

**Veröffentlichungen
der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**
===== **Heft 47** =====

Reinhold Zippelius und Georg Müller

Der Gleichheitssatz

Reinhard Mußnug, Friedhelm Hufen und Hermann Hill

**Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung
im Leistungsrecht**

Berichte und Diskussionen
auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
in Tübingen vom 5. bis 8. Oktober 1988



1989

Walter de Gruyter · Berlin · New York

Redaktion: Prof. Dr. Erhard Denninger (Frankfurt am Main)

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Zippelius, Reinhold:

Der Gleichheitssatz / Reinhold Zippelius und Georg Müller. Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung im Leistungsrecht / Reinhard Mussgnug, Friedhelm Hufen u. Hermann Hill. Berichte u. Diskussionen auf d. Tagung d. Vereinigung d. Dt. Staatsrechtslehrer in Tübingen vom 5. – 8. Oktober 1988. – Berlin; New York: de Gruyter, 1989

(Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer; H. 47)

ISBN 3-11-012179-4

NE: Müller, Georg.; Mussgnug, Reinhard: Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung im Leistungsrecht; Hufen, Friedhelm: Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung im Leistungsrecht; Hill, Hermann: Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung im Leistungsrecht; Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer: Veröffentlichungen der Vereinigung . . .

∞ Gedruckt auf säurefreiem Papier

© Copyright 1989 by Walter de Gruyter & Co., 1000 Berlin 30.

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

Printed in Germany

Satz: Volker Spiess, 1000 Berlin 30

Druck: Hildebrand, 1000 Berlin 65

Bindearbeiten: Dieter Mikolai, 1000 Berlin 10

Inhalt

Jahrestagung 1988	5
-----------------------------	---

Erster Beratungsgegenstand: *Der Gleichheitssatz*

1. Bericht von Professor Dr. <i>Reinhold Zippelius</i>	7
Leitsätze des Berichterstatters	33
2. Bericht von Professor Dr. <i>Georg Müller</i>	37
Leitsätze des Berichterstatters	60
3. Aussprache und Schlußworte	63

Zweiter Beratungsgegenstand: *Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung im Leistungsrecht*

1. Bericht von Professor Dr. <i>Reinhard Mußgnug</i>	113
Leitsätze des Berichterstatters	139
2. Bericht von Professor Dr. <i>Friedhelm Hufen</i>	142
Leitsätze des Berichterstatters	168
3. Bericht von Professor Dr. <i>Hermann Hill</i>	172
Leitsätze des Berichterstatters	197
4. Aussprache und Schlußworte	200

Verzeichnis der Redner	274
----------------------------------	-----

Verzeichnis der Mitglieder der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer	277
--	-----

Satzung der Vereinigung	307
-----------------------------------	-----

Jahrestagung 1988

Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer tagte vom 5. bis 8. Oktober in Tübingen. Die Mitgliederversammlung gedachte der seit der Passauer Tagung verstorbenen Mitglieder *Norbert Achterberg*, *Günter Barbey*, *Hans Huber* und *Klaus Obermayer*. Die Vereinigung wird ihr Andenken in Ehren halten. – Neun Kollegen traten seit der letzten Tagung der Vereinigung bei, so daß diese nunmehr 355 Mitglieder zählt. Die nächste Jahrestagung soll in der ersten Oktoberwoche in Hannover stattfinden, die übernächste in Zürich. Der amtierende Vorstand – *Martin Heckel*, *Erhard Denninger* und *Christian Starck* – wurde in geheimer Wahl wiedergewählt.

Mehr als zweihundert Mitglieder waren nach Tübingen gekommen, viele mit ihren Ehefrauen, ferner mehrere Witwen verstorbener Mitglieder. Außerdem konnte der Vorsitzende Gäste aus Spanien, Japan und Korea, sowie die Vertreter der Fachzeitschriften begrüßen.

Die Vorträge und Diskussionen fanden im Festsaal der Neuen Aula der Eberhard-Karls-Universität statt. Den Vorsitz führte *Martin Heckel*; *Erhard Denninger* und *Christian Starck* leiteten die Aussprachen. Das Rahmenprogramm wurde am Mittwochabend mit Werken von Händel, Vivaldi und J.S. Bach, dargeboten vom Collegium musicum der Universität, und danach mit einem Empfang des Präsidenten der Universität festlich eröffnet. Am Abend des zweiten Tages waren die Teilnehmer Gäste der Landesregierung; sie wurde durch Justizminister *Eyrich* vertreten. Der für Freitagabend im Tübinger „Museum“ geplante Ball beschränkte sich (wegen der am selben Tage abgehaltenen Trauerfeierlichkeiten zum Tode von F.J. Strauß) auf ein festliches Abendessen, das immerhin durch eine Damenrede Graf Vitzthums besonders gewürzt wurde. Der Samstags-Ausflug zum Kloster Maulbronn und die durch einen Vortrag von Landesbischof *Theo Sorg* vorbereitete Besichtigung des Klosters werden allen Teilnehmern unvergeßlich bleiben. Den Damen der Tübinger Kollegen schuldet die Vereinigung großen Dank für die hervorragende Vorbereitung der Tagung und insbesondere für die Gestaltung des Begleitprogramms.

Erster Beratungsgegenstand:

Der Gleichheitssatz

1. Bericht von Prof. Dr. *Reinhold Zippelius*, Erlangen

Inhalt

	Seite
I. Zielrichtungen des Gleichheitsanspruches	8
1. Gleiche Teilhabe an der Staatsgewalt	8
2. Rechtliche Gleichbehandlung durch die Staatsgewalt	10
a) Der Gleichheitssatz, ein die gesamte Staatsgewalt bindendes Gerechtigkeitsprinzip	10
b) Gleichbehandlung auch durch Private?	12
3. Angleichung der realen Lebensbedingungen	13
a) Die Forderung nach realer Angleichung	13
b) Die faktische Tendenz der Demokratie zu realer Angleichung . .	15
4. Gleiche Freiheit	16
5. Fragen des Maßes	17
II. Fragen gerechter Gleichbehandlung	20
1. Gleichheitssatz und Lebenswirklichkeit	20
2. Kriterien der Gleichbehandlung	23
a) Der Gleichheitssatz als Schlüsselbegriff	23
b) Die Legitimationsbasis	25
3. Konkretisierung des Gleichheitssatzes durch den rechtlichen Kontext	27
a) Spezifische Gewährleistungen einer Gleichbehandlung	27
b) Systematische Verfassungsauslegung	29
c) Konkretisierung aus dem sonstigen Kontext	29
4. Die Dynamik des Gleichheitssatzes	31

Über die Gleichbehandlung als Rechts- und Gerechtigkeitsprinzip ist in Jahrtausenden nachgedacht¹, selbst über den Gleichheitssatz der Verfassung sind Bände geschrieben² worden. Der Auftrag, über dieses Prinzip zu sprechen, konnte daher nicht darauf zielen, seine Problematik auch nur annähernd zu erschöpfen, sondern mußte dem Vortragenden eine beträchtliche Freiheit lassen, einige Aspekte auszuwählen, die ihm in der gegenwärtigen Verfassungssituation als vorzugsweise diskussionswürdig erschienen.

I. Zielrichtungen des Gleichheitsanspruches

Mit dem Anspruch auf Gleichheit wird Verschiedenes erstrebt; gleiche Teilhabe an der Staatsgewalt, rechtliche Gleichbehandlung durch die Staatsgewalt, Angleichung der realen Lebensbedingungen und, mit all dem verbunden, gleiche Freiheit.

1. Gleiche Teilhabe an der Staatsgewalt

Das gleiche Recht aller Staatsbürger, durch Wahlen, Abstimmungen und Zugang zu allen öffentlichen Ämtern an der Staatsgewalt teilzuhaben (Art. 33 Abs. 1 und 2, Art. 38 GG), ist der Fundamentalsatz der Demokratie³. Schon in dieser Hinsicht war die Realisierung des Gleichheitssatzes von der je herrschenden Geisteskultur geprägt. So war die Vorstellung staatsbürgerlicher Gleichberechtigung der Antike vertraut⁴, hingegen war im mittelalterlichen Weltbild hierarchisch geglie-

¹ Nachweise etwa bei *J. Binder*, Rechtsphilosophie, 1925, S. 343ff., 367ff.; *H. Nef*, Gleichheit und Gerechtigkeit, 1941; *E. Brunner*, Gerechtigkeit, 1943, S. 29ff.; *R. Dahrendorf*, Über den Ursprung der Ungleichheit unter den Menschen, 2. Aufl. 1966; *K. Engisch*, Auf der Suche nach der Gerechtigkeit, 1971, S. 147ff.; *O. Dann*, Gleichheit und Gleichberechtigung, 1980.

² *G. Leibholz*, Die Gleichheit vor dem Gesetz, 2. Aufl. 1959; *K. Hesse*, Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht, AöR 77 (1951/52), S. 167ff.; *H. P. Ipsen*, Gleichheit, in: *Neumann/Nipperdey/Scheuner*, Die Grundrechte II, 1954, S. 111ff.; *W. Böckenförde*, Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters, 1957; *W. Hill*, Gleichheit und Artgleichheit, 1966; *H. Scholler*, Die Interpretation des Gleichheitssatzes als Willkürverbot oder als Gebot der Chancengleichheit, 1969; *A. Podlech*, Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, 1971; *G. Dürig*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz, Art. 3; *Ch. Starck*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, Das Bonner Grundgesetz I, 3. Aufl. 1985, Art. 3; *M. Sachs*, Grenzen des Diskriminierungsverbotes, 1987; s. auch die Literatursammlung bei *Starck* (a.a.O.), S. 413–417.

³ *R. Herzog*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 20 II Rdn. 6ff.; *K. Stern*, Staatsrecht, Bd. I, 2. Aufl. 1984, § 18 II 5 d.

⁴ Ausführlich dazu *Dann* (Fn 1), S. 31ff.; vgl. auch *Podlech* (Fn 2), S. 53ff.

derter Ordnungen der Geburts- und Berufsstände und der kirchlichen Weihe- und Jurisdiktionsgewalten kein Platz für gleiche Mitwirkungsrechte aller, bis dann in einem großen Wandel der Ideen wesentlich erscheinende Unterschiede wieder unwesentlich wurden und neben die Lehre vom allgemeinen Priestertum die Vorstellung von der ursprünglichen politischen Gleichberechtigung aller Bürger trat. Dieser Gedanke gewann seine neuzeitliche Gestalt in der Lehre vom Herrschaftsvertrag⁵, d.h. von der Konsensgrundlage staatlicher Herrschaft. Er beherrschte dann die erste Phase der Französischen Revolution als Forderung nach gleichberechtigter politischer Repräsentation des Dritten Standes⁶ und leitete damit eine neue Epoche der europäischen Verfassungsgeschichte ein.

Ihre tiefste ethische Rechtfertigung findet die Idee, daß jeder Bürger gleichberechtigt an einer Gemeinschaftsordnung mitzuwirken habe, in der Vorstellung *Kants*, jeder sei eine dem anderen gleichzuachtende moralische Instanz; denn das vernunftgeleitete Gewissen der Einzelnen bilde die letzte Grundlage, zu der unser Bemühen um moralische Einsicht und insbesondere um Gerechtigkeit vorzudringen vermag⁷. Diese Idee verlieh der unaufhaltsam sich ausbreitenden Demokratie ihre Legitimität, motivierte die Gleichstellung aller Staatsbürger, verdrängte die einem allgemeinen und gleichen Wahlrecht entgegenstehenden Besitzqualifikationen, verwirklichte damit den „Gedanken des homogenen Bürgertums“ (*E. Kaufmann*) und führte schließlich auch zur staatsbürgerlichen Gleichstellung der Geschlechter⁸.

Die Frage, wieweit der Gedanke des homogenen Bürgertums zu verwirklichen sei, ist auch heute noch lebendig. Dies zeigt der – hier nur anzudeutende – Streit darüber, ob und in welchem Maße Gastarbeiter an der Bildung des politischen Willens ihres Gastlandes teilhaben sollten⁹.

⁵ Nachw. zu Althusius, Grotius, Spinoza, Pufendorf, Locke, Montesquieu, Christian Wolff und Rousseau bei *R. Zippelius*, Geschichte der Staatsideen, 6. Aufl. 1989, Kap. 13, 14a, 15a, b, e; weitere Nachw. bei *Dann* (Fn 1), S. 93ff.

⁶ *E. Schmitt*, Repräsentation und Revolution, 1969, S. 147ff., insbes. S. 171ff., 209f.; die aus dem Geist der Aufklärung geborene Gleichheitsschwärmerie hatte sich schon vor der Revolution vorbereitet, aufscheinend etwa im Vereins- und Logenwesen des gebildeten Bürgertums und in der Idee einer universitären Gelehrtenrepublik; *Dann* (Fn 1), S. 100ff., 121ff.

⁷ *I. Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 1785; *ders.*, Zum ewigen Frieden, 2. Aufl. 1796, S. 20; ausführlicher dazu *R. Zippelius*, Zur Rechtfertigung des Mehrheitsprinzips in der Demokratie, 1987, S. 15ff.; vgl. auch *Dann* (Fn 1), S. 153ff.

⁸ Vgl. die Übersichten bei *Dann* (Fn 1) über die national-demokratischen Bewegungen im Vormärz (S. 192ff., 198ff.), die Diskussionen über die Wahlrechtsgleichheit in den Jahren 1848/49 (S. 200ff.) und den Kampf um die staatsbürgerliche Gleichberechtigung der Frauen (S. 236ff.).

⁹ Aus der neueren Diskussion etwa *H. Quaritsch*, Staatsangehörigkeit und

2. Rechtliche Gleichbehandlung durch die Staatsgewalt

Neben dem gleichen Recht aller Staatsbürger auf Teilhabe an der Staatsgewalt steht das allgemeine Menschenrecht, von seiten der Staatsgewalt gleich wie die anderen behandelt zu werden.

a) Der Gleichheitssatz, ein die gesamte Staatsgewalt bindendes Gerechtigkeitsprinzip

Manche Ursprünge dieses Gedankens berühren sich mit denen politischer Gleichberechtigung, so in den Gleichheitsideen der Antike (I 1), die in der Renaissance neu belebt wurden¹⁰. Daneben finden wir in den Städten des Mittelalters frühe Ansätze bürgerlicher Rechtsgleichheit¹¹. Der Anspruch auf Gleichachtung vor dem Recht wurzelt aber auch im christlichen Gedanken der Gottebenbildlichkeit jedes Menschen¹² und in der Vorstellung einer Gleichheit der Menschen vor Gott; diese spielte in mittelalterlichen Reformideen eine bedeutende Rolle, besonders bei *Marsilius* und später bei *Luther*; umgemünzt in die Vorstellung weltlicher Gleichheit aller Menschen murrte sie dann im Bauernkrieg gegen die Privilegien des Adels¹³. Eine andere Entwicklungslinie lief von der konfessionellen Gleichberechtigung der Reichsstände und dem *ius emigrandi* der Untertanen über die Ausweitung der Toleranz zur konfessionsunabhängigen bürgerlichen Gleichberechtigung¹⁴.

Am Ende dieser Entwicklung stand der Verfassungsgrundsatz, daß jeder in gleicher Menschenwürde mit gleichen Rechten vor dem Forum des Rechts stehe, gleich ob er hoch oder niedrig geboren, Katho-

Wahlrecht, DÖV 1983, S. 1ff.; *G. Hoffmann*, Die „kleine Einbürgerung“, in: Gedächtnisschrift f. W. Martens, 1987, S. 85ff., 96; *A. Bleckmann*, Das Nationalstaatsprinzip im Grundgesetz, DÖV 1988, S. 437ff.; *H. J. Papier*, Verfassungsrechtliche Probleme des Ausländerwahlrechts, und *W. Däubler*, Der Ausländer als Untertan? in: Aus Politik und Zeitgeschichte, B 24, 1988, S. 37ff., 41ff.

¹⁰ *Dann* (Fn 1), S. 90ff.

¹¹ *Dann* (Fn 1), S. 85ff.

¹² *Brunner* (Fn 1), S. 40.

¹³ *Dann* (Fn 1), S. 69ff., 73ff., 78ff.

¹⁴ Die Parität kam zunächst im Reich den Ständen, später in den Einzelstaaten den Religionsgesellschaften zugute; die Untertanen wurden zuerst nur durch das *beneficium emigrandi* aus dem starren Gewissenszwang entlassen, erfuhren dann unter dem Einfluß der Aufklärung zunehmend aber auch eine konfessionsunabhängige bürgerliche Gleichberechtigung (*M. Heckel*, im Handbuch des Staatskirchenrechts, Bd. I, 1974, S. 451ff.), in die schließlich auch die Juden einbezogen wurden: *Dann* (Fn 1), S. 124ff., 167 Anm. 83. Zugleich setzte sich seit dem ausgehenden 18. Jahrhundert die generelle Forderung nach einer Gleichheit vor dem Gesetz unaufhaltsam durch: *Dann* (Fn 1), S. 129f., und insbesondere zur Reformgesetzgebung in Deutschland S. 166ff.

lik oder Protestant, Jude oder Christ, Weißer oder Schwarzer, Mann oder Frau sei. Hinter jedem der Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG steht die historische Überwindung einer vorangegangenen Diskriminierung. Ging es Ende des 18. Jahrhunderts vor allem um die Überwindung der Standesunterschiede und der religiösen Diskriminierungen und war noch für die Weimarer Verfassung die Aufhebung der Standesvorrechte ein Thema, neben das nun die Gleichstellung der Geschlechter trat, so standen bei Schaffung des Grundgesetzes der Schutz vor rassistischer und völkischer Diskriminierung und die Vollendung der Gleichberechtigung von Mann und Frau im Vordergrund.

Nach heute wohl unbestrittener Ansicht verpflichtet der Gleichheitssatz auch den Gesetzgeber¹⁵. Dies findet eine verbreitete, aber schwache Begründung in Art. 1 Abs. 3 GG; schwach deshalb, weil diese Bestimmung den Begriffsinhalt der „nachfolgenden Grundrechte“ voraussetzt, aber nicht umgestalten, mithin auch das „vor dem Gesetz“ schwerlich in ein „durch das Gesetz“ verwandeln soll. Gewichtiger ist es, daß in der Entstehungsgeschichte des Art. 3 der Wille zum Ausdruck kam, auch den Gesetzgeber zu verpflichten¹⁶. Ausschlaggebend ist aber, daß der Gleichheitssatz als ein die Rechtsordnung durchdringender „Fundamentalsatz“ nur dann zur Wirkung kommt, wenn bereits die Entscheidungen des Gesetzgebers, die das übrige staatliche Handeln „programmieren“, an den Gleichheitssatz gebunden sind.

Der Auftrag, die Menschen „durch das Gesetz“ gleich zu behandeln, würde freilich, wenn man ihn nur formal begriffe, schon durch die generalisierende Gleichbehandlung der gesetzlich bezeichneten Tatbestände verwirklicht¹⁷. Eine über diese Selbstverständlichkeit hinausreichende Funktion erhält er erst als Verpflichtung zur Gerechtigkeit¹⁸, insbesondere als Verpflichtung darauf, daß jede Ungleichbehandlung einen zureichenden, gerechten Grund haben müsse¹⁹. Darauf, wie dieses problematische Richtmaß praktikabel werden kann, wird später einzugehen sein.

¹⁵ So schon zu Art. 109 Abs. 1 WRV *Leibholz* (Fn 2), S. 34; *E.Kaufmann*, Die Gleichheit vor dem Gesetz, VVDStRL 3 (1927), S. 5f.; zum heutigen Diskussionsstand: *Th.Würtenberger*, in: *U.Karpen* (Hrsg.), The Constitution of the Federal Republic of Germany, 1988, S. 71ff.

¹⁶ *Starck* (Fn 2), Rdn. 2.

¹⁷ Vgl. *W.Schaumann*, Gleichheit und Gesetzmäßigkeitsprinzip, JZ 1966, S. 721ff.; *G.Müller*, im Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, Bd. I, 1988, Art. 4 Rdn. 6ff.

¹⁸ Grundlegend *Kaufmann* (Fn 15), S. 9f.; vgl. auch *M.Kloepfer*, Gleichheit als Verfassungsfrage, 1980, S. 29f.

¹⁹ *Podlech* (Fn 2) hält überhaupt nur Ungleichbehandlungen für begründungsbedürftig, S. 45ff., 51, 59; vgl. auch *Dürig* (Fn 2), I Rdn. 277, 316ff.; *M.Kriele*, Kriterien der Gerechtigkeit, 1963, S. 91ff.; *Kloepfer* (Fn 18), S. 27f.

Ohne diesen Auftrag zur Gerechtigkeit würde auch schon das Gebot, alle Menschen „vor dem Gesetz“ gleich zu behandeln, nur eine Trivialität zum Ausdruck bringen: daß nämlich das Gesetz auf jeden, den sein Tatbestand bezeichnet, anzuwenden ist, und zwar in gleicher Auslegung, und daß von einem gesetzlich eingeräumten Ermessen gleichmäßiger Gebrauch zu machen ist. Als Gerechtigkeitsprinzip verstanden, kann der Gleichheitssatz aber auch für Gesetzesauslegung und Ermessensgebrauch eine wichtige Leitfunktion erhalten.

Die Verwaltung ist an den Gleichheitssatz auch dort gebunden, wo sie öffentliche Aufgaben in privatrechtlicher Form erfüllt²⁰; so ist sie auch in diesen Bereichen Sachwalter der Gerechtigkeit. Selbst wenn sie erwerbswirtschaftlich oder zu Beschaffungszwecken am Privatrechtsverkehr teilnimmt, darf sie jedenfalls die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG nicht mißachten. Ob sie im übrigen einer umfassenden Bindung an den Gleichheitssatz oder nur den gleichen Bindungen wie eine Privatperson unterliegt, ist umstritten; doch kommen die theoretischen Widersacher hier zu weitgehend übereinstimmenden konkreten Folgerungen²¹.

b) Gleichbehandlung auch durch Private?

In gewissen Bereichen berührt das Pflichtengefüge der Grundrechte auch die Rechtsbeziehungen unter Privaten. Doch stellen die Grundrechtswirkungen sich hier sehr viel komplizierter dar als gegenüber dem Staat²². So ist eine unmittelbare Drittwirkung des Gleichheitssatzes grundsätzlich dort nicht anzunehmen, wo die Einzelnen ihre Rechtsbeziehungen privatautonom gestalten. Auch wo Private lediglich über ihre Rechte – etwa durch Testament – verfügen und hierbei nicht regelnd in schutzwürdige Positionen anderer eingreifen, besteht keine Drittwirkung des Gleichheitssatzes. Wo aber Einzelne der Verfügungsmacht anderer, insbesondere sozialer Gewalten, ausgeliefert sind, muß eine Bindung an den Gleichheitssatz wirksam sein. So ist etwa im Tarifrecht Lohngleichheit für gleiche Leistung zu wahren; wo ein Angebotsmonopol für lebenswichtige Güter oder Dienstleistungen

²⁰ Starck (Fn 2), Rdn. 188 m. Nachw.

²¹ Vgl. einerseits Dürig (Fn 2), I Rdn. 497ff.; Starck (Fn 2), Rdn. 189; andererseits D.Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S. 218ff.; jeweils m.w. Nachw.; zum schweizerischen Recht vgl. D.Thürer, Das Willkürverbot nach Art. 4 BV, 1987, S. 454f.

²² Vgl. W.Rüfner, Drittwirkung der Grundrechte, in: Gedächtnisschrift f. W. Martens, 1987, S. 220ff.; speziell zum Gleichheitssatz: J.Salzwedel, Gleichheitsgrundsatz und Drittwirkung, in: Festschr. f. H.Jahrreiß, 1964, S. 339ff.; Thürer (Fn 21), S. 455ff.; Müller (Fn 17), Rdn. 22f.

existiert, fordert der Gleichheitssatz einen Abschlußzwang zu allgemeinen Bedingungen²³. Der Sozial- und Wohlfahrtsstaat läßt es sich angelegen sein, auch noch darüber hinaus dem sozial Schwächeren den Grundrechtsschutz des Gleichheitssatzes zu Lasten der Privatautonomie zu gewähren. Die Grenz- und Streitfälle liegen hier vor allem auf dem Gebiet des Arbeitsrechts, wo man etwa die einleuchtende Meinung findet, daß zwar das gesetzliche Gebot, Männer und Frauen für gleiche Arbeit gleich zu entlohnen, Ausfluß des Gleichheitssatzes sei²⁴, die Abschlußpflicht aus § 611 a Abs. 1 BGB den Gleichheitssatz aber allzusehr zu Lasten der Privatautonomie strapaziere²⁵. Wo private Ungleichbehandlung – etwa durch rassische Diskriminierung – die Menschenwürde verletzt, tritt die staatliche Pflicht ein, diese gegenüber jedermann zu schützen (Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG)²⁶. Mit diesen kurzen und nur exemplarischen Andeutungen zu diesem Thema muß es hier sein Bewenden haben.

3. Angleichung der realen Lebensbedingungen

a) Die Forderung nach realer Angleichung

Die Herstellung von Rechtsgleichheit schloß in gewissem Umfang auch eine soziale Angleichung ein. Wenn mit dem Ruf nach *égalité* auch der nach *fraternité*²⁷ erhoben wurde, so bedeutete das, daß aus Hochgeborenen Gleichgeborene werden sollten, wie auch die Beseitigung religiöser Diskriminierung, insbesondere die Judenemanzipation, und später die Gleichberechtigung von Mann und Frau eine soziale Gleichstellung einschlossen. Auch dies fügte sich in den großen Zug der historischen Entwicklung: Der Wille, die sozialen Schranken niederzureißen, der bereits zu Cromwells Zeit den Levellern ihren Namen verliehen hatte²⁸, rebellierte 1789 gegen das schicksalhafte Hineingeborensein in eine rechtlich fixierte soziale Rolle, in einen Adels-, Bürger- oder Bauernstand oder in das Ghetto einer verfemten Religionsgemeinschaft, aber auch gegen die starren Bindungen der Zünfte; diese Bewegung setzte sich in Deutschland etwa in den *Stein-Hardenberg-*

²³ *Starck* (Fn 2), Rdn. 194ff.

²⁴ *Dürig* (Fn 2), I Rdn. 516; ähnlich *Starck* (Fn 2), Rdn. 229.

²⁵ *W.Schmitt Glaeser*, Die Sorge des Staates um die Gleichberechtigung der Frau, DÖV 1982, S. 384; *Starck* (Fn 2), Rdn. 227.

²⁶ Hierzu *Th.Maunz, R.Zippelius*, Deutsches Staatsrecht, 27. Aufl. 1988, § 23 II 1, und die Beispiele bei *Salzwedel* (Fn 22), S. 349ff.

²⁷ Zur Parole „Liberté! Egalité! Fraternité!“ vgl. *W.Schieder*, Art. Brüderlichkeit, in: Geschichtliche Grundbegriffe, Bd. I, 1982, S. 565f.

²⁸ Vgl. *Encyclopaedia Britannica*, 1959, Art. Levellers; *Dann* (Fn 1), S. 107ff.

schen Reformen fort und fand einen Ausklang in Art. 109 der Weimarer Verfassung²⁹.

Der Ruf nach fraternité richtete sich aber nicht nur auf die Beseitigung rechtlich festgeschriebener sozialer Ungleichheiten und auf formale Gleichberechtigung. Im revolutionären Frankreich wurde aus den Mittel- und Unterschichten die Forderung laut, auch über eine bloß rechtliche Gleichstellung hinauszugelangen zu einer égalité de fait. *Babeuf* forderte „Wohlstand für alle, Unterricht für alle, Gleichheit, Freiheit und Glück für alle“³⁰. Diese Ausgestaltung des Gleichheitsprinzips ließ sich insbesondere durch die Überlegung stützen, daß ungleichmäßige Anhäufung von Wohlstand oft nicht nur einem persönlichen Verdienst, sondern auch dem Glück, nicht selten auch der Rücksichtslosigkeit und vor allem der Mitwirkung anderer Menschen zuzuschreiben sind; selbst die persönliche Tüchtigkeit ist wenigstens zum Teil nur unverdientes Ergebnis einer ererbten, glücklichen Veranlagung. So erschien es nur als gerecht, die fortune zu korrigieren.

Trotz der genannten Anläufe zur Beseitigung von Standesunterschieden und religiöser Diskriminierung und mancher Bemühungen um sozialen Ausgleich³¹ scheiterte dann aber im Deutschland des 19. Jahrhunderts die Verwirklichung einer „materiellen Gleichheit“ – teils an der konservativen Gegenströmung gegen den Gleichheitsidealismus³², teils auch an dem Wunsch, in Reaktion auf den Polizei- und Wohlfahrtsstaat nunmehr „die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen“ (*W. v. Humboldt*) und so eng wie möglich zu ziehen³³, bis dann aus dem Arbeiterelend und aus dem Spott über den „Nachtwächterstaat“³⁴ und seine erhabene Gesetzesgleichheit sich erneut die Forderung nach der égalité de fait erhob und sich jetzt unter dem Namen der Sozialstaatlichkeit verwirklichte³⁵. Inzwischen hat sich, vom Zeit-

²⁹ Vgl. *Dann* (Fn 1), S. 164ff. zur deutschen Reformgesetzgebung und S. 207f. zur Diskussion über die Abschaffung des Adels.

³⁰ Zit. nach *Th. Ramm*, Die großen Sozialisten, Bd. I, 1955, S. 162; vgl. auch *Dann* (Fn 1), S. 140ff.; *W. Leisner*, Der Gleichheitsstaat, 1980, S. 46ff., und zur Gegenwart S. 143ff.

³¹ *E. R. Huber*, Nationalstaat und Verfassungsstaat, 1965, S. 254ff.; *Dann* (Fn 1), S. 219ff.; *ders.* (Fn 8).

³² *v. d. Marwitz, Jarcke, Gentz, Haller, Treitschke* u.a.; vgl. *Dann* (Fn 1), S. 171ff., 214ff.

³³ Vgl. *Dann* (Fn 1), S. 185ff.; die wichtigsten Stichworte für die Epigonen des 19. Jahrhunderts lieferte *Adam Smith* in seiner „Untersuchung über die Natur und die Ursachen des Wohlstandes der Nationen“, 1776, vgl. insbesondere IV 9.

³⁴ *F. Lassalle*, Arbeiterprogramm, 1862.

³⁵ *K. Stern*, Staatsrecht I, 2. Aufl. 1984, S. 882ff.; *H. F. Zacher*, HdStR I, 1987, S. 1062ff.

geist getragen³⁶, der Schwerpunkt der Gleichheitsproblematik geradezu in die Fragen der Sozial- und Bildungspolitik verlagert.

Dieser historische Hintergrund und der systematische Zusammenhang mit der Sozialstaatsklausel rechtfertigen es, dem Art. 3 GG ein Gebot auch zur Herstellung realer Chancengleichheit zu entnehmen. Gewiß lassen sich daraus keine einklagbaren Rechte auf staatliche Bereitstellung bestimmter Leistungsangebote ableiten³⁷; diese hängen vom Wandel der Bedürfnisse und der je verfügbaren Ressourcen ab, so daß der Legislative und der Exekutive stets ein Spielraum für sie bleiben muß³⁸. Wo aber der Sozialstaat Güter und Leistungen, etwa in Gestalt von Bildungseinrichtungen, zur Verfügung gestellt hat, gibt der Gleichheitssatz dem Einzelnen ein Recht, daran teilzuhaben³⁹. Auch hier gehen Rechts- und Chancengleichheit konform. Darüber hinaus wirkt das Gebot, Chancengleichheit zu schaffen, als verbindliche Staatszielbestimmung und ist Teil des mit dem Gleichheitssatz verknüpften Gerechtigkeitsauftrages (s.u. II 3 b)⁴⁰.

b) Die faktische Tendenz der Demokratie zu realer Angleichung

Ungeachtet solcher grundrechtsdogmatischen Überlegungen drängt demokratische Mehrheits Herrschaft auch schon als faktisches Wirkungsschema zu einer Angleichung der realen Lebensverhältnisse – freilich nur so weit, wie die Egalisierungsinteressen der Mehrheit reichen; sie wirkt also nicht notwendig einer Unterprivilegierung stabiler, etwa rassischer oder religiöser Minderheiten faktisch entgegen. Die egalisierende Kraft der Demokratie verwirklicht sich nicht nur über die Gesetzgebung, sondern auch als soziologisches Wirkungsschema: Wir finden eine Angleichung des Denkens, des Strebens nach materiellem Wohlstand und selbst des Mitempfindens⁴¹. Vor allem wird vom Mehrheitswillen und -interesse eine gleichmäßige Teilhabe an Gütern erstrebt und durch ein System von Steuern, Sozialabgaben und staatlichen Leistungen verwirklicht. Der heutige Staat der westlichen Industriegesellschaft steht als Steuer- und Leistungsstaat im Dienste der *égalité de*

³⁶ Th. Würtenberger, *Zeitgeist und Recht*, 1987, S. 195ff., 172ff.

³⁷ Nachw. zur Diskussion bei R. Stettner, *Der Gleichheitssatz*, BayVBl. 1988, S. 552.

³⁸ Vgl. BVerfGE 33, 333ff.; auch Dürig (Fn 2), I Rdn. 175ff.

³⁹ Vgl. Starck (Fn 2), Rdn. 100; I. v. Münch, *Grundgesetzkommentar*, Bd. I, 3. Aufl. 1985, Vorb. zu Art. 1–19, Rdn. 17ff.; Müller (Fn 17), Rdn. 21.

⁴⁰ Maunz/Zippelius (Fn 26), §§ 13 I 4, 19 I 2; vgl. F. Schoch, *Der Gleichheitssatz*, DVBl. 1988, S. 869f.

⁴¹ A. de Tocqueville, *Über die Demokratie in Amerika*, Erster Teil 1835, II Kap. 7; Zweiter Teil 1840, II Kap. 10, III Kap. 1, 12, 17.

fait⁴². Ein Unbehagen am Gleichheitsstaat läßt sich nicht unterdrücken: *Tocqueville* schrieb der Gleichheit eine Tendenz zur Radikalisierung zu, weil der Anblick von Ungleichheiten um so unerträglicher sei, je seltener und damit augenfälliger diese würden⁴³. *Walter Leisner* hat die Frage gestellt, ob und inwieweit insbesondere den Umverteilungen überhaupt ein Gerechtigkeitsstreben oder bloß der Gedanke zugrunde liege, daß zahlen soll, wer zahlen kann⁴⁴.

4. Gleiche Freiheit

Die Fragen vertiefen sich, wenn man den Beziehungen zwischen Gleichheit und allgemeiner Freiheit nachgeht⁴⁵. Nach *Kant* sollte es die Funktion des Rechts sein, die Willkür der Menschen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit und eben damit gleichmäßig gegeneinander abzugrenzen⁴⁶. Die Konvergenz von Freiheit und Gleichheit zeigt sich nicht zuletzt in den verfassungsrechtlichen Freiheitsgarantien, unter denen die Menschenrechte jedem und die Bürgerrechte allen Deutschen gleichermaßen bestimmte Freiheitsrechte gewährleisten.

Einen Freiheitsbezug hat aber auch die Forderung nach Angleichung der realen Lebensbedingungen und -chancen: Tatsächliche Entfaltungsfreiheit ist mitbedingt durch Bildung und Besitz, wie schon *Fichte* und *Lorenz von Stein* bemerkt haben⁴⁷. Und nach dem sozialpolitischen Versagen des Manchester-Liberalismus mit seiner weit getriebenen gleichen rechtlichen Freiheit konnte *Gerhard Leibholz* feststellen, „daß der tiefere Sinn der fortschreitenden politischen und ge-

⁴² Vgl. *H.J.Papier*, in: *E.Benda* u.a., Handbuch des Verfassungsrechts, 1983, S. 646.

⁴³ „Der Haß der Menschen gegen das Vorrecht wächst in dem Grad, wie die Vorrechte seltener und kleiner werden.“ „Sind die gesellschaftlichen Bedingungen alle ungleich, so fällt keine noch so große Ungleichheit kränkend auf; wogegen der kleinste Unterschied inmitten der allgemeinen Gleichförmigkeit Anstoß erregt; deren Anblick wird um so unerträglicher, je durchgängiger die Einförmigkeit ist. Daher ist es natürlich, daß mit der Gleichheit selber die Liebe zur ihr unaufhörlich zunimmt; indem man sie befriedigt, steigert man sie.“ *Tocqueville* (Fn 41), Zweiter Teil, IV Kap. 3. Die Existenz unterprivilegierter Minderheiten bleibt jedoch, wie gesagt, mit der Mehrheitsherrschaft vereinbar.

⁴⁴ *Leisner* (Fn 30), S. 189ff.

⁴⁵ Vgl. etwa *Cicero*, *De re publica*, I 47; *J.Locke*, *Two Treatises of Government*, II § 4; *Leibholz* (Fn 2), S. 21ff.; *Starck* (Fn 2), Rdn. 3; *Leisner* (Fn 30), S. 32ff.; *Ch.Gusy*, *Der Gleichheitssatz*, NJW 1988, S. 2506f.; *D.Suhr*, *Gleiche Freiheit*, 1988, S. 5ff.

⁴⁶ *I.Kant*, *Metaphysik der Sitten*, 2. Aufl. 1798, S. 33; ähnlich *J.G.Fichte*, *Grundlage des Naturrechts*, § 8.

⁴⁷ *Fichte* (Fn 46), § 18; *ders.*, *Der geschloßne Handelsstaat*, I Kap. 1; *Lorenz von Stein*, *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich*, 1850, Einl. IV 2, 3.

sellschaftlichen Egalisierung nur sein kann, die durch die Freiheit unfrei Gewordenen mit Hilfe der Gleichheit wieder in die Lage zu versetzen, von der Freiheit einen vernünftigen Gebrauch zu machen“. Auf diese Weise sollten „die durch die Freiheit Depossidierten wieder in den Besitz der Freiheit gelangen“⁴⁸. Auch um der realen Freiheit willen muß also eine reale Chancengleichheit in der Generationenfolge immer wieder neu hergestellt werden, nicht zuletzt aus der Sicht des konsequenten Liberalismus, der jedem den Lohn seiner eigenen Leistung und nicht den Lohn der Leistungen seiner Vorväter zukommen lassen will. Zur Herstellung solcher Chancengleichheit gehört es auch, daß Hilfen geboten werden, um ungünstige, milieubedingte Startbedingungen in der Schule während einer angemessenen Anlaufzeit auszugleichen.

Ein eigenes Gesicht bekommt in der pluralistischen Gesellschaft das Problem der realen Freiheit und Gleichheit, die hier oft weniger durch individuelle Konkurrenten als durch Verbandsmacht und Massenmedien gefährdet werden. Es ist eines der großen Themen der pluralistischen Demokratie, Ungleichgewichten in der Repräsentanz der Interessen und Meinungen zu begegnen und womöglich institutionell zu gewährleisten, daß die in der Gemeinschaft vorhandenen Interessen und Meinungen so zur Geltung kommen, wie es der Zahl der Interessenten und dem Gewicht ihrer Interessen angemessen ist⁴⁹, ohne hierdurch die Chancen und Antriebe eines freien Wettbewerbs zu zerstören.

5. Fragen des Maßes

Probleme der *égalité de fait* haben deutlich gemacht, daß das Verhältnis zwischen Freiheit und Gleichheit nicht das einer geradlinigen Konvergenz, sondern das Verhältnis komplizierter und auch spannungsreicher Verstrickungen ist⁵⁰. So macht eine rigorose Verwirklichung gleichmäßiger Güterverteilung und Wohlfahrtsvorsorge den Staat zum allgegenwärtigen Administrator der Gleichheit und bedrängt die freie Entfaltung der Persönlichkeit. Der Leviathan ist auch dann bedrückend, wenn er die Züge einer Milchkuh annimmt⁵¹.

⁴⁸ G. Leibholz, Verfassungsstaat – Verfassungsrecht, 1983, S. 25.

⁴⁹ Vgl. BVerfGE 12, 262f.; M. Bullinger, Freiheit und Gleichheit in den Medien, JZ 1987, S. 257ff.; w. Nachw. bei R. Zippelius, Allg. Staatslehre, 10. Aufl. 1988, §§ 26 V, VI, 28 IV 4.

⁵⁰ Vgl. Dürig (Fn 2), I Rdn. 120ff.; Kloepfer (Fn 18), S. 46ff.; M. Kriele, Freiheit und Gleichheit, in: E. Benda u.a., Handbuch des Verfassungsrechts, 1983, S. 133ff.

⁵¹ A. Gehlen, Moral und Hypermoral, 3. Aufl. 1973, Kap. 8. Schon *Tocqueville* hat das beunruhigende Bild der alles besorgenden wohlfahrtsstaatlichen De-

Wenn der wachsende Ausbau der Sozialstaatlichkeit eher mit Staatsverdrossenheit statt mit zunehmender Staatsbejahung beantwortet wird, so weist das auch darauf hin, daß im Menschen ein mit der Selbstachtung eng verbundenes Bedürfnis nach Selbständigkeit und wenigstens begrenzter Autarkie steckt, daß der Einzelne innerhalb bestimmter Grenzen gefordert sein will, für sich und seine Nächsten zu sorgen und einzustehen.

Die Aufgabe, der Egalisierung das richtige Maß zu geben, stellt sich aber nicht nur mit Blick auf die Freiheit. Auch unter dem Aspekt der Gleichheit selbst müßte ein soziales System als ungerecht und auf Dauer unannehmbar erscheinen, in welchem etwa die Einkünfte aus Sozialhilfe das durch einfache Arbeit erzielbare Einkommen überstiegen⁵² – daher das „Abstandsgebot“ des § 22 Abs. 3 Satz 2 BSHG.

Auch pragmatische Einwände erheben sich gegen eine übertriebene Egalisierung jener Ungleichheiten, die der Lohn persönlicher Leistung sind; beseitigt sie doch den wichtigsten Anreiz, Leistungen zu erbringen, die auch der Gesellschaft nützen – eine Einsicht, die sich marxistische Staaten heute zunehmend zu eigen machen⁵³. Ein egalisierendes Bildungssystem schließlich, das die Unterschiede individueller Bildungsfähigkeit und Strebsamkeit ignorierte, würde den nationalen Bildungsstandard nach unten nivellieren⁵⁴.

Doch sind es nicht nur pragmatische Überlegungen, die hier eine Rolle spielen: Es ist tief in der menschlichen Natur begründet, daß der Einzelne die mit Risiken verbundene Chance sucht, sich im Leben zu bewähren und sich vor anderen hervorzutun⁵⁵. Überall dort, wo im Namen der Gleichheit die Herausforderung persönlicher Tüchtigkeit, die Entfaltung der Individualität oder die Belohnung persönlicher Leistung allzusehr beschnitten werden, wo etwa die egalisierende Ausgestaltung des Bildungssystems so weit getrieben wird, daß es den individuellen Begabungen und Entfaltungswünschen nicht mehr angemessen

mokratie gezeichnet: einer allgewaltigen bevormundenden Macht, die allein dafür sorgt, die Genüsse der Bürger zu sichern und ihr Schicksal zu überwachen, eine umfassende, ins einzelne gehende, regelmäßige, vorsorgliche und milde Gewalt; *Tocqueville* (Fn 41), Zweiter Teil, IV Kap. 5 und 6; vgl. auch *Dürig* (Fn 2), I Rdn. 148ff.

⁵² Zu der steuerrechtlichen Überhöhung dieses Problems: *U.H.Schneider*, Zur Verantwortung der Rechtswissenschaft, JZ 1987, S. 697.

⁵³ Vgl. etwa Art. 13 und 14 der UdSSR-Verfassung von 1977/1988.

⁵⁴ Vgl. *Dürig* (Fn 2), I Rdn. 36, 107ff. Es erscheint – mit *Dürig* zu sprechen – geradezu geboten, den Wettbewerb um unterschiedliche „Zielchancen“ zu fördern und seine belebende Kraft zu nützen, um einen möglichst hohen Sockel von „Ausgangschancen“ für alle zu gewinnen; vgl. *Dürig* (Fn 2), I Rdn. 113, 140, 170.

⁵⁵ Vgl. *K.Obermayer*, Sozialstaatliche Herausforderung, 1984, S. 11.

Rechnung trägt⁵⁶, regt sich das Unbehagen an der Gleichheit. Es gehört zur Dialektik des Gleichheitssatzes, daß dieser mit der gleichen Achtung der Menschenwürde, mit der Gleichberechtigung ohne Ansehen der religiösen und politischen Anschauungen, auch eine gleiche Freiheit gewährt, anders zu sein als andere⁵⁷. Gleiche Achtung der Menschenwürde bedeutet Wahrung der Eigengesetzlichkeit jeder Person, auch ihrer Besonderheit und ihres Rechts, sich anders zu entfalten als andere, aber auch ihrer Pflicht, für sich selbst einzustehen, bedeutet auch die Chance zum Außergewöhnlichen.

Auf solche Weise gewinnt in einer Epoche weitgetriebener *égalité* der Satz *Kants* wieder an Leuchtkraft, daß „die Ungleichheit unter Menschen (die) reiche Quelle so vieles Bösen, aber auch alles Guten“ sei⁵⁸. So notwendig es im Gange der Geschichte war, die verkrusteten, rechtlich fixierten Ungleichheiten zu beseitigen und auch den realen Ungleichheiten, die aus einem Übermaß der Freiheit hervorgehen, Grenzen zu setzen, so dringlich ist es, auf der anderen Seite die Charibdis radikaler Egalisierung zu meiden.

So laufen die subtilen Beziehungen wechselseitiger Angewiesenheit aufeinander und antagonistischer Spannung zueinander, in denen Freiheit und Gleichheit stehen, auf die Aufgabe hinaus, das rechte Maß zu finden: Unter dem einen Gesichtspunkt erscheint sie als Aufgabe, die Freiheit des einen gegen die Freiheiten der anderen vernünftig abzugrenzen, eine Aufgabe, die im wesentlichen schon *Kant* gestellt hat. Unter dem Aspekt der Gleichheit stellt sie sich als Aufgabe, das richtige Maß der Gleichheit⁵⁹, insbesondere der *égalité de fait* zu finden, also als Aufgabe der *justitia distributiva*. In beiden Fällen handelt es sich um die Frage der Gerechtigkeit, die unter verschiedenen Aspekten gestellt und begrifflich angegangen wird, in beiden Fällen geht es, nach einem noch älteren Verständnis der Gerechtigkeit, um die Aufgabe, das Gemeinwesen in die rechte Ordnung zu bringen⁶⁰, eine Aufgabe, die prinzipiell nicht schematisch ein für allemal lösbar, sondern im Wandel der historischen Situation fortwährend neu aufgegeben ist, als eine täglich herausgeforderte Aufgabe und Kunst der Politik.

⁵⁶ Vgl. BVerfGE 34, 183f., 187ff.; 75, 62f.; *Dürig* (Fn 2), I Rdn. 95ff.

⁵⁷ *A. Arndt*, Gedanken zum Gleichheitssatz, in: Festschr. f. G. Leibholz, Bd. II, 1966, S. 185.

⁵⁸ *I. Kant*, Mutmaßlicher Anfang der Menschengeschichte, Berlinische Monatsschrift, 1786, S. 20f.

⁵⁹ Vgl. BVerfGE 5, 206; *Dürig* (Fn 2), I Rdn. 182.

⁶⁰ Vgl. *Platon*, Staat, 443ff.

II. Fragen gerechter Gleichbehandlung

In die begriffliche Struktur der Gerechtigkeitsfragen, die sich mit dem Gleichheitssatz verbinden, führt die einfache Überlegung, daß dieser wegen der Vielfalt der Menschen und Lebenssachverhalte nur auf eine Gleichbehandlung des „Ähnlichen“ hinausläuft, das sich in wichtigen Merkmalen gleicht, in anderen unterscheidet. Kurz, rechtliche Gleichbehandlung „ist immer nur Abstraktion von gegebener Ungleichheit unter einem bestimmten Gesichtspunkte“⁶¹. Hieraus ergeben sich zwei Themen, die einer Erörterung bedürfen: Das erste betrifft den Umstand, daß Gleichbehandlung in eine Spannung zur Vielgestaltigkeit des Lebens tritt (1). Das zweite betrifft die Frage, nach welchen Kriterien sich die genannten Abstraktionen, also die Gleich- und Ungleichbehandlungen vollziehen sollen (2).

1. Gleichheitssatz und Lebenswirklichkeit

In der spannungsreichen Beziehung zur Lebenswirklichkeit ist eine Paradoxie des Gleichheitssatzes begründet: Gerechtigkeit verlangt Gleichbehandlung. Generalisierende Gleichbehandlung führt aber zu Ungerechtigkeit; denn sie bedeutet Abstraktion, Absehen von der Lebensvielfalt und Lebensfülle, sie mißt Fälle, die sich nur in einzelnen Hinsichten gleichen, mit gleicher Elle und verfehlt dadurch immer wieder die Aufgabe, der Vielgestaltigkeit des Lebens gerecht zu werden. So verfährt das Recht, um praktikabel zu sein, schon in den alltäglichsten Dingen typisierend⁶² und knüpft z.B. den Eintritt der Volljährigkeit nicht, wie es sachlich geboten wäre, an einen bestimmten Grad persönlicher Reife, sondern an ein Lebensalter, in welchem diese Reife zumeist eintritt; so wird Ungleiches gleich behandelt. In anderen Fällen führt der Schematismus des Rechts zu einer unterschiedlichen Behandlung von sachlich nah Beieinanderliegendem; es setzt harte Zäsuren, wo das Leben fließende Übergänge hat. Im Zeitablauf zeigt sich das insbesondere dort, wo die individuelle oder die generelle Rechtssituation sich an einem Stichtag ändert⁶³. So steht auf der einen Seite der Satz *Max Ernst Mayers*: „Wer . . . Normen sät, kann keine Gerechtigkeit ernten“⁶⁴, und die Aristotelische Forderung, generelle Normen

⁶¹ *G. Radbruch*, Rechtsphilosophie, 3. Aufl. 1932, §§ 4, 9; *Nef* (Fn 1), S. 10ff.; *A. Kaufmann*, Analogie und „Natur der Sache“, 2. Aufl. 1982, S. 29ff.

⁶² Vgl. z.B. BVerfGE 31, 130f.; 65, 354f.; w. Nachw. bei *Schoch* (Fn 40), S. 879f.

⁶³ Vgl. BVerfGE 15, 202; 24, 228; 49, 275; *M. Gubelt*, in: *I. v. Münch*, Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 1985, Art. 3 Rdn. 27; *Starck* (Fn 2), Rdn. 21.

⁶⁴ *M. E. Meyer*, Rechtsphilosophie, 1922, S. 82, vgl. auch S. 79.

dort, wo sie der Vielgestaltigkeit des Lebens nicht gerecht werden, durch Billigkeit zu korrigieren⁶⁵. Auch die Gnade im Strafrecht hat man aus dieser Spannung von genereller Norm und Einzelfallgerechtigkeit gedeutet, „als die Korrektur des als unvollkommen erkannten Gesetzes im einzelnen Falle“⁶⁶.

Auf der anderen Seite drängt nicht nur das Bedürfnis nach Rechtssicherheit, sondern auch der Gleichheitssatz selbst zur Generalisierung. Auch wenn das Gesetz durch Billigkeitsentscheidungen berichtigt wird, bleibt man nicht beim Einzelfall stehen. Billigkeitsentscheidungen korrigieren zwar eine zu stark verallgemeinernde Norm, wenden sich gegen eine Gleichbehandlung des Ungleichen und streben eine Lösung an, die den Besonderheiten des vorliegenden Falles gerecht wird. Aber zugleich erheben sie den Anspruch, auf gleichartige – spezifische – Fälle in gleicher Weise anwendbar zu sein. Selbst das Begnadigungsrecht hat in unserer Zeit nach solcher Verrechtlichung gedrängt⁶⁷. Kurz, selbst Billigkeitsentscheidungen laufen – entgegen verbreiteter Meinung⁶⁸ – nicht auf Einzelfallgerechtigkeit, sondern auf eine sachgerechte Differenzierung des Normensystems hinaus, darauf nämlich, zwar in zunehmender Subtilität, aber generell wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln⁶⁹.

Diese dem Gleichheitssatz innewohnende Dialektik, einerseits einzu-ebnen, andererseits dort, wo er auf ungleiche Verhältnisse trifft, zu sachbezogenen normativen Unterscheidungen zu führen, ist ein die Rechtsentwicklung insgesamt beherrschendes, viele Rechtsbereiche durchdringendes Lebensprinzip. Der Grundsatz, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln, bringt eine Polarität zum Ausdruck, verleiht dem Recht gleichsam die innere Unruhe, fortwährend zu prüfen, in welchen Hinsichten und in welcher Konkretion Ungleichheiten zu beachten sind und in welcher Abstraktion von ihnen abzusehen ist. Diese Fragen nach der angemessenen Abstraktionsrichtung und Abstraktionshöhe bilden den Leitfaden, nach dem z.B. die Antwort darauf zu suchen ist, an welche Gemeinsamkeiten die Selbstbindung des Ermessens anzuknüpfen und bei welchen Unterschieden sie zu enden habe⁷⁰. In dieser Weise läßt sich auch die Anpassung des Rechts an

⁶⁵ *Aristoteles*, *Nikomachische Ethik*, 1137 b; Nachw. zur Aktualität dieses Problems bei *Starck* (Fn 2), Rdn. 18.

⁶⁶ *R.v.Jhering*, *Der Zweck im Recht*, 5. Aufl. 1916, Bd. I, S. 333.

⁶⁷ Vgl. BVerfGE 25, 365; 45, 243; *O.Bachof*, Über Fragwürdigkeiten der Gnadenpraxis, JZ 1983, S. 469ff., insbes. S. 471, 473.

⁶⁸ Vgl. *F.Bydlinski*, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 1982, S. 363ff. mit Nachw., aber auch S. 368.

⁶⁹ *R.Zippelius*, *Rechtsphilosophie*, 2. Aufl. 1989, §§ 24, 40.

⁷⁰ Nachw. bei *Gubelt* (Fn 63), Rdn. 33; *F.Ossenbühl*, in: *Erichsen/Martens*, *Allg. Verwaltungsrecht*, 8. Aufl. 1988, § 7 IV 4 d, bb.

den Wandel der tatsächlichen Verhältnisse mit Hilfe des Gleichheitssatzes begrifflich strukturieren⁷¹: Bedeuten doch Gleichbehandlung und Kontinuität im Wandel der Verhältnisse ein fortschreitendes Absehen von sich entwickelnden faktischen Unterschieden, und es fragt sich, von wann ab es wichtiger wird, ein Gesetz, eine Gesetzesauslegung⁷² oder eine Ermessensausübung⁷³ solchem Wandel anzupassen, als die Kontinuität zu wahren.

Einem Wandel unterliegen aber nicht nur die tatsächlichen Verhältnisse, sondern auch die gesellschaftlich-politischen Anschauungen und mit ihnen der Beurteilungsmaßstab, aus dem sich ergibt, was als wesentlich zu gelten habe. Auch die das Denken beherrschenden Ideen sind ein Teil jener Lebenswirklichkeit, an deren Fortgang und Wandel die rechtlichen Gleich- und Ungleichbehandlungen anzupassen sind. Zu ihnen gehören das je vorherrschende Menschenbild, die politischen Zielvorstellungen und insgesamt die von einem Volk akzeptierten Gerechtigkeitsvorstellungen⁷⁴. Sie bieten wesentliche Orientierungen dafür, an welche Merkmale Gleich- oder Ungleichbehandlungen anzuknüpfen haben. Im großen ganzen ging der Zug der neueren Entwicklung dahin, daß vordem wichtig Erscheinendes, wie Stand, Konfession und Religion, Rasse und Geschlecht, vor dem Forum des Rechts zunehmend unerheblich wurden. Heute stellt sich die Frage, ob und in welcher Richtung und Ausgestaltung die rechtlichen Gleichstellungen und die faktischen Angleichungen weitergetrieben oder neue Differenzierungen angestrebt werden sollten; ob etwa Gastarbeiter in den staatsbürgerlichen Rechten und Pflichten den Deutschen gleichgestellt, ob die Chancen im Bildungswesen wieder nach einem strenger gehandhabten Leistungsprinzip vergeben werden sollten oder in welcher Stufung Einkommen und Vermögen besteuert und so zu einem sozialen Ausgleich herangezogen werden sollten.

⁷¹ Dürig (Fn 2), I Rdn. 196ff., 212.

⁷² Daß Gleichheitssatz und Rechtssicherheit auch zu einer Bindung an eine einmal gewählte – vertretbare – Gesetzesauslegung führen, wird zunehmend anerkannt; vgl. BFH, BStBl. 1964 III, 558f.; BGHZ 85, 64; vgl. auch K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl. 1983, S. 412ff., und die Nachw. bei R. Zippelius, Juristische Methodenlehre, 4. Aufl. 1985, § 13 II. Zu den Grenzen dieser Bindung: BVerfGE 2, 401; 19, 47f.; 34, 288.

⁷³ Dürig (Fn 2), I Rdn. 446ff.; H. Maurer, Allg. Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 1988, § 24 Rdn. 23.

⁷⁴ R. Zippelius, Die Bedeutung kulturspezifischer Leitideen für die Staats- und Rechtsgestaltung, 1987.

2. Kriterien der Gleichbehandlung

a) Der Gleichheitssatz als Schlüsselbegriff

Der Gleichheitssatz richtet sich also nicht auf eine beliebige „Abstraktion von gegebener Ungleichheit unter einem bestimmten Gesichtspunkte“, sondern führt auf eine Gerechtigkeitsfrage: Rechtlich zu vergleichen heißt, Gemeinsamkeiten und Unterschiede herauszustellen und zu prüfen, von welchen Merkmalen die erwogene Rechtsfolge gerechterweise abhängen sollte⁷⁵. Auf diese Weise erhält die Gerechtigkeitsfrage einen spezifischen begrifflichen Zuschnitt, ohne damit aber schon gelöst zu sein⁷⁶. Mit anderen Worten: Der Gleichheitssatz dient als ein „Schlüsselbegriff“, der Gerechtigkeitsfragen in der beschriebenen Weise erschließt, als ein Prinzip, das in Gesetzgebung und Rechtsanwendung die Gerechtigkeitserwägungen in spezifischer Weise strukturiert.

Der Gleichheitssatz weist also über sich hinaus: An welche Merkmale eine Ungleichbehandlung zu knüpfen sei – und zwar unter dem Aspekt einer bestimmten Norm – hängt von zusätzlichen Kriterien ab: Die Ungleichbehandlung muß einem legitimen Regelungszweck dienen; sie muß hierbei den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und des Übermaßverbotes genügen, und das heißt: durch den Normzweck aufgewogen werden und ein geeignetes und erforderliches Mittel sein, um diesen zu erreichen⁷⁷. Die Legitimität des Regelungszweckes be-

⁷⁵ W.Geiger, in: Ch.Link (Hrsg.), Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat 1982, S. 100. Nach einer zunehmend sich durchsetzenden Formulierung des Bundesverfassungsgerichts ist der Gleichheitsgrundsatz dann verletzt, wenn Fälle gleich behandelt werden, zwischen denen so gewichtige Unterschiede bestehen, daß sie gerechterweise unterschiedlich behandelt werden müssen oder wenn Fälle ungleich behandelt werden, zwischen denen keine Unterschiede bestehen, die gewichtig genug wären, die unterschiedliche Behandlung zu rechtfertigen, vgl. BVerfGE 71, 58f., 271; w. Nachw. bei R.Maaß, Die neuere Rechtsprechung des BVerfG zum allgemeinen Gleichheitssatz, NVwZ 1988, S. 14ff.; zu Divergenzen zwischen den Formulierungen beider Senate: Schoch (Fn 40), S. 875f.

⁷⁶ Die Funktion von Begriffen und Grundsätzen, als Lösungsgesichtspunkte, Topoi, als diskussionsleitende Instrumente der Argumentation zu dienen, haben für die Jurisprudenz vor allem Viehweg und Perelman beschrieben: Th. Viehweg, Topik und Jurisprudenz, 5. Aufl. 1974, §§ 3, 8; Ch. Perelman, Juristische Logik als Argumentationslehre, 1979, §§ 58ff.; vgl. zur Vorstellung problemerschließender „Schlüsselbegriffe“ auch R. Zippelius, Wertungsprobleme im System der Grundrechte, 1962, S. 22, 41, 60f.; 82ff.; E. Denninger, Verfassungsrechtliche Schlüsselbegriffe, in: Festschr. f. R. Wassermann, 1985, S. 288ff.

⁷⁷ Vgl. Klopfer (Fn 18), S. 61ff.; E. Stein, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. I, 1984, Art. 3 Rdn. 50ff.; Müller (Fn 17), Rdn. 31f.; G. Robbers, Der Gleichheitssatz, DÖV 1988, S. 750f.; Schoch (Fn 40), S. 874; R. Wendt, Der Gleichheitssatz,

mißt sich hierbei nach den spezifischen Gerechtigkeitsprinzipien, die den zu ordnenden Lebensbereich beherrschen⁷⁸. An welche Merkmalsunterschiede eine Regelung in geeigneter und auch sonst verhältnismäßiger Weise anknüpfen kann, um den Regelungszweck zu erreichen, richtet sich nach den Sachgesetzhelikeiten dieses Lebensbereiches⁷⁹. — Andererseits dürfen Unterschiede, die nach dem Normzweck zu einer Ungleichbehandlung führen müßten, nur dann vernachlässigt werden, wenn das Bedürfnis nach Generalisierung die Einbuße an Sachgerechtigkeit aufwiegt (s.o. II 1)⁸⁰.

Die genannte Bindung an Gerechtigkeitsprinzipien spezifischer Lebensbereiche zeigt sich z.B. bei der Frage nach der Wahlrechtsgleichheit; sie verweist auf Kriterien politischer Legitimation: Nur wenn und weil man voraussetzt, daß in Wahlen die Idee demokratischer Legitimität, also die Gleichachtung aller Bürger weitestmöglich zu verwirklichen sei (s.o. I 1), gebührt jedem Bürger streng und formal gleiches Stimmrecht⁸¹. Oder: Weil es legitim ist, eine sachkundige und von Protektion unabhängige Amtsführung zu erstreben, kommt es für den Zugang zu öffentlichen Ämtern auf Unterschiede funktionsbezogener Eignung, Befähigung und Leistung, und nur hierauf, an. An welche Merkmale Unterschiede der steuerlichen Belastung anknüpfen dürfen⁸², hängt davon ab, welches legitime Steuerzwecke sind, wie diese zu gewichten und welches verhältnismäßige und insbesondere geeignete Mittel sind, um die Zwecke zu erreichen; unter diesen können neben der Deckung des allgemeinen Finanzbedarfs auch die Herbeiführung einer ausgewogenen Vermögensverteilung, ferner etwa familien-, gesundheits-, umwelt- oder siedlungspolitische Ziele eine Rolle spielen⁸³; wenn und weil durch das Steuersystem auch sozial nützlichel Handeln ermutigt werden soll, ist nicht schematisch an die Höhe des Einkommens und Vermögens, sondern auch an die Umstände des Vermögenserwerbs anzuknüpfen⁸⁴. Neben diesen Problemen verteiler Gerechtigkeit stehen solche des Ausgleichs: Wo Einzelne im Vergleich

NVwZ 1988, S. 784f.; zu den oben verwendeten Begriffen: *Maunz/Zippelius* (Fn 26), § 12 III 6.

⁷⁸ Vgl. *Kloepfer* (Fn 18), S. 34f.

⁷⁹ Vgl. *R. Zippelius*, Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1989, § 7 III, IV.

⁸⁰ Kriterien dafür gibt BVerfGE 63, 128, an.

⁸¹ BVerfGE 51, 234; *H.H.v.Arnim*, Der strenge und der formale Gleichheitssatz, DÖV 1984, S. 85ff.

⁸² BVerfGE 65, 354; 66, 223; 74, 199f.; vgl. *Starck* (Fn 2), Rdn. 58ff.

⁸³ Vgl. BVerfGE 74, 200; *F.Klein*, Gleichheitssatz und Steuerrecht, 1966, S. 168ff.; *W.Knies*, Steuerzweck und Steuerbegriff, 1976, §§ 17ff.; *H.W.Arndt*, Gleichheit im Steuerrecht, NVwZ 1988, S. 790f.; zu dem hierdurch eröffneten Dispositionsspielraum: *D.Birk*, Steuerrecht I, 1988, § 7 Rdn. 16ff.; *Schoch* (Fn 40), S. 881f.

⁸⁴ *P.Kirchhof*, Die Kunst der Steuergesetzgebung, NJW 1987, S. 3219f.

mit anderen ungleich belastet wurden, haben Entschädigungen das Sonderopfer auszugleichen⁸⁵; Gebühren sollen einen Ausgleich für beanspruchte Leistungen schaffen⁸⁶; hier münden die Gleichheitserwägungen in die Fragen, ob stets ein voller Ausgleich anzustreben⁸⁷ und wie gegebenenfalls dessen Gleichwertigkeit zu bestimmen sei.

b) Die Legitimationsbasis

Gerechtigkeitsfragen, die in solcher Weise durch vergleichende Erwägungen strukturiert wurden, sind auf einer bestimmten Legitimationsbasis zu entscheiden. Das Bundesverfassungsgericht verwies hierzu mit Recht auf die „fundierte allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft“⁸⁸. Damit wurde jene Entscheidungsgrundlage genannt, von der aus in einer offenen Gesellschaft überhaupt Fragen der Gerechtigkeit zu lösen sind: Ist jeder Bürger eine dem anderen gleichzuachtende moralische Instanz, dann ist auch für die spezifischen Gleichheitsprobleme der Gemeinschaft die Lösung in freiem Wettbewerb der Überzeugungen zu suchen, an dem sich alle beteiligen dürfen und dessen Ergebnisse von der Mehrheit akzeptiert werden können⁸⁹. Welche Merkmalsunterschiede unter einem bestimmten rechtlichen Gesichtspunkt erheblich oder unerheblich sind, bleibt innerhalb der rationalen Erwägungsstrukturen und Entscheidungsverfahren einer nicht weiter auflösbaren Gewichtung überlassen.

In der repräsentativen Demokratie werden diese Konkretisierungen des Gleichheitssatzes zwar durch die Institutionen und in den Verfahren der Gesetzgebung und der Rechtsprechung verbindlich ausgeformt und vielfach auch schon angebahnt; doch müssen die Repräsentativorgane Entscheidungen anstreben, die für die Mehrheit des Volkes akzeptabel sind; andernfalls verlieren sie nicht nur ihre Legitimität, sondern auf Dauer auch ihre Wirkungsmöglichkeit⁹⁰.

Innerhalb des gewaltenteiligen Repräsentativsystems selbst stellt sich dann die Frage, in welchem Ausmaß neben den Gesetzgebungsor-

⁸⁵ BGHZ 6, 280.

⁸⁶ BVerfGE 20, 270; *Starck* (Fn 2), Rdn. 84ff.

⁸⁷ Zu Differenzierungen vgl. BVerfGE 24, 420f.; 46, 285; *Maunz/Zippelius* (Fn 26), § 28 II 5 und 6.

⁸⁸ BVerfGE 9, 349; 42, 72; ähnlich BVerfGE 32, 268; vgl. auch *Hesse* (Fn 2), S. 214; *Podlech* (Fn 2), S. 79.

⁸⁹ Vgl. etwa BVerfGE 5, 135, 198, 205; 12, 125; eingehender zu diesem Kriterium *R. Zippelius*, Zur Funktion des Konsenses in Gerechtigkeitsfragen, in: *Festschr. f. H.J. Bruns*, 1978, S. 1ff.; *ders.*, Legitimation im demokratischen Verfassungsstaat, in: *N. Achterberg u.a.*, Legitimation des modernen Staates, 1982, S. 85ff.; *ders.*, Rechtsgefühl und Rechtsgewissen, in: *E.J. Lampe* (Hrsg.), Das sogenannte Rechtsgefühl, 1985, S. 12ff.

⁹⁰ *Zippelius* (Fn 69), § 21 I 3; *Würtenberger* (Fn 36), S. 169f., 188ff., 192f.

ganen auch die Gerichte berufen sein sollen, über Konkretisierungen des Gleichheitssatzes zu entscheiden und damit einen Schlüssel zu dessen Ausgestaltung in der Hand zu halten. Diese Frage spielt insbesondere eine Rolle, wenn die Grenzen abzustecken sind, die für die richterliche Normenkontrolle, aber auch für eine Gesetzesergänzung und -korrektur durch Lückenausfüllung und restriktive Auslegung gelten.

In all diesen Fällen sprechen gute Gründe für eine strikte Beachtung der Gesetze: Indem diese staatliches Handeln generell regeln, gewährleisten sie immerhin formal eine Gleichbehandlung und beugen individueller Willkür vor (s.o. I 2 a). Eine genaue Befolgung der Gesetze dient zudem der Rechtssicherheit. Darüber hinaus erscheint es als organadäquat⁹¹, daß auch die inhaltlichen Gerechtigkeitsfragen, die mit der Konkretisierung des Gleichheitssatzes verbunden sind, primär vom Gesetzgeber beantwortet werden; denn dieser trifft seine Entscheidungen in lebendigerer Auseinandersetzung mit der öffentlichen Meinung und daher mit stärkerer demokratischer Rückbindung als die Gerichte. Auch würden diese in den politischen Tagesstreit hineingezogen und in ihrer auf Neutralität gegründeten Autorität gefährdet, wenn sie vertretbare Gleichheitsentscheidungen des Gesetzgebers umstoßen oder korrigieren wollten. Daher können ungerechtfertigte Gleich- oder Ungleichbehandlungen nur aus schwerwiegenden Gründen, denen breitesten Akzeptanz sicher ist, eine richterliche Verwerfung von Gesetzen rechtfertigen⁹²; auch zu „offenen“, d.h. vom Gesetzeswortlaut abweichenden⁹³ Rechtsfortbildungen ist der Richter nur dann ermächtigt, wenn diese durch schwerwiegende Gründe des „Rechts“ (Art. 20 Abs. 3 GG), etwa durch unabweisbare Wertentscheidungen der Verfassung geboten sind⁹⁴.

⁹¹ Zu diesem Begriff: Zippelius (Fn 49), § 31 II 3.

⁹² Unter der Weimarer Verfassung wurde die Frage, ob der Richter ein Gesetz am Maßstab des Gleichheitssatzes prüfen dürfe, kontrovers diskutiert. *Gerhard Anschütz* und andere verneinten sie, auch deshalb, weil sie eine daraus hervorgehende Politisierung der Justiz befürchteten; *G. Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs, 14. Aufl. 1933, Art. 109, Anm. 2 V. *Erich Kaufmann* bejahte die Frage, doch sollte „der Richter nur die Verletzung gewisser äußerster Grenzen rügen“ dürfen, *Kaufmann* (Fn 15), S. 19; damit zeichnete er die Linie vor, der das Bundesverfassungsgericht gefolgt ist. Aus der neueren Judikatur etwa BVerfGE 52, 280f.; 65, 354; 68, 250; 71, 58f.; vgl. auch *Ipsen* (Fn 2), S. 166f., 184; *Dürig* (Fn 2), I Rdn. 297ff.; *H.H. Rupp*, Art. 3 GG als Maßstab verfassungsgerichtlicher Gesetzeskontrolle, in: Festschr. f. d. Bundesverfassungsgericht, 1976, Bd. II, S. 364ff.; *Schoch* (Fn 40), S. 876f.

⁹³ Nach der herrschenden Ansicht bildet der nach dem Sprachgebrauch mögliche Wortsinn die Grenze der Auslegung: BVerfGE 71, 15; *K. Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 8 Aufl. 1983, S. 83, 150, 236f.; *Larenz* (Fn 72), S. 307f., 329; Zippelius (Fn 72), § 9 II a.

⁹⁴ BVerfGE 34, 287ff.; 65, 190ff. Auch muß der Gesetzeswortlaut wenigstens die Möglichkeit offenlassen, daß der Gesetzgeber den problematischen Fall nicht

Der Gesetzgeber selbst ist durch diesen judicial self-restraint aber weder aus der Pflicht noch aus dem faktischen Legitimationsdruck entlassen, auch innerhalb des ihm verbleibenden Spielraums das jeweils erreichbare Maß gerechter Gleichbehandlung und sachangemessener Differenzierung anzustreben und nicht nur schlechthin unvertretbare Ungleichbehandlungen zu vermeiden. Diesen Gerechtigkeitsauftrag auch der politischen Instanzen faßte *Gustav Radbruch* in die idealistisch zugespitzten Worte, daß der „gesamte politische Tageskampf ... sich als eine endlose Diskussion über die Gerechtigkeit“ darstelle⁹⁵.

3. Konkretisierung des Gleichheitssatzes durch den rechtlichen Kontext

Ihren wichtigsten und griffigsten Ausdruck finden die für die Mehrheit konsensfähigen Gerechtigkeitsvorstellungen in einer demokratisch beschlossenen oder doch akzeptierten Verfassung und im sonstigen Recht. Diese in der gesamten Rechtsordnung zum Ausdruck gekommenen Gerechtigkeitsgedanken spiegeln die Rechtskultur dieses Volkes wider – die Historische Rechtsschule würde gesagt haben: in ihnen komme der Geist des nationalen Rechts zum Vorschein. Sie können durch systematische Auslegung der Verfassung hervorgeholt und durch systemgerechte Gesetzgebung und Rechtsfortbildung weitergedacht werden. Hierbei ist insbesondere der Gleichheitssatz als Leitgedanke einsetzbar und erfährt dadurch selbst eine Konkretisierung. Das Bundesverfassungsgericht hat dies in die Worte gekleidet: Es seien in der Rechtsordnung „bestimmte Wertungen und Vernünftigkeitsskizzen normiert, innerhalb deren sich der Gleichheitsgrundsatz vor allem als Forderung nach Folgerichtigkeit der Regelungen, gemessen an den Anknüpfungspunkten der gesetzlichen Wertungen, zu Wort meldet“⁹⁶.

a) Spezifische Gewährleistungen einer Gleichbehandlung

Der Gleichheitssatz erfährt innerhalb des Grundgesetzes aber auch schon einige ausdrückliche Konkretisierungen⁹⁷: durch die spezifi-

genügend bedacht und ihn deshalb in seiner Regelung nicht angemessen berücksichtigt hat. Hat der Gesetzgeber den Fall jedoch unzweideutig geregelt, wie im Beispiel der Selbstbedienung mit apothekenfreien Waren (BVerfGE 75, 179ff.), dann bleibt nur der Ausweg verfassungsgerichtlicher Normenkontrolle; vgl. auch BVerfGE 38, 49.

⁹⁵ *Radbruch* (Fn 61), § 9.

⁹⁶ BVerfGE 60, 40; vgl. auch BVerfGE 1, 246f.; 11, 293; 34, 115; 59, 49; *Ch. Degenhart*, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat, 1976, insbes. S. 20ff., 49ff.; *Starck* (Fn 2), Rdn. 33ff.

⁹⁷ Vgl. *Th. Württemberg* (Fn 15), S. 78ff.

schen Gleichheitsgarantien des Art. 3 Abs. 2 und 3 und des Art. 33 Abs. 1–3, das gleiche Wahlrecht (Art. 38 Abs. 1 Satz 1; 28 Abs. 1 Satz 2) und die Gleichheit öffentlicher Dienstleistungspflichten (Art. 12 Abs. 2); auch die Gewährleistungen des gesetzlichen Richters und das Verbot von Ausnahmegerichten (Art. 101 Abs. 1) stehen im Dienst der Gleichbehandlung. Die spezifischen Gleichheitsgarantien gehen dem allgemeinen Gleichheitssatz vor⁹⁸.

Einige dieser Bestimmungen dulden unbestreitbar schlechthin keine Ausnahme, wie das Verbot von Ausnahmegerichten. Hinsichtlich anderer Diskriminierungsverbote gehen die Meinungen auseinander: Das Bundesverfassungsgericht will die Unterscheidungsverbote des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG nicht starr anwenden, verlangt aber, daß eine Abweichung durch schwerwiegende Argumente gerechtfertigt werde⁹⁹. Die Gegenmeinung will „jede Anknüpfung an die dort genannten Merkmale“ ablehnen¹⁰⁰; mit dieser Ansicht wären Vorschriften des generellen Frauenarbeitsschutzes¹⁰¹ oder auch das Homosexuellenurteil¹⁰² schwerlich vereinbar¹⁰³; hingegen soll auch nach dieser zweiten Ansicht ein Mutterschutzgesetz aufrechterhalten werden aus der Erwägung, dieses knüpfe gar nicht an das Geschlecht, sondern an die Mutterschaft an¹⁰⁴, was auch schon nach Art. 6 Abs. 4 GG legitim wäre. Geht man mit dem Bundesverfassungsgericht davon aus, daß die spezifischen Differenzierungsverbote nicht starr anzuwenden seien, so kann z.B. auch trotz der Art. 3 Abs. 3 und 33 Abs. 3 GG die Konfession ein Eignungskriterium für einen Lehrer an einer Konfessionsschule sein¹⁰⁵, während man mit starren Vorgaben nur die Ansicht vertreten könnte, hier dürfe es nicht auf das religiöse Bekenntnis des Pädagogen, sondern lediglich auf seine Bereitschaft ankommen, bestimmte religiöse Anschauungen den Kindern zu vermitteln, Anschauungen, die ihm persönlich vielleicht fremd sind – eine nicht gerade lebensnahe Konstruktion.

⁹⁸ BVerfGE 9, 128; 12, 163; von „Anwendungsfällen“ spezifischen Inhalts sprechen BVerfGE 34, 98; 41, 413.

⁹⁹ BVerfGE 52, 374; w.Nachw. bei *Sachs* (Fn 2), S. 330ff.; ähnlich *Gusy* (Fn 45), S. 2508.

¹⁰⁰ *Sachs* (Fn 2), S. 429, 493.

¹⁰¹ *F. Gamillscheg*, in: *Link* (Fn 75), S. 82; vgl. *Sachs* (Fn 2), S. 356ff.

¹⁰² BVerfGE 6, 422ff.

¹⁰³ Vgl. *Sachs* (Fn 2), S. 348, 376ff.

¹⁰⁴ *Podlech* (Fn 2), S. 92; vgl. auch *Sachs* (Fn 2), S. 349ff.

¹⁰⁵ BVerfGE 39, 368.

b) Systematische Verfassungsauslegung

Sieht man von diesen *leges speciales* ab, so sind Kriterien zur Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes insbesondere durch systematische Auslegung, d.h. aus dem sonstigen Kontext der Verfassung zu gewinnen¹⁰⁶. So ist aus dem Zusammenhang des Gleichheitssatzes mit der Menschenwürdegarantie¹⁰⁷ das Verbot herleitbar, Unterscheidungen vorzunehmen, die dem Bild des Grundgesetzes von der Menschenwürde zuwiderlaufen; diese Grenze menschenunwürdiger Diskriminierung ist jedoch unscharf¹⁰⁸. Hinweise für die Konkretisierung des Gleichheitssatzes ergeben sich ferner aus dem Zusammenhang mit den Freiheitsgewährleistungen. So darf die Ausübung eines Freiheitsrechts grundsätzlich nicht Anlaß einer nachteiligen Behandlung sein¹⁰⁹. Aus dem Zusammenhang des Gleichheitssatzes mit dem Sozialstaatsprinzip¹¹⁰ ergibt sich eine Staatszielbestimmung, ungerechtfertigte soziale Ungleichheiten auszugleichen, und ein Recht, an bestehenden öffentlichen Leistungssystemen teilzuhaben (s.o. I 3 a).

Andererseits ergibt sich eine Rechtfertigung bestimmter Differenzierungen etwa aus Art. 6 Abs. 1 und 4 und aus Art. 33 Abs. 2 GG¹¹¹. Ferner folgt aus der Bundesstaatlichkeit, daß in gewissem Umfang¹¹² in Bereichen, für die den Ländern die Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenz zusteht, ungleiche Gestaltungen zulässig sind¹¹³; entsprechende Differenzierungen werden mit den Selbstverwaltungskompetenzen (insbesondere durch Art. 28 Abs. 2 GG) in Kauf genommen¹¹⁴.

c) Konkretisierung aus dem sonstigen Kontext

Als Ausdruck der Rechtskultur gibt auch der Kontext des einfachen Rechts Anhaltspunkte für die Konkretisierung des Gleichheitssatzes. Insofern könnte man mit *Walter Leisner*¹¹⁵ in der Tat von einer

¹⁰⁶ Vgl. *Gubelt* (Fn 63), Rdn. 3, 23; *Robbers* (Fn 77), S. 753f.

¹⁰⁷ *Dürig* (Fn 2), I Rdn. 3, 5ff., 315.

¹⁰⁸ *R. Zippelius*, im *Bonner Kommentar*, Art. 1 Rdn. 9ff.

¹⁰⁹ *Kloepfer* (Fn 18), S. 49; *M. Sachs*, *Der Gleichheitssatz*, NWVBl. 1988, S. 296.

¹¹⁰ Nachw. bei *Sachs* (Fn 109), S. 297.

¹¹¹ Vgl. BVerfGE 13, 296, 298f.; 75, 357.

¹¹² Grenzen ergeben sich insbesondere aus länderübergreifenden Grundrechten und aus Art. 33 Abs. 1 GG; vgl. BVerfGE 33, 352ff.

¹¹³ Vgl. BVerfGE 33, 352; 51, 58f. m.w.Nachw.; 76, 73; *Schoch* (Fn 40), S. 870f.

¹¹⁴ BVerfGE 21, 68; *Dürig* (Fn 2), I Rdn. 233ff., 244f.; *Kloepfer* (Fn 18), S. 22; *Starck* (Fn 2), Rdn. 165ff.

¹¹⁵ *W. Leisner*, *Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung*, 1964.

„Gesetzmäßigkeit der Verfassung“ sprechen. Wenn der Gesetzgeber etwa im Abgabenrecht Gleichheitsprobleme löst und dadurch den Gleichheitssatz fortschreitend konkretisiert, so sollen seine Problemlösungen systemgerecht sein, d.h. sich in den Kontext der Verfassung, aber auch des sonst geltenden Rechts logisch und teleologisch widerspruchsfrei einfügen: Durch die Forderung nach Kontinuität und Konsequenz gewinnen seine Lösungen von Gleichheitsproblemen Rückhalt im bestehenden Recht und bilden ihrerseits Anhaltspunkte für eine gleichartige Lösung künftiger Gleichheitsprobleme. So kommt der Gleichheitssatz gleichsam auf einer Metaebene noch einmal zur Wirkung. Dieses Bemühen um Systemgerechtigkeit ist nicht auf begrenzte Problembereiche zu verengen; sie hat nicht nur die innere Widerspruchsfreiheit eng gefaßter positivistischer Systemeinheiten zu prüfen¹¹⁶, sondern stets auch zu fragen, ob das jeweils zu prüfende Teilsystem sich seinerseits ohne Verstoß gegen den Gleichheitssatz in den Kontext der gesamten Rechts- und Verfassungsordnung einfügt¹¹⁷. Indessen darf der Systemgedanke nicht überspannt werden; er dient zunächst als heuristisches Prinzip dazu, logischen und teleologischen Widersprüchen auf die Spur zu kommen und bedeutet auch dann keine starre Verpflichtung zur Konsequenz¹¹⁸, sondern nur die Verpflichtung, an der bisherigen Bewertungspraxis dann festzuhalten, wenn ein Abweichen von ihr nicht gerechtfertigt wird, und zwar mit Argumenten, die schwerer wiegen als die entgegenstehenden Gründe, die für eine konsistente Gleichbewertung sprechen.

Nicht nur das Denken des Gesetzgebers, sondern auch das richterliche Denken ist durch das Prinzip der Gleichbehandlung mitgeformt, sogar in so hohem Maße, daß man mit einiger Übertreibung sagen könnte, der Gleichheitssatz sei die Seele der juristischen Hermeneutik. Am augenfälligsten tritt das im vergleichenden Denken des angelsächsischen Fallrechts zutage, wo der Richter zu prüfen hat, ob der ihm vorliegende Fall einem vorentschiedenen hinreichend ähnlich ist, ihm nämlich in den Merkmalen gleicht, an welche die Vorentscheidung in ihren tragenden Gründen anknüpft, oder ob der neue Fall sich durch Merkmale unterscheidet, die zu einer ungleichen Behandlung führen müssen¹¹⁹.

Der deutsche Richter praktiziert solches analogische Denken insbesondere bei der Lückenausfüllung. Hier dient ihm der Gleichheitssatz

¹¹⁶ *Rupp* (Fn 92), S. 383f., m.w.Nachw.

¹¹⁷ Vgl. *Dürig* (Fn 2), I Rdn. 16, 311ff., 357; *Degenhart* (Fn 96), S. 14f.; *Starck* (Fn 2), Rdn. 37f., 41; *Wendt* (Fn 77), S. 782.

¹¹⁸ Vgl. *Gusy* (Fn 45), S. 2508; *Robbers* (Fn 77), S. 755f.

¹¹⁹ *N.MacCormick*, *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1978, S. 185f., 190f., 219ff.

schon zur Aufdeckung der Gesetzeslücken: Er stößt auf einen nicht geregelten Fall, für den eine gleichartige Regelung als angemessen erschiene, wie sie für ähnliche Fälle getroffen wurde, kurz, er findet wesentlich Gleiches als ungleich behandelt. Auf diese Weise deckt der Gleichheitssatz Inkonsistenzen in den Wertentscheidungen der Rechtsordnung auf und dient so der Systemgerechtigkeit und der „Einheit des Rechts“¹²⁰. Daran schließt sich dann aber noch die Frage, ob die entdeckte Ungleichbehandlung zu einem bloßen Appell an den Gesetzgeber führen darf, den Mangel *de lege ferenda* aus der Welt zu schaffen, oder ob dieser so schwer wiegt, daß der Richter ihn schon *de lege lata* durch einen Analogieschluß beheben darf (2 b). Durch diesen wird dann zugleich der Gleichheitssatz konkretisiert: Es wird nämlich in Gestalt einer „exemplifizierenden Kasuistik“¹²¹ bestimmt, daß gewisse Fälle – etwa die positiven Vertragsverletzungen – über den Gesetzeswortlaut hinaus den gesetzlich geregelten gleichzubehandeln sind. Ein Gegenstück findet sich in der restriktiven Auslegung, die hinter dem Wortsinn des Gesetzes deshalb zurückbleibt, weil dieses die Generalisierung zu weit getrieben und wesentlich Ungleiches gleich behandelt hat¹²².

