

Erster Beratungsgegenstand:

Grundrechte im Leistungsstaat

1. Bericht von Professor Dr. Wolfgang Martens, Bochum

Inhalt

	Seite
I. Problemanalyse	8
II. Grundrechtliche Grenzen leistungsstaatlicher Aktivitäten	12
1. Konflikt-Typologie	12
2. Modifizierung der tradierten Eingriffsvorstellung	13
3. Freiheitsrechte	14
a) Erweiterung grundrechtlicher Schutzbereiche	15
b) Bindungen gesetzgeberischer Regelungsbefugnisse	16
aa) Motivation und Legitimation durch öffentliche Interessen	16
bb) Prinzip der Verhältnismäßigkeit	18
4. Gleichheitsrechte	20
III. Grundrechtliche Leistungs- und Teilhabeansprüche	21
1. Grundrechte als Grundlage derivativer Teilhabeansprüche	21
a) Der Gleichheitssatz	21
aa) gegenüber gesetzgebender und gesetzessfrei programmierender vollziehender Gewalt	22
bb) gegenüber der im Einzelfall über die Zuteilung von Leistungen entscheidenden Verwaltung	24
b) Andere Grundrechte	25
c) Grenzen grundrechtlicher Teilhabeansprüche	25
2. Grundrechte als Grundlage originärer Leistungsansprüche	25
a) Aktuelle Tendenzen gewandelten Grundrechtsverständnisses	26
b) Soziale Gleichheit und soziale Erfüllung der Freiheit als Ziele des Leistungsstaates	28
c) Verfassungsrechtliche Problematik der Grundrechtsumdeutung	29
aa) Transformation rechtsstaatlicher Gewährleistungen in sozialstaatliche Gewährungen	29
bb) Verwandlung von Freiheitsgarantien in Existenzgarantien im Wege institutionellen Grundrechtsdenkens	32
cc) Staatliches Ausbildungsmonopol, Recht auf Bildung und freie Wahl der Ausbildungsstätte	34

I. Problemanalyse

Schon die Eingrenzung des Berichtsfeldes setzt den Referenten in einige Verlegenheit; denn nicht einmal bei diesem Unternehmen kann er auf allseitige Zustimmung hoffen, weil der Ausdruck „Leistungsstaat“ ebenso häufig wie uneinheitlich verwendet wird. Das beruht auf der dem Leistungsbegriff eigenen Unbestimmtheit und Vieldeutigkeit¹⁾, die sogar dazu geführt hat, auch die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung den Leistungsaufgaben der Verwaltung zuzurechnen²⁾. Dazu braucht hier jedoch nicht Stellung genommen zu werden. Das Thema intendiert die Einbeziehung der Gefahrenabwehr sicher nicht.

Da es sich bei der mit dem Phänomen der Leistungsstaatlichkeit bezeichneten Vorstellung nicht um einen Rechtsinhaltsbegriff³⁾ handelt, ist die Bestimmung auch im übrigen nach Gesichtspunkten der Zweckmäßigkeit und problemorientierten Ergiebigkeit vorzunehmen⁴⁾. Im Blick auf die Grundrechte bietet sich dafür eine Begrenzung auf diejenigen Aktivitäten des Staates und seiner Trabanten an, denen gegenüber jene Rechte sich in einer ganz spezifischen und zugleich prekären Doppelrolle befinden. Das ist dort der Fall, wo die Tätigkeit der öffentlichen Hand eine unmittelbare Förderung von Interessen einzelner, von Gruppen oder aller Mitglieder des Gemeinwesens durch Gewährung von Vorteilen in Gestalt von Sach-, Geld- und Dienstleistungen zum Inhalt hat⁵⁾. Insoweit wird nämlich das ursprüngliche Postulat grundrechtlicher Sicherung der Freiheit vor dem Staat durch die Forderung nach grundrechtlicher Sicherung der Teilhabe durch den Staat ergänzt und teilweise sogar verdrängt⁶⁾.

¹⁾ Vgl. *Hans J. Wolff*, Verwaltungsrecht III, 2. Aufl., 1967, § 137 II a).

²⁾ *Erich Becker*, VVDStRL 14, 98 ff.; *Loschelder*, DVBl. 1957, 819 ff.

³⁾ Vgl. dazu *Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969, S. 37 ff.

⁴⁾ Übereinstimmend *Hans J. Wolff* (Anm. 1) § 137 II a).

⁵⁾ Die Umschreibung entspricht der Bestimmung des Begriffs der Leistungsverwaltung durch *Hans J. Wolff* (Anm. 1 § 137 II c), III; ähnlich *Badura*, DÖV 1968, 629 ff.; *Rüfner*, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, 1967, S. 133. Wesentlich umfassender (Leistungsstaat = Sozialstaat) versteht z. B. *Pernthaler* (JBl. 1965, 57 ff.; AöR 94, 52 f.) den Begriff. Vgl. ferner *Eichenberger*, Leistungsstaat und Demokratie, Basel 1969, S. 11: „Der Leistungsstaat bedeutet die tendentiell allgegenwärtige und in unbeschränkt vielen Lebensgebieten tätige Staatsorganisation von perfekter Produktivität und hohem Wirkungsgrad“.

⁶⁾ Vgl. *Forsthoff*, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, 1959, S. 9, 42.

Als Staatsaufgaben, hinsichtlich deren die damit vorerst nur angedeutete und alsbald näher zu charakterisierende grundrechtliche Ambivalenz sichtbar wird, kommen im wesentlichen die folgenden Agenden in Betracht: Zu denken ist einmal an die Daseinsvorsorge durch Vorhaltung von öffentlichen Einrichtungen zur Befriedigung von Bedürfnissen, denen durch private Anbieter nicht oder jedenfalls nicht zu angemessenen Bedingungen entsprochen werden könnte⁷⁾. Die Schwerpunkte liegen dem Volumen nach in den Bereichen des Verkehrs-, Versorgungs- und zunehmend auch des Bildungswesens. Daneben verdienen kultureller Sektor und Gesundheitspflege hervorgehoben zu werden. Thematisch einschlägig ist weiter das System der sozialen Sicherung mit den verschiedenen Zweigen der Sozialversicherung, der Sozialversorgung insbesondere zum Ausgleich von Kriegs- und Kriegsfolgeschäden sowie der Sozialhilfe⁸⁾. Der Erwähnung bedarf schließlich eine unübersehbare Fülle sonstiger Förderungsmaßnahmen, die sich nicht auf ein einheitliches Prinzip zurückführen lassen, sondern vielfältigen gesellschafts-, sozial- und wirtschaftspolitischen Zielen zu dienen bestimmt sind⁹⁾. Aus dieser Umschreibung folgt, daß

⁷⁾ Die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand ist also nicht Gegenstand des Themas. Für ihre Ausscheidung aus dem Begriff der Leistungsverwaltung auch *Hans Klein*, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, 1968, S. 17, 18 ff.; *Pernthaler*, JBl. 1965, 66 f. Über den status controversiae hinsichtlich der Grundrechtsproblematik im Bereich staatlicher Wettbewerbsteilnahme informieren *Hans Klein* S. 98 ff., 159 ff., 180 ff., 228.; *Püttner*, Die öffentlichen Unternehmen, 1969, S. 141 ff.; *Emmerich*, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, 1969, S. 87 ff., 121 ff.

⁸⁾ Vgl. etwa Soziale Sicherung in der Bundesrepublik Deutschland — Bericht der Sozialenquete-Kommission, o. J. (1966) mit einem Anlagenband (Sozialenquete-Anlagenband); v. *Bethusy-Huc*, Das Sozialleistungssystem in der Bundesrepublik Deutschland, 1965; *Schewe-Nordhorn-Schenke*, Übersicht über die soziale Sicherung in Deutschland, 8. Aufl., 1970; *Hans J. Wolff* (Anm. 1) §§ 139 ff.; *Zacher*, Sozialpolitik und Menschenrechte in der Bundesrepublik Deutschland, 1968, S. 13 ff. Das Thema „Die Rechtsformen der sozialen Sicherung und das allgemeine Verwaltungsrecht“ war Beratungsgegenstand der Staatsrechtslehrertagung 1969 in Bern; vgl. die Referate von *Henke* und *Rüfner* sowie die Diskussion in VVDStRL 28, 149 ff., 187 ff., 225 ff.

⁹⁾ Beispiele: Subventionierungen (vgl. dazu *Götz*, Recht der Wirtschaftssubventionen, 1966; *Ipsen* und *Zacher*, VVDStRL 25, 257 ff., 308 ff.; *Hans J. Wolff* [Anm. 1] § 154; Subventionsberichte der Bundesregierung von 1966 [BT-Drs. V/931], 1967 [BT-Drs. V/2423] und 1970 [BT-Drs. VI/391]); Vermögensbildung (vgl. dazu *Leber* [Hg.], Vermögensbildung in Arbeitnehmerhand, 1965; Institut Finanzen und Steuern Brief 114, Die Vermögensbildung in der BRD, 1969, S. 11 ff.; *Hans J. Wolff* [Anm. 1] § 155 I); Ausbildungsförderung

der Gesamtkomplex staatlicher Sozialgestaltung und Wirtschaftslenkung durch Intervention und Planung nur ausschnittsweise berücksichtigt wird. Insbesondere kommen die Interventionsmittel des Eingriffs und der nicht imperativen Verhaltensbeeinflussung nur insoweit in Betracht, als sie mit Leistungen im bezeichneten Sinn verbunden sind¹⁰⁾.

Daseinsvorsorge, soziale Sicherung und durch je besondere öffentliche Interessen motivierte Förderungsmaßnahmen bilden also das Ensemble staatlicher bzw. auch staatlich vermittelter¹¹⁾ Leistungen, deren grundrechtliche Relevanz im folgenden zu untersuchen sein wird.

Dabei geht es zunächst um das Problem der Eignung der Grundrechte, Schutz auch gegen leistungsstaatliche Aktivitäten zu gewährleisten. Einer Auffassung, für die nach einem Wort *Arnold Gehlens*¹²⁾ „der Leviathan mehr und mehr die Züge einer Milchkuh“ annimmt und seine „Funktionen als Produktionshelfer, Sozialgesetzgeber und Auszahlungskasse“ in den Vordergrund treten, mag diese Fragestellung freilich antiquiert und schon im Ansatz verfehlt erscheinen. Daß es sich anders verhält, wird im zweiten Teil des Referats zu erweisen sein. Demgegenüber ist selbstverständlich zuzugeben, daß der Leistungsstaat im Grundsatz notwendiges Produkt einer Entwicklung ist, die verfassungsrechtlich ihren Niederschlag in der Wandlung vom liberalen zum sozialen Rechtsstaat gefunden hat¹³⁾. Die Ursachen dieser Entwicklung — Bevölkerungsvermehrung, Industrialisierung, Urbanisierung, Proletarisierung, Weltkriege und weltweite Wirtschaftskrisen — sind bekannt und hier nicht des näheren zu analysieren.

Angezeigt sein dürfte jedoch ein Hinweis auf die Rolle der klassischen Grundrechte in jenem Prozeß, aus der in gerader Linie das zweite Problem der gegenwärtigen Diskussion erwachsen ist. Rechtliche Freiheit und Rechtsgleichheit haben

(vgl. z. B. Bundesgesetz über die individuelle Förderung der Ausbildung v. 26. 8. 1971 [BGBl. I S. 1409]).

¹⁰⁾ Vgl. *Ipsen* in: *Kaiser* (Hg.), *Planung* II, 1966, S. 74, 84 f.

¹¹⁾ Nämlich durch Indienstnahme Privater zum Zweck der Erbringung öffentlicher Leistungsaufgaben; vgl. dazu *Ipsen*, *AöR* 90, 393 ff.; *Hans J. Wolff* (Anm. 1) § 137 III g) 1.; *BVerfG*, *NJW* 1971 1255 ff.; allgemein zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private *Ossenbühl* und *Gallwas*, *VVDStRL* 29, 136 ff. und 211 ff.

¹²⁾ *Moral und Hypermoral*, 1970, S. 110; vgl. in diesem Zusammenhang auch *Herbert Krüger*, *Allgemeine Staatslehre*, 2. Aufl., 1968, S. 800 f.; *Isensee*, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht*, 1968, S. 118 ff.

¹³⁾ Vgl. dazu insbesondere *Forsthoff* (Hg.), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, 1968.

— so läßt sich zurückhaltend formulieren — an der Lösung der sozialen Frage des 19. Jahrhunderts keinen positiven Anteil gehabt. Eher haben sie mit der Aufhebung der überkommenen statusmäßigen Bindungen neue gesellschaftliche Abhängigkeiten und Ungleichheiten erst freigesetzt. Diesen Befund haben — mit unterschiedlichen Therapie-Vorschlägen — *Karl Marx* und *Lorenz von Stein* klar diagnostiziert¹⁴⁾. Der liberale Staat brachte also zwar die rechtlich-politische, blieb aber die soziale Emanzipation schuldig. Es erscheint daher begreiflich, daß seine Ablösung durch den sozialen Interventionsstaat auch das tradierte Grundrechtsverständnis erschüttert und das ihm genau entgegengesetzte Bestreben hervorgebracht hat, nunmehr die Teilhabe an den staatlichen Leistungen grundrechtlich zu verbürgen. Diese Tendenz ist in zweifacher Weise artikuliert worden.

Einmal handelt es sich um die Schaffung eines neuen Typs von Grundrechten in Gestalt der auf positive Förderung gerichteten sozialen Rechte. Diesen Weg haben in Deutschland die Weimarer Verfassung¹⁵⁾ und zahlreiche Verfassungen der heutigen Bundesländer¹⁶⁾ beschritten. Soziale Grundrechte finden sich ferner in einer Reihe ausländischer Verfassungen und in internationalen Dokumenten¹⁷⁾. Unter ihnen ist vor allem die Europäische Sozialcharta vom 18. Oktober 1961¹⁸⁾ zu nennen, die allerdings — wie *Wengler* überzeugend nachgewiesen hat¹⁹⁾ — keine innerstaatliche Verbindlichkeit entfaltet. Einschlägige Überlegungen im Rahmen der Grundrechtsreform in Österreich²⁰⁾ und der Revision der schweizerischen Bundesverfas-

¹⁴⁾ *Karl Marx*, Zur Judenfrage, in: Frühe Schriften I (Hg. H. J. Lieber und P. Furth), 1962, S. 470 ff., 801 ff.; *Lorenz von Stein*, Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage I, 1959 (Nachdruck der von G. Salomon hgg. Ausgabe von 1921), S. 11—149 passim, besonders S. 82 ff., 131 ff., S. 277 f.; vgl. dazu *Ernst Rudolf Huber*, Nationalstaat und Verfassungsstaat, 1965, S. 127 ff.; *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Festschrift für Otto Brunner, 1963, S. 259 ff.; *ders.*, Festschrift für Adolf Arndt, 1969, S. 66 f.

¹⁵⁾ Art. 119 II und III, 121 III, 122 I, 139 I, 142 S. 2, 143 I, 145 S. 3, 146 I 3, 150 I, 151 I, 155 I, 157 I, 158 I, 161, 162, 163 II, 164 WRV.

¹⁶⁾ Nachweise bei *Zacher* (Anm. 8) S. 11 ff.

¹⁷⁾ Vgl. *Tomandl*, Der Einbau sozialer Grundrechte in das positive Recht, 1967, S. 16 ff., 24 ff.; *van der Ven*, Soziale Grundrechte, 1963, S. 16 ff.

¹⁸⁾ BGBl. 1964 II S. 1262.

¹⁹⁾ Die Unanwendbarkeit der Europäischen Sozialcharta im Staat, 1969.

²⁰⁾ Vgl. *Pernthaler*, AÖR 94, 52 f., 65 ff. sowie die beigelegte Dokumentation (77 ff.).

sung²¹⁾ bezeugen die aktuelle Anziehungskraft des Gedankens sozialer Grundrechte.

Besonderes verfassungsdogmatisches Interesse verdient jedoch eine andere Richtung der heutigen Grundrechtsdiskussion. Sie zielt — offenbar jedenfalls zum Teil durch die weitgehende Enthaltensamkeit des Grundgesetzes in Ansehung sozialer Verbürgungen beeinflusst — darauf ab, grundrechtliche Leistungsansprüche kraft gewandelter Gleichheitsvorstellungen und im Wege der Umdeutung von Freiheitsrechten zu entwickeln. Das geschieht im Bereich des Gleichheitssatzes dadurch, daß man ihm die Funktion zuschreibt, Ansprüche auf Herstellung tatsächlicher Gleichheit bis hin zu derjenigen der Chancen mannigfacher Art zu begründen²²⁾. Parallel dazu verstärken sich die Ansätze, auch den Freiheitsrechten soziale Gehalte abzugewinnen, indem man die grundrechtlichen Gewährleistungen auf die finanziellen und sonstigen Voraussetzungen ihrer Nutzung erstreckt²³⁾. Damit wird der Versuch unternommen, die Diskrepanz zwischen „liberté“ und „capacité“ im Sinn der eindringlichen Darlegungen von *Raymond Aron*²⁴⁾ interpretatorisch zu überwinden und beide zusammenzuführen.

Soziale Grundrechte und soziale Interpretationen der Freiheits- und Gleichheitsrechte — das sind in schlagwortartiger Verkürzung die Konstruktionen, die der eingangs erwähnten neuartigen Forderung nach grundrechtlicher Sicherung durch den Leistungsstaat den juristischen Halt geben sollen. Ihnen wird der dritte und letzte Teil des Berichts gelten.

II. Grundrechtliche Grenzen leistungsstaatlicher Aktivitäten

Im Anschluß an diese Problemanalyse ist zunächst im 2. Berichtsteil auf die Frage nach der Begrenzung leistungsstaatlicher Aktivitäten durch die grundrechtlichen Gewährleistungen einzugehen.

1. Daß eine solche Bändigung überhaupt einem Schutzbedürfnis des einzelnen entspricht, belegt bereits eine fragmentarische Konflikt-Typologie. Leistungsgewährungen können erstens Interessen des Leistungsempfängers berühren, und zwar vor allem dort, wo — wie durch Anschluß- und Benutzungszwang oder Zwangsmitgliedschaft — das Leistungsverhältnis zwangsweise begründet wird. Nicht weniger einschneidenden

²¹⁾ Vgl. *Hans Huber* in: *Huber-Tuchtfeldt*, Wirtschaftspolitische Ziele in der Verfassung, 1970, S. 40.

²²⁾ Vgl. unten Anm. 92 f. und den Text dazu.

²³⁾ Vgl. unten Anm. 94 f. und den Text dazu.

²⁴⁾ *Essai sur les libertés*, Paris 1966, S. 210 f.

Freiheitsgefährdungen setzt häufig die inhaltliche Gestaltung des Leistungsverhältnisses gerade auch denjenigen aus, der ohne Rechtszwang eine Leistung in Anspruch nimmt. Anstaltlich dargebotene Leistungen sowie die Verknüpfung von Gewährungen mit Auflagen und Bedingungen²⁵⁾ liefern hierfür beweiskräftiges Anschauungsmaterial. Kollisionsträchtig ist schließlich die Kürzung oder vollständige Entziehung zuvor gewährter Begünstigungen. Auf dem Spiel stehen sodann verschiedenartige Interessen Dritter. Dabei ist ebenso an Außen-seiter und Konkurrenten zu denken, die durch eine anderen Gruppen oder Einzelpersonen erbrachte Leistung beeinträchtigt werden, wie an den kraft staatlicher oder kommunaler Monopolisierung von der privaten Leistungserbringung Ausgeschlossenen — etwa an die streitbare Nürnberger Leichenfrau, um nur ein auch geographisch naheliegendes Beispiel zu nennen²⁶⁾. In diesen Zusammenhang gehört darüber hinaus der für öffentliche Leistungsaufgaben in Dienst genommene Private²⁷⁾. In einen Interessengegensatz zum Leistungsstaat gerät drittens jedermann, dem jener im Wege der Abgabenerhebung die Mittel nehmen muß, bevor er sie wieder verteilen und umverteilen kann²⁸⁾.

2. Die genannten Sachverhalte weisen ungeachtet der sichtbar gewordenen unterschiedlichen Interessenrichtungen insofern einen gemeinsamen Nenner auf, als in jedem einzelnen von ihnen Hoheitsakte in grundrechtlich geschützte Bezirke eindringen. Das bedarf keiner Begründung für solche Maßnahmen, die sich als Befehl, Verbot und Zwang darstellen. Sie erscheinen als gezielte Eingriffe *stricto sensu* und sind mithin geeignet, die Abwehrfunktion der Grundrechte auszulösen²⁹⁾. Die Grundrechte reagieren jedoch nicht mehr nur auf finales bzw. imperatives Handeln³⁰⁾. Dieser Wandel kommt besonders deutlich in der neueren Rechtsprechung zum Enteignungsrecht zum Ausdruck. In Erkenntnis der Ausgleichsbedürftigkeit auch unbeabsichtigter Schädigungen verlangt der BGH heute nicht mehr, daß es sich um gezielte, also gewollte Eigentumsbeein-

²⁵⁾ Vgl. etwa Götz (Anm. 9) S. 45 ff.; Ipsen, Öffentliche Subventionierung Privater, 1956, S. 78 ff.; Köttgen, Fondsverwaltung in der Bundesrepublik, 1965, S. 64 ff.; Zacher, VVDStRL 25, 312 ff.; Friauf, DVBl. 1971, 879 ff.

²⁶⁾ BVerwG, JR 1971, 33 ff.

²⁷⁾ Vgl. oben Anm. 11.

²⁸⁾ Zacher, Freiheitliche Demokratie, 1969, S. 116.

²⁹⁾ Zutreffend Heinze, Autonome und heteronome Verteilung, 1970, S. 53.

³⁰⁾ Grundlegend dazu Gallwas, Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte, 1970.

trächtigungen handeln müsse. Als enteignend oder enteignungsähnlich sieht das Gericht vielmehr schon konkrete hoheitliche Maßnahmen mit unmittelbaren Auswirkungen auf das Eigentum des Betroffenen an³¹⁾. Es erscheint bemerkenswert, daß diese Judikatur im wesentlichen anlässlich der Beurteilung von Schäden durch den Bau und Betrieb von Einrichtungen der Daseinsvorsorge entwickelt worden ist. Ganz ähnlich vermag nun die — offene oder verdeckte — Subventionierung seines Konkurrenten den übergangenen Wettbewerbsteilnehmer in grundrechtlich erheblicher Weise zu beeinträchtigen³²⁾ mit der Folge, daß insoweit kassatorischer Rechtsschutz gewährt werden muß. Dieser Einsicht haben sich BVerwG und BVerfG nicht verschlossen³³⁾.

Mit dem Verzicht auf die Finalität reagieren die Grundrechte auf die Leistungsstaatlichkeit. Nur so wird ihre Wirksamkeit auch gegen solche Bedrohungen gesichert, die erst der Leistungsstaat hervorgebracht hat. Es kann deshalb nicht entscheidend darauf ankommen, ob Beeinträchtigungen dieser Art sich noch ausnahmslos mit Hilfe der bildhaften³⁴⁾ Eingriffsvorstellung begreifen lassen³⁵⁾. Wer das verneint, mag hier mit *Forsthoff*³⁶⁾ von einer „konstruktiven Selbsthilfe gegenüber einer sich wandelnden Welt“ sprechen.

3. Tatbestandlich berühren die Reglementierungen im Rahmen der Wahrnehmung staatlicher Leistungsaufgaben insbesondere die Art. 2, 12 und 14 GG aus dem Kreis der Freiheitsrechte sowie den allgemeinen und die besonderen Gleichheitssätze. Bei der Ermittlung der dirigierenden und begrenzenden Wirkungen der beiden Kategorien grundrechtlicher Gewährleistungen empfiehlt sich eine differenzierende Betrachtung.

³¹⁾ BGHZ 37, 44 (47); 48, 46 (49); 48, 58 (64 f.); 55, 229 (231); vgl. dazu *Wagner*, NJW 1966, 569 ff.

³²⁾ Vgl. *Friauf*, DVBl. 1969, 371; *Gallwas* (Anm. 30) S. 102 f.; *Götz* (Anm. 9) S. 272 ff.; *Ipsen*, VVDStRL 25, 303; *Stern*, JZ 1960, 524.

³³⁾ BVerwGE 30, 191 (196 ff.); BVerfGE 18, 1 (12 f.) und dazu — die Verfassungsbeschwerden im Ergebnis zurückweisend — BVerfGE 21, 12 (25 ff.). Wesentlich zurückhaltender beurteilt der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften die Klagebefugnis des Marktbeteteiligten im Hinblick auf Drittbegünstigungen (EuR 1970, 161 mit kritischer Anmerkung von Nicolaysen).

³⁴⁾ Zu den Gefahren der „Bildersprache“ in bezug auf die eigentumsrechtlichen Eingriffs- und Inhaltsvorstellungen *Hans Schulte*, Eigentum und öffentliches Interesse, 1970, S. 48 ff.

³⁵⁾ Bejahend z. B. *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, S. 259 ff.; *Vogel*, VVDStRL 24, 151 ff.

³⁶⁾ In: *Kaiser* (Hg.), Planung III, 1968, S. 35.

a) Im Bereich der Freiheitsverbürgungen verdient hervor-gehoben zu werden, daß die qualitative und quantitative Veränderung der Staatsaufgaben spezifische Schutzbedürfnisse zutage treten läßt, die es grundrechtlich zu befriedigen gilt. Das ist zum Teil gelungen, wie die Unterstellung erdienter subjektiver öffentlicher Rechte unter die verfassungsrechtliche Eigentums-garantie bezeugt³⁷⁾. Sie beruht auf der Einsicht, daß für viele Bürger solche Ansprüche als Grundlage ihrer Freiheit im vermögensrechtlichen Bereich weithin an die Stelle privaten Sacheigentums getreten sind.

Bislang nicht bewältigt ist demgegenüber ein Grundrechts-problem, das sich besonders dringlich in einem Augenblick stellt, in dem man sich der schlichten Tatsache bewußt zu werden beginnt, daß großangelegte gesellschaftspolitische Reformen nicht kostenneutral zu sein pflegen. Wenn der moderne Leistungsstaat solche Reformen durch die Ausübung seiner Ab-gabenhöhe finanziert, dann muß gefragt werden, ob diese denn wirklich auf die offene Flanke der Eigentums-garantie trifft³⁸⁾. Das BVerfG nimmt bekanntlich an, Art. 14 GG schütze nicht das Vermögen als solches; deshalb seien Vermögens-beinträchtigungen durch Auferlegung von Geldleistungspflichten in der Regel nicht an dieser Verfassungsbestimmung zu mes-sen, es sei denn, daß sie den Pflichtigen übermäßig belasteten und seine Vermögensverhältnisse grundlegend beeinträchtigen³⁹⁾.

Die in dieser stereotyp wiederholten und bisher nicht be-gründeten Wendung enthaltenen zwei Thesen sind jedoch mit-einander unvereinbar. Entweder ist der steuerliche Zugriff

³⁷⁾ Grundlegend *Dürig*, Festschrift für W. Apelt, 1958, S. 13 ff.; s. ferner *Nicolaysen*, Hamburger Festschrift für Friedrich Schack, 1966, S. 107 ff.; *Rüfner*, VVDStRL 28, 198 f.; *Suhr*, Der Staat 9, 81 f.; *Wannagat*, Lehrbuch des Sozialversicherungsrechts I, 1965, S. 243 ff.; BSGE 9, 127 (128); 13, 247 (250); 14, 133 (137); BVerfGE 22, 241 (253); 29, 283 (302). Subventionen genießen dagegen keinen Eigentumsschutz (*Ipsen*, VVDStRL 25, 445; *Dagoglou*, ebenda S. 435; vgl. aber auch *Zacher*, ebenda S. 366 ff., 445; *Götz* [Anm. 9] S. 280). Den Interessen des Leistungsempfängers wird durch die rechtsstaatlichen Grundsätze über Widerruf und Rücknahme begünstigender Verwaltungsakte (Vertrauensschutz!) Rechnung getragen.

³⁸⁾ So *Forsthoff*, VVDStRL 12, 31 ff.; *Hesse*, Grundzüge des Ver-fassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 4. Aufl., 1970, S. 180 f.

³⁹⁾ BVerfGE 4, 7 (17); 6, 290 (298); 8, 274 (330); 10, 89 (116); 10, 141 (177); 10, 354 (371); 11, 105 (126); 14, 221 (241); 18, 441 (452); 19, 119 (128); 19, 253 (267); 23, 288 (314); 26, 327 (338); 27, 111 (131); 27, 326 (343); 29, 402 (413); BVerfG, NJW 1971, 1603 (1605).

eigentumsrechtlich irrelevant, dann kann er auch nicht kraft gesteigerter Intensität in eine Eigentumsverletzung umschlagen — oder Art. 14 GG ist thematisch einschlägig, dann und nur dann kann sinnvoll gefragt werden, zu welchen Zwecken und bis zu welcher Grenze er die Auferlegung steuerlicher Belastungen gestattet. Ein Drittes gibt es nicht. Angesichts dieser Alternative erscheint die Erstreckung des verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriffs auf das Vermögen als Ganzes, d. h. das Ensemble der subjektiven Berechtigungen mit Vermögenswert, zwingend geboten. Andernfalls würde die gesamte Eigentumsordnung und mit ihr das Eigentum als Rechtseinrichtung⁴⁰⁾ zur freien Disposition des Steuergesetzgebers stehen⁴¹⁾. Die hier vertretene Auffassung liegt im übrigen — darauf hat bereits *Friauf* hingewiesen⁴²⁾ — auch der Entschädigungsregelung für den Tatbestand der Enteignung zugrunde: er läßt an die Stelle der Substanzgarantie grundsätzlich eine Vermögenswertgarantie in Gestalt der regelmäßig auf Geld gerichteten Entschädigungsforderung treten⁴³⁾.

b) Im Anschluß an die Feststellung der grundrechtlichen Prüfungsmaßstäbe muß weiter nach der Widerstandskraft gefragt werden, die sie den Einwirkungen durch Maßnahmen leistungstaatlichen Ursprungs entgegenzusetzen vermögen.

Die einschlägigen Freiheitsgarantien stehen unter Gesetzesvorbehalt (Art. 2 I und II 3, 12 I 2, 14 I 2, II GG). Die Wirksamkeit des Grundrechtsschutzes hängt hier wesentlich davon ab, ob es gelingt, die Regelungsbefugnis des Gesetzgebers schon im Vorfeld des unantastbaren grundrechtlichen Wesensgehalts (Art. 19 II GG) zu begrenzen. Als Ansatzpunkte für die verfassungsrechtliche Beurteilung kommen der gesetzlich verfolgte Zweck und das zu seiner Verwirklichung eingesetzte Mittel in Betracht.

aa) Dabei darf indes die Ergiebigkeit der Bindung des Gesetzgebers an einen legitimen Zweck nicht überschätzt werden. Gewiß müssen gesetzliche Reglementierungen im Bereich der

⁴⁰⁾ Seine Bedeutung hebt in anderem Zusammenhang hervor BVerfGE 24, 367 Ls. 3, 389; vgl. auch 26, 215 (222).

⁴¹⁾ Zutreffend betont von *Leisner*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Erbschaftsbesteuerung, 1970, S. 77.

⁴²⁾ Juristische Analysen 1970, 307 ff.

⁴³⁾ Kritisch zur Rechtsprechung des BVerfG auch *Werner Weber*, AöR 90, 471; *ders.*, Der Staat 4, 437; *Herzog*, Evangelisches Staatslexikon, 1966, Sp. 383 ff.; *Maunz-Dürig-Herzog*, Grundgesetz, 2. Aufl., 1963 ff., Art. 14 Rdnr. 48 ff.; *Vogel-Walter*, Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar), Art. 105 (Zweitbearbeitung) Rdnr. 139 ff.

Grundrechte durch öffentliche Interessen motiviert und von daher legitimiert sein. Dieser Gedanke beherrscht auch die Spruchpraxis des BVerfG⁴⁴⁾. Öffentlichen Interessen bzw. Gemeinschaftsinteressen kommt danach — auf eine zusammenfassende Formel gebracht — gleichsam die Rolle ungeschriebener Tatbestandsmerkmale der verfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehalte zu.

Aber namentlich in den thematisch interessierenden Gebieten der Wirtschafts-, Gesellschafts- und Sozialpolitik erschöpft sich die Zuständigkeit des Gesetzgebers nicht etwa darin, „allgemein anerkannte und von der jeweiligen Politik des Gemeinwesens unabhängige Gemeinschaftswerte“ zu schützen und zu fördern; er kann darüber hinaus auch solche Interessen zum Anlaß von Eingriffen in die Grundrechtsordnung nehmen, „die ihm“ — so das BVerfG — „nicht in diesem Sinne ‚vorgegeben‘ sind, die sich vielmehr erst aus seinen besonderen wirtschafts-, sozial- und gesellschaftspolitischen Vorstellungen ergeben, die er also erst selbst in den Rang wichtiger Gemeinschaftsinteressen erhebt“⁴⁵⁾. Dabei wird lediglich vorausgesetzt, daß die Anschauungen, Erwägungen und Wertungen des Gesetzgebers nicht „offensichtlich fehlsam oder mit der Wertordnung des Grundgesetzes unvereinbar“ sind⁴⁶⁾.

Diese Erkenntnis, Konsequenz zutreffender Einsicht in Rang und Prädikat des Parlamentsgesetzes als demokratischer Mehrheitsentscheidung⁴⁷⁾, kann in ihrer grundrechtlichen Tragweite kaum überschätzt werden. Und der Eindruck der Anfälligkeit der Grundrechte gegenüber dem gesetzgeberischen Zugriff verstärkt sich dann noch, wenn man die Funktion des Sozialstaatsprinzips als Vehikel legitimer öffentlicher Interessen bedenkt. Denn die Bestimmung dessen, was eine sozialstaatliche Ordnung gebietet oder erlaubt, obliegt weitestgehend dem Gesetzgeber⁴⁸⁾.

⁴⁴⁾ Nachweise bei *Martens* (Anm. 3) S. 170; aus neuerer Zeit vgl. etwa BVerfGE 22, 380 (384 f.); 23, 50 (56); 25, 1 (11 ff.); 25, 112 (117 f.); 26, 215 (222); BVerfG, NJW 1971, 1255 (1256).

⁴⁵⁾ BVerfGE 13, 97 (107). Diese Äußerung bezieht sich zwar ausdrücklich nur auf gesetzliche Berufsregelungen, stellt jedoch „eine allgemeine und von dem Grundrecht der Berufsfreiheit losgelöste Aussage dar“; so zutreffend *Badura*, AöR 92, 386.

⁴⁶⁾ BVerfGE 13, 97 (107, 105), BVerfG, NJW 1971, 1255 (1257).

⁴⁷⁾ *Martens* (Anm. 3) S. 187 mit weiteren Nachweisen.

⁴⁸⁾ So mit Recht das BVerfG in ständiger Rechtsprechung, vgl. etwa BVerfGE 10, 354 (370 f.); 14, 263 (282); 18, 315 (327); 23, 50 (56 ff.); 25, 112 (117 f.); 29, 221 (235, 237 ff.); 29, 260 (266 f.); zustimmend z. B. *Bettermann*, Grenzen der Grundrechte, 1968, S. 18 f.; *Werner Weber*, Der Staat 4, 431; *Badura*, DÖV 1968, 449; eine Über-

Daraus ergeben sich wesentliche Folgerungen. Es besteht namentlich Veranlassung, mit Nachdruck zu betonen, daß die Grundrechtsordnung des Grundgesetzes die unter den Bedingungen der Industriegesellschaft der 2. Hälfte des 20. Jahrhunderts erforderlichen sozialen Bindungen der Freiheit nicht verhindert⁴⁹⁾. Ob der Staat die großen Aufgaben der Gegenwart und absehbaren Zukunft — von der Sorge für Stabilität und Wachstum der Wirtschaft⁵⁰⁾ über die Raumordnung bis zum Umweltschutz — zu erfüllen imstande sein wird, ist offen. Sollte er scheitern, würde aber jedenfalls die Berufung auf vermeintliche grundrechtliche Hemmnisse ihm kein Alibi verschaffen.

bb) Wenn diese Deutung zutrifft, besteht das Problem weniger in einer Übersteigerung der Grundrechte als vielmehr in der Gefahr zu starker Relativierung ihres Geltungsanspruchs. Dieser Gefahr muß begegnet werden durch die Forderung nach strenger Bindung des vom Gesetzgeber eingesetzten Mittels an das rechtsstaatliche Postulat der Verhältnismäßigkeit⁵¹⁾. So wird es möglich, Grundrechtsbeeinträchtigungen in juristisch meßbarer und berechenbarer Weise an den Kriterien der Eignung, der Erforderlichkeit und der Proportionalität im engeren Sinn zu überprüfen⁵²⁾.

Absolute Entscheidungsgewißheit verbürgt freilich auch das Übermaßverbot nicht. Es sei in diesem Zusammenhang nur an die unterschiedliche Beurteilung der Aufhebung der Jahresarbeitsverdienstgrenze in der Rentenversicherung der Angestellten ohne Befreiungsmöglichkeit als Dauereinrichtung erinner⁵³⁾. Dieser Vorgang erscheint übrigens paradigmatisch für

sicht über die bisherigen Ausdeutungen der Sozialstaatsklausel findet sich bei *Isensee* (Anm. 12) S. 191 f. Anm. 40.

⁴⁹⁾ Ebenso *Herzog*, Allgemeine Staatslehre, 1971, S. 375.

⁵⁰⁾ Zur Bedeutung der Grundrechte in diesem Bereich *Friauf*, VVDStRL 27, 14 f.; *Wagner*, ebenda S. 63 ff.; *Stachels*, Das Stabilitätsgesetz im System des Regierungshandelns 1970, S. 20 ff.

⁵¹⁾ Vgl. *Martens* (Anm. 3) S. 189 ff. mit Nachw.; seither etwa auch BVerfGE 22, 380 (385 f.); 24, 367 Ls. 8, 404 ff.; 25, 1 (12); 26, 215 (222); BVerfG, NJW 1971, 1255 (1256 ff.).

⁵²⁾ Grundlegend *Lerche* (Anm. 35); s. ferner *Bettermann*, Legislative ohne Posttarifhoheit, 1966, S. 51 f.; *Gentz*, NJW 1968, 1600 ff.; zum Grundsatz der Eignung zuletzt BVerfG, NJW 1971, 1603 f. mit ablehnender Stellungnahme von *Kloepfer*, NJW 1971, 1585 ff.

⁵³⁾ Vgl. einerseits BVerfGE 29, 245 (253 ff.) in Verbindung mit 29, 221 (235 ff.) und 29, 260 (266 ff.); andererseits z. B. *Ipsen*, Die Aufhebung der Angestelltenversicherungsfreiheit für höhere Angestellte, (ungedr.) Rechtsgutachten 1968, S. 62 ff.; *Hans Schneider*, Die Einbeziehung der leitenden Angestellten in die Rentenversicherung, (ungedr.) Rechtsgutachten 1968, S. 73 ff.

das allgemeine Phänomen, daß Freiheitsbeschränkungen offenbar dort als weniger problematisch empfunden werden, wo ihnen ein Äquivalent in Gestalt sozialer Leistungen gegenübersteht⁵⁴). Das entspricht einem heute aus verschiedenen Gründen verbreiteten Bedürfnis nach Sicherheit und Wohlstandsbewahrung, das in der Skala menschlicher Wertpräferenzen einen hohen Rang einnimmt⁵⁵). Die Aufgabe aber, in diesem Bereich Freiheit und Sicherheit in eine angemessene Relation zu bringen, gleicht der Quadratur des Zirkels; denn wo verläuft die Grenze zwischen sozialer Sicherheit als Vorbedingung des Freiheitsgebrauchs und freiheitsgefährdender nivellierender Bevormundung⁵⁶)?

Insgesamt gesehen, dürfte jedoch die dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit eigene Zweck-Mittel-Beziehung durchaus geeignet sein, eine Aushöhlung der verfassungsrechtlich gewährleisteten Freiheiten zu verhindern. Die grundrechtssichernde Funktion des Übermaßverbots ist im Rahmen anstaltlicher Leistungsverhältnisse⁵⁷) ebenso zur Geltung zu bringen wie bei der vom BVerfG⁵⁸) insoweit hinsichtlich ihrer Unentgeltlichkeit nicht hinlänglich gewürdigten Überbürdung öffentlicher Leistungsaufgaben auf Private und der staatlichen oder kommunalen Monopolisierung⁵⁹). Und um ein letztes Beispiel anzufügen:

Wenn nach bisherigen Schätzungen die Einführung des sog. Null-Tarifs im öffentlichen Personennahverkehr aus Steuern aufzubringende Aufwendungen in Höhe von 3,5 Mrd. DM erfordern würde⁶⁰), dann wäre diese Verwendung öffentlicher Mittel nur unter der Voraussetzung zulässig, daß der einzige legitime öffentliche Zweck der unentgeltlichen Beförderung, nämlich die Entlastung der Städte vom Individualverkehr, da-

⁵⁴) Vgl. dazu die Erwägungen in BVerfGE 29, 221 (237, 240).

⁵⁵) Wannagat (Anm. 37) S. 110 ff.

⁵⁶) Mit dogmatischen Formeln lassen sich hier keine befriedigenden Lösungen finden; so mit Recht Albers, FinArch. NF 27, 68 ff.; vgl. auch Börner, Staatsmacht und Wirtschaftsfreiheit, 1970, S. 28 ff.; Herbert Krüger (Anm. 12) S. 811 ff.

⁵⁷) Vgl. Zacher, Sozialpolitik (Anm. 8) S. 58 ff.; Herbig, Die öffentlichen Einrichtungen im sozialen Rechtsstaat der Gegenwart, 1970, S. 139 ff.; allgemein Hesse (Anm. 38) S. 135 ff.; Lerche (Anm. 35) S. 221 ff.; Martens, ZBR 1970, 200.

⁵⁸) NJW 1971, 1255, 1258 f.; vgl. dagegen Ipsen, AöR 90, 433 ff.

⁵⁹) Badura, Das Verwaltungsmonopol, 1963, S. 333 ff., bes. 337 ff.; Emmerich (Anm. 7) S. 114 ff.; Hans Klein (Anm. 7) S. 180 ff.; Isensee (Anm. 12) S. 201 ff.; Püttner (Anm. 7) S. 162 ff.; Obermayer-Steiner, NJW 1969, 1457 ff.; BVerfGE 21, 245 (249 ff.); 21, 261 (266 ff.); zurückhaltender Lerche, Rundfunkmonopol, 1970.

⁶⁰) Verkehrsbericht 1970 der Bundesregierung (BT-Drs. VI/1350 S. 78).

durch wenigstens gefördert würde. Auf Grund empirischer Untersuchungen des Verhaltens und der Motivation von Pkw-Benutzern besteht gegenwärtig kein Anlaß, dies anzunehmen⁶¹⁾. Der Null-Tarif wäre daher jedenfalls zur Zeit ungeeignet und damit unverhältnismäßig⁶²⁾. Daß diese Einsicht seine Befürworter aus sozial-revolutionärer Passion nicht anfechten wird, steht auf einem anderen Blatt.

4. Zu prüfen bleibt die Reichweite des Gleichheitssatzes (Art. 3 GG) in seiner Funktion als Abwehrrecht, also im ursprünglichen Sinn des Verbots ungleicher Belastung verstanden und hier noch nicht als Gebot gleicher Begünstigung in Anspruch genommen. Ihm fallen in dieser Rolle im wesentlichen drei Aufgaben zu. Zunächst verpflichtet er zu sachgerechter Abgrenzung des Kreises der zwangsweise in ein Leistungssystem einbezogenen Personengruppen⁶³⁾. Sodann unterliegt seinem Regime die Kostenverteilung innerhalb eines solchen Systems⁶⁴⁾. Und schließlich stellt das Gleichbehandlungsgebot einen weiteren Maßstab für die Beurteilung der Überbürdung öffentlicher Leistungsaufgaben auf Private und namentlich ihrer unentgeltlichen Auferlegung dar. Das bedeutet konkret: Gesetze, die weder Aufwendungsersatz noch Entschädigung vorsehen, müssen mit dem allgemeinen Grundsatz der Lastengleichheit vereinbar sein und bedürfen legitimierender Gründe gegenüber anderen Regelungen, die diesem Prinzip gerecht werden⁶⁵⁾. Deshalb befriedigt der Beschluß des BVerfG zur unentgeltlichen Mineralölbevorratung auch unter Gleichheitserwägungen nicht. Er berücksichtigt zwar die besondere Lage der unabhängigen Importeure⁶⁶⁾, geht aber an der grundsätzlichen Problematik im Blick auf sämtliche Gesetzesadressaten vorbei⁶⁷⁾ und eröffnet damit durchaus fragwürdige Perspektiven auf kostensparende Finanzierungsmöglichkeiten künftiger leistungstaatlicher Aktivitäten.

⁶¹⁾ *Seidenfus*, Rationalisierung des öffentlichen Personennahverkehrs, 1970 (Heft 11 der Vorträge und Studien aus dem Institut für Verkehrswissenschaften an der Universität Münster); *Bellinger*, Optimale Fahrpreise im Personennahverkehr, 1970.

⁶²⁾ Ebenso schon *Fromm*, BB 1971, 99 ff.

⁶³⁾ Vgl. z. B. BVerfGE 18, 38 (45 ff.); 29, 221 (243 ff.); 29, 245 (258 ff.).

⁶⁴⁾ Vgl. z. B. BVerfGE 11, 105 Ls. 2, 114 ff.

⁶⁵⁾ Vgl. *Ipsen*, in: Die Grundrechte II (Hg. *Neumann-Nipperdey-Scheuner*), 1954, S. 195 ff.; *Scheuner*, VVDStRL 11, 73; *Ossenbühl*, VVDStRL 29, 180 ff.; *Gallwas*, BayVBl. 1971, 245 ff.; *Fromm*, DVBl. 1971, 161 ff.; *Heinze* (Anm. 29) S. 98 ff.

⁶⁶⁾ BVerfG, NJW 1971, 1255, 1259 f.

⁶⁷⁾ BVerfG, NJW 1971, 1255, 1258 f.

Soviel im 2. Teil zu den grundrechtlichen Grenzen des Leistungsstaates.

III. Grundrechtliche Leistungs- und Teilhabeansprüche

Konnten die bisherigen Überlegungen von der traditionellen und nach wie vor weithin anerkannten Bestimmung der Grundrechte ausgehen, als Abwehrrechte die Freiheitssphäre des einzelnen vor Eingriffen durch die öffentliche Gewalt zu sichern⁶⁸⁾, so steht das nunmehr zu erörternde Problem grundrechtlicher Leistungs- und Teilhabeansprüche unter umgekehrten Vorzeichen. Die Grundrechte verlassen hier den status negativus⁶⁹⁾ und wandern in den status positivus hinüber. Die Erwägung derartiger Ansprüche signalisiert einen fundamentalen Wandel des überkommenen Grundrechtsverständnisses, der aufmerksam registriert und kritisch überprüft werden muß. Davon entbindet nicht das zugrunde liegende und bei erstem Zusehen einleuchtende Bestreben, die qualitative Veränderung der Staatsaufgaben und der sozialen Struktur grundrechtsinterpretatorisch einzuholen.

Bei der Beantwortung der Frage, ob die Grundrechte die ihnen zugedachte neue Aufgabe erfüllen können, wird man vorab prinzipiell zu unterscheiden haben zwischen der Entwicklung von derivativen Teilhabeansprüchen als Reaktion auf vorgängiges staatliches Handeln und der Einräumung davon unabhängiger, also gleichsam originärer grundrechtlicher Leistungsansprüche.

1. In bezug auf derivative teilhabefordernde Ansprüche gilt das folgende.

a) Als Grundlage von Ansprüchen dieser Art bieten sich in erster Linie der allgemeine Gleichheitssatz und seine Konkretisierungen an; denn in der Tat verbietet das Gleichbehandlungsgebot ungleiche Begünstigung ebenso wie ungleiche Bela-

⁶⁸⁾ Vgl. etwa BVerfGE 7, 198 (204); 9, 83 (88); 12, 81 (87); 13, 318 (325, 326); 19, 342 (349); 21, 342 (349); 21, 362 (369, 372); Forsthoff, Rechtsstaat im Wandel, 1964, S. 147 ff., 213 ff.; Knies, Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem, 1967, S. 36 ff.; Weyreuther, 47 DJT I B, 1968, S. B 84 mit weiteren Nachw.

⁶⁹⁾ Ihm ist historisch und verfassungssystematisch auch der Gleichheitssatz zugeordnet; vgl. Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz, 2. Aufl., 1959, S. 242 f.; Carl Schmitt, Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924—1954, 1958, S. 211; Giacometti, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts I, 1960, S. 285 ff.; von Mangoldt-Klein, Das Grundgesetz, 2. Aufl., 1957 ff., Art. 3 Anm. II 5.

stung⁷⁰⁾. Seine Bindung wirkt jedoch gegenüber generellen Normierungen und konkreten Regelungen in abgestufter Intensität.

aa) Gesetzgebende Gewalt und gesetzesfrei programmierende vollziehende Gewalt⁷¹⁾ verpflichtet der Gleichheitssatz in seiner herrschenden Ausdeutung als Willkürverbot zwar zu sachgemäßer Abgrenzung des Kreises der Begünstigten. Doch stehen insoweit gerade bei der Vergabe von Leistungen zureichende Gründe für eine Differenzierung in erheblich weiterem Umfang zu Gebote, als das bei hoheitlichen Eingriffen der Fall ist⁷²⁾. Freilich darf nicht ohne Rücksicht auf Gebiet und Anlaß einer Regelung unangemessen schematisiert werden. So wird die Gruppierungskompetenz im Rahmen allgemeiner Daseinsvorsorge und der Steuerung besonderer sozialer Notlagen stärker gebunden sein als etwa bei Maßnahmen zum Zweck strukturpolitisch motivierter regionaler oder sektoraler Wirtschaftsförderung. Der Außenseiter kann sich solchen Maßnahmen gegenüber nicht schon ihrer tatsächlichen Auswirkungen wegen auf den Gleichheitssatz berufen; denn das Verbot rechtlicher Diskriminierung fixiert nicht den ökonomischen status quo und läßt mithin — wenngleich auch nicht unbegrenzt⁷³⁾ — Verände-

⁷⁰⁾ Leibholz (Anm. 69) S. 109; Scheuner, VVDStRL 11, 73; Salzwedel, Festschrift für Hermann Jahrreiß, 1964, S. 342, 345; Wallerath, Die Selbstbindung der Verwaltung, 1968, S. 70 ff.; zur Frage der Beschwerdebefugnis im Rahmen der Verfassungsbeschwerde gegen gleichheitswidrige Privilegierungen durch den Gesetzgeber vgl. BVerfGE 9, 338 (342); 13, 248 (253); 26, 79 (91); 26, 100 (109 f.); 26, 116 (134 f.); 26, 141 (153); 26, 163 (168 f.); 29, 268 (273).

⁷¹⁾ Das Problem der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit gesetzesfreier Leistungsverwaltung muß hier unerörtert bleiben; vgl. dazu zuletzt Ipsen, VVDStRL 25, 289 ff.; Zacher, ebenda S. 312 ff., 337 ff. mit zutreffender Betonung des Erfordernisses ausreichender Publizität als Voraussetzung wirksamen Einsatzes des Gleichbehandlungsgebotes; Hans Klein (Anm. 7) S. 263 ff.; Püttner (Anm. 7) S. 191 ff.; Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, 1968, S. 208 ff., 263 ff.

⁷²⁾ BVerfGE 6, 55 (77); 11, 50 Ls. 1, 60; 11, 245 (253 f.); 12, 151 (166); 12, 354 (367 f.); 17, 1 Ls. 2, 23 f.; 17, 210 (216 f.); 22, 100 (104); 23, 258 (264); 29, 51 (56); 29, 337 (339); zur entsprechenden Gestaltungsfreiheit der gesetzesfreien Exekutive BGHZ 52, 325 (330 f.); Köttgen (Anm. 25) S. 61; Rüter (Anm. 5) S. 391, 403 f.; Kritik am „Minimalismus“ des BVerfG äußert Zacher, AöR 93, 351 ff.

⁷³⁾ Das entscheidende Wort kommt dabei einer ökonomischen Analyse der Auswirkungen der jeweiligen Regelung zu; vgl. Köttgen (Anm. 25) S. 69. Würde danach eine einschneidende Verschlechterung der Wettbewerbslage zu erwarten sein, so brauchte das schon unter dem Aspekt des verfassungsrechtlichen Übermaßverbotes nicht hingenommen zu werden. Die diesbezüglichen Erwägungen des BVerfG (BVerfGE 26, 172 [185 f.]; NJW 1971, 1255 [1260]) lassen sich auf den Fall der Drittbegünstigung übertragen.

rungen der Wettbewerbschancen zu⁷⁴). Diese These widerspricht der Judikatur zur Chancengleichheit im Parteienrecht⁷⁵) und im Prüfungswesen⁷⁶) nicht, weil die dortige Argumentation einerseits nicht verallgemeinerungsfähig ist und es sich andererseits zum Teil um Fälle der Rechtsgleichheit handelt, die unter falscher Flagge segeln⁷⁷).

Wenn man demnach die Bedeutung des Gebotes gleicher Begünstigung für die normsetzende Tätigkeit auch nicht überschätzen darf, so besteht doch angesichts seiner Handhabung durch die Rechtsprechung insbesondere im Sozial- und Besoldungsrecht⁷⁸) keine Veranlassung, es als unergiebig abzuwerten.

Es muß indes weiter bedacht werden, daß eine gleichheitswidrige Privilegierung durchaus nicht mit Automatik zur Erreckung der Regelung auf die diskriminierte Gruppe nötigt. Ihre Einbeziehung ist vielmehr nur dort ausnahmsweise zwingend geboten, wo sich der Gleichheitsverstoß nicht anders beseitigen läßt⁷⁹), d. h. praktisch allein im Fall diskriminierender Ausnahmenvorschriften, für die der gesetzliche Ausschluß von Sozialhilfeempfängern vom Wohngeld beispielhaft genannt sei⁸⁰). Regelmäßig hat der Gesetzgeber jedoch mindestens die Möglichkeit und — sofern nicht andere Verfassungsgrundsätze

⁷⁴) Ebenso *Bettermann*, Berliner Festschrift für E. E. Hirsch, 1968, S. 21; *Hans Klein* (Anm. 7) S. 228 ff.; *Scholz*, NJW 1969, 1044 f.; *ders.*, Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz, 1971, S. 147 ff.; überpointiert *Wagner*, VVDStRL 27, 70: „Wer den Gleichheitssatz im Subventionsrecht anwendet, der erhebt das Gießkannenprinzip zum Verfassungsgrundsatz“. Aus der Rechtsprechung vgl. BVerfGE 4, 7 (19, 24); 12, 354 (367) mit zutreffendem Hinweis darauf, daß die Förderung einzelner Gruppen bereits Ungleichbehandlung anderer bedeute; BVerwGE 17, 306 (311 f.); BGH, DVBl. 1968, 915.; anders BVerwGE 23, 194 (199); wohl auch *Ipsen*, VVDStRL 25, 303.

⁷⁵) BVerfGE 24, 300 (399 ff. mit weiteren Nachw.); *Leibholz-Rinck*, Grundgesetz, 4. Aufl., 1971, Art. 38 Rdnr. 6; zusammenfassend *Jülich*, Chancengleichheit der Parteien, 1967, S. 63 ff.

⁷⁶) BVerwG, DÖV 1963, 475 mit weiteren Nachw.

⁷⁷) Ausführlich und zutreffend begründet von *Podlech*, Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, 1971, S. 209 ff.

⁷⁸) Vgl. BVerfGE 13, 31 (36 ff.); 13, 248 (253 ff.); 17, 122 (129 ff.); 18, 288 (296 ff.); 18, 366 (372 ff.); 26, 100 (110 ff.); 26, 163 (169 ff.); 26, 220 (225 ff.); 27, 391 (395 ff.); 28, 227 (237 ff.); 29, 1 (8 ff.); 29, 71 (78 ff.); 29, 283 (296 ff.); für das Subventionswesen OVG Berlin, DVBl. 1967, 92; dazu *Menger-Erichsen*, VerwArch. 58, 284 ff.

⁷⁹) BVerfGE 22, 163 (174 f.); 27, 220 (230 f.); 29, 1 (10); 29, 283 (303 f.).

⁸⁰) BVerfGE 27, 220 (225 ff.); s. ferner BVerfGE 13, 31 (39); 17, 1 (2); 17, 38 (39); 17, 62 (63); 17, 122 (123); 18, 366 (367); 21, 329 (337 f.); 29, 1 (10 f.).

dem entgegenstehen — auch die Befugnis, zwischen der Abschaffung der Begünstigung und ihrer Ausdehnung zu wählen⁸¹⁾. Das BVerfG respektiert diese in der verfassungsrechtlichen Stellung des Parlaments begründete gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit, indem es sich dann mit der Feststellung der Verfassungswidrigkeit der inkriminierten Regelung begnügt⁸²⁾ und so die Entscheidung über Art und Weise der Verwirklichung der Gleichheit dem Organ zurückgibt, das sie zunächst verfehlt hatte. Insoweit verleiht also das Gebot gleicher Begünstigung grundsätzlich wohl eine Chance, aber keinen Anspruch auf Teilhabe. Daran ist festzuhalten.

bb) Ausgeprägter ist die anspruchserzeugende Funktion des Gleichheitssatzes gegenüber der im Einzelfall über die Zuteilung von Leistungen entscheidenden Verwaltung. Er verpflichtet diese zu folgerichtiger und gleichmäßiger Ermessensbetätigung⁸³⁾ und vermag so gegebenenfalls das Recht des Bürgers auf fehlerfreie Ermessensausübung im Ergebnis zu einem Anspruch auf Teilhabe an der anderen gewährten Leistung erstarken zu lassen⁸⁴⁾. Im Verhältnis zu Trägern öffentlicher Einrichtungen der Daseinsvorsorge begründet das Gleichbehandlungsgebot entgegen einer verbreiteten Auffassung⁸⁵⁾ das Recht zu allgemeiner bestimmungsgemäßer Benutzung⁸⁶⁾, was praktisch bedeutsam wird, wo es nicht schon kraft ausdrücklicher rechtsnormativer Bestimmung besteht.

⁸¹⁾ Götz (Anm. 9) S. 264 ff.; *Salzwedel*, Festschrift für Hermann Jahrreiß, 1964, S. 342.

⁸²⁾ BVerfGE 22, 349 (361 ff.); 23, 1 (10 f.); 25, 101 (110 ff.); 25, 236 (252 ff.); 26, 100 (101); 26, 163 (164); 28, 324 (361 ff.); 29, 71 (83). Dem ist trotz der Kritik von *Rudolf Schneider* (AÖR 89, 45 ff.) zuzustimmen.

⁸³⁾ Zum Gleichheitssatz als Grundlage der Selbstbindung der Verwaltung *Mertens*, Die Selbstbindung der Verwaltung auf Grund des Gleichheitssatzes, 1963, S. 63 ff.; *Ossenbühl* (Anm. 71) S. 530 ff.; *Wallerath* (Anm. 70) S. 35 ff.

⁸⁴⁾ Beispiele aus der Rechtsprechung: BVerwGE 31, 368 (370); 32, 333 (336); 35, 344 (347 ff. mit weiteren Nachw.); BGHZ 29, 76 (80); vgl. auch *Hans J. Wolff* (Anm. 1) § 138 IV b) 3; Götz (Anm. 9) S. 36 ff.

⁸⁵⁾ *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts I, 9. Aufl., 1966, S. 385 ff.; *Hans J. Wolff*, Verwaltungsrecht II, 3. Aufl., 1970, § 99 III b). Eine einengende Ermessensänderung wäre unzulässig. Das BVerwG (BVerwGE 36, 352, 355 f.) hätte deshalb den Anspruch des Mieters und Pächters auf Anschluß an das öffentliche Fernsprechnet nicht aus „allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen“ herzuleiten brauchen.

⁸⁶⁾ *Richtig Heinze* (Anm. 29) S. 69 ff.; *Herbig* (Anm. 57) S. 186 ff.; *Rüfner* (Anm. 5) S. 383 f.; *Scholz*, Das Wesen und die Entwicklung der gemeindlichen öffentlichen Einrichtungen, 1967, S. 232 f.

b) Ansprüche auf Zugang und Benutzung von Verfassungsrang vermittelt im übrigen nicht allein in der Gleichheitssatz: Während etwa der Gemeingebrauch durch Art. 2 I GG grundrechtlich gesichert wird⁸⁷⁾, muß das Grundrecht der freien Wahl der Ausbildungsstätte (Art. 12 I GG) im Sinne eines Anspruchs des Studierwilligen auf Zulassung zu den staatlichen Hochschulen interpretiert werden⁸⁸⁾. Darauf wird zurückzukommen sein.

c) Die bezeichneten Ansprüche auf Teilhabe an den Staatsleistungen finden jedoch, soweit es sich nicht um gesetzlich festgelegte Rechtspositionen handelt, nach herkömmlichem Verständnis ihre Grenze an der Erschöpfung der titulierten finanziellen Mittel bzw. der Kapazität der betreffenden Einrichtung⁸⁹⁾: *Ultra posse nemo obligatur* — übersetzt und gesetzlich sanktioniert durch das neue deutsche Hochschulrecht⁹⁰⁾.

2. Diese begrenzte Wirksamkeit der Grundrechte als Leistungsrechte wird offenbar zunehmend als unzulänglich empfunden. Das mag ihre — wie es scheint — ebenso unaufhaltsame wie revolutionäre Umdeutung zu originären und offen-

⁸⁷⁾ *Salzwedel*, in: *Besonderes Verwaltungsrecht* (Hg. von *Münch*), 2. Aufl., 1970, S. 471 f.; *Stern*, VVDStRL 21, 219 f. mit weiteren Nachw.

⁸⁸⁾ *Maunz-Dürig-Herzog* (Anm. 43) Art. 12 Rdnr. 110; *Rupp*, AöR 92, 230; *Barbey*, JZ 1971, 476 Anm. 22; 482; *Friauf*, DVBl. 1971, 679; OVG Rheinland-Pfalz, VerwRspr. 21, 430, 432 f. mit weiteren Nachw.; a. M. *Jürgen Schmitt*, JuS 1970, 62 f.

⁸⁹⁾ *Forsthoff* (Anm. 85) S. 387; *Götz* (Anm. 9) S. 36, 39; *von Jacobs*, *Der öffentlich-rechtliche Benutzungszwang in der Verwaltungsordnung*, 1963, S. 40 f.; *Mertens* (Anm. 83) S. 101; *Wallerath* (Anm. 70) S. 69 ff.; *Hans J. Wolff* (Anm. 1) § 138 IV b) 3; a. M. *Heinze* (Anm. 29) S. 72.

⁹⁰⁾ Baden-Württemberg: § 42 III Hochschulgesetz v. 19. 3. 1968 (GBl. S. 81); Bayern: Art. 2 ff. des Gesetzes über die Zulassung zu den Bayerischen Hochschulen v. 8. 7. 1970 (GVBl. S. 273) mit Ausführungsverordnung v. 31. 7. 1970 (GVBl. S. 386); Art. 35 Fachhochschulgesetz v. 27. 10. 1970 (GVBl. S. 481); Berlin: § 30 III Universitätsgesetz v. 16. 7. 1969 (GVBl. S. 909); Hamburg: § 17 Universitätsgesetz v. 25. 4. 1969 (GVBl. I S. 61); § 11 III Fachhochschulgesetz v. 18. 2. 1970 (GVBl. I S. 61); § 11 III des Gesetzes über die Hochschule für Wirtschaft und Politik v. 19. 2. 1970 (GVBl. I S. 76); Hessen: § 16 IV Hochschulgesetz v. 12. 5. 1970 (GVBl. S. 315); Nordrhein-Westfalen: § 56 Hochschulgesetz v. 7. 4. 1970 (GVBl. S. 254); Rheinland-Pfalz: § 92 Hochschulgesetz v. 22. 12. 1970 (GVBl. 1971 S. 5); §§ 29 f. des Regierungsentwurfes eines Hochschulrahmengesetzes (BT-Drs. VI/1873); §§ 29 f. des CDU/CSU-Entwurfes eines Hochschulrahmengesetzes. Von der Rechtsprechung wird mit unterschiedlichen Begründungen im einzelnen der *numerus clausus* für den Fall der Kapazitätserschöpfung grundsätzlich als zulässig angesehen: BVerwG, JZ 1963, 675; OVG Hamburg, VerwRspr. 15, 286 (289); HessVGH, DVBl. 1970, 739 ff.; OVG Rheinland-Pfalz, DVBl. 1970, 324 ff.; BayVerfGH, BayVBl. 1971, 102 ff.; vgl. aber unten bei und in Anm. 104, 138.

siven Leistungsrechten erklären, über die vor einer kritischen Stellungnahme wenigstens summarisch zu referieren ist.

a) Interpretationsmethodisch operieren die gleichgerichteten Tendenzen auf drei verschiedenen Argumentationsebenen. Die kräftigsten Impulse gehen von einer sozialstaatlich determinierten Grundrechtsauslegung aus, die sich sowohl des Gleichheitssatzes wie der Freiheitsrechte bemächtigt hat. Sie hat das Gleichheitsprinzip aus seiner Akzessorietät⁹¹⁾ gelöst und entnimmt ihm die staatliche Verpflichtung zum Ausgleich gesellschaftlicher und wirtschaftlicher Ungerechtigkeiten⁹²⁾, z. B. zur Verwirklichung eines Rechts auf Bildung kraft sozialstaatlich gebotener Chancengleichheit⁹³⁾. Aus der Unverletzlichkeit der Menschenwürde (Art. 1 I GG) und dem Recht auf Leben (Art. 2 II GG) hat man schon frühzeitig Rechtsansprüche auf Fürsorge⁹⁴⁾, Tuberkulosehilfe⁹⁵⁾ und Impfung⁹⁶⁾ abgeleitet und alsdann — nahtlos daran anschließend — auch die Vorhaltung von Einrichtungen sozialer, wirtschaftlicher und kultureller Daseinsvorsorge als grundrechtliches Postulat bezeichnet⁹⁷⁾. Den

⁹¹⁾ Formulierung von *Salzwedel*, Festschrift für Hermann Jahreiß, 1964, S. 342.

⁹²⁾ *Hesse*, AöR 77, 214 ff.; *Pernthaler*, JBl. 1965, 71 mit weiteren — allerdings teilweise unzutreffenden — Nachw.; *Fröhler*, Das Wirtschaftsrecht als Instrument der Wirtschaftspolitik, 1969, S. 18 f.; in diese Richtung tendieren auch *Ipsen*, Die Grundrechte II (Anm. 65) S. 174; *Herzog*, Evangelisches Staatslexikon, 1966, Sp. 697 f., 701; *ders.*, Staatslehre (Anm. 49) S. 381 ff., 393 ff.; *Scholler*, Die Interpretation des Gleichheitssatzes als Willkürverbot oder als Gebot der Chancengleichheit, 1969, S. 14 ff.; *Zacher*, AöR 93, 360 ff.

⁹³⁾ Vgl. Bericht der Bundesregierung zur Bildungspolitik (BT-Drs. VI/925) S. VII, 1, 2; *Abelein*, DÖV 1967, 375 ff.; *Dahrendorf*, Bildung ist Bürgerrecht, 2. Aufl., 1966; *Friedrich Klein* in: *Klein-Fabricius*, Das Recht auf Bildung und seine Verwirklichung im Ballungsraum, 1969, S. 20 ff.; *Oppermann*, Kulturverwaltungsrecht, 1969, S. 196, 238, 261; *Scholler* (Anm. 92) S. 45 f.

⁹⁴⁾ BVerwGE 1, 159 ff.; 5, 27 (31); *Bachof*, VVDStRL 12, 42; *Herbert Krüger* (Anm. 12) S. 810 f.; *Maunz-Dürig-Herzog* (Anm. 43) Art. 2 II Rdnr. 26 f.; *Zacher*, Freiheit und Gleichheit in der Wohlfahrtspflege, 1964, S. 122 f.; weitere Nachw. bei *Kloepfer*, Grundrechte als Entstehenssicherung und Bestandsschutz, 1970, S. 3 ff.

⁹⁵⁾ *Maunz-Dürig-Herzog* (wie Anm. 94); *Menger*, VerwArch. 54, 95 ff.; *Schultze-Lidl*, Besteht ein Rechtsanspruch auf Tuberkulosehilfe?, 1960, S. 73 ff., 87 ff., 105 ff.; VG Düsseldorf, DVBl. 1962, 559 f. mit zustimmender Anm. *Ule-Siegmund-Schultze*; weitere Nachw. bei *Kloepfer* (Anm. 94) S. 5; a. A. BVerwGE 2, 203 f.; 4, 215 (219 f.).

⁹⁶⁾ BVerwGE 9, 78 (80 f.); weitere Nachw. bei *Kloepfer* (Anm. 94) S. 6.

⁹⁷⁾ *Scholz*, Öffentliche Einrichtungen (Anm. 86) S. 232 ff.; *ders.*, Wirtschaftsaufsicht (Anm. 74) S. 153 ff.; für die Krankenversicherung *Schwabe*, NJW 1969, 2274 ff.

gewiß nur vorläufigen Schlußpunkt der auf die Art. 1 und 2 GG gestützten Interpretationsbemühungen bildet das jüngst entdeckte Menschenrecht auf Umweltschutz⁹⁸⁾. Neuerdings hat die soziale Auslegung darüber hinaus auf Berufsfreiheit und Eigentumsgarantie übergreifen: Als Korrelat der verfassungsrechtlichen Verpflichtung des Staates zur Beachtung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts (Art. 109 II GG) soll Art. 12 GG dem Arbeitnehmer ein Recht auf Gewährleistung eines hohen Beschäftigungsstandes, Art. 14 GG dem Sparer einen Anspruch auf Währungsstabilität garantieren⁹⁹⁾.

Einen zweiten Ansatz liefert eine neue Spielart des institutionellen Grundrechtsdenkens. In seinem Nährboden wurzelt die Vorstellung grundrechtlicher Ansprüche auf Förderung der Presse¹⁰⁰⁾, des Rundfunks¹⁰¹⁾ und der Kunst¹⁰²⁾, bisweilen begleitet von der Erwägung, nur auf diese Weise könnten die Grundrechtsträger die öffentlichen Aufgaben erfüllen, deren Wahrnehmung ihnen der Grundrechtsinterpret bescheinigt. Institutionelle und sozialstaatliche Auslegung kombiniert das BVerwG in seinem bekannten Urteil vom 22. September 1967, mit dem es einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf Privatschulsubventionierung aus Art. 7 IV GG glaubte begründen zu können¹⁰³⁾.

⁹⁸⁾ Rupp, JZ 1971, 401 ff.

⁹⁹⁾ Vogel-Walter (Anm. 43) Vorbemerkungen zu Art. 104a—115 Nr. 4 (Zweitbearbeitung).

¹⁰⁰⁾ Scheuner, VVDStRL 22, 76 f.; Peter Schneider, Pressefreiheit und Staatssicherheit, 1968, S. 39 ff.; vgl. auch die Frage von Herbert Krüger, VVDStRL 22, 193 f.

¹⁰¹⁾ Stern-Bethge, Funktionsgerechte Finanzierung der Rundfunkanstalten durch den Staat, 1968, S. 38 ff. mit weiteren Nachw.; Rudolf, Über die Zulässigkeit privaten Rundfunks, 1971, S. 31 f.

¹⁰²⁾ Rabe, Die Stellung der Theaterunternehmen im Staat, Diss. Köln 1967, S. 98 ff.; Ridder, Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, 1963, S. 21; Scheuner, VVDStRL 22, 10 f.; dagegen z. B. Friedrich Müller, Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik, 1969, S. 128 f.; OVG Lüneburg, DVBl. 1969, 875; unklar Oppermann (Anm. 93) S. 443. Für die Freiheit der Wissenschaft will Rupp (VVDStRL 27, 119 ff.) aus dem Gedanken des Institutionellen „in einem spezifischen Verständnis“ Folgerungen im Hinblick auf die Hochschulverfassung und Hochschulorganisation ziehen; vgl. auch Geck, ebenda S. 165 ff.

¹⁰³⁾ BVerwGE 27, 360 (362 ff.); demgegenüber stellte BVerwGE 23, 347 (350) entscheidend auf die Verletzung des Grundsatzes der Chancengleichheit und die staatsentlastende Wahrnehmung öffentlicher Bildungsaufgaben ab. — Beide Entscheidungen sind überwiegend auf Ablehnung gestoßen; vgl. z. B. Barion, DÖV 1967, 516 ff.; Ipsen, VVDStRL 25, 268; Menger-Erichsen, VerwArch. 57, 377 f. und 59, 275 ff.; Hermann Weber, NJW 1966, 1799 f. und JZ 1968, 779 ff.; Scholz, WRP 1968, 316; Friauf, DVBl. 1971, 679.

An die staatliche Monopolisierung der Grundrechtsvoraussetzungen knüpft die dritte Konstruktion an, mit der einige Verwaltungsgerichte erster Instanz entschlossen den juristischen Kampf gegen das leidige Problem des *numerus clausus* an unseren Universitäten aufgenommen haben. So gewährt das Grundrecht der freien Wahl der Ausbildungsstätte nach Meinung der Richter in Berlin und Frankfurt jedenfalls bei einem besonders krassen Mißverhältnis zwischen Ausbildungsmöglichkeiten und Bewerberzahl einen Anspruch auf Schaffung von Studienplätzen über die vorhandene Kapazität hinaus. Noch weitergehend scheint das VG Hamburg in einem Vorlagebeschluß an das BVerfG von einer unbegrenzten Verpflichtung des Staates zum Angebot von Ausbildungsstätten entsprechend dem Bedarf auszugehen¹⁰⁴). Eine schon im Blick auf die gegenwärtige Studentenexplosion, vor allem aber angesichts der wahrhaft „astronomischen Planzahlen für künftige Akademiker“¹⁰⁵) kühne These.

b) Der Wandel im Grundrechtsdenken, dessen Grundlinien soeben nachgezogen wurden, erscheint zunächst einmal als Ausdruck der unbestreitbaren Tatsache, daß die Nutzung zahlreicher Grundrechte bestimmte faktische Gegebenheiten voraussetzt mit der Folge, daß eine Ausübung der verfassungsmäßig gewährleisteten Rechte nur demjenigen möglich ist, der die „capacité“, verstanden als Vermögen in einem umfassenden Sinn, besitzt, sich diese Voraussetzungen anzueignen. Will ein Gemeinwesen nicht lediglich eine Minderheit seiner Bürger in den Genuß jener Rechte kommen lassen, wird es daher breite Bevölkerungsschichten befähigen müssen, an den Grundrechtsvoraussetzungen zu partizipieren. Dieser Aufgabe hat sich der moderne Leistungsstaat angenommen: So soll sein Recht der sozialen Sicherung dazu beitragen, die Führung eines menschenwürdigen Daseins zu ermöglichen und gleiche Bedingungen für die freie Entfaltung der Persönlichkeit zu schaffen. Und während Maßnahmen der Vermögensbildung eigentumsmehrnde Wirkung entfalten, dienen Wohnungsbauförderung und Wohngeld zur Beschaffung bzw. Erhaltung des Substrats der Wohnungsfreiheit, verbessern ein qualifiziertes Bildungssystem, Hochschulausbau und Ausbildungsförderung die Realisation der Grundrechte der freien Wahl des Berufs und der Aus-

¹⁰⁴) VG Berlin, DVBl. 1971, 150; VG Frankfurt/M., DVBl. 1969, 940; VG Hamburg, Beschluß-v. 21. 8. 1970 — IV VG 615/70, mitgeteilt bei J. Schmitt, DVBl. 1971, 383.

¹⁰⁵) Arnold Gehlen, Die Welt Nr. 49 vom 27. 2. 1971 (Die Geistige Welt S. II); Zahlenangaben unten bei Anm. 145 f. bildungsstätte¹⁰⁶).

¹⁰⁶) Vgl. oben Anm. 8 f. und den Text dazu.

