von Ihnen in der Liste Ihrer Beispiele erwähnte Erdölbevorratung, zu unterscheiden. Hierbei geht es um die Heranziehung der Unternehmung zur Lösung eines Problems, das durch die Unternehmenstätigkeit nicht veranlaßt ist, zu dessen Lösung das Unternehmen selbst nur über die Mittel – polizeirechtlich würde man sagen: über das Gegenmittel – verfügt. Die Heranziehung dazu bedeutet eine neben die Steuerpflicht tretende Naturalleistungs- oder Sonderabgabepflicht. Die Verfassungskriterien, die das Bundesverfassungsgericht für die Auferlegung unentgeltlicher, unentschädigter Naturalleistungspflichten anbietet, sind Gleichheitssatz, Verhältnismäßigkeit, Zumutbarkeit. Innerhalb dieser Kriterien kann sich natürlich die Waagschale auch zur Notwendigkeit eines Entgeltes hin neigen.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr Götz. Jetzt bitte Herr *Hofmann*.

Hofmann: Die Äußerungen in der Diskussion, die mein Referat betreffen, waren nach meinem Eindruck so vielfältig, daß es mir schwerfällt, sie unter einige wenige Gesichtspunkte zu bringen. Ich werde daher der Einfachheit halber in der Reihenfolge der Äußerungen antworten und habe deswegen zunächst Stellung zu nehmen zu der Frage von Herrn *Ipsen*, ob nicht ein Widerspruch liege einerseits in der Definition der Grundpflicht, die ich versucht habe, und der später aufgestellten These, daß die Grundpflichten erzwingbare Rechtspflichten im wesentlichen nur nach Gesetz, also erst nach der Konkretisierung durch den Akt des einfachen Gesetzgebers seien. Ich bin davon ausgegangen, daß es sich bei den Grundpflichten im eigentlichen Sinne, wenn dieser Terminus, wenn der Begriff einen Sinn haben soll (was ja – das klang wiederholt an – so selbstverständlich nicht ist), um originäre Verfassungspflich-

ten handeln muß. Allerdings bin ich der Meinung, daß von einer solchen Verfassungspflicht sinnvollerweise auch dann gesprochen werden kann, ja gesprochen werden muß, wenn die in der Verfassung selbst formulierte Pflicht keine sich selbst vollziehende ist, nicht unmittelbare Rechtswirkungen entfaltet, sondern gesetzlicher Konkretisierung bedarf. Sie hat dann – meine ich – ihre spezifisch verfassungsrechtliche Wirkung als ein Teil der konstitutionellen Programmatik, auch dann, wenn sie nur potentiell Recht ist. Ich sehe mich in dieser Auffassung bestätigt durch einige Diskussionsbeiträge, insbesondere den von Herrn *Zippelius*, der auf den Facettenreichtum des Pflichtenbegriffs im Bereich des Rechts hingewiesen hat. Ich glaube, daß wir doch eine ganze Menge an Substanz verlieren würden, wenn wir unsere Betrachtungen unter dieses einfache Entweder-Oder von Erzwingbarkeit und Unverbindlichkeit stellen würden. Ihr zweiter Punkt, die Inpflichtnahme Privater betreffend, zielte wohl nicht unmittelbar auf mich, sondern auf die Ausführungen von Herrn *Götz* – ich habe dazu ja nichts gesagt. Aber vielleicht erlauben Sie mir eine zusätzliche Anmerkung zu machen. Es ist mir nicht ganz klar geworden, ob bei Ihren diesbezüglichen Ausführungen, Herr *Ipsen*, der Gesichtspunkt der Entschädigungspflicht ein Kriterium für das Vorliegen von Grundpflichten sein sollte oder nicht. Für alle Fälle sei nur darauf hingewiesen, daß es das wohl nicht sein könnte, denn es gibt ja das Beispiel, das alte klassische Beispiel der Eigentumsabtretungspflicht schon in der Deklaration von 1789, einer Pflicht, die alles entziehbare, belastbare Eigentum potentiell in gleicher Weise belastet, eine Entschädigung aber nur für den Fall gewährt, daß diese potentielle Pflicht im Einzelfall unter Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz realisiert wird. Dieser Verstoß ist der Grund für die Entschädigungspflicht, was wiederum zusammenhängt mit der Verbindung aller Grundpflichten mit dem Gleichheitsgrundsatz, den ich ja in meinem Referat hervorzuheben versucht habe.

Zu Herrn *Zacher*: Von den genannten fünf Punkten darf ich mit Ihrer Erlaubnis drei herausgreifen. Sie haben unter anderem gesagt, Grundrechte – und von dieser Definition müsse man ausgehen, wenn man über Grundpflichten sprechen will, und diesen Ansatz teile ich vollkommen – Grundrechte enthielten elementare Aussagen über Konflikte im Verhältnis Individuum und Gemeinschaft und infolgedessen müßten auch Grundpflichten etwas damit zu tun haben. Das ist auch mein Standpunkt. Ich habe versucht, ihn in der These 11 zu markieren, allerdings mit der Maßgabe, daß außer diesem

verfassungsrechtlichen Verhältnis der Gleichrangigkeit und der Gleichgewichtigkeit bezüglich des Verhältnisses Individuum – Staat noch *zusätzliche* Bedeutungsdimensionen in Betracht gezogen werden müssen. Demgemäß habe ich versucht, davon zu unterscheiden auf der einen Seite die Frage des verfassungstheoretischen Verhältnisses – in dieser Dimension stellt sich die Frage anders und ist anders zu beantworten – und nach der anderen Seite die rechtsstrukturelle Frage der Tragweite des verfassungsgesetzlichen Regelungsgehalts. Und auch da liegen die Dinge anders. Wenn man diese beiden Fragen, die rechtstheoretische und die rechtsstrukturelle Dimension ausblendet und allein auf das Verfassungsrecht abhebt, dann allerdings muß genau das herauskommen, was Sie, wie ich finde, in Bestätigung des Kerns meiner These 11 noch einmal gesagt haben. Dasselbe gilt für die Aufstellung dieser grundsätzlichen Regel-Ausnahmeverhältnisse. Zum Schluß haben Sie eine, wie nicht anders zu erwarten, ganz besonders aktuelle und interessante, in meinem Referat leider nicht behandelte Frage angesprochen, nämlich die, wo denn die Schwerpunkte der Grundpflichten heute liegen, und damit zum Ausdruck gebracht, daß mit einer Aufarbeitung, mit einer verfassungsgeschichtlichen und verfassungstheoretischen Rekonstruktion klassischer Grundpflichten des 19. Jahrhunderts ja so sehr weit wohl nicht mehr zu kommen sei. Sie haben dazu aktuelle Probleme – Stichwort: Dienstpflicht, Vorsorgelast für sich selbst – angesprochen. Das gibt mir die Gelegenheit, wenigstens einen Teil dessen nachzuholen, was ich ursprünglich konzipiert hatte und dann wieder herausstreichen mußte. Ich hatte da nämlich einen kleinen verfassungsvergleichenden Teil in meinem Konzept, und der hätte nun in der Tat Anlaß geboten zu zeigen, wie – zwar nicht in der Bundesrepublik Deutschland, aber anderwärts bei neuen Verfassungsschöpfungen, die diese Kategorie der Grundpflichten übernehmen – durchaus neue Schwerpunkte gesetzt, neue Problemfelder gesehen werden. Ich darf noch einmal hinweisen auf die iberischen Verfassungen, die schon in anderem Zusammenhang hier wiederholt genannt worden sind. Sowohl die portugiesische Verfassung von 1976 wie die spanische Verfassung von 1978 enthalten nicht nur ausdrücklich ausformulierte Grundrechte auf Gesundheit, sondern zugleich Grundpflichten zur Vorsorge für die Erhaltung der eigenen Gesundheit. In der spanischen Verfassung ist das sogar, wenn ich das richtig in Erinnerung habe, verknüpft mit der Organisation solidarischer Lastentragung der Krankheitskosten. Ein weiterer Schwerpunkt in der Entwicklung der Grundpflichten der jüngsten

Vergangenheit ist nach der portugiesischen und der spanischen Verfassung darin zu sehen, daß sie nun auch ein Grundrecht auf eine ökologisch ausgewogene Umwelt gewähren und gleichzeitig eine entsprechende Grundpflicht statuieren. Übrigens gibt es in der spanischen Verfassung noch eine ganz eigentümliche Pflicht, außerhalb allerdings des Katalogs der Grundpflichten, nämlich die Pflicht eines jeden Spaniers, das Kastilische zu kennen.

Zum Votum von Herrn *Häberle*: Herr *Häberle*, Sie haben verschiedene Ebenen unterschieden, auf denen das Problem diskutiert werden müßte. Dem kann ich nur zustimmen. Ich kann aber nun nicht, was ich im Referat nicht getan habe, hier in Form einer Erwiderung auf Ihren Diskussionsbeitrag nachholen und meinerseits zu den Grundpflichten unter dem Aspekt dieser verschiedenen Ebenen Stellung nehmen. Aber drei Punkte möchte ich doch hervorheben. Der erste knüpft unmittelbar an das an, was ich eben zu Herrn *Zacher* gesagt habe. Sie haben die Ebene des Verfassungsvergleichs angesprochen, haben auch Beispiele anderer Verfassungen – neuerer Verfassungen – genannt, die die Kategorie der Grundpflichten bewahrt oder neu aufgenommen haben, wiederbelebt haben. In dieser Reihe wären meines Wissens noch zu nennen die Türkei und Japan. Der zweite Punkt: Ihre Überlegungen, die teilweise auch sehr weit schon in die Zukunft gegriffen haben, Überlegungen, ob und wie weit man zu einer stärkeren, nicht zu einer vollständigen, aber doch zu einer stärkeren Symmetrie von individuellen Rechten und Pflichten in der Verfassung kommen könne, ob also diese Asymmetrie, von der ich behauptet habe, daß das Grundgesetz sie aus bestimmten historischen Gründen in einer ganz besonders scharfen Weise, prinzipiell aber unvermeidlich ausgeprägt habe, ob sie nicht abzumildern sei. Unter diesem Aspekt der Milderung des liberalen Individualismus hat man ja auch teilweise in der Literatur die Grundpflichten der Weimarer Reichsverfassung seinerzeit gesehen. – Ein Wort zwischendurch zu diesem Terminus »Asymmetrie«: Er stand in meinem Konzept, als der Aufsatz von Herrn *Isensee* erschien – also publiziert hat diesen Ausdruck zuerst leider Herr *Isensee*. Aber da ich ihn für den besten halte, sah ich keine Veranlassung, ihn nur deswegen aus meinem Manuskript wieder herauszustreichen und etwa durch Ungleichgewichtigkeit oder dergleichen, was ich vorher erwogen hatte, zu ersetzen. – Die Frage ist also, ob hier eine größere Angleichung möglich ist. Ja, das ist sicher möglich, und das war ja im Gegensatz zu anderen Vorwürfen gegen das Grundgesetz mein Einwand, daß eine so scharfe

Ausprägung nicht sein muß und vielleicht nicht gut tut. Nur eines muß ich ganz klar sagen: Diese Annäherung kann nur bis zu dem Punkt gehen, wo es zur Prinzipienfrage des Regel-Ausnahme-Verhältnisses kommt, wie das auch durch Herrn *Zacher* klargestellt worden ist. Zum dritten und mir im Augenblick wesentlichsten Punkt: Natürlich habe auch ich mir überlegt: Was kommt am Ende überhaupt heraus bei der Grundpflichtendiskussion? Und ich bin der Meinung, sicher ist, was nicht herauskommen darf, und das hat Herr *Heckel* auch ganz klar gesagt: Keine Vorschläge zur Ergänzung des Grundgesetzes zwecks Aufbesserung der staatsbürgerlichen Moral. Das ist also sicher etwas, was nicht herauskommen darf, und in dieser meiner Überzeugung haben mich von Anfang an meine historischen Studien bestärkt. Nein, das nicht – aber was dann? Ich meine, daß, ausgehend von meiner These 20, die Konsequenz nur darin bestehen kann, am Text des Grundgesetzes in der Weise zu arbeiten, daß man stärker als bisher die hier diskutierten Zusammenhänge ins Bewußtsein hebt. Und das ist eine, glaube ich, wirklich hohe Verantwortung der Staatsrechtslehre.

Zu Herrn *Oppermann*: Sie sehen mir nach, daß ich auch hier nur zu zwei oder drei Punkten etwas sage. Das eine ist ein Mißverständnis gewesen, das leicht – glaube ich – aufgeklärt werden kann, nämlich: Ich habe am Anfang davon gesprochen, daß das Thema mit gewissen konjunkturellen Aktualitäten belastet sei und deswegen für den Verfassungsrechtler Vorsicht geboten sei. Dabei bleibe ich. Aber dieser mein Vorbehalt galt nur diesen vordergründigen konjunkturellen Aktualitäten, nicht dem, was Herr *Oppermann* angesprochen hat, nämlich den langfristigen Fragen eines stärkeren Wiederbewußtwerdens von Pflichtmomenten in der Verfassung. Das ist etwas anderes. Abgesetzt habe ich mich gegen das, was bloß im Moment politisch aktuell ist und wovon man weiß, daß es morgen oder übermorgen durch andere Aktualitäten verdrängt werden wird. Einen zweiten Punkt darf ich noch hervorheben, aus dem, was Herr *Oppermann* gesagt hat: Ja – ich stimme dem zu, daß eine gewisse Austauschbarkeit in den programmatischen Elementen der Verfassung besteht – eine These, die ja Herr *Badura* literarisch schon vertreten hat. Das entspricht auch meiner Einschätzung. Mir scheint es jedenfalls plausibel. Allerdings sehe ich ein Stück sehr schwieriger, auch methodisch sehr schwieriger Arbeit darin, verfassungsgeschichtlich und über Verfassungsvergleich dafür im einzelnen den Nachweis zu erbringen. Herr *Oppermann* hat dann noch sehr betont den Zusammenhang von Grundrechten und

Grundpflichten. Das ist bei dem, was ich unselbständige Grundpflichten genannt habe, sowieso selbstverständlich. Auch bei den selbständigen habe ich versucht, die Notwendigkeit dieses Zusammenhangs aufzuweisen, und zwar von den ersten Grundrechtsproklamationen an. Ich würde nur etwas vorsichtig sein, daraus nun gleich Schlußfolgerungen für die Auslegung und Anwendung einzelner Grundrechte zu ziehen. So weit bin ich in meinen Überlegungen nicht gegangen, was aber die These des grundsätzlichen Zusammenhangs in keiner Weise berührt.

Herrn *Bachof* habe ich in besonderer Weise zu danken, daß er meine Leitsätze 16 und 20 hervorgehoben hat. Um die, in der Tat, ging es mir vor allem. Wenn ich in diesem Zusammenhang nicht von Solidarität gesprochen habe, jedenfalls nicht in den Thesen, so nur deswegen, weil ich wegen der Wichtigkeit der Thesen sie so schlicht wie möglich und so eng wie möglich am Text des GG formulieren wollte. Von Solidarität aber redet das GG nicht. Sinn der von Herrn *Bachof* aufgegriffenen Thesen ist der, daß die Minimalpflichten politischer Solidarität im Verfassungsstaat nicht aus irgendeiner transpersonalen Staatsidee, sondern aus dem Prinzip der Freiheit selbst und das heißt konkret: aus den Grundrechten zu entwickeln sind. Ein weiterer Punkt noch: Wenn ich gesagt habe, Grundpflichten blieben im Bereich reiner Programmatik, so bezog sich das – hier gab es wohl ein Mißverständnis – nur darauf, daß bei ihnen anders als bei den Grundrechten unter dem Einfluß des Art. 1 Abs. 3 – Herr *Böckenförde* hat dies ja noch einmal unterstrichen und fortgeführt – eben diese Möglichkeit unmittelbarer Umsetzung fehlt.

Eine sehr präzise Frage hat Herr *Doehring* gestellt: „Gilt für die positiven Grundpflichten ebenfalls Schutz des Wesensgehalts? Wie weit können sie aufgehoben und abgeändert werden?“ Auch die Herren *Hailbronner*, *Schuppert*, *Berg* und *Bullinger* haben diesen Punkt angesprochen. Nach meiner Meinung sind Grundpflichten in dem jetzt vorliegenden Umfang mit Ausnahme der Wehrpflicht im wesentlichen unabänderlich, weil sie mit Schutzgütern des Art. 79 Abs. 3 GG unmittelbar zusammenhängen. Nur bei der Wehrpflicht besteht ein solch *unmittelbarer* Zusammenhang nach meiner Meinung nicht. Die Diskussion würde jetzt natürlich weiterführen zu dem Thema „Wehrpflicht und Demokratie“. Dazu wäre sicher noch manches zu sagen.

Herrn *Vogel* habe ich zu danken für steuerrechtliche Belehrung. Allerdings war ich schon so vorsichtig, in meinem Referat nicht allgemeine steuerrechtliche Erkenntnisse zum besten

geben zu wollen. Vielmehr habe ich mich bei diesen Formulierungen „allgemeine Steuerpflicht mit der Maßgabe progressiver Belastung“ bezogen auf die verfassungsgesetzlichen Fixierungen nicht nur des 19. Jahrhunderts, sondern auch auf neuere Formulierungen bis hin zur Bayerischen Verfassung von 1946. Und solange das Grundgesetz mich nicht zwingt, von der Formulierung der Bayerischen Verfassung abzugehen, werde ich das natürlich auch nicht tun. Ernsthaft gesprochen: Es ging bei dieser Charakterisierung der Steuerpflicht um ein Beispiel dafür, wie Verfassungsgesetze einerseits dem Gesetzgeber einen bestimmten Gesetzgebungsauftrag erteilen, nämlich Besteuerung, allgemeine direkte Besteuerung, und gleichzeitig dann noch ein Regulativ mitgeben, wie die Maßnahme ausgestaltet werden muß, nämlich als progressive Belastung. Ich werde mich hüten, mich in eine aktuelle steuerrechtliche Diskussion einzuschalten.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Hofmann*. Ich darf nun in der Diskussion weiterfahren. Bitte, Herr *Bachof*.

Bachof: Herr Götz, ich bin mit Ihnen völlig einverstanden. Das Sozialstaatsprinzip ist selbstverständlich keine Art unerschöpflichen Reservoirs für neue verfassungsrechtliche Grundpflichten, und erst recht ist es keine Grundpflichten-General Klausel. So habe ich es nie verstanden. Woran mir lag, war, mit Herrn *Hofmann* die Frage zu stellen: Was ist der letzte und eigentliche Grund für eine „Grundpflicht“? Ist es der Gesetzesgehorsam, oder kann man nicht daneben oder besser darüber hinaus auf das Solidaritätsprinzip zurückgreifen – mindestens in dem vorsichtigen Sinne, daß dieses Prinzip vielleicht nicht zu aktivem Sozialverhalten, aber jedenfalls zum Unterlassen sozialschädigenden Verhaltens verpflichtet? Und, um ein Mißverständnis zu vermeiden: Selbstverständlich handelt es sich hier nicht um eine naturrechtliche oder vorstaatliche Menschenpflicht, sondern es kann sich nur handeln um eine staatsbegründete Bürgerpflicht. Für Grundrechte mag man naturrechtlich argumentieren können, obwohl die Realisierung der Grundrechte heute nur dort möglich ist, wo der Staat sie garantiert; aber für ihren Ursprung kann man naturrechtlich argumentieren. Für die Grundpflichten kann man das sicher nicht; sie sind staatsbegründet. Aber ich meine, auch ohne gesetzliche Positivierung sind sie mit diesem Minimum, wie ich es versucht habe herauszustellen, mit dem Staat mitgedacht und mitgegeben: und zwar mit jedem Staat, weil ein Staat als Solidargemeinschaft ohne ein solches Mindestmaß an Solidarität einfach nicht existieren kann.

Zippelius: Nur einen Satz zur Klarstellung, Herr Götz. Ich habe mich natürlich nicht dafür ausgesprochen, die Schrankenproblematik durch die Pflichtenproblematik zu ersetzen, sondern ich wollte nur sagen, es gibt zumindest einen Punkt, wo beide Problemkreise sich berühren. Ich habe von der Janusköpfigkeit des Problems gesprochen: daß der Schranke auf der einen Seite die Pflicht auf der anderen Seite entspricht. Ich würde zusätzlich aber noch sagen: Das ist nur ein Berührungspunkt. Die Pflichtenproblematik greift weiter und geht in ihrem Facettenreichtum über die Schrankenproblematik hinaus: auf der einen Seite hin zum unmittelbar durchsetzbaren Recht und auf der anderen Seite zum bloßen Verfassungsprogramm.

Vorsitzender: Danke, Herr Zippelius. Bitte denken Sie daran, daß die Zeit unerbittlich fortschreitet. Ich habe hier noch zehn Wortmeldungen. Wir müssen also etwas unter fünf Minuten pro Diskussionsbeitrag bleiben. Herr Hollerbach, bitte, Sie sind der Nächste.

Hollerbach: Ich muß zunächst fragen, ob ich für das Thema des Verhältnisses von Grundrechtsbegrenzungen und Grundpflichten doch noch eine kleine Variation beitragen kann, obwohl das Thema jetzt schon mehrfach berührt worden ist. Außerdem wollte ich gern noch eine zweite Frage stellen. Eben hat Herr Zippelius, glaube ich, sehr zu Recht vor einem Mißverständnis gewarnt, und ich darf mich insoweit Herrn Zippelius anschließen. Es wird sicherlich nicht darum gehen, die Schrankenproblematik aufzulösen und die Schwierigkeiten anderswohin zu verlagern. Andererseits möchte ich gerne Herrn Starck doch widersprechen, wenn er die Formel gebraucht, daß Grundpflichten Erscheinungsformen von Grundrechtsschranken seien. Hier meine ich, wird nun nach der anderen Seite hin etwas übertrieben. Mir geht es darum, doch zu sehen, daß die Grundrechtsschranken oder Grundrechtsbegrenzungen, wenn man sie aus ihrer Vereinzelung herauszieht, auf einen oder mehrere gemeinsame Nenner zu bringen sind. Diese gemeinsamen Nenner, das ist vorhin schon sehr früh bei Herrn Bachof angeklungen, sind im Grunde nichts anderes als Pflichten, die Pflicht zur Sozialverträglichkeit, die Pflicht zur Wahrung der grundlegenden Belange des Gemeinwesens, und ich möchte noch hinzufügen, das Toleranzprinzip. Ich darf etwa erinnern an das Urteil des Bundesverfassungsgerichts im Schulgebetsstreit, wo der Toleranzgedanke als Pflicht zur Toleranz einen ganz zentralen Stellenwert bekommen hat. Ich

möchte dann aber noch eine zweite Frage aufwerfen, die anschließt an die These 11 von Herrn *Hofmann*; sie führt, wenn ich das recht sehe, in das eigentliche Zentrum der Grundlagenfragen hinein. Herr *Hofmann* hat hier das Thema des Rangverhältnisses von Grundrechten und Grundpflichten kurz thematisiert und formuliert und er hat, wenn ich das richtig in Erinnerung habe, zur Frage des verfassungstheoretischen Rangverhältnisses von Rechten und Pflichten gesagt: Rechte sind das Primäre, Pflichten sind das Sekundäre. Er hat das begründet, sehr betont und grundsätzlich zu Recht, mit dem Verfassungsprinzip der Freiheit. Damit hängt ja auch das Grundproblem der Asymmetrie von Grundrechten und -pflichten zusammen. Ich möchte dem auch gar nicht widersprechen. Nur meine ich, wir können uns mit dieser Antwort und dieser Befundnahme nicht einfach begnügen, sondern wir müssen weiterfragen und dieses Weiterfragen gilt natürlich auch dem Freiheitsbegriff, es zielt auf die Frage nach den – nun kantisch gesprochen – Bedingungen der Möglichkeit von Freiheit. Wenn man die Frage so weiterführt, dann wird natürlich deutlich, daß hier schon das Pflichtmoment – ich will es ganz vorsichtig ausdrücken – notwendigerweise hereinkommt. Mit anderen Worten: Mit dem Befund „Verfassungsprinzip der Freiheit, Asymmetrie von Rechten und Pflichten“, ist das Problem noch nicht gelöst. Wir können uns nicht damit begnügen.

Kirchhof: Die Vorsicht und Behutsamkeit, mit der beide Referenten das Verhältnis Grundrechte – Grundpflichten behandelt haben, veranlaßt mich zu der Frage, ob Grundrechte und Grundpflichten eigentlich ein Gegensatz oder aber zwei rechtsstaatliche Stufen zur Freiheitsgewährleistung sind. Der Rechtsstaat wirkt, indem er Rechtsverbindlichkeiten begründet, also verpflichtet. Aus dieser Verpflichtung folgt in einem Verfassungsstaat nicht der Gehorsam gegenüber beliebiger Gesetzgebung, sondern nur der Gehorsam gegenüber einer verfassungsrechtlich angeleiteten Gesetzgebung. Tatsächliche Elementarpflichten ergeben sich zunächst aus dem Faktum, daß der einzelne in die Entwicklung seiner Rechtsgemeinschaft eingebunden ist, er an seinem Staat als Gefährdungsgemeinschaft teilhat. Der Bürger trägt die Lasten an innerem und äußerem Unfrieden, den der Staat bewirkt oder zuläßt. Er muß die Lasten aus technischen Risiken tragen, die der Staat verursacht oder gestattet. Er hat die Finanzverbindlichkeiten zu erfüllen, die der Staat eingegangen ist. Ihn treffen die Folgen des kulturstaatlichen Niveaus, das der Staat erreicht oder

verfehlt hat. Wenn die Verfassung dieses Faktum ins Rechtliche wenden und rechtlich binden will, entstehen nicht nur Staatsaufgaben, staatliche Befugnisse und Kompetenzen, sondern zumindest potentiell auch verfassungsrechtliche Individualpflichten. Die allgemeine, in der Staatsverfassung angelegte Gefahrenbereitschaft wirkt sich unmittelbar auf die Rechtspflichten der Bürger aus. Der Tatbestand des polizeipflichtigen Störers wird verwaltungsrechtlich durch das generalklauselartig, fragmentarisch definierte Rechtsgut „öffentliche Sicherheit und Ordnung“ erläutert, das seinerseits auf die verfassungsrechtlichen Aussagen über die Staatsorgane und über besonders schutzwürdige Individualrechte (die Grundrechte) verweist. Oder denken wir an das Problem der technischen Risiken, das wir einmal durch die verfassungsrechtliche Aufgabe begrenzen, dann aber auch in Gegenüberstellung mit den Grundrechten als ein „Restrisiko“ definieren, das eine Duldungspflicht in Grenzen des Unvermeidbaren begründet. Staatliches Handeln nach Wahrscheinlichkeit und Vermutung begründet insbesondere im Recht der Wirtschaftslenkung und im Polizeirecht Prognoserisiken, denen die Verfassung nur das Erfordernis gesteigerter Verfahrenssorgfalt, nicht aber eine Garantie des richtigen Ergebnisses entgegensetzen kann. Wenn wir dort nicht Erfolgsrichtigkeit, sondern nur Verfahrenskorrektheit garantieren können, so ergibt sich daraus – pointiert formuliert – eine Grundpflicht zur Hinnahme von rechtsstaatlich sorgfältig kontrollierten, in ihrem rechtswidrigen Erfolg nicht vermeidbaren Fehlentscheidungen und Fehlhandlungen. Die Pflicht zur Duldung der unvermeidbaren Fehlentscheidung ist Inhalt der verfassungsrechtlichen Aussagen, die Prognoseentscheidungen vorsehen.

Geht der Staat langfristige Verbindlichkeiten ein, begründet er insbesondere völkerrechtliche Verträge, lebenslängliche Dienstverhältnisse oder langfristige Kreditverträge, so treffen die Lasten dieser Verbindlichkeiten den Bürger zwar erst in der Zukunft, werden im Grundgesetz aber wegen dieser pflichtenbegründenden Wirkung bereits bei der Entstehung in verfassungsrechtliche Grenzen gewiesen.

Im Ergebnis wird der Freiheitsgehalt der Verfassung gesteigert, wenn man die aus der staatlichen Gefahrengemeinschaft folgenden Pflichten in verfassungsrechtlichen Korridoren bindet und der konkretisierten Pflicht sodann die Grundrechte entgegenstellt. Die Anerkennung von Grundpflichten auf Verfassungsebene wird insbesondere die Gleichheit vor dem Gesetz, d. h. die Gleichheit beim Vollzug der Gesetze mehrten.

Vorsitzender: Danke, Herr *Kirchhof*. Bitte, direkt dazu Herr *Grimm*.

Grimm: Ich wollte nur noch einmal, zurückkommend auf meinen ersten Beitrag, eine Klärungsfrage stellen, Herr *Kirchhof*. Grundpflicht muß ja etwas Zusätzliches sein gegenüber Gesetzespflicht. Und worin liegt hier das Zusätzliche gegenüber Gesetzespflicht?

Vorsitzender: Wollen Sie antworten, Herr *Kirchhof*?

Kirchhof: Die Grundpflichten sind elementarer und enger als die allgemeine Pflicht zum Gesetzesgehorsam. Sie haben ihren Geltungsgrund im Verfassungsrecht, insbesondere in den verfassungsrechtlichen Aussagen über die Staatsaufgaben, die dort angelegten Staatsbefugnisse und die Staatszielbestimmungen. Diese Handlungsprogramme des Staates enthalten immer potentiell auf Verfassungsebene begründete individuell belastende Verpflichtungen. Diese Individualpflichten konkretisieren wir in der Regel im Verwaltungsrecht, müssen dann aber vielfach dieses Verwaltungsrecht – insbesondere in den Generalklauseln der Gefahrenabwehr und der Gefahrenvorsorge – durch Rückgriff auf das Verfassungsrecht verdeutlichen und ausformen. Darin zeigt sich, daß der eigentliche Rechtsgrund für diese Verpflichtungen die Verfassung, das positive Verfassungsrecht ist.

Vorsitzender: Danke, Herr *Kirchhof*. Direkt dazu Herr *Isensee*.

Isensee: Von Grundpflichten kann man nur reden, soweit eine Pflicht in der Verfassung angelegt ist. Eine Grundpflicht legitimiert sich aus der Verfassung, auch wenn sie erst durch das einfache Gesetz ihren konkreten Inhalt und ihre aktuelle Verbindlichkeit erhält. Sie muß dergestalt in der Verfassung verankert sein, daß sie durch antinomische Verfassungsregelungen nicht dem Grunde nach in Frage gestellt werden kann. Diese Bedingung erfüllt die Steuerpflicht, die geradezu den Prototyp einer materialen Grundpflicht bildet. Sie wird zwar nur indirekt im Kompetenzteil angesprochen; aber sie wird von der Verfassung als notwendig vorausgesetzt und einschlußweise gewährleistet. Das einzelne Steuergesetz kann Grundrechtskonflikte mit der Eigentumsgarantie, dem Gleichheitssatz, der Berufsfreiheit auslösen. Jedoch die Steuer als Institution – die Pflicht dem Grunde nach – kann nicht grundrechtswidrig sein, weil sie den gleichen verfassungsrechtli-

chen Rang hat wie die Grundrechte, in deren Schutzbereich sie eingreift. – Analoges gilt für die Wehrpflicht. Sie ist nicht institutionell gewährleistet, sondern nur als gesetzlich realisierbare Option vorgesehen. Aber die gesetzlich realisierte Wehrpflicht ist verfassungsrechtlich legitimiert. Sie hat die gleiche verfassungsrechtliche Würde wie die Freiheitsgrundrechte. Es ist also ein fatales Mißverständnis des Grundgesetzes, daß die Verweigerung verfassungsrechtlich und moralisch höher stehe als die Erfüllung des Wehrdienstes, weil das erste die Ausübung eines Grundrechts sei, das zweite nur die Ausführung einer gesetzlichen Verpflichtung.

Grundpflichten sind trotz ihrer verfassungsrechtlichen Sanktion angewiesen auf das Gesetz als Vermittler. In den Grundpflichten werden das rechtsstaatliche Verteilungsprinzip und der Vorbehalt des Gesetzes nicht aus den Angeln gehoben. Sie gelten nicht wie Grundrechte verfassungsunmittelbar für den Bürger. Eine Ausnahme bildet allerdings die Grundpflicht zum Gesetzesgehorsam. Sie wird nicht durch das Gesetz eingeführt, sondern sie liegt dem Gesetz voraus. Sie ist die apriorische Bedingung seiner Wirksamkeit: gleichsam das Naturrecht, auf dem der Gesetzespositivismus aufbaut. Auch die Friedenspflicht des Bürgers gilt unabhängig davon, ob sie gesetzlich geregelt ist oder nicht. Das Verbot der privaten Gewalt ist die Grundlage des staatsbürgerlichen Zusammenlebens, das Apriori des modernen Staates schlechthin. Grundsätzlich jedenfalls sind die Grundpflichten auf das Gesetz verwiesen. Darin stimmen sie überein mit den Verfassungsaufträgen. Ihre Besonderheit liegt darin, daß sie sich nicht wie die Verfassungsaufträge in einer Inpflichtnahme des Gesetzgebers erschöpfen, sondern letztlich auf die Inpflichtnahme des Bürgers ausgehen. Grundpflichten konstituieren den status passivus des Bürgers.

Vorsitzender: Vielen Dank für diesen Beitrag. Zuerst hat sich direkt dazu gemeldet Herr *Hailbronner*.

Hailbronner: Zu Herrn *Isensee*: Ich halte es für prinzipiell bedenklich, aus Staatsziel und Staatsauftrag so unbedenken eine Grundpflicht abzuleiten. Natürlich – es ist undenkbar, daß wir hier in der Bundesrepublik Deutschland ohne Steuern leben können, ganz einfach, weil finanziell keine anderen Einnahmequellen da sind. Aber, wenn man den absurden Fall – zugegeben absurden Fall – annimmt, daß wir urplötzlich viele Ölquellen hätten, warum soll es dann verfassungsrechtlich unmöglich sein, die Steuerpflicht ganz oder teilweise abzu-

schaffen. Ich kann das nicht einsehen und möchte im Prinzip davor warnen, unbesehen Staatsziele und Staatsaufträge zur verfassungsrechtlichen Pflicht des Bürgers zu erheben und auf diese Weise gegen die Freiheit des Bürgers zu wenden.

Vorsitzender: Danke. Direkt dazu Herr *Püttner*.

Püttner: Ja: Ich wollte das Gleiche sagen wie Herr *Hailbronner*. So einfach kann man es sich nicht machen, Herr *Isensee*. Wenn man die Kompetenzvorschriften abschaffen würde (das könnte man ja vielleicht), dann würde Ihre These halb zusammenfallen. Ein Glück, daß wir ein föderalistischer Staat sind, kann man nur sagen, sonst hätten wir einen Teil der Grundpflichten nicht.

Dagtolou: Die verfassungsdogmatische Fundierung der Grundrechte ist, fürchte ich, immer noch nicht ganz überzeugend. Ich stimme Herrn *Grimm* zu. Man könnte vielleicht sagen, daß, wie die Grundrechte Mindestgarantien sind, die Grundpflichten vielleicht Höchstgarantien sind, daß man den Gesetzgeber nicht mehr verpflichten kann als die Verfassung sagt. Wenn das nicht Sinn der Grundpflichten ist, dann kann ich mir ein verfassungsrechtliches Konzept der Grundpflichten eigentlich nicht vorstellen.

Vorsitzender: Danke, Herr *Dagtolou*. Direkt dazu Herr *Bachof*.

Bachof: Das Beispiel mit dem Öl stimmt nicht. Dabei wurde vorausgesetzt, daß die Ölquellen im Staatseigentum stehen, aber nicht im Privateigentum. Ein Staat, der ein Privateigentum an Ölquellen garantiert, der müßte von deren privaten Eigentümern auch Steuern für die Gesellschaft erheben.

Vorsitzender: Danke, Herr *Bachof*. Ein Direktbeitrag von Herrn *Götz*.

Götz: Die Einnahmen der Ölstaaten resultieren aus Abgaben – Steuern, die von den großen Mineralölkonzernen eingenommen werden.

Vorsitzender: So, darf ich bitten: jetzt weg vom Öl! Noch ein Direktbeitrag, dann kommt Herr *Erichsen*. Bitte, Herr *Isensee*.

Isensee: Weg vom Öl, doch zurück zur Steuer! Man muß schon in Science fiction flüchten, um eine Situation zu finden, in der die Steuerpflicht nicht die Verfassungsordnung konstii-

tuert und der Staat des Grundgesetzes nicht Steuerstaat ist. Mit weniger Aufwand an Phantasie ließen sich im übrigen auch Verhältnisse denken, in denen die tatsächlichen Voraussetzungen einzelner Grundrechte wegfielen und diese somit obsolet würden. Doch es sind nicht die Realien, welche die Steuerpflicht als Grundpflicht ausweisen, sondern rechtliche Faktoren, und zwar die wirtschaftlichen Grundrechte. Die privaten Wirtschaftssubjekte erarbeiten das Sozialprodukt im wesentlichen auf Grund ihrer grundrechtlich gesicherten Freiheit. Der grundrechtsgebundene Staat hat darauf nur geringen Einfluß, weil er die private Verfügungsmacht über Produktionsmittel, die persönliche Arbeitsbereitschaft, die gesellschaftlich autonome Lohnpolitik und Investitionspolitik respektieren muß. Er kann seinen Finanzbedarf nur dadurch stillen, daß er am wirtschaftlichen Erfolg der Grundrechtsträger, dessen Voraussetzungen außerhalb seines Machtbereichs liegen, über die Steuer partizipiert. Die Steuer ist der notwendige Preis der wirtschaftlichen Freiheit. Dagegen wäre die Steuerpflicht keine Grundpflicht in einem Staat mit Zentralverwaltungswirtschaft: im sozialistischen Unternehmerstaat. Dort mag es auch Steuern geben. Aber die Steuer ist nur Akzidenz des Systems, die Abgabenlast keine staatskonstitutive Pflicht.

Vorsitzender: Danke! Herr *Erichsen*, jetzt wieder zu den regulären Beiträgen zurück.

Erichsen: Es fällt natürlich etwas schwer, jetzt zu den Regularien zurückzukehren, aber ich will es gleichwohl versuchen. Ich darf an eine Bemerkung von Herrn *Oppermann* anknüpfen, der schon die Frage aufgeworfen hat, was wir eigentlich am heutigen Tage an konkret Brauchbarem, an kleiner Münze für die Rechtsanwendung mit nach Hause nehmen. Dieser Frage liegt, so scheint mir, ein anderer konzeptioneller Ansatz zugrunde als dem Bemühen der beiden Referenten. Wir haben in der Diskussion gesehen – insbesondere auch die Ausführungen von Herrn *Böckenförde* haben es deutlich gemacht –, daß man durchaus auch anders an die Frage der Grundfreiheiten herangehen kann, an eine Frage, die, wie ich nicht verkenne, schon mit terminologischer Unschärfe behaftet war und ist, darüber hinaus mit verfassungshistorischen und ideengeschichtlichen Vorgaben. Das alles führt dazu, daß ein weites Feld zu bestellen war und daß an konkreten Aussagen in den Referaten nicht so furchtbar viel enthalten gewesen ist. Herr *Götz* hat einen Wechsel auf Herrn *Hofmann* gezogen, indem er

darauf hinwies, daß dieser das elterliche Erziehungsrecht und anderes behandeln würde, aber dieser Wechsel ist dann jedenfalls nicht in vollem Umfang eingelöst worden. – Ich muß gestehen, daß die hier behandelten Grundpflichten mir weniger Kopfzerbrechen bereiten als die schon von Herrn *Hollerbach* ausgesprochene Frage nach den Bedingungen der Freiheit, und ich meine der grundrechtlichen Freiheit. Die Bedingungen verlangen eine Analyse der einzelnen Grundrechtsnormen. Ich habe Bedenken, alle grundrechtlichen Freiheitsgewährleistungen über einen Kamm zu scheren, denn die Grundrechtsnormen gewähren ja ganz unterschiedliche Freiheiten. Sie gewährleisten etwa mehr egoistische oder mehr altruistische Freiheit. Sie gewährleisten Freiheiten mit ganz unterschiedlichen sozialen Dimensionen und Auswirkungen. Es gibt die „Freiheit vom“ und die „Freiheit zu“. Alles dies – zum Teil in seiner Bedeutung bisher im Rahmen der Begrenzungsdiskussion gewürdigt – ließe sich fruchtbar machen bei dem Nachdenken über die Pflichtigkeit grundrechtlicher Freiheit. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat im Zusammenhang mit dem Elternrecht des Art. 6 Abs. 2 GG die Verknüpfung von Recht und Pflicht eingefangen in dem Begriff Verantwortung. Mir scheint, dieser Begriff – so unscharf er auch ist – weist in eine Richtung, die weiter verfolgt werden sollte. Mir jedenfalls geht es sehr darum, im Zusammenhang mit der heutigen Diskussion weiter über die Entwicklung von Kriterien für die verantwortliche Ausübung grundrechtlicher Freiheit nachzudenken. Beispielhaft darf ich auf die Medienfreiheit hinweisen. Ich meine, daß man die Frage stellen muß, ob nicht grundrechtliche Freiheit, wenn man sich dazu versteht, sie als Rechtsinstitut und nicht als Ausgrenzung zu begreifen, auch in bestimmter Weise inhaltlich definiert werden muß. Ich treffe mich hier wohl mit Herrn *Grimm* in der Annahme, daß es Begrenzungen der Wahrnehmung grundrechtlicher Freiheiten geben muß. Danke schön.

Suhr: Herr Vorsitzender, meine Herren! Drei Punkte: *Erstens:* Ich möchte einstimmen in das Plädoyer für eine differenziertere Betrachtung, und zwar sowohl bei den Grundsätzen als auch hinsichtlich der rechtstechnischen Formen, die wir im Bereich der Grundpflichten anwenden; die sittlichen Pflichten einmal ganz ausgeklammert. – Es besteht ein Unterschied zwischen geschriebenen und ungeschriebenen Grundpflichten, wobei wir sicher bei den ungeschriebenen, wenn wir sie überhaupt akzeptieren wollen, extreme Vorsicht walten lassen müssen, weil der Umgang mit ungeschriebenen Grundpflich-

ten ein Spiel mit dem Feuer ist. Dann kann man eine Stufenleiter abgestufter Pflichten skizzieren: beginnend bei der reinen Freistellung (die Verfassung läßt ein Verhalten indifferent) über die verfassungsrechtliche Erwartung (hier wünscht die Verfassung schon etwas, ohne es vorzuschreiben oder irgendwie zu sanktionieren) über die Lasten, die Herr *Bachof* angesprochen hat, und über die Obliegenheiten (wo keine Pflicht besteht, aber schon an Nicht-Ausübung Sanktionen geknüpft werden können) bis hin zu Pflichten und schließlich zur strikten Pflicht. Die ganzen Vorbehalte, die wir gegenüber der „Identität von Recht und Pflicht“ haben, die betreffen ja genau genommen nur diesen letzten Fall, wo das, was ich darf, mir auch konkret-direkt vorgeschrieben wird: Bei Identität von Recht und Pflicht in diesem Sinne erstickt meine Freiheit in der Pflicht. Übrigens: Den verfänglichen Terminus „Identität von Recht und Pflicht“ darf man mit *Hegel* in Verbindung bringen. Die komische Vorstellung jedoch, Recht und Pflicht seien konkret-identisch, hat mit *Hegel* nichts zu tun. Insoweit kenne ich meinen *Hegel*!

Zweitens: Ein Spiel mit dem Feuer! Wenn wir mit Grundpflichten hantieren, ist Vorsicht geboten. Nach Möglichkeit sind die sanfteren Rechtstechniken anzuwenden, die ich angesprochen habe: Erwartungen, Lasten oder Obliegenheiten mit Sanktionen, wie sie insbesondere im Sozialrecht wichtig sind, und in der Form, wie Herr *Zacher* sie angedeutet hat. – Aber ich will dabei gerade nicht nur das Sozialrecht ansprechen: Die besten Formen der Pflichten und Verantwortlichkeiten zeigt uns doch das Zivilrecht! Wenn z. B. jemand seine Pflichten als Unternehmer nicht erfüllt, dann geht er in Konkurs. Dabei sind Mechanismen der Verantwortlichkeit und Pflichtigkeit am Werk, wo niemand dahinter steht und strikt sagt: „Tue dies oder das!“

Drittens: Warum bislang ein Vakuum bei der Grundpflichtdogmatik? Warum tun wir uns noch heute schwer mit den Grundpflichten? – Das hängt zusammen mit verfassungstheoretischen und ideengeschichtlichen Befunden. Ich möchte jetzt ganz bewußt zuspitzen: Vielleicht gelingt es mir ja, die Deutschen Staatsrechtslehrer mündlich ein wenig aus der Reserve zu locken, nachdem ich die Hoffnung schon aufgegeben habe, ich könne das mit meinen schriftlichen Versuchen erreichen. Ich behaupte: So gut wie alle unsere Vorstellungen über die Freiheit und die Grundpflichten, über die wir heute geredet haben, beruhen auf einem grandiosen Irrtum bei der Einschätzung der anthropologischen Befindlichkeit eines freien Menschen, – auf einer grandiosen Selbsttäuschung, die uns vor

allem deshalb so schmeichelt, weil sie uns selbst suggeriert, wir seien selbständiger und autonomer als wir es in Wahrheit sind.

Je nachdem, wie man sich diese anthropologische Grundbefindlichkeit bewußt – oder noch viel wirksamer: unbewußt – vorstellt, fallen auch die Vorstellungen über Freiheiten und Pflichten anders aus. Deswegen gehört das vorausgesetzte anthropologische Grundraster hierher. Wir stellen uns den Menschen vor als Individuum: frei, selbständig, autonom bis zu den viel angesprochenen Nichtstörungsschranken der Unterlassungsgrundpflicht. Selbstverständlich haben wir auch eine ganze Menge an Sozialpflichtigkeit auf das einzelne Individuum gepackt, um es ein bißchen in Pflicht zu nehmen: der einzelne nicht mehr selbstherrlich, sondern in seiner „sozialen Gebundenheit“. Meine These dagegen: Lange, bevor der andere zum Störer meiner Freiheit wird, ist er Voraussetzung meiner Freiheit. Meine Herren, wenn Sie jetzt hier nicht säßen, und ich redete in den leeren Saal hinein, das wäre witzig. Sie alle sind die Voraussetzungen dafür, daß ich meine Wissenschaftsfreiheit, Meinungsfreiheit usw. überhaupt ausüben kann. Sie sind jetzt und hier meine Freiheitsvoraussetzungen. Auch daß hier Licht brennt – ich bin abhängig davon. Wir sind alle voneinander abhängig. Je arbeitsteiliger die Gesellschaft ist, desto stärker sind wir voneinander abhängig. Wir sind – und das ist die Grundbefindlichkeit – nicht selbständige autonome Individuen, sondern wir sind abhängig voneinander. Und unsere Freiheit ist eine Erscheinungsform dieser Abhängigkeit. Wir machen einander zu Instrumenten unserer Freiheit. Ich mache Sie zum Instrument meiner Redefreiheit, indem ich Sie zu Zuhörern mache. Ich kann und will Sie nicht zwingen! Aber Sie machen mich durch Ihr Zuhören erst frei.

Wenn das aber so ist: wenn Freiheit vielfach nicht nur ein Sich-Einigeln in Privatsphären und Intimsphären ist, sondern Freiheit durch andere; wenn die anderen Instrumente meiner Freiheit werden, etwa im Kaufvertrag, im Unternehmen, dann heißt „Wechselseitigkeit“ etwas ganz anderes als bloß: „Ich achte deine Sphäre wie du meine.“ Es heißt dann eher: „Machst Du mich zum Instrument, dann will auch ich Dich zum Instrument haben.“ Und wenn jemand ausdrücklich oder faktisch beansprucht, andere zum Instrument seiner Freiheit zu machen, dann müßte er eigentlich akzeptieren, daß der andere auch eine Art Anwartschaft hat, ihn selbst zum Instrument seiner Freiheit zu machen.

Dies alles freilich ist noch keine Dogmatik. Das sind nur Hintergrundvorstellungen naturrechtlicher Art, wenn man will, oder ontologischer Art, die ich nur entgegensetze den individualistischen Hintergrundvorstellungen, die hinter unserem derzeitigen Freiheitsverständnis und unserem Pflichtenverständnis sitzen. Das ist mir ganz klar, daß das keine fertige Dogmatik ist! Es sind Vorstellungen, die, wenn Sie sie für richtig halten, irgendwann in die Auslegung des einen oder anderen Grundrechts oder z. B. des Sozialstaatsprinzips hineinfließen können als eine – vielleicht – adäquatere Vorstellung dessen, was Grundrechte und was Grundpflichten sind.

Roellecke: Zunächst: Herr *Suhr*, ich lasse mich provozieren. Ich bilde mir ein, nicht unreflektiert an das Menschenbild des autonomen Individuums anzuknüpfen, meine aber, daß es nützlich ist, in der verfassungstheoretischen und -dogmatischen Diskussion dieses Menschenbild vorauszusetzen. Man tut sich viel leichter. Wie man sich auch viel leichter tut, wenn man davon ausgeht, daß der Staat durch Revolution, durch Unrechtsakt fundiert wird, und nicht annimmt, er sei ein Geschöpf Gottes oder durch Staatsvertrag entstanden. Das „autonome Individuum“ ist einfach eine Annahme, die man benutzt, um sich in der Diskussion zu verständigen. Daher kann ich Ihren Vorwurf so nicht akzeptieren.

Sodann: Die Asymmetrie von Rechten und Pflichten scheint mir der zentrale Ansatz für die Deutung des Verhältnisses von Grundrechten und Grundpflichten zu sein. Bisher habe ich freilich den Eindruck, als ob das Bekenntnis zu dieser Asymmetrie mehr ein Lippenbekenntnis sei. Deshalb zur Verdeutlichung: Zwischen Rechten und Pflichten gibt es einen fundamentalen Unterschied. Über Rechte kann man letztlich verfügen, auf Rechte kann man prinzipiell verzichten, auf Pflichten natürlich nicht. Pflichten kann man also nur verletzen, gegen Pflichten kann man nur verstoßen, wenn man nicht durch Dritte davon befreit wird. Ein System, das an Pflichten anknüpft, schafft daher eine viel radikalere, engere und festere Bindung der Bürger als ein System, das sich auf individuelle Rechte gründet. Ein System, das sich auf Rechte gründet, ist flexibler. Insofern ist eine Asymmetrie von Rechten und Pflichten eine notwendige Bedingung für einen freiheitlichen Staat. Wenn das aber richtig ist, dann, Herr *Hofmann*, bin ich nicht sicher, ob Sie den Gedanken der Asymmetrie noch durchhalten, wenn Sie in Ihrem Leitsatz 16 sagen, die Grundpflichten hätten im Gegenseitigkeitsprinzip und im Gleichheitssatz ihren Grund; denn das Gegenseitigkeitsprinzip und

der Gleichheitssatz sind gerade Grundgedanken der Symmetrie. Leiten Sie also die Grundpflichten nicht aus einem spiegelbildlichen Ansatz ab? Die zweite Frage: Sie schreiben in Leitsatz 20: Die Grundpflichten entfalten verfassungsrechtliche Wirkung, indem sie zu setzendes Recht begründen. Das ist eine klare Legitimation für den Gesetzgeber. Wie verträgt sich diese aus den Grundpflichten abgeleitete Legitimation des Gesetzgebers mit seiner demokratischen Legitimation?

E. Klein: Ich möchte beginnen mit einer Ergänzung aus dem Bereich des internationalen Menschenrechtsschutzes. Die Präambeln der beiden UN-Menschenrechtspakte wurden, ich glaube von Herrn Häberle, schon erwähnt. Einschlägiger noch dürfte der Art. 29 der Allgemeinen Menschenrechtsdeklaration von 1948 sein, der in seinem Abs. 1 sagt, daß jedermann Pflichten gegenüber der Gemeinschaft hat, in der ihm allein die freie und volle Entwicklung seiner Persönlichkeit möglich ist. In einem zweiten Absatz wird dann ausdrücklich auf die Möglichkeit der Schrankenziehung für die Rechte und Freiheiten hingewiesen. Auf diese Differenzierung zwischen Pflichten und Schranken komme ich nachher noch zurück. Nun ist dieser Hinweis auf Pflichten gegenüber der Gemeinschaft hier ja nur sehr pauschal enthalten, und es ist deswegen kein Wunder, daß sich die zuständige Menschenrechtskommission innerhalb der Vereinten Nationen Gedanken gemacht hat, wie hier zu konkretisieren und zu spezialisieren ist. Man hat verschiedene Berichte vorgelegt, die das versucht haben – ich weise auf sie besonders deshalb hin, weil sich daraus sehr interessantes Material für unser Grundpflichtproblem ergibt. Noch interessanter aber – nur deshalb möchte ich darauf eingehen – erscheinen mir die Äußerungen der einzelnen Mitgliedstaaten, die mit diesen Berichten konfrontiert wurden und die sich daraufhin zu äußern hatten, was sie von einer solchen Entwicklung von Grundpflichten, von einer solchen Pflichtenkategorie überhaupt halten. Natürlich gab es, wie man sich vorstellen kann, sehr gegenläufige Stellungnahmen der Bundesrepublik Deutschland einerseits und der DDR andererseits, ganz in dem Sinne, wie Herr Götz in seinem Referat die in Ost und West unterschiedliche Freiheitskonzeption ja auch beschrieben hat.

In der Stellungnahme der Bundesrepublik ist große Skepsis gegenüber einer überhandnehmenden Inpflichtnahme des Individuums zu spüren – es wird dazu darauf hingewiesen, daß dem die grundsätzliche Freiheitskonzeption unserer Verfassung entgegensteht. Auf der anderen Seite müssen wir zur

Kenntnis nehmen, daß es rechtsstaatliche Verfassungen mit Grundpflichten gibt, nicht zuletzt ja das Grundgesetz. Es ist einfach ein positiv-rechtlicher Befund, den wir entgegenzunehmen haben, daß es Grundpflichten jedenfalls in dem Sinne gibt, als es besonders hervorgehobene, in der Verfassung festgelegte, normierte Individualpflichten sind, die in einem engen Zusammenhang mit den Grundrechten stehen. Das ist nicht notwendig ein Widerspruch, ein prinzipieller Widerspruch, denn einen prinzipiellen Widerspruch gäbe es nur, wenn daraus ein allgemeiner Pflichtenstatus entstünde. Wohl aber sind mit dem allgemeinen Freiheitsstatus einzelne konkrete, auch auf der Verfassungsebene normierte Individualverpflichtungen vereinbar.

Wenn wir diesen Befund akzeptieren, meine ich, daß es die eigentliche Aufgabe ist, diese einzelnen konkreten Verpflichtungen in ein System zu bringen. Und es liegt natürlich nahe, daß man zur Bewältigung dieser dogmatischen Aufgabe auf das zurückgreift, was in der Grundrechtsdogmatik entwickelt wurde, insbesondere in der Dogmatik der Freiheitsrechte. Dennoch möchte ich vor einem solchen unmittelbaren Brückenschlag warnen. Es gibt sicher mehrere Gründe. Ich nenne einmal vier: Erstens – ich erwähnte es schon – steht dieser unmittelbaren Gleichstellung entgegen, daß wir einerseits einen allgemeinen Freiheitsstatus neben den konkreten Freiheiten haben, aber eben keinen allgemeinen Pflichtenstatus. Zweitens – Herr *Grimm* hat wohl darauf aufmerksam gemacht – der einzelne ist auf die Grundrechte zur Sicherung seiner Freiheit in ganz anderer Weise angewiesen als der Staat auf die Grundpflichten angewiesen ist, um Individuen in Pflicht zu nehmen. Drittens ist zu Recht auf die starke Verbindung dieser Grundpflichten mit dem allgemeinen Gleichheitssatz hingewiesen worden. Wir wissen, daß der Gleichheitssatz ganz anders strukturiert ist als die Freiheitsrechte. Und schließlich meine ich auch nicht, daß man das Grundpflichtenproblem in die Grundrechtsdogmatik unmittelbar hineinziehen kann dadurch, daß man diese Grundpflichten nur als Erscheinungsformen der Grundrechtsschranken auffaßt. Ich bin ganz entschieden der Auffassung, wie es auch Herr *Götz* in seiner Zwischenbilanz vorgetragen hat, daß Grundpflichten den einzelnen Freiheitsrechten gegenüber nicht unter diesem starken Legitimationszwang stehen, wie es bei den Schranken dieser Freiheitsrechte der Fall ist. Von daher meine ich, und damit komme ich auf den Art. 29 der Allgemeinen Menschenrechtsdeklaration zurück, hat es einen Sinn, daß in dieser Bestimmung klar unterschieden wird zwischen Grundpflichten einerseits

und Schranken andererseits. Aber gerade dies, daß hier differenziert werden muß, daß Grundpflichten und Grundrechtsschranken nicht in eins gesetzt werden dürfen, sollte uns diese Rechtsfigur Grundpflicht, jedenfalls ihrer Ausweitung mit einem gehörigen caveat versehen lassen. Danke schön.

Novak: In aller Kürze, weil meine Wortmeldung unmittelbar an Herrn *Klein* anschließen kann. – Ja, es ist notwendig, zu differenzieren; und ich glaube, daß in der Diskussion eine Unterscheidung verlorengegangen ist, die Herr *Götz* getroffen hat und die für die Frage, die uns so sehr beschäftigt, wichtig ist. Herr *Götz* hat neben den liberalen Grundrechten auch die politischen Rechte in die Betrachtung einbezogen. Wenn man nun, so meine ich, diese beiden Typen von Rechten gleichsam auf die Pflichtenseite transportiert, dann zeigt sich sofort, daß die Grundpflichten nicht völlig in Grundrechtsschranken aufgelöst werden können. Das mag bei den liberalen Grundrechten, ihren Einschränkungen und dementsprechenden Verpflichtungen möglich sein. Zwischen Wahlrecht und Wahlpflicht aber gibt es nur die Entscheidung: entweder – oder. Man kann nicht Wahlpflicht, Stimmpflicht und ähnliche politische Grundpflichten aus Grundrechtsschranken ableiten.

Kloepfer: Herr *Hofmann*, ich darf noch eine Frage zu Ihrer These 18 stellen. Vielleicht ist es etwas kurz formuliert, wenn Sie schreiben: Die Grundpflichten seien im wesentlichen grundrechtsfest, wobei wir zwei Schlupflöcher haben: einmal das Wesentlichkeitsschlupfloch und zum andern die Anführungszeichen, und natürlich noch als Voraussetzung die Möglichkeit, so wenig Grundpflichten anzunehmen, daß in der Tat das Problem sich möglicherweise selten stellt. Ich würde allerdings vor der Formulierung der Grundrechtsfestigkeit von Grundpflichten ebenso warnen wie umgekehrt vor der möglichen Formulierung einer Grundpflichtenfestigkeit der Grundrechte. Was überhaupt möglich sein könnte, wäre ja doch ein behutsamer Ausgleich zwischen den Gehalten, die in den Grundrechten enthalten sind und denjenigen Gehalten, die in den Grundpflichten zum Ausdruck kommen. Verfassungsrechtliches Ausgleichs-Instrumentarium kann dabei z. B. die Grundrechtsbeschränkung sein. Hierdurch stellt die Verfassung im Zusammenhang mit dem Übermaßverbot ein sehr ausdifferenziertes Instrumentarium bereit, um mögliche Konflikte zwischen Grundrechts- und Grundpflichtsgehalten zu lösen. Aber generell zu sagen: das eine geht vor, und sei es auch nur im wesentlichen, halte ich für problematisch. Vielleicht sind jedoch manche Vereinfachungen auch dadurch zu erklä-

ren, daß in Thesen komplexere Gedankengänge notwendigerweise verkürzt werden müssen.

Rauschnig: Ich möchte mich beim Vorstand für die Wahl des Themas bedanken und bei den Vortragenden und den meisten Beitragenden für den Tenor der Ausführungen: Fast einhellig wird eine erhebliche Zurückhaltung für die verfassungsrechtliche Dimension der Grundpflichten bekundet. Es ist gewiß nicht leicht für die Referenten, ein großes Referat auf der Staatsrechtslehrertagung zu halten mit der zurückhaltenden Aussage, daß es nur sehr wenige von den Gegenständen der Verhandlung, von den Grundpflichten, gibt. Die dogmatische Untersuchung und schon dieses Ergebnis – Seltenheit von Grundpflichten und Zurückhaltung bei der Herleitung im Verfassungsrecht – stellen einen wissenschaftlich bedeutenden Ertrag unserer Sitzung dar. In den Referaten und der Diskussion haben wir ein erhebliches Maß an Übereinstimmung feststellen können. Grundlegend ist zunächst die Feststellung, daß nicht nur keine Symmetrie zwischen Grundrechten und Grundpflichten gefordert werden kann, sondern, daß es sich auch nicht um eine do-ut-des-Beziehung oder um ein bedingendes Verhältnis handelt.

Zur Gehorsamspflicht als Grundpflicht darf ich vom Völkerrecht her auf ein paralleles Problem hinweisen: Ist der Satz „pacta sunt servanda“ ein Völkerrechtssatz oder ist er eine Voraussetzung des Völkerrechts? Entsprechend sehe ich die Gehorsamspflicht als Voraussetzung des Staates und nicht etwa als Grundpflicht an, und so kommen wir wirklich zu sehr wenig Grundpflichten von verfassungsrechtlicher Dimension. Auch können wir wieder als allgemeine Übereinstimmung feststellen, daß wir auch bei verfassungsrechtlich verankerten Pflichten zur Konkretisierung ein Gesetz brauchen.

Herr *Hofmann*, in einem Punkt möchte ich Sie noch zu einer Präzisierung herausfordern: Ich meine, daß wir nicht für ein belastendes Gesetz prinzipiell jeweils eine Legitimation in der Verfassung bedürfen, sondern daß wir auch, wenn es sich mit den Grundrechten vereinbaren läßt, pflichtbegründende Gesetze auch auf der Ebene des einfachen Gesetzes haben können. So können wir nur die besondere Herausgehobenheit dieser verfassungsrechtlich ausgesprochenen Pflichten feststellen, wir brauchen aber die Verfassungspflichten nicht umfassend und müssen nicht alle Pflichten verfassungsrechtlich begründen. Wir können außerdem dankbar feststellen, daß der Bereich der ethischen Pflichten, auch das Dienstethos, nicht in die Verrechtlichung einbezogen sind. Gewiß besteht eine all-

gemeine Verpflichtung, den Staat mitzutragen, und dem Wahlrecht entspringt auch eine Wahlpflicht, die Meinungsfreiheit zielt – auch – darauf ab, daß man sich eine Meinung bilde; ich halte es aber für eine Stärke, daß diese Pflichten nicht in die Rechtspflichten einbezogen sind, ebensowenig wie der ehrenamtliche Dienst, der freiwillig geleistet wird, der den Staat trägt.

In zwei Punkten möchte ich gegen Ihre Ausführungen, Herr *Hofmann*, Widerspruch erheben: Ich sehe in Art. 79 Abs. 3 GG keine Garantie gegen die Änderung der verfassungsrechtlichen Grundpflichten; ich kann einfach den Verweis auf Grundpflichten in dieser Vorschrift nicht finden. Und weiterhin möchte ich Ihrer bei Leitsatz 31 vorgetragenen These widersprechen, daß in der Kalkar-Entscheidung eine ungeschriebene Grundpflicht verfassungsrechtlicher Art beschworen worden sei.

Breuer: Die beiden Referenten haben einen grundsätzlichen Konsens erkennen lassen, der sich in wenigen Worten zusammenfassen läßt: Es gibt keine Symmetrie – wie Sie formuliert haben, Herr *Hofmann* – zwischen Grundrechten und Grundpflichten. Grundrechte sind originär, Grundpflichten sind es nicht. Grundpflichten sind auf gesetzliche Ausprägung angewiesen, und wenn es Grundpflichten in unserer Verfassung gibt, dann sind sie nur in sehr differenzierter Weise angelegt. Dennoch teile ich eine gewisse Skepsis mit Herrn *Erichsen* zusammen, wenn ich mich frage, welche praktischen Konsequenzen sich aus diesen Erkenntnissen ergeben. Zunächst meine ich, daß man zwei Arten von Grundpflichten, jetzt im echten verfassungsrechtlichen Sinne verstanden, unterscheiden muß. Zum einen gibt es die Grundpflichten, die sich auf den zwischenmenschlichen Bereich beziehen; zum anderen haben wir über Grundpflichten diskutiert, die unmittelbar staatsgerichtet sein sollen, wie z. B. die Wehrpflicht, die Steuerpflicht und vielleicht auch die Pflicht zur Verfassungstreue.

Zum Bereich der zwischenmenschlichen Grundpflichten haben Sie, Herr *Hofmann*, die These vertreten, wir müßten die Grundpflicht als verfassungsrechtliche Figur einführen. Mir ist allerdings, offen gestanden, nicht klar geworden, ob damit eigentlich in den praktischen Konsequenzen etwas Neues gesagt sein soll. Bisher haben wir mit den Figuren der grundrechtsimmanenten Schranken, mit den Figuren der Grundrechtskollision, mit den Figuren objektiver Werte und des institutionellen Grundrechtsverständnisses versucht, Minimalpflichten aus der Verfassung herauszulesen, die die Frei-

heitsausübung des einen einschränken, damit die Freiheit des anderen gewahrt werden kann. Bedeutet es also – das ist die Frage an Sie, Herr *Hofmann* – wirklich etwas Neues, wenn wir diese ganzen Denkkategorien und Probleme jetzt unter verfassungsrechtliche Grundpflicht bringen. Herr *Götz*, Sie haben in diesem Punkt jedenfalls theoretisch einen anderen Ausgangspunkt vertreten. Dies mag in der Tendenz meiner Bemerkungen liegen; ich frage aber, ob Sie Ihren Ansatz durchgehalten haben, denn was Sie in Teil III Ihres Referates über die Sozialpflichtigkeit, insbesondere des Eigentums, gesagt haben, berührt meines Erachtens doch wieder den Problembereich der zwischenmenschlichen Grundpflichten – falls es hier überhaupt Grundpflichten gibt.

Eine verfassungsrechtlich neue Perspektive könnte sich meines Erachtens – ich formuliere bewußt vorsichtig – für die unmittelbar staatsgerichteten Pflichten ergeben. Nun will ich nicht noch einmal die Debatte über die Wehrpflicht und über die Steuerpflicht aufgreifen. Wir haben indessen die Verfassungstreue allenfalls andiskutiert. Ich will diesen Punkt aber nicht untergehen lassen. Herr *Götz* hat meines Erachtens zu Recht gesagt, daß es eine allgemeine Verfassungstreuepflicht des Bürgers nicht gibt. Der Beamte hat indessen nach Art. 33 Abs. 4 und 5 des Grundgesetzes nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung sehr wohl eine weitergehende positive Pflicht zur Verfassungstreue. Hier differieren offenbar die Standards der rechtlichen Inpflichtnahme auf der einen Seite des Bürgers, auf der anderen Seite des Beamten. Kritisch werden die differierenden Standards, wenn wir einmal an den beamteten Hochschullehrer denken, der die Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG in Anspruch nimmt. Gilt für ihn nur der Minimalstandard des allgemeinen Bürgerstatus ohne eine positive Verfassungstreuepflicht oder gilt für ihn, weil er Beamter ist, die positive Verfassungstreuepflicht mit dem – aus meiner Sicht problematischen – Ergebnis, daß er sich in seiner Lehre als Historiker, als Soziologe, vielleicht auch als Jurist, positiv zu den Grundwerten des Grundgesetzes bekennen muß und keine kritischen Tendenzen verlautbaren lassen darf? Dies wäre eine kritische Frage zum Schluß, die sich an beide Referenten richtet.

Vorsitzender: Danke, Herr *Breuer*. Jetzt noch ein Kurzbeitrag von Herrn *Oppermann*, dann müssen wir die Diskussion abschließen.

Oppermann: Nachdem sich nahezu jeder Zweite, wenn nicht noch mehr, zugunsten der „Asymmetrie“ ausgesprochen haben, möchte ich doch einmal sagen, daß ich die Frage so zumindest für zweideutig, um nicht zu sagen, für gefährlich gestellt halte, Symmetrie oder Asymmetrie. Meines Erachtens ist es damit so ähnlich wie bei der Güterabwägung. Man kann nur im konkreten Fall zwischen Grundrecht und korrespondierender Grundpflicht abwägend im Einzelfall feststellen, wie die Gewichte verteilbar sind. Ich glaube nicht, daß es eine zwangsläufige Symmetrie gibt, wie immer sie auch im einzelnen gemeint sein mag, aber auch nicht, daß es sozusagen eine „a priori'sche Asymmetrie“ in diesem Zusammenhang unter jedem denkbaren Gesichtspunkt gibt.

Vorsitzender: Danke, Herr *Oppermann*. Ich darf jetzt den Referenten das Schlußwort geben. Zuerst bitte Herr *Hofmann*.