Selbst in der alltäglichen Gesetzesauslegung spielt das vergleichende Denken eine Rolle: Wo der mögliche Wortsinn und die historischen und logischen Auslegungskriterien eine Wahl lassen, läuft die Auslegung oft auf die Frage hinaus, ob der vorliegende, problematische Fall unter dem Gesichtspunkt des Gesetzeszweckes jenen Fällen gleichzubewerten ist, die zweifelsfrei der Norm unterfallen¹²³.

4. Die Dynamik des Gleichheitssatzes

Gesetzgeber und Rechtsanwender denken nicht nur am Leitfaden des Gleichheitssatzes die im überkommenen Recht niedergelegten Gerechtigkeitsgedanken nach, sondern finden sich durch die Unvollständigkeit der vorliegenden Lösungen und durch deren Reformbedürftigkeit fortwährend herausgefordert, an der Weiterbildung des Rechts und der Gerechtigkeit mitzuwirken – *justitia semper reformanda* – wenngleich dem Rechtsgestaltungswillen des Gesetzgebers durch die Verfassung, dem des Richters auch durch das einfache Recht die schon genannten Grenzen gesetzt sind (2 b).

¹²⁰ Vgl. Larenz (Fn 72), S. 358ff.; Zippelius (Fn 72), § 11 I b.

¹²¹ Zippelius (Fn 72), § 12 I c.

¹²² Larenz (Fn 72), S. 375f.

¹²³ Vgl. Engisch (Fn 93), S. 57f.; Kaufmann (Fn 61), S. 37ff.; Zippelius (Fn 72), §§ 12 I, 16 II.

Wo Gesetzgeber und Richter die für sie offengelassenen Fragen der Gleichbehandlung entscheiden, nehmen sie daran Anteil, den Gleichheitssatz zu konkretisieren und damit die lebendige Rechtskultur dieser Gemeinschaft weiterzubilden. Im Fluß der Zeit findet sich der Jurist hier in einem immer wieder neuen Szenarium von Bedürfnissen, Nöten und Machtsituationen und von Ideen, die ihm bald als überzeugender Ausdruck neu gewonnener Einsicht erscheinen, bald ihn im Zweifel lassen, so daß er nach seinem persönlichen Rechtsgewissen, in Grenzfällen auch in einem rechtsethischen Wagnis entscheiden muß, ungewiß, ob er die bessere Gerechtigkeit gefunden hat.

Das Ideal im Herzen, bleibt dem Juristen das Los, für immer nach der vollkommenen Verwirklichung der Gleichheit nur zu suchen; in immer wieder neue Realisierungen der Gleichheit sich verliebend, ist er dazu bestimmt, ein ewig ruheloser Don Juan der Gerechtigkeit zu sein.

Leitsätze des Berichterstatters über:

Der Gleichheitssatz

I. Zielrichtungen des Gleichheitsanspruchs

Mit dem Anspruch auf Gleichheit wird verschiedenes erstrebt: gleiche Teilhabe an der Staatsgewalt, rechtliche Gleichbehandlung durch die Staatsgewalt, Angleichung der realen Lebensbedingungen und, mit all dem verbunden, gleiche Freiheit:

1. Gleiche Teilhabe an der Staatsgewalt

Das demokratische Prinzip staatsbürgerlicher Gleichberechtigung gewann seine neuzeitliche Gestalt in der Lehre vom Herrschaftsvertrag, d.h. von der Konsensgrundlage staatlicher Herrschaft, und fand eine ethische Rechtfertigung in der Vorstellung Kants, daß jeder eine dem anderen gleichzuachtende moralische Instanz sei.

2. Rechtliche Gleichbehandlung durch die Staatsgewalt

Der Anspruch auf rechtliche Gleichbehandlung durch die Staatsgewalt wird formal schon durch die Gesetzesförmigkeit staatlichen Handelns verwirklicht. Darüber hinaus ist ihm jedoch ein Auftrag zu materieller Gerechtigkeit zu entnehmen, der sich an Gesetzgeber, Gerichte und Verwaltung richtet, auch dort, wo diese öffentliche Aufgaben mit privatrechtlichen Mitteln erfüllen.

Gegenüber Privaten entfaltet der Anspruch auf rechtliche Gleichbehandlung zwar grundsätzlich dort keine unmittelbare Wirkung, wo die Einzelnen ihre gegenseitigen Rechtsbeziehungen in Privatautonomie gestalten; doch läßt sich auch am Gleichheitssatz beobachten, daß das Pflichtengefüge der Grundrechte in private Bereiche hineinwächst und so z.B. im Arbeitsrecht die Privatautonomie begrenzt.

3. Angleichung der realen Lebensbedingungen

Die Forderung nach einer égalité de fait wurde schon mit dem Ruf nach fraternité erhoben. Sie scheiterte zunächst im 19. Jahrhundert, teils an der konservativen Gegenströmung, teils auch an dem Wunsch, in Reaktion auf den Polizei- und Wohlfahrtsstaat nunmehr „die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen“ und so eng wie möglich zu ziehen – bis sie sich dann unter dem Namen der Sozialstaatlichkeit erneut erhob.

Mehrheitsherrschaft tendiert aber auch als faktisches Wirkungsschema zu einer Angleichung der realen Lebensbedingungen.

4. Gleiche Freiheit

Einen Freiheitsbezug hat nicht nur die Forderung nach gleichen Freiheiten, sondern auch jene nach Angleichung der realen Lebensbedingungen und -chancen.

In der pluralistischen Gesellschaft läuft die Aufgabe, reale Freiheit und Gleichheit zu sichern, insbesondere darauf hinaus, womöglich institutionell zu gewährleisten, daß die in der Gemeinschaft vorhandenen Interessen und Meinungen so zur Geltung kommen, wie es der Zahl der Interessenten und dem Gewicht ihrer Interessen angemessen ist, ohne hierdurch die Chancen und Antriebe eines freien Wettbewerbs zu zerstören.

5. Fragen des Maßes

Freiheit und Gleichheit sind nicht nur in vielfältigen Beziehungen aufeinander angewiesen, sondern stehen auch in antagonistischer Spannung zueinander; so wird die Freiheit durch ein Übermaß administrativer Vorsorge für die Gleichheit zerstört. Zur Dialektik des Gleichheitssatzes selbst gehört es, mit der Achtung gleicher Menschenwürde jedem auch die Freiheit zu gewähren, anders zu sein als andere.

*Letztlich ist es die Frage der Gerechtigkeit, die mit der Diskussion um „Freiheit“ und „Gleichheit“ unter verschiedenen Aspekten gestellt und begrifflich angegangen wird: Unter dem einen Gesichtspunkt erscheint sie als Aufgabe, die Freiheit des einen gegen die Freiheiten der anderen vernünftig abzugrenzen, unter dem anderen Aspekt als Aufgabe, das richtige Maß der Gleichheit zu finden, also als Aufgabe der *justitia distributiva*. Diese Aufgabe ist prinzipiell nicht schematisch ein für allemal lösbar, sondern im Wandel der historischen Situation fortwährend neu aufzugeben.*

II. Fragen gerechter Gleichbehandlung

1. Gleichheitssatz und Lebenswirklichkeit

Gleichbehandlung ist immer „Abstraktion von gegebener Ungleichheit unter einem bestimmten Gesichtspunkte (Radbruch). Damit tritt sie in eine Spannung zur Lebenswirklichkeit: Mit der generellen Fassung von Gesetzen ist wegen der Vielgestaltigkeit des Lebens unvermeidlich auch eine Gleichbehandlung von Ungleichem verbunden. Andererseits führt der Schematismus des Rechts zu einer unterschiedlichen Behandlung von sachlich nah Beieinanderliegendem.

Doch ist im Gleichheitssatz die Dialektik angelegt, nicht nur zu generalisieren, sondern dort, wo wesentliche Ungleichheiten bestehen,

zu sachbezogenen normativen Unterscheidungen zu führen und damit die Normen der Lebenswirklichkeit anzupassen.

2. Kriterien der Gleichbehandlung

a) Der Gleichheitssatz erfüllt hierbei seine Gerechtigkeitsfunktion nicht als inhaltlich vorgegebenes Richtmaß, sondern nur als ein „Schlüsselbegriff“, der dazu dient, Gerechtigkeitsfragen in spezifischer Weise zu erschließen: Rechtlich zu vergleichen heißt, Gemeinsamkeiten und Unterschiede herauszustellen und zu prüfen, von welchen Merkmalen die erwogene Rechtsfolge abhängen sollte. Auf diese Weise erhält die Gerechtigkeitsfrage einen spezifischen begrifflichen Zugschnitt, ohne damit aber schon gelöst zu sein.

Die Antwort darauf, an welche Merkmale eine Ungleichbehandlung unter dem Aspekt einer bestimmten Norm zu knüpfen sei, hängt dann von zusätzlichen Kriterien ab: Die Ungleichbehandlung muß einem legitimen Regelungszweck dienen; sie muß hierbei den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und des Übermaßverbotes genügen, insbesondere ein geeignetes und erforderliches Mittel sein, um den Normzweck zu erreichen. Die Legitimität des Regelungszweckes bemißt sich nach den Gerechtigkeitsprinzipien, die den zu ordnenden Lebensbereich beherrschen. An welche Merkmalsunterschiede eine Regelung in geeigneter und auch sonst verhältnismäßiger Weise anknüpfen kann, um den Regelungszweck zu erreichen, richtet sich nach den Sachgesetzmäßigkeiten dieses Lebensbereiches.

b) Gerechtigkeitsfragen, die in solcher Weise durch vergleichende Erwägungen strukturiert wurden, sind auf demokratischer Legitimationsbasis, d.h. in einem freien Wettbewerb der Überzeugungen zu lösen, an dem sich alle beteiligen dürfen und dessen Ergebnisse für die Mehrheit akzeptabel sind.

In der repräsentativen Demokratie werden diese Konkretisierungen des Gleichheitssatzes durch die Institutionen und in den Verfahren der Gesetzgebung und der Rechtsprechung verbindlich ausgeformt und vielfach auch schon angebahnt.

Verletzungen des Gleichheitssatzes können nur aus schwerwiegenden Gründen, denen breiteste Akzeptanz sicher ist, eine richterliche Verwerfung oder Korrektur von Gesetzen rechtfertigen. Der Gesetzgeber selbst ist durch diesen judicial self-restraint aber nicht aus der Pflicht entlassen, auch innerhalb des ihm verbleibenden Spielraums das jeweils erreichbare Maß an Gleichbehandlung und sachangemessenen Differenzierungen anzustreben.

3. Die Konkretisierung des Gleichheitssatzes durch den rechtlichen Kontext

Die in der gesamten Rechtsordnung zum Ausdruck gekommenen Gerechtigkeitsgedanken spiegeln im großen und ganzen die Rechtskul-

tur eines Volkes und damit die für die Mehrheit konsensfähigen Gerechtigkeitseinstellungen wider. Sie können durch systematische Auslegung der Verfassung hervorgeholt und durch systemgerechte Gesetzgebung und Rechtsfortbildung weitergedacht werden.

a) Soweit der Gleichheitssatz nicht schon durch spezifische Gleichheitsgarantien eine verfassungsrechtliche Ausgestaltung erfahren hat, sind Anhaltspunkte für eine Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes auch aus dem sonstigen Kontext der Verfassung, also durch systematische Auslegung, zu gewinnen.

b) Als Ausdruck der Rechtskultur gibt auch der Kontext des einfachen Rechts Orientierungen für die Konkretisierung des Gleichheitssatzes. In dem man neue Regelungen systemgerecht, also logisch und teleologisch widerspruchsfrei, der bestehenden Rechtsordnung einfügt, gewinnen die in ihnen gefundenen Lösungen von Gleichheitsproblemen Rückhalt im bestehenden Recht.

Dieses Prinzip systemgerechter Gleichbehandlung ist auch „die Seele der juristischen Hermeneutik“.

4. Die Dynamik des Gleichheitssatzes

Gesetzgeber und Rechtsanwender denken nicht nur am Leitfaden des Gleichheitssatzes die im überkommenen Recht niedergelegten Gerechtigkeitseinstellungen nach, sondern finden sich durch die Unvollständigkeit der vorliegenden Lösungen und deren Reformbedürftigkeit fortwährend herausgefordert, an der Konkretisierung des Gleichheitssatzes zu wirken und damit die lebendige Rechtskultur der Rechtsgemeinschaft weiterzubilden.

Der Gleichheitssatz

2. Bericht von Prof. Dr. *Georg Müller*, Zürich

Inhalt

	Seite
I. Einleitung	38
II. Zur Struktur des Gleichheitssatzes	39
III. Die Stellung des Gleichheitssatzes im Verfassungsgefüge	42
1. Gleichheit und Gerechtigkeit	42
2. Gleichheitssatz und Willkürverbot	43
3. Die Gewinnung von Maßstäben für die Inhaltsbestimmung aus der Verfassung	45
IV. Die Konkretisierung des Gleichheitssatzes durch die Gesetzgebung . .	46
1. Spezielle Differenzierungsverbote und -gebote	46
2. Ableitung von Kriterien aus dem Zusammenhang mit anderen Grundrechten	47
3. Die Bedeutung von Kompetenz- und Aufgabennormen der Verfassung	48
4. Das Verhältnis von Gleichbehandlung und Regelungsziel	49
V. Gleichheitssatz und Egalisierungsgebot	52
1. Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen der Herstellung faktischer Gleichheit	52
2. Quotenregelungen als Mittel der Egalisierung	55
3. Freiheit und Gleichheit im „Staat des Maßes“	59

I. Einleitung

„Den Gleichheitssatz“ gibt es nicht. Jede Verfassungsordnung hat ihren Gleichheitssatz aufgrund ihrer besonderen Entwicklung geformt; er wird durch die politische, soziale und rechtliche *Ambiance* eines bestimmten Staates geprägt¹. So wirken in der Schweiz die historischen Wurzeln in der politischen Gleichberechtigung besonders stark nach², in den USA³ und in Deutschland⁴ die Erfahrungen mit der Rassendiskriminierung. Das Alter und die Lückenhaftigkeit der schweizerischen Bundesverfassung haben dazu geführt, daß das Bundesgericht in einer reichen, schöpferischen Praxis eine Vielzahl von Prinzipien, Ansprüchen und Garantien aus dem in Art. 4 BV statuierten Gleichheitssatz abgeleitet hat, die zum Teil kaum etwas mit dem Gebot der Gleichbehandlung zu tun haben, namentlich das Willkürverbot, das Vertrauensschutzprinzip, das Publikationsgebot und das Rückwirkungsverbot von Erlassen, Grundsätze der Abgabenerhebung und mehrere Verfahrensgarantien (Verbot der Rechtsverweigerung und -verzögerung sowie des überspitzten Formalismus, Anspruch auf rechtliches Gehör, auf Vertretung und Verbeiständung, auf richtige Zusammensetzung der entscheidenden Verwaltungsbehörden, auf unentgeltliche Rechtspflege usw.)⁵. Der Gleichheitssatz ist aber im Grunde nicht mehr als ein prozessualer „Aufhänger“ dieser Rechte für die Geltendmachung beim Bundesgericht. Das Rechtsgleichheitsgebot kann ihnen kaum Inhalt geben oder sie begrenzen. Es ist vom Bundesgericht bloß zu ihrem „Sitz“ gemacht worden, weil sie ebenfalls einen besonders engen Gerechtigkeitsbezug aufweisen. Modernere Verfassungen, welche diese Ansprüche ausdrücklich gewährleisten oder geeignetere Grundlagen

* Meiner Assistentin, Frau Rechtsanwältin lic. iur. Anita Thanei, danke ich für ihre Mitarbeit.

¹ Vgl. Günter Dürig in Maunz-Dürig, Komm. z. GG, Art. 3 Abs. 1 Rdnr. 2; Peter Häberle, Diskussionsbeitrag, in: Christoph Link (Hrsg.), Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat, 1982, S. 85f.; Hans Peter Ipsen, Gleichheit, in: Die Grundrechte, 2. Band, 1968, S. 113; teilweise abweichend Werner Böckenförde, Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters, 1957, S. 28ff.; Konrad Hesse, Der Gleichheitssatz in der neueren deutschen Verfassungsentwicklung, in: AöR 1984, S. 198; Gerhard Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz, 2. A., 1959, S. 254; allgemein zu Recht und *Ambiance* Dietrich Schindler (sen.), Verfassungsrecht und soziale Struktur, 4. A., 1967, S. 92ff.

² Walter Burckhardt, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung, 3. A., 1931, S. 24; Arthur Häefliger, Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich, 1985, S. 18ff.

³ Winfried Brugger, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika, 1987, S. 144ff.

⁴ Hesse (Anm. 1), S. 182.

⁵ Siehe die Übersicht bei Georg Müller in Kommentar BV, Art. 4, Rz. 48ff.

wie Rechtsweggarantien oder Rechtsstaatsklauseln enthalten, brauchen den Gleichheitssatz nicht derart zu strapazieren.

Der Gleichheitssatz ist also nur im Zusammenhang mit der jeweiligen Rechts- und Staatsordnung zu verstehen. Auch das *Völkerrecht* hat, wenn ich recht sehe, bloß *in einzelnen Sachgebieten eine gewisse Vereinheitlichung der Gleichbehandlungsgebote oder Differenzierungsverbote* zu bewirken vermocht. Selbst Art. 14 EMRK hat – jedenfalls in der Schweiz – gegenüber dem Gleichheitssatz keine selbstständige Bedeutung erlangt⁶. Man kann demnach eigentlich nur über den Gleichheitssatz des Grundgesetzes oder der österreichischen oder schweizerischen Bundesverfassung sprechen und müßte sogar die gliedstaatlichen Gewährleistungen einbeziehen. Es gibt aber doch auch *einige Grundfragen und Methoden der Konkretisierung des Gleichheitssatzes, die in vielen westlichen Verfassungsstaaten weitgehend übereinstimmen*. Mit solchen „konzeptionellen“ Problemen möchte ich mich im folgenden auseinandersetzen. Ich werde Ihnen dabei Hinweise auf die schweizerische Rechtslage und ihre Entwicklungen nicht ersparen können, was sich sachlich dadurch rechtfertigen läßt, daß im Bereich des Gleichheitssatzes die schweizerische Lehre und Rechtsprechung – vor allem über den „Klassikertext“ (*Hüberle*) von *Gerhard Leibholz*⁷ – die deutsche beeinflußt hat.

II. Zur Struktur des Gleichheitssatzes

Der Gleichheitssatz weist eine besondere Struktur auf. Er schützt nicht wie die meisten Grundrechte eine bestimmte menschliche Tätigkeit oder Eigenschaft oder eine vom Recht geformte Einrichtung. Der Gleichheitssatz stellt vielmehr eine *für alle Staatsorgane in allen Gebieten gültige Handlungsanweisung* dar. Das Gebot, nur in bestimmter – rechtsgleicher – Weise auf die Rechtsstellung des einzelnen einzuwirken

⁶ Zu den völkerrechtlichen Grundlagen *Giorgio Malinverni*, Le principe de l'égalité des sexes en droit international et en droit européen, in: *Charles-Albert Morand* (Hrsg.), L'égalité entre hommes et femmes, 1988, S. 11ff.; *Michael Sachs*, Grenzen der Diskriminierungsverbotes, 1987, S. 157ff.; *Dietrich Schindler* (jun.), Gleichberechtigung von Individuen als Problem des Völkerrechts, 1957; *Daniel Thürer*, Das Willkürverbot nach Art. 4 BV, in: ZSR 1987, II, S. 434ff.; zu Art. 14 EMRK *Haeffliger* (Anm. 2), S. 244ff.

⁷ A.a.O. (Anm. 1), S. 36, 47ff., 78f., 244f. Zur Bedeutung der schweizerischen Doktrin und Praxis vgl. ferner *Hesse* (Anm. 1), S. 177f.; *Ipsen* (Anm. 1), S. 114. Auch *Erich Kaufmann* (Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, in: VVDStRL 3 (1927), S. 10) hält die Formulierung, die das schweizerische Bundesgericht für die Entwicklung des Sinnes des Gleichheitssatzes gefunden hat, für die beste.

ken, ist *mangels Anknüpfung an einen konkreten Lebensbereich* zudem *viel formaler und gehaltsärmer* als andere Grundrechte⁸.

Diese Eigenarten des „Schutzobjektes“ (wenn man überhaupt von einem solchen sprechen kann) haben zur Folge, daß es schwerfällt, sich „Eingriffe“ in das Gebot der Gleichbehandlung vorzustellen. Der Gleichheitssatz hat zwar auch eine Art Abwehrfunktion, indem er bestimmte Modalitäten staatlichen Handelns untersagt⁹. Trotzdem lassen sich die mit dem üblichen „Schränkendenken“ verbundenen Methoden der Prüfung, ob eine Maßnahme mit einem Grundrecht vereinbar ist, m.E. nicht ohne weiteres auf den Gleichheitssatz anwenden. Der Gesetzgeber, der *generalisieren und abstrahieren muß, schränkt den Gleichheitssatz nicht ein, sondern erfüllt seine Regelungsaufgabe im Rahmen der sich daraus ergebenden Differenzierungsge- und -verbote*. Dabei gestaltet er den Gleichheitssatz näher aus, indem er Gruppen oder Klassen von Personen und Fällen bildet, die er gleich bzw. ungleich behandelt.

Noch viel weniger können *rechtsanwendende Organe* bei der Ausfüllung der ihnen durch die Gesetzgebung eröffneten Entscheidungsspielräume den Gleichheitssatz einschränken. Sie handhaben die offenen, unbestimmten Normen unter Berücksichtigung des Gleichheitssatzes, üben die ihnen übertragenen Entscheidungsbefugnisse in gleichen Fällen gleich aus und tragen so zu seiner Verwirklichung bei.

Diese besondere Struktur erfordert auch ein *besonderes Vorgehen bei der Untersuchung, ob eine Regelung vor dem Gleichheitssatz standhält*: In einem ersten Schritt muß durch entsprechende Vergleiche abgeklärt werden, welche Unterschiede in den tatsächlichen Verhältnissen vorliegen, in einem zweiten Schritt, ob die Gleich- oder Ungleichbehandlung im Hinblick auf diese Unterschiede sachlich begründet ist¹⁰. Ich ziehe diese „klassische“ Methode derjenigen von *Michael*

⁸ Vgl. *Ulrich Häfelin/Walter Haller*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 2. A., 1988, N. 1550; *Haeflinger* (Anm. 2), S. 43; *Hans Huber*, Der Sinnzusammenhang des Willkürverbots mit der Rechtsgleichheit, in: *Mélanges André Grisel*, 1983, S. 139; *Jörg Paul Müller/Stefan Müller*, Grundrechte, Besonderer Teil, 1985, S. 186; *Sachs* (Anm. 6), S. 32. Zur formalen Struktur und geringen Aussagekraft *Adalbert Podlech*, Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, 1971, S. 18, 77ff.; *Christian Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3, Rdnr. 10f.

⁹ Siehe *Michael Sachs*, Zur dogmatischen Struktur der Gleichheitsrechte als Abwehrrechte, in: *DÖV* 1984, S. 412ff., der von einem modalen Abwehrrecht spricht.

¹⁰ So schon *Leibholz* (Anm. 1), S. 45ff.; *Dürig* (Anm. 1), Rdnr. 303ff. Die beiden Schritte werden oft nicht auseinandergehalten, sondern durch die Frage verknüpft, ob die tatsächliche Verschiedenheit im betreffenden Rechtsgebiet so wesentlich sei, daß eine Ungleichbehandlung zulässig ist (vgl. etwa *Haeflinger* [Anm. 2], S. 63f., mit Hinweisen auf die schweizerische Rechtsprechung). *Paul*

*Kloepfer*¹¹ vor, der wie bei anderen Grundrechten prüfen will, ob eine den Gleichheitssatz tangierende Regelung auf gesetzlicher Grundlage beruht und verhältnismäßig ist. Ein solches Vorgehen bringt nach meinem Dafürhalten kaum Rationalitätsgewinn, im Gegenteil: Weil sich die Voraussetzungen von Grundrechtseinschränkungen nur teilweise und in modifizierter Form auf die Prüfung der Übereinstimmung staatlicher Anordnungen mit dem Gleichheitssatz übertragen lassen, ist die Gefahr von Verwirrungen, ja Fehlbeurteilungen groß. Für das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit hat *Peter Lerche*¹² überzeugend dargelegt, daß es nicht mit der vom Gleichheitssatz geforderten Sachlichkeit der Gleich- oder Ungleichbehandlung übereinstimmt, basiert es doch auf einer Abwägung von Ziel und Mittel, während der Gleichheitssatz einen Vergleich zwischen mehreren Tatbeständen hinsichtlich ihrer Gemeinsamkeiten und Unterschiede verlangt. Zudem wird das Schutzobjekt des Gleichheitssatzes, das der Gesetzgeber „einschränkt“, nach *Michael Kloepfer*¹³ dadurch umschrieben, daß eine rechtlich relevante Gleichheit bzw. Ungleichheit zweier geregelter Tatbestände vorliegt, was praktisch auf eine Prüfung nach der „klassischen“ Methode hinausläuft¹⁴. Die Kloepfersche Konstruktion von Gleichheitsschranken und Schranken-Schranken ist zwar in der Lehre mit Zurückhaltung aufgenommen worden¹⁵ und hat meines Wissens die Praxis kaum beeinflusst. Sie hat jedoch zu Recht zwei Dinge erneut ins Blickfeld gerückt: Zum einen die Bedeutung des Gesetzes für die Konkretisierung des Gleichheitssatzes und zum anderen das Erfordernis, daß zwischen dem Ziel der Gleich- oder Ungleichbehandlung und dem Kriterium der Unterscheidung eine bestimmte Beziehung bestehen muß. Darauf wird zurückzukommen sein (hinten, IV., 4.).

Kirchhof (Gleichheit vor dem Grundgesetz, in: NJW 1987, S. 2356) fordert eine vierstufige Gleichheitsprüfung, *Christoph Gusy* (Der Gleichheitsschutz des Grundgesetzes, in: JuS 1982, S. 34) eine dreistufige. Ein vielgliedriges Schema liegt nach *Karl Korinek* (Gedanken zur Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitsgrundsatz nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes, in: Festschrift Erwin Melchiar, 1983, S. 45f.) in Österreich der Prüfung einer Norm am Gleichheitssatz zugrunde.

¹¹ Gleichheit als Verfassungsfrage, 1980, S. 54ff.

¹² Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, S. 29ff.

¹³ A.a.O. (Anm. 11), S. 56.

¹⁴ Skeptisch deshalb auch *Sachs* (Anm. 6), S. 35f.

¹⁵ Siehe *Robert Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 391; *Hesse* (Anm. 1), S. 189/90, Anm. 57; *Jörg Paul Müller*, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, 1982, S. 99, Anm. 46; *Stefan Müller*, Die Bedeutung von Art. 4 BV bei der Besetzung öffentlicher Stellen, 1981, S. 124f.; *Gerhard Robbers*, Der Gleichheitssatz, in: DÖV 1988, S. 752; *Rupert Stettner*, Der Gleichheitssatz, in: BayVBl 1988, S. 548.

III. Die Stellung des Gleichheitssatzes im Verfassungsgefüge

1. Gleichheit und Gerechtigkeit

Der Gleichheitssatz ist weder ein „Super-“ noch ein subsidiäres „Auffang-Grundrecht“ oder eine „Allzweck-Waffe“. Er weist den gleichen Rang wie die anderen Verfassungsnormen auf und hat seinen eigenen, allerdings sehr weiten und querschnittartigen, „modalen“ Anwendungsbereich. Eine gewisse „Auffangfunktion“ kann man allenfalls dem Willkürverbot als Garantie einer „minimalen Gerechtigkeit“ staatlichen Handelns zuschreiben¹⁶.

Der Gleichheitssatz steht in engem Zusammenhang mit der Menschenwürde¹⁷ und mit der Gerechtigkeit. Er gewinnt daraus teilweise seinen Gehalt, darf aber nicht damit gleichgesetzt werden¹⁸. Zu Recht wird vor einer Überforderung des Gleichheitssatzes gewarnt¹⁹: Die Ableitung allzu vieler divergierender Ansprüche aus dem Rechtsgleichheitsgebot läßt seine Konturen verschwimmen und kann seine Wirkung in den zentralen Bereichen beeinträchtigen. Die Praxis des schweizerischen Bundesgerichts, das aus Art. 4 BV – wie bereits dargelegt – eine ganze Reihe von gerechtigkeits-, aber kaum gleichheitshaltigen Prinzipien und Garantien entwickelt hat, führte bisher noch nicht zu schwerwiegenden Erosionen, weil diese Ansprüche sich vom

¹⁶ Vgl. die unterschiedlichen Standpunkte bei Böckenförde (Anm. 1), S. 32; Fritz Gygi, Grundrechtskonkurrenz?, in: Mélanges Henri Zwahlen, 1977, S. 71f.; Arthur Haefliger, Der Gleichheitssatz im Verhältnis zu anderen verfassungsmäßigen Rechten . . ., in: Mélanges André Grisel, 1983, S. 85f.; Claudia Klemenz, Die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zum Gleichheitssatz und zum Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter, 1987, S. 72; Korinek (Anm. 10), S. 42; Jörg Paul Müller (Anm. 15), S. 165ff.; Theo Öhlinger, Die Grundrechte in Österreich, in: EuGRZ 1982, S. 225; Beat Rohrer, Beziehungen der Grundrechte untereinander, 1982, S. 90ff.; Hans Heinrich Rupp, Art. 3 GG als Maßstab verfassungsgerichtlicher Gesetzeskontrolle, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Band II, 1976, S. 367f.; Friedrich Schoch, Der Gleichheitssatz, in: DVBl. 1988, S. 864; Thürer (Anm. 6), S. 461ff.

¹⁷ Diese Beziehung betont besonders Dürig (Anm. 1), Rdnr. 3ff. Siehe auch Häfelin/Haller (Anm. 8), N. 1550; Philippe Andrea Mastronardi, Der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde in der Schweiz, 1978, S. 284ff.

¹⁸ Eine weitgehende Übereinstimmung zwischen Gleichheit und Gerechtigkeit nehmen z.B. Burckhardt (Anm. 2), S. 25, 29, Konrad Hesse, Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht, in: AöR 1951/52, S. 205, Kaufmann (Anm. 7), S. 10ff., Leibholz (Anm. 1), S. 53ff., und Hans Nef (Gleichheit und Gerechtigkeit, 1941, S. 69ff.) an. Wie hier Böckenförde (Anm. 1), S. 51f.; Martin Kriele, Kriterien der Gerechtigkeit, 1963, S. 90ff.; Rohrer (Anm. 16), S. 90f.; Schoch (Anm. 16), S. 877f.; Stettner (Anm. 15), S. 550f.

¹⁹ So von Haefliger (Anm. 2), S. 44, Schoch (Anm. 16), S. 878, Starck (Anm. 8), Rdnr. 14, und Stettner (Anm. 15), S. 551.

Gleichheitssatz weitgehend gelöst und zu selbständigen Rechten verfestigt haben.

2. Gleichheitssatz und Willkürverbot

Zu differenzieren ist auch zwischen dem Gleichheitssatz und dem Willkürverbot. Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem oder Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem ist selbst dann nicht immer willkürlich, wenn sie sachlich unbegründet ist. Das Willkürverbot, das seine Wurzeln im Widerstandsrecht gegen illegitime Staatsmacht hat, garantiert einen Kerngehalt einer gerechten Ordnung. Es ist nur bei qualifizierter Unrichtigkeit oder offensichtlicher Unsachlichkeit verletzt, und wird oft – ja hauptsächlich – dort angerufen, wo es nicht um Fragen der Gleichbehandlung geht²⁰.

Gleichheitssatz und Willkürverbot unterscheiden sich also hinsichtlich Anwendungsbereich, Gehalt und Reichweite²¹. Sie sind m.E. *auch bei der Gesetzgebung auseinander zu halten*. Das schweizerische Bundesgericht hat das bis vor kurzem zu wenig klar getan und einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz nicht bloß angenommen, wenn ein Erlaß zu einer Ungleichbehandlung führt, die nicht durch Unterschiede in den zu regelnden tatsächlichen Verhältnissen gerechtfertigt ist, sondern auch, wenn er sich nicht auf ernsthafte sachliche Gründe stützt oder sinn- und zwecklos ist²². Neuerdings unterscheidet das Bundesgericht ausdrücklich zwischen Erlassen, die gegen den Gleichheitssatz verstoßen, und solchen, die willkürlich sind. Es prüft die Vereinbarkeit von Erlassen mit der Rechtsgleichheit strenger als die Frage, ob das Willkürverbot mißachtet wird. Im ersten Fall habe es die Vergleichbarkeit verschiedener Fälle zu beurteilen, im zweiten die Gerechtigkeit des Gesetzes, die ein relativer Begriff sei und sich mit den politischen, sozialen und wirtschaftlichen Verhältnissen ändere²³.

Arthur Haefliger meint zwar, es komme selten vor, daß ein Erlaß keine Rechtsungleichheit schaffe, wenn er gegen das Willkürverbot ver-

²⁰ *Huber* (Anm. 8), S. 127ff., 134ff.; *Jörg Paul Müller*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, in: VVDStRL 39 (1981), S. 75ff.; *Thürer* (Anm. 6), S. 423ff., 431ff., mit zahlreichen Hinweisen. Auch *Leibholz* (Anm. 1), S. 72, bezeichnet Willkür als die „radikale, absolute Verneinung“ der Gerechtigkeit.

²¹ *André Grisel* (Traité de droit administratif, Bd. I, 1984, S. 365) und *Thürer* (Anm. 6, S. 434) ordnen das Willkürverbot deshalb nicht dem Gleichheitssatz, sondern dem ungeschriebenen Verfassungsrecht zu.

²² BGE 109 Ia 327 und dort zit. Entscheidungen. Diese Formel hat *Béatrice Weber-Dürler* (Die Rechtsgleichheit in ihrer Bedeutung für die Rechtsetzung, 1973, S. 137ff.) kritisch analysiert.

²³ BGE 110 Ia 13 E. 2b; vgl. auch BGE 111 Ia 91 E. 3a, 112 Ia 243 E. 4a, 114 Ia 2 E. 3.

stoße, und umgekehrt sei eine rechtsungleiche Behandlung durch den Gesetzgeber regelmäßig mit Willkür verbunden²⁴. Versteht man das Willkürverbot aber nicht als bloßes Sachlichkeitserfordernis, sondern als Verbot qualifizierter Unrichtigkeit, so spielt die Differenzierung eben doch eine entscheidende Rolle. Die Diskussion über die Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts, das die Ungleichbehandlung „kurzum“ mit dem Willkürverbot gleichgesetzt hat, bestätigt das²⁵. Der Kontrollmaßstab ist wesentlich gröber, wenn nur offensichtlich unsachliche Gründe für eine gesetzliche Differenzierung zu einer richterlichen Korrektur führen. Man kann diesen Rückzug auf das Willkürverbot mit der Aufgabenteilung zwischen Legislative und Justiz, mit dem Gebot richterlicher Zurückhaltung bei der Beurteilung von gesetzgeberischen Werturteilen rechtfertigen, wie es offenbar der 2. Senat – der Lehre von *Gerhard Leibholz*²⁶ folgend – noch immer tut²⁷.

Nach meinem Dafürhalten ist es jedoch *dogmatisch richtiger und im Ergebnis befriedigender, funktionell- und materiell-rechtliche Überlegungen nicht zu vermischen, d.h. zwischen dem Maßstab und der Intensität der richterlichen Kontrolle zu unterscheiden*²⁸. Dem Gesetzgeber verbleibt, wie das schweizerische Bundesgericht betont²⁹, auch dann, wenn seine Normierungen nicht nur auf willkürliche Ungleichbehandlung geprüft werden, ein weiter Spielraum beim Entscheid darüber, ob für eine rechtliche Unterscheidung ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen ersichtlich ist. Die Rechtsprechung des 1. Senats des Bundesverfassungsgerichts, der zwischen Gruppen von Normadressaten vergleicht und untersucht, ob Unterschiede von sol-

²⁴ A.a.O. (Anm. 2), S. 62.

²⁵ Vgl. *Alexy* (Anm. 15), S. 364ff.; *Dürig* (Anm. 1), Rdnr. 303ff.; *Hesse* (Anm. 1), S. 186ff.; *Ipsen* (Anm. 1), S. 152ff.; *Reinold Maass*, Die neuere Rechtsprechung des BVerG zum allgemeinen Gleichheitssatz – Ein Neuansatz?, in: NVwZ 1988, S. 14ff.; *Robbers* (Anm. 15), S. 751f.; *Rupp* (Anm. 16), S. 371ff.; *Schoch* (Anm. 16), S. 875ff.; *Heinrich Scholler*, Die Interpretation des Gleichheitssatzes als Willkürverbot oder als Gebot der Chancengleichheit, 1969, S. 33ff.; *Stettner* (Anm. 15), S. 549ff.; *Rudolf Wendt*, Der Gleichheitssatz, in: NVwZ 1988, S. 778ff.; *Hans F. Zacher*, Soziale Gleichheit, in: AöR 1968, S. 344ff.; siehe auch die Diskussionsbeiträge von *Konrad Hesse*, *Willi Geiger*, *Gerhard Leibholz* und *Hermann Heussner*, in: Link (Anm. 1), S. 76f.; 100ff., 105ff., 107f.

²⁶ A.a.O. (Anm. 1), S. 72ff., 245ff.

²⁷ BVerfGE 76, 256 (329f.), 75, 108 (157). Weitere Hinweise bei *Schoch* (Anm. 16), S. 876, Anm. 208.

²⁸ Siehe dazu *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 16. A., 1988, N. 439; *Robbers* (Anm. 15), S. 755.

²⁹ BGE 114 Ia 3, 112 Ia 244, 110 Ia 14. Vgl. auch *Peter Hänni*, Grenzen richterlicher Möglichkeiten bei der Durchsetzung von Gleichheitsansprüchen gemäß Art. 4 BV, in: ZSR 1988, I, S. 591ff.

cher Art und solchem Gewicht bestehen, daß sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen können, dabei aber auf den „Kurzschluß“ zwischen Gleichheitssatz und Willkürverbot verzichtet³⁰, scheint mir deshalb überzeugender. (Was der „3. Senat“ als Hüter des „wahren Verfassungsrechts“ dazu meint, konnte ich den Beiträgen in der Gedächtnisschrift für *F.G. Nagelmann* nicht klar entnehmen).

3. Die Gewinnung von Maßstäben für die Inhaltsbestimmung aus der Verfassung

Der Gleichheitssatz als relativ inhaltsarme Handlungsanweisung ist in ganz besonderem Maße auf Konkretisierungen angewiesen, die nach dem neuerdings von *Christian Starck*³¹ prägnant dargestellten Konzept in erster Linie in der *Verfassung selbst* gesucht werden müssen: Spezielle Differenzierungsverbote und -gebote, innenpolitische Neutralitäts- und konfessionelle Paritätsgebote schränken den Anwendungsbereich des allgemeinen Gleichheitssatzes ein oder präzisieren ihn; aus dem Zusammenhang des Gleichheitssatzes mit dem Demokratie-, dem Bundesstaats- oder dem Sozialstaatsprinzip sowie aus den Beziehungen zu anderen Grundrechten und zu Kompetenznormen oder Aufgabenbestimmungen der Verfassung ergeben sich Kriterien für die Rechtfertigung von Gleich- oder Ungleichbehandlungen. Wenn gesagt wird, für die Beurteilung, in welcher Hinsicht gleiche bzw. ungleiche Behandlung geboten sei, müsse auf die anerkannten Grundsätze der Rechts- und Staatsordnung oder die herrschenden Auffassungen über die Gerechtigkeit abgestellt werden³², so sind damit primär *die in der Verfassung zum Ausdruck kommenden Prinzipien und Wertungen* gemeint. *In ihrem Rahmen hat dann die Gesetzgebung weitere Konkretisierungen vorzunehmen*, doch darf das Gleichheitsgebot nicht auf einen blo-

³⁰ Erstmals BVerfGE 55, 72 (88); seither ständige Rechtsprechung; siehe die Nachweise bei *Schoch* (Anm. 16), S. 876, Anm. 203. Auch der österreichische Verfassungsgerichtshof hat seine frühere Rechtsprechung weitgehend aufgegeben, wonach nur der Exzeß des Gesetzgebers, die offensichtliche Unsachlichkeit zur Gleichheitsverletzung führe, und prüft, ob differenzierende gesetzliche Regelungen sachlich gerechtfertigt sind; vgl. *Klemenz* (Anm. 16), S. 75ff.; *Korinek* (Anm. 10), S. 52ff.

³¹ A.a.O. (Anm. 8), Rdnr. 12ff. Ähnliche Konzepte liegen den Werken von *Dürig* (Anm. 1), Rdnr. 28ff., *Martin Heckel*, Die religionsrechtliche Parität, in: Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1. Band, 1974, S. 477ff., und *Ipsen* (Anm. 1), S. 162ff. zugrunde. Siehe auch schon *Hans Nawiasky*, Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, in: VVDStRL 3 (1927), S. 30ff.

³² Vgl. BGE 106 Ib 189 E. 4c, 112 Ia 244 E. 4a; *Walter Antonioli*, Gleichheit vor dem Gesetz, ÖJZ 1956, S. 647; *Haefliger* (Anm. 2), S. 56ff.; *Weber-Dürler* (Anm. 22), S. 102ff.

ßen Nachvollzug der Rechtsordnung unterhalb der Verfassungstufe reduziert werden³³. Der Gleichheitssatz „lebt“ also sozusagen vom Zusammenspiel mit anderen Verfassungsnormen. Ich habe den Eindruck, daß das Potential der Verfassung zur inhaltlichen Anreicherung des Gleichheitssatzes noch nicht ausgeschöpft ist. Das möchte ich im folgenden begründen.

IV. Die Konkretisierung des Gleichheitssatzes durch die Gesetzgebung

Wie geht der Gesetzgeber vor, wenn er den Gleichheitssatz näher ausgestaltet? Nach welchen Maßstäben muß er sich bei der generalisierenden und abstrahierenden Umschreibung von Tatbeständen richten, die notwendigerweise gewisse tatsächliche Gleich- und Ungleichheiten vernachlässigt?

1. Spezielle Differenzierungsverbote und -gebote

Zuerst ist zu prüfen, ob ein besonderes verfassungsrechtliches Differenzierungsgebot oder -verbot zur Anwendung kommt, das Gleich- bzw. Ungleichbehandlungen nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen erlaubt³⁴. So verpflichtet etwa die *Wahlrechtsgleichheit* zur Beachtung der Zählwertgleichheit, der Stimmkraftgleichheit und bei Verhältniswahlen der Erfolgswertgleichheit. Abweichungen von diesen Grundsätzen sind bloß in engen Grenzen zur Erreichung bestimmter Ziele gestattet³⁵. Das Verbot der Differenzierung nach dem *Geschlecht* (Art. 4 Abs. 2 BV) läßt Ausnahmen einzig dann zu, wenn sie auf biologischen Ursachen beruhen, die das zu ordnende Lebensverhältnis derart prägen, daß eine Gleichbehandlung geradezu ausgeschlossen ist³⁶. Umstritten ist, ob auch sog. funktionale Unterschiede – der Begriff

³³ So treffend Müller/Müller (Anm. 8), S. 189.

³⁴ Statt vieler Sachs (Anm. 6), insbesondere S. 221ff.

³⁵ Vgl. dazu neuestens und eingehend Tomas Poledna, Wahlrechtsgrundsätze und kantonale Parlamentswahlen, 1988, S. 21ff., 50ff.; ferner Hans Herbert von Arnim, Der strenge und der formale Gleichheitssatz, in: DÖV 1984, S. 85ff.; Jochen Abr. Frowein, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Wahlrecht, in: AöR 1974, S. 80ff. Sehr streng bezüglich der Pflicht des Staates, die Chancengleichheit des Stimmbürgers bei der Teilnahme an Wahlen zu respektieren, auch BGE 113 Ia 291ff., 296ff.

³⁶ BGE 108 Ia 29 E. 5a; BGE vom 10. Juli 1986, in: ZBl 1987, S. 170 E. 4a; Haefliger (Anm. 2), S. 81f.; Hans Huber, Gleiche Rechte für Mann und Frau, in: ZBJV 1982, S. 173ff.; Beatrice Weber-Dürler, Auf dem Weg zur Gleichberechtigung von Mann und Frau – Erste Erfahrungen mit Art. 4 Abs. 2 BV, in: ZSR 1985, I, S. 8ff.

scheint der deutschen Rechtsprechung entliehen zu sein, ist aber deswegen nicht klarer – als Begründung für geschlechtsspezifische Regelungen ausreichen, ist es doch das erklärte Ziel des Geschlechtergleichheitsartikels, die Festschreibung der herkömmlichen Rollenverteilung zwischen den Geschlechtern zu verhindern³⁷. Das Bundesgericht hat diesbezüglich entschieden, die Begrenzung der Feuerwehrdienstpflicht und damit der entsprechenden Ersatzabgabepflicht auf Männer sei zumindest dann nicht zwingend durch biologische oder funktionale Gründe geboten, wenn die Möglichkeit bestehe, die Dienstpflichtigen auch zu anderen als zu körperlich sehr anstrengenden oder gesundheitlich besonders risikoreichen Einsätzen heranzuziehen³⁸.

2. *Ableitung von Kriterien aus dem Zusammenhang mit anderen Grundrechten*

Ist kein besonderes Differenzierungsgebot oder -verbot anwendbar, so ergeben sich Kriterien für die Konkretisierung oft aus dem Zusammenhang des Gleichheitssatzes mit anderen Grundrechten³⁹. Das Bundesgericht leitet z.B. aus dem Rechtsgleichheitsgebot in Verbindung mit der Meinungsäusserungsfreiheit ab, Erlasse über die amtliche Information der Öffentlichkeit dürften die kantonale Presse nicht privilegieren gegenüber außerkantonalen Zeitungen, die regelmäßig über kantonale Angelegenheiten berichten⁴⁰. Bei der Beurteilung einer Strafanstaltsordnung, die nur die Durchführung von evangelisch-reformierten und katholischen Gottesdiensten für die Insassen gestattete, zog das Bundesgericht die Kultusfreiheit und den Gleichheitssatz heran, um festzustellen, daß zwischen Landeskirchen und anderen Glaubensgemeinschaften hinsichtlich des Kultus kein Unterschied besteht, der eine Ungleichbehandlung rechtfertigt⁴¹. Aus der Verfassung lassen sich also bei Grundrechtseinschränkungen zusätzliche Maßstäbe für die Differenzierung gewinnen. Die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers ist

³⁷ Vgl. *Georg Müller* (Anm. 5), Rz. 137, mit Hinweisen. Siehe ferner *Charles-Albert Morand*, L'érosion jurisprudentielle du droit fondamental à l'égalité entre hommes et femmes, in: *Morand* (Anm. 6), S. 79f., der sich deutlich gegen eine Berücksichtigung funktionaler Unterschiede ausspricht.

³⁸ Urteil vom 10. Oktober 1986, in: ZBl 1987, S. 306ff., 311ff. Ebenso Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 31. Mai 1988, in: ZBl 1988, S. 495ff., 498ff.

³⁹ Siehe dazu *Dürig* (Anm. 1), Rdnr. 28ff.; *Starck* (Anm. 8), Rdnr. 17, 42ff.

⁴⁰ BGE 104 Ia 99 E. 9, 107 Ia 311 E. 5. Siehe auch BGE 104 Ia 377ff. betreffend Gleichbehandlung verschiedener Arten von Massenmedien bei der Zustellung von behördlichen Unterlagen.

⁴¹ BGE 113 Ia 304ff., 307.

deshalb größer, wenn er nicht in Grundrechte eingreift, sondern das Erbringen von staatlichen Leistungen regelt⁴².

3. Die Bedeutung von Kompetenz- oder Aufgabennormen der Verfassung

Auch Kompetenz- oder Aufgabennormen der Verfassung können für die Bildung von gleich oder ungleich zu behandelnden Personen- oder Fallgruppen relevant werden. Das sei an einigen Beispielen erläutert:

– Die in Art. 22 quater Abs. 1 BV umschriebene Aufgabe, eine der zweckmäßigen Nutzung des Bodens und der geordneten Besiedlung des Landes dienende Raumplanung durchzuführen, zwingt zu Grenzziehungen zwischen verschiedenen Arten der Bodennutzung, die notwendigerweise zur Folge haben, daß Grundstücke von ähnlicher Lage und Beschaffenheit ungleich behandelt werden⁴³.

– Nach Art. 34 sexies BV trifft der Bund u.a. Maßnahmen zur Förderung, besonders auch zur Verbilligung des Erwerbs von Wohnungs- und Hauseigentum. Um das Ziel der breiten Streuung des Wohnungseigentums zu erreichen, müssen Wohnungseigentümer und Mieter unterschiedlich behandelt werden, z.B. bei der Subventionierung der Wohnungskosten oder bei der Besteuerung durch entsprechende Entlastungen der Wohnungseigentümer. In Frage käme vor allem eine Begünstigung der Wohnungseigentümer dadurch, daß sie den Mietwert der von ihnen selbst genutzten Wohnungen (Eigenmietwert) nicht als Einkommen versteuern müßten. Das Abgaberecht hat jedoch mit den Prinzipien der Allgemeinheit und der Gleichmäßigkeit der Besteuerung und der Belastung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit spezifische Konkretisierungen des Gleichheitssatzes entwickelt⁴⁴. Es ist deshalb Ungleichbehandlungen gegenüber, mit denen ein Lenkungseffekt erzielt werden soll, viel „resistenter“ als das Subventionsrecht⁴⁵. Das Bundesgericht hat denn auch bisher eine vollständige und undifferen-

⁴² Dürig (Anm. 1), Rdnr. 466; Starck (Anm. 8), Rdnr. 43; kritisch Rupp (Anm. 16), S. 372f.

⁴³ BGE 107 Ib 339 E. 4a; Grisel (Anm. 21), S. 361; Haefliger (Anm. 2), S. 69; Martin Lendi, Planungsrecht und Eigentum, in: ZSR 1976, II, S. 77f.

⁴⁴ Siehe den Überblick bei Georg Müller (Anm. 5), Rz. 79f. Zur Rechtslage in Deutschland neuestens Hans-Wolfgang Arndt, Gleichheit im Steuerrecht, in: NVwZ 1988, S. 789ff.

⁴⁵ Vgl. dazu Markus Reich, Das Leistungsfähigkeitsprinzip im Einkommenssteuerrecht, ASA 1984/85, S. 23: Es sei abzuwägen, ob das Interesse an der Durchsetzung der steuerlichen Lenkungsmaßnahme den Einbruch in den das Steuersystem tragenden Gedanken der Leistungsfähigkeit zu rechtfertigen vermöge.

zierte Abschaffung der Besteuerung des Eigenmietwertes als verfassungswidrige Ungleichbehandlung von Wohnungseigentümern und Mietern bezeichnet⁴⁶. Zulässig ist nur eine Privilegierung der Wohnungseigentümer dadurch, daß der Eigenmietwert nicht zum vollen Verkehrswert erfaßt wird⁴⁷. In Deutschland, Österreich und weiteren Ländern verzichtet der Gesetzgeber dagegen auf die Besteuerung des Eigenmietwertes – ein Beispiel für die Beeinflussung des Gleichheitssatzes durch die (nationale) *Ambiance*!

– Das Ziel des Familienschutzartikels der BV (Art. 34 quinquies) läßt sich wiederum nur durch eine gewisse Privilegierung der Familie gegenüber anderen Formen von Lebensgemeinschaften erreichen, was sich beispielsweise auf die Ausgestaltung des Steuerrechts auswirkt⁴⁸.

– Eine Vielzahl weiterer Verfassungsnormen, z.B. der Umweltschutzartikel (Art. 24 septies BV), der Filmartikel (Art. 27 ter BV) oder die Grundsatzbestimmung über die Wirtschaftspolitik des Bundes (Art. 31 bis BV) erteilen dem Gesetzgeber Aufträge, die er ohne die Bildung bestimmter gleich oder ungleich zu behandelnder Gruppen nicht oder weniger gut erfüllen kann.

4. Das Verhältnis von Gleichbehandlung und Regelungsziel

Die Auswahl der geregelten Sachverhalte und der Normadressaten richtet sich also nach dem Regelungsziel, welches entweder die Verfassung festlegt oder vom Gesetzgeber – im Rahmen seiner verfassungsmäßigen Befugnisse – bestimmt wird⁴⁹. Aber nicht alle Differenzierungskriterien, die der Erreichung des Gesetzeszweckes dienen, halten vor dem Gleichheitssatz stand. Vielmehr hat *der Gesetzgeber abzuwä-*

⁴⁶ BGE 112 Ia 240ff.

⁴⁷ Nicht publiziertes Urteil vom 20. November 1987 (Association cantonale vaudoise des locataires), E. 3d.

⁴⁸ Vgl. dazu BGE 110 Ia 20, 24 E. 5 (allerdings primär das Verhältnis von Gleichheitssatz und Recht auf Ehe betreffend).

⁴⁹ Zur Bedeutung des Regelungs- bzw. des Differenzierungsziels für die Bestimmung des Differenzierungskriteriums *Böckenförde* (Anm. 1), S. 72f.; *Hans-Ullrich Gallwas*, Grundrechte, 1985, S. 39ff.; *Manfred Gubelt*, Rdnr. 13ff. zu Art. 3, in: von Münch, GGK, Bd. 1, 3. A., 1985; *Gusy* (Anm. 10), S. 34; *ders.*, Der Gleichheitssatz, in: NJW 1988, S. 2507; *Kirchhof* (Anm. 10), S. 2356; *Kloepfer* (Anm. 11), S. 34f.; *Podlech* (Anm. 8), S. 109ff.; *Schoch* (Anm. 16), S. 874; *Ekkehart Stein*, Staatsrecht, 10. A., 1986, S. 245ff.; *Stettner* (Anm. 15), S. 547f.; *Wendt* (Anm. 25), S. 782ff. Siehe auch BGE 114 Ia 4 E. 8, wonach eine Bestimmung, die einzig Asylbewerbern den Anspruch auf Kinderzulagen für ihre im Ausland wohnenden Kinder versagt, eine Unterscheidung trifft, die im Blick auf das Ziel der Zulagenordnung nicht gerechtfertigt ist. Nach *Brugger* (Anm. 3), S. 207, liegt der amerikanischen Rechtsprechung ein relationales Gleichheitsverständnis zugrunde.

*gen zwischen dem Interesse an der Erreichung des Regelungsziels und dem Interesse an der Gleichbehandlung*⁵⁰, d.h. zu harmonisieren, zu optimieren, praktische Konkordanz herzustellen (*Konrad Hesse*) zwischen verschiedenen, durch die Verfassung legitimierten Wertungen⁵¹. Dabei kann es sowohl zu Abstrichen an der Eignung des Differenzierungskriteriums zur Erfüllung des Gesetzeszweckes wie auch zur Vernachlässigung von tatsächlichen Gleich- oder Ungleichheiten kommen. Der Gesetzgeber muß also u.U. auf eine Unterscheidung verzichten, die für das Erreichen des Normierungsziels wichtig wäre, weil sie eine zu starke Ungleichbehandlung zur Folge hätte, oder umgekehrt eine Differenzierung wegen ihrer Bedeutung für den Gesetzeszweck vornehmen, obwohl sie im Hinblick auf die Gleichbehandlung problematisch ist. Das Beispiel der „reduzierten“ Eigenmietwertbesteuerung zeigt, wie ein Ausgleich gefunden werden kann: Die den Erwerb von Wohneigentum fördernde Wirkung der Regelung ist geringer, aber auch die Ungleichbehandlung von Mietern und Wohnungseigentümern, die beide den Mietwert versteuern müssen, allerdings in unterschiedlicher Höhe.

Aus diesen Überlegungen folgt, daß Gesetze, welche auf die Lenkung der gesellschaftlichen oder wirtschaftlichen Entwicklung abzielen, in der Regel mehr Gleiches ungleich oder Ungleiches gleich behandeln müssen als Gesetze, die vorwiegend ordnen, Rechtssphären abgrenzen, Rechtssicherheit gewährleisten, wie z.B. im Privatrecht⁵². Die Grenzen der Gleichbehandlung zeigen sich besonders deutlich, wenn der Gesetzgeber zur Steuerung der Wirtschaft die Produktion oder den Import gewisser Güter mengenmäßig beschränkt. Es fällt schwer, sachliche Kriterien für die Zuteilung der Kontingente an die einzelnen Produzenten oder Importeure zu finden. Zudem werden oft diejenigen privilegiert, welche bereits über ein Kontingent verfügen. Solche Systeme sollten deshalb nur eingeführt werden, wenn wirklich kein anderes Mittel der Produktions- oder Güterlenkung zur Verfügung steht, und mit „Auflockerungsmechanismen“ (Ausscheidung von Kontingenten für Härtefälle, periodische Neuverteilung der Kontingente, z.B. durch Versteigerungen usw.) versehen werden.

Der Gesetzgeber kann das *Interesse an der Praktikabilität der Regelung oder an der Verwaltungsökonomie* in die Abwägung einbeziehen. Diese Gesichtspunkte sprechen für vermehrte Schematisierung und

⁵⁰ Ebenso *Wendt* (Anm. 25), S. 785; ähnlich *Stein* (Anm. 49), S. 244; *ders.*, in: *Alternativ-Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 3, Rz. 33ff.

⁵¹ Vgl. dazu *Hesse* (Anm. 28), N. 72.

⁵² Dem Gesetzgeber steht deshalb im Bereich der Wirtschaftslenkung ein besonders großer Handlungsspielraum zu; vgl. *Kloepfer* (Anm. 11), S. 34; *Starck* (Anm. 8), Rdnr. 53; kritisch wiederum *Rupp* (Anm. 16), S. 373ff.

Pauschalisierung, also für die Vernachlässigung von Unterschieden⁵³. Sie stehen im Zusammenhang mit dem Interesse an der Erreichung des Regelungsziels: Praktikable Regelungen weisen höhere Realisierungschancen auf. Indessen darf den Kriterien der Praktikabilität und der Ökonomie kein allzu hoher Stellenwert beigemessen werden. Der Gesetzgeber hat primär den Gleichheitssatz durch Harmonisierung mit anderen Verfassungsnormen und Regelungszielen zu konkretisieren, nicht der Verwaltung durch möglichst einfache, undifferenzierte Regelungen die Aufgabe des Gesetzesvollzugs zu erleichtern! Auch nach der deutschen Lehre und Rechtsprechung sind Typisierungen und Pauschalisierungen nur zulässig, wenn die dadurch verursachten Härten eine verhältnismäßig kleine Zahl von Personen betreffen und der Verstoß gegen den Gleichheitssatz nicht sehr intensiv ist⁵⁴.

Das soeben beschriebene Vorgehen des Gesetzgebers bei der Konkretisierung des Gleichheitssatzes im Zusammenhang mit Aufgaben- oder Kompetenzbestimmungen der Verfassung ähnelt einer *Verhältnismäßigkeitsprüfung*, ist aber – wie dargelegt (vorne II.) – von ihr grundsätzlich zu unterscheiden. Es scheint mir auch von denselben Grundgedanken geprägt zu sein wie die Methode der zweistufigen Prüfung, die *Beatrice Weber-Dürler*⁵⁵ entwickelt hat: Auf der ersten Stufe wird wie hier abgeklärt, ob die Abgrenzung des Normtatbestandes mit dem Normierungsziel übereinstimmt. Sind die gesetzlichen Klassierungen mit dem Erlaßzweck vereinbar, so muß in einem zweiten Schritt untersucht werden, ob dieser Zweck angesichts der Ungleichbehandlungen, die er bewirkt, der Gerechtigkeit, den herrschenden Rechtsanschauungen entspricht. Statt einer solchen Prüfung des Gesetzeszweckes am Maßstab der Gerechtigkeit schlage ich eine harmonisierende Abwägung zwischen verschiedenen Verfassungsnormen und daraus abgeleiteten Regelungszielen vor, was m.E. eine operablere, rationalere und verfassungsnähere Beurteilung erlaubt als der direkte Rekurs auf die Gerechtigkeit. Sogar die *amerikanische Rechtsprechung zur equal protection-Klausel* weist gewisse Parallelen zur von mir skizzierten Methode auf: Die gesetzgeberische Differenzierung wird im Hinblick auf die Erreichung des Regelungsziels beurteilt, und es findet auch eine Art Abwägung statt, indem gewisse „suspekte“ Unterscheidungen (z.B. aufgrund der Rasse oder der Herkunft) durch ein zwingen-

⁵³ *Beatrice Weber-Dürler*, Verwaltungsökonomie und Praktikabilität im Rechtsstaat, in: ZBl 1986, S. 193ff., 210ff.; *dies.* (Anm. 22), S. 186ff.; *Müller/Müller* (Anm. 8), S. 193f.; BGE 114 I ab, 110 Ia 14, 108 Ia 114 E. b, 106 Ia 244.

⁵⁴ Vgl. *Schoch* (Anm. 16), S. 879; *Starck* (Anm. 8), Rdnr. 18f.; *Zacher* (Anm. 25), S. 377ff.

⁵⁵ A.a.O. (Anm. 22), S. 53ff., 66ff., 100ff.

des oder doch wichtiges staatliches Interesse gerechtfertigt sein müssen⁵⁶.

Als Maßstab für die Ausgestaltung des Gleichheitssatzes durch den Gesetzgeber wird oft die *Systemgerechtigkeit* genannt⁵⁷. Soweit damit eine den Grundgedanken des Gesetzes konsequent verwirklichende Differenzierung gefordert wird, bedeutet Systemgerechtigkeit nichts anderes als die soeben erörterte Ausrichtung der Gleich- bzw. Ungleichbehandlung auf das Regelungsziel. Versteht man darunter eine gewisse Bindung des Gesetzgebers an ein einmal gewähltes System oder an übergeordnete Systeme, so frage ich mich, ob sich dieses Kriterium aus dem Gleichheitssatz herleiten läßt, oder ob es nicht eher dem *Prinzip der Rechtssicherheit oder des Vertrauensschutzes* zugeordnet werden sollte⁵⁸.

Die Verfassung enthält, wie ich gezeigt zu haben hoffe, viele Wegweiser und Leitplanken für die den Gleichheitssatz konkretisierende Gesetzgebung. Sie läßt dem Gesetzgeber aber auch Gestaltungsfreiheit, vor allem dort, wo er abwägen muß. Das bestätigt m.E. die These, daß der Verfassungsrichter sich bei der Kontrolle des Gesetzgebers nicht auf eine Willkürprüfung zu beschränken braucht, weil er über präzisere verfassungsrechtliche Maßstäbe verfügt, daß er jedoch im Bereich der Wertungen und Abwägungen Zurückhaltung zu üben hat.

V. Gleichheitssatz und Egalisierungsgebot

1. Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen der Herstellung faktischer Gleichheit

Daß der Gleichheitssatz eine politische Funktion im Sinne der Gewährleistung der gleichen Teilhabe der Bürger an der Willensbildung

⁵⁶ Dazu *Andreas Auer*, Les „mesures positives“ en faveur des femmes en droit américain, in: *Morand* (Anm. 6), S. 233ff.; *Ulrich Beyerlin*, „Umgekehrte Rasendiskriminierung“ und Gleichbehandlungsgebot in der amerikanischen Verfassungsrechtsprechung, in: *ZaöRV* 1979, S. 496ff., 522ff.; *Brugger* (Anm. 3), S. 144ff., 162ff.; *Donald P. Kommers*, Der Gleichheitssatz: Neuere Entwicklungen und Probleme im Verfassungsrecht der USA und der Bundesrepublik Deutschland, in: *Link* (Anm. 1), S. 35ff.; *Maass* (Anm. 25), S. 17f.

⁵⁷ *Christoph Degenhart*, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat, 1976; *Franz-Joseph Peine*, Systemgerechtigkeit, 1985; *Rupp* (Anm. 16), S. 379ff.; *Starck* (Anm. 8), Rdnr. 33ff.; *Zacher* (Anm. 25), S. 353ff.

⁵⁸ Vgl. dazu *Degenhart* (Anm. 57), S. 68ff.; *Peine* (Anm. 57), S. 259ff.; *Robbers* (Anm. 15), S. 755f.; *Beatrice Weber-Dürler*, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, 1983, S. 280ff. Skeptisch gegenüber den Bemühungen, Systemgerechtigkeit als Ausdruck des Gleichheitssatzes zu postulieren, auch *Gusy* (Anm. 10), S. 35; *ders.* (Anm. 49), S. 2508.

im Staat hat, ist anerkannt⁵⁹. Unbestritten ist auch, daß er rechtliche Gleichheit garantiert: In der Gesetzgebung wie bei der Rechtsanwendung sollen nur die im Hinblick auf das Regelungsziel wesentlichen tatsächlichen Unterschiede für die Entscheidungen maßgebend sein; das Recht hat mit anderen Worten bestimmte faktische Gleich- bzw. Ungleichheiten zu berücksichtigen. Ist es auch Aufgabe des Gleichheitssatzes, zum *Abbau bestehender tatsächlicher Ungleichheiten in der Gesellschaft* beizutragen? Hat er eine sozialstaatliche Funktion? Zielt er auf *Herstellung realer Gleichheit*, auf Egalisierung ab? Darüber gehen die Ansichten auseinander. Nach der einen Auffassung kann der Gleichheitssatz nicht auch faktische Gleichheit gewährleisten, weil zur Erreichung dieses Ziels die Freiheit und die rechtliche Gleichheit beschnitten werden müßten. Ein Auftrag an den Gesetzgeber, die Ungleichheit der tatsächlichen Lebensverhältnisse auszugleichen, lasse sich nur der Sozialstaatsgarantie entnehmen⁶⁰. Die Gegenmeinung sieht im Gleichheitssatz auch ein Prinzip sozialer Gleichordnung und bejaht – zumeist vorsichtig und mit Vorbehalten bezüglich der Klagbarkeit – die Möglichkeit, daraus eine Verpflichtung des Staates zur Reduktion ungleicher tatsächlicher Verhältnisse abzuleiten⁶¹. In der schweizerischen Lehre besteht wenigstens – im Gegensatz zur deutschen – Einigkeit darüber, daß die Verfassungsbestimmung über die Gleichberechtigung der Geschlechter (Art. 4 Abs. 2 BV) ein Egalisierungsgebot umfaßt, da sie ausdrücklich statuiert, das Gesetz solle für die Gleichstellung von Mann und Frau, vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit⁶².

⁵⁹ Statt vieler *Podlech* (Anm. 8), S. 168ff.

⁶⁰ *Gusy* (Anm. 10), S. 32; *Yvo Hangartner*, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Band II, 1982, S. 182ff.; *Haefliger* (Anm. 2), S. 58f.; *Kloepfer* (Anm. 11), S. 43f.; *Öhlinger* (Anm. 16), S. 232/33; *Podlech* (Anm. 8), S. 200ff.; *Schoch* (Anm. 16), S. 869; *Scholler* (Anm. 25), S. 15; *Starck* (Anm. 8), Rdnr. 3ff., 22ff.; *Stein* (Anm. 49), S. 240f.; zurückhaltend und stark differenzierend *Robbers* (Anm. 15), S. 756ff.; *Stettner* (Anm. 15), S. 551f.

⁶¹ *Alexy* (Anm. 15), S. 380ff.; *Dürig* (Anm. 1), Rdnr. 140ff. (nicht eindeutig); *Fritz Gygis*, Die schweizerische Wirtschaftsverfassung, 2. A., 1978, S. 141ff., 145ff.; *Häberle* (Anm. 1), S. 84; *Hesse* (Anm. 18), S. 180ff.; 214f.; *Ipsen* (Anm. 1), S. 173ff.; *Jörg Paul Müller*, Soziale Grundrechte in der Verfassung?, in: ZSR 1973, II, S. 880ff.; *Markus Schön*, Die Zulassung zu anstaltlich genutzten öffentlichen Einrichtungen aus verfassungsrechtlicher Sicht, 1985, S. 76ff.; *Zacher* (Anm. 25), S. 383.

⁶² *Hangartner* (Anm. 60), S. 189f.; *Roland Henninger*, Gleichberechtigung von Mann und Frau im Wandel, 1984, S. 166f.; *Claudia Kaufmann*, Die Gleichstellung von Frau und Mann in der Familie gemäß Art. 4 Abs. 2 Bundesverfassung, 1985, S. 34ff.; *Morand* (Anm. 37), S. 85ff.; *Michel Rossinelli*, Actions positives et égalité des sexes au droit suisse, in: *Morand* (Anm. 6), S. 254ff. Zum Stand der Diskussion in Deutschland *Gusy*, Gleichheitssatz (Anm. 49), S. 2508f.; *Starck* (Anm. 8), Rdnr. 209ff.

Bei einem konstitutiven Verständnis der Grundrechte, das m.E. gerade beim Gleichheitssatz angebracht ist⁶³, liegt es zwar nahe, in diesem Grundrecht auch ein Egalisierungsgebot als Element einer gerechten Ausgestaltung der staatlichen Ordnung zu sehen. Im Ergebnis scheint mir allerdings nicht so wesentlich zu sein, ob das Egalisierungsgebot als Ausfluß des Gleichheitssatzes oder des Sozialstaatsprinzips oder einer Verbindung der beiden Verfassungsnormen betrachtet wird. Denn auch bei einer Herleitung aus dem Gleichheitssatz gehört das Egalisierungsgebot grundsätzlich zur „programmatischen Schicht“ des Grundrechts im Sinne von Jörg Paul Müller⁶⁴. Es richtet sich also an den Gesetzgeber, der über die angemessenen Förderungs-, Ausgleichs- und Umverteilungsmaßnahmen abschließend zu befinden und die damit verbundene „Grundrechtspolitik“ (Peter Häberle, René A. Rhinow)⁶⁵ zu verantworten hat. Gerichtlich durchsetzbare Ansprüche ergeben sich in der Regel nicht unmittelbar aus dem Egalisierungsgebot. Es umschreibt nur das Ziel⁶⁶, überläßt aber die Wahl der Mittel, die angesichts der Auswirkungen auf Staat und Bürger von großer politischer Tragweite ist, dem Gesetzgeber als dem hierzu demokratisch legitimierten Organ. Als justiziabel gilt seit je der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege⁶⁷. Offen ist, ob es weitere Bereiche gibt, in welchen dem Richter genügend juristische Gesichtspunkte für die Umschreibung gesetzlich nicht vorgesehener Ansprüche zur Verfügung stehen, um Rechte unmittelbar aufgrund der Verfassung zuzusprechen⁶⁸. Diskutiert wird etwa ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf Gemeingebrauch öffentlicher Sachen^{68a} oder auf Ausbildungsbeihilfen⁶⁹. Daß ein grundrechtlich begründetes Egalisierungsgebot in den meisten Fällen nur Zielsetzungen oder Programme für den Gesetzgeber enthält, deren Er-

⁶³ Vgl. Heckel (Anm. 31), S. 475.

⁶⁴ A.a.O. (Anm. 61), S. 817f.; 886; ders. (Anm. 15), S. 46ff.; siehe auch David Jenny, Zur Konkretisierung des Gleichheitssatzes, in: recht 1987, S. 94f.

⁶⁵ Peter Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, in: VVDStRL 30 (1972), S. 69ff., 75; René A. Rhinow, Grundrechtstheorie, Grundrechtspolitik und Freiheitspolitik, in: Festschrift für Hans Huber, 1981, S. 427ff., 435f.

⁶⁶ Nach Hans F. Zacher (Zur Rechtsdogmatik sozialer Umverteilung, in: DÖV 1970, S. 10) fordert Gleichheit zwar Umverteilung, steuert sie aber nur schwach.

⁶⁷ Vgl. Georg Müller (Anm. 5), Rz. 123ff.

⁶⁸ Jörg Paul Müller (Anm. 61), S. 848.

^{68a} Urs Saxer, Die Grundrechte und die Benutzung öffentlicher Straßen, 1988, S. 204ff., mit Hinweisen.

⁶⁹ Vgl. dazu Markus Müller, Das Stipendienrecht des Kantons St. Gallen . . ., 1987, S. 64ff.; Herbert Plotke, Schweizerisches Schulrecht, 1979, S. 293ff.; Peter Saladin, Das Recht auf Bildung, in: ZSR 1971, I, 132ff., 141, 145f.; Schön (Anm. 61), S. 78.

füllung der Verfassungsrichter nicht überprüfen kann, ist für das schweizerische Verfassungsrecht nichts Ungewöhnliches, sind doch nach Art. 113 Abs. 3 BV Bundesgesetze ohne Rücksicht auf ihre Verfassungsmäßigkeit verbindlich.

Das Gebot zur Herstellung tatsächlicher Gleichheit wird sodann begrenzt durch die Rechtsgleichheit und andere Grundrechte, die durch eine zu weit getriebene Egalisierung übermäßig beeinträchtigt werden können. Ausgleich und Umverteilung haben immer Eingriffe in bestehende, hauptsächlich ökonomische, oft aber auch ideelle und politische Rechte zur Folge⁷⁰. Die Verfassung läßt also keine allgemeine Nivellierung sozialer Unterschiede zu. Notwendig ist vielmehr stets eine *Abwägung zwischen dem Bedürfnis nach Egalisierung und den Auswirkungen auf die Grundrechtspositionen, die zum Zwecke der Angleichung der tatsächlichen Verhältnisse beschränkt werden müssen.*

2. Quotenregelungen als Mittel der Egalisierung

Besonders schwierig zu beurteilen ist die Verfassungsmäßigkeit der *Quotenregelungen*, die heute als Mittel zur Herstellung faktischer Gleichheit zwischen Mann und Frau, Angehörigen verschiedener Rassen oder Sprachregionen usw. diskutiert und zum Teil praktiziert werden. Mit Hilfe solcher Maßnahmen soll eine im gesellschaftlichen oder politischen Bereich untervertretene Gruppe eine ihrer zahlenmäßigen Stärke entsprechende Zahl von Stellen, Plätzen oder Sitzen in bestimmten Berufen, Unternehmen, Schulen, öffentlichen Verwaltungen, Parlamenten oder anderen Organisationen erhalten. Quotenregelungen können *mit dem Gleichbehandlungsgebot, speziellen Differenzierungsverboten und weiteren Grundrechten* (z.B. mit der Wirtschafts- oder der Vertragsfreiheit) *in Konflikt geraten*. Was geht vor: Das Egalisierungs- oder das Gleichbehandlungsgebot? Läßt sich die zwangsläufig eintretende Ungleichbehandlung der nicht von Quoten Profitierenden sachlich rechtfertigen? Ist das Ziel, faktische Gleichheit zwischen gesellschaftlichen Gruppen herzustellen, so gewichtig, daß die Chancen für den Zugang zu bestimmten Positionen je nach der Gruppenzugehörigkeit unterschiedlich bemessen werden dürfen? Überwiegt z.B. auch im Arbeitsrecht das Interesse an einer derartigen Egalisierung gegenüber den Interessen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer an der Ausübung ihrer verfassungsmäßigen Rechte auf freie Wahl der Mitarbeiter bzw. des Arbeitsplatzes?

⁷⁰ Vgl. Georg Müller (Anm. 5), Rz. 4, mit Hinweisen; Zacher (Anm. 66), S. 8ff.

Das *schweizerische Bundesgericht* hatte diese Fragen in einem Fall zu beantworten, in welchem ein die Mädchen im Verhältnis zu den Knaben benachteiligendes Bewertungssystem bei den Examen für die Zulassung zur Mittelschule angewendet worden war. Die Behörden rechtfertigten dieses Vorgehen damit, daß die Mädchen den Knaben im betreffenden Alter in der physischen und psychischen Entwicklung voraus seien; bei Anwendung einer einheitlichen Bewertungsskala könne kein ausgewogenes Verhältnis von Schülerinnen und Schülern erreicht werden. Das Bundesgericht führte aus, der unterschiedliche Entwicklungsstand von Mädchen und Knaben sei kein Grund für eine Ausnahme vom strikten Gebot der Gleichbehandlung der Geschlechter. Eine solche wäre nur zulässig, wenn biologische oder funktionelle Unterschiede zwischen den Geschlechtern vorlägen, die eine Gleichbehandlung absolut ausschließen⁷¹. Fragwürdig scheint mir die apodiktische Feststellung des Gerichts, Chancengleichheit im Bereich des Schulwesens bedeute, daß jeder Schüler sich unabhängig von seiner Zugehörigkeit zum einen oder anderen Geschlecht auf sein Recht auf Gleichbehandlung berufen könne; der individuelle Charakter der Grundrechte werde verkannt, wenn der Begriff der Chancengleichheit auf der kollektiven Ebene zwischen zwei sozialen Gruppen zur Anwendung komme⁷².

Aufschlußreich ist insbesondere die *Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court* betreffend die Verfassungsmäßigkeit von Quotenregelungen zur Bevorzugung rassischer Minderheiten⁷³. Das Gericht verneinte, daß die Verfassung gebiete, im Rahmen von Maßnahmen zur Beseitigung bestehender faktischer Rassenungleichheiten „farbenblind“ zu handeln. Die „umgekehrte Rassendiskriminierung“ durch Quotenregelungen zugunsten von rassischen Minderheiten wurde als zulässig betrachtet, wenn sie zur Erreichung der faktischen Gleichheit dringend notwendig sei und wenn die dadurch verursachten Nachteile den betroffenen Angehörigen anderer Rassen zugemutet werden könnten. Der Supreme Court nahm also auch eine Abwägung zwischen dem Interesse an der Beseitigung der tatsächlichen Ungleichheit und den Auswirkungen der Quotenregelung auf die dadurch Benachteiligten

⁷¹ BGE 108 Ia 22ff.; vgl. dazu *Béatrice Pfister*, in: recht 1983, S. 68ff.

⁷² BGE 108 Ia 31; kritisch *Morand* (Anm. 37), S. 78.

⁷³ Urteil vom 28. Juni 1978 (Bakke), in: EuGRZ 1978, S. 522ff.; Urteil vom 27. Juni 1979 (Weber), in: EuGRZ 1979, S. 502ff.; Urteil vom 2. Juli 1980 (Fullilove), in: EuGRZ 1980, S. 604ff.; Urteil Wygant (1986), dargestellt bei *Brugger* (Anm. 3), S. 186f.; vgl. dazu *Auer* (Anm. 56), S. 244ff.; *Beyerlin* (Anm. 56), S. 496ff.; *Brugger* (Anm. 3), S. 182ff.; *Wolfgang Hauser*, Rassengleichheit oder Chancengleichheit?, in: EuGRZ 1978, S. 542ff.

vor. Bei der Beurteilung einer Quotenregelung für die Zulassung zur Universität wurde der individual-rechtliche Gleichbehandlungsanspruch des nicht zugelassenen weißen Bewerbers dem gruppenrechtlichen Anspruch der rassischen Minderheiten auf Beseitigung der faktischen Ungleichheit vorgezogen. Ebenso entschied das Gericht hinsichtlich der Privilegierung rassischer Minderheiten bei der Entlassung von Lehrern, welche die betroffenen weißen Lehrer so schwer benachteilige, daß ein solches Vorgehen durch das Ziel der allmählichen Erhöhung der Zahl der Lehrer aus Minderheitsgruppen nicht gerechtfertigt werden könne. Im Fall der Vergabe öffentlicher Aufträge erschienen der Mehrheit des Gerichts dagegen die Wettbewerbsnachteile für die nicht von der Quotenregelung profitierenden Unternehmen weniger gewichtig als das Interesse an den Ausgleichsmaßnahmen zugunsten der rassischen Minderheiten. Die Quotenregelung bei Einstellung und beruflicher Fortbildung von Arbeitnehmern hielt das Gericht ebenfalls für zulässig.

Die amerikanische Rechtsprechung ist offenbar stark vom Gedanken geprägt, daß die heute noch bestehenden rassischen Benachteiligungen in der Gesellschaft auch Nachwirkungen früherer staatlicher Rassendiskriminierung seien, weshalb der Staat zur Herstellung faktischer Gleichheit beitragen müsse. In der Schweiz ist die Ausgangslage anders: Hier gibt es seit jeher so viele Minderheiten, daß auf sie schon zur Wahrung des nationalen Zusammenhalts Rücksicht genommen werden muß. Auch die schweizerische Konkordanzdemokratie fördert die Beteiligung der Minderheiten am politischen Entscheidungsprozeß, namentlich durch eine entsprechende Vertretung in staatlichen Organisationen. *Das Bedürfnis nach rechtsverbindlichen, nicht bloß auf Konsens und Tradition beruhenden Quotenregelungen ist deshalb relativ gering*, dies um so mehr, als fast jeder Schweizer gleichzeitig verschiedenen Mehr- und Minderheiten angehört⁷⁴. Ein eigentliches *Quotensystem für alle Minderheiten* wäre im übrigen wohl *kaum praktikabel*.

Erwogen werden in der Schweiz wie in Deutschland vor allem *Quotenregelungen zugunsten von Frauen*⁷⁵. Obwohl der Staat durch seine Gesetzgebung die faktische Ungleichheit der Frauen wohl mitverur-

⁷⁴ Siehe dazu *Thomas Fleiner*, Die Stellung der Minderheiten im schweizerischen Staatsrecht, in: Festschrift für Werner Kägi, 1979, S. 115ff.; *René A. Rhinow*, Grundprobleme der schweizerischen Demokratie, in: ZSR 1984, II, S. 237ff.

⁷⁵ Vgl. dazu *Morand* (Anm. 37), S. 85ff.; *Claudia Kaufmann*, Les quotas valent mieux que leur réputation, in: Morand (Anm. 6), S. 271ff.; *Heide M. Pfarr/Christine Fuchsloch*, Verfassungsrechtliche Beurteilung von Frauenquoten, in:

sacht hat⁷⁶ und eine dem Bevölkerungsanteil besser entsprechende Vertretung der Frauen in staatlichen und gesellschaftlichen Organisationen nach meiner Überzeugung wichtig und dringlich ist, scheint mir *fraglich, ob die mit derartigen Gruppenschutzmaßnahmen verbundenen Ungleichbehandlungen der Männer und allfällige Eingriffe in weitere Grundrechte gerechtfertigt werden können*, will doch Art. 4 Abs. 2 BV Differenzierungen nach dem Geschlecht – von ganz besonderen Fällen abgesehen – gerade ausschließen. Bei der Einräumung von festen Anteilen an Sitzen in Parlamenten stünde zusätzlich die Wahlrechtsgleichheit entgegen, die ebenfalls strikt zu verstehen ist und Ausnahmen nur in engsten Grenzen zuläßt⁷⁷. Das Bundesgericht würde Quotenregelungen zugunsten eines Geschlechts, wenn es bei seiner dargestellten, allerdings wenig überzeugenden Rechtsprechung bliebe⁷⁸, wahrscheinlich als verfassungswidrig bezeichnen. „Weichere“ Schutz- und Förderungsmaßnahmen für faktisch benachteiligte Gruppen, die zu einer „indirekten“ Privilegierung mit geringfügigeren Auswirkungen für die anderen Gruppen führen (z.B. besondere Ausbildungsstätten und -beihilfen für Frauen, die in das Berufsleben zurückkehren wollen⁷⁹), halte ich dagegen für unbedenklich. Nicht eindeutig – und anders als in Deutschland – ist die Rechtslage, wenn in den *Statuten von politischen Parteien den Frauen eine bestimmte Zahl von Sitzen in Parteiorganen oder auf Wahllisten zugeteilt würde*. Die Bundesverfassung erwähnt die politischen Parteien nicht, doch gelten sie als verfassungsrechtlich stillschweigend anerkannt, ebenso wohl das Prinzip, daß ihre innere Ordnung demokratisch sein muß. Die gesetzliche Ausgestaltung und Sicherung dieses Grundsatzes besteht aber bisher nur aus den Vorschriften des Zivilgesetzbuches über die Vereine, welche Quotenregelungen kaum entgegenstehen dürften. Ob sich darüber hinaus unmittelbar aus dem ungeschriebenen Prinzip der demokratischen inneren Ordnung etwas ergibt, was die Freiheit der Parteien bei der Wahl ihrer Organe und Kandidaten einschränkt, ist ungeklärt, m.E. jedoch eher zu verneinen⁸⁰.

NJW 1988, S. 2201ff.; *Rossinelli* (Anm. 62), S. 253ff.; *Walter Schmitt Glaeser*, Die Sorge des Staates um die Gleichberechtigung der Frau, in: DÖV 1982, S. 381ff.

⁷⁶ Vgl. Bericht über das Rechtsetzungsprogramm „Gleiche Rechte für Mann und Frau“, in: BBl 1986 I 1144ff.

⁷⁷ Vorne IV., 1.

⁷⁸ Siehe vorne, Anm. 71.

⁷⁹ Vgl. *Rossinelli* (Anm. 62), S. 267; siehe auch *Schmitt Glaeser* (Anm. 75), S. 385.