So betrachtet, streben — aus sehr verschiedenartigen Motiven gespeist¹⁰⁷⁾ — Sozial- und Gesellschaftspolitik in wachsendem Maße nicht nur soziale Gleichheit an. Sie sind — in einer treffenden Wendung *Zachers* — zugleich auch auf die „soziale Erfüllung der Freiheit“ gerichtet¹⁰⁸⁾. Gewiß werden die staatlichen Leistungen im Interesse sozialer Freiheit stets viele Wünsche unbefriedigt lassen; dies auch deshalb schon, weil jedes erfüllte Begehren neue Forderungen weckt. Die Grenze zum Übermaß scheint jedoch überschritten, wenn man an die moderne, aber im Blick auf die Spätantike doch auch wieder nicht vorganglose Staatsaufgabe denkt, „Mehr Spaß in die Freizeit“ zu bringen¹⁰⁹⁾.

Aus den dargelegten Zusammenhängen folgt indes noch nicht, daß um der Grundrechtseffektivität willen die faktischen Grundrechtsvoraussetzungen in die normativen Grundrechtsgewährleistungen einbezogen werden müßten.

c) Die kritische Überprüfung der darauf gerichteten Tendenzen erweist vielmehr, daß ihre Ergebnisse sich mit dem Instrumentarium juristischer Grundrechtsauslegung nicht verifizieren lassen.

aa) Auf welchem interpretatorischen Weg auch immer versucht wird, den Inhalt eines Grundrechts auf die Verschaffung oder Erhaltung der materiellen Voraussetzungen seiner Nutzung zu erstrecken, stets zielt das Plädoyer auf die Begründung nicht akzessorischer Leistungsansprüche. Rechte dieser Struktur wurzeln aber nicht im Rechtsstaatsprinzip, sondern entspringen als soziale Rechte in einem bislang unangefochtenen Verständnis des Begriffs¹¹⁰⁾ sozialstaatlichen Vorstellungen. Es

¹⁰⁷⁾ Vgl. etwa *Börner* (Anm. 56) S. 28 ff.; *Herzog* (Anm. 49) S. 203, 380; *Leibholz* (Anm. 69) S. 24 ff.; *Schoeck*, *Der Neid*, 1966, S. 8 f., 20, 78 ff., 121 f., 223 ff., 235 ff., 330 ff., 387 ff.

¹⁰⁸⁾ *Freiheitliche Demokratie* (Anm. 28) S. 113 ff.; *ders.*, *VVDStRL* 25, 364 f. und 28, 233 ff.; vgl. ferner *Erich Kaufmann*, *Gesammelte Schriften I*, 1960, S. 589 ff.; *Flume*, *Festschrift für Rudolf Smend*, 1952, S. 96 N. 78; *Gygi*, *ZSR* 111 (NF 89), 348 ff., 373 ff.; *Häberle*, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 1962, S. 15 ff.; *Herzog*, *Berliner Festschrift für Ernst E. Hirsch*, 1968, S. 66 f., 73 f.; *ders.*, *Staatslehre* (Anm. 49) S. 393 ff.; *Kloepfer* (Anm. 94) S. 15 ff.; *Ryffel*, *Der Staat* 9, 1 ff.; *Scheuner*, *VVDStRL* 28, 230 ff.; *Friauf*, *DVBt.* 1971, 675 ff.

¹⁰⁹⁾ Vgl. die im Auftrag des Bundesministers für Jugend, Familie und Gesundheit und der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung herausgegebene Broschüre „100 Tips für Freizeitpaß“; kritisch auch *Herbert Krüger* (Anm. 12) S. 800 f.

¹¹⁰⁾ *Forsthoff*, *VVDStRL* 12, 19; *Herbert Krüger* (Anm. 12) S. 531 f.; *von Mangoldt-Klein* (Anm. 69) *Vorbemerkungen zu den*

ist deshalb weder zufällig noch bedeutungslos, daß die neuerdings als Inhalte der grundgesetzlichen Freiheits- und Gleichheitsrechte ausgegebenen Ansprüche andernorts wörtlich oder sinngemäß in den Katalogen sozialrechtlicher Verbürgungen erscheinen — vom Recht auf Fürsorge¹¹¹⁾ und Schutz der Gesundheit¹¹²⁾ über das Recht auf Arbeit¹¹³⁾ bis hin zu demjenigen auf Bildung und Ausbildung¹¹⁴⁾. Das Grundgesetz enthält Ansätze zu solchen Verbürgungen nur im Rahmen seines Art. 6¹¹⁵⁾. Im übrigen hat es von ihrer Aufnahme abgesehen. Diese Absage an soziale Grundrechte ist bewußt erfolgt. Das hat *Werner Weber* vor einigen Jahren noch einmal nachgewiesen¹¹⁶⁾.

Außerdem hat es den Anschein, als werde die besondere Eigenart derartiger Rechte von den Befürwortern originärer grundrechtlicher Leistungsansprüche nicht immer hinlänglich berücksichtigt. Grundrechtsbestimmungen, die auf staatliche Leistungen und Teilhabe daran gerichtet sind, können nämlich nach Inhalt und Wirkung grundsätzlich sinnvoll nur als *leges imperfectae* aufgefaßt werden¹¹⁷⁾. Sie sind im Gegensatz zu negatorischen Grundrechten nicht unmittelbar vollziehbar, bedürfen vielmehr der Konkretisierung und Aktualisierung durch den Gesetzgeber¹¹⁸⁾. Erst die gesetzliche Regelung begründet

Grundrechten unter A IV 3; *Scheuner*, *Recht-Staat-Wirtschaft* III, 1951, S. 158; IV, 1953, S. 96 f.; *Tomandl* (Anm. 17) S. 6 f.; *van der Ven* (Anm. 17) S. 54 ff.

¹¹¹⁾ Verfassungen von Berlin (Art. 14) und Bremen (Art. 58 I); Art. 13 der Europäischen Sozialcharta.

¹¹²⁾ Art. 161 WRV; 11 der Europäischen Sozialcharta.

¹¹³⁾ Art. 163 II WRV; 1 der Europäischen Sozialcharta; Verfassungen von Bayern (Art. 166 II), Berlin (Art. 12 I), Bremen (Art. 8 I, 49 II), Hessen (Art. 28 II), Nordrhein-Westfalen (Art. 24 I) und Rheinland-Pfalz (Art. 53 II).

¹¹⁴⁾ Art. 10 der Europäischen Sozialcharta; Verfassungen von Baden-Württemberg (Art. 11 I), Bayern (Art. 128 I), Bremen (Art. 27 I) und Nordrhein-Westfalen (Art. 6 I).

¹¹⁵⁾ Vgl. *Friedrich Klein* (Anm. 93) S. 19; *Maunz-Dürig-Herzog* (Anm. 43) Art. 6 Rdnr. 17, 31; BVerfGE 28, 104 (113).

¹¹⁶⁾ *Der Staat* 4, 412 ff.

¹¹⁷⁾ Etwas anderes gilt nur, soweit es sich um die durch Verfassungssatz eingeräumte Unentgeltlichkeit der Inanspruchnahme öffentlicher Einrichtungen handelt; vgl. z. B. Art. 145 S. 3 WRV (damals jedoch ebenfalls nur als Programm gedeutet, s. *Anschütz*, *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, Nachdruck 1960 der 14. Aufl. 1933, Art. 145 Anm. 6); Verfassungen von Bayern (Art. 129 II), Bremen (Art. 31), Hessen (Art. 59 I), Nordrhein-Westfalen (Art. 9).

¹¹⁸⁾ *Dürig*, *Festschrift für Hans Nawiasky*, 1956, S. 167 Anm. 17; *Forsthoff*, *VVDStRL* 12, 20; *Hans Huber* (Anm. 21) S. 39 f.; *Leibholz*, *Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert*, 2. Aufl., 1960, S. 222 f.; *von Mangoldt-Klein* (Anm. 69) Vorbemerkungen zu den Grundrechten unter A IV

vollzugsfähige subjektive öffentliche Rechte, die nur im Rahmen des jeweils Möglichen und Angemessenen und schon aus diesem Grunde nicht mit Verfassungsrang gewährt werden können¹¹⁹).

Deshalb scheidet auch die Möglichkeit aus, individuelle Leistungsansprüche aus einer Mobilisierung des Sozialstaatsprinzips als Mutterboden aller sozialen Gewährungen zu gewinnen¹²⁰). Gewiß wird durch dieses Prinzip der Staat zu sozialer Aktivität nicht nur ermächtigt, sondern auch verpflichtet¹²¹). Aber die Aufstellung und Verwirklichung des Programms fällt in die primäre Zuständigkeit des Gesetzgebers¹²²). Das wird gerade dort deutlich, wo es um die Vergabe von Leistungen geht. Ohne gesetzliche Regelung bleiben sämtliche konstitutiven Faktoren eines Leistungsanspruchs unbestimmbar — von den Voraussetzungen über seinen Adressaten bis hin zu Art und Höhe des Anspruchs. Bei der Diskussion eines verfassungsunmittelbaren Fürsorgeanspruchs konnte diese Problematik übrigens nur deshalb umgangen werden, weil das damalige Fürsorgerecht bereits das erforderliche Koordinatensystem zur Verfügung stellte¹²³). Womöglich noch eindeutiger sind alle Forderungen nach Verwirklichung sozial-ökonomischer Egalität auf zwischengeschaltete anspruchsbegründende und aus dem Sozialstaatsbegriff nicht zwingend ableitbare gesetzgeberische Dezisionen angewiesen¹²⁴).

3; *Scheuner*, Recht-Staat-Wirtschaft III, 1951, S. 159; IV, 1953, S. 97, 98. — Davon wohl zu unterscheiden ist die begrenzende Funktion sozialer Grundrechte gegenüber Verbotsgesetzen; vgl. dazu Bay-VerfGH, VerwRSpr. 18, 257 (263 f.); 20, 137 (140).

¹¹⁹) Und wo das Gesetz sie durch „mittelbare Drittwirkung“ zu verwirklichen unternimmt (z. B. ein Recht auf Arbeit durch Begründung von Einstellungspflichten privater Arbeitgeber), muß es sich an den Freiheitsrechten der betroffenen Dritten messen lassen; vgl. zur Problematik *Herbert Krüger* (Anm. 12) S. 532; *Tomandl* (Anm. 17) S. 30 ff.

¹²⁰) Ebenso z. B. *Badura*, DÖV 1968, 449; *Friauf*, DVBl. 1971, 677; *Isensee* (Anm. 12) S. 198; *von Münch*, JZ 1960, 303 f.; *Wertenbruch*, Festgabe für Günther Küchenhoff, 1967, S. 343 ff.; BVerfGE 1, 97 (105); 27, 253 Ls. 2a), 283; BSGE 15, 1 (8).

¹²¹) *Bachof*, VVDStRL 12, 39 ff.; *Ipsen*, VVDStRL 10, 74; BVerfGE 1, 97 (105); 10, 354 (368 f.); 11, 105 (113); 21, 362 (375, 378); 21, 245 (251); 27, 253 Ls. 2a), 283.

¹²²) Vgl. besonders *Barion*, DÖV 1970, 15 ff.; *Lerche*, AöR 90, 346 ff. Und selbst ein feststehendes Ziel (Art. 6 V GG) kann vom Gesetzgeber auf verschiedene Weise erreicht werden; s. BVerfGE 25, 167 (183 f.).

¹²³) Richtig *Maunz-Dürig-Herzog* (Anm. 43) Art. 1 Rdnr. 95; vgl. auch *Wertenbruch* (Anm. 120).

¹²⁴) Ebenso jetzt vor allem *Podlech* (Anm. 77) S. 200 ff.; vgl. ferner *Dax*, Das Gleichbehandlungsgebot als Grundlage positiver subjek-

Wer angesichts des danach eindeutigen verfassungsrechtlichen Befundes gleichwohl meint, die einzelnen grundrechtlichen Gewährleistungen um eine soziale Dimension erweitern zu sollen, überschreitet die Grenzen der Interpretation der Verfassung und macht sich zu ihrem Herrn¹²⁵).

bb) Zu einer Revision dieses Urteils nötigt auch nicht die in ihren ersten praktischen Resultaten vorgestellte Ansicht, institutionell verstandene Freiheitsrechte legten die Gewährleistung gewisser sozialer Rechte geradezu nahe¹²⁶). Es ist hier weder möglich noch erforderlich, die Entwicklung der Lehre von den institutionellen Garantien im einzelnen zu verfolgen¹²⁷). Nur das eine sei angemerkt: Mit der ursprünglichen Konzeption verbindet das neue Denken nicht mehr als der Name. Ging es den Urhebern der Theorie um den Schutz bestimmter verfassungsrechtlich gewährleisteter öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Rechtseinrichtungen vor Beseitigung und Aushöhlung durch den einfachen Gesetzgeber, so zielt die in diesem Zusammenhang in Rede stehende Institutionalisierung auf die Garantie gesellschaftlicher Sachverhalte durch ihre positive Förderung. Sie belegt damit ein weiteres Mal die er-

tiv-öffentlicher Rechte, 1969, S. 72 f.; *Hamann-Lenz*, Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. 5. 1949, 3. Aufl., 1970, Art. 3 Anm. A 3; *Hans Huber*, Rechtstheorie Verfassungsrecht Völkerrecht, 1971, S. 295 ff. Damit stimmt die Rechtsprechung des BVerfG zum streng formalisierten Recht der Parteien auf Chancengleichheit überein: „Der Grundsatz der Chancengleichheit, nach dem jeder Partei grundsätzlich die gleichen Möglichkeiten im Wahlkampf und Wahlverfahren und damit die gleichen Chancen im Wettbewerb um die Wählerstimmen eröffnet werden sollen, gebietet nicht, daß die sich aus der unterschiedlichen Größe und Leistungsfähigkeit und den verschiedenen politischen Zielsetzungen der Parteien ergebenden Unterschiede durch staatliche Maßnahmen ausgeglichen werden“ (BVerfGE 24, 300 [344 mit weiteren Nachw.]). Bezeichnenderweise sind alle Erwägungen verfassungsrechtlich gebotener Beseitigung von sozialen und ökonomischen Ungleichheiten im Hinblick auf Voraussetzungen, Art und Weise sowie Ausmaß hochgradig unbestimmt; vgl. etwa außer den oben (Anm. 92, 93) Genannten noch *Badura*, DÖV 1968, 448 f.: Aus dem Sozialstaatsprinzip folge „der Auftrag, die Gleichheit fortschreitend bis zu dem vernünftigerweise zu fordernden Maße zu verwirklichen“.

¹²⁵) Vgl. auch *Forsthoff*, Der Staat der Industriegesellschaft, 1971, S. 147 ff.

¹²⁶) So ausdrücklich *Saladin*, ZSR 1968 I, 553 f.; ähnlich *Scheuner*, DÖV 1971, 510, 513.

¹²⁷) Über sie informiert zuverlässig *Abel*, Die Bedeutung der Lehre von den Einrichtungsgarantien für die Auslegung des Bonner Grundgesetzes, 1964; vgl. auch *Quaritsch*, Evangelisches Staatslexikon, 1966, Sp. 800 ff.

staunliche Wandlungsfähigkeit wie Problematik des institutionellen Rechtsdenkens¹²⁸⁾).

Soziale Gegebenheiten kann der Staat — zu Ende gedacht — im Unterschied zu freiheitssichernden Normenkomplexen nur um den Preis der Freiheit garantieren. Wo also Freiheitsgarantien im Sinne von Existenzgarantien interpretiert werden, tritt die freiheitliche Verfassung in einen Widerspruch zu sich selbst¹²⁹⁾. Man braucht jedoch nicht einmal diese letzte Konsequenz aufzudecken, um die Fragwürdigkeit der Ergebnisse des neuen institutionellen Grundrechtsdenkens zu erkennen. Institutionalisierung seiner Art führt nämlich unvermeidlich von risikobehafteter Freiheit zu gleichheitswidriger Privilegierung¹³⁰⁾ — die bisherigen Anwendungsfälle sprechen für sich. Und sie können folgerichtig weitere institutionell verbrämte Begehrlichkeiten nach sich ziehen, etwa die Forderung nach staatlich subventioniertem Arbeitskampf; denn mit welcher Begründung wollte man den Tarifvertragsparteien vorenthalten, was man den Privatschulunternehmern gewährt? Und Meinungs-, Presse- und Versammlungsfreiheit ließen sich dann etwa wie folgt ergänzen: „Diese Rechte der Bürger werden dadurch gewährleistet, daß den Werktätigen und ihren Organisationen die Druckereien, Papiervorräte, öffentlichen Gebäude, Straßen, das Post- und Fernmeldewesen und andere materielle Bedingungen, die zu ihrer Ausübung notwendig sind, zur Verfügung gestellt werden“¹³¹⁾.

Aus der Gefahr der Beliebigkeit — begrenzt nur durch die Phantasie des jeweiligen Grundrechtsinterpreten — ergibt sich

¹²⁸⁾ Vgl. dazu zuletzt *Rüthers*, Institutionelles Rechtsdenken im Wandel der Verfassungsepochen, 1970, S. 18 ff.; s. ferner *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970, S. 126 ff.

¹²⁹⁾ Gegen die Einbeziehung der faktischen Voraussetzungen in die grundrechtlichen Schutzbereiche auch *Lerche* (Anm. 35) S. 241 f. Anm. 336; *Hans Klein* (Anm. 7). 111 f., 177; *Herzog*, Berliner Festschrift für Ernst E. Hirsch, 1968, S. 70 f.; *Knies* (Anm. 68) S. 181 Anm. 19; *Hans Peters*, Geschichtliche Entwicklung und Grundfragen der Verfassung, 1969, S. 260; *Franz-Jürgen Säcker*, Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, 1969, S. 68 f.; *Scholz*, WRP 1968, 315 ff.; *ders.*, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, 1971, S. 106, 237 ff.; *Forsthoff* (Anm. 125) S. 147 ff., vgl. auch S. 77 f.

¹³⁰⁾ *Forsthoff* (Anm. 125) S. 154 ff.; *ders.*, Der Verfassungsschutz der Zeitungspressen, 1969, S. 22 ff.; *Menger-Erichsen*, VerwArch. 59, 276; *Roellecke*, JZ 1969, 731; *Peter Schneider* (Anm. 100) S. 61 f.; *Isensee* (Anm. 12) S. 263, 282 ff.; *Hermann Weber*, NJW 1966, 1799; *ders.*, JZ 1968, 781; *Scholz*, Koalitionsfreiheit (Anm. 129) S. 238 f.; *Steiger* in: Zur Theorie der Institutionen I, 1971, S. 113 f.

¹³¹⁾ Art. 125 der Verfassung der UdSSR von 1936; ganz ähnlich Art. 28 II der DDR-Verfassung von 1968.

also ein dritter wesentlicher Einwand gegen die Herleitung grundrechtlicher Leistungsansprüche kraft institutioneller Grundrechtsdeutung. Mit vollem Recht hat daher *Scheuner* eindringlich vor ihrer interpretativen Überanstrengung gewarnt¹³²). Aber die Veröffentlichungen dieser Vereinigung gehören ja nicht zur Pflichtlektüre von Bundesrichtern.

cc) Auch die Frage, ob der Staat verfassungsrechtlich zur Erweiterung der von ihm rechtlich oder tatsächlich monopolisierten Ausbildungsstätten nach dem jeweiligen Bedarf verpflichtet sei, kann letztlich nur verneint werden, so sehr man den Bestrebungen der Betroffenen Verständnis entgegenbringen wird, unter Berufung auf grundrechtliche Positionen dem neuen Notstand zu entkommen, den die Überwindung der von *Georg Picht*¹³³) ausgerufenen deutschen Bildungskatastrophe ausgelöst hat. Es darf in diesem Zusammenhang noch einmal an das zur Struktur sozialer Rechte Ausgeführte erinnert werden¹³⁴); denn das Verlangen nach bedarfsdeckender Vorhaltung von Hochschulen ist typische Emanation eines Rechts von derartiger Beschaffenheit, als welches hier das in einigen Landesverfassungen¹³⁵) enthaltene und vom Schrifttum mit unterschiedlicher Begründung auch dem Grundgesetz entnommene Recht auf Bildung¹³⁶) in Betracht kommt — bezeichnenderweise eine selbst nach Ansicht von Bildungsrechtlern undefinierte Größe¹³⁷).

¹³²) VVDStRL 22, 37; vgl. auch *Maunz-Dürig-Herzog* (Anm. 43) Art. 5 Rdnr. 11 ff.; 8 Rdnr. 9; 13 Rdnr. 3; gegen eine Erweiterung der Eigentumsgarantie im Sinne einer Grundlage positiver Ansprüche gegen den Staat ausdrücklich *Schweiz*. BGE 92 I, 503 (510); *Luhmann*, Grundrechte als Institution, 1965, S. 122 f.

¹³³) Die deutsche Bildungskatastrophe, 1964, bes. S. 65 ff.; vgl. auch *Dahrendorf* (Anm. 93) S. 30 ff.

¹³⁴) Vgl. oben bei Anm. 117 ff.

¹³⁵) Baden-Württemberg (Art. 11); Bayern (Art. 128); Bremen (Art. 27); Hessen (Art. 59); Nordrhein-Westfalen (Art. 8); Rheinland-Pfalz (Art. 31).

¹³⁶) Unter Berufung auf Art. 2 I GG: *Ekkehard Stein*, Das Recht des Kindes auf Selbstentfaltung in der Schule, 1967, S. 11 ff.; *Werner Thieme*, JZ 1959, 269; *Wimmer*, RdJB 1970, 66; auf das Sozialstaatsprinzip rekurrieren: *Fuß*, VVDStRL 23, 200; *Abelein*, DÖV 1967, 377 f.; *Friedrich Klein* (Anm. 93) S. 20 ff.

¹³⁷) *Ingo Richter*, RdJB 1971, 136; vgl. auch *Abelein*, DÖV 1967, 379. Die Gerichte haben es bisher zutreffend abgelehnt, aus dem Recht auf Bildung eine Verpflichtung des Staates zur Vorhaltung bedarfsdeckender Ausbildungsstätten abzuleiten; vgl. *BayVerfGH*, DVBl. 1964, 485 Ls. 1a), 487 f.; *BayVBl.* 1971, 102 (105 f.); *OVG Rheinland-Pfalz*, VerwRspr. 21, 430 (433 ff.); *Bad.-Württ.* VGH, DVBl. 1969, 931 (933). Im übrigen ist ganz allgemein nachdrücklich davor zu warnen, mit Hilfe dieses Rechts wechselnde pädagogische Konzeptionen zu Verfassungsgeboten emporzustilisieren (vgl. auch *Bettermann*, VVDStRL 23, 270; *Ingo Richter*, RdJB 1971, 136 ff.).

Die dargelegten Grenzen vermag auch das als Leistungsrecht verstandene Grundrecht der freien Wahl der Ausbildungsstätte (Art. 12 I GG) nicht zu sprengen. Wenn demgegenüber das VG Frankfurt ein besonders krasses Mißverhältnis zwischen Studienbewerbern und Ausbildungskapazität als Folge eines verfassungswidrigen Finanzgebarens geißelt¹³⁸), mag man das richterliche Selbstverständnis, das sich darin dokumentiert, „fortschrittlich“, „kritisch“ oder „aufgeklärt“ nennen, sollte jedoch eines bedenken: Die Äußerung illustriert exemplarisch das verfassungsrechtliche Zentralproblem, das die leistungsstaatliche Aufladung der Grundrechte mit sich bringt, sobald sie in die Praxis umgesetzt wird:

Die Knappheit der Ressourcen zwingt zur Setzung von Prioritäten bei der Erfüllung der vielfältigen Aufgaben des modernen Leistungsstaates. Ihre Konkurrenz durch Bestimmung von Rang und Vorrang zu entscheiden obliegt eindeutig Parlamenten und Regierungen im Rahmen ihrer Verantwortung für die öffentlichen Haushalte. Das gilt auch für die Einordnung der Bildungspolitik¹³⁹). Gewiß gebührt ihr ein hoher Rang unter den Staatszielen; dies nicht nur im Hinblick auf die Forschungsergebnisse der Bildungsökonomie¹⁴⁰), sondern darüber hinaus insbesondere angesichts der spezifischen Verklammerung von staatlichem Ausbildungsmonopol und Berufsfreiheit¹⁴¹). Dem

Ein Beispiel liefert die Diskussion über die stichtagsunabhängige Früheinschulung: Vgl. einerseits BVerwG, VerwRSpr. 21, 653 f.; BayVerfGH, VerwRSpr. 22, 513 (519); andererseits Bad.-Württ. StGH, RdJB 1970, 281.

¹³⁸) DVBl. 1969, 941 f.; in Richtung auf eine staatliche Verpflichtung, der Nachfrage entsprechende Ausbildungsmöglichkeiten anzubieten, auch Menzel, JZ 1959, 661 f.; Werner Thieme, JZ 1959, 269 mit Anm. 50; Ekkehard Stein (Anm. 136) S. 42 f.; Abelein, DÖV 1967, 377 f.; Rinken, JuS 1968, 261; Ringleb, DVBl. 1970, 742 f.; Herbig (Anm. 57) S. 212 ff.; Friauf, DVBl. 1971, 679.

¹³⁹) Richtig Staff, NJW 1967, 2238.

¹⁴⁰) Ihnen ist der Nachweis der Wirkungszusammenhänge zwischen beruflichen Qualifikationen und wirtschaftlicher Prosperität zu verdanken; vgl. etwa Hartmut Berg, Ökonomische Grundlagen der Bildungsplanung, 1965; H. J. Bodenhöfer—C. C. von Wetzsäcker, Bildungsinvestitionen, 1967; Edding, Ökonomie des Bildungswesens, 1963, S. 71 ff.; H. von Recum, Aspekte der Bildungsökonomie, 1969; A. Hegelheimer, Konjunkturpolitik 14. Jg., 1968, S. 11, 93.

¹⁴¹) Beide Grundrechte stehen insofern in einem unlöslichen Zusammenhang, als das Recht der freien Wahl der Ausbildungsstätte sich auf solche Einrichtungen bezieht, deren erfolgreicher Besuch für bestimmte Berufe und öffentliche Ämter qualifiziert; vgl. BVerwGE 6, 13 (15); 7, 125 (136); 7, 287 (288); 10, 136 (138); 16, 241 (243). Infolgedessen entwächst auch das Grundrecht der freien Be-

Staat wird dadurch eine besondere Verpflichtung auferlegt, sich nach Kräften um die Schaffung eines Ausbildungssystems zu bemühen, das die optimale Verwirklichung eines für die individuelle Daseinsgestaltung gar nicht zu überschätzenden Grundrechts ermöglicht.

Das alles kann jedoch nicht das Amt des politisch nicht verantwortlichen Richters sein. Wenn er Grundrechte in originäre Leistungsansprüche ummünzt, usurpiert er die Rolle der politischen Führungsorgane und trifft damit das Verfassungsprinzip der Gewaltenteilung in seinem Kern¹⁴²); denn politische Decision mutiert nicht dadurch, daß sie vorgibt, Ergebnis einer Verfassungsinterpretation zu sein. Die Folgen einer solchen Metamorphose der Dritten Gewalt wären verhängnisvoll. Auch das ohnehin problematische und sinnvariiierende Postulat der Grundrechtseffektivität¹⁴³) darf nicht mit der Auflösung der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung erkaufte werden.

Davon abgesehen, gehört zur Frage der Grundrechtsverwirklichung doch wohl ebenfalls ein Problem, das noch nicht hinlänglich in das allgemeine Bewußtsein getreten ist und der künftigen Diskussion eine ganz andere Richtung zu geben verspricht. Bereits heute zeichnet sich für zahlreiche akademische Berufe vor allem, aber nicht nur gesellschaftswissenschaftlicher Provenienz ein künftiges Überangebot ab mit allen Konsequenzen für die Betroffenen und die Gesellschaft¹⁴⁴). Das über-

rufswahl partiell dem status negativus und schlägt insoweit in ein Teilhaberecht um; zutreffend beobachtet von *Rupp*, AöR 92, 230.

¹⁴²) Vgl. auch *Bernhardt*, Wandlungen der Grundrechte (Heft 4 der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Vereinigung/ Frankfurter Juristische Gesellschaft), o. J., S. 15 f.; *Hermann Weber*, JZ 1968, 781 f.; *Friauf*, DVBl. 1971, 677. In den erörterten Zusammenhang gehört auch der kühne Sprung, mit dem der Herrenreiter mit Hilfe des BGH (BGHZ 13, 334 ff.) die Hürde des § 253 BGB überwunden hat; vgl. dazu etwa *Flume*, Richter und Recht, 1967 (46. DJT II/K), S. K 6 ff.; zuletzt *Giesen*, NJW 1971, 801; jeweils mit weiteren Nachw.

¹⁴³) Vgl. *Kloepfer* (Anm. 94) S. 28 ff. mit weiteren Nachw.; *Scheuner*, DÖV 1971, 507 ff.

¹⁴⁴) Hinweise für Abiturienten in Nordrhein-Westfalen (Hg. Kultusministerium des Landes Nordrhein-Westfalen), 1969; *Hans Hekkel*, in: *Georg Picht* (Anm. 133) S. 234; *Hitpass-Mock*, Studentenskalation, 1969, S. 70 f.; *Jürgen Fischer*, Quantität und Qualität, in: *Bildungsplanung und Bildungsökonomie*, 1964; *Weinacht*, Bildungsforschung, Bildungsplanung, Bildungspolitik, 1969, S. 26; speziell zu den Berufsaussichten des Juristennachwuchses: *Wolfgang Harms*, Juristennachwuchs und Juristenbedarf in Schleswig-Holstein, 1970; Erklärung des Deutschen Anwaltvereins, Anwaltsblatt 1971, 74 ff.; zur Lage der Jungakademiker in Großbritannien, den Vereinigten Staaten von Amerika und Frankreich vgl. die Berichte in der FAZ vom 20. und 25. 7. sowie 5. 8. 1971.

rascht nicht, wenn man weiß, daß die Zahl der Studenten allein an den Wissenschaftlichen Hochschulen seit 1960 um 70 % zugenommen hat und im Wintersemester 1970 über 350 000 betrug¹⁴⁵). Vorsichtige Schätzungen der voraussehbaren Entwicklung sprechen für 1975 von ca. 500 000 Studenten an Wissenschaftlichen Hochschulen, von 612 000 Studierenden im Gesamthochschulbereich¹⁴⁶). Die Situation wird sich also durch die weitere sprunghafte Vermehrung der Zahl der Studenten noch verschärfen.

Unter dem Aspekt der Grundrechtsrealisierung und auch aus finanziellen wie personellen Gründen scheinen von daher Aufgaben vordringlich zu sein, die in der bisherigen Bildungsplanung keine ausreichende Beachtung gefunden haben. Voraussetzung für alles andere wären verlässliche Bedarfsanalysen, an denen es weithin fehlt. Auf ihrer Grundlage könnte dann zunächst wenigstens eine sinnvolle Berufsberatung betrieben werden. Man wird aber dabei nicht stehenbleiben und außerdem die Planung des Neubaus und Ausbaus von Hochschulen sowie die Festsetzung ihrer Ausbildungskapazität stärker als bisher unter Berücksichtigung der gesamtgesellschaftlichen Bedürfnisse vorzunehmen haben. Ich bin mir bewußt, mich mit solchen Erwägungen in gefährliche Nähe des vom strikten Verdikt jeglicher Berufslenkung tabuierten Terrains¹⁴⁷) zu begeben, frage jedoch, wie ohne den Einsatz rechtsstaatlich begrenzter staatlicher Steuerungsvorbehalte hier und andernorts die vielschichtig konkurrierenden individuellen und öffentlichen Interessen zu einem angemessenen Ausgleich gebracht werden können¹⁴⁸).

¹⁴⁵) Vgl. Bildungsbericht 1970 (BT-Drs. VI/925) S. 53; Mitteilungen des Statistischen Bundesamtes, vgl. NJW 1971 Heft 40 S. II. Die Zahl der Abiturienten stieg von 1957 bis 1969 um mehr als 80% auf 77 190. Mehr als 90 % von ihnen studieren (Bundesanzeiger Nr. 216/70).

¹⁴⁶) Bildungsbericht 1970 (BT-Drs. VI/925) S. 62. Diese Zahlen könnten noch weit überboten werden, wenn der Aussagewert der Prognose dem der Vorschätzung des Wissenschaftsrates von 1964 gleichkäme (geschätzte Zahl für das WS 1970/71: 196.000), vgl. Abiturienten und Studenten, Entwicklung und Vorschätzung der Zahlen 1950 bis 1980, 1964, S. 25.

¹⁴⁷) Bachof, Die Grundrechte III/1 (Hg. Bettermann-Nipperdey-Scheuner), 1958, S. 254; Abelein, DÖV 1967, 376; Friedrich Klein (Anm. 93) S. 18; Maunz-Dürig-Herzog (Anm. 43) Art. 12 Rdnr. 109.

¹⁴⁸) Ähnliche Überlegungen bei Hartwich, Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher status quo, 1970, S. 127; Oppermann, VVDStRL 27, 207 und in: Die Zeit Nr. 34 v. 20. 8. 1971 S. 13 f.; Barbey, JZ 1971, 473 ff.; von Dohnanyi, in: Die Zeit Nr. 34 v. 20. 8. 1971 S. 34; Schelsky, Abschied von der Hochschulpolitik oder die Universität im Fadenkreuz des Versagens, 1969, S. 125 f.

Lassen Sie mich mit dieser Frage schließen. Sie steht als Symbol für eine Selbsterkenntnis, die sich gegenüber dem Phänomen eingestellt hat, daß gerade die Ausdehnung leistungsstaatlicher Aktivität immer neue Grundrechtsprobleme aufwirft — für die Erkenntnis nämlich, Ihnen nur eine unvollständige und eine vorläufige, damit aber auch der Revision zugängliche Problemskizze geboten zu haben — revisibel durch bessere Einsicht meinerseits kraft besserer Argumente Ihrerseits.

Leitsätze des Berichterstatters über:

Grundrechte im Leistungsstaat

I. Problemanalyse

1. Der Bericht behandelt die Wechselwirkungen zwischen den Grundrechten und den durch Gewährung von Vorteilen auf unmittelbare Förderung von Interessen einzelner, von Gruppen oder aller Mitglieder des Gemeinwesens gerichteten Aktivitäten des Staates der modernen Industriegesellschaft (Daseinsvorsorge, soziale Sicherung, sonstige Förderungsmaßnahmen).

2. An die Seite des ursprünglichen Postulats grundrechtlicher Sicherung der Freiheit vor dem Staat tritt hier die gegenläufige Forderung nach grundrechtlicher Sicherung der Teilhabe durch den Staat.

3. Diese Forderung hat ihren Niederschlag in der Verbürgung sozialer Grundrechte und in dem Bestreben gefunden, grundrechtliche Leistungsansprüche kraft gewandelter Gleichheitsvorstellungen und im Wege der Umdeutung von Freiheitsrechten zu entwickeln.

II. Grundrechtliche Grenzen leistungsstaatlicher Aktivitäten

4. Leistungsstaatliche Aktivitäten kollidieren in mehrfacher Hinsicht mit grundrechtlich geschützten Interessen. Das lassen folgende Erscheinungen deutlich erkennen: Zwangsweise Begründung von Leistungsverhältnissen, Beifügung lästiger Nebenbestimmungen, Entziehung gewährter Begünstigungen — wettbewerblich relevante Drittbegünstigungen, öffentliche Leistungsmonopole, Inanspruchnahme Privater zur Erfüllung öffentlicher Leistungsaufgaben — Umverteilung.

5. Neuartigen Gefährdungen der Grundrechte durch das im Zeichen qualitativ und quantitativ gewandelter Staatsaufgaben veränderte Instrumentarium des Leistungsstaates muß durch Modifizierung der herkömmlichen Eingriffsvorstellung und Erweiterung grundrechtlicher Schutzbereiche begegnet werden.

6. Die den betroffenen Freiheitsrechten (Art. 2, 12, 14 GG) beigefügten Gesetzesvorbehalte erlauben dem Gesetzgeber, seine gesellschafts-, wirtschafts- und sozialpolitischen Ziele auch durch Regelungen im Grundrechtsbereich zu verfolgen. Dabei

kommt dem Sozialstaatsprinzip eine besondere Bedeutung als Vehikel legitimer öffentlicher Interessen zu. Die vom Grundgesetz gewährleistetete ist daher sozial gebundene Freiheit.

7. Der daraus resultierenden Gefahr einer zu starken Relativierung des Geltungsanspruchs der Freiheitsrechte ist im Vorfeld des Art. 19 II GG durch die Forderung nach strikter Beachtung des rechtsstaatlichen Prinzips der Verhältnismäßigkeit entgegenzuwirken. Freilich ist nicht zu verkennen, daß unter den Bedingungen heutiger Staatlichkeit auch dieser Verfassungsgrundsatz dort keine eindeutigen und allseits überzeugenden Lösungen garantiert, wo Freiheitsbeschränkungen zur Befriedigung des verbreiteten Bedürfnisses nach sozialer Sicherheit vorgenommen werden.

8. Der Gleichheitssatz als Abwehrrecht verpflichtet zu sachgerechter Abgrenzung des Kreises der zwangsweise in ein Leistungssystem einbezogenen Personengruppen. Seinem Regime unterliegt ferner die Kostenverteilung in einem solchen System. Er liefert schließlich in Gestalt des Grundsatzes der Lastengleichheit neben dem Übermaßverbot einen weiteren wichtigen Kontrollmaßstab für die Überbürdung öffentlicher Leistungsaufgaben auf Private; das gilt insbesondere im Hinblick auf die Frage der Zulässigkeit unentgeltlicher Indienstnahme.

III. Grundrechtliche Leistungs- und Teilhabeansprüche

9. Beherrschendes Thema der gegenwärtigen Grundrechtsdogmatik ist die Erwägung grundrechtlicher Teilhabe- und Leistungsansprüche. Ihr liegt das Bestreben zugrunde, den Wandel der Staatsaufgaben und der sozialen Struktur grundrechtsinterpretatorisch einzuholen.

10. Derivative Teilhabeansprüche als Reaktion auf vorgängiges staatliches Handeln und davon unabhängige originäre Leistungsansprüche sind unterschiedlich zu beurteilen.

11. Derivative Teilhabeansprüche — begrenzt durch die titulierten finanziellen Mittel bzw. die Kapazität der jeweiligen öffentlichen Einrichtung — können sich in erster Linie aus dem Gleichheitssatz ergeben, dem auch das Gebot gleicher Begünstigung innewohnt. Er bindet jedoch generelle Normierung und konkrete Regelung in abgestufter Intensität.

a) Bei der Vergabe von Leistungen haben gesetzgebende und gesetzefrei programmierende vollziehende Gewalt eine weitgehende Gruppierungskompetenz, zumal Rechtsgleichheit grundsätzlich nicht Chancengleichheit impliziert. Gleichheitswidrige Privilegierungen lösen nur in Ausnahmefällen Teil-

habensprüche der diskriminierten Gruppe aus. Regelmäßig kann die Gleichheitsverletzung auch durch gänzliche Abschaffung der Begünstigung geheilt werden.

b) Dagegen wird das Gleichbehandlungsgebot im Rahmen der Betätigung der Zuteilungskompetenz durch die Leistungsverwaltung im Einzelfall über das Institut der Selbstbindung häufiger Teilhabeansprüche entstehen lassen. Gegenüber Einrichtungen der Daseinsvorsorge begründet es ein Recht auf allgemeine bestimmungsgemäße Nutzung.

12. Ungleich problematischer erscheint die Umdeutung der Grundrechte in originäre Leistungsrechte. Eine solche Umdeutung wird auf verschiedenen Argumentationsebenen vorgenommen, und zwar

a) durch sozialstaatlich determinierte Grundrechtsinterpretationen,

b) im Wege eines neuartigen institutionellen Grundrechtsdenkens und

c) durch Anknüpfung an die staatliche Monopolisierung von Grundrechtsvoraussetzungen.

13. Diesen Tendenzen liegt die zutreffende Beobachtung zugrunde, daß die Nutzung zahlreicher Grundrechte bestimmte faktische Gegebenheiten voraussetzt. Sozial- und Gesellschaftspolitik des modernen Leistungsstaates tragen dem Rechnung, indem sie nicht nur soziale Gleichheit anstreben, sondern durch Beteiligung breiter Bevölkerungsschichten an den materiellen Voraussetzungen der Grundrechtsnutzung auch auf die soziale Erfüllung der Freiheit gerichtet sind.

14. Es ist jedoch mit dem Instrumentarium juristischer Grundrechtsauslegung nicht möglich, dem allgemeinen Gleichheitssatz ein Gebot zu dynamischer sozial-ökonomischer Egalisierung zu entnehmen und die normativen Gewährleistungen der Freiheitsrechte auf die Vorbedingungen des Freiheitsgebrauchs zu erstrecken.

15. Die Ableitung originärer Leistungsansprüche aus den rechtsstaatlichen Grundrechten münzt diese zu sozialen Grundrechten sozialstaatlicher Prägung um. Sie berücksichtigt weder die bewußte Enthaltbarkeit des Grundgesetzes in Ansehung sozialer Verbürgungen noch die strukturelle Verschiedenartigkeit der Verfassungsprinzipien der Rechtsstaatlichkeit und der Sozialstaatlichkeit, die einer derartigen Umdeutung entgegensteht.

16. Im übrigen können Grundrechtsbestimmungen, die auf staatliche Leistungen und Teilhabe daran gerichtet sind, nach

*Inhalt und Wirkung grundsätzlich sinnvoll nur als *leges imperfectae* aufgefaßt werden, die der Konkretisierung und Aktualisierung durch den Gesetzgeber bedürfen.*

17. Auch das Sozialstaatsprinzip begründet unmittelbar vollziehbare subjektive öffentliche Leistungsrechte nicht.

18. Ein institutionelles Verständnis der Grundrechtsbestimmungen, das ihnen soziale Grundrechte unterlegt, verwandelt Freiheitsgarantien in Existenzgarantien, verfehlt damit den Sinn der freiheitlichen Verfassung und ist der Gefahr ausgesetzt, beliebigen Forderungen Deckung zu geben.

19. Ansprüche auf der jeweiligen Nachfrage entsprechende Erweiterung staatlich monopolisierter Ausbildungsstätten finden weder im Recht auf Bildung noch in Art. 12 I GG eine Grundlage. Die Grundrechte der freien Wahl der Ausbildungsstätte und des Berufs müssen vielmehr im Gegenteil in einer Weise ausgelegt werden, die den angesichts der gegenwärtigen Explosion der Zahl der Abiturienten und Studenten und ihrer projektierten weiteren Expansion unabweisbaren Einsatz rechtsstaatlich begrenzter staatlicher Steuerungsvorbehalte und damit einen sinnvollen Ausgleich zwischen individuellen Interessen und gesellschaftlichen Bedürfnissen ermöglicht.

20. Die rechtsprechende Gewalt usurpiert die Rolle der politischen Führungsorgane und verletzt dadurch das Verfassungsprinzip der Gewaltenteilung, wenn sie aus Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes unmittelbar vollziehbare originäre Leistungsrechte ableitet.

Grundrechte im Leistungsstaat*)

2. Mitbericht von Professor Dr. Peter Häberle, Marburg/Lahn

Inhalt

	Seite
Einleitung	44
ERSTER TEIL: Leistungsstaat, Leistungsgesellschaft und Grundrechte — wirklichkeitswissenschaftliche Bestandsaufnahme	45
I. Problem	45
II. Leistungs„staat“ und Leistungs„gesellschaft“	45
1. Der Leistungsstaat im Text des Grundgesetzes	46
2. „Leistung“ als Merkmal der staatlichen Gemeinwohl-funktionen	46
a) Leistungsgesetzgebung und Leistungsrecht	46
aa) Allgemeiner Überblick	46
bb) Typologie der Leistungsgesetze	49
cc) Konsequenzen für den grundrechtsrelevanten Rechtsbegriff	52
b) Leistungsverwaltung	53
c) Leistungsrechtsprechung	54
3. Interdependenz von Leistungsstaat und -gesellschaft	55
a) „Leistungsstaat“	55
aa) Allgemeine Kennzeichnung	55
bb) Staat der wachsenden Aufgaben und neuen Handlungsformen, Veränderungen im Außen- und Innenverhältnis sowie auf der Ausgaben-seite	57
cc) Inhalt und (grundrechtliche) Grenzen des Effizienzprinzips im Bereich des sozialen Leistungsstaats	60
b) „Leistungsgesellschaft“	61
c) Leistungsstaatliche und grundrechtliche Kritik am gesellschaftlichen Leistungsprinzip	64
III. Bestandsaufnahme des dogmatischen Grundrechtsdefizits in bezug auf grundrechtsrelevante leistungsstaatliche Aktivitäten	66

*) Für Kritik und Hilfe bei der Beschaffung des Materials danke ich den Assistenten am Institut für Öffentliches Recht in Marburg/L.: H. Trautmann und J. Mengel. — Die in eckige Klammern gesetzten Teile wurden aus Zeitgründen nicht vorgetragen.

	Seite
ZWEITER TEIL: Aufgaben der Grundrechtsdogmatik im leistenden Gemeinwesen	69
I. Grundrechtsverbürgungen, „offene“ Grundrechts- dogmatik, -politik und -interpretation	69
1. Problematisierung ihres Verhältnisses als Vorfrage	69
2. Konsequenzen der „offenen“ Grundrechtsdogmatik	76
II. Soziales — „realistisches“ — Grundrechtsverständnis	80
1. „Umbau“ der Statuslehre	80
2. Die Statuslehre und der Wandel der Freiheits- und Eigentumsklausel	85
3. Der status activus processualis	86
III. Soziale „Grundrechtserfüllung“ durch leistungsstaatliche Gemeinwohlfunktionen	90
1. Grundrechte als soziale Grundrechte, grundrechtliche Freiheit und Sozialstaatsprinzip bzw. Gleichheitssatz	90
2. Grundrechte als Verfassungs- bzw. Staatsziele, (auch) als positive Kompetenznormen	103
3. „Leistungsstaatliche und leistungsrechtliche Seite“ der Grundrechte	112
4. Die (Grund-)Rechtsschutzproblematik	121
a) Allgemeine Problematik	121
b) Rechtsschutz im engeren Sinne (Gerichtsschutz)	124
c) (Grund-)Rechtsschutz im weiteren Sinne (ex ante)	125
IV. Schluß	131

Einleitung

„Eine Gesellschaft, für die die Leistung alles ist, lebt unter einer Verfassung, für die die Leistung nichts bedeutet (mit Ausnahme des Art. 33 Abs. II)“. Dieser Satz *Herb. Krügers*¹⁾ will provozieren²⁾. „Bildung ist kein Konsumgut“. Mit dieser These schreckte der Kultusminister unseres gastgebenden Landes, *Hans Maier*, Anfang 1971 die Öffentlichkeit auf: man müsse vom „reinen Anspruchsdenken“ herunterkommen und dürfe nicht in Kategorien des „bildungspolitischen Nulltarifs“ argumentieren³⁾. Diese gewiß nicht „konzertierten“ Vorstöße aus

¹⁾ In: *Der Staat* 10 (1971), 1 ff. (13).

²⁾ „Leistung“ wird zu einem *der* staatstheoretischen Schlüsselbegriffe.

³⁾ SZ Nr. 48 v. 25. 2. 1971 S. 19: Sind Grundrechte Nulltarifgarantien? — S. auch G. *Grass*' Warnung vor dem „zum Fetisch erhobenen Leistungsprinzip“ in FR v. 26. 3. 1971 S. 18. — S. die Klage von *Fack* in FAZ v. 7. 7. 1971 S. 1 über die fast planmäßige Zerstörung der „Leistungsmotivation“ an den Hochschulen. *Fack*

Nord und Süd legen es nicht nur aus geographischen Gründen nahe, die Lösung in der Mitte zu suchen.

ERSTER TEIL:

Wirklichkeitswissenschaftliche Bestandsaufnahme

I. Problem

Die Ausgangsfragen unseres Themas sind wirklichkeitswissenschaftlich (H. Heller) zu behandeln⁴⁾. Da Verfassungstexte und Dogmatik auf „Grundrechte im Leistungsstaat“ nur in Ansätzen „eingestellt“ sind, ist zu fragen: nach dem Leistungsstaat und „seiner“ Leistungsgesellschaft in der *Wirklichkeit* im Sinne einer Real- und Problemanalyse⁵⁾ sowie nach den Aufgaben der Grundrechtsdogmatik in dieser Wirklichkeit.

Formtypik und Rechtstechnik des bürgerlichen Rechtsstaats haben für die Grundrechte im Leistungsstaat zwar nach wie vor Bedeutung, reichen aber nicht mehr aus⁶⁾. Unsere Wissenschaft darf nicht auf diesem Status quo ausgefeilter Dogmatik verharren. Sie kann nicht ihr archimedischer Punkt sein. Eine Zukunft, in der sich die Gefahr für die Freiheit des Bürgers und sein Recht auf menschenwürdige Existenz weiter erhöhen wird, verlangt eine Wissenschaft, die ihre praktische und produktive Aufgabe kennt und sich der öffentlichen Wirklichkeit stellt.

[Auch dieser „wirklichkeitswissenschaftliche“ Ansatz hat seine Denkvoraussetzungen und seine politische Option: diese sind so weit wie möglich offenzulegen, damit sie diskutiert werden können. Darüber hinaus führt das Thema zu vorletzten und letzten Problemen der Verfassungsrechtslehre: dem Staats-

spricht von einer „den Bürger beunruhigenden Kollision zwischen Leistungsgesellschaft und hypertrophierter Sozialstaatlichkeit, die jedes Lebensrisiko ausschalten und möglichst viel egalisieren will“.

⁴⁾ Staatslehre, 1934, bes. S. 37 ff. — Wieacker, Jur. Jahrb. 9. Bd. (1968/69) 1 (28): „Der Wirklichkeitsbezug der Rechtswissenschaft ist ein Hauptthema, vielleicht das Grundthema unserer Berufsverantwortung“.

⁵⁾ Vgl. Eichenberger, Leistungsstaat und Demokratie, 1969, bes. 7 f.

⁶⁾ Die Wandlungen, die den Staat vom bürgerlichen Rechtsstaat und seinen liberalen Grundrechten sowie den zugehörigen Institutionen (klassische Normgesetze als Eingriffsgesetze, Gesetzesvorbehalt als Eingriffsvorbehalt) wegführen, führen ihn der Wirklichkeit des sozialgerechten Leistungsstaats i. S. des GG als konkreter Verfassung einer gesamtgesellschaftlichen Wirklichkeit zu. Hier realisiert sich Freiheit nicht mehr nur in der Abwehr staatlicher Eingriffe, sondern auch in der „Prästation notwendiger staatlicher Leistungen“ (Scheuner, VVDStRL 28 (1970) 232).

begriff, dem Verfassungs- und Grundrechtsverständnis, dem Streit um das Zuviel an „Schranken- oder Anspruchsdenken“ im Bereich der Grundrechte.]

II. Leistungs„staat“ und Leistungs„gesellschaft“

1. Der Leistungsstaat im Text des Grundgesetzes

Im GG finden sich Aussagen über Leistungsstaat und Leistungsprinzip etwa in Art. 3, 7 IV 3 u. 4, 14 II, 20 I (Sozialstaatsprinzip und Demokratie), 28 II, 29 I, 33 II u. V, 104 a sowie 109, 110, 111 I Ziff. a und c⁷⁾, weiter die neuartigen leistungsstaatlichen Konkretisierungen des Sozialstaatsprinzips: u. a. Art. 74 Ziff. 19 a, 91 a und b⁸⁾. Wird der Leistungsstaat mit diesen Bestimmungen verfassungstextlich legitimiert⁹⁾, so begegnet er uns gleichzeitig als gelebte Verfassung in einer dem bürgerlichen Rechtsstaat unbekanntem Kraft und Fülle in seinen „Leistungsfunktionen“. Ihre Leitlinien und Verfahren „erfüllen“ den leistenden Sozialstaat „von unten her“.

2. „Leistung“ als Merkmal der staatlichen Gemeinwohl-funktionen

a) Leistungsgesetzgebung und Leistungsrecht

aa) Allgemeiner Überblick

„Leistungsgesetzgebung“¹¹⁾ ist oft bereits am Namen („Hilfe“, „Sicherung“, „Förderung“)¹²⁾ zu erkennen. Das Leistungsrecht

⁷⁾ S. auch Art. 72 II Ziff. 3 GG, der sich zum Verfassungsgebot, die Verhältnisse einheitlich zu regeln, wandelt; dazu *Scheuner*, VVDStRL 28 (1970) 267. Dahinter steht die Leistungsstaatlichkeit, die der Effizienz wegen Einheitlichkeit der Rechts- und Lebensverhältnisse will.

⁸⁾ S. das „Troeger-Gutachten“, 2. Aufl. 1966 und seine Aussagen zum Leistungsstaat („dringende Staatsaufgaben“ u. ä.): Tz 74 ff., 130 ff., 143 ff., 341 f., 472 ff. Zu Art. 91 b GG der Bericht der Bundesregierung zur Bildungspolitik vom 8. 6. 1970, BT-Drucks. VI/925.

⁹⁾ Ein verfassungsrechtlicher Ansatz kann diese Texte nicht ignorieren (aus „staatlicher“ Sicht) und nicht von „Zukunftlosigkeit“ des GG sprechen (*Herb. Krüger*, oben Anm. 1, S. 12). Er darf die Leistungsstaatlichkeit des sozialen Rechtsstaates nicht unterhalb des dem GG ausschließlich zugeordneten bürgerlichen Rechtsstaates in der bloßen Faktizität ansiedeln und resignierend einen Verfall an staatlicher Effizienz beklagen; krit. zu *Forsthoff: Ridder*, Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschaften, 1960, 7, 15 f.

¹⁰⁾ S. auch Art. 74 Ziff. 12, 13 für Art. 12 GG.

¹¹⁾ Sie verlangt eine Projizierung der berühmten Definition von *E. Kaufmann* (Verwaltung als „Inbegriff der Leistungen des Staates“) auf die Gesetzgebung. — Zum folg. näher *mein* Beitrag, in FS für G. Küchenhoff, 1972.

¹²⁾ Das Ziel „Hilfe“ findet sich bereits im Namen folg. Gesetze: z. B. BerlinhilfeG i. d. F. v. 1. 10. 1968 (BGBl. I S. 1050), durch An-

indiziert ein neues Verhältnis von Bürger und Staat sowie von Legislative und Exekutive. Mit ihm sucht das Parlament den Funktionswandel im sozialen Rechtsstaat aufzufangen, seinen Funktionsverlust wettzumachen und seiner Führungsaufgabe nachzukommen¹³); Leistungsrecht bestimmt das Profil des sozialen Rechtsstaats, und: die Grundrechte wären ohne es sozial ineffektiv! Leistungsrecht¹⁴) kann daher nicht auf „Technizität“ reduziert¹⁵) und insofern dem traditionellen „normativen Rechtsgesetz“ gegenübergestellt werden. Sein Rechts- und Gemeinwohlwert ist nicht geringer als der des Eingriffsrechts¹⁶). Das dem Leistungsrecht eigene aktiv sozialgestaltende Mo-

derungsG v. 23. 6. 1970 (BGBl. I S. 826) in BerlinförderungsG umbenannt; G üb. d. Unterhaltsbeihilfe für Angehörige von Kriegsgefangenen i. d. F. v. 18. 3. 1964 (BGBl. I S. 219); FlüchtlingshilfeG i. d. F. v. 27. 5. 1971 (BGBl. I S. 681); HäftlingshilfeG i. d. F. v. 29. 9. 1969 (BGBl. I S. 1793); G über die Gewährung von Miet- und Lastenbeihilfen v. 23. 6. 1960 (BGBl. I S. 399), ersetzt durch G über Wohnbeihilfen v. 29. 7. 1963 (BGBl. I S. 508), heute WohngeldG; InvestitionshilfeG v. 7. 1. 1952 (BGBl. I S. 7); BundessozialhilfeG i. d. F. v. 18. 9. 1969 (BGBl. I S. 1688). — „Sicherung“: G zur Sicherung des Steinkohleneinsatzes in der Elektrizitätswirtschaft v. 5. 9. 1966 (BGBl. I S. 545); UnterhaltssicherungsG i. d. F. v. 31. 5. 1961 (BGBl. I S. 661). — „Förderung“: BerlinförderungsG v. 23. 6. 1970 (BGBl. I S. 826); HochschulbauförderungsG v. 1. 9. 1969 (BGBl. I S. 1556); G zur Förderung der Verwendung von Steinkohle in Kraftwerken v. 12. 8. 1965 (BGBl. I S. 777); G zur Förderung der Vermögensbildung der Arbeitnehmer vom 12. 7. 1961 (BGBl. I S. 909), inzw. i. d. F. des Dritten VermögensbildungsG vom 27. 6. 1970 (BGBl. I S. 930); LeistungsförderungsG v. 22. 4. 1965 (BGBl. I S. 341); ArbeitsförderungsG v. 25. 6. 1969 (BGBl. I S. 582); BundesausbildungsförderungsG v. 26. 8. 1971 (BGBl. I S. 1409); StädtebauförderungsG v. 27. 7. 1971 (BGBl. I S. 1125); FilmförderungsG v. 22. 12. 1967 (BGBl. I S. 1251); GraduiertenförderungsG v. 2. 9. 1971 (BGBl. I S. 1465); ZonenrandförderungsG vom 5. 8. 1971 (BGBl. I S. 1237); G zur Förderung sozialer Hilfsdienste v. 17. 4. 1972 (BGBl. I S. 609). — S. die Förderungsziele in Art. 117f., 123 EWGV.

¹³) Dazu *Bachof*, VVDStRL 24 (1966) 226 f.

¹⁴) Das Leistungsrecht dürfte der Versuch sein, zwischen den Tendenzen zur Ausweitung des Gesetzesvorbehalts und der Bejahung der Eigenständigkeit der Exekutive zu vermitteln. Auf der Basis vieler Leistungsgesetze hat die Exekutive die Aufgabe einer höheren „Konkretisierungsleistung“ als bei Eingriffsgesetzen.

¹⁵) S. aber *Forsthoff*, *VerwRecht*, Allg. Teil I, 9. Aufl. 1966, 59: „Dem Verteilerstaat ist eine umfassende, verbindliche Vorstellung gerechter Verteilung und gerechter Sozialordnung fremd.“

¹⁶) Elastisch *Scheuner*, VVDStRL 14 (1956) 183 f., der auf die Steuerungswirkung moderner Gesetze auf die Verwaltung und ihre Funktion hinweist, die „verschiedenen im öff. Leben auftretenden Ansprüche auszugleichen“. *Herb. Krüger*, VVDStRL 15 (1957) 226: Recht als Lenkung des Motors, der die staatliche Existenz vorantreibt. Anders aber *Forsthoff*, *VerwRecht*, S. 59: Der Sozialstaat ist reaktiv.

ment¹⁷⁾ läßt Kooperations-, Kommunikations-, Partizipations-, Verfahrens- und Organisationsformen in den Vordergrund rücken. Gegenstand der Leistungsgesetze sind oft bestimmte Teilordnungen des öffentlichen Lebens, Adressaten die in ihnen aktiven Individuen und Gruppen sowie/oder die Staatsorgane selbst. Immer besitzen sie lenkenden, planenden, steuernden, organisierenden Charakter; sie sind „offen“, weniger normativ „dicht“ wie Eingriffsgesetze¹⁸⁾, z. T. um dem „Elastizitätsbedürfnis“ der Exekutive Raum zu geben. Im Blick auf die Grundrechte sucht der Leistungsgesetzgeber weniger „durchzunormieren“, als Instrumente und Verfahren zu entwickeln, die das Leistungsrecht an die wechselnden Lagen anpassen können. Auffällig ist ein gesteigerter Sozialbezug.

Aufgabe des Gesetzgebers wird es, viele der im „Wildwuchs“ der Leistungsverwaltung entstandenen Leistungsverhältnisse normativ „einzufangen“¹⁹⁾ und sie auf eine — wenn auch „offene“ — Kompetenzgrundlage zu stellen, denn: *Leistungs(verhalts)verhältnisse sind potentiell Grundrechtsverhältnisse*²⁰⁾.

¹⁷⁾ Mehr als Befehl und Zwang, ohne daß diese Elemente schlecht-hin fehlten. Forsthoff, aaO., S. 59 spricht kritisch von Verdünnung des „herrscherlichen Elements“ in dem Maße, in dem sich der Verteilerraum ausbreitet.

¹⁸⁾ S. Herzogs Typus der „diffusen Norm“: VVDStRL 24 (1966) 183 (191 f.), der positiv zu verstehen ist: Die Exekutive soll „operative Möglichkeiten“, „Regelungsbefugnisse“ und Kompetenzen haben.

¹⁹⁾ Bachof, VVDStRL 14 (1956) 176 f., fordert zu Recht vom Gesetzgeber, dort wo die Verwaltung als Leistungsverwaltung neue Aufgaben von größerem Ausmaß anpacke, sich wenigstens zu einem Mindestmaß an rechtsnormativer Regelung von Voraussetzung, Art und Maß der Leistungen bereitzufinden. Der vielbeklagte Funktionsverlust des Parlaments dürfte nicht zuletzt durch *neue* Funktionen — vor allem im Bereich des Leistungsrechts — ausgeglichen werden: speziell die Leistungsgesetze bringen der Legislative durchaus Kompetenzgewinn. Sie fangen die Strukturwandlungen elastisch auf.

²⁰⁾ Definiert man mit Forsthoff (aaO., 531; zuletzt *ders.*, Der Staat der Industriegesellschaft, 1971, 75 ff.) Daseinsvorsorge durch ihren „Zweck der Befriedigung allgemeiner Bedürfnisse zu sozial angemessenen Bedingungen“ (s. den Bezug zum Gleichheitssatz und zur sozialen Gerechtigkeit!), so ist diese Daseinsvorsorge heute nicht nur Teil der öff. Verwaltung, sondern der leistungsstaatlichen, insbesondere -gesetzlichen Tätigkeit überhaupt. Sie schafft Teilhabe des einzelnen an öff. Leistungen. Sie ist in die Dimension der Grundrechte hineingewachsen. Der Staat, der z. B. das allgemeine (Aus- und Weiter-)Bildungsbedürfnis unter der Voraussetzung der Befähigung, des Leistungswillens und Könnens befriedigt, ist der Staat, in dem Bildung „Bürgerrecht“ ist.

bb) Typologie der Leistungsgesetze

Eine *Typologie* der Leistungsgesetze hat zu benennen:

— das *Maßnahmengesetz*²¹⁾, [das von *Forsthoffs* Entdeckung als Typus²²⁾ bis zur Aussage des BVerfG, es sei „verfassungsrechtlich irrelevant“²³⁾, einen langen Weg zurückgelegt hat und im sozialen Rechtsstaat ebenso „normal“ ist wie andere Gesetzestypen;]

— das *Plangesetz*²⁴⁾, [dessen klassischer „Kern“ (Haushaltsgesetz) angereichert wurde um eine Fülle neuer, den Leistungseinsatz regelnder Gesetze, z. B. auf dem Bildungssektor. Plangesetze sind in sich Anpassung und Veränderung²⁵⁾, vom Maßnahmengesetz dadurch unterschieden, daß sie sich nicht im einmaligen Vollzug erschöpfen.] Plangesetze haben Grundrechtsbezug (Grundrechte als Planziele)²⁶⁾ besonders im wirtschaftlichen, in Zukunft verstärkt im (Aus- u. Weiter-)Bildungsbe-

²¹⁾ Beispiele: KonjunkturzuschlagsG v. 23. 7. 1970 (BGBl. I S. 1125); InvestitionshilfeG v. 7. 1. 1952 (BGBl. I S. 7); AbsicherungsG v. 29. 11. 1968 (BGBl. I S. 1255). Denkbar ist, daß Maßnahmengesetze und -verordnungen im Gesamtrahmen von Plan-, Rahmen- und/oder Steuerungsgesetzen eingesetzt werden. Obwohl Maßnahmengesetze geeignet waren und sind, überschaubare Grundrechtsbereiche zu effektivieren, scheinen sie seltener zu werden: weil der leistungsstaatlichen Grundrechtswirklichkeit wegen langfristig, auf breiter Basis, flexibler „zugegriffen“ werden muß.

²²⁾ In: Gedächtnisschrift für W. Jellinek, 1955, 221 ff.

²³⁾ BVerfGE 25, 371 (LS 1).

²⁴⁾ Z. B. G zur Anpassung und Gesundung des dt. Steinkohlenbergbaus und der dt. Steinkohlenbergbaugebiete vom 15. 5. 1968 (BGBl. I S. 365); G über den Ausbau der Bundesfernstraßen 1971 bis 1985 v. 30. 6. 1971 (BGBl. I S. 873); G über die Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der Agrarstruktur u. des Küstenschutzes“ v. 3. 9. 1969 (BGBl. I S. 1573).

²⁵⁾ „Flexibles Aktionsmodell“ i. S. von J. H. Kaiser, in: Planung II, 1966, 11 ff. (25).

²⁶⁾ Beispielhaft ist das Raumordnungs- und Landesplanungsrecht, wo die Grundrechte offen oder versteckt Planziele sind. Die freie Entfaltung der Persönlichkeit, „Muttergrundrecht“ für die Raumordnung (F. Duppré, in: Schriftenreihe der Hochschule Speyer Bd. 27 (1965), S. 16), ist unmittelbar genannt in: § 1 Raumordnungsg v. 8. 4. 1965 (BGBl. I S. 306); § 1 I Bad.-Württ. Landesplanungsg v. 19. 12. 1962 (Ges. Bl. 1963 S. 1); § 1 I rheinl.-pfälz. G für Raumordnung u. Landesplanung v. 14. 6. 1966 (GVBl. S. 177); Präambel des Raumordnungsplanes für das Land Schleswig-Holstein i. d. F. v. 10. 3. 1971 (ABl. S. 221); Teil A 1 Ziff. 1 Abs. 1 hess. Landesraumordnungsprogramm, nach § 2 I in Anlage zum hess. Landesplanungsg v. 4. 7. 1962 (GVBl. S. 311); LS 1 Abs. 3 der Leitsätze der bay. Landesplanung, abgedruckt in: *Ulrich-Langer*, Landesplanung und Raumordnung Bd. 2, Gruppe 3, S. 11. — S. dazu auch F. Duppré, aaO. S. 12 f.; „menschengerechte Raumordnung“, „Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse in Stadt und Land“. Mit dem letzten Ziel ist neben Art. 12 GG bes. die Realisierung des *Gleichheitssatzes* angesprochen, die mittelbar aus allen Raumordnungs-

reich. In der sozialen Demokratie kann Planung Vergrößerung des Freiheitsbereichs bedeuten;

— das *Lenkungsgesetz*, als Instrument der Wirtschaftslenkung seit langem bekannt²⁷⁾, grundrechtsrelevant heute nicht allein im Hinblick auf die Eigentumsgarantie, sondern ebenso z. B. in bezug auf Art. 12²⁸⁾ oder 13 GG. Lenkungsgesetze normieren — befristet oder unbefristet unter Einsatz eines oder mehrerer zwingend vorgeschriebener Mittel — bestimmte grundrechtsrelevante Lenkungsmaßnahmen. Im Ausbildungsbereich ist die Entwicklung in vollem Gange. Das BundeskindergeldG²⁹⁾ ist Art. 6 I GG zuzuordnen. [Angeht die starren Mittel dieses Gesetzestypus auf der einen und der dynamischen sozialen Entwicklung auf der anderen Seite entsteht das Problem der Verfassungsmäßigkeit von Lenkungsgesetzen unter dem Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkt, soweit sie nicht ständig „fortschreibend“ geändert werden;]

— das *Rahmengesetz*³⁰⁾, gekennzeichnet vor allem durch Offenheit der Regelung: es enthält mehrere pauschale grundrechts-

und Landesplanungsgesetzen hervorgeht. Vgl. etwa § 2 I Nr. 1 RaumordnungsgG: „ausgewogene wirtschaftliche, soziale und kulturelle Verhältnisse“. Der Gleichheitssatz entfaltet sich auch über den leistungsstaatlichen Kompetenzzweig des GG: Art. 104 a IV 1: „Ausgleich unterschiedlicher Wirtschaftskraft im Bundesgebiet.“

²⁷⁾ Z. B. BerlinförderungsgG v. 23. 6. 1970 (BGBl. I S. 826); G zur Förderung der Verwendung von Steinkohle in Kraftwerken v. 12. 8. 1965 (BGBl. I S. 777); Lastenausgleichsg i. d. F. v. 1. 10. 1969 (BGBl. I S. 1909); Bundesversorgungsg v. 20. 1. 1967 (BGBl. I S. 141); G über die Unterhaltsbeihilfe für Angehörige von Kriegsgefangenen i. d. F. v. 18. 3. 1964 (BGBl. I S. 219); Häftlingshilfeg i. d. F. v. 29. 9. 1969 (BGBl. I S. 1793); Wohnungsbau-PrämienG i. d. F. v. 18. 9. 1969 (BGBl. I S. 1678); Spar-PrämienG i. d. F. v. 5. 8. 1970 (BGBl. I S. 1214); Drittes Vermögensbildungsg v. 27. 6. 1970 (BGBl. I S. 930); Zweites WohngeldG v. 14. 12. 1970 (BGBl. I S. 1637); JugendwohlfahrtsG i. d. F. v. 6. 8. 1970 (BGBl. I S. 1197); BundeskindergeldG v. 14. 4. 1964 (BGBl. I S. 265); Berufsbildungsg v. 14. 8. 1969 (BGBl. I S. 1112); Unterhaltssicherungsg i. d. F. v. 31. 5. 1961 (BGBl. I S. 661).

²⁸⁾ Z. B. Bundesausbildungsförderungsg v. 26. 8. 1971 (BGBl. I S. 1409); Graduiertenförderungsg v. 2. 9. 1971 (BGBl. I S. 1465); hess. G über Unterrichtsgeld- und Lernmittelfreiheit und Erziehungsbeihilfen i. d. F. v. 30. 5. 1969 (GVBl. S. 114); bay. Begabtenförderungsg i. d. F. v. 21. 5. 1970 (GVBl. S. 185).

²⁹⁾ G v. 14. 4. 1964 (BGBl. I S. 265).

³⁰⁾ Oder auch „Richtliniengesetze“ (Begriff bei Stern, VVDStRL 25 (1967) 420). Beispiele: Landwirtschaftsg v. 5. 9. 1955 (BGBl. I S. 565); Hochschulbauförderungsg v. 1. 9. 1969 (BGBl. I S. 1556); G über die Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der Agrarstruktur und des Küstenschutzes“ v. 3. 9. 1969 (BGBl. I S. 1573); G über die Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur“ v. 6. 10. 1969 (BGBl. I S. 1861); Leistungsförderungsg v. 22. 4. 1965 (BGBl. I S. 341).

bedeutsame Zielformeln, die Mittel zu ihrer Realisierung sind allenfalls angelegt. Ein hervorragendes Beispiel ist das BSHG³¹⁾; zu leistungsstaatlichen und -rechtlichen „Rahmen“ ausgestaltet sind auch neuere Verfassungsnormen, etwa Art. 91 a I, 104 a IV, 109 GG;

— die Zukunft in der leistungsstaatlichen Entwicklung gehört dem *Steuerungsgesetz*³²⁾ und besonders dem *Organisations- und Verfahrensgesetz*. Steuerungsgesetze sind nicht nur reaktiv für eine konkrete grundrechtsdefiziente Situation konzipiert, sondern sollen auch gleichgelagerte grundrechtspolitische Probleme der Zukunft bewältigen³³⁾. Ihre Mittel sind elastisch und revisibel. Zielgerichtete grundrechtsrelevante Prozesse durch die Kombination neuer und überkommener Formen im Steuerungsgesetz machen diesen Typus aus. In Zukunft könnte damit zugunsten von Art. 1 I, 2 II 1 und 12 GG Problemen des Umweltschutzes begegnet werden. *Steuerungsbedürftige* Grundrechte sind Art. 2, 14 (Wirtschaft), 1 I, 3, 5 III, 11, 12 GG (Aus- u. Weiterbildung)³⁴⁾. — Beispiele für den Typus der Organisations- und Verfahrensgesetze finden sich in den freiheitsschaffenden Rundfunkgesetzen der Länder, die Rundfunk und Fernsehen den Erfordernissen des Art. 5 GG gemäß pluralistisch verfassen. Hier entstehen neue Formen und Sicherungen der

³¹⁾ BSHG i. d. F. v. 18. 9. 1969 (BGBl. I S. 1688): § 1 II 1: Aufgabe der Sozialhilfe ist es, dem Empfänger der Hilfe die Führung eines Lebens zu ermöglichen, das der Würde des Menschen entspricht. § 4 II: Über Form und Maß der Sozialhilfe ist nach pflichtmäßigem Ermessen zu entscheiden, soweit dieses Gesetz das Ermessen nicht ausschließt. Weitere Charakteristika: keine zeitliche Begrenzung; landesrechtliche Ausführungsg (z. B. Hessen v. 28. 5. 1962 (GVBl. S. 273)); soweit Leistungen im Gesetz genannt sind, handelt es sich meist um „Kann-Vorschriften“ (z. B. §§ 11 II; 14; 21 I; 27 II; 30 I; 34; 36 I 2; 40 III; 41 III), Verordnungsermächtigungen (§§ 22 II; 33 III; 81 V; 82). Ein typisches LeistungsG ist der Entwurf eines Krankenhausfinanzierungsg BT-Drucks. VI/1874 S. 2 ff., vgl. bes. § 1.

³²⁾ Typisch das StabG vom 8. 6. 1967 (BGBl. I S. 582); es war reaktiv auf die Rezession von 1966, kann und soll jedoch aktiv steuernd vor Eintreten ähnlicher Situationen schützen. *Stern-Münch.*, K. zum StabG, 1967, S. 52: StabG als OrganG mit Rahmen- oder Richtliniencharakter; Mehrschichtigkeit seines Rechtscharakters.

³³⁾ Z. B. in der Berufs- und (Aus- und Weiter-)Bildungssteuerung: ArbeitsförderungsG v. 25. 6. 1969 (BGBl. I S. 582) zur Effektivierung der Art. 12, 5 III i. V. m. Art. 3 I und 20 I GG. Zu den Impulsgesetzen: *Herzog*, Allg. Staatslehre, 1971, 328 ff.

³⁴⁾ S. auch das vom Leiter der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften, R. Stefen (FR v. 24. 8. 1971 S. 1) geforderte „Jugend-Medienschutz-Gesetz“, als Ergänzung des JugendarbeitschutzG, ein grundrechtliches Schutzgesetz, das in die Arbeit der Datenbank der Bundesprüfstelle einbezogen werden soll. — Auch Datenschutzgesetze haben grundrechtsfördernde Akzente.

Teilhabe über das scheinbar rein formale Element der Organisation³⁵). Der Ausdruck „status activus processualis“ soll die Problematik vorläufig andeuten. Mitbestimmungsnormen in Wirtschaft und Wissenschaft sind in ihrem Grundrechtsbezug (Art. 1 I, 5 III, 12, 3 GG) ebenfalls diesem Typus des Leistungsgesetzes zuzurechnen (Partizipationsgesetze). Ein weiteres Beispiel ist § 5 PartG. Einschlägig sind ferner „prozessuale und pluralistische Gemeinwohlratbestände“³⁶) mit Grundrechtsbezug.