Hofmann: Meine Herren Kollegen, ich bitte um Nachsicht, daß ich nicht zu allen Diskussionsbeiträgen, denen ich viele Anregungen verdanke, Stellung nehmen konnte, und daß ich das jetzt auch im Schlußwort nicht nachzuholen vermag. Aber doch wenigstens einige ganz kurze Bemerkungen darf ich noch anfügen. Ich bin Herrn *Grimm* immer noch eine Antwort auf seine Einwendungen schuldig. Zum Teil berühren sie sich mit dem ersten Einwand, den Herr *Hollerbach* vorgetragen hat, in gewisser Weise auch mit dem Votum von Herrn *Kirchhof*. Glücklicherweise sehe ich mich in der Lage, hier auf die Intervention von Herrn *Isensee* verweisen zu können. Zu Herrn *Hollerbach*, der ja eine sehr grundsätzliche Frage aufgeworfen hat, nämlich die Frage, ob es reicht, nur dieses Prinzip der Freiheit zu beschwören, was ja, so gesehen, nur aus der Negation lebt, der Negation von Bindungen, und keine Sinnerfüllung erkennen läßt. Sicher ist es so, daß von hier aus, wie Sie sagen, weiter gedacht werden muß. Es ist für mich persönlich überhaupt keine Frage, daß diese weitergehenden Probleme nicht nur diskussionswürdig, sondern der Diskussion höchst bedürftig sind. Ich bin allerdings auch der Meinung, daß hier der Bereich ist, der bei aller Wichtigkeit im liberalen Verfassungsstaat nicht mehr rechtssatzfähig faßbar ist. Auch Herrn *Schuppert* bin ich noch eine Bemerkung schuldig. Nur ein Wort: Ja, ich habe versucht, die Grundpflichten in ihrem Bezug zu Staatsaufgaben zu sehen; ich kann das also nur unterstreichen, was Sie diesbezüglich gesagt haben, muß auf der anderen Seite aber davor warnen, es in dem Sinne der Herleitung von Grundpflichten aus der Staatsraison zu verstehen. Das ist nicht mein Standpunkt. Ich meine, wenn, dann Herlei-

tung aus der Verfassungsraison des Verfassungsstaates – und das ist etwas anderes. Eine kleine Ergänzung – wenn Sie erlauben, Herr *Schuppert* – noch zu dem, was Sie gesagt haben und was genau in dieselbe Richtung geht: Ich bin der Meinung, daß es, wenn man schon verfassungspolitisch diskutiert – ich knüpfe da an eine Ihrer Bemerkungen an –, es in der Tat wichtiger ist, daß Steuern wirklich von allen bezahlt werden, als daß die allgemeine Steuerpflicht proklamiert und sehr komplizierte, folglich auch umgehbbare Steuergesetze geschaffen werden. Zu Herrn *Suhr*: Ich stimme Ihnen völlig bei, wenn Sie bei ungeschriebenen Grundpflichten zur Vorsicht mahnen. Ich begrüße, daß Herr *Suhr* das Thema des Facettenreichtums des Pflichtenbegriffs noch einmal sehr differenziert aufgenommen hat, und möchte ihm versichern, daß meine Vorstellung von Freiheit nicht die der Freiheit eines isolierten Individuums ist. Herr *Roellecke* hätte mich fast in Verlegenheit gebracht durch seine überraschenden Fragen nach möglichen Inkonssequenzen im Leitsatz 16. Sein Einwand: Ist der Gedanke der Asymmetrie durchzuhalten, wenn ich ihn mit Denkfiguren der Symmetrie wieder abmildere? Ja, er ist durchzuhalten, wenn auch modifiziert und gemildert. Die Notwendigkeit der Modifizierung und Milderung ergibt sich daraus, daß diese Asymmetrie massenhaft auftritt und deswegen ein Bindemittel vorhanden sein muß. Aus logischen Gründen ist das nur mit Denkfiguren der Symmetrie zu gewinnen und nicht mit Denkfiguren der Asymmetrie. Zum Leitsatz 20: Natürlich habe ich bei der Formulierung von der Begründung des zu setzenden Rechts durch Grundpflichten auch an den Sinn von Legitimation gedacht. Zum Glück hat das Wort „begründen“ ja noch eine andere Bedeutung, die hier nochmals anzusprechen oder zu entfalten nicht die Zeit ist. Im übrigen sehe ich auch keinen Widerspruch. Warum soll aus einer demokratischen Verfassungsgesetzgebung nicht demokratische Legitimation für den dann konstituierten Gesetzgeber erwachsen? Zu Herrn *Kloepfers* Bemerkung über meine These 18: „Im wesentlichen“ muß drinstehen, weil sonst der Satz in sich nicht mehr stimmig ist. Daß ich das „grundrechtsfest“ in Anführungszeichen gesetzt habe, hat nichts damit zu tun, daß ich mir ein Hintertürchen sichern wollte, sondern geschah einfach deswegen, weil es ein Kunstwort ist, das sich an ein anderes, ganz bekanntes aus der Weimarer Zeit anlehnt. Um das zu kennzeichnen, steht es in Anführungszeichen. Zu Herrn *Rauschning*: Ja, Belastung ohne Gesetze ist möglich. Das ist nur ein Problem der Definition von Belastung. Das ist ja auch das Problem bei der von Ihnen noch einmal angeführten Frage der

technischen Risiken. Das ist wirklich nur ein Problem der Definition von Belastungsgrenzen. Was die Verbindung der Aufhebbarkeit oder Abänderbarkeit von Grundpflichten mit Art. 79 Abs. 3 GG anlangt, so vertraue ich darauf, daß die Frage sich Ihnen nach der Lektüre des vollständigen Textes anders stellt. Zu Herrn *Breuers* Erkundigung nach den praktischen Konsequenzen: Diese Frage ist mir nicht neu und nicht fremd. Ich habe am Schluß meines Referats auch deutlich darauf hingewiesen, daß ich die praktische Konsequenz meiner Ergebnisse nicht sehr hoch einschätze. Insbesondere liegt mir die Behandlung völlig fern, daß mit der Figur der Grundpflicht irgendwelche Fälle besser zu lösen seien. Vor einer solchen Vorstellung habe ich ausdrücklich gewarnt. Allerdings darf ich gegen das, was Sie gesagt haben, einwenden: Wenn Sie – so etwa haben Sie formuliert – sagen: Wir hatten doch bisher auch Denkfiguren, mit denen wir – so wörtlich – Verpflichtungen aus der Verfassung herausgelesen haben, ja, warum dann nicht einmal nach der Kategorie dieser Verpflichtungen fragen? Mehr war nicht beabsichtigt. Das Thema lautete ja auch: Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension. Ich meine, gerade bei sorgfältiger Beachtung und Bearbeitung dieser Thematik – jetzt spitze ich zu – durfte eigentlich gar nicht allzuviel praktisch Verwertbares herauskommen. Eine allerletzte Bemerkung zu Herrn *Oppermann*: Nein, ich bleibe dabei: konkrete Kollisionen mit Vorrang der Pflicht; aber apriorische, prinzipielle Asymmetrie von Recht und Pflicht – sonst, glaube ich, wäre der Verfassungsstaat der Freiheit am Ende.

Lassen Sie mich zum Schluß ein Wort des Dankes sagen an alle Diskussionsteilnehmer, denen ich viele Anregungen verdanke, ein Wort des Dankes weiterhin an den Vorstand, daß er dieses Thema auf die Tagesordnung gesetzt hat. Dank schulde ich dem Vorstand insbesondere dafür, daß er mich mit der Aufgabe des Koreferats betraut hat. – Wenn man, aus einer teils lutherischen, teils hugenottischen Familie stammend, auf ein Gelehrtenkonzil nach Konstanz geladen wird, um seine rechte Pflichtauffassung zu bekennen, so schließt das einige Bezüglichkeiten ein. Nach meiner Familientradition läge es nun nahe, zu schließen mit einem Wort von Christoph Martin Wieland: „Laß dir an dem Bewußtsein genügen, deine Pflicht getan zu haben, andere mögen es erkennen oder nicht.“ Aber dieses Wort von Wieland würde nicht die Empfindungen wiedergeben, die meine Arbeit begleitet haben – da paßt viel besser ein Vers von Rabindranath Tagore: „Und siehe, aus Pflicht ward Freude.“

Ich danke Ihnen.

Vorsitzender: Herzlichen Dank, Herr *Hofmann*. Ich darf nun Herrn *Götz* um sein Schlußwort bitten.

Götz: Ich bedanke mich, daß ich auch noch das Wort bekomme, obwohl es schwer ist, in die getragene Stimmung der abschließenden Worte von Herrn *Hofmann* hinein noch einmal Prosa zu sprechen. Bitte, üben Sie sich in Ihrer Toleranzpflicht, wenn ich dies demnach – aber mit der mir hoffentlich zu Gebote stehenden Kürze – tun werde. Das erste Stichwort, auf das ich eingehen möchte, ist das der Rechtsvergleichung. Innerhalb der westlichen Verfassungen finden wir eine gewisse Expansion von Grundpflichten in den neuen südeuropäischen Verfassungen. Spanien und Portugal sind erwähnt worden, auch Griechenland gehört dazu. Es ist bemerkenswert, daß diese Pflichtenkataloge eine stark sozialstaatliche Tendenz haben. Das ist bei der portugiesischen Verfassung selbstverständlich, gilt aber auch für die übrigen Verfassungen. Man wird sagen müssen, daß diese sozialstaatliche Tendenz umso auffälliger ist, als der Sozialstaat in den betreffenden Ländern nur schwach entwickelt ist. Grundpflichten also als Programmatik. Im Gegensatz dazu schweigt sich die schwedische Verfassung von 1975 praktisch über Grundpflichten aus.

Das zweite ist noch einmal die hier kontrovers diskutierte Frage, wie weit die Grundrechtsschranken in die Thematik der Grundpflichten einzubeziehen seien. Meine vorsichtige Position, die in dem Leitsatz 2 zum Ausdruck gekommen ist, stützt sich – und ich danke Ihnen, Herr *Klein*, daß Sie das schon formuliert haben – zusammenfassend letztlich darauf, daß wir uns bei der Extraktion von Pflichten aus den Schrankennormen der Verfassung in die Gefahr begeben, einen reichhaltigen allgemeinen Pflichtenstatus zu entwickeln. Ich halte beispielsweise das Problem der Einhaltung von Sicherheit und Ordnung, auch das Problem der Friedenspflicht im Zusammenhang von unfriedlichem Verhalten etwa bei Versammlungen, am richtigsten und zuverlässigsten bei der herkömmlichen Schrankendogmatik aufgehoben – im Hinblick auf die Entwicklung, die diese unter dem Grundgesetz also durchlaufen hat, mit den starken Differenzierungen durch Übermaßverbot und Verhältnismäßigkeit. Ich habe natürlich, Herr *Zippelius*, nicht unterstellen wollen, daß Sie das beiseitewischen wollen. Ich habe nur Gefahren andeuten wollen, die aus meiner Sicht eintreten, wenn wir die Gemeinwohlschranken der Grundrechtsausübung in Grundpflichten umformulieren und umdeuten. Ich möchte aber noch einmal daran erinnern, daß ich, wie im Leitsatz 6 zusammenfassend formuliert ist, auch für die

Grundrechtsausübung Pflichten anerkenne, Pflichten, die Beiträge zur Kollisionsmilderung, -vermeidung und -bewältigung darstellen sollen. Ich könnte mir denken, daß das Toleranzprinzip, Herr *Hollerbach* – das im übrigen natürlich umfassender erörtert werden müßte, als dies hier geschehen kann – in der Tat ein Punkt ist, über den wir uns im Rahmen meiner These 6 verständigen können. Ich möchte dann auf die Fragen von Herrn *Breuer* eingehen. Ich glaube nicht, daß die Auffassung von der Asymmetrie zwischen Grundrechten und -pflichten, die ich ja ebenfalls vertrete, durch die im Zusammenhang mit der Eigentumsgarantie gemachten Aussagen in Frage gestellt wird. Natürlich gibt es hier wechselseitige oder – wie Sie es genannt haben – zwischenmenschliche Pflichten. Solche Pflichten sind durch die gesetzliche Eigentumsordnung normiert. Auf die Frage nach der Verfassungstreue der beamteten Hochschullehrer würde ich bejahend antworten und unterlasse wegen der fortgeschrittenen Zeit dazu weitere Ausführungen. Herr *Suhr* hat den Gedanken der Entfaltung des Menschen durch den Menschen vorgetragen, der mir nicht fremd ist, weil ich davon ausgehe, daß die Entfaltung des Menschen ohnehin in der Gesellschaft, in der Interaktion, stattfindet und nie anders stattfinden kann. Ich bin Herrn *Suhr* dankbar dafür, daß er uns daran erinnert hat, daß wir einige begriffliche Differenzierungen in das Pflichtenthema einbringen müßten: die Obliegenheit im Unterschied etwa zu Pflichtigkeit und Pflicht. Wenn wir – ich darf vielleicht Herrn *Hofmann* gleich miteinbeziehen – insgesamt nur von Pflicht gesprochen haben, dann haben wir nur abkürzend gesprochen, um nicht durch zu scharfe begriffliche Unterscheidungen von der allgemeinen Fragestellung abzulenken. Natürlich ist vieles nur Obliegenheit, etwa auch das, was ich als eine Pflicht zur Kollisionsvermeidung und Kollisionsbewältigung bei der Grundrechtsausübung bezeichnet habe.

So komme ich abschließend zu der Frage des Ertrages. Hier steht es natürlich dem Referenten nicht an, den Ertrag dessen, was vorgetragen wurde, selbst zu beurteilen. Das Anliegen, das ich verfolgt habe, war, bei aller Skepsis und Vorsicht doch aus Überzeugung, das Existenzrecht der Grundpflichten im geltenden Verfassungsrecht darzulegen, und zwar materialer Grundpflichten, nicht lediglich einer in die Nähe der formalen Grundpflicht rückenden Gehorsamspflicht, sondern Grundpflichten je spezifischen materialen Inhalts, die weder durch eine Generalklausel noch durch ein System verbunden sind, sondern die einzelne Pflichtelemente verfassungsrechtlicher öffentlicher Ordnung darstellen. Dies sind nicht, Herr *Dagto-*

glou, Höchstplichten. Die Grundpflichten, über die wir gesprochen haben, können durch andere gesetzliche Pflichten ergänzt werden, die dann ihrerseits dem Verfassungsmäßigkeitstext unter Heranziehung der Grundrechtsschrankennormen unterworfen sind. Aber es kam auf das Existenzrecht der materialen Grundpflichten an. Darüber hinaus ist vieles offen geblieben. Herr *Hofmann* hat eine ausdrückliche Kategorie offener Fragen aufgenommen, die bei mir ungeschrieben auch mitzudenken ist. Auch ich gehe davon aus, daß Fragen offen geblieben sind. Das gilt insbesondere für die von Ihnen, Herr *Ericksen*, aufgeworfenen Fragen eines Pflichtgehalts innerhalb der Medienstruktur. Ich gehöre selbst zu den ganz wenigen Öffentlich-rechtlern, die sich noch nie über Fragen der Medien verbreitet haben, und habe auch nicht vor, diesen Zustand der Unschuld bei dieser Gelegenheit zu verlieren.

Ich möchte schließen mit meinem herzlich empfundenen Dank gegenüber allen, die die Referate einer so breit angelegten Diskussion für würdig gefunden haben, und danke dem Vorstand für den Vertrauensbeweis, den ich darin erblicke, daß er mich mit dem Referat beauftragt hat.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr Götz. Wir sind damit am Ende der Beratungen angekommen. Ich möchte allen danken, die durch ihre Beiträge mitgewirkt haben, das Thema noch weiter zu vertiefen. Ich möchte aber auch denen danken, die fruchtbar geschwiegen und anregend zugehört haben. Was die beiden Referenten betrifft, so glaube ich, in Ihrer aller Namen sagen zu können: Es war uns die reine Freude, Herr *Hofmann* und Herr Götz, und dafür danken wir Ihnen sehr herzlich.

Damit schließe ich die Aussprache.

Zweiter Beratungsgegenstand:

Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschuttauftrag

1. Bericht von Professor Dr. *Rainer Wahl*, Freiburg*

Inhalt

	Seite
I. Ausgangsthesen	153
1. Das Verwaltungsverfahren als Verwirklichungsmodus des Verwaltungsrechts	153
2. Die verfahrensspezifische Sicht ex ante.	156
II. Die Funktionen des Verwaltungsverfahrens	157
1. Zielkonflikte im Verwaltungsverfahren.	157
2. Zusätzliche Anforderungen an Verwaltungsverfahren aus Gründen der Kompensation	158
III. Rechtswahrungsauftrag und Verwaltungseffizienz.	159
1. Rechtswahrung und vorverlagerter Gerichtsschutz im Verwaltungsverfahren.	160
2. Verwaltungseffizienz	162
IV. Felder der Komplementarität und Neutralität zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtswahrung	164
V. Verfassungsrechtliche Spielräume für die Berücksich- tigung von Verwaltungseffizienz: Die Geltung der Grund- rechte im Verwaltungsverfahren	166
1. Die Normalität der Geltung der Grundrechte im Verwaltungsverfahren.	166
2. Staatliche Schutzpflicht und verfassungsgebotenes Verfahrensrecht	167
3. Verfassungskonforme Auslegung von Verwaltungs- verfahrensrecht.	169
4. Vorverlagerter Gerichtsschutz im Verwaltungs- verfahren	169

* Für vielfältige Hilfe, insbesondere für beharrliches Nachfragen und weiterführende Kritik danke ich Herren Dr. F. Rottmann, R. Schmalz, G. Hermes und A. Hesse. Mit großem Engagement hat Frau E. Schurr tatkräftig geholfen.

VI. Die Regelungen des Konfliktverhältnisses zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtswahrungsauftrag im Verwaltungsverfahrensgesetz	171
1. Verwaltungsverfahren als Verwirklichungsmodus von speziellem Verwaltungsrecht	171
2. Lösungen des Konflikts zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtswahrungsauftrag im VwVfG	172
3. Die Notwendigkeit von sektoralem und bereichsspezifischem Verfahrensrecht	173
4. Die effizienzorientierte Regelung des § 46 VwVfG: Die Überholung des Verwaltungsverfahrens durch das Gerichtsverfahren	175
VII. Konfliktentscheidungen zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtswahrung in den verschiedenen Sektoren des Verwaltungsrechts	178
1. Nicht-förmliche Verfahren	178
2. Asylverfahren	178
3. Massenverwaltung am Beispiel der Steuerverwaltung	178
4. Baugenehmigungsverfahren	180
5. Großverfahren – komplexe Verwaltungsentscheidungen	180
6. Raum- und umweltgestaltende Rechtssetzungsverfahren	185
VIII. Schluß	185

I. Ausgangsthesen^{1, 2}

Das Verwaltungsverfahren ist die Verwaltung in Aktion. Nicht alles, aber das meiste Verwalten geschieht in und durch Verfahren. Deshalb spiegeln sich fast alle Leistungen, aber auch fast alle Probleme der gegenwärtigen Verwaltung im Verwaltungsverfahren. Den Gründen dafür möchte ich in der 1. Ausgangsthese nachgehen.

1. Das Verwaltungsverfahren als Verwirklichungsmodus des Verwaltungsrechts

Das Verwaltungsverfahren ist im Bereich des vollzugsbedürftigen Verwaltungsrechts der *Verwirklichungsmodus* des Rechts. Jeder Fall der Rechtsverwirklichung muß ein Verfahren durchlaufen und wird dabei durch das ‚Medium‘ des Verfahrens geprägt und ausgeformt. Diese Grundthese ist zunächst näher darzulegen. Das öffentliche Recht ist, was die konkreten Berechtigungen und Verpflichtungen des einzelnen angeht, in seinem überwiegenden Teil³ *verfahrensabhängig*, weil es vollzugsbedürftig ist oder generell von Vermittlungsakten der Verwaltung abhängig ist⁴. Um diesen Teil des öffentlichen Rechts geht es im folgenden allein. Das öffentliche Recht beschränkt sich dabei nicht auf die Statuierung von primären Verhaltensgeboten oder -verboten für die einzelnen, sondern die generellen Gesetzesvorschriften sind durch Vermittlungsakte der Verwaltung zu konkretisieren. Die erforderlichen Verwaltungsverfahren sind *notwendige* Teile der Prozesse, in denen das Verwaltungsrecht erst zur Verwirklichung kommt

¹ Angesichts der vorgegebenen Begrenzungen der Anmerkungen werden in erster Linie die jeweils neuesten Veröffentlichungen nachgewiesen und dabei zugleich auf deren Literaturangaben verwiesen. Diese inzidente Bezugnahme gilt auch für frühere grundlegende Arbeiten sowie für die Lehrbuch-, Kommentar- und allgemeine monographische Literatur.

² Hervorgehoben seien die Begleitaufsätze zum Thema von Ch. Degenhart, DVBl. 1982, S. 872; F. Ossenbühl, NVwZ 1982, S. 465; W.-R. Schenke, VBlBW 1982, S. 313; R. Steinberg, DÖV 1982, S. 619. – Der Aufsatz von A. v. Mutius, NJW 1982, S. 2151 konnte nicht mehr berücksichtigt werden.

³ Die Einschränkung bezieht sich darauf, daß nur das vollzugsbedürftige und deshalb verfahrensabhängige Recht gemeint ist, dazu unten im Text.

⁴ In einem anderen, nämlich auf die Grundrechte bezogenen, Sinn gebraucht Ossenbühl, in: FS Eichenberger 1982, S. 183/184 ff. und ders., DÖV 1981, S. 1/5 f. den Begriff Verfahrenabhängigkeit.

und real wird. Vor dem Durchlaufen der Verfahren existiert die konkrete Berechtigung oder Verpflichtung des einzelnen nicht; sie kann jedenfalls nicht geltend gemacht werden. Das Verwaltungsverfahren ist deshalb in diesen Teilen des öffentlichen Rechts der *Modus* der primären Rechtsverwirklichung in jedem einzelnen Anwendungsfall. Verwaltungsgerichtsverfahren dagegen, mit denen man das Verwaltungsverfahren üblicherweise vergleicht, betreffen immer nur einen Teil, nämlich den streitbefangenen Ausschnitt der Rechtsverwirklichungsfälle. In Fällen des Konflikts ist der primäre Anlauf der Rechtsverwirklichung gescheitert; ein zweiter Anlauf, die Phase der Rechtsdurchsetzung ist erforderlich.

Im weiteren interessieren einige erste Folgerungen aus diesem Grundsachverhalt, daß das Verfahren der Verwirklichungsmodus des Verwaltungsrechts ist. Die konkreten Berechtigungen und Verpflichtungen des einzelnen sind ihrem Inhalt nach beeinflußt durch die Einwirkungsmöglichkeiten des einzelnen im Verfahren, sie sind aber auch geprägt und belastet durch die Verzerrungen, die mit Verfahren verbunden sind, geprägt und belastet also durch die unvermeidbaren *Kosten von Verfahren*⁵. Deshalb kann man sagen: Das Verwaltungsverfahren ist insoweit das *Medium* der Rechtsverwirklichung. Und wie jedes Medium „spiegeln“ die Verwaltungsverfahren und ihre Ergebnisse nicht nur die materiellen Regelungsabsichten der Normen wider, sondern das Medium bringt einiges hinzu, Positives wie Negatives.

Verwirklicht sind also z. B. viele Vorschriften des Steuerrechts erst, wenn sie als Ergebnisse eines weitgehend genormten, automatisierten Massenverfahrens vorliegen. Die Leistungsversprechen des Sozialrechts kommen beim Adressaten nur in der Weise an, wie ein Massenverfahren oder der häufige bürokratische Verfahrensstil das Ergebnis geprägt haben. Verwirklicht sind die wenigen materiellen Vorschriften des Atom- und Immissionsschutzrechtes bzw. des Fach- und Bauplanungsrechts nur mit dem Inhalt, den sie als typische Ergeb-

⁵ Wenn die Notwendigkeit einer Organisation und eines Apparats Folgen für den Verwirklichungsgrad eines materiellen Regelungszieles hat, und diese Folge *bürokratische Kosten* genannt werden kann (vgl. R. Wahl, Die Verwaltung Bd. 13 (1980), S. 273/275 ff.), so hat die Notwendigkeit eines Verfahrens infolge der selektierenden und kanalisierenden Wirkungen des Verfahrensrechts (dazu unten III 2) Folgen, die man als *Verfahrenskosten* bezeichnen kann. Wie im Hinblick auf die Organisation kann man auch beim Verfahren sagen: Es kommt etwas hinzu auf dem langen Marsch der Normen durch die Institutionen und Verfahren. Zum ganzen vgl. auch Steinberg (Fn. 2), S. 610.

nisse zumeist von Großverfahren annehmen. Mit diesen Beispielen sind zugleich die Verwaltungszweige aufgezählt, die in Teil VII behandelt werden.

Eine weitere Folgerung: Das Verwaltungsverfahren ist konstitutiver Teil des Verwirklichungsprozesses im Verwaltungsrecht⁶; das Verfahrensrecht ist natürlich auch konstitutiver Teil des Verwaltungsrechts. Das Verwaltungsverfahren kann dabei eine Teilbelastung für den Adressaten darstellen, z. B. dadurch, daß er die Aufnahme einer Betätigung bis zum Verfahrensabschluß aufschieben muß. Generell gesagt: Die Gesamtbelastung, die das öffentliche Recht einem einzelnen Bürger auferlegt, ergibt sich aus der Summe der Belastungen durch das Verfahren und durch die inhaltlichen Eingriffsermächtigungen. Entsprechendes gilt für den Gesamtschutz eines Drittbetroffenen und für den Gesamtvorgang des Leistens. Jedesmal ist das Verwaltungsverfahren ein Teil der Verwirklichungsprozesse. Die Kennzeichnung des Verwaltungsverfahrens als Verwirklichungsmodus des verfahrensabhängigen Verwaltungsrechts lenkt die Aufmerksamkeit auf die *Selbstverständlichkeit* der parallelen Problemstellungen und -lösungen sowie der ungelösten Probleme beim Verfahrensrecht einerseits und beim materiellen Recht andererseits. Das Verfahrensrecht ist also – natürlich – verfassungsabhängig. Es steht als konstitutiver Teil der Verwaltungsrechts unter der Direktive *genau der* verfassungsrechtlichen Prinzipien, die für das materielle Verwaltungsrecht geläufig sind. Es wirken also ein das Rechtsstaats-, das Sozialstaats-, auch das Demokratieprinzip. Und wenn erst in jüngster Zeit die grundrechtliche Dimension des Verwaltungsverfahrens stärker ins Bewußtsein gehoben worden ist⁷, dann äußert sich darin ein – beschränkter – Nachholbedarf; die Normallage wird jetzt erreicht. Eine besondere Bedeutung wird jedoch für das Verfahrensrecht durch die Qualifizierung als grundrechtsbeeinflusstes Recht nicht be-

⁶ Die bekannte Lehre vom *status activus processualis* (P. Häberle, VVDStRL 30, 1972, S. 43/80 ff.) erweist sich als grundrechtliche Formulierung dieser Einsicht, als verfassungsrechtlicher „Überbau“ über die im Text behandelte verwaltungsrechtliche Basis; vgl. auch dazu *ders.*, in: W. Schmitt Glaeser, (Hrsg.), FS f. Boorberg Verlag, 1977, S. 48 ff.

⁷ Siehe dazu unten V. – Die generellen Einwirkungen des Verfassungsrechts auf das Verwaltungsverfahren sind aus den frühen Arbeiten von C. H. Ule (Ule/Becker, Verwaltungsverfahren im Rechtsstaat, 1964, und zahlreiche Aufsätze, jetzt z. T. in *ders.*, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1979, enthalten) und von F. Kopp, Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahren, 1971, bekannt.

gründet. Wenn nahezu alles (Verwaltungs-)Recht letztlich konkretisiertes Verfassungsrecht ist, wird damit nichts *Auszeichnendes* mehr gesagt.

2. Die verfahrensspezifische Sicht *ex ante*

Die aufgezeigte Parallelität zwischen Verfahrensrecht und materiellem Verwaltungsrecht in grundsätzlichen Fragestellungen schließt es natürlich nicht aus, daß das Verwaltungsverfahren eigenständige Problemkreise aufwirft. Im Gegenteil macht das Verfahren sogar eine spezifische Betrachtung erforderlich. Verfahren haben es mit Abläufen in der Zeit zu tun; die typisch verfahrensbezogene Sicht ist deshalb die *Sicht ex ante*⁸. In der Steuerung dieser Abläufe, und nicht in der Kontrolle des Ergebnisses liegt die vornehmliche Aufgabe des Verwaltungsverfahrensrechts. Diese Sicht *ex ante* ist aber nicht die bevorzugte Perspektive des überkommenen deutschen Verwaltungsrechts. In einiger Verkürzung gesagt: das Verwaltungsrecht ist in seiner Entwicklung und gegenwärtigen Ausprägung maßgeblich von der *nachträglichen Kontrollperspektive* bestimmt. Prägend war und ist die Perspektive *ex post* mit ihrem Ansatz bei den getroffenen Entscheidungen und bei der nachträglichen Beurteilung der inhaltlichen Richtigkeit. Die Ursache dafür liegt darin, daß die entscheidenden Fortschritte der Verwaltungsrechtsdogmatik als Antworten auf die Herausforderungen der umfassenden Gerichtskontrolle entstanden sind. Dadurch ist die Verwaltungsrechtswissenschaft eine vorwiegend auf die Gerichtsperspektive hin orientierte Doktrin geworden⁹.

Die weiteren Überlegungen gehen von der These aus, daß die spezifischen Funktionen und vor allem auch die eigenständigen Schutzmechanismen des Verwaltungsverfahrens nur in der Sicht *ex ante* zureichend erkennbar sind.

⁸ Die typisch verfahrensbezogene Sicht geht aus von Behauptungen, von Unsicherheiten, von der Offenheit der Entscheidung, die regelmäßig am Beginn des Verfahrens noch bestehen. Zum ganzen Degenhart (Fn. 2), S. 875 f.

⁹ Dazu jetzt grundsätzlich E. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee und System, 1982, S. 58 ff.

II. Die Funktionen des Verwaltungsverfahrens

1. Zielkonflikte im Verwaltungsverfahren

Die Funktionen des eigenständigen Verfahrenstyps *Verwaltungsverfahren*¹⁰ sind – natürlich – auf die Funktionen der Verwaltung bezogen und deshalb vom *Gesamtauftrag* der Verwaltung abzuleiten. Da dieser sich nicht in der Einhaltung der Rechtmäßigkeit des Handelns erschöpft, gilt auch für das Verwaltungsverfahren zwangsläufig eine Vielzahl von Anforderungen an die Qualität seiner Abläufe und seiner Ergebnisse. Plastisch wird das spezifische Dilemma der Verwaltung in Kennzeichnungen, die die prinzipiellen Möglichkeiten zur Erfüllung dieser verschiedenen Anforderungen in der Figur des *magischen Vielecks* erfassen. So kann man den Erfolg des Verwaltungshandelns als Optimierungsproblem des magischen Vierecks: Rechtmäßigkeit, Wirtschaftlichkeit, Zweckmäßigkeit und Bürgernähe bestimmen¹¹. Beim vorliegenden Problembezug lassen sich für das Verwaltungsverfahren als weitere ‚Eckpunkte‘ das zeitliche Kriterium der Rechtzeitigkeit und Schnelligkeit sowie die demokratiebezogenen Aspekte der Legitimierung und der Befriedigung anfügen.

In dieser Sicht erweist sich das Verhältnis des Rechtsschutzauftrags zur Verwaltungseffizienz als ein Ausschnitt dieser generellen Dilemma-Struktur; sie besetzen zwei ‚Eckpunkte‘ des Vielecks. Diese Kennzeichnung schließt Felder der wechselseitigen Ergänzung und Neutralität bei der Verwirklichung dieser Ziele nicht aus, sie besagt aber auch und grundsätzlich, daß ein Faktor des magischen Vielecks nicht isoliert maximiert werden kann, ohne unverhältnismäßige Nachteile für die anderen Faktoren zu bewirken. Im Gesamtauftrag des Verwaltungsverfahrens sind jedenfalls auch Zielkonflikte zwi-

¹⁰ Das Verwaltungsverfahren ist neben dem parlamentarischen Verfahren und dem Gerichtsverfahren ein eigengearteter dritter Verfahrenstyp (diese Dreiteilung schon bei N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 1969); die kennzeichnende *verfahrensleitende* Position des Amtsträgers ist die verfahrensrechtliche Parallele zur materiell-rechtlichen Befugnis der Verwaltung zur einseitig verbindlichen Konkretisierung des Verwaltungsrechts. In dieser Amtsstellung ist der Amtsträger *nicht* Richter in eigener Sache – der Richter kommt erst noch möglicherweise; der Amtsträger ist auch nicht Partei, weil der Parteibegriff vom Gegensatz zum unabhängigen Dritten als dem Entscheiden lebt.

¹¹ So die zusammenfassende These in: F. X. Kaufmann, (Hrsg.), *Bürgernahe Sozialpolitik*, 1979, S. 537, s. a. S. 508.

schen den einzelnen Anforderungen von Anfang an mitprogrammiert¹².

2. Zusätzliche Anforderungen an Verwaltungsverfahren aus Gründen der Kompensation

In einem zweiten Sinne ist der Gesamtauftrag der Verwaltung von anderen Faktoren abhängig – nämlich von der Ausfüllung und Erfüllung der anderen Staatsfunktionen. Im Gesamtzusammenhang von Gesetzgebung, Verwaltung und Gerichtsbarkeit kommt der Verwaltung die unpräzisierte Funktion zu, die die bekannte Definition der Verwaltung nach der Substraktionsmethode indiziert. Die Unschärfen dieser oder auch der positiven Umschreibungen der Verwaltung teilen sich dem Begriff des Verwaltungsverfahrens mit, der durch § 9 VwVfG ja nur für den Zweck dieses Gesetzes und auch insoweit unbefriedigend eng formuliert ist¹³. Jedenfalls können raumgestaltende Rechtssetzungsverfahren unterhalb der Ebene der zentralen Instanz nicht aus der Sachproblematik der Verwaltungsverfahren ausgeklammert werden.

Nur im Kernbereich des Idealtyps der Vollzugsverwaltung braucht die Verwaltung in ihren Verfahren Legitimationswirkungen nicht oder kaum zu erbringen, so wie sie dort auch einer quasi perfekten Gerichtskontrolle unterworfen ist. In den Brennpunkten der modernen Verwaltung, bei den gestaltenden und komplexen Verwaltungsentscheidungen, operiert die Verwaltung dagegen im Feld schwacher gesetzlicher Programmierung – mit der doppelten Folge, daß in und durch das Verwaltungsverfahren Legitimationswirkungen erwartet werden und daß zugleich in und durch das Verwaltungsverfahren Defizite in nachträglichen Gerichtsverfahren kompensiert werden sollen¹⁴. Von den benachbarten Staatsfunktionen aus

¹² Diese prinzipiell bestehenden Zielkonflikte schließen es aus, den Auftrag des Verwaltungsverfahrens entweder nur unter Schutzgesichtspunkten für den einzelnen (nur als Spiel der Beteiligungsrechte, Schmidt-Aßmann (Fn. 9), S. 44) oder nur unter Effizienzgesichtspunkten zu sehen. Zur Disposition einer Ab- und Ausgleichung mit anderen Forderungen steht dabei natürlich nicht die Rechtmäßigkeit als solche, sondern das Ausmaß der Verrechtlichung und der Umfang des Rechtswahrungsauftrags.

¹³ Dazu statt aller Schmitt Glaeser, in: ders., (Fn. 6), S. 1/24.

¹⁴ Es wird zuwenig im Zusammenhang gesehen, daß die schwache gesetzliche Programmierung Ursache und Anlaß für die beiden in der Verwaltungswirklichkeit zusammentreffenden Kompensationspostulate ist. Zum zweiten Aspekt J. Schwarze, Der funktionale Zusammenhang von Verwaltungsverfahrensrecht und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz, 1974.

werden also Teilen der Verwaltung zusätzliche konkrete Funktionen aufgelastet und damit die Anforderungen an die Verfahren in einem Maße erhöht, daß bei der gestaltenden und abwägenden Verwaltung von einem Engpaßproblem der gegenwärtigen Verwaltung gesprochen werden muß.

Freizeichnen kann sich die Verwaltung von keiner der beiden Kompensationsforderungen: zum einen ist jenseits aller Wellenbewegungen von Partizipationsbegeisterung und Partizipationsverketzerung festzustellen, daß angesichts manifester Akzeptanzprobleme verwaltungs- und rechtspolitisch genügend Anlaß besteht, die komplexen Verfahren für Formen der Öffentlichkeits- und Jedermannsbeteiligung zu öffnen¹⁵. Zum anderen ist die gesteigerte Bedeutung der Entscheidungsprämisse¹⁶ Verfahren bei geringer Dichte der Entscheidungsprämisse Rechts- und Sachprogramm unter dem Stichwort des vorverlagerten Gerichtsschutzes heute praktisch außer Streit¹⁷. Man kann diesen Zusammenhang als neuere Je-Desto-Formel bezeichnen, womit sogleich erinnert sein soll an die bekannten ‚Gleichungen‘ von Kollegen *Bettermann* in seinem Referat von 1958¹⁸. Ging es damals um eine flächendeckende Systementscheidung zwischen insgesamt mehr Verwaltungsgerichtsbarkeit oder insgesamt mehr Förmlichkeit im Verwaltungsverfahren, so geht es bei der aktuellen Formel um Teilbereiche, in denen der weit ausgebauten Verwaltungsgeschutz volle Leistungen nicht erbringen kann und deshalb der Schutz des einzelnen verstärkt im Verfahren gesucht wird.

III. Rechtswahrungsauftrag und Verwaltungseffizienz

Zwischen Verwaltungseffizienz und Schutzauftrag gibt es, wie erwähnt, drei unterschiedliche Felder der Zielbeziehungen. An diesen richtet sich die Gliederung der weiteren Ausführungen aus. Zuvor ist jedoch der Inhalt der beiden Ziele zu kennzeichnen.

¹⁵ Eindringlich dazu *W. Schmidt*, VVDStRL 33, 1975, S. 183/203 ff., 207 ff., 219 ff. und *ders.*, Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts, 1982, Rn. 142 ff., 179 ff.

¹⁶ Zum grundlegenden Begriff der Entscheidungsprämisse vgl. Nachweise bei *Wahl* (Fn. 5), S. 277 Fn. 15; *Steinberg* (Fn. 2), S. 620 und *Schmidt* (Fn. 15), Rn. 135.

¹⁷ Dazu *Degenhart*, *Ossenbühl*, *Steinberg* (Fn. 2).

¹⁸ *K. A. Bettermann*, VVDStRL 17, 1959, S. 118/168; vgl. auch schon *Ule*, DVBl. 1957, S. 597 ff.

1. Rechtswahrung und vorverlagerter Gerichtsschutz im Verwaltungsverfahren

Im folgenden werde ich terminologisch und in der Sache unterscheiden zwischen der ‚Rechtswahrung‘ als dem spezifischen Schutzmechanismus des Verwaltungsverfahrens und dem ‚gerichtlichen Rechtsschutz‘ oder ‚Gerichtsschutz‘ als *termini technici* für den gerichtlichen Kontrollauftrag¹⁹. Rechtswahrung ist die Absicherung der Rechts- und Interessenssphäre des einzelnen schon in den primären Prozessen der Verwirklichung des Verwaltungsrechts durch eine dahingehende objektiv-rechtliche Verpflichtung der Behörde und durch subjektiv-rechtlich gesicherte Rechtsstellung des einzelnen im Verfahren.

Der eigenständige Rechtswahrungsauftrag des Verwaltungsverfahrens hat seine Grundlage darin, daß sich die Verantwortlichkeit von der Gerichtskontrolle qualitativ unterscheidet²⁰. Die Handlungsperspektive des Erstentscheiders *ex ante* stellt andere Anforderungen als die Kontrollperspektive des Zweitinterpreten *ex post*²¹. Die Beurteilungs- und Entscheidungsbefugnisse der Verwaltung übertreffen den Kontrollauftrag der Gerichte unter anderem in Hinblick auf den zu berücksichtigenden Personenkreis und auf die einzubeziehenden Interessen und Belange. Das Verwaltungsverfahren erweitert den Personenkreis *und* die Art der zu berücksichtigenden Belange über die Betroffenen und deren subjektive Rechte hinaus, etwa in den Fällen der Interessentenbeteiligung, bei denen ein Berührtsein in eigenen wirtschaftlichen und sonstigen Belangen für die Beteiligung ausreicht²².

Noch grundsätzlicher ergibt sich diese Ausweitung in allen Verfahren aus der spezifisch verfahrensbezogenen Sicht *ex*

¹⁹ Eine abweichende Terminologie bei Übereinstimmung in der Sache verwendet *Schmidt-Aßmann*, Die kommunale Rechtssetzung im Gefüge der administrativen Handlungsformen und Rechtsquellen, 1981, S. 45. Dort wird ‚Rechtsschutz‘ als Oberbegriff für die administrative und judikative Sicherung von Rechten verwendet.

²⁰ Dazu eingehend *R. Scholz* und *E. Schmidt-Aßmann*, VVDStRL 34, 1976, S. 146/149 ff., 163 ff. und S. 221/227 ff., 233 ff., 251 ff. sowie *Degenhart* (Fn. 2), S. 874 f.

²¹ Zu dieser treffenden begrifflichen Unterscheidung *Schmidt* (Fn. 15), Rn. 97.

²² Vgl. dazu § 73 IV VwVfG (und die entsprechenden Vorschriften in den Fachplanungsgesetzen) sowie die Kommentarliteratur dazu; s. auch *Ule-Laubinger*, Gutachten K zum 52. DJT, 1978, S. 38 ff., 80 ff. und *W. Blümel*, in: *ders.*, (Hrsg.), Frühzeitige Bürgerbeteiligung bei Planungen, 1982, S. 51 ff.

ante. Zur leicht unterschätzten Eigenart des Verwaltungsverfahrens gehört es nämlich, daß zu seinem Beginn die tatsächliche Lage noch offen und gerade durch die Verwaltung gestaltbar ist²³. Der Sachverhalt einer möglichen Entscheidung ist erst „im Werden“. Das Verwaltungsverfahren dient demnach der Konkretisierung, Spezialisierung und Individualisierung eines zunächst in seine Auswirkungen auf Rechte und Interessen häufig noch konturenunscharfen Problems – und all diese Konkretisierungsleistungen sollen gerade unter Beteiligung mindestens der potentiell Betroffenen erarbeitet werden. Durch die Einwirkungsmöglichkeiten der Beteiligten auf diese Konkretisierungsvorgänge soll erreicht werden – um es mit *Hans Julius Wolff* zu sagen –, daß nicht nachträgliche Kontrollen etwas gerade biegen müssen, was besser nicht verbogen worden wäre²⁴.

Dabei bewährt sich der rechtswahrende Auftrag des Verwaltungsverfahrens gerade in den zahlreichen Fällen, in denen es wegen der im Verfahren gewonnenen Informationen und zur Kenntnis genommenen Interessen und Rechte nicht zu einer – eingreifenden – Entscheidung kommt. Das Verwaltungsverfahren hat einen viel umfangreicheren Schutzauftrag als es die Kontrollperspektive ex post zeigen kann.

Rechtswahrung ist ein *eigenständiger* Auftrag des Verwaltungsverfahrens. Sie ist weder vorverlagertes Rechtsschutz noch überhaupt etwas „Vorverlagertes“²⁵. Die Rechtswahrung erfüllt nämlich in den Verwaltungsverfahren nicht eine Funktion, die an sich Sache des gerichtlichen Rechtsschutzes wäre. Die schon erörterte Kompensationsrolle des Verwaltungsverfahrens für das Gerichtsverfahren betrifft nur spezielle Fälle, nämlich die Fälle der schwach strukturierenden Gesetzesregelungen.

Die Bedeutung der Rechtswahrung wird vom Gegenbild her deutlich, nämlich von den Situationen, in denen intensive Schutzbedürfnisse bestehen, diese aber überhaupt nicht durch ein Verfahren aufgefangen werden – also beim schlichten Han-

²³ Dazu und zum folgenden *Degenhart* (Fn. 2), S. 875 f.

²⁴ *Wolff-Bachof*, Verwaltungsrecht III, 4. Aufl. 1978, § 156, Rn. 4 (auch schon in den Voraufgaben).

²⁵ Die meist undifferenzierte Redeweise vom vorverlagerten Rechtsschutz in Literatur und Rechtsprechung ist ein Überbleibsel der verwaltungsgerichtsorientierten Sicht, die rechtliche Schutzmechanismen beinahe zwangsläufig mit dem gerichtlichen Rechtsschutz in Verbindung bringt und deshalb den Schutzauftrag des Verwaltungsverfahrens nur als nach „vorne“ verlagerten Schutz wahrnehmen kann.

deln²⁶, etwa bei Betreuungsverhältnissen in der Sozialverwaltung, aber auch in der konkreten Unterrichtssituation in der Schule. Verfahren generell ermöglichen Schutz durch die Distanz, die das Verfahren zwischen die Handlungsimpulse und Handlungsabsichten einerseits und den verbindlichen Entschluß und die Durchführung andererseits legen²⁷. Diese Verzögerung ermöglicht die Beteiligung der einzelnen, sie ermöglicht es dem einzelnen Betroffenen, sozusagen den Fuß in die Tür des Verwaltungsvollzugs zu bringen. Und wenn die Entscheidung in mehrpoligen Verhältnissen *mehrere* einzelne betrifft, so ermöglicht das Verfahren, daß sie alle und häufig gemeinsam beteiligt und angehört werden, und daß deshalb Prozesse des Ausgleichs zwischen den verschiedenen einzelnen stattfinden können. Beim schlichten Handeln, in den erwähnten ‚sanften Gewaltverhältnissen‘ und den sich sanft gebenden Abhängigkeitsverhältnissen, wird der einzelne dagegen ausschließlich mit dem Handeln selbst konfrontiert, von ihm vielleicht auch überrollt. Die vom schlichten Handeln aufgeworfenen Schutzprobleme sind kaum gelöst. Die gezielte Ausdifferenzierung von – dann verfahrensabhängigen – Verwaltungsakten ist nur sehr begrenzt möglich; im übrigen sind nur sehr umweghafte Schutzvorkehrungen möglich²⁸.

2. Verwaltungseffizienz

Die Einstellungen zur Verwaltungseffizienz²⁹ sind ambivalent: Ineffizienz ist Gegenstand von Kritik und Satire; andererseits wird über Effizienz mit Nachdruck gesagt, daß sie kein Wert an sich sei³⁰. Dies hilft jedoch nur wenig weiter, denn sicherlich ist Ineffizienz auch kein Wert. Deshalb empfiehlt sich eine etwas umweghafte Ausgangsfeststellung: Effizienz ist zuallererst das Gegenteil von Vollzugsdefizit. So wie ein Vollzugsdefizit unerwünscht ist, so ist das Gegenteil, die Effizienz, erwünscht, wenn auch natürlich nicht unter allen oder unverhältnismäßigen Opfern.

²⁶ Dazu schon Wahl (Fn. 5), S. 273 f. mit Nachweisen, insbes. auf die Arbeiten von Zacher.

²⁷ Dazu Degenhart (Fn. 2), S. 873 und ders., DÖV 1981, S. 477/479 f.

²⁸ Dazu grundsätzlich und konkret für eine nicht generalisierungsfähige Konstellation P. Krause, in: FS Wannagat, 1981, S. 239 ff.

²⁹ Umfangreiche Nachweise in den Aufsätzen in Fn. 2.

³⁰ P. Häberle, AöR Bd. 98 (1973), S. 625/631.

Mit dem Begriff Effizienz oder Effektivität³¹ wird also ein bestimmter Verwirklichungsgrad des komplexen Verwaltungsauftrags ausgedrückt. Die Verwaltung soll nicht nur rechtmäßig und sachlich ‚richtig‘ handeln, sondern dies rechtzeitig, wirtschaftlich und pro Zeiteinheit möglichst oft tun – kurz: Verwaltungseffizienz ist die möglichst gute Verwirklichung des Rechts- und Sachauftrags der Verwaltung in der zeitlichen, finanziellen und quantitativen Dimension³².

Zur Verwaltungseffizienz tragen Verwaltungsverfahren dadurch bei, daß sie ökonomisch verlaufen, und deshalb Fristen und Förmlichkeiten verlangen. Jedes Verfahren hat infolge der selektierenden und kanalisierenden Wirkungen der Verfahrensregeln Folgen, die man als Verfahrenskosten bezeichnen kann. Bei allen Verfahren entsteht deshalb eine Spannungslage zwischen den Zwecken des Verfahrens und den Eigengesetzlichkeiten des Verfahrens³³.

³¹ Beides wird hier nicht unterschieden. Zur verwaltungswissenschaftlichen Unterscheidung zwischen Effektivität (als Grad der Zweckerreichung) und Effizienz (als Verhältnis zwischen Aufwand und Ressourcen) vgl. die Arbeiten von H. U. Derlien, B. Becker, Bohnenkönig und König, alle in: Die Verwaltung, Bd. 7 (1974), S. 1; Bd. 9 (1976), S. 273/274 bzw. S. 19 ff.; Bd. 10 (1977), S. 235 ff.

³² Effizienz ist ein rechtlich anerkanntes Gut, aber selbst kein (Verfassungs-)Rechtsprinzip. Die Rechtsordnung anerkennt die Verwaltungseffizienz als eines der Güter und Ziele, die im Gesamtauftrag der Verwaltung enthalten sind. Die Rechtsordnung macht die Effizienz aber nicht zu einem Maßstab für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns (vgl. dazu unten im Schlußwort S. 294). Vorzüglich dazu A. Greifeld, Der Rechnungshof als Wirtschaftlichkeitsprüfer, 1982, S. 32 ff. (mit präziser Auseinandersetzung mit der Gegenposition von Häberle und Hartisch); zum ganzen W. Leisner, Effizienz als Rechtsprinzip, 1971; Schmidt-Aßmann, JURA 1979, S. 508 f.; Schwarze, DÖV 1980, S. 581 ff.; Kopp (Fn. 7), S. 200 ff.; Häberle und Obermayer, in: Schmitt Glaeser (Fn. 6), S. 80 ff. und 155 ff.; W. Berg, Die Verwaltung Bd. 9 (1976), S. 161/167 f., S. 182; Schenke (Fn. 2), S. 316 f.

³³ Zur Diskussion um die Beschleunigungsnovelle zur ZPO vgl. die Lehrbücher des Zivilprozeßrechts und P. Arens, Mündlichkeitsprinzip und Prozeßbeschleunigung im Zivilprozeß, 1971, S. 37 ff.; ders., in: P. Gilles, (Hrsg.), Humane Justiz, 1977, S. 6 (dort weitere einschlägige Beiträge); Bettermann, ZZP Bd. 91 (1978), S. 379. – Zu den Beschleunigungsvorschriften im E VPO vgl. die Zusammenstellung in BR Drs. 100/82, S. 62; dazu die Diskussionen im Umfeld und auf dem 54. DJT 1982. – Zum entsprechenden Problem im Strafprozeß H. Heubel, Der ‚fair trial‘ – ein Grundsatz des Strafverfahrens?, 1982, insbes. S. 128 ff.; C. Roxin, Strafverfahrensrecht, 17. Aufl. 1982, § 72 D I; H.-L. Schreiber, (Hrsg.), Strafprozeß und Reform, 1979; H. Rüping, ZGesStrafRW 1979, S. 351/361.

Die regelmäßig wiederkehrenden Bestrebungen zur Wiederherstellung eines gewissen Mindestmaßes an Einfachheit und Schnelligkeit von Verfahren treffen immer auf dieses Spannungsverhältnis – die neuere Gesetzgebung und Gesetzgebungsabsichten in allen Prozeßordnungen zeigen anschaulich diesen Konflikt.

In einem weiteren Sinne heißt Effizienz auch sachrichtige Verwirklichung des Verwaltungsauftrags, also Verwirklichung auch und gerade der sogenannten öffentlichen Interessen. Öffentliche Interessen sind im demokratischen Staat fast durchweg auf den Bürger – auf wen sonst – bezogene Interessen. Sie sind im Unterschied zu den subjektiven Rechten einzelner generalisierte und aggregierte Privatinteressen und eben wegen dieser Generalisierung und Aggregation nicht mehr dem einzelnen Individuum zugeordnet. Zu ihrer effizienten Verwirklichung trägt dasungsverfahren dadurch in spezifischer Weise bei, daß es alle berührten öffentlichen Stellen am Verfahren beteiligt und damit den Ort abgibt, an dem ‚das Gemeinwohl‘ aus der Auseinandersetzung zwischen den sektoral interpretierten Gemeinwohlvorstellungen der einzelnen Ressorts der pluralisierten Verwaltung erarbeitet wird³⁴.

IV. Felder der Komplementarität und Neutralität zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtswahrung

Dogmatisch problemlos, aber für die Praxis von nicht zu unterschätzender Bedeutung sind die Fälle der wechselseitigen Ergänzung und der Neutralität von Rechtswahrung und Effizienz. In ihnen liegen die rechts- und verwaltungspolitisch dringend auszuschöpfenden Reserven für eine konfliktfreie Verwirklichung beider Ziele und die präventive Vermeidung von zugespitzten Konfliktsituationen. Zwei Stichworte sollen dies verdeutlichen: *Effizienz durch Beteiligung* wird dadurch bewirkt, daß notwendige Informationen in den Entscheidungsprozeß gelangen und daß Konsensbildungsprozesse ermöglicht und dadurch die Akzeptanzchancen erhöht werden³⁵. Öffentlichkeitsbeteiligung *kann* in Naturschutz und Umweltschutz dazu verhelfen, die häufig schwache Stellung der zuständigen Fachbehörden im inneradministrativen Aushand-

³⁴ Damit ist eines der noch zu bewältigenden großen Themen der gegenwärtigen Verwaltungsrechtslehre in äußerster Verkürzung angedeutet.

³⁵ Dazu F. Hufen, NJW 1982, S. 2160/2169.

lungsprozeß entgegenzuwirken – also Vermeidung von Vollzugsdefizit durch Beteiligung. Die eigentliche Schwierigkeit liegt hier jedoch darin, daß nicht bekannt ist, unter welchen Bedingungen es typischerweise zum Konsens und nicht etwa zur konfliktverschärfenden Konfrontation kommt³⁶. Die empirischen Sozialwissenschaften, die insgesamt das Verwaltungsverfahren noch nicht wirklich entdeckt haben³⁷, lassen uns hier im Stich. Die Praxis muß oder müßte experimentieren. Wir könnten aber viel mehr wissen, wenn wenigstens über die wichtigsten Großvorhaben Dokumentationen über den tatsächlichen Ablauf der Verwaltungsverfahren und der kaum zu übersehenden Gerichtsverfahren vorlägen.

Beim zweiten Stichwort: *Effizienz durch Rechtssicherheit*, insbesondere durch klares Verfahrensrecht, gibt es eine leider lange Mängelliste³⁸. Sie umfaßt etwa die Raumordnungsverfahren, die Umweltverträglichkeitsprüfung, einige in der Planungslandschaft freischwebende Planungsarten, bloß materiellrechtlich formulierte Raumordnungs- und Naturschutzklauseln, denen die verfahrensmäßige ‚Unterfütterung‘ fehlt, und den nicht zu überblickenden Irrgarten, der sich bei den parallel erforderlichen Genehmigungen auftut. Verfahren, in denen die sachliche Funktion und die rechtliche Wirkung unklar sind, wie etwa beim Raumordnungsverfahren für Großvorhaben, müssen nahezu zwangsläufig effizienzminderndes Mißtrauen hervorbringen.

³⁶ Von Beispielen für und gegen das Erreichen von Effizienz durch Bürgerbeteiligung aus dem Bereich der Verkehrsplanung in einer der ganz selten empirisch ‚unterfütterten‘ Untersuchungen berichtet F. Salzwedel, Umweltverträglichkeitsprüfungen bei Verkehrsplanungen, 1981, S. 72 f., dazu auch S. 90 ff.

³⁷ So zutreffend W. Hoffmann-Riem, in ders., (Hrsg.), Bürgernahe Verwaltung?, 1980, S. 95, Anm. 41. – Material über empirische Untersuchungen findet sich am ehesten im Rahmen des neueren Ansatzes der Implementationsforschung (vgl. dazu R. Mayntz (Hrsg.), Implementation politischer Programme, 1980 und die Beiträge in: Jhb. für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 7, 1980). Am besten dokumentiert sind Verfahren der Bauleitplanung durch zahlreiche Hefte der Schriftenreihen: „Stadtentwicklung“ und „Städtebauliche Forschung“ des BMin. f. Raumordnung, Bauwesen und Städtebau.

³⁸ Nachweise zu den Beispielen sind aus Raumgründen nicht möglich.

V. Verfassungsrechtliche Spielräume für die Berücksichtigung von Verwaltungseffizienz: Die Geltung der Grundrechte im Verwaltungsverfahren

Entscheidungsspielräume bei einem Konflikt zwischen Effizienz und Rechtswahrung bestehen offensichtlich nur, soweit das vorrangige Verfassungsrecht nicht bestimmte Rechtspositionen des einzelnen bindend vorgibt.

1. Die Normalität der Geltung der Grundrechte im Verwaltungsverfahren

In diesem Feld sehr kontroverser Diskussionen³⁹ tut Differenzierung not. Zwischen den Ausnahmefällen des vorverlagerten Gerichtsschutzes und dem Normalfall der eigenständigen Rechtswahrung. Für den Normalfall ist – in Konsequenz der Ausgangsthese – nochmals festzustellen: die Geltung verfassungsrechtlicher Grundprinzipien im Verwaltungsverfahrensrecht (als einem konstitutiven Teil des Verwaltungsrechts) ist selbstverständlich. Überraschend ist allein, daß die Aus- und Einwirkungen der Grundrechte auf das Verfahren erst jetzt stärker ins Bewußtsein getreten sind; überraschend ist auch, daß die Geltung der Einzelgrundrechte *neben* dem Rechtsstaatsprinzip als Problem angesehen wird⁴⁰. Im übrigen führt die Aufgabe, die Reichweite der Grundrechte für das Verfahrensrecht zu bestimmen, in die normalen Problemstellungen des heutigen öffentlichen Rechts hinein – nur sind eben diese normalen Probleme des Verhältnisses zwischen Verfassungs- und einfachem Recht keineswegs einfach oder befriedigend gelöst⁴¹.

Der Grund für die Geltung der Grundrechte im Verfahren liegt darin, daß die Ergebnisse der meisten Verfahren den Schutzbereich eines Grundrechts betreffen und deshalb die im Verfahren zu wahrenen Rechte Grundrechte sind; ausgenommen sind nur Entscheidungen, die allein den status positivus betreffen. Das Verwaltungsverfahren ist Teil der Gesamtbelastung, des Gesamtschutzes und des Gesamtvorgangs des Lei-

³⁹ Neueste Darstellungen zum Verhältnis Grundrechte – Verwaltungsverfahrensrecht in den Arbeiten in Fn. 2 sowie Blümel (Fn. 22), S. 23 ff.; Wahl, ebd., S. 113; H. Goerlich, Grundrechte als Verfahrensgarantien, 1981, ders., DÖV 1982, S. 631/633 ff.; Ossenbühl, (Fn. 4); H. Bethge, NJW 1982, S. 1 ff.; K.-P. Dolde, NVwZ 1982, S. 65 ff.; H.-W. Laubinger, VerwArch. Bd. 73 (1982), S. 61 ff.; F. Hufen, NJW 1982, S. 2160; J.-P. Müller, in: FS Eichenberger, 1982, S. 169 ff.

⁴⁰ Dazu insbesondere Laubinger (Fn. 39).

⁴¹ Dazu mit Nachweisen Wahl, Der Staat, Bd. 20 (1981), S. 485/502 ff.

stens; deshalb wirken auf das Verwaltungsverfahren Grundrechte in ihren verschiedenen Ausprägungen als Eingriffsschranke, als Elemente objektiver Ordnung, als Schutzverpflichtung oder als Grundlage von Teilhabeansprüchen. Ob all diese Dimensionen der Grundrechte für das Verwaltungsverfahren Auswirkungen haben, wird in erster Linie durch die – hier nicht näher zu diskutierende – Entscheidung über die „richtige“ Grundrechtstheorie präjudiziert. Die gegenwärtigen Auseinandersetzungen über den „Grundrechtsschutz durch Verfahren“ ist in vielerlei Hinsicht eine Fortsetzung der Kontroversen um die teilhaberechtliche Dimension der Grundrechte⁴², ohne daß aber die aktuelle Diskussion zur Aufgabe von Zurückhaltung gegenüber dieser Variante der Grundrechtstheorie veranlassen könnte.

Selbstverständlich, im Ergebnis aber nicht umstürzend, ist die Geltung der unumstrittenen subjektivrechtlichen Dimension der Grundrechte etwa im Enteignungsverfahren oder im Hinblick auf die Zulässigkeit oder die Dauer von Genehmigungsverfahren. Der dogmatische Ertrag dürfte nicht höher sein als etwa beim Parallelproblem des überlangen Gerichtsverfahrens nach Art. 19 IV GG und nach Art. 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention⁴³.

2. Staatliche Schutzpflicht und verfassungsgebotenes Verfahrensrecht

Besondere, aber grundsätzlich bekannte Probleme ergeben sich bei der objektivrechtlichen Dimension der Grundrechte und ihrer neuesten Variante, bei der Doktrin der Schutzpflicht. An dieser Stelle muß nun endlich der einschlägige Mülheim-Kärlich-Beschluß des *Bundesverfassungsgerichts*⁴⁴ zu seinem Recht kommen – und dies ist hier durchaus wörtlich zu nehmen, denn auch diese Entscheidung ist zum Lesen und nicht zum Hineinlesen zu dienen bestimmt. Was ist nun der Kern dieses Beschlusses, der auch in unserem Kreise zu so kongenialen Bildern wie dem von der verfassungsrechtlichen

⁴² So auch *Schenke* (Fn. 2), S. 319.

⁴³ Dazu EuGH MR NJW 1977, S. 2011 sowie *D. Suhr*, NJW 1979, S. 146; *Peuckert*, EuGRZ 1980, S. 247. Zum ganzen *M. Klopfer*, JZ 1979, S. 209 ff.

⁴⁴ BVerfGE 53, 30; die weiteren einschlägigen Entscheidungen sind analysiert insbes. von *Laubinger*, *Dolde* und *Blümel*, alle Fn. 39.

Radioaktivität der Grundrechte und von den Dosisgrenzwerten bei ihrer Ausstrahlung⁴⁵ veranlaßt hat?

Die zentrale Argumentation hat die folgenreiche und beachtenswerte Form einer Wenn-Dann-Aussage: Wenn der Gesetzgeber in einem Sachbereich, in dem er eine Schutzpflicht hat, ein Verfahren mit Öffentlichkeitsbeteiligung einrichtet, dann hat diese Beteiligung für die materiell Betroffenen grundrechtssichernde Wirkung mit der dogmatischen Folge, daß die Beteiligungsvorschrift subjektiv-rechtlich interpretiert werden muß. Die an Mülheim-Kärlich anschließende Diskussion interessiert sich dagegen besonders für den Wenn-Bestandteil der Aussage, also für die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Gesetzgeber zur Erfüllung seiner Schutzpflicht⁴⁶ ein Verfahren mit Öffentlichkeitsbeteiligung vorsehen *muß*: Diese besonders problembeladene Frage ist vom BVerfG bewußt offen gelassen worden. Aber auch als – natürlich legitime – „freie“ wissenschaftliche Meinungsäußerung sind Aussagen über das verfassungsrechtliche Gebotensein bestimmter Beteiligungsvorschriften grundsätzlich nicht begründet. Die objektive Schutzpflicht als solche ist nach der Rechtsprechung und der Literatur regelmäßig sehr weit gefaßt und meist recht pauschal abgeleitet⁴⁷. Die These, daß ein *konkretes* Mittel zu ihrer Erfüllung verfassungsrechtlich geboten ist, verneint aber den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers entschieden; deshalb ist das Gebotensein einer bestimmten Gestaltung im Verfahrensrecht, wie auch sonst, eine Figur, die verfassungsrechtlich äußerst voraussetzungsvoll und für das funktionelle Grundverhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber äußerst sensibel ist; sie ist nur ganz ausnahmsweise begründbar, wie etwa im Atomrecht⁴⁸, und sie ist deshalb zu Recht so umstritten, wie ihre Bejahung im § 218 StGB-Urteil.

⁴⁵ Ossenbühl, (Fn. 2), S. 468. Recht kritische Bemerkungen zu dieser Entscheidung finden sich bei hohen Verwaltungsrichtern, s. F. Weyreuther, DÖV 1982, S. 171/173 und 175; H. J. Müller, Die Verwaltung Bd. 13 (1982), S. 389.

⁴⁶ Zur (Rechtsprechung zur) Schutzpflicht zuletzt P. Badura, in: FS Eichenberger, 1982, S. 481 ff., vgl. insbes. dort S. 489 ff.; kritisch zur Schutzpflicht-Doktrin Goerlich, NJW 1981, S. 2616; ders., DÖV 1982, S. 633; insgesamt dazu H. Steiger, in: Berberich u. a., (Hrsg.), Neue Entwicklungen im öffentlichen Recht, 1979, S. 255 ff.

⁴⁷ So wird das gesamte Polizeirecht als Erfüllung einer Schutzpflicht aus Art. 2 II GG verstanden, vgl. Ossenbühl, DÖV 1981, S. 1/4.

⁴⁸ Eine Andeutung dazu im Sondervotum BVerfGE 53, 69/88.

3. Verfassungskonforme Auslegung von Verwaltungsverfahrensrecht

Wendet man sich dem im Mülheim-Kärlich-Beschluß allein vorliegenden Begründungsduktus der verfassungskonformen Auslegung von *vorhandenem* Verfahrensrecht zu, so ist festzustellen: Aus dem materiellen Verwaltungsrecht sind die offenbar nicht behebbaren Unschärfen des Konzepts der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte mit ihren destruierenden Auswirkungen auf die Unterscheidbarkeit von Verfassungsrecht und einfachem Recht hinlänglich bekannt⁴⁹. Diese Unschärfen tauchen natürlich auch im Verhältnis von verfassungsrechtlicher Schutzpflicht zu ausfüllendem einfachem Verfahrensrecht auf⁵⁰. Die neuere Rechtsprechung des BVerfG zum Verfahrensrecht hat diesem problembeladenen Fragenkreis einige weitere spezielle Schwierigkeiten zugefügt – so durch die nicht hilfreiche Formel von der Grundrechtsrelevanz und durch einige hoffentlich nur mißverständliche Bezugnahmen auf das einfache Recht im Asylbeschluß⁵¹. Hier wie auch sonst kann nicht der einfache Gesetzgeber darüber entscheiden, was Gegenstand des vorrangigen Verfassungsrechts ist. Im übrigen erlangt die noch längst nicht abgeklärte Doktrin von den Schutzpflichten dann notwendige Konturen, wenn man Verfassungsrang nur der Schutzpflicht als solcher zuerkennt, während die sie ausfüllenden Regelungen als verfassungsrechtlich *notwendiges* Recht, aber deshalb doch nur als einfaches Recht qualifiziert werden⁵².

4. Vorverlagertes Gerichtsschutz im Verwaltungsverfahren

Bei einem zweiten, meist unterschätzten Konkretisierungsproblem geht es darum, die bisherige bloß *funktionale* Beschreibung vom vorverlagerten gerichtlichen Rechtsschutz

⁴⁹ Generell dazu Wahl (Fn. 41). Zur parallelen Problematik beim Gerichtsverfahrensrecht E. Schumann, NJW 1982, S. 1609 ff.; W. Gerhard, ZZP Bd. 95 (1982), S. 467 sowie E. Schumann, demnächst in ZZP Bd. 96 (1983). Zur Problematik bei Art. 103 GG F. Kopp, AöR Bd. 106 (1981), S. 604 ff.

⁵⁰ Dazu Wahl (Fn. 39), S. 131 ff., F. Ossenbühl (Fn. 4), S. 190 ff.; Dolde, (Fn. 39).

⁵¹ BVerfGE 56, 216/241. Mißverständliche Formulierungen können sich aus der Konstellation ergeben, daß die vom BVerfG für richtig gehaltene verfassungsrechtliche Direktive mit dem aus den Materialien belegbaren Willen des Gesetzgebers übereinstimmt.

⁵² So zutreffend J. Ipsen, AöR Bd. 107 (1982), S. 269/285.

zur dogmatisch faßbaren *Rechtsfigur* mit spezifischer Rechtsfolge zu präzisieren. Diese Figur kann nur dort angewendet werden, wo rechtlich relevante Defizite für die gerichtliche Kontrolle und damit auch für die effektive Durchsetzung der Grundrechte bestehen, wo Rechtsschutz, der an sich nach Art. 19 IV gefordert ist, nicht möglich ist. Wenn deshalb Schutz des einzelnen, der sonst im Gerichtsverfahren stattfindet, auf das Verwaltungsverfahren vorverlegt wird, dann heißt dies nichts anderes, als daß das Verwaltungsverfahren insoweit *unersetzbar* Funktionen erfüllt – die zwangsläufige Konsequenz liegt auf der Hand: wenn bei unersetzbaren Funktionen des Verwaltungsverfahrens Fehler gemacht werden, muß allein wegen dieser Verfahrensfehler aufgehoben werden – es ist dies genau der Gedanke, der § 46 VwVfG und seiner Zweiteilung des Verfahrensrechts zugrunde liegt.

Unersetzbare Funktion in diesem Sinn hat das Verwaltungsverfahren bei Beurteilungsspielräumen, bei denen das Verwaltungsgericht den relevanten Sachverhalt nicht vollständig reproduzieren kann, und bei Planungs- und Abwägungsentscheidungen, weil dort rechtserhebliche Vorzugs- und Zurückstellungsentscheidungen inhaltlich nicht voll überprüft werden können. Von diesem Ausgangspunkt aus muß die weitere Präzisierung des bisher recht großzügigen Umgangs mit der Figur des vorverlagerten Gerichtsschutzes vorgenommen werden. So ist z. B. nicht alles am Entscheidungsgehalt eines Planfeststellungsbeschlusses in der gleichen Weise unbestimmt geregelt und der Abwägung geöffnet wie die räumliche Verortung. So entspricht etwa die Entscheidung über die genaue Ausgestaltung von Schutzauflagen nach § 17 IV FStrG, wenn erst einmal die Grundentscheidung für das Vorhaben gefallen ist, in wesentlichen Teilen einer gebundenen Entscheidung des Immissionsschutzrechts. Es ist deshalb zu erwägen, ob trotz des Grundsatzes von der Einheit der Planungsentscheidung hier Differenzierungen zwischen den von Enteignungen Betroffenen⁵³ und den im Hinblick auf Schutzauflagen Anspruchsberechtigten anzustellen sind.

⁵³ Zu den notwendigen Differenzierungen unter den von einer (straßenrechtlichen) Planfeststellung Betroffenen G. Korbmacher, DÖV 1982, S. 517 ff., mit einem systematischen Konzept.