⁸⁰ Vgl. dazu *Gerhard Schmid*, Politische Parteien, Verfassung und Gesetz, 1981, S. 94ff., 142ff., 161. Zur Diskussion in Deutschland *Ingwer Ebsen*, Ver-

3. Freiheit und Gleichheit im „Staat des Maßes“

Wenn das Egalisierungsgebot nach dem Gesagten im allgemeinen bloß ein Gesetzgebungsprogramm beinhaltet und durch das Rechtsgleichheitsgebot und durch weitere Grundrechte begrenzt wird, so *wirkt es nicht viel anders als eine Sozialstaatsklausel*, die dem Gesetzgeber ebenfalls zum Ziel setzt, gewisse faktische Ungleichheiten zu beseitigen oder zu mildern, wobei er die Grundrechte in derselben Weise zu respektieren hat. Die ausnahmsweise mögliche Herleitung von klagbaren Ansprüchen läßt sich bei einer grundrechtlichen Verankerung des Egalisierungsgebots allerdings besser begründen. Gegen eine solche Herleitung spricht die Gefahr, daß der Gleichheitssatz dadurch überladen und in seinem primären Wirkungsbereich geschwächt werden könnte. Die praktische Bedeutung der Zuordnung des Egalisierungsgebotes wird ferner dadurch relativiert, daß der Sozialstaat nach meiner Beurteilung – jedenfalls in der Schweiz – gesamthaft einen so hohen Stand erreicht hat, daß ein *wesentlicher* Ausbau politisch kaum realisierbar sein dürfte und auch an verfassungsrechtliche Grenzen stoßen könnte, wenn die damit verbundenen Nivellierungen und Umverteilungen zu übermäßigen Eingriffen in Grundrechte führen würden. Es bleiben jedoch Lücken zu füllen und fehlende Maschen im sozialen Auffangnetz zu knüpfen. Ich habe im übrigen nicht den Eindruck, daß wir bereits in dem von *Walter Leisner*⁸¹ drastisch geschilderten Gleichheitsstaat leben oder ihm unentrinnbar entgegengehen. Vielmehr scheint mir neuerdings wieder eine Tendenz zur Individualisierung, zur Anerkennung der Leistung und der Selbstverantwortung des einzelnen erkennbar. Ich teile also die von *Günter Dürig*⁸² als pragmatischer Optimismus bezeichnete Ansicht, daß es gelingen wird, Freiheit und Gleichheit gemeinsam und gesamthaft zu einem Optimum zu steigern und so zur Erfüllung des Auftrags einer modernen, freiheitlichen und sozialen Verfassung beizutragen, den „Staat des Maßes“ im Sinne von *Kurt Eichenberger*⁸³ zu schaffen.

bindliche Quotenregelungen für Frauen und Männer in Parteistatuten, 1988; *Klaus Lange*, „Frauenquoten“ in politischen Parteien, in: NJW 1988, S. 1174ff.; *Janbernd Oebbcke*, Quotierung auf Landeslisten, in: JZ 1988, S. 176ff.

⁸¹ Der Gleichheitsstaat, 1980.

⁸² A.a.O. (Anm. 1), Rdnr. 128.

⁸³ Freiheit als Verfassungsprinzip: Der Staat des Maßes, in: Der Staat der Gegenwart, 1980, S. 165ff., 174ff.

Leitsätze des 2. Berichtstatters über:

Der Gleichheitssatz

1. Der Gleichheitssatz wird durch die Verfassungsordnung und die politische, soziale und rechtliche Ambiance eines bestimmten Staates geprägt. Das Völkerrecht hat nur in einzelnen Sachgebieten zu einer gewissen Vereinheitlichung geführt. Bestimmte Grundfragen und Methoden der Konkretisierung des Gleichheitssatzes sind dagegen in vielen Staaten ähnlich.

2. Der Gleichheitssatz stellt eine für alle Staatsorgane in allen Gebieten maßgebende Handlungsanweisung dar, die mangels Anknüpfung an einen konkreten Lebenssachverhalt viel formaler und gehaltsärmer ist als andere Grundrechte. Die mit dem üblichen „Schrankendenken“ verbundenen Methoden der Prüfung, ob eine Maßnahme mit einem Grundrecht vereinbar ist, lassen sich deshalb nicht ohne weiteres auf den Gleichheitssatz übertragen. Die besondere Struktur verlangt vielmehr ein besonderes Vorgehen, indem zuerst untersucht wird, welche tatsächlichen Unterschiede vorliegen, und hierauf, ob die Gleich- oder Ungleichbehandlung im Hinblick auf diese Unterschiede gerechtfertigt ist.

3. Der Gleichheitssatz weist den gleichen Rang wie die anderen Verfassungsnormen auf und hat seinen eigenen, allerdings sehr weiten und querschnittartigen, „modalen“ Anwendungsbereich. Er steht in engem Zusammenhang mit der Menschenwürde und der Gerechtigkeit, darf aber nicht damit gleichgesetzt werden.

4. Gleichheitssatz und Willkürverbot sind auch bei der Gesetzgebung auseinanderzuhalten. Versteht man das Willkürverbot nicht als bloßes Sachlichkeitserfordernis, sondern als Verbot qualifizierter Unrichtigkeit, so muß die Übereinstimmung von Erlassen mit dem Gleichheitssatz, die anhand von Vergleichen zwischen verschiedenen Fällen zu beurteilen ist, strenger geprüft werden als die Frage, ob der Gesetzgeber willkürlich gehandelt hat.

5. Maßstäbe für die Inhaltsbestimmung des Gleichheitssatzes sind in erster Linie aus der Verfassung selbst zu gewinnen. Der Gleichheitssatz „lebt“ vom Zusammenspiel mit anderen Verfassungsnormen. Das Po-

tential der Verfassung zur inhaltlichen Anreicherung des Gleichheitssatzes ist noch nicht ausgeschöpft.

6. Bei der Konkretisierung des Gleichheitssatzes muß der Gesetzgeber zuerst prüfen, ob ein besonderes verfassungsrechtliches Differenzierungsgebot oder -verbot zur Anwendung kommt, was seine Gestaltungsfreiheit in erheblichem Maße einschränkt, weil er davon nur unter ganz restriktiven Voraussetzungen abweichen darf.

7. Hinweise für die Ausgestaltung des Gleichheitssatzes ergeben sich ferner oft aus dem Zusammenhang mit anderen Grundrechten. Die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers ist deshalb größer, wenn er nicht in Grundrechte eingreift, sondern die Gewährung von staatlichen Leistungen normiert.

8. Aus dem Verhältnis zwischen dem Gleichheitssatz und Kompetenz- oder Aufgabennormen der Verfassung folgt, daß die Auswahl der geregelten Sachverhalte und der Normadressaten sich am Regelungsziel ausrichten muß, das die Verfassung oder der Gesetzgeber im Rahmen seiner verfassungsmäßigen Befugnisse festlegt. Bei Differenzierungskriterien, die geeignet sind, das legitime Regelungsziel zu erreichen, hat der Gesetzgeber abzuwägen zwischen dem Interesse an der Erfüllung des Gesetzeszweckes und dem Interesse an der Gleichbehandlung. In die Abwägung kann das Interesse an der Praktikabilität und an der Verwaltungsökonomie einbezogen werden, dem indessen kein zu hohes Gewicht beigemessen werden darf.

Diese Methode ähnelt der Verhältnismäßigkeitsprüfung, ist aber grundsätzlich von ihr zu unterscheiden. Parallelen finden sich in der amerikanischen Rechtsprechung zur equal protection-Klausel.

Der Aspekt der Systemgerechtigkeit trägt kaum etwas Zusätzliches zur Konkretisierung des Gleichheitssatzes durch den Gesetzgeber bei.

9. Es liegt nahe, im Gleichheitssatz auch ein Egalisierungsgebot als Element einer gerechten Ausgestaltung der staatlichen Ordnung zu sehen. Das Egalisierungsgebot gehört allerdings zur „programmatischen Schicht“ des Grundrechts, richtet sich also – von wenigen Ausnahmen abgesehen – nur an den Gesetzgeber. Seine Erfüllung ist der richterlichen Kontrolle in der Regel entzogen. Zudem wird es durch die Rechtsgleichheit und andere Grundrechte begrenzt. Gesetzgeberische Maßnahmen zur Herstellung faktischer Gleichheit sind nur zulässig, wenn das Bedürfnis nach Egalisierung überwiegt gegenüber den Auswirkungen auf die Grundrechtspositionen, die zum Zwecke der Angleichung der tatsächlichen Verhältnisse eingeschränkt werden müssen. Quotenregelungen als Mittel der Gleichstellung von Gruppen, die im politischen oder gesellschaftlichen Bereich untervertreten sind, erscheinen als verfassungsrechtlich fragwürdig, weil das Interesse an der

Privilegierung einer Gruppe die rechtsungleiche Behandlung anderer Gruppen und die Eingriffe in weitere Grundrechte in der Regel nicht rechtfertigt. Andere Schutz- und Förderungsmaßnahmen zugunsten von faktisch benachteiligten Gruppen, die zu weniger krassen Ungleichbehandlungen führen, dürften dagegen im allgemeinen zulässig sein.

Angesichts der stark relativierten Bedeutung des Egalisierungsgebotes wirkt es nicht wesentlich anders als eine Sozialstaatsklausel. Beide Verfassungsnormen zielen nicht auf einen „Gleichheitsstaat“ ab, sondern auf einen „Staat des Maßes“.

3. Aussprache und Schlußworte

Der Gleichheitssatz

Vorsitzender (Denninger): Ich darf Sie zur Aussprache über den ersten Beratungsgegenstand herzlich begrüßen. Ich glaube, das Thema ist hervorragend vorbereitet worden durch die beiden Referate von heute morgen, aber auch durch eine Fülle von begleitenden Aufsätzen – ja, in manchen Fällen muß man fast schon sagen, von begleitenden Büchern – so daß eine Menge Gesichtspunkte vorgestellt worden sind, die wir sicherlich nur zu einem geringen Teil heute hier beraten können. Darf ich ganz kurz, ohne Ihnen Zeit wegnehmen zu wollen, zu der Grobgliederung noch ein paar Stichworte sagen. Es hat sich bei der Anmeldung gezeigt, daß die Vorstellungen darüber, was als Strukturproblem oder was als Maßstab anzusehen ist, durchaus unterschiedlich beurteilt werden können. Meine Vorstellung war, daß unter Strukturproblemen Stichworte wie Gleichheit und Gerechtigkeit im Verhältnis zueinander behandelt werden sollten, Gleichheitssatz und Freiheitsrechte etwa, auch das Problem der Drittwirkung der Gleichbehandlung durch Private, Asymmetrie, Symmetriefragen u.ä.m. Unter II. „Konkretisierung und Maßstäbe“ sehe ich auch aus den Anmeldungen hier, daß darunter das Verhältnis von Gleichheitssatz und Willkürverbot verstanden wird, auch die funktionellrechtliche Frage, also Gleichheitssatz als Handlungs- bzw. als Kontrollmaßstab. Ich werde diese Beurteilung berücksichtigen und diese Damen und Herren, d.h. Damen sind insoweit noch nicht dabei, unter II. berücksichtigen. Unter II. sollten dann auch spezielle Konkretisierungen und Maßstäbe, wie Differenzierungen durch Bundesstaatlichkeit, Probleme des Leistungsrechts und Gleichheitssatzes, Typisierungsfragen, also alles das behandelt werden, was Herr *Zippelius* uns heute morgen unter dem Leviathan als Milchkuh vorgestellt hat. Auch die Fragen der Steuergerechtigkeit und der Systemgerechtigkeit, der Chancengleichheit gehören m.E. hierher. Dann bleibt für III. „Rechtsgleichheit und faktische Gleichheit“, oder, in der Formulierung von Herrn *Müller*, das Egalisierungsgebot, vor allem, wie ich meine, die Frage einer Quotenregelung, die Frage des Verständnisses des Art. 3 Abs. 2 als Gleichstellungsauftrag, entsprechend Art. 4. der Bundesverfassung.

Zum Technischen kann ich mich auch ganz kurz fassen. Herr *Heckel* hat Ihnen schon angedroht, und diese Drohung muß ich leider wieder-

holen, daß die Autobusse pünktlich um 17.30 Uhr abfahren müssen, denn sonst ist der Zeitplan nicht einhaltbar. Das bedeutet, daß wir hier um 17.25 Uhr schließen werden. Der Gleichheitssatz verbietet es auch, daß weitere Diskussionswillige dann in Abwesenheit der Kollegen verhandeln. Ich halte das nicht für angebracht. Sie können sich also ausrechnen – ich habe es nicht gezählt, aber ich habe in einer ziemlich präzisen Schätzung jetzt 28 – 30 Wortmeldungen – wieviel Redezeit auf den einzelnen entfallen mag. Herr *Zippelius* hat uns ja den Gleichheitssatz heute morgen als Chance zum Außergewöhnlichen vorgestellt. Ich greife das gerne auf, möchte das aber bitte in qualitativer Hinsicht, nicht in quantitativer Hinsicht verstanden wissen. Und wenn Sie im übrigen aus dem Gleichheitssatz bei knapper Ressourcenverteilung eine Art solidarischen Rücksichtnahmegebotes oder eine ähnliche bau-rechtlich zweifelhafte Rechtsfigur ableiten wollen, dann werden wir auch hier mit der Zeit, meine ich, gut über die Runden kommen. Ich gebe jetzt ganz bewußt keine Zahlen vor, sondern appelliere an Ihre Fähigkeit zur Konzentration.

Vogel: Der Vorstand hätte das Thema „Gleichheit“ zu keinem günstigeren Zeitpunkt auf die Tagesordnung setzen können. Denn man hat doch heute den Eindruck, daß sich die vierzigjährige Vorherrschaft der *Leibholz*schen Lehre (die gewiß ihre Verdienste gehabt hat) langsam dem Ende zuneigt und daß andere, ebenfalls grundlegende Gedanken aus den ersten Jahrzehnten des Grundgesetzes – ich nenne hier nur die Namen *Hans Peter Ipsen* und *Günter Dürig* – heute ihre Kraft zeigen, langsam selbst den Betonmantel einer ständigen Rechtsprechung zu durchdringen, um neuen, sachhaltigeren Gesichtspunkten Geltung zu verschaffen. In der sogenannten „neuen Formel“ des Bundesverfassungsgerichts kommt das zum Ausdruck. Übrigens wird diese Formel, wenn ich recht sehe, von beiden Senaten gelegentlich gebraucht; das Geheimnis, wann die alte und wann die neue Formel herangezogen wird, habe ich noch nicht durchdringen können.

Beide Referenten haben dem hohen Anspruch des Themas Genüge getan, durch konzentrierte Referate auf hohem Niveau, und wir sind ihnen Dank dafür schuldig. Herr *Zippelius* hat vor allem die ideengeschichtlichen Fundamente des Gleichheitssatzes in unser Bewußtsein zurückgerufen, und mit seinem Don Juan-Zitat am Ende hat Don Reinholdo uns wohl die Vielfalt der Gerechtigkeitsvorstellungen vor Augen führen wollen: „ma in Ispagna son già mille e tre“ (hier müßten wir jetzt die Registerarie einspielen können). Herr *Müller* hat mehr die strukturellen Gesichtspunkte des Gleichheitssatzes herausgearbeitet; so haben sich die beiden Referate, wie mir scheint, in vorbildlicher Weise ergänzt. Erlauben Sie mir drei hinzutretende Bemerkungen:

Zunächst: volle Zustimmung zu der Unterscheidung zwischen Gleichheitssatz und Willkürverbot, die, wenn ich recht sehe, beide Referenten vorgenommen haben, besonders nachdrücklich Herr Müller in seiner These 3 Abs. 2. Die Unterscheidung macht es möglich, beim Gleichheitssatz im engeren Sinne an das staatliche Handeln strengere Anforderungen zu stellen als bisher auf Grund des etwas „verdünnten“ Willkürverbotes. Sicher hat *Leibholz* richtig gesehen, daß die logischen Strukturen des Willkürverbots und des Gleichheitssatzes eng miteinander verwandt sind. Aber wenn man die beiden Verfassungsrechtssätze nicht unterscheidet, dann gelangt man dahin, die relativ milden Anforderungen des Willkürverbots an staatliches Handeln auf den gesamten Anwendungsbereich des Gleichheitssatzes (im weiteren Sinne, also des Gleichheitssatzes im hier verstandenen Sinne und des Willkürverbots zusammengekommen) zu erstrecken, und wie wenig dabei herauskommt, das haben uns 40 Jahre Rechtsprechung gezeigt.

Natürlich ergibt sich, wenn wir Gleichheitssatz und Willkürverbot trennen, die Frage nach der Begründung des Willkürverbots. Ganz kurz dazu: ich habe keine Bedenken, es nach wie vor auf den Rechtsstaatsgrundsatz zu stützen. Wir hatten schon bisher Probleme, bei denen wir mit dem Gleichheitsgrundrecht allein nicht auskamen, etwa bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts oder bei ausländischen juristischen Personen, die keine Grundrechte geltend machen konnten. Ferner ergibt sich die Frage, wie die beiden Sätze gegeneinander abzugrenzen sind: wann wenden wir das Gleichheitsgebot an, wann das Willkürverbot? Ich möchte vorschlagen, danach zu unterscheiden, ob die Unterscheidung anknüpft an „Eigenschaften“, die man nur haben oder nicht haben kann, für die also – etwas anspruchsvoll ausgedrückt – der Satz vom Widerspruch gilt: Sie können nur Vater oder nicht Vater sein, Sie können nur verheiratet oder nicht verheiratet sein, jedenfalls zu einem bestimmten Zeitpunkt. Für Unterscheidungen, die an solche „Eigenschaften“ anknüpfen, und nur für sie, gilt nach meiner Meinung der Gleichheitssatz. Dagegen können Sie nebeneinander einen Gürtel und Hosenträger tragen; das Tragen eines Gürtels ist also nicht ein Merkmal, welches geeignet ist, Sie eindeutig einer bestimmten Gruppe zuzuweisen. Wir haben beispielsweise eine steuerrechtliche Regelung, nach der beim Verkauf einer Forderung oder eines sonstigen Rechts die Beteiligten wegen der Kapitalerträge des laufenden Jahres nach vier unterschiedlichen Prinzipien besteuert werden, ohne daß irgend jemand den geringsten Grund für die unterschiedliche Besteuerung angeben kann. Man kann aber gleichzeitig eine Aktie verkaufen und ein anderes Wertpapier, also unter die eine Regelung wie unter die andere fallen; hier ist man, meine ich, nicht im Gleichheitssatz ange-

griffen, sondern hier handelt es sich um einen Verstoß gegen das Willkürverbot.

Zweitens zum Verhältnis zwischen Gleichheit und Verhältnismäßigkeit: wiederum Zustimmung zu Herrn *Müller*, hier seiner These 8 Abs. 2. Mir scheint aber auch die Abwägung problematisch, die Sie, Herr *Müller*, in These 8 Abs. 1 vornehmen. Zunächst: der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, an dessen polizeirechtlichen Ursprung ich doch gern erinnern möchte, bedeutet Abwägung zwischen tatsächlichem Eingriff und tatsächlichem Zweck. Und ich meine, an dieser Bedeutung sollte man aus Gründen der Begriffsklarheit festhalten und das Wort „Verhältnismäßigkeit“ nicht auf alle möglichen anderen Dinge ausdehnen, in denen auch eine Abwägung, aber eine Abwägung von strukturell anderer Art, stattfindet. Beim Gleichheitssatz ist nicht zwischen einem tatsächlichen Eingriff und seinem Zweck abzuwägen, sondern – wenn ich Ihnen folge – zwischen einer Ungleichbehandlung und ihrem Zweck. Diese Abwägung halte ich deswegen nicht für einen Rationalitätsgewinn, sondern nur für scheinrational, weil sie im Grunde das Problem nur verlagert. Wir können ja nicht abwägen, bevor wir nicht festgestellt haben, wie groß das „Ausmaß“ der Ungleichbehandlung ist. Und das ist eine Wertung, in die wir dann alles hineinlegen, was wir bei der „Abwägung“ wieder herausholen. (Natürlich: auch das Ausmaß eines Eingriffs ist eine Wertungsfrage, aber doch nicht von dem umfassenden Charakter wie beim „Ausmaß“ einer Ungleichbehandlung.) Deswegen meine ich, daß, wenn wir hier eine Abwägung vorzunehmen glauben, wir uns eine Rationalität vorspielen, die dieser Vorgang tatsächlich nicht enthält.

Daneben ist eine Abwägung speziell im Sinne der „Verhältnismäßigkeit“ in einem bestimmten Bereich, den Sie, Herr *Zippelius*, angesprochen haben, nach meiner Meinung nicht möglich, nämlich im Steuerrecht. „*Das Steuerrecht hat keinen Zweck.*“ Wenn ich das so sage, weiß ich, daß mir alle lebhaft widersprechen werden und sagen werden, es gebe doch alle möglichen Zwecke, wirtschaftspolitische, sozialpolitische usw. Dieser Einwand ist natürlich ganz richtig. Mit solchen Zwecken *kann* Steuerrecht befrachtet werden; dann entstehen besondere Probleme, Herr *Birk* hat sie in seiner Monographie über das Leistungsfähigkeitsprinzip behandelt. Aber wenn wir all dieses „steuerrechtliche Wirtschaftsrecht“, wie *Tipke* es nennt, einmal ausklammern, dann bleiben im Kern des Steuerrechts die Normen, die nur die Aufgabe haben, Mittel aufzubringen für den öffentlichen Finanzbedarf und diese Last nach Maßstäben der Gerechtigkeit zu verteilen. Und dieser Finanzbedarf ist kein abwägungsfähiger Zweck. Denn er ist ein „maßloser“ Zweck: der Staat kann immer noch mehr Geld brauchen, als er schon bekommt. Deswegen meine ich, daß bei solchen steuerrechtlichen Lastenausteilungsnormen eine Frage der Verhältnismäßigkeit

keit nicht entsteht, und ganz persönlich würde ich vorschlagen, den Finanzbedarf auch gar nicht mehr als „Zweck“ zu bezeichnen. Das letztere ist natürlich nur eine terminologische Frage, über die wir uns nicht in die Haare geraten sollten. Ich möchte damit nur auf den Unterschied aufmerksam machen zwischen dem „Zweck“ der im Kern des Steuerrechts stehenden Lastenausteilungsnormen und den Zwecken, die wir im Verwaltungsrecht kennen, und auf die besonderen Folgen, die dieser Unterschied für den Gleichheitssatz im Steuerrecht zwangsläufig hat. Soll das bedeuten, daß der Gleichheitssatz im Steuerrecht nicht gelten soll? Ganz gewiß nicht. Wir müssen hier nur andere, eher noch schärfer zupackende Ansätze finden.

Der dritte Gesichtspunkt sollte den *judicial self-restraint* betreffen. Ich möchte dazu nur noch sagen, daß dieser Gesichtspunkt, ja, zwar nicht einen „*legislative self-restraint*“ voraussetzt, aber doch ein Mindestmaß an Verfassungsrespekt und Verfassungsbeachtung auf Seiten des Gesetzgebers. Wenn wir heute sehen, wie leicht der Gesetzgeber geneigt ist, an die Grenze zu gehen und den Weg nach Karlsruhe „auszuprobieren“ und wie oft er Handlungsaufgaben des Bundesverfassungsgerichts nur mit Knurren und Quietschen und Ächzen, am liebsten nach langer Zeit oder gar nicht ausführt, dann, meine ich, muß das Verfassungsgericht stärker eingreifen, sein *self-restraint* ein Ende haben. — Ich danke Ihnen.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr Kollege *Vogel*. Sie haben das Recht des ersten Redners jedenfalls zeitlich, glaube ich, voll in Anspruch genommen. Sie haben 13 Minuten gesprochen. Ich appelliere an die nachfolgenden Redner, es ihm in diesem Punkt nicht unbedingt gleichzutun. Wir haben beim Mittagessen mit den Referenten scherzhafterweise die Redezeitfrage erörtert, und es wurde von dem Herrn Erstberichterstatler gemeint, es hätten die Kollegen *Häberle* und *Zacher* traditionellerweise das Recht, hier 8–10 Minuten zu sprechen, die anderen vielleicht dann 5 oder 6. Ich bitte Sie also, das entsprechend zu berücksichtigen. Ich darf jetzt die Reihenfolge in etwa bekanntgeben, damit Sie sich auch etwas darauf einrichten können. Als nächsten Redner werde ich Herrn *Heckel* bitten, hier zum Historischen etwas beizutragen, weil das sonst voraussichtlich zu kurz kommen wird, dann Herrn *Korinek* aus Wien, Herrn *Lerche* und Herrn *Häberle* in dieser ersten Runde. Nun wollte Herr *Zippelius* gleich zu Ihrem Beitrag eine kurze Bemerkung machen. Bitte sehr.

Zippelius: Zunächst zum Unterschied zwischen Willkürverbot und Gleichheitssatz: Das Willkürverbot bedeutet, daß eine Entscheidung nicht ohne einsichtige Begründung getroffen werden darf. Es greift also sehr viel weiter als der Gleichheitssatz, der der Gerechtigkeitsfrage

eine spezifische Fassung gibt. Dann zum Problem der Verhältnismäßigkeit: Trotz des verbalen Gegensatzes glaube ich, hier in der Sache, d.h. in den Begriffen, mit Herrn Müller weitgehend einig zu sein. In meiner Terminologie erfordert die Verhältnismäßigkeit, daß eine Ungleichbehandlung durch den Regelungszweck aufgewogen wird. Wenn ein Schlossergeselle und ein Assessor sich um ein Richteramt bewerben, kann der Assessor mit der Begründung bevorzugt werden, daß der Regelungszweck – eine sachkundige Rechtspflege zu gewährleisten – diese Ungleichbehandlung rechtfertigt; das schließt ein, daß die Bevorzugung ein geeignetes Mittel zur Erreichung des Regelungszweckes sein muß. Zu den Steuern: Es ist nicht nötig, hier nach der Rechtfertigung der Steuern überhaupt zu fragen; jedenfalls erfordert jede Ungleichbehandlung im Steuerrecht, daß diese durch einen Steuerzweck gerechtfertigt ist.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Zippelius*. Konkrete Fragen der Steuergerechtigkeit sollten wir, meine ich, unter II. dann abhandeln. Ich darf nun Herrn *Heckel* das Wort geben.

Heckel: Drei Punkte, die auch in die Grundsatzfragen reichen: Erstens: Der Ursprung und ein Prototyp der Gleichheit in unserer Verfassungsgeschichte liegt in der Parität der Religionsparteien im Alten Reich. Es ist dort das Gleichheitsprinzip der *exacta aequalitas* das schlechthin beherrschende Verfassungsprinzip der Reichsgrundgesetze von 1555 und 1648, das ja bis 1806 währte. Auf ihr beruht die Koexistenz und Friedensordnung Deutschlands im Zeitalter der Religionskriege, aber auch der Aufklärung. Wie in dem modernen Gleichheitsproblem ist dabei eine Fülle ganz verschiedener Gleichheits-Teilsysteme vorhanden und ineinander verschlungen: Es gibt einerseits die Gleichheit des Absehens von der Konfession, also der Ausschaltung des konfessionellen Gegensatzes, ähnlich wie heute in 3 Abs. 3. Andererseits gilt aber die Gleichheit der gleichmäßigen Berücksichtigung beider Konfessionen, etwa im Konfessionsproporz der Reichsämtler, ferner in der *in partes* des Reichsgesetzgebungs-, aber auch des Gerichtsverfahrens u.a. Ein Hauptproblem war damals schon der Maßstab der Gleichheit. Denn formale Gleichheit haben alle beschworen und in Biederkeit angeboten. Aber sie wurde dann zur materiellen Diskriminierung und Imparität benützt, wenn z.B. die Katholiken auch die Protestanten gleichmäßig nach den katholischen Religionsgrundsätzen behandelten und *vice versa*. Ich kann das nicht im einzelnen ausführen. Formalparität war vielfach der Deckmantel der Diskriminierung und Imparität. Die Lösung des Westfälischen Friedens und der Reichspublizistik besteht dann in einem material

ausgehandelten Gesamtausgleich der verschiedenen Teilsysteme einzelner Felder. Die Katholiken haben Formalgleichheit zu ihren Gunsten im Kirchengut erlangt, die Protestanten im *ius reformandi*, in der Religionsfreiheit usw. Als Letztes zu diesem Punkt: Die *Aequalitas exacta mutuaque* des Westfälischen Friedens betrifft nicht den Friedensinhalt selbst, sondern sie ist eine hermeneutische Regel zur Lückenschließung, damit in den Lücken nicht das kanonische Recht den Protestanten übergestülpt wurde.

Zweitens: Gleichheitsrechte und Gleichheitsnormen können sehr wohl differenzierend wirken, und sie tun das meist schon seit 1789. Das scheint mir in beiden Referaten zu kurz gekommen zu sein. Es ist keineswegs so, daß Gleichheitsnormen und Gleichheitsrechte immer eine Gleichheitswirkung äußern: daß sie stets Ungleichheiten rechtlicher oder auch faktischer Art abbauen müßten, daß dabei die generelle Fassung der Normen und Rechte Ungleiches stets gleich macht, also nivelliert, — so daß dann diese Nivellierung wiederum durch differenzierte Normen im Sinn der Billigkeit und Rücksichtnahme auf das individuelle oder das gemeine Wohl differenziert werden müßte. Das ist zwar möglich, je nach dem Tatbestand der Normen. Verfassungsgeschichtlich sind so in der Tat die rechtlichen Ständestufungen zwischen Adel, Bürgertum, Geistlichkeit des Ancien Régime durch die Gleichheitsrechte 1789 beseitigt worden, bei uns durch die Steinischen Reformen. Aber dieselbe liberale Rechtsgleichheit hat dann die große wie starke Differenzierung in die Klassen bewirkt, die die Liberalen wie die Sozialisten, aber auch die Konservativen irritiert und überrascht hat. Worin liegt der Grund? Ich meine: Rechtsgleichheit führt eben bei ungleichen faktischen Voraussetzungen zu ungleichen faktischen Wirkungen, aber auch zu ungleichen rechtlichen Auswirkungen. So ist gerade die formale Rechtsgleichheit in höchstem Grade ein Mittel der Differenzierung des Rechts wie auch der Sozialstruktur! Es liegt ja auch auf der Hand: Der Starke und Kluge kommt bei gleichem Start mit Chancengleichheit viel weiter, er kann auch in ganz verschiedene Richtungen greifen, er kann sein Eigentumsrecht, seine Meinungsfreiheit, Bildungsmöglichkeit ganz anders ausbilden. Alle Buntheit und Fülle der Individualität im 19. Jahrhundert und alle Differenzierung der Kultur seit dem 19. Jahrhundert beruht auf dieser Differenzierungswirkung der Rechtsgleichheit. Die Rechtsgleichheit hat insgesamt keineswegs zur Nivellierung, sondern zu einer höchsten Differenzierung geführt. Auch verstärkt sich das durch die Möglichkeit der Rollenkombinationen dieser formalen Gleichheitsrechte. Immer nimmt die Rechtsgleichheit die faktische Ungleichheit in sich auf und baut sie in sich ein, weil sie durch ihre ungleichen Voraussetzungen ungleiche Wirkungen zeitigt. Und das zwingt ja dann den Staat zur Egalisierung im sozialstaatlichen Sinn. Er muß bewußt

ungleiche Normen schaffen, etwa um eine gewisse Gleichheit des Sozialen hervorzurufen.

Drittens: Art. 3 III GG enthält kein Differenzierungsverbot schlechthin – wie wir das etwa noch im Beitrag *Ipsens* zu *Nipperdeys* Handbuch lasen, später von ihm revidiert in seinen EWG-Schriften – sondern nur Diskriminierungsverbote! Gleichmäßige Differenzierungen sind erlaubt, ja um der Menschenwürde und anderer Grundrechte willen sogar geboten. So zwingt, um ein derbes Beispiel zu brauchen, Art. 3 Abs. 3 keineswegs zur Promiskuität der Geschlechter in den öffentlichen Bedürfnisanstalten. Es verbietet auch nicht konfessionell gesonderten Religionsunterricht, nicht eine entsprechende Lehrerbildung und auch Lehrerverwendung, wenn nur die Gleichwertigkeit gewahrt ist bzw. entsprechende gleichwertige Angebote oder Aushilfen gewährleistet werden, um einer Privilegierung zu entgehen. Sogar Differenzierungen nach rassischen Merkmalen sind möglich in unserem Verfassungssystem – z.B. in den Wiedergutmachungsgesetzen für rassistisch Verfolgte, sofern damit keine rassistische Diskriminierung, aber auch keine rassistische Privilegierung verbunden ist, sondern die Wiederherstellung der rechtlichen und faktischen Gleichheit und Gleichberechtigung.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Heckel*. Ich darf dann Herrn *Korinek* bitten.

Korinek: Ich glaube, daß es das Privileg der ersten Redner ist, daß sie dem Vorstand unter verschiedenen Aspekten Dank sagen dürfen. Ich möchte das tun: Ich glaube, daß die Auswahl der Referenten – unter verschiedenen Gesichtspunkten – hervorragend gelungen ist. Dies hat uns nicht nur zwei faszinierende Referate beschert; es hat uns auch gezeigt, wie man von ganz unterschiedlichen Ansätzen und methodischen Positionen her die Dinge sehen kann. Ich glaube, man hätte nicht plastischer machen können, daß man entweder im Vergleichen, wie *Müller*, die zentrale Bedeutung des Gleichheitssatzes sehen kann oder im Gerechtigkeitspostulat.

Herr Kollege *Zippelius* hat den Gleichheitsgrundsatz als Gerechtigkeitspostulat verstanden. Er ist dann zur Formulierung gelangt, daß der Gleichheitssatz „über sich selbst hinaus weise“ und so Gerechtigkeit sozusagen in sich hereinhole – so habe ich das verstanden. Und er hat zum Schluß die Gerechtigkeit, also die *Justitia* – nicht das *Jus*, sondern die *Justitia*! – als *semper reformanda* bezeichnet. Da, glaube ich, verläßt man doch schon sehr weit das, was man juristisch rationalisieren kann. Ich glaube, fragen zu müssen: besteht hier nicht die Gefahr, daß der Gleichheitsgrundsatz, wenn er so angereichert wird, seinen konkreten Inhalt verliert? Das Gerechtigkeitspostulat als mora-

lisches Postulat kann personenbezogen bleiben, aber der Gleichheitsgrundsatz soll ja objektiv verpflichten und objektiv durchwirken und gestalten. Ist nicht ein so angereicherter Gleichheitssatz als Gerechtigkeitspostulat verstanden nurmehr so wenig rationalisierbar, daß letztlich einfach gilt: gleich ist, was die Mehrheit für gleich hält, sei es im Gesetzgebungsmechanismus, sei es bei der verfassungsgerichtlichen Kontrolle? Aber verliert dann nicht der Gleichheitssatz die Schutzfunktion, die jedes Recht hat und vor allem: verliert er nicht dann eigentlich seine ganze normative Bedeutung? Führt es dann nicht zum Paradoxon, daß je mehr wir in den Gleichheitssatz hineintragen, um so weniger Gehalt der Gleichheitssatz letztlich hat? So faszinierend der große Bogen ist, den uns *Zippelius* gezeigt hat – ich befürchte, daß man bei diesem Ansatz dem Gleichheitssatz die Anwendbarkeit – nicht im politischen Argumentieren, aber – im juristischen Argumentieren und damit seine normative Bedeutung nimmt.

Uns, ich glaube sagen zu können, uns Österreichern liegt der Ansatz, den *Georg Müller* gewählt hat, viel näher. Er ist der bescheideneren Ansatz, aber er ist noch immer schwer genug zu rationalisieren. Aber ich glaube, wir sollten uns begnügen zu verlangen, daß wesentlich gleiche Tatbestände nicht ohne sachlichen Grund unterschiedlich behandelt werden dürfen et vice versa. Da wäre schon sehr viel erreicht. Ich glaube, daß der Ansatz von Herrn *Müller*, der in dem letzten Satz der These 2 zum Ausdruck kommt: „Die besondere Struktur verlangt ein besonderes Vorgehen, indem zuerst untersucht wird, welche tatsächlichen Unterschiede vorliegen und hierauf, ob die Gleich- oder Ungleichbehandlung im Hinblick auf diese Unterschiede gerechtfertigt ist“, den zentralen Gehalt des Gleichheitssatzes trifft. Er bedarf meiner Meinung nach nur einer kleinen Ergänzung: Der erste Schritt in diesem Vergleichsverfahren ist der Schritt, die Vergleichsobjekte zu suchen, und schon bei diesem Schritt geht es nicht ohne Wertung. Wir erleben das etwa derzeit in Österreich – ich glaube, das wird bei Ihnen nicht anders ein – an einer sehr dramatischen Diskussion: Das Überborden des Sozialstaates verlangt Rücknahmen und verlangt Opfer. Man hat in Österreich etwa den Ruhegenuß der Beamten durch Ruhensbestimmungen verändert: es ruht ein Teil der Beamtenversorgung, wenn die Beamten im Ruhestand gegen Entgelt tätig sind. So etwas hatten wir für Sozialversicherungspensionisten schon immer; für die Beamten wurde das vor kurzem neu eingeführt: ist das gleichheitsmäßig? Da ist doch die erste Frage: womit vergleiche ich hier? Vergleiche ich den Beamten mit den Sozialversicherungspensionisten? Vergleiche ich den pensionierten Beamten mit dem aktiven Beamten oder vergleiche ich den pensionierten Beamten, der unter einem Regime Beamter war, wo es solche Ruhensbestimmungen nicht gegeben hat, mit dem Beamten, der in einem Regime tätig ist, wo es solche Ruhensbestimmungen

schon gibt, was dann zumindest dazu führen müßte, daß der Gleichheitssatz einschleifende Übergangsregelungen verlangt? Der Verfassungsgerichtshof tendiert zu diesem letzten Ansatz. Aber schon in dieser Frage nach den Vergleichsobjekten kommt es zu einer wertenden Entscheidung und das wollte ich sozusagen ergänzend sagen.

Es ist sehr schwer, auch bei dem bescheideneren Ansatz, den Herr Müller gewählt hat, die Prüfung einer Norm am Gleichheitsgrundsatz rationalisierbar zu machen — aber ich glaube, es geht noch immer besser, als unmittelbar und direkt auf die Gerechtigkeit zu rekurrieren. Insbesondere dann, wenn man versucht, wie uns das Müller in den Thesen 7 und 8 m.E. sehr schön gezeigt hat, die Wertungen aus der Rechtsordnung selbst heraus zu nehmen. Dankeschön.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr Korinek. Ein kurzes Wort der Replik von Herrn Zippelius.

Zippelius: Ich würde Herrn Korineks Bedenken voll teilen, wenn ich unterstellen würde, daß der Gleichheitssatz ein inhaltserfülltes Gerechtigkeitsprinzip sei. Ich meine aber, man müsse ihn vor allem als einen Schlüsselbegriff verwenden, um die Gerechtigkeitserwägungen begrifflich zu strukturieren; er ist also in der Tat in meiner Version inhaltlich in hohem Maße ergänzungsbedürftig und verweist auf Gerechtigkeitsprinzipien spezifischer Lebensbereiche, etwa auf Prinzipien der Verfassungsgerechtigkeit, der Verfahrensgerechtigkeit oder der sozialen Gerechtigkeit. Die Antwort auf die damit gekennzeichneten Gerechtigkeitsprobleme entnehmen wir zum größten Teil aus der Verfassung selbst. Die Wahlrechtsgleichheit etwa konkretisieren wir mit Hilfe des demokratischen Legitimitätsprinzips; Gleich- und Ungleichbehandlung im Steuerrecht rechtfertigen wir unter anderem aus unseren Vorstellungen von einer der Verfassung entsprechenden, sozial ausgewogenen Vermögensverteilung in der Gemeinschaft.

Vorsitzender: Vielen Dank. Jetzt darf ich Herrn Lerche bitten.

Lerche: Vielleicht darf ich gleich an die letzte Bemerkung von Herrn Zippelius etwas kritisch anknüpfen. Ich glaube, daß die noblen Reference in struktureller Hinsicht doch unterschätzt haben, wie stark das Sachlichkeitsgebot fast alle einzelnen Grundrechte in ihrer Substanz beherrscht und damit dazu führt, daß die tatbestandlichen Konturen gerade jener Lebensbereiche, von denen Sie, Herr Zippelius, eine gewisse Auffüllung des dünnen allgemeinen Gleichheitsaspektes erhoffen, wie gerade diese tatbestandlichen Konturen dadurch im Grunde uninteressant werden und unter ferner liefen untergehen. Ist es nicht doch heute so im praktischen Ergebnis, daß es nicht so wichtig ist,

was das einzelne Grundrecht sagt? Im Grunde besteht sein Aussagegehalt stets darin, daß der Staat fair und sachlich in dem jeweiligen Lebensbereich vorgehen müsse. Wie dann dieser Lebensbereich im einzelnen abgegrenzt wird, ist weniger interessant. Die Grundrechte werden, so gesehen, mehr zu Perspektiven, wie das Sachlichkeitsgebot in den einzelnen Feldern zu betrachten ist. Um es zugespitzt zu sagen: Wenn der ganze Grundrechtsteil in dem Satz bestünde, „der Staat hat sich in fairer und sachlicher Weise zu verhalten“, so würden die Ergebnisse, auch die Ergebnisse der Verfassungsrechtsprechung, keineswegs so ganz andere sein, als wie wir sie haben, wenn wir den gegenwärtigen ausziselierten Grundrechtsabschnitt vor uns sehen.

Und wenn ich das noch schnell hinzufügen darf, denn Herr *Hüberle* braucht ja seine Plusminuten für seinen Beitrag: Um so mehr möchte ich Ihnen, Herr *Zippelius*, widersprechen bei der Auffassung, daß von einer Verletzung des Gleichheitssatzes nur die Rede sein könne, wenn dies auf breiteste Akzeptanz trifft. Das scheint mir, bei aller richtigen Zurückhaltung des Gerichts im übrigen, darüber wäre ja uferlos zu sprechen, nun doch eine unnötige Kapitulation vor der Akzeptanz zu sein. Verzeihen Sie diese kleine Kritik am Schluß.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Lerche*, für die dezidierte Stellungnahme.

Zippelius: Tut mir leid, da muß ich schon wieder kurz das Wort nehmen.

Vorsitzender: Dann aber kurz!

Zippelius: Gleich zum Letzten, Herr *Lerche*: Die Aufforderung zur Zurückhaltung bezog sich nur auf die richterliche Kontrollkompetenz; nur für diese sollte das Erfordernis breiter Akzeptanz gelten. Dann zum Vorausgehenden: Nach meinen Vorstellungen geben die Gleichheitserwägungen – nämlich das Herausstellen gemeinsamer und unterschiedlicher Merkmale – der Gerechtigkeitsfrage durchaus einen griffigen Zuschnitt. Mit diesem Zugriff arbeitet etwa die englische Fallrechtsjurisprudenz, und zwar recht gut. Und auch die ergänzende Heranziehung der spezifischen Gerechtigkeitsprinzipien der einzelnen Lebensbereiche läßt ja dann die Antwort nicht ins Uferlose zerfließen, sondern fragt eben: Was sagt die Verfassung zu der anzustrebenden Familien-, Ehe- oder sonstigen Sozialstruktur? Was sagt die Verfassung zur sozialen Gerechtigkeit usw.? Auf solche Weise gewinnt man durchaus griffige Prinzipien, um auf die durch den Gleichheitssatz strukturierten Gerechtigkeitsfragen eine weitgehend schon durch die Verfassung selbst vorgezeichnete Antwort zu finden.

Vorsitzender: Vielen Dank. Eine Meldung zur Geschäftsordnung, Herr Meyer! (Gelächter)

Meyer: Ich bin zwar kein Traditionalist, aber ich bitte doch zu erwägen, ob wir nicht zu der alten Regel wieder zurückkehren, nach der die Referenten in der „Halbzeit“ auf die bis dahin zusammengekommenen Beiträge eingehen können; das ist ein guter Brauch gewesen. Vielleicht erübrigt sich ja die eine oder andere Intervention, Herr Zipelius, wenn sich die Kollegen schon vorher gegenseitig korrigieren.

Vorsitzender: Danke sehr, Herr Meyer. Ich sehe, daß das Beifall findet. Ich wollte nur bemerken, daß natürlich auch die hier eben praktizierte Methode sofortiger Replik Vorteile hat, weil sie einen lebendigen Dialog schafft. Es hat alles seine Vor- und Nachteile. Wir müssen hier zu Kompromissen kommen. Ich darf Herrn Häberle bitten und ihn vielleicht auch bitten, das ihm gewährte Privileg nicht übermäßig zu strapazieren.

Häberle: Herr Vorsitzender, vielen Dank für Ihre lebenswürdige Bemerkung! Herrn Lerche verspreche ich feierlich, daß ich heute in jeder Hinsicht einen „Minus-Beitrag“ leisten werde, zeitlich und natürlich auch inhaltlich. Im übrigen könnte Herr H.P. Ipsen als „Chronist“ gewiß bestätigen, daß ich bislang höchstens zwei- bis dreimal die magische Fünf-Minuten-Grenze überschritten habe, und auf unserer letzten Tagung in Passau sprach ich unter Protest eines Zwischenrufers und unter Beifall von Herrn Kriele sogar nur zwei Minuten. –

Jetzt vorweg zwei Vorbemerkungen, von denen eine „unseriös“ sein mag, sodann zwei Grundsatzprobleme unter den Stichworten: der Typus des atlantisch/gemeineuropäischen Verfassungsstaates als Schatzhaus von Gerechtigkeitsmaximen von *Aristoteles* über *Radbruch* bis *Rawls* sowie die Gerechtigkeitsfunktion des Gleichheitssatzes. Vorweg: Fürchten Sie nicht, daß ich über die „Quotenregelung und die Deutsche Staatsrechtslehrervereinigung“ spreche, etwa bezogen auf Vorstandswahlen, die Aufnahme von Damen in unsere Vereinigung oder die Auswahl der Referenten. Zwar kann sich unser Mitglied, Herr Ehmke, rühmen, bei der SPD die Quotenregelung für Frauen erfunden zu haben, doch habe ich „Angst vor Virginia Woolf“ in Hamburg bzw. „Zeit“-Glossen. – Jetzt die ernsthafte Vorbemerkung: Wir können glücklich sein über die Arbeitsteilung zwischen den heutigen Referenten. Wissenschaftsgeschichtlich läßt sich ja belegen, daß die Schweiz und Deutschland seit Generationen *gemeinsam* am Typus Verfassungsstaat und seinem Gleichheitssatz arbeiten. Ich erinnere an die Willkür-Rechtsprechung des Schweizer Bundesgerichts zu Art. 4 BV und an *Walther Burckhardt* bzw. an die Formel vom vernünftigen

Grund, an die *G. Leibholz* und das deutsche BVerfG anknüpfen, die darob selbst zu Klassikertexten im Verfassungsleben unseres Themas wurden. Heute hat Herr *Georg Müller* vorgeführt, was der „Schweizer Pragmatismus“ leisten kann, zumal wenn er hintergründig wirksame theoretische Vorgaben besitzt. Erneut zeigt sich das generationenübergreifende rechtskulturelle Geben und Nehmen bei der deutsch-schweizerischen Gemeinschaftsarbeit am Verfassungsstaat. —

Zum ersten Hauptpunkt meines Votums, zum Stichwort „Gerechtigkeitsprinzipien im Typus Verfassungsstaat“: M.E. ist es hohe Zeit, Rechtsphilosophie und Verfassungsstaatslehre **ineinander** zu sehen. Die Kriterien und Prinzipien der Gerechtigkeitslehren aus vielen Jahrhunderten haben im Typus Verfassungsstaat ihr Forum und in seinen Verfassungsprinzipien einen Ausdruck. Stichworte sind: „Verfahrensgerechtigkeit, Gerechtigkeit als Fairness“, die reale Gleichheit, Aspekte der von Herrn *Lerche* zitierten neuen Sicht der Grundrechte, die zwei Gerechtigkeits-Arten von *Aristoteles*, *Kants* Menschenwürde und der fortentwickelte soziale Rechtsstaatsgedanke, die gemischte Verfassung: All das sind Teilausprägungen des heutigen Verfassungsstaates, die klassisch als Gerechtigkeitsprinzipien in der Rechts- und Staatsphilosophie diskutiert werden. — Habe ich noch eine halbe Minute?

Vorsitzender: Sie haben noch 1 1/2 Minuten.

Häberle: Ja, eigentlich viel zu viel. Jetzt der zweite Hauptpunkt meines Votums, das Stichwort „Die Gerechtigkeitsfunktion des Gleichheitssatzes“. Hier zeigen sich grundlegende Übereinstimmungen zwischen beiden Referaten, so klangschön und formvollendet, grundsätzlich geistesgeschichtlich Herr *Zippelius* und so hart pragmatisch konkret, aber theorie-fundiert Herr *Georg Müller* arbeiteten. Vergegenwärtigen wir uns den Gleichheitssatz in der Entwicklungsgeschichte des Verfassungsstaates, so zeigt sich eine **aggressive**, höchst dynamische Seite und Funktion im Durchgriff auf sich im Wirklichkeitsbezug wandelnde Gerechtigkeitsvorstellungen. Dies wird in den Textstufen greifbar. In Weimar hieß es noch: „Alle Deutschen sind vor dem Gesetz gleich“, nach Art. 3 Abs. 1 GG sind „alle Menschen“ vor dem Gesetz gleich. Aber auch an den speziellen Ausformungen des Gleichheitssatzes zeigt sich diese Entwicklung, etwa an Art. 6 Abs. 5 GG, der mir aus theoretischen, nicht etwa persönlichen Gründen ganz besonders wichtig ist (Gleichstellung nichtehelicher Kinder als Gerechtigkeitsgewinn). Hier sehen wir in der Zeitachse die dynamische Kraft der Gleichheits- bzw. Gerechtigkeitsproblematik. Also große Bekräftigung der Verknüpfung von Prinzipien unserer verfassungsstaatlichen Verfassung mit dem Schatzhaus der Philosophie-Geschichte aus 2000 Jahren wie diese Herr *Zippelius* auf seine Weise zum Ausdruck gebracht

und Herr *Müller* aus dem gelebten politischen Erfahrungswissen der Schweiz konkret gemacht hat. Danke sehr!

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Häberle*! Ich werde nicht den Versuch machen, das, was Sie an Zeit eingespart haben, nun anderweitig zu „verkaufen“. Ich kann es selbst gut gebrauchen. Ich darf nun Herrn *Riedel* bitten.

Riedel: Schönen Dank, Herr Vorsitzender. Ich werde versuchen, dem Beispiel von Herrn *Häberle* zu folgen und mich ganz kurz zu fassen. Bevor wir die konkrete Frage hier erörtern, welche Lösung wir etwa zur Quotenregelung anstreben wollen, wenn wir vor Studenten im beginnenden Wintersemester über den Gleichheitssatz zu sprechen haben, müßten wir uns zunächst einmal fragen, welche Konsequenzen sich daraus für die Rolle des Bundesverfassungsgerichts ergeben, für die Gesetzgebung und für die Verwaltung, wenn wir das Prinzip zunächst einmal selber betrachten. Die Gefahr ist nämlich groß, daß Vorfragen ungeklärt bleiben und der Gleichheitssatz sogleich in Dienst genommen wird, ohne daß Konsens je erreicht werden kann. Es ist vielleicht das Grundrechtsproblem überhaupt, das hier am Gleichheitssatz heute exemplarisch aufscheint. Ein Konflikt, der von *John Hart Ely* in den Vereinigten Staaten in Harvard vor einigen Jahren in seinem bekannten Buch „Democracy and Distrust“ auf den Punkt gebracht worden ist. Siedeln wir den Konflikt dort an, daß wir sagen, zunächst einmal müssen wir dem Demokratieprinzip unser Hauptvertrauen gönnen und Demokratie mit Vertrauen gleichsetzen, dann ist das Mehrheitsprinzip in allen seinen Schattierungen und Ausfäucherungen das ausschlaggebende. Der Gesetzgeber hat dann sozusagen als Gleichheitsgarant zu fungieren. Auf der anderen Seite, wenn wir das „Distrust“-Moment, das Mißtrauensprinzip in den Vordergrund stellen, dann rückt sofort die Abwehrproblematik in den Vordergrund; dann steht der Minderheitenschutz sowie der formelle und der materielle Rechtsstaat, insbesondere der deutschen Tradition, im Vordergrund der Überlegungen. Gleichheit als Verfahrensgleichheit und der materielle Rechtsstaat als späteste Ausprägung dieses Mißtrauensgedankens kennzeichnet dann den zentralen Parameter. Daraus ergeben sich ganz fundamentale Konsequenzen etwa für die Rolle des Bundesverfassungsgerichts, ob es „judicial activism“ oder „judicial self-restraint“ ausüben muß. Ist das Mehrheitsprinzip in seiner Mehrheitsausrichtung zu verstehen, dann muß natürlich „self-restraint“ erfolgen. Verfolgen wir aber die „Distrust“-Momente, dann steht die Minderheitsgerichtetheit und der Schutz von Minderheiten im Vordergrund, und es ergeben sich dann auch ganz andere Rollenfunktionen für das Bundesverfassungsgericht. Herr *Schoch* hat in seinem Begleitaufsatz diese unter-

schiedlichen und in beiden Ansätzen in der Rechtsprechung des Ersten und des Zweiten Senats vorzufindenden Argumentationslinien m.E. sehr schön herausgearbeitet, allerdings in anderer Kennzeichnung geschildert. Es liegt nahe, wenn man diese Grundaporie des Demokratieprinzips und des Mißtrauensprinzips sich näher betrachtet, daß man dann nach einem Brückenprinzip sucht und daß man das meistens, wie Herr *Häberle* das so brillant getan hat, aus einer verfahrensrechtlichen Perspektive betreibt.

Der formal-prozedurale Aspekt hat viel für sich, auf den Herr *Zippelius* dann am Rande verwies, als er die richterrechtliche Tradition etwa in England im „common law“-Rechtskreis charakterisierte. Meines Erachtens, und diese kritische Bemerkung sei mir gestattet, greift dieser Ansatz aber nicht, denn die *rationes decidendi*, die tragenden Entscheidungsgründe sind im Grunde genommen eine *petitio principii* selbst im anglo-amerikanischen Recht. Denn was ist „tragend“? Der Richter im anglo-amerikanischen Recht kann im Wege des „distinguishing“ an sich einschlägige Präjudizien für unanwendbar erklären, er kann „distinguishing out of existence“ betreiben. Und als Rechtstudent im englischen Sprachraum wird einem sofort gesagt: „Das ist ein schlechter Jurist, der nicht Gleiches, faktisch und rechtlich Gleiches, als ungleich argumentieren kann und umgekehrt.“ Das ist nur eine Argumentationsfigur. Ich will damit jetzt nicht der „critical legal studies“-Bewegung, der Rezeption der Frankfurter Schule an der Westküste Amerikas das Wort reden, aber es ist zu erwarten, daß eine Rückrezeption dieser sprachphilosophisch-strukturalistischen und fundamental-kritischen Einstellung gegenüber der Leistungsfähigkeit definitiver Normvorgaben stattfinden wird, auch und gerade im Hinblick auf die sich entfächernde Quotenregelungsdiskussion in Deutschland. Hier wird wahrscheinlich mit einer Zeitverschiebung die umfangreiche verfassungsrechtliche Debatte an amerikanischen Law Schools nachvollzogen werden.

Meine Frage an Herrn *Zippelius* wäre dann ganz konkret: Ist es überhaupt ein Ausweg, eine Etage höher nach Kriterien der Gerechtigkeit zu suchen? Ist das ein Lösungsmodell oder müssen wir nicht eher eine Stufe herabsteigen, vielleicht mittlere Prinzipien der Auslegung suchen, für die Herr *Alexy* in seiner Theorie der Grundrechte argumentiert hat, um Prinzipienstandards und subsumtionsfähige Rechtssätze zu finden? Meine Frage an Herrn *Zippelius* wäre also, ob denn die Suche nach Gerechtigkeitskriterien uns hier weiterhilft oder ob wir da nicht nur neue und größere Aporien vorfinden werden. Und eine zweite, sehr viel kürzere Frage an Herrn *Müller*. Sie hatten die sehr provozierende These aufgeworfen, ob der Gleichheitssatz im Völkerrecht überhaupt gelte. Und auf den Punkt gebracht, im Völkerrecht fänden wir den Gleichheitssatz allenfalls in Verbindung mit weiteren,

konkreteren Rechtssätzen menschenrechtlicher Verbürgung. Warum? Liegt das vielleicht an den Legitimationsdefiziten im Bereich der Europäischen Menschenrechtskonvention, aber auch des EG-Rechts? Anders ausgedrückt, können wir es uns im innerstaatlichen Bereich leisten, vielleicht mehr als nur ein Willkürverbot zu fordern und auch materielle Kriterien dieses Gleichheitssatzes zu entwickeln, weil der Verfassungsinstitutions- und Legitimationszusammenhang hier voll ausgefächert vorhanden ist? Ihre Antwort hierzu würde mich sehr interessieren. Es sind dies alles Struktur- und Vorfragen, die die Debatte um die „reverse discrimination“ oder die Quotenregelung m.E. strukturieren sollten. Vielen Dank!

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Riedel*. Ich darf jetzt sagen, wie die Reihenfolge für den Rest dieser Runde I sein könnte. Da hatte ich hier Herrn *Starck*, Herrn *Schachtschneider*, Herrn *Sachs*, Herrn *Hoffmann-Riem* und dann Herrn *Ipsen*, der ausdrücklich vermerkt hat: Im Übergang zur Runde II. Wenn wir vielleicht so verfahren könnten, dann würde ich jetzt Herrn *Starck* bitten.

Starck: Wir haben in dem Bericht von Herrn *Zippelius* eine Probe der Disziplin des allgemeinen Verfassungsrechts der westlichen Staaten bekommen. Herr *Zippelius* hat so argumentiert, daß er sein Referat ebenso z.B. auf einer französischen oder einer schweizerischen Staatsrechtslehrertagung hätte vortragen können; er hätte nur in seinem letzten Abschnitt Beispiele aus dem französischen oder dem schweizerischen Verfassungsrecht einsetzen müssen. Wir sind Herrn *Zippelius* für diesen allgemeinen Ansatz dankbar, weil er uns die Universalität des allgemeinen Gleichheitssatzes vor Augen geführt hat; zugleich hat er aber auch deutlich gemacht, wie stark das Gleichheitsurteil im einzelnen Fall von der Ambiance der jeweiligen Verfassung bestimmt wird (Thesen II 2,3). – Herr *Müller* ist in seinem Bericht umgekehrt vorgegangen. Er hat seinen Vortrag vom speziellen Staatsrecht her aufgebaut, d.h. vom schweizerischen Staatsrecht mit Verbindungslinien und Vergleichen zum Staatsrecht der Bundesrepublik, indem er schon zu Beginn seines Referates gesagt hat, daß der Gleichheitssatz verknüpft werden muß jeweils mit bestimmten verfassungsrechtlichen Regelungen aus den Freiheitsrechten, aus den Kompetenznormen, die in der Schweiz offenbar auch Aufgabennormen sind; er hat uns dann dieses im einzelnen vorgeführt. Das hätte man natürlich ganz genauso gut auf der Basis des deutschen Verfassungsrechts machen können. Dankenswerterweise hat aber Herr *Müller* ausdrücklich auch auf die allgemeine verfassungsrechtliche Dimension der Gleichheitsproblematik hingewiesen. Von ihm stammt der Satz, Grundfragen und Methoden, die er anwende, seien Methoden, die allgemein in den Verfassungsstaaten

zur Auslegung des Gleichheitssatzes angewendet werden können. Nun hat Herr *Müller* uns einige ganz bunte Beispiele für solche Gleichheitsurteile aus der Praxis der Gleichheitsjudikatur der Schweiz vorgeführt.

Die Berichte haben mich zu der folgenden Überlegung veranlaßt: Wenn man davon ausgeht, daß in Zukunft europäische Gerichte mehr und mehr über Rechtsfragen entscheiden, die in einzelnen Staaten anfallen – also etwa für die Bundesrepublik würde man an den Europäischen Gerichtshof denken und, die Schweiz mit einbegriffen, würde man an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte denken –, so muß man bei dem Ansatz, den Sie beide gewählt haben, die Konsequenz sehen, daß die Gleichheitsproblematik sozusagen eine Stufe höhergehoben wird und daß die Anknüpfungspunkte, die wir in unserem konkreten Verfassungsrecht haben, um den Gleichheitssatz mit Inhalt zu füllen, nicht mehr unbedingt gelten, sondern in der höheren Ordnung, also etwa in der Ordnung der Menschenrechtskonvention oder des Europäischen Gemeinschaftsrechts zu suchen sind, die vielleicht in anderer Art den Gleichheitssatz ausfüllen. Das bedeutet, daß sich – soweit auf europäischer Ebene Recht gesprochen wird – die Kriterien, die wir unserem Verfassungsrecht entnehmen, um den Gleichheitssatz mit Inhalt zu füllen, abschleifen werden. Eine ganz parallele Beobachtung haben wir im Verhältnis des Landesverfassungsrechts zum Bundesverfassungsrecht gemacht.

Eine zweite Bemerkung, die auch noch zu den Strukturproblemen des Gleichheitssatzes gehört, möchte ich anschließen und dabei wieder auf Unterschiede im Ansatz der beiden Referenten hinweisen. Es handelt sich um die Problematik der faktischen Gleichheit. Herr *Zippelius* hat ganz offensiv, möchte ich einmal sagen, diese Problematik im allgemeinen Gleichheitssatz verortet und hat gezeigt, daß sie historisch gesehen eigentlich dort verortet war. Er hat dann allerdings an zwei Stellen deutliche Einschränkungen machen müssen. Er hat zunächst gesagt, daß bezüglich der faktischen Gleichheit eine verfassungsgerichtliche Einklagbarkeit nicht gegeben sei, und hat dann auch materielle Grenzen der faktischen Gleichheit genannt: Die Freiheitsrechte und die Selbstverantwortung des Bürgers. Ich bin diesem Argumentationsansatz gegenüber skeptisch und würde lieber den Weg von Herrn *Müller* wählen und die Problematik der faktischen Gleichheit im Rahmen des Sozialstaatsprinzips behandeln, das dann eine Differenzierungserlaubnis im Zusammenhang mit dem Gleichheitssatz darstellt. Immerhin haben wir dadurch den Vorteil, daß wir nicht zwei möglicherweise sich widersprechende Prinzipien aus ein und demselben Verfassungssatz ableiten. Wir müssen auch immer bedenken, daß bei uns die Überlegungen zur Auslegung der Grundrechte, hier des allgemeinen Gleichheitssatzes, nicht bloße theoretische Überlegungen sind, wie das in anderen Staaten der Fall

sein mag, sondern daß der Gleichheitssatz vom Bundesverfassungsgericht unmittelbar angewandt wird. Nicht alles, was die Professoren aus dem Gleichheitssatz herleiten, wird vom Verfassungsgericht als geltendes Verfassungsrecht angesehen. Aber verführerische Tendenzen konnte man schon beobachten. In der Schweiz liegen die Dinge anders. Die Schweiz hat keine Normenkontrolle für Bundesgesetze, insoweit kann man in der Schweiz über den Gleichheitssatz doch noch viel mehr spekulieren, ohne daß daraus eine allzugroße Machtverschiebung zwischen Parlament und Gericht folgt. Im übrigen muß man Ihnen, Herr *Müller*, besonders dankbar sein, daß Sie als Schweizer für den Einsatz des Sozialstaatsprinzips plädiert haben, obwohl so ein Prinzip in ihrer Verfassung nicht zum Ausdruck kommt, wie es auch in der US-amerikanischen Verfassung nicht existiert und von daher die Verlockung viel größer ist, sich insoweit auf den Gleichheitssatz zu berufen.

Eine letzte Bemerkung, zugleich eine kritische Bemerkung zu dem Ansatz von Herrn *Zippelius* ist die: Sie haben am Anfang Ihres Referates ausdrücklich auf den Art. 1 Abs. 3 GG hingewiesen und haben gesagt, daß auch der Gleichheitssatz unmittelbar geltendes Recht ist. Wenn er das ist, dann meine ich, muß man bei der Interpretation sich danach richten und muß, wenn man Probleme der faktischen Gleichheit erörtert, sie doch außerhalb des Art. 3 Abs. 1 GG verorten, um nicht in Widerspruch zu der Bindungsklausel zu geraten. Im übrigen schlage ich vor, daß wir den Ausdruck „faktische Gleichheit“ vermeiden, weil er etwas besagt, was wir wahrscheinlich alle gar nicht meinen. Entweder sollten wir von der Angleichung der faktischen Verhältnisse oder vom sozialen Ausgleich – das ist ja gemeint – sprechen; denn die Herstellung faktischer Gleichheit ist ein Unding, von dem wir in unserer weiteren Diskussion nicht mehr sprechen sollten.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Starck*. Ich stelle fest, Sie haben 8 Minuten gesprochen und damit das *Häberle-Zachersche*-Gardemaß erreicht. Ich möchte aber alle Kollegen dringend bitten, sich die Situation vor Augen zu führen: Wir haben noch 21 Wortmeldungen insgesamt, ohne daß ich Zwischenrepliken eingerechnet hätte und ein kleines Rechenexempel zeigt mir, daß das nur zu bewältigen ist, wenn jeder strikt bei gleichen Bedingungen nicht länger als 4 Minuten spricht, also bitte möglichst noch etwas darunter, sonst ist das hier einfach nicht zu machen und ich verspreche Ihnen auch, das habe ich den Kollegen auch gesagt, ich mache eine Runde zu III. Es geht also nicht alles in I jetzt ein, was eigentlich nach III gehört. Das erfordert schon die Gerechtigkeit, so daß ich also bitten möchte, sich an diese Situation der Knappheit der Ressource Zeit anzupassen. Ich darf dann Herrn Schachtschneider das Wort geben.

Schachtschneider: Mich interessiert die ethische Dimension des Gleichheitsprinzips. Von daher möchte ich die Gleichheitsjudikatur kritisieren. Ethik heißt für mich im *kantianischen* Sinne die Lehre von der Freiheit. Sicherlich kompensiert die Judikatur der Gesetzgebungsgleichheit das moralische Versagen des Gesetzgebers. Vom Prinzipiellen her ergeben sich aber erhebliche Probleme. Das Gesetz ist im republikanischen Verständnis das allgemeine Gesetz, das auf der Grundlage der Wahrheit das Richtige für alle verbindlich macht. Das Gesetz hat repräsentativen Charakter. Der repräsentative Gesetzgeber gibt das Gesetz stellvertretend für das ganze Volk. Er muß um der allgemeinen Freiheit willen die Moralität hervorbringen, die dem Volk um der Einheit willen aufgegeben ist. Eine andere Freiheit als die zur Sittlichkeit schützt das Grundgesetz ausweislich Art. 2 Abs. 1 GG nicht; denn die Freiheit ist durch das Sittengesetz bestimmt. Dieses Sittengesetz kann nichts anderes sein als der kategorische Imperativ Kants, nicht etwa die guten Sitten. Wenn also dieser kategorische Imperativ und damit das Prinzip der Allgemeinheit eingehalten ist, kann das allgemeine Gesetz, das Gesetz aller also, die Gleichheit gar nicht verletzen; denn es gibt schlechterdings ohne Gesetz keine Gleichheit außer der in der Freiheit. Das hat uns schon *Hobbes* gelehrt, ist aber bereits *aristotelisches* Denken. Erst das Gesetz schafft die Ungleichheit, wie *Dahrendorf* nachgewiesen hat. Was ist denn gleich, was ist denn ungleich? Darüber mögen wir private Maximen haben, aber die privaten Maximen sind nicht allgemein verbindlich. Verbindlich ist die Erkenntnis von Gleichheit und Ungleichheit erst, wenn es darüber das allgemeine Gesetz, also das Gesetz der Freiheit, gibt. Wir haben *ein* allgemeines Prinzip, das ist die politische Grundentscheidung unserer Verfassung, nämlich das der Gleichheit aller in der Freiheit oder eben das der Allgemeinheit der Freiheit. Darüber hinaus gibt es außer einigen Ausfäherungen dieses allgemeinen Prinzips keine Gleichheit, etwa eine wahre Rechtsgleichheit o.ä. Somit schafft der Gesetzgeber die Gleichheit. Wie will man ohne Maßstab feststellen, daß der Gesetzgeber die Gleichheit verletzt habe. Das ist schlechterdings nicht möglich. Wer seinen privaten oder irgendeinen Maßstab nutzt, um das Gesetz zu kritisieren, macht sich notwendig zum Gesetzgeber, vorausgesetzt, seine Kritik wird allgemein verbindlich. Eine solche Gleichheitsjudikatur ist keine Rechtsprechung mehr. Wir können dessen zufrieden sein, weil der parteiliche Gesetzgeber nicht hinreichend moralisch handelt. Wir werden uns lieber den weisen Entscheidungen, der praktischen Vernunft des Bundesverfassungsgerichts beugen als dem, was Parteien im Interessenkampf als Kompromiß ausgehandelt haben. Nur heißt das, die Gewaltenteilung zu brechen. Rechtsetzende Richter gestehen dem Gesetzgeber praktische Vernunft nicht zu. Das ist der Kritikpunkt. Sicherlich müssen wir uns

erst zu der allgemeinen Sittlichkeit hinbewegen, aber von der Idee her versteht die Verfassung das Gesetz als Verwirklichung der allgemeinen Freiheit. *Schoch* hat die Maßstablosigkeit eingeräumt, die ihn auch zur Kritik der Gleichheitsjudikatur hätte führen müssen. Ich stimme *Peter Lerche* zu: Nur die Verfahren oder allgemein das Rawlssche Prinzip der Fairneß gelten. Die Kritik trifft auch das Willkürverbot, welches sich aus dem Sachlichkeitsprinzip ableitet. Was soll denn sachlich sein? Sachlich ist nur das, was der Gesetzgeber als sachlich definiert, wenn er im normativen Bereich bleibt. Es kommt also durchgehend auf das Gesetz an. Erst wenn wir uns alle, das mag altmodisch, alteuropäisch klingen, tugendhaft verhalten, können wir das allgemeine Gesetz geben, welches eine Gleichheitsjudikatur erübrigen würde. Es fragt sich, ob der Vorwurf sittlicher Pflichtvergessenheit diese Judikatur rechtfertigt – allenfalls als Notkompetenz gesetzgeberischer Art, wie *Schlaich* das schon vor Jahren gesagt hat. Danke.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Schachtschneider*. Ich darf dann Herrn *Sachs* bitten.

Sachs: Ich möchte etwas wesentlich Prosaischeres beitragen, ich schäme mich fast, und zwar darauf hinweisen, daß die Gleichheit als Grundrecht vielleicht auch hier einmal etwas mehr von der subjektivrechtlichen Seite gesehen werden sollte, und dabei scheint es mir heute fraglich, ob das Verständnis als modales Abwehrrecht wirklich ausreicht. Das Gleichheitsrecht bekommt, meine ich, sein ihm zukommendes Gewicht im Rahmen der Verfassung erst, wenn man es bei aller inhaltlichen Offenheit trotzdem als materiales Recht versteht. Das heißt folgendes: Was geschieht der Person, die ungleich behandelt wird? Sie fühlt sich ungerecht behandelt, fühlt sich gekränkt, ähnlich wie jemand, der in der Ehre gekränkt wird. Welches Recht ist verletzt? Das Persönlichkeitsrecht an der Ehre. Parallel gibt es, meine ich, das Persönlichkeitsrecht am gleichen Rechtswert der Person, das bei Ungleichbehandlung beeinträchtigt wird, und das sollte man vielleicht einmal in Erwägung ziehen. Konsequenzen aus diesem Ansatz ergeben sich in einem Punkt, den *Günter Dürig* im Rahmen der gleichen Rechtsanwendung ‚Popularklage des Neides‘ genannt hat. Eine Person wird nicht begünstigt, während andere in rechtswidriger Weise, gesetzwidriger Weise Vorteile erlangen. Dagegen möchte er sich wehren. *Günter Dürig* und fast alle anderen vermissen dafür eine Basis. Ich meine, wenn man die Gleichheit als materiales Persönlichkeitsrecht versteht, haben wir diese Basis. Es ist nicht ‚Popularklage des Neides‘, sondern ein legitimes negatorisches Abwehrrecht an der eigenen persönlichkeitsrechtlichen Gleichheit. Vielen Dank.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Sachs*, auch für die Kürze dieses Beitrages. Ich glaube, Ihre These kam trotzdem sehr klar heraus. Ich darf jetzt Herrn *Hoffmann-Riem* das Wort geben.

Hoffmann-Riem: Herr *Zippelius* hat den Vorschlag aufgegriffen, die Gleichheitsvorstellungen an die Gerechtigkeitsvorstellungen aus den jeweiligen Lebensbereichen anzuknüpfen. Wenn ich mir einmal vorstelle, welche Gleichheits- und Gerechtigkeitsvorstellungen im Hinblick auf den Gleichheitssatz in der allgemeinen Bevölkerung bestehen und sie mit dem Verständnis der Juristen bei der Handhabung des Gleichheitssatzes vergleiche, dann stelle ich ein großes Auseinanderklaffen fest. Die juristische Zähmung des Gleichheitssatzes im Willkürverbot hat zu einer Entfremdung im allgemeinen Gleichheitsverständnis der Bevölkerung und in den Gerechtigkeitsvorstellungen vieler Lebensbereiche geführt. Das Gleichheitsbewußtsein des juristischen Laien findet sich im Gleichheitsverständnis der Rechtswissenschaft und Rechtspraxis nicht wieder. Die Zähmung des Gleichheitssatzes hat u.a. bewirkt, daß das Grundrecht des Art. 3 GG seiner gesellschaftspolitischen Sprengkraft beraubt worden ist, aber als Instrument zur symbolischen Sicherung von politischer Legitimation erfolgreich einsetzbar bleibt.

Wenn ich mich nun frage, was die Referenten zur Überwindung der Kluft angeboten haben, dann denke ich insbesondere an Herrn *Müllers* Vorschlag, den programmatischen Gehalt des Gleichheitssatzes in den Vordergrund zu rücken. Aber auch insofern habe ich eine gewisse Ratlosigkeit verspürt. Wenn etwa Herr *Müller* diesen programmatischen Gehalt allein an die Gesetzgebung adressiert und andere Adressaten offenbar nicht als direkt gebunden ansieht, dann wird deutlich, daß ein so verstandenes programmatisches Grundrechtsverständnis schon wieder selbst gezähmt ist. Gleichzeitig wird sichtbar, daß wir in der juristischen Dogmatik offenbar keine Instrumente entwickelt haben, um eine solche Grundrechtsprogrammatisierung folgenreich umzusetzen. Wir haben insbesondere keine begleitenden Implementationshilfen erarbeitet. Was fehlt, ist eine Dogmatik der Grundrechtsprogrammatisierung, auch im Bereich des Art. 3. Sie müßte ähnlich differenziert ausgebaut sein wie die Schrankendogmatik.

Weil wir das geeignete Instrumentarium nicht haben, laufen Gesetzgebungsaufträge bzw. Grundrechtsappelle weitgehend leer. Eine Folge davon ist z.B. die Diskussion um Quotenregelungen bei der Gleichstellung der Frau. Dabei möchte ich nicht verschweigen, daß mir Quoten ein durchaus problematisches Instrument mit latent dysfunktionalen Nebeneffekten zu sein scheinen. Wir müssen aber auch fragen, wieso es zu der Quotendiskussion kommen konnte. Wenn heute Quoten gefordert werden, dann ist dies ein Dokument

der Hilflosigkeit. Es ist ein Beleg für die Erfolglosigkeit eines fast vierzigjährigen Versuchs, die Gleichstellungsprogrammatik des Grundgesetzes real umzusetzen. Wenn ich mir angesichts eines solchen Befundes die Ausführungen von Herrn *Müller* ansehe, nach denen es sinnvoll und verfassungsrechtlich vorzugswürdig wäre, andere mildere Schutz- und Vorsorgemaßnahmen zu ergreifen, dann frage ich mich, was zu tun ist, wenn sich empirisch belegen läßt, daß solche Schutz- und Vorsorgemaßnahmen versagen. Ist dann als letzter Ausweg der Rückgriff auf weitergehende Lösungen – nämlich die Quotenregelung – verfassungsrechtlich doch erlaubt? Daß die bisher eingesetzten Instrumente der Gleichstellung der Frau versagen, das kann man nicht nur an der Mitgliederliste unserer Vereinigung ablesen, sondern auch in anderen uns nahestehenden Bereichen beobachten, bis hin zu Berufungsentscheidungen. Dem sind viele gesellschaftliche Weichenstellungen vorausgegangen. Es gibt offenbar viele Möglichkeiten zum Unterlaufen von oder zum Ausweichen vor programmatischen Aufträgen. Wenn ich an eine Formulierung von Herrn *Zippelius* anknüpfen darf, dann möchte ich formulieren, daß es nicht nur Don Juans der Gerechtigkeit gibt, sondern auch Don Juan-ähnliche Künstler im Ausweichen von Grundrechtsprogrammen. Deshalb lautet meine Frage am Ende: Und wo ist der Komtur, der diese Don Juans zur Rechenschaft zieht?

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Hoffmann-Riem*. Vor dem Komtur haben wir, glaube ich, heute alle etwas Angst nach dem Diktum von Herrn *Zippelius*. Ich darf nun Herrn *Schiedermair* bitten.

Schiedermair: Ich muß gestehen, daß mir die Gliederung gewisse Schwierigkeiten bereitet. Mit Punkt I sind „Strukturprobleme“ angesprochen und da Strukturen im allgemeinen das sind, was jeder von uns für wichtig hält, weiß ich nicht, was für Punkt II und III noch übrig bleiben soll. Ich möchte drei kurze Bemerkungen machen zum Verhältnis von Gleichheitssatz und Willkürverbot, das in den beiden ausgezeichneten Referaten angesprochen worden ist.

Die Tendenz des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts, das Willkürverbot vom Gleichheitssatz loszulösen und als allgemeine materiale Gerechtigkeitsgarantie aufzufassen, ist nicht unproblematisch. Einer der ersten Fälle, in denen diese Tendenz sichtbar wurde, war der Fall der armen Frau, die trotz anwaltlicher Beratung ein Opfer der Zwangsvollstreckung und Zwangsversteigerung wurde und ein Grundstück verlor – eine offenkundige Ungerechtigkeit. Statt die Gerechtigkeit nun im Regreß beim Anwalt zu suchen, hat der Zweite Senat Art. 3 GG herangezogen und als Garantie materialer Gerechtigkeit ausgegeben. Der Erste Senat war vorsichtiger und hat in vergleichbaren Situationen nach der Anwendbarkeit von Art. 14 GG gefragt. Die Be-

denken gegen die Rechtsprechung des Zweiten Senats ergeben sich aus der staatlichen Kompetenzordnung. Nach der Kompetenzordnung des Grundgesetzes ist das Bundesverfassungsgericht sicherlich nicht dazu berufen, mit Art. 3 GG in der Hand als Hüter materialer Gerechtigkeit aufzutreten.

Meine zweite Bemerkung: Gleichheitssatz und Willkürverbot stehen nicht zusammenhanglos nebeneinander, sondern sie gehören ganz im Sinne der *Leibholzschen* Theorie zusammen. Wir haben alle, glaube ich, keine Schwierigkeiten mit der Vorstellung, daß das Willkürverbot den Gleichheitssatz im Einzelfall so konkretisiert, daß er anwendbar wird. An meiner dritten Bemerkung ist mir besonders gelegen: Es geht um den Bereich, in dem der Gleichheitssatz als Mittel zur sozialpolitischen Steuerung und zur Legitimation sozialpolitischer Programme benutzt wird. Herr Müller hat das reichhaltige Anschauungsmaterial, das wir zur Zeit vorfinden, angesprochen und dankenswerterweise gleich auch auf die Grenzen hingewiesen, die sich hier aus den Freiheitsrechten ergeben. Es gibt auch andere verfassungsrechtliche Grenzen. So verbietet Art. 33 GG nach meiner Meinung Frauenquoten für den öffentlichen Dienst; für die politischen Parteien, denen insofern ein freier Gestaltungsspielraum zusteht, besteht dieses Verbot nicht. Ich halte die Frauenquoten, Herr *Hoffmann-Riem*, für katastrophal, weil sie den Frauen einen Bärendienst erweisen. Mit den Frauenquoten werden die Leistungen unserer Frauen und Kolleginnen ridikülisiert und herabgewürdigt. Aber das ist kein juristisches, sondern ein praktisches Argument. Das juristische Problem steckt in der Frage der Benachteiligten. Der Benachteiligte, meine Damen und Herren, ist beliebig vermehrbar, heute sind es die Frauen, morgen sind es die Ausländer, übermorgen sind es alle. In Bonn hat der Bundestag eine Enquete-Kommission „Bildung 2000“ eingerichtet, und dort wird um den Satz „gleiche Bildung für alle“ gestritten. Es wird in diesem Zusammenhang behauptet, daß der Mensch, der nunmal ungebildet zur Welt kommt – man mag das beklagen oder auch nicht – sozusagen als Patient anzusehen sei, der von Staats wegen vom Übel seiner Unbildung geheilt werden müsse. Die Grundsätze der strikten Gleichheit, die bei der Therapie zur Anwendung gelangen sollen, führen im konkreten Vorschlag bis zur Öffnung der Universität für Nicht-Abiturienten. Ich halte dieses auch gegen die Menschenwürde gerichtete emanzipatorische Denken und die emanzipatorische Benutzung des Art. 3 GG für sehr problematisch. Herr Müller schlägt uns vor, die Freiheitsgrundrechte dagegen ins Feld zu führen. Das reicht nicht. Denn so erweisen sich die Freiheitsrechte als eine Defensivstrategie gegen emanzipatorische Gleichheitsprogramme, und da werden sie auf Dauer im politischen Kampf unterliegen. Ich bin der Meinung, daß etwa die Bildung, die das Individuellste und Urpersönlichste

des Menschen ist, demgegenüber von den Freiheitsrechten her konzipiert werden muß. Auf diese Weise können unangemessene Ausweitungen sozialpolitischer Programme von vornherein abgefangen werden. Die Bildung wäre demnach nicht etwa auf der Grundlage des Art. 3 GG, sondern auf der Grundlage von Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG zu konzipieren. Herr *Müller*, hier geht es nicht um Grenzziehung, sondern darum, bestimmte Staatsaufgaben, wie Bildung und Kultur, aus den Freiheitsgrundrechten zu entwickeln und den Gleichheitssatz herauszuhalten. Vielen Dank.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Schiedermaier*. Ich darf bemerken, daß Sie es verstanden haben, die Problematik des Bereichs I mit dem des Bereichs III in einer Weise zu verquicken, daß ich das nicht mehr auseinandernehmen kann. Ich möchte aber doch darauf hinweisen, daß die Quotenproblematik an sich der Problematik, Ziff. III, vorbehalten bleiben sollte. Ich darf jetzt als vorletzten Diskutanten in dieser ersten Runde Herrn *Kloepfer* bitten und dann Herrn *Ipsen*. Bitte sehr, Herr *Kloepfer*.

Kloepfer: Herr *Müller*, ich bin Ihnen dankbar, daß Sie mein kleines Büchlein aus dem Brunnen des Vergessens gerettet haben, wenn vielleicht auch nur für eine kurze Zeit. Natürlich gibt es Unterschiede zwischen den Eingriffen in die Freiheitsrechte und den Eingriffen in die Gleichheitsrechte. Dies, glaube ich, ist überhaupt der Ansatzpunkt dafür, daß man sich Gedanken macht, ob nicht über diese Unterschiede hinaus gemeinsame Überlegungen es rechtfertigen können, eben die disziplinierende Denkfigur des Grundrechtseingriffs fruchtbar einzusetzen auch für die Umreißung der Konturen des Gleichheitssatzes. Einheitlich scheint mir zu sein bei den Eingriffen in Freiheitsrechte wie bei den Eingriffen in die Gleichheit, daß der Staat eben nur maßvoll in verfassungsgeschützte Positionen einwirken darf. Ich glaube insoweit auch gar nicht so weit im Ergebnis von Ihnen getrennt zu sein, nur in der Art der Konstruktion. Nur meine ich, daß die Sensibilisierung dafür, daß es Eingriffe in die Gleichheit gibt, die sich als Schranke rechtfertigen müssen, an sich doch die Möglichkeit gibt, hier differenzierter zu denken. Jedenfalls ist dies präziser als eine Formulierung, die besagt, man müsse nur auf eine harmonisierende Abwägung verschiedener Verfassungsprinzipien hinaus. Das ist natürlich auch wahr, aber sagt noch nicht sehr viel darüber, wie dies nun geschehen soll. Und hier meine ich, liegt der Vorteil, wenn man versucht, diese verschiedenen Aspekte des notwendigerweise maßvollen Einwirkens des Staates auf verfassungsrechtliche Positionen durch Rückgriff auf die Vorstellung von den Schranken und den Schranken-Schranken zu konturieren. Ich meine, daß Sie in den verschiedenen Thesen auch wesent-

liche Gesichtspunkte dieses Gedankens aufnehmen, etwa im Hinblick auf die Differenzierungseignetheit, die beispielsweise im Steuerrecht, Herr *Vogel*, natürlich einen relativ guten Ansatz bringt für den Lenkungszweck, freilich nur für den Lenkungszweck. Nimmt man den Gedanken der Gleichheitseinschränkung auf, ist es folgerichtig sich zu überlegen, ob nicht Erwägungen, die erarbeitet worden sind bei der Konturierung des Übermaßverbotes, hier zu übernehmen sind. Das Erforderlichkeitsprinzip etwa, das Prinzip der Differenzierungserforderlichkeit würde doch z. B. danach fragen, ob es nicht verfassungsrechtlich geboten ist, etwa bei Stichtagsregelungen feinere, schonendere Übergangsregelungen zu finden. Ist es wirklich erforderlich, etwa eine Hauruckmethode zu üben oder ist es nicht möglich, stärker differenzierend (vor allem) den Gleichheitsgedanken zu schonen? Der Sinn meiner Konstruktion war, einen Ansatz zu finden für die Geltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips auch im Gleichheitsdenken. Aber ich glaube, daß dies hier im Ergebnis von der Diskussion aufgenommen worden ist. Was mir nicht ganz klar geworden ist, Herr *Müller*, bei Ihrer Konstruktion, ist letztendlich die Frage, warum das Abwägungsgebot, Sie drücken es ja etwas anders aus, im Gleichheitssatz überhaupt gelten soll. Daß wir uns befinden sollen in einem Staat des Maßes, ist mir zu wenig und gibt mir auch zu wenig handhabbare Instrumente, um zu wirklichen nachvollziehbaren disziplinierten Verfassungsrechtsinterpretationen zu kommen.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Kloepfer*. Ich darf jetzt die Reihenfolge der nächsten Beiträge vorankündigen. Nach Herrn *Ipsen* hatte ich Herrn *Stern*, dann Herrn *Badura*, dann Herrn *Böckenförde* und dann Herrn *Schuppert* vorgesehen zum Komplex II. Herr *Ipsen*, dann darf ich Sie bitten, Lüneburg oder Hamburg, wie Sie es wünschen.