(cc) Konsequenzen für den grundrechtsrelevanten Rechtsbegriff

Die Systematisierung der Leistungsgesetze rechtfertigt sich deshalb, weil die einzelnen Typen sich zwar durch prinzipiell *positive* Grundrechtsrelevanz auszeichnen, ihre grundrechtseffektivierende Intensität jedoch unterschiedlich ist. Besonders hohe Effektivierungsleistung ist vom freiheitsstiftenden Organisations- und Verfahrensgesetz zu erwarten, weil Grundrechte im Leistungsstaat immer mehr zur Sache staatlicher Organisation und Verfahren werden. Von gleicher Wirkung ist das Steuerungsgesetz, das vom wirtschaftlichen und finanzpolitischen Bereich ausgehend neue Gebiete erschließen wird. Das Plangesetz kann auf Dauer ebenfalls eine nachhaltige Grundrechtsaktivierung bewirken, weil heute Leistung prinzipiell nur als geplante Leistung möglich ist und leistungsstaatliche Grundrechtskonflikte bzw. Konflikte mit anderen Verfassungszielen über Planungsverfahren geschlichtet werden müssen³⁷). Der Grad der Grundrechtseffektivität des Maßnahmegesetzes hängt davon ab, wie es im einzelnen eingesetzt wird. Seine Einmaligkeit kann durchaus enorme Grundrechtsaktivierung bedeuten (z. B. Investitionshilfe im Blick auf Art. 14 GG). Das Rahmengen-

³⁵) Zum Organisationsrecht als Effektivierung der Kommunikationsfreiheiten: Scholz, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, 1971, 348 ff.

³⁶) Dazu P. Häberle, Öff. Interesse als juristisches Problem, 1970, 87 ff. bzw. 54 ff.

³⁷) Ansatzpunkt ist der Gedanke der *Verfahren*, in deren Verlauf möglichst unter allgemeiner und spezieller Publizität (z. B. Begründungszwang, rechtliches Gehör) oder durch Partizipationsmodalitäten der Grundrechtsbetroffenen nicht gesetzesakzessorisch geleistet wird. Die h. L. tut dies, indem sie das vom Gesetzgeber geschaffene öff. Haushaltsgesetz als ausreichende Grundlage gelten läßt. Das rechtfertigt sich aus dem Gedanken der (parlamentarischen) Verfahren, der Repräsentation der Grundrechtsbetroffenen und aus der Publizität. Die Relevanz des Verfahrensgedankens ergibt sich aus dem Grundrechts- und Gesetzesbegriff sowie dem leistungsstaatlichen Verhältnis bzw. seinen Funktionen.

setz schließlich ist wegen seiner ausfüllungsbedürftigen Offenheit für die soziale Grundrechtswirklichkeit sehr geeignet.

Die Typen wirken auch in der (Grund-)Rechtsschutzproblematik verschieden: ein Steuerungsgesetz wie das StabG enthält Blankettformeln, die nicht oder nur schwer justitiabel sind. Hier kann „vorverlegter Rechtsschutz“ über Teilhabeverfahren an Grundrechtsverwirklichung ermöglichen, was der Gerichtsschutz nicht vermag.

Insgesamt ergibt sich eine Skala von dem schwächsten, weil starrsten Typus, dem Lenkungsgesetz, über das Maßnahmegesetz zu den „beweglichen“ grundrechtsfördernden Gesetzen in Gestalt der übrigen Leistungsgesetzestypen (Plan-, Organisations- und Verfahrens-, Rahmen- sowie Steuerungsgesetze). Je elastischer das Gesetz ausgestaltet ist, je mehr eine verfahrensrechtliche Komponente ins Spiel kommt, desto stärker spricht die Vermutung für Grundrechtsoptimierung, da das Gesetz auf Konflikte reagieren sowie agierend Impulse geben kann.]

b) *Leistungsverwaltung*

Für die *Leistungsverwaltung* besteht kein wissenschaftlicher Nachholbedarf: *Forsthoffs* Daseinsvorsorge ist in ihrer Problematik voll erkannt.

Die *Leistungsverwaltung* realisiert Grundrechte als Verfassungsziele: (um)verteilend, planend, steuernd, subventionierend sucht sie die Grundrechte für alle effektiver zu machen; sie lenkt individuellen und kollektiven Grundrechtsgebrauch i. S. des „Grundrechtsnutzens“ (*Zacher*) — es kommt zu „Sozialisierung“ grundrechtlicher Freiheit großen Stils um sozialer Gerechtigkeit willen, die freilich um der Freiheit selbst willen ihre Grenzen hat³⁸⁾. Sie ist der Sozialisierung im kommunalen Bereich vergleichbar, da der Bürger heute in eine ebenso starke Nähe zum Staat gerückt ist, wie ursprünglich zu den Kommunen wegen der von ihnen betriebenen Daseinsvorsorge³⁹⁾. Daseinsvorsorge als Wachstums-, Fortschritts- und Bildungsvorsorge hat heute sozialstaatliche und grundrechtliche Dimensionen. Diese leistungsstaatliche und -rechtliche Grundrechtsintensivierung, die „kleine“ Freiheit von Not, Krankheit, Arbeits-

³⁸⁾ S. *Börner*, Staatsmacht und Wirtschaftsfreiheit, 1970, 29 f.: eine zu weitgehende Nivellierung würde die „Leistungsanreize“ abschwächen.

³⁹⁾ Was *Forsthoff* 1938 an Schrumpfung des „beherrschten Lebensraums“ und umgekehrt proportionaler Ausdehnung des effektiven Lebensraums beobachtete, hat sich in der Industriegesellschaft beschleunigt.

losigkeit⁴⁰⁾, ist Voraussetzung für die Wahrnehmung der „großen“ Freiheit der Art. 5, 6, 8, 9 GG etc.⁴¹⁾. Hier hat die Wirklichkeit der Verwaltung, in erster Linie die sog. „gesetzesfreie“ Verwaltung, viel an grundrechtsrelevanter Sozialstaatlichkeit geleistet⁴²⁾.

c) Leistungsrechtsprechung

Mit Leistungsrechtsprechung ist jene Rechtsprechung gemeint, die über Kontrolle hinaus in bezug auf die Grundrechte gestaltend tätig wird. Erwähnt sei die Judikatur, die aus Art. 3 GG i. V. m. Verwaltungsrichtlinien und Verwaltungspraxis Leistungsansprüche herleitet. Wo Gerichte in der Einsicht judizieren, daß reale Freiheit durch den Leistungsstaat bedingt ist, und wo sie über den Gleichbehandlungsgrundsatz andere Grundrechte (etwa durch Zugang zu öffentlichen Einrichtungen) effektivieren, kommt es zu Leistungsrechtsprechung⁴³⁾. Hierher gehört auch die Sozialgerichtsbarkeit und die Rechtsprechung zum Subventionsrecht. Die Direktiven, die das BVerfG im Fernseh-Urteil entfaltete, sind in gleichem Maße Leistungsrechtsprechung wie die Judikatur des BVerwG zum Fürsorgeanspruch und zur Privatschulsubventionierung. — Leistungsrechtsprechung entwickelt Leistungsrecht, bildet es fort und „dirigiert“ die Leistungsverwaltung, nimmt von ihrer Praxis aber auch Impulse auf: das „öffentliche Interesse“ spielt hierbei als Topos eine bedeutsame Rolle⁴⁴⁾. Sie zeigt, wie wichtig die „handlungspraktische Bedeutung“ richterlicher Rechtsfindung ist⁴⁵⁾.

⁴⁰⁾ Dazu Ipsen, VVDStRL 28 (1970) 244 f.; Henke, ebd. S. 249.

⁴¹⁾ Der Staat sichert z. B. die „Freiheit durch Lebensvorsorge“ in einer Weise, in der sich die „Sozialversicherung in den Bereich der Grundrechte einfügen läßt“; im Schulrecht verbindet sich „soziale Umverteilung mit Daseinsvorsorge“; die „freie Bildung wird gewährleistet“, aber erst durch Unterstützung von Schülern und Studenten „verwirklicht“ (Scheuner, VVDStRL 28 (1970) 232).

⁴²⁾ S. schon L. v. Stein, Handbuch der Verwaltungslehre, Dritter Teil, 3. Aufl., 1888, S. 47: „Es ist Begriff und Idee aller Verwaltung überhaupt, der individuellen Entwicklung diejenigen Bedingungen durch die Arbeit des Staates zu bieten, welche sich der einzelne nicht selber verschaffen kann.“

⁴³⁾ Teile der „Gemeinwohrechtsprechung“ (P. Häberle, Öff. Interesse, bes. 355 ff., 359 ff.) sind Leistungsrechtsprechung. Sie tritt besonders dort zu Tage, wo sie von der Verfahrensseite her kontrolliert, d. h. vom Leistungsstaat Formen des due process fordert.

⁴⁴⁾ Dazu P. Häberle, Öff. Interesse, passim bes. S. 468 ff., 666 ff., 678 ff.

⁴⁵⁾ Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970, 200.

3. Interdependenz von Leistungsstaat und -gesellschaft

a) „Leistungsstaat“

aa) Allgemeine Kennzeichnung

Bislang fehlt eine *Verfassungstheorie* des Leistungsstaats⁴⁶⁾, die von einem Verfassungsbegriff ausgeht, der Staat und Gesellschaft zur *res publica* zusammenschließt, und die deren Affinität zu den Grundrechten erfaßt. Die *Staatslehre* des Leistungsstaats von *Heller* [Staat als organisierte menschliche Entscheidungs- und Wirkungseinheit, in der es zu „potenzierten Leistungseffekten“ kommt, also zu einer Art „leistungsstaatlichem Mehrwert“ — der Staat ist mehr als eine konzertierte Aktion der Leistungsgesellschaft]⁴⁷⁾, greift für unser Thema zu weit. *Leistungsstaat* ist der vom GG konstituierte Staat, der durch Organisation und Verfahren unmittelbar oder mittelbar für Bürger und Gruppen Leistungen erbringt, die im weitesten Sinne primär positiven Grundrechtsbezug intendieren⁴⁸⁾. Leistungsstaat ist demnach ohne reale Geltung der Grundrechte nicht denkbar. Einzubeziehen sind hierbei die Voraussetzungen und Bedingungen staatlichen Leistens. Idealtypisches Gegenstück ist der bürgerliche Ordnungs- und Eingriffsstaat⁴⁹⁾.

⁴⁶⁾ Kennzeichnungen des „Leistungsstaats“ finden sich nur im Ansatz: bei *Küster*, Probleme der Leistungsverwaltung, 1965, 1 f., 6, 10, 15 f., 25, 32, 35; *Schambeck*, Vom Sinnwandel des Rechtsstaates, 1970, 27 ff.; *Ipsen*, Fusionsverfassung Europäische Gemeinschaften, 1969, 51, 54; *Eichenberger*, oben Anm. 5, 11 f.; Leistung als gemeinsames Merkmal neuartiger Staatstätigkeiten: Sorge für Vollbeschäftigung, Verhinderung von Wirtschaftskrisen, Förderung gefährdeter Wirtschaftszweige, Aufrechterhaltung der Währung, Verschaffung von Bildung und Ausbildung, Pflege der Kranken und Alten, Betreuung der Jugendlichen, Gestaltung der Freizeit, Bau von Wohnungen und Verkehrswegen, Ermöglichung von Massenkommunikation etc.; *Scholz*, Das Wesen und die Entwicklung der gemeindlichen öff. Einrichtungen, 1967, 123; *Görlitz*, in PVS 1971, 71 (83).

⁴⁷⁾ *Heller*, Staatslehre, 1934, 228 ff., bes. 231 f., 233, 235, 237, 241, 244, 245.

⁴⁸⁾ S. auch die Grundrechtsinteressen in §§ 1 I, 2 I Ziff. 1–7 Raumordnungsg (1965, BGBl. I S. 306). Die Grundrechte lassen sich nicht mehr als Grenze zwischen einer staatsfreien und daher „freien“ Gesellschaft und einem primär freiheitsbedrohenden Staat verstehen.

⁴⁹⁾ Ohne daß dessen Leistungen übersehen werden dürften. Die idealtypische Gegenüberstellung darf nicht zur wirklichkeitsfremden Konfrontation werden. — S. die Äußerung des Präs. des Bundesrechnungshofs *V. Hopf* (FR v. 29. 5. 1971 S. 1 u. 4), auf dem Weg vom „Hoheitsstaat zum modernen Leistungsstaat als Kultur-, Vorsorge- und Verkehrsstaat“ ergäben sich Verwaltungsnotstände, die die „Leistungsfolge“ gefährdeten.

Der Leistungsstaat kann seine Mittel unter Beachtung des Leistungsprinzips beschaffen, verwalten und verteilen und dabei mit Grundrechten in Konflikt geraten; er kann aber auch die Grundrechte unabhängig vom Leistungsprinzip effektivieren. Grundrechte stehen zum Leistungsstaat in *ambivalentem* Verhältnis; einerseits betreibt der Leistungsstaat — sozialstaatliche — „Grundrechtspolitik“, indem er Grundrechte zum Gegenstand seiner Aufgaben macht und sie im „sozialen Leben im ganzen“ fördert; andererseits schafft der Leistungsstaat (faktisch) *neue Gefahrenzonen* für die Grundrechte, auf die überkommene (Grund-)Rechtsschutzformen kaum „eingestellt“ sind. Er ist darüber hinaus für die Abwehr von Gefahren verantwortlich, die der grundrechtlichen Freiheit aus dem Bereich der hochtechnisierten „Leistungsgesellschaft“⁵⁰⁾ mit ihren zum Teil inhumanen Leistungsanforderungen drohen; besonders, weil zahlreiche Aufgaben „Gemeinschaftsaufgaben“ von Leistungsstaat und -gesellschaft sind.

Die *Verfassung* konstituiert den Rahmen für Organisationsformen und -verfahren des Leistungsrechts, die Staat und Gesellschaft einander zuordnen. Sie verhilft dem Staat zu der — über Grundrechte — integrierenden Struktur⁵¹⁾, indem sie als öffentlicher Prozeß zur Rationalisierung und Begrenzung staatlicher *und* gesellschaftlicher Macht sowie zur Beilegung von sozialen Konflikten und humaner Ordnung für alle beiträgt⁵²⁾. [Den Entwicklungen steht sie nicht nur rezeptiv technisch-formal gegenüber, sie ist Reaktion und Aktion zugleich. Ihre wirklichkeitsorientierte Auslegung und politische Fortbildung bedingen zukunfts offene Gestaltungen und Entwicklung neuer Institute; sie geben Raum für den Wandel öffentlicher Aufgaben (normativ procedurales Verfassungsverständnis). „Offene Verfassungsinterpretation“ ist ein Stück „guter“ Verfassungspolitik, die sich im Rahmen einer demokratischen Verfas-

⁵⁰⁾ Zur Leistungsgesellschaft: im StabG ist in den §§ 5 II, 6 I 1 die Formel „eine die volkswirtschaftliche Leistungsfähigkeit übersteigende Nachfrageausweitung“ gebraucht; in § 9 I 1 ist von der Entwicklung des gesamtwirtschaftlichen Leistungsvermögens die Rede. Der Gesetzgeber stellt also das Leistungsvermögen der Volkswirtschaft als eine variable Größe in Rechnung.

⁵¹⁾ Vgl. Heller, Staatslehre, 194; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD, 4. Aufl., 1970, 78.

⁵²⁾ Anders jene Auffassung, die vermeintlich nur beobachtend den Akzent einseitig auf die Gesellschaft legt, den Staat zum „Staat der Industriegesellschaft“ degradiert (Forsthoff) und ihn praktisch zu deren abhängigen Variablen macht. Freilich darf der Staat auch nicht in „staatlicher“ Sicht „über“ der Gesellschaft angesiedelt werden (s. meine Kritik an Forsthoff, ZHR 136. Bd. [1972] i. E.).

sungslehre entfalten und den Herausforderungen des technischen Zeitalters stellen muß. Diese Aufgabe steht vor allem dort auf der Tagesordnung, wo *soziale Grundrechtsdefizite* und Ungleichheiten bestehen, die in einer menschenwürdigen Ordnung verfaßter Freiheit für alle nicht hingenommen werden können⁵³).

Dieser auf die *Gesamtgesellschaft* und ihre Wirklichkeit ausgerichtete Verfassungsbegriff erklärt, warum der Leistungsstaat Grundrechte und Sozialstaatsprinzip gegebenenfalls in seine Gesellschaft hinein treiben muß, um inhumane Abhängigkeiten und soziale Ungleichheiten abzubauen.]

Der Wirklichkeit dieses Leistungsstaats kommt der „Gemeinwohlkompetenztatbestand“⁵⁴) nahe, der als Rechtsgrundsatz des Kommunalrechts in die staatliche Dimension zu erstrecken ist. Danach haben die Gemeinden bzw. jetzt der Staat in den Grenzen der Leistungsfähigkeit die für das wirtschaftliche, soziale und kulturelle Wohl erforderlichen öffentlichen Einrichtungen zu schaffen⁵⁵).

bb) Staat der wachsenden Aufgaben und neuen Handlungsformen, Veränderungen im Außen- und Innenverhältnis sowie auf der Ausgabenseite

Der Leistungsstaat ist vor allem Staat der *wachsenden Aufgaben*. Er wendet sich „gegenwärtig“ in perfekter Produktivität und hohem Wirkungsgrad der Prospektive zu⁵⁶). Öffentliche

⁵³) Der Gleichheitssatz wird hier verstanden als „gleichmäßige nicht willkürliche Interessenwertung Aller“ (Heller, VVDStRL 4 (1928) 98 (115)). Die Voraussetzungen dafür schafft der Leistungsstaat, der seinerseits bedingt ist durch die Leistungsgesellschaft. Dem Begriff „Grundrechtsoptimierung“, -effektivierung als Ziel leistungsstaatlicher Aktivität liegt ein materielles soziales Verständnis von Freiheit und Gleichheit zugrunde. Es ist abzusichern gegen den Vorwurf, die grundrechtliche Freiheit würde denaturiert, weil inhaltlich aufgefüllt. Grundrechtseffektivierung bedeutet keinen Umschlag von der Freiheit zur Pflicht, keine „Verabschiedung“ des status negativus, aber staatliche Schutzpflichten in bezug auf Grundrechte. Sie bedeutet die gleiche Chance für alle, von ihren Freiheiten tatsächlich Gebrauch machen zu können, wenn sie es wollen (Denken von den faktischen Grundrechtsvoraussetzungen her, „reale“ Freiheit statt formaler Freiheit); die soziale Funktion der Grundrechte aller wird ernst genommen, ohne daß sie die „personale“ Seite menschlicher Freiheit durch „Funktionalisierung“ überrollen würde und könnte. Es geht um ein soziales Grundrechtsverständnis, um einen „sozial relevanten Status der Freiheit und der Gleichheit“ (Stein, Lehrbuch des Staatsrechts, 2. Aufl. 1971, 195).

⁵⁴) Dazu P. Häberle, *Öff. Interesse*, bes. 39 ff. und AÖR 95 (1970) 260 (279 ff.).

⁵⁵) Vgl. § 10 II 1 Bad.-Württ. GO.

⁵⁶) Eichenberger, oben Anm. 5, S. 9, 11.

Aufgaben werden teils vom Staat, teils von der Gesellschaft und in vielerlei Kooperationsformen⁵⁷⁾ als *Gemeinschaftsaufgaben* wahrgenommen⁵⁸⁾. Die Sozialordnung ist nicht wie im bürgerlichen Rechtsstaat vorausgesetzte Gegebenheit⁵⁹⁾, sondern Gegenstand gemeinschaftlicher Gestaltung. Es kommt zu Ausweitung alter und Herausbildung neuer (flexibler) Handlungsformen, Verfahren und Instrumente und damit zu neuartigen Funktionsproblemen⁶⁰⁾. Der leistende Staat lenkt, plant, steuert, (um)verteilt, subventioniert und programmiert; diese seine Tätigkeiten finden sich auf legislativer, gouvernementaler und administrativer Ebene. In der schlichten Hoheitsverwaltung ist der Staat im „Verwaltungsprivatrecht“, ja selbst als Fiskus ein anderer geworden. Seine Beteiligung in der Wirtschaft wächst.

⁵⁷⁾ Staat und Wirtschaft „begegnen“ sich (§ 3 StabG). Es kommt zu „industriellen Absprachen im öff. Interesse“, zu „Selbstbeschränkungen der Wirtschaft“ und Kooperations- sowie Planungsformen, in denen der Staat nicht mehr nur in Norm und Verwaltungsakt hoheitlich auftritt (*J. H. Kaiser*, NJW 1971, 585 ff.). — „Zwischen den Bemühungen der Wirtschaft, die betriebliche Personalplanung zu verbessern und der staatlichen Förderungspolitik besteht ein ergänzender Zusammenhang. Dem tragen das ArbeitsförderungsG, das BerufsbildungsG und das AusbildungsförderungsG Rechnung.“ (aus: Sozialpolitische Informationen, hrsg. BuMi für Arbeit und Sozialordnung, Jahrg. V/20 v. 19. 7. 1971, unter III. 11).

⁵⁸⁾ Die Entwicklung neuer Institute und Verfahren der Kooperation ist ein allgemeines leistungsstaatliches Problem. Vgl. den bad.-Württ. Justizminister *Schieler*, Strafvollzug als Gemeinschaftsaufgabe, SZ vom 24. 3. 1971 S. 6 (Schaffung von „Vollzugsbeiräten“ als Mittler zwischen Gefängnis und Außenwelt zum Zweck der Resozialisierung).

⁵⁹⁾ Vgl. *Forsthoff*, VerwRecht, 60 f., 65 f.

⁶⁰⁾ Leistungsstaat heißt u. a.: massive Funktionszunahme (zur Ausdehnung staatlicher Kompetenzen in den gesellschaftlichen Bereich, *Forsthoff*, Industriegesellschaft, 24), Funktionsveränderung (z. B. verschiedene Typen von Leistungsgesetzen statt bloßen Eingriffsgesetzen) und Funktionenvertauschung (zu ihr als Formenvertauschung speziell für die indirekte Lenkung im wirtschaftlichen Bereich: *Friauf*, VVDStRL 27 (1969) 1 (7). S. *Herzogs* Hinweis auf das „massive Übergreifen“ der Legislative in den Bereich der leistenden Verwaltung: VVDStRL 24 (1966) 183 (206)). Dieser Funktionswandel zwingt, überkommene rechtsstaatliche Institute — z. B. die Grundrechte, den Gesetzesbegriff sowie das Rechtsschutzsystem — neu zu überdenken. Auch der Gesetzesvorbehalt ist eine Form des (Grund-)Rechtsschutzes, insofern er ein förmliches Gesetz verlangt. Das parlamentarische Gesetz war eine wirksame und klassische Form des Grundrechtsschutzes im bürgerlichen Rechtsstaat. Das ermutigt, den hier geforderten sozialen Verfahrensvorbehalt als dem Leistungsstaat angemessenen „Gesetzesvorbehalt“ zu qualifizieren; moderne Leistungsgesetze lassen diese verfahrensmäßige Seite deutlich hervortreten.

In dem Maße, in dem sich im modernen Leistungsstaat neue Funktionsvertauschungen zeigen, muß sich die Dogmatik auf die Möglichkeit „faktischer Grundrechtsbeeinträchtigungen“⁶¹⁾ einstellen, müssen die Grundrechte auf „Entstehenssicherung und Bestandsschutz“ hin untersucht⁶²⁾ und in ihrer Schutzwirkung erweitert werden⁶³⁾.

Den Leistungsstaat charakterisiert ein verändertes (*Außen-*) *Verhältnis* zu Bürgern und Gruppen, d. h. zur „Gesellschaft“, die nicht mehr „autonom“ ist. Obwohl Leistungen auch mit Eingriffen verbunden sein können, ist der status passivus subjectionis nicht mehr *der* Grundstatus in einer freiheitlichen Demokratie. Das Rechtsverhältnis Bürger-Staat⁶⁴⁾ ist gekennzeichnet durch *Kommunikation* und *Kooperation* (statt Subjektion!) zwischen den — in „Leistungsverhältnissen“ aufeinander angewiesenen — Beteiligten, deren Tätigkeit öffentliche und private Interessen verknüpft, ja oft ineinander aufgehen läßt.

Im *Innenverhältnis* hat sich der Staat ebenfalls gewandelt: die „Einheit der Staatsgewalt“ ist angesichts der Vielzahl und Größe seiner Leistungsfunktionen pluralistischen, d. h. Kooperationsformen gewichen; die Gewaltenteilung beginnt sich in neuen Verbundformen zu differenzieren (z. B. zwischen Regierung und Parlament bei der Planung). Der Leistungsstaat öffnet sich und beginnt, Teilbereiche der Gesellschaft zu integrieren. Er schafft freiheitliche, aber nicht staatsfreie, Leistungsverfahren, in welche die Betroffenen „einbezogen“ werden — sei es auch nur über die allgemeine Publizität. Schließlich: Der Leistungsstaat *gibt mehr aus* als der Eingriffs- und Ordnungsstaat und muß entsprechend mehr einnehmen. Die Steigerung der Staatsausgaben⁶⁵⁾ sollte jedem i. S. grundrechtlicher Chan-

⁶¹⁾ Dazu *Gallwas*, Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte, 1970.

⁶²⁾ So das gleichnamige Buch von *Kloepfer*, 1970.

⁶³⁾ Das Gegenstück hierzu sind faktische Grundrechtsaktivierungen, faktisch nur deshalb, weil sie juristisch noch nicht genügend greifbar sind, da sie für das klassische Grundrechtsverständnis „neutrales“ Staatshandeln waren (Fehlen einer grundrechtsbezogenen Staatszwecklehre!).

⁶⁴⁾ Das subjektive öff. Recht im überkommenen Verständnis und der eingreifende Verwaltungsakt können nicht mehr die juristischen Eckpfeiler solcher „vielseitigen“ Leistungsverhältnisse, interessenbezogener Kooperations-, Koordinations- sowie Kommunikationsformen sein. Gleiches gilt für den traditionellen Verwaltungsgeschichtsschutz.

⁶⁵⁾ S. auch *W. Brandt* (Erklärung zur Reformpolitik der Bundesregierung v. 24. 3. 1971, BT-Verh. VI 6399 A): „Wenn der Staat die öffentliche Armut bekämpft, dann wird damit allen und zugleich besonders den sozial Schwächeren geholfen“. S. aber auch

cengleichheit zugute kommen, d. h. das relative Ansteigen des Anteils der Staatsausgaben am realen Bruttosozialprodukt könnte Grundrechte effektivieren.

[Problematisch ist hier z. B., ob der Staat in der Bildungsplanung bestimmte Berufs- und Wirtschaftszweige stärker fördern darf als andere. Bei der Frage nach einer etwaigen Verletzung der Art. 3 bzw. 5 III und 12 GG wird die andere Seite leistungsstaatlicher Tätigkeit erkennbar: diese Investitionen können Art. 12 und 5 III GG effektivieren.]

cc) Inhalt und (grundrechtliche) Grenzen des Effizienzprinzips im Bereich des sozialen Leistungsstaats

Auf drei Stufen läßt sich die Problematik des Effizienzprinzips (Art. 20 I GG) aufschlüsseln: Effizienz⁶⁶⁾ bei der staatlichen *Mittelbeschaffung*, der staatlichen *Organisation* und bei der staatlichen *Mittelverteilung*. Sozialstaat heißt aber auch Ausrichtung auf Humanität. Hier verlaufen die Grenzen des aus der Verfassung zu bestimmenden Effizienzprinzips. Im einzelnen:

(1) Die *Mittelbeschaffung* hat zwei Komponenten: die sachliche (z. B. Art. 114 II GG) und die personale (z. B. Art. 33 II GG — effizienter öffentlicher Dienst). Sie ist deshalb so wichtig, weil der Staat nur leisten kann, wenn er zuvor aus den Leistungen seiner Bürger „einsammeln“ konnte. Das ist die gegenseitige Bedingtheit von Effizienz und Humanität.

(2) Bei der *Selbstorganisation* ist das Leistungsprinzip z. B. in Art. 33 V GG angelegt. Ausschnittsweise zeigt es sich auch anhand der Verwaltungsaufsicht, den Rechnungshofkontrollen, und beim „Neubau“ der Verwaltung, wo es um Leistungssteigerung geht, so schwer meßbar sie sein mag. Hier werden die Grundrechte bedeutsam: sie „durchbrechen“ das Leistungsprinzip, z. B. durch die unbedingte Garantie des gerichtlichen Rechtsschutzes. Die Verbürgung grundrechtlicher Freiheit ist eine differenziert zu ziehende Grenze für den auf Effizienz zie-

ders.: „Was dem Bürger dient, ist ohne Leistung des Bürgers nicht zu haben.“ Gegen das „Modewort“ von der sog. öff. Armut: FAZ v. 9. 6. 1971 S. 17.

⁶⁶⁾ Zum Zusammenhang von Sozialstaatsprinzip und Effizienz: *Bachof*, VVDStRL 15 (1957) 205; *Krämer*, Die bürgerliche Selbstverwaltung unter den Notwendigkeiten des egalitären Sozialstaats, 1970, 131; *Kopp*, Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrenrecht, 1971, 200 ff. — S. die Forderung *Biedenkopfs* nach einer Effizienzkontrolle der Verwaltung, FAZ v. 25. 7. 1971 S. 15: Ein ausreichender Beitrag zum Innovationsbedarf unserer Gesellschaft sei vom staatlichen Bereich und seinen öff. Einrichtungen nur dann zu erwarten, wenn es gelinge, die Verwaltung durch leistungsbezogene Kontrolle in den Griff zu bekommen.

lenden Leistungsstaat. Auf lange Sicht aber wird sie das Gemeinwesen auch effizienter machen, weil sich seine Bürger in Freiheit mit ihm identifizieren⁶⁷⁾. Der Leistungsstaat verlangt oft Langzeitinvestitionen, z. B. im Bildungswesen. Lernmittelfreiheit kann ihn zunächst in Finanznot bringen, dürfte sich aber auf die Dauer in größeren Leistungen der Gesellschaft auszahlen.

(3) Bei der *Mittelverteilung* spielt das Leistungsprinzip neben der Sozialstaatsklausel (ihr Ziel: auch Abbau geistiger Armut und kultureller Privilegierungen) und den Grundrechten eine nur untergeordnete Rolle. Im Vordergrund steht die humane und grundrechtsorientierte Leistungsvergabe mit dem Ziel realer Freiheit und eines Engagements des Bürgers für sein Gemeinwesen.

Insgesamt: Leistungsstaat ist ein Staat, der Leistung fordert und verteilt, dadurch die Grundrechte effektiviert⁶⁸⁾ (als „Grundrechtsstaat“) und zugleich das Leistungsprinzip aus Gründen der Humanität teilweise ignoriert⁶⁹⁾. Leistungsstaat und Leistungsgesellschaft hängen also nur *zum Teil* zusammen — das partielle Bedingtheitsverhältnis ist jedoch wesentlich.

b) „*Leistungsgesellschaft*“

Die Vermehrung der Staatsaufgaben, die sozialgestaltend in die Gesellschaft hineinwirken, bestätigt die „Osiose“ von Staat und Gesellschaft. Die allseitige Abhängigkeit aller von

⁶⁷⁾ *Demokratie* steht von einem „kritischen Grenzbereich an“ der Effektivität hindernd im Wege (Eichenberger, oben Anm. 5, S. 20). Hier verhält es sich wie bei den Grundrechten: zugunsten eines Mehr an Demokratie wird auf ein Mehr an Leistungsstaatlichkeit verzichtet. Auch *Bundesstaatlichkeit* bedeutet prima facie Abstriche am Leistungsprinzip. Gewiß stehen die Entwicklungen zum „kooperativen Föderalismus“ und „unitarischen Bundesstaat“ im Zeichen einer vom Leistungsstaat erwarteten größeren Effizienz, erzwungen von der Verfassungswirklichkeit; der verfassungsändernde Gesetzgeber hat dem Rechnung getragen (Art. 91 a und b GG). Von einem bestimmten Punkt an nimmt das GG jedoch Reibungsverluste und Rationalisierungsausfälle in Kauf, weil es Kooperation als ein Stück Freiheit (dazu Hesse, in FS für Gebh. Müller, 1970, 141 ff., bes. 150) höher bewertet als die Effizienz, die ihm der Einheitsstaat verschaffen könnte.

⁶⁸⁾ Nach Herb. Krüger, Art. Verfassung, HDSW 11 (1961) 72 (73), war es ein „gefährliches Mißverständnis“ des Spätliberalismus, die Freiheit des Bürgers in Schwäche und Ineffizienz des Staates zu sehen. Dem sich richtig verstehenden Verfassungsstaat gehe es darum, die Wirksamkeit des Staates und die Freiheit des Bürgers zu wahren.

⁶⁹⁾ S. z. B. die Verurteilung des Leistungsprinzips durch die Erklärung der westdeutschen Bischöfe (FR v. 7. 8. 1971 S. 1).

allen⁷⁰⁾ zeigt sich juristisch z. B. in Kollektivwirkungen, die der Staat durch sein Handeln herbeiführt⁷¹⁾. Heute sind Bürger, Gruppen und alle Formen der öffentlichen Hand „Sozialpartner“ im weiteren Sinne. Das Bedingungsnetz von Geldwertstabilität (nur stabiles Geld ist „soziales“ Geld)⁷²⁾, Wirtschaftswachstum und öffentlichen Investitionen zur Erfüllung von grundrechtsrelevanten Reformaufgaben bestimmt die Grundrechtschancen⁷³⁾ mit.

In der notwendigen Kosten-Nutzen-Analyse sind die „humanen Kosten“ oft zu gering veranschlagt. Beispiele: Umweltschutz, Städte- und Straßenplanung, die (Verkehrs-)Unfallquote. Hier muß gelten: kein wirtschaftliches Wachstum um jeden grundrechtlichen Preis! Die Leistungsgesellschaft mit ihren zum Teil darwinistischen Leistungsexzessen ist kein grundrechtlich ausgesparter Raum.

Bei aller Bejahung leistungsstaatlicher „Grundrechtsnutzenmehrung“⁷⁴⁾ muß an ihre Grenzen erinnert werden; zumal die Entwicklung in einer Einbahnstraße verläuft: die positiv grundrechtsbezogenen Forderungen der einzelnen und Gruppen an den Leistungsstaat wachsen ständig und entfalten eine Eigendynamik, die den Rechtsstaat in Gefahr bringt, den Leistungsstaat überfordert und letztlich die Grundrechte als individuelle Rechte sozial obsolet macht, wenn anstelle personaler Selbstbestimmung die leistungsstaatliche Fremdbestimmung tritt und

⁷⁰⁾ U. a. durch die technologische Entwicklung und die „Explosion des Wissens“ bedingt. Staat und Gesellschaft stehen in einer durch „Leistung“ geprägten Schicksalsgemeinschaft angesichts steigender Ansprüche der Wohlstandsgesellschaft.

⁷¹⁾ Etwa die mittelbare faktische Betroffenheit Mehrerer durch „Staatsleistungen“ oder die „Leistungsgemeinschaft“, in die Unternehmer, Arbeitnehmer (und Verbraucher) insofern „zusammengespannt“ sind, als ihre Autonomie durch staatliche Daten der Konjunktur-, Wirtschafts- und Haushaltspolitik de facto mitbestimmt wird, so wie umgekehrt die Tarifautonomie die Gesamtwirtschaft beeinflusst. Mit Recht beklagt Dahrendorf, Gesellschaft und Demokratie in Deutschland, dtv 1971, S. 197, das Fehlen von Institutionen des kontrollierten Konfliktes, z. B. in den autonomen Auseinandersetzungen zwischen organisierten Arbeitnehmern und Unternehmern.

⁷²⁾ S. den Hinweis Klothens auf das „verteilungspolitische Unrecht“, das mit jeder Geldentwertung verbunden sei (FAZ v. 25. 6. 1971 S. 15).

⁷³⁾ S. auch die Diskussion um die „Freizeitgesellschaft“, die dem Staat strukturpolitische Aufgaben stellt („Erhaltung freizeittgerechter Landschaft“ usw.).

⁷⁴⁾ Ausdruck bei Zacher, Sozialpolitik und Menschenrechte in der BRD, 1968, 35: „Die Mehrung der Grundrechte“.

eigenverantwortliche Freiheit zur fremdverantworteten und -bestimmten Sicherheit wird. [Paradoxe Weise ist an diese *private* Seite der Grundrechte gerade in einer Zeit der Überflußgesellschaft zu erinnern. Angesichts der gesteigerten Erwartungen muß auf die aus der *Eigenverantwortung* entspringende persönliche Unabhängigkeit zurückverwiesen werden.]

Die *Interdependenz* von Leistungsstaat(en) und -gesellschaft samt Folgeproblemen zeigt sich auch in dem supranationalen Leistungs-Zweckverband EWG⁷⁵). „Leistung“ beginnt die nationalstaatlichen Dimensionen zu sprengen: der EWG-Vertrag potenziert Leistungen in Staat und Gesellschaft; Staaten und Verfassungen haben entsprechend reagiert⁷⁶). Die Gesellschaft ist international⁷⁷), da Staat(en), Verfassung(en) und Gesellschaft gleichermaßen auf gemeinschaftlich erbrachte und nur noch gemeinschaftsrechtlich mögliche Leistungen angewiesen sind.

[Das EWG-Recht enthält der Kooperation von Staat und Gesellschaft im Zeichen der „Leistung“ materiell und organisationsrechtlich entsprechende leistungsrechtliche Züge. Die EWG-Ziele umreißen „Gemeinschaftsaufgaben“ im doppelten Sinne⁷⁸): zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen diesen und der Gesellschaft. Die Grundrechtsdogmatik wird sich auf die europarechtlichen Perspektiven von Leistungsstaatlichkeit auszurichten haben⁷⁹). Die Gemeinschaftsordnung zielt auf Chancengleichheit, als Gleichberechtigung in einem materiellen Sinne⁸⁰). Die Normierung von wirtschaftlichen Grundfreiheiten der Marktbürger bzw. die Tendenz zum Abbau ungleicher

⁷⁵) Ipsen, Fusionsverfassung Europäische Gemeinschaften, 1969, 10, 15.

⁷⁶) Z. B. im Bereich der wirtschaftlichen Freiheiten des Europarechts, der Grundrechte der MRK und der ESC.

⁷⁷) J. H. Kaiser, Art. „Staatslehre“, Staatslexikon, 6. Aufl. VII (1962) Sp. 589 (595).

⁷⁸) S. den Hinweis auf den „höchsten Leistungsstand“ in Art. 2 II EGKSV und auf die beständige und ausgewogene Wirtschaftsausweitung, die größere Stabilität (Art. 2 EWGV) sowie die Sicherung des wirtschaftlichen und sozialen Fortschrittes (Präambel-EWGV).

⁷⁹) S. auch die Momente des Leistungsrechts, die in der schrittweisen „Harmonisierung“ der nationalen Rechtsvorschriften liegen (z. B. Art. 100 EWGV).

⁸⁰) Dazu Zieger, Das Grundrechtsproblem in den Europäischen Gemeinschaften, 1970, bes. S. 54 ff., 58: zur Ergänzung der bürgerlichen Freiheitsrechte als „Verfassungsauftrag“ um das sozialstaatliche Element im GG und umgekehrt zur Ergänzung der europäischen wirtschaftspolitischen, öff. Daseinsvorsorge um die liberale rechtsstaatliche Komponente.

Grundrechtsverhältnisse in den Mitgliedstaaten⁸¹⁾ ermöglicht Leistungen der EWG-Gesellschaft über die Grundrechte und legitimiert das Leistungsprinzip im Marktbereich. Überdies werden wirtschaftspolitische Leistungsgemeinschaftsziele thematisiert, die evidenten Grundrechts- und Sozialstaatsbezug haben⁸²⁾. Das „Gemeinschaftsinteresse“ verbindet leistungsstaatliche, -gesellschaftliche und -rechtliche Elemente über wirtschaftliche Grundfreiheiten der „Marktbürger“⁸³⁾.]

c) Leistungsstaatliche und grundrechtliche Kritik am gesellschaftlichen Leistungsprinzip⁸⁴⁾

Die Industriegesellschaft ist nur bedingt bereit, grundrechtliche Chancengleichheit zu bewirken. Die Überflußgesellschaft mit ihren wirklichen oder vermeintlichen Konsumzwängen läßt

⁸¹⁾ H. von der Groeben, in FS für W. Hallstein, 1966, 226 (237 ff., 242): Die Europäischen Gemeinschaften . . . haben die *Ausübbarkeit* zahlreicher Grundrechte . . . erheblich erweitert . . . Leitsätze dieser Wirtschaftspolitik sind die Prinzipien der Freiheit und *Chancengleichheit* (Gerechtigkeit). Wenn die Wirtschaftsgemeinschaft fortführt, diesen beiden Prinzipien zu dienen, so fügt sie damit zwar nicht dem rechtlichen Bestand der Grundrechte Neues hinzu, wohl aber ihrer *Verwirklichung* (Hervorhebungen v. Verf.).

⁸²⁾ Vollbeschäftigung (Art. 104, 49 Ziff. d, 75 III EWGV), Wachstumsvorsorge, Hebung des Lebensstandards, Wahrung eines stabilen Preisniveaus (Art. 104 EWGV), Sorge um Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitskräfte (Art. 117 EWGV; s. auch Art. 125 EWGV und den Art. 12 und 11 GG zuzurechnenden europäischen Sozialfonds; Art. 2 Ziff. b EuratomV: Gesundheitsschutz der Bevölkerung und der Arbeitskräfte) als Grundrechtspolitik. S. das Ziel der stetigen Besserung der Lebens- und Beschäftigungsbedingungen der Völker (Präambel EWGV). *Leistungsrechtlicher* Mittel bedarf die gemeinsame Agrarpolitik (Art. 39), die Sozialpolitik (bes. Art. 118). Insgesamt dürften die Handlungsformen: Verordnungen, Richtlinien und Entscheidungen (Art. 189) leistungsrechtliche Züge haben; s. auch die Beihilfen in Art. 77, 92 II u. III, 125 I Ziff. a u. b; s. noch Art. 128 EWGV: Grundsätze für die Berufsausbildung.

⁸³⁾ Zu diesem Status der Freiheit und Gleichheit zur Erfüllung der ökonomischen Ziele der Gemeinschaften: Grabitz, Europäisches Bürgerrecht, 1970, 68 f., 103 ff.

⁸⁴⁾ Zur Kritik: O. Negt, In Erwartung der autoritären Leistungsgesellschaft, in: Schäfer-Nedelmann (Hrsg.), Der CDU-Staat, 1967, 201 ff., z. B. 233. F. Naschold, Organisation und Demokratie, 2. Aufl. 1971, 9. Eb. Stammier sprach im Hess. Rundfunk, 2. Programm am 27. 6. 1971 um 23.05 Uhr von einem „brutalen Diktat“ der Leistungsgesellschaft. — Die öff. Einrichtungen verlangen eine humane Einstellung der in ihnen dienenden Menschen, die unsere Leistungsgesellschaft nur noch z. T. hat: den Kranken und Alten muß in Heimen geholfen werden, dort fehlt es an Menschen, die denen helfen wollen und können, die aus der Leistungsgesellschaft ausgeschieden wurden. Was früher die Familie leistete, geht heute als Grundrechtsaufgabe an öff. Einrichtungen über.

gelegentlich durch ein Zuviel an wirtschaftlicher Freiheit verstecktem Terror Raum, dem der demokratische Leistungsstaat durch Intensivierung der geistigen (Aus- und Weiterbildungs-) Freiheiten in der „Lerngesellschaft“ und durch Stärkung der Grundrechte mit Menschenwürdegehalt entgegenwirken muß. [Der demokratische Staat, in seinem rechtlichen Monopol öffentlicher Gewalt legitimiert, muß Grundrechtsfunktionen übernehmen, die sich z. T. („leistungsrechtlich“) in der Garantie sozialer Sicherheit, über innerbetriebliche Mitbestimmung am Arbeitsplatz und Formen der Mitbeteiligung am Produktivvermögen geltend machen.] Der Staat muß daher über seine Leistungsfunktionen „eingreifen“, indem er über demokratische Willensbildungs- und Entscheidungsvorgänge soziale Grundrechtsdefizite und Ungleichheiten gegebenenfalls gegen die Leistungsgesellschaft um menschenwürdiger Ordnung willen abbaut (die flexible Altersgrenze z. B. ist eine „Humanisierung“ in bezug auf die Arbeitskraft). Die Ausschöpfung alter und die Begründung neuer Bundeskompetenzen etwa für Umweltschutz (Art. 74 Ziff. 24 GG) sind eine Antwort auf das Versagen einer exzessiven Leistungsgesellschaft.

Doch das ist nur eine Seite: diese leistungsstaatlichen Aufgaben setzen eine leistungsfähige Gesellschaft⁸⁵⁾ und Wirtschaft und entsprechende Steuereinnahmen voraus, Effizienz in und durch Freiheit; den Abbau sachlicher Qualifikationserfordernisse kann sich das Gemeinwesen als „Luxus“ nicht leisten⁸⁶⁾ (keine Nivellierung nach unten!). Es gibt eine Grenze, von der ab ein Mehr an Leistungs- und Gefälligkeitsstaat ein Zuviel wird, das nicht nur sozial-ethisch korrumpiert, sondern auch die grundrechtseffektivierende Demokratie selbst gefährdet.

⁸⁵⁾ Das BVerfGE 13, 97 (113 f.) wertet die Wahrung und Förderung des Leistungsstandes und der Leistungsfähigkeit des Handwerks im Rahmen seiner Gemeinwohljudikatur zu Art. 12 GG (dazu P. Häberle, AöR 95 (1970) 86 (98 ff.)) als wichtiges Gemeinschaftsgut. BVerfGE 7, 377 (397), im Blick auf Art. 12: Tätigkeit des Einzelnen, durch die er zugleich seinen Beitrag zur gesellschaftlichen Gesamtleistung erbringt. Das Grundrecht gewinnt so Bedeutung für alle sozialen Schichten.

⁸⁶⁾ Das Erfordernis der *Eignung*: Art. 94 II, 163 IV 2 Verf. Bayern; 13 Berlin; 128 I Bremen; 59 I Hamburg; 59 II, 134 Hessen; *Begabung*: Art. 11 I Bad.-Württ.; 27 I Bremen; 6 II LS Schl.-Holst.; *Leistung*: Art. 132 Bayern; 59 I Hamburg; 19, 39 V 1 Rhl.-Pf.; 6 II LS Schl.-Holst. und damit das Leistungsprinzip, ist in den dt. Länderverf. oft im Zusammenhang mit Grundrechten oder grundrechtsähnlichen Leistungsansprüchen normiert. S. auch die ehrenamtlichen Leistungspflichten z. B. Art. 25 Hessen; 21 II Rhl.-Pf.; 19 Saarl. sowie die Ausformung des Leistungsprinzips im Arbeitsrecht: Das „Arbeitsentgelt muß der Leistung entsprechen“, z. B. Art. 33 S. 1 u. 2 Hessen.

[Auf das in der Leistungsgesellschaft unentbehrliche „humanisierte“ Leistungsprinzip kann gerade im Interesse der vom Sozialstaat zu begünstigenden schwächeren Schichten nicht verzichtet werden. Wer meint, der Leistungsstaat habe die Leistungsgesellschaft, die er verdiene, unterschätzt die anstehenden grundrechtsrelevanten Reformaufgaben im sozialen Rechtsstaat.] Die Frage nach dem Stellenwert des Leistungsprinzips kann nur vom GG aus differenzierend für einzelne Grundrechte beantwortet werden⁸⁷⁾: zwischen den Extremen inhumaner Übersteigerung und seiner utopischen Verketterung. Auch im Leistungsstaat geht es um den Menschen.

III. Bestandsaufnahme des dogmatischen Grundrechtsdefizits in bezug auf grundrechtsrelevante leistungsstaatliche Aktivitäten

Das juristische Vokabular des bürgerlichen Rechtsstaats war auf punktuelle Eingriffe in Freiheit und Eigentum eingestellt⁸⁸⁾, was dem Selbstverständnis seiner „autonomen“ Gesellschaft entsprach⁸⁹⁾. Die von der liberalen Wirtschaftsordnung provozierten Zustände riefen den sozialen Leistungsstaat auf den Plan, der im Namen sozialer Gerechtigkeit lenken, planen, steuern, umverteilen muß und daher seinerseits auf gesamtgesellschaftliche Leistungsfähigkeit angewiesen ist — eine Spirale, wie es scheint.

So gesehen, ist leistungsstaatliche Aktivität als Sozialpolitik eine Art Grundrechtssurrogat — Grundrechtspolitik: Grundrechte werden auf dem (Um-)Weg über das Sozialstaatsprinzip

⁸⁷⁾ S. auch den Bildungsbericht 70 der Bundesreg. und sein Ziel eines „demokratischen, leistungs- und wandlungsfähigen Bildungssystems“, durch das Chancengleichheit und individuelle Förderung ermöglicht werden sollen (FAZ v. 31. 8. 1971 S. 6). Wichtig K. von Dohnanyi, in „Die Zeit“ Nr. 34 v. 28. 8. 1971 S. 40: Denn wer die Chancen gleicher machen will, der muß den Wettbewerb um hervorgehobene Positionen in der Gesellschaft wollen. Und mehr Wettbewerb heißt auch: Leistung und Leistungsmessung. Und eine arbeitsteilige Gesellschaft kann ohne Leistungsanspruch nicht fortbestehen.

⁸⁸⁾ Das zeigt sich an der Fassung der Grundrechte als gegen den Eingriffsstaat gerichtete Rechte, an der prinzipiell eingriffsorientierten Positivierung der Gesetzesvorbehalte, an der Formel vom „Eingriff in Freiheit und Eigentum“ und an der Konzeption der „Gewaltverhältnisse“, ja selbst am Rechtsbegriff!

⁸⁹⁾ In der z. B. die Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit die Produktivität der Wirtschaft steigerten, das Leistenwollen und -können vieler anreizte, de facto aber die Vertragsfreiheit aller zur Unternehmerfreiheit weniger wurde. Die Rechtsdogmatik hat diesen Prozeß eher unterstützt.

effektiv. Es gibt zwar noch „alte Fronten“, an denen Schranken denken aktuell bleibt, um Eingriffe abzuwehren. Wesentlich ist aber, daß Inhalte und Formen des bürgerlichen Rechtsstaats⁹⁰⁾ in der veränderten Wirklichkeit und angesichts neuer sozialstaatlicher Aufgaben nicht mehr „greifen“⁹¹⁾. Erinnerung sei: an die These *Forsthoffs*⁹²⁾, der leistende Staat und die ihn kennzeichnenden gesellschaftlichen Veränderungen unterliefen den grundrechtlichen Freiheitsschutz; an die Frage, ob der Staat, der „gesellschaftliche Mechanismen“ in Bewegung setze, aus denen „Verluste der Grundrechtseffektivität“ entstehen, nicht an die Grundrechte gebunden sei wie der unmittelbar eingreifende⁹³⁾; oder an die Feststellung⁹⁴⁾, infolge der „Formenvertauschung“ sei das rechtsstaatliche Rechtssystem „in erheblichem Maße obsolet geworden“; schließlich an die Gegenposition: soweit Maßnahmen Lenkungsfunktionen des Marktmechanismus wahrnehmen sollen, müsse man gegenüber ihren Auswirkungen auf Grundrechtspositionen „so indolent sein wie gegenüber den Ergebnissen des Marktmechanismus“⁹⁵⁾.

⁹⁰⁾ Krit. speziell zur Formel „Freiheit und Eigentum“ angesichts der Tatsache, daß heute nicht das Eigentum, sondern eine florierende Wirtschaft Freiheit und Würde des Menschen sichert: *H. Wagner*, VVDStRL 27 (1969) 47 (72).

⁹¹⁾ Im einzelnen ist das längst erkannt: Erinnerung sei an die Frage der Geltung des — materiellen — Gesetzesvorbehalts (auch) für die in „grauen Sphären“ (*Scupin*, VVDStRL 16 (1958) 262) wachsende Leistungsverwaltung (Nachw. bei *K. Vogel*, VVDStRL 24 (1966) 125 Anm. 1; 148 Anm. 72; 151 f.); an die Forderung nach intensiver Gesetzesbindung auch im Bereich der leistenden, sozialgestaltenden Verwaltung, soweit eine Interdependenz von Eingriff und Leistung oder eine ebenso reale Machtsituation im Verhältnis zwischen Bürger und Verwaltung wie bei der Eingriffsverwaltung besteht (*Mallmann*, VVDStRL 19 (1961) 207, LS 8 a. Der Grundrechtsschutz funktioniert bei der Subventionskontrolle nicht mehr: *J. H. Kaiser*, VVDStRL 25 (1967) 429); an die Entwicklung, die die Unterscheidung zwischen Regel und Einzeleingriff innerhalb der umfassenden Daseinsvorsorge aufgelöst habe (*Forsthoff*, *VerwRecht*, 71). — Z. B. läuft die Freiheits- und Eigentumsformel auch deshalb leer, weil Freiheit und Eigentum andere geworden sind (dazu *Scheuner*, VVDStRL 28 (1970) 231 f.).

⁹²⁾ Der Staat der Industriegesellschaft, 1971, 153 f.

⁹³⁾ *Herzog*, Grundrechte und Gesellschaftspolitik, in: FS für *Hirsch*, 1968, 63 ff. (66 f.).

⁹⁴⁾ *Friauf*, VVDStRL 27 (1969) 1 (7). S. dazu auch *Vogel*, VVDStRL 24 (1966) 125 (153 f.): erweiterter „Eingriffs“-Begriff.

⁹⁵⁾ *H. Wagner*, VVDStRL 27 (1969) LS 16 a. — Einschlägig ist auch die Beobachtung, daß der moderne „gestaltende Eingriff“ Rechtswirkungen weniger im Verhältnis des Betroffenen zur Verwaltung als im Verhältnis des Betroffenen zu den Rechtsgenossen äußert (*Forsthoff*, *VerwRecht*, 70).

Methodisch und sachlich gehen Grundrechtsdogmatik hier und Aussagen zum Leistungsstaat dort *verschiedene* Wege: einer dogmatisch letzten Verästelungen nachspürenden Grundrechtsliteratur stehen in Realanalyse gewonnene Erkenntnisse⁹⁶⁾ zum Leistungsstaat gegenüber. Für die Grundrechte besteht insofern ein Nachholbedarf⁹⁷⁾, als kaum nach staatlichen Leistungen für „Freiheit und Eigentum“ gefragt wird. Und doch wird erst mit dieser Fragestellung klar, daß ein Mehr an (Leistungs-)Staat und Leistungsrecht in der Leistungsgesellschaft ein Mehr an *realer Freiheit* für alle bedeuten *kann*⁹⁸⁾. Der Staat selbst ist nur noch zum Teil „Gegner“ der Grundrechte⁹⁹⁾; in Wirklichkeit sind es Zwischenmächte mit angemessener quasi-öffentlicher Gewalt, die der demokratische Staat domestizieren muß, um öffentlicher und privater Freiheit willen; die Gesellschaft ist grundrechtlich zu strukturieren.

Das Grundrechtsdefizit bezieht sich auf die „sozialen Grundrechte“ und die normative Kraft, die Sozialstaat und Gleich-

⁹⁶⁾ Die Entdeckung der Gemeinde, der Verwaltung und des Staates als Leistungsträger (*Forsthoff*) ist in bewußter Abkehr von der durch *O. Mayer* begründeten rein juristischen Verwaltungsrechtswissenschaft geglückt. In jüngster Zeit reihen sich an empirische Untersuchungen zum umverteilenden, planenden, lenkenden und steuernden Staat dogmatische Aufbereitungen dieser Entwicklung (*Zacher, Badura* u. a. sowie *Bachof* und *Brohm* in diesem Heft).

⁹⁷⁾ Es fehlt ein „realistisches“ Grundrechtsverständnis, das der täglichen Wirklichkeit des Leistungsstaates und der Leistungsgesellschaft gerecht würde, ohne die Normativität von Grundrechten und Leistungsstaat zu vernachlässigen.

⁹⁸⁾ Bislang stehen viele leistungsstaatliche Funktionen dogmatisch neben den Grundrechten.

⁹⁹⁾ Die Grundrechte haben zwar seit dem GG ihren Geltungsbe-
reich vor allem durch Interpretation (!), dogmatische „Erfindungen“
und größeren Rechtsschutz erweitert: im staatlichen Bereich durch
Ausdehnung ihrer normativen Kraft gegenüber nichtstaatlich han-
delnder Verwaltung (*Mallmann, Zeidler*, VVDStRL 19 (1961) 165 ff.
bzw. 208 ff.; z. T. auch unter dem Stichwort ihrer „Fiskalgeltung“
(konsequent *Hesse*, Grundzüge, 142 ff.). Im nichtstaatlichen — ge-
sellschaftlichen — Bereich stellt die von *Dürig* entwickelte und
vom BVerfG (seit E 7, 198) verfeinerte sog. mittelbare Drittwir-
kung im Ergebnis eine Stärkung gegenüber „sozialen Gewalten“
gesellschaftlicher Gruppen dar; sie ist eine — staatliche — Antwort
auf die Gefahr für die grundrechtliche Freiheit von der Gesell-
schaft her. Erreicht wurde sie auf dem Umweg über die vom Rich-
ter „erfüllten“ Generalklauseln. Die die Grundrechte von der De-
mokratie her aktivierende Tendenz — z. B. des BVerfG für Art. 5
I GG — wirkt sich sowohl im staatlichen und öff. bzw. gesellschaft-
lichen (Fernseh-Urteil) Bereich aus: sie bewirkt soziale Teilhabe.
Verfassungsrechtsprechung wurde hier zur Gemeinwohlkonkretisie-
rung und Öffentlichkeitsaktualisierung. S. auch die Grundrechts-
effektivierung in bezug auf Art. 6 I GG: Wertentscheidende Grund-
satznorm und Institutsgarantie — BVerfGE 6, 55 (LS 5).

heitssatz über einzelne Grundrechte (wie Art. 1 I, 5, 12, 14 GG) entfalten können; es hat politische und soziale sowie methodische und spezielle grundrechtshistorische Gründe. [Sie wirken sich insofern aus, als sich die in bezug auf den Eingriffs- und Ordnungsstaat so hoch stilisierte, im guten Sinne formalisierte Grundrechtsdogmatik mit ihren subtilen Erkenntnissen zur Schranken- und Konkurrenzproblematik noch nicht in ausreichendem Maße der neuen „Front“ des Leistungsstaats (seiner Programmatik) und seiner Leistungsgesellschaft gestellt hat. Genügend sensible Instrumente, mit deren Hilfe die Grundrechtsdogmatik den so unterschiedlichen staatlichen grundrechtsbezogenen Leistungen¹⁰⁰⁾ und Gefährdungen begegnen könnte, fehlen. Das erstaunt um so mehr, als die Wirklichkeit hier vielfach weiter ist als die Theorie.]

Die traditionellen liberalen Grundrechte nahmen in der Gesellschaft Ungleichheit hin, weil der Staat in seinem Bereich die Freiheit garantierte. Unter geänderten Bezugspunkten der Grundrechte bedarf es nun ihrer *Neustrukturierung* i. S. einer Dogmatik, die sie im sozialen Leben der res publica insgesamt effektiviert.

ZWEITER TEIL:

Aufgaben der Grundrechtsdogmatik im leistenden Gemeinwesen

Im zweiten Teil werden sieben Thesen entfaltet, die dem Leitsatz 19 (unten Seite 135 f.) zu entnehmen sind.

I. Grundrechtsverbürgungen, „offene“ Grundrechtsdogmatik, -politik und -interpretation

1. Problematisierung ihres Verhältnisses als Vorfrage

Das Verhältnis von Grundrechtsverbürgungen und -dogmatik, Grundrechtspolitik und -interpretation ist wegen der Gefährdungen der Grundrechte durch Leistungsstaat und -gesellschaft neu zu diskutieren. Leitgedanke ist „grundrechtssichernde Geltungsfortbildung“ durch eine „offene“ Dogmatik. Grundrechts„wandlungen“¹⁰¹⁾ sind vor allem solche ihrer Dogmatik¹⁰²⁾, weil die Texte — von den „sozialen Grundrechten“ abgesehen — meist dieselben blieben.

¹⁰⁰⁾ Ansätze zu einer Typologie der (grundrechtsbezogenen) Leistungsverhältnisse speziell für die Umverteilung bei Zacher, DÖV 1970, 3 (11 ff.).

¹⁰¹⁾ Z. B. Saladin, Grundrechte im Wandel, 1970; Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung von Grundrechten im politischen Meinungskampf, 1968, 95 f.; Lerche, Werbung und Verfassung, 1967, 80 f.: jedes Grundrecht ist „sinnvariabel“ zu lesen.

¹⁰²⁾ Vgl. Esser, Vorverständnis, 95: „Sind aber die Grundbegriffe und -konzeptionen in ihrem dogmatisierten Gehalt wandelbar, so

[Die Wirklichkeit der Grundrechte ist vor allem die Wirklichkeit und Wirksamkeit ihrer — variablen — Dogmatik; sie „hält“ die Grundrechte im Wandel der gesamtgesellschaftlichen Verhältnisse und sozialetischen Wertungen (Offenheit der Grundrechtsdogmatik). Die so gekennzeichnete Grundrechtswandlung steht zum Wesen der Grundrechte ebensowenig im Widerspruch wie der Verfassungswandel zur Verfassung¹⁰³). Der oft nur speziell beobachtete Wandel ist weitgreifend und umfaßt große Teile des „Systems“, insbesondere des Staats- und Rechtsbegriffs sowie der Gemeinwohlaufgaben.]

Grundrechte (und ihre Dogmatik) waren und sind freiheitsverbürgende Antwort auf besondere Gefährdungen. Mit der Veränderung gesellschaftlicher Verhältnisse ändern sich die Gefährdungen grundrechtlicher Freiheit und die Möglichkeiten ihrer Verwirklichung. Heute sind quasi-öffentliche Gewalt der Gruppen im sozialen Bereich oder legislatives Unterlassen gefährlicher als „eingreifende“ Staatsgewalt. So kann Umweltverschmutzung ein sehr viel intensiverer „Eingriff“ in Art. 1 I, 2 II 1 und 12 GG sein als Eingriffe traditioneller Art, z. B. Befehlsakte der Polizei. Reale Freiheit des *homme situé* (*Burdeau*) ist durch den Leistungsstaat bedingt und zum Problem staatlicher Organisation, Verfahren und Funktionen geworden, die in den gesellschaftlichen Bereich und seine Prozesse hineinzuwirken bestimmt sind. Zu denken ist an Gruppen, die grundrechtliche Freiheit verbandsmäßig „besetzen“, so daß praktisch ein individuelles Grundrechtsdefizit entsteht. Die Drittwirkungsfrage wächst in neue Dimensionen. „Gruppengrundrechte“ verdrängen die personalen Grundrechte — korporative Macht nimmt Grundrechte in Anspruch, die aber nicht allein Freiheit für Mächtige, sondern auch und gerade für die *Schwachen* sind.

Im Interesse „grundrechtssichernder Geltungsfortbildung“ muß die Dogmatik ihre Systematisierungen, Figuren und Instrumente verfeinern, flexibel halten und vorschnelle Vokabelbindung meiden. Es geht um *Sensibilisierung* der Grundrechte gegenüber der sozialen Wirklichkeit¹⁰⁴). „Umbau“ dogmatischer

sind es auch die von ihnen getragenen Texte.“ Ebd.: „So würde z. B. im Verfassungsrecht die Figur des subjektiven Rechts eher Verwirrung gestiftet haben, hätte man nicht inzwischen den institutionellen Charakter erkannt.“

¹⁰³) Dazu *Smend*, jetzt in: Staatsrechtl. Abh., 2. Aufl. 1968, 241 f.

¹⁰⁴) Eine „elastische“ Grundrechtsdogmatik hat leistungsrechtliche Instrumente zur Verfügung zu stellen, die neuen Gefahrenlagen begegnen. Neue Differenzierungen verlangt das „binnen-strukturelle“ Grundrechtsproblem (Beispiele: die innere Pressefreiheit, die

Figuren ist noch nicht ihr „Abbau“. Entsprechend „mehrschichtig“ muß die Sozialstaatsklausel als Antwort auf „bürgerliche“ Grundrechtsdefizite verstanden werden.

Dogmatik hat im Dienst der Grundrechtsverbürgungen Rationalitätsgarantien für die rechtswissenschaftliche Entscheidung zu entwickeln¹⁰⁶); sie lebt nicht von Reprisen der Klassik oder Postglossatoren und ist kein Selbstzweck. Der Abschied von bestimmten Dogmen kann die Grundrechte effektivieren¹⁰⁶). Die Hinterfragung der Grundrechtsdogmatik führt zu ihrer „Öffnung“ im Rahmen eines offenen Verfassungsverständnisses. Relativierung der Dogmen zielt nicht auf Auslieferung der Grundrechte an die Sozialwissenschaften; sie legt vielmehr ihre Abhängigkeit vom „soziologischen Substrat“ und die soziale Funktion von Grundrechten sowie der zugehörigen Dogmatik offen¹⁰⁷).

[Grundrechtsdogmatik hat einen Interpretation und Grundrechtspolitik über- und umgreifenden Stellenwert. Sie gibt — in rationaler Kontrollierbarkeit — Richtpunkte für Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung. Dogmatik „fängt“ insofern nicht nur auf — sie kann auch vorhersehbare Entwicklungen in die Zukunft hinein steuern („Mittlerfunktion“). Im Leistungsstaat hat sie dem Gesetzgeber Handlungsvorschläge für optimale Grundrechtspolitik zu geben¹⁰⁸].

Einwänden wie: „Auflösung“ und „Abbau“ der Grundrechtsdogmatik, Verlust an Rechtssicherheit oder gar Dezisionismus ist entgegenzuhalten: die Dogmatik eines G. Jellinek, R. Smend

Abstimmung von Lehr- und Lernfreiheit). Vielfach ergänzen sich die verschiedenen Schutzrichtungen und „Seiten“ der Grundrechte, die Akzente können und müssen sich ggf. im Laufe der Zeit verschoben. Selbst der Grundrechtskanon ist offen (neue Grundrechte!).

¹⁰⁶) Im Sinne Essers, Vorverständnis, 113 ff.

¹⁰⁶) Es geht um die Relativierung des Schranken- und Anspruchsdenkens, das Denken von den Grundrechtsvoraussetzungen her, die Verstärkung des grundrechtlichen Schutzdenkens und des Denkens von der optimalen Erfüllung der Verfassungsnormen. — Die Lehre von der mittelbaren Drittwirkung — ein Vorgang von der Dimension eines Verfassungswandels — ist ein Beweis für das, was „grundrechtssichernde Geltungsfortbildung“ leisten kann. Wie den „sozialen Grundrechten“ geht es der Drittwirkung um die Sicherung realer Freiheit.

¹⁰⁷) Diese „Befreiung“ aus „dogmatisierten“ Fragestellungen und festgefahrenen Problemlösungen bedeutet praktisch weder ihre „Auslieferung an Karlsruhe“, noch ihre Auslieferung an die politische Dezision. Dogmatik im hier gemeinten Sinne ist für und in bezug auf Rechtspolitik und das geltende Recht zu leisten.

¹⁰⁸) Bei der Herleitung eines Anspruchs auf das Existenzminimum ist das subjektive Recht Vehikel für die Aktualisierung der Grundrechte als Verfassungssätze.

oder C. Schmitt war auch eine Antwort auf konkrete Herausforderungen¹⁰⁹). Die (sozial)geschichtliche Bedingtheit der Grundrechtsdogmatik muß angesichts sich wandelnder Verhältnisse stets aufs neue erkannt und verarbeitet werden, will man die Zementierung eines nicht mehr sozialgerechten Status quo vermeiden. Die Grundrechtsdogmatik hat im Dienst *personaler* Freiheitssicherung zu stehen und das bedeutet heute: sie ist vom Sozialstaat her zu betreiben, ohne daß damit unverlierbare Einsichten — wie der Abwehrgedanke, private Schutz-zonen — aufgegeben werden dürften! Der status negativus hat z. B. in der sog. „Drittwirkung“ ein neues Feld gefunden; im Staat-Bürger-Verhältnis wirkt er als sozialer Schutzauftrag für den Bürger.

Die *dogmatisch* geforderte gegenwarts- und zukunftsorientierte „grundrechtssichernde Geltungsfortbildung“ wird begünstigt durch Offenheit, Weite und Unbestimmtheit der Verfassung. [Genau gesehen, könnte der Begriff „Fortbildung“ als unkorrekt verworfen werden, weil das jeweils „intra constitutionem“ geltende, dogmatisch aufbereitete Recht und nicht die — gleichbleibende — Verfassung fortgebildet wird. Trotzdem wird von „Fortbildung“ gesprochen, um den „tragenden“ Stellenwert der sich wandelnden Dogmatik bewußt zu machen. Damit wird nicht jeder Dogmatik der Kampf angesagt! Gerade im Grundrechtsbereich ist Dogmatik, die sich rational auszuweisen sucht, ihre „wahren“ Gründe offenlegt und verlässliche Kontrollen ihrer selbst einbaut, unverzichtbar. Anderenfalls würde Grundrechtsinterpretation zur Dezision, käme es zu einem juristischen Meinungschaos. Diesem *Zugleich* von (Grund-) Rechtssicherung und Entwicklung sucht das Wort von der „grundrechtssichernden Geltungsfortbildung“ gerecht zu werden.]

Grundrechts„dogmatik“ im so verstandenen Sinn hat im *kritischen Rationalismus* eine Stütze, der sich für *systemrelevante*

¹⁰⁹) Ehe man von „sozialen Schutzaufträgen“, von Grundrechten als „steuernden Auslegungsregeln“ auch für die Rspr. u. ä. spricht, muß die *Vorfrage* des Verhältnisses von Grundrechten und Grundrechtsdogmatik im Wandel des sozialen Lebens gestellt werden. Grundrechtsinterpretation hat nach den ideengeschichtlichen Hintergründen *und* nach den ökonomischen Bedingtheiten dogmatischer Figuren zu fragen. Das bedeutet im Einzelfall ggf. eine Relativierung der überkommenen Dogmatik — aber eben im Dienst optimaler Effektivierung grundrechtlicher Freiheit im sozialen Leben im ganzen. Die gesamtgesellschaftliche Entfaltung der Grundrechte wurde bisweilen vom sozialen Leben mehr relativiert, als dies die Dogmatik sehen wollte.

Informationen offenhält¹¹⁰) und den „Entwicklungsgesichtspunkt“¹¹¹) betont. Entscheidend ist die grundsätzliche Revidierbarkeit von Problemlösungen, die nicht der „Dogmatisierung“¹¹²) anheimfallen dürfen. Die vielbeschworene „Hermeneutik“¹¹³) muß sich der Kritik von Albert¹¹⁴) stellen; seine Forderung¹¹⁵): „die Errungenschaften des liberalen Zeitalters so zu transformieren, daß sie in die postindustrielle Gesellschaft hinübergerettet werden können“, ist mittelbar auch ein Plädoyer für eine flexible Grundrechtsdogmatik im Leistungsstaat¹¹⁶). Dogmatik muß sowohl der „sozialen Praxis“ unmittelbare Hilfe leisten, als auch materiale kritische Rechtsphilosophie ermöglichen (Stichwort ist Poppers „offene Gesellschaft“!); Grundrechtsdogmatik muß sich *bewähren* und darf nicht *bloß bewahren*^{117, 118}).

[Der status negativus reicht nicht mehr aus, um den neuen Grundrechtsgefährdungen zu begegnen. Die Statuslehre im demokratischen Gemeinwesen hat vom status activus auszugehen — er ist der Grundstatus. Von ihm aus ist ein *mehrwertiges* und *mehrschichtiges* Instrumentarium mit folgenden Elementen zu entwickeln: Grundrechtsverbürgungen als soziale Grundrechte im weiteren Sinne, als Verfassungsziele und gestufte soziale Schutzaufträge, als subjektive Leistungsrechte und als Auslegungsmaximen für die Rechtsprechung. Ihr funktionsgerechtes *Zusammenspiel* im Rahmen der Verfassung, gewährleistet durch die beschriebene (leistungsstaatliche) Dogmatik, sichert grundrechtliche Freiheit.]

¹¹⁰) Vgl. H. Albert, Plädoyer für kritischen Rationalismus, Serie Piper, 1971, 23.

¹¹¹) Vgl. Albert, aaO. 127.

¹¹²) Ders., aaO. 70 f.

¹¹³) Zuletzt Hinderling, Rechtsnorm und Verstehen, 1971.

¹¹⁴) Zur Kritik an der hermeneutischen Erkenntnislehre: Albert, aaO. passim, bes. 106 ff., 113 ff., 51, 53 ff., 142 f.

¹¹⁵) Albert, aaO. 72 f.

¹¹⁶) An dieser Transformation läßt es das „liberale“ Grundrechtsverständnis gerade fehlen!

¹¹⁷) Vgl. die Wendung von Albert, aaO. 42, 38.

¹¹⁸) Es geht um eine Humanisierung des sozialen Lebens. Zu diesem Verdienst der Aufklärung: Albert, aaO. 13. Allerdings hilft Albert primär durch kritische Analytik weiter (zum Positivismusstreit: Adorno u. a., Der Positivismusstreit in der deutschen Soziologie, 3. Aufl. 1971). Zu normativen „Zielsetzungen“ dringt er nicht in jener Grundsätzlichkeit wie eine materiale kritische (Rechts-) Theorie vor. Diese Zielsetzungen sind unter Berufung auf die Verfassung zu gewinnen (dazu meinen Beitrag, in: Th. Würtenberger (Hrsg.), Rechtsphilosophie und Rechtspraxis, 1971, 36 (37 ff.)), hier und heute angesichts der Bedrohungen durch den bzw. Möglichkeiten im Leistungsstaat.

Im Leistungsstaat, der zum Teil noch Eingriffsstaat ist, gilt es also Grundrechte nicht „ab-“, sondern sie in den Sozialstaat hinein „umzuschreiben“¹¹⁹⁾, sollen sie nicht toter Buchstabe oder Privileg weniger sein oder werden. Im Vordergrund bleibt dabei das sich in allen Status auswirkende *personale Schutzdenken*.

[Es geht um die immer neu zu stellende Frage, ob die gewählte dogmatische Figur noch „greift“ oder „paßt“, ob und wie sich die einzelnen Figuren ergänzen. Das bedeutet, daß das „Schrankendenken“ durchaus noch eine — wenngleich begrenzte — Aufgabe hat; auch dort, wo der Grundrechtsgehalt über „Anspruchsdanken“ erschlossen wird (begrenzte Leistungsansprüche gegen den Staat, vgl. Art. 7 IV GG). Bald ist die institutionelle Seite der individualrechtlichen gleichrangig, bald tritt sie ihr komplementär und akzessorisch hinzu¹²⁰⁾.

Vor jeder Verabsolutierung eines Denkstils in bezug auf die Grundrechte ist zu warnen. Wesentlich bleibt das (*personale*) *Schutzdenken*¹²¹⁾, es wirkt sich in allen Status aus, und wesentlich bleibt der spezifisch verfassungsrechtliche Ansatz — verfassungsrechtliche Normativität zielt auf Normalität (i. S. *Hellers*)¹²²⁾.

¹¹⁹⁾ Heute besteht die Gefahr, daß eine partiell erstarrte Grundrechtsdogmatik ihre Inhalte gegenüber der Verfassung *verselbständigt* fortschreibt.

¹²⁰⁾ Dogmatische Figuren sind nur Instrumente im Dienst der spezifisch verfassungsrechtlichen Grundrechtsgeltung. So wird darüber gestritten, ob zur optimalen Sicherung der Pressefreiheit ihr individualrechtliches Verständnis genügt oder ob erst die (auch) institutionelle Auffassung das Ganze einer freiheitlichen Presse erfaßt. Zuvor muß jedoch begründet werden, warum und daß die Dogmatik von der institutionellen Seite her zur traditionellen Abwehrseite sichernd hinzutreten darf.

¹²¹⁾ Diese Offenheit und Beweglichkeit der Grundrechtsdogmatik geht von der Prämisse aus, daß Grundrechte je besondere Verbürgungen, Richtsetzungen, Schutzgewährungen und Schutzaufträge (*Scheuner*) sind. Ihre normative Kraft muß meist über „okkasionelle“ Fassungen hinauswachsen: Ergebnis eines Zusammenwirkens von Politik, Öffentlichkeit, Dogmatik und den Staatsfunktionen, aber auch der gesamtgesellschaftlichen Entwicklung. Die geschichtliche „Befangenheit“ mancher Grundrechtstexte muß angesichts neuer „Grundrechts-Not“ relativiert werden. Die Grundrechtsgeschichte zeigt, wie Perioden von Objektivierungs- und Subjektivierungstendenzen einander abgelöst haben (*Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 1960, bes. 7 f., 10, 100 ff., 288, 312). — Die Einsicht in die „Mehrschichtigkeit“ der Grundrechte und in die historische Zufälligkeit ihrer textlichen Fixierung gibt der Dogmatik Freiheit, die sich praktisch auswirkt, z. B. bei der Bejahung der Offenheit des Teilnehmerkreises an der konzertierten Aktion, aber auch bei der leistungsrechtlichen Begrenzung der Tarifautonomie.