VI. Die Regelungen des Konfliktverhältnisses zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtswahrungsauftrag im Verwaltungsverfahrensgesetz

1. Verwaltungsverfahren als Verwirklichungsmodus von speziellem Verwaltungsrecht

Von echten Konfliktsituationen zwischen Effizienz und Rechtswahrung kann nur dort die Rede sein, wo die im Interesse von Effizienz veranlaßten rechtsbegrenzenden Regelungen die beabsichtigten Effizienzeffekte auch wirklich haben. Manchmal gelingt es dem Gesetzgeber, beide Ziele zugleich zu gefährden – so vermutlich im Falle des § 155b BBauG⁵⁴. – Aber es gibt diese echten Konfliktsituationen und zwar im Verfahrensrecht ähnlich häufig wie im öffentlichen Recht generell zwischen öffentlichen Interessen und Individualinteressen – eben deshalb, weil der hier betrachtete Konflikt ein *Teil* jenes grundsätzlichen (Spannungs-)Verhältnisses zwischen öffentlichen und Individualinteressen ist⁵⁵. Deshalb kann die Lösung dieser Zielkonflikte nicht in einer einmaligen abstrakten, sozusagen heroischen Vorrangentscheidung zugunsten des einen oder des anderen Zieles gefunden werden, sondern wie bei jenem Grundproblem des materiellen öffentlichen Rechts sind es letztlich alle Einzelgesetze, alle sonstigen Vorschriften, nicht zuletzt alle Rechtsanwendungsakte, durch die die Konflikte schrittweise abgearbeitet werden. Diese Einsicht hat grundsätzliche Folgen: Der primär zur Konfliktsentscheidung aufgerufene Gesetzgeber wird *differenzierende* Verfahrensregelungen für einzelne Sachmaterien vornehmen müssen. Dieses Postulat steht zwar im klaren Gegensatz zu den auf weitgehende Vereinheitlichung abzielenden Absichten und Absichtserklärungen des Gesetzgebers. Das hier vertretene Postulat der Differenzierung leitet sich jedoch zwanglos aus der Ausgangsthese ab. Das Verwaltungsverfahren ist der Verwirklichungsmodus des Verwaltungsrechts und zwar der Modus der Verwirklichung von *konkretem und speziellem, sehr differenziertem Verwaltungsrecht*. Im Grundgedanken des Verwirklichungsmodus ist die spezielle Nähe und wechselsei-

⁵⁴ Zu §§ 155a ff. BBauG vgl. die Kommentierung von H. Meyer, in: Kohlhammer-Kommentar, Bundesbaugesetz sowie R. Breuer, NVwZ 1982, S. 273 f.; s. a. BVerwG, NJW 1982, S. 591; Skepsis gegenüber der Regelung der §§ 155a und b BBauG leitet sich daraus ab, daß der zum Parforceritt angetretene „Beschleunigungs“gesetzgeber die Praxis schließlich in den dichten Wald zusätzlich verfassungskonform verkomplizierter Einzelregelungen hineinstolpern ließ.

⁵⁵ F. Ossenbühl (Fn. 4), S. 194.

tige Abhängigkeit zwischen materieller Regelung und Verfahren immer schon mitgedacht. Von den jeweils einschlägigen Verwaltungsaufgaben erhält das Verfahren und damit auch das Verfahrensrecht maßgebliche Herausforderungen. Die Aufnahme dieser Regelungsimpulse und ihre Ausformulierungen in speziellen Regelungen bringt das *besondere* oder *sektorale* Verwaltungsverfahrensgesetz hervor; in ihm dringt das Verfahrensrecht erst zu der ihm abverlangten Sachzugewandtheit vor⁵⁶.

In dieser zweiten Regelungsschicht wird das Verfahrensrecht als Verwirklichungsmodus des speziellen Verwaltungsrechts in je gesonderten Interessenstrukturen und differenzierten Sachproblemen der verschiedenen Verwaltungssektoren gerecht oder müßte ihnen gerecht werden⁵⁷. Dabei ist nun aber – und dies ist hervorzuheben – diese zweite Regelungsschicht nicht völlig neu oder autonom zu ‚erfinden‘; stattdessen erhält dieses spezielle Verfahrensrecht seine Anregungen, seinen Argumentationshaushalt und seine Lösungsvorbilder etwa auch im Konflikt zwischen Effizienz und Individualrechten zu einem guten Teil daraus, wie das jeweilige sektorale materielle Recht die Verwaltungsaufgaben, -zwecke und -ziele ausgeformt hat. Das besondere materielle Verwaltungsrecht hat es ja schon mit der speziellen Sachproblematik und der konkreten Interessenkonstellation zu tun gehabt, es hat z. B. in mehrpoligen Verhältnissen das Gewicht der Interessen der unterschiedlichen einzelnen bewertet und entschieden, welches Interesse subjektivrechtlich verfestigt ist und welches Gewicht die Rechte des Betreibers im Verhältnis zu den Rechten des Nachbarn haben. Ehe auf das vorhandene oder hier postulierte besondere Verfahrensrecht einzugehen ist, sind die generellen Regelungen des VwVfG zu analysieren.

2. Lösungen des Konflikts zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtswahrungsauftrag im VwVfG

Gesetzliche Konfliktregelungen im VwVfG enthalten zum einen Regelungen nach dem *Grundsatz-Ausnahme-Schema*⁵⁸.

⁵⁶ Zur verbreiteten Forderung nach sektoraler, problemorientierter Dogmatik neuerdings in größerem Zusammenhang W. Meyer-Hesemann, Methodenwandel in der Verwaltungsgerichtswissenschaft, 1981, S. 167 ff., auch S. 160 ff.; vgl. auch Schmidt-Aßmann, (Fn. 9), S. 9 ff.

⁵⁷ In den VwVfGen sind die Vorschriften über das Planfeststellungsverfahren schon ein Schritt zu einem (sehr spezialisierte Sondervorschriften generalisierenden) bereichsspezifischen Verfahrensrecht.

⁵⁸ F. Ossenbühl (Fn. 2), S. 470.

Danach gibt es Ausnahmen von der grundsätzlichen Anhörungspflicht und von der Begründungspflicht, Ausnahmen vom Akteneinsichtsrecht in Planfeststellungsverfahren oder dann, wenn die ordnungsgemäße Erfüllung der Verwaltungsaufgaben sonst beeinträchtigt wäre; hierher gehören auch Sonderregelungen für Massenverfahren im Hinblick auf die Bekanntmachung und die Vertretung⁵⁹.

Zum zweiten sind Kollisionsregelungen schon in der *primären Ausgestaltung* des Verfahrensrechts enthalten, so in den Fristenregelungen mit Präklusionsfolge (§ 76 VI 1 VwVfG), in der teilweisen Unbeachtlichkeit von Verfahrensfehlern nach § 46 VwVfG und in der in § 44a VwGO zum Ausdruck kommenden Maxime der Verfahrenskonzentration. Zum dritten sind Konfliktlösungen im Einzelfall durch die Verwaltung ermöglicht, wenn die Behörde verfahrensleitendes Ermessen, etwa über Art und Umfang der Ermittlungen (§ 24 VwVfG), hat oder ihr Formfreiheit eingeräumt ist, u. a. dazu, Verwaltungseffizienz berücksichtigen zu können, wie § 10 VwVfG zeigt⁶⁰.

3. Die Notwendigkeit von sektoralem und bereichsspezifischem Verfahrensrecht

In der Literatur ist bei der Interpretation dieser gesetzlichen Konfliktregelungen eine Betrachtungsweise einflußreich, die jedes effizienzorientierte Regelungsmerkmal quasi naturgesetzlich mit Urteilen versieht wie: verfassungsrechtlich bedenklich, sehr zweifelhaft, nur bei verfassungskonformer Auslegung oder nur beim Eingehen auf den Einzelfall haltbar und – natürlich – nur bei Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips zulässig⁶¹. Diese Argumentationsweise ist angesichts der Abstraktionslage des VwVfG verständlich, das Ergebnis

⁵⁹ Zu den Rechtsgrundlagen und zu ihrer Effizienzorientiertheit vgl. § 28 II (Kopp, VwVfG, 2. Aufl. 1980, § 28 Rn. 30, 43, 47 f.); § 39 II Nr. 3; § 72 I (Kopp, § 72 Rn. 6); § 29 II (dazu Schwarze, (Fn. 32), S. 592). Sonderregelungen für Massenverfahren: Vertreterbestellung nach den §§ 17 f.; öffentliche Bekanntmachung statt individueller Benachrichtigung und Zustellung nach den §§ 67 I, 69 II, 73 V Nr. 4, 73 VI, auch 41 III (vgl. Kopp, § 41 Rn. 44).

⁶⁰ Kopp, § 10 Rn. 2; ders. (Fn. 7), S. 20, 65 ff., 108, 201; Häberle (Fn. 6), S. 60 mN; Knack – Clausen, VwVfG, 2. Aufl. 1982, vor § 9 Rn. 3.2; § 10 Rn. 2; Wolff – Bachof, Verwaltungsrecht, Bd. III, 4. Aufl. 1978, § 156 Rn. 37.

⁶¹ Kopp, § 28 Rn. 43 f., 47 f., 55; § 29 Rn. 19; § 39 Rn. 23; § 72 Rn. 6; vgl. auch Meyer – Borgs, VwVfG, 2. Aufl. 1982, § 28 Rn. 6; Ule – Laubinger, Verwaltungsverfahrensrecht, 2. Aufl. 1979, § 28 II 1.

gleichwohl unbefriedigend. Die hochgradig generalisierten Regeln des VwVfG, deren tatsächlichen Anwendungsbereich man nicht genau abschätzen kann, werden bei dieser repräsentativen Interpretation von einem unmittelbaren verfassungsrechtlichen Einzelabwägungsgebot überlagert und zurückgeschnitten⁶².

Verfassungsrechtlich ist damit zwar alles in Ordnung, aber um welchen Preis? Um den Preis, daß die Steuerungs- und Entlastungsfunktionen der gesetzlichen Regelungen für die Rechtsanwendung in beträchtlichem Umfange verloren gehen, daß ein übergroßer Anteil der wirklichen Konfliktlösungen auf die Anwendung im Einzelfall verschoben wird – und das heißt auf den Inspektor und den Verwaltungsangestellten in der Verwaltungspraxis.

An dieser angedeuteten Gesamtsituation kommt der Entwicklungsstand des Verwaltungsverfahrensrechts zum Ausdruck. Es liegt an einer zu starken Betonung des *allgemeinen* Verfahrensrechts und der Generalisierung, daß die allgemeinen Generalklauseln des Verfassungsrechts – das Verhältnismäßigkeitsgebot, die Abstufung nach der Bedeutung der Grundrechte, das Prinzip des schonendsten Ausgleichs – in einem beträchtlichen Umfang als dogmatische Mittel erforderlich sind, um überhaupt Differenzierungen zwischen unterschiedlichen Sachbereichen zu erzwingen. Aber so wie das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Polizeirecht entwickelt und ausdifferenziert worden ist, um dann der umfangreichen Spezialgesetzgebung Richtung und Inhalt der dort anzutreffenden Tatbestandstypisierungen zu weisen, so ist jetzt im Verfahrensrecht nach der Erarbeitung des allgemeinen Teils, der seine bleibende Bedeutung hat, die Aufmerksamkeit auf die Ausdifferenzierung von bereichsspezifischem Verfahrensrecht zu richten. Dort kann der Gesetzgeber den Konflikt zwischen Effizienz und Rechtswahrung einige Schritte weiter und in der Sache entschiedener lösen – die Parallele zum Datenschutz liegt auf der Hand. Vor allem kann das Spezialgesetz bei der Regelung des Verfahrens direkt die Interessenbewertungen des konkreten materiellen Rechts aufnehmen. Was zum Beispiel einem Beteiligten an Mitwirkung abverlangt wer-

⁶² Eine Stufe komplizierter ist die Situation bei § 28 VwVfG: erstens: grundsätzliche Anhörungspflicht, § 28 I – zweitens: generalklauselartige Ausnahmenvorschrift im Einzelfall, § 28 II 1 – drittens: Formulierung von gesteigerten Anforderungen für die Annahme der Ausnahme in der Literatur (Meyer – Borgs, § 28 Rn. 20; Kopp, § 28 Rn. 33; Stelkens – Bonk – Leonhardt, VwVfG, 1978, § 28 Rn. 21). Vgl. die sarkastische Bemerkung von J. Isensee, Die typisierende Verwaltung, 1976, S. 152.

den darf⁶³, hängt wesentlich davon ab, ob er etwa ein Hilfsbedürftiger ist, von dem das materielle Regelungsprogramm annimmt, daß er sich selbst nur schwer zu helfen weiß, oder ob es sich um ein Großunternehmen handelt, das für die erstrebte komplizierte Anlagengenehmigung der einzige Wissensträger in Fragen der technischen Fertigung ist⁶⁴. Die bereichsspezifische Regelung der Mitwirkungspflichten in Rechtsvorschriften oder Verwaltungsvorschriften⁶⁵ bietet mehr Rechtssicherheit als der unkonturierte Verweis auf die Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit, und Rechtssicherheit tut not im Verfahrensrecht. Aus den genannten Gründen möchte ich mich auch dagegen aussprechen, die Mitwirkungspflichten und -obliegenheiten auf die Annahme einer generalisierten Grundpflicht im Verfahren zu stützen, wie es gestern erwogen wurde⁶⁶.

4. Die effizienzorientierte Regelung des § 46 VwVfG: Die Überholung des Verwaltungsverfahrens durch das Gerichtsverfahren

Auch zwei der umstrittensten Vorschriften des Verwaltungsverfahrensrechts sollten mehr als es geschieht, unter der Fragestellung: Generalisierung und Übergeneralisierung oder Differenzierung durch den Gesetzgeber beurteilt werden – § 46 VwVfG⁶⁷ und § 44a VwGO. Verfahrensfehler ist nicht gleich Verfahrensfehler und einfache Verfahren sind nicht gleich zu beurteilen wie komplexe Verfahren; darauf ist zurückzukommen⁶⁸.

⁶³ Zum Verhältnis zwischen Untersuchungsgrundsatz und Mitwirkungspflichten W. Berg, Die Verwaltung, Bd. 9 (1976), S. 161 ff.; ders., Die verwaltungsrechtliche Entscheidung bei ungewissem Sachverhalt, 1980, insbes. S. 245; Kopp, § 24, Rn. 17 ff., § 26 Rn. 41.

⁶⁴ Spezialregelungen sind z. B. im Immissionsschutzrecht vorhanden, vgl. §§ 3–5 9. BImSchV.

⁶⁵ Vgl. dazu J. Martens, Verwaltungsvorschriften zur Beschränkung der Sachverhaltsermittlungen im Steuerrecht, 1980.

⁶⁶ H. Hofmann, in diesem Bande, S. 83.

⁶⁷ Eine zu wenig beachtete Differenzierung hat der Gesetzgeber in der von § 46 VwVfG erheblich abweichenden Vorschrift des § 42 SGB X vorgenommen. Anhörungsfehler sind danach von der Unbeachtlichkeit ausdrücklich ausgenommen; zum Problem P. Krause, in: Jahrb. des Sozialrechts der Gegenwart, Bd. 2 (1980), S. 35/40 und Bd. 3 (1981), S. 49/53.

⁶⁸ Vgl. unten VII 3, dort insbes. zu § 44a VwGO.

Die Regelung des § 46 VwVfG ist effizienzorientiert⁶⁹, aber in erster Linie im Hinblick auf das Gerichtsverfahren. Die Vorschrift soll verhindern, daß ein Streitfall vor Gericht wegen Verfahrensfehlern zur Verwaltung zurückverwiesen wird, um dann vielleicht wegen der materiellen Problematik erneut zum Gericht zu gelangen. Der Grundgedanke hat m. E. entschieden mehr mit einer gezielten Schwächung des Verwaltungsverfahrens zu tun. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit hat gemäß der deutschen Tradition die Befugnis und die Pflicht zur umfassenden Sachverhaltsaufklärung und zum selbständigen „Durchentscheiden“ in der Sache zur Herbeiführung der Spruchreife⁷⁰. Dieses in seiner weichenstellenden Bedeutung nicht ausreichend erkannte Prinzip führt in den Fällen der gebundenen Verwaltung zwangsläufig zu einer Relativierung der Bedeutung des Verwaltungsverfahrens. In der sogenannten gebundenen Verwaltung, also bei den unbestimmten Rechtsbegriffen, gibt es natürlich regelmäßig keine Eindeutigkeit. Das Gericht findet in Wahrheit nicht die einzig-richtige Entscheidung, sondern es hat die Kompetenz zur Feststellung der einzig-verbindlichen Entscheidung. Dies bedeutet für Fehler im Verwaltungsverfahren: Die Sache ist im Falle des § 46 VwVfG inzwischen vor dem Gericht, also vor der Instanz, die voll aufklären muß und letztverbindlich entscheiden kann. In dieser Situation werden die Verfahrensfehler aus dem Verwaltungsverfahren überholt – nicht geheilt – durch das Verfahren⁷¹ vor dem Gericht. Das fehlerhafte Verfahren vor der Verwaltung kann jetzt nachteilige Auswirkungen nicht mehr ha-

⁶⁹ Zu den Kontroversen um § 46 VwVfG vgl. die Kommentarliteratur, *Hufen* (Fn. 35) und grundlegend *Bettermann*, in: FS H. P. Ipsen, 1977, S. 237 ff. Zur Effizienzorientiertheit des § 46 VwVfG *Ossenbühl* und *Degenhart* (Fn. 2), S. 471 und S. 883.

⁷⁰ Die deutschen Verwaltungsgerichte verweisen grundsätzlich nicht an die Verwaltung zurück, wenn der Sachverhalt schlecht aufgeklärt oder ein Beteiligter nicht angehört worden ist, sondern erforschen selbst, hören selbst an und entscheiden den Fall. Zur Rechtsprechung zuletzt *BVerwG*, DÖV 1982, S. 744 mN der st. Rspr. Gewisse Modifikationen sieht § 124 III E VPO (BR-Drs. 100/82) vor; dazu Gutachten, Referate und Aufsätze zum 54. DJT 1982.

⁷¹ Alle Fehler im Verwaltungsverfahren, die sich auf den Inhalt der Entscheidung ausgewirkt haben können, verwandeln sich für das voll aufklärende Gericht in Gründe der *materiellen* Rechtswidrigkeit: Hat die Verwaltung mangels Anhörung einen richtigen Sachverhalt angenommen, so stellt das Gericht das Fehlen von tatbestandlichen Voraussetzungen, also die *materielle* Rechtswidrigkeit der Entscheidung fest.

ben – das Gericht muß in seinem Verfahren alles Notwendige klären und Durchentscheiden. Das – sowieso „bessere“ – Gerichtsverfahren läßt jeden Fehler im Verwaltungsverfahren vergessen, auch die Verletzung der sogenannten grundrechts-relevanten Verfahrensvorschriften.

Dieser Grundgedanke entfällt natürlich dann, wenn das Verwaltungsgericht den einschlägigen Sachverhalt nicht voll herstellen kann – so beim Beurteilungsspielraum –, oder wenn seine Kontrollbefugnisse beschränkt sind – so beim Ermessen – oder mangels ausreichender rechtlicher Maßstäbe nicht voll greifen – so bei Planungs- und Abwägungsentscheidungen.

Im Anwendungsbereich des § 46, also bei der durch Gesetz und die Gerichtsbarkeit gebundenen Verwaltung, bleibt natürlich die wirksamste Sanktion für die Regeln des Verwaltungs-verfahrensrechts, die Aufhebung und deren edukatorische Funktion⁷², auf der Strecke. Dies reicht aber zur Begründung einer Verfassungswidrigkeit nicht aus, sondern kann rechtspolitische Änderungen erwünscht sein lassen⁷³, insbesondere auch die Aufmerksamkeit auf inneradministrative Aufsichtsmittel lenken – wozu sind eigentlich Widerspruchsbehörden da⁷⁴?

Das normale Verhältnis zwischen der Verwaltungsbehörde, die im Regelfall ein korrektes Verfahren durchführt, und den Verwaltungsgerichten, die in wenigen Fällen selbst erstmals ermitteln und anhören, ist offensichtlich im Asylrecht auf den Kopf gestellt, wenn dort massenhaft die eigentliche Anhörung erst vor dem Gericht stattfindet⁷⁵. Das *kann* mit dem konstitutionellen Grundverhältnis zwischen Verwaltung und Gerichtsbarkeit nicht vereinbar sein⁷⁶.

⁷² So *Hufen* (Fn. 35), S. 2162; vgl. auch *Kopp* (Fn. 7), S. 267 und *E. Melichar*, VVDStRL 17, 1959 S. 184. Zum Problem auch *J. Martens*, NVwZ 1982, S. 13/14 und *J. Nehls*, NVwZ 1982, S. 494 mit aufschlußreichem Hinweis auf eine gesetzwidrige Praxis und der Reaktion der Rechtsprechung darauf.

⁷³ S. dazu oben Fn. 67.

⁷⁴ Jeder von einem Gericht festgestellte Verfahrensfehler der Ausgangsbehörde ist immer zugleich auch ein Vorwurf an die Widerspruchsbehörde, in ihren Kontrollaufgaben versagt zu haben.

⁷⁵ Dazu *Schlink-Wieland*, DÖV 1982, S. 426. Nach der Asylrechtsnovelle 1982 ist die Anhörungspflicht des Bundesamtes wieder ausdrücklich normiert. Es wird darum gehen, daß sie auch in der Praxis ausreichend gehandhabt wird.

⁷⁶ *H. Girardi*, Zschr. f. Sozialversicherung, 1976, S. 1 ff.

VII. Konfliktentscheidungen zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtswahrung in den verschiedenen Sektoren des Verwaltungsrechts⁷⁷

1. Nicht-förmliche Verfahren

2. Asylverfahren⁷⁸

3. Massenverwaltung am Beispiel der Steuerverwaltung

Die Massenverwaltung tritt uns in der zugespitzten Form der automatisierten Verwaltung mit ihren Merkmalen der Typisierung und Standardisierung⁷⁹ in Teilen des Steuerrechts entgegen. Dieser Verfahrenstyp zeigt die Vor- und Nachteile des ‚bedenkenlosen Vollzugs‘ (Luhmann) und des hier zur Wirklichkeit und zuweilen zum Alptraum gewordenen Subsumtionsideals⁸⁰: Gleichmäßige und strikte Anwendung der Rechtsvorschriften stehen auf der Aktivseite, die sehr starke Entleerung des Modells des individuellen und kommunikativen Verfahrens, das das VwVfG und die Abgabenordnung voraussetzen, schlagen auf der Negativseite zu Buch. Beim automatisierten Verfahren schrumpft der Handlungsraum des Verfahrens häufig auf den Akt der Informationsaufnahme zusammen, bei dem zudem Formulare und ihre Kategorien wie ein Prokustesbett wirken, dem sich die Einzelfälle anpassen müssen. Wie kann mit den beschränkten Mitteln des Verfahrensrechts den starken Eigen Tendenzen des automatisierten Verfahrens zur Entindividualisierung begegnet werden? Regelungen und Regelungsabsichten, die sich auf die konkreten Verfahren beziehen und dafür etwa die Ermittlungspflichten des konkreten Sachbearbeiters verdeutlichen oder vielleicht sogar verschärfen wollen, dürf-

⁷⁷ Der weitere Text und die Gliederung der Leitsätze 15–20 orientieren sich an einer Typisierung der Verwaltungsverfahren in: Verfahren für repressive Überwachungseingriffe, V. der Steuer- und Abgabenordnung, V. zur Gewährung von (Geld-)Leistungen, V. bei „einfachen“ Genehmigungen vom Typ Personalerlaubnis, V. bei Anlagegenehmigungen von einfacher und solcher von hoher Komplexität, Planfeststellungsverfahren, Planungsverfahren (insbes. Bauleitplanung), Rechtssetzungsverfahren mit raum- und umweltgestaltendem Gehalt.

⁷⁸ Dazu LS 15 und 16 (der Text wurde aus Zeitgründen nicht vorge tragen).

⁷⁹ Dazu grundsätzlich Isensee (Fn. 62); zuletzt K. Grimmer, DÖV 1982 S. 258.

⁸⁰ Dazu Grimmer / Heußner / Horn / Karlsen / Lenk, Rechtsverwirklichung bei strikt geregelter Verwaltungshandeln, 1978 und andere Hefte des Kasseler Forschungsprojekts ‚Verwaltungsautomation‘.

ten zu spät ansetzen und gegenüber der Faktizität des genormten Verfahrens wenig Aussicht auf Erfolg haben. Die Schutzmechanismen des individuellen Verfahrens müssen für die automatisierte Verwaltung umformuliert und in anderen und größeren Zusammenhängen rekonstruiert werden – nämlich bei der Konstruktion der Gesamtanlage der automatisierten Verwaltung⁸¹. Dabei ist die Gestaltung der organisatorischen Rahmenbedingungen ebenso wichtig wie die Ausformulierung der Computerprogramme und Formulare, die ja die standardisierenden Vorwegentscheidungen treffen. In diesen vorweggezogenen Stationen wird über das Ausmaß der Typisierung entschieden.

Welcher Grad an Typisierung dabei rechtlich zulässig ist, ist in erster Linie unter Rückgriff auf das materielle Steuerrecht und seine Wertungen zu entscheiden. Dort ist die sogenannte typisierende Betrachtungsweise ein bekannter, aber ein ebenso umstrittener Topos⁸². Gerade die Unentschiedenheit des Schrifttums und der Rechtsprechung über Legitimität, Illegitimität oder Notstandscharakter⁸³ dieses Gesichtspunkts läßt erkennen, daß der dogmatische Einbau des Effizienzarguments hier schon im materiellen Recht nicht gelungen ist. Man hat dies auch die Schamhaftigkeit genannt, mit der paradoxerweise gerade der Steuerstaat Verwaltungskosten und Verwaltungseffizienz zu behandeln pflege⁸⁴. Wie dargelegt ist jedoch bei Effizienz und Typisierung weder Schamhaftigkeit noch Verlegenheit am Platz, sondern es sind in der Sache schwierige Konflikts- und Kompromißentscheidungen erforderlich. Die Massenverwaltung hat zweifellos einen Bedarf an Typisierung – andererseits dürften bei der Programmierung der automatisierten Verfahren noch beträchtliche Reserven an Individualisierung liegen, die gezielt auszuschöpfen sind.

Die originären verfahrensrechtlichen Besonderheiten im Massenverfahren der Steuerverwaltung – die Reduzierung der Anhörungs- und Begründungspflicht⁸⁵ – erscheinen mir grund-

⁸¹ Dazu gehört etwa die grundsätzliche Dezentralisierung der automatisierten Verwaltung; materialreich dazu zuletzt H. Reiner mann u. a., (Hrsg.), Organisation informationstechnikgestützter öffentlicher Verwaltungen, 1981.

⁸² Dazu Isensee (Fn. 62); P. Kirchhoff, VVDStRL 39, 1981, S. 264 mN.

⁸³ Isensee (Fn. 62), S. 171; dazu auch schon Wahl (Fn. 5), S. 283.

⁸⁴ Schmidt-Aßmann (Fn. 9), S. 23.

⁸⁵ Vgl. dazu §§ 91, 121 AO (eingeschränkte Anhörungs- und Begründungspflicht). Die Literatur antwortet mit dem gewohnten Gegenzug, daß der Gesetzestext in besonderer Weise rechtsstaatsbezogen interpretiert werden muß, vgl. W. Fiedler, NJW 1981, S. 2093/95 mN.

sätzlich aus der Situation der Massenhaftigkeit heraus gerechtfertigt – *sofern* flankierende Maßnahmen insbesondere im generellen Beratungswesen und für die Gestaltung des konkreten Kontakts zwischen der Verwaltung und dem Publikum getroffen werden; die ernst zu nehmende Literatur über Bürgernähe oder Bürgerorientiertheit enthält dazu einige Vorschläge⁸⁶.

4. Baugenehmigungsverfahren⁸⁷

5. Großverfahren – komplexe Verwaltungsentscheidungen

Das Kernproblem der komplexen Verwaltungsentscheidungen⁸⁸ ist – definitionsgemäß – ihre Komplexität. Nach dem bisher unwiderlegten Grundtheorem der Systemtheorie folgt daraus die Notwendigkeit einer ausreichenden *Eigenkomplexität* der Verfahren⁸⁹. Mit anderen Worten: Wenn man Großvorhaben und komplexe Verwaltungsentscheidungen für unverzichtbar hält, darf man bei ihrer Verwirklichung nicht die Idylle einfacher, konzentrierter Verfahren erwarten. Auf den Prüfstand geraten damit die Regelungen des VwVfG. Zur Charakterisierung seiner relativen Rückständigkeit hat man generell dem VwVfG den ‚liebenswürdigen Charme des Gestrigen‘ attestiert⁹⁰. Da nun die Großvorhaben in der Sache sicherlich nichts von diesem Charme des Gestrigen haben, sollten die für die Großvorhaben einschlägigen Regeln des VwVfG in ganz besonderem Maße den heutigen Erfordernissen an Eigenkomplexität gerecht werden.

Probleme ergeben sich in erster Linie aus dem Zusammenspiel der Konzentrationsmaxime des § 44a VwGO und der Fehlersanktion nach § 46 VwVfG⁹¹. Wenn auch bei Großvorhaben die gerichtliche Kontrolle von Verfahrensfehlern gemäß § 44a VwGO während des noch laufenden Verwaltungsverfahrens grundsätzlich nicht zulässig ist, dann darf man bei der Anfechtung der Endentscheidung nicht darüber erschrecken, daß bei Ermessens- und Planungsentscheidungen nach der

⁸⁶ Vgl. dazu die zahlreichen Veröffentlichungen und Vorschläge von Grunow / Hegner / Kaufmann, Bürger und Verwaltung, 4 Bde., 1978.

⁸⁷ Vgl. dazu LS 18 und unten S. 263.

⁸⁸ Dazu zuerst und zuletzt wieder Schmidt-Aßmann (Fn. 9), S. 24 f. mN; weiterführend auch Steinberg (Fn. 2), S. 619 ff.

⁸⁹ Z. B. Luhmann (Fn. 10), S. 52; Steinberg (Fn. 2), S. 622.

⁹⁰ P. Lerche, BayVBl. 1980, S. 257/262.

⁹¹ Dazu Plagemann, NJW 1978, S. 2261; Meyer-Borgs, § 46 Rn. 1; unbefriedigend BVerwG NJW 1982, S. 120.

Grundentscheidung des § 46 VwVfG ‚bloß‘ wegen eines Verfahrensfehlers aufgehoben werden muß und das ganze schöne Verfahren wiederholt werden muß.

So richtig mir dieser Appell an das Ertragen von gesetzlich verursachten Folgen erscheint, so wenig bin ich von seiner tatsächlichen Wirksamkeit überzeugt: Nach dem Ende eines Großverfahrens wird der Druck stark und übermächtig, die Wiederholung des gesamten Verfahrens wegen eines Verfahrensfehlers zu vermeiden. Wir sollten dies auch nüchtern eingestehen. Es ist in der Tat auch nicht vernünftig, in diesem Stadium wegen *jedes* Verfahrensfehlers alles nochmals aufzurollen – wenn sich dies vermeiden läßt und trotzdem die Verfahrensvorschriften ihrer Bedeutung gemäß Relevanz behalten. Es ist vor allem nicht vernünftig, alle Verfahrensfehler geradezu zu speichern und aufzubewahren, um dann möglichst oft – denn Großverfahren sind natürlich fehleranfällig – in diese schlechteste aller Situationen zu kommen. Die Konzentrationsmaxime des § 44a VwGO ist für diese komplexen Verfahren disfunktional und verfehlt⁹². Die Maxime für Großverfahren muß demgegenüber lauten: Den Beteiligten ist möglichst viel und immer wieder Gelegenheit zu geben und sie sind verfahrensrechtlich in die Pflicht zu nehmen, bekannte Verfahrensfehler rechtzeitig zu rügen und einen darüber entstehenden Streit auch rechtzeitig zur gerichtlichen Klärung zu bringen. In den zeitlich langgestreckten Etappen dieser Verfahren ist meines Erachtens einiger zeitliche Spielraum vorhanden, so daß solche Klärungen keinesfalls immer verzögernd wirken müssen.

Dagegen ist es *de lege lata* nicht möglich und auch *de lege ferenda* nicht erwünscht, an der grundsätzlichen Beachtlichkeit von Verfahrensfehlern bei Ermessens- und Planungsentscheidungen Abstriche zu machen⁹³. Der Sinn des vorverlagerten Gerichtsschutzes und vor allem auch die Entstehungsge-

⁹² Unter dem Vorbehalt eines näheren Durchtestens der Vor- und Nachteile (vgl. dazu Schlußwort unten S. 294 f.) und beschränkter gesetzgeberischer Experimente wäre an eine Ausschußfrist von etwa 2 oder 3 Wochen nach der mündlichen Erörterung zu denken. Innerhalb dieser Frist müßten die den einzelnen Beteiligten bekannten Verfahrensfehler, die den Ablauf des bisherigen Verfahrens betreffen, vorgebracht werden.

⁹³ Zu diesem sehr umstrittenen Problem *Bettermann*, in: FS H. J. Ipsen, 1977, S. 271 ff.; *Lerche*, Kernkraft und rechtlicher Wandel, 1981, S. 24 ff.; *Blümel* (Fn. 22), S. 65 ff.; *Degenhart*, DVBl. 1981, S. 201; *ders.*, (Fn. 2), S. 855; *Meyer-Borgs*, § 46 Rn. 21; *Ossenbühl*, (Fn. 2), S. 471; *Steinberg* (Fn. 2), S. 629.

schichte sprechen auch bei dreipoligen Rechtsverhältnissen dagegen, in diesen Fällen Verfahrensfehler für unbeachtlich zu halten. In den Verfahren bei privaten Großvorhaben bestehen grundsätzliche Probleme im Hinblick auf die Symmetrie der Interessenberücksichtigung zwischen Betreibern und Dritt betroffenen, insbesondere im Hinblick auf die inzwischen bekannten Probleme der Vorausbindungen durch Vorverhandlungen⁹⁴. Das formalisierte Verfahren dient hier auch betont der Herstellung der Symmetrie nach Maßgabe der materiellrechtlichen Interessenbewertung. Fehler im Verfahren müssen deshalb wenigstens einmal eine wirkungsvolle Station der Sanktionierung haben – wenn schon nicht während des Verfahrens, wie hier vorgeschlagen, dann unverzichtbar am Ende.

Überlastungen als das Gegenteil von ausreichender Eigenkomplexität werden bei komplexen Verwaltungsentscheidungen regelmäßig dadurch bewirkt, daß bei ihnen die erwähnten beiden unterschiedlichen Kompensationsanforderungen zusammentreffen⁹⁵. Zur Entschärfung dieser Engpaßsituation erscheint mir eine interne Differenzierung der Gesamtverfahren in funktionsspezifische Teilschritte und Teilverfahren in Anlehnung an schon vorhandene Gliederungen erforderlich. Das Leitprinzip einer solchen Aufgliederung ist die Spezifizierung der einzelnen Entscheidungsstufen bzw. Teilentscheidungen nach Funktion und Sachgehalt⁹⁶ samt aller daraus abzuleitender Konsequenzen für das Verfahren und die Beteiligungsformen. Die in der Anlage beigelegte Skizze will diese Aufgliederung anschaulich machen.

Konsensbildungs- und Legitimationsbedürfnisse wirft in besonderer und zugespitzter Weise das Entscheidungselement der Standortauswahl bzw. Standortbestimmung auf, die als raumgestaltende (Teil-)Entscheidung sachlich immer ein planerisches Abwägungselement im Hinblick auf die vielfältig berührten (räumlichen) Belange und aggregierte Interessen enthält⁹⁷. Die Jedermanns- oder Öffentlichkeitsbeteiligung hat deshalb ihren funktionsadäquaten Gegenstand in dieser Entscheidungsbildung über den Standort – und umgekehrt. Die

⁹⁴ Dazu insbes. W. Hoffmann-Riem, VVDStRL 40, 1982, S. 190 ff. mN.

⁹⁵ Vgl. oben II 2.

⁹⁶ Zum grundsätzlichen Anknüpfen an eine Analyse des Sachgehalts Wahl, DÖV 1975, S. 373 ff.

⁹⁷ Die folgenden Ausführungen fassen Überlegungen zusammen, die näher ausgeführt sind in Wahl, DVBl. 1982, S. 51 ff.; dort insbes. zur inhaltlichen Umschreibung der spezifischen gestaltenden Abwägung, die bei allen planerischen Standortentscheidungen notwendig ist.

Maxime für die Ausgestaltung dieser Art der Beteiligung ist dabei nicht die höchstmögliche Formalisierung, um die Darlegung von je individuellen Einzelumständen zu sichern, sondern Offenheit für Prozesse der Artikulation von Meinungen und von Interessen von vielen, insbesondere auch von Gruppeninteressen und von Gruppenauffassungen⁹⁸.

Die rechtswahrende und rechtsschützende Betroffenenbeteiligung ist jedenfalls allen Entscheidungsschritten und -elementen zuzuordnen, in denen es um (Schluß-)Entscheidungen der letzten Konkretheitsstufe des jeweiligen Gesamtvorhabens geht, also um die räumlich exakte Planung des Planfeststellungsbeschlusses und um jede Art von Errichtungsgenehmigungen, die konkrete Baumaßnahmen gestatten⁹⁹.

Mit diesen Leitlinien der funktionsspezifischen Verfahrensaufgliederungen geht die hier vorgetragene Auffassung über das vorhandene Gesetzesrecht bei der Fachplanung entschieden hinaus, plziert Öffentlichkeitsbeteiligung nach vorne, wo schon präjudizierende Entscheidungen fallen, postuliert aber nicht die Verdoppelung von Beteiligung und von Verfahrensschritten, sondern die funktionsspezifische Differenzierung und eine Kongruenz von Sachgehalt, Rechtsgehalt und Beteiligungsart. Das vorgelegte Denkmodell kann auch zur Erklärung des geltenden Rechts bei komplexen Verfahren verwendet werden. Dabei deckt eine Analyse nach den hier verwendeten Kategorien schon optisch die kritischen und sensiblen Problempunkte des geltenden Fachplanungs- und Anlagenehmigungsrechts auf, so etwa die ungenügende sachlich-inhaltliche Strukturierung mancher Gesamtverfahren, die mangelnde Differenzierung zwischen dem planerischen Standortanteil und dem Gefahrenabwehranteil bei den Anlagenehmigungen, das Fehlen von Öffentlichkeitsbeteiligung bei den vorgelagerten Planungsstufen u. ä.¹⁰⁰.

⁹⁸ Der geringen rechtlichen Formalisierung der vorgeschlagenen Öffentlichkeitsbeteiligung auf der vorgelagerten Stufe entspricht eine geringere Fehleranfälligkeit der Verfahren.

⁹⁹ In Abhebung zu den im Text angestellten rechtspolitischen Modellerwägungen ist daraufhinzuweisen, daß im geltenden Recht die erste Teilerrichtungsgenehmigung im immissionsschutz- und atomrechtlichen Verfahren multifunktional ist, und gerade die im Text unterschiedenen beiden Hauptfunktionen zugleich erfüllt.

¹⁰⁰ Weitere Problempunkte betreffen die mangelnde Differenzierung zwischen einer vorverlagerten, der Standortauswahl dienenden Planungsstufe und der Einzelgenehmigung und die kaum zu entwirrenden Sachgehalte der luftverkehrsrechtlichen Genehmigung einerseits und der Planfeststellung andererseits.

Nach der geltenden Rechtslage sind Überlastungserscheinungen im Planfeststellungsverfahren¹⁰¹ und bei der ersten Teilerrichtungsgenehmigung gegeben. Sie rechtfertigen Sonderregelungen, wie etwa die öffentliche Bekanntmachung. Abzulehnen ist in diesem Zusammenhang die Auffassung, die auch bei diesen Großverfahren für den Betroffenen jede rechtliche Einzelheit der Beteiligung für unabdingbar hält, dem Effizienzgedanken gegenüber den Betroffenen überhaupt keine Relevanz zuweisen will, andererseits aber Entlastung dadurch erzwingen will, daß die Nichtbetroffenen aus ihrer bisherigen Verfahrensstellung verdrängt werden¹⁰². Differenzierungen zwischen Betroffenen und Nichtbetroffenen sind jedoch nicht beim Ob der Beteiligung, sondern beim Wie der Beteiligung möglich und notwendig. So kann und muß etwa im Erörterungstermin genügend Zeit für das detaillierte Eingehen auf die letzten konkreten Probleme der vom Eigentumsverlust oder von Lärmeinwirkungen unmittelbar Betroffenen¹⁰³ vorbehalten sein – gegebenenfalls zu Lasten des Zeitanteils des allgemeinen Disputs mit dem Jedermann. Eine besondere Behandlung der intensiv Betroffenen ist auch bei der Frage der Bekanntmachungen, etwa über das Vorhaben und über die mündliche Erörterung, geboten. Außerdem ist die Zahl 300 keine magische Zahl, die das Zurücktreten der Rechtswahrung und des vorverlagerten Gerichtsschutzes hinter Effizienzgesichtspunkten in jedem Falle rechtfertigen könnte. Jedenfalls den von Eigentumsverlust bei Planfeststellungen unmittelbar Betroffenen ist deshalb m. E. entgegen den gesetzlichen Bestimmungen (etwa § 18 VI 3 und 4 FStG, § 73 VI 3 und 4 VwVfG) die Einleitung des Verfahrens und die Ladung zur mündlichen Verhandlung individuell zuzustellen; wegen des sie treffenden Rechtsverlusts müssen diese Betroffenen sowie so im Verlauf des Planfeststellungsverfahrens individuell festgestellt werden, auch müssen ihre Rechtsverhältnisse

¹⁰¹ Nachteilig ist das Fehlen einer rechtlich abgesicherten Abschiebung in mehrstufigen Planungsverfahren, da nach der Rechtsprechung im Planfeststellungsverfahren alles nochmals als zur rechtlichen Disposition gestellt betrachtet wird. Gänzlich unzureichend ist die Verortung der Linienbestimmung im Bundesfernstraßenbau im Binnenraum der Bundesauftragsverwaltung, wobei die Aufgabenverflechtung zwischen Bund und Land ein rein inneradministratives und introvertiertes Verfahren erzeugt und von Einwirkungen der Öffentlichkeit abschirmt. Dazu BVerwG NJW 1981, S. 2592 und dazu *Steinberg*, demnächst in NVwZ 1983, Heft 3.

¹⁰² Pointiert so *Blümel* (Fn. 22), S. 50 ff. mN.

¹⁰³ Zugrunde liegt die Unterscheidung von *Korbmacher* (Fn. 53).

dann individuell geregelt werden. Mit anderen Worten: Die öffentliche Bekanntmachung ist wegen der sonstigen Betroffenen, nicht aber im Hinblick auf die unmittelbar von Eigentumsverlust oder intensiven Lärmeinwirkungen Betroffenen zulässig.

*6. Raum- und umweltgestaltende Rechtssetzungsverfahren*¹⁰⁴

VIII. Schluß

Ich komme zum Schluß; aus Zeitgründen kann ich mir dabei keinen klassischen Schluß, das heißt einen Schluß mit Klassiker-Zitaten leisten. Ich knüpfe an die Eingangsbemerkung an: Im Verwaltungsverfahren spiegeln sich nahezu alle Probleme der heutigen Verwaltung – jedoch nicht alle können im Verwaltungsverfahren gelöst werden. Vorsicht ist insbesondere gegenüber zu hohen Erwartungen im Zusammenhang mit Kompensationspostulaten geboten. Auch unter den Anforderungen von Kompensationsforderungen bleibt das Verwaltungsverfahren immer noch ein Verfahren der Verwaltung, das politischen Prozessen keinesfalls so weit geöffnet werden kann, wie parlamentarische Verfahren. Und auch in der anderen Richtung bleibt der qualitative Unterschied zwischen Verwaltungs- und Gerichtsverfahren bestehen; er ist allein schon deshalb unaufhebbar, weil im Verwaltungsverfahren die verfahrensleitende und die entscheidende Position der Verwaltung als der aktiven und gerade in und durch Verfahren gestaltenden Staatsfunktion zukommt, während im Gerichtsverfahren der passiv bleibende und neutralisierte Richter Kontrollaufgaben hat, eine Zweitinterpretation gegenüber einer vorhandenen Erstentscheidung durchführt.

Kompensationsforderungen lassen sich in der Theorie leichthändig und einfach aufstellen. Aber so wie die Kompensationsforderungen damit begründet werden, daß die Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit die von ihnen an sich verlangten Leistungen aus gewichtigen Gründen heraus nicht erbringen können, so ist es natürlich alles andere als selbstverständlich, daß die Verwaltungsverfahren die ihnen angesonnenen Leistungen auch tatsächlich erbringen können, empirische Forschung tut auch hier not.

Für die Regel- und Normalfälle des „bloß“ eigenständigen Rechtswahrungsauftrags fasse ich die Ausgangsthese wie folgt

¹⁰⁴ Vgl. LS 20 (der Text ist aus Zeitgründen nicht vorgetragen worden).

zusammen: Jenseits eines allen Verwaltungsverfahren gemeinsamen Mindeststandards an Verfahrensregeln und Beteiligungsrechten sind die konkreten Regeln der Beteiligung spezifisch zuzuschneiden auf die Interessenlagen und Interessenbewertungen des jeweiligen materiellen Rechts, dessen Verwirklichungsmodus das Verfahren ist. Verfahren ist nicht gleich Verfahren. Effizienz ist nichts Losgelöstes, nicht etwas, das abstrakt zu berücksichtigen wäre, sondern die Entscheidung zwischen Effizienz und Rechtswahrung im Verfahren ist die Fortsetzung der im materiellen Recht getroffenen Grundentscheidung zwischen öffentlichen Interessen und Individualinteressen im konkreten Rechtsgebiet.

Leitsätze des Berichterstatters über:

Das Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag

I. Ausgangsthesen

1. a) *Das Verwaltungsverfahren ist im Bereich des vollzugsbedürftigen Verwaltungsrechts der Verwirklichungsmodus des Rechts: Jeder Fall der Rechtsverwirklichung muß ein Verfahren durchlaufen und wird dabei durch das „Medium“ des Verfahrens geprägt und ausgeformt.*

b) *Als konstitutiver Teil des Verwaltungsrechts steht das Verwaltungsverfahrensgesetz unter der Direktive genau der verfassungsrechtlichen Prinzipien, die für das materielle Verwaltungsrecht gelten: Verfassungsabhängigkeit des Verfahrensrechts, Einwirken der Grundrechte, des Rechts- und Sozialstaatsprinzips sind selbstverständliche Folgerungen.*

2. *Die typisch verfahrensbezogene Betrachtungsweise ist die Sicht ex ante. Die Funktionen des Verwaltungsverfahrens, auch der eigenständige Rechtswahrungsauftrag, sind nur in der Sicht ex ante zureichend erkennbar. Die Verwaltungsrechtslehre ist dagegen vorwiegend verwaltungsgerichtsorientiert und deshalb der ex-post-Kontrollperspektive verhaftet.*

II. Funktionen des Verwaltungsverfahrens

3. a) *Die Funktionen des Verwaltungsverfahrens leiten sich vom Gesamtauftrag der Verwaltung ab, der eine Vielzahl von Anforderungen umfaßt, wie Rechtmäßigkeit, Wirtschaftlichkeit (Effizienz), Sachrichtigkeit. Das Verwaltungsverfahren muß zusätzlich den Zielen der Bürgernähe, der Rechtzeitigkeit und Schnelligkeit sowie Anforderungen der Legitimierung und Befriedung gerecht werden.*

b) *Die Möglichkeiten, die verschiedenen Anforderungen zu erfüllen, stehen zueinander im Verhältnis eines ‚magischen Vielecks‘. Zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag als zweier „Eckpunkte“ eines solchen Vielecks gibt es Felder der wechselseitigen Ergänzung, der Neutralität und des Zielkonflikts.*

4. Der Gesamtauftrag der Verwaltung ist von der Erfüllung der anderen Staatsfunktionen, Gesetzgebung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, abhängig. In den Fällen schwacher gesetzlicher Programmierung werden vom Verwaltungsverfahren zweifache Kompensationsleistungen erwartet. Die dadurch bedingte Be- und Überlastung des Verfahrens stellt ein Engpaßproblem der gegenwärtigen Verwaltung dar.

III. Rechtswahrungsauftrag und Verwaltungseffizienz

5. Terminologisch und in der Sache wird zwischen „Rechtswahrung“ als spezifischem Schutzmechanismus des Verwaltungsverfahrens und „gerichtlichem Rechtsschutz“ oder „Gerichtsschutz“ als termini technici für den gerichtlichen Kontrollauftrag unterschieden.

6. a) Rechtswahrung im Verwaltungsverfahren ist die Absicherung der Rechts- und Interessensphäre des einzelnen schon in den primären Prozessen der Verwirklichung des Verwaltungsrechts.

b) Das Verwaltungsverfahren dient der Konkretisierung, Spezialisierung und Individualisierung eines zunächst in seinen Auswirkungen auf Rechte und Interessen häufig noch konturenunscharfen Problems. Der rechtswahrende Auftrag des Verwaltungsverfahrens besteht darin, daß diese Konkretisierungen unter Beteiligung mindestens der potentiell Betroffenen vorgenommen werden.

7. a) Die Rechtswahrung ist ein eigenständiger Auftrag des Verwaltungsverfahrens, sie ist weder „vorverlagerter Rechtsschutz“ noch überhaupt etwas „Vorverlagertes“.

b) Nur in einigen Fällen hat das Verwaltungsverfahren über die Rechtswahrung hinaus die zusätzliche kompensatorische Funktion des vorverlagerten Gerichtsschutzes.

8. Der Begriff Effizienz bezeichnet einen bestimmten Verwirklichungsgrad des komplexen Verwaltungsauftrags. Verwaltungseffizienz ist die möglichst gute Verwirklichung des Rechts- und Sachauftrags der Verwaltung in der zeitlichen, finanziellen und quantitativen Dimension.

IV. Felder der Komplementarität und Neutralität zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtswahrung

9. In diesen beiden Feldern liegen verwaltungspolitisch dringend auszuschöpfende Reserven für die konfliktfreie Verwirklichung beider Ziele gemäß den Maximen: Effizienz durch Beteiligung und Effizienz durch rechtlich klares Verfahrensrecht. Ein dringendes Desiderat ist empirisch gesichertes Wissen über die Verwaltungsverfahren und über die Erfüllung ihrer Funktionen.

V. Verfassungsrechtliche Spielräume für die Berücksichtigung von Verwaltungseffizienz: Die Geltung der Grundrechte im Verwaltungsverfahren

10. a) Das Verwaltungsverfahren ist Teil der Gesamtbelastung, des Gesamtschutzes und des Gesamtvorgangs des Leistens: deshalb wirken die Grundrechte in allen dogmatisch anerkannten Ausprägungen auf das Verwaltungsverfahren ein.

b) Im Anwendungsbereich der Schutzpflichten hat Verfassungsrang allein die Schutzverpflichtung als solche; konkrete Mittel zur Ausfüllung sind nur ausnahmsweise verfassungsrechtlich abzuleiten und geboten. Im übrigen sind die die Schutzpflicht ausfüllenden Regelungen einfaches Recht.

11. Im Anwendungsbereich der Figur des vorverlagerten Gerichtsschutzes (in den Fällen der Planungsentscheidungen und des Beurteilungsspielraums) kommen zusätzliche Gesichtspunkte der effektiven Durchsetzung der Grundrechte hinzu, die aus den einzelnen Grundrechten und aus Art. 19 IV GG abgeleitet werden können.

VI. Die Regelung des Konfliktverhältnisses zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtswahrung im Verwaltungsverfahrensgesetz

12. Der Zielkonflikt zwischen Effizienz und Rechtswahrung muß durch die Gesamtheit der Einzelgesetze und der Rechtsanwendungsakte abgearbeitet werden. Dies erfordert ein besonderes oder sektorales Verwaltungsverfahrensrecht.

13. Die Konfliktregelungen des VwVfG sind stark generalisiert. Notwendige Differenzierungen können durch – nicht näher zu konturierende – Verweise auf die Anforderungen der

Verhältnismäßigkeit erreicht werden. Bereichsspezifische Regelungen in einem sektoralen Verwaltungsverfahrensrecht können die Interessenbewertungen des materiellen Rechts unmittelbar aufnehmen und bieten mehr Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit; sie sind deshalb vorzuziehen.

14. Die Regelung des § 46 VwVfG ist bei der sogen. gebundenen Verwaltung eine Folge der starken Stellung der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit, die umfassend aufklären, selbst „durchentscheiden“ und dadurch die Fehler aus dem Verwaltungsverfahren überholen kann.

VII. Konfliktentscheidungen zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtswahrung in den verschiedenen Sektoren des Verwaltungsrechts

15. Bei den sogenannten nicht-förmlichen Verfahren darf die – derzeitige – Unauffälligkeit kein Anlaß zur forcierten Effizienzverfolgung sein.

16. Im Asylverfahren ist die Feststellung eines angenommenen Mißbrauchs verfahrensabhängig. Das Verfahren bis zur Feststellung eines Mißbrauchs muß in sich ausreichenden rechtswahrenden Schutz bieten.

17. Die Massenverwaltung ist in Teilen der Steuer- und Sozialverwaltung im zugespitzten Typ des automatisierten und deshalb genormten und standardisierten Verfahrens ausgeformt. Die Schutzmechanismen des Verfahrens müssen hier in der Gestaltung der organisatorischen Rahmenbedingungen der Gesamtanlage des automatisierten Verwaltungsverfahrens rekonstruiert werden.

18. Beim Baugenehmigungsverfahren als dem Prototyp des dreipoligen (Anlagen-)Genehmigungsverfahrens von geringer Komplexität muß der Kreis der nach den Landesbauordnungen Verfahrensbeteiligten auf den Kreis der nach der Rechtsprechung im Baunachbarprozeß Klagebefugten erweitert werden. Die derzeitige unübersichtliche Rechtslage ist effizienz- und rechtsschutzmindernd zugleich.

19. a) Das Kernproblem der Großverfahren ist deren mangelnde Eigenkomplexität; dies hat Überlastungserscheinungen zur Folge.

b) *Die Konzentrationsmaxime des § 44 a VwGO ist bei Großvorhaben disfunktional.*

c) *Die Überlastung der Großverfahren bei komplexen Verwaltungsentscheidungen durch die zweifachen Kompensationserwartungen kann gemildert werden durch eine systematische Entzerrung von Legitimationsfunktionen einerseits und Rechtswahrungs- und Gerichtsschutzfunktionen andererseits gemäß einem Modell, das die Standortfragen mit der Öffentlichkeitsbeteiligung und die Planfeststellung bzw. die Errichtungsgenehmigungen mit der Betroffenenbeteiligung verbindet (vgl. Schema in der Anlage).*

20. *Umwelt- und raumgestaltende Rechtssetzungsverfahren sind im Hinblick auf die Beteiligung und die Formen der Beteiligung gleich zu behandeln wie die in Form eines Verwaltungsakts ergehenden Planungsentscheidungen und deren Vorstufen.*

Regelmodell für komplexe Verwaltungsentscheidungen

Anlage:

	<u>1. Stufe</u>		<u>2. Stufe</u>	
	vorbereitende Planung	Vorbescheid	Planfeststellung	Genehmigung
Sachgehalt der Verwaltungsentscheidung	Grobplanung	Standortbescheid Konzept- genehmigung (1) Trasse / Standort (2) Konzept d. Vorhabens	Feinplanung	Errichtungs-, Betriebsgenehmigung
Rechtsgehalt	(1) Planungsentscheidung: Abwägung zw. generalisierten u. aggregierten Interessen (2) Vorläufiges positives Gesamturteil		Verortung in der räuml. Umgebung, Immissionsschutz Planungsentscheidg.: Abwägung zw. öff. Interessen u. indi- vidualisierten In- teressen u. Rechten	Sicherheitsüber- prüfung, Gefahrenabwehr (gebundene) Kon- trollerlaubnis im Hinblick auf Ge- fahrenabwehr u. -vorsorge
Hauptfunktionen d. Verfahrens (im Hinblick auf Bürger)	Partizipation, Legitimierung/Konsens- bildungsprozesse			Rechtswahrung, z. T. vorgelagerter Gerichtsschutz
Beteiligte u. Beteiligungsform	Öffentlichkeits- oder Interessenten- beteiligung, Verbandsbeteiligung			Betroffenenbeteiligung
Gerichtlicher Rechtsschutz	Von Fachplanung zu Fachplanung differenzierend zu entscheiden	zulässig		zulässig

Das Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag

2. Mitbericht von Prof. Dr. *Jost Pietzcker*, Bonn

Inhalt

	Seite
I. Effizienz und Recht im Verfahren.	194
1. Das Erscheinungsbild	194
2. Verwaltungseffizienz im Rechtsstaat	196
3. Die Ebene der Verwaltung	197
4. Die Ebene des Gesetzgebers	199
II. Die Aufwertung des Verwaltungsverfahrens	201
1. Gründe.	201
2. Probleme	203
a) Abwertung des materiellen Rechts	203
b) Rollenveränderung (Mitwirkungslast, Präklusion)	204
c) Abwertung des Gerichtsschutzes	206
III. Der Auftrag des Verwaltungsverfahrens	207
1. Grundrechtsverwirklichung durch Verfahren	207
2. Die Frage der Verfahrensformalisierung	210
a) Verfahrensablauf und Verfahrensrechte	210
b) Institutionelle Neutralisierung	212
c) Verfahrensabgrenzung	214
3. Das Problem der großen Zahl	215
a) Sachverhaltsermittlung in der Massenverwaltung.	215
b) Großverfahren	217
c) Normsetzung	218
4. Grundrechtsdogmatische Einordnung	219
IV. Das fehlerhafte Verfahren	221
1. Die Besonderheit des Verfahrensrechts.	221
2. Heilung	223
3. Unbeachtlichkeit.	223
4. Fehler im Normsetzungsverfahren	225
5. Durchsetzung subjektiver Verfahrensrechte	226
Schluß	227

I. Effizienz und Recht im Verfahren

1. Das Erscheinungsbild

Das Thema zielt auf den ersten Blick in die Mitte der gegenwärtigen Zweifel am Rechtsstaat. Die normative Einbindung staatlichen Handelns ist perfektioniert, die Masse subjektiver Rechte durch extensive Grundrechtsauslegung vermehrt, ihre gerichtliche Durchsetzung in einem dreizügigen Instanzenzug gesichert. Am Ende dieser Entwicklung steht die Erkenntnis, daß materielles Recht und Gerichtsschutz versagen. Nun soll das Verwaltungsverfahren den bislang verfehlten effektiven Rechtsschutz gewährleisten.

Gleichzeitig muß man feststellen, daß die Verwaltung im Steuerrecht der Masse der Fälle kaum mehr Herr wird, daß die Dauer der Asylverfahren bis zum rechtskräftigen Urteil die Hauptsache für mehrere Jahre positiv vorwegentscheidet und dadurch die Zahl der Anträge hochtreibt, daß Flughafen- oder Kraftwerksprojekte nach mehrjährigen Verwaltungsverfahren in zehnjährigen Gerichtsverfahren stecken bleiben. Den rechtsstaatlichen Mechanismen scheint vor allem die Funktion zuzukommen, die Entscheidungsfindung zu verzögern; an eine gesteigerte Rechtmäßigkeitsgewähr mag man angesichts des endlichen Abschlusses eines Verfahrens durch Vergleiche und Abfindungszahlungen nicht guten Gewissens glauben. Die Aufwertung des Verwaltungsverfahrens und Einräumung von Verfahrensrechten verlängert die Verfahrensdauer, gibt illegitimen Einflüssen Raum und macht die Sachentscheidung wegen der verfahrensrechtlichen „Stolperdrähte“ noch fehleranfälliger. Der Staat als organisierte Entscheidungs- und Wirkungseinheit scheint sich in seinen rechtsstaatlichen Bindungen bis zur Entscheidungsunfähigkeit und Wirkungslosigkeit zu verstricken: er ist nicht mehr effizient.

Dieser düsteren Ansicht läßt sich ein freundlicheres Bild der Lage gegenüberstellen. Die Großverfahren, die sich in den Vordergrund schieben, sind ja nicht der Alltag der Verwaltung, sondern die seltene Ausnahme. Daß Großvorhaben mit gewaltigen Auswirkungen nicht in wenigen Wochen ausführungsfähig entschieden sind, ist selbstverständlich. Sobald ein Unfall geschieht wie in Harrisburg, ist nicht mehr von Investitionsstau, sondern von ungenügenden Sicherheitsvorkehrungen und nachlässigem Genehmigungsverfahren die Rede. Ein gründliches Verwaltungsverfahren wäre effizienter gewesen, manchmal sogar der bloße Zeitablauf, der frühere Prognosen als irrig erweist. Die Großvorhaben sprengen auch insofern den Rahmen einer dogmatischen Erfassung des Verwal-

tungsverfahrens, als in ihnen der grundlegende Streit um die Fortentwicklung der Industriegesellschaft ausgetragen wird; viele Seiten benutzen ihre Verfahrensmöglichkeiten und -rechte strategisch, um die vorgefaßte Entscheidung durchzusetzen¹. Ein so tiefgreifender gesellschaftlicher Dissens kann nicht durch schnelle Verwaltungsentscheidungen überspielt, freilich in den Extremfällen auch nicht durch eine noch so gesprächsbereite, partizipationsoffene Verwaltung überbrückt werden. Trotzdem scheint eine gewisse Ausführlichkeit im Verfahren dieser Situation angemessen zu sein.

Schon typischer für die Lage der Verwaltung sind die Massenprobleme im Steuerrecht. Nun ist die Steuerverwaltung keineswegs ineffizient in dem Sinne, daß die Steuererhebung sich übermäßig verzögert oder unterbleibt; als problematisch werden vielmehr die nicht gesetzlich vorgesehenen Pauschalierungen und Typisierungen angesehen, zu denen die Finanzverwaltung greift und die sich teils zulasten, öfters aber zugunsten des Bürgers auswirken². Es läßt sich kein klarer Gegensatz von Effizienz und Rechtsschutz erkennen: die großzügige Sachverhaltsermittlung erlaubt es der Verwaltung, mit der Gesamtmenge der Fälle fertig zu werden, und ist regelmäßig auch für den Bürger vorteilhaft. Genauere Aufklärung würde vielleicht mehr Kosten verursachen als Einnahmen erbringen. Auf der Strecke bleibt bei dieser Praxis also weder Effizienz noch eigentlich Rechtsschutz, sondern die strenge Gesetzmäßigkeit.

Im Verwaltungsalltag des Baurechts, der Wirtschafts- oder der Sozialverwaltung erscheint das Verhältnis von Effizienz und Rechtsschutz weniger dramatisch, aber nicht weniger rätselhaft. Formale Verfahrensregeln sichern die Verwaltung ab und helfen ihr bei der Strukturierung des Sachverhaltes; die Beteiligung Betroffener verringert das Rechtsmittelrisiko, kann auch im Wege von Mitwirkungslasten oder Präklusionen die Behörde entlasten.

Der Bürger sieht das Verwaltungsverfahren nur als Weg der Verwirklichung seiner Rechte und drängt auf unbürokratische Entscheidung, während der Verwaltung die Individualrechte je nachdem als lästige Hindernisse oder auch nützliche Mittel

¹ Der Streit um die Sache wird also auf der falschen Ebene des Verfahrens ausgetragen. S. dazu R. Schnur, VVDStRL 33 (1975), 296 sowie Lemhöfer, 52. DJT, Bd. 2, S. K 70 ff. Dieselbe Beobachtung für die USA bei P. Verkuil, 78 Columbia Law Review 258 (298) (1978).

² Dazu J. Isensee, Typisierende Verwaltung, 1976, passim; J. Martens, Verwaltungsvorschriften zur Beschränkung der Sachverhaltsermittlung, 1980, S. 17.

bei der Wahrnehmung ihrer übergreifenden Handlungsaufträge erscheinen³. Geht es um Wirtschaftsförderung durch Unternehmensansiedlung, stehen die Anliegerrechte der effizienten Zielverwirklichung im Wege; ist Luftsanierung das politische Ziel, sind sie ein geeignetes Vehikel der Verwaltung im Untersuchungsverfahren. Dem Sachbearbeiter beim Sozialamt begegnen Einzelrecht und Verwaltungsauftrag in noch engerer Verschränkung: er soll den Sozialetat nicht verschleudern, aber sein Ziel muß es doch sein, die wirklich Bedürftigen zu erreichen und den Antragsteller auf eine ihm nicht bekannte, aber benötigte Leistung hinzuweisen⁴.

Wie lassen sich diese Konstellationen in dem Koordinatenfeld begreifen, das durch Effizienz und Rechtsschutz markiert ist?

2. Verwaltungseffizienz im Rechtsstaat

Effizienz als Modus der Zweckverfolgung ist ein Relationsbegriff, bezogen auf einen Zweck-Mittel-Zusammenhang⁵. Effizienzuntersuchungen der öffentlichen Verwaltung gelten meist unternehmerischen Einheiten mit begrenztem Auftrag, z. B. der Müllabfuhr⁶. Kann man aber sinnvoll nach Verwaltungseffizienz fragen angesichts der fast unendlichen Zweckvielfalt der Verwaltung, und läßt sich zudem im Rechtsstaat der Auftrag, Rechte zu schützen, als Gegensatz zu diesen Verwaltungszwecken verstehen?

Der soziale Rechtsstaat ist nicht effizienz- und zweckblind. Sein Charakteristikum ist aber die Zweckverfolgung in den Formen des Rechts⁷. Soweit Zwecke in objektives Recht und subjektive Rechte umgeformt sind, ist ein Rückgriff auf Zwecke gegen die Norm nicht möglich. Auch die teleologische Aus-

³ v. Heyl/Prätorius, in: W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Bürgernahe Verwaltung?*, 1980, S. 260 f.

⁴ H.-W. Laubinger, in: *Demokratie und Verwaltung*, 1972, S. 439 (441).

⁵ P. Eichhorn/H. Siedentopf, *Effizienzeffekte der Verwaltungsreform*, 1976, S. 21 ff. Grundsätzliche Kritik an der Zweck-Mittel-Trennung bei N. Luhmann, z. B. schon *VerwArch.* 51 (1960), 97 (100, 113).

⁶ Verwaltungswissenschaftliche Analyse bei K. Reding, *Die Effektivität staatlicher Aktivitäten*, 1981 (mit krit. Bemerkungen insb. S. 18, 28, 32).

⁷ Vgl. die vielzitierte Bestimmung von F. J. Stahl, *Philosophie des Rechts*, 3.A. 1856, Bd. II, S. 137. Tiefergehende Kritik an technokratischen Effizienzmodellen bei W. Hennis, *Festschrift für D. Sternberger*, 1977, S. 170.

legung erlaubt ihn nur, soweit ein normativer Anhaltspunkt besteht⁸.

In der Entgegensetzung des Themas sind demnach nicht Recht und außerrechtliche Zwecke, sondern verschiedene Rechtzwecke benannt. Die Vorstellung einer gleichsam natürlichen, rechtsexternen und monolithischen Verwaltungseffizienz verstellt den Blick auf die Zweckvielfalt und die Verschränkung von Verwaltungsdynamik, rechtlich gewährten Handlungsspielräumen und strikten Rechtsvorgaben⁹. Gerade die komplexen Rechtsverhältnisse haben bewußt gemacht, daß das Zweckbündel „Verwaltungseffizienz“ sich letztlich wieder auf Bürger und ihre Interessen bezieht¹⁰. Verwaltungseffizienz und Rechtsschutz lassen sich also nicht als antinomische Begriffe verstehen, sondern enthalten in der thematischen Gegenüberstellung die Aufforderung, dem Ineinander und Gegeneinander der Verwaltungsziele und dem Verhältnis von Sachrecht und Verfahrensrecht in diesem Spannungsfeld nachzugehen. Mit Verwaltungseffizienz ist demnach auch nicht nur der Modus der Zielverwirklichung, sondern sind die Zielkonflikte selbst angesprochen.

3. Die Ebene der Verwaltung

Das diffuse Bild der Effizienz im Verwaltungsverfahren gewinnt Konturen, wenn die Ebene des Gesetzgebers und die Ebene der Verwaltung klar unterschieden werden.

⁸ So auch P. Häberle, AöR 98 (1973), 625 (629, aber auch 633). Es bedarf im Einzelfall sehr genauer Untersuchung, wie weit eine Einschränkung subjektiver Rechte durch in der Verfassung vage ange deutete Zweckvorstellungen zulässig ist; vgl. etwa R. Eckertz, Die Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen, 1981, S. 32 ff. sowie die Kontroverse zwischen G. Grünwald, JZ 1976, 767 ff. und W. Zeidler, 53. DJT, Bd. II (1980) S. 123. S. a. N. Luhmann, VerwArch 56 (1965), 301 (308): „Das Postulat des Rechtsstaats ist letztlich nichts anderes als eine Kritik des Schlusses vom Zweck auf das Mittel.“

⁹ Zutreffend W. Leisner, Effizienz als Rechtsprinzip? 1971, S. 45. Die Effizienz ist überpointiert und zu sehr außerrechtlich verstanden bei H. Krüger, in: Festschrift für H. P. Ipsen, 1977, S. 88 (91, 94). Die Spannung zwischen Effizienz und Individualschutz ist andererseits beseitigt bei F. O. Kopp, Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht, 1971, S. 200 ff.

¹⁰ Vgl. A. Rinken, in: Hoffmann-Riem (o. FN. 3), S. 41; Ph. Nonet, in: E. Blankenburg (Hrsg.), Innovations in the Legal Services, (1980), S. 183 (190); R. Steinberg, DÖV 1982, 621 f.

Die Verwaltung sieht sich der Wahl zwischen Effizienz und Rechtsschutz im Verwaltungsverfahren nur konfrontiert, wo sie über Spielräume verfügt. Soweit der Gesetzgeber klare Verfahrensrechte gewährt oder z. B. die Amtshilfe durch Datenschutzrechte einschränkt, bilden diese Individualschutzaspekte einen festen Teil des Gesamtauftrages und entheben die Verwaltung einer Abwägung.