H.P. Ipsen: Unter den Strukturfragen sind Probleme, die von Beginn an, seit das Grundgesetz die Bindung auch des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz formuliert hat, Bedeutung erlangten, von beiden Referenten nicht hervorgehoben worden, so die Zuordnung der Legislative zur Gerichtsbarkeit, insbesondere zum Bundesverfassungsgericht (unter Gesichtspunkten der demokratischen Legitimation, der Gewaltenteilung), auch die Unterscheidung der Maßstäbe, die für den Gesetzgeber in der Gestaltung seiner Produkte maßgeblich sind, auf der anderen Seite die Kontrollmaßstäbe der Gerichte.

In der schon mehrfach angesprochenen Neigung von Herrn *Zippe*, das Gerechtigkeitspostulat in den Mittelpunkt seiner Überlegungen zu stellen, kann ich nur wiederholen, was Herr Kollege *Korinek* am Beginn gesagt hat: Gerechtigkeit? Jeder Gesetzgeber wird für sich in Anspruch nehmen, gerechte Gesetze zu machen, und von den Gerichten erwarte ich für ihre Rechtsprechung dieselbe Einschätzung ihrer

Tätigkeit. Gerechtigkeit als moralisches Postulat, dessen Geltendmachung durch Herrn *Zippelius* ich in hohem Maße respektiere, ist aber kein geeigneter Maßstab für die Handhabung des Gleichheitssatzes. Sie liefert weder für das Verhalten des Gesetzgebers noch für die Kontrollaktionen des Gerichts Maßstäbe. Daß Herr *Zippelius* selbst um die Gewinnung und Akzentuierung solcher Maßstäbe nachdrücklich bemüht ist, dürfte meine Kritik bestätigen.

Herr *Müller* hat in These 9 bestimmte Kontrollmaßstäbe angesprochen im Zusammenhang mit dem Egalisierungsgebot und dort die Kontrollkompetenz der Gerichte zutreffend beschnitten.

Eindeutig „ja“ kann ich sagen zu der These 5 von Herrn *Müller* und zur These II 3 a von Herrn *Zippelius*, wonach Maßstäbe zur Konturierung der Gleichheitsprüfung immanent aus der Verfassung zu gewinnen seien. Diese Überlegungen habe ich immer vertreten, mich auch gefreut, daß Herr *Starck* sie in seiner Kommentierung des Gleichheitssatzes nachdrücklich vertreten hat. Nur zweifle ich, ob die insoweit durchaus zutreffende Formulierung von Herrn *Zippelius* den Nagel auf den Kopf trifft, wenn er diese Methode schlicht als „systematische Auslegung“ bezeichnet oder gar noch als ein Verfahren, das nur korrekter Hermeneutik entspreche. Auch habe ich Bedenken zu seinen Thesen II 3 b und I 2. Darin sieht er die Gesetzesförmlichkeit, die formale Erscheinung des Gesetzes bereits als eine Art Sicherung der Gleichheitsrespektierung an, während es doch gerade darum geht, ob der Gesetzgeber bei seinem Handeln die gebotenen Gleichheitsmaßstäbe angewendet hat.

Ich stimme darin zu, daß Herr *Müller* am Ende eine mögliche Rechtfertigung von Normierungen angedeutet hat, in denen positive Merkmale einer Ungleichheit honoriert werden. Er hat zwar nicht den Ausdruck „Eliten“ gebraucht, aber doch das Stichwort „Leistung“ verwendet, wenn ich ihn recht verstanden habe. Herr *Zippelius* hat unter I 4 von Chancen und Antrieben gesprochen, die den Wettbewerb nicht zerstören dürfen und damit das gleiche Thema berührt. Ich glaube, daß unter der Handhabung des Prinzips „Sozialstaatlichkeit“ als Gleichbehandlung oder gar als „Gleichmacherei“ manches geschehen ist, was Leistung und vergleichbare Qualitäten nicht mehr honoriert hat. Ich wollte, es würde besser.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Ipsen*. Die Herren Berichterstatter wünschen am Ende dieser ersten Runde zu Grundsatzfragen das Wort zu einer kurzen Zwischenbemerkung; das kann dann auch das Schlußwort mindestens zeitlich entlasten. Bitte schön, Herr *Müller*.

Müller: Ich möchte versuchen, mich im Zwischenwort auch halbwegs an die Diskussionsgliederung zu halten, obschon ich dann nicht

auf alles antworten kann, was vorgetragen worden ist. Zuerst vielleicht zu Herrn *Korinek*, der uns die methodischen Probleme, das Vorgehen in Schritten vorgeführt hat. Ich hatte das etwas untersucht: Es gibt in der Literatur Vorschläge zwischen 2 und 7 Schritten, wobei die Österreicher die Spitze halten, was die Höhe der Zahl der methodischen Schritte betrifft. Ich stimme Ihnen voll zu, daß irgendwo, und wahrscheinlich wie Sie gesagt haben ganz am Anfang bereits gewertet werden muß, also eine Wertungsfrage ins Spiel kommt, nämlich schon dann, wenn man Vergleichsobjekte auswählt oder die zu vergleichenden Normen herauszukristallisieren versucht. Und das gibt mir Anlaß, auf das Problem der Verhältnismäßigkeit beim Gleichheitssatz etwas einzugehen. Herr *Kloepfer*: In der Tat, im Ergebnis sind wir nicht weit auseinander und ich bin durch Ihre Meinungen, Ihre Thesen sehr angeregt worden. Ich glaube, wenn wir sagen, die Denkfigur der Verhältnismäßigkeit spielt auch beim Gleichheitssatz eine Rolle, so können wir uns auf dieser Basis durchaus finden. Ich möchte aber betonen – und da habe ich auch einige Votanten bereits hinter mir –, daß ich glaube, wir sollten vorsichtig sein und aus methodischen, aus dogmatischen, vielleicht sogar aus didaktischen Gründen die Vorstellungen von der Verhältnismäßigkeit, die wir eben am Eingriffsrecht entwickelt haben, nicht allzu schnell auf den Gleichheitssatz übertragen. Das hat uns Herr *Vogel* deutlich gemacht und deshalb habe ich immer noch Hemmungen, den Begriff der Verhältnismäßigkeit zu verwenden. Ich darf beifügen, Herr *Hoffmann-Riem*, daß ich hier eigentlich das Instrument sehe, um die Programmatik des Gleichheitssatzes, die Grundrechtspolitik in eine gewisse Richtung zu bringen, nämlich durch die Ausrichtung der Gruppenbildung, des Adressatenkreises am Regelungsziel sowie die Abwägung zwischen dem Interesse am Erreichen des Normierungszwecks und dem Interesse an der Gleichbehandlung. Vielleicht haben Sie mich etwas mißverstanden in diesem Zusammenhang, Herr *Hoffmann-Riem*, wenn Sie gefragt haben, was geschieht, wenn diese mildernden, die weichen Schutz- und Fördermaßnahmen nicht ausreichen. Ja, ich würde sagen, man muß eben abwägen: Ist es so wichtig, daß wir das Ziel erreichen, daß wir auch eigentliche Quotenregelungen einsetzen wollen? Ist das Ziel, die Herstellung faktischer Gleichheit, so wichtig, daß es diese strengeren, diese härteren Maßnahmen rechtfertigt? Ein dritter Punkt, ausgehend vom Votum von Herrn *Starck*. Ganz überspitzt könnte man sagen: Der Gehalt des Gleichheitssatzes ist national, die Methoden der Konkretisierung des Gleichheitssatzes sind international. Es ist natürlich richtig, daß wir bei der europäischen Rechtsprechung jetzt neue Anknüpfungspunkte bekommen. Ich bin nicht Spezialist auf diesem Gebiet. Was ich gesehen habe, hat mich aber doch etwas enttäuscht. Bisher haben wir daher von dieser Seite, scheint mir, nicht sehr viel zusätzliche, inhaltliche Anreicherungen

bekommen, so daß wir eigentlich nicht sagen könnten, wir marschieren auch inhaltlich in eine einheitliche Richtung. Hier kann ich auch antworten auf die Frage von Herrn *Riedel*, die er gestellt hat. Haben wir ein Legitimationsdefizit im Völkerrecht? Kommt es deswegen nicht zu einer stärkeren Vereinheitlichung? Nachdem aus Verärgerung über gewisse Straßburger Urteile kürzlich in der Schweizerischen Bundesversammlung von einigen durchaus ernst zu nehmenden Parlamentariern postuliert worden ist, die Schweiz solle eine Kündigung der EMRK in Erwägung ziehen, gibt es da offenbar schon gewisse Legitimationsprobleme in diesem Bereich. Ob das der Grund dafür ist, daß wir mit der Vereinheitlichung nicht weiter sind, kann ich selber nicht beurteilen.

Vorsitzender: Vielen Dank. Herr *Zippelius*, bitte.

Zippelius: Herrn *Starck* stimme ich weitgehend zu, insbesondere seinen Ausführungen zu der Chance einer internationalen Angleichung spezifischer Gerechtigkeitsprinzipien, von denen her der Gleichheitssatz konkretisiert wird. Nicht ganz verstanden habe ich seine Frage zu Art. 1 Abs. 3 GG. Ich habe drei Argumente für eine Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz angeführt, aber gemeint, Art. 1 Abs. 3 sei das schwächste dieser Argumente. Herr *Sachs* hat, glaube ich, etwas sehr Wichtiges hervorgehoben, nämlich: daß der Gleichheitssatz Gerechtigkeitserwägungen nicht nur in spezifischer Weise strukturiert, sondern doch auch einen Eigenwert hat: Gleichbehandlung ist immer dann geboten, wenn keine zureichenden Gründe für eine unterschiedliche Behandlung bestehen. Das liegt Herrn *Müllers* Abwägungsprinzip und auch meinem Prinzip der Verhältnismäßigkeit zugrunde, wonach eine Ungleichbehandlung durch einen spezifischen Normzweck aufgewogen werden muß. Also volle Zustimmung, Herr *Sachs*. Herr *Ipsen* findet die These besonders bedenklich, daß der Gleichheitssatz zu einer differenzierenden Anpassung an die Lebenswirklichkeit führen solle. Dies ist aber genau das, was auch Herr *Heckel* engagiert vertreten hat. Hier scheiden sich also offenbar nicht nur zwei, sondern mehrere Geister.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Zippelius*. Ich darf bemerken, daß jetzt noch 15 Herren auf der Rednerliste stehen, und wenn Sie das hochrechnen, dann bedeutet das, daß wir uns der 3 Minuten-Grenze als durchschnittlichem Zeitwert genähert haben. Das nur zu Ihrer Information mit dem nochmaligen Appell an Ihre Selbstdisziplin. Ich darf dann Herrn *Stern* bitten, die Runde II einzuleiten.

Stern: Die Beschäftigung mit dem gleichheitsrechtlichen Argumentationspotential ist, wie mir scheint, ebenso verwirrend wie erstickend, und die beiden heutigen Referate haben uns wieder die Unendlichkeit

der Aufgabe gezeigt, Probleme des Gleichheitssatzes zu lösen. Sie sind in meinen Augen, weil sie Grundfragen des Rechts und der Gerechtigkeit angehen, gewissermaßen eine ewige Aufgabe. Das haben auch die früheren Referate in dieser Vereinigung gezeigt, das haben die wiederholt zitierten *Leibholz*, *Ipsen*, *Dürig* u.a. ebenfalls aufgewiesen.

Beide Referate haben den Versuch unternommen, den Gleichheitssatz, wenn ich es einmal so bezeichnen will, in Sektoren aufzulösen und durch Konkretisierungen operational zu machen. Das ist sicher ein Weg, aber er führt doch nur zum Ziel bei den Konkretisierungen des Gleichheitssatzes wie Wahlrechtsgleichheit, gleiche Teilhabe an der Staatsgewalt usw. Das sind Punkte, die wir auch ohne den *allgemeinen* Gleichheitssatz lösen können. Was ist die Antwort, wie ist die Interpretation aber des allgemeinen Gleichheitssatzes? Hier haben die Referenten vor allen Dingen deutlich gemacht, daß dessen Struktur unterschiedlich ist zu der der Freiheitsrechte; dazu meine volle Zustimmung. Was ist das Schutzgut des Gleichheitssatzes? Was ist sein inhaltlicher Maßstab? Da ist immer wieder gesagt worden: Er ist ein inhaltsarmer Maßstab. Und damit sind wir aber auch schon bei dem Problem: Wie kann, und das ist in meinen Augen die Zentralfrage, der Gleichheitssatz aus sich heraus interpretiert werden? Kann er überhaupt aus sich heraus interpretiert werden oder braucht man Verweise auf andere verfassungsrechtliche Topoi, unterverfassungsrechtliche Topoi oder dahinterstehende Topoi?

Ich glaube, das Bild, das Herr *Riedel* gerade gebraucht hat „Müssen wir eine Stufe höher gehen oder müssen wir eine Stufe niedriger gehen“, ist ein wichtiger Aspekt. Bei der Stufe „niedriger“ würde ich Herrn *Ipsen* voll zustimmen gegen Ihren Ansatz, Herr *Zippelius*, daß wir das nicht aus dem unterverfassungsmäßigen Recht lösen können. Sie haben dazu einiges Wesentliches gesagt, Herr *Ipsen*; ich will dazu weiteres nicht hinzufügen. Die Stufe „höher“, das Prinzip der Gerechtigkeit, Herr *Zippelius*, hier haben Sie gesagt: Für Sie ist die Gerechtigkeit nur ein „Schlüsselbegriff“. Ich würde sehr gerne hören, daß Sie das näher erläutern; denn da sind wir, im Grunde genommen, wie ich meine, an der Zentralfrage. Ist der Gleichheitssatz ein Grundrecht auf Gerechtigkeit, oder was ist er, und wie kann Gerechtigkeit in diesem Zusammenhang interpretiert werden?

Man kann aber auch einen anderen Weg gehen, und ich glaube, er scheint mir der bessere Weg zu sein. Wenn ich es recht sehe, Herr *Müller*, sind Sie ihn vor allen Dingen gegangen: der Hinweis auf Wertungen und Abwägungen; das fließt natürlich bei Ihnen mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ebenfalls ein, Herr *Zippelius*. Hier bin ich durchaus der Meinung, daß gerade Wertung und Abwägung eine Hilfestellung für die Interpretation sein könnten. Freilich stellt sich sofort die Frage: Wie werten wir?

Damit bin ich bei der zweiten Zentralfrage, die mir ein bißchen zu kurz gekommen ist: *Quis judicabit?* Wer trifft die letzte Entscheidung über das, was Gleichheit meint? Hier, Herr *Zippelius*, haben Sie im besonderen Maße den Gesetzgeber angesprochen und haben gesagt: Er ist es, den die Hauptverantwortung für die Wahrung des Gleichheitssatzes trifft. Herr *Lerche* hat hier schon einige Fragezeichen angemerkt. Ich möchte sie unterstreichen. Im letzten könnte das, was von Ihnen auf Seite 3 und 2 b Ihrer Leitsätze gesagt worden ist, doch bedeuten, daß Sie die Gerechtigkeit, das war Ihr Maßstab, der großen Mehrheit überantworten, wenn Sie formulieren: Es muß breiteste Akzeptanz gegeben sein. Sie haben gegen Herrn *Lerche* vorhin interveniert. Mir war es immer noch nicht deutlich genug. Ich meine, warum haben wir denn in der Entwicklung von Weimar bis heute und unter strikter Berufung auf Art. 1 Abs. 3 gesagt: Der Gleichheitssatz bindet auch den Gesetzgeber. Damit wir für die Gerichte, insbesondere für die Verfassungsgerichte einen Kontrollmaßstab haben, weil das Vertrauen in den Gesetzgeber, auch in den demokratischen Gesetzgeber, eben heute nicht mehr in vollem Umfang vorhanden ist. Sie haben *Gustav Radbruch* zitiert und gesagt, der gesamte politische Kampf gehe um die Gerechtigkeit. Ich weiß nicht, ob das in der Weimarer Republik so gewesen ist. Heute habe ich ernsthafte Zweifel, wenn man die Debatten in einem Parlament betrachtet.

Zuletzt noch ein kleiner konkreter Hinweis: Herr *Müller*, Sie haben Gleichheit und Willkürverbot getrennt. Ich glaube nicht, daß wir das für uns hier in Deutschland akzeptieren können, weil ich meine, daß das Willkürverbot doch ein wesentliches Element des Gleichheitssatzes sein muß. Wenigstens ein operationaler Maßstab, mit dem wir einige Probleme lösen können. Außerdem: Systemgerechtigkeit würde nicht Bestandteil des Gleichheitssatzes sein. Ich habe Zweifel, und diejenigen, die damals mit der Neugliederung zu tun hatten bei den Verfassungsgerichten, wissen, daß gerade in der kommunalen Neugliederungsrechtsprechung der Hinweis auf die Systemgerechtigkeit einer der wenigen Hebel, einer der wenigen Ansatzpunkte war, um gewisse Fehlentscheidungen zu korrigieren. Ich wäre also sehr dafür, wenn die Systemgerechtigkeit erhalten bliebe. Schließlich der Don Giovanni der Gerechtigkeit, Herr *Zippelius*, in Ihrem Schlußwort: Ich möchte nur daran erinnern, in der Oper war Don Giovanni erfolglos. Wir sollten daher aber nicht resignieren und sollten auch nicht auf den Komtur, Herr *Denninger*, verweisen, sondern wir sollten versuchen, den Staat des Maßes herbeizuführen dadurch, daß wir als Staatsrechtler, und das ist ja auch der Beruf unserer Wissenschaft, einige Hilfestellung für den Gesetzgeber geben. Vielen Dank.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Stern*. Was den Komtur angeht, so ist das in unserem Falle der Autobus, der dann weg ist, schlicht und einfach. Ich darf jetzt Herrn *Badura* bitten und dann die Herren *Böckenförde*, *Schuppert* und *Kisker* in dieser Reihenfolge.

Badura: Herr *Zippelius* hat mit analytischer Kraft und Klarheit gezeigt, wie die politische und philosophische Idee der Gleichheit sich niedergeschlagen hat in dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz. Er hat unter I die vier verschiedenen Schichten auseinandergehalten und erläutert, die sich in dem kurzen Satz wiederfinden, der heute in der Verfassung steht: „Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich“. Soweit er dann den Gleichheitssatz als einen Verfassungsrechtssatz näher erläutert hat, hat er – was meiner Meinung nach vielleicht die Klarheit dieser Analyse etwas verdunkelt hat – sich auf das Glatteis der Formel eingelassen, daß der allgemeine Gleichheitssatz durch Gesetz und Richterspruch „konkretisiert“ werde. Auch Herr *Müller* hat diese Formulierung von der „Konkretisierung“ des allgemeinen Gleichheitssatzes verwendet, wobei ich das so verstanden habe, daß damit die besondere Art der verfassungsrechtlichen Bindung der öffentlichen Gewalt durch den Gleichheitssatz bezeichnet werden soll: Die besondere Art der verfassungsrechtlichen Bindung der öffentlichen Gewalt durch den Gleichheitssatz. Da aber nun die öffentliche Gewalt aus Gesetzgebung, Verwaltung oder Vollziehung und Rechtsprechung besteht und das ganz unterschiedliche Organe und Staatsfunktionen sind, ist, meiner Meinung nach, die genannte Formulierung eher verdunkelnd als erhellend. Sie ist in meinen Augen keine gute Abstraktion, umso mehr, wenn dann Herr *Zippelius* – wie ich glaube, auch angreifbar – den anderen Satz von *Radbruch* zitiert: „Gleichbehandlung ist immer Abstraktion von gegebener Ungleichheit unter einem bestimmten Gesichtspunkt.“ Da wird nur das Wort „Abstraktion“ noch damit verknüpft, das ja ebenfalls eine Verallgemeinerung ist. Es folgt daraus die starke oder doch bis zu einem gewissen Grad starke Vernachlässigung des Gestaltungsmoments und des sozialen Ausgleichs und auch der Frage, welche Bindungskraft denn der allgemeine Gleichheitssatz zu erreichen vermag, sofern er dem gestaltenden, den sozialen Ausgleich bewirkenden Gesetzgeber entgegengehalten wird. Das ist kein Ewigkeitsproblem mehr, nur mehr ein Problem der konkreten, unserer konkreten Verfassungsordnung.

Die von Herrn *Vogel* am Anfang erwähnte neue Formel des Bundesverfassungsgerichts, vor allem wenn man sie in der *Katzenstein*-Variante versteht – dem dissenting vote des Richters *Katzenstein* (BVerfGE 74, 9, 24) – ist meiner Ansicht nach der Versuch, diesem Problem gerecht zu werden und der Erkenntnis Raum zu geben, daß dort, wo wir eine Gestaltungsentscheidung, eine Entscheidung des sozialen Ausgleichs,

am Maßstab des allgemeinen Gleichheitssatzes messen und jene Abwägung erfolgt, die Herr *Müller* so ausgiebig geschildert hat, dann doch Momente des Verhältnismäßigkeitsprinzips eine Rolle spielen müssen, weil ja Gestaltung zugleich immer auch irgendwie Freiheitsbeschneidung oder Eingriff in Freiheit bedeutet, so daß sich hier diese – ja auch in der politischen, philosophischen Geschichte zu findende – Vermischung von Gleichheits- und Freiheitsprinzip juristisch niederschlagen muß und wir das juristisch fassen müssen. Dies ist, wie ich glaube, unumgänglich in dem Maße, wie die gestalterische Entscheidung des sozialen Ausgleichs übergewichtig wird oder in den Vordergrund tritt und eine Beschneidung von Rechten eintritt. Hier muß der Verhältnismäßigkeitsgedanke zu Hilfe genommen werden, um überhaupt im Rahmen des Gleichheitssatzes zu einer Lösung zu gelangen. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip gehört zu dem Gedanken der Freiheit und der Abwehrrechte eigentlich hinzu und wenn eine gestaltende Entscheidung diesen Bereich berührt, bleibt der Gleichheitssatz allein etwas zu formal. Deswegen hat die *Katzenstein*-Variante, die meiner Meinung nach in den beiden Vorträgen zu wenig behandelt worden ist, schon etwas für sich.

Erlauben Sie mir einen letzten Punkt, als Beispiel, nur um zu zeigen, welche Bedeutung das Gesagte haben kann. Es geht ja nicht nur darum, daß der Gesetzgeber irgendwie vorgefundene tatsächliche Verhältnisse vergleicht und dann eben Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandelt. Die Frage, was „gleich“ und was „ungleich“ ist, entscheidet ja auch der Gesetzgeber. Wir haben also gewissermaßen eine zweite Stufe der Prüfung. Wir müssen ja vor allem – und das ist in meinen Augen bei den neueren Gesetzen das Hauptproblem – die Frage prüfen: Hat denn der Gesetzgeber bei der Bildung des Vergleichspaares den Gleichheitssatz beachtet? Und das ist ein Problem, das eben, wie ich finde, mit dem allgemeinen Gedanken der „Konkretisierung“ usw. nicht hinreichend erfaßt werden kann und wo in der Tat das Problem der Verhältnismäßigkeit eine Rolle spielt. Nehmen wir ein Beispiel. In der neueren Zeit haben die Sonderabgaben in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine große Rolle gespielt. Das allgemeinere Problem, das dahinter liegt, ist die Frage, wie es möglich ist, zwischen der steuerstaatlichen Finanzierung der Staatsaufgaben und der Finanzierung der Staatsaufgaben durch Vorzugslasten, also etwa Beiträge, eine verfassungsrechtlich greifbare Grenze zu finden, und ob es überhaupt eine solche Grenze gibt, die ja nur der Gleichheitssatz bezeichnen kann. Der Gleichheitssatz würde hier dem Gesetzgeber eine Grenze setzen. Andererseits aber muß doch der Gesetzgeber auch einen Entscheidungs-, einen Gestaltungsspielraum in der Frage der Zuordnung haben, darin nämlich, zu entscheiden, ob eine bestimmte Aufgabe durch steuerstaatliche Mittel oder durch das Mittel der Vorzugslast

finanziert werden soll. Und auf die Frage, wie man diese Grenze verfassungsrechtlich in einer überzeugenden Weise beschreiben kann, meine ich, ist noch manche Antwort nötig.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Badura*. Sie haben 7 Minuten gesprochen, das sind 200 % des mittleren Maßes. Wenn die Herren in dieser Länge sich hier weiter äußern, dann wird es unmöglich sein, ein gerechtes Verteilungsverfahren durchzuführen. Das ist meine Schwierigkeit. Ich kann ja keine Zwangsmittel einsetzen und will das natürlich auch gar nicht. Herr *Böckenförde*, bitte.

Böckenförde: Wenn der Gleichheitssatz nicht nur Rechtsanwendungsgleichheit, sondern auch Rechtssetzungsgleichheit, also Gleichheit vor dem Gesetzgeber ist, dann enthält er m.E. unausweichlich einen Gerechtigkeitsauftrag und damit auch eine Gerechtigkeitsfunktion – ich bedauere, daß ich Herrn *Ipsen* hier widersprechen muß. Aber der Gleichheitssatz erfüllt diese Funktion nicht als inhaltlich vorgegebenes Richtmaß, sondern – und da möchte ich Herrn *Zippelius* mit Nachdruck zustimmen –, in seiner Eigenschaft als Schlüsselbegriff, der Gerechtigkeitsfragen in spezifischer und in begrenzter Weise erschließt und strukturiert. Die entscheidende Frage ist daher, wie der Gleichheitssatz als Schlüsselbegriff juristisch handhabbar zu machen ist, damit sein normativer Gehalt nicht auf das Meinen und Dafürhalten, sei es des Gesetzgebers oder sei es auch des Verfassungsgerichts und seiner Mitglieder hinausläuft.

Vielleicht läßt sich hierzu folgendes sagen: Zunächst hat der Gleichheitssatz aus sich eine normative Tendenz zur Gleichheit; nicht die Gleichheit, die Gleichbehandlung, sondern die Ungleichbehandlung ist begründungs- und rechtfertigungsbedürftig. Das führt zur Begründungslast für Ungleichbehandlungen. Nach welchen Kriterien aber müssen Ungleichbehandlungen begründet werden? Hier stoßen wir auf ein Problem, das immer wieder und in allen Formeln, die den normativen Gehalt des Gleichheitssatzes zu umschreiben versuchen, anklingt. Die Begründung muß in der Weise erfolgen, daß die Ungleichbehandlung einleuchtend und überzeugungsfähig gemacht wird im Sinne der in der Rechtsgemeinschaft anerkannten und lebendigen Gleichheits- und Gerechtigkeitsvorstellungen, und zwar bezogen auf den geregelten Sachbereich. Das bedingt auf der einen Seite das bewegliche, Veränderungen aufnehmende Moment im Gleichheitssatz und in der Gleichheitsprüfung – Herr *Zippelius* hat das im ersten Teil seines Referats sehr eindrucksvoll vorgeführt –, auf der anderen Seite liegt darin zugleich die Abkehr vom bloßen Willkürverbot. Sucht man dies dogmatisch und rechtspraktisch umzusetzen, so ist die Frage, ob die Gleichheitsprüfung nicht doch in der Weise vorgenommen werden

sollte, wie es Herr *Podlech* in seiner Habilitationsschrift empfohlen hat¹, daß nämlich Vergleichsgruppen gebildet werden durch Rückgriff auf die nächsthöhere gemeinsame Klasse – Klasse im logischen Sinn verstanden –, und dann im Hinblick auf diese – sachnahen – Vergleichsgruppen gefragt wird, ob die Ungleichbehandlung gerechtfertigt werden kann, ob die Gründe, die dafür angeführt werden, hinreichend plausibel und überzeugungskräftig sind oder ob etwa, was eine weitere Prüfung erspart, durch anderweitige Festlegungen in der Verfassung, denken wir z. B. an Art. 3 Abs. 3 GG, eine solche Ungleichbehandlung schon ausgeschlossen ist. Ich meine, daß in dieser Weise auch das, was Herr *Müller* in seinen Thesen 7 und 8 formuliert und als Abwägung gefaßt hat, hier eingebracht werden kann und damit eine deutliche dogmatische Kontur erhält.

Schließlich noch ein Wort in „eigener“ Sache: Es hat sich von dem Aufsatz von Herrn *Maaß* her² und dann weiter in den Begleitaufsätzen zum heutigen Thema die These durchgesetzt, daß die beiden Senate des Bundesverfassungsgerichts in der Anwendung des Gleichheitssatzes auseinandergegangen. Ich halte das, wenn man die Rechtsprechung bis in das letzte Jahr hinein verfolgt – aber so weit ist sie in den grauen Ordnern noch nicht enthalten –, für nicht zutreffend. Entscheidend ist, und das haben beide Senate vollzogen, die Abkehr von der Willkürformel in der *negativen* Fassung, nach der ein Gesetz nur dann für gleichheits- und verfassungswidrig erklärt werden kann, wenn sich überhaupt kein rechtfertigender Grund finden läßt. Die vielzitierte neue Formel des Ersten Senats kehrt, wenn ich das richtig sehe, in einer Entscheidung des Zweiten Senats aus dem letzten Jahr, nämlich der zur Künstlersozialabgabe, in der Sache durchaus wieder. Es heißt dort, ich darf jetzt einen Satz zitieren: „Der Gleichheitssatz verlangt, daß eine vom Gesetz vorgenommene unterschiedliche Behandlung sich sachbereichsbezogen auf einen vernünftigen oder sonstwie einleuchtenden Grund zurückführen läßt“ (BVerfGE 75, 108 [157]). Und dann folgt die weitere Explizierung: „Für den hier in Rede stehenden Sachbereich der Sozialversicherung stellt sich deshalb die Frage nach einem – bei einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise – sachlich einleuchtenden Grund dafür, daß ein Privater im Unterschied zu anderen Privaten über seine Steuerpflicht hinaus als Beteiligter im Sinne des Sozialversicherungsrechts zu einer Abgabe herangezogen wird, die weder ihm selbst noch seiner Gruppe zugute kommt, ihm vielmehr als fremdnützige Abgabe auferlegt wird, die

¹ *Adalbert Podlech*, Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, Berlin 1971.

² *Rainald Maaß*, Die neuere Rechtsprechung des BVerfG zum allgemeinen Gleichheitssatz – Ein Neuansatz: NVwZ 1988, S. 14 (15).

sozialen Ausgleich und Umverteilung zum Ziel hat und herstellt.“ Ich meine, daß da auch genau auf die Bildung von sachnahen Vergleichsgruppen abgezielt wird, um daran die Rechtfertigungsprüfung vorzunehmen. Die in diesem Frühsommer ergangene Entscheidung zur Fehlbelegungsabgabe nimmt die zitierte Formel des Gleichheitssatzes noch einmal auf (BVerfGE 78, 249 [287]). Mir scheint danach insoweit in der Sache kein Unterschied zwischen der Rechtsprechung der beiden Senate zu bestehen.

Vorsitzender: Wir danken sehr, Herr *Böckenförde*. Jetzt hatte sich Herr *Schuppert* zum Thema „Gleichheitssatz als Kontrollmaßstab gemeldet.

Schuppert: Ich kann, glaube ich, übergangslos anknüpfen an das, was Herr *Badura* und was Herr *Böckenförde* gerade vorgetragen haben und möchte in aller Kürze ein paar Worte sagen zum Gleichheitssatz als Kontrollmaßstab. Ich glaube, die Einsicht ist inzwischen weit verbreitet, daß jede Justierung an dem Kontrollmaßstab, also das Drehen an diesem kleinen Schraubchen, das funktionell-rechtliche Verhältnis von Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung entscheidend verändern kann. Deswegen halte ich das auch nicht für ein Problem des judicial self-restraint oder der richterlichen Zurückhaltung, sondern für ein funktionell-rechtliches Problem. Das zeigt sich besonders deutlich an der amerikanischen Rechtsprechung zur Gleichheitsprüfung durch den Supreme Court. Der Supreme Court unterscheidet bekanntlich drei verschiedene Klassifizierungen: Verdächtige, unverdächtige und quasi-verdächtige. Und jeder dieser Klassifizierungen ist ein eigener Prüfungsmaßstab zugeordnet. Bei den verdächtigten Klassifizierungen gilt der strict scrutiny-Test, also eine strenge Prüfung, bei den unverdächtigten der rational basis-Test, also eine weitmaschige Prüfung. Das bedeutet, wie Herr *Brugger* in seiner Schrift ja sehr schön nachgewiesen hat, daß mit der Auswahl des Prüfungsmaßstabes zugleich über das Regelschicksal des Gesetzes entschieden wird. Wird der strenge Maßstab angewendet, verfängt sich das Gesetz in dem dann engmaschigen Gleichheitsmaßstab: das Gesetz ist verfassungswidrig; wird ein weitmaschiger Maßstab angelegt, etwa eine reine Plausibilitätskontrolle der gesetzgeberischen Erwägungen vorgenommen, dann ist das Gesetz im Zweifel verfassungsmäßig. Ist das so, daß man durch den Prüfungsmaßstab über das Regelschicksal von Gesetzen entscheiden kann und damit zugleich über die funktionell-rechtliche Zuordnung von Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung, so muß man sich natürlich fragen, welches Kriterium nun seinerseits die Wahlentscheidung zwischen den Prüfungsmaßstäben steuert. Die Formel vom Gleichheitssatz als Willkürverbot und die neue Formel in der *Katzensteinschen*

Variante stehen zur Wahl. Wenn wir nun eine solche Auswahlentscheidung treffen sollen, so scheint mir alles dafür zu sprechen, die *Katzensteinsche* Variante zu wählen und nicht die Willkürformel. Warum? Drei Argumente fallen mir dazu ein: Erstens ist es auf diese Weise möglich, bereichsspezifischer zu argumentieren. Bevor ich das näher erläutere, will ich noch einmal ganz kurz auf den Wortlaut der „neuen Formel“ kommen. Es heißt dort: „Es müssen Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, daß sie eine ungleiche Behandlung rechtfertigen können“. Dieses Wort „rechtfertigen“ scheint mir von entscheidender Bedeutung zu sein. Es geht also bei der Anwendung des Gleichheitssatzes nicht primär nur um die Frage gleich oder ungleich, sondern um die Frage der Rechtfertigung der Ungleichbehandlung. Damit sind wir zweitens – da hat Herr *Kloepfer* schon ein bißchen Recht – in der Nähe des Verhältnismäßigkeitsmaßstabes, der ebenfalls einer bereichsspezifischen Anwendung bedarf. Hier gilt es ähnliche Überlegungen anzustellen wie der Supreme Court bei der verdächtigen Klassifizierung. Verdächtig ist – zum Beispiel – das Drehen an der Wahlgleichheit, weil dies mit der Legitimität der staatlichen Herrschaftsordnung zu tun hat. Verdächtig ist auch immer das Drehen an der Steuergerechtigkeit. Hier sind zwei andere Gesichtspunkte zu nennen: Einmal die Belastungsgleichheit und die Eingriffsintensität. Das gleiche gilt für die Wehrgerechtigkeit und in etwas anderer Variante für die Chancengleichheit im politischen Prozeß wie auch im Bildungswesen. Wenn wir also diese drei Gesichtspunkte nehmen – bereichsspezifisch, Verhältnismäßigkeit und Verdächtigkeit des Eingriffs – dann können wir im Sinne von Herrn *Müller* die Gleichheitsprüfung aus der Verfassung aufladen und etwa im Sozialstaatssatz eine Legitimation für ein Eingreifen des Gesetzgebers finden. Vielen Dank.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Schuppert*. Wir haben noch 12 Wortmeldungen und etwa eine halbe Stunde Diskussionszeit. Ich darf jetzt Herrn *Kisker* bitten.

Kisker: Beide Referenten kommen aus bundesstaatlich organisierten Rechtsordnungen. Es liegt deshalb nahe, die Frage zu stellen, welche Rolle dem Gleichheitssatz im Bundesstaat zukommt. Herr *Zippeilius* ist darauf kurz eingegangen, hat sich aber nicht auf Details eingelassen.

In der Bundesrepublik Deutschland sind wir auf diese Problematik insbesondere durch das Numerus-Clausus-Urteil des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 33, 303 [356 f.] hingewiesen worden. Dieses Urteil warf die Frage auf, ob die landesrechtlichen Vorschriften über die Zulassung zum Hochschulstudium – abgesehen davon, daß sie mit Art. 12 GG vereinbar sein müssen – auch bundesweit einheitlich zu gestalten sind;

jedenfalls partiell. Das Bundesverfassungsgericht hat — auf Einzelheiten kann ich hier nicht eingehen — diese Frage im Grundsatz bejaht. Und Herr *Zippelius* scheint dem zuzustimmen.

In jüngerer Zeit sind wir mit dieser Problematik deshalb zunehmend konfrontiert, weil immer wieder behauptet wird — freilich vorwiegend in Politikerreden —, das Grundgesetz fordere Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse, und zwar nicht nur dort, wo es dies ausdrücklich sagt, sondern durchgehend; eine Ansicht, die, wenn sie richtig sein sollte, in vielen Bereichen von erheblicher Bedeutung wäre. Man denke etwa an den Länderfinanzausgleich (Art. 107 GG).

Dazu meine These: Wenn man den Gleichheitssatz gegen bundesstaatliche Vielfalt mobilisiert, stellt man den Bundesstaat selbst in Frage, der ja nun einmal auf Vielfalt und nicht auf Einheitlichkeit hin angelegt ist. Die rechtlichen Grenzen der Vielfalt in einer bundesstaatlichen Ordnung sind nicht durch das Gleichbehandlungsgebot, sondern mit Hilfe von bundesstaatskonformen Verfassungsgrundsätzen zu sichern, insbesondere mit Hilfe des Prinzips der Bundestreue. Das Ziel ist dann nicht die Herstellung von Gleichheit, sondern die Gewährleistung der Funktionsfähigkeit des bundesstaatlichen Systems. Auf Herstellung von Gleichheit kann es nur da ankommen, wo das Grundgesetz dies, wie etwa in Art. 33 I GG, ausdrücklich fordert.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Kisker*. Jetzt darf ich die Herren *Bayer*, *Gramlich*, *Mantl* und *Weber* bitten, in dieser Reihenfolge, zunächst Herrn *Bayer* aus Bochum.

Bayer: Ich darf einen kleinen Moment lang die *Graf Vitzthum*'sche Tübinger Bodenhaftung beschwören und, hier im „Ländle“ und damit im Land der „Häusle-Bauer“ vielleicht angebracht, ein paar Worte zur Nutzwertbesteuerung sagen. Ich darf mich dabei an Sie, Herr *Müller*, wenden. Sie haben uns von einem Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts berichtet, wonach es gleichheitssatzrechtlich geboten sein soll, den sog. Nutzwert, die Eigennutzung einer Wohnung zu besteuern. Wenn ich das richtig sehe, dann beruht dieser Entscheid auf der Annahme, die Vermietung einer Wohnung und die Eigennutzung einer Wohnung, das seien zwei in der Sache gleiche Dinge, sie bedürften deshalb der gleichen rechtlichen Behandlung.

Ich möchte sagen, ich halte diese Entscheidung für völlig verfehlt, und zwar aus folgender einfacher Erwägung: Die Vermietung einer Wohnung, das ist eine Form der, wie das Eidgenössische Direkte-Bundessteuer-Recht es treffend nennt, „Erwerbstätigkeit“, und die Eigennutzung einer Wohnung ist das genaue Gegenteil davon. Die Eigennutzung einer Wohnung ist nämlich nicht bestimmt durch ein Erwerbsstreben, sondern höchstens bestimmt durch den Wunsch, Ausgaben zu

sparen; man wohnt im eigenen Haus, um einem Dritten keine Miete zahlen zu müssen. Hier liegt, wie mir scheint, eine tatsächliche Verschiedenheit, die dazu zwingt, auch rechtlich verschieden behandelt zu werden.

Und in der Tat: Sieht man sich die Staatenpraxis der letzten Jahre und Jahrzehnte an, so stellt man fest: Die Staaten sind von dem Gedanken der Nutzwertbesteuerung mehr und mehr abgekommen. In Österreich ist das schon vor etwas längerer Zeit, nämlich 1972, geschehen, in der Bundesrepublik Deutschland bekanntlich vor zwei Jahren. Das hat freilich Opfer gekostet, denn es war nötig, mit einer Tradition zu brechen. Der eine oder andere wird es wissen: Die Nutzwertbesteuerung ist ein Urbestandteil des gemeineuropäischen Einkommensteuerrechts, sie war bereits in der ersten Einkommensteuer überhaupt, der *Pitt'schen* englischen Einkommensteuer von 1799, enthalten. Auf deutschen Boden ist sie dann bald danach, nämlich über das Königsberg'sche Kriegsschuldenreglement von 1808 gekommen. Rund 180 Jahre hat man also, so würde ich heute sagen, Ungleichheit, Ungerechtigkeit hergestellt, endlich fängt man an, davon herunterzukommen. Aber auch das hat natürlich seinen Preis: Es vollzieht sich einmal wieder eine Abkehr von dem alten Satze: „Alte Steuern gute Steuern, neue Steuern schlechte Steuern“.

Vielleicht ist es ein bißchen bezeichnend für die schweizerische Rechtskultur, daß das Bundesgericht sozusagen nichts anderes tut als unbeirrt an der alten *Canard'schen* Regel festzuhalten.

Vorsitzender: Danke sehr, Herr *Bayer*. Ich darf jetzt Herrn *Gramlich* bitten.

Gramlich: Angesichts der Herren Vorredner kann ich mich kurz fassen. Zwei Fragen; ich spitze zu. Wenn im Thema vom Gleichheitsatz die Rede war, dann kann man das ja als Gleichheitsgrundsatz oder als Gleichheitsgrundrecht verstehen. Wo ist nun in der Verfassung, wenn man so differenziert, wie die beiden Herren Referenten es ja unterschiedlich getan haben, der Gleichheitsgrundsatz verankert? Das Grundrecht finde ich in Art. 3 Abs. 1 GG oder in Art. 4 bei der Bundesverfassung der Schweiz – den Gleichheitsgrundsatz konnte ich nicht so recht zuordnen. Und – damit zusammenhängend – ein zweiter Gesichtspunkt. Vermißt habe ich den Begriff der Diskriminierung, denn auf einer anderen Rechtsebene, auf der völkerrechtlichen, da spricht man ja im wesentlichen von der Nichtdiskriminierung oder von Diskriminierung; ist dies dasselbe? Kann man das im innerstaatlichen Recht fruchtbar machen? Danke schön.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Gramlich*. Als Zeitverwalter begrüße ich natürlich solche Kürze ganz besonders. Herr *Mantl*, bitte.

Mantl: Ich muß leider ganz kurz auf das Thema I zurückgreifen, aber der Zusammenhang mit dem Thema II ist eng. Gegen *Karl Schachtschneider* gewandt, läßt sich – etwas formelhaft – sagen: Das Gesetz ist nicht maßstablos; der Maßstab des Gesetzes ist eben die Verfassung und der durch sie gewährleistete Gleichheitsgrundsatz. Nun wissen wir freilich, daß gerade hier vieles ausfüllungsbedürftig ist, daß der Verfassungsgerichtshof als Kontrolleur sich den Maßstab doch zum guten Teil selbst zimmert und daß bei allen rationalen Abwägungen, die hierbei Platz greifen und die immerhin auch aus der Verfassung interpretatorisch abgeleitet werden, ein *dezisionistischer Rest* bleibt, der das demokratische Empfinden provoziert, was jedoch dadurch gemildert wird, daß ja auch Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit demokratisch legitimiert sind – wenn auch oft vor *langer* Zeit, während Parlament und Regierung immer von neuem in *kürzeren* Zeitabständen ihre demokratische Legitimation erhalten, worin gemeinhin der eigentlich demokratische Vorgang gesehen wird. Das dezisionistische Potential der Verfassungsgerichtsbarkeit legt demnach *judicial self restraint* als Klugeitsregel der Behutsamkeit nahe.

Gleichzeitig sei jedoch vor einer zu idealistischen Sicht der *Gesetzgebung* gewarnt und ein deutliches Fragezeichen hinter die Annahme gesetzt, die einfache Gesetzgebung sei ein fortwährender Diskurs um die gerechte Konkretisierung des Gleichheitssatzes. Es fällt schwer, das parlamentarisch erzeugte Gesetz in jedem Fall für die *ratio et iustitia scripta* zu halten. Der Gesetzgeber muß in aller Regel Probleme der Lebenswirklichkeit unter Zeitdruck und Unsicherheit normativ lösen – wenn auch fast immer unter Gleichheits- und Gerechtigkeitsvorstellungen, freilich meist der jeweiligen Mehrheit. Dabei geht es stets auch um Durchsetzung von Interessen in einem sehr handfesten Bargaining. Hier zeigen sich Mängel des Pluralismus, Verzerrungen und Unsachlichkeiten des politischen Prozesses, die übrigens besonders prekär sind bei kompakten Mehrheiten wie etwa in der Konkordanzdemokratie österreichischer Prägung mit verharschten Parteien- und Verbändestrukturen. Deswegen hat *Theo Öhlinger* betont, daß die Verfassungsgerichtsbarkeit Defizite eines ausgeprägten Parteien- und Verbändestaates korrigieren kann und soll, wodurch der Verfassungsgerichtshof als pluralisierender Faktor gewaltenteilend wirkt.

Ganz kurz noch ein Wort zu *Georg Müller* – Vorgriff auf dessen These 9, zum Thema III gehörend. Ich bin der Ansicht, daß man stärker zwischen dem *Gebot* und der *Zulässigkeit* normativer Egalisierung unterscheiden mußte, als Sie es getan haben. Sie sprechen zuerst von einem Egalisierungsgebot und handeln dann unversehens nur von der Zulässigkeit von Quotenregelungen, das sind doch sehr verschiedene Fragestellungen.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Mantl*. Ich darf Herrn *Weber* fragen, ob er in dieser Runde II oder in der Runde III sprechen will? Sie hatten sich zu beiden gemeldet. Anschließend Herr *Suhr*: eine kurze Fehlanzeige, wie Sie es formuliert haben.

Weber: Mein Beitrag schlüpft gewissermaßen zwischen die Zeilen der vorgegebenen Struktur. Ich möchte eine Anmerkung zu den transnationalen Bezügen des Gleichheitssatzes machen. Ich möchte weniger darauf eingehen, was schon von Herrn Kollegen *Starck* und Herrn *Riedel* angesprochen wurde, nämlich die Frage, ob der menschenrechtliche Gleichheitssatz der Europäischen Menschenrechtskonvention oder der Nichtdiskriminierungsgrundsatz des EWG-Vertrages uns hier bessere Operationalisierungsmaßstäbe bereitstellen. Ich würde das ähnlich beantworten, wie dies Herr *Starck* getan hat. Wir würden nur auf eine höhere Abstraktionsebene gelangen und für unsere Diskussion vermutlich wenig gewinnen. Es geht um ein anderes Problem, was mir bisher in der binnenstaatlichen Diskussion noch zu wenig erörtert scheint, nämlich die sogenannte umgekehrte Diskriminierung. Dies ist eine Erscheinung, die wir zunehmend zur Kenntnis nehmen müssen im Rahmen der Binnenmarktharmonisierung. Wir haben zahlreiche Beispiele, ich will nur einige nennen: Der deutsche Bierbrauer wird nach wie vor am deutschen Reinheitsgebot gemessen, nicht nur der bayerische Bierbrauer. Der deutsche Bäcker ist an das Nachtbackverbot gebunden, der französische Bäcker daran nicht, wenn er grenzüberschreitend seine Brötchen verkauft. Ein anderes Beispiel aus dem deutsch-niederländischen Grenzraum: Niederländische Zahnärzte müssen zur Zulassung als Kassenarzt keine zweijährige Vorbereitungszeit ableisten. Das stellt für den binnenstaatlichen Gesetzgeber ganz enorme Harmonisierungsprobleme. Der deutsche Gesetzgeber kann im Grunde nur dem Dilemma ausweichen, indem er sich entweder an die zumeist niedrigeren Anforderungen anpaßt, und höhere Schutzniveaus aufgibt oder aber, indem er diese Diskriminierung gegenüber den deutschen Staatsbürgern beibehält. Ich würde sagen, kurz gefaßt, daß diese Diskriminierung gegenüber dem deutschen Staatsbürger nach wie vor zulässig ist, wenn wir einen sachlich vernünftigen Grund haben, d.h. einen Gemeinwohlgrund, für den allerdings der deutsche Gesetzgeber wohl die Beweislast trägt. Diese Problematik ist bisher kaum verfassungsrechtlich ausgelotet worden. Als zweites darf ich vielleicht noch kurz auf die Frage der Konkretisierung eingehen. Mir ist bei dem Vortrag von Herrn *Zippelius* aufgefallen – und insofern würde ich mich der Kritik von Herrn *Ipsen* anschließen wollen –, daß wir mit den vorgetragenen Gerechtigkeitsprinzipien zu wenig den Gleichheitssatz operationalisieren können. Wir müssen versuchen – gerade wegen des naturrechtlichen Hintergrundes – positiv-recht-

liche Maßstäbe zu gewinnen, und die können nicht nur bereichsspezifisch gewonnen werden (wie etwa für das Sozialrecht, Steuerrecht usw.), sondern sie müssen auch auf einer höheren Abstraktionsebene gewonnen werden, etwa durch die Bezüge zum Sozialstaatsprinzip und die Freiheitsgrundrechte. Der Freiheitsgrundsatz bricht u.U. wieder den Gleichheitsgrundsatz auf. Wenn ich noch eine letzte Bemerkung zu Punkt 3. machen darf; das ist nämlich auch eine Frage der umgekehrten Diskriminierung: Die Quotenregelung: ich bin sehr dankbar, daß gerade ein schweizer Kollege dies angesprochen hat. Ich meine, daß wir das Egalisierungsgebot weder aus Art. 3 Abs. 1, 2 und 3 gewinnen können, sondern daß wir überlegen müßten, ob wir nicht die amerikanische Rechtsprechung heranziehen, die Herr *Schuppert* hier ja dankenswerterweise erwähnt hat; allerdings gilt hier nicht der „strict-scrutiny“-Maßstab, denn der gilt ja wohl nur für die „suspect classifications“ bei Benachteiligung von Schwarzen, nicht etwa, wenn ich es richtig sehe, bei Frauen. Wäre es dann nicht ehrlicher, wenn wir gesetzgeberisch Egalisierung betreiben wollen, die Verfassung zu ändern? Ich darf ein rechtsvergleichendes Beispiel nennen: Die kanadische Verfassung hat in ihrer Grundrechtscharta in Art. 15 eine solche Möglichkeit vorgesehen, daß der Gesetzgeber affirmative actions betreiben kann, ohne den Gleichheitssatz der auch den Gesetzgeber bindet, hier zu verletzen. Vielen Dank.

Vorsitzender: Danke sehr, Herr *Weber*. Jetzt Herr *Suhr*, in der Runde II eine ganz kurze Schlußbemerkung.

Suhr: Vielen Dank für diese von der Gleichheit in der Reihe abweichende Privilegierung! Ich will sie nicht mißbrauchen.

Am Ende der Frage nach den Maßstäben und Konkretisierungsmöglichkeiten möchte ich festhalten: In den Referaten wurde die *justitia commutativa* nicht ausdrücklich erwähnt. Herr *Zippelius* ist vielmehr ausdrücklich nur von der *justitia distributiva* ausgegangen. Das ist die inhaltliche Gleichheit, die differenzierende. Die *justitia commutativa* dagegen ist jene, die der formalen Gleichheit viel angemessener ist. Und ich möchte festhalten, daß dieser ganze Maßstabsbereich nur indirekt und sehr vage angesprochen wurde, obwohl er für das, was jetzt kommt, am Übergang zu Runde III, nämlich für die faktische Gleichheit, außerordentlich wichtig ist. Stichworte sind etwa „Gegenseitigkeit“, „Ausgleich“. Man kann zum Beispiel eine staatliche Privilegierung vornehmen, sie aber durch Entschädigungsregeln gleichzeitig wieder ausgleichen, und dergleichen mehr. Vielen Dank!

Vorsitzender: Danke sehr, Herr *Suhr*. Wir sind mit Runde II am Ende. Es ist 17 Uhr. Ich meine, daß spätestens, allerspätstens um viertel nach fünf die Referenten das Recht zum Schlußwort erhalten sollten. Auf der Rednerliste stehen jetzt Herr *Zacher*, Herr *Frowein*, Herr *Hans-Peter Schneider*, Herr *Lange*, Herr *Oldiges* und Herr *Murswiek*. Herr *Zacher*, bitte – ohne Privileg, diesmal, wegen der fortgeschrittenen Zeit!

Zacher: Darum verzichte ich darauf, alles darstellen zu wollen, worin ich den Referenten zustimme. So sehr mich der Verzicht schmerzt, denn das, worin ich den Referenten zustimme, ist sehr viel. Nur einen Punkt möchte ich hervorheben: den Satz von Herrn *Müller* „Es gibt nicht den Gleichheitssatz“, möchte ich gerade von der internationalen Sicht her sehr unterstreichen. Einzelne Gleichheitssätze können wir international formulieren, aber diese Mischung von Denkverfahren und Kontrolle eines Denkverfahrens mit einem konkreten rechtlichen und/oder sachlichen Kontext, die der Gleichheitssatz darstellt, diese Mischung ins Internationale zu übertragen, wäre entweder mit einer Hybris internationaler Instanzen oder mit einem völligen Leerlaufen verbunden. Insofern bin ich Ihnen, Herr *Müller*, gerade für diesen Satz besonders dankbar.

Ich wollte aber das Augenmerk, in der Kürze der mir verbleibenden Zeit, auf eine Frage richten, die, glaube ich, in dieser Art, wie ich sie gestellt sehen möchte, bisher zu kurz gekommen ist, nämlich die Frage: „Wieviel Gleichheit verlangen wir der Gesellschaft ab?“ Alles was wir bisher erörtert haben, steht im Licht der Frage: „Wieviel Gleichheit verlangen wir dem Staat ab?“ Die Frage „Wieviel Gleichheit verlangen wir der Gesellschaft, den einzelnen untereinander, den Gruppen gegeneinander, den einzelnen gegenüber den Gruppen usw. ab?“, diese Frage bedürfte noch einer Vertiefung. Wir können da zunächst die soziale Gleichheit in den Vordergrund stellen. Hier stellt sich die Frage: „Ist die Ergänzung des Gleichheitssatzes durch das Sozialstaatsprinzip notwendig oder nicht?“ Ich würde sagen, gerade im Lichte alles dessen, was heute gesagt worden ist, ist die Ergänzung des Gleichheitssatzes durch das Sozialstaatsprinzip dringend notwendig, weil ja der konkrete Kontext – hier: der soziale Zusammenhang und die soziale Orientierung –, der der Anwendung des Gleichheitssatzes erst Stoff und Gehalt gibt, von außen geholt werden muß. Erst die Diskussion um den Sozialstaat kann die ganze Komplexität der „sozialen Frage“ in die Anwendung des Gleichheitssatzes hereinbringen.

Aber ich möchte noch auf eine nicht in diesem spezifischen Sinne „soziale“ Fragestellung eingehen. Es gibt ja auch andere – ich möchte sagen: gesellschaftspolitische – Gleichheitsideen, die über das Soziale (im Sinne des Gleichheitssatzes) hinausgehen. Auch für sie gibt es das

Bestreben, die ihnen entsprechenden besonderen Gleichheitssätze in die Gesellschaft hineinzutragen, ja hineinzuzwingen. Das Quotenproblem, das heute ja so viel erwähnt worden ist, ist ja nur eine Erscheinung davon. Wir haben im internationalen Vergleich, das wurde auch schon angedeutet, noch eine ganz andere Tendenz, nämlich, Gleichheitssätze mittels Diskriminierungsverboten in die Gesellschaft hineinzutragen. Wir kennen die Diskriminierungsverbote gegenüber gesellschaftlichen Mächten, wie wir sie lange schon im Monopolrecht haben. Wir kennen solche Diskriminierungsverbote im Arbeitsrecht. Aber die neue Tendenz, „Gleichheiten“ mit Hilfe von Diskriminierungsverboten in die Gesellschaft hineinzutragen, geht sehr viel weiter. Gerade Kanada, wenn ich das noch sagen darf, ist ein abschreckendes Beispiel. Wir haben in unserem Institut einmal alle Diskriminierungsverbote, die Kanada derzeit kennt, in Bund und Provinzen zusammengetragen, es sind etwa zwei Dutzend. Und sie richten sich zum großen Teil auch von Privaten an Private. In einer Provinz ist es etwa nicht mehr statthaft, daß ein Vermieter sagt: „Ich will diese Mieter nicht, weil sie zusammenleben, ohne verheiratet zu sein“. So wird „Gleichheit“ also ganz im Privaten abverlangt und zwar nach Maßstäben, die von außen, politisch, vom Staat gesteckt werden. Wir stehen hier vor einer ganz neuen Front der Auseinandersetzung von Freiheit und Gleichheit.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Zacher*. Es fügt sich gut, daß wir die internationalen und ausländischen Aspekte berühren. Herr *Frowein* ist der nächste Redner.

Frowein: Drei kurze Fragen und Bemerkungen zu dem was man Egalisierungsgebot nennen könnte. Auch mir ist mit anderen der personale Ansatz beim Gleichheitsgebot, besonders bei den Absätzen 2 und 3 eigentlich nicht stark genug betont worden. Ich bin froh, daß Herr *Dürig* hier ist, denn, wenn ich mich nicht ganz täusche, ist er es gewesen, der die Menschenwürdebeziehung der Absätze 2 und 3 so besonders stark betont hat. Und ist nicht von hier aus die Frage doch sehr viel ernsthafter zu stellen, wieweit wir da Egalisierungsgebote haben? Wir haben das im Privatrecht, wenn ich es richtig sehe, weitgehend anerkannt. Wir haben es noch nicht deutlich genug, meine ich, im öffentlichen Recht anerkannt. Denn ich halte die Diskussion im Grunde für fragwürdig, die bei uns etwa für Gaststättenverbote für Ausländer oder Farbige geführt worden ist, die sich nicht klar genug dieses Gebotes aus Art. 3 Abs. 3 besonnen hat. Zweite Bemerkung: Auf diesem Gebiet muß man sich wirklich fragen, ob es nicht Durchsetzungsmechanismen in anderen Ländern gibt, die erfolgreicher gewesen sind. In den angelsächsischen Ländern sind die Diskriminierungs-

kommissionen, wenn ich das richtig übersehe, etwa bei der Geschlechtergleichheit oder bei der Rassengleichheit, außerordentlich erfolgreich gewesen. Das ist ein ganz anderer Durchsetzungsmechanismus, aber einer, der auch von uns Verfassungsrechtlern studiert zu werden verdient. Die Umsetzung der EG-Gleichberechtigungsrichtlinie in der Bundesrepublik ist ein besonders gutes Beispiel für unsere mangelnde Sensibilität, wie ich es einmal formulieren will, auf diesem Gebiet. Und der Europäische Gerichtshof hat uns die Quittung gegeben, allerdings ohne daß der Gesetzgeber gehandelt hätte; und ich bin nicht sicher, ob er handeln wird, denn die Bundesregierung hat sich ja dahingehend eingelassen, der deutsche Richter könne helfen – wie es dann das Landesarbeitsgericht Hamm getan hat – aber auf einem Weg, der im Gesetz nicht vorgezeichnet ist. Die letzte Bemerkung: Ich bin nicht sicher, ob wir nicht auch Fragen der „affirmative action“ stärker studieren müssen. Das Bundesverfassungsgericht hat ja in der Rentenalterentscheidung die erste Bemerkung in dieser Richtung gemacht. Ich glaube, auch dieses muß weiter bei uns erörtert werden, und vielleicht werden die völkerrechtlichen Egalisierungsgebote, die schon angesprochen waren, hier weiterwirken. Ich bin zwar mit Herrn *Weber* der Meinung, daß man nicht etwa eine Umstrukturierung unseres Gleichheitssatzes erwarten sollte, aber eine stärkere Beachtung dieser völkerrechtlichen Entwicklung bei uns ist angebracht. Danke.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Frowein*. Ich darf dann Herrn *Hans-Peter Schneider* bitten.

H.-P. Schneider: Ich kann direkt an Herrn *Frowein* anknüpfen, möchte mich dabei aber gleichzeitig auch auf die Eingangsbemerkung von Herrn *Heckel* beziehen. Es gehört ja zu den eigentümlichen Paradoxien des Gleichheitssatzes, daß angesichts der sozialen Differenziertheit, der sozialen Unterschiede in der Realität, formal gleiches Recht immer ungleich wirkt, was bedeutet, daß wir eigentlich formal ungleiches Recht brauchen, wenn wir Gleichheit herstellen wollen. Ich würde es für verfehlt halten, Herr *Starck*, hier die Problematik der faktischen Gleichheit aus dem Gleichheitssatz herauszudrängen, weil ja der Gleichheitssatz sowohl historisch wie aktuell gerade dadurch seinen Normgehalt gewinnt, daß an das Recht die Anforderung gestellt wird, *in der Realität* gleiche Verhältnisse zu schaffen. Wenn man das so sieht – ich erinnere hier an den berühmten, sehr nachdenkenswerten Satz von *Anatole France*, der da sagt: „Das Gesetz in seiner majestätischen Gleichheit verbietet Armen wie Reichen zu stehlen, zu betteln und unter Brücken zu schlafen“ – wenn man das so sieht, daß vom formal gleichen Recht die Menschen ganz unterschiedlich betroffen sein können, dann kann das doch eigentlich nur heißen, daß der Gleichheits-

satz uns nahelegt, darüber nachzudenken, welche Mittel und Wege das Recht hier bietet, um faktische Gleichheit herzustellen.

Das bedeutet nun konkret für die Quotendiskussion folgendes: Ich stimme Ihnen, Herr *Müller*, in Ihrer These 9 weitgehend zu, wenn Sie sagen: Quotenregelungen sind problematisch. Ich würde nur hinzufügen wollen: „... es sei denn, daß sich aus der Verfassung unmittelbar ein Egalisierungsgebot oder Gleichstellungsauftrag ergibt“. Was den Art. 3 Abs. 2 angeht, so würde ich ihn jedenfalls für den politischen Bereich so interpretieren wollen. Denn seine Entstehungsgeschichte im Parlamentarischen Rat zeigt, daß er just so gemeint war. Wer dort die Ausführungen etwa der Zentrumsabgeordneten Frau *Wessel* nachliest, wird feststellen, daß er im spezifischen Sinn die Gleichstellung der Frau im politischen Leben zum Gegenstand hatte. Frau *Wessel* bezieht sich hier auf eine lange Tradition, die auch schon in den Beratungen der Weimarer Nationalversammlung eine Rolle gespielt hat, wo nicht von „Quote“ die Rede war, sondern interessanterweise von „Mandatsgarantie“; in der Sache ist das aber dasselbe. Wenn man diese Entstehungsgeschichte heranzieht, dann kann man den Art. 3 Abs. 2 im politischen Bereich als Gleichstellungsgebot interpretieren, und ich meine, daß diese Interpretation dann auch eine Quotenregelung sogar im Wahlrecht rechtfertigen kann.

Vorsitzender: Danke sehr, Herr *Schneider*. Herr *Lange*, bitte.

Lange: Ich möchte ebenfalls eine ergänzende Bemerkung zu der Quotenthese von Herrn *Müller* machen. Ich meine, daß diese These zu pauschal gefaßt ist, wenn sie Quotenregelungen generell als verfassungsrechtlich fragwürdig erscheinend bezeichnet. Ich denke, wir kennen eine Vielzahl von Quotenregelungen. Ich frage mich, ob etwa die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in privaten Unternehmen nicht eigentlich auch eine Form der Quotenregelung ist. Wir kennen in zahlreichen öffentlichrechtlichen Körperschaften und Anstalten Quotenregelungen, die für eine angemessene Repräsentation gesellschaftlicher Gruppen sorgen sollen, und wenn eine solche Quotenregelung unbefriedigend erscheint, dann haben wir sicherlich auch nichts dagegen, wenn einer bisher nicht oder unzureichend repräsentierten Gruppe ein angemessener Anteil in den Organen der betreffenden Institution gegeben wird. Man wird also berücksichtigen müssen, ob es um die Aufhebung bestehender rechtlicher oder faktischer Benachteiligungen geht. Oft kann eine Quotenregelung insofern einen Gleichheitsgewinn gegenüber der herkömmlichen Situation bewirken. Im übrigen wird man sicherlich differenzieren müssen, das hat Herr *Müller* in seinen mündlichen Ausführungen ja auch teilweise getan, danach, ob Quotenregelungen in subjektive Rechte eingreifen oder nicht. Bei Ermessens-

entscheidungen im öffentlichen Dienst bei gleichqualifizierten Bewerbern wird das nicht ohne weiteres der Fall sein oder wenn es um autonome Organisationsregelungen etwa von Parteien geht.

Noch grundsätzlicher, wenn ich das noch hinzufügen darf, hat m.E. Herr *Zippelius* den Gleichheitsgrundsatz verbunden mit herkömmlichen Wertvorstellungen und Auffassungen, wenn er in seiner These 2a gesagt hat: „Die Ungleichbehandlung muß einem legitimen Regelungszweck dienen.“ Das läuft auf eine m.E. nicht unproblematische Art der inhaltlichen Überprüfung von Ungleichbehandlungen hinaus. Wenn ich Herrn *Zippelius* recht verstanden habe, dann hat er mit einem legitimen Regelungszweck gemeint, daß der Regelungszweck sich an den bestehenden, bisher herrschenden Rechtsauffassungen und Wertvorstellungen müsse legitimieren können. Ich frage mich, ob damit nicht der Gestaltungsspielraum der Politik allzusehr beschnitten wird, die ja doch auch die Möglichkeit haben müßte, über bestehende, herrschende Wertvorstellungen hinauszugreifen. Die potentiellen Folgen dieser These 2a dürfen nicht unterschätzt werden, zumal Herr *Zippelius* zu judicial selfrestraint nur dem Gesetzgeber gegenüber aufgefordert hat; gegenüber der Exekutive würde das volle Gleichheitspostulat in der von Herrn *Zippelius* vertretenen Form greifen.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Lange*. Ich darf dann Herrn *Oldiges* als vorletzten Diskussionsteilnehmer bitten.

Oldiges: Herr *Müller* hat in seiner neunten These den Sprengstoff geliefert, der uns gestern von *Graf Vitzthum* avisiert worden ist. Das Egalisierungsgebot führt, wenn man es ernst nimmt, zwangsläufig zu solchen Erscheinungsformen wie der Quotenregelung. Dort aber bewegen wir uns im Bannkreis einer Erscheinung, die man gewöhnlich als positive oder kompensatorische Diskriminierung bezeichnet und in der sich der Gleichheitsgrundsatz selbst in Frage stellt. Dieser Grundsatz gewinnt eben eine ganz andere normative Bedeutung, wenn man ihn nicht mehr nur als Gewährleistung gleicher Chancen versteht, sondern als Egalisierungsinstrument verfügbar macht und einsetzt. Das Extrem kompensatorischer Diskriminierung ist aber nur Ausdruck eines Spannungsverhältnisses, das von vornherein im Gleichheitssatz angelegt ist und sich mit den Begriffen „Gleichbehandlung“ und „Egalisierung“ beschreiben läßt. Beide Begriffe entspringen verschiedenen Wurzeln der Gerechtigkeit; sie ergänzen einander, aber sie begrenzen sich auch wechselseitig. Egalität meint Gleichheit in der Sache selbst, Gleichbehandlung vermittelt nur eine Chance. Egalität ist der materielle Aspekt des Gleichheitssatzes, Gleichbehandlung dagegen sein formeller Aspekt; insoweit besteht ein gewisse Parallele zum Rechtsstaatsgebot, das bekanntlich ebenfalls materielle und formelle Elemente ent-

hält. Ohne eine gewisse Anreicherung durch materielle Gleichheit, also Egalität, könnte das Gleichbehandlungsgebot leicht zu einem sozial leerlaufenden Postulat werden. Egalisierung ohne das Korrektiv des Gleichbehandlungsgebotes wirkt dagegen freiheitsmindernd und ist in der Tendenz totalitär. Zur Gewinnung praktischer Lösungen – beispielsweise auch in der Quotenfrage – muß dieses Spannungsverhältnis aufgelöst werden. Hierzu verhilft, was Herr *Müller* uns vorgeschlagen hat. Er geht zu Recht den Richtungen nach, in die das Gleichbehandlungsgebot einerseits und das Egalisierungsgebot andererseits weisen. Das Gleichbehandlungsgebot dient der Freiheitssicherung; ohne die Gewährleistung staatlicher Gleichbehandlung wäre eine individuelle Selbstentfaltung nicht möglich. Das Egalisierungsgebot ist demgegenüber ein Postulat der Sozialstaatlichkeit; die materielle Gleichheit, um die es ihm geht, sollte darum auch nur mit sozialstaatlichen Mitteln herbeigeführt werden, und nicht im Wege kompensatorischer Diskriminierung.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Oldiges*. Als letzten können wir Herrn *Murswiek* hören.

Murswiek: Die Debatte um die Zulässigkeit von Quotenregelungen bringt m.E. die Gefahr mit sich, Schleusen zu öffnen für ein kollektivistisches Grundrechtsverständnis. Ich freue mich, daß niemand hier heute dieser Gefahr erlegen ist, möchte aber doch auf das Problem hinweisen. Eine Regelung, welche den Zugang zu öffentlichen Ämtern oder etwa zu Parlamentsmandaten geschlechtsspezifisch nach festen Prozentsätzen limitiert – etwa 50 : 50 oder 40 Prozent mindestens Frauen und mindestens 40 Prozent Männer – eine solche Regelung berühre den Gleichheitssatz überhaupt nicht, hat neulich ein Staatsrechtslehrer behauptet. Begründung: Die Regelung sehe ja vor, daß für Männer und für Frauen die gleiche Quote gelte – also würden beide gleich behandelt. Überzeugen könnte dieses Argument allenfalls dann, wenn der Gleichheitssatz nur die Gleichbehandlung sozialer Gruppen forderte und der Einzelne nur als statistische Größe mittelbar von dem Schutz partizipierte, den die Gruppe genießt, der er angehört. Aber nicht *die* Männer, nicht *die* Frauen werden durch Art. 3 Abs. 2 GG geschützt, sondern jeder einzelne Mann und jede einzelne Frau. Die kollektivistische Perspektive fälscht das Individualrecht in sein Gegenteil um, nicht nur in eine Berechtigung, sondern – konsequent zu Ende gedacht – in eine Verpflichtung zur Diskriminierung des Einzelnen aus Gründen statistischer Gleichheit. Versteht man dagegen den Gleichheitssatz als Individualgrundrecht, kann kein Zweifel daran bestehen, daß Quotenregelungen diskriminierend wirken. Man kann sich dann nur auf einer zweiten Stufe fragen, inwieweit das Ziel der Herstellung

kollektiver Gleichheit individuelle Diskriminierung rechtfertigen kann. Eine Quote 50 : 50 oder 40 : 40 oder wie auch immer diskriminiert übrigens nicht nur, wie das heute immer wieder diskutiert wird, die Männer, sondern sie diskriminiert ebenso die Frauen aus Gründen ihres Geschlechts. Wir haben es hier mit dem Phänomen einer doppel-seitigen Diskriminierung zu tun, denn rechtlich verwehrt eine solche Regelung nicht nur den Männern, sondern auch den Frauen Zugang zu Parlamentsmandaten usw., wenn sie durch die Quote ausgeschlossen werden, auch wenn in einer konkreten sozialen Situation die Regelung natürlich dazu gedacht ist, einer bestimmten Gruppe zu nützen und wenn im Einzelfall immer nur entweder ein Mann oder eine Frau ungleich behandelt sein kann.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Murswiek*. Damit ist insoweit die Aussprache geschlossen. Ich darf jetzt das Wort den Berichterstattern zum Schlußwort geben. Zunächst Herr *Georg Müller*, bitte.

Müller: Ich bin natürlich erfreut darüber, daß die in meinem Referat ausgelegten Köder ihre Wirkung getan und Sie entsprechend herausgefordert haben. Ich muß mich auf ganz wenig beschränken, auf das ich noch eingehen möchte. Herr *Badura* hat den Begriff der Konkretisierung hier kritisch zur Debatte gestellt. Ich glaube, Herr *Zippe-lius* und ich haben gemeinsam einen unverdächtigen Begriff gesucht, um zu beschreiben, daß die verschiedenen staatlichen Gewalten den Gleichheitssatz auf eine bestimmte Weise näher ausführen. Den Begriff hat *Hans Huber* in die Diskussion eingebracht und gesagt: Grundrechte kann der Richter nicht auslegen, er muß sie konkretisieren. Wir haben jetzt das etwas ausgeweitet, indem wir auch andere Staatsorgane hier einbezogen haben. Ich glaube, daß bei meinen Vorstellungen zur Konkretisierung, wenn ich den Begriff trotzdem verwenden darf, das schweizerische Verfassungsverständnis eine wesentliche Rolle spielt. In der Schweiz normiert die Verfassung die Staatsaufgaben inhaltlich viel genauer als z.B. in Deutschland. Die Regelungsziele sind deshalb in den Grundzügen schon in der Verfassung enthalten. Deswegen habe ich auch die Idee der Harmonisierung dieser Aufgabenbestimmung mit dem Gleichheitssatz so in den Vordergrund gestellt. Aber im Grunde sind die methodischen Überlegungen die gleichen, wenn die Verfassung den Gesetzgeber ermächtigt, die Regelungsziele festzulegen. Es geht auch dann m.E. um eine Abwägung zwischen verfassungsmäßig festgelegtem Gesetzeszweck und Gleichheitssatz. — Eine Bemerkung noch zur Eigenmietwertbesteuerung. Ich habe vielleicht ein Mißverständnis erzeugt. Ich muß das berichtigen, um dem schweizerischen Bundesgericht Gerechtigkeit widerfahren zu lassen. Die Rechtsprechung sagt also: Der Mieter ist ja gezwungen, für seine Wohnung Aus-

gaben zu tätigen, der Eigentümer nicht. Wir rechnen dem Eigentümer diese eingesparte Ausgabe als Einkommen an und besteuern das. Wenn man das nicht tut, ist das ein Verstoß gegen die Steuergerechtigkeit, gegen den Gleichheitssatz. Es sitzen hier im Saal Leute, die darüber fundierte Gutachten gemacht haben — das ist eine alte, gefestigte Rechtsprechung in der Schweiz. Ich bin sehr erfreut über Ihre Kritik an dieser Rechtsprechung, Herr *Bayer*, denn sie geht durchaus in die Richtung, wie ich es auch gerne sehen möchte. Ich würde sie jedoch etwas anders begründen: Das Regelungsziel, die breitere Streuung des Eigentums, ist so gewichtig, daß es auch eine Ungleichbehandlung von Mietern und Eigentümern rechtfertigt. — Noch ein Wort zum Egalisierungsgebot. Auch da ein Mißverständnis, das ich klären muß. Ich würde doch meinen, daß der Gleichheitssatz Grundlage des Egalisierungsgebots sein kann, Herr *Starck*. Aber im Ergebnis, glaube ich, spielt es keine große Rolle, wo wir es abstützen. Der personale Aspekt, den Herr *Frowein* angesprochen hat, der, wenn ich das recht verstanden habe, eher zu einer Verstärkung des Gebots zur Herstellung faktischer Gleichheit tendieren würde, den kann man natürlich auch umgekehrt einbringen in diese Überlegung, und wenn ich Herrn *Dürig* recht in Erinnerung habe, hat er eher die Meinung vertreten, daß aus dem personalen Aspekt eben die Freiheitlichkeit, gerade nicht die Egalisierung resultieren würde. — Noch ein Wort zu den Quotenregelungen, die verschiedentlich in den Voten angesprochen worden sind. Ganz kurz und vielleicht nicht so juristisch. Ich habe nicht nur verfassungsrechtliche, sondern auch praktische Bedenken. Sie sind in verschiedenen Voten angeklungen, etwa bei Herrn *Schiedermair*. Ich fürchte, daß wir mit den Quotenregelungen gerade den Frauen keinen Dienst leisten, daß wir mit den Frauenquoten sozusagen „Quotenfrauen“ erzeugen, die ihren Sitz, ihre Position bloß via Quotenregelung erhalten haben, und das, meine ich, könnte fast wieder auf eine Diskriminierung hinauslaufen, wie auch Herr *Murswiek* angedeutet hat. Dabei will ich es bewenden lassen.

Vorsitzender: Ich danke Ihnen sehr herzlich, Herr *Müller* und darf Herrn *Zippelius* bitten, sein Schlußwort zu sprechen.

Zippelius: In der Stadt *Hegels* darf einem wohl ein Satz einfallen, der *Hegel* unterschoben wird: „Nur einer meiner Hörer hat mich verstanden, und der hat mich mißverstanden.“ Nun, mich hat jedenfalls Herr *Böckenförde* nicht mißverstanden. Er faßte die Gedanken, die mir wichtig erschienen, etwa wie folgt zusammen: Der Gleichheitssatz beinhaltet einen Gerechtigkeitsauftrag, erfüllt ihn aber nicht als inhaltlich vorgegebenes Richtmaß, sondern insoweit als Schlüsselbegriff als er Ungleichbehandlungen begründungsbedürftig macht. Die Kriterien

dieser Rechtfertigung sind unter Bezug auf den jeweils zu regelnden Sachbereich und aus den ihm zugeordneten Gerechtigkeitsprinzipien zu gewinnen. Diese Gerechtigkeitsprinzipien sind keine „luftige Sache“, wie Herr *Ipsen* meinte, sondern sie sind, soweit möglich, der Verfassung selbst zu entnehmen, im übrigen aber, wie das Bundesverfassungsgericht formulierte, den fundierten, allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft. Für diese finden sich Anhaltspunkte, außer in der Verfassung, auch im einfachen Recht. Dies aber nur, weil und insofern man annehmen darf, daß dieses Recht von der Rechtsgemeinschaft akzeptiert und Ausdruck solcher fundierten allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft ist. Ich möchte hier, trotz einiger gewichtiger Interventionen, an meinem Standpunkt festhalten. Festhalten möchte ich auch an dem Satz, daß ungerechtfertigte Gleich- oder Ungleichbehandlungen nur aus schwerwiegenden Gründen, denen breiteste Akzeptanz sicher ist, eine richterliche Verwerfung von Gesetzen rechtfertigen. Diese Aussage betrifft indessen nur die Kompetenzabgrenzung zwischen Gesetzgeber und Gericht; sie liegt auf der Linie der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Der Gesetzgeber selbst bleibt aber auch in dem Spielraum, den ihm die richterliche Kontrollkompetenz läßt, dem Gerechtigkeitsauftrag des Gleichheitssatzes verpflichtet. Dies ist eine Aussage zur Legitimität, nicht notwendig auch zur tatsächlichen Praxis des Gesetzgebers; so verstand wohl auch *Radbruch* seinen Satz von der endlosen Diskussion über die Gerechtigkeit. Auch dies wurde verschiedentlich wohl mißverstanden.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Zippelius*. (Beifall) Meine Damen und Herren, wir sind am Ende, es ist 17.30 Uhr. Es ist mir eine angenehme Pflicht und Aufgabe, beiden Referenten sehr herzlich zu danken, und desgleichen danke ich allen, die an der Diskussion aktiv oder auch nur als Zuhörer teilgenommen haben. Wenn Sie sich beeilen, dann können Sie den Komtur da draußen noch gerade vermeiden. Die Sitzung ist geschlossen.

Zweiter Beratungsgegenstand:
**Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung
im Leistungsrecht**

1. Bericht von Prof. Dr. *Reinhard Mußnug*, Heidelberg

Inhalt

	Seite
I. Begriff und Eigenart des Leistungsrechts	114
1. Die Kennzeichen des Leistungsrechts	114
a) Die Unschärfe des Begriffs „Leistung“	114
b) Das Kriterium der freien Gestaltbarkeit	115
c) Das Kriterium der Finanzabhängigkeit	116
d) Rechtsdogmatische Systematisierbarkeit?	117
2. Das Leistungsrecht der parlamentarischen Demokratie	117
a) Die politische Prävalenz des Leistungsrechts	117
b) Der Integrationseffekt des Leistungsrechts	119
II. Gesetzliche Gestaltung des Leistungsrechts	120
1. Vermeidung der Leistungsvergabe	120
a) Ersatz der Leistung durch Verschonung	120
b) Abwälzung der Leistungspflicht auf außerstaatliche Leistungsträger	120
2. Gestaltung des Leistungsrechts durch Verzicht auf gesetzliche Regelung	122
a) Leistungssteuerung über den Haushaltsplan	122
b) Definition des Leistungszwecks durch den Haushaltsplan	124
3. Leistungsrechtlicher Gesetzgebungszwang	125
4. Leistungsrechtliches Übermaßverbot?	126
a) Das haushaltsrechtliche Übermaßverbot	126
b) Verfassungsrechtliches Übermaßverbot?	127
c) Finanzverfassungsrechtliches Übermaßverbot?	128
d) Verbot der Leistungsfinanzierung durch Kreditaufnahme	129
III. Rechtsanwendung im Leistungsrecht	132
1. Objektives Leistungsrecht und subjektiver Leistungsanspruch	132
a) Das Leistungsrecht im System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes	132
b) Leistungsvergabe nach Ermessen	133
c) Leistungsvergabe nach typisierenden Vorschriften	134
2. Leistungsrecht und Verwaltungsverfahren	136
a) Sachverhaltsermittlung	136
b) Spezialgesetzliche Verfahrensvorschriften	137

Herr *Hill*, Herr *Hufen* und ich haben es mit unserem Thema leicht. Es bedarf keiner Rechtfertigung. Es rechtfertigt sich von selbst. Wir können also ohne Umschweife zur Sache kommen.

Das tut auch not. Denn das Leistungsrecht ist ein weites Feld. Um der Fülle seiner Probleme wenigstens einigermaßen Herr zu werden, müssen wir das europäische Leistungsrecht beiseite lassen; wir gehen davon aus, daß es in der Diskussion von berufeneren Sachkennern zur Sprache gebracht werden wird. Den leistungsrechtlichen Vorbehalt des Gesetzes können wir nur streifen, aber nicht in den Mittelpunkt rücken; er ist 1981 in Trier hinreichend miterörtert worden¹. Auch die münchener Beratungen von 1986 über die „Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung“² tragen zu unserer Entlastung bei.

Untereinander haben wir abgesprochen, daß sich Herr *Hill* primär der sozialen Verwaltungsleistungen annehmen wird. Herr *Hufen* wird seine Beispiele vorwiegend aus der Daseinsvorsorge beziehen und sich auf die Gesetzesgestaltung konzentrieren. Ich werde mit einem gewissen Schwerpunkt bei den Subventionen auf die allgemeinen Probleme des Leistungsrechts eingehen. Da das eine Verständigung darüber voraussetzt, was unter dem Leistungsrecht zu verstehen ist, sind einige definitorische Vorbemerkungen angezeigt.

I. Begriff und Eigenart des Leistungsrechts

1. Die Kennzeichen des Leistungsrechts

a) Die Unschärfe des Begriffs „Leistung“

Inhalt und Gegenstand des Leistungsrechts lassen sich nicht kurz und bündig umreißen. Daran trägt die Unschärfe des Begriffs „*Leistung*“ die Schuld³. Mit seiner Hilfe ist der Eigenart des Leistungs-

¹ Unter dem Thema „Gesetzgebung im Rechtsstaat“, VVDStRL 40 (1982), S. 7ff.

² VVDStRL 45 (1987), S. 152ff.

³ Einen Eindruck von der kaum zu bändigenden Vielfalt dessen, was der allgemeine und der juristische Sprachgebrauch als „Leistung“ bezeichnen, vermitteln die Beiträge von *Krings* und *Hollerbach* zu diesem Stichwort im Staatslexikon der Görresgesellschaft, Bd. 3, 7. Aufl. 1987. Es kommt daher nicht von ungefähr, wenn von *Unruh*, DVBl 1972, S. 469ff., selbst die polizeiliche Gefahrenabwehr der Leistungsverwaltung zurechnet; in der Garantie des sicheren Lebens unter dem Schutz der Gesetze, der Behörden und der Gerichte liegt schließlich die *raison d'être* des Staates. Aber die Begriffe „Leistungsrecht“ und „Leistungsverwaltung“ verlieren ihren Erkenntniswert, wenn man sie mit der Gefahrenabwehr verquickt; vgl. *Forsthoff*, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, 1959, S. 13.

rechts nicht beizukommen⁴, und ein anderer tauglicherer Begriff ist nicht in Sicht. Denn das Leistungsrecht ist ein inhomogenes mixtum compositum⁵, das für abstrakte Definitionen keinen Ansatz bietet⁶.

Wo die Abstraktion versagt, bleibt nur die Enumeration übrig. Sie muß auflisten, was die Gleichartigkeit seiner Ziele und Probleme zum Leistungsrecht vereint⁷. Dabei handelt es sich um dreierlei:

1. Um das Recht der öffentlichen Daseinsvorsorge.
2. Um das in das Sozialhilfe- und Sozialversicherungsrecht aufgespaltene Sozialrecht.
3. Um das Recht der Subventionsvergabe.

Diese drei Gebiete verbindet, daß sie mit Geld-, Sach- und Dienstleistungen der Unfähigkeit des Einzelnen, der Wirtschaft und der Gesellschaft abhelfen, aus eigener Kraft aufzubringen, was sie zur Sicherung ihrer Existenz benötigen.

b) Das Kriterium der freien Gestaltbarkeit

Existenzsichernde Geld-, Sach- und Dienstleistungen erbringt die Verwaltung freilich auch außerhalb der Daseinsvorsorge, des Sozial- und des Subventionsrechts.