¹²²⁾ Staatslehre, 1934, 250 ff.

Diese „Dogmatik“ ist erklärtermaßen mehr als bloße Interpretation vorgegeben gedachter Norminhalte; nur so vermag sie der Rechtspolitik Handlungsdirektiven zu geben. Mit Recht spricht *H. H. Rupp*¹²³⁾ von „Verdichtung und sozial-technischen Ausprägungen grundrechtlicher Freiheiten“, die sich „zwar nicht ohne weiteres im Wege juristischer Hermeneutik aus den Grundrechten entnehmen“ lassen, die gleichwohl „Transformationen grundrechtlicher Verbürgungen“ seien¹²⁴⁾.]

Die Dogmatik steht vor immensen Gegenwartsaufgaben der „Grundrechtspolitik“; denn die öffentliche Gewalt ist heute vor allem Leistungsgewalt geworden¹²⁵⁾, die Grundrechte werden auf neue Weise verstärkt oder gefährdet. Das Wort hat die Grundrechtsdogmatik, die *Tat* ist Sache des Gesetzgebers¹²⁶⁾.

[Die Grundrechte zeigen *drei* verschiedene Seiten: die individualrechtliche (personale), die institutionelle und die typisch leistungsstaatliche und -rechtliche Seite, damit zusammenhängend neben der materiellrechtlichen eine verfahrensmäßige Komponente. Sie haben teils Abwehrcharakter und teils Teilhabequalität. Ein Grundrecht kann im Laufe der Verfassungsentwicklung die eine oder andere Seite stärker hervortreten lassen: die subjektive Abwehrseite, den institutionellen und

¹²³⁾ VVDStRL 27 (1969) 113 (120). — Wir befinden uns hier in greifbarer Nähe zu jenem Verhältnis von „Grundsatz und Norm“, das *Heller* und *Esser* entfaltet haben. Die Grundrechtsdogmatik hat eine Interpretation und Rechtspolitik über- und umgreifende Aufgabe, versteckt oder offen dürfte sie sie immer mehr oder minder erfüllt haben. In Teilbereichen berühren sich Grundrechtsinterpretation und „-politik“ in dem Maße, wie sich Interpretation und Rechtspolitik auch sonst berühren. Das ist in jüngster Zeit vor allem im Zivilrecht bewußt geworden; vgl. *Esser*, Vorverständnis, 196 ff.

¹²⁴⁾ Was Grundrechte als „law in public action“ sind, muß Dogmatik erschließen.

¹²⁵⁾ Vgl. *Stern*, VVDStRL 21 (1964) 183 (218; 228, LS 30).

¹²⁶⁾ Grundrechtsdogmatik als „Vorhut“ der Rechtspolitik! Oberstes Ziel hat die reale Wirksamkeit der Grundrechte für jedermann zu sein. — Wo eine „institutionelle Sicht“ der Grundrechte — etwa der Wissenschaftsfreiheit — bislang unbekannte Gefahren schafft, muß die personale Seite stärker betont werden. Grundrechtsdogmatik muß berechenbar und vorhersehbar sein. Es ist die Macht der Realität, insbesondere der ökonomisch-sozialen, die zur Erkenntnis des Satzes: „Freiheit durch Gleichheit“ führt. Es ist dieselbe Realität, die ein weitgehendes Abschleifen des konstruierten Gegensatzes zwischen (liberalen) Grundrechten und „sozialen Grundrechten“ herbeiführt. Der Sozialstaat ist die generalklauselartige, normativ abgestufte Antwort auf spezielle Grundrechtsdefizite im sozialen Leben. Sozialstaatsgarantie und „soziale Grundrechte“ holen die grundrechtliche Freiheit im ganzen wieder in die Wirklichkeit zurück, in der sie z. T. zum Privileg Weniger und zur Unfreiheit Vieler pervertierten.

(oder) den leistungsgewährenden Aspekt. So kann es zu Funktionswandlungen und -steigerungen kommen.]

2. Konsequenzen der „offenen“ Grundrechtsdogmatik

Die Grundrechte normieren im Leistungsstaat des GG einen „Staat“ und „Gesellschaft“ umgreifenden, sich fortentwickelnden freiheitlichen Gesamtzustand¹²⁷); sie sind verfassungsstrukturelle¹²⁸) Verbürgungen. Ihr Gehalt entfaltet sich im Rahmen der Gesamtverfassung als öffentlichem Prozeß über verschiedene „Seiten“, deren innerer Zusammenhang durch überkommene Klassifizierungen oft verdeckt wird. Die gängigen „Einteilungen“ haben ebenso wie die Statuslehre nur *relative* Berechtigung. Alle Differenzierungen sind gradueller Natur: z. B. sind alle Grundrechte „soziale Grundrechte“ im weiteren Sinne, gemeinschaftsbezogen und ausgestaltungsbedürftig (auch durch „Leistungsrecht“). Dogmatisch Anschluß an die leistungsstaatliche und -rechtliche Wirklichkeit zu finden ist nur möglich, wenn die miteinander „verstreuten“ unterschiedlichen Bedeutungsschichten, Schutzrichtungen und Funktionen der Grundrechte in ihrer einander ergänzenden Kraft verstanden und aufgearbeitet werden. [Zum Beispiel stärken „soziale Grundrechte“ oder Leistungsansprüche die Abwehrrechte; das gilt auch für die einzelnen Grundrechte untereinander. Sie lassen als Bestandteil der lebenden Verfassung eine „Wachstumsfähigkeit“¹²⁹) erkennen; Grundrechtsinterpretation ist daher eine „lebendige, auch die sozialen Tatsachen berücksichtigende Verwirklichung des Verfassungsinhalts“¹³⁰). Die „leistungsstaatliche und -rechtliche Seite“ wächst den Grundrechten heute zu¹³¹). Es bedarf der Freiheit *durch* den Staat, *vom* Staat und der Freiheit *zum* Staat.] Gewandelte ideelle Entwicklungen und

¹²⁷) Hesse, Grundzüge, 149; Scheuner, VVDStRL 22 (1965) 1 (55): „Maßstäbe für das gesamte soziale Leben“.

¹²⁸) Vgl. Ehmke, Wirtschaft und Verfassung, 1961, 23, 43; Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, 1969, 143 ff.

¹²⁹) Vgl. Ehmke, VVDStRL 20 (1963) 53 (68): „Wachstumsfähigkeit“ der Verfassung.

¹³⁰) Scheuner, VVDStRL 22 (1965) 1 (17), s. auch S. 60, zur Auslegung als „Nachgestaltung“ und „Fortbildung“. Von „Verfassungswandel“ im Blick auf die Anfänge einer „leistungserstrebenden“ Grundrechtsdeutung spricht Kloepfer, oben Anm. 62, S. 3.

¹³¹) Gegen eine unversöhnliche Gegenüberstellung des Abwehr- und Leistungsaspekts der Grundrechte: Kloepfer, aaO. 21 ff.; bemerkenswert unorthodox: H. H. Rupp, AöR 92 (1967) 212 (230 f.). — Soziale Grundrechte sind Voraussetzung dafür, daß die Abwehrseite praktisch wirksam wird und nicht leerläuft; ähnl. wohl Schambeck, Grundrechte und Sozialordnung, 1969, 136, s. auch S. 128 f., 132 f. Insbesondere sind sie stärker im Gesamtbild aller Grundrechte zusammen zu sehen.

neue soziale Bedürfnisse¹³²⁾ lassen neue Rechte hinzukommen, während andere zurücktreten¹³³⁾. Erst eine Gesamtsicht¹³⁴⁾ der Grundrechte vor dem Hintergrund der Trias von Menschenwürde¹³⁵⁾, egalitärer Demokratie¹³⁶⁾ und sozialem Rechtsstaat ermöglicht zu entwickeln, was im Leistungsstaat zur Grundrechtsrealisierung notwendig ist¹³⁷⁾. Von diesen Differenzierungen i. S. einer praktischen Theorie der Grundrechte ist eine „Einbindung“ des Leistungsstaats in die Grundrechtsdogmatik abhängig.

Testfall ist die staatliche *Privatschulsubventionierung*. Mit dem BVerwG (E 27, 360)¹³⁸⁾ ist ein — begrenzter — „Leistungsanspruch“ der (genehmigten) privaten (freilich dem öffentlichen Bereich zuzurechnenden) Ersatzschulen auf Subventionierung zum Zweck ihrer Erhaltung zu bejahen. Der Leistungsstaat effektiviert eine Verfassungsnorm durch Subventionierung: angetrieben durch die Rechtsprechung, die hier zum Schrittmacher leistungsstaatlicher Verfassungswirklichkeit wurde (als „Leistungs-Rechtsprechung“) und über die bloß negatorische Grundrechtsseite hinaus eine leistungsstaatliche und -rechtliche

¹³²⁾ Zur Abhängigkeit der Grundrechtsschranken vom Wandel der sozialen Wirklichkeit und den Änderungen der Staatsaufgaben in der Geschichte: J. P. Müller, Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, 1964, 98 ff.

¹³³⁾ Scheuner, VVDStRL 22 (1965) 1 (44 f.). — Ihre Gemeinschaftsbezogenheit und Sozialpflichtigkeit variieren, ebenso ihre damit zusammenhängende Ausgestaltungsbedürftigkeit. Verschieden ist ihr Öffentlichkeits- sowie ihr Gruppenbezug. Ihre normative Kraft ist von unterschiedlicher „Dichte“. Auch die sog. „sozialen Grundrechte“ sind in diese Gesamtsicht einzubeziehen. Die Kraft, Grundlage für Verfassungsaufträge zu sein, differiert.

¹³⁴⁾ In diesem Sinne wohl der Ansatz von Scheuner, VVDStRL 22 (1965) 1 (55—58), s. auch LS 11; dabei ist auch von den „sozialen Grundrechten“ die Rede (57 f.).

¹³⁵⁾ Zu ihrer richtungweisenden Bedeutung: E.-W. Böckenförde, VVDStRL 28 (1970) 47 Anm. 45. Zu ihrer Konkretisierungsbedürftigkeit: P. Schneider, VVDStRL 20 (1963) 1 (39).

¹³⁶⁾ Scheuner, VVDStRL 22 (1965) 56: „soziale Egalisierung“.

¹³⁷⁾ Der Gleichheitssatz steht zur Freiheit nicht nur in dem vielbeschworenen Spannungsverhältnis; er ist auch Dienst an der Freiheit (Zacher, Freiheitliche Demokratie, 1969, 113; s. aber auch den Hinweis auf die Gefahr solcher „Korrektur“ der Freiheitsgarantie durch Gleichheit (114 f.)).

¹³⁸⁾ Anders aus der Lit.: H. Weber, NJW 1966, 1798 ff.; ders., JZ 1968, 779 ff.; Barion, DÖV 1967, 516 ff.; Menger/Erichsen, VerwArch. 1968, 275 ff. — Für finanzielle Beihilfe des Staates: Hamann/Lenz, K., 3. Aufl. 1970, B 11 zu Art. 7 IV GG; J. P. Vogel, DÖV 1967, 17 ff.; H. Becker, Quantität und Qualität, Grundfragen der Bildungspolitik, 2. Aufl. 1968, 86 ff.

entwickelte — im Interesse freier Schulen¹³⁹⁾ im demokratischen Gemeinwesen.

Dieser Anspruch folgt aus einer Gesamtsicht des GG¹⁴⁰⁾, [aus der mit der Privatschulfreiheit verknüpften Einrichtungsgarantie (individualrechtliche und institutionelle Seite des Art. 7 IV GG), dem vom GG im Schulbereich gewollten Pluralismus¹⁴¹⁾ sowie aus dem Sozialstaatsprinzip, insgesamt aus einer spezifisch leistungsstaatlichen Betrachtung des Problems.

Das Leistungsprinzip wird hier wie anderwärts grundrechtsrelevant. Die privaten Schulen legitimieren sich¹⁴²⁾ nicht nur aus ihrer „historischen Leistung“, sondern auch aus ihrer in der Gegenwart bewiesenen und zu beweisenden Leistungsfähigkeit¹⁴³⁾: ihre Impulse, ihre Rolle als Experimentierfeld und Ferment in einem offenen, demokratischen Schulwesen sind als Leistungserfolge nicht zu leugnen (Waldorfschulen, Summerhill, Montessori.)] Der — öffentliche— Pluralismus in der Schulträgerschaft¹⁴⁴⁾ bildet eine Chance für sozialen Fortschritt durch pluralistische Bildungsinhalte und -methoden (Schaffung von Innovationspotentialen). Das finanzielle Engagement des Leistungsstaats zahlt sich aus. Öffentliche Konkurrenz bei öffentlichen Aufgaben zum Nutzen sozialen Fortschritts — diesen Pluralismus im kulturellen Bereich sollte sich der Staat etwas kosten lassen¹⁴⁵⁾.

[Praktisch kommt die Subventionierungspflicht auch dem Elternrecht, der Gewissensfreiheit¹⁴⁶⁾, der Menschenwürde und

¹³⁹⁾ Als ein „Stück Freiheit“: Geiger, in: *Recht und Wirtschaft der Schule*, 1961, 113 (114).

¹⁴⁰⁾ Vgl. BVerwGE 27, 360 (363): Auflösung des „verfassungsrechtlichen Zwiespalts durch eine dem Sinn des GG entsprechende Ausdeutung seiner Normen“.

¹⁴¹⁾ Vgl. BVerfGE 27, 195 (201): „Offensein des Staates für die Vielfalt der Formen und Inhalte, in denen Schule sich darstellen kann.“

¹⁴²⁾ S. auch die Überlegungen zur „Eigenleistung“: BVerwGE 27, 360 (365 ff.).

¹⁴³⁾ BVerwGE 27, 360 (363): Anliegen des GG: Erhaltung des fachlichen und wirtschaftlichen Leistungsniveaus der Privatschulen.

¹⁴⁴⁾ Es besteht kein staatliches Schulmonopol: BVerwGE 27, 360 (362); BVerfGE 27, 195 (201).

¹⁴⁵⁾ Privatschulfinanzierungs-Gesetze sind leistungsrechtliche „Pluralismusgesetze“.

¹⁴⁶⁾ Vgl. für Weimar: E. Kaufmann, *Grundfragen der künftigen Reichsverfassung*, 1919, 51: „So ist der Grundsatz der öff. Zuschußpflicht selbst die letzte Krönung und die eigentliche Vollendung der Unterrichts- wie der Glaubens- und Gewissensfreiheit“.

der tatsächlichen Chancengleichheit der Schüler im Bildungswesen zugute^{147, 148}).

„Wirklichkeitsorientierte Verfassungsauslegung“¹⁴⁹) erkennt, daß die Art. 20 I GG entfaltende leistungsstaatliche „schulisch-soziale Verbesserung“ des staatlichen Schulwesens Bereiche des Privatschulwesens aus finanziellen Gründen praktisch „zum Erliegen“ bringen, „aushöhlen“ und damit Art. 7 IV GG als Verfassungsnorm gegenstandslos, ineffektiv machen kann. Die rechtliche Sicherung bedingt hier die wirtschaftliche aus leistungsstaatlichen und -rechtlichen Gründen¹⁵⁰).

Das GG bewertet das Privatschulwesen als Ergänzung der staatlichen Schulen im Gesamtrahmen der öffentlichen Bildungsaufgaben positiv (Art. 7 IV); da es jedoch den Leistungsstand im staatlichen Schulbereich auch von den privaten Schulen verlangt (Leistungsgleichwertigkeit, Art. 7 IV 3 und 4) und damit das — staatliche — Leistungsprinzip in den öffentlichen Bereich überträgt^{151, 152}), muß konsequenterweise das mit der

¹⁴⁷) Das Sozialstaatsprinzip wird vorbildlich aktualisiert: Die leistungsstaatliche Verbesserung des staatlichen Schulwesens wird ihm zugerechnet (S. 363). Diesen Verfassungsauftrag, „für einen Ausgleich der sozialen Gegensätze und damit für eine gerechte Sozialordnung zu sorgen“ (S. 363), sieht das BVerwG (S. 364) für die Einrichtung der privaten Ersatzschulen in Art. 7 IV 3 GG (keine Förderung der Sonderung nach den Besitzverhältnissen) „verankert“. Art. 7 IV 3 GG ist eine Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips — der Sozialstaat wirkt hier in den freien öff. Bereich hinein (bes. deutlich in BVerwGE 27, 360 (364): „Pflicht des Staates, sich um eine gerechte Sozialordnung auf dem Gebiet des öff. Schulwesens zu bemühen“) — und ein Hinweis auf Chancengleichheit im Bildungswesen; s. auch Art. 2 I Verf. Bremen, wonach alle Menschen das Recht auf gleiche kulturelle Entwicklungsmöglichkeiten haben; ähnl. Art. 6 I Berlin.

¹⁴⁸) BVerfGE 27, 195 (207): „Gebot der Gleichheit der Startchancen“.

¹⁴⁹) P. Hüberle, DÖV 1966, 660 (661 f.). BVerwGE 27, 360 (362): Hinweis auf die „Entwicklung“ der öff. Schulen; S. 363: Auslegen des GG so, daß die „drohende Lahmlegung eines Freiheitsrechts abgewendet wird“, Einbeziehung der — legitimen — Entwicklung der öff. Schulen und der Veränderungen der Verhältnisse, die die Gewährleistung der Einrichtung von privaten Ersatzschulen in Frage stellen; S. 364: keine „Abschnürung“ der privaten Ersatzschulen.

¹⁵⁰) Die Entfaltung des Sozialstaats im staatlichen Bereich wirkt de facto als „Eingriff“ auf den nichtstaatlichen, der durch Subventionierung ausgeglichen werden muß.

¹⁵¹) S. ebd. S. 364 den Hinweis auf die „Bedeutung für die Volksbildung“ und auf Art. 7 IV 1 GG als Gewährleistung einer Einrichtung, die das Ziel habe, „neben dem Staat und an seiner Stelle öffentliche (!) Bildungsaufgaben“ zu erfüllen (so auch BVerwGE 23, 347 (350)). Die Ersatzschulen erfüllen also öff. Aufgaben, sie gehören dem öff. Bereich an. S. auch S. 364: Private Ersatzschule als

Einrichtungsgarantie verknüpfte, sozialstaatlich interpretierte Freiheitsrecht hier *ausnahmsweise*¹⁵³⁾ „umschlagen“ zu einem (begrenzten) positiven grundrechtlichen Leistungsanspruch: Sozial- und Kulturstaatsprinzip als Verfassungsauftrag entfalten eine freiheitsschaffende „Schubkraft“ und führen zu einem begrenzten, justitiablen status positivus, zu effektiver „Teilhabe“¹⁵⁴⁾, der auf staatlicher Seite ein aus den zitierten Normen folgender sozialer Schutzauftrag, eine „Grundrechtspflicht“ entspricht. Der Leistungsstaat wird zum „Grundrechtsstaat“ (leistungsstaatliche Grundrechtsförderung auf der Basis optimalen grundrechtlichen Schutzdenkens). Art. 7 IV GG erweist sich als Freiheit, die nicht mit Staatsfreiheit identisch ist¹⁵⁵⁾.]

II. Soziales — „realistisches“ — Grundrechtsverständnis

1. „Umbau“ der Statuslehre

Das beschriebene Verhältnis von Grundrechtsverbürgungen und Grundrechtsdogmatik öffnet den Weg zu einer Revision der grundrechtlichen Statuslehre G. Jellineks¹⁵⁶⁾: Sie ist von ihrem spätabsolutistischen Kopf auf demokratische Füße zu stellen. Ausgangspunkt ist der status *activus* als Grundstatus¹⁵⁷⁾ (Art. 1 I GG), abgestützt und ergänzt durch den status

„soziale Einrichtung des öff. Schulwesens“; S. 366: öff. Interesse an der Erhaltung der Schulen.

¹⁵³⁾ Es geht um das sozialstaatliche Äquivalent in Sachen „Leistung“.

¹⁵⁴⁾ BVerwGE 27, 360 (362): „außergewöhnliche Fälle“. — Die Gefahr einer Inflation von zu subjektiven Rechten ausgebauten Verfassungsaufträgen besteht hier nicht.

¹⁵⁴⁾ Begriff in BVerfGE 27, 195 (206).

¹⁵⁵⁾ Aus den im Text genannten Gründen erscheint BVerfGE 27, 195 (205 f.) fragwürdig, insofern ein Anspruch auf staatliche Anerkennung auch derjenigen Ersatzschulen abgelehnt wird, die die Genehmigungsanforderungen des Art. 7 IV 3 „auf Dauer erfüllen“ (krit. Säcker, DVBl. 1971, 537 ff.; Link, JZ 1971, 551 ff.) — um so mehr, als das BVerfG auf S. 206 f., von dem Verbot spricht, den Weg zu den „Berechtigungen“ zu versperren etc. Vorbildlich aber die „mehrschichtige“ Interpretation des Art. 7 GG in BVerfGE 5, 309 (355).

¹⁵⁶⁾ Als legitimes Kind der konstitutionellen Staatslehre und des staatsrechtlichen Positivismus lebt sie bis heute, wenn auch z. T. korrigiert, fort (Kritik bei P. Häberle, Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, 1962 (2. Aufl. 1972), 18, 91, 153; Copic, Grundgesetz und politisches Strafrecht neuer Art, 1967, 31). — Auch die Dogmatik des bürgerlichen Rechtsstaats ist nicht uno actu entstanden!

¹⁵⁷⁾ Solange und soweit Herrschaft nicht abgebaut werden kann (zum Problem H. Albert, Traktat über kritische Vernunft, 2. Aufl. 1963, 164 ff., 171 f.), solange und insoweit bleibt der status passivus unvermeidbar; er läßt sich ebensowenig wie Beschränkung und Zwang hinwegdiskutieren, auch nicht durch konkrete Utopien von „links“.

negativus, den status positivus und passivus¹⁵⁸⁾. Neben diesen status beginnt sich im Leistungsstaat eine neue Relation herauszubilden, die mit *status activus processualis* gekennzeichnet werden soll. Er meint die verfahrensrechtliche Seite grundrechtlicher Freiheit, den „grundrechtlichen due process“¹⁵⁹⁾, prozessuale Teilhabe mit der Konsequenz des Leistungsvorbehalts als verfahrensrechtlichem Gesetzesvorbehalt. Er resultiert aus einem die Verfahrensseite stärker betonenden Verfassungs-, Rechts- und Staatsverständnis. Der status activus processualis ist dem bisher primär materiell-rechtlichen status activus¹⁶⁰⁾ zuzuordnen (Status der *Partizipation am und im Leistungsstaat*). Er ist der Inbegriff aller Normen und Formen, die die Verfahrensbeteiligung (einschließlich Publizitätsvorschriften) der durch den Leistungsstaat in ihren Grundrechten Betroffenen regeln.

Daneben gewinnt der status positivus¹⁶¹⁾ an Bedeutung: er meint grundrechtliche Leistungsansprüche gegen den Staat als *Konsequenz des status activus*¹⁶²⁾.

Der Wandlung der Grundrechtsdogmatik folgt also ein Wandel der Statuslehre¹⁶³⁾. Die differenzierte Statuslehre — ermöglicht durch eine „Befreiung“ der Dogmatik — dient dem Ziel „sozialer Grundrechtsgerechtigkeit“¹⁶⁴⁾. Dogmatisch ist auf

¹⁵⁸⁾ Was bei G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2. Aufl. 1919, 86 ff., die „Basis“ bildete, der status passivus subjectionis, die Staatsunterworfenheit, steht heute am Ende der „Statusreihe“: er ist der letzte Status!

¹⁵⁹⁾ Zum geordneten Verfahren: Scheuner, *VVDStRL* 11 (1954) 1 (47, 58: „due process of law“). S. auch ders., *DÖV* 1969, 585 mit Anm. 6: Kritik an der Figur des subjektiven öff. Rechts.

¹⁶⁰⁾ Dogmatisch stellt sich die Frage, inwieweit den Grundrechtsverbürgungen Verfassungs- bzw. Gesetzgebungsaufträge zu entnehmen sind (Gesetzgebung als Grundrechtsverwirklichung), ob sie leistungsgesetzliche Aktivitäten fordern (z. B. das StabG als Ausgestaltung der Art. 12 I, 1 I u. III GG).

¹⁶¹⁾ Vgl. schon G. Jellinek, *System*, 87.

¹⁶²⁾ Oft formt sich der status positivus erst am Ende eines leistungsstaatlichen Verfahrens: über den status activus processualis verdichten sich diffuse Interessen im Laufe des Verfahrens zu materiellen Ansprüchen.

¹⁶³⁾ Der status negativus steht dem status activus nahe: Historisch war er Voraussetzung für die soziale Entfaltungsmöglichkeit des Einzelnen. Diese in ihm angelegte soziale Seite und Funktion der Grundrechte wurde verdeckt durch die verräumlichende Statuslehre mit ihrer starren Begriffstypik. Der status negativus war mindestens potentiell ein status socialis. Da er dies nur für bestimmte Klassen wurde, mußte der Leistungsstaat aktiv werden und das Minus auf der grundrechtlichen Seite nach und nach von der staatlichen Seite her ausgleichen.

¹⁶⁴⁾ Die Dogmatik des Gesetzesvorbehalts muß sich auf den Leistungsstaat „umstellen“, ebenso der Rechtsbegriff. Der verfahrens-

der Grundrechtsseite „aufzuholen“, was in Leistungsfunktionen selbst bereits angelegt ist. Wie notwendig diese flexible Handhabung der Statuslehre ist, zeigt z. B. die Herausforderung zum Umweltschutz: hier ist der neue grundrechtliche status zu entfalten.

Für jedes Grundrecht ist gesondert zu untersuchen, wie etwa der status *negativus* auch im status *activus* oder *positivus* absichernd wirkt, so daß ein *differenziertes „Statusbild“* entsteht¹⁶⁵). Das soll ausgehend vom status *activus*¹⁶⁶) näher entfaltet werden: Er ist mit dem Grundrecht als *Teilhaberecht*¹⁶⁷) identisch. [„Teilhabe“ entwickelt heute ihre Stoßkraft über das oft überzogene Demokratiepostulat und die Forderung nach Effektivierung des Sozialbezugs grundrechtlicher Freiheit.] Der Begriff „Teilhabe“ ist zu strukturieren und sein möglicher Ausgawert im Kontext der Verfassung vom jeweiligen Sachproblem her differenziert aufzuschlüsseln, nach Bereichen und Intensität der rechtlichen Wirkung. Es gibt staatsgerichtete Teilhabe im politisch-öffentlichen sowie im wirtschaftlich-sozialen Bereich; hier findet sich ein breites Spektrum von unterschiedlicher rechtlicher Intensität: Beiräte, Sachverständigenkommissionen, pluralistische (Verwaltungs-)Gremien. Bei Art. 9 III GG liegt die staatliche Leistung als Voraussetzung effektiver sozialer Teilhabe in der Garantie eines Tarifvertragssystems¹⁶⁸). Der

rechtliche Ansatz, einschl. der Publizität, gibt den „Einstieg“. Hinzu kommt die für den Leistungsstaat typische Aktivierung des Art. 3 GG. Hinter ihr steckt eine staatsbürgerliche Seite: die Leistungsfähigkeit des Gemeinwesens wächst, wenn alle mitmachen, so wie alle gleichberechtigte Staatsbürger sind (Art. 33 I GG i. V. m. dem Demokratieprinzip). Darum die leistungsstaatliche (Um)Verteilung großen Stils. Die erwähnte Humanität als Grundlage für leistungsstaatliche Aktivität ist als ein weiterer Aspekt in diesem Zusammenhang anzusprechen.

¹⁶⁵) Vgl. auch H. H. Rupp, JZ 1971, 401 (402), angesichts der Probleme des Umweltschutzes: „Uminterpretation“ der bisherigen defensiven Grundrechte in positive Leistungsverpflichtungen, in „soziale Schutzansprüche“.

¹⁶⁶) Der status *activus* (*processualis*) ist ein *verfassungsrechtlicher Status*; er ist auf unterverfassungsrechtlicher Ebene differenziert auszugestalten, damit es hier zu effektiver Teilhabe kommt; er ist gegenüber und in den leistungsstaatlichen Aktivitäten auszuformen. Der status *activus* des freien Wahlbürgers (Art. 38 GG) ist eine Ausprägung des Grundstatus. Soweit der status *activus*, der dem Bürger über Art. 38 GG und die politischen Parteien ins Parlament hinein vermittelt wird, durch Parlamentarismusdefizite gefährdet erscheint, wird die Entfaltung neuer Partizipationsformen notwendig.

¹⁶⁷) Zum Teilhabe(-nahme)aspekt grundrechtlicher Freiheit: B-VerfGE 12, 113 (125); 14, 121 (132 f.); 20, 56 (98 f.); 21, 362 (369); 24, 300 (360); 27, 71 (85 f.); 28, 314 (323).

¹⁶⁸) Dazu BVerfGE 4, 96 (108); 20, 312 (317 f.).

Bürger vermag gleichzeitig in verschiedenen Bereichen („mehrfach organisiert“) mit unterschiedlicher Wirkung „teilzuhaben“¹⁶⁹⁾: als Wähler, Partei- und Verbandsmitglied. „Pluralistische Teilhabe“ ist ein wichtiges Stück Freiheitssicherung¹⁷⁰⁾. Freiheit und Teilhabe gehören zusammen¹⁷¹⁾, solange Teilhaberechte nicht zu Pflichten umschlagen¹⁷²⁾ oder Aufgaben einräumen, die z. B. infolge mangelnder Information oder fehlenden Einblicks in komplexe Zusammenhänge den Teilhabeberechtigten überfordern¹⁷³⁾, die Teilhabe zur Farce machen.

Die Skala der Teilhabeformen ist weit gespannt¹⁷⁴⁾. So kann z. B. ein Grundrecht angesichts gewisser leistungsstaatlicher Funktionen *Publizität* verlangen, um sich so auf prozessuale Weise in Leistungsbereiche „vorzuschieben“. Bei faktischer Gefährdung des status negativus kann aus dem Grundrecht eine Pflicht des Gesetzgebers auf Einrichtung bestimmter Organisationsmodelle und -strukturen hergeleitet werden¹⁷⁵⁾; schließ-

¹⁶⁹⁾ Die *Intensität*, in der Teilhabe juristisch wirkt, zeigt eine Skala von der Gestaltungsfreiheit (Wahlrecht, Teilhabe an Willensbildungs- und Entscheidungsvorgängen) über Mitwirkungsrechte (z. B. am Arbeitsplatz, Anhörungsformen bzw. -rechte) bis zu Leistungsansprüchen. Die Auswirkungen von Teilhaberechten sind oft juristisch nicht greifbar (z. B. die Wirkung von Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit).

¹⁷⁰⁾ Liberale, „negative“ Grundrechtsfreiheit ermöglichte Teilhabe (des dritten Standes), sie ist heute in den differenzierten Formen des status activus Voraussetzung für den Gebrauch klassischer Freiheiten. Das liberale Grundrechtsverständnis, das sich als Gegensatz zur Teilhabe konstruiert, reicht nicht mehr aus, um den von der Verfassung intendierten Zustand der Freiheit des Einzelnen und seiner menschenwürdigen Sicherung sowie der Freiheit und Offenheit des Gemeinwesens im ganzen herbeizuführen.

¹⁷¹⁾ *Heinze*, Autonome und heteronome Verteilung, 1970, 67 ff.: Teilhabe als Bedingung der Freiheit, Ergänzung des Freiheitsbedürfnisses um das Teilhabebedürfnis.

¹⁷²⁾ Permanente Teilhabe, gefordert durch moralisch-politischen öffentlichen Druck wie in manchen Diktaturen verdeutlichen das Gegenbild.

¹⁷³⁾ Teilhabe muß begrenzt sein. Teilhabe ist Teilhaberecht. Es gibt auch personale Selbstverwirklichung *ohne Teilhabe!* — Der Leistungsstaat darf den einzelnen nicht nur als Teilhabeglied einer Gruppe ernst nehmen, sondern muß ihn auch als einzelnen hören (durch Ausgestaltung leistungsstaatlicher Verfahren).

¹⁷⁴⁾ Vgl. *Stern*, JZ 1960, 557: „Teilhabe an sozialen Leistungen im Bereich der Leistungsverwaltung kennzeichnet die Rechtsposition des Bürgers im Rechtsstaat“ — im Blick auf einen sozialen status activus et positivus im Bereich des Subventionswesens. Der Gleichheitssatz wirkt überhaupt als „Hebel“, um den neuen Formen des Leistungsstaates von der Grundrechtsseite her zu begegnen.

¹⁷⁵⁾ Das Grundrecht — z. B. Art. 5 I GG — wird zum Verfassungsauftrag, gerichtet auf Erlaß bestimmter Gesetze (vgl. BVerf-

lich sind jene Teilhabeformen zu nennen, in denen sich leistungsstaatliche Grundrechtsförderung zu materiell-rechtlichen Ansprüchen verdichtet hat, etwa: kommunal-rechtlicher Anspruch auf gleichen Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen¹⁷⁶⁾, objektiver Verfassungsauftrag mit entsprechendem subjektiven Recht auf der grundrechtlichen Seite.

In Gestalt staatlicher Leistungsfunktionen „wächst“ vieles an Leistungsstaatlichkeit und -recht heran, was sachlich (auch dem Grundrecht zugehört¹⁷⁷⁾). Das *Stichwort* für „Grundrechte im Leistungsstaat“ lautet daher: „soziale Grundrechtserfüllung“¹⁷⁸⁾, d. h. Schaffung tatsächlicher Chancengleichheit in realer grundrechtlicher Freiheit für alle (Abbau unzumutbarer

GE 12, 205 (262 f.), die pluralistische Repräsentations- und Partizipationsformen normieren. In denselben Zusammenhang gehört es, wenn Teilhaberechte entwickelt werden, die zur sozialen Verstärkung Mitbestimmungsmodelle bedürfen; so ist in Art. 5 III und 12 GG als Garantie studentischer Lernfreiheit ein Minimum an funktionsgerechter Mitbestimmung in pluralen Gremien (für die Studienreform) und öff. Leistungsvorgängen (Planung von Universitätskapazitäten) angelegt. Hier müssen Prozeduren entwickelt werden, die Grundrechtskollisionen (Minderheitenschutz!) lösen. Was als „Demokratisierung“ auftritt, hat vor allem eine *grundrechtliche Seite*: z. B. Mitbestimmung am Arbeitsplatz, eine Konkretisierung des Art. 12 GG in Richtung auf betriebs- und arbeitsplatzbezogene soziale Teilhabe. Mit dem Erlaß von Mitbestimmungsgesetzen als „gesellschaftlichen Organisationsgesetzen“ ist es jedoch nicht getan; sinnvoll werden sie und damit Art. 12 GG erst durch Leistungsgesetze und Förderungsmaßnahmen für die berufliche Fort-, Um- sowie Erwachsenenbildung (Weiterbildung).

¹⁷⁶⁾ Die Gerichte — funktionell-rechtlich oft überfordert — sollten Grundrechte, verstanden als Teilhaberechte, behutsam ggf. mit Leistungsansprüchen in ausgewogener *Differenzierung* dem Leistungsstaat zuordnen.

¹⁷⁷⁾ Beispiele für „Grundrechtspolitik“: arbeitsrechtliche (Kündigungsschutz, Ausbildungsbeihilfen, überbetriebliche Lehrlingsausbildung), sozialpolitische (Rehabilitation, Sozialversicherung unter Einbeziehung aller Bevölkerungsgruppen), allgemeine sozialstaatliche Ziele, wie Nulltarif für öff. Verkehrsmittel im Nahbereich i. V. m. dem Verbot des Individualverkehrs in Stadtzentren. Stärker als bisher sind die Verfahren und Ergebnisse leistender Aktivität des Staates dem jeweiligen Grundrecht, seiner verfahrens- und materiellrechtlichen Seite „zuzuschreiben“. Grundrechte haben nicht nur Defensivfunktion: sie sind auch *Ansatzpunkt* staatlicher Aktivität. Auch die „Medienpolitik“ gegen Pressekonzentration ist „Grundrechtspolitik“ (i. S. von Art. 5 GG).

¹⁷⁸⁾ Planungen, die die Aus- und Fortbildung (Bildungsurlaub) betreffen, sind sachlich „soziale Erfüllung“ des Art. 12 GG, ohne daß ihm sogleich „Ansprüche“ zu entnehmen wären. Staatliche Gesundheitsvorsorge, Erholungseinrichtungen, Altersversorgung sind Art. 2 II 1 GG zuzuordnen. Viele, nicht alle Leistungsfunktionen sind der Teilhabeseite von Grundrechten — spiegelbildlich — zugehörig.

wirtschaftlicher Barrieren), auch um den Preis der Begrenzung übermäßiger Freiheit weniger¹⁷⁹⁾).

2. Die Statuslehre und der Wandel der Freiheits- und Eigentums Klausel

Auch die Freiheits- und Eigentumsformel, historisch entstanden und historisch relativ, verändert sich im Sog von Sozialstaatsprinzip und Gleichheitssatz¹⁸⁰⁾. Soziale Freiheit ist auch Sache staatlicher Sozialpolitik geworden. Freiheit ist heute vor allem Freiheit zum und am Arbeitsplatz¹⁸¹⁾ und diese Freiheit ist zugleich das Eigentum der Bürger¹⁸²⁾. Substanz von Freiheit und Eigentum sind Arbeitskraft und (Aus- und Weiter)Bildung, ihre Substrate sind entsprechend zu schützen. Grundlage der Entfaltungsfreiheit und Menschenwürde des einzelnen ist neben dem Eigentum eine florierende Wirtschaft¹⁸³⁾. Der Schutzbereich der Grundrechte, die — so verstanden — Eigentum und Freiheit gewährleisten, muß neu bestimmt werden. Die personale Seite der Freiheitsrechte ist gleichwertig neben ihrer sozialen Funktion zu sehen. Der Akzent liegt auf den geistigen Freiheiten: [jedoch nicht im Sinne der allein „inneren“ geistigen Freiheit — der Rückzug des Idealismus in die Geistigkeit übersieht die Relevanz der äußeren gesellschaftlichen Bedingungen dieser Freiheit.]

¹⁷⁹⁾ Art. 151 WRV („menschenswürdiges Dasein für alle im wirtschaftlichen Bereich“) ist heute über Art. 1 I und 20 I GG Verfassungspostulat (s. auch *Badura*, DÖV 1968, 446). Er ist für die sozialen Lebensordnungen zu verallgemeinern. Die „sozialen Grundrechte“ — bisher „unterentwickelt“ — sind auf leistungsstaatliche Entfaltung angewiesen. Der soziale Status des Bürgers steht in einem eigentümlichen „Sog“ einer nur begrenzt berechenbaren Dynamik: der ökonomischen Lage. Anpassungen sind geglückt: dynamische Rente! — Praktisch gesehen sind bildungspolitische, auf Chancengleichheit ausgerichtete Steuerungsvorgänge, Infrastrukturmaßnahmen zur Schaffung von Arbeitsplätzen der Versuch, eine Art Recht auf Arbeit, ein Bürgerrecht auf Bildung etc. „praktisch“ zu machen.

¹⁸⁰⁾ Zum Wandel des Eigentumsbegriffs: *Ipsen*, VVDStRL 10 (1952) 74 (83 ff.); zu Art. 14 II GG als Handhabe zur Entfaltung einer Sozialstaatlichkeit: *ders.*, ebd. S. 85; *Scheuner*, ebd. S. 153 f.

¹⁸¹⁾ Die „emanzipatorische Kraft“ der Menschenwürde (Art. 1 I GG) muß sich hier entfalten: der einzelne darf nicht nur nicht Objekt staatlicher Verfahren (*Dürig*) werden, der Staat hat auch den Schutzauftrag, ihn davor zu bewahren, zum Objekt „gesellschaftlicher“ Verfahren zu werden. Dies gilt für unwürdige Arbeitsbedingungen, die teils über den staatlichen Eingriff, teils über Leistungsrecht beseitigt werden müssen.

¹⁸²⁾ Vgl. *Scheuner*, VVDStRL 28 (1970) 231 f.: An die Stelle von Eigentum und Gewerbefreiheit muß heute eine Lebenssicherung treten, die sich in Altersvorsorge, Krankenschutz usw. auswirkt.

¹⁸³⁾ Vgl. *H. Wagner*, VVDStRL 27 (1969) 47 (72).

Es wird einerseits um Verstärkung bestimmter Eigentumspositionen gehen¹⁸⁴); andererseits ist die normative Kraft von „Freiheit und Eigentum“ angesichts des Sozialstaatsprinzips teilweise zurückzunehmen: etwa beim Eigentum an Grund und Boden¹⁸⁵) oder bei der Unternehmerfreiheit angesichts *grundrechtlich* legitimierter Mitbestimmungsforderungen. Das Tatbestandselement „Eingriff“ ist ebenfalls neu zu definieren¹⁸⁶); die ihm faktisch nahekommenden Maßnahmen müssen mitumfaßt werden. Im Blick auf neue Leistungsfunktionen¹⁸⁷), denen gegenüber eine Anknüpfung an „Betroffenheit“, „Unmittelbarkeit“ etc. nicht hilft, sind neue *Rechtsschutzformen* zu entwickeln¹⁸⁸). Dies führt zum status activus processualis.

3. Der status activus processualis

Über Verfahren wird die materiellrechtliche Seite der Grundrechte im Leistungsstaat gestärkt. Die „Klammer“, die Staat und Grundrechte in der ihrem Funktionswandel adäquaten Weise verbindet, ist ein den vielerlei leistungsstaatlichen Rechtsverhältnissen (Planungs-, Lenkungs-, Subventions-, Steuerungsverhältnissen) gemäßer „verfahrensrechtlicher Lei-

¹⁸⁴) Etwa im Bereich der Rentenversicherung (zum Problem: Rűfner, VVDStRL 28 (1970), 187 (198 f.)), bei dem mit der wirtschaftlichen Entwicklung nach oben tendierenden Existenzminimum (Rűfner, aaO. 191 f.), bei der Einfügung der Sozialversicherung in den Bereich grundrechtlicher Freiheit (vgl. Scheuner, VVDStRL 28 (1970) 232). Zur Rolle der individuellen Leistung: BVerfGE 18, 392 (397), wonach dem Eigentumsschutz solche öff.-rechtl. Ansprüche entzogen sind, bei denen „zu der einseitigen Gewährung des Staates keine den Eigentumsschutz rechtfertigende Leistung des einzelnen hinzutritt“. Eine deutliche Akzentuierung des Schutzbereiches des Art. 14 GG in bezug auf „eigene Arbeit und Leistung“ in: BVerfGE 30, 292 (334 f.).

¹⁸⁵) Hier muß das Eigentum im Blick auf das Gemeinwohl neu definiert werden.

¹⁸⁶) Z. B. für existenziell notwendige Leistungen und solche, die wichtige Errungenschaften des sozialen Standards sind: Evers, VVDStRL 23 (1966) 147 (158); für „mittelbare Freiheitsbeschränkungen“: Heinze, oben Anm. 171, S. 44.

¹⁸⁷) Das G über den Konjunkturzuschlag ist in seiner sozialstaatlichen Grundrechtsrelevanz erst über gedankliche Zwischenglieder erkennbar: die Kaufkraftabschöpfung durch befristetes (!) Gesetz soll der Geldwertstabilität und dem Eigentum dienen, ohne die Vollbeschäftigung (Art. 12, 109 GG) zu gefährden.

¹⁸⁸) Es geht darum, *zusätzlich* nichtgerichtsförmige Rechtsschutzverfahren zu entwickeln. Die Verwaltung ist angesichts der Publizitätspflichten sowie im Hinblick auf die (zu verstärkenden) Partizipationsrechte Einzelner und Gruppen nicht mehr jenes abgeschlossene Ganze, das der Begriff des in- und externen Rechtsschutzes voraussetzt. Die pluralistische Offenheit der öff. Verwaltung verlangt eine Überprüfung auch in terminologischer Hinsicht (dazu meine Andeutungen in AÖR 90 (1965), 381 (385 ff.)).

stungsvorbehalt“. Das eindimensionale Verhältnis Individuum-Staat (Grundrecht-Eingriff) wird durch eine Vermehrung des Kreises der von Staatsleistungen in Grundrechtsinteressen betroffenen einzelnen und Gruppen zu einem „mehrseitigen“ Leistungsverhältnis, das kollektive Wirkungen intendiert; in seinem Rahmen sind Grundrechtskollisionen zu lösen¹⁸⁹⁾.

Der Verfahrensgedanke¹⁹⁰⁾, übertragen auf die „soziale Kontaktstelle“ zwischen Grundrechten und Leistungsstaat, wird der Funktion der Grundrechte im — pluralistischen — Leistungsstaat am ehesten gerecht. Das — vorgezogene — Verfahren kann einen Ausgleich der einander widerstreitenden Gesichtspunkte gewährleisten, bevor es zum Konflikt kommt; es wird zum Vehikel „praktischer Konkordanz“ (Hesse) zwischen Grundrechten und Leistungsstaat. „Leistungsgesetze“ (hier besonders Organisations- und Verfahrensgesetze) sowie prozessuale und pluralistische Gemeinwohlbestände bestätigen die Konzeption eines solchen „grundrechtlichen due process“. Das Sozialstaatsprinzip zielt mit seinen Konkretisierungen im Kompetenzbereich¹⁹¹⁾ auf dasselbe: *der Gesetzesvorbehalt wird zum Verfahrensvorbehalt!* Was grundrechtliche Freiheit praktisch bedeutet, entscheidet sich nur noch zum Teil durch Normen mit „fertigen“ Tatbestands- und Rechtsfolge-Konstruktionen: es konkretisiert sich oft über vielgliedrige Verfahren mit Direktiven oder Rahmenbestimmungen — kurz: in processu.

In den leistungsstaatlichen Verfahren wirken die Grundrechte auf neue Art: „prozessuale Grundrechtskonkretisierung“.

¹⁸⁹⁾ Vgl. Badura, DÖV 1968, 446 (452): „Die Lenkungsakte betreffen eine durch dieselbe Situation verbundene Gruppe von Verwaltungsunterworfenen.“ — Der Staat ist oft nur formell Grundrechtsgegner. „Hinter“ seinen Funktionen stehen die Vielen, denen die soziale Schubkraft des Gleichheitssatzes im Sozialstaat Grundrechtsinteressen „zuteilt“ bzw. die an der leistungsstaatlichen „Sozialisierung“ grundrechtlicher Freiheit teilhaben. Die Wandlung speziell der Verwaltung zur „sozial verantwortlichen“ Verwaltung, ihre „positive Sozialgestaltungsfunktion“, die sie zum „unentbehrlichen Steuerungselement der Gesellschaft und der Daseinssicherung des einzelnen“ macht (Badura, DÖV 1968, 446 (450)), bedingen die Betonung der verfahrensrechtlichen Grundrechtsseite. — Die Dynamik der Verhältnisse erfordert vom Leistungsstaat nicht nur zu reagieren, sondern sie fordert auch die Gewährleistung eines Prozesses, in dem er agieren kann: um seinerseits Initiativen zu ergreifen.

¹⁹⁰⁾ In der Gegenwart auf den Gesetzesbegriff (Roellecke, Der Begriff des positiven Gesetzes und das Grundgesetz, 1969, 278 ff.), die Verfassung, die res publica und ihre öffentlichen Funktionen (P. Häberle, Öff. Interesse, bes. 708 ff.), den Staat überhaupt (Herb. Krüger, Allg. Staatslehre, 2. Aufl. 1966, 197 ff.) bezogen.

¹⁹¹⁾ „Gemeinschaftsaufgabe“ ist ein typischer verfahrensbezogener leistungsstaatlicher Begriff!

Solche leistungsstaatlichen „Vorverfahren“ vermögen *mehr* Grundrechtswirklichkeit zu schaffen als verwaltungsgerichtliche „Nachverfahren“, da im Vorstadium prozessual eingeführt wird, was dem materialen Gehalt des Grundrechts dient¹⁹²). Erst über den status activus processualis erlangen die Grundrechte ihre konstitutive Bedeutung. Auf längere Sicht wird man es zum „Wesen“ des betroffenen Grundrechts (und der Leistungsfunktion selbst, z. B. der Verwaltung) rechnen dürfen, daß solche Verfahren bestehen¹⁹³). Gesetzesvorbehalt als Verfahrensvorbehalt¹⁹⁴) bedeutet: der Staat oder andere Träger öffentlicher Aufgaben dürfen in grundrechtsbezogenen Bereichen nur dann leisten, wenn ein Mindestmaß an verfahrensmäßigem — grundrechtlichem — due process gegeben ist. Entscheidend ist also die Eröffnung eines „leistungsstaatlichen Grundrechtsverfahrens“, das sowohl den Grundrechten als auch dem Leistungsvorgang angepaßt ist¹⁹⁵) und sich dogmatisch in den Gesetzes- und Rechtsbegriff (law in public action) „einbinden“ läßt¹⁹⁶).

[Grundrechte und Rechtsstaat legen angesichts der vom Leistungsstaat erfüllten Funktionen einen Rechtsbegriff nahe, der von vornherein auch die prozessuale Seite der Verwirklichung des Rechts, des Grundrechtsinhalts und der Abgrenzung von (Grund-)Rechten Dritter im Blickfeld hat. Das Recht ist in pro-

¹⁹²) Der Tatsache, daß der Leistungsstaat vielfach die Grundrechte real entfaltet („Grundrechtsstaat“) wird ein Verständnis des Verfahrensmäßigen nur als Annex der Leistungsfunktion nicht gerecht. Dieser „leistungsstaatliche“ Ansatz ist eine Seite des Vorgangs; die *andere* ist der dem jeweiligen Grundrecht selbst abgewonnene, ihm inhärente verfahrensmäßige Ansatz. Dogmatisch ist diese Seite der Grundrechte erst noch von beiden Ansatzpunkten her zu entwickeln. Was Grundrechte im sozialen Rechtsstaat praktisch sind, kann erst gesagt werden, wenn die Relation von Grundrecht und Leistungsstaat dem jeweiligen Leistungsverhältnis gemäß hergestellt ist.

¹⁹³) So wie das BVerfG neuerdings den gerichtlichen Rechtsschutz (Art. 19 IV GG) zum Wesen des Grundrechts des Art. 14 GG zählt: E 24, 367 (401); s. auch *meinen* Beitrag, in: JZ 1971, 145 (152).

¹⁹⁴) Wichtig: *Zachers*, DÖV 1970, 3 (11), Hinweis auf einen verfahrensrechtlichen Aspekt bei Umverteilungsverhältnissen, in dem auch rechtsstaatliche Sicherungen ihren Ort hätten.

¹⁹⁵) Von der Initiative bis zur „endgültigen Umsetzung“ in die Wirklichkeit (grundrechtsbezogenes „Leistungsverhältnis“ i. S. des hier gemeinten Minimalbestands an „due process“).

¹⁹⁶) Zur law in public action im Anschluß an *Essers* „law in action“: P. Häberle, AöR 95 (1970) 86 (89), 260 (291); *ders.*, Öff. Interesse, 27, 241, 379, 712. Recht und Gesetz sind heute weniger denn je „fertig und vorgegeben“, erst recht dort nicht, wo sie „Auftrag“ (*Scheuner*, DÖV 1969, 585 ff.) der Verwaltung sind (vgl. auch *Badura*, DÖV 1968, 446 (452)).

cessu geworden und wird auch so gewonnen¹⁹⁷⁾. Verfassungsrechtliche Grundlage für eine solche Sicht des — öffentlichen — Rechtsbegriffs sind die Grundrechte, insbesondere Art. 1 I und Art. 3 GG in ihrer emanzipatorischen Kraft (Grundrecht der Selbstbestimmung) und das Verfassungsprogramm des sozialen Rechtsstaats sowie das der Demokratie (Art. 20 I, 28 I GG). Die gestaltende, insbesondere leistende Dimension wird dem Rechtsbegriff unmittelbar von der Verfassung „mitgegeben“. Das ausgrenzende, defensive Moment findet seine Ergänzung in der hier genannten Form.

Die Diskussion um Grundrechte als „Teilhaberechte“ ist zu sehr auf *materielle Ansprüche* fixiert, mit der Folge, daß sie wegen der ökonomischen Grenzen des Leistungsstaats vorzeitig abgebrochen wird oder in Utopien des totalen Leistungsstaats mündet. Die Beurteilung solcher Ansprüche¹⁹⁸⁾ stößt zudem oft auf funktionellrechtliche Grenzen der Rechtsprechung. Grundrechte, vor allem als Rechte auf verfahrensmäßige Partizipation am Vorgang der Staatsleistung, als Vehikel materiell-rechtlicher Teilhabe verstanden, eröffnen den Weg zu einer differenzierenden Lösung.]

Die leistungsstaatlichen Verfahren müssen von Anfang an *Kommunikation* der Beteiligten gewährleisten, um einer Konfrontation von Grundrechtsinteressen und „entschiedenem“ Leistungsvorhaben vorzubeugen¹⁹⁹⁾. Rechtspolitisch bedeutet dies, daß das im Bereich der Planung zu beobachtende Demokratiedefizit (Ausschaltung des Parlaments) durch neue Formen des Mitwirkens der Betroffenen zu beheben ist²⁰⁰⁾.

[Diese Sicht der Grundrechte setzt freilich einen informierten Bürger voraus, der seine demokratischen Grundrechte (Art. 5,

¹⁹⁷⁾ Selbst im „klassischen“ Grundrechtskonflikt, dem zwischen Eingriffsstaat und individueller Freiheit, wird Rechtsfindung zum Prozeß der Konkretisierung.

¹⁹⁸⁾ auf materielle, einklagbare Teilhabe am Wirtschaftswachstum, an der Bildung, an der Subventionsvergabe (wichtig Ipsen, VVDStRL 25 (1967) 257 (267): Grundrecht auf Subventions-Teilhabere?).

¹⁹⁹⁾ Beispiele der Tagespolitik zeigen, daß der Bürger zuweilen genügend „sensibilisiert“ ist gegenüber Staatsfunktionen, die über ihn „leistend verfügen“: etwa die Protestmärsche gegen den von der bayer. Staatsregierung geplanten Großflugplatz im Erdinger Moos (März 1971). Zur „Bürgerinitiative Stadtentwicklung“ in Frankfurt und ihrem Streit mit dem Magistrat: FR vom 9. 6. 1971 S. 10. — In dem bayer. Fall hat man lt. Pressemeldungen eine erneute Prüfung zugesichert, auch unter dem Gesichtspunkt des Umweltschutzes. — Die Bürgerinitiative ist eine Partizipationsform. Dazu: Partizipation. Aspekte politischer Kultur, 1970.

²⁰⁰⁾ Das „Gespräch mit dem Bürger“ ist im Leistungsstaat um beider willen erforderlich. Alles liegt an der Entwicklung tauglicher Formen.

8, 9 GG) wahrnimmt und sich persönlich engagiert, wenn seine konkreten (Grundrechts-)Interessen auf dem Spiel stehen: Bürgerinitiativen als Grundrechtsinitiativen! Das Demokratie- und Publizitätsdefizit, die Indolenz politischer Parteien, die bislang noch mangelhafte Offenheit des staatlichen Planverfahrens und sonstiger Willensbildungsprozesse wirken sich grundrechtsdogmatisch aus. Im Leistungsstaat besteht insbesondere auch ein politischer Zusammenhang zwischen „guter“ oder „schlechter“ Ausgestaltung des Verfahrens, an dessen *Ende* eine Staatsleistung erfolgt, und den demokratischen Grundrechten. Staat und Bürger stehen heute in einer unentrinnbaren „Leistungsgemeinschaft“, die ein Optimum an Rationalität sowie Verfahren zur Konfliktaufdeckung und -lösung schaffen sollte.]

Dieser *status activus processualis* öffnet auf verfahrensmäßige Weise die Leistungsfunktionen zum Bürger und zu den Pluralgruppen hin. *De lege bzw. de constitutione lata* ist er noch nicht voll entwickelt, als Pendant in bestimmten Leistungsverfahren und im Bereich der prozessualen und pluralistischen Gemeinwohlthatbestände (auch in Partizipationsmodellen) indes nachweisbar. Je stärker der Leistungsstaat zum Bürger hin offen wird, desto stärker wird der besagte *status activus processualis*.

Der übergeordnete Gesichtspunkt, der im Grundrechtsverständnis, in der Deutung der Gesetzesvorbehalte und des Rechtsbegriffs sowie bei den Grundrechte betreffenden leistungsstaatlichen Aktivitäten relevant wird, ist der des *Verfahrens*. Dem Leistungsstaat ist vor allem von der verfahrensrechtlichen Seite beizukommen. [In dem Maße, in dem es gelingt, den Verfahrensgedanken in die genannten Problembereiche einzubauen und der materiellrechtlichen Seite dieser Institute zuzuordnen, nehmen die Grundrechte in der Demokratie des sozialen Leistungsstaats den konstituierenden Stellenwert ein („Verfahrensabhängigkeit“), den sie im bürgerlichen Rechts-, Eingriffs- und Ordnungsstaat hatten, kann „Rechtsschutz“ gewährleistet sein, können Grundrechte als *sachliche Aufgabe* und zugleich als *Grenze* des Leistungsstaats begriffen werden.]

III. Soziale „Grundrechtserfüllung“ durch leistungsstaatliche Gemeinwohlfunktionen

1. Grundrechte als soziale Grundrechte, grundrechtliche Freiheit und Sozialstaatsprinzip bzw. Gleichheitssatz

Bereits der besondere Begriff „soziale Grundrechte“ ist ein Offenbarungseid „bürgerlichen“ Grundrechtsverständnisses. Die sog. sozialen Grundrechte sind nur eine notdürftige Antwort

auf eine mehr oder minder unsoziale Wirklichkeit; sie suchen die „soziale Frage“ grundrechtlich zu lösen³⁰¹). Tatsächlich ist die Differenz zwischen klassischen und sog. sozialen Grundrechten lediglich *gradueller* Art. Diese sind auf Effektivierung jener angelegt und umgekehrt. „Soziale“ Grundrechte sind ebenso wie die ihnen zuzuordnenden — ihrerseits ausgestaltungsbedürftigen — „klassischen“ Grundrechte gerade im Leistungsstaat ein Beleg für die These *Hellers*, Plan und Freiheit stünden nicht im Gegensatz zueinander, weil in der gesellschaftlichen Wirklichkeit die Freiheit immer organisiert werden müsse³⁰²). Indem *grundrechtliche Chancengleichheit* ein Optimum an sozialer Freiheit intendiert, verbinden sich „soziale Grundrechte“ und „Abwehrrechte“ im differenzierten Spektrum einer Statuslehre des demokratischen und sozialen Rechtsstaats.

Die leistungsstaatlichen Funktionen fördern die überkommenen Grundrechte z. B. Art. 12 (Schutz der Arbeitskraft), 13 (Politik des sozialen Wohnungsbaues), 14, 9 III GG (Politik breiter Vermögensbildung). Es geht um freiheitliche Teilhabe.

Die Frage, in welcher Rechtstechnik „soziale Grundrechte“ i. e. Sinn in das Gesamtgefüge der Verfassung^{303a}) und die leistungsstaatlichen Funktionen „einzubringen“ sind, ist *differenziert* zu beantworten. In Betracht kommen: grundrechtliche Ansprüche unter Maßgabebewehr, Einrichtungsgarantien, soziale Schutz- und Verfassungsaufträge sowie positive Kompetenzbestimmungen — Figuren, die — oft einander ergänzend — den übrigen Grundrechten im Leistungsstaat immer stärker zuwachsen. Vorzuziehen ist eine Form, die es der Gesetzgebung und der übrigen „werdenden“ leistungsstaatlichen Grundrechtswirklichkeit, gemeinsam mit der Grundrechtsdogmatik, überläßt, subjektive Ansprüche justitiabel auszuformen. Das die sozialen Grundrechte ausgestaltende Leistungsrecht kann sie zu Ansprüchen verdichten; in diesem Fall wirkt das subjektive Recht als „Vehikel“ der objektiven Verfassungsverbürgung. In staatsedukatorischer Sicht ist das öffentliche Bewußtsein für die „sozialen Grundrechte“ und ihre leistungsstaatliche „Erfüllung“ zu schärfen sowie dafür, daß sie nicht nur auf Sicherheit, sondern auch auf Freiheit tendieren. Die sozialen Grundrechte stehen den klassischen in Wirklichkeit näher, als

³⁰¹) Zur „sozialen Funktion“: P. Häberle, *Wesensgehaltgarantie*, 8 ff., 48 ff., 95, 117 ff., 184 f. Der Staat muß für soziale Gerechtigkeit durch Grundrechte sorgen.

³⁰²) Staatslehre, 273.

^{303a}) Zum Problem: Tomandl, *Der Einbau sozialer Grundrechte in das positive Recht*, 1967.

dies die bisherige Dogmatik mit ihrer Dichotomie begreift. Sie sind als geschichtliche Antwort auf eine bestimmte grundrechts- und demokratiedefizitäre Wirklichkeit „Verallgemeinerung“, „Sozialisierung“ der klassischen Grundrechte; [sie sind diesen verbunden, wenn man Freiheit und Gleichheit nicht abstrakt sieht, sondern im Gesamtzusammenhang, „sozial“ und unter Einbeziehung der ökonomischen Bedingungen.] Alle Grundrechte sind „soziale Grundrechte“ im weiteren Sinn, sind als solche Konsequenz der Entwicklung zum sozialen Rechtsstaat und liegen in der Logik des Leistungsstaats. Die Grundrechte stehen über das Sozialstaatsprinzip i. V. mit Art. 3 GG unter einem „sozialen Vorbehalt“ (*Hensel*) negativer und positiver Art. Diese sozial-egalitäre Komponente der Freiheitsrechte entspricht einem korrelativen Verständnis von „Sein und Sollen“ i. S. *Hellers*.

Enthielte sich der Staat leistender Aktivität im Grundrechtsbereich, so entstände eine „Negativität des Tatsächlichen“. Bei der Herstellung von Chancengleichheit im (Aus)Bildungswesen z. B. geht es um eine „Normalisierung“ der Art. 1 I, 2 I und 12 GG für alle²⁰³) und nicht — wie im bürgerlichen Rechtsstaat — nur für eine bestimmte Schicht. Im Leistungsstaat geht es darum, Instrumente für eine *allgemeine* Interessenentfaltung über die Grundrechte zu schaffen (Beispiel: breite Streuung des Eigentums).

Weiterer Ansatzpunkt könnte der Verfahrensgedanke sein: Stärkung der verfahrensrechtlichen Seite der Grundrechte, ihres status activus processualis zur Ausfüllung der materiellen Offenheit der Sozialstaatsklausel. Umgekehrt ist heute *Sozialstaatsdogmatik* vor allem Grundrechtsdogmatik. Anders als bei den Grundrechten besteht beim Sozialstaatsprinzip²⁰⁴) als einer

²⁰³) „Bürgerrecht auf Bildung“ meint die gleiche Verteilung gesellschaftlicher Chancen, die mit einer bestimmten Bildung und Berufswahl notwendig verknüpft sind (zur öff. Schule als „Zuteilungsapparatur der Lebenschancen“ (*Schelsky*): *Fuß*, VVDStRL 23 (1966) 169 (202 f.). S. das fragwürdige Wort des Vorsitzenden der GEW, daß allgemeine Bildung der Herrschenden sei und Berufsbildung die Bildung der Beherrschten (FAZ v. 22. 4. 1971 S. 1)).

²⁰⁴) Wichtig *Zacher* (Anm. 229). BVerfG: Sozialstaat als leitendes Prinzip der Wirtschafts- und Sozialpolitik (E 5, 85 (198)) mit der Pflicht, für einen Ausgleich der sozialen Gegensätze zu sorgen (E 22, 180). S. auch E 1, 97 (105): erträglicher Ausgleich der widerstreitenden Interessen. Ferner: die Verantwortung für soziale Sicherheit und Prosperität, die Funktionsfähigkeit des Marktes, Planungs-, Wirtschaftsverwaltungs-, Sozial- und Kulturverwaltungsrecht werden dem sozialen Rechtsstaat zugeordnet (*Badura*, DÖV 1968, 446 ff.). Zur Kontroverse um die Sozialstaatsklausel: zuletzt *Schoiz*; Koalitionsfreiheit, 1971, 180 ff. Wegweisend *Bachof*, VVDStRL 12 (1954) 37 ff.

Neuschöpfung des GG nicht die Gefahr, daß „festgeschriebene“ Dogmen den Weg versperren. Über eine Loslösung der Grundrechtsdogmatik von „Schubfächermethoden“ (*Lerche*)²⁰⁶⁾ läßt sich auch die Sozialstaatsklausel entfalten. Spiegelbildlich zu den Grundrechten ist ihre *Mehrschichtigkeit* herauszuarbeiten²⁰⁶⁾. Die Chance, hier von Anfang an differenzierte Dogmatik zu leisten, sollte genutzt werden, zumal die Kontroverse über die Positionen *Forsthoffs* und *Bachofs* — wenn ich recht sehe — nicht weit hinausgekommen ist²⁰⁷⁾; jene Chance blieb schon in der Weimarer Zeit ungenutzt, obwohl die WRV die Herausforderung dazu geboten hat.

Beispiele dafür, daß die WRV Leistungsansprüche, soziale Schutzaufträge, „staatliche Grundrechtspflichten“, sozialstaatliche Programme und Institutionen enthält, denen gegenüber das GG in der Tradition des liberalen Eingriffsstaats „unterentwickelt“ erscheint, sind: Art. 163 II 2 WRV als unmittelbar *anspruchs begründende* Grundrechtsbestimmung (Sorge für den notwendigen Unterhalt jedes Deutschen, — dieser Anspruch ist nach dem GG aus der Kompetenzbestimmung zur Arbeitslosenunterstützung (Art. 74 Ziff. 12) und Art. 1 I, 2 II 1 und 20 I herzuleiten). Art. 157 WRV: „Die Arbeitskraft steht unter dem besonderen Schutz des Reiches“, ist ein „*sozialer Schutzauftrag*“. Er entfaltet sich im GG über Art. 20 I i. V. m. Art. 12, 9 III und 1 I. Der *programmatische* Satz in Art. 162 WRV hat eine Teilerfüllung in der MRK und der Europäischen Sozialcharta gefunden. Sein „Mindestmaß der sozialen Rechte“ ist heute auf Teilgebieten verwirklicht, z. B. als Anspruch auf Daseinsvorsorge (gleicher Zugang zu öffentlichen Einrichtungen) und auf polizeiliches Einschreiten. [Wie sehr die WRV im übrigen in der Tradition stand, die die individuellen Grund-

²⁰⁵⁾ VVDStRL 21 (1964) 66 (67).

²⁰⁶⁾ Die Dogmatik des Sozialstaats ist in Richtung auf Grundrechte, Menschenwürde und Gleichheitssatz zu entwickeln, so wie umgekehrt die Grundrechtsdogmatik im Lichte des Sozialstaatsprinzips zu entfalten ist. Die „Öffnung“ der Grundrechtsdogmatik hat ihr Pendant im Sozialstaatsprinzip als Paradigma einer offenen Verfassungsnorm. Dessen Generalklauselcharakter und Neuartigkeit schließen aus, daß es sich auf eingefahrenen Gleisen entwickelt, so groß der „Druck“ zu Dogmatisierungen vom liberalen Rechtsstaats- und Grundrechtsverständnis her sein mag.

²⁰⁷⁾ Sie leidet bis heute an einer „Kopflastigkeit“, weil zu wenig konkret gearbeitet wird, und ist z. T. in Fragen der Nomenklatur (Teilhabe gegen Ausgrenzung, Verbürgung gegen Gewährleistung) festgefahren. Elemente konkreter Sozialstaatlichkeit finden sich in dem „realistischen“ Grundrechtsverständnis, dem Umbau der Statuslehre, der „leistungsstaatlichen Seite“ der Grundrechte, in der Aktivierung des Gleichheitssatzes und in den Typen der Leistungsgesetzgebung, -Verwaltung und -Rechtsprechung.

rechte allein als Abwehrrechte formulierte und die soziale Seite — die faktische Voraussetzung für ihren Gebrauch — wenn überhaupt, so in anderen Zusammenhängen sah, zeigt die Trennung der Garantie der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 115) von dem in Art. 155 I normierten Ziel, jedem Deutschen eine „gesunde Wohnung“ zu sichern.] Obwohl der Rechtsgeschichte angehörend, kann der Text der WRV gegenüber heutigen leistungsstaatlichen Grundrechtsproblemen als „Formulierungshilfe“ dienen²⁰⁸).

Ähnliche Anhaltspunkte geben die deutschen Länderverfassungen. [In ihnen lassen sich in reichem Maße sozialstaatliche Spezialnormen nachweisen, die als „soziale Grundrechte im engeren Sinne“ (subjektivrechtlich) formuliert²⁰⁹) sind, grundrechtliche Schutzaufträge²¹⁰), grundrechtsfördernde Pflichten (Grundrechtspflichten) des Staates²¹¹) oder die Garantie von bestimmten (leistungsstaatlichen) grundrechtsdienenden öffentlichen Einrichtungen²¹²), gelegentlich miteinander kombiniert²¹³), enthalten, also eine leistungsstaatliche und -rechtliche Seite erkennen lassen.]

Wie die Verfassungstexte bestätigen, ist die normierende Kraft der Sozialstaatsklausel differenziert und nicht in das Ent-

²⁰⁸) Chancengleichheit im (Aus)Bildungswesen ist in der WRV konkret angesprochen, vgl. Art. 146, I, III, 147 I 2, pluralistische Struktur des öff. Schulwesens; das Leistungsprinzip wird anerkannt: „Anlage und Neigung“. Die Kategorie des „grundrechtlichen sozialen Schutzauftrags“ i. S. einer „staatlichen Grundrechtspflicht“ findet sich mehrfach: Art. 119, 121, 122 I, 135 S. 2, 157, 158, 161, 164 WRV. — *Leistungsstaatlichkeit* i. V. m. Grundrechten kommt in Art. 122 I, 143 I WRV zum Ausdruck. Insgesamt finden sich im Grundrechtsteil der WRV mehr Anknüpfungspunkte an Leistungsstaatlichkeit als im GG von 1949; s. z. B. Art. 142, 161, 163 I, 155 II, III WRV, letzterer gibt Richtpunkte für eine Reform des Bodenrechts im Sozialstaat.

²⁰⁹) Art. 11 Verf. Bad.-Württ.; 106 I, 128 I, 141 III, 166 II, 168 I u. III, 171, 174 I Bayern; 6 I, 12 I, 14, 19 I Berlin; 2 I, 8 I, 14 I, 27, 49 III, 56, 58 Bremen; 28 III, 34 Hessen; 8 I Nordrh.-Westf.; 24 I S. 2, 53 II Rhl.-Pf.; 45 S. 2, 48 II Saarl.

²¹⁰) Art. 13 Verf. Bad.-Württ. (Kombination von grundrechtlichem Schutzauftrag mit Einrichtungen); 100, 124 I, 125 I S. 2, 162, 168 I, 167 I Bayern; 12 II Berlin; 5 I, 11 II, 12 II, 14 I, 25 I, 37, 49 I Bremen; 46, 62 Hessen; 5 I, 18 I Nordrh.-Westf.; 1 II, 24, 53 I Rhl.-Pf.

²¹¹) Art. 1 II, 22 Verf. Bad.-Württ.; 106 II, 125 II, 126 II, 140, 153 S. 3, 164 I Bayern; 21 Bremen; 6 I Nordrh.-Westf.; 1 II, 31, 55 II Rhl.-Pf.; 34 II S. 2 Saarl.; 7 Schl.-Holst.

²¹²) Art. 11 II Verf. Bad.-Württ.; 126 III, 128 II, 133 I u. II, 139 Bayern; Art. 27, 35, 54, 57 Bremen; 30 II, 35 Hessen; 17 Nordrh.-Westf.; 25 II, 27 II, 28, 37, 53 III Rhl.-Pf.; 25 I, 33 III, 46 Saarl.

²¹³) S. die vorbildliche Normierung der „verschiedenen Seiten“ des Schutzes der Wohnung in Art. 106 Verf. Bayern; 14 Bremen; s. auch Art. 8 I i. V. m. III S. 1, 9 I Nordrh.-Westf.

weder-Oder von objektivem Rechtsgrundsatz und subjektivem Leistungsanspruch zu zwingen, da sie — je nach Lebensbereich und leistender Staatsfunktion — i. V. m. den Grundrechten und anderen Verfassungsnormen (z. B. Art. 109 GG) „gestuft“ wirkt²¹⁴). Die Sozialstaatsklausel²¹⁵) dient der Schaffung materieller Grundrechtsvoraussetzungen (dies ist ihre freiheitsschaffende Kraft!)²¹⁶), indem sie teils Leistungsansprüche, z. B. auf ökonomisch²¹⁷)-geistiges Existenzminimum, teils Kompetenzen bzw. Verfassungsaufträge für darüber hinausreichende soziale Ausgestaltungen begründet²¹⁸). Im Zusammenhang mit klassischen Grundrechten, etwa Art. 13 (Wohnungsbau) und Art. 2 II 1 GG (Umweltschutz), ist ihr diese sozialpolitische Zielrichtung zu entnehmen²¹⁹, ²²⁰). Sozialstaatsklausel und Grundrechte normieren „sozialstaatliche Grundrechtsaufgaben“²²¹) (Grundrechtsinteressen), in denen sich dogmatisch die Freiheit als

²¹⁴) Von „vielfachem Rechtscharakter“ spricht *Stern*, Art. „Sozialstaat“, Ev. Staatslexikon, 1966, Sp. 2091 (2094). — *Badura*, *Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung*, 1971, 31: „... teilweise Vergesellschaftung der individuellen Freiheit... Die sozialstaatliche Demokratie beruht nicht auf einer Entgegensetzung von (politischem) Staat und (privater) Freiheit.“ (Hervorhebung v. Verf.)

²¹⁵) Vgl. *Bachof*, *VVDStRL* 12 (1954) 37 (41): Soziale Gerechtigkeit: eine die abstrakte Gleichheit zugunsten der Schaffung konkreter Gleichheit durchbrechende Gerechtigkeit.

²¹⁶) Ansätze bei *G. Leibholz*, in: *Die Zeit* Nr. 21 v. 21. 5. 1971 S. 56: „Der Freiheit mit Hilfe des Sozialstaatsprinzips eine neue Chance zur Entfaltung zu geben, ist die eigentliche Aufgabe.“

²¹⁷) Zu Art. 2 II 1 i. V. m. der Sozialstaatsklausel u. Art. 1 I GG als positiver Gewährleistung des Existenzminimums schon *Bachof*, *VVDStRL* 12 (1954) 37 (42, 51 f.).

²¹⁸) Etwa im (Aus- und Weiter-)Bildungsbereich, im Recht der sozialen Sicherheit usw.

²¹⁹) Wichtig die Pläne der BReg. für einen Allg. Teil eines Sozialgesetzbuches (*Die Welt* v. 29. 5. 1971 S. 14). Es sollen in Anknüpfung an die „Ausprägungen“ der Sozialstaatsklausel in Gesetzgebung und Rspr. Leitideen der sozialen Sicherung mit Bezug auf den Bürger kodifiziert werden. Die sozialen Rechte sollen „jenseits der konkreten Einzelansprüche“ unter dem Vorbehalt der näheren Ausgestaltung im Gesetz die sozialrechtlichen Positionen des Bürgers in ihren Grundzügen garantieren. Hier wird deutlich, daß Leistungsrecht nur dann effektiv ist, wenn gesetzestechnisch Publizität geschaffen wird.