Typisch ist für sie aber eine gewisse Freiheit im Verfahren. Das materielle Recht mag mehr oder weniger klare Vorgaben enthalten. Wie und mit welchem Aufwand das Recht in Wirklichkeit umzusetzen ist, läßt sich daraus nicht exakt ableiten. Die Formulierung materieller Normen und Rechte definiert nicht hinreichend den Verwirklichungsaufwand¹¹. Aber auch die Verfahrensgesetze, die inzwischen wichtige Teile des Verwaltungshandelns binden, lassen der Verwaltung großen Spielraum, welchen Aufwand sie dem Individualrechtsschutz widmet. Es liegt bei ihr, wie schnell sie einen Antrag aufgreift, in welchem Zeitpunkt und wie genau sie Antragsteller und Betroffene aufklärt und berät, oder wann sie sich mit der Sachverhaltsaufklärung zufrieden gibt¹². Hier findet sie ein breites Feld, auf dem sie befähigt und gezwungen ist, selbst die Gewichte zwischen Rechtmäßigkeit und Rechtsschutz im Einzelfall einerseits, Sparsamkeit und vernünftiger Erfüllung des Gesamtauftrages andererseits zu verteilen. Daß sie allemal geneigt sein wird, mehr den Gesamtauftrag oder einzelne politische Ziele als den Individualschutz zu favorisieren, ist evident.

Aber nicht nur im einzelnen Verfahren kann die Verwaltung Akzente setzen, sondern schon zeitlich vorgelagert bei der Entscheidung darüber, wie sie ein Problem definiert und welche Bearbeitungswege sie einschlägt. Schließt die Universität einen langfristigen Bücherbezugsvertrag mit einer Buchhandlung, dann kommen mögliche Rechte der Konkurrenz nur bei diesem einmaligen Abschluß ins Spiel. Will die Gemeinde eine Fußgängerzone einrichten, sind je nachdem, ob sie den Weg des Bebauungsplanes, der straßenrechtlichen Teileinziehung oder der bloßen straßenverkehrsrechtlichen Regelung wählt, ganz unterschiedliche Verfahrensvorschriften und Verfahrensrechte zu beachten. Übrigens ein Hinweis darauf, wie schwierig es sein wird, den Gedanken des Rechtsschutzes im

¹¹ Die darin für den Gesetzgeber liegende Entlastung ist nicht gering einzuschätzen.

¹² Treffend N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 3. Aufl. 1978, S. 213 f.

Verwaltungsverfahren in den einzelnen Materien konsistent zu verwirklichen¹³.

4. Die Ebene des Gesetzgebers

Die wichtigsten Entscheidungen über die Gestaltung des Verwaltungsverfahrens fallen auf der Ebene des Gesetzgebers, der, im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben, politische Ziele in Recht umsetzt. Aus seiner Handlungsperspektive sind globale Ziele wie Luftreinhaltung, Kriminalitätsbekämpfung oder Förderung des Mittelstandes das Primäre. Einräumung und Schutz subjektiver Rechte lassen sich durchaus zur Erreichung des Globalzieles einsetzen, doch werden häufiger erhebliche Abstriche an einer extensiven Gewährung und verfahrensmäßigen Sicherung von Rechten vorgenommen¹⁴.

Der Bereich der Koinzidenz gerade im Verfahrensrecht ist freilich nicht zu unterschätzen. Eine übersichtliche und nicht zu zeitaufwendige Gestaltung des Verwaltungsverfahrens dient meist gleichermaßen der Gesamtzielverwirklichung wie den Interessen betroffener Bürger¹⁵. Sie ist allerdings nicht leicht zu bewerkstelligen; man muß umgekehrt formulieren: ineffiziente Verfahrensgestaltungen gefährden sowohl die Zielverwirklichung wie den Individualschutz.

Wir stoßen hier auf eine doppelte Komplizierung, aber auch Relativierung des Effizienzproblems für den Verfahrensgesetzgeber. Die erste ist empirischer Art. Es ist ein Hauptproblem der Gesetzgebung, daß sie auf hochkomplexe Situationen trifft und sich der beabsichtigten Wirkung nicht sicher sein kann. Manches spricht dafür, daß dies für Verfahrensregelungen in gesteigertem Maße gilt, weil sie den schwer greifbaren Verwirklichungs- und Zeitaspekt betreffen¹⁶; es sei an die anhaltende Debatte um Vor- und Nachteile vertikaler und

¹³ S. auch das Beispiel bei W. Blümel, in: ders. (Hrsg.), Frühzeitige Bürgerbeteiligung bei Planungen, 1982, S. 23.

¹⁴ Material und Analyse bei W. Berg, Die verwaltungsrechtliche Entscheidung bei ungewissem Sachverhalt, 1980, z. B. S. 31 ff., 296 ff.; J. Schwarze, DÖV 1980, 581 (588). Die Skepsis gegenüber dem Einbau des Topos „Praktikabilität“ in die juristische Dogmatik bei R. Wahl, DV 1980, 281 f., dürfte sich nicht so sehr auf das Verhältnis von Gesetzgeber zu Verfassung beziehen.

¹⁵ O. Bachof, VVDStRL 17 (1959), S. 225 f.; G. Langrod, DVBl. 1961, 305 (309).

¹⁶ E. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee und System, 1982, S. 41; P. Verkuil, 78 ColLRv 258 (293) (1978).

horizontaler Entscheidungskonzentration¹⁷ oder an die Maßnahmen zur Prozeßbeschleunigung erinnert. Der Gesetzgeber, der sich Rechtsschutz im Verfahren zum Ziel gesetzt hat, steht vor erheblichen Zielerreichungsproblemen. Das sollte man auch für die Erörterung verfassungsrechtlicher Ableitungen im Auge behalten.

Die zweite Relativierung liegt im Normativen. Der Gesetzgeber verfolgt regelmäßig eine Vielzahl unterschiedlicher, oft konfligierender Ziele. Schon das eine Ziel des Rechtsschutzes birgt verschiedene Teilziele. Der Gerichtsschutz beispielsweise muß rechtzeitig, aber auch gründlich erfolgen, und die Parteien sollen das Urteil akzeptieren. Effizienz im Hinblick auf das eine ist oft Vereitelung des anderen Zieles¹⁸.

Das Akteneinsichtsrecht kann das Zusammentreffen der normativen und empirischen Schwierigkeiten veranschaulichen. Der Gesetzgeber mag das Einsichtsrecht erweitern, sogar über die Betroffenen und ihren Schutz hinaus, um das demokratische Element öffentlicher Verwaltungskontrolle zu befördern, was sich in Schweden seit 200 Jahren bewährt hat¹⁹. Neuerdings stößt er dabei an zahlreichen Punkten auf Datenschutzforderungen, die nach Geheimhaltung der Behördeninformation auch vor Dritten verlangen²⁰. Er gerät also in einen Konflikt zwischen zwei bürgerschützende Ziele. Die Vereinigten Staaten machen mit ihrem recht weitgehenden Einsichtsrecht außerdem die Erfahrung, daß entgegen den Erwartungen nicht so sehr Presse und Öffentlichkeit das Akteneinsichtsrecht wahrnehmen, sondern mehr noch Wirtschaftsunternehmen, die an Geschäftsdaten der Konkurrenz interessiert sind. Es zeichnet sich schon die Folge ab, daß wichtige Daten nicht mehr zur Kenntnis der Behörde gelangen, weil sie dann

¹⁷ S. H. Jarass, DÖV 1978, 21; R. Breuer, NJW 1978, 1558 (1565); D. Scheuing, VVDStRL 40 (1982), S. 179.

¹⁸ P. Lerche, ZZP 78 (1965), 1 (18); W. Leisner (o. FN. 9, S. 19), spricht von der Effizienz einer gewissen Ineffizienz; P. Häberle, AöR 98 (1973), 625 (630) bezeichnet Effizienz als „in hohem Maße ambivalent“.

¹⁹ D. Rowat, International Review of Administrative Sciences 1982, 59, 62.

²⁰ Die J. Scherer, Verwaltung und Öffentlichkeit, 1978, S. 47, 49, m. E. zu gering einschätzt (s. aber auch S. 67); vgl. S. Simitis, in: Festschrift für H. Coing, Bd. 2 (1982), S. 495 (516 ff.) und z. B. Ch. Kopf, in: 52. DJT, Bd. II, S. K 87. Zum Stichwort Amtsverschwiegenheit s. E. Melichar, VVDStRL 17 (1959), S. 200.

der Konkurrenz zugänglich sind²¹. Das Akteneinsichtsrecht beeinträchtigt hier die Informiertheit und damit die Arbeitsfähigkeit und Qualität der Verwaltung.

Der Gesetzgeber muß nicht nur diesen Knoten unterschiedlicher Ziele und ihrer Verwirklichungsprobleme entwirren, sondern sein Vorgehen zugleich an der größeren Perspektive der Notwendigkeit und Problematik einer Verfahrensaufwertung orientieren.

II. Die Aufwertung des Verwaltungsverfahrens

Rechte sind gewährt, damit sie Wirklichkeit werden können. Das Grundgesetz thematisiert den Verwirklichungsaspekt nicht ausdrücklich, setzt ihn aber für die Grundrechte in Art. 1 III und in den Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen voraus. Den Siegeszug des Verfahrensgedankens, dessen Stationen durch die Stichworte *status activus processualis*, Partizipation, *Verwaltungsverfahrensgesetz* und *Mühlheim-Kärlich* markiert sind, nimmt von dieser Verfassungsgarantie der Rechtsverwirklichung seinen Ausgang²². Die Forderung nach Rechtsschutz im Verwaltungsverfahren findet eine dreifache Begründung:

1. Gründe

An erster Stelle dürfte der Verlust des Vertrauens in die Zulänglichkeit des Gerichtsschutzes stehen. Dessen beispielloser Ausbau hat die Schattenseiten immer deutlicher hervortreten lassen: Prozeßdauer, vollendete Tatsachen und Ungenügen des punktuell angelegten, retrospektiven richterlichen Problemzugriffs in komplexen Verteilungssituationen sind die

²¹ D. Rowat (o. FN. 19), 65 f.; *Federal Aviation Administration v. Robertson*, 422 US 255 (266 f.) (1975). Aufschlußreich auch der Fall *Brockway*, Department of the Air Force, 518 F 2nd 1184 (1975), bei dem es um zwei Verfahren der Air Force zur Untersuchung von Flugzeugunfällen ging: das eine zur Vorbereitung von Schadensersatz- und Disziplinarverfahren, dessen Akten eingesehen werden können; ein zweites zur Aufklärung der Unfallursache zu präventiven Zwecken – hier sind die Unterlagen im wesentlichen geheim, damit nicht Rücksichten auf Schadensersatzprozesse zu Verfälschungen führen.

²² Zusammenfassende Nachweise bei K. Hesse, *EuGrZ* 1978, 427; K. Redeker, *NJW* 1980, 1593; H.-W. Laubinger, *Verw Arch* 73 (1982), 60, 62 ff.

wichtigsten Kritikpunkte²³. Außerdem: Gerichtsschutz erhält nur der Kläger. Ist es nicht angemessen, die Rechte aller Betroffenen zu schützen und deshalb schon im Verwaltungsverfahren anzusetzen²⁴?

Ein zweiter Grund liegt im Verlust des Vertrauens in die Steuerungsfähigkeit der materiellen Norm. Wo unbestimmte Begriffe wie „verunstaltend“, „volkswirtschaftlich wertvoll“ oder Abwägungsformeln von der „Berücksichtigung aller öffentlichen und privaten Belange“ die Verwaltungsentscheidung steuern, da ist für den Bürger ein gehöriges Verfahren mit der Möglichkeit, schon dort Sachverhaltshinweise und Interessenaspekte zur Geltung zu bringen, von hervorragender Bedeutung²⁵. Das Verständnis von Verwaltungsentscheidungen als Informationsverarbeitungsprozessen bestärkt diese Sichtweise: wer an der Informationssammlung und -verarbeitung teilnimmt, nimmt dadurch an der Sachentscheidung teil²⁶. Materielles Recht und Verfahrensrecht bilden einen untrennbaren Verbund, wobei das materielle Recht nur eine unter mehreren Entscheidungsprämissen darstellt²⁷. Die Verfahrensabhängigkeit der Entscheidung läßt die bloß materiell-

²³ P. Lerche, ZJP 78 (1965), 1 (27); P. Häberle, VVDStRL 30 (1972), S. 43 (88); W. Schmitt Glaeser, VVDStRL 31 (1973), S. 203 ff.; R. Scholz und E. Schmidt-Aßmann, VVDStRL 34 (1976), passim; J. Schwarze, Der funktionale Zusammenhang von Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsverfahren, 1974, S. 32 ff., 44; zuletzt W. Brohm, DÖV 1982, 1.

²⁴ E. Melichar (o. FN. 20), S. 183 (185 f.); H. Sendler, AöR 94 (1969), 130 (134).

²⁵ P. Häberle (o. FN. 23), S. 88; W. Brohm, VVDStRL 30 (1972), S. 279; R. Scholz (o. FN. 23), S. 173 (mit Folgerungen für die gerichtliche Verfahrenskontrolle); s. a. F. Ossenbühl, NVwZ 1982, 465 (466); W.-R. Schenke, BaWüVBl. 1982, 313 (314 f.). F. Scharpf, Die politischen Kosten des Rechtsstaats, 1971, S. 21 f. hat am Beispiel der USA das umgekehrt reziproke Verhältnis von materiellem Recht und Verfahrensrecht aufgewiesen. Freilich ist dort heute eine Gegenbewegung hin zum materiellen Recht deutlich, s. Dickson v. Love, 97 S.Ct. 1723 (1977); P. Verkuil, 43 UChiLRev 739 (754 f.) (1975/76) sowie R. Dolzer, DÖV 1982, 578.

²⁶ W. Schmidt, VVDStRL 33 (1975), S. 180 (200 f.) folgt diesem Ansatz, hält aber rechtlich an der Trennung von Entscheidungsvorbereitung und Entscheidung fest; kritisch dazu P. Badura, ebd. S. 296.

²⁷ W. Brohm (o. FN. 25) S. 261, 279; R. Wahl, DV 1980, 275 ff.; R. Steinberg, DÖV 1982, 619, 620. Deshalb ist die Bettermann'sche Gleichung – K. A. Bettermann, VVDStRL 17 (1959), S. 168 – in ihrem ersten Teil (je mehr und je bessere Verwaltungsgerichtsbarkeit, desto weniger Justizförmigkeit der Verwaltung) nicht unangreifbar.

rechtliche Sicht staatlicher Tätigkeit umso unbefriedigender erscheinen, je mehr im Verwaltungsstaat der beherrschte Lebensraum schrumpft und staatlichen Planungen und Zuteilungen Platz macht²⁸.

In die gleiche Richtung weist drittens eine Auffassung, die Grundrechte nicht als fixierte Positionen, sondern prozedural versteht, derart, daß sie überhaupt erst in staatlichen Verfahren zur Entfaltung zu bringen sind²⁹. Verbindungslinien führen zu einem an angelsächsische due process-Traditionen anknüpfenden Verständnis, das dem Verfahren nicht nur eine dienende Rolle, sondern Eigenwert zumißt, weil in ihm die Subjektstellung des Bürgers Ausdruck findet.

2. Probleme

Dies alles sind gute Gründe für eine Betrauung des Verwaltungsverfahrens mit Rechtsschutzaufgaben. Sie geben aber keinen Maßstab dafür, wie weit die Umpolung vom Gericht hin zur Verwaltung und vom materiellen Recht hin zum Verfahrensrecht zu gehen hat. Das öffentliche Recht war bisher vom materiellen Recht und vom Gerichtsschutz geprägt³⁰. Ehe diese prägenden Elemente mit latent verfassungsrechtlichen Argumenten tiefgreifend verändert werden, ist es unabweislich, sich die vermutlichen, ebenfalls verfassungsrechtlich bedeutsamen Auswirkungen einer solchen Umpolung zu vergegenwärtigen.

a) Abwertung des materiellen Rechts

Die Hinwendung zu einem verfahrensmäßigen Rechtsverständnis zerstört die oft trügerische Vorstellung fest umrissener materieller Rechte, gefährdet damit aber auch, was an substantiellem Gehalt da ist. Der Gesetzgeber fühlt sich weniger gedrängt, abgegrenzte materielle Positionen zu formulieren, sondern flüchtet ungehemmter in Generalklauseln, Abwägungsformeln und verfahrensrechtliche Zuordnungen. Er kann damit den politischen Entscheidungen ausweichen und

²⁸ K. Hesse, EuGRZ 1978, 427 (437 f.).

²⁹ H. Goerlich, Grundrechte als Verfahrensgarantien, 1981, z. B. S. 21; s. a. BVerfGE 49, 220 (235) (Sondervotum Böhmer).

³⁰ S. nur F. Scharpf (o. FN. 25), S. 38.

sie dem Verwaltungsverfahren zuschieben³¹. Sicherlich geschieht das heute schon, ist im Planungsrecht sogar unvermeidlich und hat zur Forderung nach Verfahrensaufwertung geführt; doch muß man den in Gang gesetzten Verstärkungseffekt in Rechnung stellen.

b) *Rollenveränderung (Mitwirkungslast, Präklusion)*

Die Aufwertung des Verwaltungsverfahrens und der Beteiligungsrechte bewirkt eine Rollenveränderung. Die Alleinverantwortung der Verwaltung für ihre Entscheidung erfährt durch die Beteiligungsrechte jedenfalls faktisch eine Abschwächung. Wenn aus entscheidungstheoretischer Sicht die Verfahrensbeteiligten die Informationssammlung und -verarbeitung mitleisten oder, in anderer Sprache, den rechtlich relevanten Sachverhalt mitkonstituieren, dann entscheiden sie ja in gewissem Sinne mit³². Die Zuerkennung von Verfahrensrechten bindet die Betroffenen ein und drängt sie in eine aktivere Rolle, was wiederum auf das Verhalten der Verwaltung zurückwirkt. Es ist bemerkt worden, daß die Verwaltung in größeren Verfahren gelegentlich eher als passiver Schiedsrichter zwischen den streitenden Beteiligten auftritt³³. Die Gefahr der Vernachlässigung nicht im Verfahren vertretener Interessen ist unübersehbar³⁴.

³¹ Vgl. die Andeutungen in *BVerfGE* 33, 303, 341; 41, 251 (265); 44, 10 (116); 53, 30 (75). R. Novak, *VVDStRL* 40 (1982), S. 62 (These 7); E. Schmidt-Aßmann (o. FN. 16), S. 54 („nachbessernde Gesetzgebung“). Kritisch zur Tragfähigkeit genereller Normen beispielsweise W. Hoffmann-Riem, *VVDStRL* 40 (1982), S. 202. – Die Verfahrensbetontheit des US-amerikanischen Verwaltungsrechts muß nicht nur vor dem ganz anderen institutionellen Hintergrund (insb. dem wenig ausgebauten Gerichtsschutz) gesehen werden, sondern hängt auch mit der am Einzelfall orientierten Case-Law-Tradition zusammen. – Die Verfahrensaufwertung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts steht vielleicht in innerem Zusammenhang mit seiner Neigung, die Strenge der Norm durch Billigkeitsklauseln und Einzelfallausnahmen abzumildern, s. z. B. *BVerfGE* 55, 134.

³² S. o. FN. 25 u. 26 sowie K. Vogel, *VVDStRL* 33 (1975), S. 305.

³³ K. H. Schröder, 52. DJT Bd. 2, S. K 181; G. Kisker, *VVDStRL* 40 (1982), S. 280 f. und P. Badura, ebenda, S. 292 f. Für die USA vgl. P. Verkuil (o. FN. 1), S. 264, mit dem Hinweis auf den Zusammenhang von Untersuchungsmaxime und Allgemeininteresse (S. 282).

³⁴ R. Walter, *VVDStRL* 31 (1973), S. 147, 165; W. Schmidt (o. FN. 26), S. 201, und die Diskussionsbemerkungen von W. Martens, ebd., S. 288, und R. Schnur, ebd., S. 296; R. Mayntz, in: H. von Oertzen (Hrsg.), „Demokratisierung“ und Funktionsfähigkeit der Verwaltung, 1974, S. 60; F. O. Kopp, *BayVBl* 1980, 97 (102); Bethge, *NJW* 1982, 1 (7); W. Hoffmann-Riem (o. FN. 31), S. 208.

An diesem Punkt werden die engen Grenzen sichtbar, die das öffentliche Recht, und zwar die rechtsstaatliche wie die sozialstaatliche Komponente, einer rechtlichen Anerkennung der Rollenveränderung zieht. Der Gesetzesbindung der Verwaltung und ihrem Handlungsauftrag entspricht bei der Aufklärung des Sachverhalts die Untersuchungsmaxime, die in der Sozialverwaltung durch weitgehende Aufklärungs- und Beratungspflichten ergänzt wird³⁵. Die Aufwertung des Verfahrens und der Beteiligtenrechte beruht zwar auf der Einsicht in die unzulängliche Steuerung durch das Sachrecht, bewirkt aber keinen Übergang der Verantwortung auf die Beteiligten³⁶.

Der Gesetzgeber kann freilich Mitwirkungslasten anordnen, wo es um Sachverhaltselemente geht, die in der Person oder Sphäre des Betreffenden liegen³⁷. Das Steuerrecht bietet reiches Material hierfür³⁸. Es ist aber nicht unproblematisch und bedarf genauer Begrenzung, wenn das Bundesverwaltungsgericht ohne eine solche gesetzliche Anordnung bei der Bauleitplanung als abwägungserheblichen Belang nur ansieht, was sich der Behörde „aufdrängen“ mußte, und für weitergehende Belange Hinweise der jeweils Betroffenen verlangt³⁹. Gerade bei Planungen und Großvorhaben stünde die Einwirkungsmöglichkeit des Einzelnen oft in keinem Verhältnis zu einer ausgedehnten Mitwirkungslast.

In der materiellen Präklusion, die die im Verwaltungsverfahren nicht vorgebrachten Einwendungen sogar von der gerichtlichen Geltendmachung ausschließt, ist die Kehrseite der Verfahrensaufwertung manifest⁴⁰. Der Gesetzgeber benutzt die Beteiligungsrechte zur Stützung vollständiger Sachverhaltsaufklärung, zur Unterbindung von Verzögerungstaktiken und

³⁵ §§ 13–15 SGB-AT, § 8 BSHG und abgeschwächt § 25 BVwVfG; *Laubinger* (o. FN. 4), S. 439.

³⁶ Insbesondere bei Großverfahren sind die meisten Betroffenen überfordert. S. auch *R. Mayntz* (o. FN. 34), S. 58; *J. Delbrück*, *VVDStRL* 31 (1973), S. 284 f.; *Bickel*, 52. DJT Bd. 2, S. K 98.

³⁷ Genauer dazu *W. Berg*, *BV* 1976, 161 und *Ch. Pestalozza*, in: *W. Schmitt Glaeser* (Hrsg.), *Verwaltungsverfahren*, 1977, S. 188 ff. Zur Frage der Statuierung von Mitwirkungspflichten durch Verwaltungsvorschriften s. *J. Martens* (o. FN. 2), S. 41.

³⁸ S. § 90 AO 1977; *J. Martens* (o. FN. 2), S. 68 ff., 98, plädiert für weitergehende Mitwirkungspflichten anstelle von Beweislastentscheidungen.

³⁹ *BVerwGE* 59, 87 (104).

⁴⁰ So auch *R. Wahl*, in: *Blümel* (Hrsg.) (o. FN. 13), S. 139 ff. Die Verfassungsmäßigkeit der materiellen Präklusion hat das *BVerfG* bejaht (*NJW* 1982, 2173). Gegenpositionen bei *R. Wolfrum*, *DÖV* 1979, 497; *H.-J. Papier*, *NJW* 1980, 313; *S. de Witt*, *DVB1* 1981, 1006.

zur Herbeiführung von Bestandskraftwirkung auch gegenüber Dritten, denen die Entscheidung nicht zugestellt wird. Diese Vorteile werden erkaufte um den Preis einer nicht geringen Beeinträchtigung gerichtlichen Rechtsschutzes. Der Betroffene kann nicht mehr wie bisher die Verwaltungsentscheidung abwarten, sondern muß seine Einwendungen schon im Verwaltungsverfahren substantiieren. Da den ausgelegten Unterlagen oft nicht das wahre Ausmaß möglicher Beeinträchtigungen zu entnehmen ist und gleichzeitig kein gesetzlicher Akteneinsichtsanspruch besteht⁴¹, dürfen gerade im Hinblick auf Art. 19 IV GG nur geringe Anforderungen an die Substantiierung gestellt werden⁴². Wenig substantiierte Einwendungen entwerten wiederum die Entlastungsfunktionen der Präklusion. Der Effizienzgewinn ist also gering; lediglich die Zustellungsproblematik wird wirklich gelöst, doch ließe sich das auch über eine Ausdehnung der öffentlichen Bekanntmachung erreichen. Der Verlust des Gerichtsschutzes kann beträchtlich sein. Man sollte, wie es auch den meisten Gesetzen entspricht, auf dieses Mittel verzichten⁴³.

c) Abwertung des Gerichtsschutzes

Die Gefahr der Abwertung des gerichtlichen Rechtsschutzes durch Verfahrensaufwertung reicht sehr viel weiter. Gerichte mögen sich unter Verweis auf den funktional äquivalenten⁴⁴ verfahrensrechtlichen Rechtsschutz von der inhaltlichen Kontrolle weiter zurückziehen, wie es das Sondervotum im Mühlheim-Kärlich-Beschluß angedeutet hat^{44a}. Der Betroffene verliert dann die umfassende Kontrolle durch unabhängige Richter, die wieder attraktiv erscheinen könnte im Vergleich mit seiner extensiven Beteiligung am Verwaltungsverfahren, dessen Ergebnis vielleicht schon vor Verfahrensbeginn

⁴¹ S. § 72 I BVwVfG, § 6 III AtVfV, § 10 IV 9. BImSchVO.

⁴² Dazu D. Sellner, BauR 1980, 391 (398); Hoffmann-Riem (o. FN. 31), S. 221.

⁴³ Wohl positivere Einschätzung bei E. Schmidt-Aßmann (o. FN. 16) S. 51 f. Eine von seinem Standpunkt aus konsequente Verteidigung unternimmt K. Redeker, NJW 1980, 1597.

⁴⁴ Zum funktionalen Zusammenhang von Verwaltungs- und Gerichtsverfahren s. C. H. Ule, DVBl 1957, 597; O. Bachof, DVBl 1958, 6; Bettermann (o. FN. 27), S. 164 ff.; J. Schwarze (o. FN. 23), S. 57; restriktiv-kritisch W. Schmitt Glaeser (o. FN. 23), S. 241; R. Scholz (o. FN. 23), S. 215 und E. Schmidt-Aßmann, ebd., S. 267; K. Stern, Staatsrecht I, 1977, S. 655 ff.

^{44a} BVerfGE 53, 30 (81 f.); s. auch D. Sellner, BauR 1980, 401 f.

feststeht⁴⁵. Die gelegentlich vorgeschlagene Arbeitsteilung in Form der Zuweisung technischer Fragen an die Verwaltung und der Beschränkung des Gerichts auf Rechtsfragen⁴⁶ greift zu kurz: im Berstschutz und in der TA Luft stecken Grundrechtsfragen.

Andere Vorstellungen gehen dahin, durch Beteiligung von Richtern am Verwaltungsverfahren späteren Gerichtsschutz teilweise überflüssig zu machen⁴⁷; sie übersehen den wesentlichen situativen Unterschied zwischen einer Verwaltungs- und einer Gerichtsentscheidung; der Richter würde doch nur zu einem – besseren oder schlechteren – Verwaltungsbeamten, der nicht mehr in richterlicher Distanz dem Geschehen gegenübersteht, sondern in die Entscheidungsfindung verstrickt wird⁴⁸. Art. 13 II und 104 II GG sind kein Modell für Genehmigungen von Großvorhaben⁴⁹.

III. Der Auftrag des Verwaltungsverfahrens

1. Grundrechtsverwirklichung durch Verfahren

Der verfassungsrechtliche Akzent, den Art. 19 IV GG mit der Garantie richterlichen Rechtsschutzes setzt, erlaubt es, die spezifische Bedeutung des Verwaltungsverfahrens für die Rechtsverwirklichung und deren grundrechtliche Absicherung herauszuarbeiten.

Wo staatliche Verfahren den Grundrechtsgebrauch kanalisieren, steckt im Grundrecht zugleich die Garantie, daß das Recht durch Verfahren zur Verwirklichung gelangen kann. Dies ist der richtige Kern der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Nun läßt sich erstens aus der normativen Formulierung des materiellen Rechts nicht eindeutig die Verwirklichung deduzieren. Dieser Umstand ist ein we-

⁴⁵ Dazu beispielsweise *Hoffmann-Riem* (o. FN. 31), 211 f., 214 f. Allgemein zur Unersetzbarkeit des unabhängigen Richters *Bettermann* (o. FN. 27), S. 169.

⁴⁶ Vorschläge in dieser Richtung beispielsweise bei *F. Werner*, DVBl 1957, 221, 226; *J. Schwarze* (o. FN. 23), S. 62; s. auch *K. Redeker*, DÖV 1971, 757 (760). Anderer Ansatz bei *W. Schmitt Glaeser*, Landkreis 1976, 442 ff.

⁴⁷ *Ch. Pestalozza*, Staat 1979, 481 (504 ff.); für das atomrechtliche Verfahren auch Andeutungen bei *F. Ossenbühl*, DVBl 1978, 1 (9) und (zurückhaltender) *K. Hansmann*, 52. DJT, Bd. II, 1978, S. K 54.

⁴⁸ *E. Schmidt-Aßmann* (o. FN. 23), S. 236; *P. Lerche*, BayVB 1980, 257 (261).

⁴⁹ Anderer Akzent bei *Bettermann* (o. FN. 27), S. 173 ff.

sentlicher Grund für die Forderung nach Aufwertung des Verfahrens und nach Einbeziehung des Betroffenen in den Verwirklichungsprozeß. Denn der Verwaltung begegnen Individualrechte oft nicht als isolierte und fixierte Positionen, die nur ein einziges rechtliches Urteil erlauben, sondern gleichen manchmal eher Steinen im Spiel, die auf unterschiedliche Weise einander zugeordnet und zur Geltung gebracht werden können⁵⁰. Gleichzeitig verfügt aber der Gesetzgeber mangels strikter Abhängigkeit der Verwirklichungsschritte von dem materiell formulierten Recht von vornherein bei der Gestaltung des Verfahrens über Spielräume⁵¹. Die Verfahrensabhängigkeit des materiellen Rechts wirkt also dialektisch; erst das Verfahren konkretisiert und verwirklicht das materielle Recht, das aber wegen seiner defizienten Struktur keinen strikten Maßstab dafür abgibt, wie das Verfahren auszusehen hat.

Zweitens erlaubt es die Gewährleistung des Art. 19 IV GG dem Gesetzgeber, den besonderen Handlungsauftrag der Verwaltung zur Geltung zu bringen. Er darf das Verwaltungsverfahren nicht wie das Gerichtsverfahren nur als Streit- und Erkenntnisverfahren gestalten⁵², sondern hat dem Handlungsaspekt Rechnung zu tragen⁵³. Er muß zwar gewährleisten, daß die Verwaltungsentscheidung in jedem Einzelfall rechtmäßig sein kann, er darf und muß aber zugleich dafür sorgen, daß die Verwaltung der Summe aller Einzelfälle gerecht wird und daß sie insbesondere ihren Handlungsauftrag, der weit über die Sicherung und Verwirklichung von subjektiven Rechten hinausgeht, zweckmäßig erfüllen kann. In den meist mit dem Effizienzbegriff assoziierten Forderungen nach schnellem und sparsamem Handeln steckt die Rücksicht auf die knappen, im Sozialstaat besonders wertvollen Ressourcen Zeit und Geld,

⁵⁰ Ch. Degenhart, DVBl 1982, 872 (875 f.), hat diesen Aspekt stärker entfaltet. Hierher gehört auch die Unterscheidung zwischen Grundrechten und Grundrechtsinteressen bei P. Häberle (o. FN. 23), S. 122.

⁵¹ Einer verwandten Erscheinung im Rahmen des Art. 19 IV GG geht D. Lorenz, AöR 105 (1980), 630 (646), nach. S. auch H. H. Lohmann, AöR 100 (1975), 415 (433), zur besonderen Bedeutung des Praktikabilitätsaspektes gegenüber dem Verfahrensrecht.

⁵² Es gibt freilich Tendenzen, das Gerichtsverfahren mit genuinen Verwaltungsaufgaben zu betrauen, s. Brohm, DÖV 1982, 1 (7 f.); für die USA z. B. O. M. Fiss, 93 HarvLRev 1 (1979). Kritik bei P. Lerche, BayVBl 1980, 260; auch K. Redeker DÖV 1971, 758.

⁵³ N. Luhmann (o. FN. 12), S. 216. R. Scholz (o. FN. 23), S. 154 f., stellt Verwaltungszweck und Rechtszweck gegenüber; das ist terminologisch mißverständlich, da die übrigen Verwaltungszwecke nicht rechtsextern sind; kritisch auch P. Häberle, in: Schmitt Glaeser (o. FN. 37), S. 81.

die gerecht auf alle Verwaltungsaufgaben, und das heißt eben auch: auf die anderen Rechtsträger zu verteilen sind. Der Garantie des Art. 19 IV GG liegt eine Arbeitsteilung zwischen Verwaltung und Gericht zugrunde⁵⁴, die eine Formulierung wie in § 10 VwVfG erlaubt: das Verwaltungsverfahren ist einfach und zweckmäßig durchzuführen. Zweckmäßig bedeutet: im Sinne der möglichen Verwirklichung aller jeweils bestehenden Handlungsziele.

Das ist keine Absage an die Einwirkung von Grundrechten in das Verwaltungsverfahren⁵⁵. Die grundrechtlichen Anforderungen zielen aber nicht auf die Maximierung gerichtsgleichen Individualrechtsschutzes, sondern lassen im Lichte dieser Arbeitsteilung und des Gesamtauftrages der Verwaltung dem Gesetzgeber Spielraum, wie er die Rechtsverwirklichung im Verwaltungsverfahren gestaltet⁵⁶.

Wenn man überhaupt von einer Pflicht zu optimalem Grundrechtsschutz im Verwaltungsverfahren sprechen will⁵⁷, muß man dieses Optimum gesamthaft denken, muß also die Grundrechte aller oft gegenläufig betroffenen Grundrechtsträger und die sonstigen legitimen Sachziele in die Herstellung der Verwirklichungskonkordanz einbeziehen⁵⁸. In der Ausgestaltung des Verfahrens der Studienplatzvergabe, der Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer, der Aufstellung eines Bebauungsplanes oder auch der Vergabe öffentlicher Aufträge prägen sich mit fließenden Übergängen zum materiellen Recht die Besonderheiten des jeweiligen Sachbereichs aus. Die verschiedenen Einzelrechte und die ihnen gegenüberstehenden Interessen haben unterschiedliches Gewicht: bei der Anerkennung von Kriegsdienstverweigerern ist das Individualrecht gewichtiger als bei der Auswahl von Beamtenbewerbern, bei der Vergabe öffentlicher Aufträge ist das staatliche Effizienzinteresse stärker als bei Anlagengenehmigungen. Der Verfahrensgesetzge-

⁵⁴ Sie wird akzentuiert von *Bettermann* (o. FN. 27), S. 167 ff.; ferner *Isensee* (o. FN. 2), S. 157 f., 176; *U. Battis*, DÖV 1981, 433 (438). Historische Darstellung der Entwicklung in Preußen bei *R. Gneist*, Verhandlungen des 12. DJT, Bd. 3, Berlin 1975, S. 221 (225 ff.). Zur amerikanischen Verwaltung insoweit ähnlich *F. Morstein Marx*, Amerikanische Verwaltung, 1963, S. 163 f.

⁵⁵ So aber wohl *N. Luhmann* (o. FN. 12), S. 203 ff., 215 ff.

⁵⁶ In diese Richtung auch *F. Ossenbühl*, DÖV 1981, 1 (9), und *ders.*, NVwZ 1982, 470; *R. Wahl*, in: *Blümel* (Hrsg.) (o. FN. 13), S. 131 ff.

⁵⁷ So *BVerfGE* 53, 30 (74 f., 88); *W. Blümel* (o. FN. 13), S. 24. Kritisch *E. Schmidt-Aßmann*, Jura 1979, 505 (509); *P. Dolde*, NVwZ 1982, 70; *H.-W. Laubinger*, VerwArch 73 (1982), 74 Fn. 72.

⁵⁸ So auch schon *P. Häberle* (o. FN. 23), S. 87.

ber kann also keine Einheitslösung wählen. Forderungen nach Vereinheitlichung des Verfahrensrechts sind deshalb nur innerhalb dieser Sachbereiche sinnvoll⁵⁹. Das Verwaltungsverfahrensgesetz war eine notwendige Grundlegung, die aber bereichsspezifische Modifikationen und Ergänzungen erfordert. Es geht auch keineswegs nur um die allgemeinen Verfahrensrechte wie Anhörung und Akteneinsicht, die in der aktuellen Diskussion sehr im Vordergrund stehen, sondern mehr noch um besondere Verfahrensgestaltungen: beispielsweise darum, ob Beamtenstellen ausgeschrieben werden, wie Taxikonzessionen verteilt werden, ob an die Qualifikation der Entscheidungsinstanz in Asylverfahren besondere Anforderungen zu stellen sind oder ob sich an die zentrale Verteilung von Studienplätzen ein dezentrales Verteilungsverfahren der freigeblichen Plätze anschließen muß⁶⁰.

Die besondere, vom Gerichtsschutz unterschiedene Aufgabe des Verwaltungsverfahrens läßt sich an der Frage der Formalisierung und an den Massenproblemen exemplifizieren.

2. Die Frage der Verfahrensformalisierung

In jeder rechtlichen Regelung steckt ein Element der Formalisierung. Die Verrechtlichung formalisiert das Verfahren also zwangsläufig.

a) Verfahrensablauf und Verfahrensrechte

Gemeinhin versteht man unter Formalisierung des Verfahrens aber in einem engeren Sinne die gerichtsähnliche Ausgestaltung mit formalen, wenig flexiblen Handlungsmöglichkeiten der Verwaltung und strikt zugewiesenen Verfahrensrechten der Beteiligten. Die Warnung vor einer Judizialisierung des

⁵⁹ Grundlegend hierzu schon *Bettermann* (o. FN. 27), S. 143 ff., 173. *F. Ossenbühl*, DÖV 1981, 5 ff., möchte in erster Linie nach betroffenen Grundrechten differenzieren. Weitergehende Vereinheitlichungsforderungen bei *Steinberg*, DÖV 1982, 622 ff. Für die USA s. *A. Scalia*, 1978 Supreme Court Review 345 (405), der vorschlägt, im Administrative Procedure Act zehn bis fünfzehn Verfahrenstypen zu statuieren, auf die dann Spezialgesetze verweisen können; ähnlich *P. Verkuil* (o. FN. 1), 293 ff.; s. auch *Mathews v. Eldridge*, 424 US 319 (334) (1976): „Due process is flexible and calls for such procedural protections as the particular situation demands.“

⁶⁰ Aus der Rechtsprechung s. z. B. *BVerfGE* 33, 303 (356 f.); 43, 34 und 232; 56, 216 (237 f.); *BVerwGE* 49, 232; *BVerwG* DÖV 1982, 746; *OLG Düsseldorf* DÖV 1981, 539.

Verwaltungsverfahren⁶¹ bezieht sich beispielsweise auf die Bindung an Beweisanträge der Beteiligten, den Umfang der Anhörungspflicht beim Abweichen von Sachverhaltsangaben des Betroffenen, auf das Gebot des gesetzlichen Verwaltungsbeamten oder auf die Pflicht, zu nachträglich eingegangenen Stellungnahmen wiederum die Stellungnahmen aller Beteiligten einzuholen.

Eine derart gerichtsähnliche Verfahrensgestaltung bedeutet regelmäßig höheren Zeitaufwand – was wie beim zu spät kommenden Urteil in Rechtsverweigerung münden kann – und vermag das Verfahren in einem schlechten Sinn zum Selbstzweck werden zu lassen, hinter dem sich der Sachbearbeiter verschanzt und dabei die eigentliche Sachaufgabe aus den Augen verliert⁶². Überformalisierung provoziert außerdem Versuche, auf scheinlegalen Umwegen dem förmlichen Verfahren auszuweichen⁶³. Beide Erscheinungen werden an der amerikanischen Verwaltung kritisiert⁶⁴. Man sollte auch nicht vergessen, daß dem Bürger das Prozeßrecht immer besonders fern war⁶⁵ und dem gesteigerten Verdacht der Förmerei unterliegt: für ihn zählt das Ergebnis.

Gewiß wird man sehr genau differenzieren müssen. In Großverfahren ist schon im Interesse einer übersichtlichen Strukturierung eine stärkere Formalisierung angebracht⁶⁶ und vom

⁶¹ Z. B. F. Werner, DVBl 1957, 221 (223); O. Bachof, DVBl 1958, 6 f.; F. Hauelsen, DVBl 1962, 881 (888); H. Sendler, AöR Bd. 94 (1969), S. 130 (135); P. Lerche, BayVBl 1980, 257 (258 f.).

⁶² Schmidt-Aßmann (o. FN. 23), S. 267. A. Scalia, 1978 SCtRev 345 (402) berichtet, daß die Gegner der Verbraucherschutzbehörde, die ihre Errichtung nicht verhindern konnten, eine Erschwerung ihrer Arbeit durch hochgespannte Verfahrensanforderungen erreichten; ein ähnliches Detail aus der Bundesrepublik bei Bickel, 52. DJT, Bd. II, S. K 167.

⁶³ S. Blümel (o. FN. 13), S. 71 Fn. 300; F. Ossenbühl, DÖV 1981, 1 (8); Wintersperger, 52. DJT Bd. II, S. K 112; auch W. Hoffmann-Riem (o. FN. 31), z. B. S. 204 f., 226 f., mit anderer Bewertung.

⁶⁴ Morstein Marx (o. FN. 54), S. 163 f., 171; P. Verkuil, 78 CollRev 258 (312) (1978). Man muß auch in Rechnung stellen, daß das formalisierte amerikanische Verwaltungsverfahren die kostspielige Einschaltung von Rechtsanwälten bedingt, s. F. Scharpf (o. FN. 25), S. 23.

⁶⁵ Dazu W. Henckel, Vom Gerechtigkeitswert verfahrensrechtlicher Normen, 1966, S. 7, 25.

⁶⁶ Zu Einzelheiten H.-W. Laubinger, VerwArch 73 (1982), 64 f.; Blümel (o. FN. 13), S. 10 ff. Verfehlt ist etwa die Vorenthaltung des Anspruches auf Akteneinsicht. Die Forderung von K. Redeker, DVBl 1971, 369 (372) nach Formalisierung bezieht sich hauptsächlich auf komplexe Verfahren.

Gesetz vorgesehen⁶⁷. Eine Formalisierung ist auch bei Prüfungen wegen des reduzierten Gerichtsschutzes nötig. Sie hat aber je nach Sachbereich an unterschiedlichen Punkten anzusetzen. Bei den Großverfahren geht es um die Strukturierung des überkomplexen Sachverhaltes und um die Beteiligtenrechte, bei den Prüfungen um Chancengleichheit. Auch sind die jeweiligen Negativeffekte in Rechnung zu stellen. Die gegenwärtig hochformalisierten Medizinerprüfungen, die das medizinische Ausbildungsziel gefährden, sind kein gutes Beispiel rechtsschutzsichernder Formalisierung⁶⁸. Ebenso darf der Schulunterricht, in dem die Bildungsrechte der Schüler Wirklichkeit gewinnen und den ein überdehntes Verfahrensverständnis als Vorbereitung der Versetzungsentscheidungen ansehen könnte, um dieser Rechte willen nicht formalisiert werden.

Gelegentlich kann das Gesetz einen Kompromiß schließen und die Formalisierung an einen Antrag Beteiligter knüpfen, wie es für die schriftliche Bestätigung eines mündlichen Verwaltungsaktes⁶⁹ oder weitergehend in der Stufung von gebührenpflichtiger Verwarnung und Bußgeldverfahren geschehen ist.

b) Institutionelle Neutralisierung

Auf eine andere Grenze der gerichtsähnlichen Formalisierung des Verfahrens stoßen wir in dem Umstand, daß die Verwaltung in eigener Sache entscheidet⁷⁰. Es ist ihre Aufga-

⁶⁷ Zur Frage des Anspruches auf Durchführung eines solchen Verfahrens und Beteiligung daran s. einerseits *BVerwG*, DÖV 1982, 639 mit Nachweisen, andererseits *K. Redeker*, NJW 1980, 1593 (1595) und zuletzt *H. Goerlich*, DÖV 1982, 631.

⁶⁸ Vgl. *BVerwG* DVBl 1982, 894.

⁶⁹ § 37 *BVwVfG*, s. auch § 67 II *BVwVfG*. Ähnliche Vorschläge schon bei *W. Schmitt Glaeser* (o. FN. 23), S. 247, und *R. Wahl*, DV 1980, 273 (287). Zu den vorläufigen Verwaltungsentscheidungen (z. B. § 164 AO) s. *Bettermann* (o. FN. 27), S. 173; *F. Kopp* (o. FN. 9), S. 115; *Berg*, DV 1976, 161 (183 f.).

⁷⁰ *Bettermann* (o. FN. 27), S. 123. *D. Lorenz*, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtswegeggarantie, 1973, S. 174, spricht von der „aktuell sachlichen und virtuell institutionellen Parteistellung der Verwaltung“. Zum Verhältnis von Nähe und Distanz bei kommunaler Ratstätigkeit *E. Schmidt-Aßmann*, Die kommunale Rechtssetzung im Gefüge administrativer Handlungsformen und Rechtsquellen, 1981, S. 15. Mit negativem Akzent s. auch *Hoffmann-Riem* (o. FN. 31), S. 231. Kritisch zu dem weitgehenden Verbot der *ex parte*-contacts *P. Verkuil*, 78 ColLRv 258 (290, 323) (1978); *R. M. Neustadt*, 32 AdLRv 306 f. (1980) und *J. Bernstein*, ebenda, S. 330.

be, unter der Direktive des öffentlichen Wohls die rechtlich vorgegebenen und die selbstgesetzten Ziele zu verwirklichen. Daß das Finanzamt das Interesse an der Steuererhebung verkörpert, daß die Gemeinde ihre Ziele im Bebauungsplan selbst verwirklicht, ist eine systemimmanente Selbstverständlichkeit. Die Unparteilichkeit und Distanziertheit des Richters entspricht nicht dem Bild der Verwaltung⁷¹.

Dementsprechend sieht das Verwaltungsverfahrensgesetz diesen institutionellen Aspekt auch nicht als Problem an, sondern behandelt in den Befangenheitsvorschriften nur die Gefahr privatnütziger, individueller Parteilichkeit. An einem Punkt kommt es freilich zur Überschneidung: Ein Amtswalter darf nicht tätig werden, wenn er bei einem Verfahrensbeteiligten gegen Entgelt beschäftigt oder im Vorstand oder Aufsichtsrat vertreten ist; dies gilt nicht für den, dessen Anstellungskörperschaft Beteiligte ist⁷². Im Klartext heißt das: wenn das Land eine Genehmigung benötigt, darf ein Landesbediensteter sie erteilen. Beantragt aber die vom Land gehaltene Flughafengesellschaft eine Ausbaugenehmigung, so ist der das Land im Aufsichtsrat vertretende Ministerialrat vom Genehmigungsverfahren ausgeschlossen⁷³. Der Interessenkonflikt wird individualistisch gelöst; nicht die Aufsichtsbehörde als Ganzes oder gar das Land als Träger sind ausgeschlossen, sondern nur der dorthin entsandte Vertreter – mit der Folge, daß sein Kollege vom Schreibtisch nebenan den Genehmigungsantrag bearbeitet. Das ist keine Lösung des Konflikts⁷⁴. Aber ist nicht umgekehrt die Anwendung der Befangenheitsvorschrift fragwürdig bei In-Sich-Konflikten öffentlicher Interessen, deren Abklärung zum Auftrag der Verwaltung gehört? Bei Planfeststellungen gibt das geltende Recht eine uneinheitliche Bewertung zu erkennen. Teilweise ist für den Feststellungsbeschluß eine andere Körperschaft als der Vorhabenträger zuständig, teilweise wird nur einer anderen als der planen-

⁷¹ Vgl. den Hinweis bei von Heyl/Prätorius (o. FN. 3), S. 270 auf die Rollenänderung bei der planenden Gemeinde aufgrund der Einschaltung von Planungsbüros.

⁷² § 20 I Nr. 5 BVwVfG.

⁷³ So jedenfalls BayVGH, BayVBl 1981, 401; s. auch BayVGH, NVwZ 1982, 508 und die Einengungsversuche von E. Wais, NJW 1982, 1263.

⁷⁴ Positivere Einschätzung hingegen bei D. Scheuing, NVwZ 1982, 487.

den Behörde das Anhörungsverfahren übertragen, teils ist auch alles in einer Hand⁷⁵.

Ich meine, daß derartige inneradministrative Gewaltenaufteilungen gerade im Planungsrecht sinnvoll sein können, wenn sie auch – etwa im Fall der Trennung von Anhörungs- und Feststellungsbehörde – sinnwidrige Nebenwirkungen zeitigen⁷⁶ und gelegentlich eher kosmetischen Korrekturen gleichen⁷⁷. Verfassungsrechtlich gefordert sind sie nicht⁷⁸. Ob für Organisationseinheiten mit enger definiertem wirtschaftlichen Auftrag wie die Bundesbahn anderes gilt, sei dahingestellt⁷⁹.

c) Verfahrensabgrenzung

In ganz anderer Weise ist das Verwaltungsverfahren formalisiert, um die Verfahrensbindungen im Interesse der Handlungsfähigkeit der Verwaltung zu begrenzen, um also eine gewisse Strukturierung zu erreichen, die das Gerichtsverfahren in viel größerem Maße genießt. Hier tritt ein wesentlicher Unterschied zutage: das Gericht handelt nur im Prozeß, während für die Verwaltung die Verfahren lediglich herausgehobene Etappen einer andauernden Tätigkeit sind.

Das Verwaltungsverfahren i. S. d. Gesetzes ist ein künstliches Gebilde, mit formalisiertem Anfang und Ende und mit der künstlichen Beschränkung auf Verfahren, die mit einem Verwaltungsakt oder einem Vertrag abschließen. Die Formalisierung kommt der Verwaltung zugute, weil die Verfahrensrechte der Beteiligten nur eingreifen, wenn und solange ein derart definiertes Verfahren abläuft. Die dogmatisch klare, für die Verwaltung leicht handhabbare Abgrenzung befriedigt nicht unter Gesichtspunkten der Rechtsverwirklichung. Wenn das Recht verfahrensabhängig ist, dann müßte die Rechtsbetroffenheit Auslöser der Verfahrensrechte sein. Eine solche Anknüpfung der Verfahrensrechte und -regeln an die bloße Rechtsbetroffenheit würde aber der Verwaltung keine prakti-

⁷⁵ S. die Übersicht bei *Kopf/Schönefelder/Richter*, BayVBl 1979, 393, und die näheren Darlegungen zur Verwaltungswirklichkeit bei *E. Gassner*, NuR 1982, 81.

⁷⁶ Daß nämlich derjenige, der entscheidet, nicht selbst die Anhörung unmittelbar miterlebt. *S. H. Geiger*, NuR 1982, 127 (128). Zur weiteren Perspektive einer Verwischung der Verantwortlichkeit in anderem Zusammenhang *E. Steindorff*, BB 1970, 824 (830).

⁷⁷ Positivere Sicht bei *W. Hoffmann-Riem* (o. FN. 31), S. 231 f.

⁷⁸ Ebenso *E. Gassner*, NuR 1982, 81 (83); *H. Geiger*, NuR 1982, 127 (128); *BVerwGE* 58, 344.

⁷⁹ Vgl. § 36 BBahnG.

kable Richtschnur geben. Die Verfahrensrationalität verlangt eine gewisse Formalisierung.

Allerdings ist die Abgrenzung des § 9 VwVfG unnötig eng und beinahe willkürlich in ihrer Beschränkung auf Verwaltungsakte und verwaltungsrechtliche Verträge. Die dogmatische Qualifizierung der Umsetzung eines Beamten oder der Vermietung einer Stadthalle darf nicht zugleich über die Zuerkennung von Verfahrensrechten entscheiden⁸⁰. Solange das Gesetz zu eng abgrenzt, ist aus Gleichheitsgründen eine Ausdehnung geboten, wie sie das BVerfG beispielsweise in dem ebenfalls nicht erfaßten Fall des schweigenden Prüflings vorgenommen hat⁸¹. Wohl aber ist die Formalisierung grundgesetzkonform, soweit sie einen Anfangszeitpunkt der Verfahrensrechte setzt und sie derartigen, auf eine Einzelfallentscheidung zulaufenden Verfahren vorbehält, also beispielsweise Presseerklärungen des Bundeskartellamtes oder informelle Vorverhandlungen nicht einbezieht⁸². Auch die enge Abgrenzung des Kreises der notwendig Beteiligten beruht auf diesem Gesichtspunkt⁸³.

3. Das Problem der großen Zahl

a) Sachverhaltsermittlung in der Massenverwaltung

Im Bereich der Massenverwaltung gewinnt die Forderung nach einfacher und zweckmäßiger Gestaltung des Verfahrens besondere Bedeutung. Jeder Einzelfall muß rechtmäßig entschieden werden. Das Verfahrensrecht allein kann das nicht leisten, vielmehr müssen Sachrecht, Verfahrensrecht und haushaltsmäßige Mittelausstattung im Zusammenwirken eine

⁸⁰ Ebenso M. Bullinger, VVDStRL 30 (1972), S. 337 f.; K. Vogel, BayVBl 1977, 617 (619). S. auch E. Melichar (o. FN. 20), S. 196 f. und – ohne Bezug auf die Verfahrensrechte – Bettermann (o. FN. 27), S. 122, 135.

⁸¹ BVerfGE 52, 380 (s. § 2 III Nr. 2 BVwVfG); das Ergebnis der Entscheidung könnte aber vielleicht auf die Aufklärungspflicht gemäß § 25 VwVfG gestützt werden.

⁸² Kritisch W. Hoffmann-Riem (o. FN. 31), S. 224, der die rechtlichen Möglichkeiten überschätzt; wie hier im Ergebnis W. Brohm, ebenda, S. 275 und K. Lange, ebenda, S. 306.

⁸³ Hinweise auf die Abgrenzungsschwierigkeiten bei E. Melichar (o. FN. 20), S. 205; J. Isensee (o. FN. 2), S. 151. Für weitere Ausdehnung F. O. Kopp, in: Schmitt Glaeser (o. FN. 37), S. 165 f., 171; ferner F. Weyreuther, DVBl 1972, 93 (100). Zu Systembrüchen hinsichtlich der Beteiligung s. K. Hansmann, 52. DJT Bd. II, S. K 44.

Konkordanz von Einzelrecht und Gesamtauftrag herstellen. Das Sachrecht bestimmt den Umfang der Sachaufklärung⁸⁴, kann also z. B. durch Pauschalen im Steuerrecht die Sachverhaltsermittlung sehr vereinfachen. Die Intensität der Ermittlung ist gesetzlich dahin bestimmt, daß alle für den Einzelfall bedeutsamen Umstände zu berücksichtigen sind, was letztlich zu dem Kriterium führt, ob die Behörde vom Vorliegen der je bedeutsamen Umstände überzeugt ist und es auch sein darf⁸⁵. Damit erlangt sie eine Flexibilität, die ihr die Rücksichtnahme auf ihre Handlungsfähigkeit und ihre sonstigen Aufgaben erlaubt. Es kommt zu einer universalen und sinnvollen Anpassung der Ermittlungsintensität an ihre Kapazität, die erst dort problematisch wird, wo ersichtlich der Sachverhalt keine wirkliche Aufklärung mehr erfährt, wie es in Teilen der Steuerverwaltung⁸⁶, neuerdings anscheinend auch des Asylrechts der Fall ist⁸⁷. Eine derart unzureichende Sachaufklärung wird dem Gesetz nicht gerecht und läßt sich, von kurzfristigen Notständen abgesehen, nicht auf eine Notkompetenz der Verwaltung zur vorrangigen Erfüllung des Gesamtauftrages auf Kosten der Rechtmäßigkeit stützen⁸⁸.

Das Gewicht des Verstoßes ist allerdings unterschiedlich. Das Steuerrecht als Massenverwaltungsbereich mit dichter Normierung ist viel typisierungsnaher, vom Einnahmezweck und der Rechtsbetroffenheit her viel effizienzoffener als das überlebensnotwendige Asylrecht, das freilich ebenfalls zum Massenproblem geworden ist. Deshalb könnte der Gesetzgeber im Steuerrecht durch Vereinfachung des Sachrechts und Verfahrensrechts leicht Abhilfe schaffen⁸⁹, sehr viel schwerer dagegen im Asylbereich, solange Art. 16 GG nicht geändert wird. Wenn derartige als Ausnahme gedachte uneinschränkbare

⁸⁴ Zu diesem Aspekt W. Berg (o. FN. 14), S. 31 f. Eine nicht unproblematische Ausweitung der Figur der Anscheinsgefahr, die zwischen Sachrecht und Verfahrensrecht steht, findet sich in *OVG Münster*, DÖV 1982, 458.

⁸⁵ § 24 II BVwVfG. Zur Überzeugung s. Ch. Pestalozza, in: W. Schmitt Glaeser (o. FN. 37), S. 194.

⁸⁶ Dazu J. Isensee (o. FN. 2), insbesondere S. 17 f., 102 ff., 156 ff.; J. Martens (o. FN. 2), S. 61 ff.

⁸⁷ Vgl. den Sachverhalt in *BVerwG*, DÖV 1982, 744.

⁸⁸ Ebenso J. Martens (o. FN. 2), S. 132, 150; wohl auch J. Schwarze, DÖV 1980, 581 (593). Anders J. Isensee (o. FN. 2), S. 173 f., 183 für den Bereich des Steuerrechts.

⁸⁹ Zur Grenze der Änderung des materiellen Rechts durch Herabsetzen der Anforderungen an die Sachverhaltsaufklärung zutreffend J. Martens (o. FN. 2), S. 139.

Grundrechte wie das Asylrecht oder das Recht auf Kriegsdienstverweigerung massenhaft in Anspruch genommen werden, provoziert das den Mißbrauchsvorwurf, rechtfertigt aber nicht eine Verfahrensgestaltung, die der gerade hier grundrechtlich garantierten Einzelfallbehandlung zuwiderläuft. Auch der Mißbrauch muß nachgewiesen und darf nicht nur vermutet werden⁹⁰. Typisierungen sind freilich auch im Asylrecht nötig, wenn der Antragsteller sich auf die politische Verfolgung seiner Volksgruppe beruft, doch taucht die Frage der Intensität der Sachverhaltsaufklärung wieder auf in Gestalt des Zweifels, ob die Behörde sich mit einer Auskunft des diplomatisch vorgehenden Auswärtigen Amtes zufriedengeben darf⁹¹.

b) Großverfahren

Wo gleichartige Fälle in großer Zahl nach striktem Gesetz zu entscheiden sind, also insbesondere im Sozialversicherungs- und Steuerrecht, entschärft die Verwaltung das Massenproblem durch EDV-Einsatz, was einige nicht unwesentliche Abstriche an den allgemeinen Verfahrensrechten zur Folge hat⁹².

Auf ganz andere Weise muß die Verwaltung an das Massenproblem in Großverfahren herangehen. Da das materielle Recht die Planfeststellung oder Anlagengenehmigung nicht strikt determiniert, fordert, abgesehen von Demokratieaspekten⁹³, der Gedanke der Rechtsverwirklichung besonders drängend nach Verfahrensbeteiligung. Mit fünfzigtausend Einwendungen gegen eine Flughafengenehmigung ist aber keine individuelle gesprächsartige⁹⁴ Entscheidungsfindung möglich. Die Zahl der Beteiligten steht der Beteiligung im Wege. Diese Dialektik ist in der Partizipationsdiskussion zur Sprache ge-

⁹⁰ Begrüßenswert insoweit *BVerfGE* 56, 216 (s. auch *BVerfG*, DÖV 1981, 711).

⁹¹ Vgl. z. B. G. Müller, ZAR 1982, 25 (31).

⁹² Dazu insbesondere *Bettermann* (o. FN. 27), S. 169 f.; *Badura*, in: W. Schmitt/Glaeser (o. FN. 37), S. 218 ff.; *K. Grimmer*, DÖV 1982, 257.

⁹³ Zu dieser nicht unproblematischen Trennung von Demokratie- und Rechtsstaatsaspekten vgl. *W. Schmidt* (o. FN. 26), S. 207 ff. und *R. Bartlsperger*, ebenda, S. 251 f. Auch bei *W. Blümel* (o. FN. 13), S. 26, tritt die Schwierigkeit der Trennung hervor, obwohl *Blümel* im allgemeinen scharf trennen will.

⁹⁴ Dieses Erfordernis findet sich beispielsweise in *BVerfGE* 45, 297, 335 und bei *P. Häberle* (o. FN. 23), S. 89. Zur Praxis s. *V. Henle*, BayVB 1981, 1.

kommen⁹⁵: wenn zu viele partizipieren, muß man auf Seiten der Partizipanten zu Bündelungsmechanismen greifen. In Großverfahren mit Massenbeteiligung finden sich derartige Mechanismen in informeller Weise bei den Bürgerinitiativen oder Unterschriftenlisten, in rechtlicher Form als Regelung der gemeinsamen Vertretung⁹⁶. Die öffentliche Bekanntmachung anstelle der Zustellung⁹⁷ ist aus dem Arsenal der Normsetzungsregeln entnommen. Diese Bündelung und der partielle Übergang zur Normsetzung bedeutet zweifellos eine Einbuße an individuellem Rechtsschutz, ist aber im Grundsatz nicht falsch⁹⁸. Denn diese Entscheidungen führen zwar zur unmittelbaren Gestaltung im Einzelfall, es geht aber überwiegend nicht um einen Eingriff in fest umgrenzte Rechte, sondern um die planerische Zuordnung von unzähligen Positionen, deren Charakter als subjektive Rechte meist schwer dingfest zu machen ist.

Die Zwischenstellung der Entscheidung zwischen Norm und Einzelakt äußert sich also auch verfahrensrechtlich. Beim Bebauungsplan, der als Satzung ergeht, sind ja umgekehrt dem Normsetzungsverfahren sonst fremde Beteiligungselemente aufgenommen.

c) Normsetzung

Man muß freilich grundsätzlicher fragen, weshalb der Gedanke des Rechtsschutzes durch Verfahren nicht auf echte Rechtsetzungsverfahren übertragen wird, die nicht selten den Einzelnen ebenso unmittelbar berühren¹⁰⁰. Eine Rechtsverordnung, die die Verarbeitung von Asbest einschränkt oder verbietet, betrifft unmittelbar die Hersteller, auch die Arbeiter einer solchen Fabrik. Die Betroffenen haben aber keinen Anspruch auf Einsicht der Unterlagen und auf Anhörung. Versagt hier der Gedanke des Grundrechtsschutzes durch Verfahren? Daß eine Ausdehnung von Verfahrensrechten auf die Normsetzung nicht undenkbar ist, beweisen die USA, wo die

⁹⁵ A. Hartisch, Verfassungsrechtliches Leistungsprinzip und Partizipationsverbot im Verwaltungsverfahren, 1975, S. 124, 138; von Heyl/Prätorius (o. FN. 3), S. 273.

⁹⁶ Deren Zweckmäßigkeit umstritten ist – s. nur die Kritik bei F. O. Kopp, BayVBl 1980, 97, 102.

⁹⁷ §§ 67 I, 69 II, 72 II, 73 VI, 74 V BVwVfG.

⁹⁸ Kritisch teilweise W. Blümel, VerwArch 73 (1982), 11 ff.

⁹⁹ Dazu auch W. Brohm (o. FN. 25), S. 281 ff.; E. Schmidt-Aßmann (o. FN. 16), S. 44.

¹⁰⁰ Das Bundesverfassungsgericht nähert sich dem Problem von der anderen Seite in BVerfGE 24, 367, 398.

Rechtsetzung durch Behörden ausgedehnten Beteiligungsrechten unterliegt¹⁰¹. Eine weitere Öffnung gegenüber den Betroffenen, die schon heute oft informell gehört werden, ließe sich durchaus in Form der öffentlichen Bekanntmachung und Auslegung mit der Möglichkeit von Einwendungen bewerkstelligen¹⁰². Insbesondere die problematische Abgrenzung von Norm und Einzelakt im Planungsbereich wird Druck in Richtung auf eine weitere Angleichung der Verfahren ausüben¹⁰³. Von Verfassungs wegen sind aber parlamentarische Repräsentation und Delegation als ausreichende Rechtsverwirklichungsgarantien des Rechtsetzungsverfahrens anzusehen¹⁰⁴. Wo diese Garantien geschwächt sind wie bei technischen Normungsausschüssen, muß durch ihre Zusammensetzung und durch Öffentlichkeitlemente eine Kompensation erreicht werden. Offenbar geht es dann nicht um Rechtsschutz durch individuelle Einwirkung, sondern um die Kanalisierung und Chancengleichheit des Verbandseinflusses, also um die Ebene der organisierten Interessen.

Diese aus der Fülle des Materials herausgegriffenen Aspekte des Verwaltungsverfahrens bestätigen seine grundrechtsverwirklichende Bedeutung, aber auch seine Orientierung nicht am isolierten Einzelrechtsschutz, sondern an der Summe der Verwaltungsziele. Das Einzelrecht setzt Zwangspunkte, dirigiert aber nicht die gesamte Verfahrensgestaltung.

4. Grundrechtsdogmatische Einordnung

Grundrechtsdogmatisch wäre noch der Status von Verfahrensregeln zu klären. Man kann schon die Notwendigkeit eines staatlichen Verfahrens, etwa bei der Anerkennung als Asylant, als Eingriff ansehen¹⁰⁵. Das Verfahren ist aber nicht Eingriff

¹⁰¹ Einige Hinweise bei J. Pietzcker, Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, 1978, S. 113 ff.

¹⁰² Für eine Ausweitung F. O. Kopp, BayVBl 1980, 97 (100 f.).

¹⁰³ Für den Krankenhausbedarfsplan nach dem KHFG fordert Redeker, NJW 1980, 1593 (1597) die Beteiligung der einzelnen Krankenhaus-träger; auch hier geht es um einen Planungsvorgang, weniger um echte Normsetzung.

¹⁰⁴ S. auch Schmidt-Aßmann (o. FN. 70), S. 16; a. A. wohl Kopp, VVDStRL 30 (1972), S. 350.

¹⁰⁵ So Ch. Gusy, Asylrecht und Asylverfahren in der Bundesrepublik Deutschland, 1980, S. 255 ff.

oder Leistung, sondern kanalisiert diese¹⁰⁶. Dem Garantiegehalt einer verfahrensrechtlichen Verwirklichung wird das Eingriffsverständnis nicht gerecht¹⁰⁷. Vielmehr geben die Grundrechte einen eigenständigen, der due process-Garantie verwandten, rechtsstaatlich gestützten Anspruch auf ein angemessenes Verfahren¹⁰⁸.

Vielleicht hängt es mit dieser besonderen Struktur zusammen, daß das BVerfG neuerdings geneigt ist, Verfahrensrechtsverletzungen als Grundrechtsverstöße einzustufen, ohne ausdrücklich das verletzte Gesetz als grundrechtsgefordert anzusehen¹⁰⁹. Vor allem ein prozedurales Rechtsverständnis könnte darin einen bestechenden Gedanken angelegt sehen: daß nämlich das Grundrechte berührende Verfahren unter Grundrechtsschutz steht, weil sich das Grundrecht in ihm verwirklicht. Der Verwirklichungsaspekt drängt, in der Verfahrensverletzung zugleich eine Grundrechtsverletzung zu sehen.

Dieser Gedanke geht letztlich fehl, denn er überschätzt das Verfahrensrecht gegenüber dem materiellen Recht, das ja ebenfalls dem Grundrechtsschutz dient¹¹⁰. Ob nun die Behörde eine industrielle Anlage unter Verletzung der Anhörungspflicht oder unter Verletzung der rechtlichen Emissionswerte ausspricht, beidesmal kann die Gesundheit der Anlieger gefährdet sein. Es wäre unverständlich, ließe sich jeder Verfahrensverstoß, nicht aber jeder materielle Verstoß mit der Verfassungsbeschwerde angreifen. Das Dilemma der Abgrenzung von einfachem Recht und Verfassungsrecht bei der Verfassungsbeschwerde muß für materielles und Verfahrensrecht parallel gelöst werden¹¹¹.

¹⁰⁶ Anlässlich des Verfahrens kann es freilich zu Grundrechtseingriffen kommen – vgl. *BVerfGE* 51, 324; 52, 214; auch kann die – unzureichende – Verfahrensvorschrift das jeweils betroffene Grundrecht verletzen.

¹⁰⁷ Ebenso *H. Bethge*, *NJW* 1982, 1, 4, 5; s. auch *R. Thode*, *DVB* 1982, 713 (716).

¹⁰⁸ *S. U. Scheuner*, *VVDStRL* 17 (1959), S. 238; kritisch *Bettermann*, ebenda, S. 245.

¹⁰⁹ *BVerfGE* 53, 30 (65 f.); 56, 216 (236, 241 f.). Kritisch dazu *P. Dolde*, *NVwZ* 1982, 65. Auch bei der Rechtsprechung des Gerichts zu Art. 103 I GG findet sich diese Erscheinung, vgl. *K. Schlaich*, *JuS* 1982, 280.

¹¹⁰ Zur Überschätzung des Verfahrensrechts gegenüber dem materiellen Recht in anderem Zusammenhang *K. Hansmann*, (o. FN. 47), S. K 38.

¹¹¹ Wie die Abgrenzung vorzunehmen ist, muß ich hier offenlassen. Für das Prozeßrecht s. *D. Lorenz*, *AöR* 105 (1980), 624, 647; vgl. auch *Gerhardt*, *ZZP* 95 (1982), S. 467 ff.