Die Gehalts- und sonstigen Zahlungen an Beamte, Abgeordnete, ehrenamtlich Tätige, Wehr- und Ersatzdienstpflichtige, Zeugen und Sachverständige etc. haben mit dem Leistungsrecht jedoch nichts zu schaffen⁸. Sie werden als *erdiente* Leistungen nach andern Regeln vergeben und bemessen als die Geldleistungen des Sozial- und Subventionsrechts. Das gleiche gilt für die Entschädigungsleistungen. Sie erfaßt das Leistungsrecht nur, wenn ihnen die verfassungsrechtliche Absicherung fehlt. So verhält es sich z.B. mit der Entschädigung für

⁴ Auch dann nicht, wenn man vom Leistungsbegriff des Zivilrechts ausgeht. In der Sichtweise der §§ 241 und 812 BGB sind auch die Erteilung der Fahrerlaubnis, die Einbürgerung, die Aushändigung des amtlichen Kfz-Kennzeichens und die Befreiung vom Wehrdienst Leistungen. Ginge es nach dem Zivilrecht, so schmolze der Unterschied zwischen dem Eingriffs- und dem Leistungsrecht also auf die Differenzierung zwischen dem begünstigenden und dem belastenden Verwaltungshandeln zusammen. Auch das hat *Forsthoff* nicht gemeint, als er der Leistungsverwaltung in seiner bahnbrechenden Schrift „Die Verwaltung als Leistungsträger“ aus dem Jahre 1938 ihren Namen gab.

⁵ So auch *Schulze-Fielitz*, DÖV 1988, S. 758ff., 760; *Hennecke*, DÖV 1988, S. 768ff., 769; *Tzong-li Hsu*, Verfassungsrechtliche Schranken der Leistungsgesetzgebung im Sozialstaat, 1986, S. 25ff.

⁶ In den von *Krause*, VVDStRL 45 (1987), S. 213–215 aufgelisteten Beispielen leistungsrechtlicher Verwaltungstätigkeiten tritt das besonders anschaulich zutage.

⁷ Das war auch *Forsthoffs* (Fn. 4, S. 9f., 27) Methode.

⁸ Dazu und zum folgenden *Tzong-li Hsu* (Fn. 5, S. 27ff.).

die seuchenpolizeiliche Tötung von Haustieren, die das TierseuchenG den Landwirten zuspricht⁹. Da Art. 14 Abs. 3 GG sie nicht gebietet¹⁰, ist sie bei Lichte besehen eine Subvention. Die Enteignungs- und Aufopferungsentschädigung indessen ist an verfassungsrechtliche Vorgaben gebunden, die ihrer freien Gestaltung nach den Prinzipien des Leistungsrechts einen festen Riegel vorschieben¹¹. Das trennt sie vom Leistungsrecht ab.

Das Leistungsrecht erfaßt also nicht alles, was die Verwaltung an Geld-, Sach- und Dienstleistungen vergibt. Ihm sind allein die Leistungen zuzuschlagen, über die der Gesetzgeber frei disponieren kann. Das reduziert das Leistungsrecht auf die Trias von Daseinsvorsorge, Sozial- und Subventionsrecht. Allein bei ihr genießt der Gesetzgeber den breiten Spielraum, der das eine Charakteristikum des Leistungsrechts ausmacht¹².

c) Das Kriterium der Finanzabhängigkeit

Das andere Kennzeichen des Leistungsrechts liegt in seiner Finanzabhängigkeit¹³. Denn das Leistungsrecht kann nur leisten, was die öffentlichen Haushalte hergeben. Darin steckt das Kernproblem, mit dem der Gesetzgeber bei der Gestaltung und die Verwaltung bei der Anwendung des Leistungsrechts fertig werden müssen. Ein in diesen Tagen veröffentlichtes Urteil des VGH Mannheim¹⁴ belegt, daß auch die Justiz mit ihm zu ringen hat. Es betrifft die Klage zweier Sozialhilfeempfänger, die für ihre 3 und 5 Jahre alten Kinder eine einmalige Beihilfe für den Kauf eines Dreirads und eines Puppenhauses begehrten. Der VGH hat ihre Klage zum größten Teil abgewiesen. Zwischen

⁹ Weitere Beispiele liefern der Ausgleichsanspruch des § 38 AtomG für Schäden, die durch grenzüberschreitende Auswirkungen nuklearer Unfälle im Ausland verursacht werden (dazu neuerdings VG Köln NJW 1988, S. 1995f. und S. 1596ff.), sowie die Entschädigung für Opfer von Gewalttaten, die § 7 OEG folgerichtig auf den sozialgerichtlichen Rechtsweg verweist.

¹⁰ BVerfGE 20, S. 351ff.

¹¹ Aus diesem Grunde sind auch die Wahlkampfkostenerstattung, die Förderung des politischen Bildungswesens (BVerfGE 73, S. 1ff.) und die Subventionierung der Privatschulen (BVerfGE 75, S. 40ff.) aus dem Leistungsrecht auszuscheiden.

¹² Das Sozialstaatsprinzip engt diesen Spielraum zwar ein; denn es gebietet ein bestimmtes Minimum an Daseinsvorsorge-, Unterstützungs- und Versicherungsleistungen. Aber den Ausschlag gibt, daß das Leistungsrecht mehr vergeben kann, als es vergeben muß. Begrenzt ist es nur „nach unten“; „nach oben“ bleibt es offen; vgl. *Zacher*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts I, 1987, § 25 Rdn. 63ff.; *Stark*, DVBl 1978, S. 937ff., 938.

¹³ Zu ihr *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland I, 2. Aufl., 1984, S. 918ff.

¹⁴ Vom 18.1.1988, ESVGH 38, S. 130ff.

den Zeilen der Entscheidungsgründe klingt jedoch deutlich an, daß er ihr gerne in vollem Umfang stattgegeben hätte. Aber damit hätte das Gericht einen Präzedenzfall geschaffen, der zu einer Vermehrung der einmaligen Beihilfen um 8 % (bei derzeit jährlich 1,2 Milliarden¹⁵ also um 96 Millionen DM) gezwungen hätte. Das verbot es dem VGH, großmütig zu entscheiden. Er mußte die Belange des Steuerstaats im Auge behalten¹⁶.

d) Rechtsdogmatische Systematisierbarkeit?

In der Diskrepanz zwischen staatlicher *Leistungsbereitschaft* und staatlicher *Leistungsfähigkeit* sehe ich das prägende Merkmal des Leistungsrechts. In allem übrigen unterscheiden sich die Daseinsvorsorge-, Sozial- und Subventionsleistungen zu sehr von einander, als daß sie sich über einen Leisten schlagen ließen. Wenn sich die Verwaltungsrechtslehre dem Leistungsrecht gegenüber kraftlos gezeigt hat¹⁷, so ist das nicht der Insuffizienz ihrer Bemühungen um dieses Gebiet, sondern dem Widerstand zuzuschreiben, den das Leistungsrecht seiner rechtsdogmatischen Vereinheitlichung entgegensetzt. Der gemeinsame Nenner des Leistungsrechts, die Vergabe von finanzwirksamen Geld-, Sach- und Dienstleistungen, ist als Grundlage für eine verwaltungsrechtliche Sonderdogmatik zu klein. Für seine zusammenfassende Betrachtung eignen sich allein die Probleme, die von dem Aufeinanderprallen des sozialpolitischen Drucks zur fortwährenden Steigerung der Daseinsvorsorge-, Sozial- und Subventionsleistungen mit dem finanzpolitischen Zwang zu ihrer Begrenzung auf das Maß des Bezahlbaren herrühren.

2. Das Leistungsrecht der parlamentarischen Demokratie

a) Die politische Prävalenz des Leistungsrechts

Der Trend zur permanenten Vermehrung der Verwaltungsleistungen wird gemeinhin auf ökonomische und soziale Ursachen zurückgeführt. Die wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und technischen Veränderungen der letzten 100 Jahre¹⁸, erklären jedoch lediglich das Entstehen und allmähliche Anwachsen des Leistungsrechts. Seine seit der

¹⁵ Statistisches Jahrbuch 1987, S. 416.

¹⁶ Zur Begrenzung der richterlichen Rechtsfortbildung durch die finanziellen Bindungen des Leistungsrechts *Starck*, VVDStRL 34 (1976), S. 83.

¹⁷ So *Zacher*, VVDStRL 25 (1967) S. 310.

¹⁸ Zu ihnen *Forsthoff*, (Fn. 3), S. 23 ff.; *ders.*, Der Staat der Industriegesellschaft, 1971, S. 42 ff.; *ders.*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10. Auflage 1973, S. 61 ff.; *Häberle* VVDStRL 30 (1972), S. 55 ff.

Mitte der 50'er Jahre in der Bundesrepublik zu beobachtende Tendenz zum Überborden indessen beruht auf anderen, nämlich verfassungsrechtlichen Gründen.

Auf den stimulierenden Einfluß der Grundrechte hat *Häberle* 1972 in Regensburg hingewiesen¹⁹. Die Umdeutung der Grundrechte in Teilhaberechte ist zwar juristisch umstritten geblieben. Als politisches Postulat hat sie sich jedoch durchgesetzt. Das Leistungsrecht hat ihr in jeder seiner drei Sparten Tribut zollen müssen, in der Daseinsvorsorge mit dem Ausbau der Hochschulen, im Subventionsrecht mit der Theater- und Filmförderung, im Sozialrecht mit der Ausbildungsförderung, um nur die markantesten Beispiele zu nennen.

Noch stimulierender hat sich, wenn ich es richtig sehe, die feste Anbindung der Regierung an das Parlament ausgewirkt, die sich aus den Regeln des Grundgesetzes über die Kanzlerwahl und die Kabinettsbildung ergibt. Mit ihr hat das Grundgesetz die parlamentarische Demokratie in ihrer reinen Form verwirklicht²⁰, die nicht nur den Erhalt der Regierungsmacht²¹, sondern auch den Zugang zu ihr vom Vertrauen der Parlamentsmehrheit und damit vom Ausgang der Wahlen abhängig macht²².

Daß der Regent abtreten muß, wenn er vor seinem Volk „mit leeren Händen dasteht“, wußte schon *Macchiavelli*²³. Sein Rat, dem Volk mit der Peitsche in der Hand gegenüberzutreten, weil das Verteilen von Geschenken nur den Appetit auf mehr Geschenke weckt, verfängt allerdings nicht mehr. Eine Regierung, die dem Bürger Furcht einflößt, erlebt bestenfalls das Ende der laufenden Legislaturperiode. Will sie es überleben, so muß sie im gemeinsamen Zusammenwirken mit ihrer Parlamentsmehrheit das Leistungsrecht ausbauen und dem Wunsch der Bevölkerung auf fortwährend opulenteren Leistungen bis an die Grenzen des noch eben Möglichen nachgeben. Denn in der parlamentarischen Demokratie ist mit dem Eingriffsrecht „*kein Staat zu machen*“²⁴.

¹⁹ VVDStRL 30 (1972), S. 45ff.

²⁰ Vgl. *Herzog* in: *Maunz/Dürig/Herzog*, GG, Art. 53, Rdnr. 2.

²¹ So noch die Weimarer RV, die der Reichsregierung beim Reichspräsidenten mehr Rückhalt bot als beim Reichstag; dazu *Mußnug*, in: *Jeserich/Pohl/von Unruh* (Hrg.) Deutsche Verwaltungsgeschichte IV, 1985, S. 308ff., 312 und V, 1987, S. 100ff., 101.

²² Das unterstreicht die der WRV noch fremde Synchronisation der Regierungs- mit der Wahlperiode (Art. 69 Abs. 2 GG).

²³ Zitiert nach der von *Carlo Schmid* besorgten Auswahl aus „*Il Principe*“, 1956, S. 57, Nr. 35.

²⁴ Die Weimarer Republik konnte die Tuberkulose noch mit Zwangsbehandlungen und Reihenuntersuchungen bekämpfen. Den Gesundheitspolitikern der Bundesrepublik indessen fällt nur die kostenlose Verteilung von Einwegspritzen ein, wenn es gilt, die unter den Rauschgiftsüchtigen grassierenden Infektionskrankheiten einzudämmen.

Ihr Verfassungsrecht rückt das Leistungsrecht in den Mittelpunkt der Politik.

Es verwundert daher nicht weiter, daß der steile Aufschwung des Leistungsrechts erst nach 1949 einsetzte²⁵. Er ist das notwendige Attribut der parlamentarischen Regierungsform. Die parlamentarische Demokratie ebnet dem Streben nach dem *Optimum* an Staatsleistungen den Weg. Seiner Verwechslung mit dem *Maximum* hat sie nur den anachronistischen und daher gänzlich unwirksamen Art. 113 GG²⁶ entgegensetzen.

b) Der Integrationseffekt des Leistungsrechts

Es wäre allerdings kurzsichtig, das breite Vordringen des Leistungsrechts als das Negativum der parlamentarischen Demokratie zu betrachten. Denn vom Leistungsrecht geht ein nicht zu unterschätzender Integrationseffekt aus. Das hat die Weimarer Republik vernachlässigt. Sie hat es ihren Gegnern leicht gemacht, sie zu diffamieren, weil sie mit ihrem Leistungsrecht zu sparsam und mit ihrem Eingriffsrecht zu unbeholfen umgegangen ist. Die Bundesrepublik hat sich nicht zuletzt deshalb als stabil erwiesen, weil sie ihren Bürgern mit ihrem breit aufgefächerten Leistungsangebot das Gefühl sozialer Geborgenheit und gouvernementaler Fürsorge vermittelt.

Eine Reduktion des Leistungsrechts auf das unerläßliche Minimum wäre daher verfehlt. Der Staat muß als Leistungsgeber präsent bleiben. Die Subsidiaritätslehre²⁷ sollte er nicht zur alleinigen Richtschnur seiner Leistungsgesetzgebung erheben. Großzügigkeit bei der Leistungsvergabe steht ihm jedenfalls besser an, als kleinkariertes Sparen um des Sparens willen. Der Staat darf sich mit seinem Leistungsrecht nicht übernehmen. Aber was er sich ohne Gefahr für seine finanzwirtschaftliche Ordnung leisten kann, sollte er nicht nur im Interesse seiner Bürger, sondern auch in seinem eigenen Interesse leisten.

²⁵ Signifikant war vor allem die Entwicklung des Subventionsrechts. Die Weimarer Republik setzte die Subventionen zur Krisenbewältigung ein (vgl. *E.R. Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte VI, 1981, S. 1040f.). Zum allgegenwärtigen Instrument der staatlichen Einflußnahme auf das Wirtschaftsleben hat sie erst die Bundesrepublik erhoben.

²⁶ Zur Untauglichkeit des Art. 112 GG *Tomuschat*, Der Staat, 19 (1980), S. 1ff., 12 m.w.N.; zu seiner anachronistischen Systemwidrigkeit *Mußgnug*, Der Haushaltsplan als Gesetz, 1976, S. 203.

²⁷ Zu ihr *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassung, 1968; *Rupp*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts I, 1987, § 28 Rdnr. 51ff.

II. Gesetzliche Gestaltung des Leistungsrechts

1. Vermeidung der Leistungsvergabe

Was das Leistungsrecht verteilen kann, hängt von den öffentlichen Einnahmen ab. Aber es gibt Wege, die daran vorbei führen.

a) Ersatz der Leistung durch Verschonung

Der bekannteste, die Steuersubvention, ist allerdings ein Irrweg. Was der Staat auf ihm an Ausgaben spart, geht ihm bei den Einnahmen verloren. Die Steuersubventionen setzen das Steuerrecht zudem für einen Zweck ein, für den es nicht bestimmt ist²⁸. Die Gebührenbefreiungen und -ermäßigungen, die sozial Benachteiligten im Bereich der Daseinsvorsorge gewährt werden, wirken prima facie unbedenklicher. Aber sie werfen die intrikate Rechtsfrage auf, ob es angeht, Gebühren statt nach dem Wert der gebührenpflichtigen Leistung, nach dem Einkommen der Gebührenschuldner zu bemessen²⁹. Das ist jedoch ein abgabenrechtliches, kein leistungsrechtliches Problem.

b) Abwälzung der Leistungspflicht auf außerstaatliche Leistungsträger

In engerer Verbindung mit dem Leistungsrecht steht die Technik, Leistungspflichten von der Verwaltung auf die private Wirtschaft zu verlagern. Sie entlastet die öffentlichen Haushalte dadurch, daß sie den gegen die Verwaltung gerichteten Leistungsanspruch durch einen solchen gegen einen verwaltungsfremden Schuldner ersetzt und auf diese Weise die Leistungspflicht mitsamt ihren Kosten vom Staat auf andere Leistungsträger, vorzugsweise die Arbeitgeber, abwälzt³⁰.

Aufgrund des LohnfortzahlungsG erhalten so z.B. diejenigen Versicherten, die in einem Betrieb mit mehr als 20 Mitarbeitern beschäftigt sind, das Krankengeld während der ersten sechs Wochen ihrer Arbeitsunfähigkeit seit 1969 nicht mehr von der Krankenkasse, sondern von ihrem Arbeitgeber³¹. Das zweite VermögensbildungsG³² ebnete der tarifvertraglichen Inpflichtnahme der Arbeitgeber zu vermögensbildenden Leistungen an ihre Belegschaft den Weg. In Nordrhein-Westfalen und Hessen steht den Arbeitnehmern ferner ein gesetzlich garan-

²⁸ Dazu *Tipke*, Steuerrecht, 11. Aufl. 1987, S. 570ff.; *Paul Kirchhof*, Verwalten durch „mittelbares“ Einwirken, 1977, S. 380ff.

²⁹ Dazu einerseits VGH Kassel, NJW 1977, S. 452ff. m. Anm. von *Klaus Vogel* und andererseits *Zacher*, aaO. (Fn. 12), Rdn. 59f.

³⁰ Dazu ausführlicher *Mußnug*, FS für Forstthoff, 1972, S. 259ff., 283.

³¹ § 10 LohnfortzahlungsG i. Verb. m. § 182 Abs. 4 RVO.

³² Vom 1.7.1965 (BGBl. I, S. 585); zu ihm *Forstthoff*, BB 1965, S. 381ff.

tiertes Bildungsurlaub von alljährlich 5 Tagen zu, den die Arbeitgeber durch die Weitergewährung des Arbeitslohns zu finanzieren haben³³.

Mit alledem sichert das Arbeitsrecht den Arbeitnehmern Leistungen, die ihnen der Staat zu Lasten der Arbeitgeber verschafft. Der mietrechtliche Kündigungsschutz, die gesetzliche Limitierung der Mieten und das Wohnraum-Zweckentfremdungsverbot laufen auf das Gleiche hinaus. Auch sie schlagen bei der Sozialhilfe und beim Wohngeld mit gewichtigen Einsparungen zu Buche.

Derartige Entlastungen des Leistungsrechts durch gesetzliche Belastungen der privaten Wirtschaft sind im Prinzip legitim. Das Sozialstaatsprinzip muß nicht durch Staatsleistungen verwirklicht werden. Der Gesetzgeber kann ihm ebenso gut auch durch eine soziale Gestaltung des Arbeits- und des Mietrechts Rechnung tragen. In einer vom Sozialstaatsprinzip geprägten Privatrechtsordnung ist die Verwaltung weniger gefordert, als in einer solchen, die der Vertragsautonomie freien Lauf läßt. Es ist das gute Recht des Staates, sich das zunutze zu machen³⁴.

Die Leistungsverlagerung vom Staat auf private Schuldner kommt freilich nur in Betracht, wenn sie an manifeste soziale Verantwortlichkeiten anknüpfen kann. Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und die Sozialbindung des Vermieter-Eigentums rechtfertigen sie. Aber derartige Fürsorgepflichten und Sozialbindungen kann der Gesetzgeber nicht aus freier Hand zurecht konstruieren³⁵. Es gelten hier die gleichen Schranken, die das Verfassungsrecht auch der Leistungsfinanzierung durch Sonderabgaben zieht³⁶. Diese Art der „Flucht ins Privatrecht“ gehört zwar zum gesicherten Instrumentarium der leistungrechtlichen Gesetzesgestaltung. Aber sie verdient das besondere Augenmerk der Jurisprudenz. Es ist vor allem an der Zeit, ihre Grenzen schärfer zu konturieren.

Dies hat das BVerfG vor kurzem³⁷ hervorgehoben. Es hat den Arbeitnehmer-Bildungsurlaub wegen seiner Beschränkung auf 5 Tage pro Jahr als eine „zumutbare“ Belastung der Arbeitgeber angesehen, den

³³ Zu den Einzelheiten BVerfGE 77, S. 308ff.

³⁴ Daß dies schon seit langem geschieht, zeigt der Vollstreckungsschutz der ZPO. Bei ihm spielte von Anfang an die Überlegung mit, daß das Kahlpfänden der Schuldner ein verkappter Griff der Gläubiger in die öffentlichen Armenkassen ist.

³⁵ Die Verpflichtung der kommunalen und privaten Verkehrsbetriebe zur unentgeltlichen Beförderung der Schwerbehinderten ging z.B. zu weit (so BVerwGE 14, S. 160ff.). Die §§ 59ff. Schwerbehindertengesetz haben daraus die Konsequenz gezogen. Sie halten zwar an dem Anspruch der Behinderten auf Fahrgeldbefreiung fest, sprechen den Verkehrsbetrieben aber einen gegen den Staat gerichteten Anspruch auf Erstattung ihrer Ausfälle zu.

³⁶ Sie sind in BVerfGE 55, S. 274ff., 305–308 näher definiert.

³⁷ BVerfGE 77, S. 334 und 336f.

bezahlten Urlaub, den Hessen auch den Arbeitnehmern zugestanden hat, die als Lehrkräfte an Bildungsveranstaltungen mitwirken wollen, aber als „unzumutbar“ beanstandet. Mit dem Kriterium der „Zumutbarkeit“ hat das BVerfG die Leistungsabwälzung auf private Leistungsträger aber noch nicht sicher genug im Griff³⁸.

2. Gestaltung des Leistungsrechts durch Verzicht auf gesetzliche Regelung

a) Leistungssteuerung über den Haushaltsplan

Ist die Leistungsfinanzierung aus Haushaltsmitteln nicht zu umgehen, so behält sie der Gesetzgeber am zuverlässigsten unter seiner Kontrolle, wenn er auf eine gesetzliche Regelung der Leistungsvergabe verzichtet. Damit vermeidet er die *rechtlichen* Bindungen, die er der Verwaltung mit der gesetzlichen Normierung ihrer Leistungen auferlegt. Dafür aber unterwirft er die Behörden einer umso festeren *budgetären* Bindung. Denn das Leistungsermessen trägt paradoxe Züge. Je freier es im Außenverhältnis zwischen Bürger und Verwaltung schalten kann, desto enger sind die Schranken, die ihm der Haushaltsplan im Innenbereich auferlegt. Gesetzlich fixierte Leistungspflichten müssen die Behörden auch dann erfüllen, wenn ihnen der Haushaltsplan die dafür erforderlichen Gelder vorenthält³⁹. Ihr Ermessen dagegen reicht nur soweit, wie ihr Etat reicht. Auch wenn das Leistungsermessen durch kein Gesetz beeengt wird, so zieht ihm der Haushaltsplan dennoch ein in Mark und Pfennig genau beziffertes, unübersteigbares Limit.

Dieses Limit macht sich auch im Außenverhältnis bemerkbar. Denn die Gerichte können es schwerlich als ermessensfehlerhaft beanstanden, wenn die Behörden Leistungen verweigern müssen, weil ihr Etat erschöpft ist⁴⁰. Art. 3 Abs. 1 GG entkräftet den haushaltsrechtlichen Erschöpfungseinwand lediglich, wenn die Verwaltung ihre Mittel plan-

³⁸ Das Kriterium der Zumutbarkeit leistet dem Irrtum Vorschub, es komme auf den Umfang der Leistungen an, die der privaten Wirtschaft aufgebürdet werden. Entscheidend ist jedoch ihre Qualität. § 1 Abs. 2 Satz 2 LohnfortzahlungsgG, der die Arbeitgeber auch bei der sozial indizierten Abtreibung zur Lohnfortzahlung verpflichtet, ist, wenn überhaupt, so jedenfalls nicht damit zu retten, daß die Lohnfortzahlung im Abtreibungsfall nur einen Bruchteil von dem kostet, was der Arbeitgeber für den Mutterschutz aufwenden müßte.

³⁹ Dazu *Mußgnug*, Der Haushaltsplan als Gesetz, 1976, S. 307ff.

⁴⁰ Vgl. BVerwGE 7, S. 180ff., 184 sowie das in DVBl. 1988, S. 1062f. veröffentlichte Urteil des BVerwG vom 19.5.1988, das freilich zu kurz greift, wenn es sagt, daß ein aus haushaltsrechtlichen Gründen unerfüllbarer Antrag ermessensfehlerfrei abgelehnt werden „*dürfe*“; ein solcher Antrag *muß* abgelehnt werden.

los verschleudert⁴¹. Geht sie nach sachgerechten Kriterien vor, so ist der Verweis auf die Dürftigkeit des Etats ein stichhaltiger, nachgerade klassischer Ablehnungsgrund. Denn die Bindung der Exekutive an den Haushaltsplan läßt sich nicht mit der Brechstange des Art. 3 Abs. 1 GG aushebeln⁴².

Gegen die Leistungssteuerung allein durch den Haushaltsplan sind nur dann Bedenken anzumelden, wenn sich der Gesetzgeber auf sie auch dort zurückzieht, wo ihm der Vorbehalt des Gesetzes eine Regelungspflicht auferlegt⁴³. Aber der Vorbehalt des Gesetzes erfaßt nicht jede Verwaltungsleistung. Im Leistungsrecht stößt er zudem an seine Grenzen. Denn er kann die gesetzliche Regelung der wesentlichen Leistungen lediglich *fordern*, sie aber nicht durch das Verbot ihrer Vergabe ohne gesetzliche Grundlage *erzwingen*. Die Ausbildungsförderung beweist das. Obwohl sie zum harten Kern des sozialpolitisch Wesentlichen zählt, haben sie der Bund und die Länder über ein Jahrzehnt ausschließlich durch die Verwaltungsvereinbarungen des Honnefer Modells geregelt⁴⁴. Die Frage, wie sich das mit dem Vorbehalt des Gesetzes zusammenreimt, hat sich das Bundesverwaltungsgericht vorsichtshalber gar nicht erst gestellt⁴⁵. Es wäre mit ihr in eine Sackgasse geraten, die nur zu vermeiden ist, wenn man den Vorbehalt des Gesetzes im Leistungsrecht zu einer verfassungsrechtlichen Naturalobligation⁴⁶ degradiert. Der totale Parlamentsvorbehalt, dem das Leistungsrecht aufgrund des Art. 110 GG unterliegt, erleichtert es, sich damit ebenso abzufinden, wie dies das BVerwG tut, das sich mit der „parlamentarischen Willensäußerung“ begnügt, mit der das Haushaltsgesetz und der Haushaltsplan jede Verwaltungsleistung absegnen⁴⁷.

Das Leistungsrecht schärfer an den Vorbehalt des Gesetzes zu ketten, wäre verfehlt. Denn der Leistungsstaat muß auf seine budgetäre Beweglichkeit bedacht bleiben. Die Leistungssteuerung über den Haushaltsplan sichert sie ihm. Die lückenlose Durchnormierung des Leistungsrechts indessen macht den Leistungsstaat finanziell manövrierunfähig. Sie führt zum Abdriften des Leistungsrechts in den Sog der Haushaltssicherungsgesetze, die es mit weit grobschlächtigeren Metho-

⁴¹ Z.B. also, wenn sie ihre Subventionsmittel nach dem „Windhundprinzip“ an die verteilt, die sie als Erste beantragen, und diejenigen abweist, die sich „verspätet“ mit besser begründeten Anträgen melden.

⁴² Dazu eingehender *Paul Kirchhof*, NVwZ 1983, S. 505ff., 511 und *Mußgnug*, aaO. (Fn. 39), S. 335f.

⁴³ Vgl. *Mußgnug* (Fn. 39), S. 315.

⁴⁴ Vgl. *Stephany*, Das Honnefer Modell, 1968.

⁴⁵ BVerwGE 18, S. 352ff., 353.

⁴⁶ So *Wolfgang Martens*, FS für J.J. Wolff, 1973, S. 435.

⁴⁷ Seit BVerwGE 6, S. 282ff., 287 st. Rspr.; zu ihrer Würdigung *Jarass*, NVwZ 1984, S. 473ff., 478.

den im Zaum halten müssen, als dies seine von Jahr zu Jahr durch den Haushaltsplan neu zu begründende Ordnung ermöglicht.

b) Definition des Leistungszwecks durch den Haushaltsplan

Zur Regelung der Leistungsvergabe eignet sich der Haushaltsplan jedenfalls dann weit besser als das Leistungsgesetz, wenn es um die Verteilung vergleichsweise bescheidener Summen an einen überschaubaren Empfängerkreis geht. In diesem Fall bedarf es keiner breit ausholenden Vorschriften. Es genügt im Haushaltsplan zu regeln, welche Beträge für welchen Zweck zur Verfügung stehen, ein Verfahren, das sich für die Subventionen geradezu aufdrängt und bei ihnen vom Gesetzgeber auch bevorzugt angewandt wird. Die Kritik, die daran in der Literatur geübt wird, überzeugt mich nicht.

Das gilt auch für *Haverkates*⁴⁸. These, die Vergabe einer jeden Leistung setze die *gesetzliche* Definition ihres Zwecks voraus⁴⁹, weil sie andernfalls der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle entgleite. Diese These vermengt die Frage, *wer* den Subventionszweck festzulegen hat, mit der ganz anderen Frage, *in welcher Form* dies geschehen muß.

Von Wichtigkeit ist allein, daß neben der Entscheidung über das Leistungsvolumen auch die Entscheidung über den Leistungszweck vom Parlament getroffen wird; ob im Haushaltsplan oder in einem ergänzend zu ihm hinzutretenden Gesetz, spielt keine Rolle. Die Zweckbestimmungen des Haushaltsplans binden die Verwaltung nämlich ebenso wie ein förmliches Gesetz. Wird ein Subventionsantrag mit der irrigen Begründung abgelehnt, er entspräche nicht dem im Haushaltsplan festgelegten Subventionszweck, so ist das ermessensfehlerhaft. Bewilligungen, die der Zweckbestimmung des Haushaltsplans zuwiderlaufen, sind umgekehrt rechtswidrig; sie können also gemäß § 48 VwVfG zurückgenommen werden⁵⁰. Beides unterliegt der verwaltungsgerichtlichen Prüfung. Ob die Verwaltungsgerichte bei ihr von einem förmlichen Gesetz oder von der Innenbindung des Haushaltsplans ausgehen

⁴⁸ Rechtsfragen des Leistungsstaats, 1983, S. 196ff., *ders.* NVwZ 1988, S. 769ff., 770.

⁴⁹ Ähnlich der 55. Deutsche Juristentag 1984 (Verhandlungen II, Sitzungsberichte M, S. 199f. Nr. 4 und 5), der die Subventionsvergabe von einer vorherigen Bestimmung des Subventionszwecks durch Rechtsverordnung abhängig machen will.

⁵⁰ § 48 Abs. 1 VwVfG hebt auf die objektive Rechtswidrigkeit ab, an der auch der haushaltswidrige VA leidet; vgl. *Kopp*, VwVfG, 4. Aufl. 1986, § 48 Rdn. 28. Der VGH Mannheim (NVwZ 1983, S. 552ff., 555) geht sogar noch weiter. Er entnimmt dem Haushaltsrecht eine Pflicht zur Rücknahme der haushaltswidrigen Leistung.

müssen, fällt nicht ins Gewicht⁵¹. Es gibt also keine Lücke, die durch gesetzliche Definitionen des Subventionszwecks geschlossen werden müßte⁵².

3. Leistungsrechtlicher Gesetzgebungszwang

Der kurze Weg der Leistungssteuerung über den Haushaltsplan führt allerdings nur im Recht der Daseinsvorsorge und im Subventionsrecht zum Ziel. Dem Sozialrecht ist er versperrt. Denn das Sozialrecht kann nicht auf Ermessensleistungen aufbauen. Es muß gesetzlich fixierte Ansprüche garantieren, die der Haushaltsplan nicht summenmäßig limitieren kann. Das verleiht dem Sozialrecht eine finanzpolitisch bedrohliche Sprengkraft. Wenn der Gesetzgeber die Ansprüche auf die sozialen Leistungen nicht sorgfältig begrenzt, droht die Gefahr, daß für ihre Erfüllung erheblich mehr aufgewendet werden muß, als die Finanzlage hergibt. Die leistungsrechtliche Gesetzesgestaltung darf daher bei der Begründung von Rechtsansprüchen nicht stehen bleiben. Ihre eigentliche Aufgabe besteht darin, diese Ansprüche auf das Maß des Bezahlbaren einzudämmen⁵³. Das anspruchsbegründende Gesetz muß die Verwaltung an den doppelten Imperativ binden: Nicht weniger, aber auch nicht mehr!

Wie das gesetzgebungstechnisch zu bewerkstelligen ist, hängt von der Art der jeweiligen Leistung ab. Der Gesetzgeber muß sich an den Beträgen orientieren, die mittelfristig für sie zur Verfügung stehen. Verengt er den Kreis ihrer Destinatäre, so kann er die individuelle Leistung erhöhen. Reduziert er die im Einzelfall zu vergebende Lei-

⁵¹ Die gesetzliche Bestimmung des Leistungszwecks unterscheidet sich lediglich darin von der des Haushaltsplans, daß die Verwaltungsgerichte sie dem BVerfG zur Prüfung im Verfahren des Art. 100 Abs. 1 GG vorlegen müssen, während sie sich über verfassungswidrige Zweckdefinitionen des Haushaltsplans eigenmächtig hinwegsetzen dürfen (BVerfGE 38, S. 201ff.). Aber das ändert nichts daran, daß z.B. das Marionettentheater, dem die Teilhabe an der Theaterförderung verweigert wird, allemal eine gerichtliche Prüfung seines Begehrens herbeiführen kann. Ob es ein von der „Theater“-Förderung ausgeschlossenes aliud ist, hängt davon ab, was unter einem „Theater“ zu verstehen ist, nicht davon, ob der Haushaltsplan oder ein förmliches Gesetz diesen Begriff zum ausschlaggebenden Kriterium erheben. Es bleibt sich auch gleich, ob ihn der Haushaltsplan oder ein Gesetz durch den Zusatz „Puppenbühnen ausgeschlossen“ näher konkretisieren; das schlägt nur im Hinblick auf Art. 100 Abs. 1 GG zu Buch, hindert die Verwaltungsgerichte aber nicht, auch den Haushaltsplan zu beanstanden; im Gegenteil: Halten sie den von ihm angeordneten Ausschluß der Puppenbühnen für verfassungswidrig, so können sie ohne den Umweg über das BVerfG zur Sache entscheiden.

⁵² So auch v. Arnim, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, 1988, S. 102.

⁵³ Vgl. dazu Starck, VVDStRL 34 (1976) S. 83f.

stung, so kann er einen entsprechend größeren Empfängerkreis berücksichtigen. Es geht darum diese beiden Alternativen miteinander ins rechte Lot zu bringen, also entweder wenigen viel oder vielen wenig zu geben und dabei so nahe als möglich an die ideale Lösung heranzukommen, die allen exakt das gibt, was sie brauchen, ohne damit die Finanzkraft von Staat, Wirtschaft und Gesellschaft zu überfordern.

Um dieses Ideal geht es bei der leistungsrechtlichen Gesetzesgestaltung. Daß es die zentrale *politische* Pflicht der Leistungsgesetzgebung definiert, steht außer Frage. Unklar ist jedoch, ob der Gesetzgeber auch *rechtlich* zur Begrenzung der Staatsleistungen auf das Idealmaß des sozial Sinnvollen und finanziell Tragbaren verpflichtet ist, mit anderen Worten: Ob ihn ein leistungsrechtliches Übermaßverbot zu mehr Standfestigkeit gegenüber den Leistungsbegehren von Gesellschaft und Wirtschaft zwingt, als er es bislang im Vertrauen auf das trügerische Motto „Kommt Zeit, kommt Geld“ an den Tag gelegt hat.⁵⁴

4. Leistungsrechtliches Übermaßverbot?

a) Das haushaltsrechtliche Übermaßverbot

Das Übermaßverbot untersagt freilich nur, „mit Kanonen auf Spatzen zu schießen“. Spatzen mit Kaviar zu füttern gilt als erlaubt. Das spricht gegen ein leistungsrechtliches Übermaßverbot. Das Übermaßverbot gehört in das Eingriffsrecht. Im Leistungsrecht wirkt es eher deplaziert. Dem Gebot des geringsten Eingriffs ein Gebot der geringsten Begünstigung gegenüberzustellen, wäre abwegig. Auch das Prinzip der Erforderlichkeit schießt im Leistungsrecht über sein Ziel hinaus. Gemessen an ihm wäre die Ausbildungsförderung durch Zuschüsse noch im Nachhinein zu verurteilen, weil sich mittlerweile herausgestellt hat, daß auch Darlehen genügen. Für das Leistungsrecht taugt daher nur das abgemilderte Übermaßverbot, das in der Form des Wirtschaftlichkeits- und Sparsamkeitsgebots⁵⁵ in den §§ 5, 6 und 19 HGrG sowie in den Gemeindeordnungen⁵⁶ und der RVO⁵⁷ seinen Niederschlag gefunden hat. Aber das Wirtschaftlichkeits- und Sparsamkeitsgebot bietet lediglich eine Handhabe gegen *behördliche* Leistungsex-

⁵⁴ Zu dieser Frage v. *Arnim*, aaO. (Fn. 52), S. 67ff.; *Starck*, DVBl 1978, S. 937ff., 938; *Tzong-li Hsu*, Verfassungsrechtliche Schranken der Leistungsgesetzgebung im Sozialrecht, 1986, S. 77ff.

⁵⁵ Zu ihm neuerdings v. *Arnim*, aaO. (Fn. 52).

⁵⁶ Vgl. § 77 Abs. 2 bw. GemO.

⁵⁷ §§ 383 e, 383 n Abs. 8.

zesse⁵⁸. Gegen *Gesetze*, die allzu großzügige Leistungen ausdrücklich gestatten oder gar zwingend vorschreiben, fruchtet es nicht. Was die *leges speciales* des Leistungsrechts erlauben, kann die *lex generalis* des Haushaltsrechts nicht verbieten. Um auch die Leistungsgesetzgebung zu zügeln, bedarf es daher eines auch an sie adressierten verfassungsrechtlichen Übermaßverbots.

b) Verfassungsrechtliches Übermaßverbot?

Für ein solches verfassungsrechtliches Verbot der Leistung im Übermaß gibt das GG allerdings wenig her. Art. 114 Abs. 2 spricht zwar von der „Wirtschaftlichkeit der Haushalts- und Wirtschaftsführung“; er regelt jedoch nur die Kontrollkompetenz des Bundesrechnungshofs; ein den Gesetzgeber bindendes Ge- oder Verbot ist ihm nicht zu entnehmen⁵⁹. Art. 109 Abs. 2 GG hilft ebenfalls nicht weiter. Er richtet sich nicht gegen die übermäßige Leistungsvergabe als solche, sondern nur gegen ihren das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht störenden Einsatz zur falschen Zeit und an der falschen Stelle.

Auch die Ableitung des leistungsrechtlichen Übermaßverbots aus ungeschriebenen verfassungsrechtlichen Grundsätzen zeitigt kein überzeugendes Resultat. Denn es verträgt sich nicht mit der demokratischen Struktur des Grundgesetzes, Leistungen, die das Parlament ausdrücklich gebilligt hat, mit dem Verdikt des Übermäßigen und daher per se Verfassungswidrigen zu belegen. In der Demokratie setzt der durch das Gesetz verkörperte Wille der Volksvertretung das Maß der Dinge. Demokratische Verfassungen müssen daher von der Vernunft der Gesetze ausgehen. Ihrem Umschlagen in die Unvernunft beugt das Gesetzgebungsverfahren vor, das dem Parlament die gewissenhafte Prüfung des Für und Wider eines jeden Gesetzes, wenn nicht gebietet, so jedenfalls ermöglicht. Ließe das demokratische Verfassungsrecht es zu, Staatsleistungen, die dieses Verfahren unbeanstandet passiert haben, wegen ihres Übermaßes zu unterbinden, so würde es sich selbst untreu. Das demokratische Verfassungsrecht muß dem Augenmaß des Gesetzgebers vertrauen. Mit einem an seine Adresse gerichteten leistungsrechtlichen Übermaßverbot brächte es zum Ausdruck, daß es der Volksvertretung und ihren Wählern mißtraut. Das aber wäre mit der Idee von der Souveränität des Volkes schlechterdings unvereinbar⁶⁰.

⁵⁸ Ein markanter, allerdings schon lange zurückliegender Fall dieser Art hat den BGH in BGHZ 36, S. 395ff. beschäftigt.

⁵⁹ So auch von *Arnim*, aaO. (Fn. 52), S. 71f., 82ff. m.w.N.

⁶⁰ Zur rechtsphilosophischen und historischen Begründung dieser These *Badura*, Die parteienstaatliche Demokratie und die Gesetzgebung, 1986, S. 6f., 15ff.

Die Frage nach dem rechten Maß der Staatsleistungen ist somit eine politische, keine Rechtsfrage. Sie kann nur vom Parlament beantwortet werden. Dessen leistungrechtliche Entscheidungen mögen fragwürdig erscheinen. Aber das Parlament eicht mit ihnen die Skala, an der die Verwaltungsleistungen zu messen sind⁶¹.

c) Finanzverfassungsrechtliches Übermaßverbot?

Leistung im Übermaß bedingt jedoch Besteuerung im Übermaß. Das weist der Suche nach einer verfassungsrechtlichen Begründung des leistungrechtlichen Übermaßverbotes die Richtung. Sie kann nicht bei der Leistungsvergabe ansetzen. Sie muß bei der Leistungsfinanzierung einhaken.

Soweit die Verwaltungsleistungen aus dem allgemeinen Steueraufkommen finanziert werden, führt aber auch das nur weiter, wenn die Quote, die der Staat vom individuellen Einkommen und Vermögen als seinen Steueranteil in Anspruch nehmen darf, verfassungsrechtlich limitiert ist. Über diese Frage haben wir uns 1980 in Innsbruck gestritten. Kirchhof hat die Ansicht vertreten, die Einkommensteuer dürfe in den unteren und mittleren Einkommensbereichen die 50%-Grenze nicht und auch bei den Spitzeneinkommen nur mäßig überschreiten⁶². Dem habe ich in der Diskussion widersprochen⁶³. An dem, was ich damals gesagt habe, halte ich fest. Aber ich will die innsbrucker Auseinandersetzung nicht erneut in Gang bringen. Deshalb nur so viel:

Darf die staatliche Steuerlast eine bestimmte Obergrenze nicht überschreiten, so steht dem Leistungsrecht nur die Summe zur Verfügung, die der Staat insgesamt an Steuern erheben darf. Diese Summe bildet gleichsam das Konto, das die Leistungsgesetzgebung nicht überziehen, wohl aber bis zur Neige ausschöpfen kann. Das schützt vor überhöhten Steuern, jedoch nicht vor einem Leistungsrecht, das die Steuern bis an den Rand des Zulässigen hochtreibt.

⁶¹ Das sieht der VfGH Rheinland-Pfalz, DVBl. 1969, S. 709ff. richtig. Er entnimmt Art. 1 Abs. 3 der rhf.-pf. LVerf. („Die Rechte und Pflichten der öffentlichen Gewalt werden durch die naturrechtlich bestimmten Erfordernisse des Gemeinwohls begründet und begrenzt“) zwar eine Gemeinwohlbindung auch der Gesetze, hält aber ihre richterliche Beanstandung als gemeinwohlunverträglich nur in extrem gelagerten Fällen für vorstellbar. In dieser Beschränkung schiebt das Übermaßverbot nur absurden Fehlleistungen einen Riegel vor, wie sie sich die Phantasie leicht ausmalen kann, wie sie in der Praxis aber nicht vorkommen. Die Fragen, um die es in der konkreten Wirklichkeit des Leistungsrechts geht, kann es nicht bewältigen, weil es all das, was ernsthaft erwogen wird, gar nicht erst erfaßt.

⁶² VVDStRL 39 (1981), S. 272.

⁶³ VVDStRL 39 (1981), S. 381 f. und 391 f.

Von Arnims innsbrucker These, die Besteuerung dürfe nur soweit gehen, wie dies der staatliche Ausgabenbedarf erfordert⁶⁴, kommt dem leistungsrechtlichen Übermaßverbot näher. Ihr zufolge setzt das Steuererhebungsrecht des Staates voraus, daß der Steuerertrag ausschließlich für gemeinwohlförderliche Ausgaben verwendet wird. Staatsleistungen ohne manifesten Bezug zum Gemeinwohl haben daher zu unterbleiben. Sie sind verfassungswidrig, weil es verfassungswidrig ist, für sie Steuern zu erheben⁶⁵.

Aber auch das führt nur zu der Ausgangsfrage zurück, wer bestimmt, was dem Gemeinwohl dient. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip, auf das von Arnim⁶⁶ verweist, vermag sie nicht zu beantworten. Denn es liegt im Dunkeln, womit die Staatsleistungen ins rechte Verhältnis zu bringen sind. Der Leistungszweck hilft jedenfalls nur begrenzt. Ob die Ausbildungsförderung als Zuschuß oder als Darlehen zu gewähren ist, läßt sich an ihm nicht ablesen. Davon abgesehen läßt sich nicht nur die Leistung ihrem Zweck, sondern umgekehrt auch die Definition ihres Zwecks der Leistung anpassen. Die einkommensunabhängige Ausbildungsförderung wäre sicher des Guten zu viel; aber als „Ausgleich für ausbildungsbedingte Einkommensausfälle“ gewinnt auch ein „Studentengehalt“ wenigstens so viel Plausibilität, daß es mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht mehr zu packen ist. Die Binsenweisheit, nach der die Unvernunft des Gesetzes für sich allein nicht zu seiner Verfassungswidrigkeit führt, würde es gegen alle juristischen Angriffe abschirmen⁶⁷.

Über die Tautologie des „Was zu viel ist, ist zu viel“ dringt also auch der Ansatz beim Steuerrecht nicht hinaus. Die Suche nach dem leistungsrechtlichen Übermaßverbot endet stets bei dem „quis iudicabit“, auf das die Demokratie nur eine Antwort weiß: Zwischen dem Maß und dem Übermaß des Leistungsrechts unterscheidet das Parlament durch seine Gesetzgebung und seine Haushaltsbewilligungen.

d) Verbot der Leistungsfinanzierung durch Kreditaufnahme

Die Dinge sehen jedoch anders aus, wenn die Kosten des Leistungsrechts durch Kreditaufnahmen abgedeckt werden müssen. Die Kreditaufnahme begegnet nur dann keinen Bedenken, wenn sie zu-

⁶⁴ VVDStRL 39 (1981), S. 311ff., 316.

⁶⁵ Ähnlich *Mußnug*, FS für Forstthoff, 1972, S. 259ff., 276–278.

⁶⁶ AaO., (Fn. 64), S. 310.

⁶⁷ Und zwar selbst dann, wenn das „Studentengehalt“ dem Eingangsgehalt des höheren Dienstes entspräche. Ebenso nahe wie die Annahme, eine derart spendable Ausbildungsförderung sei unverhältnismäßig hoch, liegt die umgekehrte, die Eingangsgehälter des höheren Dienstes seien unverhältnismäßig niedrig, wenn jeder Student das Gleiche erhält.

gunsten der Investitionsleistungen der öffentlichen Daseinsvorsorge erfolgt. Diese Investitionen schaffen bleibende Werte. Das rechtfertigt es, die Steuerzahlergenerationen, die sie nutzen werden, über die Schuldentilgung an ihren Kosten zu beteiligen⁶⁸. Subventions- und Sozialleistungen, die durch Kreditaufnahmen finanziert werden müssen, sprengen indessen die Grenzen des verfassungsrechtlich Erlaubten. In ihnen wird manifest, daß der Staat mehr leistet, als er sich leisten kann.

Art. 115 Abs. 1 Satz 2 GG verbietet das zwar nicht *expressis verbis*. Denn seine Neufassung durch das Finanzreformgesetz 1969 hat die alte Zweckbindung der Kreditmittel für den „*außerordentlichen Bedarf*“ durch eine Limitierung der Kreditaufnahme auf „*die Summe der im Haushaltsplan veranschlagten Investitionen*“ begrenzt⁶⁹. Seither können auch nicht investive Ausgaben mit Krediten gedeckt werden, sofern ihnen investive Ausgaben in gleicher Höhe gegenüberstehen. Dieses Limit darf außerdem „*zur Abwehr einer Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts*“ überschritten werden⁷⁰.

Aus Art. 115 GG zu folgern, daß dem Leistungsrecht ein Kreditplafond in der Größenordnung der jeweiligen Investitionsausgaben zur Verfügung stünde, wäre gleichwohl voreilig. Art. 115 GG muß im Zusammenhang mit dem Gebot des Haushaltsausgleichs gesehen werden. Art. 110 Abs. 1 Satz 2 GG gestattet zwar Defizite durch Kreditaufnahmen auszugleichen. Ein langfristiges Wirtschaften auf Pump indessen erlaubt er nicht. Denn mit der Wirtschaft auf Pump überschreiten Parlament und Regierung die temporären Schranken ihres Mandats. Ihr Auftrag zur Gestaltung des Leistungsrechts gilt für die jeweilige Wahlperiode. Mit der Leistungsfinanzierung durch Kredit greifen sie über diese Zeitspanne hinaus. Sie verbrauchen heute, was morgen benötigt wird. Statt die Zukunft zu gestalten, schränken sie ihr Leistungsvermögen ein. Denn das nächste Parlament und seine Regierung müssen vorab die Schulden begleichen, die ihnen ihre Vorgänger hinterlassen. Je üppiger das Leistungsrecht der Gegenwart den Staat verschuldet, desto enger schrumpft daher der Spielraum des künftigen Leistungsrechts. Es kann dazu kommen, daß Leistungen, die in der Vergangenheit mit Krediten finanziert worden sind, justament dann eingestellt

⁶⁸ Bei *Püttner*, Staatsverschuldung als Rechtsproblem, 1980, S. 14ff. kommt das zu kurz. *Püttner* übersieht vor allem, daß die von ihm propagierte Investitionsfinanzierung aus den laufenden Einnahmen auf eine Besteuerung der Gegenwart für den Bedarf der Zukunft hinausläuft. Die Kreditaufnahme vermeidet das durch eine gerechtere Verteilung des Investitionsaufwands über die Jahre.

⁶⁹ Zur Auslegung des Art. 115 Abs. 1 Satz 2 GG v. *Arnim/Weinberg*, Staatsverschuldung in der Bundesrepublik Deutschland, 1986; *Henseler*, AöR 108 (1983), S. 490ff., 513; *Heun*, Die Verwaltung 18 (1985), S. 1ff.; *Fricke*, DVBl. 1977, S. 26ff.; *Brenner/Haury/Lipp*, FinArch. 38 (1980), S. 236ff.

⁷⁰ Dazu v. *Arnim/Weinberg*, aaO. (Fn. 69), S. 107ff.

werden müssen, wenn das Steueraufkommen für sie ausreichen würde, aber primär zur Bezahlung dessen verwendet werden muß, was sich frühere Steuerzahlergenerationen gegönnt haben⁷¹.

Das belegt, daß die langfristige Abdeckung des Leistungsrechts durch Kreditaufnahmen verfassungswidrig ist. Art. 115 Abs. 2 Satz 2 GG nimmt die Verschuldung zugunsten nichtinvestiver Ausgaben hin, wenn Konjunkturkrisen und der mit ihnen einhergehende Steuerrückgang sie erzwingen. Aber das vermag ein Leistungsrecht, das auf lange Sicht zur Kreditaufnahme nötigt, nicht zu rechtfertigen. Ein solches Leistungsrecht führt zu einer verfassungswidrigen strukturellen Verschuldung⁷², die sich nicht durch die Ausrufung einer Dauerkrise rechtfertigen läßt.

Allein daran kann das leistungsrechtliche Übermaßverbot anknüpfen. Aber es richtet sich nicht gegen einzelne Leistungen. Es zielt auf das Leistungsrecht in seiner Gesamtheit ab. Organ- und Normenkontrollklagen, die ein bestimmtes Leistungsgesetz angreifen, können daher nicht auf das leistungsrechtliche Übermaßverbot gestützt werden. Dieses Verbot trägt nur solche Klagen, die bei der Staatsverschuldung einhaken. Eine derartige Klage ist seit 1982 beim BVerfG anhängig. Sie richtet sich gegen das Haushaltsgesetz 1981 und die von ihm vorgesehene Schuldenaufnahme. Die Entscheidung des BVerfG steht noch aus. Gleichgültig wie sie ausfällt, sie wird mit Sicherheit auch für das Leistungsrecht und seine gesetzliche Gestaltung richtungsweisende Bedeutung entfalten.

Damit möchte ich meine Ausführungen zur leistungsrechtlichen Gesetzesgestaltung abbrechen. Ich wende mich nun abschließend der Gesetzesanwendung im Leistungsrecht zu. Da vieles von dem, was zur

⁷¹ Das kommt bei *Heun* aaO. (Fn. 69), S. 24ff. zu kurz. Er hebt zwar zu Recht auf die demokratische Bestimmungsmacht des Parlaments ab, bedenkt aber zu wenig, daß Art. 115 GG der Entscheidung über die Staatsverschuldung Grenzen zieht. Was *Heun* in diesem Zusammenhang vorträgt, rechtfertigt die *Besteuerungshoheit*, nicht jedoch auch die *Verschuldungshoheit* des Gesetzgebers, die sich auch und gerade in der Demokratie nicht zu einem Recht zum beliebigen Vorgriff auf künftige Einnahmen ausweiten läßt. Das geht selbst dann nicht an, wenn mit hinreichender Gewißheit mit einem Anwachsen des Steuerertrags zu rechnen ist. Denn das erhöhte Steueraufkommen der Zukunft steht zur Disposition derer, die es aufbringen, nicht zur Disposition derer, die vorerst nur hoffen, daß es in der zur Deckung ihres Konsums erforderlichen Höhe anfallen wird. Die Formel „*pay as you use*“ trägt die Investitionsfinanzierung aus Kreditmitteln. Wer konsumtive Staatsleistungen mit Krediten bestreitet, verfälscht sie zu der Parole der Kreditunwürdigen „*let our children pay for our living*“, der Art. 115 GG mit gutem Grund eine deutliche Absage erteilt.

⁷² Zu der Differenzierung zwischen der unbedenklichen konjunkturellen und der verfassungsrechtlich dubiosen strukturellen Staatsverschuldung v. *Arnim/Weinberg*, aaO. (Fn. 69), S. 25ff.

Rechtsanwendung im Leistungsrecht anzumerken ist, bereits 1986 in München erörtert wurde, kann ich mich – wie eingangs bereits gesagt – bei ihr kürzer fassen.

III. Rechtsanwendung im Leistungsrecht

1. Objektives Leistungsrecht und subjektiver Leistungsanspruch

a) Das Leistungsrecht im System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes

Mit der Anwendung des Leistungsrechts hat es seine besondere Bewandnis, weil die Gerichte mit ihr nur befaßt werden, wenn die Behörden Leistungsbegehren ablehnen. Die Leistungsbewilligung indessen ist der gerichtlichen Kontrolle entzogen. Es gibt keinen Kläger, der sie angreifen und infolgedessen keinen Richter, der sie prüfen kann. Die Leistungsbewilligung bleibt daher ungerügt und ungeprüft. Daran mußten die Versuche scheitern, die Schwangerschaftsunterbrechung auf Krankenschein vor Gericht zu bringen⁷³. Hätten die Krankenkassen sie dem § 200 f RVO zuwider verweigert, so hätten wir nicht lange auf die klärenden Entscheidungen aus Kassel und Karlsruhe zu warten brauchen. Ihre Bewilligung indessen entpuppt sich als gerichtsfreier Hoheitsakt.

Das hat seine Folgen. Das Leistungsrecht ist kompliziert. Darin steht es dem Steuerrecht in nichts nach⁷⁴. Seine Anwendung setzt ebenso wie die des Steuerrechts meist umfangreiche Sachverhaltsaufklärungen voraus, die das Leistungsrecht – anders als das Steuerrecht – nicht im Griff hat. Die Erhebung der Sozialversicherungsbeiträge klappt. Die Vergabe der Sozialversicherungsleistungen indessen stößt auf Schwierigkeiten⁷⁵. An die Regel „*im Zweifel gegen die Leistung*“, können sich die Behörden zudem nur bei der Subventionsvergabe halten; im Sozialrecht müssen sie umgekehrt nach dem Prinzip „*im Zweifel für die Hilfeleistung*“ schalten.

Daß bei der Leistungsvergabe viele Fehler unterlaufen, verwundert daher nicht weiter. Die Dunkelziffer scheint beunruhigend hoch zu sein. *Wagener* hat das 1979 in Bonn eindrucksvoll begründet⁷⁶. Er be-

⁷³ BVerfGE 67, S. 26ff. und neuerdings NJW 1988, S. 2289.

⁷⁴ Dazu unter dem Stichwort „Bürokratisierung des Leistungsrechts“ *Schulze-Fielitz*, DÖV 1988, S. 767.

⁷⁵ Vgl. z.B. *Möhlenbruch*, NJW 1988, S. 1894, der schildert, wie schwer es fällt, für die pünktliche Einstellung der Rentenzahlungen beim Ableben des Berechtigten zu sorgen.

⁷⁶ VVDStRL 37 (1979), S. 248.

richtete von einem Amtmann, der getadelt wurde, weil sich bei einer internen Prüfung 9% der von ihm erlassenen BAFÖG-Bescheide als fehlerhaft erwiesen hatten, der aber wenig später ein Lob erhielt, als sich herausstellte, daß er weit unter der durchschnittlichen Fehlerquote von 21% lag. Das bestätigt den Verdacht, daß die Leistungsverwaltung weit mehr Geld verteilt, als sie von Rechts wegen verteilen dürfte. Es ist an der Zeit, nach Wegen Ausschau zu halten, die dem abhelfen.

b) Leistungsvergabe nach Ermessen

Die Verwaltungslehre steht jedoch ganz im Bann des subjektiven Anspruchs auf Teilhabe an den Staatsleistungen. Die objektiv rechtswidrige Leistungsbewilligung dagegen beschäftigt sie nur im Zusammenhang mit der subventionsrechtlichen Konkurrentenklage⁷⁷. Vor der prozessual nicht zu fassenden Leistung ohne Januskopf zieht sie sich auf § 42 Abs. 2 VwGO zurück. Dafür ringt sie umso nachhaltiger mit den Ermessensleistungen. Sie packt die Verwaltung bei ihren Richtlinien und ständigen Übungen, um aus ihnen über das Vehikel des Gleichheitsgrundsatzes den Anspruch auf die richtlinienkonforme Leistungsvergabe und als seine Kehrseite die Rücknehmbarkeit des richtlinienwidrigen Bewilligungsbescheids abzuleiten. Das eine ist nur im Ansatz richtig, das andere schon im Ansatz falsch.

aa) Durchbrechbarkeit der Vergaberichtlinien

Art. 3 Abs. 1 GG gebietet, Ermessensleistungen gleichförmig zu vergeben. Aber er verlangt nur Gleichheit vor dem Gesetz, und für die Ermessensleistung besagt das Gesetz: „Ein Rechtsanspruch besteht nicht“⁷⁸. Art. 3 Abs. 1 GG verbietet daher nur willkürliche Abweichungen von den bisherigen Vergabepraktiken. Wo sachliche Gründe Ausnahmen rechtfertigen, läßt er ihnen Raum⁷⁹.

Es gibt viele Gründe, die im konkreten Einzelfall solche Ausnahmen nahelegen. Insbesondere ist es keineswegs per se willkürlich, wenn die Verwaltung richtlinienkonforme Anträge ablehnt, weil die Erschöpfung ihres Etats sie dazu zwingt. Die Verwaltung genießt die Freiheit zum Entscheiden nach Ermessen schließlich nicht zuletzt deshalb, um ihrer Bindung an den Haushaltsplan gerecht werden zu können.

⁷⁷ Vgl. Zuleeg, Subventionskontrolle durch Konkurrentenklage, 1973; ders. DÖV 1984, S. 733ff., 738.

⁷⁸ Die Richtlinien, mit denen die Verwaltung die Subventionsvergabe reguliert, versäumen es so gut wie nie, darauf ausdrücklich hinzuweisen. Vgl. z.B. Nr. 20 Abs. 3 der Bestimmungen des bad.-württ. Innenministeriums über die Förderung des sozialen Wohnungsbaus vom 30.6.1977, GemABl. S. 965ff.

⁷⁹ Dazu Oldiges, NJW 1984, S. 1927ff., 1931.

bb) Rechtswidrigkeit der richtlinienwidrigen Leistung?

Ebenso wenig wie die richtlinienwidrige Subventionsverweigerung ist die richtlinienwidrige Subventionsbewilligung per se rechtswidrig. Das haben die Verwaltungsgerichte aus den Augen verloren. Sie halten jede Subventionsbewilligung für rücknehmbar, die von einer Verwaltungsvorschrift oder einer ständigen Übung abweicht⁸⁰. Damit befreien sie die Behörden von der Peinlichkeit, sich selbst der Willkür bezichtigen zu müssen, wenn sie eine zunächst für vertretbar erachtete Ausnahmegewilligung nachträglich reut⁸¹.

Auch das gibt der Gleichheitsgrundsatz nicht her. Denn den Verwaltungsrichtlinien geht die leistungsbegrenzende Verbindlichkeit des Gesetzes ab. Die Ermächtigung zur Leistungsvergabe fließt nicht aus ihnen. Sie findet ihre Grundlage in Rechtsnormen und in den Bewilligungen des Haushaltsplans. Es gilt, was das Gesetz und der Haushaltsplan besagen. Leistungen, die durch sie gedeckt werden, gehen auch dann rechtlich in Ordnung, wenn ihnen das paralegale Regelwerk der Richtlinien und Dienstanweisungen entgegensteht. Rechtswidrig ist die richtlinienwidrige Leistungsvergabe daher nur, wenn zu ihrer Richtlinienwidrigkeit weitere Mängel hinzutreten, die sie als willkürlich ausweisen⁸². Alles andere ebnet den Unterschied zwischen der Bindung der Verwaltung an das Gesetz und ihrer Bindung an die von ihr selbst gesetzten Vorgaben ihres Handelns ein. Es gilt diesen Unterschied zu verteidigen. Wer ihn zu überwinden versucht, argumentiert am Verfassungsrecht vorbei.

c) Leistungsvergabe nach typisierenden Vorschriften

Die durch zwingende gesetzliche Vorschriften geregelten Leistungen hat die Verwaltung freilich so zu bewilligen und zu verweigern, wie das Gesetz es befiehlt. Die Härten, zu denen das in atypisch gelagerten Sonderfällen führen kann, entschärft das Leistungsrecht durch Härtekláuseln. Eine solche Klausel enthält z.B. § 602 RVO. Er hilft

⁸⁰ So zuletzt OVG Bremen, NVwZ 1988, S. 447ff. m.w.N.; ebenso Götz, NVwZ 1984, S. 480ff., 481.

⁸¹ Geht es nach dieser Rechtsprechung, so kann die Bewilligung öffentlicher Mittel für den Bau eines Einfamilienhauses von mehr als 130 m², die § 39 Abs. 2 II. WohnungsbauG unter bestimmten Voraussetzungen ausdrücklich zuläßt, trotz ihrer Gesetzmäßigkeit zurückgenommen werden, wenn sie entgegen einer Richtlinie erfolgt, die bestimmt, daß von der Ermächtigung des § 39 Abs. 2 II. WohnungsbauG kein Gebrauch zu machen ist. Ob die Abweichung von der Richtlinie sachlich einleuchtet, spielt bei dieser Sicht der Dinge keine Rolle.

⁸² So auch Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 1986, § 24 Rdn. 23; Berg, GewArch. 1987, S. 1ff., 2.

den Hinterbliebenen der Arbeitnehmer, die frühzeitig wegen eines Arbeitsunfalls aus dem Erwerbsleben ausscheiden mußten und nach mehr als 10jährigem Bezug der Unfallrente an einer mit dem Arbeitsunfall nicht zusammenhängenden Krankheit versterben. Ihre Angehörigen erhalten keine Unfallrente; denn ihr Ernährer ist nicht an den Folgen eines Arbeitsunfalls gestorben. Die Hinterbliebenenrente aus der Rentenversicherung steht ihnen zwar zu; aber bei den Versicherten, die schon in jungen Jahren erwerbsunfähig wurden, bleibt sie bescheiden. Die Hinterbliebenen früh verunglückter Arbeitnehmer fallen daher in eine Lücke zwischen der Unfall- und der Rentenversicherung. § 602 RVO erlaubt es jedoch diese Lücke durch eine Beihilfe zu überbrücken, die den Hinterbliebenen „in Härtefällen“ gewährt werden kann, wenn sie nach dem Tod des Versicherten und dem Wegfall seiner Unterhaltsleistungen ohne eigene Einkünfte dastehen.

Der typisierende Charakter der Leistungsgesetze führt jedoch nicht nur zu Härten. Daß die Voraussetzungen gesetzlich garantierter Leistungsansprüche von Antragstellern erfüllt werden, denen sie an sich nicht zugeordnet sind, ist ein nicht minder weit verbreitetes Phänomen. Das liegt teils daran, daß die gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen zu weitmaschig formuliert sind, teils daran, daß sie zu manipulativen Tatbestandsverwirklichungen einladen.

Zu weitmaschig gestrickt ist z.B. § 21 Abs. 1 BAFöG, der das Elterneinkommen mit den steuerpflichtigen Einkünften gleichsetzt und damit die Kinder der Landwirte privilegiert. Das hat erst der 1983 in § 21 BAFöG neu eingefügte Absatz 1 a bereinigt. Seither ist auch das Einkommen der Landwirte „in wirklichkeitsnaher Weise auf den Bedarf“ anzurechnen. Die Formulierung dieser Vorschrift läßt erahnen, wie „wirklichkeitsnah“ es bis dahin bei der BAFöG-Bewilligung an Bauernkinder nicht nur zugegangen ist, sondern von Gesetzes wegen zugehen mußte. Manipulationen ermöglicht § 21 Abs. 3 Nr. 4 BAFöG. Nach ihm müssen sich die Studenten neben dem Einkommen ihrer Eltern und ihres Ehegatten auch anrechnen lassen, was andere zu ihrem Lebensbedarf zuschießen. Aber das ist nach dem Motto „Das Studium zahlt der Staat; das Auto und das Reitpferd stellt der Großvater“ leicht zu umgehen. Seit der Umstellung der Ausbildungsförderung von Zuschüssen auf Darlehen hat das zwar viel von seinem ursprünglichen Reiz verloren. Aber es gibt noch immer Studenten, die auch den Wert eines zinslosen, nur bedingt rückzahlbaren Darlehens zu schätzen wissen. Wenn sie es richtig anstellen, so steht ihnen das BAFöG-Darlehen zu, selbst wenn sie auf Kosten reicher Verwandter mit dem Porsche beim Studentenwerk vorfahren und mit dem Jet-Set Ferien machen.

Aber das muß nicht so sein. Das Leistungsrecht braucht bei seinen Härteklauseln nicht stehen zu bleiben. Es kann auch mit Mißbrauchsklauseln ausgestattet werden, die der Verwaltung gestatten, gesetzlich

zwingend vorgeschriebene Leistungen zu verweigern, wenn sie ohne zureichenden Grund in Anspruch genommen werden. Diese Klauseln so zu formulieren, daß sie rechtsstaatlichen Anforderungen Stand halten, fällt nicht weiter schwer. Die Zeit drängt leider zu sehr, als daß ich näher darlegen könnte, wie ich mir den Wortlaut einer solchen Mißbrauchsklausel vorstelle. Ich habe aber eine Formulierung zur Hand, die ich in der Diskussion gerne verlesen und näher erläutern werde, falls das gewünscht wird⁸³.

2. Leistungsrecht und Verwaltungsverfahren

a) Sachverhaltsermittlung

Mehr noch als Mißbrauchsklauseln braucht das Leistungsrecht allerdings Verfahrensvorschriften, die seinen besonderen Bedürfnissen Rechnung tragen. Für sie hat, was das Sozialrecht angeht, das SGB-X gesorgt. Um das Subventionsrecht indessen ist es schlechter bestellt. Die ominösen §§ 44 a der Bundes- und der Landeshaushaltsordnungen haben mittlerweile zwar eine der leistungsrechtlichen Schwachstellen des VwVfG beseitigt. Aber im VwVfG kommt nach wie vor zu kurz, daß die Leistungsvergabe andere Anforderungen an die Sachverhaltsaufklärung stellt als die Entscheidung über Verbotsverfügungen und eingriffsrechtliche Genehmigungen. Denn die Leistungsvergabe setzt in aller Regel eine Prüfung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Antragstellers und vielfach auch seiner Angehörigen und Geschäftspartner voraus.

In § 21 Abs. 4 SGB-X hat der Gesetzgeber das bedacht. Diese Vorschrift verpflichtet die Finanzämter, den Sozialbehörden Auskunft über die Vermögens- und Einkommensverhältnisse sämtlicher Personen zu erteilen, die sie bei ihren Entscheidungen zu berücksichtigen haben. Die Sozialbehörden können ferner Zeugen und Sachverständige zur Aussage zwingen (§ 21 Abs. 3 Satz 2 SGB-X); sie können sie notfalls auch gerichtlich vernehmen und vereidigen lassen (§ 22 SGB-X). Aber dies alles gilt nicht im Verfahren der Subventionsvergabe. Weil hier nach dem VwVfG vorzugehen ist, erteilen die Finanzämter den Behörden nur Auskunft, wenn der Betroffene sie vom Steuergeheimnis entbindet⁸⁴. Zeugen und Sachverständige können zwar vorgeladen,

⁸³ Für das BAFöG kommt folgende Fassung in Betracht: „Ausbildungshilfe wird nicht gewährt, wenn der Auszubildende sie zur Bestreitung seines Lebensunterhalts und seiner Ausbildung offenkundig nicht benötigt. Dies ist insbesondere der Fall, wenn sich aus seiner Lebensführung ergibt, daß ihm Mittel im Wert von mehr als 120% des Bedarfs i.S. des § 13 dieses Gesetzes zur Verfügung stehen“.

aber nicht zur Auskunft gezwungen werden. Die Behörden verstehen es zwar, gleichwohl zu ermitteln, was sie wissen müssen. Denn sie bewilligen keine Subvention, wenn ihnen die gewünschten Angaben und Unterlagen vorenthalten werden. Die Grundlagen für die Kontrolle der Subventionsverwendung verschaffen sie sich durch Auflagen, die sie ihren Bewilligungsbescheiden beifügen. Aber sie hätten es mit beidem leichter, wenn das VwVfG sie mit den gleichen Ermittlungsbefugnissen ausstatten würde, die das SGB-X den Sozialbehörden einräumt. Das würde die Subventionsverwaltung zum einen vor dem Vorwurf bewahren, sie gehe mit ihren Auskunftersuchen und Kontrollen zu weit. Zum anderen würde es dort Klarheit schaffen, wo ein und dieselbe Behörde Subventionen und Sozialhilfen zugleich vergibt. Darf z.B. die Gemeinde dem Handwerker, der um Förderung seines Betriebs bittet, vorhalten, was sie über sein Einkommen im Zusammenhang mit dem Sozialhilfeantrag seiner geschiedenen Ehefrau von Finanzamt erfahren hat? Oder muß sie sich so unwissend stellen, wie § 35 SGB-I ihr das unter der Überschrift „Sozialgeheimnis“ befiehlt? Eine Erweiterung des sozialrechtlichen zum leistungsrechtlichen Verwaltungsverfahren würde diese Frage nicht nur beantworten, sondern weit besser noch: Es würde sie erübrigen.

b) Spezialgesetzliche Verfahrensvorschriften

Auch mit den Spezialvorschriften, die der Gesetzgeber dem Verfahren der Leistungsvergabe widmet, beweist er nicht immer eine glückliche Hand. Ein besonders abschreckendes Beispiel dafür bieten die §§ 9 und 48 BAFöG. § 9 Abs. 2 BAFöG macht die Ausbildungsförderung vom Nachweis der „den Ausbildungs- und Prüfungsordnungen entsprechenden Studienfortschritte“ abhängig. Hätte es der Gesetzgeber dabei bewenden lassen, so hieße das: Wer Ausbildungsförderung bezieht, hat am Ende eines jeden Semesters durch die Vorlage seiner Übungs-, Seminar- oder Praktikumsscheine nachzuweisen, daß er ordnungsgemäß studiert hat. Aber § 48 BAFöG sagt es anders. Ihm zufolge müssen die „Studienfortschritte“, auf die es gemäß § 9 Abs. 2 ankommt, erst im 5. Semester durch das Zwischenprüfungszeugnis oder eine ihm gleichwertige Bescheinigung nachgewiesen werden. Wer Ausbildungsförderung bezieht, dem ist sie also zwei Jahre lang sicher, weil § 48 BAFöG für die ersten zwei Jahre des Studiums jede Leistungskontrolle ausschließt⁸⁵.

⁸⁴ § 30 Abs. 4 Nr. 3 AO.

⁸⁵ Anders nur in den Fällen, in denen bereits vor dem 3. Semester Zwischenprüfungen stattfinden. Bei ihnen verkürzt § 48 Abs. 1 Satz 2 die viersemestrige Schonzeit auf ein Jahr.

Das erklärt, wie es zu dem kuriosen Urteil des BGH⁸⁶ kommen konnte, das im vergangenen Jahr Aufsehen erregt hat. Es ging um einen Studenten, der Ausbildungsförderung bezogen hat, weil sich sein Vater geweigert hatte, für sein Studium aufzukommen. Die vom Studentenwerk gegen den Vater erhobene Klage aus dem gemäß § 37 BAFöG übergeleiteten Unterhaltsanspruch des Sohnes gab dem OLG Anlaß, diesen nach seinen Studienleistungen zu befragen. Sie scheinen sich auf eine bloße Kontaktaufnahme mit dem Studentenwerk beschränkt zu haben. Denn der Sohn wußte noch nicht einmal die Namen der Dozenten zu nennen, deren Lehrveranstaltung er angeblich frequentiert hat. Das half seinem Vater zum Sieg. Der BGH hielt ihm zugute, daß er für ein derartiges „Studium“ keinen Unterhalt schulde. Das hat die zivilrechtliche Seite des Falles in Ordnung gebracht. Die Unterhaltspflichtigen brauchen Bummelstudien nicht zu finanzieren. Aber das BAFöG finanziert sie vier Semester lang unkontrolliert mit öffentlichen Geldern!

Ohne den sonderbaren § 48 BAFöG hätten die Studentenwerke die mißbräuchliche Inanspruchnahme der Ausbildungsförderung unschwer unterbinden können. Die Existenz dieser Vorschrift indessen macht es ihnen sogar schwer, ihre Bewilligungen zurückzunehmen, wenn sie entdecken, daß sie das parasitäre für niente einer Sozialdrohne gefördert haben.

Aber das möchte ich nicht weiterspinnen. Ich könnte sonst an dem irre werden, was ich Ihnen zur Begründung meiner Skepsis gegen das leistungsrechtliche Übermaßverbot vorgetragen habe. Um mir meinen Glauben an meinen Leitsatz 11 zu erhalten und weil meine Zeit abgelaufen ist, breche ich hiermit ab. Ich danke Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit.

⁸⁶ NJW 1987, S. 1557ff.

Leitsätze des Berichtstatters über:

Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung im Leistungsrecht

I. Begriff und Eigenart des Leistungsrechts

1. Das Leistungsrecht umfaßt das Recht der öffentlichen Daseinsvorsorge, das Sozialrecht und das Subventionsrecht. Diese drei Gebiete kennzeichnet zum einen die Gestaltungsfreiheit, die der Gesetzgeber bei ihrer Regelung genießt, und zum andern ihre Finanzabhängigkeit, die ihren Leistungen faktische Grenzen zieht.

2. Die „erdienten“ Leistungen (Beamtenbesoldung, Abgeordnetenentschädigung etc.) und die Entschädigungsleistungen sind auszuklammern. Ihnen geht die für das Leistungsrecht typische freie Gestaltbarkeit ab.

3. Die zusammenfassende Betrachtung der Daseinsvorsorge, der Subventionsvergabe und der sozialen Leistungsgewähr muß bei ihren Finanzierungsproblemen ansetzen. Im übrigen divergieren ihre Handlungsformen zu stark, als daß sie eine in sich geschlossene Dogmatik des Leistungsrechts tragen könnten.

4. Das steile Wachsen des Leistungsrechts seit 1949 hat seinen entscheidenden Anstoß durch das parlamentarische Regierungssystem des GG empfangen. Es ist grundsätzlich zu begrüßen, weil das Leistungsrecht zur Integration des Bürgers in die Staats- und Verfassungsordnung beiträgt. Von einer Reduktion der Staatsleistungen, die über das Maß des aus finanzwirtschaftlichen Gründen Unvermeidbaren hinausgreift, ist daher abzuraten.

II. Gesetzliche Gestaltung des Leistungsrechts

5. Den Finanzierungsproblemen des Leistungsrechts kann der Gesetzgeber durch Verschonungsleistungen und durch die Begründung privatrechtlicher Ansprüche auf Arbeitgeber-, Vermieter- und ähnliche Leistungen ausweichen. Die Verlagerung der Staatsleistungen auf private Leistungsschuldner bedarf jedoch einer besonderen Rechtfertigung.

6. *Der bewußte Verzicht auf die gesetzliche Regelung der Leistungsvergabe gehört zu den legitimen Gestaltungsformen des Leistungsrechts. Er bewirkt eine strikte Bindung der Verwaltung an den Haushaltsplan. Damit sichert er die budgetäre Beweglichkeit des Leistungsstaats.*

7. *Da der Vorbehalt des Gesetzes nicht jede Verwaltungsleistung erfaßt, sind gegen die Leistungssteuerung allein über das Haushaltsgesetz und den Haushaltsplan keine prinzipiellen verfassungsrechtlichen Bedenken anzumelden.*

8. *Es genügt, wenn der Haushaltsplan den Zweck der Verwaltungsleistungen bestimmt. Zusätzliche Zweckbestimmungen durch Gesetz sind nur geboten, wenn die betreffende Leistung dem Vorbehalt des Gesetzes unterliegt.*

9. *Das anspruchsbegründende Gesetz ist zugleich ein anspruchsbegrenzendes Gesetz. Es bindet die Verwaltung mit dem doppelten Imperativ: „Nicht weniger, aber auch nicht mehr“. Dies muß der Gesetzgestaltung zur Abstimmung des Leistungsrechts mit der Finanzlage nutzen.*

10. *Wie das Eingriffsrecht so kennt auch das Leistungsrecht ein Übermaßverbot. In der Ausprägung, die es durch das haushaltsrechtliche Wirtschaftlichkeits- und Sparsamkeitsgebot erfahren hat, begrenzt es jedoch nur die Ermessensleistungen der Verwaltung.*

11. *Leistungen, die das Parlament im Verfahren der Gesetzgebung und der Haushaltsfeststellung ausdrücklich gebilligt hat, können nicht als übermäßig und damit verfassungswidrig abqualifiziert werden. Sie wahren das rechte Maß, weil in der Demokratie das Gesetz das Maß der Dinge setzt.*

12. *Aus der Finanzabhängigkeit des Leistungsrechts läßt sich ein den Gesetzgeber bindendes leistungsrechtliches Übermaßverbot nicht herleiten.*

a) *Das steuerrechtliche Übermaßverbot limitiert nur die Summe, über die das Leistungsrecht verfügen kann, jedoch nicht auch die Entscheidungsbefugnis des Gesetzgebers darüber, für welche Leistungen das Steueraufkommen zu verwenden ist.*

b) *Das Verbot der Steuerverwendung für andere als dem Gemeinwohl dienliche Leistungen führt nicht weiter, weil den vom Parlament in der Form des Gesetzes oder der Haushaltsbewilligung gutgeheißenen Leistungen die Vereinbarkeit mit dem Gemeinwohl nicht abgesprochen werden kann.*

13. *Das Leistungsrecht sprengt jedoch die Grenzen des verfassungsrechtlich Zulässigen, wenn seine Kosten nicht mehr aus den laufenden*

Einnahmen bestritten werden können. Mit der Leistungsvergabe auf Kredit greifen Parlament und Regierung über die temporären Schranken ihres Mandats hinaus; sie verbrauchen die Steuereinnahmen künftiger Wahlperioden. Daraus resultiert ein das Leistungsrecht in seiner Gesamtheit begrenzendes Übermaßverbot. Ein Übermaßverbot, an dem die einzelnen Leistungsgesetze gemessen werden könnten, gibt auch Art. 115 Abs. 2 GG nicht her.

III. Rechtsanwendung im Leistungsrecht

14. Das System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes gebietet nur der rechtswidrigen Leistungsverweigerung Einhalt, versagt aber vor der rechtswidrigen Leistungsbewilligung. Eine hohe Quote fehlerhafter Leistungsgewährungen ist die zwangsläufige Folge.

15. Ihre Fixierung auf den individuellen Teilhabeanspruch hat die Rechtsprechung und die Literatur zu einer übermäßigen Beengung des Leistungsermessens verleitet. Es wird nicht genügend bedacht, daß die Selbstbindung der Verwaltung durch Richtlinien und ständige Übungen Raum für sachlich begründete Abweichungen offenhält.

16. Die Rechtsprechung verkennet außerdem, daß nicht jedwede Leistungsbewilligung, die von einer Richtlinie oder einer ständigen Verwaltungsübung abweicht, schon allein aus diesem Grunde rechtswidrig i.S. des § 48 VwVfG ist.

17. Der Gesetzgeber mildert die typisierende Strenge der Leistungsgesetze durch Härtekláuseln ab. Diese Klauseln bedürfen der Ergänzung durch Mißbrauchsklauseln, die es der Verwaltung erlauben, gesetzlich vorgeschriebene Leistungen ausnahmsweise zu verweigern, wenn sie für den Zweck, für den sie bestimmt sind, ersichtlich nicht benötigt werden.

18. Das Verfahren der Leistungsvergabe hat im SGB X eine angemessene Regelung gefunden. Die bei der Subventionsvergabe gültigen Verfahrensvorschriften des VwVfG indessen genügen den Anforderungen nicht. Sie berücksichtigen zu wenig, daß bei der Subventionsvergabe ebenso wie bei der Entscheidung über Sozialleistungen die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Antragstellers aufgeklärt werden müssen.

19. Eine Angleichung der Ermittlungsbefugnisse, die das VwVfG den Behörden bei der Subventionsvergabe einräumt, an die Vorschriften des SGB X über die Sachverhaltsaufklärung im Sozialrecht erscheint angezeigt.

20. Begrenzungen der administrativen Kontrollbefugnisse, wie sie z.B. § 48 BAFöG vorsieht, begünstigen die zweckwidrige Leistungsvergabe. Von ihnen sollte der Gesetzgeber Abstand nehmen.

Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung im Leistungsrecht

2. Bericht von Prof. Dr. *Friedhelm Hufen*, Regensburg

Inhalt

	Seite
I. Einleitung – Problemstellung	143
II. Die Geltungskraft des Gesetzes als Aufgabe von Gesetzesgestaltung und -anwendung	147
III. Das anthropologische Leitbild. Selbstbestimmung, Selbst- regulierung, soziale Verantwortung	155
IV. Das Problem der Gleichheit	159
V. Sozialstaat und Grundrechte als Maßstäbe der Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung	162
VI. Das Beispiel „Daseinsvorsorge“	164
VII. Schluß: Von den Grenzen der Gestaltung	166

I. Einleitung – Problemstellung

Es gehörte einmal zum demokratischen Urvertrauen, daß das parlamentarische Gesetz die alten Fragen der Gerechtigkeit ein für allemal lösen könnte¹. Daß dies nur teilweise gelang, ist die Erfahrung des 19. Jahrhunderts und zugleich ein Grund für den Kernbestand heutiger Leistungsgesetze².

Daß auch Leistungsrecht Freiheit gefährden kann, ohne in der Gerechtigkeit weiterzuführen, daß also unser heutiges Thema das gestrige nicht etwa von selbst erledigt, ist auch keine ganz neue Erfahrung, traf das Staatsrecht aber unvorbereitet. Gesetzesvorbehalt, Gesetzesbegriff, Einzelfallgesetz: So lauteten die aus dem Eingriffsrecht stammenden Themen³. Auf sie konzentrierte sich das Fach auch noch, als die über durchaus allgemeine Gesetze verteilten Anteile des Sozialprodukts, als aber auch die Abhängigkeit der Individuen von staatlichen Leistungen immer größer wurden⁴. Verfassungsrechtlich allein waren die daraus entstehenden Fragen nicht lösbar: Sozialstaat und soziale Grundrechte wiesen immer wieder auf die Aufgabe gerechter Gesetzesgestaltung und -anwendung zurück.

Hier setzt unser Thema ein, und wir haben als erstes zu registrieren, daß sich Eingriffs- und Leistungsrecht im Kritikvokabular der Gegenwart vereint finden. Gleich nach dem Steuerrecht belegt die Sozialgesetzgebung einen wenig ehrenvollen zweiten Platz in der Katastrophenliga der „Gesetzesfluten“, „-dschungel“ und „-infarkte“⁵. Aus Regens-

¹ Hierzu *J.Esser*, Gesetzesrationalität im Kodifikationszeitalter und heute, in: *H.-J.Vogel/J.Esser*, 100 Jahre oberste deutsche Justizbehörde. Vom Reichsjustizamt zum Bundesministerium der Justiz (1977), S. 20; ähnl. auch *P.Badura*, FS Huber, S. 15.

² Zur fehlenden Sicherung der Gleichheit durch die traditionelle Generellität des Gesetzes etwa *Ch.Starck*, Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes. Ein Beitrag zum juristischen Gesetzesbegriff (1969), S. 206f.; zu Mißverständnissen im Zusammenhang mit der Erfüllung der Postulate der Allgemeinheit des Gesetzes *H.Hofmann*, Das Postulat der Allgemeinheit des Gesetzes, in: *Ch.Starck* (Hrsg.), Die Allgemeinheit des Gesetzes, 1987, S. 9ff.; ähnl. auch *H.-U.Erichsen*, DVBl. 1983, S. 292.

³ Zur Konzentration auf das Eingriffsrecht exemplarisch *H.F.Zacher*, VVDStRL 25 (1967), S. 311; *O.Bachof*, VVDStRL 30 (1972), S. 193ff., 212; *P.Häberle*, „Leistungsrecht“ im sozialen Rechtsstaat, FS G. Küchenhoff (1972), S. 453ff.; hier zit. nach *ders.*, Verfassung als öffentlicher Prozeß (1978), S. 445ff., 461; *ders.*, VVDStRL 30 (1972), S. 44ff.