²²⁰) Indem sie als „Verfassungsziele“ fungieren, als Kompetenzgrundlage für freiheitsförderndes staatliches Handeln oder auch als Verfassungsauftrag (meist i. V. m. Art. 1 I oder/und 20 I, 28 I GG). Oft reicht das subjektive Recht *weniger* weit als die objektiv-rechtliche Verpflichtung.

²²¹) Mit dem Ziel des Abbaus von Grundrechtsdefiziten; s. *Heller*, *Rechtsstaat oder Diktatur?*, 1930, 11, der die „Ausdehnung des materiellen Rechtsstaatsgedankens auf die Arbeits- und Güterordnung“ als Forderung der sozialen Demokratie bezeichnet.

Teilhabechance und Voraussetzung für andere Grundrechte mit der abwehrrechtlichen, kompetenzrechtlichen oder nur dirigierenden Seite verbindet²²²).

Die „Hebelwirkung“ des materiellen Gleichheitssatzes zugunsten sozialer Freiheit²²³) bedarf der Präzisierung: Die Trias von Menschenwürde, Sozialstaat²²⁴) und egalitärer Demokratie verlangt, daß im gesellschaftlichen Gesamtzusammenhang ein Optimum an realer Freiheit (*Hesse*) aller erreicht wird²²⁵). Das bedeutet: der Leistungsstaat muß Voraussetzungen und Bedingungen dafür schaffen, daß *alle* tatsächlich von der Freiheit gleichen Gebrauch machen können²²⁶). Freiheit ist ohne die tatsächlichen Voraussetzungen, sie in Anspruch nehmen zu können, wertlos; *Stichwort*: soziale Obergrenze²²⁷). Sie ist heute nicht mit dem Status quo der Besitzstände identisch. Gleichheit gewährleistet, daß Freiheit nicht Gruppenprivileg wird²²⁸). Freiheit durch Gleichheit ist nicht die Folge gesellschaftlicher Selbstregulierung, sondern bedarf leistender und leitender Staatstätigkeit²²⁹). Soziale Gleichheit ist eine Form der Frei-

²²²) Anders *Forsthoff*, *Industriegesellschaft*, 148, wenn er zwischen Freiheit und Sicherheit, Grundrechten und sozialer Gestaltung ein Verhältnis „unaufhebbarer (!) Spannung“ postuliert oder von einem „sozialstaatlichen Druck“ spricht, der „auf dem rechtsstaatlichen Gefüge der BRD lastet“. Dieser Druck ist mindestens dort „grundrechtlicher Druck“, wo grundrechtliche Freiheit für die Vielen nicht effektiv ist.

²²³) *Zacher*, in: *FS für Böhm*, 1965, 63 (100): Die Gleichheitsvorstellung ist „sozial erfüllt“, S. 101: Eine Verfassung, die Freiheit durch Gleichheit erfüllen und Gleichheit durch Freiheit entfalten muß.

²²⁴) Zum Zusammenhang von Menschenwürde und Sozialstaat z. B.: *W. Weber*, *Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem*, 3. Aufl., 1970, 231. — *Zacher*, *AöR* 93 (1968) 341 (361): „materielles“ Verständnis des Gleichheitssatzes als Aktualisierung des Sozialstaatsprinzips. S. auch 377: Bemühungen um Freiheit und Gleichheit in der Teilhabe; s. auch *Herzog*, *Allg. Staatslehre*, 381, 394 f.; *Ipsen*, *Gleichheit*, in: *Die Grundrechte II* (1954) 111 (173 f., 175 f.).

²²⁵) *Hesse*, *Grundzüge*, 87, 119. Vgl. auch *Suhr*, *Der Staat* 9 (1970) 67 (86). — Im Strafvollzug fordert das Sozialstaatsprinzip die Re-sozialisierung! S. jetzt den vorbildlichen Kommissionsentwurf eines StrafvollzugsG 1971, bes. §§ 3, 3 a, 39.

²²⁶) *Schaumann*, *JZ* 1970, 48 (53), spricht in bezug auf den Gesetzgeber von einer „aktiven Politik“ zur „konkreten“ Sicherung der Freiheit.

²²⁷) Ausdruck bei *Däubler*, in: *Däubler/Mayer-Maly*, *Negative Koalitionsfreiheit?*, 1971, 43.

²²⁸) *Zacher*, *Sozialpolitik und Menschenrechte in der BRD*, 1968, 28.

²²⁹) *Zacher*, *Freiheit und Gleichheit in der Wohlfahrtspflege*, 1964, 120 f.: „Der Sozialstaat ... steht den gesellschaftlichen, insbes. den für die persönliche Bedürfnisbefriedigung wesentlichen ökonomischen Verhältnissen i. S. der gemeinen Zielvorstellung der moder-

heit — bei allen Vorbehalten angesichts der Gefahr, daß totale Gleichmacherei in Unfreiheit umschlägt.

Tatsächliches Handeln des Staates wird über den Gleichbehandlungsgrundsatz als sozialstaatliche Form des Gleichheitssatzes zum Anknüpfungspunkt für rechtliche Teilhabeansprüche²³⁰⁾, die eine spezifisch leistungsstaatliche Ausprägung grundrechtlicher Freiheit sind. „Grundrechtliche Chancengleichheit“ ist die Formel, die das korrelative, nicht spannungsfreie²³¹⁾ Verhältnis von Freiheit und Gleichheit und die Aufgaben leistungsstaatlicher Aktivität umreißt. Dabei bedeutet „Chance“: dem einzelnen soll grundrechtliche Freiheit *möglich* sein, ohne zur Pflicht zu werden²³²⁾. Gleichheitssatz und sozialer Leistungsstaat sind demnach einander zugeordnet. Der sich auf andere Grundrechtsbereiche hin entfaltende Gleichheitssatz ist für den sozialen Leistungsstaat konstituierend. Er sucht Freiheit *und* Gleichheit zu optimaler Realität zu bringen^{233, 234)}. Zu diesem

nen Sozialbewegung kritisch und verantwortlich gegenüber und sucht diese zu korrigieren, indem er unangemessene Wohlstandsdifferenzen ausgleicht und damit zusammenhängende Abhängigkeitsverhältnisse abbaut... eine gerechte Teilhabe aller an den Gütern der Gemeinschaft und ein menschenwürdiges Dasein für alle und somit im besonderen für die sozial schwächeren Schichten sichert.“ — Die Postulate des sozialen Rechtsstaats, der Menschenwürde und der egalitären Demokratie sind auf die tatsächlichen, insbesondere ökonomischen Verhältnisse zu projizieren, auf die konkrete Wirklichkeit, die z. T. noch hinter den verfassungsrechtlichen Anforderungen zurückbleibt.

²³⁰⁾ Dazu *Heinze*, Autonome und heteronome Verteilung, 1970, 67 ff. Vgl. auch *Hesse*, Grundzüge, 121: Anspruch auf gleiche Teilhabe.

²³¹⁾ Vgl. BAG 16, 95 (105), BVerfGE 5, 85 (198, 206).

²³²⁾ „Soziales“ Grundrechtsverständnis ist heute vor allem sozialstaatliches Grundrechtsverständnis, weil der Staat wie kaum je zuvor zur Bedingung der Freiheit geworden ist. Typischerweise bildete sich *Chancengleichheit* zunächst im direkten Gegenüber zum Staat heraus: als Gleichheit der Wahl und andere demokratische Staatsbürgerrechte; später eroberte sie, nun auch als „Gleichbehandlung“, weitere Bereiche, z. B. der Parteien, wo diese dem — neutralen — Leistungsstaat gegenüber traten (Sendezeiten, Parteifinanzierung); dazu BVerfGE 5, 85 (205); 9, 124 (131, 137); 18, 368 (373); 22, 83 (86); zur Tendenz des Gleichheitssatzes, sich auf Gleichheit der Chancen auszudehnen: BVerwGE 17, 306 (311 f.). Indem sich der Bürger immer umfassender und direkter dem Leistungsstaat gegenüber sieht, werden Gleichheitssatz und Teilhabeformen relevant.

²³³⁾ Ähnl. *Herzog*, Allg. Staatslehre, 383; *Zippelius*, Allg. Staatslehre, 3. Aufl. 1971, 162 f. — Im Leistungsstaat stellt sich das Problem des Verhältnisses von Freiheit und Gleichheit durch die Öffnung zur sozialen Wirklichkeit auf neue Weise und schärfer als im bürgerlichen Ordnungsstaat und seiner Gesellschaft, wo es keine freie Selbstverantwortung und Selbstbestimmung in dieser durch eine „Klassenherrschaft“ zusammengehaltenen „Klassenge-

Zweck hat die Dogmatik Verfahren zu entwickeln, die Richtschnur für sozialstaatliche (Leistungs-)Gesetzgebung sind. Die grundrechtliche Freiheit darf jedoch nicht von der Gleichheit her „buchstabiert“ werden; ihre *negatorische* Seite ist gegenüber unverhältnismäßigen Zugriffen des um der Gleichheit willen leistenden Staats zu intensivieren²³⁵). Das Verhältnis von Freiheit und Gleichheit ist jeweils *konkret* zu bestimmen; ebenso ist das Verhältnis von *Freiheit und Sicherheit*²³⁶) das des „rechten Maßes“. Ein Zuwenig an realer Sicherheit, z. B. an gesicherten Lebensbedingungen, droht die garantierte Freiheit zu einem leeren Abstraktum zu machen, mit dem der Bürger „nichts anfangen“ kann, ein Zuviel kann Freiheit als Selbstverantwortung und Wagnis gefährden, ja „ersticken“.

Der Versuch, Leistungsstaat und Grundrechte einander zuzuordnen, der *Verfassung* auch in der leistenden *res publica* „normative Kraft“ beizumessen, Rechts- und Sozialstaat über

sellschaft“ (Heller, Staatslehre, 112 f.) gab. Zum Widerspruch von formeller und materieller Freiheit und Gleichheit als den Gegensatz von Staat und Gesellschaft beherrschendes Problem: Heller, aaO. S. 122. Redeker, DVBl. 1971, 369 (373): Die Rspr. des BVerwG hat aus der ursprünglichen Abwehrrnorm gegen Willkür (Art. 3 GG) eine Anspruchsnorm auf Gleichbehandlung gemacht.

²³⁴) Der Gleichheitssatz begründet Ansprüche auf einen grundrechtlich abgesicherten Minimalstandard (zum Schutz der grundrechtlich konstituierten Gemeinschaftsordnung als Aufgabe der Polizei: J. P. Müller, aaO. 196 ff.).

²³⁵) Z. B. besteht keine Pflicht zur Arbeit, wohl aber ein Recht auf Arbeitslosenunterstützung, s. aber § 26 BSHG.

²³⁶) Schon die klassischen habeas-corporis-Rechte gewährleisteten Sicherheit und dadurch Freiheit für die Ausübung anderer Grundrechte. Waren die erwähnten „Sicherheitsrechte“ die Garantien des Bürgertums, die ihre Freiheit erst real machten, so sind die sog. sozialen Grundrechte und Teilhaberechte aus dem Bereich der sozialen Sicherheit in ähnlicher Weise Bedingung der übrigen Freiheitsrechte. Es geht um Freiheit *und* Sicherheit, nicht um Sicherheit statt Freiheit. K. Loewenstein, Verfassungslehre, 2. Aufl. 1969, 342: „Die leere Form der Freiheit und Gleichheit war mit der Substanz staatlicher Leistungen zu erfüllen, die den unteren Klassen ein Mindestmaß an wirtschaftlicher Sicherheit und sozialer Gerechtigkeit garantierten“. Heller, Staatslehre, 120, spricht von einer „immanenten Logik der politisch-sozialen Freiheits- und Gleichheitsforderung“, die sich nicht nur in der bürgerlichen Gesellschaft, sondern auch im Proletariat auswirkte. Sieht man diese sozialgeschichtlichen Zusammenhänge, so erscheinen die „sozialen Grundrechte“ als verallgemeinerter Ausdruck derselben Idee personaler Freiheit, die die heute „sozial“ interpretierten liberalen Grundrechte trug. Leistungsstaatliche Aktivität wird tendenziell zur sozialen Erfüllung von Freiheit und Gleichheit für alle — solange nur Eigeninitiative und Selbstverantwortung nicht infrage gestellt werden.

Grundrechte „zu versöhnen“²³⁷⁾, kann auf diesem Weg erfolgen. Die Verfassung wird damit noch nicht zum „juristischen Weltenei“, aus dem alles hervorgeht²³⁸⁾, sondern wirklichkeitsbezogener Rahmen und Sozialprogramm²³⁹⁾ einer „res publica semper reformanda“, Substanz von Aufgaben²⁴⁰⁾. Grundrechte und verfaßter Leistungsstaat dienen dem Ziel, freiheitliches Leben in sozialem Ausgleich und Humanität zu ermöglichen („soziale Grundrechtsgerechtigkeit“ und „-ausgleich“).

Ohne den — effizienten — Leistungsstaat gibt es keine positive Grundrechtsmöglichkeit und -wirklichkeit²⁴¹⁾. Wir stehen vor „praktischer Sozialisierung“²⁴²⁾ grundrechtlicher Freiheit in leistungsstaatlicher Dimension, „Sozialisierung“ hier *nicht* als Verstaatlichung verstanden. Es handelt sich um einen permanenten, offenen Prozeß, der Freiheit „allgemein“, öffentlich macht, ohne daß ihre private Seite vernachlässigt werden dürfte: sie wird in unterschiedlichen Formen *aufs Ganze* gesehen öffentliches Gemeinwohl, als das sie auch die Rechtsprechung bewertet²⁴³⁾. „Praktische Grundrechtssozialisierung“ ist Ziel des politischen Willensbildungs- und Entscheidungsprozesses. Der grundrechtsfördernde Leistungsstaat ist die Antwort auf soziale Grundrechtsdefizite. Grundrechtliche Freiheit als die Freiheit des sozialen Lebens im ganzen begriffen erlaubt erst, von einer freiheitlichen *Grundordnung* zu sprechen.

²³⁷⁾ Dagegen: *Forsthoff*, Industriegesellschaft, 148. Problematisch ist es, in der Ungleichheit, die das Leben der Gesellschaft kennzeichnet, eine dialektische Entsprechung zu der staatsbürgerlichen Gleichheit zu sehen (so aber *Forsthoff*, ebd. 22). „Dialektik“ hilft über die Diagnose, daß ein Übermaß an Ungleichheit in der Gesellschaft zur Unfreiheit wird, nicht hinweg.

²³⁸⁾ *Forsthoff*, aaO. 144 (kritisch: *P. Häberle*, ZHR 136. Bd. (1972) i. E.).

²³⁹⁾ Dagegen *Forsthoff*, aaO. 67.

²⁴⁰⁾ *Ipsen*, VVRStRL 27 (1969) 88; — z. B. die Daseinsvorsorge; gegen deren Einbeziehung in das Verfassungsrecht: *Forsthoff*, aaO. 78 ff. — BVerfGE 21, 362 (375): zu einer speziellen Daseinsvorsorgefunktion (Arbeiterrentenversicherung) als typischer Aufgabe des Sozialstaates. — Zum Zusammenhang von Sozialstaat und „vom GG auch besonders aufgegebenen Daseinsvorsorge“: E 21, 245 (251).

²⁴¹⁾ Leistende Staatsfunktionen können den „praktischen Grundrechtsnutzen“ aller mehrten, vgl. *Zacher*, VVDStRL 25 (1967) 366. Um dies zu sehen, bedarf es einer praktischen Theorie der Grundrechte (vgl. *meine* Andeutungen in DÖV 1969, 363 f.).

²⁴²⁾ Mit Recht konnte man in bezug auf die Kommunalisierung der Versorgungs- und Verkehrsbetriebe von einer „praktischen Sozialisierung innerhalb der bürgerlichen Ordnung“ sprechen (so *Heffter*, zit. bei *Badura*, Verwaltungsrecht im liberalen und sozialen Rechtsstaat, 1966, 14 Anm. 18). Speziell für die Umverteilungsprozesse „nach oben“, von erwachsenen Kindern zu ihren Eltern (über die Altersversicherungssysteme), spricht *Zacher*, DÖV 1970, 3 (14) von Sozialisierung.

²⁴³⁾ Dazu *P. Häberle*, *Öff. Interesse*, 355 ff.

Hier einige Beispiele: Verkehrsanstalten und Versorgungsbetriebe, insgesamt die öffentlichen Einrichtungen, sind dem Bürger nicht näher als staatliche Grundrechtspolitik²⁴⁴), z. B. Verkehrspolitik (Art. 11), Sicherung der Arbeitsplätze durch Konjunktur- und Infrastruktursteuerung (Art. 12 GG) oder im Umweltschutz²⁴⁵), der internationale Planung verlangt. Die „kommunalisierten“ Bereiche sind erweitert: infrastrukturelle „Vorleistungen“, etwa der Gemeinden zur Industrieansiedlung und damit auch für Arbeitnehmer, werden „sozialisiert“. Dieser „Sozialisierung der Vorleistungen“ folgt meist eine „Privatisierung der Gewinne“, die wenigstens teilweise zu resozialisieren sind²⁴⁶). Der *Leistungsstaat betreibt kollektive und individuelle Daseinsvorsorge großen Stils (Grundrechtsvorsorge)*, ohne daß dabei Bedrohungen und Chancen der Grundrechte „im Kleinen“ aus den Augen verloren werden dürfen²⁴⁷).

Der beschriebene *Wandel des Eigentumsbegriffs* läßt sich als beispielhafter Vorgang „praktischer Sozialisierung“ dieses Grundrechts begreifen. [Da unter den Bedingungen der Indu-

²⁴⁴) Die „Konstitutionalisierung“ der *Forsthoffschen Daseinsvorsorge* legt der empirische Befund nahe. War sie bei Forsthoff ursprünglich für die existenznotwendigen Leistungen durch Sozialversicherung, Versorgungsbetriebe und Verkehrsanstalten gemünzt (die Vorsorge für das „Alltägliche“), so wurde sie im Lehrbuch auf alle von der Verwaltung unmittelbar dem Einzelnen erbrachten Vorteile und Leistungen ausgedehnt, durch die eine für den sozialen Rechtsstaat typische Bedürfnisbefriedigung erfolgt (Nachw. bei *Badura*, oben Anm. 242, S. 21 f.). *Forsthoff* hat in der Diskussion um Verfassungsauslegung und den sozialen Rechtsstaat auf der *Verfassungsebene* daraus nicht die Konsequenzen gezogen. Heute ist das Bürger-Staat-Verhältnis in der Daseinsvorsorge des leistungsstaatlichen Bereichs genauso eng wie das Verhältnis von Bürgern und Kommunen. Die Kommunen waren als „Leistungsträger“ — sozialstaatlich und grundrechtlich gesehen — *Schrittmacher!* Leistungsstaatliche Konsequenzen für die Grundrechtsdogmatik sind: Die Vorsorge für das „Alltägliche“ erfolgt heute verstärkt durch Bund und Länder sowie etwaige öff.-rechtliche regionale (Zweck)Verbände.

²⁴⁵) Speziell das Problem des Umweltschutzes zwingt zur Bejahung eines „Naturrechts“ i. S. eines Maßgaberechts auf humane Natur, ehe die inhuman gewordene Umwelt als „Unnatur“ existenzgefährdend wird.

²⁴⁶) Vgl. die Kontroverse zwischen den Münchner Jusos und *OB Vogel*, *SZ* Nr. 47 v. 24. 2. 1971 S. 8 f.

²⁴⁷) Das Fernsehurteil (BVerfGE 12, 205 (262 f.)) tendiert mit seinem Pluralismus-Postulat auf eine — sehr offene und freie — Form der „Sozialisierung“ des Art. 5 GG (pluralistische Öffentlichkeit!); allen grundgesetzlich zulässigen Formen der Beschränkung von Monopolbildungen bei den Massenmedien geht es um freiheits-schaffendes Leistungsrecht in Gestalt von Organisationsgesetzen (von der Fusionskontrolle bis zu Mitbestimmungs- und Publizitätsgesetzen).

striegesellschaft soziale Sicherheit weniger aus privatrechtlicher Verwendung des produktiven Eigentums als aus öffentlich-rechtlicher Austeilung von Bezugsrechten, aus „publizistischen Eigentumsurrogaten“ (Köttgen) entspringt²⁴⁸), bedeutet dies für Art. 14 GG, daß solche Positionen „als Eigentum“ geschützt sind, die an die Arbeitsleistung und den individuellen Arbeits-einsatz anknüpfen. Arbeitskraft ist heute das Eigentum des Bürgers²⁴⁹); damit erweitert sich der Grundrechtsschutz im Vergleich zum „klassischen“ Eigentumsrecht. Art. 14 GG wird effektiver für die Gesamtordnung. Dieser leistungsorientierten Erweiterung korrespondiert eine sozialstaatliche Verringerung des Eigentumsschutzes: das „produktive Eigentum“ (und Bodeneigentum²⁵⁰), Spekulationsgewinne) wird im Leistungsstaat für Gemeinwohlbindungen und gegenüber wirtschaftlichen Steuerungsmaßnahmen „anfälliger“.]

Soziale Freiheit ist im Regelfall nicht eine Funktion des Eigentums, sondern der Arbeit²⁵¹). Aus dieser Einsicht müssen für Art. 12 GG²⁵²), dem „Arbeit“ primär zugehört, Konsequenzen gezogen werden: durch Erweiterung des Schutzbereichs dieses Grundrechts, als des Rechts der sozialen Freiheit gegen-

²⁴⁸) Badura, oben Anm. 242, S. 26; ders., DÖV 1968, 446 (447) spricht von einer „durch die Verfahrensweise der parlamentarischen Demokratie gesteuerten Vergesellschaftung des privat-autonomen Eigentumsnutzens“, dessen es der sozialen Sicherheit und der Prosperität wegen bedarf.

²⁴⁹) Hätte die (Grundrechts)Dogmatik einen Teil der Energie, die sie auf den Schutz des „eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs“ verwandte, auf den der persönlichkeitsbezogenen Arbeitskraft konzentriert, so wäre man heute bei der Inhaltsbestimmung des Art. 12 GG im Leistungsstaat weiter (s. die Polemik von Wiethölter, in KJ 1970, 121 ff., der gegen die „Zerschneidung aller Verbindungslinien“ von Arbeit (und Beruf) zum Eigentum zu Felde zieht (124) und auch für Nichtunternehmer die „Entfaltung des Persönlichkeitsrechts“ fordert (127 f.)). S. jetzt BVerfGE 30, 292 (334).

²⁵⁰) Dazu BVerfGE 21, 73 (83). Wichtig: Art. 161 I, II Verf. Bay.

²⁵¹) Und der die Bedingungen der Arbeit und ihres Ertrags ständig beeinflussenden Verwaltung (so mit Recht Badura, Verwaltungsrecht, 27).

²⁵²) Der freilich meist nur als Grundrecht des Mittelstandes praktisch wird. S. aber BVerfGE 7, 377 (397): „Die Arbeit als ‚Beruf‘ hat für alle gleichen Wert und gleiche Würde“. — Die heutige „Arbeitsgesellschaft des demokratischen Zeitalters“ (Badura, Verwaltungsrecht, 5) manifestiert sich auch in Akzentverlagerungen im Grundrechtskanon (von der wirtschaftlichen zur geistigen Freiheit: Scheuner, DÖV 1971, 1 (2)). — Im Bereich des Art. 14 GG gibt es heute „feinere“ Formen einer latenten Sozialisierung dieses Grundrechts: Steuern, staatliche Förderung der Vermögensbildung (in Arbeitnehmerhand) sind in der Intention typische Formen leistungsstaatlicher Grundrechtssozialisierung.

über dem Arbeitgeber (soziales Teilhaberecht) wie auch gegenüber der sozialgestaltenden Legislative und Exekutive (durch verfahrensmäßige Absicherung). [Was durch Lenkung, (Um-)Verteilung, Steuerung und Planung zu Eigentum werden bzw. Art. 12 als „Persönlichkeitsrecht“ effektiver machen kann, läßt sich heute weniger durch einen einmaligen (dauerhaften) materiellrechtlichen Gesetzesakt festlegen, sondern bedarf der erwähnten Verfahren. Diese Verwaltungszwecke, die „Staats“-zwecke sind, richten sich jedenfalls nicht primär *gegen* die Grundrechte, sondern *dienen* grundrechtlicher Freiheit als *sozialer Freiheit*: man denke an wettbewerbserhaltende Maßnahmen, wo Marktbeherrschung droht, Konjunkturpolitik im Interesse der Wachstumsvorsorge (*Ipsen*), Vollbeschäftigungspolitik²⁵³) und Maßnahmen zur Erhaltung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts.]

Gefahren bestehen im Umschlag zum totalen Wohlfahrtsstaat, der den status negativus dort verdrängt, wo das prekäre Verhältnis von Freiheit und Gleichheit²⁵⁴) zur Verabsolutierung letzterer pervertiert und der Bürger die Sicherheit der Freiheit vorzieht. Der Rechtsstaat ist zwar sehr sozial zu machen, indes gibt es kein Zurück vom „totalen“ Sozialstaat zum Rechtsstaat! Die Dynamik des sozialen Wohlfahrtsstaats ist hier faktisch-politisch irreversibel, die Flexibilität der Gesamtordnung begrenzt. Eine Korrektur durch Verfahren von „trial and error“²⁵⁵) findet nicht mehr statt.

Mittel, einer solchen sozial- und leistungsstaatlichen „Verfremdung“ grundrechtlicher Freiheit entgegenzutreten, sind die Grundrechte und ihre leistungsrechtliche Komponente. Der „Wachstumsprozeß“ des Sozialstaatsprinzips²⁵⁶) darf nicht auf Kosten des Rechtsstaats gehen. Die „Erfindung“ neuer Kontroll- und Verfahrensformen muß dies sicherstellen. So differenziert Staat und Gesellschaft einander als „Leistungsgemeinschaft“ zuzuordnen sind: wo sie zur Deckungsgleichheit kommen, ist ein Zustand von *Unfreiheit* erreicht²⁵⁷). Der status negativus muß als Schutz gegen Eingriffe erhalten bleiben²⁵⁸). Die Ver-

²⁵³) *Badura*, oben Anm. 242, S. 16.

²⁵⁴) Es ist ebenso ambivalent wie das Verhältnis Plan-Freiheit.

²⁵⁵) Dazu BVerfGE 5, 85 (135).

²⁵⁶) Im „Sog“ des Sozialstaatsprinzips steht heute vordringlich das Grundeigentum: seine Gemeinwohlbindungen sind zu verdichten, und zwar um staatliche Leistungen im Grundrechtsbereich Dritter zu ermöglichen! (Städtebauförderungsg, Raumordnung und Landesplanung, Gebietsreform und Umweltschutz).

²⁵⁷) *Dürig*, VVDStRL 29 (1971) 127.

²⁵⁸) Der status negativus kann z. B. durch neue Teilhabeformen verstärkt werden; denn eine Intensivierung des status activus be-

fahrensseite erlangt Bedeutung, da sie einem *Zuspätkommen* vorbaut. Indes muß nicht jeder Lebensvorgang öffentlich legitimiert werden; Teilhabe ist eben nur partiell.

2. Grundrechte als Verfassungs- bzw. „Staats“ziele, (auch) als positive Kompetenznormen

Die Frage nach „Grundrechtspflichten“ des Staates wird noch dringlicher als die nach Grundpflichten des Bürgers. Grundrechtsaktivierung ist im sozialen Leistungsstaat „Verfassungsziel“ in dem Sinne, daß *alle* gleiche Grundrechtschancen haben sollen, um ein menschenwürdiges Dasein zu führen und sich frei zu entfalten²⁸⁹). [Die Verfassung intendiert dies um der Freiheitlichkeit ihres öffentlichen und privaten Gesamtzustandes, um sozialer Gerechtigkeit willen.] *Darum* sind die Grundrechte nicht bloß negative, sondern positive Kompetenznormen, darum kommt es zu „sozialstaatlicher Grundrechtspolitik“²⁹⁰).

Die Konflikte zwischen Grundrechten finden in leistungsstaatlichen „Zielkonflikten“ ihr Gegenstück. So wird das erstrebte Wirtschaftswachstum „um jeden Preis“ angesichts der Gefahr für Umwelt und Volksgesundheit (z. B. am Arbeitsplatz) Abstriche hinnehmen müssen (etwa Konsumverzicht).

deutet u. U. zugleich Schutz gegen Eingriffe und gegen Gruppenherrschaft.

²⁸⁹) Grundrechtsaktivierung ist unentbehrlich, um humanes Leben zu ermöglichen. In einer freiheitlich-demokratischen Ordnung, die sich als Sozialstaat versteht, muß staatliche Aktivität und die sie „bindende“ Dogmatik auf das Ziel der gleichen Chancen aller im Grundrechtsbereich ausgerichtet sein. Der soziale Leistungsstaat „denkt“ — so gesehen — den Eingriffsstaat „weiter“.

²⁹⁰) S. BuMi K. Strobel, in: Gesundheitsbericht 1971, Vorwort: „Sie (sc. die Gesundheitspolitik) dient der Sicherung der Menschenwürde und der freien Entfaltung der Persönlichkeit... gleichzeitig ist eine effektive Gesundheitspolitik eine unerläßliche Voraussetzung, um die Leistungsfähigkeit der Volkswirtschaft... zu erhalten“. — „Grundrechtspolitik“ kann in unvermuteten Bereichen ihren Niederschlag finden: so etwa im G über Unfallversicherung für Schüler und Studenten sowie Kinder in Kindergärten vom 18. 3. 1971 (BGBl. I S. 237). Die Versicherten werden dadurch in ihrem Maßgabe-Recht auf (Aus)Bildung gestärkt. — Daß die Grundrechte mit der Zunahme „gesellschaftsgestaltender Staatspolitik“ bedroht werden, hat Herzog 1968 in FS für Hirsch, 63 (64, 65, 67, 71) hervorgehoben. Die zweite, wesentliche Seite der Grundrechte, ihre positive Relevanz für staatliche Aktivität, ist im Ansatz erkennbar: Grundrechte als „gewisses Programm einer staatlichen Gesellschaftspolitik (71); ihre Bedeutung für die „Orientierung der staatlichen Politik“ (73), „Richtlinienfunktion“ der Grundrechte, ihre „Mobilisierung“ im gesellschaftspolitischen Bereich (75). — Eine Vereinheitlichung des Bildungswesens wirkt sich praktisch zugunsten des Art. 11 GG aus. — Zur Politik der „Eigentumsstreuung“: Zacher, DÖV 1970, 3 (5); BVerfGE 12, 354 (368 f.).

Grundrechtlich kollidieren Art. 14, 9 III und 12 einerseits, Art. 2 II 1 und 12 GG andererseits.

„Gemeinschaftsaufgaben“²⁶¹⁾ sind leistungsstaatliche Grundrechtskompetenzgewinne des Bundes. Neue Staatsaufgaben²⁶²⁾, z. B. der Umweltschutz, sind neue Grundrechtsaufgaben. Entsprechende Verfassungsänderungen und Leistungsgesetzgebung sind sozialstaatliche „Erschließung“ neuer Sozialbereiche²⁶³⁾. Staatliche Arbeitsvermittlung statt fiktiver Vertragsfreiheit ist gleichfalls ein Beleg. „Grundrechte als Verfassungsziele“ ist die Folge: Grundrechte sind Gemeinwohlaufgaben der res publica, sie umschreiben demnach (auch) staatliche Kompetenz; die Kompetenzkataloge enthalten Aufträge für leistungsstaatliche Grundrechtsentfaltung. Das dualistische Gegeneinander von staatlicher Betätigung (Organisation) und grundrechtlicher Freiheit ist zum differenzierten Miteinander geworden. „Grundrechtspolitik“, Grundrechte als positive „Verfassungsziele“ — das ist befremdend für die Tradition des bürgerlichen Rechtsstaats, die die Grundrechte gerade nicht positiv auf die Staatszwecke projiziert²⁶⁴⁾. In der sozialen Demokratie unserer res publica liegen die Dinge anders: grundrechtliche Freiheit als soziale Freiheit „wird“ nicht ohne leistungsstaatliches Zutun.

Über die Zukunft der Grundrechte im Leistungsstaat wird vor allem im organisatorischen Teil der Verfassung und in ih-

²⁶¹⁾ Vgl. Art. 74 Ziff. 11a, 19a, Art. 75 Ziff. 1a, 91a u. b, 104a, 109 IV GG.

²⁶²⁾ Z. B.: Kulturstaatliche Subventionspolitik (Förderung von Jugendgruppen nach dem Bundesjugendplan). Bei Gesetzesnovellen, die sozialen Mißständen abhelfen wollen, läßt sich „hinter“ dem sozialpolitischen ein grundrechtspolitisches Ziel erkennen: z. B. der Entwurf zur Änderung der GewO, um das Maklergewerbe von „unseriösen Praktiken“ zu befreien, damit Wohnungssuchende wirksamer als bisher vor finanziellen Schäden geschützt werden (FAZ v. 22. 6. 1971 S. 4). Schutzgut ist Art. 13 GG.

²⁶³⁾ Da der „autonome“ Bereich des Individuums in der komplexen Industriegesellschaft kleiner geworden ist (Forsthoff), muß der Leistungsstaat aktiv werden, um dabei das faktische Grundrechtsdefizit juristisch wettzumachen.

²⁶⁴⁾ Staatszwecke und Grundrechte waren nur negativ miteinander verbunden. Der Niedergang der Staatszwecklehre machte jede innere Verknüpfung von Staatszwecken und grundrechtlicher Freiheit schon im Ansatz unmöglich. — Angesichts der internationalen Verflechtung der Wirtschaft und der Solidarität aus humanen Gründen ist Entwicklungspolitik eine Aufgabe des Sozialstaates, dem es um soziale Gerechtigkeit nicht nur im staatsinternen Bereich geht. Entwicklungshilfe ist eine besondere Erscheinungsform des Leistungsstaates — eine neue öff. Aufgabe mit Grundrechtsbezug, die der Interdependenz von Leistungsstaat und -gesellschaft nicht ausweichen kann.

ren Verfahren entschieden: es ist Sache des durch Grundrechte mitkonstituierten politischen Willensbildungsprozesses, diese zur aktuellen *Aufgabe* staatlicher Leistungen zu machen²⁶⁵).

[Der vom GG vorausgesetzte und gewollte Pluralismus als Strukturelement der freiheitlichen Demokratie²⁶⁶) ist keine selbstverständliche Gegebenheit; in bestimmten Sozialbereichen muß er vom Staat *geschaffen* werden: durch Pluralismus-Gesetze — er ist Gegenstand staatlicher Leistung. Um der für den Pluralismus konstitutiven Grundrechte willen muß der Staat Leistungen erbringen. Die Grundrechte können insoweit weder ohne staatliche Leistung (keine Staatsfreiheit!) und diese nicht ohne Grundrechte gedacht werden²⁶⁷.]

Das BVerfG ist ebenso wie die Lehre noch entfernt von dem Gedanken der „Grundrechtspolitik“, d. h. der Idee, die Grundrechte rechtfertigend dann heranzuziehen, wenn es um ihre aktive Förderung und nicht um ihre Begrenzung geht. Nur vereinzelt finden sich Entscheidungen in diesem Sinne, etwa zu Art. 6²⁶⁸) und 13 GG²⁶⁹); ein Grund hierfür dürfte sein, daß das

²⁶⁵) Das kann in verschiedenen Formen (Förderung des öff. Nahverkehrs, Gebietsreform) geschehen.

²⁶⁶) Vgl. *Fraenkel*, Der Pluralismus als Strukturelement der freiheitlich-rechtsstaatlichen Demokratie, in: *Verh. d. 45. DJT* (1964) Bd. II, B 1.

²⁶⁷) Grundrechtsförderung als Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips und der Gemeinwohlaufgaben, „Entfaltungsauftrag der Grundrechte“ (*Zacher*, VVDStRL 24 (1966) 236). Anders die Sicht des Verfassungsstaates, bei der die Grundrechte die Rolle einer negativen Staatszielbestimmung übernehmen: *Herb. Krüger*, VVDStRL 15 (1957) 109 (111). Die sachliche Zuordnung leistungsstaatlicher Aktivitäten in bezug auf die Grundrechte (*Zacher*, VVDStRL 27 (1969) 102: Einbettung der Grundrechte in die staatliche Daseinsgewährung) bedeutet: Grundrechte beschränken nicht nur, sie legitimieren auch die Staatsgewalt. Wichtig BVerfGE 7, 198 (205): Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung „empfangen“ vom Wertesystem (der Grundrechte) „Richtlinien und Impulse“.

²⁶⁸) Für Art. 6 I: E 6, 55 (76); 17, 210 (217 f.), 223, ohne Bezugnahme auch auf Art. 13); 21, 1 (6); 24, 104 (109), 119 (135); 28, 104 (113), 324 (347); 29, 71 (79); für Art. 6 II: E 24, 119 (144 f.); s. auch 7, 320 (323); für Art. 6 V: E 22, 163 LS 2; 25, 167 (173); 26, 44 (60).

²⁶⁹) E 18, 121 (132 f.): „Wertentscheidung des Art. 13 GG.“ In E 30, 129 (148), „Interesse einer Förderung des Wohnungsbaus“, bleibt Art. 13 unerwähnt. — Für Art. 12 GG: E 21, 245 (249): Rechtfertigung des Arbeitsvermittlungsmonopols vom „Blickpunkt des Art. 12 I GG her.“ S. auch S. 251 ff. die sozialstaatlich abgesicherten Gemeinwohlaspekte, S. 256: Hinweis auf das Interesse des Einzelnen. E 7, 377 (406): Gedanke der Förderung eines Berufes und damit der Erzielung einer höheren sozialen Gesamtleistung. — Für Art. 5 III GG: E 15, 256 (265): Verantwortung des Staates für die Förderung der Wissenschaft.

GG wenig sozialpolitische Regelungen enthält²⁷⁰). [Da es zu „Zielkonflikten“ zwischen verschiedenen Grundrechtsinteressen (und anderen Gemeinwohlaspekten) kommen kann, benennt das BVerfG die Grundrechte wohl auch deshalb nicht als positive Verfassungsziele, um die politische Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers nicht zu tangieren. Dennoch sollte es seine grundsätzliche Zurückhaltung bei der interpretatorischen Verwendung von „negativen“ Grundrechten behutsam revidieren²⁷¹).]

²⁷⁰) Wichtig E 29, 221 (237; s. auch 241 ff.), wo im Rahmen einer etwaigen Verletzung des Art. 2 I GG die Vorsorge durch die Pflichtversicherung auch als „Förderung“ der Persönlichkeitsentfaltung qualifiziert wird.

²⁷¹) So hätte es in E 17, 210 (WohnungsbauprämienG) nahegelegen, nicht nur abstrakt von der gesetzgeberischen Förderung aus wirtschaftlichen, sozialen oder gesellschaftspolitischen Gründen zu sprechen, sondern auf Art. 13 GG Bezug zu nehmen; nur auf das Schutz- und Förderungsgebot des Art. 6 I GG wird verwiesen (aaO. 218, s. auch 223 f.). In E 11, 105 (113) — Kindergeld — wird zwar die „Sorge für Kinder“ als „Sozialtatbestand“ qualifiziert, jedoch nicht grundrechtlich (Art. 6 GG) abgesichert. — In E 16, 147 (168) wird zwar die „Zunahme der Verkehrsunfälle“ relevant, Art. 2 II 1 GG bleibt jedoch unerwähnt; ebenso unergiebig 23, 50 (58 ff.) — Gesundheit (Nachtbackverbot) —; 20, 283 (295); 20, 351 (362); 22, 1 (21) — Schutz der Arbeitskraft als Gemeinwohlaspekt. In E 13, 97 (107); 17, 232 (238 ff.); 25, 236 (247) wird die Volksgesundheit ebenfalls nicht grundrechtlich begründet. — Eine Fundgrube für „grundrechtspolitische“ Gesichtspunkte dürfte die Rspr. zu Art. 3 GG sein — Grundrechtsinteressen sind sachlich „einleuchtende“ Differenzierungsgründe, bzw. ihre Verletzung verstößt gegen Art. 3 GG: z. B. E 12, 354 (367 ff.); 18, 38 (47 f.); 20, 31 (33); 22, 100 (103); 22, 163 (168); 23, 258 (263 f.); 28, 206 (213); 28, 324 (348 f.); 29, 71 (79); 30, 250 (270 f. i. V. m. 268 ff.). Auch die Rspr. zum Sozialstaatsprinzip könnte ergiebig sein. Das BVerfG scheint jedoch oft lieber an das Sozialstaatsprinzip anzuknüpfen — z. B. E 9, 73 (82), s. auch 10, 354 (368 ff.); 21, 245 (251 ff.) — als „durch dieses hindurch“ an die Grundrechte selbst, als positive Kompetenznormen staatlicher Förderungspolitik! Das Sozialstaatsprinzip müßte gerade von den neu verstandenen Grundrechten her und i. V. mit Art. 3 GG Konturen gewinnen. Gleiches gilt für die „Gemeinwohljudikatur“ des BVerfG: zuletzt E 30, 292 (323 f. i. V. m. 316 ff.); Gemeinwohlg Gesichtspunkte, die bei näherem Zusehen grundrechtsschützenden Aspekt haben: z. B. in E 20, 31 (34). — Insgesamt darf das BVerfG ermutigt werden, Grundrechte als Verfassungsziele, soziale Schutzaufträge und Gemeinwohlaspekte behutsam einzuführen. Bestimmte sozial- und wirtschaftspolitische („grundrechtspolitische“) Anliegen des Gesetzgebers, die etwa als Gemeinschaftsgüter bei der Begrenzung von (anderen) Grundrechten oder bei der Konkretisierung des Gleichheitssatzes aktuell werden, sollten als Grundrechtsinteressen beim Namen genannt werden. Auch sollte bei der Auslegung von Bestimmungen wie Art. 109 GG der Grundrechtsaspekt sichtbar werden (Art. 12).

Auch der *Bayerische Verfassungsgerichtshof* hat bislang große Zurückhaltung geübt, die leistungsstaatliche und -rechtliche Seite der Grundrechte zu aktivieren: er versagte sich insofern die Funktion der „Leistungsrechtsprechung“. Dies ist bemerkenswert: einmal, weil die Bayerische Verfassung viele sozialstaatliche, grundrechtsrelevante Spezialnormen nennt²⁷²), so daß der dogmatische Durchbruch von der eingriffs- zur leistungsstaatlichen bzw. -rechtlichen Konzeption naheläge, zum anderen, weil der Gerichtshof seine Kompetenz zur Feststellung von verfassungswidrigem legislatorischem Unterlassen bejaht²⁷³). [Trotzdem weicht er dem subjektiven öffentlichen Recht zugunsten des bloßen Programmsatzes²⁷⁴) aus, dessen inhaltliche Bedeutung er variiert²⁷⁵). Begründet wird diese dogmatische „Rückstufung“ u. a. mit der Begrenztheit der öffentlichen Mittel²⁷⁶) und dem vermuteten Unvermögen des Staates, die geforderten Leistungen zu erbringen²⁷⁷) (Möglichkeit der Leistung als „Entstehungsvoraussetzung“ des Leistungsanspruchs!). Die zweite Begründung ist funktionell-rechtlicher Natur. Die mangelnde Justitiabilität²⁷⁸) veranlaßt das Gericht, diesen grundrechtlichen Bereich dem Vorbehalt des Gesetzes zu unterwerfen²⁷⁹).]

Gewiß kann man weder von der Verfassung noch vom Verfassungsrichter Unmögliches verlangen. Gleichwohl muß die Dogmatik die für die leistungsstaatliche und -rechtliche Seite der Grundrechte typische Kategorie der „Unmöglichkeit“ differenzierter behandeln. So ist klar zu sagen, daß es sich um „Unmöglichkeit“ für den Richter handelt²⁸⁰) — er kann keine

²⁷²) Z. B. Art. 106 I u. II, 125 II, 126 III, 128, 133 I, 139, 140, 141, 151, 162, 166—168, 171 BayVerf.: „soziale Grundrechte“, grundrechtliche Schutzaufträge, grundrechtsfördernde Pflichten des Staates, Einrichtungsgarantien.

²⁷³) BayVerfGH 11, 203 (213); 13, 90 (95); 14, 4 (17); 17, 74 (77); 17, 107 (113); 21, 14 (18, 23).

²⁷⁴) 3, 2 (3); 12, 91 (112); offengelassen in 12, 152 (163); 13, 10 (19); 13, 109 (123); 13, 141 ff.; 15, 49 (53 ff.); 17, 30 (38).

²⁷⁵) Von dem „moralischen Anspruch“ (BayVerfGH 15, 49 (53, 56)) des Einzelnen über den Auftrag an den Gesetzgeber (17, 74 (84); 18, 79 (82 f.)) bis hin zum Auslegungstopos (11, 81 (89); 15, 49 (55 ff.)) und „Grundsatz“ (7, 1 (3)).

²⁷⁶) 12, 21 (35); 13, 109 (124), 141 (142 f.); 17, 74 (84).

²⁷⁷) 15, 49 (52, 55).

²⁷⁸) 15, 49 (57); 18, 79 (83).

²⁷⁹) 7, 1 (3); s. auch 13, 109 (123).

²⁸⁰) Vor allem ist es unzulässig, die Geltungsqualität und -intensität von „sozialen Grundrechten“ oder Verfassungsbestimmungen mit einer leistungsstaatlichen bzw. -rechtlichen Komponente ggf. bis zum bloßen Programmsatz zurückzustufen. Damit denkt man zu stark in der Alternative subjektives Recht oder Programmsatz oder in der Gleichung: rechtliche Bindung gleich richter-

grundrechtsförderlichen Titel in den Etat einsetzen. Im übrigen muß steuernde Dogmatik den Weg freihalten, im Einzelfall auch aus (negativen) Grundrechten Leistungsansprüche zu entwickeln. Die wachsende Rolle der (wirtschaftlichen) „Unmöglichkeit“ als grundrechtsdogmatischer, weil grundrechtsbegrenzender Figur ist eine Folge der Tatsache, daß der — neutrale — Leistungsstaat bemüht ist, Chancengleichheit herzustellen und die wirtschaftlichen Barrieren des praktischen Grundrechtsgebrauchs aller zu verringern.

Soweit eine *allein* die Ausgrenzungsfunktion betonende, liberale Grundrechtsauffassung dem Leistungsstaat hemmend entgegentritt, ist durch das beschriebene Grundrechtsverständnis die optimale Ergänzung zwischen staatlicher Leistungsfähigkeit und grundrechtlicher Freiheit zu suchen. Die Tendenz vom *Gesetzesvorbehalt zum Verfahrensvorbehalt* sucht diesen Weg zwischen „Skylla und Charybdis“: reinem Anspruchsdenken und sozialem Grundrechtsdefizit. Am Beispiel der *Bildungspolitik* bedeutet dies: aus Art. 2 I, 7 und 12 i. V. m. 3, 20 I (Sozialstaats- und Demokratieprinzip), Art. 5 GG (Informationsfreiheit) sowie ggf. i. V. m. einfachen Gesetzen folgt das Recht auf Chancengleichheit im (Aus)Bildungsbereich, auf gleichen Zugang zu den Ausbildungsstätten. Das aus Art. 12 GG fließende (soziale) Teilhaberecht ist insofern materiell begrenzt, als nicht von vornherein individuelle Ansprüche auf Zugang zu bestimmten Lehrveranstaltungen bestehen^{279b)}. Hier setzt die zum „sozialen Grundrecht“ führende verfahrensrechtliche Seite des Grundrechts ein: der Staat muß gesetzlich regeln, unter welchen Voraussetzungen über Verfahren Ansprüche entstehen. Würde man materiellrechtlich ein weitergehendes Grundrecht (z. B. auf bestimmte staatliche Leistungen) dem Art. 12 GG entnehmen, wäre der Leistungsstaat überfordert. Seine sozialgestaltende Aufgabe im Bildungsbereich beinhaltet schließlich, daß er Bildungs„ansprüche“ dort „wecken“ soll, wo sie aus sozialen Gründen nicht erhoben werden.

Leistende Funktionen legitimieren sich — wie gezeigt — aus Einzelgrundrechten i. V. m. Art. 3 und 20 I GG. Sie sind Teil des konstitutionellen Gemeinwohlauftrags zu leistungsstaat-

liche Kontrolle und verbaut die Möglichkeit, auf andere Weise der Grundrechtsverbürgung Wirkung zu eröffnen, z. B. über den Gleichbehandlungsgrundsatz, über das Sozial- und Kulturstaatsprinzip, über Generalklauseln oder über den Verfassungsauftrag an den Leistungsgesetzgeber.

^{279b)} So „überholt“ im Leistungsstaat das grundrechtsrelevante objektive Recht das subjektive (Grund)Recht. Es gibt Verfassungsaufträge („Prinzipien“) von „Grundrechtsnutzen“, denen (noch) kein subjektives öffentliches Recht entspricht.

licher Grundrechtsintensivierung, dem es um den Menschen geht. Überdies wird staats theoretisch relevant, daß soziale Gefälle, die zum Klassenkampf treiben, desintegrierende Wirkung auf das Gemeinwesen zeitigen. Jeder Bürger muß mündig sein können, andernfalls ist die *res publica* nicht Sache aller.

Dogmatisch bieten sich zur Sicherung eines *status negativus* nicht mehr *nur* gegen den (auch grundrechtsbegrenzenden) Leistungsstaat, sondern *mit seiner Hilfe* gegen Mächtige oder Gruppen verschiedene Wege:

Die „mittelbare“ Drittwirkung *Dürigs* ist bekannt. *Scheuner* hat für diese Tagung den Begriff der „sozialen Breitenwirkung“ der Grundrechte geprägt²⁸⁰). Sie entfalten als Teilhaberechte Schutzwirkung gegen Gruppenmacht^{280a}). Zu denken ist an Verhinderung von Pressekonzentration und die Forderung nach „innerer Pressefreiheit“ (Binnenstruktur grundrechtlicher Lebensbereiche). Die Grundsätze des *BVerfG* im Fernseh-Urteil zielen ebenfalls auf den Schutz grundrechtlicher Freiheit vor sozialmächtigen Faktoren²⁸¹). Es geht überwiegend um Freiheit *durch* den Staat²⁸²), um grundrechtskonformes *Handeln*²⁸³), nicht um Unterlassen.

Inwieweit Grundrechte über die Erfüllung von *Verfassungsaufträgen* in die Dimension sozialer Teilhabe- und Leistungsansprüche hineinwachsen²⁸⁴), läßt sich nur differenziert beant-

²⁸⁰) *Scheuner*, DÖV 1971, 503 (506).

^{280a}) Zur Notwendigkeit des Schutzes vor Gruppenmacht und Unverzichtbarkeit der Hilfe des Staates: *Scheuner*, AöR 95 (1970) 353 (402); s. auch *H. H. Rupp*, VVDStRL 27 (1969) 113 (119 f.). Die individuelle Freiheit bedarf des neutralen Staates zum Schutz gegen kollektive gesellschaftliche Fremdbestimmung.

²⁸¹) *Scheuner*, AöR 95 (1970) 353 (402, 405).

²⁸²) Angesichts der leistungsstaatlichen Bedingtheit der grundrechtlichen Freiheit stellt sich die Frage nach dem, was hinter den Bestrebungen nach „staatsfreien Räumen“ steht. Teils mag es darum gehen, sich dem Netz leistungsstaatlicher Bedingtheiten zu entziehen, teils geht es um „Demokratisierung“ auf Kosten des Rechtsstaats, dessen Friedensfunktion nicht mehr erkannt wird.

²⁸³) „Soziale Gerechtigkeit“ ist als soziale Frage ein — wenn nicht das — Grundrechtsproblem. Leistungsstaatliche Aktivitäten und die Dogmatik zu ihrer juristischen Bewältigung dienen dem „Grundrechtsausgleich“ i. S. realer Freiheit für alle. Daher das Wort von der „Grundrechtspolitik“ und den Grundrechtsaufgaben als Staatsaufgaben. „Soziale Grundrechtsgerechtigkeit“ ist das Ziel sozialstaatlicher Aktivitäten in bezug auf und im Rahmen der Grundrechte („Grundrechtspflichten“). Insbesondere gilt das für *daseinsicherndes Leistungsrecht*, Vollbeschäftigungspolitik, Berufswahl einflussvermittelnde Planpolitik.

²⁸⁴) *Schaumann*, JZ 1970, 48 (52), spricht in bezug auf die „Sozialrechte“ von einer „Mittlerfunktion“ zur Wahrung und Weitung

worten²⁶⁵). „Einstieg“ ist der angesichts der veränderten Wirklichkeit *neu* interpretierte Art. 3 GG. Danach stehen alle Grundrechte über das Sozialstaatsprinzip unter einem freiheitsstiftenden „sozialen Vorbehalt“²⁶⁶): Gleichheit i. S. gerechter sozialer Zuordnung²⁶⁷).

Doch ist davor zu warnen, „grundrechtspolitische Wunschvorstellungen“ als Verfassungsaufträge zu deklarieren, in der Hoffnung, sie seien juristisch ein Ersatz für das, was eigentlich der politische Prozeß ergeben sollte. Die „Verdichtung“ bestimmter Grundrechtsinteressen zu Leistungsansprüchen ist vor allem Sache des Gesetzgebers; der Richter kann allenfalls punktuelle Anstöße im „Wachstumsprozeß“ der Verfassungsverbürgung geben. Verfassungsauftrag oder gar subjektiver Leistungsanspruch stoßen oft auf die begrenzte Leistungsfähigkeit der Volkswirtschaft. Ein Zuviel an Verfassungsaufträgen kann auf Kosten der normativen Kraft der Verfassung gehen, die keine leistungsstaatliche Lebensversicherung ist²⁶⁸). Der Verfassungsauftrag ermöglicht es aber, die Grundrechte *praktisch* über Legislative und Exekutive „wirklich“ zu machen²⁶⁹). Sie sind i. V. m. Art. 3 GG und dem Sozialstaatsprinzip Verfassungsaufträge an den Leistungsstaat, die ausnahmsweise in Ansprüche umschlagen; in der Regel bleibt es beim

des Freiheitsraumes durch Verbesserung der Existenzbedingungen, in welcher Funktion sie auf den Gesetzgeber angewiesen seien.

²⁶⁵) „Freiheit durch Teilhabe“ über gesetzgeberische Aktivität (Zacher, Sozialpolitik und Menschenrechte, 29: „Abwehrrechte können mit einem Satz effektiv eingeräumt werden, Leistungsrechte können nicht ebenso als Allgemeinsätze effektiv sein“), z. B.: eine etwaige Teilsubventionierung der Presse. Grundrechte können zu justiziablen Leistungs- bzw. Teilhabeansprüchen umschlagen, weil ein Ausschluß von *vorhandenen* öff. Einrichtungen bzw. erbrachten Leistungen Art. 3 GG verletzen würde (dazu Heinze, oben Anm. 171, S. 67 ff.; Hesse, Grundzüge, 121). Die grundrechtliche Abwehrseite bleibt unverzichtbar.

²⁶⁶) Ausdruck von A. Hensel, Grundrechte und politische Weltanschauung, 1931, 29.

²⁶⁷) Hesse, Grundzüge, 87. S. auch H. H. Rupp, JZ 1971, 401 (402): „Die Grundrechte wollen egalitäre Freiheit sichern und nicht die Privilegien einiger Weniger.“

²⁶⁸) Vgl. Ehmke, VVDStRL 20 (1963) 53 (72): Verfassung ist keine politische Lebensversicherung. — Verfassungsaufträge sind keine Leistungsgarantie, z. B. keine wirtschaftliche Wachstumsgarantie. Vor einer „Überanstrengung“ des Verfassungsrechts ist bei Verfassungsaufträgen zu warnen (kein „Verfassungsfetischismus“).

²⁶⁹) Für jedes Grundrecht ist gesondert zu untersuchen, wann und wo die über Verfassungsaufträge entfaltete soziale Teilhabe umzuschlagen droht in eine Egalisierung, die die grundrechtliche Freiheit selbst gefährdet. Die Chancengleichheit auf (Aus- und Weiter-) Bildung darf nicht umschlagen in eine Pflicht zu einer bestimmten Ausbildung.

Auftrag, der sich auf *verfahrensrechtliche* Ausgestaltungen richten kann.

Die Qualifizierung der Grundrechte als „*werdende Teilhaberechte*“ setzt einen aktiven demokratischen Willensbildungsprozeß voraus, den Verfassungsaufträge nur favorisieren, aber nicht (faktisch) garantieren können²⁹⁰). Diese Lösung ist eine Absage an das im Zeichen der „*Justizstaatlichkeit*“ oft allzu strapazierte „*Vollzugsdenken*“. Verfassungsaufträge sind kein „*Tischlein-deck-dich*“ für leistungsstaatliche Grundrechtseffektivierung, das die Realität des Bruttosozialprodukts beiseite schieben könnte.

Dem GG sind grundrechtsrelevante Verfassungsaufträge von unterschiedlicher normativer Kraft zu entnehmen²⁹¹), die je eine besondere Affinität zur leistungsstaatlichen und -rechtlichen Seite der Grundrechte haben²⁹²). Das ist keine Kapitulation des „*sozialen Grundrechtsverständnisses*“ vor der Faktizität; die Konstruktion eines Verfassungsauftrags *ohne* korrespondierende grundrechtliche Ansprüche läßt zwar das materielle Verfassungsrecht nicht seine „*Fortsetzung*“ im Prozeßrecht finden, ist aber „*typisch leistungsstaatlich*“: denn grundrechtsrelevante Leistungen werden erbracht, ohne daß schon kongruierende subjektive öffentliche Rechte bestehen²⁹³).

²⁹⁰) Grundrechtsrelevante Verfassungsaufträge bleiben im Spannungsverhältnis von Ziel und Erfüllung, von Wunsch (Idee) und Wirklichkeit, von Notwendigkeit und Möglichkeit, wenn man will: von jenem Stück unverzichtbarer konkreter Utopie, dem Prinzip Hoffnung und Realität, das für das Verhältnis von verfassungsrechtlicher Normativität und Normalität überhaupt kennzeichnend ist.

²⁹¹) Zu den Verfassungsaufträgen: *Denninger*, JZ 1966, 767 ff.; *Wienholtz*, Normative Verfassung und Gesetzgebung, 1968; grdlg. zur Rspr. des BVerfG: *Lerche*, AöR 90 (1965) 341 ff.

²⁹²) Grundrechte als „*werdende Teilhaberechte*“: leistungsstaatliche Funktionen geben ihnen „*von unten her*“ Konturen, die auf Dauer eine Verdichtung zum justitiablen Maßgabegrundrecht bewirken können. — Bereits erfolgte Konkretisierungen können zwar modifiziert, aber im Prinzip nicht mehr rückgängig gemacht werden (*Suhr*, *Der Staat* 9 (1970), 67 (92): „*soziales Rückschrittsverbot*“): als „*Erfüllung*“ des Sozialstaatsprinzips i. V. m. den Grundrechten gehören sie zur materiellen Verfassung, sind sie der irreversible Bereich leistungsstaatlicher (Grund)Rechtswirklichkeit.

²⁹³) Z. B. das Zweite Verstromungsg v. 5. 9. 1966 (BGBl. I 545), das keinen Anspruch auf Subventionen gibt, sondern als Kann-Vorschrift formuliert ist; vgl. *Börner*, oben Anm. 38, S. 39. — § 3 III Raumordnungsg; s. auch *Ipsen*, VVDStRL 25 (1967) 257 (267 i. V. m. Anm. 26). Aus der Rspr.: BVerwGE 34, 188 (190 f.). Zur „*Teilhabe*“ als Figur der Sicherstellung der Versorgungsleistungen: *Heinze*, oben Anm. 171, S. 30. Gegen die Lösung „*einklagbares subjektives öff. Recht auf Arbeit*“ spricht auch die Gefahr, daß das Recht auf

3. „Leistungsstaatliche und leistungsrechtliche Seite“ der Grundrechte

Die flexibel zu haltende Lehre vom individualrechtlichen und institutionellen „Doppelcharakter“ der Grundrechte²⁹⁴) bedarf der Ergänzung durch die „leistungsstaatliche“ und „-rechtliche“ Komponente²⁹⁵). Dies bedeutet: Die Grundrechte entfalten neben ihrer Abwehrfunktion über den status activus eine sozialstaatliche Teilhabeseite. Der Teilhabecharakter der Grundrechte „verdichtet“ sich auf *Verfassungsebene* grundsätzlich nicht zu subjektiven Ansprüchen²⁹⁶), als „steuernde Reaktionen auf staatliche Leistungsgewähr“²⁹⁷) können sie aber zu Leistungsgrundrechten werden; die Teilhabequalität ist in der Regel (objektiver) Verfassungsauftrag, der sich aus dem jeweiligen Grundrecht i. V. m. Art. 20 I und 3 GG ergibt²⁹⁸). Die objektiven, sanktionslosen, kultur-, wirtschafts- und arbeitsrechtlichen Pflichten des Leistungsstaats reichen (als „Prinzipien“) *weiter* als subjektive Berechtigungen.

Arbeit die Pflicht zur Arbeit nach sich zieht: es „kippt“ zum Pflichtrecht um (s. die Warnung *Dürigs*, VVDStRL 28 (1970), 252).

²⁹⁴) P. Häberle, Wesensgehaltgarantie, 70 ff., 163 ff.

²⁹⁵) Das Sozialstaatsprinzip bedeutet nicht nur *Bindungen* der Freiheit, sondern intendiert *auch* soziale Grundrechtsentfaltung für alle. Der Sozialstaat ist die Aufforderung, inhaltlich und durch Verfahren (z. B. die Verstärkung des status activus processualis, die Einführung der „staatlichen Grundrechtspflichten“, der „Grundrechtsinteressen“) die Grundrechte effektiver zu machen. Das bewirkt freilich auch eine inhaltliche Korrektur von Grundrechten Weniger (z. B. am Bodeneigentum an Seeufern). Die normierende Kraft des Sozialstaatsprinzips ist im Leistungsstaat Konsequenz grundrechtlicher Freiheit. — Die Grundrechte sind nicht nur eine Leistung(schance) des Bürgers, sie sind auch eine Leistung des Staates als organisierter menschlicher Handlungs- und Wirkungseinheit (*Heller*). Daseinsvorsorge wird zur Grundrechtsvorsorge (z. B. über öff. Einrichtungen).

²⁹⁶) Vielmehr ist die Teilhabequalität nur (objektiver) Verfassungsauftrag, der sich aus dem jeweiligen Grundrecht i. V. m. dem Sozialstaatsprinzip und Art. 3 GG ergibt.

²⁹⁷) *Kloepfer*, oben bei und in Anm. 62, S. 2, 11 m. Anm. 61.

²⁹⁸) Besonders im Bereich des auch in anderen Grundrechten wirksamen sozialen Schutzauftrags des Art. 1 I GG sowie in bezug auf die Schaffung von gleichen Grundrechtschancen aller (wichtig die Sozialpflichtigkeiten der Bürger „untereinander“ (*E. R. Huber*, DÖV 1956, 200 (201 f.)), im Bildungsbereich und für die „sozialen Grundrechte“ liegt eine Antwort auf soziale Grundrechtsdefizite der „klassischen“ Freiheitsrechte. Von „Grundrechtsförderung als Maxime staatlichen Handelns“ spricht *Kloepfer*, aaO. 18 f., Anm. 80. — Wichtig wird die Frage nach den Voraussetzungen des Grundrechtsgebrauchs: Freiheit hat nun einmal ihre *tatsächlichen* Voraussetzungen!

Die Frage ist: „Grundrechte nach Maßgabe der ökonomischen Leistungsfähigkeit des Leistungsstaats“ oder „Leistungsstaat nach Maßgabe der Grundrechte“²⁹⁹⁾? Ein Grundrecht in seinem status *positivus* gegen den Leistungsstaat unter den Maßgabevorbehalt zu stellen, relativiert es ebenso wenig, wie dies bei Maßgabegrundrechten herkömmlicher Art der Fall ist³⁰⁰⁾. Der Leistungsstaat kann wegen dieses Vorbehalts keineswegs über das Grundrecht „verfügen“³⁰¹⁾. Der normative Druck, Grundrechte zu effektivieren, besteht, ohne daß vom Leistungsstaat Unmögliches verlangt wird.

Die *Ausgangsthese* ist: „Leistungsstaat nach Maßgabe der Grundrechte“; sie bestätigt sich, wenn man davon ausgeht, daß die Bürger mehr leisten, wenn sie frei sind und ein Optimum an *Möglichkeit* zur Selbstbestimmung haben. Eine „realistische Korrektur“ ist die Forderung, daß die Grundrechtsbegrenzungen (etwa bei Art. 14 GG) nicht so verschärft werden dürfen, daß Leistungsanreize und damit gesamtgesellschaftliches Leistungsniveau und Wirtschaftswachstum entfallen. Keine öffentlichen Leistungen ohne persönliche Leistungen³⁰²⁾! Das individuelle (Leistungs-)Erwerbsstreben muß sich noch lohnen, die Steuerquellen dürfen nicht etwa durch Besteuerung zum Versiegen gebracht werden — schon Stillstand bedeutet Rückgang,

²⁹⁹⁾ Z. B. stehen die sozialen Grundrechte i. eng. S. ebenso wie die Grundrechte, die sich über öff. Einrichtungen verwirklichen, unter Maßgabevorbehalt. Klassische Grundrechte als bloße Abwehrrechte „kosten“ den Staat so wenig, daß hier ein finanzieller Maßgabevorbehalt ignoriert werden kann. Die einzelnen Grundrechte setzen unterschiedliche Intensität leistungsstaatlicher Aktivität voraus. Im (Aus- und Weiter-)Bildungswesen und bei den ihm zugehörigen Grundrechten steht heute die Entfaltung des Leistungsstaats zur Grundrechtsverwirklichung im Vordergrund. Auf dem Gebiet des öff. Wohnungsbaus — Art. 13 i. V. m. Art. 3, 20 I GG — ist grundrechtsrelevante Leistungsstaatlichkeit noch notwendig. Grundrechte wie Art. 4 GG sind primär unter dem Blickpunkt des Eingriffsstaats wichtig.

³⁰⁰⁾ Dazu P. Häberle, *Wesensgehaltgarantie*, 180 ff., 194 f.

³⁰¹⁾ Im Gegenteil: „Grundrechte nach Maßgabe des Leistungsstaats“ ermöglicht die Differenzierung der Grundrechte nach ihrer Eigenart und den ihnen zuzuordnenden leistungsstaatlichen Funktionen und stellt vor allem verfahrensmäßige Anforderungen i. S. des leistungsstaatlichen due process, Partizipationsformen im Namen der Grundrechte und der Demokratie.

³⁰²⁾ Bei sinkendem realem Bruttosozialprodukt kann z. B. keine „expansive Bildungspolitik“ als Grundrechtspolitik betrieben werden. Das Wirtschaftswachstum (Art. 109 GG i. V. m. dem StabG) steht zum Verfassungsauftrag auf Chancengleichheit im Bildungswesen nicht nur in einem Spannungsverhältnis, sondern diese ist die Voraussetzung von jenem. Art. 109 intendiert die *Notwendigkeit* der Bildungsplanung (Art. 91 b GG).

und was nützen Grundrechtsgarantien ohne steigendes Brutto-sozialprodukt und ohne gleichzeitigen Abbau „öffentlicher Armut“³⁰²?

Der Streit um den *numerus clausus*³⁰³) ist Paradigma für ein leistungsstaatliches Grundrechtsproblem³⁰⁴). Es geht um zwei Grundfragen: die Geltungsgrundlage und -qualität, Rechtsnatur und Schutzrichtung des Grundrechts sowie die Begründung etwaiger zulässiger Begrenzungen.

Der Zugangsanspruch zu den Hochschulen³⁰⁵) ist ein „Maßgaberecht“ (Art. 12, 5 III, 1 I, 3, 20 I GG), d. h. es steht von vornherein unter dem — verfassungskonformen — Vorbehalt des Leistungsstaats, seiner *Möglichkeiten* zur Effektivierung dieses Rechts³⁰⁶). Dieser Maßgabevorbehalt³⁰⁷) erlaubt eine Abstufung der Grenzen und ihre differenzierte verfassungsrechtliche Begründung. [Bekanntlich wird teils aus immanenten Grundrechtsgrenzen³⁰⁸), teils in Analogie zur Stufentheorie des BVerfG³⁰⁹) und damit i. S. einer Güterabwägung argumentiert³¹⁰.)] Das Leistungsprinzip läßt sich als „Eignung“ aus den allgemeinen Überlegungen zum Verhältnis Demokratie, Grundrechte und Leistungsprinzip³¹¹) im sozialen Leistungsstaat und zu der gesamtwirtschaftlichen Kostenseite rechtfertigen. [Die Berücksichtigung des Dienstes bei der Bundeswehr legitimiert sich aus der verfassungsrechtlichen Anerkennung dieser Institution³¹²), des Ersatzdienstes (Art. 12 a II GG) aus dessen Leistung für die Allgemeinheit. Die — justitiable — Kapazitäts-

³⁰³) Beim „sozialen“ *numerus clausus* (Behebung durch den Bau von Studentenwohnraum) ist die leistungsstaatliche Seite der Art. 13 und 11 sowie 5 III GG angesprochen.

³⁰⁴) Vgl. die Einbeziehung der Universitäten als öff. Einrichtungen in die Garantenstellung der öff. Gewalt (OVG Koblenz NJW 1970, 824 (825)).

³⁰⁵) Z. B. *Barbey*, JZ 1971, 473 (476 Anm. 22, 481 Anm. 59, 477). — OVG Koblenz aaO. S. 825 f.: „mehrschichtige Konkretisierung“ des Grundrechts der Berufsfreiheit.

³⁰⁶) Zur Demokratisierung der Bildung durch Eröffnung freien Zugangs zu Ausbildungsstätten (soziale Gleichheit): *Scheuner*, DÖV 1971, 1 (4).

³⁰⁷) Er rechtfertigt sich aus der Einbettung des zum Teilhaberecht werdenden chancengleichen Zugangsrechts in den Leistungsstaat und einer Gesamtbetrachtung der Verfassung.

³⁰⁸) VG Frankfurt JZ 1970, 365; BaWüVGH in: BaWüVBl. 1970, 26 (27); OVG Koblenz aaO. 825.

³⁰⁹) *Staff*, NJW 1967, 2234 (2238).

³¹⁰) Nachw. bei *Berg*, JurA 1970, 635 (642 f.); *Schmitt*, DVBl. 1971, 382 (384 f.).

³¹¹) „Effizienz in Freiheit“, Ausdruck bei *Dahrendorf*, in: *Attempo*, H. 29/30, 1968, 28 ff. mit Kritik an jenen Vorstellungen, die die Universität als „Schonraum der Ineffizienz“ ansehen.

³¹²) Art. 73 Ziff. 1, 87 a, 87 b GG.

grenze ist aus Art. 5 III GG (Auftrag für Forschung und Lehre³¹³) und den Rechten schon studierender Dritter (Prioritätsprinzip) zu begründen.

Eine Gesamtschau von Grundrechts- und Kompetenznormen³¹⁴) ist auch bei diesem Maßgabegrundrecht notwendig. Aufgabe der Dogmatik ist es, Konstruktionen zu erarbeiten, die den „Umschlag“ (bzw. die Erweiterung) vom negativen Abwehrrecht zum positiven Teilhaberecht³¹⁵) greifbar, praktikabel und trotz der Grenzen³¹⁶) glaubwürdig machen³¹⁷). Auch unter dem Maßgabevorbehalt bleibt vom subjektiv-rechtlichen status positivus mehr, als ein bloßer Verfassungsauftrag erkennen ließe: das chancengleiche Zugangsrecht zu den *vorhandenen* Hochschuleinrichtungen, das nur nach objektivierten, gerichtlich kontrollierbaren Kriterien des Leistungsprinzips usw. begrenzt werden darf. Gleichzeitig richtet sich ein nicht justitierbarer Verfassungsauftrag an den demokratischen Prozeß und seine Prioritätensetzung. Er wirkt als Appell an die politischen Instanzen, den derzeitigen *numerus clausus* nur als Notbehelf, als Übergangsübel anzusehen³¹⁸). Wie andere Grundrechte, so

³¹³) Vgl. BaWüVGH DVBl. 1969, 931 (934); OVG Koblenz NJW 1970, 824 (825).

³¹⁴) Insbes. Art. 75 Nr. 1 a i. V. m. Art. 72, 73 Ziff. 11 und 91 a Ziff. 1 GG.

³¹⁵) Inhalt und Grenzen des Zugangsrechts müssen auch deshalb über den Maßgabevorbehalt zusammen gesehen werden, weil der Staat (Bildungsmonopol!) in diesem Bereich öffentlicher Ausbildungseinrichtungen Voraussetzungen, Bedingungen und Modifikationen des Zugangsrechts leistungsrechtlich und -staatlich schaffen muß.

³¹⁶) Z. B. kein einklagbarer Anspruch auf Schaffung von Studienplätzen (*Barbey*, JZ 1971, 473 (475, 482 f.); *Schmitt*, DVBl. 1971, 382 (383, 385)); keine Kompetenz der Gerichte, Finanz- oder Hochschulpolitik zu betreiben, indem sie über *vorhandene* Kapazitäten hinaus ein praktisch nicht realisierbares „Recht“ zusprechen, statt die fehlende staatliche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit oder den fehlenden staatlichen Leistungswillen dogmatisch als jedenfalls für den Richter „juristische Unmöglichkeit“ zu qualifizieren; VGH Kassel NJW 1970, 1340 (1341): „*ultra posse nemo obligatur*“; s. auch OVG Koblenz DVBl. 1970, 324 (328).

³¹⁷) I. S. eines reinen Leistungsanspruchs auf Ausbildung aus Art. 11 I Verf. Bad.-Württ.: BaWüVGH DVBl. 1969, 931 (933); s. auch OVG Koblenz NJW 1970, 824 (825); gegen ein „Leistungsrecht“: VG Regensburg BayVbl. 1971, 30 (31).

³¹⁸) Dieser Appell richtet sich vor allem an den demokratischen Gesetzgeber, der, weil es sich um eine dem demokratischen Gesetzesbegriff gemäß „wichtige“ Frage handelt (dazu *Hesse*, Grundzüge, 202 ff.), sich der normativen Regelung des Zugangs, vor allem der Effektivierung des Maßgabegrundrechts (Freiheitsverwirklichung durch leistungsrechtliche Aufgaben) annehmen muß (Hochschulstatistik-, Hochschulplanungsgesetz usw.). Juristisch und poli-

kann sich das infrage stehende nur dann entfalten, „soweit dafür die tatsächlichen Voraussetzungen gegeben sind“³¹⁹).

Die Bevorzugung der „Landeskinder“³²⁰) ließe sich allenfalls aus dem Grundgedanken³²¹) des kommunalen Rechtsprinzips legitimieren, wonach nur die Einwohner einer bestimmten Gemeinde Anspruch auf gleiche Benutzung der öffentlichen Einrichtungen haben. Die Landeskinderklausel verletzt jedoch sowohl Art. 3 III (Heimat)³²²), 33 I³²³) als spezielle Ausformung des Gleichheitssatzes als auch Art. 12 und 11 GG, d. h. das chancengleiche Zugangsrecht als Maßgaberecht des GG. Eine Analogie zu dem erwähnten Grundsatz scheidet daran, daß die besondere Pflichtenstellung der Ansässigen angesichts des vertikalen und horizontalen Finanzausgleichs und der Kooperation von Bund und Ländern beim Ausbau der Hochschulen kein zulässiges Differenzierungskriterium ist: Die Landeskinderklausel ist keine länderbezogene „Leistungsklausel“, sondern eine verfassungswidrige „provinzielle“ Grundrechtsbeschränkung³²⁴). Der numerus clausus zeigt, daß leistungsstaat-

tisch liegt das derzeitige rechts- und leistungsstaatliche Defizit als „Schwarzer Peter“ beim inaktiven Bundes- und Landesgesetzgeber. — Die Gerichte sind überfordert, mögen sie auch „vorpredschend“ den Gesetzgeber an dessen „Grundrechtspflichten“ erinnern. Apodiktisch VG Frankfurt DVBl. 1969, 940 (942): Die immanenten Schranken der Grundrechte müssen sich aus der verfassungsmäßigen Ordnung ergeben und nicht aus einem verfassungswidrigen Finanzgebaren. Krit. dazu BaWüVGH DVBl. 1969, 931 (933). I. S. eines Verfassungsauftrags, den numerus clausus abzubauen z. B. VG Berlin NJW 1971, 1100 (1101 f.); w. Nachw. bei Schmitt, DVBl. 1971, 382 (384); anders VG Regensburg BayVBl. 1971, 30 (31).