IV. Das fehlerhafte Verfahren

Welches Gewicht kommt überhaupt den Verfahrensfehlern zu? In der Durchsetzung und Sanktion des Verfahrensrechts, also in seiner Pathologie spiegelt sich wohl am deutlichsten das Dilemma der Verfahrensaufwertung. Wäre Verfahrensrecht von gleicher Dignität wie das Sachrecht, müßte seine Verletzung zur Aufhebung der Sachentscheidung führen; subjektive Verfahrensrechte müßten einklagbar sein. Beides ist von Gesetzes wegen nur sehr eingeschränkt der Fall. Verfahrensrechte sind meist nicht selbständig einklagbar; Verfahrensverstöße sind teils heilbar, teils unbeachtlich, teilweise bei Satzungen nur auf zeitlich begrenzte Rüge hin zu beachten¹¹².

1. Die Besonderheit des Verfahrensrechts

Man kann diesen Kontrast zur Verfahrensaufwertung als gesetzgeberische Inkonsequenz beklagen¹¹³. Ich meine freilich, daß diese scheinbare Inkonsequenz im wesentlichen auf der Besonderheit des Verfahrensrechts beruht¹¹⁴.

Aus der Handlungsperspektive der Verwaltung ist das Verfahrensrecht zu wenig eindeutig, als daß sich das richtige Verfahren ex ante klar bestimmen ließe¹¹⁵ – die Anwesenden kennen diese Schwierigkeiten zumindest aus universitären Gremiensitzungen. Die Entscheidung, ob ein Gemeinderatsmitglied befangen ist, ist oft riskant. Die Verwaltung muß diese Verfahrensentscheidung unter Zeitdruck treffen und läuft Gefahr, daß die Sachentscheidung entweder wegen des Ausschlusses oder wegen des Nichtausschlusses aufgehoben wird^{115a}. Das Verfahrensrecht ist nicht nur aus guten Gründen wenig formalisiert, ihm kommt auch im Vergleich zum materiellen Recht mit seiner statischen Sicht die schwierigere Auf-

¹¹² Vgl. §§ 45, 46 BVwVfG, §§ 126, 127 AO, §§ 155 a, b BBauG, § 4 Abs. 6 GemONW, § 44 a VwGO.

¹¹³ So deutlich F. Hufen, NJW 1982, 2160 (2161 f.).

¹¹⁴ Zur „ambivalenten Wertigkeit“ des Verfahrensrechts F. Weyreuther, DÖV 1980, 389.

¹¹⁵ R. Wolfrum, DÖV 1981, 606 (610) unterschätzt m. E. diese Schwierigkeit, zumal bei § 2 Abs. 5 BBauG, den er ins Visier genommen hat, der Kreis der Träger öffentlicher Belange nicht klar abgegrenzt ist. Vgl. auch W. Hoffmann-Riem (o. FN. 31), S. 225 mit dem Hinweis auf die dünne Grenze zwischen gebotener Beratung und – nach seiner Auffassung – unzulässiger Vorabklärung.

^{115a} Vgl. OVG Mstr. E 27, 60 einerseits, BayVGH, BayVBl. 1976, 753 andererseits.

gabe zu, das Handeln im Zeitablauf in Bahnen zu lenken. Die Entlastung, die die Verengung des rechtlichen Urteils auf die Momentaufnahme der Entscheidung bietet¹¹⁶, fehlt hier.

Endlich ist in dem Schlagwort von der dienenden Rolle des Verfahrens die Präponderanz des sachlichen Ergebnisses angesprochen, die unser Verwaltungsrecht geprägt hat. In der richtigen Sachentscheidung verschwindet der Verfahrensfehler¹¹⁷. Nun hat die Erkenntnis der strukturellen Mängel des Sachrechts dieses Dogma relativiert, aber doch keineswegs beseitigt. Es würde auf Unverständnis stoßen, wenn neben-sächliche formale Fehler, wenn Verfahrensfehler, die ersichtlich auf die Sachentscheidung keinen Einfluß haben konnten, zu ihrer Aufhebung führten¹¹⁸, wobei auch die Aufhebung von Amts wegen einzubeziehen ist. Es kommt hinzu, daß sich an das Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren das Gerichtsverfahren anschließt, in dem die unterlassene Anhörung oder nichtgewährte Akteneinsicht nachgeholt wird¹¹⁹. In dem Institut des Verpflichtungsurteils ist die Überholung des Verwaltungsverfahrens durch das Gerichtsverfahren verankert; Verwaltungsverfahrensfehler spielen keine Rolle mehr, das Gericht hat die Verfahrensherrschaft übernommen¹²⁰.

Aus dieser Sicht der Lage fällt die Kritik an den gesetzlichen Lösungen milde aus¹²¹.

¹¹⁶ Das Bild von der Momentaufnahme des Verwaltungsakts gebraucht O. Bachof, VVDStRL 30 (1972), S. 231.

¹¹⁷ K. A. Bettermann, in: Festschrift für Hans Huber, 1981, S. 25 (44 ff.), hat die Kategorien des Verfahrens- und des Inhaltsfehlers für Ermessensakte genauer untersucht. Kritisch zur Vorstellung der „dienenden Rolle“ des Verfahrens J. Schwarze (o. FN. 23), S. 65.

¹¹⁸ S. das Beispiel BVerwG, DVBl 1972, 678 (680): Überholung eines Bekanntmachungsfehlers durch dennoch erhobene Einwendungen; OVG Lüneburg, DVBl 1977, 347 (349).

¹¹⁹ So O. Groschupf, DVBl 1962, 627 (631); BVerwGE 24, 23 (32).

¹²⁰ H.-J. Papier, Der verfahrensfehlerhafte Staatsakt, 1973, S. 12; K. A. Bettermann, in: Festschrift für H. P. Ipsen, 1977, S. 296. Wo die Sachverhaltsaufklärung ganz fehlt, ist allerdings an die Verwaltung zurückzuverweisen, s. F. O. Kopp, BayVBl 1977, 513 (515) (zu weitgehend); B. Schlink/I. Wieland, DÖV 1982, 426 (432); anders BVerwG, DÖV 1982, 744.

¹²¹ Sehr viel weitergehende Kritik bei F. Hufen, NJW 1982, 2160; auch W. Blümel (o. FN. 13), S. 65 ff.

2. Heilung

Die Heilungsnormen bergen zwar die Gefahr, daß etwa die nachgeholte Beteiligung einer dritten Behörde nur der Form halber erfolgt und die schon gefällte Entscheidung nicht mehr beeinflußt¹²². Die Alternative wäre aber doch nur, daß das ganze Verfahren noch einmal von vorn abläuft, wobei auch bei einer gerichtlich angeordneten Neudurchführung des Verfahrens die Behörde unter Umständen als Gefangene ihrer ersten Entscheidung unter Rechtfertigungszwang steht¹²³. Es erscheint mir umgekehrt zweifelhaft, ob der gesetzliche Ausschluß der Möglichkeit, Begründungsmängel im Prozeß zu heilen¹²⁴, nicht nur dazu führt, daß die Behörde auf die Darstellung ihrer Entscheidung mehr Zeit verwendet als auf ihre Herstellung¹²⁵.

3. Unbeachtlichkeit

Bei der Regelung des Aufhebungsanspruches wegen eines Verfahrensfehlers in § 46 VwVfG vermag die scharfe Trennung zwischen gebundenen und Ermessensakten mit absoluter Beachtlichkeit hier, absoluter Unbeachtlichkeit dort nicht zu überzeugen, weil die Grenze zwischen beiden Arten von Akten eine der durchlässigsten und ungesichertsten in unserem Recht darstellt¹²⁶. Das Gesetz zieht die lange schon umstrittene Figur der einen rechtmäßigen Entscheidung zur Lösung eines Problems heran, das sozusagen erst durch das Ungenügen dieser dogmatischen Lehre entstanden ist. Die Verwaltung verfügt auch bei strikt gebundenem Handeln über Spielräume, deren vertretbare Ausfüllung dann von den Gerichten oft mit dem Prädikat der einzig richtigen Entscheidung versehen

¹²² Zutreffend betont bei F. Hufen, NJW 1982, 2165.

¹²³ Hufen (a.a.O.) begegnet diesem Einwand mit der Forderung nach Sicherungen im Wiederholungsverfahren, die aber weit über entsprechende Prozeßrechtsnormen hinausgehen. Aus der Rechtsprechung vgl. z. B. BVerwGE 37, 307; 58, 80.

¹²⁴ Nachweis bei L. Osterloh, JuS 1982, 785; s. a. H. Sendler, AöR 94 (1969), 130 (149).

¹²⁵ S. auch den Hinweis bei von Heyl/Prätorius (o. FN. 3), S. 271, daß die Betroffenenbeteiligung die Behörde absichert, weil sie auf die Argumente schon in der Begründung eingehen kann, und daß im Gegenzug Bürgerinitiativen ihre besten Argumente für den Prozeß aufsparen.

¹²⁶ Kritisch schon F. Ossenbühl, DÖV 1964, 511 (516).

wird¹²⁷. Deswegen ist auch in diesen Fällen das Verfahren der Entscheidungsfindung wesentlich, und deswegen ist es so unbefriedigend, wenn das Gesetz an die gerade in diesem Zusammenhang irreführende Fiktion der strikten Bindung anknüpft. Man muß sich vergegenwärtigen, daß die Versagung der Aufenthaltserlaubnis mit der Begründung, die Anwesenheit des Ausländers beeinträchtige Belange der Bundesrepublik, eine gebundene Entscheidung darstellt, ebenso die Nichtanerkennung als Kriegsdienstverweigerer.

Rechtspolitisch erscheint es mir sinnvoll, den scharfen Bruch abzumildern, indem bei Ermessensakten das Erfordernis möglicher Kausalität des Verfahrensfehlers eingeführt wird, was im Wege der Auslegung geschehen kann¹²⁸. Zumindest für manche Verfahren der gebundenen Verwaltung, beispielsweise die Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer oder die Anlagengenehmigung, wo das Verwaltungsverfahren nicht einfach vor Gericht nachgeholt werden kann und wo sich die strikte Bindung deutlich der Fiktion nähert, sollten einige gravierende Verfahrensverstöße spezialgesetzlich als absolute Aufhebungsgründe normiert werden¹²⁹.

Verfassungsrechtlich ist § 46 VwVfG nicht angreifbar. Art. 19 IV GG denkt vom materiellen Recht her und verlangt regelmäßig nicht, daß ein Verfahrensfehler zur Aufhebung einer materiell rechtmäßigen Entscheidung führt. Wenn für Fälle der Grundrechtsbetroffenheit Ausnahmen von der Unbe-

¹²⁷ Das scheint mir von *H.-J. Papier* (o. FN. 120), S. 13 nicht hinreichend gewürdigt. Kritisch zur Trennung auch *Ch. Degenhart*, DVBl 1981, 201 (206 f.), aber mit anderer Lösung. *W.-R. Schenke*, BaWüVBl 1982, 313 (325) betont mit Recht, daß man aus gewaltenteilenden Gründen durchaus in anderen Zusammenhängen an der Fiktion festhalten kann.

¹²⁸ So verfährt die Rechtsprechung großenteils, vgl. *F. Ossenbühl*, NVwZ 1982, 471; ebenso *H. Sendler*, AöR 94 (1969), 130 (150); *Bettermann* (o. FN. 120), S. 294; *P. Lerche*, Kernkraft und rechtlicher Wandel, 1981, S. 22 ff.; a. A. *W. Blümel* (o. FN. 13), S. 65 ff. *D. Sellner*, BauR 1980, 391 möchte nicht auf die mögliche Kausalität, sondern auf die Schwere des Fehlers abstellen. M. E. könnten beide Kriterien kombiniert werden. S. auch § 42 des Österreichischen Verwaltungsgerichtsgesetzes.

¹²⁹ Schon das bisherige Recht kennt in §§ 44 und 46 VwVfG in wenig systematischer Weise einige absolute Fehlergründe, s. *Bettermann* (o. FN. 120), S. 283 ff. Ob § 44 VwVfG allein zur Lösung des Problems ausreicht, erscheint mir angesichts seiner restriktiven Handhabung in Lit. und Rspr. zweifelhaft.

achtlichkeit gefordert werden¹³⁰, so widerspricht das der Dogmatik, die mit gutem Grund in keiner vergleichbaren Lage – weder bei der Rücknahme von Verwaltungsakten noch etwa bei Fristen oder Wiedereinsetzungsregeln – dieses Kriterium heranzieht. Es deckt lediglich das Ungenügen der verräumlichenden Grundrechtsvorstellungen auf¹³¹, ist viel zu unkonturiert und muß deshalb hier ebenso wie im Staatshaftungsgesetz¹³² versagen.

4. Fehler im Normsetzungsverfahren

Bei der Normsetzung war die Einhaltung des Verfahrens nach herkömmlicher Doktrin Wirksamkeitsvoraussetzung, wohl nicht zuletzt im Hinblick auf die geringe inhaltliche Kontrolle und auf den Rang der Norm. Abstriche wurden bei untergesetzlichen Normen für unwesentliche Fehler gemacht¹³³. In den neuen Rügevorschriften des Bundesbaugesetzes und der Gemeindeordnungen sind nun, als Gegenstück der aufgezeigten Annäherung von Planungsentscheidungen an die Normsetzung, Elemente der Verwaltungsaktlehre übernommen worden¹³⁴. Mit gutem Grund. Kaum ein Bebauungsplan erwies sich als verfahrensfehlerfrei, teils, weil die Gerichte die Verfahrensvorschriften überstreng und überraschend auslegten, teils auch deshalb, weil das Satzungsverfahren – ganz im Gegensatz zum parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren – einer Fülle von Anforderungen unterliegt¹³⁵. Nach dem Nichtigkeitsdogma waren die Verfahrensfehler Sprengsätze mit unbegrenzter Lebensdauer.

¹³⁰ So z. B. VG Arnsberg, DVBl 1981, 648; D. Sellner, BauR 1980, 391 (396); wohl auch W. Blümel (o. FN. 13), S. 65 ff.; ähnlich zu § 44 a VwGO K. Redeker, NJW 1980, 1593 (1597); s. auch das Gegenbeispiel OVG Münster, DVBl 1980, 964.

¹³¹ In diesem Punkt übereinstimmend F. Hufen, NJW 1982, 2160 (2162).

¹³² Vgl. § 2 Abs. 2 des (für nichtig erklärten) Staatshaftungsgesetzes v. 26. 6. 1981.

¹³³ S. z. B. H. Meyer, in: Kohlhammer-Kommentar BBauG, Stand Januar 1982, § 155 a Rdnr. 52.

¹³⁴ § 155 a, b BBauG; § 4 VI GemONW; weitere Vorschriften bei E. Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrundschau 1978, 85 (86); s. dazu schon W. Brohm (o. FN. 25), S. 283.

¹³⁵ Hierzu O. Groschupf, DVBl 1960, 401 f.; M. Pagenkopf, BauR 1979, 1 ff.

Die Lösung des Gesetzes ist freilich zweifelhaft¹³⁶. Manches ist unklar, und die einjährige Rügemöglichkeit stellt mangels eines Akteneinsichtsrechts unerfüllbare Anforderungen. Eine Vereinfachung der Verfahrensvorschriften erscheint angezeigt, auch wenn sie als Abwertung des Verfahrensgedankens mißbilligt wird. Wichtiger noch dürfte es sein, gewisse Verfahrensvorschriften von untergeordneter Bedeutung sanktionslos zu stellen, wie es in § 155 b I BBauG geschehen ist. Im Prinzip liegt hierin eine sinnvollere Annäherung an Verwaltungsaktregeln als in der befristeten Rügemöglichkeit, die beim Bebauungsplan wegen seiner dinglichen Wirkung angehen mag, ansonsten aber mit dem generellen Charakter gemeindlicher Satzungen nicht in Einklang steht.

5. Durchsetzung subjektiver Verfahrensrechte

Wenn die Fehlersanktion nach alledem stark eingeschränkt ist, liegt es auch im Hinblick auf Art. 19 IV GG nahe, einen Ausgleich über den präventiven Schutz subjektiver Verfahrensrechte zu gewähren. Gerade diesen Schutz vereitelt § 44 a VwGO¹³⁷. Sein Ziel, die Verfahrensherrschaft der Behörde zu sichern und die Verzögerung des Verfahrensabschlusses durch Zwischenprozesse zu vermeiden, die sich hinterher als unnötig herausstellen könnten, ist legitim und auch im früheren Recht anerkannt worden¹³⁸. Wenn freilich ein langwieriges Verfahren, obwohl ein Verfahrensrecht im Streit ist, zuerst einmal durchgeführt und dann wegen des Verfahrensfehlers wiederholt wird, so ist das ein gleichzeitig rechtsschutzfeindliches und ineffizientes Ergebnis. Bei gebundenen Entscheidungen

¹³⁶ Scharfe Kritik bei *H. Meyer* (o. FN. 133), § 155 a Rdnrn. 37, 81, 103; § 155 b Rdnr. 14 m.w.N.; *E. Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsrundschau 1978, 85, milder aber *ders.* (o. FN. 70), S. 16 ff. *R. Breuer*, NVwZ 1982, 273 (280) begrüßt die befristete Rügemöglichkeit im Prinzip und will die Monatsfrist des Verwaltungsakts übernehmen.

¹³⁷ *H. Meyer*, in: *Meyer/Borgs*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 1982, § 97 Rdnr. 15 ff. und *W. Schmidt*, JuS 1982, 745, beziehen § 44 a VwGO in einengender Auslegung nur auf Widerspruch und Anfechtungsklage gegen Verwaltungsakte; dem Zweck der Vorschrift dürfte das nicht entsprechen, und es führt auch zu gleichheitswidrigen Ergebnissen, so etwa, wenn ein Beteiligter die Akteneinsicht eines anderen Beteiligten verhindern möchte. Aus der Rechtsprechung vgl. *OVG Münster*, NJW 1981, 70; *BVerwG*, NJW 1982, 120.

¹³⁸ *S. F. O. Kopp* (o. FN. 9), S. 232 f.; *H.-W. Laubinger*, VerwArch 73 (1982), 79; vgl. auch § 64 des Österreichischen AVG; *EuGH*, Common Market Law Review 1981, 635 (*IBM v. EEC Commission*).

kommt es darüber hinaus zu einem rechtsvernichtenden Zusammenspiel mit der Unbeachtlichkeitsregel und nicht, wie der Wortlaut suggeriert, zu einem bloßen Aufschub des Rechtsschutzes: die Verfahrensrechte sind nicht einklagbar, und die Sachentscheidung wird nur auf materielle Richtigkeit überprüft. Dennoch ist die Gerichtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG nicht verletzt, weil der Gesetzgeber die dienende Funktion der Verfahrensrechte herausstellen durfte, indem er sie zugleich mit ihrer Gewährung unter diese Einschränkung stellte, – zumal im Prozeß dann Rechtsbeistand, Anhörung und Akteneinsicht gewährt werden. In einem Punkt fordert die Garantie effektiven Rechtsschutzes freilich eine Begrenzung des § 44 a VwGO: wo das in der Sachentscheidung angesprochene materielle Recht durch Verfahrenshandlungen in seiner Verwirklichung gefährdet wird, muß einstweiliger Rechtsschutz möglich sein¹³⁹.

Schluß

Die Pathologie des Verfahrensrechts deckt also seine Durchsetzungsschwäche auf, aber doch keineswegs seine Bedeutungslosigkeit. Die Einsicht in die Verfahrensabhängigkeit der Rechtsverwirklichung ist unverlierbar. Es kommt darauf an, sie so umzusetzen, daß die Theorie des Verfahrensgedankens nicht durch die Verwaltungspraxis widerlegt wird. Das kann nur gelingen, wenn das Verfahrensrecht nicht isoliert hochgezüchtet und überlastet wird, sondern in der Reihe tragender Elemente des Verwaltungsrechts neben dem materiellen Recht und dem Gerichtsschutz seinen Ort findet.

¹³⁹ Ebenso oder ähnlich *M. Pagenkopf*, NJW 1979, 2382; *Redeker/v. Oertzen*, VwGO, 7. Aufl. 1981, § 44a, RN 3a; *P. Stelkens*, NJW 1982, 1137; *W.-R. Schenke*, BaWüVBl 1982, 313 (325); in diesem Sinne auch die von der Bundesregierung vorgeschlagene Änderung des § 44 a VwGO, Bundesrats-Drucksache 100/82 (§ 68 EVwPO).

Leitsätze des Mitberichterstatters über:

Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag

I. Effizienz und Recht im Verfahren

1. Der soziale Rechtsstaat ist nicht effizienzblind. Er verfolgt Zwecke in den Formen des Rechts. Ein normwidriger Rückgriff auf Zwecke und Effizienzgesichtspunkte ist nicht möglich.

2. Verwaltungseffizienz ist weder rechtsextern noch monolithisch. Sie kann in der Entgegensetzung zum Individualrechtsschutz nicht nur als Modus der Zweckverfolgung verstanden werden, sondern steht für die Summe der Verwaltungsziele.

3. Zur Konturierung des diffusen Bildes von Effizienz im Verfahren ist klar zwischen den Ebenen der Verwaltung und der Gesetzgebung zu unterscheiden:

a) Mangels hinreichender Bestimmung des Verfahrensaufwandes durch Sach- und Verfahrensrecht verfügt die Verwaltung regelmäßig über einen beträchtlichen Spielraum zwischen Rechtsschutz und sonstiger Zweckerfüllung. Teils stehen wahlweise – oder je nach Problemdefinition alternativ – verschiedene Verfahren mit unterschiedlicher Rechtsschutzdichte zur Verfügung.

b) Für den Gesetzgeber, der Zwecke in Recht umformt, ist die Gestaltung des Schutzes individueller Rechte Teil umfassender Zweck- und Effizienzüberlegungen. Die unsichere Prognose der Wirkung von Verfahrensgestaltungen, die Zielvielfalt und die In-sich-Konflikte des Einzelzieles „Rechtsschutz“ komplizieren und relativieren die Effizienzproblematik.

II. Die Aufwertung des Verwaltungsverfahrens

4. Im Verwaltungsstaat verwirklichen sich materielle Rechte im Verwaltungsverfahren. Dessen Aufwertung beruht auf Schwächen des materiellen Rechts und des Gerichtsschutzes. Der Gerichtsschutz ist punktuell angelegt und kommt nicht selten zu spät. Die Steuerung der Verwaltungsentscheidung durch die materielle Norm ist prinzipiell unvollkommen, insbe-

sondere aber dort ungenügend, wo das Gesetz nur Formelkompromisse oder Abwägungsaufträge bietet.

5. Die Verfahrensaufwertung steht gleichzeitig in Gefahr, die Abwertung des materiellen Rechts zu verstärken. Dem Gesetzgeber wird die Flucht in Generalklauseln und Abwägungsformeln und damit die Übertragung der politischen Entscheidung auf das Verfahren erleichtert.

6. Desgleichen zeichnet sich eine Abwertung des Gerichtsschutzes ab, die dem Rechtsschutz mehr nehmen würde, als die Aufwertung des Verwaltungsverfahrens ihm geben kann.

a) Vorstellungen, die Gerichtskontrolle in technischen Fragen zurückzudrängen und auf Rechtsfragen zu beschränken, greifen zu kurz; im Berstschutz und in der TA Luft stecken Grundrechtsfragen.

b) Die Beteiligung von Richtern an Großverfahren ersetzt nicht den Gerichtsschutz; der Richter würde dort nur zum besseren oder schlechteren Verwaltungsbeamten.

7. Die Aufwertung des Verwaltungsverfahrens führt zu einer Rollenveränderung mit der Folge einer faktischen Verschiebung der Verantwortung von der Verwaltung auf den beteiligten Bürger. Aus rechts- und sozialstaatlichen Gründen muß die Verantwortung bei der Behörde bleiben. Mitwirkungslasten sind regelmäßig auf Sachverhaltselemente aus der Sphäre des Beteiligten zu beschränken, die der Behörde schwer zugänglich sind. Materielle Präklusionen sind von zweifelhaftem Wert.

III. Der Auftrag des Verwaltungsverfahrens

8. Die Grundrechte enthalten die Garantie einer Verfahrensgestaltung, die ihre Verwirklichung ermöglicht. Die Verfahrensabhängigkeit des materiellen Rechts ist aber dialektisch: die defiziente Struktur des materiellen Rechts erfordert eine Ergänzung durch Verfahren, steht aber zugleich der strikten Ableitung der Verfahrensgestaltung aus dem materiellen Recht im Wege. Der Verfahrensgesetzgeber verfügt über erhebliche Spielräume.

9. Die in Art. 19 IV GG zum Ausdruck gebrachte Arbeitsteilung zwischen Verwaltung und Gericht spricht im Regelfall gegen eine gerichtsähnliche, am einzelnen bestrittenen Recht orientierte Gestaltung des Verwaltungsverfahrens. Die Verwaltung hat nicht einen individuellen Rechtsschutz-, sondern einen umfassenden Rechtsverwirklichungsauftrag.

10. Die grundrechtsverwirklichende Ausgestaltung, die sich keineswegs in den allgemeinen Verfahrensrechten (insbesondere Anhörung) erschöpft, muß dem jeweiligen Sachbereich angepaßt sein und dem unterschiedlichen Gewicht der Individualrechte Rechnung tragen. Eine übergreifende Verfahrensvereinheitlichung wäre falsch.

11. Auch die Formalisierung des Verfahrensablaufes hat je nach Sachbereich an unterschiedlichen Punkten anzusetzen und die Negativeffekte zu beachten. Eine zu weit getriebene Formalisierung verleitet die Verwaltung dazu, über dem richtigen Procedere den Sachauftrag aus den Augen zu verlieren; dem Bürger, der keinen momentanen Nutzen daraus zieht, ist sie unverständlich.

12. Die Verwaltung entscheidet in eigener Sache. Institutionelle Neutralisierungen, beispielsweise in der Trennung von Vorhabenträger und Planfeststellungsbehörde, können sinnvoll sein, haben aber gelegentlich nur kosmetische Bedeutung und sind nicht verfassungsgefordert.

13. Die Begrenzung von Verfahrensrechten auf das formalisierte Gebilde „Verwaltungsverfahren“ (§ 9 VwVfG) ist im Grundsatz richtig; eine Auslösung der Verfahrensrechte durch die bloße Rechtsbetroffenheit ohne eine derartige Formalisierung und Strukturierung wäre kaum zu handhaben. Eine vorsichtige Ausdehnung auf abgrenzbare Verfahren schlichten oder privatrechtlichen Verwaltungshandelns ist geboten.

14. In Massenverwaltungsbereichen ist die Verwaltung nicht von der hinreichenden Aufklärung des gesetzlichen Sachverhalts in jedem Einzelfall entbunden. Engpässe müssen durch den Sach-, Verfahrens- oder Haushaltsgesetzgeber beseitigt werden.

15. In Großverfahren mit einer Vielzahl von Beteiligten sind, auch angesichts der fließenden Übergänge zur Normsetzung, Bündelungen der Beteiligungsrechte und Anleihen bei Mechanismen der Normsetzung (öffentliche Bekanntmachung) zulässig.

16. Für echte Normsetzungsverfahren sieht die Verfassung auch bei unmittelbarer Betroffenheit parlamentarische Repräsentation und Delegation als ausreichende Rechtsverwirklichungsgarantien an.

17. *Verfahrensregelungen sind grundrechtsdogmatisch nicht als Eingriff zu verstehen. Das Recht auf ein gehöriges Verfahren (due process) folgt aus dem Grundrecht selbst. Verfahrensrechtsverstöße sind darum aber nicht zugleich schon immer Grundrechtsverstöße; Verfahrensrecht ist nicht grundrechtsnäher als das materielle Recht.*

IV. Das fehlerhafte Verfahren

18. *Das Verwaltungsverfahrensrecht ist nicht hinreichend eindeutig und formalisiert, um in der Handlungsperspektive der Verwaltung das Risiko verfahrensfehlerhaften Vorgehens in Grenzen zu halten. Die Aufhebung einer Sachentscheidung allein wegen eines Verfahrensfehlers ist als Regelsanktion im Hinblick auf die dienende Rolle des Verfahrens nicht angemessen.*

19. *Die scharfe Zäsur zwischen Ermessensakten und gebundenen Akten in § 46 VwVfG ist angesichts des häufig fiktiven Dogmas der „einen richtigen Entscheidung“ und wegen der Bedeutung des Verfahrens auch bei gebundener Verwaltung verfehlt. Die Zäsur sollte durch das Erfordernis der möglichen Kausalität bei Ermessensakten und durch die Einführung einiger absoluter Aufhebungsgründe bei solchen gebundenen Akten, die tatsächlich in hohem Maße verfahrensabhängig sind, abgemildert werden.*

20. *Das kommunale Rechtsetzungsverfahren verlangt aufgrund der vielfältigen Verfahrensvorschriften nach einer Abschwächung der absoluten Beachtlichkeit von Verfahrensfehlern. Außer für den dinglich wirkenden Bebauungsplan sind Rügefristen weniger sachgerecht als die Anordnung der Unbeachtlichkeit gewisser Verfahrensfehler.*

21. *§ 44 a VwGO hindert nicht den Erlass einer einstweiligen Anordnung zur Sicherung des gefährdeten materiellen Rechts, auch wenn sie Verfahrenshandlungen betrifft.*

3. Aussprache und Schlußworte

Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag

Vorsitzender (Schmidt-Aßmann): Verehrte, liebe Kollegen! Wir wollen mit der Aussprache zum 2. Beratungsgegenstand beginnen. Die Referenten haben sich überlegt, inwieweit wir Ihnen einen Vorschlag zur Diskussionsgliederung unterbreiten sollen. Nach den guten Erfahrungen, die wir am gestrigen Tage mit nur wenigen Vorgaben gemacht haben, meinen wir, auch heute keine detaillierte Aufteilung des Diskussionsablaufs anstreben zu sollen. Immerhin empfehlen möchte es sich allerdings, zunächst die eher allgemeinen Fragen, die in beiden Berichten behandelt worden sind, zu besprechen. Hierher wären zu rechnen – um einige Stichworte zu nennen: der Begriff der Effizienz und die prägende Wirkung, die die Lehre von den Aufträgen der Verwaltung für diesen Begriff besitzt, weiter die Arten und der Begriff des Verwaltungsverfahrens; auch die in den Referaten behandelte grundrechtliche Seite, ebenso wie Stellungnahmen zu der besonders von Herrn *Pietzcker* einleitend geschilderten Verfahrensrealität gehören wohl in den ersten Teil. Es wäre schön, wenn sich dabei auch Verbindungslinien zum gestrigen Thema ziehen ließen. Sicherlich werden allgemeine Fragen gerade bei unserem Beratungsgegenstand nicht darzustellen sein, ohne in dem einen oder anderen Punkte auf Sonderprobleme einzugehen. Nur Diskussionsbeiträge, die sich mit ausgesprochenen Sonderfragen befassen wollen, also z. B. mit der Verfahrensfehlerlehre oder mit dem Zusammenspiel von Mitwirkungslast und Präklusion, sollten einem späteren Abschnitt der Aussprache vorbehalten bleiben. – Soweit unser Gliederungsvorschlag!

Es liegen eine Anzahl von Wortmeldungen zu allgemeinen und zu besonderen Punkten bereits vor. Aus der ersteren Gruppe darf ich zunächst Herrn *Badura* bitten, das Wort zu nehmen.

Badura: Herr Vorsitzender, verehrte Kollegen! In den höchst anregenden beiden Referaten haben wir über die Verwaltung hauptsächlich gehört, wie sie zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag *sich einfügt*. Dazu möchte ich bemer-

ken, daß die Verwaltung durch die Durchführung des Verwaltungsverfahrens Verwaltungseffizienz und Rechtsschutz nur in einem verhältnismäßig geringen Maße selbst beeinflussen kann, und daß man, wenn man anstrebt, das richtige Mittelmaß oder die richtige Mischung von Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag zu finden, wie das in den Referaten ja auch geschehen ist, sowohl den Gesetzgeber als auch den Richter in die Betrachtung notwendig einbeziehen muß.

Ich möchte die These vertreten, daß Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzmöglichkeiten hauptsächlich vom Gesetz abhängig sind, da das Gesetz die Entscheidungsaufgabe, die Entscheidungskriterien und auch das Verwaltungsverfahren, das hier im Vordergrund steht, bestimmt und regelt. Das Gesetz darf dann, wie es von beiden Referenten auch empfohlen worden ist, nicht nur global sein. Vielmehr muß es sachgebietsbezogen, sachgebietsspezifisch differenziert regeln, in welcher Weise die verschiedenen berührten Belange, Aufgaben, Interessen, Rechte in dem Verwaltungsverfahren erledigt werden können. Ich glaube, daß es richtig ist zu sagen, daß vor allem durch *Rechtssicherheit* Effizienz gefunden werden kann. Herr *Wahl* hat gesagt: Effizienz durch Rechtssicherheit, und auch Herr *Pietzcker* hat in seiner These 4 diesen Punkt hervorgehoben. Rechtssicherheit kann aber in erster Linie durch das Gesetz, vielleicht überhaupt nur durch das Gesetz, geschaffen werden. Daß etwa eine unklare Fassung des Gesetzes der Rechtssicherheit Abbruch tun kann, zeigt die Interpretation des § 20 VwVfG, auf die Herr *Pietzcker* abgestellt hat, vor allem aber des § 46 VwVfG, mit dem sich beide Referenten, und zwar mit unterschiedlichem Ergebnis, befaßt haben. Herr *Wahl* meinte, der § 44 a VwGO sei disfunktional, aber er meint das offenbar deswegen, weil er den § 46 doch nicht ganz so ernst und fest nehmen will, wie Herr *Pietzcker* es getan hat. Ich glaube, daß die Lösung von Herrn *Pietzcker* mehr Erfolg verspricht, weil sie die dienende Rolle des Verwaltungsverfahrens gegenüber dem materiellen Recht entschiedener zur Geltung bringt, als der in seiner Konsequenz schwer überschaubare Versuch, durch Abschtung innerhalb des Verwaltungsverfahrens Fehler gewissermaßen wieder loszuwerden, sie nicht zu „speichern“, wie sehr anschaulich gesagt worden ist. Man hätte eben dann stattdessen einen bunten Strauß von Gerichtsverfahren auf den verschiedensten Instanzebenen parallel zu einem, zwei oder drei Verwaltungsverfahren laufen, und ich glaube, daß da zuviel an Komplexität wäre. Ich meine also, daß für dieses offenkundig bestehende Problem die Lösung von Herrn *Pietzcker* eher den Vorzug verdienen dürfte – vor

allem die Thesen 18 und 19 – als der Versuch, durch eine stärkere Verflechtung von Verwaltungsverfahren und verwaltungsgerichtlichen Verfahren der Sache Herr zu werden.

Durch das Gesetz muß auch klar festgelegt werden, ob und welche *Rechte Dritter* im Hinblick auf das Verwaltungsverfahren und auf die Entscheidung bestehen. Ich finde es nicht richtig, wenn ein großer Teil der Energie der Verwaltungsgerichte und auch der Wissenschaft der Interpretation schlechter oder unverständlicher oder unklarer Gesetze gewidmet wird, statt sich der eigentlichen Sachaufgabe zuzuwenden, die in diesen Verfahren ja eigentlich in der Mitte stehen sollte: die Verwaltungsaufgabe und ihre sachgemäße Erledigung, die Effizienz sowohl, als auch – unter Beachtung der betroffenen Rechte – der Rechtsschutzauftrag. Es ist also der Politiker, an den man sich in erster Linie adressieren muß, wenn man Effizienz und Rechtsschutz im Verwaltungsverfahren in einer vernünftigen und gerechten Weise verwirklicht finden will. Daß man mit Hilfe des Rechtsstaatsprinzips und der Grundrechte die Unzulänglichkeit der Gesetzgebung beheben kann, glaube ich nicht. Die Hypertrophie der Betrachtung von Rechtsschutzfragen und Grundrechtsfragen in diesem Bereiche kann ich mir nur so erklären, daß man eben nur auf diesem Wege, über die *Verfassung*, versucht, das herzustellen, was der Gesetzgeber nicht in einer hinreichenden Weise zustandegebracht hat – abgesehen von dem vielleicht mehr technischen Punkt, daß eben manchmal die Revisibilität nur durch die Grundrechte vor dem Bundesverwaltungsgericht gesichert ist.

Das Gesetz, meine ich, muß auch konkretisieren, bestimmen, regeln, festlegen, ausformen, inwieweit das *Rechtsstaatsprinzip* und die *Grundrechte* im Verwaltungsverfahren zur Geltung zu kommen haben. Die geläufig gewordene Methode, gewissermaßen beides zugleich wie gleichartige Normen – Verfassungsgesetze, Grundrechte und einzelne Normen, Verwaltungsvorschriften, alles mögliche – im Verwaltungsverfahren als Entscheidungsmaßstäbe zu verwenden, dürfte ein wesentlicher Grund für die Unsicherheit sein, die über dem Ausgang von vielen dieser Verfahren schwebt. Durch das Gesetz muß festgelegt werden, in welcher Weise Grundrechte und das Rechtsstaatsprinzip für die Durchführung der Verwaltungsaufgaben auszuformen sind, und die Verwaltung sollte, was ihre Aufgabe betrifft, so verstanden werden, daß sie das Gesetz „vollzieht“ und nicht die Verfassung.

Meyer: Ich stimme mit Herrn *Badura* darin völlig überein, daß der Gesetzgeber gefordert ist, habe aber kein Verständnis

dafür, daß die Schwierigkeiten in der Unklarheit von § 20 und § 46 VwVfG liegen sollen. Im Gegenteil, die §§ 20 und 46 VwVfG sind in ihrer Entstehungsgeschichte und in ihrem Wortlaut völlig klar. Nur, sie passen Herrn *Badura* nicht. Und weil sie ihm nicht passen und weil sie Herrn *Pietzcker* nicht passen, legen sie sie contra legem aus und schaffen damit jene Unsicherheit in den Verwaltungsprozessen, die Herr *Badura* gerade beklagt hat.

Battis: Herr Vorsitzender, meine verehrten Kollegen! Ich möchte Herrn *Badura* widersprechen, und zwar bin ich nicht seiner Meinung, daß vom Gesetzgeber große Abhilfe zu erwarten ist. Vielmehr meine ich, daß eine Wende zum Besseren, die – darin bin ich mir mit Herrn *Badura* einig – gefordert ist und eintreten muß, daß diese Wende zum Besseren am ehesten und mit größerer Aussicht auf Erfolg durch die Verwaltungsgerichte selbst herbeigeführt werden kann; mit anderen Worten: Abhängigkeit auch des Verwaltungsverfahrens in erster Linie von der Handhabung seiner Kontrolle durch die Verwaltungsgerichte. Ich glaube, dafür gibt es auch einige Beispiele in der Praxis, z. B. einerseits die sehr weitgehende Kontrolle und darin eingeschlossene Steuerung der Bauleitplanung durch die Verwaltungsgerichte, die ein ganz spezifisches Selbstverständnis haben, das ja auch Herr *Wahl* zu Recht angesprochen hat, und zum anderen die Baulandkammern, die ebenfalls die Anwendung genau derselben Verfahrens- und Planungsnormen kontrollieren, jedoch als Zivilgerichte sehr viel vorsichtiger vorgehen, sehr viel weniger aufheben und damit letztlich dem Hauptinteresse der Beplanten – zu verlässlichen Daten zu kommen –, in der Regel eher gerecht werden. Ich meine, daß ein Wandel des Selbstverständnisses der Verwaltungsgerichte wichtiger ist als irgendwelche Maßnahmen des Gesetzgebers. Dafür lassen sich als weiteres Beispiel anführen die §§ 155 a und b BBauG. Der Gesetzgeber hat in den §§ 1 ff. BBauG ein hochentwickeltes Verfahren vorgeschrieben, hat es dann im Schlußteil zurückgenommen, in dezidierter Frontstellung gegen die Verwaltungsgerichte. Das kann man ja in den Bundestagsprotokollen nachlesen. Und was machen die Verwaltungsgerichte – natürlich assistiert von einigen aus unserem Kreis –? Überspitzt formuliert: Sie ignorieren diese Vorschriften, indem sie sie ganz restriktiv auslegen und weiter in ihrer bisherigen Art judizieren. Natürlich können sich die Gerichte dabei immer berufen auf Art. 19 IV GG und in Zukunft auch auf Herrn *Pietzcker*.

Ich stimme Herrn *Badura* insofern zu, daß – und das ist ja auch gemeinsamer Nenner der beiden Referate gewesen –, die Grundrehtediskussion um Verfahrensrechte wohl ihren Scheitelpunkt schon überschritten hat. Das zeigte sich auch in den Begleitaufsätzen. Ich fände es sehr bedauerlich, wenn die Teilhabelehre, die ja nun doch, wenn man es so sagen darf, weniger erbracht hat, als es zunächst den Anschein hatte, wenn diese nun im Verfahrensrecht fröhliche Urständ' feierte und hier ebenfalls mehr zur Verwirrung als zur Klärung beitrüge.

Erlauben Sie mir noch eine letzte Bemerkung: Beide Referenten haben übereinstimmend betont – und ich meine auch zu Recht –, daß das Verfahren sachbereichsbezogen und sachbereichsspezifisch kodifiziert werden sollte. Sie haben sich beide insoweit gegen weitere generalisierende Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes ausgesprochen. Ich stimme dem zu, würde aber das Verwaltungsverfahrensgesetz etwas in Schutz nehmen wollen. Denn wenn wir mal reingucken in den fünften Teil, wo von den besonderen Verwaltungsverfahren die Rede ist, ja, was steht denn da? Das ist nicht unbedingt der „Charme des Gestrigen“, sondern da steht doch im wesentlichen gar nichts drin, sondern es wird verwiesen auf die Spezialgesetze, die ohnehin hier schon in großem Umfang Regelungen treffen. Ich finde, es ist gut, daß sich der Gesetzgeber hier zurückgehalten hat. Er sollte dies auch in Zukunft im Verwaltungsverfahrensgesetz hinsichtlich der Regelung besonderer Verwaltungsverfahren so belassen. Ein anderes Problem – und da stimme ich Herrn *Pietzcker* zu – ist, daß gesetzlich ausgeschlossen werden müßte, daß bei bestimmten Projekten eine zu große Wahlmöglichkeit besteht. Sie brachten das Beispiel der Einrichtung einer Fußgängerzone –, daß die Verwaltung es sich gewissermaßen an den Knöpfen abzählen kann, nach welchem Verfahren sie vorgehen will, mit schwerwiegenden Folgen für die Betroffenen. Aber im übrigen würde ich auch insoweit meinen, sollten wir vom Gesetzgeber nicht zu viel erwarten. Vielen Dank.

Ossenbühl: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren! Ich habe das Votum von Herrn *Badura* in dem Sinne verstanden, daß es sich gegen den seit dem Mühlheim/Kärlich-Beschluß Mode gewordenen forschen Zugriff unmittelbar auf die Verfassung wendet, um aus dieser Verfassung dann ganze Verfahrensordnungen abzuleiten oder zumindest jene verfahrensrechtlichen Ergebnisse und Konsequenzen, die man sich wünscht. Und wer denn nun recht hat – Herr *Meyer*, Sie oder

Herr *Badura* – im Hinblick auf den § 46 VwVfG, das will ich jetzt nicht weiter prüfen, sondern es kommt mir jetzt auf die Methode an, mit der hier Verfahrensrecht betrachtet und behandelt wird. Insoweit sehe ich einen Problemzusammenhang mit unserem Thema. Denn auch bei der Behandlung des gestrigen Themas hatten wir doch ständig Stufenprobleme. Es war unklar, wo man Grundpflichten ansiedeln sollte, in der Verfassung oder unterhalb der Verfassung, und diese Unsicherheit in der Verankerung von Rechtsprinzipien und Rechtsgrundsätzen im Stufenbau unserer Rechtsordnung ist eigentlich der Grund auch für die Verunsicherung der neueren Verfahrensdiskussion. Kein Mensch weiß genau, was ist hier an verfassungsharter Substanz vorhanden, das seinerseits eben wieder mit Bindungswirkung das einfache Recht dirigiert und ausprägt. Das ist meines Erachtens auch das Problem dieser verfahrensrechtlichen Diskussion, und ich würde meinen, wir müßten zurückfinden zu einer strengen gesetzesorientierten Betrachtungsweise, d. h. wir müßten eine Frontstellung einnehmen gegen die Tendenz, aus Grundrechten einzelne Verfahrensprinzipien abzuleiten, um mit diesen Verfahrensprinzipien im Rücken gewünschte verfahrensrechtliche Ergebnisse zu erzielen. Wir wissen, daß natürlich in verfahrensrechtlichen Regelungen Grundrechtsgehalte aufgehoben sein können, die – nach der Terminologie des Bundesverfassungsgerichts – „spezifisches Verfassungsrecht“ sein können und dann den Weg nach Karlsruhe eröffnen. Aber was „spezifisches Verfassungsrecht“ ist, das ist ja bekanntermaßen dem unerforschlichen Ratschluß des Gerichts anheimgestellt, so daß ich meine, es würde zu einem Chaos führen, wenn man mit diesem verunsichernden Etikett jetzt die verfahrensrechtliche Diskussion belastet.

Thieme: Meine Herren, ich glaube, wir sollten dem Vorstand sehr dankbar sein, daß er dieses Thema heute auf die Tagesordnung gesetzt hat, daß er uns mit dem Effizienzbegriff, d. h. mit einem sozialwissenschaftlichen Begriff konfrontiert und die Frage gestellt hat: Wie sieht es denn bei uns Juristen eigentlich aus, wenn wir auf sozialwissenschaftliche Kategorien Bezug nehmen müssen. Ich glaube, hier ist noch einiges zu tun! Ich will die Verdienste, die die Referenten haben, keineswegs schmälern. Aber vielleicht sollten wir doch einige Punkte hierzu notieren. Zunächst hat Effizienz mit Leistung zu tun, mit den verschiedenen Leistungen, wobei nicht nur die Rechtsrichtigkeit, sondern – die Referenten haben es gesagt – u. U. auch Zweckmäßigkeit, Bürgernähe und manches andere

wichtig sind. Aber dazu gehört – und das macht die Diskussion schwieriger – nicht nur die Leistungsseite, sondern auch die Frage des Ressourcenverbrauchs, Menschen, Geld, Zeit.

Wenn wir also jetzt anfangen, unser Problem, nämlich den Rechtsschutz, mit der Effizienz zu konfrontieren, so haben wir es mit einem höchst diffusen Thema zu tun. Wir haben völlig inkommensurable Teilbegriffe, die dazu führen, daß eigentlich eine Antwort auf das Thema kaum möglich ist, es sei denn, man macht es an einigen kleinen Details fest, so, wie das sowohl bei den Referenten als auch von den bisherigen Diskussionsteilnehmern schon geschehen ist.

Nun hat uns die Diskussion noch eine weitere Schwierigkeit unseres Themas gelehrt, nämlich die Tatsache, daß wir zum Teil mit der Illusion herumlaufen – Herr *Badura* hatte das noch einmal so schön klargemacht – daß es eine Lösung gäbe, daß das Recht einfach da sei, von uns Juristen also nur aufgenommen werden müßte; doch stimmt das nicht. Bei der Problemstellung geht es dann um die Frage, welche Tatbestände, welche Tatbestandselemente wir in das Verfahren einbeziehen und welche wir herauslassen. Weiter sind da die unbestimmten Rechtsbegriffe, die Ermessensbereiche usw. So ist das Recht – und das haben die Referenten uns gezeigt und im Grunde wissen wir das auch – etwas, was es gar nicht gibt, sondern was im Verfahren entsteht. Wir mögen also sagen: Von der Rechtsnorm, die ist da, haben wir eine Vorstellung; aber die Anwendung des Rechts ist jedes Mal eine Sache, die im Einzelfall erst das Recht zum Leben bringt. Nehmen wir beides zusammen: einerseits den diffusen und nicht recht regierbaren Begriff der Effizienz, und auf der anderen Seite die Tatsache, daß auch die Rechtsfindung, die Rechtsanwendung, auch mit erheblichen Unsicherheiten und Risiken, belastet ist, so wird deutlich, welche Rolle das Verfahren in unserer Fragestellung hat. Damit ist das Verwaltungsverfahrensgesetz angesprochen, mit Recht, aber das Verwaltungsverfahrensgesetz ist ja ein sehr offenes Gesetz. Man hat ja damals einen „Trick“ benutzt, daß man das allgemeine materielle Verwaltungsrecht mit aufgenommen hat. Die Zahl der eigentlichen Verfahrensvorschriften ist dadurch wesentlich geringer als die Zahl der Paragraphen. Hinzu kommt weiter, daß das förmliche Verfahren, so, wie es im Verwaltungsverfahrensgesetz geregelt ist, praktisch gar nicht existiert, so daß die Gesamtzahl der Vorschriften noch weiter zusammenschmilzt.

Tatsächlich ist das Verwaltungsverfahrensgesetz nur ein Instrument, um einen Informationsvorgang zu organisieren und der rechtsanwendenden bzw. ermessensanwendenden Behör-

de möglichst eine gute Chance der vollen Information zu verschaffen. Unter diesem Gesichtspunkt sollte man das Thema sehen. Das heißt aber: Wir befinden uns gar nicht in einem Konflikt zwischen Rechtsschutz und Verfahrenseffizienz, sondern wir haben im Grunde eine parallele Interessenlage. Das Verfahren ist überhaupt nur dazu da, durch eine möglichst vollständige Information, durch die Schaffung des Gesprächs zwischen der Behörde und den sonstigen Beteiligten, evtl. auch zwischen mehreren Behörden, das Recht in einer Weise zur Anwendung zu bringen, daß die Entscheidung, die eine Einzelfallentscheidung ist, konsensfähig wird. Das ist das Wesentliche an der Effizienz unseres Rechts, daß die Entscheidungen konsensfähig werden oder bleiben.

Quaritsch: Beide Referenten haben die von ihnen bevorzugte hohe Abstraktionsebene gelegentlich verlassen und sind auf konkrete Verfahren eingegangen, unter anderem auf das Asylverfahren. Mit ihm müssen wir uns in der Tat wohl befassen, nachdem seit zwei Jahren an vielen deutschen Verwaltungsgerichten ein oder zwei Kammern ausschließlich mit Asylsachen beschäftigt sind und auch noch einige Zeit beschäftigt sein werden. Beide Referenten waren sich darin einig, die gesetzlich vorgesehenen Schwerpunkte seien verlagert worden in der Weise, daß die grundrechtlich garantierte Einzelfallbehandlung aus dem Verwaltungsverfahren in das Gerichtsverfahren gewandert sei. Die Beobachtung ist tendenziell richtig. Diese Verlagerung ist aber nicht zu tadeln, sondern ein Beispiel für die hohe Flexibilität unserer Staatsorganisation. Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit haben auf eine atypische Situation und auf einen atypischen Sachverhalt richtig reagiert. Ich möchte das erläutern.

95 % unserer Asylverfahren sind keine Anwendungsfälle von Art. 16 GG; dieses Grundrecht und die deutschen Verfahrensgarantien werden dazu benutzt, um sich entweder den Daueraufenthalt in der Bundesrepublik zu erschleichen oder doch zumindest einen zeitlich begrenzten Aufenthalt in der Bundesrepublik zu erreichen. Das Mittel dazu sind die spezifisch deutschen Modalitäten des Anerkennungsverfahrens, Gerichts- und Anwaltskosten sind betriebswirtschaftlich einkalkulierte Kosten für den Aufenthalt in der Bundesrepublik. In allen diesen Fällen wissen die Beteiligten, daß der 1973 verfügte Anwerbestop umgangen werden soll. Die Beteiligten wissen auch, daß alle Verfahrensmöglichkeiten bis zur Nichtzulassungsbeschwerde ausgeschöpft werden. Wenn das Asylverfahren beim Bundesverwaltungsgericht abgeschlossen ist,

wird mit einem neuen Asylgrund das Ganze u. U. noch einmal durchexerziert. Ist aber von vornherein in 95 % aller Fälle sicher, daß sich an das Verwaltungsverfahren ein verwaltungsgerichtliches Verfahren bis zum Bundesverwaltungsgericht anschließen wird, dann reagiert die Verwaltung richtig, wenn sie ihr eigenes Verfahren tunlichst abkürzt, weil ohnehin das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht folgen wird. § 2 des Zweiten Gesetzes zur Beschleunigung des Asylverfahrens von 1980 hat daher zu Recht dem alten Anerkennungsverfahren (§ 30 AusländerG) eine Schlankheitskur verordnet. Immerhin, es findet noch eine Anhörung statt, und interessanterweise kommt in der Praxis die erste Anhörung des Asylbewerbers der Wahrheit meistens am nächsten, jedenfalls dann, wenn er nicht von einem Rechtsanwalt beraten oder begleitet ist. Die gründliche Sachverhaltsaufklärung und die Auseinandersetzung mit den Behauptungen des Asylbewerbers ist in das verwaltungsgerichtliche Verfahren verlegt. Der vorgetragene Lebenssachverhalt kann im Grunde auch nur in einem richterlichen Verfahren umfassend gewürdigt werden. Denn – und hiermit komme ich auf meinen zweiten Punkt – es ist diese eigentliche Sachverhaltsaufklärung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren auch eine Reaktion auf einen für die Verwaltung atypischen Sachverhalt: Hier werden Lebensschicksale vorgetragen. Es muß ein schwieriger, verworrener und dunkler Sachverhalt aufgeklärt und aus den vielen unechten müssen die echten Asylbewerber herausgefiltert werden. Dazu gehört die Befähigung zum Richteramt; § 30 AusländerG hatte dies für den Vorsitzenden des Anerkennungsausschusses vorgeschrieben. Aber ein gerichtliches Verfahren eignet sich zur Aufklärung dieser Fälle besser als ein Verwaltungsverfahren, jedenfalls dann, wenn jedem Asylbewerber die Verfahrensgarantien einer Großen Strafkammer geboten werden sollen (das Ausland sieht dies anders und kennt regelmäßig nur ein Verwaltungsverfahren). Unter diesem Aspekt ist zu fragen, ob das Anerkennungsverfahren vom Gegenstand her für das Verwaltungsverfahren taugt. Wir kennen auch sonst Verfahren, in denen materiell verwaltet wird, die aber von vornherein den Gerichten überwiesen sind. Herr *Bettermann* hat vor Jahren deutlich gemacht, daß die meisten Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit eigentlich in die Verwaltung gehören, aber aus praktischen Gründen den Gerichten übertragen worden sind, weil dort eine weisungsfreie Würdigung des Sachverhalts und eine bessere Abwägung aller Umstände garantiert sind. Die Konstruktion des § 30 AusländerG, aber auch die Ausgestaltung des Anerkennungsverfahrens für Kriegsdienstverweige-

rer zeigen zwar, daß auch Verwaltungsverfahren gerichtsförmig ausgestaltet werden können. Wirklich notwendig sind solche gerichtsförmigen Gestaltungen in der Verwaltung aber nur dann, wenn sich ein verwaltungsgerichtliches Verfahren nicht anschließt. Das ist aber in der Bundesrepublik wegen Art. 19 IV GG unmöglich.

Doch zurück zur Auffassung der Referenten. Die scheinbar systemwidrige Verkürzung und Umwandlung des Verwaltungsverfahrens in ein formularmäßiges Anhörungsverfahren mit formularmäßiger Begründung erfüllt die Forderung nach Effizienz, weil die eigentliche Entscheidung ohnehin im verwaltungsgerichtlichen Verfahren fällt. Dem Rechtsschutzanspruch wird Genüge getan, weil Rechtsschutz die Verwaltungsgerichte gewähren und es zum Verfahrensbild gehört, daß der Rechtsschutz stets von den Verwaltungsgerichten eingefordert wird.

Herr *Pietzcker* hat die Verwertung der Gutachten des Auswärtigen Amtes im Asylverfahren kritisiert. Dieser Kritik vermag ich mich nicht anzuschließen. Die Gutachten sind besser als die Anwälte der Asylbewerber glauben machen wollen. Auch sind die Verwaltungsrichter durchaus in der Lage, diese Gutachten zu deuten. Verglichen mit der Glaubwürdigkeit von Zeugen und Zeugnissen, die von den Asylbewerbern auf- und angeboten werden, sind die Verwaltungsgerichte mit den amtlichen Gutachten immer noch am besten bedient. Im übrigen haben sich die Verwaltungsrichter sehr schnell in die innenpolitische Situation ihrer „Dezernatsländer“ eingearbeitet und können durch entsprechende Befragung des Asylbewerbers Spreu vom Weizen trennen.

Das Beispiel des Asylverfahrens führt zu der allgemeinen Frage, ob es für die Zuweisung zur Verwaltung oder Justiz irgendwelche Maßstäbe gibt. Dazu wären die Erwägungen zu repetieren, die Vereins- und Handelsregister, Grundbuch und Nachlaßsachen in die freiwillige Gerichtsbarkeit und die sog. Justizverwaltungsakte in das Verfahren nach §§ 23 ff. EGGVG geführt haben. Ein Indiz für die Tauglichkeit des Verwaltungsverfahrens: wenn es von den Beamten des gehobenen Dienstes sachkundig durchgeführt werden kann. Ist von vornherein ein Ausschuß notwendig, dessen Vorsitzender zum Richteramt befähigt sein muß, dann sollte im Zweifel ein Gericht zuständig sein. Die bisherige Aneinanderreihung zweier Verfahren ist in solchen Fällen regelmäßig ineffizient. Das gerichtliche Verfahren allein würde für den Rechtsschutz ausreichen und die Verwaltung von einem ihr wesensfremden Verfahren entlasten.

Vorsitzender: Danke schön. Jetzt drei Zwischenmeldungen. Zunächst Herr *Zuleeg*.

Zuleeg: Heute früh ist davor gewarnt worden, daß Effizienz in den Vordergrund gerückt werden und das Gesetz vielleicht in den Hintergrund treten könnte. Ich meine, dieser Vorschlag von Herrn *Quaritsch*, die Gewichte so stark in Richtung Effizienz zu verschieben, geht erstens am Gesetz vorbei: § 24 VwVfG erlegt den Verwaltungsbehörden die Erforschung des Sachverhalts auf. Und was formularmäßig hier bei den Asylbehörden geschieht, das ist keine Erforschung des Sachverhalts. Zweitens ist es so, daß meiner Meinung nach auch ein Verwaltungsjurist in der Lage sein sollte, die Fälle herauszusuchen, die Asyl verdienen und die anderen abzuweisen.

Bullinger: Das ist genau der Punkt, wo ich nicht Ihnen zustimmen kann, sondern nur Herrn *Quaritsch*. Verwaltungsrichter sind geneigt, ihre eigenen Maßstäbe für eine gründliche Aufklärung eines Falles auch an die Verwaltung erster Instanz anzulegen und zu sagen, es liege ein Verfahrensfehler vor, weil die Verwaltungsbehörde nicht ebenso sorgfältig aufgeklärt habe wie der Verwaltungsrichter. Das ist ein grundlegender Irrtum. Man kann von der Massenverwaltung beim besten Willen nicht verlangen, daß sie dieselbe Gründlichkeit in jedem einzelnen Fall walten läßt wie der Richter. Ich gebe Ihnen ein Beispiel: Ich bin Richter in Erschließungsbeitragssachen und rechne, zusammen mit dem Zeitaufwand der übrigen Richter, pro Akte etwa 80 Stunden für gründliche Aufklärung. Nehmen Sie an, 100 Verfahren seien in einem Erschließungsgebiet anhängig. Rechnen Sie: 80 Stunden mal 100 – Sie kämen auf 8000 Arbeitsstunden. Das zeigt Ihnen, daß man in der Massenverwaltung gestufte Anforderungen an die Aufklärung stellen muß: geringe Anforderungen in der ersten Instanz, höhere im Widerspruchsverfahren, noch höhere im erstinstanzlichen Verwaltungsgerichtsverfahren, erst recht höhere in der zweiten Gerichtsinstanz.

Bettermann: Wenn Sie 100 Erschließungsfälle haben aus derselben Anlage für die Erschließung, deren Finanzierung durch den Erschließungsbeitrag gedeckt werden soll, dann haben Sie nicht 100 mal 80 Stunden, sondern einmal 80 Stunden, denn die Fälle werfen alle dieselben Fragen auf – ich führe zur Zeit einen Anliegerprozeß.

Isensee: Nur eine Zwischenbemerkung zum Dilemma des Asylverfahrens: In der Praxis des Asylrechts, aber auch in

anderen Bereichen des Aufenthaltsrechts für Ausländer, steht das Verfahrensrecht nicht im Dienst des Sachrechts. Vielmehr ersetzt und überwuchert das Verfahren weithin das materielle Recht. Der bloße Antrag auf Asyl ist das „Sesam-öffne-Dich“. Er verschafft kraft des verfahrensrechtlichen Automatismus, den er auslöst, die Sache, auf die sich der Antrag richtet: nämlich das Aufenthaltsrecht. Der Antragsteller erhält das Aufenthaltsrecht, damit er sein Verfahren, das über seinen Aufenthaltsantrag entscheidet, austragen kann: das möglichst weit hinzuziehende Verwaltungsverfahren und das möglichst lange hinzuschleppende Gerichtsverfahren. Solange das Verfahren dauert, besitzt der Antragsteller, was er eigentlich erst beantragt. Er kann es erst verlieren, wenn die Entscheidung ergeht, die das Verfahren rechtskräftig abschließt. In mehr als 90 v. H. der Asylverfahren geht das verfahrensfundierte Aufenthaltsrecht denn auch verloren. Das Urteil über die Verpflichtungsklage erhält hier eine völlig perverse Funktion. Freilich ist die Gefahr, daß das Aufenthaltsrecht endet, trotz einer Prozeßniederlage nicht unbedingt gegeben, weil nach dem Asylverfahren sich ein Verfahren auf Erteilung der normalen Aufenthaltserlaubnis, ein Verfahren gegen Ausweisung und Abschiebung beginnen läßt, so daß der Ausländer am Ende selbst dann, wenn er in der langen Zeit keinen aufenthaltsgarantierenden Eheschluß mit einer Deutschen zustande brachte, der Nachweis gelänge, daß er aufgrund seines langen Inlandaufenthalts und seiner intensiven Prozeßerfahrung dauerhaft in den deutschen Rechtsschutzstaat integriert ist.

Fazit: Hier herrscht die Spannung nicht zwischen Rechtsschutzauftrag und Verwaltungseffizienz, sondern zwischen formellem und materiellem Recht. Das Verfahrensrecht ist dem einzelnen nützlicher als die Sache selbst. Eine Patentlösung für das Dilemma weiß ich nicht zu nennen. Doch wenigstens ein Hinweis auf die Art des Dilemmas: Die Verfahrensprobleme, die das Asylrecht aufwirft, haben nichts zu tun mit denen des Massenverfahrens, die es im Steuerrecht und im Sozialversicherungsrecht gibt. Dort geht es um flächendeckende Verwaltungsaufgaben, hier dagegen ausschließlich um den Einzelfall (mag dieser auch in großer Zahl auftreten): die Feststellung, ob eine einzelne Person politisch verfolgt ist, also die Feststellung höchstpersönlicher Grundrechtsvoraussetzungen.

H. P. Schneider: Herr Vorsitzender, verehrte Kollegen! Die bisherige Diskussion bringt mich auf den Gedanken, eine Differenzierung vorzuschlagen. Für Art, Umfang und Intensi-

tät grundrechtlichen Verfahrensschutzes müßte man wohl zwischen Verfahren mit *grundrechtsfeststellender* und *grundrechtsausgestaltender* Wirkung unterscheiden. Grundrechtsfeststellende Wirkung hat ein Verfahren dann, wenn sein – im Sinne des Antragstellers – erfolgreicher Abschluß die Voraussetzung für eine tatsächliche Inanspruchnahme des jeweiligen Grundrechts ist. Hierzu gehören alle „Anerkennungsverfahren“, z. B. als Kriegsdienstverweigerer oder als Asylberechtigter. Demgegenüber würde ich von „nur“ *grundrechtsausgestaltender* Wirkung bei den Verfahren sprechen, die – wie etwa das *numerus-clausus*-Verfahren oder das Baugenehmigungsverfahren – lediglich bestimmte Grundrechte unmittelbar berühren oder sachlich auf sie bezogen sind. Von dieser Unterscheidung ausgehend, möchte ich behaupten, daß zumindest bei Verfahren mit grundrechtsfeststellender Wirkung das Verfahrensrecht zweifellos verfassungsnäher, auch „grundrechtsnäher“ ist als das materielle Recht.

Hier ergibt sich nun für mich ein gewisser Dissens zur These 17 von Herrn *Pietzcker*, die ich mit einem Fragezeichen versehen muß. Selbst wenn man Ihrem Satz 1, Herr *Pietzcker*, weitgehend zustimmt, wonach Verfahrensregelungen grundrechtsdogmatisch nicht als Eingriff zu verstehen seien, geht es doch bei der Frage nach Umfang und Intensität grundrechtlichen Verfahrensschutzes nicht in erster Linie um die Verfahrensregelungen als solche, sondern um ihre verfassungskonforme Auslegung und darum, ob und inwieweit Verfahrensverstöße u. U. Eingriffscharakter haben können. Hier würde ich nun meinen – und das hat nichts mit einer Hypertrophie des Grundrechtsschutzes zu tun, Herr *Badura* –, daß bei Verfahren mit grundrechtsfeststellender Wirkung in der Tat Verfahrensverstöße auch als Grundrechtseingriffe anzusehen sind. Dagegen könnte man sich bei Verfahren mit grundrechtsausgestaltender Wirkung Ihrer Meinung anschließen, Herr *Pietzcker*.

Mit meiner Anregung, entsprechend zu differenzieren, möchte ich zugleich den Vorschlag von Herrn *Quaritsch* noch einmal aufgreifen. Ich bin ebenfalls der Ansicht, daß Verfahren mit grundrechtsfeststellender Wirkung jedenfalls de lege ferenda bei den Gerichten eigentlich besser aufgehoben sind als bei den Verwaltungsbehörden.

Bachof: Dies sollte eigentlich eine „Spontanbemerkung“ zu Herrn *Bettermann* sein, weil er gesagt hat: *iudex non calculat*. Wie gut, daß hier nur Verwaltungsrichter und keine Familienrichter anwesend sind. Die hätten aufgeschrien, die Versor-

gungsausgleichsgeplagten. Aber auch der Verwaltungsrichter muß heute rechnen. Beim Asylverfahren freilich nicht. Aber wenn man z. B. in einem Planungssenat sitzt und in einem größeren Bebauungsplanverfahren vier oder fünf divergierende Gutachten zur TA Luft und TA Lärm und zur prozentualen Überschreitung oder Unterschreitung der diesbezüglichen Werte beurteilen soll, dann muß man seitenlange Berechnungen nebst Tabellen nachprüfen. Da sitzen dann die Richter und arbeiten mit dem Taschenrechner. Ohne den ist das überhaupt nicht zu machen. Die schöne Zeit, wo der iudex nicht rechnete, ist leider lange vorbei.

Bullinger: Es geht um keinen Rechenfehler, sondern in jedem Erschließungsbeitragsfall sind so viele besondere Gegebenheiten, die eine eigene Aufklärung erforderten, daß in der Tat ein sehr hoher Stundenaufwand entstünde, wenn von der erstinstanzlichen Verwaltungsbehörde in jedem einzelnen Erschließungsbeitragsfall die Verfahrensgarantien ebenso angewendet werden müßten wie sie dann im richterlichen Verfahren zu beachten sind. Im Widerspruchsverfahren ist es schon wieder etwas anders.

Kloepfer: Ich möchte einiges sagen zu dem Verhältnis von Grundrechten und Verfahrensrecht. Die Referenten sind ja vorsichtig und behutsam vorgegangen, während einige Diskussionsbeiträge vielleicht überakzentuiert etwa appelliert haben: Zurück zur Grundrechtsferne von Verwaltungsverfahren! Und wir haben ja auch schon Verdikte gehört über grundrechtliches Leistungsdenken. Ich meine, hier muß man doch stärker differenzieren. Natürlich ist es nicht richtig, in jedem Verfahrensfehler einen Grundrechtsverstoß zu sehen. Aber meines Erachtens ist es auch nicht richtig, sozusagen zur totalen Isolierung des Verwaltungsverfahrens von den Grundrechten zurückzukommen.

Insoweit ist die These 17 von Herrn *Pietzcker* bereits genannt worden, der ansonsten doch in sehr eindrücklicher Form dargestellt hat, wie eng zum Teil auch die Grundrechte auf das Verfahrensrecht einwirken können. Nun ist dieser Satz: „Verfahrensregelungen sind grundrechtsdogmatisch nicht als Eingriff zu verstehen“ zunächst einmal davon abhängig, was man unter Eingriff versteht. Dieser Satz wird umso richtiger, je rigider man den Eingriffsbegriff faßt, je enger, je traditioneller. Wenn man aber die neuere Entwicklung der Eingriffslehre im Grundrechtsbereich zugrundelegt, wird man wohl über den klassischen Grundrechtseingriff im Sinne des finalen und un-

mittelbaren „Einschneidens“ hinausgehen müssen, und ob dann dieser Satz so noch haltbar ist, erscheint in der Tat doch wohl problematisch zu sein.

Ich frage zunächst einmal: Selbst wenn man einen technischen Eingriffsbegriff zugrundelegt, ist etwa bei Justizgrundrechten dieser Satz, der zugegebenermaßen spezifisch auf das Verwaltungsverfahren zielt, haltbar? Jedenfalls wenn man den Satz verallgemeinert auf das Prozeßrecht, ist er nicht überzeugend, auch wenn man einen technisch engen Eingriffsbegriff zugrundelegt. Eine Verfahrensregelung, die ein Justizgrundrecht einschränkt, ist selbstverständlich ein Grundrechtseingriff in verfahrensrechtlicher Form. Aber natürlich gelten die Justizgrundrechte nicht unmittelbar im Verwaltungsverfahren, das hier vorrangig zu erörtern ist. Im übrigen wird man wohl nicht davon absehen können, daß Verfahrensregelungen sehr wohl grundrechtliche Begleiteingriffe (z. B. Durchsuchungen) enthalten können, und auch diese sind regelmäßig als klassische Eingriffe zu sehen.