⁴ Zu dieser Entwicklung st.w.N. *P.Krause*, VVDStRL 45 (1987), S. 217.

⁵ Exemplarisch *K.-M.Groll*. In der Flut der Gesetze (1985). Auf weitere Beispiele sei verzichtet. Vgl. etwa die wiedergegebenen Zitate bei *H.Hill*, Einführung in die Gesetzgebungslehre (1982), S. 9; *K.Eichenberger*, VVDStRL 40 (1982), S. 7ff., 14; *H.H.von Arnim/H.Klages*, Probleme der staatlichen Steuerung und Fehlsteuerung in der Bundesrepublik Deutschland (1986), S. 48; eher skeptisch zum Flutenvokabular *E.Bülow*, Verhandlungen des 53. DJT 1980, Q 18; krit.

bürger Sicht hätte ich den „Gesetzesstrudel“ gerne angefügt, doch fand ich auch diese Umschreibung schon belegt⁶. Auf Einzelelemente solcher Kritik wird zurückzukommen sein. Mit dem Parlamentsgesetz zielt sie jedenfalls auf das zentrale Legitimations- und Steuerungsinstrument des sozialen Rechtsstaats⁷ – und dies zu einem Zeitpunkt, da z.B. die Probleme der Bevölkerungsstruktur voll erkennbar werden, da dringende neue Aufgaben angesichts der wohl erreichten Grenzen noch zuträglicher Staats- und Transferquoten nur durch Einschnitte in alte Leistungen finanzierbar sind⁸. Der Legitimations- und Steuerungsbedarf des Leistungsgesetzes⁹ steigt also und verwehrt es uns, die Leseblattkultur unserer Gesetze als Normalität einer verfaßten Industriegesellschaft hinzunehmen¹⁰. Auch wird erklärbar, warum sich in der Folge relativ wenige Aussagen finden, die nur das Leistungsrecht betreffen. Für die Verschränkung von Eingriff und Leistung hat Herr *Mußnug* schon Beispiele genannt, und er wird hierin durch das Bundesverfassungsgericht bestätigt, das neuerdings sehr hübsch vom „Eingriff in die Leistung“ spricht¹¹. Ich benutze den Begriff „Leistungsrecht“ nur

aus empirischer Sicht auch *H.Schulze-Fielitz*, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung – besonders des 9. Deutschen Bundestages (1980–1983) (1988), S. 134.

⁶ *D.Katzenstein*, Über die Sozialgesetzgebung unserer Zeit, in: *B.Rüthers/K. Stern* (Hrsg.), FG zum 10jährigen Jubiläum der Gesellschaft für Rechtspolitik (1984), S. 139ff., 142.

⁷ Dazu *P.Badura*, ZG 1987, S. 300, 308; *Joseph H.Kaiser*, Der Geltungsanspruch d. Rechts in einer freiheitlichen Industriegesellschaft, in: *Badura/Kaiser*, Parlamentarische Gesetzgebung und Geltungsanspruch d. Rechts (1987); *Ch. Starck*, Stichwort „Gesetz“, in: Herder Staatslexikon, 7. Aufl., Bd. 2 (1986), Sp. 977ff.; *K.Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland II (1980), S. 639ff.

⁸ Zugrundeliegende Daten im *Sozialbericht* der Bundesregierung z.B. 1986, S. 98ff.; zu den Zusammenhängen von Bevölkerungsstruktur und Rentenversicherung vgl. das Gutachten der *Kommission des Verbandes deutscher Rentenversicherungsträger*. Zur langfristigen Entwicklung der gesetzlichen Rentenversicherung (1987), S. 13, 175ff.; zur Bedeutung der Frage etwa *Ch.Zöpel*, in: *Hesse/Zöpel*, Zukunft und staatliche Verantwortung (1987), S. 34; zu den Grenzen der Staatsquote vgl. etwa *K.Mackscheidt*, Konsolidierung durch Erhöhung von Steuern und Abgaben?, in: *H.H.von Arnim/K.Littmann* (Hrsg.), Finanzpolitik im Umbruch: Zur Konsolidierung öffentlicher Haushalte (1984), S. 145ff. *M. Klopfer*, Stichwort „Staatshaushalt“, in: *R.Herzog/H.Kunst/K.Schlaich/W. Schneemelcher* (Hrsg.), Evang. Staatslexikon, 3. Aufl. (1987), Sp. 3409ff., 3412; *R.Voigt*, Gegenteilstendenzen zur Verrechtlichung (1983), S. 23ff.; *J.Isensee*, FS Broermann (1982), S. 365ff.; Grundlegend auch *P.Saladin*, FS Scheuner (1973), S. 541ff.

⁹ Ähnlich *T.Fleiner-Gerster*, VVDStRL 45 (1986), S. 302; zum Steuerungsproblem insgesamt *H.H.von Arnim/H.Klages*, a.a.O. (Anm. 5).

¹⁰ Zu dieser Position vor allem *J.Esser*, a.a.O. (Anm. 1), S. 13ff., s. auch Recht und Staat, Heft 470 (1977), S. 38ff.; *F.Kübler*, JZ 1969, S. 645, 651.

¹¹ BVerfGE 76, 220, 242.

unter Vorbehalt, weil er nicht einmal als Sammelbegriff für einen bestimmten Gesetzestyp und schon gar nicht als leutselige Negativdefinition des „Nicht-Eingriffsrechts“ taugt¹². Steuerung, Verteilung, Ordnungspolitik: In diesem Sinne würden wohl Ökonomen unser Thema formulieren, und darum geht es in der Sache auch¹³. Weder die scheinbare Harmlosigkeit des Leistungsrechts noch die angebliche Zweckfreiheit des Steuerrechts¹⁴ sollten uns daran hindern, diese Zusammenhänge angemessen einzuordnen.

Das Thema zeigt ferner Bedarf an spartenübergreifender Grundsätzlichkeit¹⁵. Daß sich die Probleme in den unterschiedlichen Leistungsfeldern auch unterschiedlich und gewiß anders als im Kodifikationszeitalter¹⁶ stellen, muß man nicht betonen. Aber man darf die Chance unseres Themas auch nicht irgendwo zwischen Rentenreform und Hochschulzugang verrieseln lassen.

Eine letzte Vorausbemerkung zur Gesetzesgestaltung: Diese bezieht sich primär auf das parlamentarische Gesetz¹⁷, dessen Probleme aber nur unter Einbeziehung anderer Normierungs- und Regelungsebenen zu behandeln sind¹⁸. Sie beschränkt sich hier nicht auf den instrumentellen Sinn des Wortes, sondern umfaßt in der Folge Zweck und Funktion der Gestaltung¹⁹. Eine materiale Gesetzgebungslehre²⁰ also, die

¹² U.Karpen, NJW 1988, S. 2512f.; G.Haverkate, NVwZ 1988, S. 769.

¹³ Dazu etwa H.Lampert, Die Wirtschafts- und Sozialordnung der Bundesrepublik Deutschland, 8. Aufl. (1985), S. 64, 225ff.; B.Külp, Stichwort „Verteilungstheorie“, in: Herzog/Kunst/Schlaich/Schneemelcher, a.a.O. (Anm. 8) Sp. 3799; ders., Herder Staatslexikon, Stichwort „soziale Sicherheit“, Bd. 4 (1988), Sp. 1274ff.; zu den Konsequenzen H.F.Zacher, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Hdb. d. Staatsrechts I (1987), S. 1079 m.w.N.; grundlegend jetzt auch G.Lübbe-Wolff, die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte. Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen (1988), S. 190ff.

¹⁴ Dazu H.H.von Arnim, VVDStRL 39 (1981), S. 286, 315; P.Kirchhof, NJW 1987, 3219; H.Hill, NJW 1986, S. 2608; G.-F.Schuppert, FS Zeidler (1987), S. 702.

¹⁵ G.Winkler, Gesetzgebung und Verwaltungsrecht, in: Winkler/Schilcher, Gesetzgebung (1981), S. 120; zur Aufgabe der Rechtswissenschaft in diesem Zusammenhang ähnl. wie hier W.Naucke, KritV 1986, S. 199.

¹⁶ H.Hofmann, a.a.O. (Anm. 2), S. 15ff.

¹⁷ Also auf das „formelle Gesetz“ im Sinne der (hier freilich nicht übernommenen) traditionellen Zweiteilung des Gesetzesbegriffs. Dazu st.w.N. S.Magiera, Parlament und Staatsleitung in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes (1979), S. 174f.; krit. K.Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 16. Aufl. (1988), S. 194f.

¹⁸ Ähnlich H.Schulze-Fielitz, a.a.O. (Anm. 5), S. 135f.; D.Wyduckel, DVBl. 1982, S. 638.

¹⁹ Für einen um die Gesetzesfunktion erweiterten Gesetzesbegriff auch Ch.Starck, a.a.O. (Anm. 2), S. 175; ähnlich P.Noll, Gesetzgebungslehre (1973), S. 63; K.Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl. (1983), S. 157; zu den technischen Regeln der Gesetzgebung st.v. H.Hill, a.a.O. (Anm. 5), S.

ihren primären normativen Bezugspunkt – wo sonst? – in der Verfassung²¹ sucht, und zwar unabhängig von der verfassungsgerichtlichen Sanktion²². Ob es eine „Verfassungspflicht zur optimalen Gesetzgebung“ gibt – darüber läßt sich wohl vor allem deshalb so schön streiten²³, weil die Frage viel zu abstrakt gestellt ist. Verfassung soll Demokratie und Gesetzgebung mit allen Stärken und Schwächen ermöglichen, nicht nur bändigen und bündeln²⁴. Schon deshalb sind Leistungsgesetze nicht bloßer Verfassungsvollzug und das Grundgesetz nicht einziger Maßstab guter Gesetzgebung. Lassen wir also das Optimale und konzentrieren wir uns auf Kerngehalte der Gesetzesklugheit²⁵, die das Grundgesetz aus der reichen Tradition staatsrechtlicher und staatsphilosophischer Gesetzgebungslehren inkorporiert hat. Die „moderne“ Gesetzgebungslehre ist kein zur Gattung der Orchideen tendierendes Eigenpflänzchen, sie ist neu ergrüntes Grün am Baum des Verfassungsrechts, dessen zentrales Thema das Gesetz schon immer war²⁶.

Ich beschränke mich auf vier Kernaussagen verfassungsnormativer Gesetzgebungslehre, die zugleich das Grundraster der weiteren Ausführungen bilden.

1. Das gute Gesetz muß Bedingungen seiner eigenen Geltungskraft setzen und auch im Zeichen sozialen Wandels Stetigkeit verbürgen.

126; zur sprachlichen Ebene *P.Kirchhof*, Die Bestimmtheit und Offenheit der Rechtssprache (1987).

²⁰ Allg. zur Notwendigkeit und zu den Anforderungen einer Gesetzgebungslehre st.w.N. *P.Noll*, a.a.O. (Anm. 19), S. 9; *H.Schneider*, Gesetzgebung (1982), S. 1ff.; *H.Hill*, a.a.O. (Anm. 5), S. 1; Überblick auch bei *K.Eichenberger*, gS für Noll (1984), S. 37ff.; s. aber auch bereits *U.Scheuner*, FS H. Huber (1981), S. 141; zur materialen Gesetzgebungslehre s. auch *W.Maihofer*, in: *Winkler/Schilcher*, a.a.O. (Anm. 15), S. 3ff.

²¹ Zu diesem Verfassungsverständnis („Richtlinie und Rahmen“) *U.Scheuner*, vgl. etwa DÖV 1971, S. 505ff.; zum notw. Rückhalt der Gesetzgebungslehre in der Verfassung eines konkreten Staates aber auch *E.V.Heyen*, in: *W.Schrekenberger*, Gesetzgebungslehre. Grundlagen, Zugänge, Anwendung (1986), S. 19; ferner *R.Rhinow*, Rechtsetzung und Methodik (1979), S. 183.

²² Zu den verfassungstheoretischen Grundlagen *P.Häberle*, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft (1982), S. 53, 74; *R.Alexy*, Theorie der Grundrechte (1986), S. 71ff.; *H.Schulze-Fielitz*, a.a.O. (Anm. 5), S. 21, 26 u. passim.

²³ Vgl. hierzu v.a. *G.Schwerdtfeger*, FS Ipsen (1977), S. 173; wohl auch *H.Goerlich*, JR 1977, S. 89, 91 einerseits und *Ch.Gusy*, ZRP 1985, S. 291ff. andererseits.

²⁴ *D.Grimm*, VVDStRL 40 (1982), S. 105.

²⁵ *Ch.Starck*, in: *Götz/Klein/Starck* (Hrsg.), Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterlicher Kontrolle (1985), S. 355.

²⁶ Dazu *E.-W.Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus 2. Aufl. (1981); w.N. bei *R.Schulze*, Policy und Gesetzgebungslehre im 18. Jahrhundert (1982); w.N. bei *P.Badura*, ZG 1987, S. 301ff., 306.

2. Das gute Gesetz ist auf den Vorrang von Selbststeuerung und Selbstsicherung des Menschen vor Fremdsteuerung und Fremdsicherung ausgerichtet.

3. Das gute Gesetz muß die Spannung von Allgemeinheit und differenzierender Konkretheit aushalten oder bewältigen, auch wenn ein allgemein akzeptierter Gerechtigkeitsmaßstab nicht zur Verfügung steht.

4. Das gute Gesetz folgt dem Sozialstaatsgebot im Sinne des Schutzes der Schwachen und der Behebung von Not, ohne daß ein allgemeiner Maßstab des „Sozialen“ zur Verfügung stünde.

II. Die Geltungskraft des Gesetzes als Aufgabe von Gesetzesgestaltung und -anwendung

Leistungsgesetze sollen gelten und Wirksamkeit erzeugen: Das klingt banal und es ist doch so wichtig, weil durch Demokratie, Rechtsstaat und Sozialstaat gleichermaßen gefordert²⁷. Überdetaillierung, Vollzugsdefizite und Unstetigkeit der Gesetze betreffen also nicht nur irgendein staatliches Steuerungsinstrument sondern Grundaussagen der Verfassung.

Über die Diagnose wird rasch Einigung zu erzielen sein: Der Hang zum kasuistischen und damit auch störungsanfälligen Gesetz ist vielfach beschrieben und nachgewiesen²⁸. Ähnliches gilt für die Ursachen: Das Leistungsrecht setzt sich auf die Spur der sozialen Wirklichkeit, erreicht diese aber schon deshalb nicht oder nur vorläufig, weil es die erfaßten Lebensumstände und Leistungsbedürfnisse stets aufs neue prägend verschiebt²⁹. Anders als im Eingriffsrecht drängt der Nachbar

²⁷ Zum Geltungswillen des Gesetzes allgemein *Ch.Starck*, a.a.O. (Anm. 2), S. 251; *H.Huber*, Betrachtungen über die Gesamtsituation des Rechts (1970), in: *ders.*, Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht, ausgewählte Aufsätze (1971), S. 14; *F.Wagener*, VVDStRL 37 (1979), S. 215.

²⁸ Exemplarisch bereits bei *H.Huber*, Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates, in: *Gesammelte Schriften* (1971), S. 45; *U.Scheuner*, a.a.O. (Anm. 20), S. 135; *G.Müller*, Inhalt und Formen der Rechtsetzung als Problem demokratischer Kompetenzordnung (1979), S. 86; *Ch.Starck*, ZG 1988, S. 18f.; besonders kritisch *W.Naucke*, KritV 1986, S. 191f.; zur Störungsanfälligkeit und zu Vollzugsdefiziten infolge der Detaillierung s. die Nachw. bei *W.Brohm*, NVwZ 1988, S. 794; *W.Zeh*, Wille und Wirkung der Gesetze (1984), zusammenfassend S. 540; *H.Sendler*, FS zum 125jährigen Bestehen der Juristischen Gesellschaft zu Berlin (1984), S. 753, 767; *G.Teubner*, Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege, in: *Kübler u.a.*, Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität (1985), S. 319.

²⁹ *J.Hucke/H.Wollmann*, Kriterien zur Bestimmung der Wirkung von Gesetzen (1982), S. 9; exemplarisch *H.F.Zacher*, FS Zeidler (1987), S. 580; *T.Simons*, Verfahren und verfahrensäquivalente Rechtsformen im Sozialrecht (1985), S. 433.

des Normbetroffenen auf Ausdehnung, zumal wenn er darauf vertraut, daß die Kosten anderswo entstehen. Überhaupt werden Handlungs- und Normierungsbedarf nachhaltig verwechselt. Dabei wären strategische und langfristige Gesetzesgestaltung, aber auch die behutsame Anpassung in bestehende Gesetze, lebenswichtig für das Gesetz, aber sie sind unprofitabel für den politischen und administrativen Tatmenschen³⁰. Bei verbleibenden erheblichen Lücken³¹ haben auch der Gesetzesvorbehalt und der subjektive Ansatz der Wesentlichkeitstheorie („das für den einzelnen Grundrechtsinhaber Wesentliche“³²) zur Regeldichte und Regelungstiefe beigetragen und gesteuerte und ungesteuerte neue Wirkungsketten in Gang gesetzt. Das Gesetz selbst wurde zum Instrument des Austeilens und Einsammelns und dient oft nur noch zum hastigen Verschnüren der in Koalitionskränzen und Krisensitzungen gepackten Spar- oder Verschiebepakete³³. Bei bekanntlich großen Reibungsverlusten ist dies nur machbar, weil eine hochspezialisierte Formulierungselite in Ministerien und Ausschüssen den Anpassungs- und Koordinationsdruck halbwegs bewältigt³⁴ und politische Schmerzpunkte dabei so geschickt kaschiert, daß sie im Parlament entweder zu spät entdeckt oder bei Strafe des Aufschnürens des Gesamtpakets in Kauf genommen werden.

Die tatsächliche Einpassung der Änderungen in das hochkomplexe Leistungs- und Sicherungssystem obliegt nach herkömmlichen Vorstellungen der Gesetzesanwendung in Verwaltung und Rechtsprechung. Wie dies geschieht, veranlaßt mich, die Ausgangsfrage eines der Begleitaufsätze³⁵ umzukehren und statt nach dem Transport der Gesetzesaussage in die Anwendung nach dem Formulierungs- und Änderungsimpuls der Anwender auf die Gestaltung zu fragen³⁶. Nun ist der Einfluß der Exekutive auf die Gesetzesgestaltung im hochspeziellen Leistungsrecht alles andere als neu³⁷. Schon *Lorenz von Steins* soziales

³⁰ Zum Zeitdruck im Gesetzgebungsverfahren allgemein schon *H. Huber*, a.a.O., (Anm. 27), S. 21; *D. Katzenstein*, FS Zeidler, S. 653; *H. Schulze-Fielitz*, a.a.O. (Anm. 5), S. 397f.; *W. Naucke*, KritV 1986, S. 191.

³¹ So zu Recht kritisch vermerkt bei *G. Haverkate*, NVwZ 1988, S. 769ff.

³² Vgl. etwa BVerfGE 40, 237, 249; Überblick über die gesamte Rechtsprechung zur Wesentlichkeitstheorie bei *K. Stern*, a.a.O. (Anm. 7), S. 573ff.

³³ Ähnlich *P. Badura*, a.a.O. (Anm. 1), S. 16; *H. Hill*, ZG 1987, S. 250.

³⁴ Nachw. dazu bei *H. Schulze-Fielitz*, a.a.O. (Anm. 5), S. 252ff., 285; *W. Jann*, Staatliche Programme und „Verwaltungskultur“ (1983), S. 516ff.; *F. Wagener*, VVDStRL 37 (1979), S. 241, 243.

³⁵ *G. Haverkate*, NVwZ 1988, S. 769.

³⁶ Zum traditionellen Begriff der „Anwendung“ noch *H.-U. Evers*, Das allgemeine Gesetz und seine Anwendung, in: *Starck* (Hrsg.), a.a.O. (Anm. 2), S. 96ff.

³⁷ Dazu oben Anm. 34; aus empirischer Sicht *W. Brohm*, Gesetzesvollzug als Handelsobjekt? – Zur Notwendigkeit der Rechtsstatsachenforschung auf dem

Königtum realisierte sich als „soziales Ministerium“, das vor allem bei den Vorarbeiten zur „kaiserlichen Botschaft“ und zur nachfolgenden Sozialgesetzgebung aktiver Träger der Gesetzesgestaltung³⁸ wurde. Bis in die Gegenwart finden sich die gegenläufigen Thesen vom exekutivischen Charakter des Leistungsrechts (*Ernst Forsthoff*³⁹ und *Werner Weber*⁴⁰) und vom Wohlfahrtsstaat als Gesetzgebungsstaat (*Ulrich Scheuner*⁴¹) auf eigentümliche Weise vereint⁴²: War es doch das von der Exekutive verwaltungsgerecht gestaltete Gesetz, das mit dem Gesetzesvorbehalt in immer neue Bereiche vordrang⁴³. Zusätzlich zu bemerken ist aber, daß Anwendungsprobleme im Detail gegenwärtig immer weniger durch Interpretation und Anwendung „abgearbeitet“ und immer mehr in immer detailliertere Änderungsimpulse an das Gesetz umgesetzt werden⁴⁴. Die moderne Leistungsverwaltung ist mit dem Seitenblick auf Rechnungshof und Regreß erst beruhigt, wenn sie ihr Detailproblem zumindest in einer generalisierenden Verwaltungsvorschrift, besser aber sogleich in einer Gesetzesänderung gelöst findet⁴⁵. Die Anstoßfunktion der Rechtsprechung zu größerer Detaillierung ist ein weiteres Element der „Gestaltung durch Anwendung“, soweit es nicht ohnehin zu einem „begleitenden“ oder schon im Entstehensvorgang des Gesetzes antizipierten Richterrecht kommt⁴⁶.

Gebiet des informellen Verwaltungshandelns, in: *W. Heinz* (Hrsg.), *Rechtstatsachenforschung heute* (1986), S. 103f.

³⁸ Dazu *E.R. Huber*, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, Bd. 4 (1969), S. 1130; zum expliziten Berufen auf das soziale Königtum in der kaiserlichen Botschaft vom 17.11.1881 s. auch *M. Stolleis*, *Quellen zur Geschichte des Sozialrechts* (1976), S. 33f.

³⁹ *E. Forsthoff*, *Die Verwaltung als Leistungsträger* (1938), S. 12, 15f.; *ders.*, *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung* (1959), S. 11 u. passim; zum Leistungsstaat als Verwaltungsstaat s. auch *R. Thoma*, in: *G. Anschütz/R. Thoma*, *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, 2. Bd. (1932), S. 108f.

⁴⁰ *W. Weber*, *Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem*, 3. Aufl. (1970), S. 128.

⁴¹ *U. Scheuner*, *Die Aufgabe der Gesetzgebung in unserer Zeit*, DÖV 1960, S. 601, 605.

⁴² Zum Leistungsstaat als zugleich Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und Richterstaat auch *P. Häberle*, a.a.O. (Anm. 3), S. 459.

⁴³ Ähnlich *E. Bülow*, a.a.O. (Anm. 5), Q 21. Die Entwicklung gilt natürlich erst recht für die Landesparlamente. Zu den verfassungsrechtlichen Konsequenzen *F. Hufen*, BayVBl. 1987, S. 513ff., 517.

⁴⁴ S. schon *U. Scheuner*, VVDStRL 15 (1957), S. 74f.; ähnl. *E. Franssen*, FS Zeidler (1987), S. 439.

⁴⁵ Kritisch zum „Umgießen“ von Verwaltungsvorschriften in Gesetzestexte schon *H.F. Zacher*, VVDStRL 25 (1967), S. 311.

⁴⁶ Dazu *H. Helmrich*, in: *Götz/Klein/Starck*, a.a.O. (Anm. 25), Diskussion, S. 355; *T. Ellwein*, in: *Benda/Maihofer/Vogel*, Hdb. des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland (1983), S. 1116; *W. Zeh*, a.a.O. (Anm. 28), S. 517; *H. Sendlar*, ZRP 1979, S. 227.

Unter anscheinend mühelosem Überspringen vertikaler und horizontaler Gewaltenteilung ist also eine Art Gesetzgebungsspirale in Gang gekommen⁴⁷, die in jeder Umdrehung das Gesetz näher an die Verwaltung, damit aber auch näher an den Einzelfall heranbringt. Unkoordinierte Folge- und Streuwirkungen in oft ganz anderen Bereichen, Kontrollprobleme für das Parlament⁴⁸ und vor allem die strukturelle „Versäulung“ der Materien und eine immer engere Problemperspektive sind die Folge⁴⁹.

Die traditionellen Funktionen des allgemeinen Gesetzes – Allgemeingültigkeit, Abstraktheit, Distanz vom Einzelfall⁵⁰ – scheinen sich bei alledem zunehmend auf die Verfassungsrechtsprechung zu verlagern⁵¹: Verhältnismäßigkeit, Vertrauensschutz, „Eigentum an Leistungen“ sind hierfür nur Beispiele. Kaum verwunderlich, daß auch der durch detailgenaue Regeln eigentlich geschützte Bürger auf die Rechtsprechung mehr als auf das Gesetz vertraut. In den Grundentscheidungen seines Lebens vom Leistungsrecht gestützt, ist er auch in seiner Freiheit betroffen, wenn sich die gesetzliche Stütze auf immer neue Probleme herunterhaspelt und unzuverlässig wird⁵². Daß Wohlstand Angst erzeugt, ist nicht einmal sonderlich rätselhaft. Es hängt auch mit der Verlässlichkeit des Rechts zusammen. Unzuverlässiges Leistungsrecht im Leistungsstaat bedroht Akzeptanz und Integrationskraft des Rechts insgesamt⁵³.

Soweit die Kurzdiagnose. Mit der Therapie greifen wir zwangsläufig aus über die offene Grenze zur Verfassungspolitik: Verbesserungsvorschläge zielen auf das *Verfahren* der Gesetzgebung, auf die *Verstetigung* der

⁴⁷ Zu diesem Bild auch schon *W. Hassemer*, Tatbestand und Typus (1968), S. 107f.; Nachw. bei *H. Schulze-Fielitz*, a.a.O. (Anm. 5), S. 276; *W. Leisner*, DVBl. 1981, S. 851.

⁴⁸ *U. Scheuner*, a.a.O. (Anm. 20), S. 138; *W. Thieme*, in: *Götz/Klein/Starck*, a.a.O. (Anm. 25), S. 203; zur Abhängigkeit des Parlaments vom Fachwissen der Administration allgemein vgl. die Belege bei *H. Kindermann*, ARSP, Beiheft 29 (1987), S. 41.

⁴⁹ Zum Einzug administrativer und arbeitsteiliger Problemlösungsmuster etwa *G.-F. Schuppert*, DÖV 1987, S. 757; ähnl. *W. Maihofer*, in: *Winkler/Schilcher*, a.a.O. (Anm. 15), S. 4; ähnlich *J. Hücke/H. Wollmann*, a.a.O. (Anm. 29), S. 8.

⁵⁰ *H. Hofmann*, in: *Starck* (Hrsg.), a.a.O. (Anm. 2), S. 10; zu den historischen Quellen *F. Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (1967), S. 322ff.; *R. Schulze*, a.a.O. (Anm. 26), S. 28; kritisch zum Verlust der Allgemeinheit st.w.N. *W. Naucke*, FS Erler (1986), S. 177, 185.

⁵¹ Ähnlich wie hier *R. Scholz/R. Pitschas*, in: FS zum 25jähr. Bestehen des BSG (1979), S. 630f.; zur Vermittlerrolle des BVerfG *H.P. Schneider*, FS Zeidler (1987), S. 293ff.

⁵² Dazu *M. Klopfer*, VVDStRL 40 (1982), S. 65, 68, 79.

⁵³ Empirisch dazu *R. Mayntz/J. Feick*, Gesetzesflut und Bürokratiekritik: Das Problem der Überregelung im Spiegel der öffentlichen Meinung, DV 1982, S. 281, 286.

Inhalte und auf angemessene *Entlastung* des Gesetzgebers vom sich rasch ändernden Detail⁵⁴.

Verfahrensmäßig geht es um zeitliche Beruhigung, Öffnung für übergreifende Zusammenhänge und angemessene „Durcharbeitung“ des Stoffs⁵⁵. Die Gesetzesvorbereitung muß „entzirkelt“ und „entsäult“ werden⁵⁶. Bei allen zugegebenen Schwächen steht hierfür kein besseres Instrument zur Verfügung als die *Gesetzgebungskommission*⁵⁷. Diese darf nicht Gegenbürokratie und schon gar nicht Gegenparlament, auch nicht Hoffnungsträger vordemokratischer Vorstellungen des „Gesetzes aus einem Kopf“ sein. Sie muß vielmehr Parlament, Exekutive, Verbände und Wissenschaft umgreifen. Dabei braucht sie Ausstattung, Ruhe und Unabhängigkeit zum „Kleinarbeiten“ von Konflikten⁵⁸. Sie muß die Scheuklappen des Faches und des Ressorts durch Zusammensetzung, Weisungsfreiheit und den personalisierten Blick auf Zusammenhänge überwinden. Die Einbeziehung externen Sachverständs, die fachliche Souveränität und Unabhängigkeit müssen ihre Abwehrwaffe gegen zu erwartende Versuche der Präjudizierung durch Zusammensetzung⁵⁹ sein. Sie sind auch ihre einzige „Macht“, denn Regierung und Parlament sind an ihre Entwürfe und Alternativen nicht gebunden⁶⁰. Nicht nur die „Schlußredaktion“⁶¹ sondern schon

⁵⁴ Zum Bedürfnis nach einem abgestuften Normensystem ähnlich wie hier schon *P.Krause*, VVDStRL 45 (1987), S. 223.

⁵⁵ Zum Zeitfaktor „klassisch“ die Frage *J.W.Hedemanns*, FS Gierke (1911), S. 309: „Wie wird bei guter Gesetzgebung gearbeitet? – Langsam“. Zur beabsichtigten Verzögerung des Gesetzgebungsverfahrens in streng geschichteten Abschnitten z.B. in Schweden und in der Schweiz s. *H.F.Zacher*, Chancen und Grenzen des Sozialstaats, in: *Koslowski/Kreuzer/Löw*, Chancen und Grenzen des Sozialstaats (1983), S. 86; *ders.*, Sozialer Fortschritt (1984), S. 11; *M.Kloepfer*, Was kann die Gesetzgebung vom Planungs- und Verwaltungsrecht lernen? (Manuskript 1988).

⁵⁶ Die hiermit zusammenhängenden Fragen der Parlamentsreform und der Verbesserung der Informationen des Parlaments können aus naheliegenden Gründen hier nicht einmal gestreift werden.

⁵⁷ Ausführlich dazu *W.Hugger*, Gesetze – ihre Vorbereitung, Abfassung und Prüfung. Ein Handbuch für Praxis und Studium (1983), S. 53ff.; zur Anhörung – wiederum am Beispiel des schwedischen Gesetzgebungsverfahrens: *H.Kindermann*, in: *W.Maihofer*, Theorie und Methode der Gesetzgebung (1983), S. 87ff.

⁵⁸ Zur notwendigen Vertraulichkeit *K.Eichenberger*, VVDStRL 40 (1982), S. 131; zur Kommissionstradition im Naturrecht s. etwa *F.Wieacker*, a.a.O. (Anm. 50), S. 324ff.

⁵⁹ Skepsis z.B. bei *U.Scheuner*, DÖV 1960, S. 608; zu den Sicherungen für pluralistische Abwägungsprozeduren in Kommissionen weiterführend *H.Schulze-Fielietz*, a.a.O. (Anm. 5), S. 507ff.

⁶⁰ Es darf also zu keiner Verwischung der Verantwortlichkeit kommen, dazu *B.von Maydell*, Zur Reform des Sozialrechts – Notwendigkeit und Hindernisse, in: FS Zeidler, S. 674, 682.

⁶¹ Dazu vor allem *E.Bülow*, in: *Hugger*, a.a.O. (Anm. 57), S. 89; *ders.*, a.a.O. (Anm. 5), Q 26; *W.Zeh*, in: *Schreckenberger*, a.a.O. (Anm. 21), S. 59.

die erste Verarbeitung eines Problems muß der Gesetzgebungskommission obliegen – ebenso die permanente fachliche Begleitung, die Wirkungsanalyse⁶² und die Aufarbeitung von Reformvorschlägen und Anwendungsproblemen⁶³.

Inhaltlich ist zunächst einmal von der Vorstellung Abschied zu nehmen, daß irgendein Teilaspekt des Rechtsstaats im sogenannten Leistungsrecht grundsätzlich geringere Bedeutung haben dürfe als im Eingriffsrecht. Der Rechtsstaat ist *das* Thema des Sozialstaats⁶⁴, doch geht auch im Leistungsrecht der Bedarf an verlässlichen Grundlageneinscheidungen weiter als das rechtsstaatliche Minimum. Diesen Bedarf zu erfüllen, kann dem Gesetzgeber niemand abnehmen. Er findet das „Wesentliche“ nicht vor⁶⁵. Deshalb halte ich auch wenig davon, den geistigen Höhenflügen der „Wesentlichkeitstheorie“⁶⁶ nun gewiß kongeniale Bemühungen um eine „Unwesentlichkeitstheorie“ folgen zu lassen⁶⁷. Der Gesetzgeber selbst – nicht das BVerfG – hat primär zu entscheiden, was so wesentlich sein *soll*, daß es normativer Grundvorrat und rechtsstaatliche wie auch sozialstaatliche Kontinuitätsreserve gegenüber tagespolitischen Korrekturen und Begehrlichkeiten werden kann⁶⁸.

Als zusätzliches *Instrument* schlage ich eine besondere *Grundlagengesetzgebung* vor, die in Rang und Verfahren verfassungsrechtlich abzusichern ist⁶⁹. Zustandekommen und Änderung sollten an eine quali-

⁶² Zur Wirkungsanalyse insgesamt *W.Zeh*, a.a.O. (Anm. 28), S. 469 u. passim; *H.H.von Arnim/H.Klages*, a.a.O. (Anm. 5), S. 58, dort auch zu den Gründen einer möglichst unabhängigen Stellung der Erfolgskontrolle; zu den theoretischen Grundlagen der Evaluation *B.Rürup*, in: *H.H.von Arnim/H.Klages*, a.a.O. (Anm. 5), S. 88; *R.Steinberg*, DS 15 (1976), S. 185.

⁶³ Grundl. jetzt *R.Steinberg*, Zur verfassungsgerichtlichen Kontrolle der „Nachbesserungspflicht“ des Gesetzgebers, DS 1987, S. 161ff.

⁶⁴ Ähnlich *P.Badura*, Sozialstaatlichkeit und Sozialrecht, SGb 1980, S. 1, 4.

⁶⁵ In der Hoffnung auf „Wesentlichkeit“ mag sich auch die Sehnsucht nach der Allgemeinheit des Gesetzes i.S. vorfindlicher allgemeiner Bedeutsamkeit, vorgefaßter Weltvernunft usw. wiederfinden. Zu den vernunftrechtlichen Grundlagen *K.Schmidt*, Die Zukunft der Kodifikationsidee (1985), S. 31; *R.Schulze*, a.a.O. (Anm. 26), S. 23.

⁶⁶ Auf Einzelnachweise wird hier verzichtet. Übersicht bei *J.Staupe*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis – zur „Wesentlichkeitstheorie“ und zur Reichweite legislativer Regelungskompetenzen, insb. im Schulrecht (1986), S. 110ff.; zur Kritik *G.Kisker*, NJW 1977, S. 1317; *M.Kloepfer*, JZ 1984, S. 685, 692; *D.Umbach*, FS Faller (1984), S. 122ff.; v. *Arnim*, DVBl. 1987, S. 1241ff.

⁶⁷ Ansätze dazu bei *H.Maassen*, Verhandlungen des 53. DJT 1980, Q 5; *H.H. Rupp*, in: *W.Schreckenberger*, a.a.O. (Anm. 21), S. 47.

⁶⁸ Dazu eindrucksvoll *G.Durig*, VVDStRL 32 (1974), S. 248 (Disk.); *G.Kisker*, VVDStRL 32 (1974), S. 149ff.; zu den geistesgeschichtlichen Grundlagen *R.Grawert*, Historische Entwicklungslinien des neuzeitlichen Gesetzesrechts, in: Studien zum Beginn der modernen Welt, hrsg. R.Kosellek, S. 241.

fizierte Mehrheit oder an ein besonderes Verfahren gebunden werden; das Grundlagengesetz muß im Rang über dem einfachen Gesetz stehen, auch Spezialgesetze dürften es nur konkretisieren, ihm aber nicht widersprechen. Auch unterhalb dieser „großen Lösung“ können einzelne Ziele der Grundlagengesetzgebung wie erschwerte Änderbarkeit, konsensförderndes Verfahren, obligatorische Kommissionsvorbereitung usw. vorgesehen werden⁷⁰. Der Inhalt der Grundlagengesetze wäre nicht – bewahre! – durch eine „Oberwesentlichkeitstheorie“ bestimmt. Seine Grundlagenkompetenz müßte sich der Gesetzgeber schon aus eigener Kraft erhalten.

Zwei große Gruppen von Gegenständen kommen in Betracht: Zum einen die entschlossene Fortführung der Kodifikation des Allgemeinen Verwaltungsrechts über das Verwaltungsverfahren hinaus⁷¹. Dogmatik und Zeit sind hinsichtlich allgemeiner Grundsätze, Verfahren, Rechtsverhältnisse und Instrumente überreif⁷²: Unsere Vereinigung hat hierzu schon in München und zuvor Grundlagen gelegt⁷³. Diese in Gesetzesgestaltung umzusetzen, müßte als Forderung von dieser Tagung ausgehen. Insbesondere muß der Gesetzgeber das Abdriften der allgemeinen Teile des Sozialrechts vom Allgemeinen Verwaltungsrecht stoppen und die verhängnisvolle Fehlentscheidung der Doppelung von Verwaltungsverfahrensgesetzen und SGB-Verfahrensteilen⁷⁴ korrigieren. Lei-

⁶⁹ Dieser Gedanke ist natürlich nicht neu. Er ist z.B. verwirklicht in den „Lois organiques“ der Franz. Verfassung (Art. 46). Zur Geschichte der Kodifikationsgedankens st.w.N. *W.Ebel*, Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland, 2. Aufl. (1958), S. 73ff.; *R.Schulze*, a.a.O. (Anm. 26), S. 170ff.; zur Bedeutung in der Gegenwart *K.Schmidt*, a.a.O. (Anm. 65), S. 5. Die Forderung nach einer besonderen Kategorie der Gesetzgebung findet sich bei *F.A.von Hajek*, Recht, Gesetzgebung und Freiheit, Bd. 3, die Verfassung einer Gesellschaft freier Menschen (1981), zit. von *H.H.Rupp*, in: *Schreckenberger*, a.a.O. (Anm. 21), S. 50ff.

⁷⁰ Ähnlicher Gedanke bei *K.Stern*, VVDStRL 40 (1982), S. 144 (Disk.); zur Moderationsfunktion des Gesetzes z.B. *J.J.Hesse*, in: *Ellwein/Hesse/Mayntz/Scharpf*, Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft, Bd. 1 (1987), S. 80; *K.Schmidt*, a.a.O. (Anm. 65), S. 27.

⁷¹ Zu Begriff und Arten der Kodifikation *H.Schulze-Fielitz*, a.a.O. (Anm. 5), S. 201, 268; zur Kodifikation des materiellen Verwaltungsrechts *H.Spanner*, Verhandlungen des 43. DJT 1960, Bd. 1, A 16 sowie die Diskussion z.B. der Beitrag von *H.P.Ipsen*, ebenda, D 80.

⁷² Skeptisch hinsichtlich des Leistungsrechts *P.Krause*, VVDStRL 45 (1984), S. 295.

⁷³ Als Beispiele seien genannt: Die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsverfahrens, das tatsächliche Verwaltungshandeln (Realakt), die Verpflichtung zur Mitwirkung im Verwaltungsverfahren, die Grenzen der Sachaufklärung, das Handeln in Privatrechtsform, das Normsetzungsverfahren und die Rückabwicklung von Leistungsverhältnissen.

⁷⁴ Zur Begründung dieser Trennung BT-Drucks. 8/2034, S. 60; krit. wie hier *T.Simons*, a.a.O. (Anm. 29), S. 37, 262; *H.F.Zacher*, ZfS 1977, S. 154; *ders.*, Sozialer Fortschritt, S. 8f.

stungsspezifische Bestandteile des SGB-Verfahrens rechtfertigen diese Sonderung nicht. Sie verdienen es vielmehr nahezu uneingeschränkt, Modell für Ergänzung und Einstimmung des Verwaltungsverfahrens auf die Phänomene der Leistung und Verteilung zu werden⁷⁵. Dabei sind die Verwaltungsverfahrensgesetze zugleich Zeichen für die Überwindbarkeit bundesstaatlich begründeter Kodifikationshindernisse⁷⁶.

Zum zweiten gehören die wichtigsten verteilungs- und ordnungspolitischen Entscheidungen der einzelnen Leistungsbereiche in die Form der Grundlagengesetzgebung⁷⁷. Die Gesundheitsreform zeigt, daß einschneidende Weichenstellungen nicht mehr in der Form des typischen Ministerialentwurfs und ohne einen die Minderheit einbeziehenden Konsens möglich sind. Ähnliches gilt für die Rentenreform⁷⁸ und den Familienlastenausgleich und es galt früher für die Landesschulgesetze. Jeder Leistungsbereich braucht (nur) ein „Stammgesetz“ mit den Zwecken der Leistung⁷⁹, den wichtigsten Anspruchs- und Eingriffsgrundlagen einschließlich der zugrundeliegenden Definitionen, Rechtsverhältnisse⁸⁰ und Verfahren sowie der langfristigen Konzeption des Gesetzes und dessen „vertrauensbegründenden Bestandteilen“.

Wie die Grundlagengesetzgebung das einfache Gesetz „nach oben“ entlasten könnte⁸¹, so kann das Gesetz „nach unten“ durch in einem vereinfachten Verfahren⁸² beschlossene Gesetze Entlastung und Flexibilität gewinnen. Dabei geht es nicht um parlamentarisch abgesegnete Rechtsverordnungen, sondern um Gesetze im vollen Sinne der Ver-

⁷⁵ Beispiele bei *P.Kirchhof*, FS BSG, S. 554ff.

⁷⁶ *U.Scheuner*, DÖV 1960, S. 608; *H.Spanner*, a.a.O. (Anm. 71), A 30; *U.Ule*, ebenda, D 74.

⁷⁷ Ordnungsentscheidungen i.S. *H.F.Zachers*, ZfS 1977, S. 150; ähnl. Kriterien jetzt in der Freiburger Habil.-Schrift v. *A.Janssen*, Über die Grenzen des legislativen Zugriffsrechts (1987).

⁷⁸ Weitere Beispiele für solche Grundlagenentscheidungen im Bereich der Rentenversicherung z.B. bei *H.F.Zacher*, a.a.O. (Anm. 55), S. 10.

⁷⁹ Entgegen allgemeiner Kritik dienen „weiche“ Zielnormen als Leitlinie für die Interpretation unbestimmter Rechtsbegriffe und erfüllen insofern eine wichtige systematische Funktion. Ähnlich *M.Oldiges*, VVDStRL 42 (1984), S. 295; gegen Bedenken aus empirischer Sicht auch *W.Zeh*, a.a.O. (Anm. 28), S. 545.

⁸⁰ Dazu besonders die Münchener Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer VVDStRL 45 (1987).

⁸¹ Zur notwendigen Rechtsbereinigung vgl. etwa *E.Mock*, in: *Winkler/Schilcher*, a.a.O. (Anm. 15), S. 177; *R.Hendler*, in: *Voigt*, a.a.O. (Anm. 8), S. 62; *K.Schmidt*, a.a.O. (Anm. 65), S. 51; w.N. (auch zur Kritik) bei *H.Schulze-Fielitz*, a.a.O. (Anm. 5), S. 13.

⁸² Z.B. Art. 92 der Geschäftsordnung der Abgeordnetenkammer Italiens vom 18.2.1971, in der die Behandlung und Verabschiedung bestimmter Gesetzentwürfe in ständigen oder besonderen Ausschüssen geregelt ist. Der Minderheitenschutz ist durch ein Rückholrecht von in der Regel 1/10 der Abgeordneten bzw. der Regierung gesichert.

fassung⁸³. Diese müßten aber durch minderheitsschützende Rückholrechte in das normale Gesetzgebungsverfahren gesichert und inhaltlich an das „Stammgesetz“ angebunden sein⁸⁴. Ihre Hauptaufgabe wäre die Bewältigung von Detaillierungs- und Anpassungslasten; Tabellen, Anhänge und Anpassungsformeln wären ihre Instrumente⁸⁵. Sie dürften aber nicht auf die tatbestandsmäßigen Grundlagen der Leistungsansprüche durchschlagen, was ja bekanntlich das Fatale am Haushaltsstruktur- und Paketgesetz der unmittelbaren Vergangenheit war⁸⁶.

III. Das anthropologische Leitbild. Selbstbestimmung, Selbstregulierung, soziale Verantwortung

Wie alles Recht richten sich Leistungsgesetze nicht nur an ihre Anwender in der Verwaltung. Sie beziehen sich auf Menschen und deren Lebenssituation, die sie zugleich prägen⁸⁷. Deshalb ist der anthropologische Grundzug ein so wichtiges Thema für das Gesetz⁸⁸. Im weiten Rahmen der „Menschenbild-Formel“ des BVerfG⁸⁹ hat der Leistungsgeber über Fragen zu entscheiden, die Grundfragen der Freiheit sind: Selbstbestimmung und Fremdbestimmung, Untersteuerung und Übersteuerung oder die Mittelwege zwischen beiden.

Griffige Thesen vor der angeblichen Entmündigung des Menschen durch staatliche Vorsorge⁹⁰ helfen dabei ebenso wenig wie abstrakte Verrechtlichungskritik⁹¹. Ernster für unser Thema aber scheint mir die These vom Verlust gesellschaftlicher, außerrechtlicher Normen, Solidarbeziehungen und Konfliktlösungsmechanismen⁹². Trifft der Vor-

⁸³ Damit ist nicht gesagt, daß nicht auch die Rechtsverordnung zur Entlastung des Gesetzes beitragen muß; zum neuesten Stand *F.-J. Peine*, ZG 1988, S. 121.

⁸⁴ Zum „normwertrealisierenden Gesetz“ *I. Ebsen*, DVBl. 1988, S. 886f.

⁸⁵ Ähnlich *E. Bülow*, a.a.O. (Anm. 5), Q 20; zum Problem von Anpassungsvorschriften im Stammgesetz einleuchtend *W. Zeh*, a.a.O. (Anm. 28), S. 516 am Beispiel BAFöG.

⁸⁶ Krit. dazu *H. F. Zacher*, a.a.O. (Anm. 55), S. 2 sowie die Diskussion der Kölner Staatsrechtslehrer-Tagung (1983), VVDStRL 42 (1984), S. 267ff.

⁸⁷ Zu dieser Prägungswirkung des Rechts s. vor allem *H. F. Zacher*, der von „doppelter Schalung des Lebens durch das Recht“ spricht, z.B. Akademievortrag Sozialstaat und Recht. Grundlagen-Entwicklung – Krise, VSSR (1983), S. 119ff., 125; *ders.*, in: *Kübler u.a.*, a.a.O. (Anm. 28), S. 31.

⁸⁸ *P. Häberle*, in: *Isensee/Kirchhof*, a.a.O. (Anm. 13), Bd. 1, S. 815, 843ff.; *Ch. Starck*, a.a.O. (Anm. 2), S. 115.

⁸⁹ Seit BVerfGE 4, 7, 15f.; grundl. jetzt *P. Häberle*, Das Menschenbild im Verfassungsstaat (1988), insbes. S. 32ff.

⁹⁰ So insb. *K. Schelsky*, FAZ v. 5.12.1978, S. 3, zit. nach *H.-U. Erichsen*, DVBl. 1983, S. 289, Fn. 1.

⁹¹ Dazu insb. die Nachw. oben, Anm. 5.

⁹² Dazu *H. Hofmann*, FS Küchenhoff (1987), S. 242; *H. Huber*, a.a.O. (Anm. 28), S. 56; *ders.*, a.a.O. (Anm. 27), S. 18.

wurf von *Jürgen Habermas* von der „Kolonialisierung der Lebenswelt“⁹³ auch nur für Teile der Gesetzgebung zu, dann zeigt sich, daß unser Thema nicht nur die notwendige Reichweite der Gesetzesgestaltung sondern auch deren Grenzen gegenüber Selbstbestimmung und Selbstregulierung jener „Lebenswelt“ betrifft. Auf die schon bekannten normativen Schranken – Subsidiarität⁹⁴, Tarifautonomie⁹⁵, Verhältnismäßigkeit⁹⁶ etwa – will ich hier nicht eingehen, sondern zunächst die grundrechtliche Fundierung gesellschaftlicher Selbsthilfe und Selbstregulierung⁹⁷ betonen. Der normative Ausgangspunkt ist damit der gleiche wie derjenige des Subsidiaritätsprinzips: Es ist der anthropologische Kern der Grundrechte, das Menschenbild der Freiheit und Selbstverantwortung, für das individuelle Vorsorge primär Selbstvorsorge und auch die Sozialgebundenheit zunächst einmal selbst wahrzunehmen ist⁹⁸. „Freiheit und soziale Verantwortung von unten“ nicht delegierte Verantwortung „von oben“⁹⁹.

Mich beeindruckt weniger die reichlich abstrakte Diskussion um Selbstreferenz und autopoietisches Recht¹⁰⁰ oder die angebliche Entzauberung des Staates¹⁰¹. Beeindruckend ist aber die Vielfalt der Selbsthilfe – man kann es auch schlicht Bürgersinn und Bürgerverantwortung nennen –, mit der gerade im Bereich der Daseinsvorsorge die Gesellschaft auf die Steuerungsprobleme und Defizite der sozialen

⁹³ *J. Habermas*, Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. 2 (1981), S. 522ff., 530, 532.

⁹⁴ Vgl. dazu st.w.N. *J. Isensee*, Subsidiarität und Verfassungsrecht (1968); *O. Kimminich* (Hrsg.), Subsidiarität und Demokratie (1981); *ders.*, Pol. Studien 1987, S. 587ff.; *R. Herzog*, Subsidiarität und Staatsverfassung, DS 2 (1963), S. 399; *ders.*, Stichwort „Subsidiaritätsprinzip“, in: *Evang. Staatslex.*, a.a.O. (Anm. 7), Sp. 3564ff.; *G. Haverkate*, Rechtsfragen des Leistungsstaats: Verhältnismäßigkeitsgebot und Freiheitsschutz im leistenden Staatshandeln (1983), S. 172; *H.F. Zacher*, Freiheit und Gleichheit in der Wohlfahrtspflege (1964), S. 72ff.; *R. Zuck*, Subsidiaritätsprinzip und Grundgesetz (1968).

⁹⁵ Umfassende Nachw. bei *F. Kirchhof*, Private Rechtsetzung (1987), S. 81ff.; aus der Rspr. BVerfGE 50, 369ff. (Mitbestimmung).

⁹⁶ Dazu vor allem *M. Klopfer*, VVDStRL 40 (1982), S. 79ff.

⁹⁷ Nachw. bei *H. Schulze-Fielitz*, a.a.O. (Anm. 5), S. 379; zur verfassungsrechtlichen Seite des Problems etwa *H.H. von Arnim*, Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland (1984), S. 65, 465ff.; *W. Leisner*, DVBl. 1981, S. 849, 855.

⁹⁸ *H.-U. Erichsen*, DVBl. 1983, S. 295; *K. Stern*, in: *Evang. Staatslex.*, a.a.O. (Anm. 8), Sp. 3277; *H.F. Zacher*, in: *Isensee/Kirchhof*, a.a.O. (Anm. 13), S. 1062.

⁹⁹ Ähnlich bereits *H.P. Ipsen*, VVDStRL 25 (1967), S. 293; zur Begründung aus der Menschenwürde jetzt *P. Häberle*, in: *Isensee/Kirchhof*, a.a.O. (Anm. 13), S. 815, 847.

¹⁰⁰ Übersicht bei *H. Schulze-Fielitz*, a.a.O. (Anm. 5), S. 193ff. und *W. Brohm*, NVwZ 1988, S. 794.

¹⁰¹ *H. Wilke*, Entzauberung des Staates. Überlegungen zu einer sozietaalen Steuerungstheorie (1983).

Großorganisationen reagiert¹⁰². Ich nenne nur die Stichworte „Jugend- und Familienhilfe“, „Selbsthilfe von Arbeitslosen“, „psychiatrische Betreuung“ und „Altenpflege“. Hier zeigen sich Entlastungsmöglichkeiten, aber auch Aufgaben für den Gesetzgeber. Zumal Selbstregulierung im grundrechtssensiblen Bereich bedarf der Absicherung und des „richtigen Rechts“ als Rahmen, auch wenn ihre sach- und personennahe Binnensteuerung funktioniert¹⁰³.

In einem führenden Lehrbuch des Sozialrechts findet sich aber unter dem Stichwort „rechtsfreie Konzepte“ neben der freien Wohlfahrtspflege nur das Stichwort „Almosen“¹⁰⁴. Das ist nicht untypisch. Dem öffentlichen Recht fällt zur „Selbstregulierung“ wenig ein, obwohl die heutigen Sicherungssysteme zu einem großen Teil aus gesellschaftlicher Selbsthilfe entstanden sind. Es war zu lange auf die staatliche Verantwortung und die „Ausnahme“ *Selbstverwaltung*¹⁰⁵ konzentriert – verstanden als Delegation staatlicher Macht und entsprechend mit Mißtrauen bedacht¹⁰⁶. Als rechtliche Gestalt der gesellschaftlichen Erfüllung öffentlicher Aufgaben fasziniert wohl immer noch die „reifere Schwester“ Zivilrecht; das Klagen über das Ausweichen ins Privatrecht und auf Private¹⁰⁷ signalisiert dabei nicht untypische Haßliebe zwischen solchen Geschwistern. Was aber fehlt, ist ein öffentlich-rechtliches Konzept der „kontrollierten Selbstregulierung“ im Bereich öffentlicher Aufgaben, das den freiheitlichen und freiheitssichernden Kern dieses Instruments ebenso beachtet wie die öffentliche Verantwortung – zumal beim Einsatz öffentlicher Mittel¹⁰⁸. Muster – vielleicht nicht Modell – können die Privatschulgesetze sein. In ihrer

¹⁰² Empirische Beispiele bei *W.H.Asam/Heck*, Soziale Selbsthilfegruppen in der Bundesrepublik Deutschland (1983), S. 35; *C.Offe*, in: *Ellwein/Hesse/Mayntz/Scharpf*, a.a.O. (Anm. 70), S. 317; *E.Pankoke/Nokielski/Beine*, Neue Formen gesellschaftlicher Selbststeuerung in der Bundesrepublik Deutschland (1975).

¹⁰³ *H.F.Zacher*, in: *Kübler u.a.*, a.a.O. (Anm. 28), S. 70; zu den Grenzen jetzt *W.Brohm*, NVwZ 1988, S. 795.

¹⁰⁴ *H.Bley*, Sozialrecht. Ein Lehrbuch (1984), S. 34.

¹⁰⁵ Dazu vor allem *R.Hendler*, Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip (1984); *D.Merten*, in: *Benda/Maihofer/Vogel*, a.a.O. (Anm. 46), S. 779 sowie den Bericht von *W.Henke*, VVDStRL 28 (1970), S. 149ff., 163ff.; zur Geschichte *H.Reiter*, FS Zeidler (1987), S. 600.

¹⁰⁶ Exemplarisch BVerfGE 39, 302, 313; *H.Reiter*, a.a.O. (Anm. 105), S. 612; krit. *T.Simons*, a.a.O. (Anm. 29), S. 570; *W.Wertenbruch*, FS Horst Peters (1975), S. 203ff.

¹⁰⁷ Umfassend *D.Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform (1984); *ders.*, DÖV 1986, S. 897ff.; zum Problem auch die Kontroverse im Rahmen der Diskussion der Münchener Staatsrechtslehrer-Tagung von 1986, VVDStRL 45 (1987), S. 250ff.

¹⁰⁸ Die Lücke wird bisher – soweit ersichtlich – nur von *F.Kirchhofs* Untersuchung zur privaten Rechtsetzung, a.a.O. (Anm. 95), teilweise geschlossen.

Freiheit abzusichern und in sozialstaatliche Gestalt zu bringen wäre auch die ganze Vielfalt der institutionellen Verselbständigung¹⁰⁹ von der privaten Drogenhilfe hin bis zur Ausgründung im Wissenschaftsbereich, vom singulären Leistungs-Center bis zur wohlfahrtsverbandlichen Großstruktur¹¹⁰. Was hier mit *Selbstregulierung* gemeint ist, darf nicht mit der *Selbstverwaltung* der Gemeinden und Sozialversicherungsträger verwechselt und damit von dem gefährlichen „Nebenschub“ erfaßt werden, den der Gesetzesvorbehalt und die Wesentlichkeitstheorie in Richtung auf die Selbstverwaltung entfachten¹¹¹, weil sie diese als Freiheitsbedrohung begriffen statt ihr Freiheitspotential und ihre regulative Differenzierungschance wahrzunehmen¹¹². Zwei Probleme aber haben Selbstverwaltung und Selbstregulierung gemeinsam: Die richtige Größe der Entscheidungseinheit und den schmalen Grat zwischen grundrechtsausübender Selbsthilfe und grundrechtsgefährdender Selbstbedienung¹¹³. Probleme, die aber die grundsätzliche Aufarbeitung durch die Rechtsordnung nicht ausschließen sondern gerade zur Lösung herausfordern sollten. Zwischenformen sind die Kooperation selbstregulierender Einheiten mit der Verwaltung¹¹⁴ und die Delegation von Einzelaufgaben auf Kommissionen¹¹⁵. Aber es geht auch um problemgerechte Anerkennungs- und Aufsichtsformen¹¹⁶. Der richtige Ort hierfür sind nicht die zivilrechtlichen Generalklauseln; es ist der Organisationsteil des Stammgesetzes im Leistungsbereich, in dem die freien Träger und Selbsthilfegruppen tätig werden. An das notwendige „normative Dach“ im Allgemeinen Verwaltungsrecht, das wohl weiterreichen müßte als die altherwürdige Beileihung¹¹⁷, sei hier nur erinnert.

¹⁰⁹ Dazu vor allem die Beiträge von *G.F.Schuppert*, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch verselbständigte Verwaltungseinheiten (1981); *ders.*, DÖV 1987, S. 567ff.

¹¹⁰ Weitere Beispiele bei *W.Asam/Heck*, a.a.O. (Anm. 102), S. 50ff.

¹¹¹ Exemplarisch BVerfGE 33, 125, 136 und jetzt BVerfG, NJW 1988, S. 191 – Ständesrichtlinien der Rechtsanwälte.

¹¹² Mißverständnis insoweit *G.Haverkate*, VVDStRL 46 (1988), S. 237f.; zur nicht nur abgeleiteten sondern ursprünglichen Legitimation der Selbstverwaltung dagegen *H.H.von Arnim*, VVDStRL 46 (1988), S. 276; auch der grundrechtsdogmatische Kahlschlag des BVerfG gegen die Grundrechtsstellung der öffentlichen Körperschaften (insb. BVerfGE 39, 302, 312; 61, 82, 103; 68, 193, 207) sollte im Hinblick auf das „Selbstregulierungspotential“ öffentlicher Selbstverwaltungskörperschaften überdacht werden.

¹¹³ Ansätze zur Lösung des Problems bei *R.Hendler*, a.a.O. (Anm. 105), S. 402.

¹¹⁴ Allgem. dazu und zu den Grenzen jetzt *W.Brohm*, NVwZ 1988, S. 795.

¹¹⁵ Grundlegend *E.Schreyer*, Pluralistische Entscheidungsgremien im Bereich sozialer und kultureller Staatsaufgaben (1982).

¹¹⁶ Dazu *H.Hill*, DÖV 1987, S. 885; *T.Simons*, a.a.O. (Anm. 29), S. 107; zu den Grenzen *F.Kirchhof*, a.a.O. (Anm. 95), S. 130.

Im Verhältnis zur Selbstregulierung wird jedenfalls die Funktion des allgemeinen Gesetzes, gleiches Recht und Elastizität zugleich zu verleihen¹¹⁸, erneut erkennbar.

IV. Das Problem der Gleichheit

In enger werdenden Bögen kehren wir immer wieder zum Gleichheitsproblem zurück¹¹⁹, das vielleicht nicht länger ein Problem des Gesetzgebers wäre, käme dieser nur dem Rat der Klassiker nach: Die Mannigfaltigkeit der Lebensverhältnisse durch allgemeine Regeln und Prinzipien zu zügeln und den Besonderheiten des Einzelfalles durch wohlplazierte Billigkeitsentscheidungen gerecht zu werden – so wohl läßt sich dieser Ratschlag von der Nikomachischen Ethik des *Aristoteles* bis zu *Gustav Radbruch* und den künftigen Klassikern des gestrigen Tages zusammenfassen¹²⁰. Der moderne Leistungsgesetzgeber aber verhält sich umgekehrt: Er ist bemüht, die Vielgestalt des Lebens durch immer detailliertere Entscheidungen einzufangen und vernachlässigt die allgemeinen Regeln und Prinzipien¹²¹.

Typisierung¹²² und Stichtag¹²³ lauten die Notanker gegen diese Entwicklung. Doch ist das Problem auf abstrakt-genereller Ebene unlösbar, weil jede Typisierung und Grenzziehung normative und empirische Bezugspunkte braucht¹²⁴, die sich aber mit der Normierung bzw. der Reaktion der Normadressaten sogleich verschieben und neu „vertypen“¹²⁵. Mit ihnen ändern sich die Bezugspunkte der Gerechtigkeit, die doch den alles übergreifenden Maßstab bieten soll¹²⁶.

¹¹⁷ Dazu st.w.N. *U. Steiner*, Öffentliche Verwaltung durch Private (1975).

¹¹⁸ Ähnlich *H. Hof*, Rechtstheorie 17 (1986), S. 459.

¹¹⁹ Zum traditionellen Zusammenhang von Gleichheit und Gesetz s. statt vieler *F. von Zeiler*, Grundsätze der Gesetzgebung (1806/09), S. 12; *G. Dürig*, in: *Maunz/Dürig/Herzog*, Grundgesetz-Kommentar, Art. 3, Rz. 8ff. u. 323ff.

¹²⁰ Vgl. *Nikomachische Ethik*, 1135 a, 1137 b; zum Problem der Billigkeit als Gerechtigkeit des Einzelfalles insb. *G. Radbruch*, Rechtsphilosophie, 8. Aufl. (hg. von *Erik Wolf* und *Hans-Peter Schneider*) (1973), S. 123, 333.

¹²¹ Zum Streben nach Einzelfallgerechtigkeit als Grund für den gesetzgeberischen Perfektionismus bereits *H. Schneider*, NJW 1962, S. 1273, 1275.

¹²² Dazu st.w.N. *J. Isensee*, Die typisierende Verwaltung (1976); a.d.Rspr. BVerfGE 17, 123; zuletzt etwa 63, 119, 128; 70, 1, 34; 75, 348, 357.

¹²³ Exemplarisch dazu BVerfGE 58, 81, 127; 75, 78, 106.

¹²⁴ Zur modalen Unbestimmtheit der Gleichbehandlung jetzt auch *G. Lübbe-Wolff*, a.a.O. (Anm. 13), S. 232ff.

¹²⁵ Dazu *T. Simons*, a.a.O. (Anm. 29), S. 131; *H. F. Zacher*, FS Ipsen (1977), S. 253.

¹²⁶ Dazu st.w.N. *H. Hofmann*, a.a.O. (Anm. 2), S. 46; grundlegend *G. Robbers*, Gerechtigkeit als Rechtsprinzip (1980).

Mit der Vernetzung der Leistungssysteme und der Externalisierung der Problemlösungen bis hin zum Steuerrecht steigt zudem die Notwendigkeit, Vergleichsgruppen und Freigrenzen systemübergreifend zu formulieren¹²⁷. Das potenziert die unvorhersehbaren Folgen in oft ganz woanders liegenden Politik- und Leistungsbereichen. Mitnahmeeffekte, aber auch individuelle Härten und absurde Kumulationswirkungen sind die Folge¹²⁸. Diese Effekte sind im Grunde Gleichheitsverletzungen und zeigen die Unmöglichkeit, durch Trennschärfe im Gesetz Gleichheit zu schaffen¹²⁹. Die in der Kontrolle der Leistungsgebung immer noch einschlägige Willkürformel¹³⁰ greift nur Extremfälle heraus und erlaubt dem Gesetzgeber *einen* sachlichen Grund zu benennen, wo sich doch die Ungleichheit gerade aus der Verflechtung der Tatbestände und der Kumulation der Folgen ergibt¹³¹. Nötig sind also Zusatzmaßstäbe wie Verhältnismäßigkeit und Erträglichkeit, die das BVerfG mit seiner angeblich „neuen Formel“ zögernd aufgreift¹³² – wohl wissend, daß die Zumutbarkeit der Differenzierung weniger über das Gesetz als solches aussagt als über seine Angemessenheit im Einzelfall¹³³.

Damit ist das entscheidende Stichwort gefallen: In der überdetaillierten, vernetzten, von immer neuen Antizipations- und Echoeffekten hallenden Verteilungs- und Transferwelt kann die Gesetzesgestaltung nur einen Rahmen für Einzelfallgerechtigkeit bieten. Verwirklicht werden kann diese letztlich nur von den dafür im Gewaltenteilungssystem des Grundgesetzes vorgesehenen Spezialisten für Einzelfallgerechtigkeit in Verwaltung und Rechtsprechung.

Für die *Gesetzesgestaltung* läuft dies neben der Mißbrauchsklausel¹³⁴, über die schon Herr *Mußnug* gesprochen hat, auf deren Gegen-

¹²⁷ T.Simons, a.a.O. (Anm. 29), S. 197; H.F.Zacher, VSSR 11 (1983), S. 126.

¹²⁸ Allgemein dazu B.von Maydell, a.a.O. (Anm. 60), S. 678. Das derzeit prägnanteste Beispiel für die belastende Wirkung von systemüberspringenden Maßnahmen dürfte das Chaos des Familienlastenausgleichs zwischen Kindergeld- und Steuerrecht sein. Hier führt die Einkommensgrenze zu Grenzbelastungen von mehr als 80%. Dazu H.Laux, BB 1987, S. 905.

¹²⁹ So auch Ch.Starck, Stichwort „Gesetzgebung“, in: Herder Staatslexikon, a.a.O. (Anm. 7), Sp. 1010.

¹³⁰ Dazu st.w.N. R.Wendt, NVwZ 1988, S. 779.

¹³¹ Nur deshalb konnte die Kindergeld-Regelung vor 1982/83 Bestand haben. Dazu BVerfGE 43, 108, 120; krit. zu Recht R.Wendt, NVwZ 1988, S. 779.

¹³² Zur sog. „neuen Formel“ vgl. etwa BVerfGE 55, 72, 88; 63, 119, 128; 70, 230, 240; zusammenfassend R.Maaß, NVwZ 1988, S. 14ff.; eher skeptisch H.-W.Arndt, NVwZ 1988, S. 787.

¹³³ Zur Verhältnismäßigkeit bei der Gleichheitsprüfung auch P.Badura, a.a.O. (Anm. 1), S. 24; G.Haverkate, a.a.O. (Anm. 94), S. 12.

¹³⁴ S. auch Stettner, VSSR 1983, S. 155.

stück, die an der Zumutbarkeit orientierte Härteklause¹³⁵ und auf „weiche“ Übergangsregelungen hinaus, die es der Verwaltung und Rechtsprechung ermöglichen, die persönliche Situation und die Konsequenzen der Typisierung und der Stichtage auf den Einzelfall auszuloten: Einen subjektiven Abwehranspruch gegen das „Mittelstandsloch“ und ähnliche Effekte inbegriffen¹³⁶. Der Gesetzgeber muß der Gesetzesanwendung hierfür Eckpunkte eines gerechten Systems vorgeben, weniger einer vorfindlichen Systemgerechtigkeit folgen¹³⁷. Für die Gesetzesanwendung in der Verwaltung ergibt sich damit eine Verantwortung, die weder mit Computergerechtigkeit noch mit Verwaltungsvorschriften allein zu bewältigen ist. Im Gegenteil: Jeder der guten Gründe für mehr Flexibilität bei der Gesetzesanwendung¹³⁸ ist ein guter Grund gegen das binäre Denken und gegen die in ihrer Legitimität ohnehin fragwürdige faktisch außenwirksame Selbstbindung der Verwaltung¹³⁹. Eine kleine Polemik sei in diesem Zusammenhang erlaubt: Ich halte den gesetzesgerechten Computer noch immer für dringlicher als das computergerechte Gesetz¹⁴⁰.

Bedenken hinsichtlich einer zu großen Macht der Anwender muß vor allem im Verfahren¹⁴¹ und durch wechselseitige Kontrolle begegnet werden. Im Verwaltungsverfahren treten damit die kompensatorische Funktion: Beratung, Mitwirkung und alles, was der Stärkung des Artikulationsschwächeren dient, um so deutlicher hervor¹⁴². Auch zeigt sich, daß die Erweiterung von Entscheidungsspielräumen und die großzügige Gestaltung und Anwendung von Heilungsvorschriften nicht zusammenpassen¹⁴³. Zur weiteren Kontrolle müssen ein endlich ernst-

¹³⁵ Zur Technik der Härteklause¹³⁵ *H.Schneider*, Gesetzgebung, Rz. 364.

¹³⁶ Vgl. auch *R.Rhinow*, a.a.O. (Anm. 21), S. 65.

¹³⁷ Zur Systemgerechtigkeit *F.J.Peine*, Systemgerechtigkeit (1985). *Ch.Degenhart*, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat (1976).

¹³⁸ Vgl. *M.Bullinger/Ch.Starck*, in: *Bullinger*, Verwaltungsermessens (1986), S. 9; *M.Bullinger*, ebenda, S. 144.

¹³⁹ Zum Problem *K.Stern*, a.a.O. (Anm. 7), S. 661f.; *H.Hill*, ZG 1987, S. 261; krit. z.B. *D.Ehlers*, DVBl. 1986, S. 916; *E.Franssen*, a.a.O. (Anm. 44), S. 450.

¹⁴⁰ Das sagt nichts gegen eine computergerechte Vollziehbarkeit von Tabellen usw. Skept. wie hier auch *D.Katzenstein*, a.a.O. (Anm. 6), S. 145. Umfassend informierend *G.Thieler-Mevissen*, Automationsgerechtigkeit, in: Bundesakademie für öffentliche Verwaltung (Hg.), Praxis der Gesetzgebung, S. 115ff.

¹⁴¹ Zu dieser Funktion des Verfahrens bereits *P.Häberle*, VVDStRL 30 (1972), S. 86ff.; *F.Hufen*, Fehler im Verwaltungsverfahren (1986), S. 46ff.; *R.Wahl*, VVDStRL 41 (1983), S. 265 (Schlußwort).

¹⁴² Zur besonderen Bedeutung der Beratung im Verfahren (und zwar auch außerhalb des Sozialverfahrens) s. *F.Hufen*, a.a.O. (Anm. 141), S. 157.

¹⁴³ Ähnlich auch *H.U.Evers*, in: *Starck*, a.a.O. (Anm. 2), S. 129; ausführlicher als hier möglich auch *F.Hufen*, DVBl. 1988, S. 69, 75ff.

genommenes Widerspruchsverfahren¹⁴⁴ und eine gleichfalls an den Maßstäben der Grundsatzgesetzgebung und der individuellen Zumutbarkeit orientierte Rechtsprechung Mißbräuchen und Härten wehren. Die Warnung vor dem Richterstaat¹⁴⁵ halte ich dabei für um so weniger einschlägig je mehr die Richter aller Instanzen Verwaltungsprozesse statt Verwaltungsverfahren führen und Urteile statt verkappte Paragraphen fertigen. Die Verhältnismäßigkeit als wichtigster Maßstab gefährdet nicht etwa die Geltungskraft des Gesetzes¹⁴⁶. Als Scharnier für das Besondere stärkt sie vielmehr die Geltung des Allgemeinen, wenn es ihr auch ergeht wie einem orientalischen Maulesel: Sie schleppt die ganze Last durch unwegsames Gelände und bezieht doch täglich Prügel.

V. Sozialstaat und Grundrechte als Maßstäbe der Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung

Grundsatzgesetzgebung, Härteregeln, Verhältnismäßigkeit – verweist die Verfassung den Gesetzgeber also nur auf Verfahren und Relationsbegriffe?

Das scheint nur bisher so, denn von Sozialstaatsprinzip und Grundrechten als Gestaltungsaufträge für den Gesetzgeber war nur am Rande die Rede. Zwar weist auch der Kompromiß derivativer Teilhaberechte ebenfalls auf Gleichheit und Verhältnismäßigkeit zurück. Sozialstaatlichkeit¹⁴⁷ ist ihrerseits von Maßstäben abhängig, die sich mit jeder sozialstaatlichen Maßnahme verschieben¹⁴⁸.

Und doch führen Grundrechte und Sozialstaat weiter, wenn man neben ihrer Richtlinienfunktion auf Rahmen und Grenze abstellt, die sie zumal dem Leistungen einschränkenden, umverteilenden Gesetzgeber setzen, wenn also der Leistungsrückruf zum Eingriff wird¹⁴⁹. Die Rechtsprechung zum Eigentumsschutz an kraft eigener Leistung erworbenen Anwartschaften¹⁵⁰ ist hier nur Beispiel für grundrechtlich gesicherte Vertrauenspositionen. Sie hat aber mit Art. 14 GG den unvollständigen normativen Bezugspunkt und mit dem BVerfG den erst

¹⁴⁴ So auch *Ch.Starck*, in: *Götz/Klein/Starck*, a.a.O. (Anm. 25), S. 358, 376.

¹⁴⁵ Etwa bei *H.H.Klein*, in: *Götz/Klein/Starck*, a.a.O. (Anm. 25), S. 82.

¹⁴⁶ So aber *P.Naucke*, *KritV* 1986, S. 207.

¹⁴⁷ *H.F.Zacher*, in: *Isensee/Kirchhof*, a.a.O. (Anm. 13), S. 1045, 1048 – dort auch zu den Sozialstaatsklauseln der Landesverfassungen.

¹⁴⁸ *H.F.Zacher*, *VSSR* 11 (1983), S. 119ff., 126, der zu Recht vom Sozialstaat als Prozeß spricht.

¹⁴⁹ Jetzt grundlegend *G.Lübbe-Wolff*, a.a.O. (Anm. 13), S. 109ff.

¹⁵⁰ Dazu zuletzt *BVerfGE* 69, 272, 300; 72, 9, 18; 76, 220, 235; Übersicht bei *D.Katzenstein*, in: *FS Simon* (1987), S. 847ff.

nachrangig kompetenten Normgestalter. Inhaltlich geht es um die Abgrenzung grundrechtlich gesicherten Vertrauens und disponibler Wohltat¹⁵¹, und für die hat der Gesetzgeber mit Grundlagengesetzen zunächst einmal selbst zu sorgen. Aber auch über die Sicherung des selbst Erworbenen hinaus schützen Grundrechte und Sozialstaat diejenigen, deren Leistungen sich nicht im Schutzbereich des Art. 14 GG niederschlagen. Die Familie mit Kindern etwa¹⁵² oder auch diejenigen, die als Träger von Privatschulen das immer mühevollere Geschäft der Wahrung kultureller Vielfalt mitbetreiben¹⁵³. In ihrem Vertrauen in die ausgleichende Kraft des Sozialstaats besonders geschützt sind die Behinderten¹⁵⁴ und überhaupt alle Minderheiten, für die Sozialstaatsgebot und Grundrechte Lobby und politische Vetoposition ersetzen müssen¹⁵⁵.

Die markanteste verfassungsrechtliche Grenze jeder Gesetzesgestaltung im Leistungs- und Verteilungsrecht aber wird durch das Grundrecht der Menschenwürde markiert¹⁵⁶. Gewiß bedarf auch das materielle und kulturelle Existenzminimum permanenter Ausgestaltung und Sicherung durch den Gesetzgeber und ist von der sich wandelnden „Normalität“ menschlicher Existenz abhängig. An dem vom (Grundlagen)Gesetzgeber – z. B. im Bereich der Sozialhilfe – gesetzten Maßstab der Grundsicherung aber hört der Gestaltungsspielraum auf¹⁵⁷. Der „Menschenwürdesockel“ des Leistungsrechts steht für Sparmaßnahmen und Umverteilung selbst dann nicht zur Verfügung, wenn er von immer mehr Schwächsten in Anspruch genommen wird. Der sozialstaatliche und familienpolitische Skandal, daß manche große Familie, daß kleine Landwirte und Beamte der untersten Besoldungsgruppen

¹⁵¹ Dazu vor allem *G.Kisker*, VVDStRL 32 (1974), S. 149ff. sowie den Diskussionsbeitrag von *G.Dürig*, ebenda, S. 257.

¹⁵² Dazu die Ergebnisse der Münchener Staatsrechtslehrer-Tagung mit den Referaten von *A.von Campenhausen* und *H.Steiger*, VVDStRL 45 (1987), S. 7, 55ff. Die Diskussion ergab, daß das derzeitige Recht die (kinderlose) Ehe gegenüber der Familie erheblich benachteiligt; noch deutlicher *W.Zeidler*, in: *Benda/Maihofer/Vogel*, a.a.O. (Anm. 46), S. 555, 597ff.; *H.H.von Arnim/H.Klages*, a.a.O. (Anm. 5), S. 66ff.

¹⁵³ BVerfGE 75, 40ff.; *F.Müller* (Hrsg.), *Zukunftsperspektiven der Freien Schulen* (1988); *B.Pieroth/G.-F.Schuppert* (Hrsg.), *Die staatliche Privatschulfinanzierung vor dem BVerfG* (1988).

¹⁵⁴ *H.F.Zacher*, *Der Behinderte als Aufgabe der Rechtsordnung*, in: *Zweite ordentliche Verbandsversammlung des kommunalen Spitzenverbandes der Bayer. Bezirke*, hrsg. vom Verband der Bayer. Bezirke (1981); *ders.*, *Die Lage der Behinderten – eine Aufgabe des Sozialrechts*, ZfS 1981, S. 257ff.

¹⁵⁵ Krit. auch *H.F.Zacher*, a.a.O. (Anm. 29), S. 594.

¹⁵⁶ Dazu schon eindeutig BVerfGE 1, 97, 104; *E.Benda*, in: *Benda/Maihofer/Vogel*, a.a.O. (Anm. 46), S. 514; grundlegend *P.Häberle*, in: *Isensee/Kirchhof*, a.a.O. (Anm. 13), S. 839f. und *H.F.Zacher*, ebenda, S. 1060.

¹⁵⁷ Dazu jetzt deutlich BVerfGE 78, 104, 118.

ohnehin nur knapp über diesem Sockel leben, ist anders zu lösen. Ebenso übrigens die Not der kommunalen Träger der Sozialhilfe, die mit Recht das Versagen des Lastenausgleichs beklagen, der auch Aufgabe des Leistungsgesetzgebers ist.

Im Ergebnis ist der soziale Rechtsstaat nicht so inhaltsleer, wie oft behauptet wird. Er ist zunächst einmal *Auftrag* zur sozialen Gestaltung durch Leistungsgesetze¹⁵⁸ und zur sozialen Bewältigung des Umverteilungsproblems. Diese Gestaltung ist nicht beliebig, sondern auf die Geltungskraft und Verlässlichkeit angelegt, derer individuelle Lebensplanung bedarf. Sozialstaatlichkeit fordert Grundlagengesetzgebung, die zugleich die Grenzen zwischen sozialstaatlichem und grundrechtlichem Minimum einerseits und disponibler Transfer-Wohltat andererseits selbst zieht, statt sie dem Verfassungsgericht zu überlassen.

Unerschütterlich aber bleibt bei aller Flexibilität und Offenheit der verfassungsrechtliche Vorrang des Schutzes des Schwächeren und der Behebung von existentieller Not. Nur insoweit hat die Rede vom „sozialen Rückschrittsverbot“¹⁵⁹ Berechtigung.

VI. Das Beispiel „Daseinsvorsorge“

Die Gestaltungsprobleme der Daseinsvorsorge¹⁶⁰ sind so vielfältig wie die Daseinsfelder, denen die Vorsorge dient. Traditionelle Bereitstellungsbereiche haben mit dem besonderen Gewaltverhältnis nicht nur ihre hergebrachte Klammer verloren¹⁶¹, sie verlangen durch neue Ziele und Formen auch nach einem neuen Instrumentarium des Öffentlichen Rechts¹⁶². Hausaufgaben hat der Gesetzgeber auch am Dach des Öffentlichen Sachenrechts zu erledigen, und zwar nicht nur dort, wo die schneidige junge Verwandtschaft aus dem Umweltrecht längst bestimmt, was Gemeingebrauch und Sondernutzung ist. Grundbegriffe wie Widmung, Widmungsänderung, Zugang und Nutzungsverhältnis usw. harren hier sowohl der Normierung als auch der entschlossenen Überwindung sachenrechtlicher Atavismen¹⁶³. Auch die gequäl-

¹⁵⁸ Unbestritten seit BVerfGE 1, 97, 105; O. Bachof, VVDStRL 12 (1954), S. 37, 39, 80.

¹⁵⁹ Krit. dagegen zu Recht P. Badura, SGB 1980, S. 5; H. F. Zacher, in: Isensee/Kirchhof, a.a.O. (Anm. 13), S. 1092.

¹⁶⁰ Zum – heute freilich auch nicht mehr im traditionellen Sinne abgrenzbaren – Begriff E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts I, 10. Aufl. (1973), S. 368ff.

¹⁶¹ In diesem Sinne schon D. Jesch, Gesetz und Verwaltung (1961), S. 212.

¹⁶² Zur heute nicht mehr möglichen „scharfen Abgrenzung“ noch E. Forsthoff, a.a.O. (Anm. 160), S. 371.

¹⁶³ Grundlegend dazu M. Kromer, Sachenrecht des öffentlichen Rechts (1985), insb. S. 86ff., 102.

te Überdehnung der Allgemeinverfügung in § 35 VwVfG war kein guter Anfang – die Bereitstellung sachgerechter Normsetzungsverfahren wäre ein besserer.

Die Bedeutung des Vorsorgefaktors „Information“ harrt noch der Entdeckung als Querschnittsphänomen¹⁶⁴, und zwar auch durch die kleiner werdende Spezies der Nicht-Medienrechtler. Immer wieder wird zu Recht gefordert, den vielen nicht in Verwaltungsakte einzu-passenden Leistungs- und Lenkungsformen angemessene Rechtsverhältnisse und Verfahren zu geben, die einen Rahmen bieten, die realen Lebensvorgänge aber nicht in Konditionalnormen zu pressen versuchen¹⁶⁵. Mehr als irgendwo zeigt sich die Untrennbarkeit von Leistung und Eingriff bei grundrechtsrelevanter Daseinsvorsorge. Über Schule und Hochschule¹⁶⁶ hinaus wird der Gesetzgeber wohl über kurz oder lang auch andere Zulassungsverfahren und das Problem knapper Kapazitäten auszugestalten haben¹⁶⁷. Die rechtsstaatliche Geisterbahn des Jahrmarktzugangs nach „bekannt-bewährt-Kriterien“¹⁶⁸ ist hierfür noch ein eingrenzungsfähiges Beispiel. In Grundrechtsrelevanz und Größenordnung unvergleichbar harrt mit dem Zugang zur technischen Medizin z.B. ein Verteilungsproblem der gesetzlichen Regelung (vielleicht auch der Erkenntnis der fehlenden Regulierbarkeit), gegen das der Zahnprothesen-Streit der Gegenwart geradezu harmlos ist¹⁶⁹. Auch hier also Bedarf an Grundlagenentscheidung und Grundlagengesetzgebung, die die Zwecke¹⁷⁰ und Rechtsverhältnisse einzelner Bereiche, Mitwirkung der Leistungsempfänger und Leistungsträger, aber auch die Grenzen zwischen Leistung und Bevormundung zu erfassen hätte. Schließlich ist daran zu erinnern, daß es einen „Sockel“ existentiell wichtiger Daseinsvorsorge gibt¹⁷¹, der – auch wenn nicht grundgesetzlich „vorgeschrieben“ – nicht zum Opfer anderer Prioritäten werden darf.

¹⁶⁴ Bei J.J.Hesse, in: Hesse/Zöpel, a.a.O. (Anm. 8), S. 60.

¹⁶⁵ Zur rechtlichen Erfassung der Pflege- und Betreuungsverhältnisse J. Schmitz-Elsen/O.E.Krasney, Verh. des 52. DJT (1978), Bd. 2, N 5ff.; H.F.Zacher, GS Constantinesco (1983), S. 943.

¹⁶⁶ Dazu st.w.N. J.Staube, a.a.O. (Anm. 66).

¹⁶⁷ Zur Bedeutung der Einrichtungen E.Schmidt-Jortzig, NVwZ 1987, S. 1025, 1031; V.Evertz, Die Bedeutung der Grundrechte im Zusammenhang mit der Benutzung gemeindlicher öffentlicher Einrichtungen (1987), S. 1, 9ff.

¹⁶⁸ BayVG, NVwZ 1982, S. 120; BVerwG, NVwZ 1982, S. 194; krit. R. Stober, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 5. Aufl. (1987), Rz. 893.

¹⁶⁹ Dies auch, wenn man der Drastik von Fuchs, „who shall live?“ (1974) nicht folgen will; zu den Strukturproblemen aber W.Krämer, Herder Staatslexikon II, a.a.O. (Anm. 7), Sp. 1015.

¹⁷⁰ Dazu vor allem G.Haverkate, VVDStRL 46 (1988), S. 228; ders., NVwZ 1988, S. 769; R.Wahl, VVDStRL 46 (1988), S. 282.

¹⁷¹ H.F.Zacher, in: Isensee/Kirchhof, a.a.O. (Anm. 13), S. 1082.