³¹⁹) VGH Kassel NJW 1970, 1340 (1341).

³²⁰) Z. B. Art. 3 II 3 BayrHSchZulG (GVBl. 1970 S. 273). Für die Verfassungsmäßigkeit: Bayr.VerfGH BayVBl. 1971, 102 (103 ff.), mit zust. Anm. von Kalkbrenner, ebd. S. 106; abl.: Ott, DÖV 1971, 302 f. — Gegen eine Differenzierung nach Landeszugehörigkeit: VG Saarland, zit. bei Schmitt, DVBl. 1971, 382 (390 m. Anm. 98).

³²¹) Der Bayr.VerfGH spricht, aaO. S. 103, unter Bezugnahme auf Art. 3, 128 Bayr.Verf. von einer Aufgabe des Staates, *den im Lande Ansässigen* die erforderlichen Bildungseinrichtungen zur Verfügung zu stellen.

³²²) BVerfGE 5, 17 (22): Der Begriff „Heimat“ in Art. 3 III GG bezieht sich auf die örtliche Herkunft nach Geburt oder Ansässigkeit (ebenso: E 23, 258 (262)).

³²³) Angesichts der staatsbürgerlichen Bedeutung der Ausbildung ist Art. 33 I GG weit, d. h. so auszulegen, daß er auch das Ausbildungsverhältnis umfaßt (so Maunz-Dürig-Herzog, K., Rdn. 6 zu Art. 33; a. A. mit Nachw.: Bayr.VerfGH, aaO. S. 103).

³²⁴) Ländergrenzen sind keine Berufsausbildungsgrenzen! — Zentrale Zulassungsbeschränkungen, die z. B. den Studienbewerber aufgrund bundesweiter Planung an eine bestimmte Universität ver-

liches *Unterlassen* zu sozialen Grundrechtsdefiziten führt³²⁵). Um so wichtiger wird die Frage, wie das Maßgabe-Grundrecht chancengleichen Zugangs (aller Abiturienten)³²⁶) effektiviert werden kann³²⁷): dies hat vor allem durch zuverlässige Planung und transparente Steuerung zu geschehen.]

Demokratieprobleme sind heute letztlich Bildungsprobleme; daher wird Bedarfsplanung im (Aus- und Weiter-)Bildungswesen zum Grundrechts- und Demokratieproblem (Art. 20 I, 5 GG)³²⁸). Der einzelne hat erst dann reale Freiheit der Berufswahl, wenn ihm Planungsgesetze Entscheidungsgrundlagen liefern. Bedarfs-, Nachfrage- und Kapazitätsplanung im Bildungsbereich ist eine typisch grundrechtseffektivierende leistungsstaatliche Funktion³²⁹). Es ist ein *Bundesbedarfsplanungsgesetz* erforderlich³³⁰), bei dem es auf eine optimale verfahrensrecht-

weisen, da dort die Kapazitätsgrenze noch nicht erreicht ist, wären trotz Art. 11 GG zulässig. Leistungsstaatliche Grundrechtsförderung im Interesse des Maßgabe-Grundrechts auf Zugang zu den Ausbildungsstätten legitimiert hier die — unvermeidliche — Beschränkung eines anderen Grundrechts.

³²⁵) Die Rspr., die die Zulassungsverfahren objektiviert, ist „Leistungsrechtsprechung“.

³²⁶) Die Abiturnote ist bislang der alleinige „formalisierte“ Qualifikationsnachweis; doch bleibt zu fragen, ob Testprüfungen für Studiengänge geboten sind. — Zur Schizophrenie in der Bildungspolitik: Einerseits tut der Staat alles, um möglichst viele zum Abitur zu führen (statt sich stärker der Lehrlingsausbildung anzunehmen), andererseits etabliert er den *numerus clausus*.

³²⁷) Zum Sozialstaatsprinzip als *Begründung* einer *Pflicht* der Behörden, ihre Ausbildungsvorschriften so einzurichten, daß den Wehrpflichtigen vermeidbare Schwierigkeiten bei der Wiederaufnahme ihrer Ausbildung erspart werden: BVerwGE 34, 188 (190 f.). Der *Ellwein-Plan* über das (Aus-)Bildungswesen in der Bundeswehr will sich der „leistungsorientierten zivilen Umgebung angleichen“ (FAZ v. 14. 8. 1971 S. 2).

³²⁸) Bildungsplanung soll im Hochschulbereich *nicht nur* am mittelten gesamtgesellschaftlichen „Bedarf“ orientiert werden. Das Zugangsrecht zu Universitäten ist keine Abhängige der staatlich diktierten „gesellschaftlichen Erfordernisse“ wie in Art. 26 I der DDR-Verfassung (1968). Individuelle Studienwünsche sind wegen der höchstpersönlichen Seite des chancengleichen Zugangsrechts (als einem Stück freier Selbstverwirklichung) auch unter dem Leistungsgesichtspunkt legitim: Wer seinen Wünschen entsprechend studieren kann, wird seinen späteren Beruf mit größerer Hingabe ausfüllen als der „Gesteuerte“.

³²⁹) Zulässigkeit und Grenzen der „influenzierenden“ Planung sind nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu bestimmen; denn es besteht die Gefahr, daß sie einer „versteckten“ imperativen Planung (Berufslenkung) nahekommt. Indikative und informative Nachfrage-, Bedarfs- und Kapazitätsplanung im Hochschulbereich ist eine sozialstaatliche und grundrechtliche Pflicht des Staates.

³³⁰) Die Kompetenz zur Gesetzgebung für den Bund ergibt eine Zusammenschau der Art. 73 Ziff. 11, 74 Ziff. 13, 75 Ziff. 1 a, 91 a

liche Ausgestaltung ankommt (Publizität und Pluralismus³³¹), da Verfahren entscheidend werden für die materielle Bedeutung der Grundrechte³³². Im (Aus- und Weiter-)Bildungsbereich werden Leistungsgesetze vom Typ der Planungs-, Steuerungs-, Organisations- und Verfahrensgesetze³³³) unverzichtbar. [Zu unterscheiden von indikativen und informativen Planungsgesetzen sind Berufslenkungsgesetze³³⁴). Hier ist zu differenzieren: Imperative Berufslenkung ist verfassungswidrig. Mittelbare Berufslenkungsgesetze sind im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zulässig; das Sozialstaatsprinzip und die ihm zugehörigen Gemeinwohlgesichtspunkte (wie z. B. Volksgesundheit) können notwendige Steuerungen rechtfertigen³³⁵). Die gemeinwohlorientierte Steuerung der durch materielle Vorteile attraktiver gemachten Berufswahl (Lehrerberufe, Landärzte) und gezielte Werbung für bestimmte Berufe sind zulässig.

Ziff. 1 i. V. m. Art. 12,3 GG sowie der „Natur der Sache“. Der Grundgedanke des Art. 91 a GG ist analog heranzuziehen; Abs. 3 zeigt, daß das GG nicht von einer ausschließlichen Zuweisung von Aufgaben der Planung, ihrer Verfahren und Einrichtungen an die Exekutive ausgeht.

³³¹) Die Entwicklung von „Kooperationsmodellen“ zwischen Staat und Hochschulen fordert die BAK, *numerus clausus*, H 6 (1969) S. 7. 30.

³³²) Das Gesetz müßte z. B. Regelungen über die Verfahren der Beschaffung der Informationen und der Bedarfsfeststellung treffen. Datenprognosen und Orientierungsdaten sind in Publizität unter Beteiligung pluralistischer Gremien zu erstellen. Über die Zusammensetzung der Gremien muß das Gesetz (ein PluralismusG) selbst entscheiden, damit nicht einseitig bestimmte Interessen (z. B. Standesinteressen der Anwalts- und Ärztekammern) repräsentiert werden. Vertreter der Hochschulen, einschließlich der Studenten, müßten beteiligt sein.

³³³) Vgl. jetzt das HochschulStatG vom 31. 8. 1971 (BGBl. I S. 1473).

³³⁴) *Berg*, *JurA* 1970, 635 (644): Unzulässigkeit eines *numerus clausus*, der vom Staat mit dem Ziel der Berufslenkung, sei es aus berufs- oder sozialpolitischen Gründen, eingeführt wird. S. aber *Oppermann*, *VVDStRL* 27 (1969) 207: (besonders) wichtiges Gemeinschaftsgut, die Verteilung der enormen Studentenzahl entsprechend der sozialen Wichtigkeit der einzelnen Berufe vorzunehmen. *Bayr. VGH VerwRspr.* 21 Nr. 68 S. 284: Das in Art. 12 GG begründete Verbot einer staatlichen Berufslenkung steht einer dem Sozialstaatsgedanken entsprechenden Orientierung der Leistungsverwaltung an dem künftigen Bedarf an Fachkräften nicht entgegen.

³³⁵) Zu denken ist an die Forderung des Verbands der niedergelassenen Ärzte (FR v. 10. 3. 1971 S. 1), durch eine Klausel im BundeshochschulrahmG das Problem der unterbesetzten Landarztstellen dadurch zu lösen, daß eine medizinische Fakultät einen Teil ihrer Plätze für solche Studierende freihält, die sich verpflichten, anschließend einen „dringend erforderlichen Arztsitz“ zu übernehmen.

Bei der (Aus-)Bildungsplanung, im Spannungsfeld von individuellen Wünschen, gesellschaftlicher Nachfrage und volkswirtschaftlicher Leistungsfähigkeit, ist zu berücksichtigen, daß eine unbegrenzte Mobilisierung der Finanzmassen durch übergroße Steuererhöhungen den Leistungsstaat auf lange Sicht in Grundrechtsdefizite bringt, auch dann, wenn auf eine ständige Steigerung des privaten Konsums zugunsten des öffentlichen Bedarfs und öffentlicher Investitionen verzichtet werden sollte.]

Sehr konkret, aber zu wenig unter dem Gesichtspunkt leistungsstaatlicher Grundrechtseffektivierung gewürdigt, begegnen sich Grundrechte und sozialer Leistungsstaat in (staatlichen oder kommunalen) *öffentlichen Einrichtungen* wie: Schulen³³⁶), Kinder-, Lehrlings- und Altersheimen, Stadthallen, Krankenhäusern und Museen. Wie sehr der Leistungsstaat hier Grundrechte gefährden kann, zeigt sich etwa beim Postwesen³³⁷) (Art. 10 I, 73 Ziff. 7, 87 I GG) im Streit um die Gebührenerhöhung der Priesetarife für Fernschreibleitungen³³⁸). Öffentliche Einrichtungen sind ein Stück Grundrechtswirklichkeit im Sozialstaat³³⁹), sie illustrieren zugleich den Aussagewert der leistungsstaatlichen Maßgabeformel³⁴⁰).

Dogmatisch stand die Frage der Grundrechtsbegrenzung und ihrer Reichweite in solchen besonderen „Gewalt“verhältnissen im Vordergrund. Die Schrankenfunktion der Grundrechte ist weiterhin bedeutsam; allerdings lassen sich Intensität und Intimität z. B. personaler Leistungen (Pfleger-alte Menschen,

³³⁶) Art. 7 GG — als objektive Seite Korrelat eines subjektiven Maßgabe-Rechts auf (Aus)Bildung — ist insofern Ausdruck von Leistungsstaatlichkeit: im Schul- und Bildungswesen hat schon der bürgerliche Rechtsstaat große Leistungen erbracht!

³³⁷) Das BVerwG (DÖV 1971, 385 f.) bejaht einen Anspruch auf Einrichtung eines Fernsprechanchlusses, jedoch unter Vorbehalt der Möglichkeit („Unmöglichkeit“ als Leistungsansprüche begrenzende Kategorie!).

³³⁸) Hier sind plötzlich Informationsfreiheit und Vielfalt im Zeitungswesen gefährdet (s. den Protest des Dt. Presserats (FR v. 24. 6. 1971 S. 3). Ein „harmloses“ klassisches Verwaltungsinstrument wie die Gebühr und ihre Erhöhung kann grundrechtliche Freiheit dadurch gefährden, daß die Voraussetzungen ihrer Verwirklichung erhöht werden. Teilhabe ist hier Bedingung für grundrechtliche Freiheit, ein Stück Freiheit!

³³⁹) Zum Sozialstaat als „Staat der Einrichtungen“ im Anschluß an Kötting: Scholz, Das Wesen und die Entwicklung der gemeindlichen öff. Einrichtungen, 1967, 231. Zu Rundfunk und Fernsehen als „Dienstleistungsunternehmen“ mit Gemeinwohl- und Öffentlichkeitsbezug: BVerfGE 31, 337 abweichende Meinung (343, 345).

³⁴⁰) Speziell zum „Vorbehalt der gemeindlichen Leistungsfähigkeit“: Scholz, ebd. 229.

Lehrer-Schüler etc.) nicht ganz in das Schema der Abwehr und Ausgrenzung einfangen.

Wichtig wird die *positive Seite*³⁴¹): die öffentlichen Einrichtungen und ihre Leistungszwecke vermitteln „Erfüllung sozialer Grundrechte“³⁴²) unter dem Maßgabebewahrt. Die Grundrechtsverwirklichung bedarf einer Fülle solcher Einrichtungen, deren Abwehrseite sich in einer „Schwebelage“ zur Teilhabeseite bzw. leistungsstaatlichen sozialen Daseinsgewährleistung befindet — auch hier wird Daseinsvorsorge zur „Grundrechtsvorsorge“. Die öffentlichen Einrichtungen kommen den Grundrechten von der leistungsstaatlichen Seite her entgegen³⁴³). Der Gleichheitssatz — aus seiner Verharmlosung zum Willkürverbot befreit — ist als Gleichbehandlungsprinzip Garantie dafür, daß nach Maßgabe der Kapazitäten alle gleichen Zugang zu den vorhandenen öffentlichen Einrichtungen haben (status positivus)³⁴⁴).

Die Sonderstatus-Verhältnisse sind (auch) unter dem Aspekt des grundrechtsfördernden Leistungsverhältnisses und nicht nur dem traditionellen des Herrschaftsinstrumentes und -apparats zu sehen; sie dürfen nicht auf die überkommene Rechtsschutzproblematik verengt werden. Die „Erfüllung“ sozialer (Grund-)Rechte — z. B. der Kranken und Behinderten³⁴⁵) — ist auch der Versuch, ihnen die Fähigkeit, die klassischen Grundrechte zu gebrauchen, zu erhalten oder wieder zu geben³⁴⁶).

³⁴¹) I. S. der Betonung der positiven Bedeutung der öff. Einrichtungen für die Grundrechte auch *Herbig*, Die öff. Einrichtungen im sozialen Rechtsstaat der Gegenwart, 1970, 12, 164 ff., 176 ff., 228. Wichtig *Scholz*, aaO. 90 f., s. auch S. 86 f., 219, 228 ff., 242 f.

³⁴²) *Zacher*, Sozialpolitik und Menschenrechte, 58 f.

³⁴³) Diese anstaltlich vermittelte Grundrechtsverwirklichung bedarf der Differenzierung; es finden sich unterschiedliche Arten von Dienstleistungen: Geld-, Sach- und Personalleistungen (*Zacher*, aaO. 51 f., 64 ff.) — Leistungsverhältnisse als ausgestaltete Grundrechtsverhältnisse. Die Geldleistungen sind in ihrem „Grundrechtsnutzen“ meßbar; bei den Personalleistungen über „Betriebsverhältnisse“ könnte man praktisch größeren Grundrechtsnutzen schaffen, wenn man die Grundrechte als Abwehrrechte nicht zu weit vorantreibt: wo Mitbestimmungsforderungen — etwa der Schüler aus Grundrechts- (oder Demokratie) Postulaten der pädagogischen Freiheit des Lehrers und den staatlichen Lehrplänen gegenüber — zu weit nachgegeben wird, könnte der effektive Grundrechtsnutzen für den sich erst sukzessiv in der Anleitung personal entfaltenden Schüler bedroht sein.

³⁴⁴) Beisp.: § 5 PartG, § 17 DGO (ein Grundsatz von Verfassungsrang, vgl. *Scholz*, aaO. 228, 88), § 10 II Bad.-Württ.GO; *Herbig*, aaO. 183 ff., bes. 186 ff.

³⁴⁵) *Zacher*, aaO. 53.

³⁴⁶) Wenn die Bundeswehr Ausbildungszwecke für die Zeit nach dem Wehrdienst verfolgen soll, so kommt es zu parallelen Fragen:

4. Die (Grund-)Rechtsschutzproblematik

a) Allgemeine Problematik

Grundrechtsschutz im Leistungsstaat kann nicht allein vom gerichtlichen Rechtsschutz *a posteriori* her aufgezäumt werden³⁴⁷). Daher ist „zweigleisig“ zu verfahren: über Rechtsschutz im engeren Sinne (Gerichtsschutz) einerseits³⁴⁸) und im weiteren Sinne (nichtjudizieller Art)³⁴⁹), den grundrechtlichen due process, status activus processualis andererseits. [Das anglo-amerikanische Rechtsdenken über den „due process of law“ könnte hier fruchtbar werden³⁵⁰]. Die Entscheidung über die Zukunft der Grundrechte im Leistungsstaat dürfte beim Ausbau dieser nichtrichterlichen — gegebenenfalls nach Etappen

Dienstleistungsfunktionen gewinnen positive Grundrechtsrelevanz. Nach einem Bericht der „Welt“ v. 13. 7. 1971 S. 4 hält die Notwendigkeit, sich auf zwei Berufe einrichten zu müssen, viele vom Offiziersberuf ab, da sie befürchten, „ohne ein später in der zivilen Leistungsgesellschaft verwertbares Hochschulstudium Zeit und Chancen zu verlieren“. — Selbst die Gefangenenanstalt nimmt angesichts der sozialstaatlichen Forderung nach Resozialisierung partiell Dienstleistungscharakter an. Bei all dem darf die Schutzfunktion der Grundrechte im Rahmen dieser öff. Einrichtungen nicht übersehen werden.

³⁴⁷) S. für die Planung: *Ipsen*, VVDStRL 24 (1966) 223. — *Forsthoff*, Industriegesellschaft, 153 f., spricht in bezug auf den für die „tägliche Daseinsfristung“ unentbehrlichen leistenden Staat von einem Unterlaufen des grundrechtlichen Freiheitsschutzes.

³⁴⁸) Hier läßt sich der Rechtsschutz vorsichtig in Anknüpfung an den Gleichheitssatz (vgl. *Forsthoff*, aaO. 154) bzw. das Willkürverbot (*ders.*, VerwRecht I, 9. Aufl., 68, 71 f., 209, 395; *Friauf*, VVDStRL 27 (1969) 1 (34); *Bachof*, ebd. S. 97 f.; *Fuß*, ebd. S. 99 f.) i. V. m. dem Publizitätsprinzip (*Zacher*, VVDStRL 25 (1967) 308 ff. (354 ff.) für die Subventionen; *Friauf*, aaO. S. 38; zuletzt *Heinze*, oben Anm. 171, S. 46 ff., 82 ff., Begründungszwang) intensivieren oder (bzw. und) man fragt stärker nach der intendierten Wirkung staatlicher Funktionen (*Friauf*, VVDStRL 27 (1969) 1 (8)) oder setzt bei dem erweiterten Begriff der „Betroffenheit“ (*Friauf*, aaO. S. 15; *Fuß*, aaO. S. 100; *Wiebel*, Wirtschaftslenkung und verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz des Wirtschafters nach dem Erlaß des StabG, 1971, 49 ff., 78 ff., 85 f.) oder der Verbindung von Leistung und Eingriff (*Mallmann*, VVDStRL 19 (1961) 165 (191) m. N.) an.

³⁴⁹) Ein eindringliches Plädoyer für den „Rechtsschutz innerhalb der Verwaltung“ bei *Forsthoff*, VVDStRL 18 (1960) 202 f.; für eine Vorverlagerung der Beteiligung des einzelnen in den Verwaltungsverfahren: *Ule*, ebd. S. 205. Zum rechtlichen Gehör beim Erlaß des Raumplans: *Imboden*, VVDStRL 18 (1960) 113 (125 ff.), S. 136: der gerichtliche Rechtsschutz in der Nachprüfung des planenden Ermessens droht ins Leere zu greifen.

³⁵⁰) *Scheuner*, VVDStRL 17 (1959) 238, sieht in Art. 19 IV den Grundsatz des „due process“, wonach jeder Eingriff der Verwaltung, der keine genügende Gewähr eines rechtlichen Verfahrens (Vorgehens) enthalte, unzulässig sei.

gestuften — Verfahren³⁵¹) fallen. Art. 19 IV und 103 I GG sind auf den Leistungsstaat hin fortzuentwickeln. Aus Art. 1 I GG folgt, daß über den Bürger nicht ohne Verfahrenssicherungen verfügt werden darf³⁵²).

Hier wird die Unterscheidung in Grundrecht und Grundrechtsinteresse ergebnisreich: Grundrecht ist der sachliche Gehalt, der sich als subjektives öffentliches Recht oder Anspruch justitiabel machen läßt; Grundrechtsinteresse meint faktische Grundrechtsbezüge, die jenseits dieser Grenze liegen — Interessen, die nur in nichtrichterlichen Verfahren optimal geschützt werden können³⁵³).

[Rechtsschutz als Gerichtsschutz und als „nichtjudizieller Schutz“ bilden den Rahmen eines differenzierten Gesamtrechtsschutzsystems³⁵⁴), das herzuleiten ist aus dem Gedanken, Grundrechte und Leistungsstaat seien in der Weise sachlich einander zuzuordnen, daß die Grundrechte ein „Aktivposten“ auch im leistenden Gemeinwesen sind. Verfahrensmäßig disziplinierte Staat-Bürger/Gruppen-Beziehungen sind dem sozialen Rechtsstaat und der Demokratie angemessen. Rechtsschutz im engeren und weiteren Sinne ist angesichts der Interdependenzen von Leistungsstaat und Leistungsgesellschaft nicht nur eine eindimensionale, allein im individuellen Interesse liegen-

³⁵¹) Etwa durch die Konstituierung funktionsnaher pluralistischer Gremien, Auslegungspflichten etc.; bei der Leistungsfunktion Planung meint *Forsthoff*, VVDStRL 18 (1960) 184, das Fundamentalproblem des ganzen Rechtsschutzes sei, daß er meistens zu spät komme; s. die Erwägung *Ipsens*, ebd. S. 194, Rechtsschutz i. S. von Aufsichtsverfahren und verwaltungsinternen, rechtsstaatlichen Sicherungen unter Beteiligung der potentiell Betroffenen. Für rechtzeitigen Interessenschutz auch *Scheuner*, VVDStRL 17 (1959) 238. — Insofern ist der Gerichtsschutz nicht das Maß aller Dinge! — *Herb Krüger*, ebd. S. 221 f., wirft mit Recht die Frage auf, ob und inwieweit je nach der Eigenart des Verwaltungshandelns dieses „in Verfahren zu bringen“ sei.

³⁵²) Historisch war auch der Vorbehalt des Gesetzes eine klassische Form des (Grund-)Rechtsschutzes (dazu *K. Vogel*, VVDStRL 24 (1966) 125 (149 f.)), ebenso wie die Allgemeinheit des Gesetzes (dazu *Schaumann*, ebd. S. 214). S. auch *Herzogs*, VVDStRL 24 (1966) 183 (204 f.), Frage, ob es einen Gesetzesvorbehalt der Sanktion im Bereich der zentralen Planung gibt, die deshalb so berechtigt ist, weil der Bürger bei diesen „großen Gestaltungen“ zwar nur „mittelbar“, dafür aber um so intensiver berührt wird.

³⁵³) Korrekt wäre, nicht von rechtlichem Gehör, sondern von „Interessengehör“ zu sprechen. *Forsthoff*, VVDStRL 18 (1960) 191: „Koordination von Interessen und Rechtslagen“ als spezifisches Element des Plans. — Ein Minus an gerichtlicher Kontrolle kann durch ein Plus an „due process“ ausgeglichen werden.

³⁵⁴) Art. 19 IV und 103 I GG sind die positiv-rechtliche Ausprägung des status activus processualis für jedes Grundrecht.

de Angelegenheit³⁵⁵). An jedem Rechtsschutz im Interesse des Bürgers³⁵⁶) besteht ein leistungsstaatliches öffentliches Interesse. Das konkrete, strikt individualrechtlich begründete Leistungsverhältnis hat vielseitige Ausstrahlungswirkungen auf andere Grundrechte und leistungsstaatliche Aktivitäten³⁵⁷).

Für die Aktivierung des *Gerichtsschutzes* bieten sich zwei Wege an: einmal die behutsame Anknüpfung an überkommene Begriffe, z. B. über Modifikationen des herkömmlichen „Eingriffsbildes“, zum anderen die inhaltliche Intensivierung der Einzelgrundrechte (über Art. 3 GG i. V. m. dem Sozialstaatsprinzip³⁵⁸). Beim Rechtsschutz *im weiteren Sinne* hat man sich von dem Denken „aus der richterlichen Entscheidungssituation“ zu lösen³⁵⁹), da es hier auch um das *Entstehen* grundrechtsbezogenen Leistungsrechts geht³⁶⁰).

³⁵⁵) Für den Rechtsschutz i. w. S. versteht sich das von selbst, er ist Antwort auf die vielseitigen Abhängigkeiten, in die Bürger und Gruppen untereinander und im Verhältnis zu den leistenden Staatsfunktionen geraten sind. Hier muß das Verfahrensrecht zu Hilfe kommen. Dabei ist zu unterscheiden zwischen den Fällen, in denen der verfahrensrechtliche Leistungsvorbehalt oder prozessuale Gesetzesvorbehalt rechtspolitisches Postulat, und jenen, in denen er geltendes Verfassungsrecht ist.

³⁵⁶) Dazu P. Häberle, *Öff. Interesse*, 391 f., 423 f., 500, 536 ff. u. ö.

³⁵⁷) Wo eine leistungsstaatliche Aktion einen Einzelnen konkret „betrifft“, ist Gerichtsschutz meist keine bloß *punktuell* zu erledigende Angelegenheit, kein Streit um eine bloße Individualposition. Die leistungsstaatliche Aktivität insgesamt und mittelbar Grundrechte Vieler (durch faktische leistungsstaatliche Grundrechtsrealisierung) stehen mit auf dem Spiel. In der Diskussion um den Plan wurde mit Recht von der „Herbeiführung einer rechtlichen Schicksalsgemeinschaft“ gesprochen (*Bachof*, VVDStRL 18 (1960) 192; s. auch J. H. Kaiser, ebd. S. 194 f.).

³⁵⁸) Durch eine Erweiterung des „Eingriff-Begriffs“ (mittelbarer Eingriff) und der Betroffenheit sowie die Forderung nach Publizität, die grundrechtliche Chancengleichheit ermöglicht. — Unter Berufung auf Art. 3 GG (Gleichbehandlung) haben die Gerichte immer wieder Grundrechtspositionen gegenüber bzw. in leistungsstaatlichen Funktionen verstärkt. Sobald man ihnen und der Verwaltung (!) hier konsequente dogmatische Lösungen anbietet, kommt der „Rechtsschutz ex post“ nicht mehr zu spät: die Leistungs-Verwaltung stellt sich von vornherein auf die leistungsstaatlichen Rechtsschutzpostulate ein.

³⁵⁹) In der Lit. spricht z. B. *Zeidler*, VVDStRL 19 (1961) 208 (239) von „Rechtsschutz“ in bezug auf die Rechtsaufsicht; *Bachof* von „Rechtsschutzfunktionen“ und ihrer etwaigen Übernahme durch die Verwaltung (VVDStRL 16 (1958) 266).

³⁶⁰) Vorausgesetzt wird, daß der Gesetzgeber kein Rechtssetzungsmonopol hat; vgl. *K. Vogel*, VVDStRL 24 (1966) 125 (163, 166).

b) *Rechtsschutz im engeren Sinne (Gerichtsschutz)*

Aktuelles Beispiel für den Gerichtsschutz ist das Verhältnis des Art. 14 GG³⁶¹⁾ gegenüber *Steuern*. Dazu hat Herr *Martens* Wesentliches gesagt; ich kann insoweit auf den Vortrag meiner Überlegungen verzichten.

[Hier muß von den neuen leistungsstaatlichen Zugriffsformen auf den Schutzbereich des Grundrechts a posteriori geschlossen werden: er erweitert sich — verglichen mit der herkömmlichen, für den bürgerlichen Eingriffsstaat typischen Auffassung, Art. 14 GG gewähre grundsätzlich keinen Schutz gegen Steuern —, da sich spätestens im Leistungsstaat der Steuerbegriff und die Funktion des Steuergesetzes gewandelt haben. Aus der heutigen Funktion der Steuer (neben der fiskalischen Mittelbeschaffung Durchsetzung politischer Zwecke, z. T. unter der Devise des Sozialstaats) ergibt sich eine neue Situation: Steuern haben einen wichtigen Stellenwert in der Gesamtheit des leistungsstaatlichen Instrumentariums („Steuerungen über Steuern“); daher stellt sich die Frage, ob nicht von Art. 14 GG her behutsam eine „neue Front“ aufzubauen ist.

Hinsichtlich der Zulässigkeit eines nichtfiskalischen „Neben“-zwecks von Steuergesetzen verschieben sich die Dimensionen: der Steuerbegriff ist aus seiner — vermeintlich wirklichkeitstreu — Fixierung auf den fiskalischen Zweck zu lösen: die Steuern sind Mittel für soziale Lenkungsaufgaben. Die Steuergesetze sind als eine normale und legitime Form im Instrumentarium sozialstaatlichen Handelns zum grundrechtspolitischen „Ausgleich der Klassengegensätze“³⁶²⁾ ebenso zu verwenden wie andere Typen von Gesetzen. Das heißt freilich, daß jedes Steuergesetz das durch Art. 14 I GG geschützte Vermögen tangiert und sich die verfassungsrechtliche Zulässigkeit nach der sozialen Bindung des Eigentums beurteilt. Die Lenkungssteuer kann zugleich ein Stück Grundrechtsverwirklichung sein: Erfüllung sozialer und kultureller Aufgaben heute ist vor allem Erfüllung grundrechtlicher Aufgaben. Auf diese Weise werden Berufs- und Eigentumsfreiheit zu Grundrechten, mit denen man praktisch etwas anfangen kann.

So steckt in Art. 12 GG nicht nur ein „Recht des Mittelstandes“, sondern ein Arbeitsschutzrecht. Berufliche Ausbildungsförderung und Chancengleichheit werden zum leistungsstaat-

³⁶¹⁾ Dieses Problem ist keineswegs ausdiskutiert: vgl. die Kritik von *Friauf*, VVDStRL 27 (1969) 1 (8), *ders.* JurA 1970, 299 (301 ff.). Die Rspr. des BVerfG kann nicht das letzte Wort sein; s. aber die letzten Grenzen, die es (E 30, 250 (271 f.)) zieht.

³⁶²⁾ BVerfGE 5, 85 (229, s. auch 206 f.).

lichen Gebot — gewonnen aus Art. 12 i. V. m. 1 I, 3, 20 I GG³⁶³). Gerade auch bei Art. 14 GG herrscht bisher eine *konservativ konservierende* Auslegung vor. Man sollte nicht eine bestimmte Vermögensideologie zum Inhalt dieses Grundrechts machen³⁶⁴).] Insgesamt: Der Gerichtsschutz reicht hier aus.

Anders verhält es sich bei der *Tarifautonomie*. Hier stellt sich angesichts des Zusammenhangs von realem Bruttosozialprodukt und Grundrechtsmöglichkeit und -wirklichkeit die Frage, in welchem *Umfang* sie noch verantwortet werden kann, ob den Tarifpartnern, die entscheidende Daten für die Gesamtwirtschaft und damit für die soziale Grundrechtswirklichkeit setzen, in diesem für den Leistungsstaat wesentlichen Bereich Autonomie im bisherigen Maße zugestanden werden kann. Darf im Rahmen der „Konzertierten Aktion“ oder anderer Instrumente der Globalsteuerung staatlicherseits durch Daten, Berichte oder Empfehlungen gesteuert (geleitet) werden, ohne Gesetzes- oder sonstige Verfahrensformen — mit Konsequenzen teils für Grundrechtsgefährdung, teils für Grundrechtsstärkung? Von der verfahrensrechtlichen Seite her müßten i. S. des status activus processualis die mit der Tarifautonomie verbundenen leistungsstaatlichen Grundrechtsprobleme bewältigt werden: z. B. über leistungsrechtliche (öffentliche, allen Betroffenen zugängliche) Verfahren zur Ermittlung und Feststellung tarifpolitischer Daten oder (und) leistungsrechtlich auszugestaltende Schlichtungsverfahren.

c) (*Grund-*)*Rechtsschutz im weiteren Sinne (ex ante)*

Über den (*Grund-*)*Rechtsschutz im weiteren Sinne* gewinnen die zuvor noch „unscharfen“ Grundrechte ihren *konkreten* Inhalt gegenüber und in *Leistungsfunktionen* erst, wenn das Verfahren zu *Ende* geführt ist³⁶⁵). Institutionalisierte Kommu-

³⁶³) Leistungsstaatliche Funktionen sind (auch) aus den Grundrechten zu begründen, z. B. die Bedarfsplanung im Bildungswesen aus Art. 12 GG. (Wenn es eines Beweises für den Zusammenhang von Grundrechts- und organisatorischem Teil des GG bedürfte: die Grundrechtsprobleme im Leistungsstaat lieferten ihn!) Er erschöpft sich nicht im status negativus, heute muß er in und über den Leistungsstaat in anderen Richtungen normative Kraft entfalten.

³⁶⁴) Eigentum Weniger kann sich zu politischer Macht verfestigen, die zu quasi-öffentlicher Macht wird und so ein Stück Unfreiheit in den Gesamtzustand unserer res publica trägt.

³⁶⁵) In dem Maße, in dem das „fertige“, hoheitliche (Eingriffs-) Gesetz als Mittel des sozialen Ausgleichs zwischen Staat und Bürger als Konkretisierung von dessen „Opfergrenze“ (oben Anm. 227) an Bedeutung verliert und Bürger bzw. die Gruppen sich weniger im status subjectionis denn im status activus befinden, sind neue (besonders pluralistische) Verfahrensnormen zu entwickeln (Rechtsfindungs- und -schaffungsfunktion des Verfahrens). Hierbei kommt es zu „leistungsrechtlichen Anreicherungen“ mit Grundrechtsbezug.

nikation, Partizipation, individuelle und allgemeine Publizität konkretisieren die Leitgedanken der Art. 19 IV und 103 I GG leistungsrrechtlich weiter³⁶⁶).

[In Leistungsgesetzen (Typus der Organisations- und Verfahrens-gesetze) ist die verstärkte Hinzuziehung pluralistischer Gremien mit Beratungs- oder abgestufter Mitwirkungs- und Mitbestimmungsfunktion kennzeichnend³⁶⁷). Solche Gremien sollen mindestens *auch* „Grundrechtsinteressen“ artikulieren, Grundrechtsgefährdungen in einem Vorstadium staatlicher Aktivität abfangen³⁶⁸), öffentliche Leistungsbedürfnisse und -möglichkeiten und Grundrechte aufeinander abstimmen! Das braucht nicht speziell für jedes Grundrecht und jede Art von Staatsleistung institutionalisiert zu werden. Die — insbesondere die demokratischen — Grundrechte legen bereits durch ihre *aktiv*-bürgerliche Seite die Basis für „Bürgerinitiativen“, die sich derzeit gerade gegen leistungsstaatliche Aktivitäten alenthalben richten³⁶⁹).

Meist fehlt es in den verschiedenen Stadien des zur „Staatsleistung“ führenden Prozesses an einer unmittelbar (grund-)rechtlichen Betroffenheit der Bürger und Gruppen, die aber

³⁶⁶) In jedem materiellen Grundrecht steckt eine prozessuale Seite, sie zu entfalten ist die (grund-)rechtspolitische Aufgabe. — Die hier geforderten Partizipationsverfahren müssen dem jeweiligen Grundrecht und der es treffenden leistungsstaatlichen Aktivität angepaßt sein. Wie konkret dürfen die Grundrechte als Leistungsaufgaben — z. B. als Planziele — formuliert werden; inwieweit sollen die Verfahren überhaupt die Grundrechte materiell thematisieren? Geht man stärker von der leistungsstaatlichen Seite aus, wäre zu fragen, welchen leistungsstaatlichen Aktivitäten welche Verfahren adäquat sind, welche Formen der Einbeziehung der Grundrechtsbetroffenen — von der bloßen Publizität bis zur Mitbestimmung — die besten sind. — All dies schließt nicht aus, die Anregung von *Wiebel* aufzugreifen und mittels neuer Kriterien festzustellen, ob jemand durch eine Verwaltungsmaßnahme *tatsächlich* und individuell betroffen ist (Wirtschaftslenkung, 78 f., 83 f., 86). Nur dürfen die Grenzen dessen, was Gerichte (!) leisten können, nicht übersehen werden.

³⁶⁷) Diese pluralistischen und prozessualen Formen sind ein Folgeproblem des Verhältnisses von Grundrechten und Leistungsstaat und Ausdruck der verfahrensrechtlichen Seite der grundrechtlichen Freiheit, ihres status activus processualis und der Verfahrensseite der res publica und ihrer Funktionen.

³⁶⁸) Schon im *Vorfeld* leistungsstaatlicher Effektivierung oder Gefährdung von Grundrechten werden „Grundrechtsinteressen“ bzw. „Grundrechtschancen“ (allseitiges Interessen-, „clearing“) relevant.

³⁶⁹) Vgl. den Hinweis von OB *Vogel*, die Arbeitsgemeinschaft des Lehel-Gebiets in München habe mitbewirkt, daß im neuen Städtebauförderungsgesetz der Begriff „Sozialplan“ aufgenommen worden ist (SZ v. 26. 3. 1971 S. 13).

tatsächlich durchaus in ihren Grundrechtsinteressen berührt sind³⁷⁰.)]

Für Gesetzgebung und Wissenschaft kommt es darauf an, möglichst präzise zu „individualisieren“, wer (faktisch oder rechtlich) grundrechtsbetroffen ist. Individuelles und gruppenmäßiges Engagement für Grundrechtsinteressen ist im Leistungsstaat schon im Prozeß des Entstehens und Vollendens staatlicher Leistungsvorgänge notwendig. Selbst bei den „Leistungsgesetzen“, vornehmlich bei jenen, die als Rahmengesetze in groben Direktiven normiert sind, ist der Auftrag an die Leistungsverwaltung so allgemein und bedarf schöpferischer Konkretisierung, daß auch hier die Verfahrensseite verstärkt werden muß (Die bayerische Popularklage böte einen — begrenzten — Ansatz zur Erweiterung des justitiablen Grundrechtsschutzes). Prinzipiell ist jedenfalls die teilweise Wirkungslosigkeit des gerichtlichen Rechtsschutzes durch wirkungsvollen Verfahrensschutz zu kompensieren, so daß vorweggenommener Rechtsschutz (ex ante) gegeben ist.

Der Bürger in „Symbiose“ zur Verwaltung³⁷¹) — hier müssen Ausgestaltungen der Zusammenarbeit von beteiligten Bürgern, Gruppen und Verwaltung³⁷²) i. S. des status activus processualis gefunden werden. Die allgemeine Publizität ist ein Ansatz, der in der Praxis freilich zu wenig genutzt (weil zu wenig publik?) wird³⁷³). [Publizität ist eine wirksame Form der „sozialen Grundrechtsentfaltung“ im Leistungsstaat³⁷⁴), der bis-

³⁷⁰) Z. B. ist für die geplante Wirtschaftssteuerung die Mittelbarkeit typisch (Lerche, DÖV 1961, 486 (490); Friauf, VVDStRL 27 (1969) 1 (7 f.); ders., BB 1967, 1345 (1347)).

³⁷¹) Ehmke, VVDStRL 23 (1966) 277, speziell zur Schule.

³⁷²) So für das Schulwesen: Ehmke, aaO. 277. — S. auch Eichenberger, oben Anm. 5, S. 27, mit seinem Hinweis, der effektive Entscheidungsakt verlege sich in die präparierenden Vorverfahren. Evers, VVDStRL 23 (1966) 147 (186 f.) für das Schulwesen: Forderung nach Formen der staatsbürgerlichen Selbstverwaltung. — S. den Prozeß der Verdrängung der arbeitenden Bevölkerung aus Städten durch Bodenspekulation und Mietwucher: ein Vorgang, der auch die kulturellen Teilhaberechte des Bürgers bedroht — am Stadtrand oder in den Dörfern fehlt es an der notwendigen Infrastruktur kultureller Einrichtungen.

³⁷³) Vgl. die Befragung des Städtebauinstituts in Nürnberg: SZ v. 20. 4. 1971 S. 7, für die im BBauG vorgesehene Auslegung der Bebauungs- und Flächennutzungspläne. Bei diesen Partizipationsformen des betroffenen Bürgers geht es vor allem um ein Grundrechtsproblem: aktive Teilhabe an grundrechtsrelevanten leistungsstaatlichen Funktionen und Verfahren.

³⁷⁴) Beim Subventionsrecht (vgl. Zacher, VVDStRL 25 (1967) 308 (355 ff.)) und im Recht der sozialen Umverteilung (ders., DÖV 1970, 3 (9 f.)) wird dies klar gesehen. In anderen Problemkreisen wirkt der Gleichheitssatz als Hebel für ein Mehr an Publizität, so in

lang eine in vielen Funktionen allzu undurchschaubare und diffuse Größe ist. Wo die Grundrechtsbetroffenheit einzelner bei der Initiierung der Leistungsfunktion noch nicht genau präzisiert werden kann, müssen spezielle Publizitätsformen entwickelt werden, die vor allem *grundrechtliche Chancengleichheit* ermöglichen. Da der Leistungsstaat sich oft nicht in Gesetzesform äußert oder äußern kann, muß die Publizität des Gesetzes durch diejenige der grundrechtlichen Leistungsverfahren ersetzt werden³⁷⁵). Wichtig ist, ihren rechtspolitischen Ausbau als Grundrechtssicherung im Leistungsstaat zu deuten und voranzutreiben. Das im öffentlichen Verfahren zustande gekommene Ergebnis — die „grundrechtsbezogene Leistung“ — wird im Verfahren für die Grundrechtsbetroffenen tendenziell vorhersehbar und überschaubar (transparent). So kommt auf dem (Um-)Weg über die Publizität diese rechtsstaatliche Komponente auch im Leistungsstaat zur Geltung.

Bislang sind die staatlichen Leistungsvorgänge von unterschiedlicher Transparenz³⁷⁶), und das heißt von unterschiedlicher Grundrechtseffektivität (*Öffentlichkeit als Grundrechtsschutz im Leistungsstaat!*). Wenn sich im Leistungsstaat das sachliche Gewicht eines Grundrechts im Verfahren bestimmen läßt, wenn der Grundrechtsschutz möglichst früh einsetzen muß, ehe die „Leistung“ vollendete Tatsachen schafft³⁷⁷), wenn

BVerfGE 24, 300 (357); dazu P. Häberle, Struktur und Funktion der Öffentlichkeit, in: Polit. Bildung, H. 3 (1970) 3 ff. (28).

³⁷⁵) Das Haushaltsgesetz (das öff. Leistungsgesetz) gilt zu Recht als ausreichende Grundlage für die Leistungsverwaltung (dazu Bachof, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht Bd. II, 1967, A 15), weil es Publizität besitzt! Das überkommene öffentliche, eingreifende Gesetz hat in den (zu differenzierenden) Publizitätsformen grundrechtsbezogener Leistungsverhältnisse das adäquate Gegenstück. Diese Publizität ist — ebenso wie die prozessuale Mindestgarantie — zu differenzieren, etwa in Gestalt von abgestuften Mitteilungs-, Auslegungs-, Anhörungs-, Ausschreibungs- und Auskunftspflichten sowie Mitwirkungsrechten betroffener Einzelner oder Gruppen, sie sind in manchen modernen Leistungsverfahren bzw. -verhältnissen schon geläufig.

³⁷⁶) Die Sozialversicherung ist ein Negativbeispiel für undurchschaubares „leistungsstaatliches Recht“ — es handelt sich um grundrechtsbezogenes Recht (Art. 2 II 1, 12 GG). Das — grundrechts„erfüllende“ — Recht des Einzelnen wird dieser Leistungsverwaltung gegenüber erst dann „real“ faßbar, wenn es öffentlich wird — z. B. wenn Datenbanken und Rechenzentren in den Dienst der Allgemeinheit und des Bürgers gestellt werden.

³⁷⁷) Die weder das verwaltungsrechtliche Widerspruchsverfahren, noch der gerichtliche Rechtsschutz korrigieren können — der Richter wäre funktionellrechtlich überfordert (Beispiele im Planverfahren). Vgl. zuletzt die wichtige E. des BVerwG 34, 301 (308 einerseits, 308 ff. andererseits).

die Grundrechtsbetroffenen — ex ante — in den zur Leistung führenden Entscheidungsprozeß einbezogen werden, so vollzieht sich damit eine Wende des Grundrechtsverständnisses, die der *Wende zum Leistungsstaat* folgt³⁷⁸). Im Leistungsstaat werden Grundrechte als „Strukturnormen“ weniger gerichtsförmig sozial effektiv, als außergerichtlich³⁷⁹), genauer: *vorgerichtlich*.] Neue, vermehrte Beteiligungsmöglichkeiten bedingen *gleichzeitig* vermehrte Öffentlichkeitsarbeit, um den Lernprozeß zu forcieren. Die disziplinierende Kraft der Verfahren ist ein Appell an die Rationalität der Bürger.

[Allgemein ist daran zu erinnern, daß der (Grund-)Rechtsschutz auch im Gesetzgebungsverfahren liegt³⁸⁰). Historisch war das parlamentarische Gesetz eine Garantie für grundrechtliche Freiheit. Wenn heute andere Instrumente neben das Gesetz treten³⁸¹), so sind auch hier die Grundrechte durch differen-

³⁷⁸) Der archimedische Punkt der Grundrechte und ihres Schutzes ist nicht mehr wie im Ordnungsstaat der vorhersehbare Eingriff und der ihn „vollziehende“ Verwaltungsakt, ist nicht mehr allein der auf sie zugeschnittene Art. 19 IV und 103 I GG (gerichtlicher Rechtsschutz und Gehör); sondern es ist primär das rechtliche Gehör im Leistungsverfahren als „*grundrechtliches Gehör*“, das den einzelnen Grundrechten selbst „entspringt“ und den in ihrem Schutz- bzw. Entfaltungs- und „Einzugsbereich“ wirkenden Staatsfunktionen anzupassen ist. S. die Kritik an der Konzeption von Verwaltung und Verwaltungsrecht vom Verwaltungsakt und damit vom Eingriff und Verwaltungsprozeß her: *Bachof*, VVDStRL 30 (1972) LS 23 f.; *Brohm*, ebd. LS 4, 7.

³⁷⁹) Grundrechte als *prozessuale Teilhaberechte* ist das Schlüsselwort. Soweit das Gesetzgebungsverfahren — wenn nicht verdrängt, so aber doch — ergänzt wird von anderen Staatsfunktionen mit Leistungscharakter, müssen adäquate Verfahren geschaffen werden — jedenfalls dann, wenn diese Staatsfunktionen grundrechtsbezogen sind. Gewiß ist das „prozessuale“ Grundrechtmaterial, das sich in den modernen staatlichen Leistungen präsentiert, einstweilen diffus, vielfach ungenügend; gleichwohl bestätigt es die Tendenz.

³⁸⁰) Wenn das BVerwG im Ölmühlen-Urteil (E 6, 282; dazu *Badura*, DÖV 1966, 624 (630)) bei einer Regelung, durch die gleichzeitig Belastungen und Begünstigungen erfolgen, insgesamt eine gesetzliche Grundlage verlangt, so tritt hier das *Gesetz als Form des Grundrechtsschutzes* auf. Waren früher Wahl und Repräsentation durch Abgeordnete verfahrensmäßige Formen materiellen Grundrechtsschutzes — ergänzt um gerichtlichen Rechtsschutz —, so ist heute die Lage z. T. anders: Partizipationsformen, Publizität und verfahrensmäßiges Gehör (Beteiligungsrechte) in Plan- und Steuerungsverfahren sind Vehikel dafür, die materiellen Grundrechtsgüter des einzelnen zu schützen: in den Leistungsfunktionen, die heute an Gewichtigkeit dem parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren zur Seite treten.

³⁸¹) *Badura*, DÖV 1966, 624 (632) — in Kritik an *Forsthoffs* Rechtsstaatsbegriff: „Die Verwirklichung der wohlfahrtsstaatlichen Ziele zwingt zur Preisgabe des rechtsstaatlichen Gesetzesbegriffs als der

zierte (Partizipations-)Formen des, von der allgemeinen Dogmatik zu entwickelnden, status activus processualis frühzeitig ins Spiel zu bringen.

Anzumelden sind *Vorbehalte* gegen übertriebene Hoffnungen auf den status activus processualis — einen status, in dem sich Bürger und Gruppen sozusagen „selbst repräsentieren“, da vor allem die Bürger angesichts der komplizierten Problemzusammenhänge zum Teil überfordert sind, wenngleich die neuesten Bürgerinitiativen³⁸²⁾ gegen leistungsstaatliche „Durch- oder Fehlgriffe“ (etwa auf dem Gebiet der Raumplanung³⁸³⁾, Städteanierung und Umweltgestaltung) positiv zu veruchen sind. Die „verplanten Bürger“ sollen sich (zuvor) artikulieren können — ein Gebot ihres — aktiven — Grundrechtsstatus³⁸⁴⁾. Bürgerfreiheit und Bürgersinn haben ein neues Betätigungsfeld gewonnen, das grundrechtsdogmatisch abzustecken ist und seinerseits neuer demokratischer Organisationsformen und Partizipationsinstrumente bedarf³⁸⁵⁾ (auch der vielzitierte „Bürgerzorn“ gegen die Planung bedarf der Planung!).]

Systemidee des Staatsrechts ebenso, wie zur Preisgabe des Verwaltungsakts als der Systemidee des Verwaltungsrechts . . . dem als Ausgrenzung verstandenen Grundrecht genügt der Schutz individueller Freiheit nicht mehr.“

³⁸²⁾ S. die Gründung der „Stadtforen“ in München und Düsseldorf, mit dem Ziel, die Bürger in die Lage zu versetzen, „durch ihr Votum die Kommunalpolitik zu beeinflussen und unmittelbar auf eine Verbesserung der Umweltgestaltung hinzuwirken“ (FAZ vom 1. 4. 1971 S. 28); die Forderung des BDA, „Baupläne sollten publiziert werden — wie die Bankkurse“ (FR v. 17. 7. 1971 S. 14), um eine Beteiligung der Bürger am Planungsprozeß zu erreichen; das 7. Cappenberger Gespräch (Bericht in DÖV 1971, 416 f.) mit Stichworten wie: „Aktivierbarkeit der Bürger“ innerhalb von kommunalen Planungsvorgängen. S. die Berichte über Bürgerinitiativen in: Grossmann (Hrsg.), Bürgerinitiativen, Schritte zur Veränderung?, 1971. Wichtig die „Aktion Robinson“, eine Bürgerinitiative, die seelisch Kranken die Rückkehr in den Alltag erleichtern soll (Die Welt v. 31. 7. 1971 S. 5).

³⁸³⁾ S. jüngst den Ruf nach leistungsfähigen, sacherfahrenen „Planungsanwälten“ zur Unterstützung der Betroffenen, ein Ausdruck der Schwäche der Position der Grundrechtsbetroffenen in Planungsprozessen, vgl. SZ v. 25. 3. 1971 S. 3.

³⁸⁴⁾ Kann hier nicht an Gedanken angeknüpft werden, für die Gneist unter dem Banner der „politischen Selbstverwaltung“ kämpfte (dazu Bettermann, VVDStRL 17 (1959) 118 (166)), ohne daß deshalb der Verwaltungsrechtsschutz durch Gerichtsbarkeit zurückgedrängt wird? (Beteiligung der Bürger an kommunalen und regionalen Gemeinschaftseinrichtungen).

³⁸⁵⁾ Leistungsstaatliche (Gemeinschafts)Aufgaben überschreiten nicht selten die nationalstaatlichen Grenzen: z. B. Umweltschutz, der zum internationalen Problem wird, vgl. die Konferenz der In-

IV. *Schluß*

Das Thema „Grundrechte im Leistungsstaat“ konfrontiert den liberalen Grundrechtskatalog, einen relativ *statisch* gebliebenen Teil der Verfassung, mit dem *dynamischen* Problem des akzelerierenden, dogmatisch nur punktuell „begriffenen“, politisch aufgeladenen Leistungsstaats. In ihm und durch ihn vollziehen sich ungeheure Strukturwandlungen in neuartigen (technischen) Prozessen mit teilweise neuen Instrumenten und staatlichen Handlungsformen.

Grundrechte *im* Leistungsstaat heißt sowohl Leistungsstaat durch die und dank der Grundrechte als auch Grundrechte durch den und dank des Leistungsstaates.

[Eine noch stärkere, weil effektivere „Leistungsstaatlichkeit“ wäre denkbar, sie wird jedoch von den Grundrechten gebremst, weil sie letztlich auf Kosten von Freiheit und Humanität ginge. Überdies könnte ein Zuviel an „Nulltarif-Grundrechten“ — z. B. durch unüberlegten Abbau des Leistungsprinzips im Namen der „Demokratisierung“ — den Leistungsstaat und mittelbar auch ein Optimum an Grundrechtsmöglichkeit und -wirklichkeit gefährden.]

Grundrechte und Leistungsstaat sind also auf sehr „anfällige“ Weise verknüpft. Hier liegen Aufgaben für die Dogmatik; letztlich freilich ist der Leistungsstaat der grundrechtlichen Leistung seiner Bürger anvertraut: es geht um Effizienz in und durch Freiheit über Gleichheit. Diese Leistung ist nur Chance, nicht mehr und nicht weniger!

terparlamentarischen Arbeitsgemeinschaft zum Thema Umweltschutzfragen (FAZ v. 3. 6. 1971 S. 5) und den deutsch-französischen Umweltschutzausschuß (FR v. 2. 6. 1971 S. 1).

Leitsätze des Mitberichterstatters über:

Grundrechte im Leistungsstaat

ERSTER TEIL:

Leistungsstaat, Leistungsgesellschaft und Grundrechte — wirklichkeitswissenschaftliche Bestandsaufnahme

I. Problem

1. In Real- und Problemanalyse ist nach der leistungsstaatlichen und -rechtlichen, positiven und defizienten Grundrechtswirklichkeit zu fragen. Die Wirklichkeit wird zu dem Thema der Verantwortung des Juristen.

II. Leistungs„staat“ und Leistungs„gesellschaft“

2. Im Text des GG finden sich Aussagen über den Leistungsstaat und das Leistungsprinzip u. a. in Art. 7 IV 3 und 4, 14 II, 20 I (Sozialstaatsprinzip, Demokratie), 28 II, 29 I, 33 II und V, 72 II, 74 Ziff. 19 a, 91 a und b, 104 a sowie 106 VIII, 109, 110, 111 I Ziff. a und c, 114 II 2 GG. Der Leistungsstaat handelt in einer dem bürgerlichen Ordnungsstaat unbekanntem Intensität über Leistungsfunktionen als einem Stück gelebter Verfassung.

3. Leistungsgesetzgebung indiziert ein neues Verhältnis von Bürger und Staat sowie von Legislative und Exekutive. Zur grundrechtlichen Freiheit befinden sich Leistungsgesetze in unterschiedlicher Nähe. „Eingriffe in Freiheit und Eigentum“ verlieren an Bedeutung, wichtig werden: Kooperations-, Kommunikations-, Verfahrens- und Partizipationsformen. Leistungsverhältnisse sind potentiell Grundrechtsverhältnisse.

4. Zwischen sechs Typen von „Leistungsgesetzen“ ist zu unterscheiden: dem Maßnahme-, Plan-, Lenkungs-, Rahmen-, Steuerungs- sowie dem Organisations- und Verfahrensgesetz. Es kommt zu Überschneidungen. Die Zukunft gehört den beiden freiheitstiftenden letzten Typen; sie erschließen vom wirtschafts- und finanzpolitischen Bereich (BetrVerfG, StabG, Pluralismus- und Publizitätsgesetze) aus neue Gebiete (§ 5 PartG, (Aus- und Weiter-)Bildung, Umweltschutz). Steuerungsbedürftige Grundrechte sind Art. 2, 14 (Wirtschaft), 1 I, 3, 5 III, 11, 12 GG (Bildung) — z. B. „Steuerung über Steuern“. Ein Mehr an Leistungsgesetzen kann ein Mehr an grundrechtlicher Freiheit bedeuten.

5. Leistungsverwaltung — besonders die gesetzessfreie — erhebt Grundrechte zu Verfassungszielen; (um)verteilend, planend, steuernd, subventionierend sucht sie Grundrechtsförderung für alle zu betreiben; Daseinsvorsorge ist, als Wachstums-, Fortschritts- und Bildungsvorsorge, in sozialstaatliche und grundrechtliche Dimensionen hineingewachsen (Grundrechtsvorsorge).

6. Leistungsrechtsprechung konkretisiert das Leistungsrecht. Sie „dirigiert“ die Leistungsverwaltung, nimmt aber auch Impulse von ihr auf: z. B. die Judikatur, die aus Art. 3 GG i. V. m. Verwaltungsrichtlinien usw. Leistungsansprüche begründet, die Rechtsprechung zum Subventionsrecht, das BVerfG zu Art. 5 (Fernseh-Urteil) sowie das BVerwG zu Art. 7 IV GG (Privatschulsubventionierung).

7. „Leistungsrecht“ ist sozialstaatliches und grundrechtliches Recht freiheitsschaffender Natur. Der Leistungsstaat wirkt stärker objektiv- als subjektivrechtlich. Diesem Wandel des Rechtsbegriffs folgt die Einbeziehung der Rechtsprechung in leistungsrechtliche Steuerungsfunktionen. Die Direktiven des sozialen Rechtsstaats im Kontext der Grundrechte zwingen den Richter zu gemeinwohlorientierten leistungsrechtlichen Auslegungsverfahren.

8. Leistungsstaat ist der vom GG verfaßte Staat, der durch Organisation und Verfahren unmittelbar oder mittelbar für Bürger und Gruppen Leistungen erbringt, die im weitesten Sinne positiven Grundrechtsbezug haben. Idealtypisches Gegenstück ist der bürgerliche Ordnungs- und Eingriffsstaat. Grundrechte stehen zum Leistungsstaat in ambivalentem Verhältnis: er macht sie zum Gegenstand seiner Aufgaben — sozialgerechte Antwort auf Grundrechtsdefizite als „bürgerliches Erbe“ — und schafft neue Gefahrenzonen für sie.

9. Die Verfassung konstituiert den Rahmen für Organisationsformen und Verfahren des Leistungsrechts, die Staat und Gesellschaft einander zuordnen. Sie ist öffentlicher Prozeß zur Rationalisierung und Begrenzung staatlicher und gesellschaftlicher Macht sowie Instrument zur Beilegung sozialer Konflikte um humaner Ordnung für alle willen.

10. Der Wirklichkeit dieses Leistungsstaats kommt der kommunalrechtliche „Gemeinwohlkompetenztatbestand“ nahe, der in die staatliche Dimension zu erstrecken ist (Schaffung der „für das wirtschaftliche, soziale und kulturelle Wohl erforderlichen Einrichtungen in den Grenzen der Leistungsfähigkeit“). Im Leistungsstaat sind gerechte Vermögensverteilung und Chancengleichheit im (Aus-)Bildungswesen Integrationsfaktoren, die

den „klassischen“ den Rang abgelaufen haben. Der Leistungsstaat wirkt zugunsten der Grundrechte offensiv, der bürgerliche Rechtsstaat blieb defensiv.

11. Leistungsstaat ist der Staat der wachsenden Aufgaben: „Gemeinschaftsaufgaben“; es kommt zu Ausweitung der alten und Herausbildung neuer flexibler Handlungsformen, Wandlungen im Außenverhältnis zu Bürgern und Gruppen (Kooperation und Kommunikation) sowie im Innenverhältnis. Die Steigerung der Staatsausgaben könnte und sollte allen im Sinne grundrechtlicher Chancengleichheit zugute kommen und das Ansteigen des Anteils der Staatsausgaben am Bruttosozialprodukt durch Grundrechtseffektivierung legitimieren („Grundrechtsstaat“).

12. Sozialstaat heißt: Ausrichtung auf Humanität (Abbau geistiger Armut und kultureller Privilegierungen) und auf Effizienz. In einem Dreischritt läßt sich die Problematik des sozialen Leistungsstaates aufschlüsseln: es geht um das Effizienzprinzip bei der staatlichen Mittelbeschaffung, Organisation und Mittelverteilung.

13. Es gibt eine Grenze, von der ab der Leistungs- und Gefälligkeitsstaat sozialethisch korrumpiert und sozialgerechte Grundrechtsförderung gefährdet. Nulltarife, die sich auf Abbau jeglicher sachlicher Qualifikationsmerkmale richten, kann sich der Leistungsstaat nicht leisten. Das humanisierte (Art. 1 I GG) Leistungsprinzip ist im Interesse der vom Sozialstaat zu begünstigenden Schwächeren unverzichtbar. Keine öffentlichen Leistungen ohne persönliche Leistungen! Weder Art. 20 I (Demokratie) noch Art. 3 GG sind „leistungsfeindlich“.

14. Das Leistungsprinzip ist kein Höchstwert. Die Garantie grundrechtlicher Freiheit ist eine differenziert zu ziehende Grenze für den auf Effizienz zielenden Leistungsstaat. Auf Dauer wird die res publica effizienter sein, die mit ihren freien Bürgern rechnen kann.

15. In der Leistungsgesellschaft sind alle Bürger, Gruppen und Erscheinungsformen der öffentlichen Hand „Sozialpartner“ im weiteren Sinne (Art. 109 GG i. V. m. § 1 StabG). Ihr Bereich ist kein grundrechtlich ausgesparter Raum: wirtschaftliches Wachstum nicht um jeden grundrechtlichen Preis!

16. Die Industriegesellschaft ist nur bedingt in der Lage, grundrechtliche Chancengleichheit praktisch zu verwirklichen. Hier muß der demokratische Staat über seine Leistungsfunktionen zugreifen und soziale Grundrechtsdefizite ggf. gegen die Leistungsgesellschaft abbauen.

17. Diese Interdependenz von Leistungsstaat(en) und -gesellschaft zeigt sich in dem supranationalen Leistungs-Zweckverband EWG (Ipsen). Die Gesellschaft ist international: Staat(en), Verfassung(en) und Gesellschaft sind auf gemeinschaftlich erbrachte und nur noch gemeinschaftsrechtlich mögliche Leistungen angewiesen. Die EWG-Ziele umreißen Gemeinschaftsaufgaben im doppelten Sinne: zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen diesen und der Gesellschaft.

III. Bestandsaufnahme des dogmatischen Grundrechtsdefizits in bezug auf grundrechtsrelevante leistungsstaatliche Aktivitäten

18. Das Vokabular des bürgerlichen Rechtsstaats war auf punktuelle Eingriffe in Freiheit und Eigentum eingestellt. Seinem Schrankensystem entsprach das Selbstverständnis der autonomen bürgerlichen Gesellschaft, in der die liberale Wirtschaftsordnung Zustände provozierte, die den sozialen Rechtsstaat auf den Plan riefen. Methodisch und sachlich gehen hochstilisierte Grundrechtsdogmatik und realistische Aussagen zum Leistungsstaat verschiedene Wege. Zu selten wird nach staatlicher Leistung für Freiheit und Eigentum gefragt.

ZWEITER TEIL:

Aufgaben der Grundrechtsdogmatik im leistenden Gemeinwesen

I. Grundrechtsverbürgungen, „offene“ Grundrechtsdogmatik, -politik und -interpretation

19. Das Verhältnis von Grundrechtsverbürgungen, offener Grundrechtsdogmatik, -politik und -interpretation ist als Vorfrage zu problematisieren. Leitgedanke ist die „grundrechts-sichernde Geltungsfortbildung“. Thesen:

(1) Die individualrechtliche und institutionelle Seite der Grundrechte wird um die leistungsstaatliche und -rechtliche ergänzt.

(2) Ihr materiellrechtlicher Grundstatus activus muß im Sinne eines leistungsstaatlichen due process um die verfahrensrechtliche Komponente erweitert werden: status activus processualis (Teilhabeordnungen).

(3) Es geht um reale Freiheit durch praktische Chancengleichheit, insbesondere Gleichbehandlung.

(4) Alle Grundrechte sind soziale Grundrechte in einem weiteren Sinne.

(5) Sie sind nicht nur negative Kompetenzschränken, sondern Verfassungsziele, „Grundrechtspflichten des Staates“.

(6) *Möglichkeit und Wirklichkeit der leistungsstaatlichen und -rechtlichen Seite der Grundrechte werden im Leistungsstaat zu einer abhängigen Variablen vom realen Bruttosozialprodukt.*

(7) *Es geht um Effizienz in und durch Freiheit.*

20. *„Wandlungen“ der Grundrechte sind vor allem Wandlungen ihrer Dogmatik. Grundrechtswirklichkeit ist die Wirklichkeit und Wirksamkeit ihrer — variablen — Dogmatik. Heute wird quasi-öffentliche Gewalt weniger oder der Gruppen oft gefährlicher als eingreifende öffentliche Gewalt. Legislatives Unterlassen (z. B. Umweltschutz) ist einschneidender als Eingriffsgesetze.*

21. *Gruppenmacht besetzt und verwaltet grundrechtliche Freiheit, so daß der einzelne vor einem Grundrechtsdefizit steht; doch sind Grundrechte nicht allein Freiheit für Mächtige, sondern auch und gerade für die Schwachen. Reale Freiheit ist zum Problem staatlicher Organisation, Verfahren und Funktion geworden.*

22. *Dogmatik lebt nicht von Reprisen der Klassik oder Postglossatoren! Ihr Stellenwert umgreift Interpretation und Grundrechtspolitik. Hinterfragung der Dogmatik zielt nicht auf „totale“ Entdogmatisierung, sondern soll ihre zeitgebundene Abhängigkeit vom sozialen Substrat und ihre soziale Funktion offenlegen. Eine in ihrem Anspruch relativierte Dogmatik kann sich auf neue Gefährdungen oder Chancen grundrechtlicher Freiheit sensibler einstellen. Sie hat den Mittelweg zu bahnen zwischen optimaler realer Freiheit aller und effizienter Leistungsstaatlichkeit. Auch die Dogmatik eines G. Jellinek, R. Smend oder C. Schmitt war konkrete Antwort auf historische Herausforderungen.*

23. *Gewisse Einsichten der bürgerlichen Dogmatik (Abwehrgedanke, private Schutzzonen) sind unverzichtbar. Dogmatik hat grundrechtliche Freiheit der sozialen Wirklichkeit zu vermitteln. Dem Zugleich von Grundrechtssicherung und -entwicklung dient „grundrechtssichernde Geltungsfortbildung“.*

24. *Diese Grundrechts„dogmatik“ hat im kritischen Rationalismus eine Stütze, insofern sie wie er vor Dogmatisierungen warnt und sich für system-relevante Informationen offenhält: Hermeneutik sollte sich der Kritik von H. Albert stellen. Grundrechtsdogmatik muß sich bewähren und darf nicht bloß bewahren. Im Leistungsstaat gilt es, die Grundrechte nicht „ab-“, sondern fort- und — wo nötig — umzuschreiben.*

25. *Eine Gesamtsicht der Grundrechte im Lichte der Trias von Menschenwürde, egalitärer Demokratie und sozialem Rechtsstaat erlaubt zu entwickeln, was heute für Grundrechte*

notwendig ist. Leistungsstaat und -gesellschaft legitimieren sich aus dem, was Grundrechte ermöglichen: menschliche Selbstentfaltung, Humanitas, individuelles Glück. Begriffe wie: Leistungsfähigkeit, Spezialisierung, Produktivitätssteigerung sind nur instrumental zu verstehen.

26. Beispiel „grundrechtssichernder Geltungsfortbildung“ ist die Privatschulsubventionierung. Der begrenzte Leistungsanspruch im Sinne des BVerwG (E 27, 360) folgt aus einer Gesamtsicht des GG. Privatschulen legitimieren sich aus ihrer heute bewiesenen und zu beweisenden Leistungsfähigkeit als Bildungsmittler und Innovationspotential. Pluralismus im kulturellen Bereich sollte sich der Staat etwas kosten lassen.

II. Soziales — „realistisches“ — Grundrechtsverständnis

27. Soziales realistisches Grundrechtsverständnis verlangt einen Umbau der Statuslehre G. Jellineks: sie ist von ihrem spätabsolutistischen Kopf auf demokratische Füße zu stellen. Auszugehen ist vom status activus, die übrigen Status sind — variable — Konkretisierungen zu seiner Absicherung.

28. Im Leistungsstaat beginnt sich neben dem status positivus der status activus procesualis herauszukristallisieren, als die verfahrensrechtliche Seite der Freiheit (grundrechtlicher due process, prozessuale Teilhabe), mit der Konsequenz des Leistungsvorbehalts als verfahrensrechtlichem Gesetzesvorbehalt. „Status activus processualis“ ist der Inbegriff aller Normen und Formen, die die Verfahrensbeteiligung der in ihren Grundrechten rechtlich oder tatsächlich Betroffenen regeln.

29. Status activus und positivus sind die sozialstaatliche und demokratische Form des status negativus. Für die Einzelgrundrechte ist ein differenziertes Statusbild zu entwickeln. „Teilhabe“ ist zu strukturieren nach Bereichen und Intensität der rechtlichen Wirkung. Pluralistische Formen dienen der Freiheitssicherung. Freiheit und Teilhabe gehören zusammen, sie müssen Konsequenz freier Grundrechtsaktualisierung bleiben.

30. Dem Wandel der Statuslehre entspricht ein Wandel der Freiheits- und Eigentumsklausel: „Freiheit und Eigentum“ geraten im Sog des Sozialstaatsprinzips und des Art. 3 GG in eine Dynamik. Sie sind vor allem eine Funktion von Arbeit und (Aus-)Bildung; ihre Substanz ist die Arbeitskraft, deren Substrate entsprechend zu schützen sind. Der Akzent liegt auf den geistigen Freiheiten und ihren Voraussetzungen.

31. Der Leistungsstaat ist mit einem Netz von Verfahren zu überziehen. Früher waren Gefährdungen durch den Ordnungsstaat überschaubar und kontrollierbar. Heute ist der „Eingriff“ neu zu definieren, so daß auch die ihm faktisch oder rechtlich

nahekommenden „zugreifenden“ Staatsfunktionen erfaßt werden. Das leistungsstaatliche Grundrechtsverfahren bzw. das grundrechtliche Staatsleistungsverfahren ist in den Gesetzes- und Rechtsbegriff einzubinden. Publizität ermöglicht grundrechtliche Chancengleichheit. Es geht um Freiheit durch den Staat, vom Staat und zum Staat. Soziales Grundrechtsverständnis ist vor allem sozialstaatliches Grundrechtsverständnis.

III. Soziale „Grundrechtserfüllung“ durch leistungsstaatliche Gemeinwohlfunktionen

32. „Realistisches“ Grundrechtsverständnis erkennt die soziale Grundrechtserfüllung durch leistungsstaatliche Gemeinwohlfunktionen. Es geht z. B. bei der Herstellung von Chancengleichheit im Bildungswesen um eine „Normalisierung“ der Art. 1, 2 I, 3 und 12 GG.

33. Der besondere Begriff „soziale Grundrechte“ ist ein Offenbarungseid bürgerlicher Dogmatik. Die „sozialen Grundrechte“ sind Verallgemeinerung, „Sozialisierung“ klassischer Grundrechte. Leistungsstaatliche Funktionen nehmen praktisch-politisch die Themen auf, die überkommene Grundrechte individualrechtlich oder institutionell „intonieren“: z. B. Art. 12 (Schutz der Arbeitskraft), 13 (sozialer Wohnungsbau), 14 GG (Vermögensbildung).

34. Positivierungen „sozialer Grundrechte“ erfolgen über: grundrechtliche Ansprüche unter Maßgabevorbehalt, Einrichtungsgarantien, soziale Schutz- und Verfassungsaufträge sowie positive Kompetenzbestimmungen. Vorzuziehen sind Formen, die es der „werdenden“ leistungsstaatlichen Grundrechtswirklichkeit, besonders der Gesetzgebung, überlassen, Ansprüche justitiabel auszugestalten. Das öffentliche Bewußtsein für die „sozialen Grundrechte“ und ihre leistungsstaatliche „Erfüllung“, für Freiheit und nicht nur für Sicherheit ist zu schärfen.

35. Freiheitsschaffende Sozialstaatsdogmatik ist vor allem Grundrechtsdogmatik und umgekehrt. Die Verfassungstexte von Weimar und die Länderverfassungen können Formulierungshilfe für die genannten Spielarten der Grundrechtspositivierungen und somit für ein Mehr an Leistungsstaatlichkeit sein. Diesen Texten gegenüber erscheint das GG unterentwickelt.

36. Die Sozialstaatsklausel dient der Schaffung materieller Grundrechtsvoraussetzungen, besonders bei den klassischen Freiheitsrechten, und entfaltet sie, z. B. Art. 2 II 1 GG (Umweltschutz): „soziale Grundrechtsgerechtigkeit“ und „sozialer Grundrechtsausgleich“.

37. *Der Wandel des Eigentums ist praktische leistungsstaatliche Sozialisierung grundrechtlicher Freiheit: sie wird allgemein, öffentlich. Das Sozialstaatsprinzip legitimiert den Leistungsstaat, dort mehr zu nehmen, wo ohne Eigenleistung Vermögen erworben wird (Erbschaftssteuer, Spekulationsgewinne).*

38. *Gefahren bestehen im möglichen Umschlag zum totalen Wohlfahrtsstaat, der den status negativus überrollt und das prekäre Verhältnis von Freiheit und Gleichheit zur Verabsolutierung der Gleichheit pervertiert. Hier müssen neue Kontrollformen sicherstellen, daß der Rechtsstaat nicht degeneriert.*

39. *Die wachsende Bedeutung wirtschaftlicher Unmöglichkeit als begrenzende, grundrechtsdogmatische Figur (vor allem für den Richter) schließt dogmatische Entwicklungen nicht aus. Zu warnen ist vor totalen sozialstaatlichen Leistungsansprüchen.*

40. *Der zu differenzierende Verfassungsauftrag gewinnt Bedeutung. Doch ist die Verfassung weder eine politische, noch eine leistungsstaatliche Lebensversicherung! Über Verfassungsaufträge sollen Grundrechte praktisch wirklich werden: z. B. Ausgestaltung ihrer Binnenstruktur. Es kommt nur ausnahmsweise über Art. 3 und 20 I GG zu Leistungsansprüchen. Verfassungsaufträge sind kein „Tischlein-deck-dich“ für leistungsstaatliche Grundrechtseffektivierung. Sie stehen in einem Spannungsverhältnis zwischen Normativität und Normalität, „konkreter Utopie“ und Wirklichkeit bzw. dem Notwendigen und Möglichen. In dieses Kraftfeld geraten vor allem Art. 1 I, 2, 5, 6, 7, 12, 13, 14 i. V. m. 3 und 20 I GG. Die abgestuften Direktiven des Sozialstaats werden zum realen Thema der Grundrechte und umgekehrt.*

41. *Leistungsstaat „nach Maßgabe der Grundrechte“ ist die Ausgangsthese. Allerdings: je mehr „Grundrechtspolitik“ kostet, desto mehr gelten die Grundrechte nach Maßgabe des Leistungsstaats. Die klassischen Grundrechte stehen weniger unter Maßgabebewehr als neuere oder solche, die neue Probleme bewältigen müssen.*

42. *Gleichheit gewährleistet, daß Freiheit nicht Gruppenprivileg wird. Wo der Sozialstaat leistet, hat der aus unsachlichen Gründen Benachteiligte einen Anspruch. Die normative Kraft des Faktischen bringt eine „Teilhabeordnung“ hervor: Teilhabe als leistungsstaatliche Form grundrechtlicher Freiheit, das Gleichbehandlungsprinzip als sozialstaatliche Form des Gleichheitssatzes, das die Verharmlosung des Art. 3 GG zum Willkürverbot korrigiert. Grundrechtliche Chancengleichheit fordert ein Denken von den Grundrechtsvoraussetzungen her. Je mehr*

sich der Staat seinen Bürgern nähert, desto mehr bedarf die Freiheit der Ergänzung durch Gleichheit in der Teilhabe.