Nun ist ja zu Recht in den Referaten der Gedanke der Grundrechtsverwirklichung immer wieder in den Vordergrund gestellt worden und mit mehr oder weniger kritischer Absetzung von dem Schlagwort des Grundrechtsschutzes durch Verfahren. Auch hier, meine ich, sollte man differenzieren, und Herr *Schneider* hat ja schon eine interessante Differenzierung gebracht. Man muß meines Erachtens unterscheiden zwischen verschiedenen Aspekten der verfahrensbezogenen Grundrechtsrealisierung. Es gibt mehrere, sehr unterschiedliche Arten der Grundrechtsverwirklichung durch Verfahren und nicht nur einen Typ. Im Vordergrund steht zunächst der Gedanke der Grundrechtsdurchsetzung, also die Vorstellung, daß ich ein Verwaltungsverfahren brauche, um Grundrechte durchzusetzen. Jetzt frage ich mich aber: Wenn es Verfahrensregelungen gibt, die diese Grundrechtsdurchsetzung faktisch verhindern – ob diese nicht einen grundrechtlichen Eingriff darstellen. Ob in einem anderen Bereich der Grundrechtsverwirklichung, nämlich der staatlichen Grundrechtsentfaltung, der Satz von Herrn *Pietzcker* überzeugt, ist eine andere Frage. Die Grundrechtsentfaltung geschieht z. T. durch den Verfahrensgesetzgeber. Hier würde ich dem Satz von Herrn *Pietzcker* viel eher zuneigen können, daß eben eine fehlende verfahrensrechtliche Grundrechtsentfaltung, soweit sie nicht die Intensität der Verhinderung der Grundrechtsdurchsetzung annimmt, kein Eingriff ist. Hier hat der Gesetzgeber in der Tat einen Ausgestaltungsspielraum. Ob für den dritten Bereich der verfahrensbezogenen Grundrechtsverwirklichung – dem Grund-

rechtsgebrauch im Verfahren (z. B. Art. 5 GG) – die Formulierung von Herrn *Pietzcker* so akzeptabel ist, würde ich auch bezweifeln. Verfahrensregelungen, die einen Grundrechtsgebrauch während des Verfahrens verhindern, können sehr wohl Eingriffscharakter bekommen.

Und nun noch ein letzter Gedanke, der sich an diese Überlegung: Verhältnis von Grundrechtseingriff und Verfahrensrecht, anschließt. Ich meine, daß es Verwaltungsverfahren wie auch Gerichtsverfahren gibt, wo das Verfahren als solches einen Eingriff bedeutet, also das Verfahren selbst einen Eingriff darstellt: das überlange, belastend wirkende Verfahren, was etwa dazu führt, daß ein Gewerbebetrieb nicht mehr funktioniert, oder daß jemand (z. B. ein Beschuldigter oder Angeklagter) an seiner Gesundheit Schaden nimmt, wenn er einem zu langen Ermittlungs- oder Strafverfahren ausgesetzt wird. Da dies ein Grundrechtseingriff durch das Verfahren selbst ist, können die Grundrechte diesen Eingriff auch steuern und begrenzen, indem sie z. B. die Überlänge von Verfahren limitieren.

Insgesamt bitte ich, meinen Diskussionsbeitrag nur als einen Appell zu sehen, nicht in dem Angriff auf Überzeichnungen des Satzes: „Grundrechtsschutz durch Verfahren“ nun alle einschlägigen Schutzgehalte auszuschütten. Vielmehr ist differenziert zu prüfen, wo die Grundrechte gebraucht werden können und wo sie nicht brauchbar sind. Und hier meine ich, müßte der Satz von Herrn *Pietzcker* ein wenig stärker differenziert werden.

Bachof: Ich meine, Herr *Pietzcker* hat doch klar und deutlich gesagt, Verfahrensrechtsverstöße seien nicht zugleich schon immer Grundrechtsverstöße. Er wendet sich also gegen Überziehungen, wie wir sie z. T. erlebt haben. Ich denke z. B. an den Fall, daß eine inhaltlich rechtmäßige Enteignung unter Beteiligung eines Befangenen ausgesprochen wurde. Selbstverständlich ist eine solche Maßnahme rechtswidrig. Aber ist sie deswegen auch ein Grundrechtsverstoß, ein Verstoß gegen die Eigentumsgarantie, nur weil hier gegen Verfahrensvorschriften verstoßen ist? Da meine ich sagen zu sollen: Nein!

Dagtolou: Herr Vorsitzender, eine Bemerkung zum Referat von Herrn *Pietzcker*. In seiner These 18 vertritt er die Auffassung, die Aufhebung einer Sachentscheidung allein wegen eines Verfahrensfehlers sei als Regelsanktion im Hinblick auf die dienende Rolle des Verfahrens nicht angemessen. Zugleich betont er auch, daß in der richtigen Sachentscheidung der

Verfahrensfehler verschwinden würde. In These 19 spricht der Referent vom fiktiven Dogma der „einen richtigen Entscheidung“, und in der Tat können manche Ermessensentscheidungen richtiger sein als die anderen; ob sie die Optimalentscheidungen sind, kann auch davon abhängen, ob die Verfahrensregeln die erforderliche Beachtung gefunden haben. Verfahrensregeln haben eine vorbeugende Wirkung; davon hat Herr *Pietzcker*, wenn ich mich recht erinnere, nicht gesprochen. Verfahrensregelungen sind keine sinnlosen Protokollregeln, sondern sie sind Garantien und zugleich Indizien für eine richtige Lösung. Das Preußische Oberverwaltungsgericht war in dieser Hinsicht sehr viel strenger als die heutigen Gerichte; ein Beispiel wäre die Frage der Mitwirkung von befangenen Beamten in Kollegialorganen. Eine solche Mitwirkung führte auch dann zu der Aufhebung der betreffenden Kollegialentscheidung, wenn diese Entscheidung materiell-rechtlich nicht zu beanstanden war. Eine Ermessensentscheidung ist ja ohnehin in den meisten Fällen materiell-rechtlich nicht zu beanstanden. Dem Preußischen OVG war es wichtig, daß Ermessen nur von solchen Beamten ausgeübt wird, die nicht befangen sind, und auch, daß die Verwaltung ihre Glaubwürdigkeit den Bürgern gegenüber bewahrte. Das ist ein sehr wichtiger Punkt, gerade in unserer Zeit, in der die Bürger gleichsam bei jedem Schritt ihres Lebens von der Verwaltung abhängig sind. Die Verwaltung kann nicht „in eigener Sache“ entscheiden, Herr *Pietzcker*. Die Verwaltung hat keine „eigene Sache“. Nur die Bürger haben „eigene Sachen“, nur die Privaten haben „eigene Sachen“. Die Verwaltung entscheidet im öffentlichen Interesse, und dabei geht es nicht um ihre Angelegenheit, sondern um eine Angelegenheit von uns allen. Die Verfahrensregeln sind eine Garantie dafür, daß die Verwaltung sich dieser Situation bewußt bleibt. Damit will ich die Verfahrensregeln nicht über die Maßen aufwerten. Wenn man sie aber zu sehr abwertet, dann kann man sie auch gleich streichen. Mit Recht wies Herr *Pietzcker* darauf hin, daß der Gerichtsschutz nicht selten zu spät kommt. Gerade dies aber spricht für die große Bedeutung der Verfahrensregeln. Hätten wir einen hinreichend schnellen Gerichtsschutz, so könnten wir es vielleicht bei einer einseitigen Akzentuierung der materiellen Richtigkeit belassen. Aber einen solchen Gerichtsschutz haben wir eben nicht.

Fleiner: Herr Vorsitzender, meine Herren, gestatten Sie mir zuerst eine nicht juristische Vorbemerkung. Wenn die Verwaltung effizient sein will, muß sie sich zunächst einmal einfach,

klar und verständlich ausdrücken. Oder, um den Fachjargon der Verwaltungswissenschaft Deutschlands zu verwenden: Das Effizienzdefizit der Verwaltung erfährt einen wesentlichen Verstärkungseffekt durch das von ihr durch Uneinsichtigkeit gekennzeichnete Verständnis des letztlich auch effizienzorientierten Verständlichkeitsauftrags. Es ist dies ein leiser Appell eines Schweizers, der immer mehr Mühe hat, die Verwaltungswissenschaft und ihre Entwicklung in seiner eigenen Muttersprache als z. B. in der französischen Sprache zu verfolgen. Ich glaube, daß die Förderung der einfachen und verständlichen Sprache zu den zentralen Aufgaben der Verwaltungsjuristen gehören sollte. Die Verwaltung muß sich darum bemühen, sich einfach, klar und verständlich auszudrücken. Doch nun zu meinen vier Punkten, die ich kurz erwähnen möchte:

Zunächst einmal die erste These: Die Effizienz des Verfahrens hängt nicht so sehr von seiner gesetzlichen Ausgestaltung ab – da bin ich mit den Referenten einig –, als vielmehr von seiner vernünftigen Handhabung durch die Verwaltung. Wird das Verfahren vernünftig angewandt, so ist es effizient, wird es unvernünftig, perfektionistisch angewandt, so ist es nicht effizient. Die vernünftige Handhabung des Verfahrens läßt sich in erster Linie durch eine gute Ausbildung der Verwaltungsjuristen verwirklichen.

Zweitens: Das Verwaltungsverfahren und seine Effizienz ist m. E. weitgehend auch abhängig von der Dezentralisation. Dies kam, von mir aus gesehen, in den Referaten etwas zu wenig zum Ausdruck. In kleinen übersichtlichen Verhältnissen braucht es weniger komplexe und komplizierte Verwaltungsverfahren als in großen Bürokratien. Darum sollten wir, im Interesse der Effizienz, danach streben, Entscheidungen soweit als möglich auf die untere Stufe zu delegieren.

Drittens: Das Verwaltungsverfahren hat m. E. leider, zumindest in der Schweiz, einen gewissen negativen Einfluß auf die übrige Verwaltungstätigkeit. Es führt dazu, daß in der Unternehmensführung immer zuerst nach der Zuständigkeit und nach der Kompetenz gefragt wird, als nach der eigentlichen Verwaltungsaufgabe, wie: Was kann und soll für die Gesellschaft und für den Bürger getan werden? Ich glaube, dies ist darauf zurückzuführen, daß sich das Verwaltungsverfahren hemmend auf die Tätigkeit der Leistungsverwaltung auswirkt. Diesem Übel muß man entgegenwirken. Vielleicht ist in den Referaten auch zu wenig zum Ausdruck gekommen, daß sich letztlich der größte Teil der Verwaltungstätigkeit eben nicht im Rahmen des Verwaltungsverfahrens abspielt, sondern in der

vorausschauenden Planung, in der Vorbereitung von Erlassen, in der Unternehmensführung usw.

Und schließlich das vierte Problem, auf das ich hinweisen möchte: Herr *Schneider* beurteilt das Verfahren aufgrund der Grundrechtseingriffe. Ich würde einen Unterschied machen zwischen solchen Verfahren, die vom Bürger eingeleitet werden und solchen Verfahren, die die Verwaltung von sich aus einleitet. Wenn der Bürger ein Verfahren einleitet, weil er auf eine Baugenehmigung oder einen Förderungsbeitrag angewiesen ist, dann ist er letztlich auch darauf angewiesen, daß die Verwaltung schnell und effizient handelt. Wenn die Verwaltung von sich aus eingreift, liegt es in ihrem eigenen Interesse, möglichst schnell zu handeln, denn sie möchte zu einem Entscheid kommen. Aber die Verwaltungseffizienz – unsere Verwaltungseffizienz – leidet hier vor allem darunter, daß solche Verfahren, die von den Bürgern, die auf einen schnellen Entscheid, z. B. eine Subvention, angewiesen sind, eingeleitet werden, in die Länge gezogen werden.

Trzaskalik: Herr Vorsitzender, verehrte Kollegen, ich möchte einige Anmerkungen mehr aus der Sicht des Steuerrechts machen, das heute ja dankenswerterweise auch von beiden Referenten angesprochen wurde.

Erster Punkt: Es scheint sehr weitgehende Einigkeit hier im Raum zu herrschen, daß wir mehr bereichsspezifisches Verwaltungsverfahrensrecht haben sollen. Das verwundert mich eigentlich sehr. Ich denke an den Juristentag 1982, da wurde gerade wieder für die Vereinheitlichung, z. B. der Prozeßordnungen, plädiert. Von daher ist, so meine ich, mit der Alternative: mehr bereichsspezifisches Verwaltungsverfahrensrecht oder mehr vereinheitlichtes Recht überhaupt nichts gewonnen. Nur ein Beispiel aus dem Verfahrensrecht: Abgabenordnung und Verwaltungsverfahrensgesetz sind angeglichen. Das beschert uns im Beteiligtenbegriff der AO den öffentlich-rechtlichen Vertrag, obwohl Steuerrechtler den öffentlich-rechtlichen Vertrag ablehnen. Solche Unstimmigkeiten kommen heraus, lassen sich auch vermeiden. Daran würde sich aber nicht allein deshalb etwas ändern, wenn man mehr sektoral regelt.

Nächster Punkt: Verwaltungsverfahren – Gerichtsverfahren – unterschiedliche Funktionen. Ich habe mit Freude von beiden Referenten vernommen, daß das Verwaltungsverfahren heute doch offenbar nicht mehr Rechtsschutzfunktion hat oder sehr wenig – das hat mir nämlich Herr *Bachof* einmal vor langem als grobe verfassungsrechtliche Unkenntnis angekrei-

det. Heute ist das aber doch offenbar wieder in Mode gekommen. Ich sehe allerdings die Akzentuierung anders. Herr Wahl, Sie sagen das so: Im Verwaltungsverfahren wird mehr gestaltet, die Gerichte kontrollieren nachträglich. Das stimmt für den Bereich des Steuerrechts sicherlich nicht. Da werden gute „Geschäfte“ geschlossen zwischen dem Bundesfinanzhof und den Ministerien, etwa in der Form, daß man von vornherein weiß, welche Fälle kritisch werden. Dann erläßt man Verwaltungsvorschriften und Verwaltungsakte in Form von Vorbehaltsfestsetzungen. Man wartet, bis möglichst schnell der Bundesfinanzhof sich mit dem jeweiligen Erlaß beschäftigt. Wenn die Sache dann der Verwaltung nicht paßt, gibt man u. U. über einen Nichtanwendungserlaß dem BFH die Möglichkeit, erneut darüber nachzudenken. Das ist ein sehr subtiles, nicht geregeltes Geschäft, aber da wird sicherlich gemeinsam gestaltet. Da bin ich ganz, ganz sicher.

Nächster Punkt, vielleicht nur eine Kleinigkeit: Mich wundert, daß Sie offenbar Verwaltungsverfahrensrecht unterschiedlicher Art haben wollen, gebundene Entscheidungen und Ermessensentscheidungen. Herr Wahl, Sie haben den § 46 VwVfG für gebundene Entscheidungen ausdrücklich akzeptiert. Mich verblüfft das, wenn wir einmal daran denken, daß wir den Strafprozeß haben, und im Strafprozeß ist man ja mit Verfahrensfehlern sehr rigide und das aus guten Gründen. Dort hat man die Differenzierungen nicht. Ich will Ihnen ein Beispiel aus dem Steuerrecht dafür bringen, warum wir nicht nach dem Motto leben können: ist die Entscheidung richtig, zählt das Verfahren nicht. Nehmen wir einmal an, Sie hätten unter Ihren Bekannten einen Inspektor, dem Sie abends bei einem Glas Bier erzählen, daß Sie, wie jeder zweite Deutsche, Ihre Zinsen bei der Steuer nicht angeben, weil Sie den Bankenerlaß kennen, und nehmen Sie an, Sie verkrachen sich mit dem Menschen. Daß der Inspektor diese private Kenntnis sofort ausnutzen kann, um das Besteuerungsverfahren einzuleiten, ist ja nach Ihrer These überhaupt nicht schädlich. Oder treiben Sie es noch weiter: Sie können die perfidesten Ermittlungsarten nehmen. Wenn das Ergebnis stimmt, d. h. die Finanzverwaltung fündig wird, müssen Sie es immer akzeptieren, weil Sie sagen: unerheblich, und die Besteuerung beruht im wesentlichen auf gebundenen Entscheidungen. Von daher, so meine ich, hat Herr Pietzcker recht, daß man bestimmte Verfahrensverstöße auch im Bereich der gebundenen Verwaltung sanktionieren muß. Wir operieren im Steuerrecht gerade deshalb mit Verwertungsverboten, die uns sehr am Herzen liegen.

Letzter Punkt: das spezifisch steuerrechtliche Massenverfahren, wobei ich meine, man sollte präziser von einer Masse von Verfahren sprechen. Das Massenverfahren – da bin ich anderer Meinung als Herr *Isensee* – ist im Steuerrecht eine Masse von Verfahren. Herr *Wahl*, Sie haben sich beklagt über die vielfältigen Typisierungen, daß zu wenig auf das Individuum geachtet wird, u. ä. Das ist richtig. Nur müssen Sie eins berücksichtigen. Es geht im Steuerrecht nicht nur um die Masse, sondern um die Gleichheit. Wir sind sogar in diesem Punkt – gleiche Belastung, gleiche Besteuerung – sehr sensibel, viel sensibler eigentlich als in der Frage: Werden meine Steuern richtig festgesetzt? Ob man weniger oder mehr zahlt als der andere, interessiert komischerweise oder vielleicht aus verständlichen Gründen den Bürger viel mehr als die Frage, ob man selbst zu Recht zahlen muß. Und wenn Sie das haben, Massenverfahren plus Streben nach Gleichbehandlung plus halbwegs effizientes Verfahren, dann müssen sie pauschalisieren, und das Problem ist nur, da möchte ich Herrn *Pietzcker* zustimmen und auch Herrn *Badura*: Die hausgemachten Pauschalierungen der Verwaltung funktionieren nur deshalb, weil sie im Schnitt für den Steuerpflichtigen günstig sind. Daß damit das Gesetz vom Tisch ist, darüber muß man sich im klaren sein, und deshalb meine ich, gibt es nur zwei Lösungen: Entweder man sagt, man will ein schnelles Verfahren, dann heißt das aber auch, daß hart pauschaliert wird. Ich will ein Beispiel bringen, das Sie alle betrifft. Dann werden etwa Fahrtkosten zu Tagungen u. dgl. generell aus den Werbungskosten ausgeklammert. Damit haben Sie etwa 50 % der Finanzgerichtsprozesse schon vom Hals. Ob man das will, ist eine andere Sache. Will man mehr individuelle Gerechtigkeit, wird das Verfahren ineffizient. Jedenfalls müßten die Typisierungen und Pauschalierungen vom Gesetzgeber vorgenommen werden, da bin ich ganz der Meinung von Herrn *Badura*.

Allerletzter Punkt: Im Verfahrensrecht liegen die Schwierigkeiten m. E. auf anderer Ebene. Sie haben beide das Verwaltungsverfahren unter dem Gesichtspunkt gesehen: Rechtsschutz richtet sich gegen die Verwaltung, die möglicherweise Rechte des Bürgers verletzt. Das ist nicht die Problematik, zumindest nicht im Bereich der Steuerverwaltung. Da sehen die Dinge anders aus. Nach der Abgabenordnung soll jeder Steuerpflichtige alle für die Besteuerung relevanten Daten vollständig und korrekt angeben. Es weiß jedermann, daß dies nicht getan wird. Wenn das aber – der Grundsatz für unser Verfahrensrecht in der Abgabenordnung – nicht mehr stimmt, wenn die Steuerehrlichkeit fehlt, wenn Erklärungspflichten

nicht erfüllt werden, dann bekommt das Verfahrensrecht zwangsläufig einen ganz anderen Gehalt. Sie dürfen dann nämlich nicht mehr das Verfahrensrecht unter dem Gesichtspunkt konzipieren: Wie schütze ich den Bürger gegen Übergriffe der Verwaltung? Sie müssen es eher dahingehend ausgestalten: Wie sichere ich, daß der Bürger seine Erklärungs-pflichten erfüllt? Wenn Sie sich darum nicht kümmern, dann bekommen wir Ergebnisse wie in den bekannten „GNOFÄ“: Man teilt die Steuerpflichtigen in drei Sorten ein; bei den einen wird kontrolliert, bei anderen nicht und bei noch anderen sehr ernsthaft. Ich danke sehr.

Wilke: Nicht nur das von Herrn *Quaritsch* genannte Asylverfahren und das soeben von Herrn *Trzaskalik* bezeichnete Steuerungsverfahren zeigen, daß allgemeine Sentenzen dann problematisch werden, wenn man sie auf bestimmte Verwaltungsrechtsgebiete anwendet; das gleiche gilt für das in These 18 von Herrn *Wahl* genannte Bauaufsichtsverfahren. Beide Referenten haben sich für sog. sektorale oder bereichsspezifische Verwaltungsverfahrensvorschriften ausgesprochen. Solche sektoralen oder bereichsspezifischen Verwaltungsverfahrensvorschriften gibt es im Bauordnungsrecht schon, allerdings kann man nicht sagen, daß der dadurch herbeigeführte Rechtszustand befriedigend ist. Denn die Verfahrensregelungen in den Bauordnungen lassen, was die Beteiligung Dritter anbelangt, eine sehr enge Einstellung erkennen. Als Dritte werden im wesentlichen nur unmittelbare Nachbarn im Wege der Anhörung herangezogen, und zwar nur dann, wenn es um die Befreiung von nachbarschützenden Vorschriften geht. Im übrigen werden also Dritte ausgeschlossen. Deshalb ist es nicht zutreffend, daß das Baugenehmigungsverfahren als ein dreipoliges Verfahren zu bezeichnen ist. Es ist nach den Bauordnungen im wesentlichen ein zweipoliges Verfahren. Es schließt Betroffene weitgehend aus. Die viel weiter reichenden Beteiligungs- und Anhörungsrechte nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz gelten entweder für das Bauaufsichtsrecht nicht oder werden von den Bauaufsichtsbehörden nicht praktiziert.

Daß dieser Rechtszustand, der sicherlich sektoral und bereichsspezifisch ist, rechtsstaatlich erfreulich ist, kann man nicht behaupten, zumal es zu folgender Komplikation kommt: Der Verwaltungsrechtsschutz geht sehr viel weiter über die Beteiligung am Verwaltungsverfahren hinaus. Nachbarklagen sind ja keineswegs nur dann zulässig und gegebenenfalls begründet, wenn es um die Anfechtung von Befreiungen von

nachbarschützenden Vorschriften geht, sondern man kann jeden Eingriff in drittschützende Normen mit der Nachbarklage anfechten, man kann darüber hinaus auch die Nachbarklage unmittelbar auf Art. 14 GG stützen, und wenn man den Worten des Bundesverwaltungsgerichts glaubt, kann man sogar unter bestimmten Voraussetzungen eine Nachbarklage wegen Verletzung des richterrechtlichen Gebots der Rücksichtnahme in die Wege leiten. Alle diese Kläger, die gegebenenfalls sogar den Wegfall der Baugenehmigung bewirken können, sind am bauaufsichtlichen Genehmigungsverfahren nicht beteiligt. Diesen Rechtszustand bezeichnet Herr *Wahl* in These 18 als rechtsschutzmindernd und nicht effizient. Sein Vorschlag ist der: Erweiterung des Kreises der Beteiligten auf den Kreis, der nach der Rechtsprechung im Baunachbarprozeß klagebefugt ist. Das mag rechtsstaatlich sehr erwägenswert sein. Daß die Vermehrung der bauaufsichtlichen Verfahrensbeteiligten zu größerer Effizienz führt, wird man jedoch nicht sagen können, im Gegenteil, im Interesse vermehrten Rechtsschutzes wird das bauaufsichtliche Verfahren sehr viel weniger effizient. Da die Masse der bauaufsichtlichen Genehmigungsverfahren sich auf Ein- oder Zweifamilienhäuser und Mietshäuser bezieht, würde eine personelle Aufblähung auch solcher bauaufsichtlicher Verfahren stattfinden. Am Genehmigungsverfahren hinsichtlich eines Einfamilienhauses wäre die ganze Nachbarschaft beteiligt – eine Vision, die nicht jedermann erfreuen wird.

Zur Herbeiführung dieser rechtsstaatlich möglicherweise gebotenen Konsequenz bedarf es im übrigen keiner großen Anstrengung des Gesetzgebers. Es wäre ein leichtes, den Bauaufsichtsbehörden die Anwendung des § 13 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vorzuschreiben. Es bedarf also keiner umfänglichen gesetzgeberischen Bemühungen; die Rechtslage läßt sich mit Hilfe der Kodifikation lösen. Davor zu warnen ist, allzu viele sektorale oder bereichsspezifische Regelungen vorzusehen. Der Rückgriff auf die Kodifikation des Verwaltungsverfahrensgesetzes ist rechtsstaatlicher als die Technik, in undurchsichtigen Bauordnungen, die dem Gros der Juristen verschlossen sind, der Behörde die Möglichkeit zu geben, sich den rechtsstaatlichen Anforderungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes zu entziehen.

Bettermann: Ich möchte nicht zu Grundsatzfragen sprechen, sondern einige praktische Bemerkungen machen. Herr *Pietzcker* hat beanstandet, daß das Bundesverwaltungsgericht die Untersuchungsmaxime entschärfe und sage, daß die Ver-

waltung und später das Verwaltungsgericht, trotz der gesetzlich verankerten Untersuchungspflicht, nur Dingen nachzugehen habe, die sich ihm aufdrängen, und nicht entfernte Möglichkeiten oder gar alle Möglichkeiten eines Sachverhalts aufzuklären habe. Es nimmt eine Mitwirkungslast der Verfahrensbeteiligten an, und zwar je nach Art des Verwaltungsverfahrens eine mehr oder weniger große Mitwirkungslast. Ich meine, daß das nicht zu beanstanden, sondern eine vernünftige Praxis ist, die auf effizientes Verwaltungsverfahren ausgerichtet ist. Im Steuerrecht ist das eklatant. Herr *Trzaskalik* hat mit Recht darauf hingewiesen, daß im Regelfall die Besteuerung allein aufgrund der Angaben des Steuerpflichtigen anhand der Formulare erfolgt. Es werden die Angaben nicht nachgeprüft. Keineswegs muß jeder Posten der Steuererklärung belegt werden. Bestimmte Dinge müssen belegt werden, andere Dinge werden einem so abgenommen. Das Korrektiv liegt darin, daß die Veranlagung vorläufig erfolgt.

Meines Erachtens müßte, wenn wir über Effizienz und Rechtsstaatlichkeit von Verwaltungsverfahren nachdenken, die Figur der vorläufigen Regelung berücksichtigt werden. Genau, wie wir im gerichtlichen Verfahren heute in immer zunehmendem Maße summarische Prozesse kennen: ein Teil von Prozessen wird ja gar nicht mehr im ordentlichen Verfahren, sondern nur noch im summarischen Verfahren – einstweilige Verfügung, einstweilige Anordnung, Verfahren nach 80 V der Verwaltungsgerichtsordnung – ausgetragen. Das ist auf die aktive Verwaltung zu übertragen. Es ist darüber nachzudenken, in welchem Bereich, zum Beispiel im Steuerrecht, wo das geregelt ist, summarische Verfahren, vorläufige Entscheidungen, ermöglicht werden, die dann – Zeit gewonnen – in einem ruhigen Überprüfungsverfahren oder im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nachgeprüft werden.

Es ist mir in beiden Referaten zu wenig Instrumentarium entwickelt worden, wenn ich eine kritische Bemerkung machen darf. Insbesondere hätte das Institut der Beweislast und der Beweisführungslast angeführt werden müssen. Herr *Pietzcker*, ich bin nicht der Meinung, daß der Mißbrauch in den Asylverfahren, die wir alle kennen, nicht die Ermittlungspflicht der Behörde erleichtere, sondern es müsse in jedem Einzelfalle bewiesen werden, daß ein Mißbrauch vorliegt. Nein, wenn die Vermutung für Mißbrauch spricht, wenn die Regelfälle Mißbrauchsfälle sind, dann kehrt sich die Beweislast um. Dann ist es Sache des Antragstellers zu beweisen, daß sein Fall kein Mißbrauchsfall ist, sondern daß er einer von den weißen Raben ist, von den fünf Prozent aussichtsreicher oder

wenigstens vertretbarer Asylgesuche. Wir haben – vor fünfzehn oder gar siebzehn Jahren – auf dem Juristentag über die Frage: Beweislast und Beweisführungslast im Verwaltungsprozeß? geredet. Das ist leider alles untergegangen. Ich meine, daß mit dem Instrument gesetzlicher oder auch richterrechtlicher Regelungen der Beweislastumkehr und des prima facie-Beweises eine Menge ausgerichtet werden kann, um die Verwaltungsverfahren zügiger und effektiver, aber auch gerechter zu gestalten; denn in der Verteilung der Beweislast liegt eine große Kunst richtigen Interessenausgleiches.

Zweite Bemerkung: zu § 46 VwVfG – Herr *Pietzcker* hat einerseits gemeint, die Unterscheidung nach gebundenem Verwaltungsakt und Ermessensverwaltungsakt sei unzutreffend oder nicht die richtige Scheidelinie, weil das mit der allein richtigen Entscheidung ja eine Fiktion sei. Andererseits akzeptiert er den § 46, rügt aber das Fehlen absoluter Verfahrensmängel, was ich begrüße. Es ist mir unerfindlich, daß der Gesetzgeber das Problem nicht gesehen hat, das wir aus den absoluten Revisionsgründen des Prozeßrechts kennen. Die müssen auch hier herein, wobei zu fragen ist: Welche Fehler sind absolute Revisionsgründe? Das kann nur der Gesetzgeber beantworten. Dagegen ist der Umkehrschluß aus § 46, daß nun bei allen Ermessensakten jeder Verfahrensfehler zur Aufhebung führen müsse, schon im Wege der Interpretation zu beseitigen. Selbstverständlich muß es sich um einen entscheidungskausalen Mangel handeln.

Was die Abscheidung angeht: gebundener Verwaltungsakt oder nicht, so ist m. E. der Kern nicht der: Ist er nun wirklich so total gebunden oder gibt es mehrere richtige Entscheidungen? Die Frage ist vielmehr: Ist der Fall von einem Verwaltungsgericht voll durchentscheidbar? Darauf kommt es an: auf die Entscheidungskompetenz des Verwaltungsgerichts. Wenn der Fall vom Verwaltungsgericht hundertprozentig entscheidbar ist, dann ist § 46 anwendbar; wenn aber da ein Rest ist, an den das Verwaltungsgericht nicht herankann, wenn es also den Fall nicht in vollem Umfang zu sich heraufziehen kann, dann muß der Verfahrensfehler zur Aufhebung führen, wenn er möglicherweise die Richtigkeit der Entscheidung beeinflußt hat oder beeinflußt haben kann. Die volle Entscheidungsgewalt des Verwaltungsgerichts, daß es den Fall durchentscheidet, haben wir nicht nur bei der Verpflichtungsklage, sondern genauso bei der Anfechtungsklage immer dann, wenn es sich um gebundene Verwaltungsakte handelt. Auch da – ich habe das früher falsch gesehen – findet die Kontrolle der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes in der Form statt, daß neu ent-

schieden werden muß und das Verwaltungsgericht die von ihm gefundene Entscheidung vergleicht mit der Entscheidung der Verwaltungsbehörde. Wenn sie übereinstimmen, wird die Anfechtungsklage abgewiesen; wenn sie nicht übereinstimmen, wird der Verwaltungsakt entweder aufgehoben oder unter gewissen Voraussetzungen geändert. Das ist genau wie bei der Berufung im Prozeß – aber immer nur bei gebundenen Verwaltungsakten.

Meyer: Herr *Bettermann*, die Auffassung, die Sie und wie es scheint, auch die beiden Referenten von der Funktion des Verwaltungsprozesses haben, ist, glaube ich, irrig. Für Sie ist der Verwaltungsprozeß die Fortsetzung des Verwaltungsverfahrens mit anderen Mitteln. Für mich hat der Verwaltungsprozeß die Kontrolle eines Verwaltungsverfahrens zu leisten. Das ist ein großer Unterschied. Bei beiden Referaten sehe ich einen Widerspruch zwischen dem allgemeinen Teil, in dem das Verwaltungsverfahren, meines Erachtens zu Recht, eigenständig begründet ist, und dem besonderen Teil, in dem die Konsequenzen daraus nicht gezogen werden, vielmehr gesagt wird, das Verwaltungsverfahren habe eine rein dienende Funktion, bei den Richtern sei die Entscheidung viel besser aufgehoben als bei den Verwaltungsbeamten, und wenn die Gerichtsbarkeit das Verfahren auf Klage sozusagen an sich ziehen kann, dann seien alle Verfahrensfehler geheilt. Darin sehe ich ein völlig falsches Verständnis des Verwaltungsverfahrens. Der Bürger hat Anspruch darauf, seine Verwaltungsentscheidung in einem rechtmäßigen Verfahren zu erhalten, und dieses Recht wird verletzt, wenn ein Verfahrensfehler – jetzt würde ich allerdings einschränken – gravierender Art vorkommt.

Mit Ihrer Billigung, Herr Vorsitzender, schließe ich zur Verkürzung meine „normale“ Wortmeldung an: An den derzeitigen Gesetzen ist einiges zu ändern. Ich warne aber davor, über die Schwierigkeiten der Großverfahren unser Verfahrensrecht insgesamt zu zerstören. Das ist die eigentliche Gefahr. Die Großverfahren sollten durch den Gesetzgeber anders geregelt werden. Die §§ 72 ff. VwVfG sind wirklich nicht in Ordnung; sie sollten geändert werden. Der § 46 VwVfG sollte, was die „absoluten“ Aufhebungsgründe angeht, im Sinne von Herrn *Pietzcker* geändert werden; das Verwaltungsverfahren im Sozialrecht sieht im übrigen schon den absoluten Aufhebungsgrund bei Anhörungsfehlern vor, und kein Bürger wird die unterschiedliche Bedeutung von Anhörungsfehlern verstehen können. Ich widerspreche aber dem Versuch, die Kausalitätsprüfung in den § 46 VwVfG hineinzuninterpretieren. Wissen

Sie, Herr *Bettermann*, wozu das führt? Die Gerichte überlegen, wie wollen wir denn in der Sache entscheiden, und bemessen danach ihre Einstellung zur Kausalität. Was würde in den Großverfahren passieren? Im bayerischen Erding z. B. ist das teuerste Moor gekauft worden, bevor sicher war, ob dort ein Flughafen gebaut werden wird. Welche Verfahrensfehler auch vorgekommen sind, die Verwaltung wird immer mit einem gewissen Recht sagen: Wir würden nie von Erding als Standortentscheidung abgewichen sein. Ob der zuständige Minister und dazu noch der zuständige Abteilungsleiter für den Luftverkehr im Aufsichtsrat des Antragstellers gesessen hat, das spielt dann überhaupt keine Rolle mehr. Das heißt, wenn Sie die Kausalitätsfrage gegen den Wortlaut in § 46 VwVfG hineininterpretieren, sprechen Sie der Gerichtsbarkeit ein Gerichtsermessen zu, das sie nach unserem Prozeßrecht nicht hat und aus verfassungspolitischen Gründen auch nicht haben sollte.

Bettermann: Ich möchte klarstellen, Herr *Meyer*, daß diese Kausalitätsprüfung nur bei Ermessensentscheidungen erfolgt. Ich will den § 46 VwVfG ja nicht einschränken. Er regelt die Frage der Anfechtbarkeit und Aufhebbarkeit bei gebundenen Verwaltungsakten. Was bei Ermessensakten ist, sagt er nicht. Da kann ich einen Umkehrschluß ziehen. Es genügt jedenfalls nicht zu sagen, die Entscheidung ist ja materiell richtig. Aber deswegen kann doch die Kausalitätsprüfung einsetzen. Daß sie unmöglich sei oder zu beliebigen Ausflüchten der Verwaltung führe, ist nicht richtig; diese Kausalitätsprüfung ist ja nicht neu, sondern im Gerichtsverfahren, im Revisionsverfahren, ist sie tägliches Brot: Die Entscheidung muß auf der Gesetzesverletzung beruhen, und dafür ist nicht beweispflichtig der Revisionsführer, sondern es genügt, daß sie darauf beruhen kann. Es ist Sache der Behörde, nachzuweisen, daß eine Kausalität nicht möglich ist. Ob die Möglichkeit besteht, ist keine Glaubensfrage; das ist vielmehr eine Frage, ob Sie an die Redlichkeit der Verwaltungsgerichte glauben. Wenn Sie die nicht unterstellen, können wir unsere Diskussion abbrechen.

Mußnug: Auch ich möchte – wie Herr *Meyer* – für eine dezidierte Beachtung der allein kassatorisch-kontrollierenden Funktion des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens plädieren. Denn ich halte es für einen Mißstand, daß das behördliche Verwaltungsverfahren neuerdings allzu oft vor den Verwaltungsgerichten einfach unverändert weitergetrieben wird, so, als sei der verwaltungsgerichtliche Prozeß nicht ein Krieg mit anderen Mitteln, sondern lediglich ein solcher auf einem ande-

ren Schlachtfeld. Diese Beobachtung ist nicht nur bei den Großverfahren zu machen. Meine nebenamtlichen Erfahrungen, die ich ebenso wie Herr *Bullinger* beim VGH Mannheim sammle, beziehen sich vor allem auf Prozesse um Fahrerlaubnisse, also vorwiegend auf ausgesprochene „Kleinverfahren“. Auch bei ihnen wird fortwährend versucht, das Verwaltungsverfahren in toto neu aufzurollen. Die Verkehrsbehörden leisten dem dadurch Vorschub, daß sie ihre Ermittlungen über den Sachverhalt nicht immer gründlich und präzise genug betreiben und das auch gar nicht können. Die Schuld daran trägt zum einen natürlich ihre übermäßig hohe Arbeitslast. Zum anderen ist aber auch das VwVfG dafür verantwortlich, weil es die Verwaltungsbehörden allzu unzulänglich mit den Befugnissen ausgestattet hat, die sie zur Sachverhaltsaufklärung benötigen. In diesem Punkt bleibt das VwVfG auffällig weit hinter der Abgabenordnung zurück. Die Abgabenordnung ermächtigt die Finanzämter zur Zeugenvernehmung, zur Aussageerzwingung und sogar zur Abnahme von Eiden und eidesstattlichen Versicherungen. Die Verwaltungsbehörden indessen dürfen Zeugen nur vorladen, können sie aber nicht zur Aussage zwingen. Wird ein Sachverständigengutachten benötigt, so müssen sie die Auswahl des Sachverständigen in aller Regel den Betroffenen überlassen. Gutachtaufträge an Sachverständige ihrer Wahl sind den Behörden zwar nicht verboten. Aber sie scheitern meist an der Kostenfrage. Soweit Haushaltsmittel überhaupt zur Verfügung stehen, sind sie rasch erschöpft, weil die Behörden mit ihren Sachverständigen nicht nach dem Gesetz über die Entschädigung der Sachverständigen im gerichtlichen Verfahren abrechnen können. Deshalb ergehen viele Verwaltungsakte aufgrund höchst oberflächlicher Tatsachenermittlungen mehr oder weniger „auf gut Glück“. Ob es mit ihnen seine Richtigkeit hat, wird erst im anschließenden gerichtlichen Verfahren ermittelt, wo das Prozeßrecht die im VwVfG grob vernachlässigte Sachverhaltsaufklärung besser regelt.

Ich habe auch bereits mehrfach erlebt, daß ein vom Verwaltungsgericht eingeholtes Sachverständigen-Gutachten zu dem Ergebnis führte, daß dem Kläger die Fahrerlaubnis seinerzeit zwar zu Recht verweigert worden war, daß aber im Laufe des Prozeßverfahrens in seiner Person Veränderungen eingetreten sind, die nunmehr zu ihrer Erteilung zwingen. Die Entscheidung des Verwaltungsgerichts lautet dann: „Der Klage wird stattgegeben; die Kosten des Verfahrens trägt das beklagte Land.“ Zu den Verfahrenskosten gehören – jedenfalls prima facie – auch die Auslagen für das vom Gericht eingeholte

Gutachten. Hätte der Kläger, statt voreilig zu klagen, mit seinem Antrag so lange zugewartet, bis ihm auch im Verwaltungsverfahren hätte stattgegeben werden können, so wären die Gutachtenkosten dagegen eindeutig ihm zur Last gefallen. Die Verwaltungsgerichte finden natürlich Wege, die an diesem ersichtlich unbilligen, die Staatskasse zu Unrecht belastenden Resultat vorbeiführen. Aber es bereitet Mühe, das zu begründen. Das alles zeigt, daß beim Zusammenspiel von Verwaltungs- und Gerichtsverfahren einiges nicht ganz in Ordnung ist.

Ebenfalls nicht ganz in Ordnung ist, daß die Verwaltungsbehörden dem von Herrn *Bettermann* beschworenen „iudex non calculat“ vielfach den Satz hinzufügen „et magistratus non deliberat“. Denn die Verwaltungsbehörden verhandeln gerade in Kleinverfahren höchst ungern mit den Betroffenen und würdigen auch ihre schriftlichen Eingaben vielfach nicht gründlich genug. Auch das verschafft den Verwaltungsgerichten Arbeit. Sie müssen das Rechtsgespräch mit dem Bürger führen, das eigentlich schon von der Verwaltungsbehörde hätte geführt werden müssen, die es jedoch dadurch umgeht, daß sie auf schriftlichen Eingaben besteht, für die computergerechte Formulare zu verwenden sind, die noch nicht einmal dem schreibgewandten Bürger Raum zur umfassenden Schilderung seines Anliegens lassen. Solange sich das nicht grundlegend ändert, werden die Verwaltungsgerichte weiterhin dem Gewaltenteilungsprinzip zuwider unvollständig betriebene Verwaltungsverfahren zu Ende führen müssen, anstatt sich auf die Kontrolle ihres Ergebnisses beschränken zu können.

Gestatten Sie mir noch eine Bemerkung zu Herrn *Pietzckers* These 13. Sie fordert die vorsichtige Ausdehnung des formalisierten Verwaltungsverfahrens auf das schlichte und auf das privatrechtliche Verwaltungshandeln. Mir scheint hier eher vorsichtige Zurückhaltung geboten zu sein. Denn ich kann mir eine verfahrensmäßige Gestaltung des schlichten Verwaltungshandelns (also eines Handelns ohne Verfahren!) nicht vorstellen. Soll denn der Verkehrspolizist, der den Verkehr stoppt, die betroffenen Fahrzeugführer zuvor anhören, seine „Entscheidung“ begründen und sich der Amtshandlung enthalten müssen, wenn er entdeckt, daß sich unter den Betroffenen auch ein naher Angehöriger befindet, dem gegenüber er nicht tätig werden darf? Auch gegen eine analoge Anwendung des VwVfG auf das privatrechtliche Verwaltungshandeln hege ich schwere Bedenken. Denn das privatrechtliche Verwal-

tungshandeln zeichnet sich gerade dadurch aus, daß über seine Rechtmäßigkeit im Zivilprozeß zu streiten ist, dem das Institut des formalisierten Vorschaltverfahrens unter den Parteien fremd ist. Das Zivilrecht braucht dieses Vorschaltverfahren nicht, weil alle seine „Verfahren“ darauf hinauslaufen, daß die eine Partei die andere zur freien Einwilligung in ihre Angebote und Wünsche überreden muß. Dieses „Verfahren“ endet nicht mit einem einseitig dem Partner auferlegten „Bescheid“. Es führt zur Einigung. Dabei gibt es zwar Verhandlungen, aber kein förmliches Verfahren. Nehmen Sie als Beispiel den Ehevertrag: Solange der Bräutigam die Braut seiner Wahl nicht zum Ja-Wort bewogen hat, können weder er, noch die Braut Verfahrensfehler begehen. Lehnt die Braut den Bräutigam ab, so mögen ihr dabei zwar Abwägungsdefizite unterlaufen, wenn sie z. B. nur seine eher dürftige äußere Erscheinung beachtet, aber sein dafür umso brillanteres Vermögen aus ihren Erwägungen gänzlich ausklammert; wenn sie ihre Verwandtschaft nicht am Verfahren partizipieren läßt und deren Anregungen in ihre Erwägungen nicht miteinbezieht, wenn sie sich durch Absprachen mit einem anderen bereits auf Verbindungen eingelassen hat etc. Daß es auf dies alles zwar im Verwaltungs-, aber nicht im Zivilrecht ankommt, ist der Segen des Zivilrechts. Dieser Segen kommt auch dem privatrechtlichen Verwaltungshandeln zugute. Da es auf die freie Einigung der Verwaltung mit ihrem Partner hinzielt, bedarf es keines Verfahrens. Ein förmliches Verfahren tut nur dort not, wo einseitig hoheitlich gehandelt wird, wo der Bürger also nicht Verhandlungspartner, sondern Adressat eines Verwaltungsakts ist. Soll wirklich über den Ankauf von Kohlen für die Universitäten nach den gleichen Regeln verhandelt werden wie über die Aufstellung eines Bebauungsplans? Ich fürchte, wenn es dahinkommt, werden wir im nächsten Winter zwar mehr „Legitimation durch Verfahren“ haben, aber unsere Kohlen erst im übernächsten Sommer geliefert bekommen.

Auch beim schlichten Verwaltungshandeln bleibt, so meine ich, die Einsehbarkeit wichtiger als seine Bindung an verfahrensrechtliche Förmlichkeiten. Der Befehl des Unteroffiziers gewinnt nicht dadurch an Überzeugungskraft, daß über ihn zuvor mit denen, die ihn auszuführen haben, in einem Anhörungsverfahren diskutiert und verhandelt wird. Es kommt darauf an, daß der Unteroffizier sich klar und verständlich auszudrücken versteht und daß er seinen Untergebenen die sichere Gewißheit zu vermitteln vermag, daß seine Befehle stets wohlüberlegt, begründet und sinnvoll sind. Autorität muß nicht zum autoritären Handeln führen. Allzu komplizierte

und in Wahrheit nicht erforderliche Verfahrensregeln aber führen mit Sicherheit dazu, daß die natürliche Autorität des schlichten Verwaltungshandelns ohne Not in Frage gestellt, zerredet wird.

Vorsitzender: Danke schön, Herr *Mußgnug*. Ich darf nun den Herren Referenten Gelegenheit geben, in einem Zwischenwort auf die bisherige Diskussion einzugehen. Bitte, Herr *Wahl*.

Wahl: Ich darf zunächst bei den grundsätzlichen grundrechtlichen Fragen ansetzen. Herr *Badura* und Herr *Ossenbühl* haben, wenn ich recht sehe, beide ein Plädoyer dafür gehalten, daß das Verwaltungshandeln wieder mehr der Vollzug von Gesetzen ist und sein kann, und daß es nicht zu häufig auf den unmittelbaren Durchgriff auf die Verfassung angewiesen ist. Dies trifft sich genau mit meiner Position, wobei es dann aber wesentlich darauf ankommt – und dies ist nochmals ein Plädoyer für das bereichsspezifische Verfahrensrecht –, daß in den Rechtsvorschriften die Zielkonflikte so weit wie möglich durch ausdrückliche Regelungen abgearbeitet werden und daß man nicht im Übermaß zum verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgebot greifen muß. Ich weiß natürlich, daß der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz seinen unbestreitbaren und wichtigen Anwendungsbereich bei der Feineinpassung von konkreten (Ausnahme-)Sachverhalten in das generelle Recht hat. Ich halte es aber für verfehlt, mit dem nicht weiter konturierten Verhältnismäßigkeitsgebot grundsätzliche Differenzierungen zwischen den sehr unterschiedlichen Verwaltungsbereichen herbeiführen zu wollen, anstatt diese notwendigen Differenzierungen durch bereichsspezifisches Recht zu treffen. Dabei muß dieses bereichsspezifische Verfahrensrecht – und das möchte ich hervorheben – nicht notwendigerweise Gesetzesrecht sein; Differenzierungen können auch ebenso angemessen durch eine Verwaltungsvorschrift getroffen werden. Eine solche Verwaltungsvorschrift könnte z. B. für die Anwendung eines konkreten Verwaltungsgesetzes in der Form eines Einführungserlasses im einzelnen darlegen, welche von den fünf Ausnahmetatbeständen bei der Anhörungspflicht des § 28 VwVfG für das konkrete Rechtsgebiet *nicht* einschlägig sind, damit nicht jeder Verwaltungsinspektor oder -angestellte sich dies immer wieder selbst überlegen muß – und dann vermutlich immer wieder zu unrichtigen Ergebnissen kommt. Es geht mir also – wie in den Stellungnahmen von Herrn *Badura* und Herrn *Ossenbühl* – um die Verminderung der Notwendigkeit des unmittelbaren Rückgriffs auf die Verfassung durch ausdrückliche und deutlichere Regelungen.

Wenn ich beim Stichwort des von mir postulierten besonderen und sektoralen Verwaltungsverfahrenrechts bin, dann darf ich kurz auf die diesem Punkt gewidmeten Beiträge eingehen. Herr Wilke, was Sie für das *Baugenehmigungsverfahren* dargelegt und gefordert haben, deckt sich wohl mit meiner in Leitsatz 18 angedeuteten, im Referat aber nicht ausgeführten Auffassung. Das Verwaltungsverfahren nach den Landesbauordnungen denkt derzeit beim Nachbarbegriff noch bauplanungsrechtlich eng und meint meist nur dem sog. Angrenzer. Die Verwaltungsgerichte denken und urteilen darüber hinaus bauordnungsrechtlich weit. Im Bauplanungsrecht haben wir uns gemäß der vorherrschenden Gerichtsorientierung des Verwaltungsrechtsdenkens daran gewöhnt, daß der Nachbarbegriff im bauplanungsrechtlichen Sinne recht weit gefaßt ist; die Konsequenz für das Baugenehmigungsverfahren, nämlich die Beteiligung bzw. die Beteiligungsmöglichkeit für diese künftig klagebefugten Dritten wird jedoch nicht ausdrücklich gezogen. Für die Beteiligung(smöglichkeit) aller ‚Nachbarn‘ im Baugenehmigungsverfahren zu sorgen, bedeutet nun keineswegs, diese Verfahren unangemessen aufzublähen. Es gibt schon in einigen der geltenden Landesbauordnungen die Möglichkeit, daß ein Nachbar dann im Verfahren nicht förmlich beteiligt werden muß, wenn er den Bauantrag mitunterschieden hat, wenn sich also der Bauherr vorher selbst um die Abstimmung mit dem Nachbarn bemüht und damit seinen Beitrag zur Erleichterung des Verfahrens geleistet hat.

Beim *Asylverfahren* möchte ich den Ausführungen von Herrn Pietzcker zustimmen. Ich möchte zudem pointiert sagen, daß der Begriff des Mißbrauchs ein ungewöhnlich problematischer Begriff ist. Er suggeriert, daß schon zu Beginn des Verfahrens das klar oder evident ist, was erst am Ende des Verfahrens deutlich sein kann. Wenn von einem Anteil von 95% mißbräuchlicher Asylanträge gesprochen wird, dann wird damit von einem in der ex-post-Betrachtung vielleicht statistisch faßbaren Ergebnis gesprochen. Vor dem einzelnen Verwaltungsbeamten steht aber nicht jedesmal ein Antragsteller, der schon zu 95% des Mißbrauchs überführt ist, sondern es steht ein Einzelfall zur Entscheidung, der nicht durch die Nennung von Prozentzahlen statistisch verrechnet werden darf. Mißbrauch ist nichts anderes als ein Fall des Nichtvorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen des Asylantrags; die Annahme eines Mißbrauchs ist deshalb verfahrensabhängig. Für den einzelnen Fall und damit für den einzelnen Menschen muß das Verfahren ausreichenden rechtswahrenden Schutz bieten, auch das Verfahren, das mit der Feststellung des Mißbrauchs des Asylrechts enden könnte.

Zu dem – für mich neuen – Gedanken von Herrn *Quaritsch*, die gesamten Asylentscheidungen von vornherein auf die Verwaltungsgerichte zu verlagern, möchte ich hier nicht spontan Stellung nehmen, weil dieser von der gesamten gegenwärtigen Rechtslage abweichende Vorschlag eine ganze Fülle von Fragen und Problemen aufwirft. Bei der bestehenden Rechtslage, die von der primären Entscheidungszuständigkeit der Verwaltungsbehörde ausgeht, kann es jedoch nicht dem prinzipiellen Verhältnis zwischen dem Verwaltungsverfahren und dem Gerichtsverfahren entsprechen, wenn vor der Behörde regelmäßig nicht angehört wird, wie es im Asylverfahren jedenfalls in einer Zwischenzeit bis zur Asylrechtsnovelle 1982 der Fall war.

Zum *Steuerverfahren*: Herr *Trzaskalik*, vielleicht habe ich mich insoweit undeutlich ausgedrückt: Die typisierende Betrachtung im Steuerrecht habe ich ausdrücklich bejaht und dies sogar in Abweichung gegenüber den häufig ablehnenden Stellungnahmen im steuerrechtlichen Schrifttum, die legitimen Effizienzgesichtspunkten zu wenig Rechnung tragen.

Meine letzte Bemerkung in diesem Zwischenwort betrifft Fragen des § 46 VwVfG. Für mich ist die entscheidende und weichenstellende Frage in diesem Zusammenhang die nach den Befugnissen der Verwaltungsgerichte zum ‚Durchentscheiden‘. Mir scheint, daß dieses Problem, z. B. auf dem vergangenen Juristentag im September in seiner Tragweite nicht richtig erkannt worden ist. Zum Teil hat man dort Auflockerungen dieser Pflicht zum Durchentscheiden mit der Begründung verworfen, daß dann entscheidungsschwache Richter zu häufig die Möglichkeit ausnützen würden, einen schwierigen Fall an die Verwaltung zurückzugeben – ein an der Peripherie des Problems liegender Gesichtspunkt. Die entscheidende Weichenstellung, die aus dem Prinzip von der Pflicht zum Durchentscheiden folgt, besteht darin, daß in den Fällen der sog. gebundenen Verwaltung das Verwaltungsgericht das gerichtliche Verfahren vollständig durchführen muß, also völlig aufklären, untersuchen und selbst anhören muß. Nach dem Verwaltungsverfahren kommt also ein weiteres Verfahren, und zwar das Gerichtsverfahren mit seinen im Vergleich zum Verwaltungsverfahren besseren Garantien. Herr *Meyer*, wenn ich dies so sage, hat das nichts damit zu tun, daß ich hier den eigenständigen Auftrag des Verwaltungsverfahrens relativiere. Die spezifische Konstellation des § 46 VwVfG besteht darin, daß ein konkreter Einzelfall jetzt vor dem Verwaltungsgericht angelangt ist. Angesichts der Pflicht des Verwaltungsgerichts, alles Notwendige selbst aufzuklären, geht es jetzt nicht mehr darum, was im Verwaltungsverfahren, möglicherweise fehler-

haft, geschehen ist. Für den konkreten Einzelfall kann in der Konstellation des § 46 VwVfG überhaupt nichts mehr Nachteiliges daraus entstehen, daß im Verwaltungsverfahren ein Fehler aufgetreten ist, weil jetzt das sowieso ‚bessere‘ Gerichtsverfahren folgt.

Worin § 46 VwVfG möglicherweise fatal ist, ist seine Breitenwirkung über den konkreten Einzelfall hinaus, daß nämlich manche Verwaltungsbehörde das Verwaltungsverfahren deswegen nicht ausreichend wichtig nimmt, weil Verfahrensfehler bei Entscheidungen der sog. gebundenen Verwaltung keine Beachtlichkeit vor dem Verwaltungsgericht haben. Natürlich geht durch § 46 VwVfG die edukatorische Funktion, die eine Aufhebung im konkreten Fall auch für andere Fälle hätte, verloren. Auf diese nachteilige Auswirkung habe ich hingewiesen; ich bleibe dabei, daß durchaus mögliche Kritik an diesen Nachteilen Anlaß für rechtspolitische Überlegungen sein kann, daß diese Kritik aber § 46 VwVfG nicht verfassungsrechtlich in Frage stellen kann. Solange wir im materiellen Verwaltungsrecht bei der Doktrin vom unbestimmten Rechtsbegriff mit der Konsequenz der vollen Überprüfbarkeit durch die Gerichte in der einzig-verbindlichen Entscheidung bleiben, so lange hat meiner Meinung nach § 46 VwVfG seine immanente Richtigkeit. Zutreffend ist dann aber auch die aus § 46 VwVfG abzuleitende Umkehrung, daß bei Entscheidungen, bei denen die Behörde einen Beurteilungs- oder Ermessensspielraum hat, allein wegen eines Verfahrensfehlers im Verwaltungsverfahren aufzuheben ist. Daran knüpft sich die letzte Bemerkung, daß mehr als bisher die notwendige Integration zwischen materiellem Recht und Verfahrensrecht deutlich gemacht werden muß: Die materiell-rechtliche Entscheidung für die Annahme eines Beurteilungs- oder Ermessensspielraums hat immer die verfahrensrechtliche Konsequenz, daß das Verwaltungsverfahren in diesen Fällen eine besondere Bedeutung hat und daß deshalb allein wegen eines Fehlers im Verwaltungsverfahren die Entscheidung aufgehoben werden muß.

Pietzcker: Ich darf vielleicht nur die Punkte ansprechen, in denen ich besonders kritisiert worden bin. Für das Asylverfahren, Herr *Bullinger*, sagten Sie, in der Massenverwaltung kann man natürlich nicht mit derselben Gründlichkeit entscheiden wie vor Gericht. Das ist ganz klar. Es geht nur darum, wo ist die Schwelle, bei der wir sagen: Das ist nicht mehr gründlich genug selbst für die Massenverwaltung; und wenn Herr *Isensee* sagt, im Asylrecht sind es Einzelprobleme, gerade dann dürfen

wir das eben nicht zu sehr zur Massenverwaltung werden lassen. Ob man dann fordert, wir schaffen das Verwaltungsverfahren ganz ab und fangen gleich vor Gericht an, ist eine zweite Frage. Aber dann müßten eben 100% der Fälle voll durch das gerichtliche Verfahren, und das würde auch sehr lange dauern. Immerhin ist das eine Alternative, die man überlegen kann. Zu Herrn *Isensee* in diesem Punkt: Natürlich ist hier der Verfahrensgewinn schon der Sachgewinn, jedenfalls zeitweilig, für diese drei Jahre oder wie lange immer. Aber das ist eine Situation, die steckt im Institut der aufschiebenden Wirkung, und wir können sie hier auch nicht durch irgendwelche Mechanismen vermeiden. Ich sehe da keinen Ausweg.

Dann die Grundrechtsrelevanz von Verfahrensregelungen. Zur ersten Frage: Sind Verfahrensregelungen als Grundrechtseingriffe zu verstehen oder nicht? Die These ist natürlich gefährlich, ich habe mir überlegt, ob ich sie so formulieren soll – ich glaube aber, daß sie im Ansatz zutrifft, und ich würde den Ansatz immer noch verteidigen. Wenn ich ein Verfahren zur Verfügung stelle, gleichgültig, ob es um einen Eingriff oder eine Leistung geht, ob also jemand Asyl bekommt oder enteignet wird, dann ist dieses Verfahren nicht ein Eingriff, sondern es kanalisiert die Leistung oder den Eingriff. Deshalb glaube ich auch, daß es hier keine Rolle spielt, ob das Grundrechtsverwirklichung, Grundrechtsentfaltung oder überhaupt erst Voraussetzung des Grundrechtsgenusses ist wie im Asylrecht – ich glaube, in all diesen Fällen steht das Grundrecht dahinter. Bei der Enteignung geht es auch um das Grundrecht – und daß im Verfahren gesichert wird, daß es zur Geltung kommt. Ich möchte das vielleicht parallelisieren mit den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches. Es läßt sich mit den Kategorien Eingriff und Leistung nicht hinreichend fassen, sondern hier wird eben (u. a.) die Institution Eigentum ausgeformt, so daß sie im Rechtsleben wirklich werden kann. So ähnlich würde ich prinzipiell das Verfahren sehen. Natürlich können wir sagen: Diese eine Verfahrensvorschrift, die es etwa dem Grenzbeamten gestatten würde zu sagen: Du bist kein wirklicher Asylant, wir lassen dich nicht einreisen, ist ein Eingriff. Wir können aber genauso gut dahin formulieren, daß eine solche Vorschrift dem grundrechtlichen Garantiegehalt nicht gerecht würde. In diesem Sinne hatte ich das gemeint: Verfahrensregelungen sind nicht als Eingriff zu verstehen.

Die Frage, ob Verfahrensrecht grundrechtsnäher ist als materielles Recht, bejaht Herr *Schneider* für das Asylrecht – ich möchte das bezweifeln. Ob jemand politisch verfolgt ist, ist eine materielle Frage, und die ist mindestens so grundrechtsnah

wie die Frage, ob das Bundesamt entscheiden muß oder die Ausländerbehörde. Ich würde da keinen Unterschied machen.

Zu den Mitwirkungslasten, die Herr *Bettermann* insbesondere angesprochen hat: Ich sehe keinen so großen Gegensatz zwischen Ihrer Position und meiner. Ich sagte, im Steuerrecht sei ein breites Feld für Mitwirkungslasten und für Beweisführungslasten; Herr *Martens* hat das in seiner Schrift ausführlich dargelegt. Dem würde ich weitgehend zustimmen. Mein Punkt, den Sie aufgriffen, betraf das Bauplanungsrecht und die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, in der als abwägungserheblich bei der Bauplanung die Belange bezeichnet wurden, die sich aufdrängen müssen. Ich sagte, das muß man sehr vorsichtig handhaben, das ist gefährlich. Das kann man weit und eng auslegen, und gerade bei der Bauleitplanung ist es in erster Linie die Aufgabe der Behörde, den Sachverhalt aufzuklären und nicht so sehr die Aufgabe der Beteiligten, nun der Behörde alle möglichen Hinweise zu geben; dafür halte ich die Beteiligungsmöglichkeit in der Realität wieder nicht für gewichtig genug. Im Prinzip können im Steuerrecht selbstverständlich weitgehende Mitwirkungslasten, auch Beweislasten, geschaffen werden.

Zu den Verfahrensfehlern hat Herr *Wahl* schon einiges gesagt, ich will mich kurz fassen. Wenn Sie, Herr *Bettermann*, meinten, es komme darauf an, ob das Verwaltungsgericht voll durchentscheiden kann, dann ist zu fragen, ob Sie das dogmatisch verstehen oder ob Sie sozusagen einen Schuß Realität hineinbringen und sagen: das ist zwar im dogmatischen Sinne voll durchentscheidbar, aber in der Praxis wissen wir, daß das Verwaltungsverfahren und das Gerichtsverfahren hier nicht dasselbe ist. Deshalb mein Versuch, der natürlich mit herkömmlichen dogmatischen Kategorien schwer zu fassen ist, weshalb ich auf den Ausweg der absoluten Verfahrensfehler gekommen bin. Schöner wäre es gewesen, man hätte sagen können, es kommt auf die Kausalität an, auch bei gebundenen Entscheidungen. Das gibt es da natürlich nicht. Entweder sind sie rechtmäßig oder rechtswidrig. Es gibt keine Kausalität. Aber faktisch können wir sehr wohl sagen: Es mag sein, daß die Behörde dem Ausländer die Aufenthaltserlaubnis nicht verlängert hat, weil sie ihn nicht angehört hat und er seine plausiblen Gründe nicht vortragen konnte; vielleicht hätte die Behörde anders entschieden. Herr *Trzaskalik* hat Beispiele hierfür gebracht, und deshalb würde ich eben diese scharfe Trennung nicht mitmachen, auch wenn es dogmatisch schwieriger zu fassen ist. – Ist § 46 VwVfG überhaupt richtig oder ist er verfehlt? Müssen wir nicht stärker unterscheiden zwischen

Verwaltungsverfahren und -prozeß? Herr *Meyer* hat uns vorgehalten, im allgemeinen Teil hätten wir das gemacht, und da, wo es um die Wurst geht, hätten wir es wieder zurückgenommen. Ein bißchen stimmt das schon – nur: Weshalb haben wir das zurückgenommen? Weil ich der Meinung bin, im allgemeinen Teil und bei der Funktionsbestimmung des Verwaltungsverfahrens sind sehr viele Dinge angesprochen, die viel weiter reichen als die Frage der Verfahrensfehler. Bei Verfahrensfehlern kommt einiges zusammen. Und wenn Sie Ihre Position konsequent durchhalten, Herr *Meyer*, dann müssen Sie das Verpflichtungsurteil streichen. Denn das Verpflichtungsurteil beruht darauf, daß das Gericht in der Sache das Verfahren durchführt und entscheidet. Wenn jemand BaFöG einklagt, dann müßte das nach Ihrer Auffassung letztlich dazu führen, daß ein Bescheidungsurteil ergeht; es könnte kein Verpflichtungsurteil ergehen. Die Verwaltung hat die Leistung bisher abgelehnt, also muß ein neues Verwaltungsverfahren kommen. Dieses Ergebnis halte ich für zweifelhaft, zumal vielleicht wieder ein Verfahrensfehler unterläuft. Dann bekommt der Antragsteller seine Leistung vielleicht sehr lange nicht. An dem Institut der Verpflichtungsklage würde ich also festhalten und deshalb bei § 46 VwVfG Abstriche machen.

Ein Wort zum privatrechtlichen Handeln und schlichten Verwaltungshandeln, das Herr *Mußgnug* angesprochen hat. Sicherlich gibt es im Privatrecht kein vorheriges Verfahren, aber das stimmt natürlich doch nicht so ganz. Wenn die Vermietung der Stadthalle privatrechtlich geschieht, warum gibt es da kein vorheriges Verfahren? Es gibt Verhandlungen, die Leute reden miteinander. Wenn wir die Entscheidung dogmatisch als Verwaltungsakt bezeichnen, und die Auffassung gibt es ja (Zwei-Stufen-Theorie), dann ist das ein Verwaltungsverfahren. Wenn wir es privatrechtlich qualifizieren, dann können wir trotzdem von einem Verwaltungsverfahren sprechen. Wir müssen gewisse Rechte geben. Zweites Beispiel, auf dem ich nun sicher nicht herumreiten will: die Vergabe öffentlicher Aufträge. Das ist für mich so etwas wie ein Verwaltungsverfahren, auch wenn es dogmatisch als privatrechtliches Verfahren qualifiziert wird. Natürlich kann man das nicht unbegrenzt ausdehnen, und deshalb habe ich von vorsichtiger Erweiterung gesprochen.

Als letztes der Punkt, den Herr *Dagtoglou* angesprochen hat: die Verwaltung entscheidet nicht in eigener Sache, sondern im Interesse aller. Wir können das umdefinieren: das Gemeinwohl ist eben die eigene Sache der Verwaltung. Damit ist aber nicht sehr viel gewonnen. Wenn wir sagen, die Verwaltung entschei-

det nicht in eigener Sache, sondern für alle, welche Antwort folgt daraus für das Problem, ob die planende Behörde die Planfeststellung selbst beschließen kann, ob der Ministerialrat, der in der Flughafengesellschaft im Aufsichtsrat sitzt, mitwirken kann? Das ist doch die entscheidende Frage, und wir müssen sehen, daß es hier einen Unterschied zwischen Richter und Verwaltungsbeamten gibt. Die Verwaltung entscheidet eben in diesem Sinne doch in eigener Sache.

Vorsitzender: Danke schön. Wir fahren nun in der Diskussion fort.

Rauschning: Herr Vorsitzender, meine verehrten Kollegen! Ich möchte eine kleine Vorbemerkung machen, um Mißverständnissen vorzubeugen. Ich meine, daß wir alle unter Verwaltungseffizienz natürlich rechtmäßige Verwaltung, verfassungsmäßige Verwaltung und auch Verwaltung unter dem Gesichtspunkt der Wertentscheidung der Grundrechte verstehen, daß also der Rechtsschutz hier nicht die einzige Möglichkeit der Verfassungsverwirklichung ist. Wenn wir uns aber dem Rechtsschutz zuwenden, gewährt durch die Verwaltungsgerichtsordnung und die Verfassungsbeschwerde, dann wäre es hilfreich, in der Begriffsbildung recht scharf zu sein. Es hilft uns hier nicht für die Frage des Rechtsschutzes, ob wir von Grundrechtsbetroffenheit, Berührung der Grundrechtssphäre sprechen oder auch, wie Herr Pietzcker in Leitsatz 6 sagen, „in der TA Luft stecken Grundrechtsfragen“. Das bringt uns jedenfalls für die Rechtsschutzfrage nicht weiter. Beim Rechtsschutz geht es konkret, wenn wir die Grundrechte ansprechen, um die Grundrechtsverletzung. Und sicherlich – und ich glaube, das steht außer Streit – haben Verfahrensrechte, auch außerhalb des Verfassungsrechts, einen Grundrechtsbezug. Wenn z. B. durch die Vollstreckung eines Mieturteils wahrscheinlich der Tod des Vollstreckungsschuldners ausgelöst wird, dann ist hier eine unmittelbare Grundrechtsverletzung gegeben, gleichermaßen, wenn die Vorführung oder die Eröffnung eines Hauptverfahrens zu einem schweren Gesundheitsschaden führen würde. Nur, wenn wir jetzt in hohem Abstraktionsgrad aus solchen Fällen herauslesen, daß auch materielle Grundrechte überall einen Verfahrensbezug haben, dann scheint mir das von einer anderen Qualität zu sein. Insofern möchte ich Herrn Wahl in der These 10 b sehr zustimmen, wenn er sagt, Verfassungsrang haben im Bereich der Schutzpflichten allein die Schutzverpflichtungen als solche, und sie sind objektiv-rechtlich. Denn wenn sie unmittelbar anwendbar wä-

ren, wenn es wirklich um eine Grundrechtsverletzung bei der Verletzung oder bei der Nicht-Erfüllung einer Schutzpflicht ginge, wozu brauchten wir dann überhaupt diese Konstruktion der Schutzpflicht aus der 218er Entscheidung (im 39. Band der Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts)? Diese Schutzpflicht ist immer als eine objektiv-rechtliche Schutzpflicht bezeichnet worden, die den allgemeinen Wertentscheidungen nahesteht. Wenn aus der in dem Grundrecht enthaltenen objektiv-rechtlichen Schutzpflicht stets wieder ein subjektives Recht von Grundrechtscharakter hergeleitet werden könnte, dann würden wir diesen Umweg über die objektiv-rechtliche Schutzpflicht nicht brauchen. Insofern möchte ich die Grundthese von Leitsatz 17 weiterhin verteidigen und unterstützen, daß eben das Verfahrensrecht nicht grundrechtsnäher ist als das materielle Recht.