Daseinsvorsorge bezieht sich vor allem in ihren kulturellen Anwendungsfeldern auf Lebensbereiche, die nicht ohne Mitwirkung der in ihnen tätigen Grundrechtsträger und unter Achtung der jeweiligen Eigengesetzlichkeit normierbar sind. So war es im Hochschulbereich eine Kommission, die half, Ungereimtheiten des HRG zu korrigieren¹⁷². Im Schulbereich wird es angesichts des Selbstbewußtseins einer Bürokratie, die ihre Verwaltungsvorschriften nahezu ungebremsst in Schulgesetze umgießen konnte¹⁷³, wohl noch etwas dauern. Das Angebot der Schulrechtskommission des Deutschen Juristentages¹⁷⁴ entstand jedenfalls unter Mitwirkung von Sachverständigen und Betroffenen, die wußten, wo der pädagogische Vorgang Schule etwas anderes als bloßer Gesetzesvollzug ist¹⁷⁵. Die empörte Ablehnung durch die Verwaltung bestätigte letztlich die Richtigkeit des Konzepts¹⁷⁶.

VII. Schluß: Von den Grenzen der Gestaltung

Die Grenzen der Gesetzesgestaltung und -anwendung stehen also am Schluß meiner Ausführungen. Lernen, Forschen, künstlerisch Gestalten, Beraten, Heilen und Pflegen sind Vorgänge, die rechtlich nur abzusichern, nicht zu durchdringen sind, ob sie besonderen verfassungsrechtlichen Schutz genießen oder nicht¹⁷⁷. Deshalb auch ist die Daseinsvorsorge der Bereich, in dem Gesetzesgestaltung am meisten von Dezentralisierung und Delegation gewinnen kann¹⁷⁸. Das Bedürfnis nach bundeseinheitlicher Regelung im Sinne von Art. 72 GG ist hier die Ausnahme. Anläufe zur „Durchforstung“ der Bundeskompetenzen müssen endlich zum Ziel führen. Die wahrhaftig nicht überlasteten Landtage und Gemeinderäte aber müssen darüber hinaus ihre

¹⁷² Vgl. den Bericht der Expertenkommission zur Untersuchung der Auswirkungen des HRG (1984) und den darauf basierenden Entwurf zur 3. Änd. des HRG (BT-Drucks. 10/2883).

¹⁷³ Dazu *B.-O. Bryde*, DÖV 1982, S. 661; krit. auch *W. Martens*, in: *Götz/Klein/Starck*, a.a.O. (Anm. 25), S. 90.

¹⁷⁴ Vgl. DJT, Schule im Rechtsstaat I, Entwurf für ein Landesschulgesetz. Bericht der Kommission Schulrecht des DJT (1981).

¹⁷⁵ *B.-O. Bryde*, VVDStRL 46 (1988), S. 195; *J. Baumert*, RdJB 1981, S. 192ff.; *W. Höfling*, DÖV 1988, S. 416ff.

¹⁷⁶ Dazu auch die schulrechtliche Wirkungsdokumentation der Kommission Schulrecht des DJT, bearb. von *R. Dechsling*, Bonn (1987).

¹⁷⁷ Grundlegend dazu *J. Oebbecke*, Weisungs- und unterrichtsfreie Räume in der Verwaltung (1986); zur Subsidiarität im Kulturbereich auch *Steiner*, VVDStRL 42 (1984), S. 7, 48; zu den besonderen Problemen der Beratung *I. Richter*, in: *Gagel*, AfG-Kommentar (1987), §§ 25ff., insb. vor § 25, Rz. 48.

¹⁷⁸ Dieses Prinzip habe ich ausführlich begründet in NVwZ 1983, S. 516 sowie zu den „Gegenwartsfragen des Kulturföderalismus“, BayVBl. 1985, S. 1ff., 37ff.

Gestaltungskraft gegenüber den Koordinationseliten in Bund und Ländern zurückgewinnen¹⁷⁹. Grundsatzgesetzgebung für die wirklich grundlegenden Entscheidungen der Gemeinschaft, im übrigen aber sach- und personennahe Regulierung müssen an die Stelle von phantasieloser Linearität und das urdeutsche Mißverständnis treten, daß gerechte und kluge Gesetzesgestaltung stets etwas mit Einheitlichkeit zu tun hätte¹⁸⁰. Das zeigt die „Gesundheitsreform“, die scheitern wird, weil sie die Probleme mit linearen Pflichtkürzungen in ebenso lineare Pflichtleistungen statt mit Flexibilität und dem simplen Individualinteresse an preiswerter Gesundheit zu lösen versucht¹⁸¹. Das zeigen die Hochschulzulassung und das Tollhaus der Zentralprüfungen in der Mediziner Ausbildung. Das zeigen aber vor allem – trotz Gängelei und Sparzwang – die Vitalität und Leistungsvielfalt in den Gemeinden¹⁸² und überhaupt in den „kleinen Einheiten“, wo viele Probleme in Selbsthilfe und Gruppenverantwortung oft schon gelöst sind, bevor sie den Gestaltern im großen auch nur auffallen.

¹⁷⁹ *F.Hufen*, BayVBl. 1987, S. 513ff., 516f.

¹⁸⁰ Krit. schon *U.Scheuner*, DÖV 1960, S. 605; *W.Schmitt Glaeser*, DÖV 1981, S. 4.

¹⁸¹ Krit. auch *G.Haverkate*, NVwZ 1988, S. 777. Alternativen auch in den Vorschlägen für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen (medizinische und ökonomische Orientierung). Zusammenfassung und Empfehlungen aus dem Jahresgutachten 1988 (Bonn, Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung) (1988); vgl. ferner den Bericht der Kommission Krankenhausfinanzierung der Robert-Bosch-Stiftung „Krankenhausfinanzierung in Selbstverwaltung“ (1987); *G.Neubauer*, Alternativen der Steuerung des Gesundheitswesens (1984); *F.Lohse*, Modellgestützte Analyse der Auswirkungen alternativer Systemgestaltungen der Gesetzlichen Krankenversicherung (1986); *P.Zweifel/O.Waser*, Bonusoptionen in der Krankenversicherung (1987).

¹⁸² *K.H.Blessing*, Die Zukunft des Sozialstaats – Grundlagen und Vorschläge für eine lokale Sozialpolitik (1987).

Leitsätze des 2. Berichterstatters über:

Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung im Leistungsrecht

I. Problemstellung. Zum Auftrag einer materialen Gesetzgebungslehre

1. Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung betreffen ein klassisches Thema des Staats- und Verwaltungsrechts, das gegenwärtig angesichts wachsender Steuerungs- und Verteilungsprobleme neues Gewicht erhält. Der Begriff „Leistungsrecht“ ist wegen des untrennbaren Zusammenhangs von Leistung, Eingriff und Verteilung nur noch unter Vorbehalt verwendbar.

2. Eine rein instrumentelle Lehre der Gesetzesgestaltung greift zu kurz, weil es auch um Gestaltung durch das Gesetz geht. Gefordert ist eine materiale Gesetzgebungslehre, die ihre wichtigsten Bezugspunkte im konkreten Verfassungsrecht findet, und zwar unabhängig von der verfassungsgerichtlichen Sanktionsmöglichkeit. Grundgesetz und Landesverfassungen haben viele der traditionellen Ziele „guter Gesetzgebung“ inkorporiert. Sie sind aber nicht einzige Maßstäbe der Gesetzesgestaltung.

II. Die Geltungskraft des Gesetzes als Aufgabe von Gesetzesgestaltung und -anwendung

3. Rechtsstaat, Demokratie und Sozialstaat verlangen, daß Leistungsgesetze Bedingungen ihrer eigenen Geltungskraft setzen und einen verlässlichen Rahmen für die individuelle Lebensplanung bieten. Überdetaillierung, Vollzugsdefizite und Unstetigkeit gefährden diese Funktion.

4. Das Vordringen des Gesetzesvorbehalts ins Detail war kein Sieg des Parlaments über die Bürokratie, es lieferte das Gesetz in weiten Teilen kleinen Gruppen hochspezialisierter Ressort- und Fraktionsexperten aus und bestätigt mittelbar die traditionelle Exekutivabhängigkeit des Leistungsrechts.

5. Verfassungsinterpretation und höchstrichterliche Rechtsprechung haben in weiten Bereichen die klassischen Funktionen des allgemeinen Gesetzes übernommen.

6. Unter den Reformvorschlägen für das „innere Gesetzgebungsverfahren“ sind diejenigen besonders wichtig, die zeitliche Beruhigung, frühzeitige Konfliktaustragung, Öffnung für Zusammenhänge und Durcharbeitung des Stoffes bezwecken. Hierbei gewinnt das Modell der unabhängigen Gesetzgebungskommission neue Attraktivität nicht nur für die Erarbeitung von Entwürfen und Alternativen, sondern auch für die Wirkungsanalyse und die Verarbeitung von Änderungsimpulsen.

7. Es wird vorgeschlagen, eine verfassungsrechtlich besonders hervorzuhebende und abzusichernde Grundlagengesetzgebung einzuführen. In dieser Form hat der Gesetzgeber nicht „vorfindlich Wesentliches“ zu regeln und „Unwesentliches“ zu unterlassen, er hat vielmehr selbst zu entscheiden, was so wesentlich sein soll, daß es Inhalt der Grundlagengesetzgebung und damit Kontinuitätsreserve des sozialen Rechtsstaats ist. Vordringliche Aufgabe ist die Fortsetzung der Kodifikation des allgemeinen Verwaltungsrechts unter Wiedereingliederung der allgemeinen Teile des Sozialrechts. Auch die Zwecke, Rechtsverhältnisse und vertrauensbegründenden Weichenstellungen des jeweiligen Leistungsbereichs gehören in Grundlagengesetze („Stammgesetz“).

8. Vorgeschlagen wird ferner, zur Entlastung von Anpassungs- und Änderungsentscheidungen eine im vereinfachten Verfahren verabschiedete Form des Gesetzes einzuführen. Diese vereinfachte Gesetzgebung muß durch minderheitsschützende Rückholrechte ins normale Verfahren gesichert und einem Stammgesetz zugeordnet sein. Sie darf nur als „Anpassungsfenster“ dienen und muß die Grundlagen der Leistungsverhältnisse und -tatbestände unangetastet lassen.

III. Das anthropologische Leitbild der Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung: Selbstbestimmung, Selbstregulierung, soziale Verantwortung

9. Auch die Leistungsgesetzgebung findet ein anthropologisches Leitbild des Grundgesetzes vor, das unbeschadet der Sozialgebundenheit vom Vorrang individueller Vorsorge vor staatlicher Sicherung ausgeht. Dieses Leitbild ist durch den Verlust außerrechtlicher Normen, Solidarbeziehungen und Konfliktlösungsmechanismen massiv gefährdet.

10. *Notwendig ist die Stärkung der Selbstregulierung als gemeinschaftliche Wahrnehmung von individueller Freiheit, aber auch überindividueller Verantwortung. Selbstregulierung kann das Gesetz vor allem im Bereich der Daseinsvorsorge entlasten und bedarf der öffentlich-rechtlichen Absicherung sowohl gegen Übernormierung „von oben“ als auch gegen Mißbrauch „von unten“.*

11. *Das Öffentliche Recht hat sich zu sehr auf die Instrumente der nur als Delegation staatlicher Macht mißverstandenen Selbstverwaltung konzentriert und die Selbstregulierung auch dort in das Zivilrecht abgeschoben, wo sie zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben in Betracht kommt. Diese Entwicklung ist durch eine „selbstregulierungsfreundliche“ Gesetzesgestaltung und -anwendung im Öffentlichen Recht rückgängig zu machen.*

IV. Das Problem der Gleichheit

12. *Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung müssen die Spannung von Allgemeinheit und Differenzierung gemeinsam lösen, auch wenn sich die Bezugspunkte der Gleichheit ständig verschieben und ein allgemein anerkannter Maßstab der Gerechtigkeit nicht zur Verfügung steht.*

13. *Einzelfallgerechtigkeit ist durch das Gesetz in der Regel nicht herstellbar. Je detaillierter Leistungsgesetze sind, desto größer ist die Gefahr gleichheitswidriger Härten, Kumulationseffekte und Mißbräuche. Einzelfallgerechtigkeit bleibt primär Aufgabe der Gesetzesanwendung und bildet eine Schranke gegen überzogene Selbstbindung der Verwaltung.*

14. *Mit dem Entscheidungsspielraum der Gesetzesanwendung steigt die Bedeutung der Verwaltungsverfahren besonders im Hinblick auf Beratung, Anhörung, Mitwirkung, Sachaufklärung und Begründung. Großzügig gestaltete und angewendete Heilungsvorschriften sind damit unvereinbar. Die Bedeutung des Widerspruchsverfahrens muß gestärkt werden.*

V. Sozialstaat und Grundrechte als Maßstäbe der Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung

15. *Sozialstaatsgebot, Grundrechte und Minderheitenschutz enthalten objektiv-rechtliche Gestaltungsaufträge für den (Grundlagen)Gesetzgeber. Sie bilden – auch abgesehen von Art. 14 GG – Rahmen und Grenze gegenüber Eingriffen in grundrechtsgesicherte Vertrauenspositionen.*

16. Die Bekämpfung sozialer und wirtschaftlicher Not hat den verfassungsrechtlichen Vorrang vor wohlförderungsförderndem Transfer. Sozialstaatsgebot und Menschenwürde verlangen den besonderen Schutz eines durch Grundlagengesetzgebung auszugestaltenden Minimums. Dieser „Leistungssockel“ steht für Spar- und Umverteilungsmaßnahmen nicht zur Verfügung.

VI. Das Beispiel „Daseinsvorsorge“

*17. Einheitliche Aussagen zum Recht der „Daseinsvorsorge“ sind wegen der heterogenen Struktur der damit bezeichneten Leistungsbe-
reiche kaum möglich. Es besteht aber Bedarf für eine Kodifikation der
Grundzüge des Öffentlichen Sachenrechts und für die rechtliche Erfas-
sung der Rechtsverhältnisse und Verfahren über den Verwaltungsakt
hinaus. Im Recht der öffentlichen Einrichtungen sind Widmungszweck
und Widmungsänderung, Zugangsregelungen bei knapper Kapazität
und die Grundzüge des Nutzungsverhältnisses zu regeln, und zwar un-
abhängig von öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Ausgestal-
tung.*

*18. Das Recht der Daseinsvorsorge verlangt in besonderem Maße
nach Dezentralisierung und Delegation auf Selbstverwaltungsträger.
Selbsthilfegruppen und Selbstregulierung können hier die öffentliche
Aufgabenwahrnehmung besonders deutlich entlasten.*

*19. In der kulturellen Daseinsvorsorge ist Gesetzesgestaltung ohne
angemessene Mitwirkung der im jeweiligen Bereich Tätigen nicht mehr
möglich. Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung haben hier be-
sonders auf die Grenzen der Normierbarkeit und auf die Eigengesetz-
lichkeit der jeweiligen Lebensprozesse zu achten.*

*20. Im Bereich der Daseinsvorsorge spricht eine Vermutung gegen
ein Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Regelung im Sinne von Art. 72
GG. Darüber hinaus müssen die Landesparlamente ihren Gestaltungs-
spielraum gegen die Kooperations- und Vereinheitlichungsbürokratien
in Bund und Ländern wiedergewinnen. Sie müssen aber auch Dezen-
tralität, Delegation und Subsidiarität innerhalb der Länder beachten
und absichern.*

Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung im Leistungsrecht

3. Bericht von Professor Dr. *Hermann Hill*, Speyer

Inhalt

	Seite
I. Einführung	173
II. Gesetzesgestaltung im Leistungsrecht	173
1. Rechtsverhältnisse im Sozialleistungsrecht	173
2. Reichweite der gesetzlichen Bindung	176
3. Gesetzliche Gestaltung des Leistungsprogramms	178
4. Effektivierung durch das bewegliche System	180
5. Regeln und Erfolgsvorsorge für den Gesetzgebungsprozeß	184
III. Gesetzesanwendung im Leistungsrecht	187
1. Gesetzesanwendung in der Funktionenordnung des Grundgesetzes	187
2. Voraussetzungen der Gesetzesanwendung in der Verwaltungspraxis	190
3. Gesetzesanwendung mit dem Bürger	192
IV. Ausblick	195

I. Einführung

Gesetzgebungskunst ist im Leistungsstaat besonders notwendig, so Herr *Häberle* 1972¹. Herr *Scheuner*² verwies 1981 auf den Bedarf nach einer modernen Gesetzgebungslehre im Sozialstaat und Herr *Starck*³ bezeichnete es 1988, mit Blick auf diese Tagung, als ein dringendes Desiderat der Gesetzgebungslehre, die Typen der Leistungsgesetze genauer zu erfassen und die legislatorischen Probleme ihrer Anwendung und Wirksamkeit zu erörtern. Dies zeigt die Bedeutung der Themenstellung der heutigen Sitzung.

Das Besondere daran scheint mir die Verknüpfung von Gesetzgebung und Gesetzesanwendung zu sein⁴. Beide Teile des Themas können nicht isoliert, sondern nur im Zusammenwirken und in Wechselbeziehung miteinander verstanden werden. Gesetzgebung bedarf des ständigen Blicks und der tätigen Mithilfe der Rechtsanwendung⁵; umgekehrt ist Gesetzesanwendung durch Verwaltung, Gerichte und Bürger zugleich Entwicklung und Fortbildung, Kontrolle und Rückkopplung sowie Vorstufe für neue Gesetze bzw. Gesetzesänderungen. Rechtsverwirklichung durch Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung geschieht in einem vielfältig verflochtenen arbeitsteiligen Prozeß⁶.

II. Gesetzesgestaltung im Leistungsrecht

1. Rechtsverhältnisse im Sozialleistungsrecht

Leistungsrecht wird in objektiver Hinsicht durch die zugrundeliegenden sozialen Probleme, die Leistungszwecke sowie die Besonderheiten des jeweiligen Sachgebiets geprägt, in subjektiver Hinsicht durch

¹ *Peter Häberle*, in: Festschrift Günther Küchenhoff, 1972, S. 453 (469, Fn. 73).

² *Ulrich Scheuner*, in: Festschrift Hans Huber, 1981, S. 127 (141).

³ *Christian Starck*, ZG 1988, 1 (5); vgl. auch *Helmar Bley*, SGB 1981, 519 (529); *Rolf Stober*, DVBl. 1987, 269 (279); zur Gesetzgebungstechnik der Sozialversicherungsgesetze von 1883, 1884 und 1889 vgl. *Hans-Peter Benöhr*, in: Festschrift Ulrich von Lübtow, 1980, S. 699.

⁴ Vgl. schon *Roman Herzog*, VVDStRL 24 (1966), S. 183ff., 197ff. zu den gegenseitigen Einwirkungen von Gesetzgebung und Verwaltung.

⁵ *Kurt Eichenberger*, SchwZBlStGemVerw 1984, 97 (98).

⁶ *Scheuner*, DÖV 1969, 585 (589); *Hans F. Zacher*, in: Die verfassungsrechtliche Relevanz des Sozialrechts, 1975, S. 50; *Eberhard Baden*, Gesetzgebung und Gesetzesanwendung im Kommunikationsprozeß, 1977, S. 87ff.; *Waldemar Schreckenberger*, in: Festschrift Friedrich Schäfer, 1980, S. 76 (83); vgl. auch *Ulrich Karpen*, ZG 1986, 6 (16); *ders.*, NJW 1988, 2512 (2514f.); *Norbert Achterberg*, ZG 1986, 221 (223) im Sinne einer allgemeinen Regelungstheorie; aus der Sozialwissenschaft vgl. *Renate Mayntz*, Implementation politischer Programme I, 1980, S. 1 (10).

Leistungsansprüche und einen umfassenden Rechte- und Pflichtenkanon⁷. Leistungsgesetze bedürfen in objektiver und subjektiver Hinsicht zudem der Konkretisierung im Einzelfall, um Wirksamkeit zu erlangen. Dogmatisch bietet sich für eine Integration dieser verschiedenen Rechtsentstehungs- und -verwirklichungsphasen die Figur des *Rechtsverhältnisses*⁸ an. Die Rechtsverhältnisse im Sozialleistungsrecht sind durch vier Charakteristika geprägt, die ich im folgenden erläutern möchte:

a) Sozialgesetze sind von einer *Vielfalt* der Regelungen, Strukturen und Handlungsformen gekennzeichnet⁹. Diese Vielfalt ist durch den Regelungsgegenstand des Sozialrechts, nämlich die Vielgestaltigkeit sozialer Bedürfnisse und Notlagen sowie durch seine Entwicklung bedingt. Sozialrecht wurde – anders als etwa das BGB – ohne vorausgehende einheitliche Konzeption etappen- und stufenweise entwickelt¹⁰.

Das gegliederte System im Sozialrecht kennt daher manche Überschneidungen und Widersprüche, an deren Harmonisierung es noch mangelt¹¹. Es ist als Teil der Rechtsordnung mit anderen Rechtsgebieten, etwa Wirtschafts-, Arbeits-, Steuer- und Familienrecht, vielfältig verzahnt¹². Im Hinblick auf variierende Sinnzusammenhänge, andersartige Rollen der Leistungsempfänger sowie wegen verschiedener Ansätze, Perspektiven und Phasen der Leistungsgewährung sind einheitliche Lebenssachverhalte oft mehrfach und teilweise abweichend gesetzlich erfaßt¹³. Gesetzliche Maßnahmen sind häufig nur Reaktionen auf festgestellte Notlagen, typisch sind hierfür das sog. Maßnahmegesetz sowie Einzelfallregelungen.

⁷ Zur Anatomie des Sozialrechts vgl. *Zacher*, SGB 1982, 329.

⁸ *Thomas Fleiner-Gerster/Theo Öhlinger/Peter Krause*, VVDStRL 45 (1987), S. 152ff./182ff./212ff.; *Hermann Hill*, NJW 1986, 2602; *Friedrich E. Schnapp*, DÖV 1986, 811; *Stober*, DVBl. 1987, 269 (277); *ders.*, DVBl. 1988, 1099 (1104); Zurückhaltung bei *Dirk Ehlers*, DVBl. 1986, 912 und *Wolfgang Löwer*, NVwZ 1986, 793.

⁹ *Wolfgang Gitter*, Zweckwidrige Vielfalt und Widersprüche im Recht der Sozialversicherung, 1969; *Dieter Giese*, in: *Hans-Uwe Otto/Siegfried Schneider* (Hrsg.), Gesellschaftliche Perspektiven der Sozialarbeit, 1. Halbband, 3. Aufl. 1975, S. 45 (55); *Zacher*, in: Festschrift Wolfgang Zeidler, 1987, S. 571ff.; allgemein für das Leistungsrecht *Ingo von Münch*, in: *Hans-Uwe Erichsen/Wolfgang Martens* (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 1988, S. 24.

¹⁰ *Heinrich Reiter*, SGB 1987, 89 (91).

¹¹ *Karl Hauck*, SGB 1983, 461 (462); vgl. auch den Bericht von *Eberhard Eichenhofer* über die 4. Sozialrechtslehrertagung in Freiburg 1988, DAngVers 1988, 197.

¹² Vgl. etwa *Manfred Zuleeg*, GewArch 1986, 313; grundsätzlich *Zacher*, in: *Friedrich Kübler* (Hrsg.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität 1984, S. 11 (26ff.); vgl. auch *Helmuth Schulze-Fielitz*, DÖv 1988, 758 (763).

¹³ *Zacher*, ZStW 134 (1978), 15 (18ff.).

b) Zunehmend zeigt sich aber auch ein anderer Typus von Sozialleistungsgesetzen, der isolierte Ansprüche, Konkurrenzen und Doppelversorgungen zu vermeiden sucht und statt dessen vom Gesamtfallprinzip ausgeht¹⁴, auf die Regelung von Lebenszusammenhängen (§§ 3, 7 BSHG)¹⁵ abstellt, verschiedene Leistungen koordiniert, gegenseitige Verflechtungen und Abhängigkeiten berücksichtigt, Konkurrenzen entschärft, planerisch-vorsorgend vorgeht und die Verwaltung entsprechend verpflichtet. Als Beispiel mögen die sog. Gesamtpläne im Sozialhilfe- und Rehabilitationsrecht¹⁶ oder Präventivmaßnahmen im Gesundheitsrecht¹⁷ dienen. Die in den letzten Jahren zunehmend entstandenen Artikelgesetze, insbes. Haushaltsstruktur- und -begleitgesetze, die zusammenfassend für mehrere Sozialleistungsbereiche Einzelregelungen enthalten, könnten bei besserer Abstimmung diese Funktion erfüllen. Die Anwendung dieser *ganzheitlich-vorsorgenden* Gesetzesbestimmungen wird vor allem durch ausdrückliche gesetzliche *Zweckbestimmungen*, *Leitprinzipien*, wie die sozialen Rechte des SGB AT, oder *Strukturprinzipien*, wie etwa im Sozialhilfe-recht (etwa §§ 2, 3, 6 BSHG), gesteuert.

c) Das Rechtsprogramm im Sozialleistungsrecht ist notwendigerweise unvollständig. Viele gesetzliche Vorschriften enthalten mit den Formulierungen „darauf hinwirken“, „soweit wie möglich zu verwirklichen“, „anzustreben“, „darauf ausrichten“¹⁸ lediglich Zielannäherungspflichten bzw. *Optimierungsaufträge*, auch Prinzipien genannt¹⁹, die nicht vollständig offen²⁰, aber auch nicht eindeutig zielgerichtet,

¹⁴ BVerwGE 22, 319 im Zusammenhang mit § 5 BSHG; vgl. auch *Dietrich Schoch*, ZfS 1987, 65 (66).

¹⁵ *Eckart Pankoke*, in: *Burkart Lutz* (Hrsg.), *Soziologie und gesellschaftliche Entwicklung*, 1985, S. 103 (106); *ders.*, in: *Claus Reis/Hermann Dorenburg* (Hrsg.), *Selbsthilfe*, 1985, S. 97 (110).

¹⁶ §§ 46 BSHG, 5 Abs. 3 RehaAnglG.

¹⁷ Vgl. §§ 20ff. Gesundheits-Reformgesetz vom 20.12.1988 (BGBl. I, S. 2477); BT-Drs. 11/2237, S. 143, 149; 11/2493, S. 7; *Hans Schäfer*, DVBl. 1972, 405 (409); *Rainer Prätorius*, in: *Martin Pfaff*, *Effizienz und Effektivität staatlicher Transferpolitik in der Wirtschaftskrise*, 1983, S. 145 (148); *Stober*, DVBl. 1987, 269 (278); *Michael Wollenschläger/Eckhard Kreßel*, NZA 1988, 377 (382); *Görg Haverkate*, NVwZ 1988, 769 (777).

¹⁸ Vgl. etwa §§ 17 SGB AT, 1 Abs. 2 Satz 2, 3 a, 18 Abs. 2, 25 Abs. 3, 72 Abs. 4 BSHG, 1 Abs. 1, 4 Abs. 1 und 2, 5 Abs. 1 und 6 RehaAnglG.

¹⁹ *Robert Alexy*, ARSP, Beiheft 25 (1985), S. 13ff.; *ders.*, *Rechtstheorie* 18 (1987), 405 (407); vgl. auch *Erhard Denninger*, KJ 1988, 1 (7).

²⁰ Fast schrankenlose Offenheit bei medizinischen Leistungen nimmt *Bertram Schulin*, in: *Hero Silomon*, u.a. (Hrsg.), *Sozialmedizin, Sozialrecht, Gesundheitsökonomie*, 1986, S. 13 (15) an; für noch mehr Offenheit *Bernd von Maydell*, in: *Festgabe 25 Jahre Bundesverwaltungsgericht*, 1980, S. 405 (415f.); *Rainer Pittschas*, ArchsozArb 1981, 240 (251).

sondern eher *richtungweisend* sind²¹. Sie können schon bei annähernder Zielerreichung erfüllt sein, obwohl immer noch ein weitergehender Gebotsinhalt verbleibt. Sie verlangen eine ständige Erfolgskontrolle, Zielentwicklung und Anpassung der Mittel und Leistungen, also eine ständige, gestaltende Optimierung.

d) Das Geschehen im Sozialstaat erfordert ein Denken in Prozessen. Die Sozialgesetze fixieren den Vorgang, nicht den Zustand. Sozialrecht ist *prozeßorientiertes*, d.h. prozeßgestaltendes und prozeßbegleitendes *Recht*²². Die Wechselhaftigkeit und Anfälligkeit des Lebensprozesses, der sozialen Wirklichkeit, aber auch der sozialpolitischen Zielvorstellungen, erklären, daß Gesetze im Sozialstaat i.d.R. Änderungsgesetze darstellen. Viele Gesetze, insbesondere im Bereich sozialer Dienstleistungen (etwa im Rehabilitationsangleichungsgesetz, Arbeitsförderungsgesetz), enthalten keine direkten verbindlichen Verfahrensanweisungen, sondern eher Verhaltensstandards, denen so gut wie möglich nachzukommen ist²³. Sie stellen Handlungsziele und -pflichten dar, weniger Kontrollziele und sind wegen ihrer Situationsabhängigkeit nur eingeschränkt überprüfbar.

2. Reichweite der gesetzlichen Bindung

Gemäß § 31 SGB AT dürfen Rechte und Pflichten in den Sozialleistungsbereichen dieses Gesetzbuches nur begründet, festgestellt, geändert oder aufgehoben werden, soweit ein Gesetz es vorschreibt oder zuläßt. Es fragt sich, ob dieser *Gesetzesvorbehalt* der Sozialverwaltung genügend Raum läßt, auch abweichenden und neuartigen Fallgestaltungen Rechnung zu tragen²⁴. Nach inzwischen anerkannter Auffassung²⁵ sind Zielweisungsgehalt und Bindungsdichte der Gesetze in

²¹ Pitschas, VSSR 1977, 141 (171); Zacher, ZStW 134 (1978), 15 (31f.); vgl. auch BVerwGE 71, 163 und Rudolf Steinberg, NVwZ 1986, 812 (815) zum Straßenplanungsrecht.

²² Horst Peters, SGB AT, § 1 Anm. 5f.; Häberle, in: Festschrift Küchenhoff, S. 453 (467); Zacher, ZStW 134 (1978), S. 15ff.; ders., in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band 1, 1987, § 25 Rdn. 66; Wilhelm Wertenbruch, in: Festschrift Bundessozialgericht, 1979, S. 325 (333); Rupert Scholz/Pitschas, in: Festschrift Bundessozialgericht 1979, S. 627 (655); Jörg Müller-Vollbehr, ZRP 1984, 262 (263); Karpen, NJW 1988, 2512 (2516).

²³ E. Blankenburg/U. Krautkrämer, in: Mayntz (Hrsg.), Implementation politischer Programme I, 1980, S. 138 (140).

²⁴ Gerhard Igl, NDV 1987, 130 (136).

²⁵ Herzog, VVDStRL 24 (1966), 183 (190ff.); Scheuner, DÖV 1969, 585; Fritz Ossenbühl, in: Erichsen/Martens (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 1988, S. 64; Winfried Brohm, DÖV 1987, 265 (270); ders., NVwZ 1988, 794 (798) sowie in: Hill (Hrsg.), Zustand und Perspektiven der Gesetzgebung, 1989, S. 217 (229f.); Hill, DÖV 1987, 885 (893).

vielfacher Weise abgestuft. Dies gilt umso mehr für § 31 SGB AT, der mit den Begriffen „vorschreibt oder zuläßt“ eine *abgestufte Gesetzesbindung* normiert, die nach dem Wortlaut sowohl die Regelungsgenauigkeit (Bestimmtheit) als auch die Verbindlichkeit betreffen kann und Anforderungen an den Gesetzesinhalt je nach der Grundrechtsrelevanz bzw. Intensität der staatlichen Handlungsform festsetzt²⁶. Dies läßt innerhalb der gesetzlichen Rahmenvorgaben vielfältige Gestaltungs-, Konkretisierungs- und Dispositionsmöglichkeiten für die Verwaltung offen.

Das Sozialleistungsrecht kennt insbesondere die *Gesetzestypen* Befehl, Plan, Auftrag und Information²⁷. Neben klassischen Vorschriften mit unmittelbarem *Rechtsanwendungsbefehl*, die vor allem Leistungsansprüche sichern, haben andere mehr *programmatisch-planhaften* Charakter. Dabei reicht die Palette von idealistischen Zukunftsentwürfen über programmatische, teilweise nur symbolische Zielerklärungen bis hin zu konkreten gesetzgeberischen Planvorstellungen (sog. Leitvorschriften, vgl. § 1 SGB, BSHG, WoGG, BaföG, AFG und soziale Rechte, §§ 2 ff. SGB AT)²⁸. Diese Gesetzgebung ist auf Verwirklichung der vorgegebenen Ziele in Zusammenarbeit mit der Verwaltung angelegt²⁹. Die Zielverwirklichung hat sich an Problem, Zeitpunkt und Situation und den sich daraus jeweils ergebenden Anforderungen zu orientieren (vgl. etwa die Begriffe zeitgemäß, ausreichend, notwendig, zweckmäßig in §§ 17 SGB AT, 182 RVO, 36 Nr. 3 AFG)³⁰.

Ähnlich, jedoch teils konkreter, sind die *Aufträge*, die das Gesetz erteilt³¹. Es handelt sich teils um allgemeine Ermittlungs- (§§ 71, 95 BSHG), Prüfungs- und Bewertungs- (§§ 78 Abs. 1 BSHG, 18 WoGG) sowie Prognoseaufträge (§§ 39 Abs. 4, 44, 72 Abs. 3, 92a Abs. 1 Satz 2 BSHG), teils um spezielle Aufwands- (§§ 91 Abs. 3 Satz 2, 111 Abs. 2 BSHG) und Kostenbewertungsaufträge (§§ 3 Abs. 2 Satz 3, 27 Abs. 2 BSHG). Sie stellen weitgehende Anforderungen an eine selbständige Verwaltungstätigkeit, werden allerdings, da es sich überwiegend um tat-

²⁶ Hans-Jürgen Kretschmer, Der Vorbehalt des Gesetzes im Sozialversicherungsrecht, Diss. Berlin 1983, S. 151.

²⁷ Vgl. etwa Häberle, in: Festschrift Küchenhoff, S. 453 (468); von Maydell, NJW 1976, 161 (162, 165); Blankenburg/Krautkrämer (Fn. 23), S. 138ff.

²⁸ Wolfgang Rübner, in: Georg Wannagat, SGB AT, § 2 Rdn. 6; allgemein zum Programmcharakter der Sozialleistungsgesetze Zacher (Fn. 12), S. 38.

²⁹ Walter Bogs, in: Festschrift Kurt Jantz, 1968, S. 71 (85); Pitschas, in: Rüdiger Voigt (Hrsg.), Verrechtlichung, 1980, S. 150 (161).

³⁰ Vgl. auch Krause, in: Festschrift Wannagat, 1981, S. 239 (248, 250).

³¹ Vgl. schon Scheuner, DÖV 1969, 585: Das Gesetz als Auftrag der Verwaltung; Wolfgang Zeh, in: Schreckenberger (Hrsg.) Gesetzgebungslehre, 1986, S. 57 (65).

bestandliche Voraussetzungen von Leistungsansprüchen handelt, i. d. R. von der Rechtsprechung vollständig nachvollzogen und ersetzt³².

Typisch für den Leistungsstaat sind schließlich die sog. *Informationsvorschriften*, die durchaus als neuer Normentyp im Bereich der neben den imperativen Normen sekundären Normarten (Auslegungsvorschriften, Legaldefinitionen) angesehen werden können³³. Sie wenden sich vor allem an die potentiellen Leistungsempfänger und umfassen etwa die sozialen Rechte der §§ 2ff. SGB AT sowie die sog. Einweisungsvorschriften in §§ 18ff. SGB AT. Sie stellen eine erste grundlegende Information und damit Vorkehrung dafür da, daß potentielle Leistungsempfänger von den ihnen zustehenden oder angebotenen Leistungen erfahren. Unterstützend wirkt die generelle Aufklärung durch die Verwaltung gem. § 13 SGB AT sowie die Information durch die Verwaltung im Einzelfall gem. §§ 14, 15 SGB AT.

3. Gesetzliche Gestaltung des Leistungsprogramms

Bei der Gestaltung des Leistungsprogramms bietet das Grundgesetz dem Gesetzgeber nur wenige und zudem konkretisierungs- und ausgleichsbedürftige Richtpunkte³⁴. Die Umsetzung der verfassungsrechtlichen Grundlagen und Aufträge durch Gesetz ist aus Gründen der Funktionsgerechtigkeit der Gesetze an der Leistungsfähigkeit der Gesetzesanwender und dem Verständnishorizont der Adressaten zu orientieren³⁵. Neuere Sozialgesetze enthalten Hilfen für den systematischen Zugang zum Gesetz. So wird etwa im SGB AT das Sozialstaatsprinzip auf verschiedenen Stufen der Abstraktionsleiter entfaltet (Aufgaben, soziale Rechte, Einweisungsvorschriften, einzelne Ansprüche)³⁶, der

³² Hinzu kommen die schon erwähnten Optimierungs-, Dynamisierungs- und Interaktionsaufträge bis hin zu einer Pflicht zur sozialen Aktivität oder bloßen Initiative im weiten Feld der Dienst- und Sachleistungen, vgl. *Zacher* (Fn. 6), S. 52; *Pitschas*, VSSR 1977, 141 (158); *ders.* (Fn. 29), S. 159; *Michael Stolleis*, ZSR 1988, 442 (445).

³³ *Josef Siegert*, in: Das neue Sozialgesetzbuch, 1972, S. 30 (44); *Wolfgang Gitter*, in: Festschrift Erich Fechner, 1973, S. 223 (237f.); *von Maydell*, NJW 1976, 161 (162, 165); kritisch *Manfred W. Wienand*, Bedeutungsgehalt und Funktionen der sozialen Rechte im AT des SGB, Diss. Freiburg 1980, S. 200f.

³⁴ Vgl. insgesamt zur neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts *Dieterich Katzenstein*, SGB 1988, 177 (180ff.).

³⁵ *Hill*, Einführung in die Gesetzgebungslehre, 1982, S. 96; *Eichenberger*, SchwZBLStGemVerw 1984, 97 (100).

³⁶ *Harry Rohwer-Kahlmann/Heinz Ströer*, SGB AT, Einführung, Anm. 23 und Anm. 64ff. vor § 1; *Wienand* (Fn. 33), S. 279f.; *Helmut Vent*, Grundlagen und Grundformen des Sozialrechts, Teil 1, 1984, S. 33ff.; aA *Karlheinz Rode*, in: Bochumer Kommentar zum SGB AT, 1979, § 18 Rdn. 4: Funktionales Nebeneinander.

Aufbau des AFG entspricht seiner Zielsetzung (Aufgabenstellung, general-, spezialpräventive Maßnahmen und schließlich Leistungen an Arbeitslose als ultima ratio)³⁷, die dem BSHG vorangestellten Strukturprinzipien enthalten die wesentlichen Leitgedanken und sind so bei der Auslegung und Lückenfüllung behilflich³⁸. Rangfolgeregelungen bei potentieller Leistungskumulation (etwa Nachrang oder Vorrang, Günstigkeitsprinzip, Sachnähe, Zweckgleichheit) dienen der Harmonisierung und versuchen, ungerechtfertigte Doppelversorgungen zu vermeiden³⁹.

Die Vielzahl der Mittel bei der *technischen Programmgestaltung*, die in Ergänzung zur systematischen eher die Feinsteuerung darstellt, kann nur angedeutet werden. Teilweise bestimmt der *Gesetzgeber* Tatbestand und Rechtsfolge der Leistung mehr oder weniger selbst, teilweise delegiert er die Konkretisierung generell, etwa an den Verordnungs-, Satzungs- oder Anordnungsgeber⁴⁰, oder für den Einzelfall an die Verwaltung bzw. das Gericht, wie bei Ermessen, unbestimmten Rechtsbegriffen und Prognosen⁴¹. Vielfach findet man gerade bei unbestimmten Rechtsbegriffen *interpretationslenkende Kriterien* in den Sozialgesetzen, die die (vorrangige) Berücksichtigung bestimmter Belange vorschreiben und damit die Richtung der Interpretation vorgeben (etwa die Umschreibung des notwendigen Lebensunterhalts in § 12 BSHG oder die gesetzlichen Leitlinien für die Beurteilung einer zumutbaren Arbeit in § 18 Abs. 3 BSHG)⁴². Dies stellt gewissermaßen einen *verlängerten Gesetzesvorbehalt* dar.

³⁷ Werner Hennig/Horst Kühl/Ernst Heuer, AFG, Einleitung.

³⁸ Bernhard Atzler, DVBl. 1987, 1142.

³⁹ Ausführlich Rupert Stettner, in: Sozialversicherung – organisatorische Gliederung und funktionale Einheit der Sozialverwaltung, erscheint demnächst.

⁴⁰ Zeh (Fn. 31), S. 65; Ferdinand Kirchhof, VSSR 1983, 175 (184ff.); Blankenburg/Krautkrämer (Fn. 23), S. 141; Alexander Gagel, AFG, § 39 Rdn. 4; ausführlich Ingwer Ebsen, DVBl. 1988, 883 (890); speziell für Regelsatzverordnungen gem. § 22 Abs. 3 BSHG vgl. Karl-Jürgen Bieback/Günther Stahlmann, SF 1987, 1; Joachim von Barga, in: Festschrift Helmut Simon, 1987, S. 745 (765ff.); neben dieser ergänzenden bzw. konkretisierenden untergesetzlichen Rechtsetzung stellen Verwaltungsvorschriften und Richtlinien Hilfen zur Gesetzesanwendung dar, vgl. dazu Jürgen Brand, NDV 1983, 289; Erwin Quambusch, ZfSH/SGB 1986, 382; Kommunale Spitzenverbände Rheinland-Pfalz (Hrsg.), Sozialhilferichtlinien.

⁴¹ Die Abgrenzung bereitet häufig Schwierigkeiten, vgl. etwa für § 84 Abs. 1 BSHG Walter Schellhorn, BSHG, § 84 Rdn. 8f.; Anton Knopp/Otto Fichtner, BSHG, § 84 Rdn. 3 (Ermessen); Lothar Schmitt, BSHG, § 84 Rdn. 3 (unbestimmter Rechtsbegriff ohne Beurteilungsspielraum); Otto Mergler/Günter Zink, BSHG, § 84 Rdn. 18ff. (unbestimmter Rechtsbegriff mit Beurteilungsspielraum).

⁴² Vgl. auch §§ 3 Abs. 1, 22 Abs. 3, 84 Abs. 1 Satz 2 BSHG sowie § 2 Abs. 2 SGB (Auslegungsregel); § 4 Abs. 3 Satz 3 WoGG (gesetzliche Vermutung); §§ 12

4. Effektivierung durch das bewegliche System

Eine der eklatantesten Schwächen der herrschenden Dogmatik und Gesetzgebung liegt in dem in der traditionellen Gesetzestechnik vorherrschenden Gegensatz zwischen konkreter und abstrakter Tatbestandsgestaltung⁴³. Auf der einen Seite findet man bis ins Detail ausformulierte Tatbestände, enumerative *Kasuistik*, die doch nie alle Fälle erfassen kann, aber mit einer Menge von administrativem Aufwand und Ingerenz in private Verhältnisse verbunden ist. Das Gegenteil bilden abstrakte *Generalklauseln*, die Variablen reduzieren und vereinheitlichen. Aufgrund ihres Abstraktionsgrades beruhen sie zwangsläufig auf Durchschnittswerten und bieten daher auch nur eine durchschnittliche Lösung. Wegen ihrer Inhaltsleere stehen diese Generalklauseln mit dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgrundsatz in Konflikt. Wegen ihres Abstands zur Realität und zum Einzelfall bieten sie Veranlassung, den jeweiligen Sachverhalt planvoll hin zum Durchschnitt zu gestalten – manche sagen dann zu manipulieren und sprechen von Mißbrauch – und einen Wettbewerb um den größtmöglichen Vorteil aus der Abstraktion zu veranstalten⁴⁴.

Kombinationen zwischen beiden Tatbestandsgestaltungen (etwa Generalklausel und Regelbeispiele) erfassen nur den Durchschnittsfall und viele klar umrissene Einzelfälle. Gleiches gilt für Regel-Ausnahme-Schemata. Auch sonstige gesetzliche Hilfstechniken, wie Billigkeits- oder Härteklauseln, sind unter diesen Gesichtspunkten bedenklich. Sie überlassen die Entscheidung im wesentlichen der Verwaltung oder dem Gericht⁴⁵. Die gesetzliche Vorgabe einer mittleren Zahl von Tatbestandsmerkmalen, um den intendierten Sachverhalt genauer, aber nicht zu genau zu umschreiben, verengt zwar die Interpretationsspielräume der Gesetzesanwender, hat aber weiterhin „den (typisierten) Fall“ im Blick und bleibt daher statisch und unflexibel.

Sowohl die abstrakte als auch die konkrete Tatbestandsgestaltung enthalten beide Definitionen, sie grenzen ab und damit auch aus. Dies entspricht einem *Grenz-* bzw. *Trennungsdenken*, einer harten Trennung zwischen Fall und Nicht-Fall, einem Entweder-Oder. Ein solches binäres Schema kann aber all die vielen Grenzfälle, Randbereiche und Grau-

Abs. 2, 36 Abs. 2, 37 b Satz 2 BSHG („vor allem“); §§ 3 a BSHG, 5, 91 Abs. 3 AFG, 26 2. WoBauG (Prioritäten und Schwerpunkte).

⁴³ Zacher (Fn. 12), S. 65; ders., in: Festschrift Zeidler, 1987, S. 571 (583); ders., in: Festschrift Werner Maihofer, 1988, S. 669 (675); Bernd Schilcher, in: Franz Bydlinski u. a. (Gesamtredaktion), Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, 1986, S. 287 (289); vgl. auch Schulze-Fielitz, DÖV 1988, 758 (767).

⁴⁴ Zacher, SGb 1982, 329 (333f.); ders., SF 1984, 1 (6, 9).

⁴⁵ Schilcher (Fn. 43), S. 307; Bydlinski, in: Starck (Hrsg.), Die Allgemeinheit des Gesetzes, 1987, S. 49 (69).

zonen im Vor- und Umfeld der definierten Fälle nicht erfassen⁴⁶. Die einzelnen Entscheidungsvariablen (Tatbestands- und Rechtsfolge-merkmale) stehen sowohl untereinander als auch zu den Umweltbedingungen in einem komplexen Verhältnis von Wechselwirkungen. Durch fest umrissene und feststehende Tatbestände werden Veränderungen zwischen den einzelnen Merkmalen oder in ihrem Verhältnis zur Umwelt, d.h. den jeweiligen Situationen, auf die das Gesetz Anwendung finden soll, nicht erfaßt. Als *Fazit* bleibt festzuhalten, daß eine optimale (also gerechte) gesetzliche Entscheidung (hier die Gewährung einer Leistung unter bestimmten Voraussetzungen) und eine entsprechende Steuerung der Verwaltung nicht allgemein, d.h. generell und gleichbleibend definierbar sind, weder konkret noch abstrakt⁴⁷. Vielmehr muß die gesetzliche Entscheidung in der Lage sein, variabel, adäquat und aktuell auf die jeweilige konkrete Situation zu reagieren. Es müßte daher ein Mechanismus für die Gesetzesgestaltung gefunden werden, der die gesetzliche Steuerung im Hinblick auf den jeweiligen Fall einerseits flexibler gestaltet, andererseits aber auch die rechtsstaatlichen Postulate der Verbindlichkeit und Berechenbarkeit der aufgrund des Gesetzes getroffenen Entscheidung wahrt.

Auf die neuerdings in Rechtsprechung und Schrifttum vertretene *Prinzipienlehre*⁴⁸, die statt von zwingenden Geboten von durch Abwägung überwindbaren Leitsätzen und von Optimierungsaufträgen ausgeht, habe ich schon hingewiesen. Sie ist geeignet, zumindest teilweise ein starres Grenz- oder Trennungdenken zu vermeiden und zu flexibleren Lösungen zu gelangen. Sie kann jedoch die geschilderten Probleme allein nicht beseitigen.

In dieser Situation bietet sich die von dem Österreicher *Walter Wilburg* entwickelte Lehre vom *beweglichen System* als mögliche Hilfe zur Beseitigung der Schwächen der dualen Legistik (Kasuistik und Generalklauseln) an⁴⁹. Diese Lehre sieht das Gesetz nicht als starres Muster der Realitätserkenntnis und der schematischen Beurteilung von Einzelfällen an, auch nicht als bloßes Prinzip, Leitsatz oder Optimierungsgesetz, sondern geht von einer *gesetzlichen Basiswertung*

⁴⁶ *Berthold Becher/Pankoke*, in: *Pfaff* (Fn. 17), S. 113 (126ff.); *Pankoke*, in: *Reis/Dorenburg* (Fn. 15), S. 97 (99ff.); *G.Hennies*, in: *Silomon* (Fn. 20), S. 51.

⁴⁷ Vgl. auch *Schulze-Fielitz*, DÖV 1988, 758 (764f.); *Doris Lucke/Stefan Hradil*, in: *Jahresschrift für Rechtspolitik*, 1988, S. 76 (93); von ähnlichen Ansätzen geht im Bereich der Organisationslehre der sog. situative bzw. kontingenztheoretische Ansatz aus, vgl. *Pitschas*, *ArchsozArb* 1981, 240 (243f.); *Wolfgang Staehle*, in: *Alfred Kieser* (Hrsg.), *Organisationstheoretische Ansätze*, 1981, S. 215ff.

⁴⁸ Vgl. oben Fn. 19 und 21.

⁴⁹ *Walter Wilburg*, *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht*, 1950; vgl. in *Bydlinski* (Fn. 43) die Beiträge von *Bydlinski*, S. 21ff., *Karl Korinek*, S. 243ff., *Gerhard Otte*, S. 271ff., *Schüler*, S. 287ff.

aus, die durch vom Gesetzgeber vorgegebene *komparative Wertreihen*, also Wertrelationen zwischen verschiedenen Merkmalen, ergänzt wird. Dabei regelt die Basiswertung den typischen Normalfall, und die komparativen Wertreihen dienen als Anleitung zum Lösen der Grenzfälle⁵⁰. Die einzelnen Merkmale und ihre Bedeutung werden nicht abstrakt durch sich selbst, sondern vor allem durch ihre Beziehung definiert. Ein solches bewegliches System könnte im Sozialleistungsrecht, vor allem im Bereich der Dienstleistungen, zu angemesseneren gesetzlichen Lösungen führen. Es könnte etwa für Tatbestandsmerkmale wie Bedürfnis, Notlage oder Härte oder für komplexe Tatbestände, die aus Bedürftigkeitsmerkmalen und Leistungsbemessungsgründen zusammengesetzt sind, Anwendung finden, aber auch für Verknüpfungen zwischen Tatbestand und Rechtsfolgen bei sog. Kopplungsvorschriften, für die Bestimmung von Leistungen oder die Abstufung von Leistungen entsprechend der Gegenleistung, etc.

Komparative Wertreihen bzw. verhältnismäßige Relationen sind der geltenden Rechtsordnung keineswegs fremd. In verschiedenen Bereichen des Verfassungs- und Verwaltungsrechts wird damit von der Rechtsprechung operiert, ohne daß sie sich allerdings dieser Tatsache immer bewußt ist. Einige *Beispiele*:

- aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Gesetzesvorbehalt bei grundrechtsrelevanten Maßnahmen: Je intensiver der *Grundrechtseingriff*, desto bestimmter muß die gesetzliche Grundlage sein.

- aus der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte:

- zur Gefahr im *Polizeirecht*: Je gewichtiger das Rechtsgut und je größer der zu befürchtende Schaden, desto geringere Anforderungen werden an das Vorliegen einer Gefahr gestellt. Je nach Gefahr sind auch die Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit polizeilichen Einschreitens zu beurteilen.

- Zum Gebot der Rücksichtnahme im *Baurecht*, das nach der Rechtsprechung in unbestimmten Rechtsbegriffen wie „einfügt“, „öffentliche Belange“, „unzumutbar“, etc. enthalten ist: Je empfindlicher und schutzwürdiger die Stellung derer ist, denen die Rücksichtnahme im gegebenen Zusammenhang zugute kommt, um so mehr kann an Rücksicht verlangt werden. Je verständlicher und unabweisbarer die mit dem Vorhaben verfolgten Interessen sind, um so weniger braucht derjenige, der das Vorhaben verwirklichen will, Rücksicht zu nehmen.

- zum wichtigen Grund, der beim Wechsel der Fachrichtung gemäß § 7 Abs. 3 BAföG zur Weiterzahlung der *Ausbildungsförderung*

⁵⁰ Vgl. insbesondere *Schilcher* (Fn. 43), S. 289, 299.

erforderlich ist: Eine feste Regel, die besagt, daß die Absolvierung einer bestimmten Anzahl von Semestern der Anerkennung eines wichtigen Grundes entgegensteht, läßt sich nach der Rechtsprechung nicht bilden. Je länger jedoch das Erststudium betrieben wurde, um so größer wird das Gewicht der einem Fachrichtungswechsel entgegenstehenden öffentlichen Interessen eingeschätzt.^{50a}

Zuletzt noch ein Beispiel aus dem *Sozialhilferecht*. § 88 Abs. 2 Nr. 7 BSHG kennt den unbestimmten Rechtsbegriff des kleinen Hausgrundstücks. Das Bundesverwaltungsgericht⁵¹ hat für die Subsumtion unter diesen Begriff die sog. Kombinationstheorie entwickelt, nach der das Merkmal „klein“ von vier Faktoren (Personen, Bedarf, Qualität, Wert) abhängt, die kombiniert berücksichtigt, d.h. zueinander ins Verhältnis gesetzt werden müssen, und so das Gesamtergebnis erbringen.

Ähnlich könnte man auf der Grundlage des beweglichen Systems auch bei anderen *Tatbestandsmerkmalen* ein *Gesamtbild*, etwa durch Skalierung einzelner Merkmale, erstellen, die vom Gesetzgeber vorgegeben sind und teils mehr, teils weniger vorliegen, aber insgesamt einen Mindestwert oder -summe ergeben. Dabei wäre es denkbar, daß neben den vom Gesetzgeber zur Berücksichtigung aufgegebenen Pflicht-Daten weitere Kann-Daten von der Verwaltung oder dem Bürger eingebracht werden, die ergänzend, kompensierend oder substituierend zum Gesamtbild und zur verhältnismäßigen Abwägung im Sinne der vom Gesetzgeber vorgegebenen Wertrelationen beitragen.

Das bewegliche System wird also auch bisher schon in der Rechtsordnung praktiziert. Was fehlt, ist eine methodische Reflexion sowie eine systematische und funktionsgerechte Anwendung dieser Technik. Die Aufstellung von Basiswerten und verhältnismäßigen Relationen nimmt bisher vor allem die Rechtsprechung vor. Innerhalb der *Funktionenordnung des Grundgesetzes* würde es jedoch der Gesetzgebung zukommen, solche grundlegenden Wertungen zu setzen. Allerdings müßte der Gesetzgeber sich zunächst die maßgeblichen Wertungen und Relationen bewußt machen und dann auch offenlegen.

Der Grundsatz der *Gewaltenteilung* steht der Einführung eines beweglichen Systems nicht entgegen. Der Gesetzgeber begibt sich nicht seiner Verantwortung, er nimmt sie sogar noch effektiver wahr. Die Steuerungsfunktion der Gesetze wird nicht mehr nur durch Vorgabe von Organisation und Verfahren, von gesetzlichem System und Zwecken sowie einzelnen interpretationslenkenden Kriterien gesichert, sondern vor allem durch gesetzliche Wertungen, insbesondere Relationen zwischen einzelnen Merkmalen.

^{50a} Zu den beiden letzten Beispielen vgl. OVG Münster, NVwZ 1988, 377 und VGH Kassel, NVwZ 1988, 856.

⁵¹ BVerwG, NDV 1980. 321; *Bernd Schulte*, NVwZ 1986, 354 (361).

Die offengelegte gesetzliche Wertung des Basisfalles und die komparativen Anleitungen zur Lösung der Grenzfälle vermitteln auch dem *Bürger* eine größere *Orientierungssicherheit* als Generalklauseln oder kasuistische Einzelregelungen. Die komparative Konkretisierung erlaubt auch eher die adäquate Durchführung des Gleichheitssatzes. Während bisher die Beurteilung von Einzelfällen anhand der abstrakten gesetzlichen Entscheidung gleichmäßig, d.h. systematisch-formal erfolgte, kann nunmehr eine verhältnismäßige Gleichbehandlung entsprechend dem Maß der sachlichen Divergenzen stattfinden⁵².

5. Regeln und Erfolgsvorsorge für den Gesetzgebungsprozeß

Auch in Anbetracht notwendiger Rationalitätsverluste durch den politischen Prozeß⁵³ bleibt zu prüfen, inwieweit über die ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Vorgaben hinaus weitere Regeln oder Bindungen für den Gesetzgebungsprozeß erforderlich sind.

Eine *inhaltliche Bindung* des Sozialgesetzgebers durch Gesetze höherer Ordnung zwischen Verfassung und einfachem Recht, die soziale Leistungen für längere Zeit außer Streit stellen würden, gibt es im Sozialrecht nicht⁵⁴. Die sozialen Rechte des SGB AT stellen lediglich ein politisches Programm des Gesetzgebers dar, eine rechtsverbindliche Festlegung enthalten sie nicht, ein Vorrang gegenüber anderen gesetzlichen Regelungen kommt ihnen nicht zu⁵⁵. Die einzige Bindung, die der Gesetzgeber sich im Sozialrecht selbst auferlegt, ist, generell die Regelung von Rechten und Pflichten nur durch Gesetz zu treffen (§ 31 SGB AT) sowie in einigen Gesetzen die Verpflichtung zur Anpassung der Leistungen durch Gesetz.

Als *institutionelle Vorkehrungen* zur Disziplinierung und Rationalisierung des Gesetzgebungsprozesses werden unabhängige Gesetzgebungskommissionen, -ämter oder Beiräte vorgeschlagen. Diese könnten die Aufgabe der Informationssammlung, sachverständigen Bewertung von Daten und Entwicklungen, der Erarbeitung und Prüfung von Vorschlägen und Gesetzentwürfen sowie der nachträglichen Kontrolle von Gesetzen oder auch der probeweisen Konsensbildung übernehmen⁵⁶.

⁵² *Schilcher* (Fn. 43), S. 302.

⁵³ Vgl. ausführlich *Schulze-Fielitz*, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988, S. 393ff.; 454ff.; 553ff.

⁵⁴ *Zacher*, in: Handbuch des Staatsrechts (Fn. 22), § 25 Rdn. 102, Fn. 421; *Michael Kloepfer*, VVDStRL 40 (1982), 63 (83); vgl. auch *Karpen*, NJW 1988, 2512 (2518).

⁵⁵ *Rüfner*, in: *Wannagat*, SGB AT, § 2 Rdn. 6.

⁵⁶ *Zacher*, SF 1984, 1 (11); *ders.*, in: Handbuch des Staatsrechts (Fn. 22), § 25 Rdn. 92ff. sowie Verhandlungen des 55. Deutschen Juristentages, 1984, Bd. II, Beschluß Nr. 17 a, jeweils unter Hinweis auf die schwedischen Kommissionen,

In *methodischer Hinsicht* wird teilweise aus verfassungsrechtlichen Gründen eine rationale Willensbildung, Abwägung und Entscheidungsfindung gefordert oder zumindest dem Gesetzgeber nahegelegt, aus den gesetzlichen Regeln für den Erlaß untergesetzlicher Rechtsnormen zu lernen und grobe Fehler in der Willensbildung zu vermeiden, teilweise wird all dies nur als bloße Verfahrensmaxime angesehen⁵⁷.

In *redaktioneller Hinsicht* wäre zu überlegen, für das reichhaltige Instrumentarium der Gesetzesgestaltung, das bisher eher unsystematisch und zufällig eingesetzt wird, einen Katalog von Stilmitteln und Programmelementen, wie etwa Definitionen und Verweisungstechniken, abgestufte gesetzliche Anweisungen an die Verwaltung und Verpflichtungen der Leistungsempfänger, zu entwickeln und als Redaktions- und Interpretationsstatut dem Gesetzgeber, den Anwendern und Leistungsadressaten an die Hand zu geben. Seine einheitliche Verwendung könnte die Kommunikation zwischen Gesetzgeber und Gesetzesanwender bzw. Adressaten und das Verständnis der Gesetze erheblich erleichtern⁵⁸.

Unabhängig von Rechtsgehalt, Bindungsgrad und verfassungsgerichtlicher Überprüfbarkeit dieser Meta-Regeln, insbesondere der methodischen Anforderungen an den Entstehungsprozeß der Gesetze, ist davon auszugehen, daß der verfassungsrechtlichen Einrichtung der Funktion der Gesetzgebung auch das Gebot innewohnt, diese Funktion effektiv wahrzunehmen. Dem Gesetzgeber obliegt daher zur Sicherung der Effektivität, d.h. der Wirksamkeit und Akzeptanz seiner Gesetze eine verfassungsrechtliche Verpflichtung zur *Erfolgsvorsorge, Erfolgskontrolle und Erfolgssicherung*. Soweit den Gesetzen Grundrechtsrelevanz zukommt, ergibt sich dies aus grundrechtlichen Schutz- und Sorgepflichten⁵⁹.

dazu *Werner Jann*, ZParl 1981, 377 (382); *Gustaf Lindencrona*, in: *Werner Maihofer* (Hrsg.), Theorie und Methoden der Gesetzgebung, 1983, S. 17ff.; vgl. auch *von Maydell*, in: Festschrift Zeidler, 1987, S. 673 (686); *Schulze-Fielitz*, DÖV 1988, 756 (768); im Hinblick auf eine probeweise Konsensbildung verdienen auch die Überlegungen von *Peter Dienel*, Die Planungszelle, 1978, Beachtung, vgl. dazu *Peter Fricke/Werner Hugger*, Test von Gesetzentwürfen, Teil 2, Speyerer Forschungsbericht Nr. 12, 1979, S. 245ff.

⁵⁷ Zur ersten Auffassung vgl. *Gunther Schwerdtfeger*, in: Festschrift Hans-Peter Ipsen, 1977, S. 173ff.; *ders.*, in: Festschrift Wannagat, 1981, S. 543 (562ff.); zur zweiten *Kloepfer*, ZG 1988, 289ff., dazu *Hill*, ZRP 1988, 437; zur dritten *Detlef Merten*, in: *Hill* (Fn. 25), S. 81ff.; insgesamt *Hill*, Jura 1986, 286 (291f.) m.w.N.

⁵⁸ Ähnlich *Baden* (Fn. 6), S. 245, 248; vgl. auch *Schulze-Fielitz*, DÖV 1988, 758 (768).

⁵⁹ BVerfGE 49, 89 (142ff. iVm 130ff.); 56, 54 (78f.); 65, 1 (55f., 58ff.); *Peter Badura*, in: Festschrift Eichenberger, 1982, S. 481 (484); *Lerche*, in: *Peter Lerche/Walter Schmitt Glaeser/Eberhard Schmidt-Aßmann*, Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, 1984, S. 97 (109ff., 114).

Zur *Erfolgsvorsorge* gehört die Entstehung, Vorabkontrolle und Vermittlung des Gesetzes. Bei der Entstehung kann im Bereich der Problemerkundung die neuerdings sich auch im Sozialrecht entwickelnde Rechtstatsachenforschung wertvolle Hilfe leisten⁶⁰. Bei der Zieldefinition und Programmformulierung sollte soweit wie möglich schon die Anwenderebene, d.h. Vollzugsverwaltung und Betroffene, beteiligt oder zumindest gehört werden, um die spätere Anwendungssicherheit zu erhöhen (vgl. auch § 114 BSHG)⁶¹. Modellvorhaben und Experimente, die Übernahme bewährter Regelungen aus Richtlinien oder Vereinbarungen sowie Test- und Prüfmethode zur Vorabkontrolle von Gesetzentwürfen können zur Verbesserung der Gesetze, zumindest zur Vermeidung grober Fehler, beitragen⁶².

Wesentlicher Bestandteil der Erfolgsvorsorge ist sodann die Vermittlung des Gesetzesinhaltes an seine Adressaten (sog. *Gesetzesmarketing*)⁶³. Insoweit könnte gerade angesichts der Bedeutung der Zwecke im Leistungsrecht ein Gesetzesvorspruch⁶⁴, in dem die Ziele, Gründe und der wesentliche Inhalt zusammenfassend und verständlich dargestellt werden, wertvolle Hilfen leisten, da bisher die gesetzlichen Zwecke erst mühsam aus den Materialien und Einzelbestimmungen zusammengesucht werden müssen⁶⁵. Diese Information aller Adressaten sollte durch ein Begleitprogramm⁶⁶ zur Schulung und Motivation der Anwender ergänzt werden.

⁶⁰ *Schulin/Wolfgang Dreher* (Hrsg.), Sozialrechtliche Rechtstatsachenforschung – Probleme und Perspektiven, 1987; *Igl*, ZfSH/SGB 1986, 473; *Dreher*, SGB 1987, 547.

⁶¹ Zur Beteiligung der Vollzugsverwaltung vgl. *Baden* (Fn. 6), S. 246; *Schulze-Fielitz*, DÖV 1988, 758 (763); zur Beteiligung der Betroffenen vgl. die Theorie der responsiven Demokratie, dazu *Herbert Uppendahl*, ZParl 1981, 123 und 440; *ders.*, in: *Dietrich Thränhardt/Uppendahl* (Hrsg.), Kommunikationstechnologien und kommunale Entscheidungsprozesse, 1982, S. 257ff.; *Adrienne Windhoff-Héritier*, in: *Joachim Jens Hesse/Helmut Wollmann* (Hrsg.), Probleme der Stadtpolitik in den achtziger Jahren, 1983, S. 358 (368); *Karlheinz Blessing*, Die Zukunft des Sozialstaates, 1987, S. 241f.

⁶² *Wollmann*, in: *Schreckenberger* (Fn. 31), S. 72; *Carl Böhret/Werner Hugger*, in: *Schreckenberger*, aaO, S. 135; *Böhret*, in: *Hill* (Fn. 25), S. 55 (76).

⁶³ Vgl. BVerfGE 65, 1 (58ff.) sowie *Gerhard Stadler*, in: *Heinz Schäffer/Otto Triffner* (Hrsg.), Rationalisierung der Gesetzgebung, 1984, S. 276 (277); *Harald Kindermann*, ZRP 1983, 204, 205; *Starck*, ZG 1988, 1 (21); *Hill*, JZ 1988, 377 (380); vgl. auch schon *Siegers* (Fn. 33), S. 44f.

⁶⁴ *Hill* (Hrsg.), Gesetzesvorspruch – Verbesselter Zugang des Bürgers zum Recht, 1988; vgl. auch *Jörg Lücke*, Begründungszwang und Verfassung, 1987, S. 214ff.

⁶⁵ *Baden* (Fn. 6), S. 250; *Ursula Köbl*, in: Festschrift 25 Jahre Bundessozialgericht, 1979, Band 2, S. 1005 (1029); *Zeh* (Fn. 31), S. 70; vgl. auch *Haverkate*, NVwZ 1988, 769 (772ff.).

⁶⁶ *Christian von Hammerstein*, in: *Hill* (Fn. 25), S. 141 (142).

Der Erfolg eines Gesetzes entscheidet sich jedoch erst bei seiner konkreten und mehrfachen Anwendung. Die bisherigen Methoden der *Erfolgskontrolle* sind noch unzureichend. Obwohl in vielen Leistungsgesetzen eine Überprüfung durch Berichtspflichten und Statistiken vorgesehen ist, wirken diese weitgehend unkritisch und teilweise geschönt⁶⁷. Konkrete Regelungs- oder Denkanstöße vermitteln sie nur selten. Eine systematische Rechtstatsachenforschung könnte auch hier weiterhelfen.

Die *Erfolgssicherung* schließlich verlangt, ungeeignete sowie überholte, weil den finanziellen und sonstigen Rahmenbedingungen nicht mehr entsprechende, Leistungsgesetze zu ändern oder nachzubessern. Die Anpassungspflicht ist in einigen Leistungsgesetzen teilweise automatisch oder periodisch vorgesehen⁶⁸. Sie geschieht durch Gesetz, Verordnung, Verwaltungsvorschrift oder auch im Rahmen der Pflicht zur zeitgemäßen Leistungserbringung gemäß § 17 Abs. 1 Nr. 1 SGB AT durch die Verwaltung im Einzelfall⁶⁹.

Bei der Art und Weise, wie der Gesetzgeber seiner Verpflichtung zur Erfolgsvorsorge, -kontrolle und -sicherung nachkommt, verfügt er über einen erheblichen Spielraum. Erst bei evidentem Verstoß wird eine Verfassungswidrig- oder gar Nichtigkeitserklärung durch das BVerfG in Betracht kommen⁷⁰.

III. Gesetzesanwendung im Leistungsrecht

1. Gesetzesanwendung in der Funktionenordnung des Grundgesetzes

Rechtsverwirklichung durch Gesetzesanwendung erfolgt durch Beachtung von Zweck, Wert, System und Zeit⁷¹. Dabei gewinnt das ge-

⁶⁷ Vgl. etwa §§ 35, 55 BAföG, 8 Abs. 7, 35 WoGG; weggefallen ist die Berichtspflicht nach § 126 c BSHG, dazu auch *Zacher*, SF 1984, 1 (11); vgl. noch *Christian von Pestalozza*, NJW 1981, 2081 (2085); *Kloepfer*, VVDStRL 40 (1982), 63 (90); *Klaus König*, in: *Schreckenberger* (Fn. 31), S. 96 (101).

⁶⁸ §§ 35 BAföG, 8 Abs. 7 WoGG, § 22 Abs. 3, 69 Abs. 6 BSHG, 112 a AFG, 1272 RVO; vgl. auch *Schreckenberger*, VerwArch 1977, 28 (37); *Schulin*, NJW 1984, 1936 (1938); *Schulze-Fielitz*, DÖV 1988, 758 (766).

⁶⁹ Nicht nur verfassungsrechtliche, sondern vor allem politische Probleme bereitet die Anpassung von Sozialleistungen durch Streichung oder Kürzung; vgl. *Stober* (Hrsg.), Eigentumsschutz sozialrechtlicher Positionen, 1986; *Gitter*, NZA 1984, 137; *Schulin*, NJW 1984, 1936; *Rüfner*, JZ 1984, 801, *Krause*, DÖV 1984, 740.

⁷⁰ BVerfGE 56, 54 (80f.); *Badura* (Fn. 59), S. 487f.; *Hill*, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, 1986, S. 65 zur Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers; *Hill*, DÖV 1988, 666 (669) zur Vermittlungspflicht; sowie *Kloepfer*, VVDStRL 40 (1982), 63 (91).

⁷¹ *Wolfgang Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. IV, 1977, S. 279ff.; *Köhl* (Fn. 66), S. 1036, Fn. 115 („Rechtsbildungselemente“).

gesetzliche Programm konkrete Form durch die Wirkkraft des Einzelfalls und die Kompetenzausübung der handelnden Organe. Gesetzesanwendung im Leistungsrecht hat vor allem zweckorientiert zu erfolgen. Unbestimmte Rechtsbegriffe, wie notwendig, zweckmäßig, Krankheit, etc.⁷², Regel-Ausnahme-Verhältnisse⁷³ und sonstige Programm-Elemente sind unter Berücksichtigung des Regelungs- und Leistungszwecks auszulegen.

Gesetzliche Wertentscheidungen sind bisher aus den Zwecken und den Einzelregelungen häufig nur schwer erkennbar. Das oben⁷⁴ dargestellte bewegliche System mit Basiswertung und komparativen Wertreihen würde die gesetzliche Wertung deutlicher zum Ausdruck bringen. Die grundlegenden gesetzlichen Wertungen werden vor allem bei Dienstleistungen und persönlichen Hilfen durch subjektive Wertentscheidungen der einzelnen Leistungserbringer beeinflusst⁷⁵.

Neben Zweck und Wert liefert das gesetzliche System weitere Rechtsbildungs- oder Rechtsverwirklichungshilfen. Die Einzelentscheidung muß sich in das gesetzliche System einfügen und es zugleich konkretisieren. Gesetzesanwendung stellt sich so durch das Harmonisieren verschiedener gesetzlicher Regelungen, das Lösen von Widersprüchen und Konflikten und schließlich die Auswahl der einschlägigen Regelung⁷⁶ als ein „Fallmanagement mit Hilfe von Gesetzen“ dar. Deshalb sind nicht nur unbestimmte Rechtsbegriffe, sondern auch einzelne Leistungen unter Berücksichtigung des System- und Funktionszusammenhangs auszulegen⁷⁷.

Zu diesen Rechtsbildungselementen kommt als viertes die *Zeit*. Sie ist, bedingt durch den schnellen Wandel der Verhältnisse, eine Dimension des Sozialrechts von besonderer Bedeutung. Sozialleistungen sind, wie nicht nur die Generalklausel des § 17 Abs. 1 Nr. 1 SGB AT, sondern auch viele unbestimmte Rechtsbegriffe⁷⁸ erkennen lassen, in zeit-

⁷² Johannes Baltzer, JuS 1982, 568; Walther Ecker, in: Festgabe aus Anlaß des 100jährigen Bestehens der sozialgerichtlichen Rechtsprechung, 1984, S. 299ff; Erwin Brocke, JuS 1987, 874 (876).

⁷³ OVG Hamburg, FamRZ 1988, 988 mit Anm. Helmut Goerlich; ausführlich Haverkate, NVwZ 1988, 769 (772ff.).

⁷⁴ Vgl. oben II 5.

⁷⁵ Giese (Fn. 9), S. 54, 60ff.; Pitschas, ArchsozArb 1981, 240 (255ff.); Erichsen, DVBl. 1983, 289 (290); Hill, NJW 1986, 2602 (2609); vgl. auch Gerhard Frank/Manfred Wolf, Führen und Leiten in sozialen Diensten. Eine Untersuchung zur Subjektivität von Leitungskräften, 1988.

⁷⁶ Brohm, DÖV 1987, 265 (266f.); vgl. auch Stettner, DÖV 1984, 611 (621); Meinhard Schröder, DVBl. 1984, 814 (821).

⁷⁷ BVerwG, NDV 1980, 321; NJW 1988, 2966; Ossenbühl, DVBl. 1974, 309 (311).

⁷⁸ Vgl. etwa §§ 12 BSHG, 182 Abs. 2, 368 Abs. 3, 368 e Satz 1, 368 g Abs. 1, 405 a Abs. 1 Satz 1 RVO, dazu Zacher, Krankenkassen oder nationaler Gesund-

gemäßer Weise zu erbringen. Dies bewirkt, insofern ähnlich wie andere Generalklauseln im Bereich der Abwehr von Gefahren der Technik, einen dynamischen Grundrechtsschutz bzw. eine dynamische Anpassung der Voraussetzungen und Hilfen zur Grundrechtsverwirklichung.

Wie verschiedene Untersuchungen⁷⁹ gezeigt haben, erfahren Rechtsprogramme durch die *Wirkkraft des Einzelfalls*, durch die Anpassung an die jeweilige Person und Situation Programmverschiebungen und Modifikationen. Während bei der Programmformulierung die wahrscheinliche Interessenrealisierung wegen Abstraktionen und möglicher Verflechtungen nur schwer überschaubar und erkennbar war, sind bei der Programmdurchführung die Adressateninteressen leichter zu identifizieren, und die unmittelbaren Auswirkungen des Programms werden sichtbar und bewertbar⁸⁰.

Bei der Umsetzung des Rechtsprogramms ist schließlich der Handlungs- und Entscheidungs- bzw. Kontrollauftrag *der rechtsanwendenden Organe* zu beachten. Da die Verteilung dieses Auftrags auf die zweite und dritte Gewalt auch aus den Sozialgesetzen i.d.R. nicht eindeutig erkennbar ist, sind die Kompetenzen und Verantwortungsbereiche zwischen beiden, insbesondere bei unbestimmten Rechtsbegriffen, Koppelungsvorschriften und Prognoseentscheidungen, umstritten⁸¹. Gemäß Art. 19 Abs. 4 GG liegt die Kompetenz zur Letztverantwortung, solange eine ausdrückliche gesetzliche Zuweisung an die Verwaltung fehlt, bei den Gerichten⁸².

Neben der Rechtsbildung nehmen die Gerichte im Sozialrecht in noch erheblicherem Umfang die Aufgabe der *Rechtsfortbildung* wahr. Da sich hier besonders viele ausfüllungsbedürftige unbestimmte Rechtsbegriffe finden („Stücke offengelassener Gesetzgebung“⁸³), legen die Gerichte den Inhalt sog. genereller Tatsachen (legislative facts) im Zwischenfeld zwischen abstrakter Rechtsnorm und zu subsumierender Einzeltatsache (etwa „Verschlossenheit des Arbeitsmarktes“) fest⁸⁴ oder übersetzen unbestimmte Rechtsbegriffe in feste Zahlen

heitsdienst?, 1980, S. 19 (30); vgl. auch die Bezugnahme auf die Menschenwürde in § 1 Abs. 2 BSHG und die sich daraus ergebende dynamische Funktion.

⁷⁹ Mayntz, Implementation politischer Programme I, 1980, S. 1 (10); dies. (Hrsg.), Implementation politischer Programme II, 1983, S. 50 (58); vgl. auch Karpen, NJW 1988, 2512 (2519).

⁸⁰ Blessing (Fn. 62), S. 302.

⁸¹ Vgl. auch Joachim Martens, JuS 1987, 103; Erwin Brocke, JuS 1987, 874.

⁸² Ebsen, DVBl. 1988, 883 (892) sieht Gesetzesgestaltung als Steuerungsentcheidung über die Verteilung rechtlicher Steuerungskompetenz.

⁸³ Wannagat, in: Rechtsfortbildung durch die sozialgerichtliche Rechtsprechung, 1973, S. 17 (26); ders., in: Festschrift Marie-Luise Hilger/Hermann Stumpf, 1983, 687 (695).

⁸⁴ Bruno Rauscher, SGB 1986, 45 (47).

und Prozentwerte. Diese Quantifizierung beruht weder auf empirischen Erfahrungen noch auf einer gesetzlichen Analogie, sondern stellt nur eine Faustregel, eine sog. gegriffene Größe dar, die lediglich an dem Grundgedanken der Regelung orientiert ist⁸⁵. Die Notwendigkeit zum Greifen solcher Größen leiten die Gerichte aus dem Bedürfnis der Verwaltung nach einer praktikablen und einheitlichen Handhabung der unbestimmten Rechtsbegriffe angesichts massenhaft auftretender Sachverhalte ab⁸⁶. Mit dem Vorbehalt des Gesetzes ist diese Art der Normverdichtung vereinbar, da sie sich als Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe innerhalb des gesetzlichen Rahmens bewegt und daher nach dem Wortlaut des § 31 SGB AT vom Gesetz zugelassen ist⁸⁷. Die gesetzlich fixierten sozialen Rechte, Strukturprinzipien, Zwecke und Wertentscheidungen bilden Wegweiser und Programm für diese Rechtsfortbildung.

2. Voraussetzungen der Gesetzesanwendung in der Verwaltungspraxis

Da nur wenige Fälle der gerichtlichen Kontrolle unterbreitet werden, sind die organisatorischen Bedingungen der Verwaltungspraxis von entscheidender Bedeutung für die Rechtsverwirklichung⁸⁸. Der Gesetzgeber hat daher, etwa im SGB I und X oder im BSHG⁸⁹, ausführliche Aufträge und Hinweise zur Optimierung dieser Medien der Rechtsverwirklichung normiert. Dennoch bleibt die Realität der Gewährung von Sozialleistungen, insbesondere nach dem BSHG, erheblich hinter den gesetzlichen Vorstellungen zurück⁹⁰.

⁸⁵ Wannagat, 1973 (Fn. 83), S. 23f.; Ecker (Fn. 72), S. 299 (312f.); Heinrich Reiter, SGB 1987, 89 (92); Bedenken wegen Willkür bei Rudolf Kolb, in: Festschrift 25 Jahre Bundessozialgericht, S. 1097 (1112).

⁸⁶ Wannagat, 1973 (Fn. 83), S. 23; Reiter, SGB 1987, 89 (92f.).

⁸⁷ Köbl (Fn. 66), S. 1059, 1079.

⁸⁸ Pitschas, VSSR 1977, 141 (149ff.); ders., ArchsozArb 1981, 240 (250); Heinrich A. Henkel/Franz Pavelka, SF 1981, 225 (228); Zacher, Der Behinderte als Aufgabe der Rechtsordnung, 1982, S. 21ff.; Hans-Ulrich Weth, BldW 1984, 88; Zeh (Fn. 31), S. 68; Blankenburg, in: Schreckenberger (Fn. 31), S. 109 (114f.); Frank Hennecke, DÖV 1988, 768 (774).

⁸⁹ Vgl. nur §§ 1 Abs. 2, 13ff., 17 SGB AT, 8 Abs. 2, 10 Abs. 3, 102, 114 BSHG.

⁹⁰ Richard Albrecht/Eckart Reidegeld, SozSich 1977, 138; Reidegeld, in: Voigt (Fn. 29), S. 275ff.; Karl Bronke/Gerd Wenzel, in: Siegfried Müller/Hans-Uwe Otto (Hrsg.), Sozialarbeit als Sozialbürokratie? Zur Neuorganisation sozialer Dienste, 1980, S. 121ff.; Renate John, ZSR 1981, 129; Helmut Hartmann, TuP 1981, 431; ders., in: Stephan Leibfried/Florian Tennstedt (Hrsg.), Die Politik der Armut und die Spaltung des Sozialstaates, 1985, S. 169ff.; Weth, BldW 1984, 88; Bernd Schulte/Peter Trenk-Hinterberger, Sozialhilfe, 2. Aufl. 1986, S. 136ff.; Wolfgang Scherer, BldW 1987, 57; ders., Wie Sozialämter Hilfebedürftige abschrecken, 3. Aufl. 1988; Schoch, TuP 1986, 99; ders., TuP 1987, 213; Dieter Grunow, Bürgernahe Verwaltung, 1988.

Die Leistungsverwaltung im Sozialbereich ist noch zu sehr an den Strukturen der *Eingriffsverwaltung* und an *inneradministrativen Anforderungen orientiert*, sie muß sich mehr auf ihren Dienstleistungscharakter, auf die zu lösenden Aufgaben sowie ihre Klienten einstellen. Sie ist bisher im wesentlichen auf verwaltungsübliches Abwarten und bloßes Reagieren beschränkt⁹¹. Ansprüche werden oft isoliert abgehandelt und bürokratisch entschieden. Die Koordination etwaiger Einzelleistungen obliegt meist dem Betroffenen.

Doch *Gesetzesanwendung in der Leistungsverwaltung* im Sozialbereich ist mehr als Vollzug, auch mehr als bloße Anspruchserfüllung⁹². Sie erfordert eine *ganzheitliche Behandlung* und Betreuung. Wenn die Verwaltung die gesetzlichen Ziele verwirklichen will, muß sie danach trachten, die Zielgruppen auch zu erreichen. Sie muß eigene Aktivitäten entfalten, Leistungen anbieten, über zur Verfügung stehende Angebote informieren und sie partnerschaftlich realisieren⁹³. Dazu gehören ein fairer Umgang mit dem Bürger, Gesamtverantwortung und Problemdenken⁹⁴ statt isoliertem ressourcen-, anspruchs- oder ergebnisbezogenem Denken.

Das alles sind zwar hohe Anforderungen an die Verwaltung. Als Repräsentant des Staates im Alltag muß sie sich jedoch dieser Herausforderung stellen, denn ihr Erscheinungsbild prägt das Bild vom Staat und die Akzeptanz seines Handelns.

Zur Zeit wird das Erreichen dieser Ziele noch durch *Mängel* der einzelnen Verwaltungsstrukturen erschwert. Die Vielzahl der Leistungsträger in vertikaler und horizontaler Hinsicht beeinträchtigt die Koordination und Einheitlichkeit des Verwaltungshandelns. Hinsichtlich der *organisatorischen* Binnenstruktur machen sich Bürokratisierungstendenzen negativ bemerkbar. Mangelnde *Ausstattung* in personeller, finanzieller, räumlicher und zeitlicher Hinsicht erschwert den Kontakt. Unzureichende Ausbildung, fehlendes Rollenverständnis und negative Erfahrungen im Umgang mit der Klientel prägen vielfach den Stil der Gesetzesanwendung, vor allem im Sozialhilferecht⁹⁵.

⁹¹ Udo Kruse, Die Sozialversicherung 1976, 113 (115); Rolf-Richard Grauham/Leibfried, ZSR 1977, 65 (70ff.); Theo Siebeck, in: Festschrift Horst Peters, 1975, S. 143 (151ff.).

⁹² Paul Kirchhof, in: Festschrift 25 Jahre Bundessozialgericht, 1979, S. 537 (543); Gagel, AFG, vor § 142, Rdn. 8, 10, 13; Siebeck (Fn. 91), S. 151.

⁹³ Hans Schäfer, DVBl. 1972, 405 (409); Pitschas, VSSR 1977, 141 (167); Siebeck (Fn. 91), S. 150ff.; vgl. auch BVerfGE 56, 1 (18); BSGE 51, 89 (93) zur Verpflichtung der Verwaltung, das gesetzgeberische Programm möglichst weitgehend zu verwirklichen.

⁹⁴ Eberhard Walter Lang, in: Gedächtnisschrift René Marcic, 1974, S. 811 (813ff.).

⁹⁵ Vgl. die Nachweise in Fn. 90.