43. Der neu interpretierte Gleichheitssatz aktiviert i. V. m. Art. 20 I GG alle Grundrechte zu sozialen Grundrechten im weiteren Sinne. Freiheit durch soziale Gleichheit: denn Freiheit ist ohne die tatsächlichen Voraussetzungen ihres Gebrauchs wertlos. Sie ist nicht mit dem individuellen und gesamtgesellschaftlichen status quo der Besitzstände identisch.

44. Grundrechte verwirklichen sich nach Maßgabe öffentlicher Einrichtungen. Sie „beleben“ die Grundrechte von der leistungsstaatlichen Seite her (grundrechtsfördernde Leistungsverhältnisse).

45. Für den numerus clausus gilt: Der chancengleiche Zugang zu den Hochschulen steht unter dem Vorbehalt leistungsstaatlicher Möglichkeiten. Dies rechtfertigt das Leistungserfordernis „Eignung“ auf Seiten der Bewerber, zu dem weitere gerichtlich kontrollierbare hinzukommen können. Gleichzeitig richtet sich ein nichtjustitiabler Verfassungsauftrag als Appell an die politischen Instanzen. Die Bevorzugung von „Landeskindern“ ist keine länderbezogene Leistungsklausel, sondern eine verfassungswidrige provinzielle Grundrechtsbeschränkung. Sie verletzt Art. 3 III (Heimat), 33 I als spezielle Ausformung des Gleichheitssatzes sowie 11 und 12 GG, d. h. das chancengleiche Zugangsrecht nach Maßgabe des Leistungsstaats.

46. (Grund-)Rechtsschutz reicht als gerichtlicher Rechtsschutz a posteriori allein nicht aus. Art. 19 IV und 103 I GG sind auf den Leistungsstaat hin fortzuentwickeln. Aus Art. 1 I GG folgt, daß über den Bürger nicht ohne Verfahrenssicherungen verfügt (er nicht „verplant“) werden darf. Grundrecht und Grundrechtsinteresse (-chance) unterscheiden sich: Grundrecht ist der Gehalt, der sich als subjektives öffentliches Recht oder Anspruch justitiabel machen läßt. Grundrechtsinteresse meint die faktischen Grundrechtsbezüge, die jenseits dieser Grenze liegen — Interessen, die nur in nichtrichterlichen Verfahren optimal geschützt werden können. — Zur Aktivierung des Rechtsschutzes im engeren Sinne (Gerichtsschutz) dienen behutsame Anknüpfung an überkommene Begriffe (z. B. Modifikationen des traditionellen „Eingriffsbildes“) und inhaltliche Intensivierung bestimmter Grundrechte (Art. 3 GG i. V. m. dem Sozialstaatsprinzip und Einzelgrundrechten).

47. Aus dem Wandel der Funktion der Steuer vor der bloß fiskalischen Mittelbeschaffung zur Durchsetzung politischer Zwecke ergibt sich: der Steuerbegriff ist aus seiner vermeintlich wirklichkeitstreuen Fixierung auf den fiskalischen

(Haupt-)Zweck zu lösen — Steuern sind (auch) Mittel für soziale Lenkungsaufgaben zum „Ausgleich der Klassegegensätze“. Entgegen der konservierenden Auslegung des Art. 14 GG sollte man diesem nicht eine bestimmte Vermögensideologie unterlegen. Jedes Steuergesetz tangiert das in Art. 14 I GG geschützte Vermögen, seine Zulässigkeit beurteilt sich nach der sozialen Eigentumsbindung. Der Gerichtsschutz reicht hier aus.

48. *Anderes gilt für die Tarifautonomie. Hier stellt sich wegen des Zusammenhangs von Bruttosozialprodukt und Grundrechtsmöglichkeit bzw. -wirklichkeit die Frage, in welchem Umfang sie verantwortet werden kann. Von der verfahrensrechtlichen Seite her müßten ihre leistungsstaatlichen Probleme bewältigt werden: z. B. über öffentliche, allen zugängliche Verfahren zur Ermittlung und Festsetzung tarifpolitischer Daten oder leistungsrechtlich auszugestaltende Schlichtungsverfahren.*

49. *(Grund-)Rechtsschutz im weiteren Sinne (ex ante): der grundrechtliche „due process“ läßt den konkreten Inhalt der Grundrechtsinteressen gegenüber und in Leistungsfunktionen erst dann gewinnen, wenn das Verfahren, bei dem es auch um das Entstehen von Leistungsrecht geht (z. B. Planung), zu Ende geführt ist. Es ist zu „individualisieren“, wer faktisch (oder rechtlich) grundrechtsbetroffen ist. Schwächen des gerichtlichen Rechtsschutzes sind durch Verfahrensschutz zu kompensieren, Formen der Zusammenarbeit von beteiligten Bürgern, Gruppen und Verwaltung zu entwickeln (Bürgerinitiativen als Grundrechtsinitiativen).*

IV. Schluß

50. *Grundrechte und Leistungsstaat sind auf sehr „anfällige“ Weise verknüpft. Letztlich ist der Leistungsstaat der grundrechtlichen Leistung seiner Bürger anvertraut.*

3. Aussprache und Schlußworte

Grundrechte im Leistungsstaat

Hollerbach: Meine Herren, ich habe versucht, im Einvernehmen mit den beiden Herren Referenten, einen Gliederungsvorschlag zu entwickeln. Es schien uns sinnvoll, Grobgliederung vorzusehen in:

- A) Grundsatzfragen und
- B) Einzelne Hauptkomplexe.

Unter „Grundsatzfragen“ sollten nach meinem Dafürhalten insbesondere — es sind nur Beispiele — zur Sprache kommen: Fragen der Methode, Fragen der Grundrechtsdogmatik, insbesondere im Hinblick auf die Statuslehre, ein Punkt, der bei Herrn Häberle sehr stark im Vordergrund stand. Vielleicht sollte hier auch noch diskutiert werden über die Begriffe bzw. das Verhältnis von Leistungsstaat und Leistungsgesellschaft. Bei der Aufgliederung des Punktes „Einzelne Hauptkomplexe“ habe ich mich ganz an die Gliederung angeschlossen, die dem Referat von Herrn Martens zugrunde lag, nämlich: „Grundrechtliche Grenzen des Leistungsstaates“, also all das, was bei Herrn Martens in den Leitsätzen unter Punkt II kommt; dann das Problem der „derivativen und originären Teilhaberechte“. Ich habe noch weiter hinzugefügt den Gesichtspunkt „Grundrechtsschutz“, der bei Herrn Häberle in den letzten Leitsätzen noch zum Ausdruck gekommen ist. Art. 12 GG habe ich, ohne ihn hier irgendwie einzuordnen, einfach einmal an die Seite geschrieben. Er wird immer wieder anklingen. Wir sollten aber auch Gelegenheit haben, zumindest eine Zeitlang ganz speziell über die Probleme zu diskutieren, die sich vor allem im Hochschulbereich bzgl. Art. 12 GG ergeben.

Scheuner: Es ist wohl das erstmal in unserer Vereinigung, daß wir uns mit der Frage der Interpretation und der Bedeutung der Grundrechte ganz vom Prinzipiellen her befassen. Natürlich haben sehr viele der früheren Veranstaltungen einzelnen Grundrechten gegolten. Auch der Sozialstaatsgedanke hat den Gegenstand einer Tagung gebildet, aber getrennt von seiner Bedeutung für die Grundrechte in ihrer prinzipiellen Problematik. Heute scheint es, als ob zum erstenmal ein gewisser Zweifel an der Richtigkeit der bisherigen Linie der Grund-

rechtsinterpretation aufgetaucht ist. Die beiden Referenten haben das sicherlich von sehr verschiedenen Gesichtspunkten her angegangen. Herr *Martens* ist stärker in seinem Ausgangspunkt auf der bisherigen Linie geblieben, hat ihn aber um neue und interessante Gesichtspunkte erweitert. Herr *Häberle* hat grundsätzlich angefaßt und in einem weit ausholenden Einblick und Überblick versucht, eine neue Grundrechtsdeutung zu setzen. In seinen Ergebnissen scheint er jedoch gar nicht so sehr weit von Herrn *Martens* geblieben zu sein. Die heutige Situation wird von einer Repristination der liberalen Grundrechtsinterpretation bestimmt, die aus begreiflichen Gründen nach 1945 einsetzte und bis heute wesentlich unsere Grundrechtsauslegung beeinflußt. Es zeigt sich freilich, daß die modernen Probleme mit dieser Sicht nicht mehr voll einzufangen sind. Man kann das etwa am Beispiel des Eigentums beleuchten, das nach der einen Seite sehr sorgfältig gegen die Enteignung geschützt wird, während die Sozialbindungen immer mehr wachsen. Man kann das auch am Art. 12 GG zeigen, der sehr nachdrücklich das selbständige Unternehmertum schützt, der aber weder die Arbeitskraft umfaßt, noch überhaupt die über 90% der tätigen Menschen interessierenden abhängigen Arbeitsverhältnisse umgreift. Herr *Häberle* — wenn ich zunächst auf ihn eingehen darf — hat vielleicht manche, die die bisherige Grundrechtsauslegung verfolgen, etwas erschreckt. Seine Grundrechtsdeutung geht nicht mehr allein vom Abwehrrecht aus, ohne zu verkennen, daß das Abwehrrecht nach wie vor in jedem Grundrecht ein wichtiges Teilelement bildet. Vielleicht hätte man schärfer differenzieren können zwischen den einzelnen Grundrechten. Das Grundrecht Leben und Gesundheit ist im wesentlichen auch heute noch Abwehrrecht und wird auch diese Funktion behalten. Die eigentliche Neuerung liegt in den Grundrechten der sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse, vielleicht auch denen der geistigen Auseinandersetzung, während die Grundrechte der Person eigentlich stärker in der bisherigen negativen Funktion verharren. Herr *Häberle* hat dann deutlich gemacht, daß in den Grundrechten ein Moment des Auftrags an den Gesetzgeber liegt. Man könnte dies auch mit dem Ausdruck der institutionellen Deutung bezeichnen. Das Wichtige dabei — und das ist ein Punkt, der bei Herrn *Martens* etwas zu kurz gekommen ist — ist die Erkenntnis, daß in den Grundrechten objektive Momente liegen, die das Bundesverfassungsgericht nicht sehr glücklich als Wertordnung zu bezeichnen pflegt, die Aufträge an den Gesetzgeber, Richtlinien seiner Tätigkeit, Bestimmung der Staatsaufgaben, Umgrenzung des Gemeinwohls, wie man es nun nennen will, enthalten. Diese Aufträge an den Gesetzgeber bedeuten —

wenn man sie richtig nimmt und durchführt, das wird allerdings manche Anhänger der alten Richtung erschrecken — auch Beschränkungen der Freiheit; denn um den Auftrag eines Grundrechtes zu verwirklichen, muß die Freiheit des einzelnen unter Umständen beschränkt werden. Gerade im Bereich des Art. 12 GG muß etwa die Ausbildungsstätte so gestaltet sein, daß sie eine sinnvolle Berufsausbildung für die nötigen Berufe und ihren Bedarf herstellt, kann aber nicht allein an den subjektiven Wünschen des einzelnen Auszubildenden ausgerichtet werden. Das bedeutet, dem Auftrag an den Gesetzgeber begegnet nicht etwa ein Anspruch des einzelnen auf die Erfüllung des Auftrags. Hier haben sowohl Herr *Martens* wie Herr *Häberle* — und das begrüße ich sehr — einen entschiedenen Trennungsstrich gezogen gegenüber dem Gedanken, nun aus dieser neuen Deutung der Grundrechte alsbald weite Ansprüche auf soziale Erfüllung abzuleiten. Wir müssen uns daran gewöhnen, daß es objektive Verpflichtungen des Gesetzgebers gibt, objektive Prinzipien der Verfassung, die nicht in subjektive Münze umgewandelt werden können. Das schließt nicht aus, daß in einzelnen Fällen z. B. im Fürsorgeanspruch auch subjektive Rechte hieraus abgeleitet werden können. Mir scheint, an den von Herrn *Häberle* entwickelten Gesichtspunkten ist besonders wichtig, daß die ganze liberale Betrachtung der Grundrechte nicht etwa als abgetan oder überwunden angesehen wird, sondern als ergänzungsbedürftig, als umformungsbedürftig. Wir leben nicht mehr in einem Staat, in dem es allein auf die staatsfreie Sphäre ankommt. Der Staat muß als Gestalter der Freiheit in wachsendem Maße für die einzelnen Freiheitsrechte eintreten. Wenn man diesen Gesichtspunkt richtig erkennt, so sieht man freilich, daß darin Gefahren und Probleme liegen, die zu bewältigen und zu meistern eine Aufgabe unserer Wissenschaft ist. Und lassen Sie mich eine letzte Bemerkung machen. Ein Gesichtspunkt scheint mir dabei noch sehr wichtig. Wenn der Staat an die Gestaltung solcher sozialer Grundrechte herangeht, wenn er darauf aus ist, nicht nur den Bestand eines Grundrechtes zu schützen, den der einzelne autonom herstellt, sondern diesen Bestand sozial sichert, sozial überhaupt erst schafft, dann ist er auf der anderen Seite verpflichtet, nach einer Richtung hin zurückhaltend zu sein. Er darf nämlich nicht einseitig für einzelne Gruppen oder Richtungen Partei nehmen. Die Neutralität des Staates, die uns bisher etwa im Staatskirchenrecht begegnet, ist auch in diesem wirtschaftlichen und sozialen Bereich eine sehr wichtige Forderung. Bei den Sozialpartnern kennen wir sie unter dem Gesichtspunkt der Parität. Auf anderen Gebieten bedeutet das, daß nicht etwa — ich darf an die Entscheidung des Bun-

desverfassungsgerichts über die einseitige Begünstigung der Landwirte bei einer Steuer erinnern (BVerfGE 28, S. 227 ff.) — eine Gruppe allein auf Kosten der anderen begünstigt werden darf. Diese Neutralitätspflicht des Staates ist offenbar ein allgemeiner Gedanke, der sich heute gerade auf wirtschaftlich-sozialem Gebiet erstrecken muß.

Hesse: Ich habe heute morgen eine ganze Reihe von Punkten feststellen können, über die zwischen den Referenten Übereinstimmung bestand, und es wäre die Frage, ob nicht überhaupt in diesem Kreis über diese Punkte Übereinstimmung besteht, so daß die Diskussion vielleicht im weiteren dann auf bestimmte Dissenspunkte konzentriert werden könnte.

Ich fand Übereinstimmung dahin, daß die Grundrechte in ihrer klassischen Funktion als Menschenrechte, als Abwehrrechte gegen den Staat, keineswegs in die Mottenkiste gehören. Das ist bei uns im Augenblick vielleicht weniger aktuell; aber die Gefährdungen, gegen die die Grundrechte insoweit sichern sollen, können sehr schnell wieder aktuell werden. Schutz vor willkürlicher Verhaftung, Schutz vor Gewissenszwang, Sicherung des freien Denkens und der freien Rede: hier bestehen Gefährdungen, die immer latent vorhanden sind, und es ist keineswegs unmodern, diese Seite der Grundrechte zu betonen und festzuhalten.

Allerdings kann sich die Bedeutung der Grundrechte heute in dieser klassischen Funktion nicht erschöpfen. Auch darin schien mir Übereinstimmung zwischen den beiden Referenten zu bestehen. Grundrechte müssen im leistenden Staat nicht nur gegenüber Eingriffen im klassischen Sinn, sondern ebenso gegen Beeinträchtigungen mit den spezifischen Mitteln des leistenden Staates ihre Schutzwirkung entfalten.

Einigkeit bestand schließlich drittens auch darüber, daß die Problematik noch weiter reicht. Einmal, daß Grundrechte nicht nur auf dem Papier stehen dürfen — wenn man es so formulieren darf —, daß es deshalb weithin darauf ankommt, Voraussetzungen grundrechtlicher Freiheit zu schaffen oder zu sichern. Freiheit der Wohnung hat nur Sinn für diejenigen, die eine Wohnung haben, freie Wahl der Ausbildungsstätte nur für die, die eine Ausbildungsstätte wirklich wählen können, die Eigentumsgarantie nur für Eigentümer usw. Das alles sind aber Fragen gesicherter Teilhabe; darin liegt ihre Problematik. Zum anderen sollen Grundrechte nicht nur für die Mächtigen da sein, nicht nur für die starken Gruppen, ein besonders schwieriges Problem, etwa zu demonstrieren an den heutigen Fragen der Pressefreiheit und der Rundfunkfreiheit. Es

bestand — wenn ich richtig sehe — Übereinstimmung darüber, daß diese Probleme von neuer Struktur sind, daß sich die Freiheit insoweit nicht mehr durch staatliches Unterlassen gewährleisten läßt, sondern nur noch durch staatliches Tun, daß es hier also nicht mehr nur um Freiheit vom Staat geht, sondern um Freiheit durch den Staat; zugleich bestand Übereinstimmung darüber, daß sich hier eine Problematik von großer Ambivalenz eröffnet. Es bestand Übereinstimmung darüber, daß diese Probleme nicht durch eine schlichte Umdeutung, etwa von bisherigen Freiheitsrechten in subjektive Teilhaberechte, gelöst werden können.

Endlich haben auch beide Referenten die Aufgabe durchaus gleich gesehen, nämlich die Wirksamkeit der Grundrechte unter den Bedingungen des modernen Sozialstaates zu erhalten und zu sichern. Hier ist dann freilich der Punkt, an dem sich die Wege — wie ich glaube — geschieden haben. Herr *Martens* sucht diese Wirksamkeit durch ein Festhalten an überkommenen Strukturen zu gewährleisten. Er will — wenn man so sagen will — eine „Maginot-Linie“ des bürgerlichen Rechtsstaates verteidigen, während Herr *Häberle* den Weg einer Fortentwicklung gehen will, den Weg einer sehr beweglichen Vorwärtsverteidigung. Herr *Häberle* konkretisiert damit Überlegungen, die Herr *Scheuner* uns gerade in seinem Aufsatz in der „Öffentlichen Verwaltung“ zugänglich gemacht hat: die Grundrechte als objektive Prinzipien, als Richtlinien und Rahmen für die Staatstätigkeit. Ich habe bisher daran gezweifelt, daß es sich bei diesen Problemen um Grundrechtsprobleme handelt, und mich gefragt, ob es nicht vielmehr um Organisations- und Verfahrensprobleme geht. Aber ich muß sagen, daß die Verbindung beider Aspekte, der grundrechtlichen und der Organisations- und Verfahrensaspekte, vor allem auch der Hinweis auf die Notwendigkeit einer Differenzierung sehr plausibel erscheinen. Ich möchte meinen, daß hier in der Tat ein überzeugender Weg gezeigt worden ist. Im einzelnen wird sicher noch vieles der Diskussion bedürfen, aber im Grundsatz scheint mir dies ein Weg zu sein, der weiterführt.

Herzog: Meine Herren Kollegen! Ich möchte mich zunächst an Herrn *Häberle* wenden, und zwar in zwei Bemerkungen:

1. Herr *Häberle*, in dem, was Sie uns sehr eindrucksvoll vorgeführt haben, fehlt mir persönlich etwas das Gefühl für den Konflikt. Sehen Sie, wenn Sie uns Verfahren, Organisationsformen, anbieten zur Lösung dieser Probleme, dann bin ich nicht ganz so sicher, daß das wirklich ein Weg ist, der Antworten enthält. „Lernmittelfreiheit im Interesse eines künftigen

Sozialprodukts —, flexible Altersgrenze nur im Sinne der Humanität —, die Bürger leisten mehr, wenn Sie frei sind —, das leistungsstaatliche Grundrechtsverfahren sichert vernünftige Lösungen —“, ich zitiere Ihre Beispiele, „mit Beiräten der Organisation, des Rundfunk- und Fernsehwesens —, die disziplinäre Kraft der Verfahren stellt einen Appell an die Bürger der Vernunft dar —“ und dergleichen mehr. Es sind fast wörtliche Zitate. Ich muß gestehen, Herr Häberle, wenn ich ganz persönlich werden darf, ich beneide Sie um den Optimismus. Ich frage mich aber, — so wichtig all diese Arten von Sicht des Verfassungsrechts und überhaupt der Rechtsordnung sind — ob das eben nicht nur die eine Seite der Medaille ist; ob der Konflikt — ich will nicht sagen weginterpretiert, aber — so minimalisiert werden darf und kann, wie Sie uns das vorgeführt haben. Auf diese Weise, Herr Häberle, haben Sie auch weginterpretiert den Unterschied, die Grenze, zwischen Verwaltungs- und Verfassungsrechtspolitik und geltendem Verfassungsrecht. Wenn ich das pointiert sagen darf: Sollte meine soeben erschienene „Staatslehre“ eine zweite Auflage erleben, so würde ich — wollte ich Ihnen folgen — sie eigentlich in „Deutsches Staatsrecht“ umbenennen müssen. Ich sage das teils zustimmend, teils ablehnend, denn in vielem, was Sie uns hier vorgeführt haben, würde ich durchaus Ihrer Meinung sein, nur nicht sub specie geltendes Verfassungsrecht, sondern sub specie einer Verwaltungs- und Verfassungsrechtspolitik; denn was kann eine Verfassung und was soll eine Verfassung tun können? Meine Herren, sie kann bestimmte, besonders wichtig erscheinende Verhaltensweisen als Gebote, als Verbote, als Sollensvorschriften fixieren. Das ist ja bisher geschehen. Das war die bisherige — wie ich zugebe — relativ enge Sicht der Grundrechte. Sie kann zweitens die großen — wenn Sie so wollen — Leitbilder an die Wand malen, wie das etwa im Art. 2 GG getan worden ist. Ich warne sub specie Verfassungsinterpretation, diese großen Utopien, diese großen Leitbilder, zu sehr zu konkretisieren. Wir haben das zu oft erlebt. Wir wissen, daß doch — um ein Wort von Quaritsch zu zitieren — daß etwas, was uns als eine großartige Errungenschaft unseres Denkens, des Denkens unserer Gesellschaft erscheint, sich — wie Quaritsch eben gesagt hat — eines Tages als „jämmerlicher Nachtfalter im Spülstein der Weltgeschichte“ gefunden hat. Im Spülstein der Weltgeschichte kann man das Wasser aufdrehen, dann wird dieser Nachtfalter ganz weggeschwemmt. Wenn er in der Verfassung steht, wenn er in die Verfassung hineininterpretiert worden ist, dann ist das nicht mehr ganz so. Also sehr viel von dem, was Sie sich und was ich mir mit Ihnen wünsche, Herr Häberle, würde ich nicht in die Verfassung hin-

einlegen; denn dieser Unterschied ist zumindest unter der Geltung eines Verfassungssystems, das auf Justitiativität angelegt ist, zu gefährlich. Hier könnte die Provinzialität — das richtet sich nicht gegen Sie — die Provinzialität politischen Augenblickdenkens verfassungsrechtlich einzementiert werden. Wenn wir uns heute vor drei Jahren zu diesem Thema geäußert hätten, dann wäre im Referat von Herrn Häberle der Umweltschutz mit Sicherheit nicht vorgekommen. Wir wissen auch nicht, was in drei Jahren über dieses Geflügeltier hier gesagt werden würde. Dafür würde ich doch plädieren, sehr vorsichtig zu sein und diese relativ starre, natürlich im Kern an irgendwelchen Punkten auch wieder durchlässige Grenze zwischen Politik und geltendem Verfassungsrecht zu wahren.

Nun ganz kurz zu Herrn *Martens*. Herr *Martens*, Sie haben uns drei Formen der Einwirkung der Freiheitsrechte auf die Gesellschaftspolitik oder die Sozialpolitik gezeigt. Freiheitsrecht als Grenze dieser Politik. Ich stimme Ihnen natürlich zu, wenn Sie davon sprechen, daß Geldleistungspflichten von Art. 14 GG grundsätzlich tangiert werden. Ich stimme Ihnen auch zu, daß es sehr häufig mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip gehen kann, wenn man wie wir die Ziele staatlichen Handelns kennt. Aber, meine Herren, das entscheidende Problem der künftigen Generation von Verfassungsrechtlern dürfte wahrscheinlich sein, wie man die Konzipierung der Ziele in den verfassungsrechtlichen Griff bekommt. Ich würde es durchaus für möglich halten, daß von hier aus die Grundrechte mobilisiert werden können. Es hält sich durchaus im Rahmen dessen, was ich mir vorstelle, daß man Sozialpolitik als Erfüllung von Freiheitsgarantien deuten kann. Aber auch hier darf nicht vergessen werden, daß die Freiheitsrechte zunächst einmal dazu da sind, dem Staat etwas zu verbieten, daß sie immer dazu dagewesen sind.

Meine Herren, je konkreter es möglich sein wird, in absehbarer Zeit staatliche Ziele zu formulieren, desto deutlicher wird man sie auch darauf befragen müssen, ob sie mit den Vorstellungen unserer Verfassung und auch den Vorstellungen des Grundrechtsteils vereinbar sind. Ob die Ziele, die angesteuert werden, noch zu einer Gesellschaft führen, in der die Grundrechte einigermaßen das gleiche sein werden wie das, was sie uns und unseren Vätern gewesen sind. Auch die Frage muß hereinkommen. Insofern würde ich, Herr *Martens*, Ihre Ausführungen, die ich im Grundsatz durchaus teile, ergänzen wollen. Die Ziele, die Politik ist zu befragen und ist ständig zu befragen, wo die Freiheit in diesem Staat und in dieser Gesellschaft bleibt. Und das ist keine Kontrolle, die man noch von

den einzelnen Eingriffen her mit einer Erweiterung in den Lenkungsbereich und in ähnliche Dinge hinein regeln kann. Das ist auch keine Frage mehr, die man von dem Gedanken der Erfüllung von Freiheitsgarantien her in den Griff bekommen kann, sondern das ist die Frage, ob das Bild, das mit einer massiven Gesellschaftspolitik angesteuert wird, noch der Idee der freiheitlichen Grundrechte entspricht. Von hier aus kehren wir dann sehr schnell an den Schlußpunkt auf einer anderen methodologischen Ebene, auf den Ausgangspunkt der Grundrechte zurück, Beschränkung zu sein.

Hollerbach: Vielen Dank, Herr *Herzog*, für die kritischen Akzente, die Sie jetzt gesetzt haben.

Häberle: Darf ich ein paar Bemerkungen zunächst zu Herrn *Herzog* machen, und zwar in folgender Hinsicht: Sie haben kritisiert, ich hätte kein Gefühl für *Konflikte* gehabt. Darauf möchte ich erwidern, daß dieser Sinn für Konflikte durchaus vorhanden ist: er ist im Verfassungsbegriff angelegt und in dem, was dessen Verfahren leisten sollten. Vielleicht hätte ich die Rolle des Konflikts noch stärker herausarbeiten sollen. In Leitsatz 9 kommt das Gemeinte zum Ausdruck, und ich erinnere an eine andere Stelle meines Vortrags: an die Überlegungen zu den Zielkonflikten zwischen einzelnen Grundrechtsinteressen untereinander. — Was den „Optimismus“ angeht, Herr *Herzog*, in der Tat bin ich der Auffassung: Wenn man ein Stück optimistischer ist als die Wirklichkeit dem Beobachter zu sein scheint, kann man diese Wirklichkeit *besser* machen als sie ist. Wenn man indes von *vornherein* pessimistisch ist, besteht die Gefahr, daß man die Wirklichkeit als Jurist und (Verfassungs-)Politiker schlechter macht als sie sein *kann*. Noch genauer: wenn man die Wirklichkeit nur so sieht wie sie zu sein scheint, macht man sie schlechter als sie sein kann. Damit verfehlt man m. E. eine spezifische Aufgabe des Normativen. — Zur Frage der *Utopien*: hier besteht durchaus eine große Gefahr, — habe ich nicht selbst davor gewarnt? — daß man zu vorschnell konkrete Utopien und verfassungspolitische Wunschvorstellungen in grundrechtsrelevante Verfassungsaufträge hineininterpretiert und eine ungewollte Grundrechtsinflation bewirkt. Ich versuchte insofern eine „Gratwanderung“, die freilich schwer und gefährlich ist, weil jederzeit ein Absturz nach rechts oder links droht. Vielleicht kam das in dem mündlichen Vortrag nicht genügend zum Ausdruck. Im übrigen sollte man *zweispurig* argumentieren: sowohl verfassungsrechtlich als auch verfassungspolitisch — unbeschadet aller Überschneidungen. So meine ich, daß gewisse Momente des Art. 103 Abs. 1 und Art. 19

Abs. 4 Grundgesetz schon de constitutione lata in dem „status activus processualis“ effektiv sind, während andere einstweilen ganz klar als rechtspolitische Forderungen wirken sollen. — Schließlich zum *Umweltschutz* als vorläufig letztem Punkt: Sollten wir uns nicht immer bereit halten für die jeweils aktuell auftretenden Grundrechtsprobleme wie Umweltschutz, um dann im Sinne „grundrechtssichernder Geltungsfortbildung“ neue Schutzeinrichtungen in Gestalt des erwähnten personalen Grundrechtsdenkens zu schaffen? Ich bin sicher: wenn in drei Jahren wieder über ähnliche Probleme diskutiert werden sollte, sind wir noch „klüger“, und es kommen neue Schutzgüter hinzu.

Martens: Ich wollte zunächst ganz kurz zu dem Stellung nehmen, was Herr *Scheuner* sagte: Sie haben vermißt, Herr *Scheuner*, daß ich den Auftrag an den Gesetzgeber zur Verwirklichung der Grundrechte in meinem Referat nicht behandelt habe. Ich weiß selbstverständlich, daß z. B. Art. 14 I 2 und Art. 6 gesetzgeberische Aktivitäten voraussetzen, die erst den Inhalt der einzelnen Grundrechte bestimmbar machen. Ich meine allerdings, daß dieser Problembereich jedenfalls nicht unmittelbar mit der Thematik der Leistungsstaatlichkeit in dem von mir zugrunde gelegten Sinn zusammenhängt. Im übrigen bin ich durchaus der Meinung — und ich glaube das auch im 3. Teil meines Referates gesagt zu haben —, daß etwa im Sinne *Schaumanns* der Gesetzgeber in der Tat den allerdings nicht juristisch einmünzbaren Auftrag zur Verwirklichung der Freiheitsrechte hat. Ich würde freilich diesen Auftrag nicht den Grundrechten selbst, ihrem Tatbestand, entnehmen wollen, bin vielmehr der Auffassung, daß er aus dem Sozialstaatsprinzip zu entwickeln wäre. Inhalt und Tragweite eines solchen Auftrages hätten sich also aus einer Ausdeutung des Sozialstaatsprinzips zu ergeben.

Was die Kritik von Herrn *Hesse* betrifft, so fühle ich mich natürlich insofern mißverstanden, als ich hier als Verteidiger einer „*Maginot-Linie*“ des bürgerlichen Rechtsstaates apostrophiert worden bin. Ich meine — und insoweit kann ich an das eben Gesagte anknüpfen —, daß ich die sozialstaatlichen Funktionen des modernen Leistungsstaates hinlänglich betont und in ihren verschiedenartigen Auswirkungen charakterisiert habe.

Schließlich zu Herrn *Herzog*: Ich bin mir bewußt, daß die *crux* in der verfassungsrechtlichen Beurteilung der staatlichen Ziele liegt. Meinen Rückzug auf die Kompetenz des Gesetzgebers sehe ich als demokratisch legitimiert an. Und wenn ich versucht habe, Begrenzungen im Grundsatz der Verhältnismä-

Bigkeit zu finden, weiß ich, daß das kein Allheilmittel ist. Um so erfreuter bin ich, daß Sie mein Anliegen, auch die begrenzende Funktion der Grundrechte hervorzuheben, zustimmend aufgenommen haben.

Zacher: Ich bin etwas in Verlegenheit, weil vieles von dem, was ich sagen wollte, Herr *Scheuner* und Herr *Herzog* schon gesagt haben. Ich möchte zum grundsätzlichen Aspekt der Grundrechtsinterpretation vorweg an das Wort von *Krüger* erinnern, daß die Verfassung das bessere Ich der Nation zu sein hat. Damit steht für die Grundrechte ein polemischer Auftrag fest: ein polemischer Auftrag, dem sie ihre Entstehung verdanken; aber auch ein polemischer Auftrag, unter dem die Grundrechtsinterpretation immer steht. Herr *Herzog* hat eben an diesen polemischen Auftrag erinnert. Aber ich möchte betonen, daß gerade auch Herr *Häberle* heute diesen polemischen Auftrag der Grundrechtsinterpretation aktualisiert hat. Methodisch ist Ihr Appell, Herr *Herzog*, daß die Grundrechte uns an die Freiheit erinnern, genauso gut wie der Appell von Herrn *Häberle*, daß sie uns an viele andere humanitäre Aufträge erinnern.

Ich wollte aber noch etwas deutlicher, als vielleicht Herr *Herzog* das getan hat, den aktuellen Auftrag der Stunde, wie ich ihn sehe in der ganz konkreten politischen Situation der Bundesrepublik, akzentuieren und sagen: die Herausforderung an die Grundrechte ist die, daß sich gegenwärtig das egalitäre Werk von selbst tut; daß wir dagegen mit der Grundrechtsinterpretation vor allem die Aufgabe haben, Räume der Differenzierung aufrecht zu erhalten und Räume der autonomen Differenzierung zu bewahren. Man solle nun demgegenüber nicht sagen, das sei inhuman oder ich sei ein Feind der Emanzipation. Ich bin ein Skeptiker der Emanzipation, kein Feind derselben. Aber der Mensch hat seine Emanzipation nicht erreicht, der Mensch hat vielmehr seine Emanzipation verfehlt, wenn er sich nicht differenzieren kann in seiner Gesellschaft. Die Humanität läßt sich nicht mit rein egalitären Modellen realisieren. Ich glaube, daß unter allem, was als die polemische Aufgabe der Grundrechtsinterpretation geschehen muß, das sicher nicht der wichtigste, aber hic et nunc der aktuellste Auftrag der Grundrechtsinterpretation ist. Ich habe an anderer Stelle gesagt, daß in dieser Situation, wie wir sie jetzt haben, *Institutionen* als Möglichkeiten der Freiheit gesichert bleiben müssen. Ich möchte am heutigen „Grundrechtsfesttag“ sagen, daß *Differenzierungen* als Möglichkeiten der Freiheit, der humanen emanzipierten Freiheit, gesehen werden und bleiben

müssen. Ich sehe gerade darin eine Aufgabe der Grundrechtsinterpretation.

Aber damit bekenne ich mich zu dem auch, was Herr *Scheuener* gesagt hat, zu der objektiven Dimension der Grundrechte. Wir dürfen da — ich weiß jetzt nicht, wieviel mich insofern von Herrn *Martens* trennt, aber doch einiges nehme ich an — nicht mit der Grundrechtsinterpretation aufhören, wo wir sagen, da ist kein subjektives Recht mehr. Die Gesellschaft braucht unseren juristischen Rat gerade in diesen Fragen der objektiven Dimension. Wir haben hier eine sozialpädagogische Aufgabe und erst recht eine Aufgabe gegenüber dem Gesetzgeber. Sicher ist es die Kompetenz des Gesetzgebers, die objektive Dimension der Grundrechte zu entfalten. Aber um diese Kompetenz auszuüben, braucht er sachverständigen Rat. Aus dieser Funktion des Ratgebers sollten wir uns nicht verdrängen lassen. Wir beklagen so häufig, daß die Juristen aus der Verwaltung herausgedrängt werden. Wir müssen sehen, daß unser Rat auch aus der Gesetzgebung verdrängt wird, wenn wir uns zurückziehen, wo wir den Gesetzgeber für kompetent halten. Wir müssen versuchen, die objektive Dimension der Grundrechte zu artikulieren.

Das geht aber natürlich nur, indem wir die Waage halten dazwischen, daß Grundrechte solche der Schwachen und der Mächtigen bleiben müssen. Herr *Hesse* hat die *Schwachen* betont als Grundrechtsträger. Das tue ich gemeinhin auch; aber in der augenblicklichen polemischen Situation muß man auch immer wieder den Mut haben, zu sehen, daß Grundrechte auch Grundrechte des Mächtigen sind, und aufhören solche zu sein, wenn nicht auch Platz für individuelle Mächtigkeit in diesen Grundrechten ist. Das war das eine: diese rechtsinstitutionelle Aufgabe einer objektiven Grundrechtsinterpretation, einer Dimension, die von der subjektiven Ausmünzbarkeit auch absehen kann. Ich möchte gerade unseren Freund und Kollegen *Dürig* als ein Beispiel — mit seiner Interpretation zu Art. 2 GG etwa — heranziehen. Welche Befruchtung ist von dem ausgegangen, obwohl wir ihm vieles von dem, was er dort als subjektive Rechte niedergelegt hat, von vornherein gar nicht geglaubt haben. Aber welcher gesellschaftliche Nutzen ist davon ausgegangen und strahlt immer wieder davon aus!

Nun noch etwas anderes. Es wurde heute gesprochen von neuen Institutionen, die geschaffen werden müssen zur Grundrechtssicherung, und zwar zur Frage der sozialen Grundrechte. Auch da trennt mich einiges von Herrn *Martens*. Herr *Martens* hat die Frage von sozialen Grundrechten auf Historie und Rechtsvergleichung abgeschoben. Ich glaube aber, daß man ge-

rade die rechtsvergleichende Dimension hier fruchtbar machen kann. Indem man versucht, soziale Grundrechte justitiabel zu machen, tut man ihnen einen Bärendienst. Da sind sie auf dem falschen Weg. Man muß eben versuchen, adäquate Institutionen zu finden. Ich halte hier das Gegenüber in der europäischen Grundrechtsordnung für durchaus geglückt, daß man bei der Menschenrechtskonvention einen Sanktionsapparat hat, der den Freiheitsverbürgungen adäquat ist, bei der Europäischen Sozialcharta hingegen einen Sanktionsapparat, der den sozialen Grundrechten adäquat ist, nämlich die objektive Prüfung, durch ein sachverständiges Gremium, das anhand von Berichten die Standards ermittelt. Ich halte es für sehr symptomatisch und sehr bedauerlich, daß Herr *Wengler* so schnell die Europäische Sozialcharta aus der deutschen Diskussion wieder entfernt hat. Für symptomatisch halte ich das nicht in bezug auf die Person von Herrn *Wengler*, sondern daß es so schnell akzeptiert worden ist, daß man mit diesem Instrument gar nichts zu tun haben will.

(*Martens*: Der Anhang zu Teil III ist eindeutig!)

Wie auch immer: die Europäische Sozialcharta ist bei uns mit dem Zustimmungsgesetz verkündet worden. Man kann aus einer Sache immer mehr und weniger machen, Herr *Martens*. Jedenfalls: die Europäische Sozialcharta steht zwar nicht bei uns in der Diskussion, Herr *Martens*. Aber ihr Gegenbild — gegenüber der Menschenrechtskonvention — halte ich für ausgesprochen glücklich. Wenn ich dazu noch eine verfassungspolitische Erfahrung in der Bundesrepublik nutzbar machen darf: Der Sachverständigenrat für die Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, der hat — wer die Dinge näher kennt, weiß das — die wirtschaftspolitische Diskussion in einem hohen Maße bei uns beeinflußt und — wie man sagen darf — rationalisiert. Natürlich ist immer ein gutes Maß an Scheinrationalität dabei; aber die wirtschaftspolitische Diskussion ist neue Wege gegangen, und man kann sagen, das Stabilitätsgesetz war überhaupt erst möglich nach einigen Jahren Erfahrungen mit dem Sachverständigenrat. Vorher wäre diese Entwicklung überhaupt nicht möglich gewesen. Ob man sie für gut hält oder schlecht, aber hier sind neue Wege eröffnet worden. Vielleicht wäre eine solche objektive Institution sozialpolitisch nutzbar zu machen. Auch hier möchte ich wieder das institutionelle Zusammenspiel betonen. Der Gesetzgeber braucht nicht nur den Partner in der Rechtswissenschaft, den juristischen Gesprächspartner. Er braucht auch unabhängige und in diesem Fall eben nichtrichterliche Institutionen, sachverständige Institutionen, aber unabhängige Institutionen als

Gesprächspartner. Als Gegenprobe für den Nutzen, für den potentiellen Nutzen, einer solchen Institution möchte ich anregen, das Geschrei sich vorzustellen, das die Gewerkschaften und die Arbeitgeberverbände erheben würden, wenn dieser Vorschlag ernsthaft diskutiert würde. Warum kommt denn heute von dieser Seite der Wirtschafts- und Sozialrat wieder auf den Tisch? Nämlich um solchen unabhängigen Institutionen rechtzeitig vorzubeugen und die Beratung des Gesetzgebers in die verbandspolitische Hand zu bekommen. Ich glaube also, daß man hier Modelle studieren müßte, die wegführen von dem richterlichen Rechtsschutz, und insofern, Herr *Häberle*, würde ich auch Ihrem Leitbild der bayerischen Popularklage nicht zustimmen.

Ein Letztes, ganz Kurzes; nämlich, sehr wichtig und viel zu kurz gekommen scheint mir der Aspekt der Grundrechte im personalen Leistungsverhältnis. Hier haben wir einen ungeheuren Nachholbedarf an Dogmatik in allem, was unmittelbare Dienstleistungen sind, die wir ja alle verdrängen, obwohl sie passieren müssen, jeden Tag, vom pädagogischen Dienstleistungsverhältnis bis eben zur Irrenanstalt, wo jemand gepflegt werden muß, der an der Grenze der Menschenwürde angekommen ist. Dafür haben wir kaum grundrechtliche Maßstäbe, aber das läßt sich wohl auch am besten morgen bei der Verwaltungsrechtsdogmatik erörtern.

Hollerbach: Vielen Dank, Herr *Zacher*, für Ihren Beitrag. Mir scheint, daß wir *einen* Punkt daraus vor allem festhalten sollten, denn damit wurde — glaube ich — wiederum auf einen Differenzpunkt aufmerksam gemacht. Das ist nämlich die Frage, welches eigentlich die Aufgabe der Jurisprudenz ist.

Dürig: Meine sehr geehrten Herren! Haben Sie keine Angst, daß ich Ihnen mit Art. 2 komme. Sie kennen vielleicht auch meine Aversion gegen die funktionale und institutionelle Sicht der Grundrechte — gegen die modische „objektive Dimension“. Vielleicht bin ich dabei durch Justitiabilitätsfragen und durch Richtertätigkeit etwas verdorben. Mit diesen funktionalen und institutionellen Modellen kann — meiner Erfahrung nach — jedenfalls kein Instanzgericht etwas anfangen. Wir müssen wieder einfacher in der Diktion werden. Wenn wir an unsere Studenten denken, die televisions-getrimmt sind und visuell aufnehmen, ergibt sich für mich eigentlich folgendes Bild: Wir haben hier gleichsam als Fußboden eine Reihe von Basisrechten, die durchaus egalitär und statisch sind: Persönliche Rechtsgleichheit, Daseinsvorsorge, Existenzminimum, alles was *Hä-*

berle dem status processualis zurechnete, u. dgl. Es geht hier also um Bedingungen und Voraussetzungen für das Gebrauchmachen von — und jetzt kommt das für manche offenbar schon leidige Wort — individuellen, ja egoistischen Freiheitsrechten, freilich auch mit ihren Risiken. Diese Freiheitsrechte sind dynamisch, streben also gleichsam von der Basis aus senkrecht nach oben. Bei ihrer Entfaltung kommt es naturgemäß bereits im Verlauf eines Lebens zu Ungleichheiten mit anderen; — Ungleichheiten, die man eben der Freiheit wegen nicht statisch abblocken und egalisierend plattwalzen darf. Die Risiken dieser konkurrierenden Freiheiten fangen wir — sonst wäre eine Leistungsgesellschaft in der Tat inhuman — auf durch eine neue Horizontale. Im Bild ist es gleichsam die Decke auf den senkrechten Stützpfeilern der Freiheit: Ich meine Sozialhilfe, Versorgung, Versicherung. Nun können Sie natürlich hier auf diese Decke noch alles mögliche daraufpacken, etwa bis zur Pflicht, der Staat habe gefälligst auch für — das soll ja ein großes Problem sein — die glückliche Freizeitgestaltung der Bürger alle Leistungen zu erbringen. Und Sie können verbal hier im Bild zwischen Fußboden und Decke noch weitere egalitäre Zwischenrechte einschieben, gleiche Startchancen auch noch für einen vierten Bildungsweg und nach einer fünften Drogenentziehungskur. Aber meine Herren, dieses Modell ist nicht unbegrenzt belastbar. Als derartige Decken kann nur tragen, was Sie für die produzierende Generation als Stützpfeiler freisetzen und freigesetzt belassen, also Individualrechte mit Initiative, Anreiz, Eigenverantwortung usw. Wenn Sie diese in der Vertikalen stehenden Leistungsfreiheiten kappen, fällt die Decke auf den Fußboden. Dann bricht dieses Verfassungsmodell, in dem m. E. allein der Antagonismus von Freiheit und Gleichheit ausbalanciert werden kann, zusammen. Und was hier im Bild als senkrechte Stützpfeiler erscheint, dazu kennen Sie, meine Herren, meine Meinung. Das sind nichts anderes als schulmäßig schlichte subjektive öffentliche Rechte mit Anspruchsinhaber, Anspruchsgegner und ausgrenzendem Anspruchsinhalt; und nichts wolkig Institutionelles und nichts von „objektiver Dimension“. So würde ich bildlich das Konzept unseres sozialen Rechtsstaates in grundrechtlicher Sicht entwerfen. Und ich erinnere nur noch an Häberles Feststellung abgewandelt: Sie können in ein solches prinzipiell liberales System sehr viel sozial-egalitäre Zwischenschichten — z. B. wiederholter Startchancen — einschieben. Aber wenn, um im Bild zu bleiben, die Decke auf den Fußboden fällt, weil man die klassischen liberalen Freiheitsstützpfeiler plattgewalzt hat, kann man sie nachträglich nie mehr wieder einziehen.

Kaiser: Herr Vorsitzender, ich habe mich spontan auf Ihre Frage gemeldet, was in dem hier gegebenen Zusammenhang die Aufgabe der Jurisprudenz sei: eine Frage, die ich mir selbst schon gestellt hatte, soweit in den Referaten das Thema zum Anlaß genommen wurde, ein — wie Herr *Zacher* sagte — „Grundrechtsfest“ zu feiern. Dabei teile ich den Zweifel von Herrn *Hesse*, ob es sich bei all diesen Problemen überhaupt um *Grundrechtsprobleme* handelt.

Ich widerspreche allerdings Herrn *Hesse* in der — wie mir scheint— etwas zu summarischen und apodiktischen Beurteilung der beiden Referate. Gegen den Vorwurf, eine konstruktive Maginot-Linie halten zu wollen, hat Herr *Martens* sich schon mit viel Recht und Erfolg zur Wehr gesetzt. Herr *Häberle* weiß als Jurist natürlich, ob er in seinem Referat das Grundgesetz ausgelegt hat oder ob er Staatslehre oder auch Naturrecht vorgetragen hat, oder vielleicht alles dies zusammen in einem schönen Eklektizismus, der auch juristisch etwas bedeuten kann, wenn er ciceronianische Statur hat.

Wenn wir hier schon zwischen konservativen und fortschrittlichen Aussagen unterscheiden sollen, so frage ich mich, — und auch darin liegt ein Widerspruch, zu dem ich mich durch die Verteilung von Licht und Schatten zwischen beiden Referaten provoziert fühle — ob nicht gerade das eine konservative Jurisprudenz ist, wenn Herr *Häberle* hochmoderne Probleme wie Umweltschutz in herkömmlichen Kategorien als Grundrechtsprobleme deutet. Damit geht man, meine ich, mit einem überlieferten Instrumentarium an die Lösung von Problemen heran, für deren Lösung andere Handhaben angemessener sind. Der blaue Himmel an der Ruhr kann wohl nicht schon mit Verfassungsbeschwerden herbeigeführt werden. Ich sehe keine Lösung der Umweltprobleme auf dem Weg schlichter Grundrechtsanwendung. Das kann irgendwann einmal einen Nutzen haben, aber der ganze Komplex, das ganze Volumen dieses Problems ist von einer etwas anderen Dimension. Gewiß hat auch Herr *Martens* von dem Umweltschutz als einem neuentdeckten Menschenrecht gesprochen, aber ich habe doch nicht die ironische Komponente überhört, die in dieser Bemerkung mitspielte. Demgegenüber tritt der Umweltschutz in der Ziff. 36 der Leitsätze von Herrn *Häberle* etwas zu einseitig als Grundrechtsproblem auf.

Unter Ziff. 12 seiner Leitsätze hat Herr *Häberle* das *Effizienzprinzip* dem Sozialstaat zugeordnet. Da frage ich mich ganz aufrichtig: Was ist der logische Prozeß, der zu der Schlußfolgerung führt, aus dem Sozialstaat das Effizienzprinzip herzuleiten? Kann man das im Wege von Obersatz und Untersatz

logisch demonstrieren? Ich meine, das Effizienzprinzip hat seine eigentlichen Grundlagen in einem Leitbild, das älter ist als der Sozialstaat, nämlich in dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit des öffentlichen Aufwandes; und gegenwärtig erhält es seine eigentlichen Impulse aus einem ganz anderen Bereich als dem des Sozialstaates, nämlich aus der Übertragung von Managementenerfahrung großer Unternehmer in die öffentliche Verwaltung. Die Verwaltungswissenschaft weiß davon unendlich viel. Sie macht sich dabei betriebswirtschaftliche Arbeiten, namentlich amerikanische Untersuchungen über den decision making process, den Entscheidungsprozeß (ursprünglich von Unternehmen) zu nutze. Wer dahinter *Dezisionismus* vermuten sollte, ist auf ganz falscher Fährte. Wenn hier jemand dennoch dieser Auffassung sein sollte, so würde ich mich besonders gern damit befassen.

Grundrechte — und damit komme ich zu meinem Ausgangspunkt zurück — sind für uns in erster Linie doch wohl ein juristisches Thema, und ich meine, man sollte die Gewährleistung der Grundrechte im Grundgesetz nicht für einen Katalog halten, aus dem man, der Bibel vergleichbar, jedes Bonmot begründen könnte.

Geck: Ich habe eine Frage an Herrn *Martens* und eine Bemerkung zu dem Referat von Herrn *Häberle*.

Die Frage bezieht sich auf den Leitsatz 6. Sie haben gesagt, Herr *Martens*, daß „die den betroffenen Freiheitsrechten (Art. 2, 12 und 14 GG) beigefügten Gesetzesvorbehalte dem Gesetzgeber erlauben, seine gesellschafts-, wirtschafts- und sozialpolitischen Ziele auch durch Regelungen im Grundrechtsbereich zu verfolgen. Dabei kommt dem Sozialstaatsprinzip eine besondere Bedeutung als Vehikel legitimer öffentlicher Interessen zu.“ Ihre Fortsetzung „Die vom Grundgesetz gewährleistete ist daher sozial gebundene Freiheit“ klingt dagegen etwas nach der Freiheit im allgemeinen. Daher meine Frage: Geht Ihre Aussage zur sozialen Bindung der Freiheit über die Gesetzesvorbehalte in Art. 2, 12 und 14 hinaus, bezieht sie sich insbes. auch auf die Freiheiten, die vom Grundgesetztext her vorbehaltlos gewährleistet sind? Um die Konsequenz anzudeuten: Hat das Sozialstaatsprinzip lediglich eine Komplementärfunktion zur Konkretisierung an sich schon vorhandener Gesetzesvorbehalte, dann spielt es gerade bei den vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechten keine (wesentliche) Rolle; hat es hingegen eine entscheidende selbständige Funktion, dann müßte diese sich auch bei den Grundrechten aus-

wirken, die vom Wortlaut des Grundgesetzes ohne Vorbehalt gewährleistet sind.

Die zu dem Referat von Herrn *Häberle* geplante Bemerkung kann ich kurz fassen, nachdem andere Voten schon in die gleiche Richtung wiesen. Herr *Häberle*, Sie haben in Leitsatz 19, Ziff. 4 und 5 gesagt, daß alle Grundrechte soziale Grundrechte in einem weiteren Sinne und zugleich Grundrechtspflichten des Staates sind. In LS 23 und 24 haben Sie von der grundrechtssichernden Geltungsbildung gesprochen; im Leistungsstaat gelte es auch, die Grundrechte — soweit nötig — umzuschreiben. LS 43 unterstreicht dies unter Hinweis auf den Gleichheitssatz. LS 33 bezeichnet den besonderen Begriff der sozialen Grundrechte als einen Offenbarungseid bürgerlicher Dogmatik; LS 35 behauptet ein sozialstaatliches Defizit an Grundrechtspositivierung im Vergleich zu Weimar und den Nachkriegsverfassungen der deutschen Länder.

Hauptsächlich an diesen Punkten setzt mein Zweifel ein. Herr *Hesse* hat für Ihre Grundrechtsauslegung den Ausdruck „bewegliche Vorwärtsverteidigung“ gebraucht. Ich habe das Gefühl, daß diese bewegliche „Vorwärtsverteidigung“ für den Sozialstaat, den sozialen Leistungsstaat, zu viele offene Flanken bei dem Rechtsstaat läßt. Die offenen Flanken sehe ich — z. T. wohl in Übereinstimmung mit Herrn *Zacher* — dort, wo es um den Schutz von klassischen individuellen Freiheitsrechten geht. Wenn bei den Ansatzpunkten, die Sie reichlich erwähnt haben, ein von Ihnen überhaupt nicht konkretisiertes System von sozialstaatlich determinierten Eingriffen ermöglicht und diesen grundrechtserhaltender Charakter zugesprochen wird, dann sehe ich die individuellen Freiheiten nicht mehr als hinreichend gesichert an. Herr *Zacher* hat bereits darauf hingewiesen, daß gewisse Geschäfte sich heute — z. T. möchte ich sagen erfreulicherweise — von selber besorgen, daß aber der Schutz individueller Freiheitsrechte heute keine Selbstverständlichkeit ist. Ich möchte das unterstreichen. Obwohl Sie, Herr *Häberle*, ausdrücklich sagen, daß Sie eine private Freiheitssphäre erhalten wollen, fürchte ich, daß die viel stärkere Betonung der sozialen Gebundenheit und des status activus etwa am Ende von LS 27 entgegen Ihren Absichten letztlich zu sehr zu Lasten der klassischen Freiheitsrechte gehen wird. Zur Freiheit gehört aber gerade das Recht, in mancher Hinsicht in Ruhe gelassen zu werden. Dieses Recht betont das Grundgesetz. Eine in den praktischen Folgen ganz unklare einseitige Aufwertung des status activus und die Betonung eines besonderen status activus processualis können dafür kein Ersatz sein.

Ich glaube auch, daß man von einem erheblichen Nachholbedarf auf dem sozialstaatlichen Sektor nicht bei der Bestandsaufnahme über die *Grundrechte* sprechen sollte. Betrachten wir Verfassungen mit einem Katalog von sozialen Grundrechten, so dürfen wir diesen nicht isolieren und das Teilergebnis mit unserem Verfassungsrecht vergleichen. Weder die Weimarer Verfassung noch die Nachkriegsverfassungen der deutschen Länder waren in der Art und Weise justitiabel wie die Grundrechte gemäß Art. 19 Abs. 4 GG. Die ernstliche Gefahr einer Unterwanderung der Freiheitsrechte von den eben erwähnten Ansatzpunkten her ist ebenfalls neu. Kataloge sozialer Grundrechte finden sich heute vor allem in Ostblockländern. Wir sollten nicht vergessen, was sie dort in der Praxis bedeuten.

In diesem Zusammenhang noch eine Bemerkung dazu, daß die sozialen Grundrechte in Ihrem Referat als bloße Verallgemeinerung klassischer Grundrechte präsentiert werden und daß Abwehrrechte und soziale Rechte angeblich grundsätzlich ineinander übergehen. Man mag es einen Zufall nennen, daß die Europäische Menschenrechtskonvention 1950 herkömmliche Grundrechte und Freiheiten schützte und die Europäische Sozialcharta als besonderes Instrument nachfolgte. Man könnte aber auch sagen, daß es nicht nur Zufall war. Die MRK hat ungeachtet späterer Ergänzungen ihren Schwerpunkt in den klassischen Freiheitsrechten behalten; die sozialen Rechte sind 1961 in einem gesonderten Instrument für z. T. unterschiedliche Bedürfnisse mit unterschiedlichen Strukturen, Rechtsfolgen und einem unterschiedlichen Sanktionssystem geschützt. Auch der Teilnehmerkreis bei beiden Verträgen deckt sich nicht. Sicher ist es kein Zufall, daß nach langen Vorarbeiten in den Vereinten Nationen die Human Rights Covenants im Dezember 1966 als zwei getrennte Verträge für die bürgerlichen und politischen Rechte einerseits und die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte andererseits beschlossen sind und daß bei ihnen auch das Kontrollsystem unterschiedlich geregelt ist. (Das neueste Instrument, nämlich die amerikanische Menschenrechtskonvention vom November 1969, enthält getrennte Kapitel über die bürgerlichen und politischen Rechte einerseits, die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte andererseits. Die letzte Gruppe besteht aus einem bloßen Programm. Text: *American Journal of International Law* Vol. 65 (1971) 679 ff.). Aus der divergierenden Regelung ergeben sich Folgen auch für die Durchsetzbarkeit. Herr Zacher hat für die einschlägigen europäischen Verträge schon angemerkt, daß die Unterscheidung zwischen klassischen Freiheitsrechten und sozialen Ansprüchen kein Zufall ist. Das gleiche gilt im außer-

europäischen Bereich. Die internationalen Beispiele sollten im Hinblick darauf zu denken geben, daß ein bei uns teilweise vorhandener sozialstaatlicher Nachholbedarf zu einem vorranglichen Nachholbedarf an sozialen Grundrechten, d. h. am Sozialverfassungsrecht, erklärt wird und daß im Wege über eine in ihrer Tragweite unklare Betonung des sozialen Charakters aller Grundrechte Rechtsnormen unterschiedlicher Funktion in einer Art vermengt werden, welche die klassischen Freiheitsrechte allmählich aushöhlen kann.

Kriele: Ich möchte das Prinzip der gesellschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes noch einmal verteidigen. Es bedeutet in unserem Zusammenhang, daß der Kampf um den Leistungsstaat ein demokratischer Kampf ist, daß m. a. W. die Justiz nicht zum Tummelfeld der parteipolitischen Auseinandersetzung gemacht, nicht instrumentalisiert wird im Dienste der einen oder anderen Richtung. Dieses Prinzip muß man nach zwei Richtungen verteidigen: Einmal gegen die Umdeutung von freiheitlichen Abwehrrechten in soziale Anspruchsrechte oder auch in Verfassungsaufträge. Hier haben Sie, Herr Häberle, ja sorgfältig differenziert und dies zum Schluß Ihres Referates beschränkt auf ganz bestimmte Ausnahmefälle — das möchte ich unterstreichen. Über die Ausnahmen kann man natürlich von Fall zu Fall reden. Das bedeutet aber praktisch, daß alles, was Sie zunächst darüber hinausgehend entwickelt haben, in den Bereich der politischen Rhetorik gehört. Dort mag es legitim sein (selbst das ist nicht unbedenklich); aber es ist juristisch irrelevant.

Nach der anderen Seite hin muß man das Prinzip der gesellschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes verteidigen gegen die Inanspruchnahme von freiheitsverbürgenden Grundrechten zum Schutze von gesellschaftlichen Privilegien. Man muß also dem Leistungsstaat den legislativ-politischen Raum freikämpfen. Das geht nur, wenn man die immanenten Gemeinschaftsvorbehalte der Grundrechte — wie immer man sie im einzelnen begründet — nicht aufgibt. Das hat das Bundesverfassungsgericht aber getan im „Mephisto-Urteil“ (in der Sache des Gründgens-Erben gegen den Klaus-Mann-Verleger). Art. 5 III ist — sagt es dort — vorbehaltlos gewährleistet. Es gibt keinen Gemeinschaftsvorbehalt. Art. 2 I kann man sowieso nicht heranziehen, 5 II kann man nicht heranziehen, immanente Schranken kann man auch nicht heranziehen. Die Verfassungsbeschwerde des Verlages wurde aber doch verworfen, denn Schranken müssen sein. Aber nun müssen sie aus der Verfassung selbst abgeleitet werden. In diesem Fall wurden sie abgeleitet aus Art. 1 I. Art. 1 wurde weit über das, was man

bisher daraus herausgelesen hat, nämlich Abwehr von erniedrigender Behandlung, hinaus aufgeblasen. Der ganze Ehrenschutz wurde in Art. 1 hineininterpretiert. Das stellt Weichen. Wo Art. 1 nicht langt, wird man z. B. zur Sozialstaatsklausel greifen müssen. Wenn z. B. ein Architekt, der ein Kunstwerk schafft und dem man die Bauordnung entgegenhält, sich auf Art. 5 Abs. 3 beruft, so muß man die Bauordnung irgendwie ins Grundgesetz hineininterpretieren, in die Sozialstaatsklausel z. B., und sie dadurch verfassungsfest machen. Das kann nicht richtig sein. Der Gemeinschaftsvorbehalt ist unentbehrlich.

Nun ein Unterpunkt zu diesem Fragenkreis: Art. 14. Ich möchte das Bundesverfassungsgericht gegen beide Referenten in Schutz nehmen. Das Bundesverfassungsgericht sagt: Prinzipiell ist für Steuern und Abgaben Art. 14 nicht einschlägig. Aber es gibt, wenn Steuern konfiskatorisch werden, einen Umschlag von der Quantität in die Qualität, und dann ist er doch einschlägig. Dies ist eine Figur der Hegelschen Logik, die Sie gemessen haben an der klassischen Logik, und da wird sie natürlich Unsinn. Ihre Kritik hat zur Folge, daß nun die Abgrenzung der Grundrechtsrelevanz des Art. 14 eine Frage der graduellen Einschätzung wird; 50%, 55%, — wo beginnt die enteignende Wirkung der Steuer? Der politische Streit wird auf die Ebene der Verfassungsdogmatik übertragen.

Die Mächtigen sind selbstverständlich Grundrechtsträger wie alle anderen auch. Aber sie haben Mächtigkeit auch in der Durchsetzungsfähigkeit ihrer grundrechtlichen Ansichten — politischen Einfluß z. B. auf die Besetzung des Verfassungsgerichts, publizistischen Einfluß, und sogar Einfluß auf die Entwicklung der juristischen Dogmatik über Gutachtaufträge u. ä. Die praktische Konsequenz wird sein, daß die Grenze, die das Bundesverfassungsgericht für die Abwehr der Beanspruchung des Art. 14 bisher gezogen hat, mit Wahrscheinlichkeit ziemlich weit zurückgeschoben wird. Nun haben wir Erfahrungen, vor allem aus den USA, wohin das führt. In den Vereinigten Staaten sind ja Steuern immer unter dem Gesichtspunkt des Eigentumsschutzes verfassungsrechtlich relevant gewesen, und das hat geführt: erstens zu einer erheblichen Verzögerung der Entwicklung des Leistungsstaates und damit zu einer Verschärfung der sozialen Spannung; zweitens, — da man schließlich doch nicht umhin konnte, gewisse Elemente des Leistungs- und Sozialstaates einzuführen —, zu der Forderung, die Verfassungsrechtsprechung müsse sehr „zurückhaltend“ werden („judicial restraint“). Dann kam aber als zweiter Schritt die Forderung, diese juristische Zurückhaltung konsequent, also auch im Bereich der Rassendiskriminierung, der

Meinungsfreiheit, der prozessualen Grundrechte usw. durchzuhalten (Felix Frankfurter). Die Folge war, daß die Grundrechte in langen Phasen der Supreme-Court-Rechtsprechung weitgehend leerliefen. Also wir verdanken dem Prinzip des Bundesverfassungsgerichts, Steuern seien grundrechtsneutral, einerseits die Effizienz der freiheitsschützenden Grundrechte überhaupt und andererseits vielleicht einen wichtigen Beitrag zu dem verhältnismäßig gemäßigten und friedlichen sozialen Klima, das wir in der Bundesrepublik haben. Man sollte diese Konsequenzen bedenken, ehe man dieses Prinzip relativiert.

Böckenförde: Ich möchte zunächst zum Referat von Herrn *Häberle* eine zweifache Frage stellen, einmal wieweit die umfassende theoretische Vorgabe, die er im ersten Teil seines Referates gemacht hat, in den dogmatischen Konsequenzen durchgehalten ist, die ja mit denen von Herrn *Martens* in vielem übereinstimmen, und zum andern wieweit diese theoretische Vorgabe sich wirklich auf das Grundgesetz stützen kann im Sinne einer Verfassungsinterpretation. Die Grundrechtstheorie, die meines Erachtens jeder Grundrechtsinterpretation zugrunde liegt, weil die Grundrechte aus ihrer Wortfassung viel zu fragmentarisch sind, um allein im Wege klassischer Hermeneutik interpretiert zu werden, kann ja wohl nicht frei ausgewählt werden; vielmehr müssen wir m. E. als Verfassungsinterpreten die Frage nach einer bzw. der verfassungsgemäßen Grundrechtstheorie stellen.

Was Sie, Herr *Häberle*, in These 19 bis 25 entwickelt haben, scheint mir der Entwurf einer neuen Grundrechtstheorie zu sein, ja der Entwurf für ein prozeßhaftes Verfassungsverständnis auch im Grundrechtsteil, von dem ich allerdings Zweifel habe, ob man ihn als Interpretationsrahmen für die geltenden Grundrechte, wie sie in der Verfassung formuliert sind, zugrunde legen kann. Das führt natürlich an Fragen der Verfassungstheorie und des Verfassungsbegriffs heran. Hält man daran fest, daß die Verfassung *auch* eine Entscheidung ist, eine Festlegung von gewissen Grundentscheidungen und normativen Inhalten, so ergibt sich, daß auch im Grundrechtsteil einer Verfassung, und insoweit auch im Grundgesetz, eine bestimmte Auffassung der Grundrechte, also eine Grundrechtstheorie vorausgesetzt und zugrunde gelegt ist. Aus den Zeitumständen des Jahres 49 und auch aus den Materialien, die uns zugänglich sind, ergibt sich m. E. recht klar, daß der Ausgangspunkt des GG schon der liberale Rechtsstaat war, also die Grundrechtstheorie einer Sicherung von Freiheitsräumen gegenüber staatlichen Zugriffen, die freilich bewußt ergänzt worden ist durch die Einfügung des Sozialstaatsprinzips. Nach meiner Auffas-

sung sollte man — und muß es als Verfassungsinterpret — von daher die Grundrechtstheorie entwickeln. Insofern stehe ich im Ausgangspunkt Herrn *Martens* näher; er hat ja prinzipiell diesen Ausgangspunkt gewählt. Die Frage ist freilich, ob sein Ausgangspunkt, gerade wegen der Kombination von rechtsstaatlicher Freiheitsverbürgung und sozialstaatlichem Gestaltungsauftrag an den Gesetzgeber, nicht noch etwas fortentwickelt werden kann und muß, gerade im Sinne einer verfassungsmäßigen Grundrechtstheorie.

Zur Freiheitssicherung als Prinzip der Grundrechte, wie das Grundgesetz sie kennt, gehört m. E. auch die Sicherung der elementaren sozialen Voraussetzungen für die Realisierung der Freiheit. Mir scheint, daß das gerade aus dem Rechtsstaatsprinzip in seinem ursprünglichen Ansatz herzuleiten ist. Und zwar deswegen, weil die Ausnutzung der ursprünglichen rechtsstaatlichen Verbürgungen — Rechtsgleichheit, individuelle Erwerbsfreiheit, Garantie des erworbenen Eigentums — notwendig zu Ungleichheitsbildungen in der Gesellschaft führt, die die Tendenz haben, sich zu verfestigen, und sich daraus die Situation ergibt, daß der Staat selbst ausgleichend, vorsorgend, auch intervenierend tätig werden muß, damit nicht diese rechtsstaatlichen Freiheiten für eine wachsende Zahl seiner Bürger zu leeren Formeln werden, die sie nicht realisieren können. Dadurch wird vom Rechtsstaatsprinzip her der Sozialstaatsauftrag entbunden und ebenso die Geltendmachung der sozialen Pflichtigkeit der Freiheit. Aber worauf es nun ankommt, ist die rechte *Maßbestimmung* für die sozialstaatliche Aktivität, und vor allen Dingen die Verknüpfung von sozialstaatlicher Gestaltungsaufgabe, Daseinsvorsorge, auch der Herauskehrung der Pflichtigkeiten der Freiheit etwa beim Eigentum, mit den rechtsstaatlichen Verbürgungen. Das ist nicht damit getan, daß man abstrakt den Sozialstaat neben den Rechtsstaat stellt. Man kann sich dann bei allen Fragen auch immer auf das Sozialstaatsprinzip berufen, das den Rechtsstaat begrenzt, und bringt damit die Probleme in Form eines Puzzle-Spiels schnell beiseite. Damit ist aber theoretisch wie dogmatisch nichts gewonnen, denn es fehlt jeder Maßstab, nach dem die konkrete Verknüpfung von Rechtsstaat und Sozialstaat herzustellen ist. Sehe ich recht, ist ja gerade dies immer das Problem von Herrn *Forsthoff*, die sozialstaatlichen Aktivitäten, die aus dem Sozialstaatsauftrag legitimiert sind und sich zum Teil von selbst verstehen, einzubinden, zu verknüpfen mit den rechtsstaatlichen Freiheitssicherungen. Dazu bedarf es einer ins einzelne gehenden rechtsdogmatischen Arbeit, die ich natürlich hier nicht leisten kann. Ich möchte jedoch auf

einen konkreten Fall hinweisen, bei dem das Problem zutage liegt, das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Ausdehnung der Angestelltenversicherungspflicht. Die Notwendigkeit sozialer Sicherung ist unbestritten, aber die Frage ist, ob es das richtige und rechtsstaatlich zulässige Mittel ist, alle Angestellten zu einer Solidaritätsgemeinschaft zusammenzufassen, oder ob nicht etwa die Lasten, die getragen werden müssen, um die sozial Schwachen in den Genuß einer genügenden sozialen Sicherung kommen zu lassen, Lasten der Allgemeinheit sind. Vertragen sich die Kriterien, nach denen hier Risiko- und Zwangssolidaritätsgemeinschaften gebildet werden, mit dem rechtsstaatlichen Freiheitsanspruch des einzelnen? Sind das nicht ganz beliebige, mehr oder minder willkürliche Zusammenfassungen? Was verbindet eigentlich die Angestellten untereinander? Sie sind kein Stand, keine Berufs- oder Leistungsgemeinschaft, keine durch ein bestimmtes soziales Interesse konstituierte und insoweit homogene Gruppe. Dies nur als Beispiel, auf welchem Argumentationsweg evtl. eine konkrete rechtsstaatliche Grenzziehung gegenüber Inpflichtnahmen und Eingriffen aus dem Prinzip des Sozialstaats aufgebaut werden könnte.

Zum Problem der grundrechtlichen Leistungsansprüche: Hier stehen wir vor der Entwicklung, daß die von uns — bedauerlicherweise — allgemein abgeschaffte Lehre von den Staatszwecken und Staatsaufgaben nun auf dem Umweg über Verfassungsaufträge, die bei einzelnen Grundrechten oft recht beliebig angesiedelt werden, wiederkehrt. Das steckt auch hinter der sog. „objektiven Dimension“ der Grundrechte, ihrem Gehalt als Direktivnormen oder Aufträgen an den Gesetzgeber. Beide Referenten waren sich darin einig, daß das nicht zu individuellen einklagbaren Ansprüchen führen kann — von vielleicht eng begrenzten Ausnahmefällen abgesehen. Es ist auch offensichtlich, daß damit nur eine Verlagerung der Entscheidung von der politischen, demokratisch legitimierten Instanz, nämlich dem Gesetzgeber, auf die Justiz erreicht würde. Alles, was Herr Häberle zum Maßgabebegründrecht gesagt hat, hat eben dies zur Voraussetzung. Es stellt sich dann allerdings die Frage: Was hat diese objektive Interpretation der Grundrechte, das Herauslesen von Verfassungsaufträgen, für einen rechtlichen Sinn und Wert? Man kann sagen, das ist die Ermahnung der Juristen an den Gesetzgeber, sich dieser Dinge anzunehmen, sie nicht außer acht zu lassen. Nun gut. Aber im konkreten Fall kommt es natürlich auf die Priorität an, auf die Prioritätsentscheidung. Es gibt mehrere, vielleicht eine Vielzahl von Verfassungsaufträgen, und sie können nur nach

Maßgabe der staatlichen Finanzkapazität — da sie alle kostenintensiv sind — erfüllt werden. Hier zeigt sich die Gefahr, wenn außer acht gelassen wird, daß die Verfassung nur eine Rahmenordnung für das politische Leben sein kann. Wir erliegen dann der Tendenz, jede politisch sinnvolle und vielleicht notwendige Aufgabe erst einmal als Verfassungsauftrag aus der Verfassung heraus zu legitimieren. Politik wird dann „Vollziehung“ der Verfassung und untersteht einem besonderen Druck; werden die Aufträge nicht mit der gehörigen Intensität und Priorität verwirklicht, dann ist das eine Verfassungsverletzung. Ich meine, hier hat Herr *Hennis* ganz richtig darauf hingewiesen, daß das zum permanent nichterfüllten Grundgesetz führt, dessen Auftrag dann schließlich durch Revolution einzulösen ist.

Die Einlösung von Verfassungsaufträgen ist eben, über den rechtlichen Hinweis hinaus, daß es diesen Auftrag gibt, eine Frage der politischen Willensbildung und eine Frage des Aktivbürgers, der von seinen politischen Mitwirkungsrechten in richtiger Weise Gebrauch macht und diejenigen politischen Zielvorstellungen bzw. Alternativen zum Zuge kommen läßt, die sich dafür nach seiner Meinung in der richtigen Weise einsetzen. Der status processualis i. S. von Herrn Häberle wäre dann anzusetzen bei Wahlrechtsfragen und bei Fragen der innerparteilichen Demokratie — also ob wir nicht einmal den Gedanken der „primaries“ für die Kandidatenaufstellung durch die Parteien oder der offenen Listen diskutieren sollten — und dann bei der Frage des Gesetzgebungsverfahrens, denn die Gesetzgebung ist ja auch „Verfahren“. Da läßt sich vielleicht manches organisieren an Teilhabe, bei den Vorbereitungen und im Beratungsverfahren, aber es muß allerdings die Entscheidung des Gesetzgebers möglich bleiben und sie muß verbindlich sein. Dies scheint mir der richtige Weg zu sein, um das, was sinnvoll ist am status processualis, auch herauszuholen. Aber auf der anderen Seite, Herr *Häberle*, was Sie uns in Ihrem ersten Teil vorgetragen haben, hat in der heutigen Situation eine Sprengkraftwirkung. Da kommt eine Fülle von neuen Verfassungsaufträgen und Pflichten heraus, die einzulösen auch ein gutwilliger Gesetzgeber einfach nicht in der Lage ist. Das kumuliert sich ja. Mir erscheint es notwendig, gerade zur Sicherung der Grundrechte, der grundrechtlichen Verbürgungen, von der Interpretation her immer daran fest zu halten, daß sie nur einen Rahmen abgeben, und daß eine „Verwirklichung“ darüber hinaus eine Frage politischer Willensbildung und Entscheidung und der aktiven Teilnahme der Bürger ist.