Gegen Herrn *Schneider* oder vielleicht sogar gegen Herrn *Pietzckers* eigene Bemerkung möchte ich folgendes sagen: Wenn der Grenzbeamte ermächtigt ist, nein zu sagen, dann liegt in der materiellen Entscheidung vielleicht eine Verletzung des Asylrechts; wenn auch in diesem Verfahren herauskommt, daß das Asylgesuch zu Unrecht abgelehnt wurde, dann ist materiell das Asylrecht verletzt, und das Asylrecht wird nicht mit der Verkürzung der Anhörung verletzt. Nur: Wir haben eben konkret den Rechtsschutz nur bei der Grundrechtsverletzung, in Form der Verfassungsbeschwerde oder vorher in Gestalt der verwaltungsgerichtlichen Klage, und nicht beim Nichterfüllen einer allgemeinen Schutzpflicht. Ich meine, daß uns auch der Mühlheim-Kärlich-Entscheid des Bundesverfassungsgerichts keineswegs zu einer anderen Auffassung zwingt.

Eine Randbemerkung möchte ich noch machen: Ich möchte darauf hinweisen, daß auch bei Errichtungsgenehmigungen regelmäßig über einen konkreten Antrag entschieden wird, der mit Nein oder Ja zu bescheiden ist. Auch wenn bei der Entscheidung der Genehmigungsbehörde bei Anlagengenehmigungen vielleicht ein besserer Standort vor Augen schwebt, dann kann sie zu einem auch geeigneten Standort nicht sagen: Dieser Antrag wird abgelehnt. Insofern handelt es sich auch hier um eine gebundene Entscheidung; für diesen Fall räumt auch die Kalkar-Entscheidung kein Ermessen ein.

Münch: Vor 25 Jahren ungefähr haben sich die Polen sehr intensiv damit beschäftigt, eine Verwaltungsverfahrensordnung auszuarbeiten. Sie sagten: Wir haben keine funktionierenden Grundrechte, wir haben keine Verwaltungsgerichts-

barkeit, da muß also die Verwaltungsverfahrensordnung uns das ersetzen. Eine Vorstellung, die uns etwas merkwürdig vorkommt, aber es ist hier in den Referaten zur Sprache gekommen, daß auch die Verwaltungsverfahrensordnung uns Schutz für Grundrechte gewähren kann und soll.

Der erste Punkt, auf den ich eingehen möchte, ist der, daß das Verfahren, das auf Großvorhaben angewendet wird, nicht recht adäquat sei – so habe ich Herrn *Wahl* verstanden, und einige Diskussionsredner haben das auch gesagt. Mir kommt es in der Tat so vor, daß das Verwaltungsverfahren von Hause aus, so wie es tradiert ist, eigentlich abgestellt ist auf die Kontrolle der Tätigkeit von Privaten daraufhin, ob sie andern Privaten schaden kann. Bei den Großvorhaben und bei den Aktionen, die gegen Großvorhaben vorgenommen werden, geht es eigentlich um etwas anderes. Die öffentliche Hand, wenn auch in der Verkleidung von Aktiengesellschaften u. dgl., kümmert sich um die Infrastrukturen, etwa die Energieversorgung. Nun kommen die Widersprüche nicht eigentlich aus den Interessen derjenigen, die durch die Anlagen betroffen werden, und nicht einmal aus angeblichen allgemeinen Interessen, sondern aus der politischen Opposition gegen die Energie- und Infrastrukturpolitik des Staates und werden sogar auch von außen her beeinflußt. Ich glaube, das muß man ganz besonders im Auge behalten, wenn man Remedur sucht. Was indirekt immer bevorzugt war, ist z. B. der Bergbau. In den Berggesetzen kommt eine gewisse Vorrangstellung bei der Bewertung der Wichtigkeit des bergbaulichen Betriebs und der bergbaulichen Anlagen zutage. Das ist schon beinahe 150 Jahre her, ist schon traditionell, und steht gewissermaßen zwischen der Verwaltungsentscheidung für Anlagen eines einzelnen und den Großvorhaben von heute.

Zweitens: Wir erörtern mit Effizienz und mit Grundpflichten Dinge, die im positiven Recht nicht formuliert sind, aber hinter ihm einen großen Lebenswert ausmachen. So haben die beiden Themen Aufmerksamkeit bei Außenstehenden hervorgerufen, als ob etwas ganz Neues aufkäme. Aber Effizienz und Grundpflichten stehen immer schon hinter den Texten und Institutionen; ihr Verhältnis zu diesen ist indes unklar.

In der geisteswissenschaftlichen Sektion der Max-Planck-Gesellschaft hat einmal ein Kollege aus einem anderen Fach gesagt: Jura ist gar keine Wissenschaft. Am Anfang der Digesten steht in der Tat der Satz: „*ius est ars, boni et aequi*“. Rechtspflege, Rechtsanwendung, und – wir können hier auch sagen – Verwaltungshandeln ist eine Kunst, und die Rechtswissenschaft liefert Hilfe dafür, daß die Kunst richtig ausgeübt

wird. Das ist, glaube ich, zu unterscheiden. Lebenswichtig ist die Kunst des richtigen Handelns, die Kunst der Rechtspflege, gegenüber Wucherungen und Übergriffen der Wissenschaft. Herr *Eichenberger* hat in mehreren seiner Aufsätze dagegen protestiert, daß man die Rechtswissenschaft zu ernst nimmt für die praktische Arbeit an der Verfassung, Gesetzgebung und Verwaltung, obwohl sie, eben als Wissenschaft, keine Verantwortung hat. Dieser Gesichtspunkt ist, glaube ich, ein sehr allgemeiner. Man kann das hier nicht vertiefen oder überhöhen, aber wir sollten mehr an diesen Gesichtspunkt denken.

Wagener: Herr Vorsitzender, meine Herren! Zunächst darf ich einen verspäteten „Spontan“-Beitrag bringen: Es ist Ihnen sicher verständlich, daß ich das Wort „Effizienz“ hier wieder in Erinnerung bringen möchte. Dies ist mir zwar schwer gemacht worden durch das Zitat des Kollegen *Fleiner* aus der Schweiz. Nach der vorgetragenen Definition ist es in der Tat höchst unklar, was wohl „Effizienz“ ist. Ich weiß nicht, wer da über „Effizienz“ geschrieben hat. Sicher war es kein Jurist, jedenfalls kein guter Jurist. Ich neige dazu, gar nicht von „Effizienz“, sondern von „Effektivität“ oder von „Wirtschaftlichkeit“, „Wirksamkeit“ und „Leistungsfähigkeit“ zu sprechen.

Nun zu meinem eigentlichen Anliegen: Ganz verkürzt geht es bei unserer Fragestellung um „Rechtmäßigkeit“ oder „Effizienz“. Es ist darauf aufmerksam zu machen, daß bei dieser Gegenüberstellung sowohl in den Referaten als auch in der Diskussion doch wieder ganz überwiegend (vielleicht mehr als 95%) über die Rechtmäßigkeit gesprochen worden ist. Die Frage der Effizienz wurde fast ganz ausgeklammert. Wenn man an die Thesen 1 und 3 von Herrn *Wahl* anknüpft, dann muß gefragt werden, was ist eigentlich der Auftrag der Verwaltung. Selbstverständlich soll die Verwaltung rechtmäßig handeln. Schon nach Art. 20 GG ist die vollziehende Gewalt an Gesetz und Recht gebunden. Die Rechtmäßigkeit ist also ein wichtiger Maßstab. Wie steht es aber um die Wirtschaftlichkeit und Leistungsfähigkeit der Verwaltung? Wann kommt die Sachrichtigkeit und in welchem Verhältnis steht dazu die „Bürgernähe“? Ich spreche übrigens lieber von „Anliegensgerechtigkeit“. „Bürgernähe“ unterliegt immer dem Mißverständnis der räumlichen Nähe. Die Verwaltung soll sicher auch schnell sein. Sie soll eine Befriedungswirkung haben. Es gibt eine ganze Reihe weiterer wichtiger Maßstäbe für das Handeln der Verwaltung, die ich hier nicht alle aufzählen möchte. Es geht nicht nur um ein „magisches“ Viereck, Fünfeck oder Sechseck. Es geht um sehr zahlreiche Maßstäbe für

das Handeln der öffentlichen Verwaltung, die zum Teil im gegenseitigen Konflikt miteinander stehen. Das ganze hat übrigens nichts „magisches“ an sich. Das Problem ist nun, wie Verwaltungsrechtler und Verfassungsrechtler eine solche Konstellation behandeln. Offenbar, indem sie sich fast ausschließlich auf das Merkmal der Rechtmäßigkeit stürzen. Im Grunde kann man das Problem aber nur mit einer Nutzwertuntersuchung lösen. Alle Maßstäbe, die für das Handeln der Verwaltung gelten, müssen formuliert werden, und man muß sie in einer bewertenden Betrachtung nebeneinanderstellen. Die Gewichtung der einzelnen Maßstäbe im Verhältnis zueinander ist dabei kaum „wissenschaftlich“ objektiv durchzuführen. Fast immer handelt es sich um subjektive Vorlieben für den einen oder den anderen Maßstab. *Ihre* subjektive Vorliebe liegt offenbar so sehr bei der Rechtmäßigkeit, daß Sie – ohne es zu sagen – davon ausgehen, daß die Rechtmäßigkeit absolut gesichert sein muß, daß dies also ein Maßstab ist, der in der Sozialwissenschaft als „K.O.-Maßstab“ angesehen wird. Nutzwertüberlegungen können dann gar nicht durchgeführt werden. Im Grunde gibt es gar keinen Konflikt zwischen Rechtmäßigkeit und Effizienz. Rechtmäßigkeit muß immer im vollen Umfang sichergestellt sein, bevor überhaupt Wirtschaftlichkeits- und Leistungsfähigkeitsüberlegungen kommen. Eigentlich brauchen wir dann die Hauptfrage überhaupt nicht mehr zu überlegen. Weithin hatte ich den Eindruck, als ob es schließlich und endlich ausschließlich um die Rechtmäßigkeit ginge. Ich wurde an eine Situation erinnert, wie sie manchmal tatsächlich in der Verwaltung entsteht. Irgendwo gibt es eine Katastrophe, eine Überschwemmung oder ähnliches. Dann sagen Politiker gewöhnlich, daß die Verwaltung schnell und unbürokratisch helfen werde. Dies heißt heute jedoch, daß schnell und „rechtswidrig“ geholfen werden soll. Daran sieht man, wie der Teilmaßstab der Rechtmäßigkeit und der Teilmaßstab der Effizienz, nämlich Schnelligkeit, im Konflikt zueinander stehen. Es ist unter heutiger Regelungsdichte weithin nicht mehr möglich, schnell und gleichzeitig rechtmäßig zu handeln. Tatsächliche Lagen, bei denen Maßstäbe und Ziele sich gegenseitig behindern, sind heute mehr und mehr zu entscheiden. Denken Sie an die vielen „Abwägungs“-Bedürfnisse. Optimierungsentscheidungen nehmen der Zahl und der Bedeutung nach zu. Sie sind heute überall anzutreffen in der Verwaltung. Die schlicht normative Entscheidung – ein Sachverhalt paßt zur Norm und dann ist durch die Entscheidungsregelung in der Norm die Entscheidung vorgegeben – ist fast zur Ausnahme geworden. Diese Lage umgeht die Staatsrechts-

lehre und die Verwaltungsrechtslehre weitgehend dadurch, daß sie alle Maßstäbe, die nicht rechtlicher Natur sind, aus ihrem Interessenkreis ausschaltet und sagt, wir begnügen uns mit der Rechtmäßigkeit, das ist unser Feld. Wenn dort etwas nicht in Ordnung ist, dann gibt es die Gerichte. Sie werden die Entscheidung schon finden. Wir müssen uns aber stärker der gegenwärtigen Problematik nähern. Die meisten Entscheidungslagen sind nicht eindimensional. Es gibt, um im Sprachgebrauch von Herrn Wahl zu bleiben, Dreiecke, Vierecke, Sechsecke, aber auch Zehn- und Zwanzigecke. Unausweichlich muß dabei entschieden werden, ob die Rechtmäßigkeit ein „K.O.-Maßstab“ ist. Unausweichlich ist zu entscheiden, ob unter heutigen Bedingungen der Anspruch der „Rechtmäßigkeit“ vielleicht nicht mehr im vollen Umfange durchgehalten werden kann. Muß eventuell die Rechtmäßigkeit bis zu einem gewissen Grade zurückstehen gegenüber der Erfüllung anderer Anforderungen an die Verwaltung? Dies ist für den Öffentlich-rechtler sicher eine ganz „schlimme“ Vorstellung. Es ist aber zu fragen, ob man diese Frage deshalb nicht stellen darf, ob man sie „verdrängen“ muß.

Schenke: Herr Vorsitzender, sehr verehrte Herrn Kollegen! An beiden Vorträgen hat mir sehr gefallen, daß sich die Referenten der im Gefolge des Mühlheim-Kärlich-Beschlusses zuweilen in der rechtswissenschaftlichen Diskussion feststellbaren Tendenz, aus den Grundrechten zu weitreichende Folgerungen für das Verwaltungsverfahren zu ziehen, widersetzen. Damit kam klar zum Ausdruck, daß es in erster Linie die Aufgabe des Gesetzgebers sein muß, ein in den Grundrechten enthaltenes verfahrensrechtliches Element zu entfalten. Im Grunde stellen sich in diesem Zusammenhang ganz ähnliche Probleme, wie jene, die sich in Verbindung mit der Frage „Grundrechte als Teilhaberrechte?“ ergeben. Wenn man nämlich die verfahrensrechtliche Komponente, die in den materiellen Grundrechten ohne Zweifel mit angelegt ist, überbetont und optimiert, droht auch hier – wie bei der Anerkennung von in den Freiheitsgrundrechten angelegten Teilhaberechten – eine schwerwiegende Kräfteverschiebung innerhalb des grundgesetzlichen Organisationsgefüges zwischen Legislative und Judikative.

Für noch problematischer als eine zu großzügige richterliche Deduktion von Verwaltungsverfahrensprinzipien aus den materiellen Grundrechten würde ich den Versuch ansehen, aus einem Prinzip der Verwaltungseffizienz zu weitreichende Konsequenzen für die Ausgestaltung des Verwaltungsverfah-

rensrechts abzuleiten. Es erscheint mir bereits fraglich, ob wir wirklich davon ausgehen können, daß es ein verfassungsrechtlich garantiertes Prinzip der Verwaltungseffizienz gibt, das ja vielfach in Art. 20 Abs. 2 GG angesiedelt wird. Ich darf insofern auf meinen Aufsatz in VBlBW 1982, S. 315 ff. verweisen. Selbst wenn man von der Existenz eines solchen verfassungsrechtlichen Prinzips ausgeht, muß man sich m. E. davor hüten, hieraus zu weitreichende verfassungsrechtliche Folgerungen abzuleiten. Verwaltungseffizienz ist eben in erster Linie eine verwaltungspolitische Maxime, und dementsprechend ist hier primär der Gesetzgeber dazu aufgerufen, darüber zu entscheiden, auf welche Weise er der Verwaltungseffizienz Rechnung tragen will.

Wichtig scheint mir im übrigen die Feststellung zu sein, daß Rechtsschutzauftrag und Verwaltungseffizienz des Verwaltungsverfahrens keineswegs Gegensätze umschreiben, sondern Rechtsschutz und Verwaltungseffizienz enge Bezugspunkte aufweisen. Bezugspunkte vor allem unter dem Aspekt, daß die Forderung nach Verwaltungseffizienz sich ja nur in bezug auf eine ganz bestimmte objektive Rechtsordnung zu stellen vermag, durch die ihr die Richtung gewiesen wird. Da unsere Rechtsordnung aber in weitem Umfang durch die Anerkennung subjektiver Rechte geprägt ist, decken sich die Forderung nach dem Schutz dieser subjektiven Rechte – und damit zugleich der objektiven Rechtsordnung – und jene nach der Sicherung des durch das Recht geleiteten Prinzips der Verwaltungseffizienz in nicht unbeträchtlichem Umfange.

Bedenken hätte ich gegenüber der von Herrn *Quaritsch* in der Diskussion aufgestellten These, nach der in bestimmten Bereichen das Verwaltungsverfahren – so könnte man es in Anführungszeichen formulieren – quasi durch die Gerichte durchgeführt werden soll, die Gerichte also hier bereits in erster Instanz anstelle der Verwaltung entscheiden sollen. Ich meine, daß dieser Vorschlag nicht unproblematisch ist. Dies einmal deshalb, weil die Gefahr besteht, daß die Gerichte die erforderliche Distanz – oder, wenn Sie wollen *distance* – zur hier zu treffenden Entscheidung verlieren, indem sie quasi selbst Partei sind. Zudem scheint mir hier die Gefahr einer beträchtlichen Verschiebung der Aufgabenverteilung zwischen Verwaltung und Gerichten gegeben. Damit wird das Gewaltenteilungsprinzip des Art. 20 Abs. 2 GG betroffen. Dieses ist zwar durchaus unterschiedlichen Ausgestaltungen fähig. Bei einem quasi durch die Gerichte durchgeführten „Verwaltungsverfahren“ würde es jedoch sicher in ganz empfindlicher Weise tangiert.

Ansprechen möchte ich noch kurz die Probleme, die sich in Verbindung mit den §§ 44 a VwGO und 46 VwVfG stellen. Hier vertrete ich weitgehend den gleichen Standpunkt wie Herr *Pietzcker*. So scheint es auch mir nicht zu sein, wenn man bei gebundenen Verwaltungsakten stets von der Unbeachtlichkeit der in § 46 VwVfG angesprochenen Verfahrensfehler ausgehen will. Die Basis für eine verfassungsrechtliche Korrektur des § 46 VwVfG liefert dabei allerdings m. E. nicht, wie dies vielfach vertreten wird, die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG. Übereinstimmend mit Herrn *Pietzcker* meine ich, daß Art. 19 Abs. 4 GG keine Aussage darüber enthält, ob und inwieweit sich aus subjektiven Rechtsverletzungen Reaktionsansprüche ableiten, Art. 19 Abs. 4 GG setzt das anderweitig begründete Bestehen solcher Rechte vielmehr voraus. Den Ansatzpunkt für solche Reaktionsansprüche liefert m. E. das Grundrecht, in das in verfahrensfehlerhafter Weise eingegriffen wurde. Wenn der Ausbau des Verwaltungsverfahrens als Kompensation für das Fehlen materiellrechtlicher Bindungen der Verwaltung, insbesondere bei mit vagen, unbestimmten Rechtsbegriffen operierenden Gesetzen, dienen soll, so muß auch hier, ebenso wie bei der Verletzung von materiellen subjektiven Rechten, ein in den Grundrechten angelegter verfassungsrechtlich garantierter Reaktionsanspruch zum Zuge kommen, sofern diese Verfahrensfehler nur – was auch bei gebundenen Verwaltungsakten zutreffen kann – für das Verfahrensergebnis von Einfluß sein können und die Fehler des Verwaltungsverfahrens nicht durch das Gericht heilbar sind. Von dieser Fallgestaltung abgesehen erscheint mir die Regelung des § 46 VwVfG unbedenklich. Selbst wenn dann hier ein Anspruch auf Aufhebung des verfahrensfehlerhaften Verwaltungsakts in wirksamer Weise ausgeschlossen ist, muß jedoch bei diesen Rechtsverletzungen in Analogie zu § 113 Abs. 1 Satz 2 VwGO für den Betroffenen die Möglichkeit bestehen, festzustellen, daß er durch den Verwaltungsakt in seinen Rechten verletzt wird. Genauso wie dort, wo die Aufhebung eines Verwaltungsakts wegen seiner Erledigung ausgeschlossen ist, wenigstens die Feststellung der Rechtsverletzung möglich sein muß, ist Gleiches dann anzunehmen, wenn die Aufhebung des rechtsverletzenden Verwaltungsakts ausnahmsweise aus materiellrechtlichen Gründen scheitert. An einer solchen Feststellung gem. § 113 Abs. 1 Satz 2 VwGO kann insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Prävention ein berechtigtes Interesse bestehen.

Häberle: Erlauben Sie, verehrter Herr Vorsitzender, einen Ad-hoc-Beitrag, den ich angesichts der gedrängten Rednerliste gewiß nicht zu einem „Quereinstieg“ mißbrauchen werde, um den geglückten Ausdruck Herrn *Mußnugs* zu verwenden, so gerne ich etwas zum Verfahrens- bzw. Grundrechtsproblem gesagt hätte. Lieber Herr *Schenke*, Sie sind hier in diesem Saal fast mein räumlicher Nachbar. Erlauben Sie gleichwohl einen kleinen Widerspruch zu Ihrem Votum von soeben. Sie haben große Zweifel an der „Verwaltungseffizienz“ und ihrer verfassungsrechtlichen Grundlage geäußert. Meines Erachtens hat sie als Rechtsprinzip indes durchaus eine vielfältig differenzierte Ausprägung in der *Verfassung* von Bund und Ländern: einmal im Prinzip des sozialen Rechtsstaates, sodann in der auch von Ihnen erwähnten Eigenständigkeit der Verwaltung nach Art. 20 Abs. 2 GG samt ihrer Gemeinwohlfunktion. Ich erinnere auch an Elemente von Art. 33 Abs. 2 und 5 GG und vor allem an das Haushaltsverfassungsrecht, an die Aufgabe des Bundes- und der Landesrechnungshöfe (vgl. Art. 114 Abs. 2 GG), die Wirtschaftlichkeit und Ordnungsmäßigkeit zu prüfen. Gewiß wären noch anderen Grundgesetznormen in Einzelanalyse verfassungsrechtliche Aspekte der Verwaltungseffizienz abzugewinnen, und die beiden Referenten haben dies in ihren schönen Referaten der Sache nach auch getan.

Kisker: Das geht in dieselbe Kerbe. Ich glaube, wir müssen Herrn *Wagner* recht geben. Wir haben die ganze Zeit von Rechtsschutz gesprochen. Die Frage nach dem Stellenwert des Gegenpols „Effizienz“, die Frage also nach dem Stellenwert von Wirtschaftlichkeit, Schnelligkeit und Sachgerechtigkeit ist kaum erörtert worden. Das Problem, wo Effizienz verfassungsrechtlich festzumachen ist, wurde eigentlich eben erst angesprochen. Insoweit darf ich darauf hinweisen, daß außer jenen Vorschriften, die Herr *Häberle* genannt hat, zu berücksichtigen ist, was, wenn ich recht verstanden habe, Herr *Pietzcker* erwähnte, daß es nämlich im Verfahren nicht nur um den Rechtsschutz für den Antragsteller geht, sondern auch um die Berücksichtigung einer Vielzahl von Rechten und Interessen direkt oder indirekt Mitbetroffener (Steuerzahler eingeschlossen).

Steiner: Ich will einen kurzen Beitrag zu zwei Grundaussagen im Referat von Herrn *Wahl* leisten und sie zugleich begrüßen. Herr *Wahl*, Sie haben ja, wenn ich Sie richtig verstanden habe, einen eigenständigen Rechtswahrungsauftrag der Verwaltung herausgearbeitet, ihn unserer stärkeren Beachtung

empfohlen und, wenn ich das richtig sehe, auch unserer Unterstützung. Natürlich zeigt die Realität im Verwaltungsverfahren, das wissen wir alle, erhebliche Vorwirkungen des Rechtsschutzverfahrens. Wir wissen, daß oft allein der Hinweis auf das Rechtsschutzrisiko dem Juristen, der ja in vielen Verwaltungen eine Art „Alleinunterhalter“ ist, die Durchsetzungsmöglichkeit gegenüber der großen Schar von Ingenieuren ermöglicht, die berufsgemäß und verständlich eben durchführen wollen, was technisch machbar ist. Dennoch würde ich aus meinen Beobachtungen heraus Ihre These insofern unterstützen, als wir auch in Verwaltungsverfahren mit einem komplizierten Umfeld häufig leitende Juristen haben, die diesen Rechtswahrungsauftrag ganz bewußt und durchaus offensiv wahrnehmen, und, daß – vielleicht von außen her nicht so erkennbar – der Jurist sehr häufig eine Vermittlerstellung zwischen den Wünschen des Publikums und den Vorstellungen der Techniker spielt; dies gilt vor allem bei der Formulierung der Schutzaufgaben. Sie haben weiter, Herr Wahl – und das ist sehr bedenkenswert, wie ich meine – davor gewarnt, den Vereinheitlichungsauftrag im Zusammenhang mit dem Verwaltungsverfahrensgesetz vorschnell durchzuführen. Sie haben ja, wenn ich Ihren Terminplan richtig übersehe, ohnehin 1983 Gelegenheit, Ihre Bedenken umzusetzen in Einzelvorschläge. Ihr Stichwort „Notwendigkeit berufsspezifischer Regelungen“ läßt sich, glaube ich, gut durchführen an einem Beispiel, nämlich der materiellen Präklusion, wo wir in der Tat uns einmal überlegen müssen, ob die Entscheidung des Verwaltungsverfahrensgesetzes, nämlich sie abzuschaffen, richtig, und zwar für alle Verwaltungsbereiche richtig ist. Ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts aus dem August dieses Jahres, noch nicht veröffentlicht, akzeptiert die materielle Präklusion und – deshalb erwähne ich das Urteil – mit einer ganz speziell aus dem Sachbereich „Vollzug des Bundeswasserstraßengesetzes“ heraus begründeten Rechtfertigung.

Erichsen: Herr Vorsitzender, lassen Sie mich zunächst an das, was Herr Steiner eben sagte, und an die Äußerungen einiger anderer Diskussionsteilnehmer anknüpfen, die in Übereinstimmung mit den Referenten die Notwendigkeit gesetzlicher Regelung des Verwaltungsverfahrens bejaht haben. Eine solche rechtliche Notwendigkeit läßt sich nur aus der Verfassung ableiten, wie das wohl auch in vorbereitenden Aufsätzen im einzelnen dargelegt worden ist. Verfassungsgeforderte Gesetzgebung ist hier also das Stichwort! Lassen Sie mich allerdings in diesem Zusammenhang zugleich eine Sorge

äußern. Es ist hier eine zunehmende Ausdifferenzierung, der Erlaß bereichsspezifischer Verfahrensgesetze befürwortet worden. Im Anschluß an die Äußerungen von Herrn *Wilke* darf ich einwenden, daß die vorhandenen bereichsspezifischen verfahrensgesetzlichen Regelungen nicht unbedingt geeignet sind, von der Qualität dieses Vorschlags zu überzeugen. Sodann habe ich Sorge, daß wir dergestalt dahin kommen, die Entstehung von Sonderverwaltungen mit all den damit verbundenen Problemen zu begünstigen. Ich sehe die Gefahr, daß wir im Bereich der öffentlichen Verwaltung zunehmend einem Denken in Hoheitsrechten – im historischen Sinne – anheimfallen, welches Regalien voneinander sondert und dann jeweils „regaladäquat“, also bereichsspezifisch, verfahrensrechtliche Agenden vergibt. Dies wäre der Weg zurück in die staatswissenschaftliche Betrachtung des 18./19. Jahrhunderts und der Abschied von den Erkenntnissen *Otto Mayers*. Auf der Strecke bliebe wahrscheinlich dann die Effizienz der öffentlichen Verwaltung als Einheit.

Eine zweite Bemerkung: Ich sehe abweichend von Herrn *Wahl* eine Friktion zwischen der Funktion des Verwaltungsverfahrens und der in § 46 VwVfG getroffenen Regelung. Auch bei gebundenen Entscheidungen ist ja immer noch Dezisionismus im Spiel. Wenn die Funktion des Verwaltungsverfahrens – zumindest auch – darin besteht, eine Optimierung der „Richtigkeit“ der Entscheidung herbeizuführen, dann müßte folgerichtig doch wohl die Anwendung des § 46 VwVfG auch auf gebundene Entscheidungen ausgeschlossen sein. Es ist zwar richtig, daß Fehler des § 46 VwVfG im Prozeß kompensiert werden können, doch ist das nur dann überzeugend, wenn man davon ausgeht, daß das verwaltungsgerichtliche Verfahren die Fortsetzung des Entscheidungsprozesses der Verwaltung mit anderen Mitteln ist, eine These, an deren Richtigkeit man zweifeln kann. Für vielleicht entscheidender halte ich indes den Hinweis auf den contraeducatorischen Effekt des § 46 VwVfG. Diesen Effekt teilt er mit § 45 VwVfG. Beide Vorschriften haben in der Verwaltungspraxis dazu geführt, daß man die Regelungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes nicht so furchtbar ernst nimmt und daß man im Rahmen des § 45 VwVfG etwa die Anhörung durch das Widerspruchsverfahren ersetzt sieht. – Ihnen, Herr *Pietzcker*, möchte ich entgegen den Ausführungen von Herrn *Mußgnug* beipflichten in dem vorsichtigen Bemühen, die Regelungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes auch auf das schlichte Verwaltungshandeln und auf das Handeln der öffentlichen Verwaltung in privatrechtlichen Formen zu erstrecken. Ich weiß nicht, Herr *Mußgnug*, ob

die Segnungen des Privatrechts, etwa gar jene des Familienrechts, auch zum Glück der öffentlichen Verwaltung beitragen können. Zwar sind beim Handeln in den Formen des Privatrechts zwei privatrechtsfähige Subjekte beteiligt, aber diese Subjekte, nämlich der Staat oder die öffentliche Verwaltung auf der einen Seite und der Private auf der anderen Seite sind doch von sehr unterschiedlicher, je eigener Qualität, so daß man erwägen sollte, auf das Handeln der öffentlichen Verwaltung Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes anzuwenden.

Eine kurze Schlußbemerkung: Anknüpfend an das, was Herr *Kloepfer* vorhin angesprochen hat, möchte ich der Notwendigkeit einer differenzierenden Würdigung des Inhalts subjektiver Rechte das Wort reden. Ich gebe zu bedenken, ob hier nicht der Schlüssel für eine bessere Verfahrensfehlerlehre sowohl im Hinblick auf das Verwaltungsverfahren wie im Hinblick auf das gerichtliche Verfahren liegt. Insbesondere ist die Dimension und Bedeutung des subjektiven Rechts im Hinblick auf die Rechtswidrigkeit und die Aufhebbarkeit von staatlichen Entscheidungen nicht ausgelotet. Danke schön.

Breuer: Ich möchte ebenfalls auf die Frage zurückkommen, inwieweit der Gesetzgeber gefordert ist, das Verwaltungsverfahrensgesetz zu regeln, und ob er den geteilten Anforderungen im Spannungsfeld zwischen der Effizienz der Verwaltung und ihrem Rechtsschutzauftrag gerecht geworden ist. Dabei will ich anknüpfen an die Thesen 9 sowie 12 und 13 von Herrn *Wahl* und die These 10 von Herrn *Pietzcker*. Beide Referenten haben in gleicher Weise Stellung bezogen, daß ein einheitliches Verwaltungsverfahrensgesetz nicht möglich oder jedenfalls nicht wünschbar sei, und für ein spezielles Verwaltungsverfahrensgesetz plädiert. Nun wird man sich kaum der Erkenntnis entziehen können, daß das Verwaltungshandeln so vielfältig ist, daß man mit einem monolithischen Verwaltungsverfahrensgesetz nicht auskommt. Ich meine aber dennoch, daß die Referenten etwas zu bescheiden gewesen sind in ihren Forderungen. Zumindest scheint es mir wünschenswert zu sein, daß das Verwaltungsverfahrensgesetz verschiedene Modelle von Verfahrensarten bereitstellt und daß gesetzlich klargestellt ist, für welche Arten des Verwaltungshandelns welches Verfahrensgesetzmodell gilt. Wenn man von diesem Postulat ausgeht, bereitet uns die berühmte Subsidiaritätsklausel der Verwaltungsverfahrensgesetze erhebliche Schwierigkeiten. Ich sehe hier Defizite der Gesetzgebung. Wenn wir uns einmal die Großanlagen ansehen, die in verschiedenen Zulassungsverfahren bewältigt

werden müssen, stellen wir fest, daß durchaus heterogene Verfahrensarten und Zulassungsakte vorgeschrieben sind, ohne daß ein sachlicher Grund dafür erkennbar ist. So werden z. B. Straßenbauvorhaben in einer Planfeststellung zugelassen, die unter der Konzentrationsmaxime steht. Schon für den Bau von Flughäfen finden wir insofern eine Variante vor, als die Unternehmergenehmigung und die Planfeststellung einander nachfolgen und es der Rechtsprechung außerordentlich große Schwierigkeiten bereitet hat, den Inhalt dieser beiden Verfahrensschritte voneinander abzuschichten. Atomanlagen und Anlagen nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz unterliegen einer Genehmigung, wobei wiederum unterschiedlich geregelt ist, ob und inwieweit die Genehmigungen Konzentrationswirkung haben; hier spielen die parallelen Gestattungsverfahren eine berühmt-berüchtigte Rolle in der neueren Diskussion. Ich meine nun, daß all dies nicht notwendig ist und daß der Gesetzgeber gefordert ist, möglichst einheitliche Regelungen für diese verschiedenen Großanlagen und ihre Zulassung bereitzustellen.

Lassen Sie mich daran eine weitere Bemerkung anknüpfen: Wenn man vom Postulat der Systematik und der Sachgerechtigkeit des Verwaltungsverfahrens ausgeht, dann ist es auf die Dauer nicht ratsam, wenn der Gesetzgeber im Bundesbaugesetz unter einem anderweitigen Ansatz zunächst Beteiligungsrechte in weitem Umfang einführt, das Verfahren außerordentlich diffizil ausgestaltet und dann im nachhinein in den mehrfach erwähnten §§ 155 a und 155 b BBauG Verfahrensverstöße weithin für irrelevant erklärt. Ich stimme Herrn *Wahl* insofern zu, als er darauf hingewiesen hat, daß das Verwaltungsverfahrensgesetz zu eng ist, wenn es lediglich für den Erlaß von Verwaltungsakten und den Abschluß verwaltungsrechtlicher Verträge gilt. Hier wären auch die atypischen Normsetzungsverfahren der Bauleitplanung einzubeziehen; dies ist ein weiteres Desiderat an den Gesetzgeber.

Ich meine schließlich, daß auch die Präklusion einer einheitlichen Regelung für die verschiedenen erwähnten Verfahrensarten zugeführt werden sollte. Hier finden wir mißliche Unterschiede vor zwischen den Anlagengenehmigungsverfahren, wo es eine materielle Präklusion jedenfalls nach der Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts gibt, und Planungsverfahren, wo es eine solche Präklusion nicht gibt.

Zum Schluß möchte ich einen gewissen Widerspruch anmelden im Hinblick auf die These 7 von Herrn *Pietzcker*, wo materielle Präklusionen prinzipiell für zweifelhaft erklärt werden. Bei der von mir vorgeschlagenen einheitlichen Regelung

hat meines Erachtens die materielle Präklusion durchaus ihren Platz. Wenn der Gesetzgeber Beteiligungsrechte in weitem Umfang einführt und das Verwaltungsverfahren sehr kompliziert gestaltet, wird das Verfahren fehleranfällig. Mit der Fehleranfälligkeit taucht die Frage auf, wie die Fehlerrisiken auf die verschiedenen Beteiligten verteilt werden. Der Antragsteller, Drittbeteiligte und die Behörde stehen sich gegenüber, und die Verteilung der Fehlerrisiken kann meines Erachtens nicht mehr einseitig zu Lasten der Behörde und des antragstellenden Unternehmens gehen. Hier muß schon mit den weitergehenden Beteiligungsrechten eine gewisse Risikobelastung einhergehen dergestalt, daß ein versäumter Einwand später nicht mehr vorgetragen werden kann. Innerhalb der einheitlichen Regelung wäre meines Erachtens vor allem die Präklusionsfrage einer derartigen Regelung bedürftig.

Püttner: Herr Vorsitzender, meine Herren, ich möchte auf einen Punkt zurückkommen, der eben kontrovers gewesen ist zwischen Herrn *Schenke* und Herrn *Häberle*. Ich möchte gegen Herrn *Häberle* annehmen, daß das Prinzip der Effizienz, von dem wir in der Tat mehr hätten reden sollen, daß dieses Prinzip kein Verfassungsprinzip ist, auch nicht aus Art. 20 Abs. 2, 3 GG und aus anderen Verfassungsprinzipien abgeleitet werden kann. Ich halte es für eine Überfrachtung der Verfassung, wenn man sie so weit auslegen wollte. Ich bin andererseits der Meinung, daß, wenn in den einzelnen Fachgesetzen bestimmte Aufgaben und Ziele normiert sind, diesen Aufgaben und Zielen immanent ist, daß sie erfüllt werden sollen, daß die Ziele erreicht werden sollen. Das ist es, was ich Effizienz nennen würde: Zielerreichung, Erfüllung der Aufgaben. Insofern ist dieses Prinzip den Gesetzen immanent, aber als ein Verfassungsprinzip würde ich es deshalb nicht ansehen. Ich könnte Ihnen, Herr *Wagener*, darin zustimmen, daß es darum gehen muß, einen möglichst hohen Grad von Effizienz zu erzielen, und daß man irgendein Verfahren zur Messung dieser Effizienz benötigt. Ob allerdings die Nutzwertanalyse, auf die Sie Bezug nehmen, dieses leisten kann, wage ich zu bezweifeln. Mein Einblick in die Nutzwertanalyse, wie sie die Ökonomen uns vorschlagen, gibt mir eher den Eindruck, daß dort erquickliche Rechenspiele vorgeführt werden, daß dabei aber am Ende wenig herauskommt. Bei den Analysen müssen wir, meine ich, eine gewisse Fehlerquote, das würde ich andererseits auch betonen, in Kauf nehmen, wenn nur das Sachergebnis gut ist.

Ich stimme Herrn *Pietzcker* vollkommen zu, wenn er in These 18 sagt, das Verwaltungsverfahren müsse eine dienende Rolle haben und dürfe nicht zum beherrschenden Faktor werden; wenn nur das Endergebnis gut ist, wenn also insofern Effizienz gegeben ist, dann sollten einzelne Verfahrensfehler nicht bestimmend sein. Es wäre schlimm, wenn in einzelnen Fällen das ganze Ergebnis eines Verwaltungsverfahrens das wäre, daß ein schönes Verfahren stattgefunden hat, aber kein Ergebnis erzielt wird. Das kann wohl nicht der Sinn der Sache sein. Ich meine weiter, daß auch dem Rechtsschutz in gewisser Weise eine dienende Rolle zukommt. Der Rechtsschutz soll auch dazu dienen, ein möglichst gutes Ergebnis zu finden, vielleicht ein besseres Ergebnis als das der Verwaltungsentscheidung, aber immerhin doch ein gutes Ergebnis. Der Rechtsschutz kann nicht *l'art pour l'art* dazu dienen, den Personen, die gerne einmal in einer Gerichtsverhandlung auftreten, eine Bühne zu eröffnen, um ihre Verfahrenskunststücke vorzuführen. Deshalb muß auch die Gerichtskontrolle, der Rechtsschutz, sich diesem Prinzip unterordnen, und es wäre deshalb in meinen Augen durchaus richtig, daß der Rechtsschutz an der Effizienz-Funktion gemessen wird und ggf. eben auch Einschränkungen der Prüfung dort stattfinden, wo dieses übergeordnete Ziel nicht mehr im Vordergrund stehen kann.

Ich habe, Herr *Bullinger*, gewisse Zweifel, ob es wirklich schön ist, daß ein Verwaltungsrichter (vielleicht auch noch ein hochbezahlter, nicht nebenamtlicher) sich 80 Stunden mit einem Fall beschäftigt, für den die Verwaltung, die ja in ihren Mitteln und Ressourcen gebunden ist, vielleicht nur eine Stunde aufwenden kann. Hier tritt doch eine merkwürdige Asymmetrie ein. Derjenige, der auf jeden Fall klagt, bekommt eine so gründliche Prüfung, und derjenige, der bereit ist, sich mit der Arbeit der Verwaltung abzufinden, der wird mit der möglicherweise schlechteren Entscheidung abgespeist. Aber wenn nun jeder klagt, dann können Sie keine 80 Stunden mehr aufwenden; dann geht das nicht mehr und wäre auch keine Lösung des Problems. Deshalb meine ich, wir sollten in diesem Fall sicherlich im Laufe der Zeit noch einmal überdenken, was zu tun wäre. Ich meine jedenfalls, daß schon die Verwaltung eine möglichst gute Entscheidung treffen sollte, daß also nicht die Verwaltung nur vorläufig entscheiden und dann erst das Gericht in die tatsächliche Prüfung eintreten sollte. Danke schön.

H. P. Schneider: So sehr man Ihnen bei der letzten Bemerkung zustimmen können – bei Ihrer ersten Bemerkung glaube ich auch hier differenzieren zu müssen: Es gibt Verfahren, deren strikte Einhaltung die einzige Gewähr für die Richtigkeit des Ergebnisses bleibt, und das ist gerade bei den „Statusverfahren“ mit grundrechtsfeststellender Wirkung nach Art. 4 III und 16 II GG der Fall. Entweder hat man überhaupt keine materiellen Kriterien („Gewissensprüfung“), oder es bestehen trotz gebundener Verwaltung nur sehr vage Anhaltspunkte („politische Verfolgung“). Hier ist das Verfahren in der Tat die einzige Richtigkeitsgewähr, und hier sind daher meines Erachtens Grundrechtsschutz und Verfahrenstreue identisch. Dies bedeutet, daß ein Verfahrensfehler in solchen Fällen unmittelbar auch als Grundrechtseingriff durchschlägt. Das noch einmal zur Klarstellung, Herr *Rauschnig*.

Schwabe: Ich möchte nur zwei Punkte berühren: einen zum Verfahren, einen zur Sache. Der zum Verfahren betrifft das Verfahren der Vorträge. Und hier hat mir besonders gefallen, wie Herr *Pietzcker* seinen Vortrag durch die Hinzufügung vieler Beispiele plastisch und anschaulich gemacht hat, und da das, wie ich meine, leider nicht dem Standard bei den Vorträgen hier in der Vereinigung und auch nicht dem Standard bei der begleitenden Aufsatzliteratur entspricht, verdient es aus meiner Sicht ein Lob. Zwar muß man vorsichtig sein, da man sich damit leicht dem Verdacht der Einfalt aussetzt. Es könnte gesagt werden, daß hochkomprimierte Abstraktion nicht so gut verstanden wird. Aber seitdem ich gelesen habe, daß in einer der früheren Verhandlungen kein Geringerer als *Ulrich Scheuner* nach mehr Beispielen verlangt hat, habe ich hier die letzten Hemmungen verloren, solches zu loben. Die Bemerkung zur Sache ist, daß ich einen kleinen Widerspruch einlegen möchte gegen das starke Akzentuieren der Grundrechtsschutzpflicht, die von Herrn *Wahl* vorgenommen worden ist, und in der er bestärkt worden ist eben von Herrn *Rauschnig*, durchaus in konsequenter Fortführung dessen, was Herr *Rauschnig* uns in Berlin vorgetragen hat. Ich möchte noch mal zu bedenken geben, ob das wirklich notwendig ist, daß wir mit dieser Figur, für die das Grundrecht ja nicht sonderlich viel hergibt, wo wir Konstruktionsschwierigkeiten haben – beziehungsweise wird die Schutzpflicht vom Bundesverfassungsgericht auch gar nicht mehr groß begründet, die ist einfach plötzlich da – ob wir damit operieren müssen und ob wir nicht zurechtkommen mit der negatorischen Funktion der Grundrechte. Ein Verfahren spielt sich beim Großanlagenbau

beispielsweise nicht in einem autonomen Raum des Betreibers und der Betroffenen ab, bei dem der Staat sozusagen außen steht, zuschaut und, wenn sich da Gefahren auftun, plötzlich qua Schutzpflicht aufgerufen ist, irgendwie gegen Gefahren zu intervenieren, sondern der Rechtsstaat muß auch in einem solchen Verfahren immer quasi Mittäter sein; und in dem Moment, wenn er Mittäter ist, wirken die Grundrechte in ihrer negatorischen Funktion. Dies ist meine Konzeption. Vielen Dank.

v. Mutius: Herr Vorsitzender, meine Herren Kollegen, es ist das Los derer, die bei langen Rednerlisten am Ende stehen, daß sie nur noch einige Brotkrumen aufsammeln können, die andere vielleicht liegengelassen haben. Deshalb erlauben Sie mir nur folgende Ergänzungen:

1. Ich bin mit Herrn *Kloepfer* und Herrn *H. P. Schneider* dezidiert der Meinung – und insoweit weiche ich ein wenig von Ihrer These 17, Herr *Pietzcker*, ab –, daß eine Reihe von abstrakten Verfahrensregelungen und Verfahrensgestaltungen sowie im konkreten Einzelfall Verfahrensablauf und das Ergebnis von Verfahren allgemein gesprochen *Grundrechtsrelevanz* besitzen, gleichgültig, ob man insoweit darin schon einen *Grundrechtseingriff* sieht bzw. wie man diesen definiert. Nur ist diese Erkenntnis bzw. dieses Ergebnis keineswegs von so weitreichender Tragweite, wie manche meinen, weil wir damit in der Grundrechtsdogmatik verhängen sind, und die kennt eben auch eine *Schrankenlehre*. Deren verfassungsunmittelbare wie verfassungsmittelbare Grundrechtsbegrenzungen reagieren aber ebenfalls keineswegs nur auf den klassischen Grundrechtseingriff, sondern setzen richtigerweise bei sämtlichen Ausgestaltungen und Einschränkungen grundrechtlicher Schutzbereiche ein. Infolgedessen meine ich, daß überall dort, wo wir die Grundrechtsrelevanz von Verfahrensregelungen (abstrakt-generellen wie konkret-individuellen) bejahen, in der Tat – Herr *Badura* hat dies am Anfang betont, Herr *Erichsen* hat es mit Recht aufgegriffen – der *Gesetzgeber* aufgerufen ist, mit der hinreichenden Eindeutigkeit und Bestimmtheit die normativen Voraussetzungen solcher Verfahrensregelungen zu schaffen und dabei insbesondere die im Zentrum der heutigen Referate liegende Konfliktentscheidung zu treffen. Dabei muß möglicherweise nach der Art der Grundrechtsrelevanz differenziert werden; insofern begrüße ich den Vorschlag von Herrn *H. P. Schneider*, den ich allerdings noch um eine weitere Variante ergänzen würde. Ich würde neben den grundrechtsfeststellenden Verfahren die grundrechtsausge-

staltenden und als dritte die grundrechtsbeschränkenden Verfahren unterscheiden.

2. Wenn wir ungeachtet der Definition des Grundrechtseingriffs akzeptieren, daß bei jeder Grundrechtsrelevanz von abstrakt-generellen Regelungen oder konkret-individuellen Regelungen des Staates Fragen der Grundrechtsschranken angesprochen sind, dann gelangen wir zu dem zweiten Problem, welches im Mittelpunkt der heutigen Referate steht, nämlich der *Verwaltungseffizienz*. Ich wäre sehr dankbar, wenn die Referenten, insbesondere Herr Wahl, im Anschluß an die Beiträge von Herrn Thieme und Herrn Wagener, noch einmal deutlich machen würden, was sie eigentlich unter Verwaltungseffizienz verstehen. Herr Wahl, Ihr „magisches Viereck“ interessiert mich dabei ganz besonders. Ich möchte dies aus meiner Sicht ein wenig verdeutlichen: Für mich ist Effizienz zunächst ein rein formales Prinzip. Es kennzeichnet lediglich eine Zweck-Mittel-Relation in der Weise, daß bestimmte Zwecke mit minimalem Mitteleinsatz erreicht oder bei konstantem Mitteleinsatz maximale Zwecke verwirklicht werden. Durch Konkretisierung auf Organisation und Funktionen der öffentlichen Verwaltung werden die *materiellen Verwaltungsziele* zu einem der maßgeblichen Bezugspunkte dieser Relation. Es sind dies die verfassungsrechtlichen Oberziele, insbesondere in den verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen, gesetzlich formulierte Mittelziele und Unterziele sowie die normativ zugeordneten, definierten und eingegrenzten Aufgaben der öffentlichen Verwaltung. Deshalb heißt Verwaltungseffizienz – Herr Püttner hat es, glaube ich, ähnlich gesagt – optimale Verwirklichung dieser materiellen Verwaltungsziele mit geringem Mitteleinsatz. Da diese Ziele aber im materiellen Recht normiert oder verwirklicht sind und hierzu nicht zuletzt über den Grundrechtsschutz auch der Schutz des einzelnen gehört, ist der Rechtsschutz, oder wie Sie, Herr Wahl, es gesagt haben, der Rechtswahrungsauftrag in den Zielen selbst enthalten. Damit ist auch der Ansatz, den Konflikt zu steuern, im materiellen Recht selbst verankert, und ich würde Ihnen, Herr Wahl, deshalb sehr dankbar sein, wenn Sie demgegenüber die Selbständigkeit der von Ihnen genannten Topoi „Bürgernähe, Wirtschaftlichkeit“ usw. vielleicht erläutern könnten.

3. Mich hat an der bisherigen Diskussion ein Punkt ein wenig gestört. Nämlich der, daß wir diese Konfliktsteuerung nahezu ausschließlich an den komplexen Großverfahren der öffentlichen Verwaltung orientieren. Die Masse der Verwaltungswirklichkeit, nicht die sog. „Massenverfahren“, also etwa die 95% der Fälle, spielen sich in ganz anderen Verfahren ab,

nämlich in Einzelverfahren des einzelnen Bürgers gegenüber der einzelnen Verwaltungsbehörde bzw. dem einzelnen Verwaltungsbeamten. Deshalb müßte auch für die Masse dieser bipolaren Verwaltungsverfahren m. E. eine generelle Regelung des Konfliktes zwischen Verwaltungseffizienz und Individualschutz vorgenommen werden. Dies ist auch im Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz erfolgt, und insofern stimme ich dem zu, was Herr *Erichsen* gesagt hat, daß es nämlich gerade für die Masse der Verwaltungsverfahren nicht sinnvoll ist, in bereichsspezifische Besonderheiten auszuweichen. Die Frage ist für mich nur, ob das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz mit seiner bisher angebotenen Typisierung sachgerechte Differenzierungen vorgenommen hat. Die Unterscheidung etwa zwischen formlosen und förmlichen Verfahren halte ich für relativ willkürlich. Ich möchte demgegenüber entsprechend den Überlegungen zum vorläufigen Rechtsschutz im gerichtlichen Verfahren vorschlagen, eine andere Differenzierung auf die Dauer gesetzlich vorzunehmen, etwa in bilaterale Verfahren, in mehrpolige Verfahren und in komplexe Großverfahren mit Entscheidungen, die raumbedeutsame Wirkungen haben. Erst nach einer solchen Differenzierung sollte man fragen, ob darüber hinaus bereichsspezifische Sonderregelungen erforderlich sind.

4. Dies leitet über zu einer letzten Bemerkung: Wenn es richtig ist, daß Verwaltungstathandlungen, die nicht Rechtsentscheidungen sind (Verrichtungen und Wissenserklärungen), ebenfalls Grundrechtsrelevanz besitzen, daß also die Grundrechte vor unmittelbar faktischen Beschränkungen durch Realakte gleichfalls schützen sollen, und wenn es 2. richtig ist, daß Verfahren im weitesten Sinne (einschließlich Organisation, Zuständigkeit und Verfahrensablauf) mehr oder weniger Grundrechtsrelevanz haben, dann ist in der Tat die Beschränkung der Verwaltungsverfahrensgesetze des Bundes und der Länder auf Rechtshandlungen unverständlich, und dann gebietet der *Gesetzesvorbehalt*, daß der parlamentarische Gesetzgeber insoweit eine Erweiterung vornimmt auch auf die Verwaltungstathandlungen, möglicherweise sogar auch auf die Vorentscheidungen der öffentlichen Verwaltung, die dann später in privatrechtliche Handlungs- und/oder Organisationsformen der Verwaltung einmünden. Insoweit wäre ich den beiden Referenten dankbar, wenn sie ihre Ansätze – Herr *Wahl* hat es so formuliert: „Die nur umweghaft angedeutet sind“ – in der dogmatischen Ableitung und im Ergebnis verdeutlichen könnten. Herr *Mußgnug*, wenn Sie sagen, es käme nur auf Begründung und Einsehbarkeit der Ergebnisse des Verwal-

tungshandelns an, dann frage ich, wie denn der Bürger diese Ergebnisse akzeptieren soll, wenn sie für ihn nicht transparent gemacht werden. Gerade Sie haben in Ihrer früheren Schrift über den gesetzlichen Verwaltungsbeamten aufgezeigt, daß für den Bürger die Binnenstruktur der öffentlichen Verwaltung insgesamt von erheblicher Bedeutung sein kann, und – wie wir nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts namentlich in der Asylrechtsentscheidung vom Februar 1981 ergänzen müssen – auch Grundrechtsrelevanz besitzen.

Isensee: Das Referat Herrn *Pietzckers* enthält eine provozierende These, die zwar nicht meinen Widerspruch, wohl aber meine Neugier weckt: Verfahren sei kein Grundrechtseingriff. Wenn diese These beim Wort genommen wird, so bestand vor dem Erlaß der Verwaltungsverfahrensgesetze keine rechtsstaatlich bedenkliche Lücke, war also die gesetzliche Regelung nicht durch den Vorbehalt des Gesetzes geboten.

Doch wichtiger als eine solche akademische Feststellung wäre die praktische Anwendung der These auf eine zeitgemäße Verfahrensneurose: das Verfahren der Einstellung für den öffentlichen Dienst. Hier bestehen heute nur noch Verfahrensprobleme, nachdem die materiell-rechtlichen Fragen im wesentlichen vom Bundesverfassungs- und vom Bundesverwaltungsgericht gelöst worden sind. Wenn das Verfahren kein Grundrechtseingriff ist, wenn es, im Prinzip jedenfalls, Grundrechtsbedingung, nicht Grundrechtsbeschränkung bedeutet: können dann die Verfahrensakte bei der Bewerberprüfung Grundrechtseingriffe sein? Die Frage bezieht sich vor allem auf die juristisch umstrittenen Verfahrensakte der Amtshilfe über personenbezogene Daten. Falls aber die These nicht so verstanden werden darf, wie sie formuliert ist, und Amtshilfe einen Grundrechtseingriff bilden soll, dann wäre eine grundrechtliche Rechtfertigung geboten. Sie ergäbe sich daraus, daß der Bewerber mit seinem Antrag auf Einstellung in den öffentlichen Dienst *ipso iure* sein Einverständnis darüber erklärt, daß die Behörde alle relevanten Tatsachen nach dem Untersuchungsgrundsatz, falls notwendig, auch durch Amtshilfe, ermittelt. Die verfahrensrechtliche Ermittlungsmaßnahme könnte nicht wie ein belastender Verwaltungsakt behandelt werden, weil es sich um die Voraussetzung für den Erlaß eines beantragten begünstigenden Verwaltungsaktes handelt.

Herr *Pietzcker* versucht, das verfahrensrechtliche Dilemma der Asylpraxis mit dem Hinweis auf den Suspensiveffekt herunterzuspielen. Doch der Suspensiveffekt hat damit nichts zu tun. Er wird ausgelöst durch die Anfechtungsklage und den

Widerspruch, der ihr vorausgeht. Er erreicht eine vorläufige Freiheitsverschönerung gegenüber dem Eingriff. Er schützt den status negativus. Die Zuerkennung des Asyls ist dagegen eine Frage des status positivus. Die Vorwegnahme der Leistung, auf die sich die Verpflichtungsklage richtet, kann ausnahmsweise durch einstweilige Anordnung erfolgen. Die automatische verfahrensrechtliche Vorwegnahme aber, die der Asylantrag bewirkt, ist daher eine Anomalie.

Eine Bemerkung zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der sich heute von seiner ursprünglichen Bedeutung ablöst und zur mehrdeutigen Allerweltsformel auswächst: Im ursprünglichen, im polizeirechtlichen Verständnis bezieht sich der Grundsatz auf die Relation zwischen einem Verwaltungsziel und der Rechtseinbuße, die ein Privater deshalb erleidet. Neuerdings wird er auch auf die Relation des Verwaltungsaufwandes zum Verwaltungsziel angewendet; er wird also in den Dienst der Verwaltungsökonomie gestellt (die im Polizeirecht kein Thema der Verhältnismäßigkeit ist, sondern eines des Opportunitätsprinzips). Bei der Diskussion über das Einstellungsverfahren in den öffentlichen Dienst scheint das Argument „Verhältnismäßigkeit“ doppeldeutig: als Schutz der Verfahrensökonomie und als Schutz der Grundrechte. Die Verhältnismäßigkeit gewinnt darüber hinaus Bedeutung, wenn sie der Verwaltungsökonomie den Rechtstitel gibt, das Gesetz zu korrigieren. Diese Funktion übernimmt sie in der typisierenden Finanzverwaltung; diese verschiebt contra legem den Untersuchungsgrundsatz, das Gebot der materiellen Wahrheit, letztlich sogar die Besteuerungsgleichheit zugunsten der Verwaltungsökonomie.

Zacher: Wie das von mir erwartet wird, passen mir die beiden Referate schon vom Ansatz her nicht. Sonst paßt mir vieles. Aber der Ansatz paßt mir nicht. Sie haben die Provokation des Rechts auf das Recht wirken lassen, nicht die Provokation der Sache auf das Recht.

Meine Kritik bezieht sich z. B. auf den Anfang von Herrn Wahl. In der These 1 a definieren Sie den Verwirklichungsmodus des Rechts. Sie kommen in These 3 dann auf weitere Dinge. Aber was finden wir da wirklich über die elementare prozedurale Konstellation der Verwaltung? Daß da ein Sachverhalt ist und eine Verwaltung, die darauf reagieren muß, daß es da Beteiligte gibt, und daß die Verwaltung mit ihnen und in sich nun kommunizieren muß, um zu einer Willensbildung zu kommen, – das sind die Probleme, die nun ja eigentlich das Verwaltungsverfahren erst konstituieren. Und darüber finde ich in dieser Konzeption zu wenig.

Das zweite, was ich unter dem Gesichtspunkt aufgreifen möchte, findet sich bei Herrn *Pietzcker* in der These 7. Es geht um die These mit den Mitwirkungslasten – darum, daß die Verantwortung bei der Behörde bleibt. Ich bin der Letzte, der der Behörde nicht die Verantwortung zuteilen würde. Aber das darf doch nicht realitätsfern gedacht werden. Für den Kommunikationsvorgang, um den es da geht, genügen der Behörde doch nicht die Mitwirkungslasten. Sondern sie muß wissen, welche Interessen da sind, wie die Interessen gesehen werden; sie muß ja auch, damit das Recht nicht verfehlt wird, sogar die Rechtsstandpunkte kennen. Ich halte immer das rechtliche Gehör schon für einen Ausfluß des Verhältnismäßigkeitsprinzips. Wenn man nicht weiß, wie die Betroffenen denken, verfehlt man mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit die Verhältnismäßigkeit allein schon deshalb. Ich würde also hier diese Kommunikation der Behörde mit den Beteiligten in einer viel umfassenderen Weise und damit natürlich auch einer sehr viel regelungsbedürftigeren und „gefährlicheren“ Weise sehen.

Dritter Punkt – der geht nun etwas tiefer. Sie sind ausgegangen von dem Verwaltungsverfahren, wie es im Verwaltungsverfahrensgesetz geregelt ist. Und Sie gehen nun in einigen Thesen, die heute schon mehrfach zitiert worden sind, von diesem Kernbereich – scheinbaren Kernbereich – von Verwaltungsverfahren aus. Sie blicken von da aus hinaus und sagen: Vielleicht gilt Entsprechendes auch beim schlichten Verwaltungshandeln (das Herr *Mußgnug* nur mit dem Kommando eines Unteroffiziers identifiziert hat – merkwürdige Identifikation), und dann vielleicht auch für das privatrechtliche Handeln. Es wurde heute schon mehrfach gesagt, daß das Handeln der Verwaltung, in dem „Verfahren“ sich vollzieht und vollziehen muß, ja ganz breit ist. Herr *Fleiner* hat viele Beispiele genannt, von der Gesetzgebungsvorbereitung bis zur Unternehmensführung. Ich würde aber vor allem – und das fehlt mir immer noch – das nennen, was alltäglich an anstaltlichen Leistungen, an Dienstleistungen, in der Schule, in der Betreuung, in der Behandlung – Sie haben es irgendwann einmal erwähnt – geschieht. Und aus dieser Masse von Verwaltung heben sich erst nun diese abgrenzbaren und – sozusagen – besonders feierlichen Verwaltungsverfahren, von denen Sie gesprochen haben, heraus. Hier, würde ich sagen, muß man eigentlich die ganze Verwaltungshandlungslehre einbringen. Gerade wenn der Realakt – ich mag den Ausdruck „schlichtes Verwaltungshandeln“ nicht, weil er zu unscharf ist und gelegentlich ganz komplexe Geschäfte meint – am Ende steht, dann passiert etwas, was nicht mehr einfach „aufgehoben“

werden kann wie ein Verwaltungsakt. Wenn ein Kind falsch erzogen ist, wenn ein Patient falsch behandelt ist, da passiert etwas Unwiderrufliches. Warum nehmen wir das soviel weniger ernst als das, wo wir hintennach noch drei, vier, fünf Instanzen bis zum Menschenrechtsgerichtshof hin haben, wo alles noch korrigiert werden kann. Die realen Endgültigkeiten, die müssen wir mindestens so ernst nehmen wie die Geschehnisse in der Welt des Wollens und Sollens.

Vorsitzender: Wir kommen zu den Schlußworten. Zunächst bitte Herr *Pietzcker*!

Pietzcker: Wenn ich auswählen darf und muß – der Herr Vorsitzende hat mich dazu animiert – ganz kurz, Herr *Isensee*, weil Sie es noch einmal angesprochen haben: die Frage des Grundrechtseingriffes. Ich habe die These vorhin schon relativiert, ich weiß nicht, ob ich sie noch weiter relativieren soll, das überlege ich mir noch, das mache ich im Moment noch nicht. Bei der Amtshilfe und dem Datenschutz geht es natürlich um Grundrechtseingriffe. Daß im Verfahren Grundrechtseingriffe geschehen können, ist unbezweifelbar. Auch bei der Vollstreckung gegen einen Herzkranken – Sie erinnern sich an diese Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im Zwangsvollstreckungsverfahren – handelt es sich um Grundrechtseingriffe. Mir ging es darum, ob die grundsätzliche Kategorie Eingriff (mit der Folge, daß dann die Schranke des Eingriffes, die Herr *von Mutius* nennt, gilt) für das Verfahrensrecht als solches, für die Regelung paßt. Ich meine, man kann das Verwaltungsverfahrensgesetz nicht als Eingriff verstehen und nun messen, ob irgendwo wiederum Schranken des Eingriffs bestehen. Das paßt von vornherein nicht. Das war mein Ansatz. Es geht also um eine generelle Bewertung des Verfahrensrechts und nicht darum, ob an einzelnen Punkten Verfahrensregelungen grundrechtswidrig sind.

Herr *Zacher* hat uns vorgehalten, daß wir nur sehr wenig herausgegriffen haben und eigentlich das Wichtigste nicht behandelt haben. Das mag schon sein, nur meine ich, daß das auch nicht Aufgabe des Verwaltungsverfahrens ist. Die Erziehung der Kinder – damit hat das Verwaltungsverfahren nichts zu tun, und es wäre wahrscheinlich gar nicht gut, wenn es als Verwaltungsverfahren stärker verrechtlicht und verförmlicht würde. Das versuchte ich im Referat hervorzuheben. Viele Dinge können gar nicht sinnvoll in diesen Bereich hineingenommen werden. Vielleicht habe ich Sie falsch verstanden – dann bitte ich um Entschuldigung.

Ein dritter Punkt, der verschiedentlich angesprochen wurde: Verwaltungseffizienz als eigenständiges Verfassungsprinzip. Da darf ich vielleicht die Brücke zu gestern schlagen, was ich sonst sehr wenig getan habe. Mir scheint hier eine Parallele zu den Grundpflichten zu liegen. Es ist vielleicht nicht nötig, Grundpflichten und Verwaltungseffizienz als Verfassungsprinzipien zu verstehen. Es genügt zu fragen, welche Rechte bestehen und wie sie einschränkbar sind, im Interesse der Verwaltungseffizienz, die ein legitimes Ziel ist, das der Gesetzgeber durchsetzen kann. Deshalb halte ich es nicht für nötig, ein eigenständiges Verfassungsprinzip zu kreieren. Ich sehe wie bei den Grundpflichten darin keinen dogmatischen Gewinn, eher eine gewisse Verunsicherung.

Auf der Suche nach einem Schlußwort habe ich natürlich auch in den Veröffentlichungen der Vereinigung geblättert und bin bei Herrn *Bettermanns* Referat fündig geworden: Sein letzter Satz lautete sinngemäß (ich kann das nicht wörtlich zitieren): Herrn *Scheuners* These, daß nämlich aus Art. 19 IV die Garantie eines ordentlichen Verwaltungsverfahrens folge, habe er zum ersten Mal gehört, und er glaube nicht, daß sie hilfreich und nützlich sei. Heute würden die meisten, wie ich das auch der Diskussion entnommen habe, übereinstimmen, daß zwar nicht aus 19 IV GG, aber aus den einzelnen Grundrechten in der Tat die Garantie einer grundrechtsgemäßen Verfahrensgestaltung und Verfahrensverwirklichung folgt. In meinem Referat ist der Akzent vielleicht etwas zu sehr auf die Grenzen dieser grundrechtlichen Verfahrensgestaltung und -garantie gelegt worden; das hängt damit zusammen, daß die Diskussion in den letzten Jahren und Monaten sehr stark in die andere Richtung gegangen ist und sich von daher natürlich das Gegenargument aufdrängt: Sind wir wirklich mit dem Mühlheim-Kärlich-Beschluß, wenn das verallgemeinert wird, auf der richtigen Spur? Deshalb täte es mir leid, wenn das Referat nun verstanden wird als grundsätzliche Absage. Ich habe versucht, die Schwierigkeit eines Weges aufzuzeigen, der sowohl die Grundrechtsverwirklichung ernst nimmt als auch die Praxis oder die möglichen praktischen Auswirkungen einbezieht. Hier scheint mir ein großes Problem zu liegen, das ich natürlich nicht lösen konnte: daß viele der Vorschläge vielleicht plausibel sind, vielleicht nicht plausibel sind, ihre tatsächliche Auswirkung aber ungewiß ist. Das erschien mir bei dem Referat das Hauptproblem. Vielen Dank.

Vorsitzender: Herr *Wahl*, darf ich nun Sie um ein Schlußwort bitten.

Wahl: Verfahren ist nicht gleich Verfahren, aber, Herr *Zacher*, es muß immerhin ein Verfahren sein – und daran fehlt es beim schlichten Handeln. Bei allen von mir geteilten Forderungen, den Schutzbedürfnissen der Betroffenen beim schlichten Verwaltungshandeln besser gerecht zu werden, sind mir bisher befriedigende Lösungen nicht sichtbar geworden, vor allem nicht Lösungen, die die Schutzbedürfnisse über die Konstruktion von Verfahren befriedigen können. Das Verwaltungsverfahren ist der Verwirklichungsmodus des Verwaltungsrechts, so habe ich es in These 1 a ausgedrückt. Dies war, Herr *Zacher*, von Jurist zu Jurist gesprochen, weil sogleich These 1 b folgt, die die Konsequenz dieser Ausgangsfeststellung für das Recht zieht. Die über die Rechtsverwirklichung hinausgehenden Funktionen des Verfahrens habe ich später mit dem Gesamtauftrag der Verwaltung in These 3 a angesprochen und in dem Bild des Fünf- oder Sechsecks wohl auch umfangreich und umfassend beschrieben.

Zweitens: Wenn ich in der Ausgangsthese sage, daß das Verwaltungsverfahren Teil des Verwirklichungsprozesses des Verwaltungsrechts ist, dann zielt diese Feststellung bewußt auf das einfache Verwaltungsrecht. Ich halte es nicht für förderlich, wenn in diesem Zusammenhang vorwiegend von Grundrechtsverwirklichung gesprochen wird. Das Referat argumentiert bewußt weniger aus der Vogelperspektive der Grundrechte, als von der Basis, vom Verwaltungsrecht aus. Insgesamt geht es meiner Meinung nach nicht um Fragen der Auf- oder Abwertung des Verfahrensrechts, sondern um die Normalität des Verhältnisses zwischen Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht, auch im Verwaltungsverfahrensrecht. Normal ist es, daß auf das Verfahrensrecht die Grundrechte einwirken, und zwar die Grundrechte in all den Dimensionen, die dogmatisch anerkannt sind. Daraus folgt jedoch nichts Umstürzendes, weil das Verwaltungsverfahrensrecht längst konkretisiertes Verfassungsrecht ist. Ich meine, wir sollten uns, was die Frage der Verfassungsabhängigkeit des Verwaltungsrechts betrifft, von der Pose der ersten beiden Jahrzehnte nach Inkrafttreten des Grundgesetzes abwenden, nach der nämlich grundsätzlich alles Verwaltungsrecht als überkommenes und vorkonstitutionelles Recht dem Verdacht der mangelnden Verfassungsmäßigkeit ausgesetzt wurde. Das war damals richtig; heute geht es meist um etwas anderes, nämlich um verschiedene Auslegungsvarianten der neuen Gesetze; und häufig geht es dabei um Meinungsverschiedenheiten zwischen obersten Bundesgerichten einerseits und dem BVerfG andererseits. Im Mülheim-Kärlich-Beschluß z. B. wurde eine Interpretation der

Verwaltungsgerichte zur Frage der subjektiv-rechtlichen Bedeutung von Verfahrensvorschriften durch das BVerfG korrigiert. Um diese Art von Korrektur einer Gerichtsentscheidung durch die Entscheidung eines anderen, des höchsten Gerichts, handelt es sich bei einer Vielzahl der heutigen Verfassungsfragen, jedoch nicht mehr um einen grundsätzlichen Verdacht, alles einfache Verwaltungsrecht sei nicht verfassungsgemäß oder nicht verfassungsorientiert.