Häberle: Ich habe doch mehrfach betont, wie wichtig mir das Verständnis der Verfassung als einer *Rahmenordnung* ist, — in dem vorgetragenen Teil ist dies ausdrücklich formuliert. Im übrigen war auch ich zurückhaltend, ebenso wie Herr *Martens*, vorschnell mit Verfassungsaufträgen zu operieren. Ich darf das Wort von der „Gratwanderung“, um die es geht, noch einmal wiederholen. Was den *status activus processualis* betrifft, so hat er große Bedeutung z. B. für die innerparteiliche Demokratie — Demokratie ist heute ohne diese gerade auch verfahrensmäßig ausgestaltete innerparteiliche Demokratie gar nicht möglich —, vor allen Dingen aber auch gegenüber spezifisch leistungsstaatlichen Funktionen und Verfahren. Denken wir doch einmal an Planungsprozesse: so sind etwa im Städtebauförderungsgesetz entsprechende neue Instrumente teils verwirklicht, teils sollten sie verwirklicht werden. Mir scheint, daß hier der Bürger in die leistungsstaatlichen Verfahren stärker einbezogen werden müßte.

Martens: Ich möchte zunächst die Frage von Herrn *Geck* zu meinem Leitsatz 6 beantworten. Der letzte Satz des Leitsatzes 6 ist im Zusammenhang zu lesen mit dem einleitenden Satz 1, d. h. die Einwirkungen des Sozialstaatsprinzips, von denen ich gesprochen habe, beziehen sich ausschließlich auf Grundrechte mit Gesetzesvorbehalt. Mit anderen Worten: Das Sozialstaatsprinzip hat in meinen Augen mangels eines verlässlich angebbaren Inhalts keine selbständige begrenzende Funktion, kann also nicht als verfassungsunmittelbare Grundrechtsschranke in Anspruch genommen werden.

Was die Kritik von Herrn *Kriele* betrifft, so bezog sich meine Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Eigentumsschutz gegen Steuergesetze eigentlich weniger auf das Ergebnis als auf die verwendete juristische Konstruktion. Ich habe dabei allerdings nicht bedacht, Herr *Kriele*, daß das Bundesverfassungsgericht auf den Spuren Hegels wandelt. Sonst hätte ich mich natürlich zurückgehalten!

Ich meine weiter, Herr *Zacher*, daß es gerade deshalb, weil soziale Rechte — wie Sie selbst sagen — überwiegend nicht justiziabel sind, problematisch ist, sie in die Verfassung aufzunehmen. Das hat die Weimarer Erfahrung gelehrt, und das bestätigt die Rolle sozialer Verbürgungen im Ausland und in den geltenden deutschen Landesverfassungen. Ich bin der Ansicht, daß solche sozialen Rechte ihren Platz eher in einem Sozialgesetzbuch als in der Verfassung haben.

Mit Herrn *Böckenförde* bin ich weithin einig; ich möchte nur daran erinnern, daß ich auf das Problem der Aufhebung der Jahresarbeitsverdienstgrenze in der Rentenversicherung der Angestellten doch ausdrücklich und nachdrücklich hingewiesen habe — zugegebenermaßen mit dem Zusatz, daß ich insoweit keine Lösung wisse. Dabei tröstet mich allein, daß die literarisch geäußerten Auffassungen der Mitglieder dieser Vereinigung dazu ja auch kontrovers sind.

Häberle: Zu Herrn *Böckenförde* wenigstens dieses: er hat von einer „theoretischen Vorgabe“ gesprochen, die ich gemacht hätte im Blick auf Verfassungsinterpretation und insbesondere im Blick auf die Grundrechtsinterpretation. Ist es denn nicht so, daß Verfassungsinterpretation tatsächlich immer diese theoretische Vorgabe leisten muß, und daß es nur darauf ankommt, sie offen zu legen? Mir scheint, daß spätestens das Buch von *Josef Esser* — „Vorverständnis und Methodenwahl“ — diese Dinge klar gemacht hat, auch ist *Essers* Begriff der „Erkundung des vordogmatischen Problemfeldes“ einschlägig, wobei wir freilich am Anfang aller Aufgaben stehen und eben hier zu fragen hätten: *wie* kommt Dogmatik zustande und wer bestimmt, wie Dogmatik zustande kommt? Im übrigen glaube ich die „theoretische Vorgabe“ z. B. insofern „durchgehalten“ zu haben, als ich versuchte, den *status activus processualis* zu entfalten.

Oppermann: Ich möchte mich an sich gerne an dem Versuch von Herrn *Hesse* beteiligen, eine Art praktischer Konkordanz — jedenfalls in begrenztem Sinne — zwischen den beiden Referaten herzustellen. Es war ja bereits erstaunlich, was es vom Nulltarif bis zu einer bedarfsorientierten Auslegung von Art. 12 GG an Übereinstimmungen gab. Man könnte vielleicht noch weiterkommen in dieser Richtung, wenn Herr *Häberle* sich zu der schlichten Frage etwas erklären könnte, wo er eigentlich die Grenze zwischen Recht und Politik sieht. Ich setze dabei voraus, daß Herr *Häberle* nicht ganz die Linie unseres zivilrechtlichen Kollegen *Wiethölter* aus Frankfurt/Main teilt, die nahezu von einer Deckungsgleichheit bei Recht und Politik ausgeht. Dennoch scheinen Sie mir, Herr *Häberle*, — und da lag einer der entscheidenden Unterschiede zum Referat von Herrn *Martens* — sehr vieles noch in den juristischen Bereich einbringen zu wollen, was nach Auffassung anderer bereits ins Feld der Verfassungspolitik gehört. Sie haben das Wort „Grundrechtspolitik“ ja auch mehrfach in Ihr Referat eingebaut. Wir unterschreiben natürlich alle den Satz von *Triepe*l, daß Ver-

fassungsrecht politisches Recht ist. Aber hat das Recht nicht im Gesamtgefüge des Politischen irgendwo seinen eigenständigen Stellenwert? Wenn man hiervon ausgeht, werden doch Gefahren einer zu dynamischen Sichtweise offenbar, wie bei ihnen, Herr Häberle, etwa im Hinblick auf den status negativus. Das gehört zum zu zahlenden „Fahrpreis“, von dem Sie, Herr Schneider, gesprochen hatten. Denn werden nicht die Verfassung und insbesondere die Grundrechte bei der Häberleschen Deutung wieder mehr und mehr zum Sozialprogramm? Sie haben auch dieses Wort ausdrücklich gebraucht, Herr Häberle. Kommen wir damit nicht mehr oder weniger zurück zu Weimar, zu einer Art von vielleicht nicht gerade „leerlaufenden“ Grundrechten, aber doch zu Grundrechten, die von einem „Verfassungsauftrag“ oder auch von „Programmsätzen“ nicht mehr sehr zu unterscheiden sind? Das alles gleitet jedenfalls in diese Richtung. Hier sollte man dann aber auch die Gefahren sehen, die diese Deutung für die „liberalen Errungenschaften“ des status negativus mit sich bringt, wobei ich allerdings gewisse institutionelle Sichtweisen — insofern im Unterschied zu Ihnen, Herr Martens, — in diese liberalen Errungenschaften mit einbeziehen würde. Sie haben von „normativem Druck“ gesprochen, Herr Häberle, den es auszuüben gilt, um die Dinge voranzutreiben. Wie aber, wenn der Richter fünfmal gesagt hat, der Haushaltsgesetzgeber müßte in Erfüllung von Art. 12 GG eigentlich mehr Geld für die Bildung abzugeben, und dann nimmt der Haushaltsgesetzgeber das Geld zum fünften Male doch wieder für den Verkehr, für die Landwirtschaft oder für den Umweltschutz? Nimmt man dann eigentlich diesen Richter als Juristen noch ernst? Wirkt das dann nicht irgendwie zurück auf das nächste Urteil, das dieser Richter vielleicht dazu zu sprechen hat, ob es tatsächlich unbedingt rechtens ist, daß die Polizei einen Verhafteten nach 48 Stunden spätestens dem Richter zu überführen hat? Wird nicht die Autorität des Richters im Rahmen des status negativus mit beeinträchtigt, wenn er anderwärts laufend halbpolitische Sprüche macht, denen nicht Folge geleistet wird? Man könnte diese Problematik auch anders aussprechen. Art. 1 Abs. 3 GG verpflichtet doch eigentlich zu effektiven, aktualisierten Grundrechten. Ist dann nicht eine nicht voll effektuierbare, dynamische Auslegung des status positivus in gewissem Sinne ein Verstoß gegen Art. 1 Abs. 3? Denn wird wirklich ein Quadratmeter Klassenraum mehr gebaut, nur weil man sagt, das sei verfassungsrechtlich und nicht nur verfassungspolitisch geboten? Ist es nicht vielmehr vernünftiger und dem Verhältnis zwischen Recht und Politik gemäßer anzuerkennen, daß der „Dunstkreis“ des sta-

tus positivus um die klassischen Grundrechte in ganz erheblichem Maße als Verfassungspolitik anzusprechen ist und als solche ein den politischen Instanzen anvertrauter kaum justiziabler Auftrag darstellt? In diesem Sinne meine Frage an Sie, Herr *Häberle*: muß man die Aufgabe des Verfassungsjuristen nicht vielleicht doch etwas zurückhaltender begreifen, als Sie diese Aufgabe in Ihrem Referat hier und dort konzipiert haben?

Hans H. Klein: Schon mehrere meiner Vorredner haben auf die — für mich frappierende — Übereinstimmung zwischen beiden Referenten in manchen Detailergebnissen hingewiesen. Ich möchte für meine Person in diese Gemeinsamkeit auch einbeziehen die starke Hervorhebung des Verfahrensgedankens bei Herrn *Häberle*, wenngleich ich ihn vielleicht in manchem etwas anders akzentuieren würde. Aber ich frage mich — wie schon Herr *Böckenförde* es angedeutet hat —, ob es bei solcher Gleichartigkeit der Ergebnisse eigentlich einer von der bisherigen Grundrechtskonzeption so weit abweichenden methodischen Grundlegung, wie sie der Herr Mitberichterstatter uns hier unterbreitet hat, bedurfte. Ich frage mich weiter, ob nicht von diesem methodischen Ausgangspunkt her, dessen sich ja möglicherweise auch andere bemächtigen können, die minder vernünftig sind als Herr *Häberle*, ob von diesem methodischen Ausgangspunkt her nicht auch ganz andere — ich möchte beinahe befürchten — beliebige Grundrechtsdeutungen möglich sind. Um die Wendung von Herrn *Hesse* aufzunehmen: die Vorwärtsverteidigung ist mir hier zu beweglich.

Ein Beispiel, das aus mittäglichen Diskussionen entspringt: Kann nicht die Mitbestimmung, deren verfassungsrechtliche Problematik uns in dem kürzlich erschienenen Buch von Ernst Rudolf *Huber* vor Augen geführt worden ist — mag man die Ergebnisse billigen oder nicht —, ihrer verfassungsmäßigen Problematik sehr einfach entkleidet werden, indem man sie zur Sozialisierung von Freiheit deklariert, wie man ja auch versucht hat, die Einführung von Redaktionsstatuten durch Gesetz dadurch zu entproblematisieren, daß man die innere Pressefreiheit erfand?

Der methodische Unterschied beider Referate liegt auf der Hand: Herr *Häberle* hat sich der von ihm selbst so benannten „wirklichkeitswissenschaftlichen“ Methode bedient. Herr *Martens* hat einen betont normativen Ansatz gewählt. Ich fürchte, daß es — jedenfalls in der Weise, wie Herr *Häberle* ihn angewandt hat — dieser wirklichkeitswissenschaftliche Ansatz ist, der einen beinahe beliebigen Umgang mit dem Verfassungs-

text erlaubt. Ich darf dazu hinweisen auf den Leitsatz 35 von Herrn *Häberle*, in dem er — für mich bezeichnend — davon spricht, daß den Texten etwa der Weimarer Verfassung und der Landesverfassungen gegenüber der des Grundgesetzes unterentwickelt sei. Ich verstehe ihn doch wohl recht, wenn ich ihn dahin interpretiere, daß er zu glauben scheint, es sei Sache des Verfassungsinterpreten, einen hier eventuell vorliegenden entwicklungspolitischen Nachholbedarf zu decken. Meine Position ist die, daß es nicht Sache des Verfassungsinterpreten ist, nachzuholen, was der Verfassungsgeber — in diesem Falle übrigens bewußt — versäumt hat.

Wenn wir uns mit Grundrechtsdogmatik beschäftigen, dann müssen wir uns aber auch über den Freiheitsbegriff Klarheit verschaffen. Ich würde unterscheiden zwischen dem Freiheitsbegriff der Verfassung einerseits, zwischen der Freiheit, die das *Grundgesetz* intendiert, und Freiheit als Schutzgegenstand der *Grundrechte* auf der anderen Seite. Herr *Häberle* hat in Anlehnung an Herrn *Hesse* von einem von der Verfassung intendierten Zustand realer Freiheit gesprochen. Ich würde dem zustimmen, würde aber meinen, daß reale Freiheit in diesem Sinne verschiedene, teils antinomische Komponenten besitzt. Wenn ich skizzenhaft verfahren darf, würde ich hier vier dieser Komponenten nennen: Zum ersten den status activus, die politische oder auch demokratische Freiheit, wozu ich im Moment nur eines sagen will, worauf ich im Laufe dieses Jahres schon mehrfach hingewiesen habe, in Anknüpfung an den Leitsatz 27 von Herrn *Häberle*. Hier heißt es zum Schluß: Auszugehen sei vom status activus, die übrigen Status seien — variable — Konkretisierungen zu seiner Absicherung. Sollte in diesem Satz ein Rangverhältnis angedeutet und behauptet werden, dann würde ich mich dem entschieden widersetzen. — Der zweite Aspekt realer Freiheit ist der, den ich die soziale Freiheit, d. h. die Freiheit vor Machtentfaltung privater Dritter, nennen würde, der dritte Aspekt die Freiheit durch Teilhabe an staatlichen Leistungen, der vierte schließlich die Freiheit vor staatlichem Zwang.

Die Verfassung, das Grundgesetz, vernachlässigt keinen dieser Aspekte — wie ich meine. Und nicht erst heute, Herr *Häberle*, ist der Staat nur noch — wie Sie gesagt haben, wenn ich mich recht erinnere — zum Teil Gegner der Freiheit, sondern der Staat war von seinem Anfang an — wie es Dieter *Conrad* einmal ausgedrückt hat — „die organisierte Freiheits-sicherung gegen Private“. Nur insofern bei diesem Geschäft Gefährdungen der Freiheit anfallen, ist der Staat auch potentieller — ich möchte sagen, sekundär potentieller — Gegner

und nicht nur Garant individueller Freiheit. Die Grundrechte nun — so glaube ich — können, ohne daß man sie normativ überfordert — nur den letzten Aspekt, den der Freiheit vom Staat, zum Gegenstand ihrer Gewährleistung machen. Natürlich ist damit nicht die Pflicht des Staates zu einer materiellen Erfüllung der durch die Grundrechte gebotenen *rechtlichen* (und nicht faktischen!) Chancen gelehnet. Ganz gleichgültig, wo man diese Verpflichtung in der Verfassung verortet, ob im Sozialstaatsprinzip oder in den einzelnen Vorbehalten, die den Grundrechtsnormen beigegeben sind, festzuhalten ist, daß der Staat, wo er dieser Verpflichtung zur materiellen Erfüllung individueller Freiheiten nachkommt, an die Grundrechte gebunden ist. Zugespitzt: Der Sozialstaat besteht nach Maßgabe der rechtsstaatlichen Gewährleistungen und nicht umgekehrt. Ich glaube, wer es unternimmt, den intentionalen Gegensatz beider Verfassungsprinzipien — Sozialstaatlichkeit und Rechtsstaatlichkeit — durch Harmonisierung zu überwinden — wie immer Harmonisierung hier gemeint sein mag —, der läuft angesichts der übermächtigen Zwangsläufigkeiten der sozialstaatlichen Entwicklung — ob er will oder nicht — Gefahr, den Rechtsstaat (und nicht nur den bürgerlichen Rechtsstaat) zu verspielen. Die liberale Grundrechtsbetrachtung ist — wie ich im Gegensatz zu Herrn *Scheuner* meinen möchte — der Umwandlung nicht fähig, ohne der Identität mit sich selbst verlustig zu gehen.

Schmitt Glaeser: Zunächst ganz kurz zu den Ausführungen von Herrn *Kaiser*, und zwar zu dem Punkt „Verbindung zwischen Grundrecht und Effizienzprinzip“: Mir scheint die Verbindung zwischen diesen beiden durchaus auf der Hand zu liegen und in dem Referat von Herrn *Häberle* auch deutlich zum Ausdruck gekommen zu sein. Gerade dann, wenn man mit Herrn *Häberle* einen wirklichkeitsorientierten Ansatz wählt, bedeutet das, daß Freiheit immer auch sein muß reale Freiheit und diese reale Freiheit setzt natürlich Wirtschaftsstabilität voraus und hohe Leistungsfähigkeit der Wirtschaft, die wiederum mit Effizienz naturgemäß verbunden ist. Hier, meine ich, ist auch das von Herrn *Kaiser* erwähnte Management angesiedelt, so daß wir dann von dort wieder zurückfinden zu den Grundrechten; aber vielleicht kann darauf Herr *Häberle* noch in seinem Schlußwort eingehen.

Das Wesentliche, um was es mir geht, ist das Leitprinzip von Herrn *Häberle*, nämlich die grundrechtssichernde Geltungsförderung. Dieser Gedanke ist sehr einfach und vielleicht gerade deswegen überzeugend. Der Leistungsstaat hat die grund-

rechtlichen Gefährdungszonen verschoben und darauf muß sich die grundrechtliche Dogmatik einstellen. Diese These dürfte als Grundsatzthese bislang auch nicht bestritten worden sein. Sogar in der Diagnose insgesamt scheint doch eine gewisse Einigung erzielt werden zu können. Stichworte hierzu waren etwa: Notwendigkeit, aber auch Gefährlichkeit der Leistungseffektivierung — individuelles Grundrechtsdefizit durch steigende Gruppenmacht — Vergesellschaftung des Staatlichen und Verstaatlichung des Gesellschaftlichen und damit im Kontext: Politisierung des Privaten. Vor allem mit diesem letzten Stichwort „Politisierung des Privaten“ scheint mir eine ganz wesentliche Problematik angesprochen zu sein. Sie führt in jenen Problemkreis, wo sich die Wege scheiden. Sie betrifft nun die Therapie. Der zentrale Vorschlag des Zweitberichterstatters ist die Erweiterung der Statuskonzeption von *Jellinek* um den *status activus processualis*. Es ist die prozessuale Grundrechtskonkretisierung, wobei „prozessual“ nach dem Zweitberichterstatter hier weniger auf einen herkömmlichen Gerichtsschutz einlenkt. Es geht ihm vielmehr um ein leistungsstaatliches Vorverfahren, das mehr ist als ein verwaltungsgerichtliches „Nachverfahren“. Also: materielle Anspruchsabsicherung durch Teilhabe bei Entstehung einer Entscheidung im Entscheidungsverfahren. Der Vorschlag ist zweifellos originell, aber er scheint mir sehr gefährlich zu sein. Vor allem ergeben sich zunächst natürlich praktische Schwierigkeiten. Ich darf hier nur erinnern an die Komplikation, die die Beteiligung der Bürger im Planungsverfahren bereits mit sich bringt; aber vielleicht kann man sie überwinden. Wichtiger erscheint mir, daß die Entscheidungsverfahren, an denen das Individuum beteiligt werden soll, vor allem staatliche Verfahren sind. Meine Sorge ist: Gerät der Bürger hier nicht in eine staatliche Umarmung, die ihm früher oder später die individuelle Atmungsmöglichkeit nehmen wird? Läuft das nicht auf jene dubiose Institutskonzeption hinaus, auf die heute Herr *Martens* schon hingewiesen hat, also auf jene Konzeption, die die subjektiven Rechte zu verobjektivierten Reflexrechten — nicht Rechtsreflexen — macht, und zwar Reflexrechten für das und im Rahmen des Instituts. Daß diese Sorge nicht von ungefähr kommt, zeigt die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Ich darf hier nur an die „Nordrhein-Westfalen-Entscheidung“ im 10. Band erinnern. Meine Frage also an Herrn *Häberle*: Wie läßt sich diese Gefahr steuern, wenn man einmal den *status activus processualis* etabliert hat?

Mayer-Tasch: Meine Herren! Erlauben Sie bitte einem Neuling in diesem Kreise zwei kurze Bemerkungen formaler Art, genauer: zwei Bemerkungen zur formalen Qualifikation dessen, was heute morgen betrieben wurde und was nun heute nachmittag in der Diskussion betrieben wird. In dem Referat von Herrn *Martens* war von den Grenzen der Interpretation die Rede. Ich muß gestehen, daß ich Schwierigkeiten habe, Grenzen der Verfassungsinterpretation zu sehen. Ich stehe bestimmt nicht im Verdacht, ein Schüler von *Wiethölter* zu sein, und habe auch sicher keine Chancen, nach Bremen berufen zu werden. Aber ich muß Ihnen gestehen, daß ich selbst nach intensivem Studium der entsprechenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes keine wirklich essentielle Grenze sehe zwischen Verfassungsinterpretation und Verfassungspolitik. Ich bin deshalb auch der Meinung, daß unsere Diskussion hier, ebenso wie im Grunde die Referate dieses Morgens, sich im wesentlichen auf der Ebene der Rechtspolitik, genauer: der Verfassungspolitik bewegen. Ich glaube auch, daß die Frage, ob Recht und Politik in gewissen Grenzen identifiziert werden können, eine Frage ist, und die Frage, ob eine Verfassungsinterpretation sinnvoll ist, eine andere — und daß diese beiden Ebenen nicht identifiziert werden können. Ich bin deshalb auch der Meinung, daß man Herrn *Häberle* nicht vorwerfen kann, er habe nicht verfassungsrechtlich argumentiert, er habe nicht Verfassungsrecht doziert, sondern allenfalls sagen kann, er habe nicht sinnvolles Verfassungsrecht doziert. Im Grunde ist es die Frage, die auch in dem Beitrag von Herrn *Oppermann* angesprochen wurde. Ich glaube, daß man sich sehr wohl fragen kann, ob es sinnvoll ist, die Grenzen des Rechtes derart auszudehnen. Ich glaube aber nicht, daß man sagen kann: Das ist nun Verfassungsinterpretation, und hier beginnt die Verfassungspolitik.

Das ist das eine. Nun noch etwas zur Frage der Verantwortlichkeit des Juristen für die Aktualisierung der Verfassung. Wer die Konkretisierung der Verfassungsaufträge — oder wie immer wir sie nennen wollen — dem Gesetzgeber vorbehalten will, entläßt den Juristen etwas vorschnell aus der Verantwortung. Ich bin selbstverständlich mit Ihnen der Meinung, daß es in erster Linie die Aufgabe des Gesetzgebers ist, Verfassungsaufträge und dergleichen zu realisieren. Ich glaube aber auch, daß in diesem Zusammenhang das Wort vom ‚*ultra posse*‘ etwas allzu rasch fällt. Ich darf ein kleines Beispiel aus dem Bereich der Umweltschutzgesetzgebung nennen, nämlich den berühmten Terminus ‚Stand der Technik‘. Im Rahmen des Bundestags-Hearings bei der Vorbereitung des Entwurfes zum Bun-

desimmissionsschutzgesetz haben verschiedene Experten sehr überzeugende Nachweise dafür erbracht, daß der jeweilige Stand der Technik ganz entscheidend durch den administrativen Druck gefördert wird. Es wurden groteske Fälle vorgebracht, in denen der Stand der Technik, der von der betroffenen Industrie auf Jahrzehnte hinaus in die Zukunft prognostiziert worden war, nach entsprechendem administrativem Druck in kürzester Zeit erreicht wurde. Ich möchte in diesem Zusammenhang meinen, daß es sicherlich nichts schadet, wenn der Richter ab und zu auf die Verfassungsaufträge hinweist. Der Richter, der das tut, fällt nicht mehr aus der Rolle als der Gesetzgeber, der nicht handelt.

Hollerbach: Vielen Dank, Herr Mayer-Tasch. Ich glaube, das war eine sehr wichtige Bemerkung, vor allem die letztere; denn sie verweist auf eine Gefahr, in der wir Juristen stehen, daß wir uns nämlich vielfach zu schnell zurückziehen, vor allem wenn wir uns — wenn ich das jetzt einmal als Diskussionsredner sagen darf — nur in die Rolle etwa des Richters versetzen. Ich meine, darin lag ein großer Vorzug dessen, was heute morgen vorgetragen worden ist, daß die ganze Dimension der Leistungsgesetzgebung mit ihren verschiedenen Typen wirklich einmal ausgebreitet worden ist. Hier stellen sich die Probleme einfach etwas anders, und der Verfassungsjurist muß sich gerade hier seiner vollen Aufgabe stellen. Ob man das „sozialpädagogisch“ nennt, wie Herr Zacher das vorher getan hat, oder anders, das wäre dann eine zweite Frage.

Achterberg: Beide Referate haben trotz des wiederholten Hinweises auf weitgehende Übereinstimmung unterschiedliche Markierungen erkennen lassen. Auch mir scheint es eine dauernde Aufgabe der Dogmatik zu prüfen, ob — möglicherweise modernen Erfordernissen entsprechend (Herr Häberle hat meines Erachtens zu Recht auf die Zeitgebundenheit der Auslegung hingewiesen) — die Ausdeutung der Grundrechte als sozialer möglich ist.

Ich halte hierzu drei Wege zumindest für diskussionswürdig:

Der *erste* — heute in den Referaten und in der Diskussion noch nicht erwähnte — Weg wäre zu überlegen, ob die von Max Imboden hervorgehobene *Interdependenz von Eingriffen und Leistungen* es zuläßt, Grundrechte des status negativus auch als solche des status positivus, als Leistungsrechte zu interpretieren. Unter diesem Aspekt der Janusköpfigkeit von Staatsakten hat das Bundesverwaltungsgericht bekanntlich aus dem Erfordernis der Abwehr von Eingriffen in die Entfaltungs-

freiheit der Persönlichkeit einen Anspruch auf Fürsorge herausgelesen. Vielleicht wäre ähnliches auch hinsichtlich anderer Grundrechte möglich. Im Hinblick auf diese Janusköpfigkeit, Herr Häberle, möchte ich allerdings einen Vorbehalt machen gegenüber Ihrer Bezeichnung „Leistungsrechtsprechung“: Mir scheint die Unterscheidung von Eingriffsverwaltung und Leistungsverwaltung solcher Janusköpfigkeit einigermaßen zu widerstreiten, und ich meine, man sollte sie nicht auch noch auf die Rechtsprechung übertragen. Aber das ist im Grunde nur eine terminologische Anmerkung.

Der zweite heute mehrfach angesprochene Weg wäre derjenige, die Grundrechte am *Sozialstaatsgrundsatz* auszulegen, der wie die anderen verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen als Interpretationsnorm aller Grundgesetzvorschriften in Betracht kommt. Allerdings nimmt die Auslegung der Grundrechte am Sozialstaatsgrundsatz an der Ungesicherheit des Inhalts der Sozialstaatsentscheidung teil, und das macht mir diesen Weg fragwürdig. Ich darf Sie daran erinnern, daß in manchen Verfassungen der Gefahr einer Überdehnung leistungs begründender Wirkung zu steuern versucht wurde. Herr Martens hat auf Art. 125 der Verfassung der UdSSR hingewiesen, in der Redefreiheit, Pressefreiheit, Kundgebungs- und Versammlungsfreiheit garantiert sind. Da geht es dann weiter: „ . . . diese Rechte werden dadurch gewährleistet, daß den Werktätigen und ihren Organisationen . . . die Druckereien, Papiervorräte, öffentliche Gebäude“ und ähnliches „zur Verfügung gestellt werden“. Mit anderen Worten: Mit solchen Eingrenzungen ist das Grundrecht abgegolten. Der Staat hat sich freigezeichnet, und das scheint mir ein ebensowenig erstrebenswertes Extrem zu sein wie die Überdehnung von Leistungsansprüchen.

Der dritte Weg, den ich kurz anreißen möchte, ist sich zu fragen, ob in den Grundrechten den immanenten Schranken vergleichbare *immanente Leistungsrechte* enthalten sind. Immanente Leistungsrechte: Das läuft auf etwas anderes hinaus als auf das institutionelle Grundrechtsdenken, das Herr Martens — wie ich glaube — mit Recht abgelehnt hat. Immanente Leistungsrechte würden vielmehr von der Eigenart und dem Regelungsbereich des jeweiligen Grundrechts abhängende subjektive Rechte darstellen. Man könnte sich beispielsweise fragen, ob im Wahlrecht und in der Informationsfreiheit ein Anspruch auf Unterrichtung über das parlamentarische Handeln enthalten ist, weil der Staatsbürger sein Wahlrecht nur dann sachgemäß ausüben kann, wenn das Handeln der Volksrepräsentation für ihn transparent ist.

Insgesamt meine ich also, daß die Dogmatik Wege hätte, die sie behutsam beschreiten könnte, um zu einer Deutung der Grundrechte auch als sozialer zu kommen. Ich bin skeptisch, ob diese Wege zu dem Herrn *Häberle* vorschwebenden Ziel führen, doch wäre es nützlich und notwendig, sie weiter zu durchdenken.

Zwei Einzelbemerkungen noch zum Schluß: Ich begrüße es sehr, daß Herr *Häberle* der Effizienz eine so große Bedeutung beimißt — eine sehr viel größere als es Herr *Leisner* kürzlich in seiner Schrift (Effizienz als Rechtsprinzip, 1971) getan hat. Mir scheint in der Sozialstaatlichkeit eine ähnliche Trias beschlossen zu sein wie in der Rechtsstaatlichkeit, die Gerechtigkeit, Rechtssicherheit und Zweckmäßigkeit enthält. Entsprechend scheint mir Sozialstaatlichkeit die Soziale Gerechtigkeit — oder (mit Herrn *Häberle*) — die Humanität —, die Leistungseffizienz und ebenfalls die Zweckmäßigkeit zu umschließen. Ein letztes Wort zu der These von Herrn *Martens*, die Ableitung originärer Leistungsrechte verstoße gegen die Gewaltenteilung. Ich bin der Auffassung, daß das der Fall ist. Ob man sie aus dem Grundgesetz, insbesondere einem Grundrecht, oder einem einfachen Gesetz folgert — für die Gewaltenteilung relevant ist doch nur, daß überhaupt eine gesetzliche Ermächtigung vorliegt.

Roellecke: Ich habe eine Frage an Herrn *Martens*, die an das anknüpft, was Herr *Klein* gesagt hat. Die Frage betrifft den Begriff der Leistung. Sie dient nur der Klarstellung. Ich bitte daher, mir ihre Primitivität nicht zu verübeln. Herr *Martens* meinte, man dürfe unter Leistung nicht die Gefahrenabwehr im Sinne des Polizeirechtes verstehen. Darin stimme ich ihm zu. Auf der anderen Seite ist der Leistungsbegriff gewiß nicht auf Geldzahlungen beschränkt. Herr *Martens* hat deshalb — und auch da würde ich zustimmen — die Schule als Beispiel gewählt. Meine Frage geht nun dahin: Gehört auch die Vorkhaltung bestimmter Organisationsformen zur staatlichen Leistung? Beispiel: Kann sich ein Beamter für die Möglichkeit, in der Personalvertretung mitzuwirken, auf die Grundrechte der Berufsfreiheit und der freien Entfaltung der Persönlichkeit berufen?

Scholler: Auch ich möchte mich kurz fassen, zumal Herr *Böckenförde* schon einen Teil der Dinge vorweggenommen hat, die ich sagen wollte. Auffallend war, daß beide Referenten den Leistungsstaat, der das Thema beider Referate war, mit keinem Wort in Zweifel zogen. Noch interessanter ist eigentlich,

auf welchem Wege sie nun zur Entwicklung und zur Begründung dieses neuen Staatstypus, dieser neuen Staatszielbestimmung kommen. Herr *Martens* geht in Leitsatz 9 davon aus, daß sich die Staatsaufgaben praktisch gewandelt hätten und daß es nunmehr Aufgabe der Grundrechtsinterpretation sei, diesen Vorsprung einzuholen. Herr *Häberle* dagegen scheint folgenden Weg zu gehen: Er spricht vom „Leistungsstaat nach Maßgabe der Grundrechte“. Er geht von ungeschriebenen sozialen Grundrechten aus, gewinnt ein objektives Prinzip, eine Staatszielbestimmung, die wiederum auf die Interpretation der Grundrechte einwirkt; eine gewisse Wechselwirkung, die sehr problematisch erscheint. Nun glaube ich doch, man sollte ernst fragen: Können wir so einfach dazu übergehen, unseren Staat als Leistungsstaat zu bezeichnen? Dazu kommt ein anderer Gesichtspunkt: dem Leistungsstaat wird die Leistungsgesellschaft an die Seite gestellt — meines Erachtens zum Teil unkritisch, denn die Leistungsgesellschaft ist gerade das — konträre — Gegenteil. Sie leistet nicht. Sie fordert Leistung vom einzelnen. Der Leistungsstaat ist eigentlich die Antwort auf die defizienten Modi der Leistungsgesellschaft. Das, was als Drittwirkung schon vor vielen Jahren diskutiert worden ist, war der Beginn der Entwicklung, war eine Antwort durch den Staat auf solche defizienten Modi, der Leistungsgesellschaft, des Leistungsdruckes durch die Gesellschaft, der Einwirkung sozialer Gruppen, sozialer Mächte auf die Rechte des Bürgers. Ein Drittes: unkritisch wurde auch z. T. in beiden Referaten der Begriff der „Chancengleichheit“ behandelt. Herr *Häberle* spricht von der realen Freiheit durch praktische Chancengleichheit. Chancengleichheit kann bedeuten, daß der Gleichheitssatz von seiner Verharmlosung — wie Herr *Häberle* sagt —, von seiner Verharmlosung als Willkürverbot befreit und formalisiert wird. Das wäre der funktionelle Inhalt der Chancengleichheit. Er würde nichts aussagen über die Frage, wie weit werden vorrechtliche Interessen einbezogen in die Beurteilung des Richters. Das weitere aber ist, daß der Chancengleichheitssatz nicht nur *égalité en droit*, sondern *égalité en fait* gewährt. Nun müßte man fragen, und da beginnt eigentlich das Problem: Welche Tatsachen sind so relevant, daß sie als Chancen einbezogen werden müssen in den Gesichtskreis des Rechts? Denn ganz sicher können es nicht alle sein.

Münch: Ich möchte einen Gedanken einbringen, der noch nicht ausgesprochen worden ist. Ich möchte dagegen protestieren, daß man im Leistungsstaat der heutigen Zeit etwas so absolut Neues sieht und daß man ganz neue rechtliche Überlegun-

gen anstellen müßte. Wenn der Staat das institutionalisierte Gemeinwohl ist, dann ist er von jeher Leistungsstaat gewesen, und ich möchte sogar den theokratischen Staat des Alten Testaments als Leistungsstaat ansehen, weil er den Gottesdienst getragen hat. Jeder Staat hat jederzeit die Infrastruktur besorgt, von steinernen Brücken oder Römerstraßen bis zum heutigen Eisenbahn-, Straßen- und Luftverkehrsnetz. Nothilfe, Notvorsorge, Notvorbeugung, Daseinsvorsorge, panem et circenses —, das alles ist zu den verschiedenen Zeiten verschieden betrieben worden. Die antike, die mittelalterliche, die moderne Stadt, der Merkantilismus und Absolutismus haben dort gearbeitet und auch das Preußen des vorigen Jahrhunderts. Die Frage ist: Wann setzt wieder eine Reaktion gegen den Leistungsstaat ein, wie sie um das Jahr 1800 gegen den Merkantilismus eingesetzt hat, und wie weit wird diese Reaktion führen?

Neu ist am Problem des Leistungsstaates eben, daß wir jetzt — und das ist eine speziell deutsche Schwierigkeit — in dem Korsett einer starren Verfassung stecken. Das ist nicht so prinzipiell interessant, aber wenn man eine starre Verfassung hat, muß man sich an die Forderungen der starren Verfassung halten, so viel Selbstverleugnung das auch den einzelnen Juristen kosten kann. Das Gesellschaftsbild der Verfassung ist Bestandteil der Verfassung, und so sehr man innerlich davon abweichen mag — wenn man dogmatisiert, wenn man auslegt, muß man es wohl oder übel auch mit verwenden. Sicherlich, beiden Referenten könnte ein Radikaler vorwerfen, daß sie auch noch viel zu sehr dem traditionell-liberalen Bilde der Verfassung und des Staates verhaftet sind. Ob die Freiheit so dogmatisch aufzufassen ist, ob die Freiheit wirklich ein Bollwerk gegen die neuen Tendenzen sein kann, weiß man nicht. Die Freiheit ist oft der Sicherheit geopfert worden. Das ist der Übergang vom germanischen, demokratischen und freiheitlichen Staate zum Feudalstaate. Im 20. Jahrhundert, in den Diktaturen, haben ganze Völker die Freiheit für die Sicherheit geopfert.

Es ist richtig, wie Herr *Martens* gesagt hat, daß es doch auch um die materiellen Voraussetzungen der Freiheit geht. Aber — wie weit kann der Jurist dem nachgehen? Die Gesellschaftspolitik, von der Herr *Hüberle* spricht und auf die er offenbar großen Wert legt, muß sich nach meiner Meinung auch im Rahmen der bestehenden Verfassung halten, wenn sie eine starre Verfassung ist.

Im übrigen, was ist dann Gesellschaftspolitik? Die Transformationen der Gesellschaft sind nicht einmal eine politische Angelegenheit, sondern eine geschichtliche Entwicklung, die

sehr langsam geht. Manchmal wird sie herbeigeführt durch große Katastrophen, wenn man sie ausnützt — was bei weitem nicht immer geschieht. Wir haben das 1945 versäumt. Wenn die jüngeren Leute davon träumen, daß in ihrer Generation die Gesellschaft reformiert, demokratisiert werden muß, erliegen sie einem edlen Irrtum. Regierungen und Präsidenten, die glauben, in den kurzen Jahren ihrer Amtszeit etwas reformieren zu können, begehen eine sehr gefährliche Torheit.

Nur eine Bemerkung noch zu dem was Herr *Kaiser* zum Umweltschutz sagte: kann man ihn anknüpfen an irgendein Grundrecht? In Amerika versuchen Juristen, gegen einen Umweltverschmutzer vorzugehen mit der Begründung, er enteigne zum Nachteil seiner Mitbürger amenities. Wie weit das mit dem amerikanischen öffentlichen Recht übereinstimmt und möglich ist, weiß ich nicht. Das soll nur zeigen, welche Konstruktionen gesucht werden und wie man anderswo mit juristischen Argumenten diesem Problem zu Leibe zu gehen versucht.

Schnur: Ich habe nur eine Frage an Herrn *Häberle*, vor allen Dingen im Anschluß an die Ausführungen der Herren *Kaiser* und *Böckenförde*. Herr *Häberle*, Sie haben in Ihrer Argumentation als wichtige, wenn nicht als entscheidende Denkfigur — wenn ich mich richtig erinnere — *Burdeaus* „*homme situé*“ zitiert und den „*homme situé*“ sozusagen in Verfassungsrang erhoben. Halten Sie es für methodisch sauber, *nicht* zu beachten, daß eben *Burdeau* auch gesagt hat: „*Une survivance — la notion de constitution*“, also frei übersetzt: „Der Begriff der Verfassung — etwas Überlebtes“ (siehe *Burdeaus* Aufsatz in: *Der Staat*, 1, 1962, S. 389 ff.)? War nun *Burdeau* konsequent, wenn er mit dem Begriff „*homme situé*“ die Wendung „*une survivance — la notion de constitution*“ verbunden hat, oder waren Sie inkonsequent aus Angst vor den Konsequenzen, die aus der Bedeutung des Ausdrucks „*homme situé*“ zu ziehen wären? Bleibt man mit *Burdeau* konsequent, dann könnte es auf diesem Kurs eines Tages vielleicht auch noch heißen: „*Une survivance — l'association des professeurs du droit constitutionnel*.“

Rauschnig: Das Wesentliche zum Materiellen, was ich hätte sagen wollen, ist von Herrn *Böckenförde*, Herrn *Oppermann* und Herrn *Klein* gesagt worden. Ich möchte nur zwei Bemerkungen zum Anwendungsbereich der Grundrechte machen: Gewiß verstehen wir die Grundrechte normativ, denn nur als Normen haben sie ihre besondere Legitimationskraft. Aber es ist eine Gefahr für den Geltungsanspruch und das Bewußtsein

der Geltung einer jeden Norm, wenn man von ihr Antworten erwartet, die nicht von ihrem Regelungsbereich umschlossen sind. Insofern darf ich Herrn *Häberle* z. B. an Art. 13 und an seine Interpretation erinnern, und ich meine, daß aus der Befriedung des Wohnbereiches ein Anspruch oder eine Entscheidung darüber, ob Wohnungen gebaut werden müssen oder nicht, mit solchen juristischen Methoden nicht herzuleiten sind. Insofern darf ich, um der Geltung unserer Grundrechte willen, daran erinnern, daß sie alle nur einen beschränkten Regelungsbereich haben.

Ich räume allerdings ein, daß eine Norm, insbesondere eine Verfassungsnorm, zweierlei Funktionen hat: Zunächst die Funktion, das Verhalten des Staates in Ämtern und Organen zu bestimmen, die Bestimmungsfunktion, und daneben die eigentlich bei uns juristisch im Vordergrund stehende Funktion, nämlich Maßstab zu bilden für die Kontrolle dieses Verhaltens. Mir scheint aber, daß die Kontrollfunktion, d. h. die Fähigkeit einer Norm, Maßstab zu gewähren, früher aufhört als die Funktion, ein Verhalten zu bestimmen; d. h. auch dann, wenn man als Beurteilender einer Norm nicht mehr einen sicheren Maßstab für die Beurteilung eines Handelns entnehmen kann, bleibt der Anspruch, daß der Entscheidende in Ansehung der in dieser Norm festgelegten Werte, insbesondere auch der hier im Grundgesetz in den Grundrechten festgelegten Werte, entscheidet. Und da — um eine Frage, ich glaube des Diskussionsleiters, mit aufzunehmen — scheint mir auch mit die Funktion der Rechtswissenschaft zu liegen, daß wir hier Gesprächspartner bilden für die Entscheidenden in dem Prozeß, in dem die Entscheidung in Ansehung der Werte gefaßt werden soll. Wenn in diesem engen Bereich die Erweiterungen der Grundrechtsanwendung liegen, Herr *Häberle*, dann stimme ich Ihnen gern dabei zu.

Rupp: Ich möchte mich auf folgende methodologischen Aspekte beschränken:

1. Grundrechte sind nicht nur subjektiv-rechtliche Ansprüche, sondern allemal zugleich objektive Verfassungsprinzipien, also Grundpfeiler des gesamten objektiven Rechts. Das ist keine Neuigkeit: Tagtäglich wird unterverfassungsrangiges Recht an jenen Grundrechtsprinzipien gemessen, und aus dieser Sicht erhalten Art. 1 Abs. 3, 19 Abs. 2 und 79 Abs. 3 GG ihre eigentliche Bedeutung.

2. Die Frage ist daher allein, ob diejenigen Rechtsprinzipien der Verfassung, die sich in den Grundrechtsnormen widerspiegeln, bloß negatorische Defensivprinzipien sind oder auch po-

sitive Gewährleistungsgarantien darstellen. Diese Frage hat mit der ganz anderen Unterscheidung von subjektivem und objektivem Recht an sich nichts zu tun, und deshalb führt die Verquickung beider Problembereiche ständig zur Verwirrung.

In der Sache teile ich weitgehend die Ausgangsposition von Herrn *Häberle*, daß nämlich die Grundrechte auch positive Gewährleistungsprinzipien sind, die den Gesetzgeber mit verfassungsrechtlicher Kraft verpflichten, Freiheit zu ermöglichen. Wer allerdings Grundrechte nur dann anerkennt, wenn sie bereits einklagbare subjektiv-rechtliche Ansprüche sind, muß hier kapitulieren. Aber diese einseitig subjektiv-rechtliche Deutung halte ich — um das zum wiederholten Mal zu betonen — für zu eng und dem Sinn der grundrechtlichen Verbürgungen des Grundgesetzes für unangemessen. Insoweit stimme ich Herrn *Scheuner* zu.

Es bleibt somit folgende Frage: Können wir als Verfassungsinterpreten die klassischen Defensiv-Grundrechte umdeuten in positive Gewährleistungsprinzipien, oder versagt hier die Verfassung und die Verfassungsinterpretation? Falls wir letzteres annehmen, sehe ich nur folgende Alternative: Entweder das Grundrechtsverständnis der Stalinschen Verfassung, also eine bloß reflexartige Teilhabe des einzelnen an dem, was ihm von Staats wegen zugeteilt ist oder aber die von Herrn *Böckenförde* gehegte Hoffnung, daß die jeweilige parlamentarische Mehrheit der einzige Garant individueller Freiheitssicherung sei. Mir ist das zu wenig: Die Grundrechtsnormen sind auch insoweit nicht nur unverbindliche Programmsätze, sondern rechtlich verpflichtende, wenn auch weitmaschige und in der Regel noch keine unmittelbaren Leistungsansprüche gewährende Leitmaximen, in deren Rechtsbann sich auch der grundrechtlich zur Schaffung der Voraussetzungen von individueller Freiheit aufgerufene Gesetzgeber bewegt.

Kröger: Entgegen den Befürchtungen unseres Ersten Vorsitzenden, daß der *genius loci* zu einer vielleicht zu zeitraubenden Vortragsweise verführen könnte, scheint es mir im Blick auf die rapide Geschwindigkeit, mit der Herr *Häberle* uns sein Referat vorgetragen hat, eher angebracht, dem Gedanken einer Geschwindigkeitsbegrenzung näherzutreten. — Nun zur Sache: Die eindrucksvollen, kontrastreichen Referate des heutigen Tages haben eines übereinstimmend gezeigt, daß eine Rückkehr zur Grundrechtstheorie des liberalen Rechtsstaates nicht mehr möglich ist. Die Grundrechtsinterpretation im sozialen und demokratischen Rechtsstaat hat stärker zu berücksichtigen, daß sie als Frage des Verfassungsrechts immer auch eine Frage

der mit diesem Recht verbundenen politischen Theorie unserer Verfassungsordnung ist. Von daher würde ich der Interpretationsmethode von Herrn *Häberle* durchweg zustimmen. Unterstreichen möchte ich auch seine dogmatischen Ausführungen, daß die Grundrechte heute vor allen Dingen unter vier verschiedenen polaren Aspekten zu sehen sind: Sie sind sowohl Abwehrrechte als auch Teilhaberechte, individuelle Rechte als auch objektive Prinzipien der Gesamtordnung, Inhaltsgarantien als auch Verfahrenssicherungen und schließlich sowohl Individualrechte als auch Sozialrechte. Dazu hat er uns einige interessante neue Gesichtspunkte gezeigt. Mir scheint aber, daß Herr *Häberle* sich mit seinen Akzentuierungen heute an die Spitze des Fortschritts gestellt und damit Positionen der bisherigen Grundrechtsinterpretation zu rasch und zu einseitig geräumt hat. Insoweit darf ich vielleicht an die Bedenken anknüpfen, die die Herren *Zacher*, *Geck* und *Oppermann* hier schon vorgetragen haben. Ich möchte diese Bedenken — der vorgeschrittenen Zeit wegen — nur durch drei Fragen unterstreichen: Zunächst ist zu fragen, ob die Grundrechte im Verständnis als „Grundrechtspflichten des Staates“ — wie Herr *Häberle* ausgeführt hat — nicht zum Einfallstor für eine virtuell unbegrenzte Inpflichtnahme des einzelnen werden. Zum zweiten: Wird nicht durch die „Sozialisierung der klassischen Grundrechte“ das traditionelle liberale Verteilungsprinzip nur in sein Gegenteil verkehrt? Und schließlich die letzte und dritte Frage: Werden nicht dadurch die Freiheitsrechte zu einem allzu leicht verfügbaren Instrument, das ideologieträchtigen Befreiungsbewegungen als erstrebenswerter Hebel zur schleichenden Einführung des totalen Sozialstaates erscheint, von dem Herr *Häberle* mit Recht gesagt hat, daß er keine Umkehr mehr zuläßt?

Maurer: Wegen der fortgeschrittenen Zeit sehr verkürzt möchte ich folgendes vortragen: Es ist verschiedentlich — mehr oder weniger deutlich akzentuiert — die Frage aufgetaucht, ob und inwieweit die sozialstaatlichen Forderungen unserer Zeit nur verfassungspolitische Postulate oder auch verfassungsrechtliche Gebote sind, ob also die Verwirklichung des Leistungsstaates nur ein Problem de lege ferenda darstellt oder verfassungsrechtlich doch weitgehend vorbestimmt ist. Die Frage ist m. E. im letzteren Sinne zu beantworten. Im Gegensatz zu früheren Verfassungen wollte das Grundgesetz eindeutig auch den Gesetzgeber binden. Das gilt nicht nur für Eingriffe in den Freiheitsbereich des einzelnen, sondern auch dort, wo es um staatliche Leistungen geht. Jede Verfassungsgesetzgebung wird

durch ein gewisses „Mißtrauen“ geprägt: Das Mißtrauen des Grundgesetzgebers wandte sich nicht nur gegen die Verwaltung, sondern auch gegen die Gesetzgebung.

Nun ist es sicher richtig, daß die sozialstaatlichen Forderungen des Grundgesetzes nicht so präzise festgelegt sind und festgelegt sein können wie die freiheitssichernden Garantien. Man sollte aber nicht zu schnell kapitulieren. Im Grundgesetz ist das Sozialstaatsprinzip angelegt und in verschiedener Hinsicht konkretisiert. Es ist Aufgabe nicht nur der Rechtspraxis, sondern auch und gerade der Staatsrechtswissenschaft, diese Anlagen weiter zu entwickeln, wie Herr *Hüberle* zu Recht betonte. Jedenfalls ist vor der Gefahr zu warnen, daß sich das Verfassungsprinzip der Sozialstaatlichkeit mit seinen Teilkonkretisierungen in bloße sozialstaatliche Programmsätze verflüchtigt.

Beide Referenten haben klargestellt, daß es Aufgabe des *Gesetzgebers* ist, das Sozialstaatsprinzip zu verwirklichen, die Gerichte hier also nicht „hineinregieren“ dürfen. Dem ist voll zuzustimmen; vor allem auch der These von Herrn *Martens* Ziff. 20. Es bleibt aber doch noch die Frage, was geschehen soll, wenn der Gesetzgeber den sozialstaatlichen Verpflichtungen der Verfassung nicht nachkommt. Dann müssen die Gerichte, insbesondere das Bundesverfassungsgericht, angerufen werden können. Es ist sicher richtig, daß die Grundrechte nicht nur subjektive Rechte, sondern auch objektive Prinzipien sind. Aber umgekehrt gilt auch, daß die Grundrechte nicht nur objektive Prinzipien darstellen, sondern auch subjektive Rechte garantieren sollen. Selbstverständlich ist es, wie bemerkt wurde, nicht vorstellbar, daß das Bundesverfassungsgericht den Gesetzgeber durch Urteil verpflichtet, einen „blauen Himmel über dem Ruhrgebiet zu schaffen“. Mit diesem Beispiel wird aber die eigentliche Problematik verdeckt. Es ist demnach möglich und u. U. notwendig, daß sozialstaatliche Rechte, die im einzelnen noch näher abzugrenzen wären, gerichtlich festgestellt werden.

Vogel: Herr Vorsitzender, meine Herren! Nur mit Beklommenheit wage ich es, Sie nach dem Höhenfluge der Grundsatz-erörterungen nun in die Niederungen einer etwas konkreteren Frage zu führen. Herr *Martens* hat sie kurz bereits angesprochen: ob Art. 109 Abs. 2 GG, die Verpflichtung des Staates auf das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht, auch grundrechtliche Elemente enthalte oder sie in einer absehbaren Entwicklung gewinnen könne. Man muß hier wohl unterscheiden zwischen einer Diagnose oder Prognose auf der einen und der Billigung des vorausgesagten Ergebnisses auf der anderen Seite. Im Laufe der Geschichte hat man diesen Unterschied ja sehr oft ver-

kannt und dann den Propheten statt des Veranlassers in den Turm geworfen — zum Glück sperrt man ihn heute allenfalls in eine Fußnote ein. Ich möchte hier aber diese Frage, ob Grundrecht oder objektive Gewährleistung, nicht weiter vertiefen, sondern lediglich darauf aufmerksam machen, daß immerhin der Gedanke des Art. 109 Abs. 2 GG sehr viel abgewogenere und subtilere, ich möchte auch sagen: sehr viel staatsgemäßigere Lösungen möglich macht als die herkömmlichen Sozialgrundrechte etwa nach dem Typus des „Rechtes auf Arbeit“ oder des „Rechtes auf Bildung“. Jene klassischen Sozialgrundrechte laufen — darf ich das einmal ganz hart formulieren —, wenn man sie ernst nimmt und sie nicht im Nachsatz gleich wieder kupiert, leider ja mit sehr großer Wahrscheinlichkeit jeweils auf eine Zerstörung des Gemeinwesens hinaus. Denn auch der Staat der Überflußgesellschaft ist bedauerlicherweise einstweilen noch nicht in der Lage, solche Rechte schrankenlos zu gewährleisten: ich brauche hier nur das Stichwort des „Rechtes auf Bildung“ zu nennen, um das deutlich zu machen. Demgegenüber hat nun Art. 109 Abs. 2 GG den Vorzug, daß er von vornherein auf das *Gleichgewicht* ausgerichtet ist und damit der Staatsspitze — Regierung und Legislative — die Möglichkeit gibt, von Fall zu Fall differenzierte und sachangepaßte Regelungen zu treffen. Wenn ich die Brücke zu den Referaten zurück schlagen darf: Herr *Martens* ist — ich stimme ihm darin durchaus zu — in seiner Interpretation des Art. 12 GG bis an das Tabu einer Lenkung der Berufswahl herangegangen. Er gibt sich nicht vielleicht — das ist nicht mein Gedanke, sondern eine Überlegung meines Mitarbeiters Hannfried *Walter* — ergibt sich nicht vielleicht aus Art. 109 Abs. 2 GG, konkret: aus der Verpflichtung des Staates auf die *Vollbeschäftigung*, für diese Interpretation ein zusätzliches Argument?

Selmer: Ich darf kurz einen Aspekt im Bericht von Herrn *Martens* aufgreifen, den Herr Professor *Kriele* bereits kurz berührt hat. Herr *Martens* hat im Rahmen seiner Ausführungen auch zu der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Stellung genommen, nach der Art. 14 GG durch die Auferlegung von Steuern und anderen Geldleistungspflichten nicht berührt wird, es sei denn, daß der einzelne übermäßig belastet und in seinen Vermögensverhältnissen grundlegend beeinträchtigt wird. Herr *Martens* hat dieser Rechtsprechung den Vorwurf der Widersprüchlichkeit gemacht, denn — so meinte er — die thematische Einschlägigkeit eines Grundrechts könne nicht von der Gewichtigkeit der jeweiligen Belastung abhängen — ein Argument, das der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts

auch schon von Herrn Professor *Spanner* und Herrn Professor *Friauf* entgegengehalten worden ist. In der Tat erscheint die These des Bundesverfassungsgerichts zunächst wenig einleuchtend. Gleichwohl meine ich, daß sich der Widerspruch möglicherweise auflösen läßt. Dies dann, wenn man das Bundesverfassungsgericht dahin versteht, daß durch die Auferlegung von Geldleistungspflichten Art. 14 Abs. 1 als *subjektives Eigentumsgrundrecht* in keinem Falle berührt wird, da — was ich de constitutione lata für richtig halte — das Vermögen als solches nicht zu den in dieser Vorschrift geschützten Rechten gehört, daß aber Art. 14 Abs. 1 GG angesichts der faktischen Affinität von Eigentumssphäre und Besteuerung dann Bedeutung gewinnt, wenn die Besteuerungsgewalt in einer Weise ausgeübt wird, die mit der in Art. 14 Abs. 1 ebenfalls getroffenen *objektiven Grundentscheidung* zugunsten des Privateigentums nicht mehr zu vereinbaren ist. Bei dieser Interpretation würde sich — wie ich meine — der von Herrn *Martens* geortete innere Widerspruch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts grundrechtsdogmatisch auflösen, wobei ich einräume, daß es sicherlich wünschenswert und notwendig wäre, daß das Gericht seine Meinung einmal klarer artikuliert.

Häberle (Schlußwort): Meine Herren Kollegen, haben Sie bitte Verständnis dafür, daß ich aus Zeitgründen nicht auf sämtliche so anregende Diskussionsbeiträge eingehen kann. Zunächst darf ich allen Diskussionsteilnehmern und allen Anwesenden vielmals danken und nunmehr in teils zeitlicher, teils sachlicher Reihenfolge noch einige Antworten versuchen.

Ich möchte nochmals nachdrücklich darauf hinweisen, daß ich von „grundrechtssichernder Geltungsfortbildung“ gesprochen habe. Damit ist auch der Gedanke der (Grund-)Rechtssicherheit zu seinem Recht gekommen. „Offene Flanken“, Herr *Geck*, will grundrechtssichernde Geltungsfortbildung z. B. durch neue Verfahren absichern. Insofern bin ich auch nicht einverstanden mit dem Vorwurf, ich würde zu stark dynamisieren: ich sprach mehrfach vom status *negativus*, der heute in weitere Bereiche auszudehnen sei, z. B. im Blick auf *binnenstrukturelle* Grundrechtsprobleme. Es ging mir immer wieder um das *personale* Schutzdenken, was ich ausdrücklich hervorhob. Auf der anderen Seite, insofern hat Herr *Oppermann* durchaus recht, ist mit dem Gedanken der Verfassung als offenem Verfahren in einer offenen Verfassungsinterpretation eine — begrenzte — Dynamisierung verbunden. Ob dieser Mittelweg politisch und juristisch gelingt, weiß ich freilich selbst auch nicht vorauszusagen.

Zum Stellenwert der *Dogmatik*: Herr *Kaiser*, ich bin überrascht, daß Sie die Dogmatik und ihre Aufgaben offenbar so gering schätzen; denn die sechs Bände: J. H. Kaiser, „Planung I—VI“, haben es ja schließlich ermöglicht, eine umfassendere Dogmatik der Planung vorzulegen, die sogar bis ins Bundeskanzleramt, derzeit auf die Herren *Jochimsen* und *Ehmke* wirkt. Insofern möchte ich doch glauben, daß Dogmatik durchaus eine *Steuerungsfunktion* hat — ein Begriff übrigens, dessen Relevanz speziell für den wirtschaftlichen Bereich ich von Ihnen gelernt habe. Die Gegenposition anerkenne ich als solche natürlich auch, ich sehe sie ganz klar in der Aussage: hier wird Dogmatik überfordert, es kommt zu einer Art politischer Anmaßung. Ich habe mich indes bewußt für den weiteren Begriff von „Dogmatik“ entschieden.

Ein wenig verwundert war ich, daß kein Diskussionsredner die Funktion der „*Leistungsgesetzgebung*“ in Frage gestellt hat. Denn diese könnte man ja bestreiten, weil alle Welt davon redet, wir seien vor allem einmal ein *Verwaltungsstaat*. Mir scheint, daß die Typen der Steuerungs- und Organisationsgesetze usw., die sich nicht durch einmaligen Vollzug erschöpfen, sondern mit flexiblem Instrumentarium revisibel fortgelten, daß man diese Gesetzesfunktionen vielleicht doch stärker beachten sollte als bisher.

Zum Verhältnis *Verfassungsauftrag* und subjektives öffentliches Recht: Ich bin Herrn *Rupp* besonders dankbar, daß er in der Diskussion die Aufmerksamkeit auf die Problematik der „Prinzipien“ richtete. Ich möchte daran erinnern, daß „Grundsatz und Norm“ — von *Josef Esser* — für die Grundrechte noch nicht geschrieben worden ist! Niemand hat sich hier — ich darf insofern wohl auch für Herrn *Martens* sprechen — auf „Justitiabilität“ fixiert, etwa im Sinne eines schon jetzt justitiablen selbständigen Rechts auf Umweltschutz. Herr *Kaiser* hat dies in die Debatte geworfen und ironisierend von einer „Verfassungsbeschwerde auf Umweltschutz“ gesprochen. Diese habe ich nie bejaht, so ernst das Problem des Umweltschutzes ist; vielmehr habe ich versucht, zu zeigen, daß der Leistungsstaat mehr und weiter objektiv-rechtlich wirkt als subjektiv-rechtlich — darum habe ich bewußt von „*Grundrechtspflichten*“ des Leistungsstaates gesprochen — und daß das subjektive Recht an eine Grenze seiner dogmatischen Wirksamkeit geraten ist, weil es oft ein zu „schneidiges“ Instrument für leistungsstaatliche Grundrechtsprobleme ist. Deshalb und insofern meine Zurückhaltung gegenüber dem Leistungs-Grundrecht als subjektivem Recht, und hier besteht offenbar Übereinstimmung mit Herrn *Zacher*. Man muß sich eben von dem

Gedanken freimachen, rechtliche Bindung und rechtliche Pflichten seien mit richterlicher Kontrolle und subjektiven Rechten identisch und, Herr Kriete, ebenso von der Auffassung, was nicht justitiabel sei, gehöre in den Bereich der Politik bzw. sei juristisch irrelevant. Im übrigen habe ich mehrfach auf die Unentbehrlichkeit der gesetzgeberischen politischen Willensbildungs- und Entscheidungsprozesse im Bereich der „Grundrechtspolitik“ hingewiesen, denen die Verfassung durchaus mit objektiv-rechtlichen Direktiven und Prinzipien Impulse geben kann.

Zu Herrn Scheuner ein kurzes Wort, auch des Dankes: In der Tat stehen hinter den von mir vorgetragenen Überlegungen nicht mehr die Gedankengänge der Wertphilosophie, sondern ganz schlicht die der *Normativität* und *Normalität* von Verfassungsnormen. Es geht darum, — etwa im (Aus- und Weiter-) Bildungswesen — bestimmte Grundrechte zu „normalisieren“, und zwar für alle, so etwa wie dies *Hermann Heller* in anderem Zusammenhang gezeigt hat. In der Tat ist nur bei derartiger Chancengleichheit unser Staat ein neutraler Staat. Es ist also kein „Wertsystem“, das hinter diesem mehrdimensionalen Verständnis von Sozialstaatsklausel und Grundrechten sowie hinter dem Postulat optimaler Grundrechtsmöglichkeit und -wirklichkeit steht und sie zur Entfaltung drängt, sondern ihre Rechtsnormqualität, ihr telos auf tatsächliche Geltung im sozialen Leben im ganzen, ihre soziale Funktion. — Zu Herrn *Zachers* Stichwort „autonome Schutzzonen“ wäre anzumerken: auch ich anerkenne die große Bedeutung solcher Zonen, die die je besonderen Grundrechte im Zusammenhang mit Institutionen auch begründen sollen und wollen — Schutzzonen auch gegenüber allen Öffentlichkeitsanforderungen und -risiken, das habe ich in diesem Ausmaß freilich erst vor einem halben Jahr eingesehen, sozusagen einsehen müssen. — Zur *Europäischen Sozialcharta* dieses: zwar hat Herr *Wengler* gewiß recht, wenn er auf ihren Anhang hinweist, wonach sie nicht unmittelbar geltendes Recht sei. Aber die zu bejahende Frage ist doch, ob die Europäische Sozialcharta nicht eine Art *Formulierungshilfe* materieller und formeller Art in bezug auf das Sozialstaatsprinzip beinhaltet, insofern also eine Art *Vorwirkung* entfaltet, ein grundsätzliches Problem, das übrigens auch in anderen Bereichen, z. B. bei Gesetzen, nachweisbar ist.

Nun zu einer sehr schwierigen Frage, in bezug auf die ich Ihnen im Augenblick keine fertige Lösung präsentieren kann: zu dem Verhältnis von *Recht und Politik*. Dazu läßt sich jetzt nur sagen, daß ich die Positionen von Herrn *Wiethölter* nicht voll teile. Aber es gibt komplizierte Überschneidungen in den

Entwicklungs- und Grenzbereichen zwischen Recht und Politik, auf die Herr *Mayer-Tasch* schon z. T. und überzeugend hingewiesen hat. Ich möchte auch an den Begriff der „*ambiance*“ von *Dietrich Schindler* erinnern, der ganz gewiß in diesen Zusammenhang gehört. Negativ kann man vielleicht sagen, die Behauptung der Existenz eines unpolitischen Rechts sei ebenso politisch wie falsch. Andererseits muß „Politisierung des Rechts“ Grenzen und Kontrollen haben. Die Problematik würde hier in die Tiefen oder Untiefen des Rechtsbegriffs führen, etwa zur Frage, ob wir von Vorstellungen wie „Unparteilichkeit des Rechts“ überhaupt unkritisch ausgehen können. Jedenfalls meine ich, daß es Aufgabe des öffentlichen Rechts und auch des Verfassungsrechts ist, in bezug auf die konkrete Verfassung mindestens auch verfassungspolitische Handlungsanweisungen und so etwas wie „gute Verfassungspolitik“ als Möglichkeiten und Alternativen vorzuschlagen, damit dann der Gesetzgeber und die Ministerien auf solche Problemlösungen zurückgreifen können.

Zur *Drittwirkung* der Grundrechte, die von einem der Herren Diskussionsredner angesprochen wurde: die sogenannte „mittelbare Drittwirkung“ ist von meiner Sicht aus nur ein notwendiges dogmatisches *Durchgangs*stadium zu dem, was Herr *Scheuner* als „soziale Breitenwirkung der Grundrechte“ gekennzeichnet hat. — Zum Einwand von Herrn *Geck*: Ich habe in der Tat etwas scharf formuliert — aber das ist ja wohl in einem mündlichen Vortrag erlaubt: Der *besondere* Begriff — Leitsatz 33 — „soziale Grundrechte“ ist ein Offenbarungseid bürgerlicher Dogmatik. Damit wollte ich folgendes sagen: die sogenannte bürgerliche Dogmatik hat zu wenig darauf geachtet, was *praktisch* mit einem Grundrecht in der sozialen Wirklichkeit im ganzen geschieht, ob es seine soziale Funktion erfüllt. Daß Grundrechte als Freiheit weniger zu einer unsozialen Wirklichkeit führen könnten, lag außerhalb der „juristischen“ Betrachtung. Die „Reaktion“ darauf waren eben „soziale Grundrechte“, die wir doch ernster nehmen sollten, ebenso wie all das, was heute wie erwähnt vom Sozialstaat aus den sogenannten klassischen Grundrechten zuwächst. Freiheit und Gleichheit darf man eben nicht einem bestimmten Klassenzustand, dem bürgerlichen status quo, absorptiv zuordnen. Mit derartigen wirklichkeitsorientierten Erkenntnissen eröffnet man nach meiner Auffassung keine Tore zu beliebigen Auslegungsprozeduren. Die wirklichkeitswissenschaftliche Betrachtung sucht gerade zu *verhindern*, daß Grundrechte im Leistungsstaat sozial obsolet werden.

Ein Wort zu Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz (Menschenwürde). Hier rede ich — in Übereinstimmung mit *Günter Dürig* — einer Aufwertung des Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz gegenüber neuen Problemen das Wort. Darf ich das präzisieren? Mitbestimmung am Arbeitsplatz ist für mich nicht primär ein *Demokratieproblem*, sondern ein *Grundrechtsproblem*. Ich meine, daß man dann auch manches entschärfen könnte, was an ideologisch aufgeladenem Streit vor uns liegt. Die Frage von Herrn *Klein*, inwieweit eine beliebige Grundrechtsdeutung aus meiner Konzeption heraus zu befürchten ist, müßte ich wie folgt beantworten: ich versuchte Schutzzonen einzubauen, unter anderem mit Hilfe der *status negativus* und *processualis* und unter deutlicher Aufrechterhaltung der subjektiv-rechtlichen Seite der Grundrechte. Damit erledigt sich auch die Kritik, ich hätte „Positionen zu rasch geräumt“. — Zu Herrn *Schnurs* geistreichen französischen Bemerkungen zum Begriff des „*homme situé*“ *Burdeaus* einerseits und zu dessen — meines Erachtens unrichtiger — Meinung andererseits, die Verfassung gleiche einem von Schatten bewohnten Tempel: ich meine, daß *Burdeau* den *homme situé* sehr richtig konzipiert hat und gleichwohl die Verfassung kein von Schatten bewohnter Tempel ist, bzw. wir alles zu tun haben, um möglichst viel Licht und Kraft in diesem — demokratischen — „Tempel“ zu haben. Mit anderen Worten: der *homme situé* entfaltet sich im Rahmen einer lebenden Verfassung, nicht jenseits oder diesseits einer überlebten Verfassung. — Herr *Rauschnig*: ich möchte glauben, daß es durchaus legitim ist, einen Brückenschlag vorzunehmen zwischen dem Sozialstaatsprinzip und Art. 13 Grundgesetz, Stichwort wiederum: die reale Freiheit.

Schließlich eine Bemerkung zu der Figur des *status activus processualis*, die ja einige der Diskussionsredner freundlicherweise aufgegriffen haben z. B. Herr *Dürig* und Herr *Böckenförde* sowie Herr *Schmitt Glaeser*, der gefragt bzw. gewarnt hat, ob es sich hier um rein staatliche Verfahren handle und ob insofern nicht große Grundrechtsgefahren bestehen könnten. Er hat auch von der notwendigen „individuellen Atmungsmöglichkeit“ gesprochen. Meine Antwort: es sind nicht rein staatliche Verfahren, sondern es sind *pluralistische* Verfahren, die in den gesellschaftlichen Bereich hinein vorangetrieben werden und neue Gefährdungen abwehren sollen. Zum *status activus processualis* insgesamt und zu dessen einzelnen Teilhabeformen darf ich noch anmerken, daß es mir darum geht, ein verfassungskonformes *Mehr* an in Freiheit wahrgenommenem Grundrechtsschutz zu schaffen, also sozusagen ein vorweggenommenes Vergleichsverfahren zwischen den Staatsleistungen und

den Grundrechts-Interessen des Bürgers. Der Gerichtsschutz besteht allemal, und ihn müssen wir ohnehin noch verfeinern. Die Forderung nach dem zu entfaltenden status activus processualis soll die Geltendmachung subjektiver Rechte im Gerichtsverfahren weder ausschließen noch ersetzen. Insofern sollte man also *beide* Möglichkeiten des Rechtsschutzes optimal ausschöpfen und aufeinander abstimmen. — Unserem Triumvirat, dem Vorstand, möchte ich abschließend dafür danken, daß er uns dieses interessante Thema anvertraut hat.

Martens (Schlußwort): Ich darf mich zunächst den einleitenden Worten des Dankes von Herrn *Häberle* vollinhaltlich anschließen. Meine sehr verehrten Herren Kollegen, wenn ich bisher noch Zweifel gehabt haben sollte, wie das Verhältnis zwischen Diskussionsrednern und Referenten zu charakterisieren sei, jetzt weiß ich es: Es gleicht dem Abkommen zwischen Störchen und Fröschen, die sich gegenseitig die ungehinderte Nahrungssuche garantieren. Gestatten Sie mir daher — um im Bild zu bleiben, das sich ja auch von der Sitzordnung her anbietet — einige Bemerkungen aus der Froschperspektive.

Es liegt dann auch nahe, als ersten Antipoden Herrn *Vogel* anzusprechen: Gewiß, Herr *Vogel*, erscheinen Sie in einer Anmerkung, aber von vornherein ohne jedes negative Werturteil. Und nach Ihren klärenden und erläuternden Bemerkungen dürften wir weniger weit voneinander entfernt sein, als ich ursprünglich annahm.

Herr *Scholler* hat dann — leider als einziger hier — den sehr wesentlichen Gesichtspunkt der Chancengleichheit angesprochen und den Referenten vorgeworfen, sie hätten das Problem unkritisch behandelt. Ich möchte daher ergänzend noch auf folgendes hinweisen: Entscheidende Bedenken gegen die Erhebung der Chancengleichheit zum unmittelbar vollziehbaren Verfassungsgebot bestehen m. E. gerade auch deshalb, weil sich das Postulat auf unübersehbar viele Faktoren beziehen kann, die zudem noch häufig miteinander kollidieren. Ich nenne nur Bildung, Vermögen, Freizeit, Einkommen. Leistungsansprüche kraft Chancengleichheit lassen sich jedenfalls im Wege der Verfassungsinterpretation nicht begründen. Und ich muß gestehen, daß mir auch die Wendung, es sei von Verfassungen wegen geboten, soziale Gleichheit in dem vernünftigerweise zu fordernden Maß zu verwirklichen, Steine statt Brot gibt.

Was sodann die Grundsatzkritik von Herrn *Rupp* betrifft, der gemeint hat, Grundrechte seien auch objektive Prinzipien — ähnlich Herr *Zacher*: Grundrechte besäßen auch eine objek-

tive Dimension —, so muß ich zugeben, daß es mir schwerfällt, ohne Veranschaulichung dieser Thesen die Tragweite der Äußerungen zu ermessen. Aber vor allem — und ich halte das für wichtig — hinsichtlich der Frage der Justiziabilität im Rahmen des Individualrechtsschutzes ist es von ganz entscheidender Bedeutung, ob die Grundrechte subjektive öffentliche Rechte sind oder nicht. Und es hat mich getröstet, daß auch Herr *Achterberg* und Herr *Maurer* die von ihnen im Sozialstaatsprinzip angesiedelten Leistungsrechte bisher nicht haben konkretisieren können.

Erlauben Sie mir noch eine abschließende Bemerkung zum Problem originärer grundrechtlicher Leistungsansprüche. Ich glaube deutlich gesagt zu haben, daß ich einem gesicherten sozialen Status für die Grundrechtsnutzung eine ganz wesentliche Bedeutung beimesse. Ich halte es nur nicht für möglich, die grundrechtlichen Tatbestände, die normativen Gewährleistungen, im Sinne solcher sozialen Rechte zu interpretieren. Ich meine allerdings, daß von den Grundrechtsvoraussetzungen her die Sozialstaatsklausel thematisiert und materialisiert werden kann, wenngleich dies Aufgabe gesetzlicher Normierung und damit politischer Entscheidung bleibt. Angesichts unübersehbarer gegenteiliger Auffassungen im Schrifttum und in der gegenwärtigen Rechtsprechung glaubte ich, diese Grundsatzfrage unseres Grundrechtsdenkens in das Zentrum meiner Darlegungen stellen zu sollen.

Hollerbach: Meine sehr verehrten Herren Kollegen! Ich glaube, ich darf mit Recht davon ausgehen, daß Sie mich ermächtigen, den beiden Referenten den herzlichsten Dank auszusprechen — und nicht nur den Dank, sondern auch einen Glückwunsch für die beiden hervorragenden Referate, die wir heute gehört haben, sowie für die Bewährung der Referenten in der Diskussion. Ich möchte aber doch auch sagen, daß ich selber sehr dankbar bin für den Ernst, mit dem wir heute unser „Grundrechtsfest“ gefeiert haben — wenn Sie mir diese paradoxe Formulierung erlauben. Wenn neben Zustimmung auch Skepsis und Kritik laut geworden ist, dann ehrt das — glaube ich — eine Diskussion, denn kritische Rationalität ist uns allemal aufgetragen. Aufgetragen ist uns aber auch, einen Beitrag zu einer materialen Verfassungsrechtslehre zu leisten, die für die Zukunft taugt. Jedenfalls aber meine ich: mit der Thematik, die heute verhandelt worden ist, stand und steht im Grunde das Ganze unserer verfassungsrechtlichen Ordnung auf dem Spiel.