Drittens möchte ich nochmals auf die Notwendigkeit hinweisen, das Verwaltungsverfahren als integralen Bestandteil des Verwaltungsrechts zu verstehen. In der Stellungnahme zu den Problemen des § 46 VwVfG habe ich deshalb hervorgehoben, welche immanenten Konsequenzen aus Weichenstellungen im materiellen Verwaltungsrecht oder aus der Stellung der Verwaltungsgerichtsbarkeit für die Bedeutung des Verwaltungsverfahrens folgen, daß man also die Annahme eines Beurteilungs- oder Ermessensspielraums zusammen sehen muß mit der Folge der dann immer gegebenen Beachtlichkeit von Verfahrensfehlern.

Viertens einige Bemerkungen zur Effizienz: Ich habe sie definiert als Verwirklichung des Sach- und Rechtsauftrags der Verwaltung, und damit natürlich auch als Verwirklichung der Vielzahl der Ziele, die die Verwaltung hat. Insoweit halte ich Effizienz nicht für ein Rechtsprinzip oder ein Verfassungsrechtsprinzip. Die Effizienz lebt nicht von Bezügen zu verschiedenen Verfassungsrechtspostulaten, sondern aus der Kraft dessen, was im Verwaltungshandeln verwirklicht werden soll. Die Rechtsordnung stellt nicht neben jede Kompetenz, die sie der Verwaltung einräumt, noch ein zusätzliches Rechtsgebot an die Verwaltung, diese Kompetenz effizient auszuüben, sondern die Rechtsordnung begnügt sich damit, Zuständigkeiten und Handlungspflichten zu statuieren; Effizienz ist ein Sammelbegriff für weitere Ziele, die die Verwaltung im Rahmen der Rechtsordnung zu verfolgen hat.

Beim letzten Punkt habe ich im Hinblick auf den Beitrag zu Herrn *Badura* noch einige Gesichtspunkte zu dem Problem der Großverfahren nachzutragen. Es geht dabei um meine These, daß die Konzentrationsmaxime des § 44 a VwGO bei Großvorhaben disfunktional ist. Was meinen Vorschlag, Streitigkeiten über Verfahrensfehler gegebenenfalls in einem Zwischenrechtsstreit zu erledigen, betrifft, so ist zunächst zu wiederholen, daß auch insoweit empirische Untersuchungen oder plausible Abschätzungen der möglichen Folgen fehlen. Gleichwohl sehe ich nicht, daß die z. Z. noch unbekannten Auswirkungen des von mir vorgeschlagenen Modells grundsätzlich

schlechter sein würden als die bekannten Auswirkungen der derzeitigen Lage. Insgesamt halte ich es für sehr viel angemessener, wenn der Gesetzgeber hier begrenzte Experimente vornehmen würde, als daß, wie derzeit, über Gerichtsentscheidungen von Fall zu Fall Prozesse des trial and error gerade bei diesen jeweils sehr folgenreichen Großvorhaben gemacht werden müssen. In diesem Zusammenhang der von mir vorgeschlagenen Dekonzentration des Streitstoffs bei Großvorhaben noch kurz zwei praktische Gesichtspunkte, weil deren Fehlen gerügt worden ist. Zum einen braucht dasungsverfahren nicht völlig zum Stillstand zu kommen, wenn ein Zwischenrechtsstreit geführt werden muß – schließlich können die Akten des Verfahrens auch fotokopiert werden, wenn ein Streit über Akteneinsicht oder über Verfahrensfehler durch das Gericht zu entscheiden ist. Zum anderen gibt es außerdem in dem langgestreckten Ablauf der komplexen Verfahren immer wieder genug Zeit, um solche gerichtlichen Zwischenstreite durchführen zu können. Schließen möchte ich mit der nochmaligen Forderung nach mehr empirischer Forschung und nach mehr gesetzgeberischen Experimenten in diesem Bereich der Großvorhaben.

Vorsitzender: Vielen Dank allen Diskussionsteilnehmern auch für die Kürze der Beiträge. Vielen Dank vor allen Dingen an die beiden Referenten. Damit ist das wissenschaftliche Programm zu Ende, und ich schließe die Aussprache zum 2. Beratungsgegenstand.

Verzeichnis der Redner

Bachof S. 97, 112, 126, 132, 244, 247

Badura S. 232

Battis S. 235

Berg S. 108

Bettermann S. 242, 254, 258

Breuer S. 142, 280

Böckenförde S. 114

Bullinger S. 106, 242, 245

Dagtolglou S. 132, 247

Doehring S. 100

Erichsen S. 133, 278

Fleiner S. 248

Götz S. 117, 132, 146

Grimm S. 102, 105, 129

Häberle S. 92, 277

Hailbronner S. 108, 131

Heckel S. 113

Hofmann S. 120, 144

Hollerbach S. 127

H. P. Ipsen S. 88

Isensee S. 130, 132, 242, 288

Kirchhof S. 128, 130

Kisker S. 277

E. Klein S. 138

Kloepfer S. 140, 245

H. Meyer S. 234, 257

Münch S. 270

Mußnug S. 258

v. Mutius S. 285

Novak S. 140

Oppermann S. 95, 143

Ossenbühl S. 236

Pietzcker S. 265, 291

Püttner S. 132, 282

Quaritsch S. 239

Rauschning S. 140, 269

Roellecke S. 137
Schenke S. 274
H. P. Schneider S. 243, 284
Schuppert S. 106
Schwabe S. 284
Starck S. 111, 113
Steiner S. 277
Suhr S. 134
Thieme S. 237
Trzaskalik S. 250
Vogel S. 103
Wagener S. 272
Wahl S. 262, 293
Wilke S. 253
Zacher S. 89, 104, 289
Zippelius S. 110, 126
Zuleeg S. 242

Verzeichnis der Mitglieder der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer

Stand: 20. 12. 1982

Vorstand

1. *Lerche*, Dr. Peter, o. Professor,
Junkersstr. 13, 8035 Gauting b. München, (0 89) 8 50 20 88;
Universität München, (0 89) 21 80 33 35
2. *Schmitt Glaeser*, Dr. Walter, o. Professor,
Rübezahlweg 9 A, 8580 Bayreuth (09 21) 3 20 70,
Universität Bayreuth, (09 21) 55 29 42
3. *Schmidt-Aßmann*, Dr. Eberhard, o. Professor,
Höhenstr. 30, 6900 Heidelberg, (0 62 21) 80 08 03;
Universität Heidelberg, (0 62 21) 54 74 28

Mitglieder

1. *Abelein*, Dr. Manfred, o. Professor,
Rheinweg 12, 5300 Bonn, (02 28) 2 56 92
(Universität Regensburg)
2. *Abendroth*, Dr. Wolfgang, Professor,
Neuhauss-Str. 5, 6000 Frankfurt/M. 1, (06 11) 55 15 26
3. *Achterberg*, Dr. Norbert, Professor,
Küperweg 11, 4400 Münster, (0 25 34) 74 22;
Univ., (02 51) 83 27 61
4. *Adamovich*, Dr. Ludwig, o. Professor a.D.,
Roosevelt-Platz 4, A-1090 Wien, (02 22) 42 73 95;
dienstl., (02 22) 66 16 23 61
5. *Antoniolli*, Dr. Dr. h.c. Walter, o. Universitätsprofessor,
Ottensteinstr. 35, A-2344 Maria Enzersdorf, (0 22 36) 45 09
(Universität Wien)
6. *Armbruster*, Dr. Hubert, o. ö. Professor,
An der Allee 69, 6500 Mainz, (0 61 31) 3 19 50;
Univ., (0 61 31) 39 23 84
7. *Arndt*, Dr. Hans-Wolfgang, Privatdozent,
Jakob-Burckhardt-Str. 18, 7750 Konstanz, (0 75 31) 6 34 28

8. *v. Arnim*, Dr. Hans Herbert, Professor,
Viehtriftstr. 126, 6720 Speyer, (0 62 32) 4 36 63;
Hochschule Speyer, (0 62 32) 10 63 43
9. *Arnold*, Dr. Rainer, o. Professor,
Wolfsteinerstr. 14, 8400 Regensburg, (09 41) 9 96 70;
Univ., (09 41) 9 43 26 54/5
10. *Baade*, Dr. Hans W., Professor,
6002 Mountain Climb Drive, Austin/Texas, USA, 78 731,
Tel. (5 12) 4 52 50 71 und 4 71 51 51
11. *Bachof*, Dr. Dr. h. c. Otto, o. Professor,
Auf dem Kreuz 3, 7400 Tübingen, (0 70 71) 6 11 44;
Univ., (0 70 71) 29 49 10 od. 29 25 49
12. *Badura*, Dr. Peter, o. Professor,
Am Rothenberg Süd 4, 8113 Kochel am See, (0 88 51) 52 89
(Universität München)
13. *Bäumlin*, Dr. Richard, o. Professor,
Riedmaad, CH-3765 Oberwil i. S., (0 33) 83 15 39;
Universität Bern, (0 31) 65 83 75/6
14. *Barbey*, Dr. Günther, apl. Professor,
Stallupöner Allee 22, 1000 Berlin 19, (0 30) 3 05 57 03
15. *Barfuß*, Dr. iur. Dr. rer. pol. Walter, a. o. Univ.-Prof.,
Neuer Markt 8, A-1010 Wien, (02 22) 52 68 41
16. *Bartlsperger*, Dr. Richard, o. Professor,
Schleifweg 55, 8521 Uttenreuth, (0 91 31) 5 99 16;
Universität Erlangen, (0 91 31) 85 28 18
17. *Battis*, Dr. Ulrich, Professor,
Rummenohler Str. 91, 5800 Hagen (0 23 55) 21 55;
Fernuniv., (0 23 31) 8 04 29 17
18. *Bayer*, Dr. Hermann-Wilfried, Professor,
Henkenbergstr. 45 a, 4630 Bochum, (02 34) 79 17 44;
Univ., (02 34) 7 00 57 24
19. *Berchtold*, Dr. Klaus, Universitätsdozent,
Bräunerstr. 4–6/22, A-1010 Wien, (02 22) 53 14 34
20. *Berg*, Dr. Wilfried, Professor,
Waldsteinring 25, 8580 Bayreuth, (09 21) 9 31 25;
Univ., (09 21) 55 28 76
21. *Berka*, Dr. Walter, Universitätsdozent,
Birkenweg 2, 5400 Hallein, (0 62 45) 6 25 52;
dienstl.: Weiserstr. 22, A-5020 Salzburg,
(0 62 22/4 45 11) 3 16
22. *Bernhardt*, Dr. Rudolf, o. Professor,
Gustav-Kirchhoffstr. 2 a, 6900 Heidelberg, (0 62 21) 4 36 99;
dienstl. (0 62 21) 4 21 33 u. 4 21 47

23. *Bethge*, Dr. Herbert, o. Professor,
Am Seidenhof 10, 8390 Passau, (08 51) 4 16 97;
Univ., (08 51) 50 91 97
24. *Bettermann*, Dr. Dr. h. c. Karl-August, ord. Professor,
Alte Landstr. 173, 2000 Hamburg 63, (0 40) 5 38 40 64;
Univ., (0 40) 41 23 45 57
25. *Birk*, Dr. Dieter, o. Professor,
Kinderhauser Str. 6, 4400 Münster, (02 51) 27 29 82,
Univ., (02 51) 83 27 95
26. *Bleckmann*, Dr. Dr. Albert, Professor,
Straßburger Weg 44, 4400 Münster, (02 51) 79 60 00;
Univ., (02 51) 83 20 21
27. *Blümel*, Dr. Willi, o. Professor,
Angelhofweg 65, 6901 Wilhelmsfeld, (0 62 20) 18 80;
Hochschule Speyer, (0 62 32) 10 63 62
28. *Blumenwitz*, Dr. Dieter, o. Professor,
Herzog-Albrecht-Str. 26, 8011 Zorneding, (0 81 06) 26 82;
Universität Würzburg, (09 31) 3 13 08
29. *Böckenförde*, Dr. iur. Dr. phil. Ernst-Wolfgang, o. Professor,
Türkheimstr. 1, 7801 Au bei Freiburg, (07 61) 40 56 23;
Universität Freiburg, (07 61) 2 03 34 31
30. *Böckstiegel*, Dr. Karl-Heinz, Professor,
Parkstr. 38, 5060 Bergisch-Gladbach, (0 22 04) 6 62 68
31. *Bogs*, Dr. Harald, Professor,
Dresdener Str. 7, 3406 Bovenden, (05 51) 8 15 95;
Universität Göttingen, (05 51) 39 73 92
32. *Bothe*, Dr. Michael, Professor,
Mitobiusweg 8, 3057 Neustadt/a. Rbge., (0 50 32) 6 25 24;
Universität Hannover, (05 11) 7 62 82 48
33. *Breuer*, Dr. Rüdiger, Professor,
Heinrich-Brauns-Str. 4, 5500 Trier, (06 51) 2 14 78;
Univ., (06 51) 71 64 65
34. *Brohm*, Dr. Winfried, o. Professor,
Wydenmööslistr. 11, CH-8280 Kreuzlingen, (0 72) 75 15 25;
Universität Konstanz, (0 75 31) 88 21 69/76
35. *Brünner*, Dr. Christian, o. Universitätsprofessor,
Rosengasse 9, A-8042 Graz, (03 16) 4 45 18;
Univ., (03 16) 3 15 81/4 76
36. *Brunner*, Dr. Georg, o. Professor,
Sonnleite 3, 8700 Würzburg, (09 31) 27 16 36;
Univ., (09 31) 3 13 32

37. *Bryde*, Dr. Brun-Otto, Professor,
Hellgrund 123, 2000 Wedel, (0 41 03) 35 93;
Hochschule der Bundeswehr München,
(0 89) 60 04/42 43/41
38. *Bülck*, Dr. Hartwig, o. Professor,
Hohe Roth, 6121 Schöllnbach
(Hochschule Speyer)
39. *Bull*, Dr. Hans-Peter, o. Professor,
Stephan-Lochner-Str. 2, 5300 Bonn 2, (02 28) 37 50 91/98,
(Universität Hamburg)
40. *Bullinger*, Dr. Martin, o. Professor,
Altschlößleweg 4, 7801 Au bei Freiburg, (07 61) 40 23 89;
Universität Freiburg, (07 61) 2 03 35 16
41. *Burmeister*, Dr. Joachim, o. Professor,
Blücherstr. 37, 6670 St. Ingbert-Rohrbach, (0 68 94) 5 75 83,
Univ., (06 81) 3 02 21 28
42. *v. Campenhausen*, Dr. Frhr. Axel, Professor,
Goßlenstr. 109, 3400 Göttingen;
Univ., (05 51) 39 73 68
43. *Carstens*, Dr. Karl, o. Professor,
Dechant-Kreiten-Str. 43, 5309 Meckenheim, (0 22 25) 24 55
44. *Dagtoglou*, Dr. Prodamos, o. Professor,
Hippokrates Str. 33, Athen 144/Griechenland,
Universität Athen, 00 30/1/3 62 90 65
45. *Degenhart*, Dr. Christoph, Professor,
Stormstr. 3, 8500 Nürnberg 20, (09 11) 59 24 62;
Univ. Münster, (02 51) 83 98 03
46. *Delbrück*, Dr. Jost, Professor,
Schoolredder 20, 2300 Kiel-Altenholz, (04 31) 32 25 58;
Univ., (04 31) 8 80 21 49
47. *Denninger*, Dr. Erhard, Professor,
Am Wiesenhof 1, 6240 Königstein 3, (0 61 73) 7 89 32;
Universität Frankfurt, (06 11) 7 98 26 54
48. *Dicke*, Dr. Detlev Christian, o. Professor,
Alpenstr. 919, CH-3178 Bödingen
(Universität Freiburg/Schweiz)
49. *Dittmann*, Dr. Armin, Privatdozent,
Süsserstr. 34, 7400 Tübingen 9, (0 70 71) 8 24 56;
Univ., (0 70 71) 29 29 53
50. *Doehring*, Dr. Karl, o. Professor,
Mühlthalstr. 117/3, 6900 Heidelberg, (0 62 21) 4 58 80;
Univ., (0 62 21) 54 74 54
51. *Dreier*, Dr. Ralf, Professor,
Wilhelm-Weber-Str. 4, 3400 Göttingen, (05 51) 5 91 14;
Univ., (05 51) 39 73 84

52. *Dürig*, Dr. Günter, o. Professor,
Staufenstr. 9, 7400 Tübingen, (0 70 71) 8 25 08
53. *Ehlers*, Dr. Dirk, Professor,
Am Mühlenbach 14, 4403 Senden, (0 25 97) 84 15;
Universität Münster, (02 51) 83 27 45
54. *Ehmke*, Dr. Horst, o. Professor, Mitglied d. Dten. Bundes-
tages,
Konrad-Adenauer-Str. 19, 5340 Rhöndorf/Rhein,
(0 22 24) 61 08;
Bundeshaus, 5300 Bonn 1
55. *Eichenberger*, Dr. Kurt, o. Professor,
Bärenbrunnenweg 4, CH-4144 Arlesheim b. Basel, (0 61)
72 33 86
56. *Erbel*, Dr. Günter, Professor,
Adenauerallee 47—49, 5300 Bonn;
Univ., (02 28) 7 03 85/27
57. *Erichsen*, Dr. Hans-Uwe, o. Professor,
Frans-Hals-Str. 37, 4630 Bochum 1, (02 34) 43 29 70;
Universität Münster, (02 51) 83 27 41
58. *Ermacora*, Dr. Felix, o. Universitätsprofessor,
Karl-Lueger-Ring, A-1010 Wien I, (02 22) 42 76 11
59. *Evers*, Dr. Hans-Ulrich, o. Universitätsprofessor,
Wolfsgartenweg 30, A-5020 Salzburg, (0 62 22) 26 02 03;
Univ., (0 62 22) 4 45 11/3 16
60. *Faber*, Dr. Heiko, Professor,
Wunstorfer Str. 1, 3007 Gehrden 1, (0 51 08) 22 34;
Universität Hannover, (05 11) 7 62 82 06
61. *Fiedler*, Dr. Wilfried, Professor
Holm 27, 2300 Kiel-Rammsee, (04 31) 6 55 69;
Univ., (04 31) 8 80 21 50
62. *Fleiner*, Dr. Thomas, o. Professor,
Le Riedelet 9, CH-1723 Marly FR, (0 37) 46 12 61
63. *Folz*, Dr. Hans-Ernst, Professor,
An der Hausstatt 50, 3550 Marburg, (0 64 21) 6 35 36;
Univ., (0 64 21) 28 31 23/28
64. *Frank*, Dr. Götz, Privatdozent,
Hinter den langen Höfen 11, 3161 Immensee, (0 51 75) 28 30;
Universität Hannover, (05 11) 7 62 82 29/82 08
65. *Friauf*, Dr. Karl Heinrich, o. Professor,
Eichenhainallee 17, 5060 Bergisch-Gladbach 1,
(0 22 04) 6 19 84
66. *Friesenhahn*, Dr. Dr. h. c. Ernst, o. Professor,
Wegelerstr. 2, 5300 Bonn, (02 28) 65 75 38

67. *Fröhler*, Dr. Ludwig, o. Universitätsprofessor,
Altenbergerstr. 39, A-4010 Linz-Urfahr
68. *Fromont*, Dr. Michel, Professor,
9, Impasse Henri Bouchard, F-21000 Dijon, (80) 57 41 65;
Univ., (80) 66 81 34
69. *Frotscher*, Dr. Werner, o. Professor,
Hundersingerstr. 11, 7000 Stuttgart 70, (07 11) 45 57 11;
Universität Hohenheim, (07 11) 45 01 27 92
70. *Frowein*, Dr. Jochen A., o. Professor,
Berliner Str. 48, 6900 Heidelberg 1
dienstl., (0 62 21) 4 21 33 od. 4 21 47
71. *Funk*, Dr. Bernd-Christian, o. Professor,
Mariatroster Str. 111/3, A-8045 Graz, (03 16) 3 10 82;
Univ., (03 16) 3 15 81
72. *Gallent*, DDr. Kurt, Universitätsdozent,
Pestalozzistr. 1/III, A-8010 Graz, (03 16) 77 89 62;
dienstl., (03 16) 7 30 54
73. *Gallwas*, Dr. Hans-Ullrich, Professor,
Hans-Leipelt-Str. 16, 8000 München 40, (0 89) 32 83 66;
Univ., (0 89) 21 80 32 62
74. *Geck*, Dr. Wilhelm Karl, M. A., o. Professor,
Privatweg, 6670 St. Ingbert-Reichenbrunn, (0 68 94) 73 26;
Universität Saarbrücken, (06 81) 3 02 21 05
75. *Göldner*, Dr. Detlef, Privatdozent,
Wilhelmshavener Str. 20, 2300 Kiel, (04 31) 8 16 44
76. *Görg*, Dr. Hubert, o. Professor,
Ellersberg, 5064 Rösrath, (0 22 05) 25 40
77. *Goerlich*, Dr. Helmut, Privatdozent,
Dorotheenstr. 95, 2000 Hamburg 60, (0 40) 2 79 87 06;
dienstl. (0 40) 34 97-38 90
78. *Götz*, Dr. Volkmar, o. Professor,
Geismarlandstr. 17 a, 3400 Göttingen, (05 51) 4 31 19
79. *Grabitz*, Dr. Eberhard, o. Professor,
Cosimaplatz 2, 1000 Berlin 41, (0 30) 8 52 21 36;
Univ., (0 30) 8 38 49 49
80. *Grawert*, Dr. Rolf, Professor,
Aloysiusstr. 28, 4630 Bochum 1, (02 34) 47 36 92;
Univ., (02 34) 7 00 28 09
81. *Grewe*, Dr. Dr. h. c. Wilhelm G., o. Professor,
Zum kleinen Ölberg 28,
5330 Königswinter 41 (Thomasberg), (0 22 44) 68 74;
dienstl., (02 28) 21 41 60

82. *Grimm*, Dr. Dieter, o. Professor,
Fahlenbreede 2, 4802 Halle, (0 52 01) 1 02 40;
Universität Bielefeld, (05 21) 1 06 44 05
83. *Gygi*, Dr. Fritz, o. Professor,
Beatusstr. 28, CH-3006 Bern, (0 31) 44 86 38
84. *Häberle*, Dr. Peter, o. Professor,
Universität Bayreuth, Universitätsstr., Postfach 3008,
8580 Bayreuth
85. *Häfelin*, Dr. Ulrich, o. Professor,
Müseliweg 1, CH-8049 Zürich, (01) 56 84 60
86. *Hahn*, Dr. Hugo J., LL.M. (Harvard), o. Professor,
Frankenstr. 63, 8700 Würzburg 1, (09 31) 28 42 86;
Univ. (09 31) 3 13 10
87. *Hailbronner*, Dr. Kay, o. Professor,
Toggenbühl, CH-8557 Fruthwilen, (0 72) 64 19 46;
Universität Konstanz, (0 75 31) 88 22 47
88. *Haller*, Dr. Herbert, a. o. Universitätsprofessor,
Felix-Mottl-Str. 48 Haus 2, A-1190 Wien, (02 22) 3 41 72 14;
Univ., (02 22) 34 75 41
89. *Haller*, Dr. Walter, o. Professor,
Gättenhusenstr. 8, CH-8122 Pfaffhausen-Zürich,
(01) 8 25 36 71;
Universität Zürich, (01) 2 57 30 03
90. *Hangartner*, Dr. Yvo, o. Professor,
Am Gozenberg 2, CH-9202 Gossau, (0 71) 85 15 11
91. *Haverkate*, Dr. Görg, Privatdozent,
Fürst-Pückler-Str. 70, 5000 Köln 41, (02 21) 40 10 84;
Univ., (02 21) 4 70 22 30
92. *Heckel*, Dr. Martin, o. Universitätsprofessor,
Lieschingstr. 3, 7400 Tübingen, (0 70 71) 6 14 27;
Univ., (0 70 71) 29 29 71
93. *Hellbling*, Dr. Ernst C., o. Universitätsprofessor,
Volksgasse 12, A-1130 Wien 13
94. *Hengstschläger*, Dr. Johann, Universitätsprofessor,
Auf der Halde 16, A-4020 Linz;
Univ., (0 72 22) 3 13 81
95. *Henke*, Dr. Wilhelm, o. Professor,
Laufer Str. 5, 8501 Rückersdorf, (0 91 23) 27 85
96. *Herrmann*, Dr. Günter, Professor,
Weiherstr. 34, 5303 Bornheim 3, (0 22 27) 57 72
97. *Herzog*, Dr. Roman, o. Professor,
Ludwigstr. 35, 7024 Filderstadt 1;
dienstl., (07 11) 20 72 31 00

98. *Hesse*, Dr. Konrad, o. Professor,
Schloßweg 29, 7802 Merzhausen, (07 61) 40 38 11;
Universität Freiburg (07 61) 2 03 35 14
99. *Hettlage*, Dr. Karl Maria, o. Professor,
Friedrich-Ebert-Str. 83, 5300 Bonn-Bad Godesberg,
(02 28) 36 43 61
100. *Frhr. v. d. Heydte*, Dr. jur., Dr. rer. pol. Friedrich-August,
o. Professor,
Hagschneiderweg 1, 8311 Aham-Vils (0 87 44) 10 64
101. *Heyen*, Dr. Erk Volkmar, Privatdozent,
Landauer Warte 1, 6720 Speyer, (0 62 32) 2 47 48;
Hochschule, (0 62 32) 10 63 22
102. *Hilf*, Dr. Meinhard, o. Professor,
Universität Bielefeld, Postfach 8640, 4800 Bielefeld,
(05 21) 106-44 03
103. *v. Hippel*, Dr. Ernst, o. Professor,
6531 Perscheid ü. Bingen, (0 67 44) 5 20
(Universität Köln)
104. *Höhn*, Dr. Ernst, o. Professor,
Wiesenstr. 6, CH-9302 Kronbühl, (0 71) 25 51 46
(Hochschule St. Gallen)
105. *Hoffmann*, Dr. Gerhard, o. Professor,
Ernst-Lemmer-Str. 10/I, 3550 Marburg 6-Wehrda, (0 64 21)
8 16 45
106. *Hoffmann-Riem*, Dr. Wolfgang, Professor,
Kätnerweg 24, 2000 Hamburg 65, (0 40) 6 40 24 78;
Univ., (0 40) 41 23 54 16
107. *Hofmann*, Dr. Hasso, o. Professor,
Christoph-Mayer-Weg 5, 8700 Würzburg, (09 31) 8 73 88;
Univ., (09 31) 3 13 36
108. *Hollerbach*, Dr. Alexander, Professor,
Parkstr. 8, 7801 March-Hugstetten, (0 76 65) 22 51;
Universität Freiburg, (07 61) 2 03 35 64
109. *Hoppe*, Dr. Werner, Professor,
Linckensstraße 131, 4400 Münster, (0 25 01) 82 27;
dienstl., (02 51) 83 27 03
110. *Huber*, Dr. Ernst-Rudolf, o. Professor,
In der Röte 2, 7800 Freiburg, (07 61) 5 37 13
111. *Huber*, Dr. Dr. h. c. Hans, o. Professor,
Mannenriedstr. 5, CH-3074 Muri b. Bern, (0 31) 52 09 25
112. *Hufen*, Dr. Friedhelm, o. Professor,
Römerautergasse 5, 8910 Landsberg/Lech, (0 81 91) 3 95 38;
Universität Augsburg, (08 21) 59 84 29

113. *Ipsen*, Dr. Hans Peter, o. Professor,
Haus Opferberg, 2121 Raven/Post Soderstorf,
(0 41 72) 66 70
114. *Ipsen*, Dr. Jörn, o. Professor,
Luisenstr. 41, 4550 Bramsche, (0 54 61) 44 96;
Universität Osnabrück, (05 41) 608-61 58/61 69
115. *Ipsen*, Dr. Knut, o. Professor,
Nevelstr. 59, 4630 Bochum-Weitmar, (02 34) 43 12 66
Univ., (02 34) 7 00 28 20
116. *Isensee*, Dr. Josef, o. Professor,
Weberstr. 98, 5300 Bonn 1, (02 28) 21 91 66;
Univ., (02 28) 73 79 83
117. *Jaenicke*, Dr. Günther, Professor,
Waldstr. 13, 6906 Leimen b. Heidelberg, (0 62 24) 35 71
(Universität Frankfurt)
118. *Jahrreiß*, Dr. jur., Dr. h. c. mult., o. Professor,
Nasse-Str. 30, 5000 Köln 41, (02 21) 46 15 53;
Univ., (02 21) 4 70 22 66
119. *Jakob*, Dr. Wolfgang, o. Professor,
Wilhelmstr. 25, 8000 München 40, (0 89) 39 05 06
(Universität Augsburg)
120. *Jarass*, Dr. Hans D., LL.M., Professor,
Helmstedter Str. 25, 1000 Berlin 31, (0 30) 8 54 54 11;
Univ. Bochum, (02 34) 7 00 28 18
121. *Kaiser*, Dr. jur., Dr. rer. pol. h. c. Joseph H., o. Professor,
Rothofweg, 7813 Staufen i. Br., (0 76 33) 57 28;
Universität Freiburg, (07 61) 2 03 35 67
122. *Karpen*, Dr. Ulrich, Privatdozent,
Halmenstr. 19, 5030 Huerth, (0 22 33) 6 46 90;
Universität Köln, (02 21) 4 70 43 59
123. *Kewenig*, Dr. Wilhelm, o. Professor,
Schützallee 37, 1000 Berlin 37, (0 30) 8 02 84 87;
Univ., (0 30) 3 03 23 16
124. *Khol*, Dr. Andreas, Universitätsprofessor,
Cuviergasse 23, A-1130 Wien, (02 22) 84 15 73;
dienstl., (02 22) 83 15 31
125. *Kimminich*, Dr. Otto, o. Professor,
Killermannstr. 6, 8400 Regensburg, (09 41) 3 28 54;
Univ., (09 41) 9 43 26 60
126. *Kipp*, Dr. Heinrich, Universitätsprofessor,
Lanserstr. 61, A-6080 Igls, (0 52 22) 72 09

127. *Kirchhof*, Dr. Paul, o. Professor,
Am Pferchelhang 33/1, 6900 Heidelberg 1, (0 62 21) 80 14 47;
Univ., (0 62 21) 54 74 57
128. *Kirn*, Dr. Michael, o. Professor,
Rummelsburgerstr. 5, 2000 Hamburg 73, (0 40) 6 47 38 43;
Hochschule der Bundeswehr, (0 40) 65 41 27 82
129. *Kisker*, Dr. Gunter, o. Professor,
Waldstr. 74, 6301 Linden-Am Mühlberg, (0 64 03) 6 10 30;
Universität Gießen, (06 41) 7 02 50 25
130. *Klecatsky*, Dr. Hans R., o. Universitätsprofessor,
Reithmannstr. 20, A-6020 Innsbruck, (0 52 22) 46 76 74;
Univ., (0 52 22) 3 36 01/7 33
131. *Klein*, Dr. Eckart, Professor,
Ebersheimer Weg 35, 6500 Mainz, (0 61 31) 5 36 70
132. *Klein*, Dr. Hans Hugo, o. Professor,
Kolberger Str. 8, 3406 Bovenden, (05 51) 8 17 04;
Universität Göttingen, (05 51) 39 46 25
133. *Kloepfer*, Dr. Michael, o. Professor,
Südallee 37 A, 5500 Trier, (06 51) 4 19 32;
Univ., (06 51) 71 65 42
134. *Knemeyer*, Dr. Franz-Ludwig, o. Professor,
Unterdürnbacher Str. 353, 8700 Würzburg, (09 31) 9 61 18;
Univ., (09 31) 3 18 99
135. *Knies*, Dr. Wolfgang, o. Professor,
Am Botanischen Garten 5, 6600 Saarbrücken 1;
Univ., (06 81) 3 02 21 04
136. *Knöpfle*, Dr. Franz, Professor,
Höhenweg 22, 8901 Leitershofen;
Universität Augsburg, (08 21) 59 83 52
137. *Koch*, Dr. Hans-Joachim, Professor,
Wendlohstr. 80, 2000 Hamburg 61, (0 40) 5 51 88 04;
Univ., (0 40) 41 23 39 77
138. *König*, Dr. Dr. Klaus, Professor,
Wimphelingstr. 5, 6720 Speyer, (0 62 32) 59 01;
Hochschule, (0 62 32) 10 63 34
139. *Kopp*, Dr. Ferdinand O., o. Universitätsprofessor,
Innstr. 40, 8390 Passau
140. *Korinek*, Dr. Karl, o. Universitätsprofessor,
Auhofstr. 225, A-1130 Wien, (02 22) 8 20 91 53;
Univ., (02 22) 34 75 41

141. *Krause*, Dr. Peter, o. Professor,
Weinbergstr. 12, 5501 Korlingen, (0 65 88) 73 33
(Universität Trier)
142. *Krawietz*, Dr. Werner, o. Professor,
Nienborgweg 29, 4400 Münster, (02 51) 86 14 51;
Univ., (02 51) 83 25 91
143. *Kriele*, Dr. Martin, o. Professor,
Richard-Wagner-Str. 10, 5090 Leverkusen 1, (02 14) 5 15 64;
Universität Köln, (02 21) 4 70 22 30
144. *Kröger*, Dr. Klaus, Professor,
Hölderlinweg 14, 6300 Gießen-Wieseck, (06 41) 5 22 40
145. *Krüger*, Dr. Herbert, o. Prof.,
Philosophenweg 14, 2000 Hamburg 50, (0 40) 8 80 79 34
146. *Küchenhoff*, Dr. Erich, Professor,
Dachsleite 65, 4400 Münster, (02 51) 24 72 71;
Univ., (02 51) 83 27 06/05
147. *Küchenhoff*, Dr. Günther, o. Professor,
Seinsheimerstr. 13, 8700 Würzburg, (09 31) 7 83 34
148. *Lange*, Dr. Klaus, Professor,
Klosterweg 31, 6302 Lich 6 (Muschenheim), (0 64 04) 56 81;
Universität Gießen, (06 41) 7 02 50 19
149. *Laubinger*, Dr. Hans-Werner, Professor,
Kl. Gailergasse 1, 6720 Speyer, (0 62 32) 7 96 78
(Universität Mannheim)
150. *Laurer*, DDR. Hans René, Universitätsprofessor,
Scheffergasse 27a, A-2340 Mödling, (0 26 36) 2 04 02;
Universität Wien, (02 22) 34 75 44 / 4 19
151. *Lecheler*, Dr. Helmut, o. Professor,
Würzburger Str. 10d, 8600 Bamberg, (09 51) 5 41 46;
Universität Erlangen, (09 131) 85 47 81
152. *Leisner*, Dr. Walter, o. Professor,
Kochstr. 2, 8520 Erlangen, (0 91 31) 85 22 59
153. *Lerche*, Dr. Peter, o. Professor,
Junkersstr. 13, 8035 Gauting b. München, (0 89) 8 50 20 88;
Universität München, (0 89) 21 80 33 35
154. *Link*, Dr. Heinz-Christoph, Professor,
Michaelisweg 4, 3400 Göttingen, (05 51) 4 68 57;
Univ., (05 51) 39 46 93
155. *Lipphardt*, Dr. Hanns-Rudolf, Professor,
Zur Forstquelle 3, 6900 Heidelberg, (0 62 21) 38 23 12;
Univ., (0 62 21) 54 74 40

156. *Listl*, Dr. Joseph, o. Professor,
Institut für Staatskirchenrecht der Diözesen Deutschlands,
Lennéstr. 15, 5300 Bonn 1
157. *Lorenz*, Dr. Dieter, o. Professor,
Bohlstr. 21, 7750 Konstanz 18, (0 75 33) 68 22;
Univ., (0 75 31) 88 25 30
158. *Loschelder*, Dr. Wolfgang, Professor,
Am Ehrenmal 8, 5205 St. Augustin 3, (0 22 41) 31 23 16;
Univ. Bochum, (02 34) 7 00 52 63/7
159. *Magiera*, Dr. Siegfried, Professor,
Wolkenbruchstr. 6, 5204 Lohmar 21, (0 22 06) 49 93;
Universität Köln, (02 21) 470-23 64
160. *Mallmann*, Dr. Walter, Professor, †
Arndstr. 14, 6300 Gießen, (06 41) 2 37 88
161. *v. Mangoldt*, Dr. Hans, Professor,
Goetheweg 1, 7401 Nehren, (0 74 73) 79 08;
Universität Tübingen, (0 70 71) 29 33 02
162. *Mantl*, Dr. Wolfgang, o. Universitätsprofessor,
Wiener Str. 256/XI/ 33, A-8051 Graz, (03 16) 6 13 06;
Univ., (03 16) 3 15 81/Nbst.4 79
163. *Martens*, Dr. Wolfgang, Professor,
Hohenzollernring 23, 2000 Hamburg 50, (0 40) 8 80 68 00;
Univ., (0 40) 41 23 44 54
164. *Marti*, Dr. Hans, a.o. Professor,
Waldriedstr. 29, CH-3074 Bern, (0 31) 52 12 66;
dienstl., (0 31) 22 16 83
165. *Maunz*, Dr. Theodor, o. Professor,
Hartnagelstr. 3, 8032 Gräfelfing b. München,
(0 89) 8 54 39 85
(Universität München)
166. *Maurer*, Dr. Hartmut, o. Professor,
Säntisblick 10, 7750 Konstanz 19, (0 75 33) 13 12;
Univ., (0 75 31) 88 36 57
167. *Mayer*, Dr. iur. Dr. rer. pol., Heinz, a. o. Universitäts-
professor
An der Goldenen Stiege 10/13, A-2340 Mödling,
(0 22 36) 6 08 33;
Universität Wien, (02 22) 43 00 22 71
168. *Mayer-Tasch*, Dr. Peter Cornelius, Professor,
Am Seeberg 11, 8919 Schorndorf, (0 81 92) 6 68;
Universität München, (0 89) 21 80 30 20/1

169. *Meder*, Dr. Walter, o. Professor,
Buchweiler Str. 20, 1000 Berlin 33, (0 30) 8 31 12 89
170. *Meessen*, Dr. Karl Matthias, Professor,
Zobelstr. 18, 8900 Augsburg, (08 21) 55 59 89;
Univ., (08 21) 59 84 79/2 55
171. *Meissner*, Dr. Boris, o. Professor,
Kleine Budengasse 1, 5000 Köln 1, (02 21) 23 97 54
172. *Melichar*, Dr. Erwin, o. Universitätsprofessor,
Schulerstr. 20, A-1010 Wien;
Univ., (02 22) 43 00 22 68
173. *Menger*, Dr. Christian-Friedrich, o. Professor,
Piusweg 108, 4400 Münster, (02 51) 27 87 73;
Univ., (02 51) 83 27 41
174. *Merten*, Dr. iur., Dr. rer. pol. Detlef, o. Professor,
Im Dörnel 7, 6731 St. Martin, (0 63 23) 18 75;
Hochschule Speyer, (0 62 32) 10 63 30
175. *Meyer*, Dr. Hans, Professor,
Klettenbergstr. 1, 6000 Frankfurt 1, (06 11) 55 23 17;
Univ., (06 11) 7 98 38 63
176. *Meyn*, Dr. Karl-Ulrich, Professor,
Eckernwoort 13, 2000 Hamburg 52, (0 40) 89 32 34;
Universität Osnabrück, (05 41) 608-61 36/61 72
177. *Mößle*, Dr. Dr. Wilhelm, o. Professor,
Schwindstr. 19, 8580 Bayreuth;
Univ., (09 21) 55 28 66
178. *Morscher*, Dr. Siegbert, Universitätsprofessor,
Tschigglyfreistr. 11a, A-6020 Innsbruck,
(0 52 22) 8 62 10
179. *Mosler*, Dr. Dr. h. c. Hermann, Professor,
Mühlthalstraße 117a, 6900 Heidelberg, (0 62 21) 4 00 82
180. *Müller*, Dr. Friedrich, o. Professor,
Von der Tann-Str. 15, 6900 Heidelberg 1;
Univ., (0 62 21) 54 74 81
181. *Müller*, Dr. Georg, Professor,
Sugenreben 356, CH-5015 Untererlinsbach, (0 64) 34 38 73;
Universität Zürich, (01) 2 57 30 03/4
182. *Müller*, Dr. Jörg Paul, o. Professor,
Kappelenring 42a, CH-3032 Hinterkappelen, (0 31) 36 05 70;
Universität Bern, (0 31) 65 88 94/5

183. *Müller-Volbehr*, Dr. Jörg, Professor,
Waxensteinstr. 16, 8031 Gröbenzell, (0 81 42) 79 73;
Universität Marburg, (0 64 21) 28 38 10
184. *Münch*, Dr. Fritz, apl. Professor,
Zur Forstquelle 2, 6900 Heidelberg, (0 62 21) 3 35 99;
Univ., (0 62 21) 4 21 33
185. *v. Münch*, Dr. Ingo, Professor,
Hochrad 9, 2000 Hamburg 52, (0 40) 82 96 24;
Univ., (0 40) 41 23 46 01
186. *Mußnug*, Dr. Reinhard, o. Professor,
Keplerstr. 40, 6900 Heidelberg, (0 62 21) 4 62 22;
Univ., (0 62 21) 54 74 66
187. *v. Mutius*, Dr. Albert, o. Professor,
Hof Altwasser, 2372 Brekendorf, (0 43 53) 5 15;
Universität Kiel, (04 31) 8 80 35 36
188. *Nicolaysen*, Dr. Gert, Professor,
Bockhorst 68a, 2000 Hamburg 55, (0 40) 8 70 17 47;
Univ., (0 40) 41 23 45 68
189. *Novak*, Dr. Richard, o. Universitätsprofessor,
Thadd. Stammelstr. 8, A-8020 Graz, (03 16) 5 35 16;
Univ., (03 16) 3 15 81/4 80
190. *Obermayer*, Dr. Klaus, o. Professor,
Niendorfstr. 25, 8520 Erlangen, (0 91 31) 8 76 06
191. *Oberndorfer*, Dr. Peter, o. Universitätsprofessor,
Wolfauerstr. 94, A-4045 Linz, (0 72 22) 34 96 94
192. *Öhlinger*, Dr. Theo, o. Universitätsprofessor,
Grenzgasse 15/6, A-1130 Wien, (02 22) 8 85 45 95;
Univ., (02 22) 6 39 86 10
193. *Oldiges*, Dr. Martin, Professor,
Am Vossberge 6, 4800 Bielefeld, (05 21) 12 18 32;
Univ., (05 21) 106 43 99
194. *Olshausen*, Dr. Henning, o. Professor,
Frankenstr. 4, 6710 Frankenthal;
Universität Mannheim, (06 21) 2 92-55 97/56 31
195. *Oppermann*, Dr. Dr. h.c. Thomas, o. Professor,
Burgholzweg 122, 7400 Tübingen, (0 70 71) 2 37 62;
Univ., (0 70 71) 29 25 60
196. *Ossenbühl*, Dr. Fritz, Professor,
Im Wingert 12, 5309 Meckenheim, (0 22 25) 26 28;
Universität Bonn, (02 28) 73 55 72/3
197. *Papier*, Dr. Hans-Jürgen, Professor,
Neusiedler Weg 14, 4904 Enger, (0 52 24) 52 02;
Universität Bielefeld, (05 21) 1 06 43 98

198. *Partsch*, Dr. Karl Josef, o. Professor,
Frankenstr. 10, 6507 Ingelheim, (0 61 32) 22 64
(Universität Bonn)
199. *Pernthaler*, Dr. Peter, Universitätsprofessor,
Philippine-Welser-Str. 27, A-6020 Innsbruck,
(052 22) 41 82 84;
Univ., (0 52 22) 33 60 17 31
200. *Graf von Pestalozza*, Dr. Christian, o. Professor,
dienstl.: Thielallee 52, 1000 Berlin 33, (0 30) 8 38 30 14
201. *Pieroth*, Dr. Bodo, Professor,
Am Wingertsberg 11, 6900 Heidelberg, (0 62 21) 4 94 12;
Universität Bochum, (02 34) 7 00 52 62
202. *Pietzcker*, Dr. Jost, Professor,
Hausdorffstr. 95, 5300 Bonn, (02 28) 23 39 54;
Univ., (02 28) 73 91 77
203. *Pirson*, Dr. Dietrich, o. Professor,
Agnesstr. 46, 8000 München 40, (0 89) 2 71 67 77;
Univ., (0 89) 21 80 27 15
204. *Podlech*, Dr. Dr. Adalbert, Professor,
Vorm Heiligen Kreuz 2, 6101 Weiterstadt, (0 61 50) 43 44
(TH Darmstadt)
205. *Püttner*, Dr. Günter, o. Professor,
Mörikestr. 21, 7400 Tübingen, (0 70 71) 6 63 94;
Univ., (0 70 71) 29 25 49
206. *Quaritsch*, Dr. Helmut, o. Professor,
Otterstadter Weg 139, 6720 Speyer, (0 62 32) 3 26 37;
Hochschule, (0 62 32) 10 63 48
207. *Rack*, Dr. Reinhard, a.o. Universitätsprofessor,
Obere Teichstr. 19, A-8010 Graz, (03 16) 43 88 42;
Univ., (03 16) 3 15 81 Nbst. 4 74
208. *Randelzhofer*, Dr. Albrecht, o. Professor,
Van't-Hoff-Str. 8, 1000 Berlin 33, (0 30) 8 38 22 88
209. *Raschauer*, Dr. Bernhard, Universitätsdozent,
Pfeilgasse 7, A-1080 Wien, (02 22) 4 39 43 02;
Univ., (02 22) 43 00 22 56
210. *Rasenack*, Dr. Christian A. L., Professor,
Dahlemer Weg 63a, 1000 Berlin 37, (0 30) 8 17 37 96;
Univ., (0 30) 8 38 47 29
211. *Rauschning*, Dr. Dietrich, o. Professor,
Rodetal 1, 3406 Bovenden, (0 55 94) 3 31
(Universität Göttingen)

212. *Rengeling*, Dr. Hans-Werner, Professor,
Brüningheide 192, 4400 Münster, (02 51) 21 20 38;
Univ. Osnabrück, (05 41) 6 08 61 17
213. *Ress*, Dr. jur., Dr. rer. pol. Georg, o. Professor,
Am Botanischen Garten 6, 6600 Saarbrücken, (0681) 3023055;
Univ., (06 81) 3 02 25 03
214. *Rhinow*, Dr. René A., o. Professor,
Jurastr. 48, CH-4411 Seltisberg, (0 61) 91 23 09;
dienstl., (0 61) 96 57 99
215. *Rill*, Dr. Heinz Peter, o. Universitätsprofessor,
Peter-Jordan-Str. 145, A-1190 Wien, (02 22) 4 75 76 15;
Wirtschaftsuniversität, (02 22) 34 75 41/2 64
216. *Ringhofer*, Dr. Kurt, o. Universitätsprofessor,
Eduard-Macheiner-Str. 23, A-5020 Salzburg,
(0 62 22) 4 47 67
217. *Roellecke*, Dr. Gerd, o. Professor,
Kreuzackerstr. 8, 7500 Karlsruhe 41, (07 21) 49 17 39;
Universität Mannheim, (06 21) 2 92 28 51
218. *Ronellenfisch*, Dr. Michael, Professor,
Richard-Wagner-Str. 22, 6800 Mannheim 1, (06 21) 40 35 69;
Universität Bonn, (02 28) 73 91 51/91 50
219. *Rudolf*, Dr. Walter, o. Professor,
Rubensallee 55 a, 6500 Mainz 31, (0 61 31) 74 21;
Univ., (0 61 31) 39 24 12
220. *Rüfner*, Dr. Wolfgang, Professor,
Leberstr. 13, 6600 Saarbrücken, (06 81) 81 82 12;
Univ., (06 81) 3 02 35 08
221. *Rühland*, Dr. Curt, o. Professor,
Dürerstr. 26, 3300 Braunschweig, (05 31) 33 21 16
222. *Ruland*, Dr. Franz, Professor,
Ostfeldstr. 76 a, 3000 Hannover 71, (05 11) 52 43 42;
Univ., (05 11) 7 62 82 80
223. *Rumpf*, Dr. Helmut, Honorarprofessor,
Bismarckallee 27, 5300 Bonn 2, (02 28) 35 31 31
224. *Rupp*, Dr. Hans Heinrich, o. Professor,
Am Marienpfad 29, 6500 Mainz, (0 61 31) 3 45 88
225. *Saladin*, Dr. Peter, o. Professor,
Forrerstr. 26, CH-3006 Bern;
Universität Basel, (0 31) 44 80 06
226. *Salzwedel*, Dr. Jürgen, o. Professor,
Siebengebirgsstr. 86, 5300 Bonn 3, (02 28) 48 17 10;
Univ., (02 28) 73 55 80

- 227. *Sattler*, Dr. Andreas, Professor,
Ludwig-Beck-Str. 17, 3400 Göttingen, (05 51) 2 23 40;
Univ., (05 51) 39 73 77 u. 39 73 93
- 228. *Schäffer*, Dr. Heinz, o. Universitätsprofessor,
Linzer Str. 352/6/3, A-1140 Wien, (02 22) 9 42 86 02;
Universität Salzburg, (0 62 22) 4 45 11/3 34
- 229. *Schambeck*, Dr. Herbert, o. Universitätsprofessor,
Hofzeile 21, A-1190 Wien, (02 22) 36 34 94;
Universität Linz, (07 32) 3 13 10
- 230. *Schenke*, Dr. Wolf-Rüdiger, o. Professor,
Beim Hochwald 30, 6800 Mannheim, (06 21) 74 42 00;
Univ., (06 21) 2 92 52 14
- 231. *Scheuing*, Dr. Dieter H., Professor,
Im Schmittergarten 8, 5068 Odenthal 1, (0 22 02) 7 99 59;
Universität Köln, (02 21) 4 70 35 00
- 232. *Schick*, Dr. Walter, o. Professor,
Strindbergstr. 27, 8500 Nürnberg, (09 11) 50 14 22;
Univ., (09 11) 5 30 23 53
- 233. *Schiedermaier*, Dr. Hartmut, o. Professor,
Univ. des Saarlandes, Im Stadtwald, 6600 Saarbrücken,
(06 81) 3 02 32 00
- 234. *Schindler*, Dr. Dietrich, Professor,
Lenzenwiesstr. 8, CH-8702 Zollikon, (01) 3 91 41 40;
Universität Zürich, (01) 3 91 71 18
- 235. *Schlaich*, Dr. Klaus, o. Professor,
Wolkenburgstr. 2, 5205 St. Augustin 2, (0 22 41) 2 75 09;
Universität Bonn, (02 28) 73 91 25
- 236. *Schlink*, Dr. Bernhard, Professor,
Habsburgerstr. 75, 7800 Freiburg, (07 61) 2 52 82;
Universität Bonn, (02 28) 73 55 74
- 237. *Schlochauer*, Dr. Hans-Jürgen, Professor,
Blauenstr. 18, 6000 Frankfurt, (06 11) 67 58 07;
Univ., (06 11) 7 98 31 93
- 238. *Schmid*, Dr. Gerhard, Privatdozent,
Hochwaldstr. 24, CH-4059 Basel, (0 61) 50 84 25;
Univ., (0 61) 24 78 30
- 239. *Schmidt*, Dr. Reiner, o. Professor,
Bachwiesenstr. 4, 8901 Gessertshausen, (0 82 38) 41 11
Universität Augsburg, (08 21) 59 84 43
- 240. *Schmidt*, Dr. Walter, Professor,
Brüder-Knauß-Str. 86, 6100 Darmstadt, (0 61 51) 6 47 10;
Universität Frankfurt, (06 11) 7 98 21 89

241. *Schmidt-Aßmann*, Dr. Eberhard, o. Professor,
Höhenstr. 30, 6900 Heidelberg, (0 62 21) 80 08 03;
Univ., (0 62 21) 54 74 28
242. *Schmidt-Jortzig*, Dr. Edzard, Professor,
Graf-Spee-Str. 18a, 2300 Kiel 1;
Univ. (04 31) 880-35 30/69
243. *Schmitt Glaeser*, Dr. Walter, o. Professor,
Rübezahlweg 9A, 8580 Bayreuth, (09 21) 3 20 70;
Univ., (09 21) 55 29 42
244. *Schnapp*, Dr. Friedrich E., Professor,
Alfersheide 45, 4400 Münster, (02 51) 32 48 14;
Univ., (02 51) 83 27 18
245. *Schneider*, Dr. Hans, o. Professor,
Ludolf-Krehl-Str. 44, 6900 Heidelberg, (0 62 21) 48 03 81
246. *Schneider*, Dr. Hans-Peter, Professor,
Delpweg 16, 3000 Hannover 91, (05 11) 46 71 66;
Univ., (05 11) 7 62 81 85/6
247. *Schneider*, Dr. Peter, o. Professor,
Goldenluftgasse 23/10, 6500 Mainz, (0 62 21) 48 03 81
248. *Schnur*, Dr. Roman, o. Professor,
Lindenstr. 49, 7407 Rottenburg, (0 74 72) 2 22 24
(Universität Tübingen)
249. *Scholler*, Dr. Heinrich, Professor,
Zwengauerweg 5, 8000 München 71, (0 89) 79 64 24;
Univ., (0 89) 21 80 27 24
250. *Scholz*, Dr. Rupert, o. Professor,
Furtwänglerstr. 4, 1000 Berlin 33, (0 30) 8 26 37 10;
Universität München, (0 89) 21 80 21 13
251. *Schröder*, Dr. Meinhard, o. Professor,
Zum Wingert 2, 5501 Mertesdorf, (06 51) 5 78 87;
Universität Trier, (06 51) 71 64 54
252. *Schuppert*, Dr. Gunnar Folke, Professor,
Marxener Str. 32, 2105 Seevetal 11 (Ramelsloh)
253. *Schwabe*, Dr. Jürgen, Professor,
Erlenweg 1, 2150 Buxtehude, (0 41 61) 8 71 41;
Universität Hamburg, (0 40) 41 23 30 21
254. *Schwarze*, Dr. Jürgen, Professor,
Universität Hamburg, Schlüterstr. 28, 2000 Hamburg 13,
(0 40) 41 23 45 64/45 71
255. *Schweitzer*, Dr. Michael, Professor,
Göttweiger Str. 135, 8390 Passau;
Univ., (08 51) 5 50 55 47

- 256. *Schwerdtfeger*, Dr. Gunther, o. Professor,
Thielallee 52, 1000 Berlin 33, (0 30) 8 38 30 10
- 257. *Scupin*, Dr. Hans Ulrich, o. Professor,
Robert-Koch-Str. 46, 4400 Münster, (02 51) 8 23 41;
Univ., (02 51) 83 27 64
- 258. *Seewald*, Dr. Otfried, Professor,
Tönninger Weg 60, 2000 Hamburg 52, (0 40) 80 66 60;
Univ., (0 40) 41 23 45 66
- 259. *Seidl-Hohenveldern*, Dr. Dr. h. c. Ignaz, o. Professor,
A-1010 Wien I, Schwertgasse 4, (02 22) 63 15 60;
- 260. *Selmer*, Dr. Peter, Professor,
Nibelungenring 21, 2200 Elmshorn, (0 41 21) 7 41 41;
Universität Hamburg, (0 40) 41 23 45 76
- 261. *Siedentopf*, Dr. Heinrich, o. Professor,
Hauptstr. 170, 6740 Landau-Godramstein, (0 63 41) 47 57;
Hochschule Speyer, (0 62 32) 10 63 65
- 262. *v. Simson*, Dr. Werner, o. Professor,
Luisenstr. 3, 7800 Freiburg, (07 61) 3 58 63
- 263. *Skouris*, Dr. Wassilios, Professor,
Nikolaoumanou 18, Tessaloniki, Griechenland,
(00 30 31) 83 26 22;
Univ. Tessaloniki
- 264. *Söhn*, Dr. Hartmut, o. Professor,
Viktor-Scheffel-Str. 11, 8000 München 40, (0 89) 39 34 34;
Universität Passau, (08 51) 5 00 92
- 265. *Soell*, Dr. Hermann, o. Professor,
Domspatzenstr. 34, 8411 Etterzhausen, (0 94 04) 21 25;
Universität Regensburg, (09 41) 9 43 26 57
- 266. *Spanner*, Dr. Hans, o. Professor,
Candidstr. 24, 8000 München 90, (0 89) 65 21 41
- 267. *Staff*, Dr. Ilse, Professor,
Am Forum 4, 6233 Kelkheim, (0 61 95) 33 08
- 268. *Starck*, Dr. Christian, Professor,
Unter den Linden 20, 3400 Göttingen, (05 51) 79 26 44;
Univ., (05 51) 39 74 12
- 269. *Steiger*, Dr. Heinhard, Professor,
Oberhof 16, 6300 Gießen, (06 41) 2 32 52;
Univ., (06 41) 7 02 50 30
- 270. *Stein*, Dr. Ekkehart, Professor,
Jakob-Burckhardt-Str. 49, 7750 Konstanz, (0 75 31) 6 32 57;
Univ., (0 75 31) 88 23 29

271. *Steinberg*, Dr. Rudolf, Professor,
Flughafenstraße 8, 6000 Frankfurt a. Main 71;
Univ., (06 11) 7 98 24 38
272. *Steinberger*, Dr. Helmut, o. Professor,
Schloß West 140, 6800 Mannheim, (0 62 21) 3 69 54;
dienstl., (06 21) 2 92 33 68
273. *Steiner*, Dr. Udo, o. Professor,
Am Katzenbühl 5, 8400 Regensburg-Harting, (0 94 01) 43 13;
Univ., (09 41) 9 43 26 66/7
274. *Stern*, Dr. Klaus, o. Professor,
Universität Köln, Gyrhofstr. 8 c, 5000 Köln 41,
(02 21) 4 70 22 89
275. *Stettner*, Dr. Rupert, Privatdozent,
Jahnstr. 6, 8060 Dachau, (0 81 31) 1 32 44;
Universität Augsburg, (08 21) 59 84 41 od. 352
276. *Stober*, Dr. Rolf, Professor,
Hohe Geist 32, 4400 Münster, (0 25 36) 17 34;
Univ., (02 51) 83 27 04
277. *Stock*, Dr. Martin, Professor,
Am Knick 22, 4800 Bielefeld 1, (05 21) 88 95 33;
Univ., (05 21) 1 06 43 82
278. *Stödter*, Dr. Rolf, Professor,
Golfstr. 7, 2057 Wentorf b. Hamburg, (0 40) 7 20 26 46
279. *Stolleis*, Dr. Michael, o. Professor,
Waldstr. 15, 6242 Kronberg 1
(Universität Frankfurt)
280. *Stolzlechner*, Dr. Harald, Universitätsdozent,
Philipp-Harpff-Str. 9, A-5020 Salzburg, (0 62 22) 71 89 34;
Univ., (0 62 22) 4 45 11
281. *Suhr*, Dr. Dieter, Professor,
Birkenstr. 37, 8900 Augsburg 22, (08 21) 9 76 46;
Univ., (08 21) 59 83 55
282. *Tettinger*, Dr. Peter J., Professor,
Bergstr. 30, 5000 Köln 50, (0 22 36) 6 68 56;
Universität Bochum, (02 34) 7 00 52 75
283. *Thieme*, Dr. Werner, Professor,
Am Karpfenteich 58, 2000 Hamburg 63, (0 40) 5 38 49 92;
Univ., (0 40) 41 23 26 27
284. *Tomuschat*, Dr. Christian, Professor,
Drachenfelsstr. 51, 5205 St. Augustin 2-Hangelar,
(0 22 41) 2 75 41;
Universität Bonn, (02 28) 73 91 72

285. *Trzaskalik*, Dr. Christoph, Professor,
Im Damm 1, 6531 Ockenheim,
Universität Mainz, (0 61 31) 39 21 38
286. *Tsatsos*, Dr. Dimitris Th., o. Professor,
Am Waldesrand 10e, 5800 Hagen, (0 23 31) 58 66 68;
Fernuniv., (0 23 31) 8 04 28 76
287. *Uber*, Dr. Giesbert, o. Professor,
Roseneck 5, 4400 Münster-Hiltrup, (0 25 01) 31 59;
Univ., (02 51) 83 27 01
288. *Ule*, Dr. Carl Hermann, o. Professor,
Oberer Gaisbergweg 9, 6900 Heidelberg, (0 62 21) 2 78 32
(Hochschule Speyer)
289. *v. Unruh*, Dr. Georg-Christoph, o. Professor,
Steenkamp 2, 2305 Heikendorf, (04 31) 23 14 59;
Universität Kiel, (04 31) 8 80 35 22/69
290. *Graf Vitzthum*, Dr. Wolfgang, o. Professor,
Herderstr. 12, 7410 Reutlingen 1, (0 71 21) 24 02 05;
Univ. Tübingen, (0 70 71) 29 52 66
291. *Vogel*, Dr. Klaus, o. Professor,
Ottostr. 12, 8130 Starnberg, (0 81 51) 1 32 21;
Universität München, (0 89) 21 80 27 18
292. *Voigt*, Dr. Alfred, o. Professor,
Schwedenstr. 26, 8521 Spardorf, (0 91 31) 5 60 43
293. *Wagener*, Dr. Frido, o. Professor,
Otto-Mayer-Str. 7, 6720 Speyer, (0 62 32) 7 91 65;
Hochschule, (0 62 32) 10 63 69
294. *Wagner*, Dr. Heinz, o. Professor,
Tietzenweg 54, 1000 Berlin 45, (0 30) 8 33 21 67;
Univ., (0 30) 8 38 36 39
295. *Wahl*, Dr. Rainer, o. Professor,
Sundgaullee 68, 7800 Freiburg, (07 61) 8 58 71;
Univ., (07 61) 2 03 44 65/6
296. *Walter*, DDr. Robert, o. Universitätsprofessor,
Iglaseegasse 72, A-1190 Wien, (02 22) 32 14 13;
Univ., (02 22) 43 00 23 96
297. *Weber*, Dr. Albrecht, Professor,
Weidenweg 20, 4516 Bissendorf, (0 54 02) 39 07;
Universität Osnabrück, (05 41) 608-61 88
298. *Wehrhahn*, Dr. Herbert, o. Professor,
Lyckallee 42, 1000 Berlin 19

299. *Weides*, Dr. Peter, o. Professor,
Franz-Marc-Str. 22, 5000 Köln 50, (02 21) 39 11 92;
Univ., (02 21) 4 70 44 54
300. *Wenger*, DDr. Karl, Universitätsprofessor,
Meytensgasse 18, A-1130 Wien, (02 22) 8 22 72 44;
Univ., (02 22) 63 98 61/2
301. *Wengler*, Dres. Dres. h. c. Wilhelm, Professor,
Werderstr. 15, 1000 Berlin 37, (0 30) 8 01 65 35
302. *Wertenbruch*, Dr. Wilhelm, Professor,
Ander Rodung 6, 5353 Mechernich-Katzwey, (0 22 56) 78 18;
Universität Bochum, (02 34) 7 00 22 39
303. *Wielinger*, Dr. Gerhart, Universitätsdozent,
Hochsteingasse 19/29, A-8010 Graz, (03 16) 64 83 75;
dienstl., (03 16) 8 31 24 28
304. *Wildhaber*, Dr. Luzius, o. Professor,
Auf der Wacht 21, CH-4104 Oberwil, (0 61) 30 25 21
305. *Wilke*, Dr. Dieter, o. Professor,
Universität Berlin, Thielallee 52, 1000 Berlin 33,
(0 30) 8 38 30 11
306. *Wimmer*, Dr. Norbert, o. Universitätsprofessor,
Anton-Rauch-Str. 1, A-6020 Innsbruck, (0 52 22) 37 28 35;
Univ., (0 52 22) 3 36 01/7 31
307. *Winkler*, Dr. Günther, Universitätsprofessor,
Reisnerstr. 22/5/11, A-1030 Wien, (02 22) 73 44 15;
Univ., (02 22) 43 00 22 59
308. *Wolfrum*, Dr. Rüdiger, o. Professor,
Univ. Kiel, Olshausenstr. 40–60, 2300 Kiel 1,
(04 31) 8 80-21 89
309. *Wollenschläger*, Michael, Privatdozent,
Sonnenstr. 9, 8700 Würzburg, (09 31) 8 13 39;
Univ., (09 31) 3 13 37
310. *Würtenberger*, Dr. Thomas, Professor,
Im Brühl 9, 5501 Gutweiler, (0 65 88) 71 79;
Universität Trier, (06 51) 71 64 51
311. *Zacher*, Dr. Hans F., o. Professor,
Starnberger Weg 7, 8134 Pöcking, (0 81 57) 13 84;
Universität München, (0 89) 21 80 27 25
312. *v. Zeschwitz*, Dr. Friedrich, Professor,
Petersweiher 47, 6300 Gießen, (06 41) 4 51 52;
Univ., (06 41) 7 02 50 20
313. *Zieger*, Dr. Gottfried, Professor,
Leuschnerweg 10, 3400 Göttingen, (05 51) 2 22 55

- 314. *Zimmer*, Dr. Gerhard, Privatdozent,
Bambergerstr. 22, 1000 Berlin 30, (0 30) 8 54 46 56
- 315. *Zippelius*, Dr. Reinhold, o. Professor,
Niendorfstr. 5, 8520 Erlangen, (0 91 31) 5 57 26;
Univ., (0 91 31) 85 28 20
- 316. *Zuleeg*, Dr. Manfred, Professor,
Kaiser-Sigmund-Str.32,6000 Frankfurt/M.1,(0611)564393;
Univ., (06 11) 7 98 23 82

Satzung

(Nach den Beschlüssen vom 21. Oktober 1949, 19. Oktober 1951, 14. Oktober 1954, 10. Oktober 1956, 13. Oktober 1960, 5. Oktober 1962, 1. Oktober 1971, 6. Oktober 1976 und 3. Oktober 1979)

§ 1

Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer stellt sich die Aufgabe:

1. wissenschaftliche und Gesetzgebungsfragen aus dem Gebiete des öffentlichen Rechts durch Aussprache in Versammlungen der Mitglieder zu klären;
2. auf die ausreichende Berücksichtigung des öffentlichen Rechts im Hochschulunterricht und bei staatlichen und akademischen Prüfungen hinzuwirken;
3. in wichtigen Fällen zu Fragen des öffentlichen Rechts durch Eingaben an Regierungen oder Volksvertretungen oder durch öffentliche Kundgebungen Stellung zu nehmen.

§ 2

Mitglied der Vereinigung kann werden, wer auf dem Gebiet des Staatsrechts und mindestens eines weiteren öffentlich-rechtlichen Fachs

- a) seine Befähigung zu Forschung und Lehre durch hervorragende wissenschaftliche Leistung nachgewiesen hat* und
- b) an einer deutschen oder deutschsprachigen Universität** oder an der Hochschule für Verwaltungswissenschaften in Speyer als Forscher und Lehrer tätig ist oder gewesen ist.

* Mit der oben abgedruckten, am 1.10.1971 in Regensburg beschlossenen Fassung des § 2 hat die Mitgliederversammlung den folgenden erläuternden Zusatz angenommen:

„Eine hervorragende wissenschaftliche Leistung im Sinne dieser Vorschrift ist eine den bisher üblichen Anforderungen an die Habilitation entsprechende Leistung.“

** In Berlin hat die Mitgliederversammlung am 3.10.1979 die folgende zusätzliche Erläuterung angenommen:

„Universität im Sinne dieser Vorschrift ist eine wissenschaftliche Hochschule, die das Habilitationsrecht in den Fächern des öffentlichen Rechts und die Promotionsbefugnis zum Doctor iuris besitzt und an der Juristen durch einen Lehrkörper herkömmlicher Besetzung ausgebildet werden.“

Das Aufnahmeverfahren wird durch schriftlichen Vorschlag von drei Mitgliedern der Vereinigung eingeleitet. Ist der Vorstand einstimmig der Auffassung, daß die Voraussetzungen für den Erwerb der Mitgliedschaft erfüllt sind, so verständigt er in einem Rundschreiben die Mitglieder von seiner Absicht, dem Vorgesprochenen die Mitgliedschaft anzutragen. Erheben mindestens fünf Mitglieder binnen Monatsfrist gegen die Absicht des Vorstandes Einspruch oder beantragen sie mündliche Erörterung, so beschließt die Mitgliederversammlung über die Aufnahme. Die Mitgliederversammlung beschließt ferner, wenn sich im Vorstand Zweifel erheben, ob die Voraussetzungen der Mitgliedschaft erfüllt sind. Von jeder Neuaufnahme außerhalb einer Mitgliederversammlung sind die Mitglieder zu unterrichten.

§ 3

Eine Mitgliederversammlung soll regelmäßig einmal in jedem Jahre an einem vom Vorstand zu bestimmenden Orte stattfinden. In dringenden Fällen können außerordentliche Versammlungen einberufen werden. Die Tagesordnung wird durch den Vorstand bestimmt. Auf jeder ordentlichen Mitgliederversammlung muß mindestens ein wissenschaftlicher Vortrag mit anschließender Aussprache gehalten werden.

§ 4

Der Vorstand der Vereinigung besteht aus einem Vorsitzenden und zwei Stellvertretern. Die Vorstandsmitglieder teilen die Geschäfte untereinander nach eigenem Ermessen. Der Vorstand wird am Schluß jeder ordentlichen Mitgliederversammlung neu gewählt. Zur Vorbereitung der Mitgliederversammlung kann sich der Vorstand durch Zuwahl anderer Mitglieder verstärken. Auch ist Selbstergänzung zulässig, wenn ein Mitglied des Vorstandes in der Zeit zwischen zwei Mitgliederversammlungen ausscheidet.

§ 5

Zur Vorbereitung ihrer Beratungen kann die Mitgliederversammlung, in eiligen Fällen auch der Vorstand, besondere Ausschüsse bestellen.

§ 6

Über Eingaben in den Fällen des § 1 Ziffer 2 und 3 und über öffentliche Kundgebungen kann nach Vorbereitung durch den

Vorstand oder einen Ausschuß im Wege schriftlicher Abstimmung der Mitglieder beschlossen werden. Ein solcher Beschluß bedarf der Zustimmung von zwei Dritteln der Mitgliederzahl; die Namen der Zustimmenden müssen unter das Schriftstück gesetzt werden.

§ 7

Der Mitgliedsbeitrag wird von der Mitgliederversammlung festgesetzt. Der Vorstand kann den Beitrag aus Billigkeitsgründen erlassen.