Grundlegende *Änderungen* der Verwaltungspraxis sind sicher nicht von heute auf morgen möglich. Dennoch sind *Ansätze* erkennbar. Das SGB enthält die Aufgabe und weist die Richtung. Die Realisierung hängt vor allem von der internen Steuerung, von Organisation, Ausbildung und Führung ab⁹⁶. Erhebliche Verbesserungen der Ausstattung werden angesichts der Situation der öffentlichen Haushalte nicht möglich sein. Doch zwingt etwa die Beachtung der Wirtschaftlichkeit in der Leistungsverwaltung nicht zu einseitigen Lösungen. In die Mittel-Zweck-Relation, in das Verhältnis zwischen Aufwand und Erfolg, müssen auch außerhalb des Haushaltsrechts getroffene normative Ziel- und Wertentscheidungen einfließen⁹⁷, etwa das Sozialstaatsprinzip und die sozialen Rechte des SGB AT. Auch in der Massenverwaltung des Sozialrechts, die angesichts der Vielzahl der Fälle den Aufwand für jeden einzelnen Fall aus Gründen der Gleichheit und der Funktionsfähigkeit gering halten muß, ist eine sorgfältige Bearbeitung sowie Beratung und Betreuung langfristig effektiver als eine schematisch-nachlässige, die dem Bürger zu unwirtschaftlichen, unzweckmäßigen und unvollkommenen Leistungen verhilft, damit nicht nur das Leistungsdefizit erhöht, sondern u.U. auch weiteres Fehlverhalten und Ausnutzung bzw. Mißbrauch hervorruft⁹⁸.

3. Gesetzesanwendung mit dem Bürger

Wenn das Sozialrecht in objektiver Hinsicht von dem Gegensatz zwischen Kasuistik und Generalklausel gekennzeichnet ist, so entspricht dem im subjektiven Bereich ein Nebeneinander von *Ansprüchen* (vor allem bei Geldleistungen) und *Ermessen* (vor allem bei Sach- und Dienstleistungen)⁹⁹. Beide Gestaltungsformen haben sowohl Vor- als auch Nachteile. Direkte Rechtseinräumung und differenzierte Verrechtlichung sichern materielle Rechtsklarheit und Berechenbarkeit sowie Einklagbarkeit vor Gericht. Sie dienen damit der Freiheitssicherung der Betroffenen¹⁰⁰, aber sie engen diese Freiheitsentfaltung auch ein, indem sie ein Abweichen vom Schema verhindern.

Dagegen lassen offene, konkretisierungsbedürftige Berechtigungen auch flexible Gestaltungen und Individualisierungen bei Einzel- und atypischen Sonderfällen zu¹⁰¹. Dadurch, daß sie jedoch der institutio-

⁹⁶ Kruse, Die Sozialversicherung 1976, 113 (116).

⁹⁷ Albert von Mutius, VVDStRL 42 (1983), S. 147 (177).

⁹⁸ Kruse, Die Sozialversicherung 1976, 113 (115).

⁹⁹ Zacher, SGB 1982, 329 (334, 335f.); Georg Vobruba, in: Michael Opielka/Illona Ostner (Hrsg.), Umbau des Sozialstaats, 1987, S. 103 (104).

¹⁰⁰ Bogs, SGB 1970, 1; Pitschas (Fn. 29), S. 160.

¹⁰¹ Hill, DÖV 1987, 885.

nellen, personellen und prozeduralen Vermittlung bedürfen, schaffen sie Ansatzpunkte und Gefahren für Gutsherrlichkeit, Ideologie und Willkür¹⁰². Annäherungen zwischen beiden Arten der Rechtsgewährung sind vorhanden – etwa bürokratische Verrechtlichungen durch Verwaltungsvorschriften oder ein Anspruch auf pflichtgemäße Ermessensausübung gem. § 39 Abs. 1 Satz 2 SGB AT – doch bleibt das grundsätzliche Dilemma bestehen. Es scheint jedoch, ebenso wie dasjenige zwischen Kasuistik und Generalklausel, nicht unausweichbar.

Ein *dritter Weg* könnte in der *Kooperation* zwischen Verwaltung und Leistungsempfänger, insbesondere in der einverständlichen Gestaltung der Leistung mit dem Adressaten liegen¹⁰³. Die materielle Offenheit vieler gesetzlicher Regelungen könnte insofern nicht nur durch Verfahren¹⁰⁴, sondern auch durch Vereinbarungen kompensiert werden; in dieser materiellen Offenheit könnte sogar eine Legitimation oder ein Auftrag¹⁰⁵ zu einer solchen Einigung der Partner bei der Rechtsgestaltung im Einzelfall, insbesondere der Art und Weise der Leistungserbringung, liegen.

Die gesetzlichen Vorschriften, die das *Rechtsverhältnis* zwischen Verwaltung und Leistungsadressaten konstituieren, enthalten vielfältige Aufforderungen und Hinweise für eine kooperative Rechtskonkretisierung. Ich denke etwa an Ermessensvorschriften, Optimierungsaufträge, Anhörungs- und Beratungspflichten der Verwaltung, Wunsch- und Wahlrechte sowie Mitwirkungspflichten des Bürgers¹⁰⁶. Diese Ansätze könnten durch weitergehende Aufklärungs- und Beratungspflichten über konkrete Leistungsangebote und -alternativen noch ausgebaut werden. Dies würde dazu beitragen, die Wahl und Inanspruchnahme der Leistungen durch den Adressaten sowie seine Mitwirkungsmöglichkeiten zu verbessern und den Informationsvorsprung und die faktische Überlegenheit der Verwaltung abzubauen¹⁰⁷. Notwendig ist aber vor

¹⁰² Katzenstein, in: Festgabe Gesellschaft für Rechtspolitik, 1984, S. 139 (155).

¹⁰³ Ausführlich Thomas Simons, Verfahren und verfahrensäquivalente Rechtsformen im Sozialrecht, 1985, S. 100ff.; Gagel, AFG, vor § 142 Rdn. 84ff.; Hill, NJW 1986, 2602 (2609).

¹⁰⁴ Jürgen Held, Der Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens, 1984, S. 226f.; 247; Hill, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, 1986, S. 170, 237ff., 360.

¹⁰⁵ Eberhard Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4 GG, Rdn. 184ff., 193, 196, 198; Paul Kirchhof, Die Bestimmtheit und Offenheit der Rechtssprache, 1987, S. 25; Hill, DÖV 1987, 885 (886); ders., JZ 1988, 377 (379); Rainer Wahl, VBilW 1988, 387 (388).

¹⁰⁶ Vgl. §§ 2 Abs. 2, 13ff., 17 Abs. 3, 33, 39, 60ff. SGB AT, 24 SGB X, 3 Abs. 2, Abs. 3, 10 Abs. 3 BSHG.

¹⁰⁷ Krause, in: Festschrift Wannagat, S. 239 (247f.); vgl. auch § 9 Abs. 4 des Entwurfs eines JHG, BR-Drs. 287/80; zu überlegen wäre auch, inwieweit die Vor-

allem eine Änderung des Selbstverständnisses und des Stils der Verwaltungsmitarbeiter, damit dieses Zukunftsbild des Verwaltungshandelns nicht nur eine Vision bleibt, sondern Wirklichkeit werden kann.

Eine einverständliche Rechtskonkretisierung durch Gesetzesanwendungen mit dem Bürger erscheint gerade in der Leistungsverwaltung auch aus *verfassungsrechtlicher Sicht* angezeigt. Der leistende Sozialstaat macht aus normativ gewährleisteter Freiheit reale Freiheit. Er schafft Voraussetzungen und Hilfen für die Grundrechtsverwirklichung. Die Teilhabe an staatlicher Leistung kann aber auch Abhängigkeit bewirken, das Verhalten des Leistungsempfängers indirekt steuern und so seine Freiheit beeinträchtigen. Diese verschiedenartige Grundrechtserheblichkeit staatlicher Leistung¹⁰⁸ legt anstelle einseitiger Leistungsbestimmung durch den Staat eine verantwortliche Mitwirkung des Leistungsempfängers bei der Konkretisierung und Erbringung der Leistung nahe. Dies würde sein Recht auf individuelle und eigenverantwortliche Lebens- und Freiheitsgestaltung besser verwirklichen. Daneben entspricht es dem aus dem Gleichheitsgrundsatz abgeleiteten Gebot zu verhältnismäßiger Differenzierung. Aus dieser Grundrechtserheblichkeit staatlicher Leistung erwächst somit eine *Kooperationsfunktion der Grundrechte* im Leistungsrecht¹⁰⁹.

Neben diesen grundrechtlichen Aspekten sprechen für eine Gesetzesanwendung mit dem Bürger weiterhin *Funktion und Effektivität der Leistungsverwaltung*. Der praktische Nutzen der Kooperation liegt nicht nur in einer Steigerung der Richtigkeitsgewähr bei der Sachverhaltsermittlung, sondern auch in einer Effektivitätssicherung bei der Leistungserbringung. Teilweise, etwa bei Rehabilitationsleistungen (vgl. § 4 Abs. 1 RehaAnglG), ist der Leistungserbringer sogar auf die Mitwirkung des Leistungsempfängers angewiesen, wenn die Leistung Erfolg haben soll. Die Mitwirkung stellt sich daher als versteckte Ressource erfolgreicher Gesetzesanwendung in der Leistungsverwaltung dar¹¹⁰. Sie fördert die Effektivität und erhöht die Befriedung und Akzeptanz.

Bei aller Betonung der Vorteile des Kooperationsprinzips in der Leistungsverwaltung dürfen indes seine *Grenzen* nicht übersehen werden¹¹¹. Nicht zweckmäßig scheint eine Kooperation zwischen Verwal-

bereitung und Vermittlung der Leistung noch weitergehend durch neutrale Dritte, wie Arzt, Sozialarbeiter etc. erfolgen könnte; zum Konzept der Mediation in USA vgl. *Oliver Passavant*, DÖV 1987, 516.

¹⁰⁸ *Erichsen*, DVBl. 1983, 289 (290, 293).

¹⁰⁹ *Hill*, DÖV 1987, 885 (894).

¹¹⁰ *Peter Gross/Bernhard Badura*, in: *Ferber/Kaufmann* (Hrsg.), *Soziologie und Sozialpolitik*, 1977, S. 361 (377); *Blessing* (Fn. 62), S. 295.

¹¹¹ *Hill*, NJW 1986, 2602 (2609).

tung und Bürger bei Geldtransferleistungen. Hier ist aus Gründen der Klarheit und Berechenbarkeit weiterhin am System der normativ fixierten Ansprüche festzuhalten¹¹². Im übrigen liefert das Gesetz den Rahmen für die beiderseitigen Dispositions- und Gestaltungsbefugnisse. So behält § 31 SGB AT ausdrücklich die Festlegung von Rechten und Pflichten dem Gesetzgeber vor, § 33 SGB AT erlaubt die Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse und der Wünsche des Berechtigten lediglich bei der Ausgestaltung dieser Rechte und Pflichten. Ähnlich räumt § 4 Abs. 1 BSHG bei entsprechender gesetzlicher Normierung einen grundsätzlichen Anspruch auf Sozialhilfe ein, während Abs. 2 nur die Entscheidung über Form und Maß der Leistung ins Ermessen der Behörde stellt. Weitere Schranken zu Gunsten des Leistungsempfängers bestehen in der Begrenzung seiner Mitwirkungs- und Anrechnungspflichten auf das zumutbare Maß (etwa §§ 65 Abs. 1 Nr. 2 SGB AT, 79ff., 84 BSHG), in einer Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (§ 65 Abs. 1 Nr. 1 SGB AT) und des Kopplungsverbotes (vgl. § 55 Abs. 1 Satz 2 SGB X). In verfahrensrechtlicher Hinsicht wären sie durch zusätzliche Mißbrauchs- und Willkürkontrollen zu ergänzen¹¹³. Der Schutz der Interessen Dritter und der Allgemeinheit kommt in den gesetzlichen Bestimmungen zum Ausdruck, die die Berücksichtigung der Wünsche und Interessen des Leistungsempfängers auf das Angemessene beschränken (etwa § 3 Abs. 2 BSHG)¹¹⁴ und der Verwaltung die Beachtung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit (etwa § 93 Abs. 2 Satz 2 BSHG) auferlegen.

IV. Ausblick

Der soziale Leistungsstaat steht in Zukunft vor nicht geringen Aufgaben. Einerseits scheint die Problematik sozialer Hilfsbedürftigkeit und Ratlosigkeit sich auszuweiten, nicht zuletzt deshalb, weil die Tragfähigkeit natürlicher Netzwerke zerstört oder geschwächt ist, andererseits stoßen die offiziellen und professionellen Leistungssysteme auf Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit und ihres Wachstums¹¹⁵.

In dieser Situation werden neue und alternative Steuerungsmodelle offeriert, die eine Ergänzung der traditionellen rechtlichen und ökonomischen staatlichen *Interventionsformen* durch ökologische, die Umwelt und die Verbesserung der sozialen Infrastruktur einbeziehen

¹¹² Vgl. auch Zacher, SGB 1982, 329 (336); Vobruba (Fn. 99).

¹¹³ Hill, DÖV 1987, 885 (895).

¹¹⁴ Igl/Giese, ZfS 1982, 65.

¹¹⁵ Pankoke, in: Hubert Oppl/Arnold Tomaschek (Hrsg.), Soziale Arbeit 2000, Band 2, 1986, S. 31 (33).

de, sowie pädagogische Maßnahmen zur Verbesserung der Handlungsfähigkeit von Personen vorgeschlagen¹¹⁶.

Es bleibt aber zu beachten, daß trotz der bisher zu sehr auf Geld- und Sachleistungen abgestellten Leistungssysteme nun nicht eine pauschale Kehrtwende des Leistungsstaates und seiner *Steuerungsmuster* richtig sein kann.

Vielmehr müssen stringente Bindung und offene Programmierung bzw. Auftrag, Anspruchs- und Ermessensleistung je nach Sachbereich weiterhin vorhanden und nebeneinander bestehen bleiben. Organisationsmodelle und Entscheidungsstrukturen sind ebenenspezifisch und funktions- bzw. sachadäquat sowie entsprechend der Handlungs- und Leistungsfähigkeit des Trägers und der Leistungsadressaten zu differenzieren¹¹⁷. Abgestufte Modelle, wie etwa bewegliches System und Kooperation, sind ergänzend zu integrieren. Zweckbestimmungen, Prinzipien und Generalklauseln der Sozialgesetze lassen jedenfalls genügend Raum für eine differenzierte und entwicklungsfähige Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung.

¹¹⁶ Kaufmann, in: Joachim Matthes (Hrsg.), *Krise der Arbeitsgesellschaft*, 1983, S. 474ff.; ders., in: *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Bd. XIII, 1988, S. 65 (90ff.); vgl. noch Blessing (Fn. 62), S. 51ff., 76ff.; Claus Offe/Rolf G. Heinze, *Leviathan* 1986, 471 (492); dies., in: J.J. Hesse/Christoph Zöpel (Hrsg.), *Neuorganisation der Zeit*, 1987, S. 150 (156ff.).

¹¹⁷ Zacher (Fn. 6), S. 52; Pitschas, *Archsoz Arb* 1981, 240 (345f.); Vobruba (Fn. 99).

Leitsätze des 3. Berichterstatters über:

Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung im Leistungsrecht

I. Einführung

1. Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung können nicht isoliert, sondern nur im Zusammenwirken und in Wechselbeziehung miteinander verstanden werden.

II. Gesetzesgestaltung im Leistungsrecht

2. Für eine dogmatische Integration der verschiedenen Rechtsentstehungs- und -verwirklichungsphasen bietet sich die Figur des Rechtsverhältnisses an. Rechtsverhältnisse im Sozialleistungsrecht sind

- vielfältig strukturiert*
- ganzheitlich-zweckbestimmt*
- richtungsweisend und optimierungsbedürftig*
- prozeßorientiert.*

3. Der Gesetzesvorbehalt des § 31 SGB AT enthält eine abgestufte Gesetzesbindung, die der Verwaltung genügend Raum läßt, auch abweichenden und neuartigen Fallgestaltungen Rechnung zu tragen.

4. Bei Leistungsgesetzen im Sozialrecht findet man vor allem die Gesetzestypen Befehl, Plan, Auftrag und Information.

5. Die Umsetzung der verfassungsrechtlichen Grundlagen und Aufträge durch Gesetz ist an der Leistungsfähigkeit der Gesetzesanwender und dem Verständnishorizont der Adressaten zu orientieren. Hilfen für den systematischen Zugang und interpretationslenkende Kriterien in den Sozialgesetzen bieten hierfür Ansätze.

6. Die traditionelle Gesetzestechnik ist dem Gegensatz zwischen konkreter und abstrakter Tatbestandsgestaltung verhaftet. Beide Formen sind nicht geeignet, Grenzfälle, Randbereiche und Grauzonen im Vor- und Umfeld der definierten Fälle zu erfassen. Eine optimale gesetzliche Entscheidung ist nicht allgemein, d.h. generell und gleichbleibend definierbar, sondern muß in der Lage sein, variabel, adäquat und aktuell auf die jeweilige Situation zu reagieren.

7. Als Lösung bietet sich das sog. bewegliche System an, das von einer gesetzlichen Basiswertung ausgeht, die durch vom Gesetzgeber vorgegebene komparative Wertreihen, d.h. Wertrelationen zwischen verschiedenen Merkmalen, ergänzt wird. Ansätze dazu sind in der Rechtsordnung schon vorhanden. Das bewegliche System ist in der Lage, die Rechtsverwirklichung im Rahmen der grundgesetzlichen Funktionenordnung zu effektuieren.

8. Es ist zu prüfen, inwieweit zur Verstetigung und Rationalisierung des Gesetzgebungsprozesses inhaltliche, institutionelle, methodische und redaktionelle Bindungen bestehen oder Meta-Regeln gebildet werden können.

9. Der Gesetzgeber hat durch Vorabkontrolle und geeignete Vermittlung Erfolgsvorsorge für die Wirksamkeit und Akzeptanz seiner Gesetze zu treffen. Sie wird durch Erfolgskontrolle und Erfolgssicherung mittels Anpassung der Gesetze fortgesetzt.

III. Gesetzesanwendung im Leistungsrecht

10. Rechtsverwirklichung durch Gesetzesanwendung erfolgt durch Beachtung von Zweck, Wert, System und Zeit. Dabei gewinnt das gesetzliche Programm konkrete Form durch die Wirkkraft des Einzelfalls und die Kompetenzausübung der handelnden Organe.

11. Kompetenzen und Verantwortungsbereiche von Verwaltung und Gerichten sind auch im Sozialrecht umstritten. Neben der Rechtsbildung nehmen die Gerichte in erheblichem Umfang die Aufgabe der Rechtsfortbildung wahr.

12. Die Leistungsverwaltung im Sozialbereich ist noch zu sehr an den Strukturen der Eingriffsverwaltung und an inneradministrativen Anforderungen orientiert. Sie muß sich mehr auf ihren Dienstleistungscharakter, auf die zu lösenden Aufgaben sowie ihre Klienten einstellen. Verbesserungen mangelbehafteter Verwaltungsstrukturen (Finanzen, Organisation, Personal) können vor allem durch interne Steuerung, Organisation, Ausbildung und Führung erfolgen.

13. Dem kritisierten Gegensatz zwischen Kasuistik und Generalklausel im objektiven Bereich entspricht im subjektiven Bereich der Gesetzesgestaltung ein ebenso unbefriedigendes Nebeneinander von Ansprüchen und Ermessen. Als Lösung bietet sich insoweit eine kooperative Entwicklung bzw. einvernehmliche Gestaltung des Rechtsverhältnisses durch Verwaltung und Bürger an. Dies würde nicht nur der Kooperationsfunktion der Grundrechte im Leistungsrecht entsprechen, sondern auch die Effektivität der Leistungsverwaltung erhöhen.

Die Kooperation der Partner hat im Rahmen der durch die gesetzlichen Vorgaben gezogenen Grenzen zu erfolgen.

IV. Ausblick

14. Der soziale Leistungsstaat steht in Zukunft vor nicht geringen Aufgaben. Dafür werden neue Steuerungsmodelle vorgeschlagen. Sie können jedoch die bisher zu sehr auf Geld- und Sachleistungen abgestellten Leistungssysteme nicht vollständig ersetzen. Zu empfehlen sind daher je nach Sachbereich und Leistungsfähigkeit der Träger und der Adressaten ebenen- und bereichsspezifisch differenzierte Programm-, Organisations- und Entscheidungsstrukturen.

4. Aussprache und Schlußworte

Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung im Leistungsrecht

Vorsitzender (Starck): Ich eröffne die Aussprache zum Thema Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung im Leistungsrecht, indem ich in Ihrem Namen den Referenten vielmals für die Vorträge danke. Sie haben durch den Applaus heute vormittag zu erkennen gegeben, daß Ihnen diese Vorträge gut gefallen haben. Nach einer Tradition in der Vereinigung sind die Vorträge entweder kontrovers angelegt oder ergänzen einander thematisch wie heute vormittag, wobei immer noch genügend Kontroverses bleibt. Der Schwerpunkt des Vortrages von Herrn *Mußnug* war der Finanzierung gewidmet. Herr *Hufen* hat sich mit inhaltlichen Problemen der Gesetzgebungslehre beschäftigt, einschließlich der verfassungsrechtlichen Grenzen der Leistungsgesetzgebung, während der Schwerpunkt des Referates von Herrn *Hill* mehr den Techniken der Gesetzgebung im Leistungsrecht gewidmet war. Ich möchte zur Begründung des Themas keine weiteren Ausführungen machen; denn nach dem Anhören der Referate ist die Fruchtbarkeit des Themas zur Genüge erwiesen.

Die *Gliederung* dort unten auf der Tafel können Sie lesen: (1) Aufgaben und Grenzen des Leistungsstaates, (2) Instrumente und Techniken des Leistungsrechts und (3) Reformvorschläge. Die Gliederung ist uns sehr abstrakt geraten, weil das beschränkte Ausmaß der Tafel die Aufnahme von Untergesichtspunkten nicht erlaubt hat. So kann man sich eigentlich zu jedem dieser Punkte melden und auch zu allen Punkten etwas sagen. Ich möchte zwei allgemeine Bemerkungen zu der Gliederung machen. Ihnen fällt sicher auf, daß die beiden Fragen „Gesetzesgestaltung“ und „Gesetzesanwendung“ hier nicht vorkommen. Das hängt damit zusammen, daß sie im Thema vorkommen und daß unserer Meinung nach „Gesetzesgestaltung“ und „Gesetzesanwendung“ in der Diskussion nicht getrennt behandelt werden sollten. Das ist ja auch eine wesentliche These von Herrn *Hill*. Dies entspricht genau der Konzeption des Vorstandes, weswegen er das Thema gegeben hat. Ferner wird Ihnen auffallen, daß die in allen Referaten – insbesondere in dem Referat von Herrn *Mußnug* – angesprochene Frage der Haushaltsverantwortlichkeit und der Finanzierung ebenfalls nicht in der Gliederung vorkommt, weil wir der Meinung sind, daß das Fi-

finanzierungsproblem ein durchgängiges Problem ist und deswegen unter allen Punkten eine gewisse Bedeutung hat. Ich möchte zu dem ersten Punkt der angeschriebenen Gliederung noch einige Erläuterungen geben, in dem ich Ihnen Stichworte nenne: 1. Sozialstaatlichkeit unter dem Gesichtspunkt der Aufgaben des Staates, 2. die Selbstverantwortung des Bürgers, dann 3. die Eigengesetzlichkeit von Lebensbereichen, 4. das mehrfach angesprochene Übermaßverbot im Leistungsrecht, 5. Kontrollen und Eingriffe um der Gerechtigkeit der Leistung willen, 6. Einzelfallgerechtigkeit und Ermessen, 7. Typisierungen und Systemgerechtigkeit und schließlich 8. Mißbrauchsverhinderung. Zu dem 2. Gliederungspunkt möchte ich jetzt keine genaue Untergliederung geben, sondern nur darauf hinweisen, daß hier etwa das Problem abzuhandeln ist, ob der Gesetzgeber regeln soll oder ob der Haushaltsplan genügt, schließlich die Frage der richterlichen Rechtsfortbildung. Was die Reformvorschläge anbelangt, beziehen sie sich selbstverständlich auf die Gesetzgebung *und* auf die Verwaltung.

Eine letzte Bemerkung zum *Verfahren* der Aussprache. Ich habe noch nicht ganz so viele Wortmeldungen wie gestern; wir haben eine halbe Stunde länger Zeit als gestern, so daß ich guter Hoffnung bin, daß alle, die sich gemeldet haben, zu Wort kommen, und daß durch weitere Spontanmeldungen eine lebendige Aussprache stattfinden kann. Es ist vorgesehen, daß wir in etwa 1 1/2 Stunden den Referenten Gelegenheit zu einem Zwischenwort geben wollen, damit sie nicht mit allen Antworten auf das Schlußwort warten müssen. Ich möchte die einzelnen Diskutanten bitten, sich darum zu bemühen, nicht mehr als 5 Minuten zu sprechen. Wer freilich mehr zu sagen hat und viele Themen anspricht, hat etwas mehr Zeit, ich werde dann aber 8 Minuten als Obergrenze ansehen.

Als ersten Diskussionsredner bitte ich Herrn *Paul Kirchhof*.

P. Kirchhof: Wir verdanken dem Vorstand ein Thema, das in der dogmatischen Struktur und in der praktischen Bedeutung nach neuen Ufern drängt. Und wir verdanken den Referenten Ausführungen, die teilweise im Grundsätzlichen, teilweise aber auch in konkreten Anwendungsfällen diese Fragen aufnehmen und uns veranlassen, eher über das Wie, denn über das Ob logischer und gesetzlicher Strukturierung des Leistungsstaates nachzudenken. Wenn man sich bewußt macht, was Leistungsrecht ist, so wird man dieses Recht finanzwirtschaftlich als die Rechtsmaßstäbe zur Verteilung von Abgabenaufkommen definieren. Es macht allerdings einen guten Sinn, wenn das Staatsrecht Steuerrecht und Leistungsrecht strikt trennt, das Haushaltsrecht Einnahme- und Ausgabeseite kategorisch voneinander unterscheidet. Diese Sonderung gewährleistet, daß der Finanzstaat unabhängig von seinem Financier bleibt, nicht in irgendeine Abhängigkeit zu demjeni-

gen gerät, der durch seine Steuerzahlung staatliche Finanzkraft begründet hat oder die Zahlung von Steuern unter einen Vorbehalt stellen will. Deshalb ist es richtig, daß — obwohl das logisch zusammenhängende Thema „Staatliches Geben und Nehmen“ aufgenommen worden ist — keiner der Referenten der Versuchung unterlegen ist, hier ein normativ zwingendes, dauerndes Junktim herzustellen.

Allerdings führt dieses Trennungsprinzip zu praktischen Problemen. Eine Schwierigkeit liegt darin, daß der Vorbehalt des finanziell Möglichen, der langfristig finanzstaatliches Handeln zwingend begrenzt, ein wenig in Vergessenheit gerät, damit staatliche Leistungsversprechen nicht hinreichend auf die verfügbare finanzstaatliche Leistungskraft abgestimmt werden. Eine zweite Gefahr sehe ich darin, daß wir den Leistungsstaat nur als den Wohltäter erleben, die vorausgehende Steuerbelastung bei der Nachfrage nach staatlichen Leistungen deshalb vergessen wird und dadurch die Mäßigung staatlicher Abgabepolitik durch Ausgabenverzicht geschwächt ist. Zudem macht die Geste staatlichen Gebens nicht immer sichtbar, daß leistungstaatliche Tätigkeit Ausübung von finanzieller Macht ist, daß sich damit das Erfordernis parlamentarischer Mitwirkung in besonderer Deutlichkeit stellt.

Zu den beiden Themenkreisen „Vorbehalt des Möglichen“ und „Grenzen staatlicher Finanzmacht“ möchte ich einige grundsätzliche Bemerkungen machen.

Der Vorbehalt des Möglichen fordert zunächst die Koordination staatlicher Einnahme- und Ausgabepolitik. Diese Abstimmung hat das Parlament zu leisten. Dies geschieht nicht, indem ein Gesetz beide Gesetzgebungsbereiche verzahnt, sondern dadurch, daß das Parlament in seinen politischen Entscheidungen stets diese Brücke schlägt. Dabei ist es eine wesentliche Hilfe, daß der Bundesrechnungshof seit wenigen Jahren sich des Zusammenhangs von Steuerpolitik und Leistungsgeboten ausdrücklich annimmt und nicht nur die Ausgabenseite prüft, sondern sich auch kritisch zur Einnahmeseite und zum Gesamtvolumen von Einnahmen und Ausgaben äußert, z.B. gegenwärtig zu den „Einkünften aus Kapitalvermögen“. Ein zweites Beispiel für den Koordinationsbedarf zwischen staatlichem Geben und Nehmen bietet die Tatsache, daß staatlich gewährte Subventionen bei dem subventionsberechtigten Privatunternehmer der Einkommen- und Körperschaftsteuer unterworfen werden, der Staat also im Subventionsangebot den besonderen, mit öffentlichen Haushaltsmitteln ganz oder teilweise zu deckenden Bedarf des Unternehmers anerkennt, diesen Tatbestand aber zugleich als rechtfertigenden Grund für Steuerbelastungen in Anspruch nimmt. Staatliches Geben und Nehmen ist hier schlechthin unkoordiniert. Der Staat kann nicht einerseits geben und andererseits zugleich — teilweise mit progressivem Steuersatz — das Gegebene wieder zurücknehmen.

Die Steuer- oder Verschonungssubvention wird formal innerhalb des Steuerschuldverhältnisses angeboten, scheint deshalb noch am ehesten eine auf den staatlichen Steuerzugriff abgestimmte Subvention. Bei den Steuersubventionen müssen wir uns jedoch andere Probleme bewußt machen: Die parlamentarische Kontrolle, die im Leistungsrecht als jährliche Kontrolle gedacht ist, wird unterlaufen, weil die Steuerentlastungstatbestände irgendwann einmal in das Steuerrecht eingebracht werden, sie dann jedoch im Parlament in Vergessenheit geraten und deshalb über Jahre und Jahrzehnte weder in ihrem rechtfertigenden Anlaß noch in ihrer tatsächlich wirksamen Höhe überprüft werden müssen. Bundesstaatlich fragwürdig ist, ob der Gesetzgeber einen Verschonungstatbestand ganz oder teilweise zu Lasten fremder Kassen begründen darf, insbesondere der Bundesgesetzgeber bei der Regelung der Gemeinschaftsteuern oder der Landesertragsteuern lenkende und intervenierende, also verwaltungsrechtlich wirksame Entlastungstatbestände vorsehen darf. Außerdem ist fragwürdig, ob im Rahmen einer progressiven Steuer Subventionen ausgereicht werden dürfen, die dann den Steuerpflichtigen mit hoher Leistungskraft mehr begünstigen als den Steuerpflichtigen mit geringer Leistungskraft.

Im Problembereich der Staatsverschuldung — der zeitlichen Dimension des Leistungsstaates — möchte ich Herrn Mußnug nachdrücklich zustimmen. Es ist eine Fundamentalfrage unserer Verfassungsordnung, ob der Leistungsstaat sich durch Leistungen an die Gegenwart zu Lasten der Zukunft finanzkräftiger darstellen darf als der gegenwärtige Financier ihn ausstatten kann.

Eine weitere Überlegung, der wir uns näher widmen sollten, gilt der Frage, ob ein Vorbehalt des finanziell Möglichen nicht auch in den Bereich der Leistungsschuldverhältnisse eingebracht werden muß. Auch in dem Individualschuldverhältnis zwischen Leistungsstaat und Leistungsempfänger ist die Finanzierbarkeit der Leistungsverbindlichkeit entweder auf der Tatbestandsseite oder aber zumindest — wie es die Referenten fordern — im Ermessensbereich zu beachten. Dennoch lesen wir noch immer Äußerungen, die besagen, daß die Berücksichtigung des finanziell Möglichen zumindest einem Ermessensfehler nahekomme. Gerade hier ist es geboten, das Leistungsrecht in seiner Funktion und in seinen Grenzen sorgfältig zu definieren: Wenn eine bestimmte staatliche Zuwendung dem Regime des Leistungsrechts unterstellt ist, muß im Rahmen dieser individuellen Teilhabe an staatlicher Finanzkraft auch der Vorbehalt des Finanzierbaren berücksichtigt werden.

Meine zweite grundsätzliche Bemerkung hat die Finanzmächtigkeit des Staates zum Thema: Die Verfügungsgewalt über Finanzmittel befähigt zum Handeln, zum Steuern, zum Ordnen und zum Umverteilen. Unser Staatswesen leitet einen wesentlichen Teil seiner Stabilität aus

seiner Finanzmächtigkeit her. Deswegen haben die Lenkungs- und Reaktionskompetenzen des Parlaments hier eine wichtige Funktion. Es ist begrüßenswert, daß alle drei Referenten nachdrücklich eine Zementierung staatlicher Leistungsgepflogenheiten durch entsprechende individualrechtliche Leistungsansprüche abwehren wollen. Diesen Weg werden wir sicherlich gemeinsam gehen müssen. Dann aber stellt sich die weitere Frage, ob über die parlamentarischen Globalermächtigungen und die auch im Haushaltswesen enthaltenen sachbereichs- und gegenstandsbezogenen Individualermächtigungen noch ein gesetzlicher Regelungsbedarf besteht. Wir haben im Grundgesetz z.B. einige Gesetzesvorbehalte aus bundesstaatlichem Anlaß: die Geldleistungsgesetze, die Ausgaben für die Auftragsverwaltung, die Finanzhilfen und die finanzwirtschaftlichen Gemeinschaftsaufgaben. Diese bundesstaatlichen Gesetzesvorbehalte fordern allerdings nicht eine Regelungsdichte und Regelungsweite von einer Intensität, wie wir sie herkömmlich bei den rechtsstaatlichen Gesetzesvorbehalten postulieren. Darüber hinaus wäre erwägenswert, ob der Gesetzgeber nicht jedenfalls in einem allgemeinen Teil eines Leistungsgesetzes die Grundkategorien staatlichen Leisten-Dürfens und Leisten-Müssens definieren sollte. Ich möchte nicht unbedingt den Hinweis auf eine Grundlagengesetzgebung im Sinne einer Normenstufung, wie sie Herr *Hufen* vorschlägt, oder die gesetzliche Basiswertung, die Herr *Hill* im Auge hat, aufnehmen. Diese Anregungen müßte man diskutieren und insbesondere von der bei den Gemeinschaftsaufgaben im Hochschulrecht, im Haushaltsgrundsätzegesetz und im Staatskirchenrecht geläufigen Grundsatzgesetzgebung abheben. Jedenfalls wäre es in der Tendenz aber eine richtige Lösung, wenn die Art staatlichen Leistens gesetzlich geregelt würde. Es macht einen erheblichen Unterschied, ob der Staat dem Bürger ohne Auflagen Geldmittel gibt, er also schlicht den finanziellen Handlungsspielraum des Empfängers erweitert, er ihn zu einer beliebigen Nachfrage befähigt, oder ob er ihm Sachleistungen gewährt, damit den Bedarf definiert, den der Bürger zu befriedigen in der Lage sein soll. Für die rechtlichen Maßstäbe wesentlich ist auch die Unterscheidung zwischen einem Dauerschuldverhältnis oder einem Einmalschuldverhältnis; zwischen der vom Staat geschaffenen Einrichtung, die nur die vom Staat definierten Nutzungsmöglichkeiten anbietet, und der staatlichen Unterstützung privater Einrichtungen, die lediglich das Entstehen und die Zielrichtung der Institution in staatliche Mitverantwortung gibt, die Nutzungsart aber privater Hand überläßt. Wichtig wäre auch eine Definition der Ziele staatlichen Leistens. Die Erhaltungssubvention z.B. wahrt den Besitzstand auch in der Phase, in der freiheitliches Handeln zu Risiken führt, diese typische Folge der Freiheitsausübung aber offenbar nicht in der alleinigen Verantwortlichkeit des Freien, des privatrechtlichen Tätigen belassen sein soll. Anpassungssubventionen hin-

gegen binden die privaten Initiativen durch die goldenen Zügel des Geldes in staatliche Verwaltungsprogramme, „erkaufen“ also ein Zusammenwirken zwischen öffentlicher und privater Hand.

Sodann wäre auch der Konkretisierungsgrad von Leistungszielen klärungsbedürftig. Wenn wir etwa Subventionen mit dem Ziel, Arbeitsplätze zu schaffen oder das Wirtschaftswachstum zu fördern, begründen, so stellt sich die Frage, ob wir uns mit einer Zielvorgabe von dieser Allgemeinheit begnügen können. Selbstverständlich erfüllt jede Aktivität, die irgendwie marktwirksam ist, die Kriterien der Marktbelegung und zumindest der mittelbaren Arbeitsplatzsicherung oder -erweiterung. Hier wird die Staatsleistung sich nicht mit diesen abstrakten ökonomischen Zielen zufrieden geben dürfen, sondern zu unterscheiden haben, ob der neugeschaffene Arbeitsplatz z.B. ein Kulturgut oder wohl eher Vulgärliteratur hervorbringt. Wenn der Staat vor der Alternative steht, mit dem Stabilisierungsauftrag zugleich einen kulturstaatlichen Auftrag zu erfüllen (oder ihm zumindest nicht zuwider zu handeln), so wird er beiden Zielen dienen müssen. Der Einwand der leistungsstaatlichen Bevormundung privater Initiativen würde sich gegen die Subvention schlechthin, nicht gegen die Auswahl zwischen einem anspruchsvollen und einem belanglosen Vorhaben wenden.

Schließlich möchte ich noch eine Bemerkung zu der von den Referenten angeschnittenen Frage von Freiheit und Autonomiebereich anfügen. Zunächst müssen wir im Bewußtsein halten, daß privatautonome Selbstregelung den Staat entlastet. Die staatlichen Instrumente zur Entscheidungsfindung sind nicht darauf angelegt, vielleicht auch nicht geeignet, eine prinzipielle Vermögensumverteilung ohne das Korrektiv privater Freiheit zu bewirken. Würde man sich einmal vorstellen, der Staat solle mit seinen Entscheidungsfindungsverfahren den Markt ersetzen, so würde man deutlich sehen, daß diese öffentlich-rechtliche Verteilungstechnik nicht funktionieren kann. Andererseits neigt eine autonome Gruppe, die durch staatliches Recht in ihren Handlungsmitteln und in ihrem Einflußbereich gestützt wird, zu einer Selbstbestimmung zu Lasten Dritter. Gegen eine derartige Verfremdung der Autonomie, wie wir sie z.B. im Sozialversicherungswesen kennen, müssen Verantwortlichkeiten der Betroffenen neu begründet werden. Wenn z.B. das Recht der Pflichtversicherungen die finanzielle Nachfragekraft am Markt des Gesundheitswesens abgeschöpft hat und jetzt der Nachfrager bei Empfang der medizinischen Leistung nicht selbst den Preis erbringen muß, also die Kontrolle der Leistung durch die Preiszahlungspflicht nicht mehr funktioniert, so ist die Kostenexplosion in dem System angelegt. Sind sich Arzt und Patient einig, daß das Teuerste „gerade gut genug“ ist, so hilft nur eine sozialstaatlich vertretbare Mitbeteiligung des Patienten.

Unsere Grundsatzfrage nach der Gesetzesgestaltung im Leistungsstaat müssen wir mit einem arbeitsteiligen Gestaltungsauftrag beantworten: Der Gesetzgeber hat die Global- und Sachbereichsermächtigung, sodann auch die Struktur eines allgemeinen Leistungsrechts zu regeln, zugleich aber den Gestaltungsspielraum der Verwaltung zu wahren, die den Gläubiger und die Höhe der Leistung weitgehend bestimmen soll.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Kirchhof*, für Ihre umfassenden Bemerkungen zu den drei Referaten. Das Wort hat jetzt Herr *Hans Peter Ipsen*.

H.P. Ipsen: Das Thema, das heute behandelt worden ist, bezieht sich auf drei Bereiche des Leistungsrechts. Die Referenten haben sich ihre Aufgabe geteilt: Subventionen, Daseinsvorsorge, Sozialleistungen. Allen diesen Leistungsarten dürfte gemeinsam sein, daß es sich um finanzielle oder geldwerte Leistungen der öffentlichen Hand an einzelne handelt. Gleichwohl besteht ein elementarer Unterschied zwischen dem Subventionswesen einerseits, auf der anderen Seite der Daseinsvorsorge und den Sozialleistungen. Diese beiden werden – selbstverständlich in Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und Staatszwecke – gewährt zur Grundrechtsbefriedigung und -verwirklichung im Interesse eines Individuums oder der Allgemeinheit. Es sind Leistungen, die für die Existenz des einzelnen oder die Lebensbedürfnisse der Allgemeinheit erheblich sind.

In diesen Leistungen steckt aber nicht eine davon abgespaltene spezifische öffentliche Zweckverfolgung, wie sie bei der Subventionierung stattfindet. Sie erfolgt zugunsten eines einzelnen (eines sehr großen einzelnen wie Krupp-Stahl oder eines kleineren), für jemand, der vorwiegend im Wirtschaftsbereich tätig ist und dem die Subventionsleistung zugewendet wird, um mit seiner wirtschaftlichen Aktivität einen öffentlichen Zweck zu verfolgen, wie er weder von Sozialleistungsempfängern noch von den Nutznießern der Daseinsvorsorge erwartet wird. Subventionierung verfolgt einen besonderen öffentlichen Zweck durch Verhaltensbeeinflussung des Subventionsempfängers. Subventionierung ist also Zuwendung prinzipiell nicht im grundrechtlichen Individualinteresse eines einzelnen, auch nicht im Allgemeinwohlssinne, sondern Finanzleistung an einen einzelnen zur Verfolgung eines bestimmten öffentlichen Zwecks.

Wenn ich dabei überwiegend die Wirtschaftssubventionierung vor Augen habe, dann deshalb, weil sie im Etatvolumen zweifellos den größten Umfang einnimmt und aus diesem Bereich auch die kritischen Fragen der Rechtsgestaltung entstehen. Ich denke bei Elementen solcher Zweckverfolgung in der Wirtschaftssubventionierung etwa an die

Sorge um die Arbeitsplätze, an Wachstumsvorsorge, Strukturpolitik, Regionalpolitik usw., so daß der einzelne Subventionsempfänger mit seiner Tätigkeit dazu beiträgt, einen spezifischen öffentlichen Zweck zu erfüllen.

Einen Grenzfall mag die Landwirtschaftssubventionierung darstellen. Aber wenn man die Geschichte der Agrarsubventionierung verfolgt, auch in frühere Zeiten zurück, dann ist doch immer entscheidend gewesen ein öffentlicher Zweck: die Vorratshaltung für den Heeresbedarf, für den nächsten Krieg, Unabhängigkeit von Importen, „Blut- und Boden“-Parolen bevölkerungspolitischer Art im Dritten Reich oder heute Leistungen, die von der Landwirtschaft für den Umweltschutz erwartet werden. Dabei verkenne ich nicht, daß die individuelle Leistungszuwendung (z.B. durch Preis- und Abnahmegarantien) an die Landwirtschaft auf der Grenze liegen mag. Das hängt heute mit Art. 39 EWGV zusammen, der der Landwirtschaft eine angemessene Lebenshaltung gewährleistet.

Die Folgerungen, die ich zwischen jenen drei Bereichen für die Rechtsgestaltung ziehe, scheinen mir erheblich zu sein. In den Referaten von Herrn *Hufen* und Herrn *Hill* sind zur Gesetzesgestaltung und -anwendung gewisse Elemente einer Gesetzgebungslehre vorgetragen worden. Darauf kann ich nicht näher eingehen. Ich meine bei Herrn *Hufen* (Thesen 7 und 8) die Grundlagengesetzgebung mit einem anschließenden vereinfachten Gesetzgebungsgang oder bei Herrn *Hill* (These 7) das System gesetzlicher Basiswertung.

Der Ausgangspunkt von Herrn *Mußnug* mußte ein ganz anderer sein, und ich begrüße es, daß er das Problem der Finanzierung der Subventionierung an den Anfang gesetzt hat. Das ist deshalb entscheidend, weil mit der Etatausweisung der Subventionsmittel zunächst einmal eine Bemessung des etwa erforderlichen Subventionsaufwandes notwendig ist und sich dann anschließend ein Problem ergibt, das in den beiden anderen Bereichen der Leistungsverwaltung selten oder überhaupt nicht auftritt, nämlich das der Verteilung der bereitgestellten Mittel, die in aller Regel zu knapp sind. Dieses Problem löst spezifische Anforderungen für die Rechtsgestaltung des Verfahrens aus. Im Etatposten selbst können solche Regeln über die Art der Verteilung nicht gegeben werden. Der Etat kann nur eine Zweckbestimmung setzen, an die man sich zu halten hat, und deren Nichtbeachtung stellt dann nicht, wie gesagt worden ist, einen Mißbrauch dar, sondern eine schlichte Verletzung der gesetzten Norm, denn der Ettattitel ist mit dem Haushaltsgesetz Normelement geworden.

Da irgendwelche Regeln bestehen müssen, um die Verteilung zu ermöglichen, ist im Subventionswesen die Figur der Richtlinien relevant geworden, die auch das Verfahren im übrigen regeln. Herr *Mußnug* ist dabei nicht auf die früher im Subventionsrecht erörterte Frage einge-

gangen, wieweit diese Richtlinien normative Außenwirkung haben, was bei Rechtsschutzfragen, bei der Konkurrentenklage relevant werden kann. Die Selbstbindung der Verwaltung an die Richtlinien führt dazu, daß den Richtlinien mit Hilfe der Gleichheitsprüfung rechtliche Außenwirkung zukommt.

Zum Verteilungsproblem stellt sich die Hauptfrage, nach welchen Maßstäben verteilt werden soll, wenn der Etatittel nicht für alle Interessenten ausreicht. Hier stellt sich die Prioritätsproblematik, die einer Quotierung usw. Hierüber handeln die Richtlinien. Im Bereich der Stahlsubventionierung, die ein Dauerthema ist, hat ein ausführlicher europarechtlicher Kodex hierzu subtile Regelungen bereitgestellt. Herr *Hufen* (These 17) und Herr *Hill* (These 9) haben Anregungen zu diesen Fragen gegeben.

Ich schließe mit einer Bemerkung zur These 4 von Herrn *Mußnug*, Subventionen tunlichst zu reduzieren und individueller Vorsorge den Vorrang zu geben. Das ist eine Thematik, die nach meiner Vorstellung vom Subventionswesen — jedenfalls im Wirtschaftsbereich — kaum praktikabel ist und eine Preisgabe der öffentlichen Zweckverfolgung bedeuten würde.

Letztlich ein Folgerungssatz zu allen drei Referaten: die Berichte haben unterschiedliche Antworten gegeben auf die gestellte Frage der Gesetzesgestaltung ihrer Materien. Aus den Berichten zu den Themata „Daseinsvorsorge“ und „Sozialgestaltung“ können für das Subventionswesen nur wenige Anregungen entnommen werden.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Ipsen*. Wir sind besonders dankbar für Ihr Votum, weil gerade in Ihrer Person die leistungsstaatliche Thematik der Vereinigung gegenwärtig geworden ist. Es ist ja häufig über die Leistungsstaatlichkeit gesprochen worden. Als nächster hat das Wort Herr Kollege von *Arnim*.

von Arnim: Wenn der klassische Vorwurf von *Ernst Forsthoff*, die Staatsrechtswissenschaft sei zu einer Rechtsstaatswissenschaft verkommen, die im engen normativen Gehäuse ihr Wesen treibe, wenn dieser Vorwurf überhaupt jemals eine Berechtigung hatte, auf die 5 Referate von gestern und heute trifft er jedenfalls nicht zu. Kompliment und Anerkennung. Es hat gestern und wird heute sicher auch Versuche geben, insbesondere Sie, Herr *Hufen* und Herr *Hill* und gestern Herr *Zipelius*, in das Prokrustesbett überkommener rechtsstaatlicher Enge zurückzuholen. Das darf Sie nicht berühren! Ich möchte gern einen Aspekt, der gestern und heute eine Rolle spielte, ansprechen und die drei heutigen Referenten bitten, darauf im Zusammenhang noch einmal einzugehen. Die Frage, die gestern und heute — wie ich meine — hinter den Referaten und auch den Diskussionen stand, war, ob das

optimierende Richtigkeitsdenken, das wir für die Rechtsprechung und Verwaltung mehr oder weniger zu akzeptieren gelernt haben, ob dieses optimierende Richtigkeitsdenken legitimerweise auch von der Gesetzgebung verlangt werden kann. Die Herren Referenten *Zippelius*, *Hufen* und *Hill* haben – wenn ich recht sehe – diese Frage ohne weiteres bejaht. Die Herren *Ipsen* und *Stern* haben sie – wenn ich sie recht verstanden habe – gestern implizit verneint. Diese Frage kommt zum Schwur, wenn es um die Kontrolle des Gesetzgebers durch die Rechtsprechung geht. Die Antworten drücken sich im Umfang der Intensität der gerichtlichen Kontrolle aus, die man jeweils empfiehlt, und hängen sehr von der faktischen Richtigkeitserwartung ab, die wir hinsichtlich des politischen Prozesses, aus dem die Gesetze ja hervorgehen, haben oder glauben haben zu können. Gestern in einem Diskussionsbeitrag hat Herr *Riedel* dies mit dem Hinweis auf *Elys* „Democracy and Distrust“ zum Ausdruck gebracht, und Herr *Schuppert* hat mit seinem Hinweis auf die strict-scrutiny-Prüfung des amerikanischen Supreme Court bei verdächtigen Akten gleichfalls darauf abgehoben. Wenn es nun aber zutrifft, daß bestimmte, besonders wichtige Belange in der realexistierenden pluralistischen Demokratie unserer Tage leicht zu kurz kommen, wie es besonders bei Herrn *Hufen* anklang, wenn er darauf hinwies, daß langfristiges allgemeinorientiertes Denken unprofitabel für den politischen Tatmenschen sei, und wenn er weiter eine Stärkung der Artikulationskraft Schwächerer unterstützen wollte, wenn dies also zutrifft, müßte dann nach dem – ich möchte es mal so nennen – democracy-distrust-Kontrollgrundsatz nicht eigentlich eine besonders intensive Kontrolle durch die Rechtsprechung erfolgen, sofern sie nicht ähnliche oder andere Defizite als der politische Prozeß aufweist? Hier kommt man allerdings, meine ich, in ein offenes Dilemma. Die Rechtsprechung wäre wohl überfordert, wollte man ihr die Korrektur aller Pluralismusdefizite, die Korrektur aller Fälle von Staatsversagen aufbürden. Als Ausweg, und das ist nun meine Frage an die drei Referenten, als Ausweg aus diesem Dilemma wird zunächst von den Herren *Zippelius*, *Müller*, *Hufen* und *Hill* – wenn ich sehe, einheitlich – die Differenzierung zwischen strenger verfassungsrechtlicher Handlungsbindung und loserer Gerichtskontrolle angeboten. Dadurch soll einerseits die Überforderung der Rechtsprechung vermieden werden, andererseits es aber trotzdem ermöglicht werden, die strenge Bindung des Gesetzgebers beizubehalten. Ich stimme dem zu, möchte aber die Referenten fragen, ob die Diskrepanz zwischen Soll und Ist, die durch eine direkte Gerichtskontrolle nur sehr beschränkt in Richtung auf das Soll verringert werden kann, nicht durch das Einziehen einer zusätzlichen Ebene, durch das Einziehen zusätzlicher Elemente, nämlich der Organisation und des Verfahrens, erfolversprechend verringert werden kann. Anders ausgedrückt: Reichen Appelle an den Ge-

setzgeber, was er alles tun soll, wirklich aus oder müssen wir uns nicht auch Gedanken darüber machen, wie die Ordnung der Willensbildung durch organisatorische und verfahrensmäßige Innovationen so verbessert werden kann, daß die Akteure in der politischen Praxis es leichter haben, „Richtiges“ auch durchzusetzen? Dazu, um es konkret zu machen, zwei kleine Beispiele. Eines betrifft den gestrigen Tag, das andere den heutigen. Ein Beispiel aus der Verwaltung, das andere aus der Gesetzgebung. Zunächst aus der Verwaltung: Herr *Zippelius* hat u.a. darauf abgehoben, daß die Einhaltung des Art. 33 Abs. 2 GG gefordert werden muß, und hat parteipolitische Ämterpatronage kritisiert. Können wir uns auf diesen Appell, Art. 33 Abs. 2 einzuhalten, beschränken oder müssen wir uns nicht auch und vielleicht in erster Linie Gedanken darüber machen, mit welchen institutionellen Innovationen wir den Adressaten dieses Postulats die Einhaltung des Art. 33 Abs. 2 in der Praxis so erleichtern, daß aus dem frommen Wunsch und abstrakten Postulat etwas wirklich Realisierbares wird. Das zweite Beispiel aus dem Gesetzgebungsprozeß: Hier scheint mir Herrn *Hufens* Gedanke der unabhängigen Gesetzgebungskommission, den ja auch Herr *Hill* aufgegriffen hat, genau in die gleiche Richtung zu gehen. Dabei geht es nicht nur um bessere Information des Gesetzgebers, in Wahrheit wohnt diesem Kommissionsgedanken ja wohl auch eine Gegengewichtsvorstellung inne: Wissen ist Macht, Information ist Macht, und das durch solche Kommissionen aufgedrängte Wissen um die Zusammenhänge soll auch denen ihr Werk erschweren, die unter Ausblendung und Abdunklung der durch Informationen hergestellten Zusammenhänge ihr partikuläres Süsschen kochen möchten. Meine These also, zu der ich die Referenten bitten würde, Stellung zu nehmen, wäre, daß das Nachdenken über derartige institutionelle Verbesserungen auf absehbare Zeit besonders ertragversprechend wäre. Vielleicht handelt es sich sogar um *die* Verfassungsfrage unserer Zeit. Jedenfalls sollten wir uns damit intensiver beschäftigen als wir es vielleicht in der Vergangenheit getan haben, um einem Abwandern dieser Fragestellung in andere Disziplinen – etwa in die politische Ökonomie – vorzubeugen.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *von Arnim*. Herr *Hoffmann-Riem*, bitte.

Hoffmann-Riem: Eine Prämisse der drei Referate war der Befund, daß die mit der Industrialisierung verbundene gewaltige Verantwortungsübernahme durch den Staat an ihre Grenzen gestoßen ist. Wir wissen, daß der Staat heute mit der Fülle seiner Aufgaben und Verantwortlichkeiten überfordert ist, und wir merken, daß es eine Reihe von Krisensymptomen gibt, von der Finanzkrise, die Herr *Kirchhof* eben

erneut angesprochen hat, bis hin zur Umweltkrise und zu tiefgreifenden Legitimationskrisen.

Ich bin dankbar, daß die Referenten auf die Krisensymptome nicht mit einfachen Antworten reagiert haben, wie sie früher in Diskussionen üblich waren. Wir haben z.B. weder die Aufforderung zur Entrechtlichung noch einen schlichten Appell „Zurück zum Markt“ gehört. Es ist allgemein bekannt, daß die staatliche Verantwortungsübernahme auch eine Reaktion auf Marktversagen war. Politikversagen allein schafft keine Legitimation, wieder zum Marktversagen zurückzukehren.

Wir haben noch eine weitere Antwort nicht gehört, die vor zehn oder zwanzig Jahren in diesem Kreis en vogue gewesen wäre, nämlich den Ruf nach staatlicher Planung. Das Wort Planung ist in den Referaten wenig oder gar nicht vorgekommen, und dies, obwohl sie vom Leistungsstaat gehandelt haben. Statt dessen erklang ein neues Zauberwort, das vor allem Herr *Hufen* und Herr *Hill* betont haben, das der Selbstregulierung. Selbstregulierung im Zusammenhang des Leistungsstaats zu fordern, ihn also nicht aufzugeben, heißt, daß der Staat mit dazu beitragen muß, daß Selbstregulierung im Leistungsstaat funktionsfähig wird. Es sollen nicht die sozial- und rechtsstaatlichen Ziele und demokratischen Vorgaben aufgegeben werden; es soll nur ein modifizierter Weg der Zielerreichung eingeschlagen werden. Gefordert ist insofern eine staatliche Politik der Selbstregulierung. Notwendig ist weiterhin eine staatliche Verantwortungsübernahme, die vor allem auf ein Problem reagieren muß, das mit gesellschaftlicher Selbstregulierung verbunden ist, nämlich das Problem von Macht und Machtasymmetrien. Die Aufgabe des modernen Leistungsstaats dürfte insofern darauf zielen, im Rahmen selbstregulativer Systeme das Machtproblem zu bewältigen. Der Markt versagt in vielem als Steuerungsmechanismus vor dem Machtproblem. Gefordert ist ein Wächter über Machtgebrauch und -mißbrauch. Dies kann letztlich nur der Staat sein. Daher wird eine staatliche Rahmensetzung für selbstregulative Prozesse benötigt. Erforderlich ist eine Steuerung von Selbstregulierung. Soll Selbstregulierung zur Staatsentlastung führen, so setzt deren Erfolg – wie *Offe* formuliert hat – eine staatliche Politik dieser Staatsentlastung voraus.

Das Vertrauen auf regulierte Selbstregulierung wird dazu führen müssen, daß eine Reihe von Tendenzen der Entwicklung umgekehrt werden, die für die letzten Jahrzehnte prägend waren. So bedeutet Selbstregulierung eine Abkehr von Tendenzen der Zentralisierung. Wichtige Stichworte der Zukunft lauten: Dezentralisierung, Lokalisierung, die Hineingabe von Verantwortung in kleinere Einheiten. Dies erfordert auch ein großes Maß an Toleranz, etwa Toleranz für Wertvorstellungen und für Wertewelten, die sich in diesen kleinen Einheiten bilden und die nicht unbedingt den Konsens der Mehrheiten finden.

In diesem Sinne ist also eine machtarme und von Toleranz begleitete Selbstregulierung gefordert. Dies zu ermöglichen, bedeutet eine schwierige Aufgabe nicht nur für die staatliche Politik. Sie wird von der Gesetzgebung und Gesetzesanwendung und damit auch von der Rechtswissenschaft schwieriger zu bewältigen sein als der Umgang mit der bisherigen imperativen Steuerung und die bloße Verteilung von Überschulleistungen. Gerade weil Knappheitsprobleme zu bewältigen sind, muß die zukünftige Politik erheblich voraussetzungsvoller konzipiert werden als die bisher praktizierte. Was not tut, ist die Entwicklung einer politischen Programmatik und einer rechtswissenschaftlichen Dogmatik des selbstregulativen Sozialstaats, der zugleich ausgleichender Sozialstaat ist.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Hoffmann-Riem*, auch besonders dafür, daß Sie sich so präzise ausgedrückt haben, daß Sie die 5 Minuten unterschritten haben.

Herr *Wenger* ist der nächste, und zwar Herr *Wenger* als normaler Diskussionsteilnehmer, nicht als österreichischer Korreferent, also auch auf 5 Minuten beschränkt. So ist es verabredet.

Wenger: Wenn ich Herrn *Mußnug* richtig verstanden habe, so sind die vom aktuellen Leistungsrecht erfaßten Leistungen an den Bürger vor allem durch zwei Merkmale gekennzeichnet, die in einem gewissen antagonistischen Verhältnis zueinander stehen. Einerseits räumt die Verfassung dem Gesetzgeber eine weitgehende Gestaltungsfreiheit ein und stellt ihm grundsätzlich mehrere Gestaltungs- und Handlungsformen zur Verfügung, andererseits zieht die Finanzabhängigkeit der Leistungen ihrer Gewährung in der sozialen Wirklichkeit faktisch Grenzen. Das gilt nach den Darlegungen von Herrn *Mußnug* sowohl für Leistungen der öffentlichen Daseinsvorsorge als auch für Sozialleistungen und Subventionen, nicht dagegen für sogenannte „erdiente“ Leistungen wie Beamtenbesoldung, Abgeordnetenentschädigung u.ä. und für Entschädigungsleistungen, weil diesen die freie Gestaltbarkeit abgeht. Dieser Ausklammerung kann man durchaus zustimmen, wenngleich, wie die Beamtenbesoldungsrunden immer wieder zeigen, auch hier die faktischen Finanzierungsmöglichkeiten in den konkreten Anwendungsfällen das eigentlich Ausschlaggebende zu sein pflegen. Ich frage mich aber, ob die Situation bei den Sozialleistungen, insbesondere bei den Pensionsleistungen nicht mit dem Beamtenbesoldungsrecht aus der Sicht der Leistungsempfänger mehr Gemeinsamkeiten aufweist als mit dem Subventionsrecht. Bei der gesetzlichen Regelung der Pensionsleistungen werden Rechtsansprüche geschaffen, die im Einzelfall mittels der Sozialgerichtsbarkeit durchsetzbar sind. Wenn nun die Po-

litiker der sechziger Jahre, offenbar in der optimistischen Erwartung, reale Wachstumsraten von 3 bis 6 Prozent des Sozialprodukts pro Jahr wären für die kommenden Jahrzehnte ein Dauerzustand, eine jährliche Anpassung der Pensionsleistungen durch die Verwaltung als sogenannte „Rentendynamisierung“ vorgesehen haben, so ist die damit ausgelöste Tendenz zur stetigen Erhöhung der Pensionsleistungen realpolitisch auch in Jahren konjunktureller Rezession nicht mehr in einem dem Finanzierungsspielraum entsprechenden Ausmaß umkehrbar. Anders ausgedrückt, die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers ist ähnlich eingeschränkt wie für die Regelung der Beamtenbesoldung. Als zusätzliche Finanzierungsquelle muß dann eben der Staatshaushalt herhalten, der die zwar als Institution der sozialen Selbstverwaltung eingerichtete, aber mit staatlicher Ausfallhaftung ausgestattete Pensionsversicherungsanstalt heute in die Lage versetzt, die staatlich festgesetzten Pensionsleistungen tatsächlich auszuzahlen. Dazu kommt als weitere Ähnlichkeit der Pensionsleistungen mit den Beamtenbezügen, daß in beiden Fällen der Leistungsempfänger rechtlich frei darüber entscheiden kann, wofür er die ihm zugekommenen Geldbeträge verwendet, ob er damit seine laufenden Lebenshaltungskosten bestreitet, ob er Teile davon spart, verschenkt oder im Extremfall sogar im Casino verspielt. Diesbezügliche Verwendungsbeschränkungen seitens des Gesetzgebers wären, auch wenn sie noch so gut gemeint wären, wohl als Einschränkung der Konsumfreiheit als essentiellem Element der Wirtschaftsfreiheit wirtschaftsverfassungsrechtlich unzulässig.

Ganz anders ist dagegen der rechtliche Gestaltungsspielraum bei der Regelung der Subventionsleistungen. Schon rein budgetrechtlich wird der Unterschied dadurch deutlich, daß Staatszuschüsse an die Pensionsversicherung als gesetzliche Verpflichtung, Förderungsausgaben aber als Ermessensausgaben zu veranschlagen sind. Nach dem neuen österreichischen Bundeshaushaltsgesetz (§ 20 Abs. 5) dürfen Förderungsausgaben im Bundeshaushalt nur vorgesehen werden, wenn der Förderungsempfänger mit Hilfe der Förderung eine Leistung zu erbringen beabsichtigt, an der ein erhebliches vom Bund wahrzunehmendes öffentliches Interesse besteht. Die in Österreich grundsätzlich privatrechtlich gestalteten Subventionsverträge sind nach den Verfassungsgrundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit staatlicher Gebarung grundsätzlich als entgeltliche Verträge zu gestalten, die für den Fall der Nichterbringung der Gegenleistung des Subventionsempfängers die Rückzahlung der Subventionsleistung vorzusehen haben. Hier verstößt die Verwendungsbeschränkung in keiner Weise gegen die grundrechtlich geschützte Privatautonomie des Subventionsempfängers. Im Gegenteil, sie ist systemimmanente Konsequenz aus den verfassungsgesetzlich festgelegten Gebarungsgrundsätzen mit öffentlichen Vermögen einerseits und aus einem richtigen Verständnis

des Gleichheitssatzes für das Handeln der Staatsorgane in der Leistungsverwaltung andererseits.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Wenger*. Der nächste ist Herr von *Mutius*.

von Mutius: Erlauben sie mir zunächst eine scherzhafte Vorbemerkung: Die Diktion einiger Ausführungen von Herrn *Mußnug* zur BAFöG-Praxis veranlaßt mich dazu, ihm die Zusendung der letzten im Auftrage des BMBW erstellten Sozialerhebung des Deutschen Studentenwerkes anzubieten. Ich möchte gerne mit ihm zusammen diese Sozialerhebung daraufhin durchsehen, ob wir wirklich hier den BAFöG-Darlehens-Empfänger finden, der mit seinem Porsche aus dem sog. Mittelstandsloch herausfährt. Wenn es ihn oder andere seiner Art erkennbar gibt, bin ich gern bereit, mein Vorverständnis zur Praxis der derzeitigen Ausbildungsförderung zu korrigieren. Aber nun ernsthaft zu drei Aspekten der Referate:

1. Wie bereits soeben Herr *Wenger* vorgetragen hat, habe auch ich mich gefragt, ob es wirklich notwendig bzw. sachgerecht war, die „erdienten“ Leistungen aus der kritischen Würdigung des geltenden Leistungsrechts auszuklammern (These 2 im Referat *Mußnug*). Geht man davon aus, daß Leistungen Geld- bzw. vermögenswerte Zuwendungen darstellen, so kann es im Grunde genommen nicht darauf ankommen, ob etwaige Leistungsansprüche durch Freiheitsbetätigung (Arbeit usw.) oder Kapitaleinsatz erworben worden sind. Gerade die von Herrn *Mußnug* beschriebenen Begrenzungen des Leistungsrechts durch die Finanzverfassung und ein etwaiges Übermaßverbot sowie die Parallelen zu Leistungen der Sozialversicherung, insbesondere der Rentenversicherung, sprechen dafür, „erdiente“ Leistungen nicht von vornherein auszuklammern. Denn es ist gerade die Frage, ob die „freie Gestaltbarkeit“ für das Leistungsrecht wirklich durchgängig typisch ist.

2. Im Gegensatz zu den Referaten von *Hufen* und *Hill* beruhen die von Herrn *Mußnug* vorgetragenen Gedanken auf einer nahezu strikten Trennung von Leistungs- und Eingriffsrecht. Ich habe erhebliche Bedenken, ob sich diese Trennung wirklich rechtsdogmatisch durchhalten läßt. Wie bereits Herr *Ipsen* zutreffend betont hat, haben Leistungsgewährung und Leistungsverweigerung in der heutigen Verwaltung des Mangels und der Verteilung knapper Ressourcen unter konkurrierenden Interessenten vielfältige Grundrechtsrelevanz (ich erinnere nur an die Teilhabe- und Verfahrensdimensionen des Grundrechtsschutzes und an das Verständnis der Grundrechte als Ausübungsvoraussetzungen), Gleichheitsbezug sowie föderative Relevanz. Hieraus ergeben sich eine Reihe von Konsequenzen, die ich anders als im Referat von *Mußnug* dargestellt sehe:

a) Zunächst hat dies Konsequenzen für den Vorbehalt des parlamentarischen Gesetzes, welches selbst Intensität und Voraussetzungen der Grundrechtsrelevanz hinreichend bestimmt normieren muß. Eine Steuerung des staatlichen Leistungsrechts mittels Haushaltsgesetz und Haushaltsplan (These 7 von Herrn *Mußnug*) reicht meines Erachtens nicht aus. Wie bereits in der Kölner Tagung erörtert, kann durch Haushaltsrecht nur eine quantitative und möglicherweise funktionale Begrenzung finanzieller Leistungen erreicht werden, nicht jedoch eine qualitative, strukturelle und modale Steuerung sowie eine sachgerechte Verteilung der Finanzmittel.

b) Das Leistungsrecht nur via Haushaltsgesetz und Haushaltsplan steuern zu wollen, blendet die Außenrechtsbeziehungen zum Bürger, die sonstigen Drittwirkungen, die Vernetzungen der Leistungssysteme weitgehend aus. Eine Folge dieses Ansatzes findet sich in der These 14 von Herrn *Mußnug* (mangelnde gerichtliche Kontrolle im Leistungsrecht); aber auch die negativen Wirkungen der Haushaltsstrukturgesetzgebung sprechen eher für als gegen die Notwendigkeit eines materiellen Gesetzes.

c) Die Steuerung des Leistungsrechts überwiegend durch Haushaltsgesetz und Haushaltsplan verschiebt im übrigen die politische und administrative Entscheidungsverantwortung in der Gesetzesgestaltung und -anwendung. Ich verweise nur auf die im Gegensatz zur materiellen Leistungsgesetzgebung abweichenden Zuständigkeiten der Ministerialbürokratie, der Parlamentsausschüsse und der Kontrollinstitutionen.

3. Der möglicherweise unauflösbare Konflikt zwischen notwendiger parlamentarisch-gesetzlicher Bestimmtheit auf der Rechtsgeltungsebene und erwünschter Flexibilität bzw. Einzelfallgerechtigkeit für die Rechtsanwendungsebene haben die Referenten, insbesondere die Herren *Hufen* und *Hill*, mit gleicher Tendenz, aber etwas unterschiedlichen Instrumenten aufzulösen versucht. Ich stimme vielen der gemachten Vorschläge nachdrücklich zu, etwa der Notwendigkeit von allgemeinen oder Stammgesetzen mit „Anpassungsfenstern“ (These 8 bei *Hufen*), der stärkeren Betonung von Organisation und Verfahren in der Gesetzesgestaltung sowie der stärkeren dogmatischen Differenzierung zwischen Tatbestand und Rechtsfolge etwa durch Aufnahme von Wertrelationen (These 7 bei *Hill*). Ob man hierfür allerdings den Ausdruck „bewegliches System“ verwenden sollte, erscheint mir fraglich; hier bedarf es, um überhaupt von Dogmatik und System sprechen zu können, noch einer intensiven methodologischen Verfeinerung. Aber die Referate von *Hufen* und *Hill* werfen auch zahlreiche offene Fragen auf, von denen ich nur einige andeuten kann:

a) Ist es etwa wirklich richtig, für Stammgesetze qualifizierte Mehrheiten zu verlangen mit der Folge eines generellen Vorrangs vor besonderen oder fachspezifischen Gesetzen (These 7 bei *Hufen*)? Meines Er-

achtens ist dies im Hinblick auf die Rechtsquellenlehre bedenklich und im Hinblick auf den Grundsatz der Systemgerechtigkeit aus Art. 3 Abs. 1 GG überflüssig.

b) Ist die Schaffung von Gesetzgebungskommissionen (These 6 bei *Hufen*) wirklich erforderlich, bedenkt man die Schwierigkeit einer gewiß notwendigen Legitimation, einer politisch-parlamentarischen Einbindung sowie einer Verzahnung mit den verfassungsrechtlich vorgesehenen Institutionen des inneren und äußeren Gesetzgebungsverfahrens?

c) Müssen nicht die begrüßenswerten Verfahren der Selbstregulierung (These 10 bei *Hufen*) weiter ausdifferenziert werden in Selbstverwaltungs- und Selbstregulierungsinstitutionen? Und warum bedürfen diese der notwendigerweise öffentlich-rechtlichen Absicherung? Kann dies nicht auch durch verfassungsrechtlich durchdrungenes Zivilrecht geschehen bzw. sind hier nicht die überkommenen Grenzen zwischen öffentlichem Recht und Zivilrecht längst verwischt?

d) Und schließlich: Was heißt es eigentlich, wenn man den Gesetzgeber für verfassungsrechtlich verpflichtet hält, im Leistungsrecht eine Vorabkontrolle und Erfolgsvorsorge vorzunehmen (These 9 bei *Hill*)? Geht es hier wirklich um Verfassungsgebote mit der Folge, daß bei ihrer Verletzung das Gesetz nichtig ist oder nicht nur um Optimierungsvorstellungen der Gesetzgebungslehre? Meines Erachtens ist letzteres der Fall, weil das politisch-parlamentarische Mandat, um es einfach zu sagen, die Befugnis einschließt, auch miserable Gesetze zu verabschieden, für die in dem geltenden parlamentarischen Regierungssystem unterhalb der Schwelle der Verfassungswidrigkeit nur politische Kontrollen etwa durch Wahlen eröffnet sind. Insoweit habe ich viele Sympathien für die These 11 von Herrn *Mußgnug*, daß „in der Demokratie das Gesetz das Maß der Dinge setzt“ – natürlich dies nur innerhalb der verfassungsmäßigen Ordnung.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *von Mutius*. Sie haben bezüglich des ersten Punktes, den Sie angesprochen haben, gewissermaßen als ein Repräsentant der Exekutive gesprochen, nämlich als Präsident des Deutschen Studentenwerks. Herr *Oppermann*, bitte!

Oppermann: Den verschiedenen Dankesworten an die Referenten des heutigen Tages vermag ich mich ohne weiteres anzuschließen. Ich könnte sehr viel Zustimmung zu den Referaten zum Ausdruck bringen, tue das aus Gründen der Diskussionsökonomie und der Kurzweil nicht, sondern beschränke mich auf zwei oder drei Bemerkungen, wo ich etwas divergiere.

Herr *Mußgnug*, ich möchte den demokratischen Bürger doch etwas vor Ihren Thesen 14 in Schutz nehmen, nämlich daß von einer Reduktion der Staatsleistungen über das Maß des aus finanzwirtschaftlichen

Gründen Unvermeidbaren abzuraten ist, und zwar im Grunde – so habe ich Sie jedenfalls verstanden –, weil sonst Gefahren für das parlamentarische System bestehen würden. Dem vermag ich nicht zu folgen. Ich meine, der demokratische Bürger ist – das hat sich immer wieder gezeigt – durchaus zu Opfern bereit. Er ist klüger, als die Politiker glauben. Wenn man etwa an Situationen denkt wie im letzten Jahrzehnt in England oder auch an den Regierungswechsel bei uns 1982/83, der ja im wesentlichen aus wirtschaftlich-finanziellen Gründen erfolgte: die – relativ schüchternen – Leistungskürzungen bei BAFöG oder die Liberalisierung des Mietrechts damals haben keineswegs den Bürger veranlaßt, diejenigen, die diese Opfer von ihnen forderten, aus Gründen des parlamentarischen Systems ihre Zustimmung zu versagen. Hier wäre ich also etwas optimistischer dazu, was der demokratische Bürger in bestimmten Situationen bereit ist, als notwendige Opfer anzuerkennen. Natürlich muß ihm in solchen Situationen ein schlüssiges Konzept geboten werden. Das gehört dazu.

Insofern unterstütze ich sehr Ihre Worte zugunsten der Selbstregulierung, Herr *Hufen*. Herr *Hoffmann-Riem* hat das ja auch schon angesprochen. Ich bitte aber insoweit von Ihnen, Herr *Hufen*, noch etwas um weitere Aufklärung. Sie sagen Ja zur Selbstregulierung im Sinne eines Vorranges der individuellen Vorsorge vor der staatlichen Sicherung. Ich sehe den Gedanken der Selbstregulierung noch stärker in der Nähe der Deregulierung, des Abbaues überflüssiger staatlicher Regelungen. Und, Herr *Hoffmann-Riem*, der Ruf nach mehr Markt hier und dort, er mag sicherlich auch schon vor zehn oder zwanzig Jahren erklungen sein. Aber was damals gesagt worden ist, muß nicht unbedingt, nur weil es bereits vor zehn Jahren war, falsch sein. In einem Augenblick, in dem selbst in der Sowjetunion *Gorbatschows* der Markt allmählich entdeckt wird, sollten wir das Marktdenken, zu dem die Selbstregulierung und Deregulierung gehören, in einem Lande erneut groß schreiben, das seit Jahrzehnten sehr starke ordnungspolitische Vorstellungen zugunsten einer sozialen Marktwirtschaft entwickelt hat.

Herr *Mußgug*, Ihre These 11 ist mir nicht ganz geheuer. Wenn Sie hier sagen, „Leistungen, die das Parlament im Verfahren der Gesetzgebung und der Haushaltsfeststellung ausdrücklich gebilligt hat, können nicht als übermäßig und damit verfassungswidrig abqualifiziert werden. Sie waren das rechte Maß, weil in der Demokratie das Gesetz das Maß der Dinge ist“. Klingt wunderbar. Herr *von Mutius* hat es eben auch positiv gewürdigt. Aber ich weiß doch nicht, ob man das immer so sagen kann. In praxi ist es natürlich in vielen Fällen so. Aber der letzte Satz, diese Glorifizierung von allem und jedem, was der Gesetzgeber tut – wenn ich das vor dem Hintergrund des hessischen Diätengesetzes und der Steuerbefreiung für Privatfliegerbenzin sehe – dann

weiß ich nicht, ob der Satz in dieser Allgemeinheit verfassungspolitisch stehenbleiben kann.

Herr *Hufen*, meine letzte Bemerkung zur Wesentlichkeitstheorie. Da möchte ich doch eine kleine Verteidigung gegenüber Ihrem kritischen Ansatz unternehmen. Ist es nicht etwas gefährlich zu sagen — ich übersetze einmal Ihre Bemerkung in etwas andere Worte, aber ich glaube, das ist der Sinn —, wesentlich ist, was der Gesetzgeber als wesentlich einstuft? Der Sinn der Wesentlichkeitstheorie ist eine langsame, nie zu Ende gehende Ewigkeitsaufgabe ähnlich wie beim Gleichheitssatz, bei der neben dem Gesetzgeber die Rechtsprechung ein gewichtiges Wort mitzureden hat. Die Bedeutung der Wesentlichkeitstheorie liegt darin, daß man glaubt, es gibt bestimmte Dinge, die vor das Parlament gehören, und es gibt andere, weniger wichtige Dinge, die in die Rechtsverordnung gehören. Sie haben übrigens interessanterweise in Ihrem Stufenbau — ich hätte beinahe gesagt: „Hufenbau“ — das unternommen, mit dem „Stammgesetz“ und dem „einfacheren“ Gesetz usw., was ungefähr in diese Richtung geht und auf Grundgedanken beruht, die eigentlich das Fundament der Wesentlichkeitstheorie darstellen.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Oppermann*. Ich darf die folgenden Diskussionredner bitten, im Sinne der Selbstregulierung, für die Herr *Oppermann* sich eingesetzt hat, möglichst die 5-Minuten-Grenze nicht zu überschreiten. Nach Herrn *Schmidt-Aßmann*, der jetzt dran ist, sprechen Herr *Suhr* und dann Herr *Püttner*.

Schmidt-Aßmann: Wir müssen uns immer wieder vergegenwärtigen, welchen Beitrag wir mit den Vorträgen und Diskussionen unserer Vereinigung zur Standortbestimmung und Entwicklung der Grundlinien des Staats- und Verwaltungsrechts, zu den allgemeinen Teilen dieser Disziplinen leisten. Hier scheint mir die Leistungsverwaltung, als heuristischer, nicht als ein dogmatischer Begriff verstanden, ein glücklicher Beschäftigungsgegenstand; denn er führt, wie insbesondere die intensiven Analysen von Herrn *Hill* deutlich gemacht haben, hin auf zahlreiche Probleme moderner Verwaltung allgemein. In den Anforderungen, die dieser große Bereich des Verwaltens an das verwaltungsrechtliche Denken stellt, werden Grundanforderungen an die verwaltungsrechtliche Systematik deutlich. Ich nenne drei Punkte: Da ist zum einen ein Bedürfnis nach einer besonderen *Nüchternheit* im Umgang mit überkommenen Dogmen und manchen Überzogenheiten, die sich in sie eingeschlichen haben. In diesem Sinne hat Herr *Mußgnug* klar und wohl auch überzeugend am Beispiel der Leistungsverwaltung dargetan, daß das administrative Ermessen in seine legitime Position wieder eingesetzt werden muß, was dann auch Konsequenzen für eine zuweilen

übertrieben intensive gerichtliche Ermessenskontrolle haben muß. Nützlich erscheint mir auch die vom Erstberichterstatter betonte stärker budgetäre Ausrichtung der Verteilungsprobleme in der Leistungsverwaltung. Eine solche Sicht entlastet die seit Jahrzehnten geführte Diskussion um den Gesetzesvorbehalt in der Leistungsverwaltung, zumal im Subventionswesen, die oft zu stark im Bann der traditionellen Eingriffsdogmatik gestanden hat. — Ein zweiter Punkt betrifft die Rückorientierung am *Allgemeinen*. Hier hat Herr *Hufen* Wichtiges gesagt. Nicht zufällig ist dabei die Bedeutung einer Grundlagengesetzgebung herausgehoben worden. Das ist ein Institut, das in der Tat die Denkkategorie des Allgemeinen herausstellt. Sie ist für die verwaltungsrechtliche Systembildung unverzichtbar. Die Kodifikationskritik, die die Zivilistik am Bürgerlichen Gesetzbuch übt, ist nicht unser Thema. Im derzeitigen Entwicklungsstand des Verwaltungsrechts brauchen wir das Allgemeine in einem ganz elementaren Sinne als Garanten von Überschaubarkeit. Zu Recht sind die Begriffe Transparenz, Akzeptanz und Legitimation von den Referenten in einen Zusammenhang gestellt worden. Mit diesem Ziel unterstütze ich nachhaltig auch die Forderung von Herrn *Hufen*, Verfahren zu vereinheitlichen und Desiderate des Verfahrensrechts, z.B. das Normsetzungsverfahren, einer systematischen gesetzgeberischen Bewältigung zuzuführen. — Ein dritter Punkt, den ich hervorheben will, betrifft die in der Diskussion auch von Herrn *Hoffmann-Riem* schon genannte Selbstregulierung. Wir müssen im Verwaltungsrecht neben den Instrumenten hoheitlicher Regelung einen zweiten Systemteil ausbilden, in dem administrative Handlungsformen sichtbar werden, die mehr Rat, Organisationshilfe, Rahmengewährleistung für private Aktivitäten als regelnde Ordnung, Verteilung und Planung sind. Neben die *verteilende* muß im verwaltungsrechtlichen Denken die *vermittelnde Verwaltung* — wiederum zunächst als heuristischer Begriff — treten!

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Schmidt-Aßmann*. Sie haben die Zeit genau eingehalten. Herr *Suhr* bitte.

Suhr: Ich teile die Sympathie von Herrn *Hufen* und von Herrn *Hoffmann-Riem* hinsichtlich der neuen Selbstregulierungen und die von Herrn *Oppermann* hinsichtlich der alten Selbstregulierungen, zu denen man vielleicht durch Deregulierungen eines Tages wieder zurückkommen kann. In diesem Zusammenhang möchte ich bewußt machen: Die Prinzipien der Gleichheit und Gerechtigkeit in der Welt der Selbstregulierung sind die Prinzipien der *justitia commutativa*, auf die ich gestern hinzuweisen versuchte. Und wenn diese Prinzipien in der primären Welt der Selbstorganisation, mit der wir es in der Wirtschaft zu tun ha-

ben, nicht stimmen, darf man sich nicht wundern, daß man sich selber Asymmetrien einhandelt, auf die dann mit sekundären Mechanismen des sozialen Leistungsstaates „reaktiv“ im Sinne *Forsthoffs* geantwortet werden muß. Wir produzieren vielleicht also mit einer vom Gesetzgeber und von den Staatsrechtslehrern nicht durchschauten Asymmetrie in den primären Selbstregulierungen jene Ungleichheit, die wir dann mit den Mitteln des sozialen Leistungsstaates am Symptom korrigieren. Wenn wir jetzt also wieder mehr Sinn entfalten für Selbstregulierungen, dann sollten wir uns die kritische Frage nach den etwaigen Defekten der primären Selbstregulierungsordnung nicht abschneiden. Das ist der eine Gesichtspunkt. Man kann das so formulieren: Was wir durch Gesetzgebung mit primärer *justitia commutativa* erledigen, das brauchen wir nicht hinterher mit großem Aufwand an Normen, Leistungen und Freiheitsbeschränkungen mit den Mitteln der leistungstaatlichen *justitia distributiva* nachbessern.

Ein zweiter Gesichtspunkt, der in diesen Zusammenhang gehört und ebenfalls zurückverweist auf gestern, wird angezeigt durch das Stichwort der „Transferwelt“, das Herr *Hufen* hier eingebracht hat:

Man kann hinter den finanzverfassungsrechtlichen Gesichtspunkten, hinter den Sonderabgaben und hinter den Einwirkungen des einen Bürgers auf den anderen ein allgemeines ungeschriebenes oder Hintergrundraaster zeichnen, das man als „Transferverfassungsrecht“ bezeichnen kann. Wir haben eine ganze Menge von Transfers, und wenn man jetzt einmal die Sonderabgaben als pekuniäre Transfers von einer Gruppe zu einer anderen betrachtet und wenn man hinzunimmt die nicht-pekuniären Transfers (wie Naturalleistungen, die irgendwo erbracht werden, oder Naturalnachteile, die auferlegt werden), dann stellt sich die gestrige Frage der Gleichheit, die heute auch ständig präsent ist, ganz anders. Denn wenn man die Lasten als Transfers ansieht, dann ist etwa die Belastung der einen Gruppe, um einer anderen Gruppe eine Vergünstigung zukommen zu lassen, ein kombinierter staatlicher Akt: ein Eingriff bei der belasteten Gruppe und eine Subvention oder Begünstigung bei der begünstigten Gruppe. Wir haben also Eingriffsproblematik *plus* eine Subventionierungsproblematik, und beides zusammen ergibt eine Asymmetrie, nämlich der eine wird belastet und der andere begünstigt, und das ergibt die Gleichheitsproblematik. Und das ist das Phänomen, das wir eigentlich packen müssen, wenn wir Gleichheit in diesem Bereich behandeln wollen, und dafür brauchen wir eine Art Verbundmaßstab. Man kommt da nicht heran mit dem Willkürverbot, auch nicht mit bloßen Gerechtigkeitsvorstellungen, sondern wir müssen fragen: Was rechtfertigt den Eingriff bei den einen? Was rechtfertigt die Subvention bei den anderen? Und was legitimiert die Ungleichbehandlung beider? Danke sehr!

Püttner: Die Referate haben im Grunde nur zum Teil Leistungsrecht betroffen. Im wesentlichen habe ich Gesetzgebungslehre gehört. Vielleicht ist das kein Zufall, vielleicht ist das, was wir als Leistungsrecht bezeichnen, dadurch gekennzeichnet, daß es erst geformt werden muß durch den Gesetzgeber und daß wir deshalb in erster Linie nachdenken, welche Regeln denn der Gesetzgeber zu beachten hat, wenn er Leistungsrecht formt. Die zweite Frage, wie dieses Recht richtig angewendet werden soll, bleibt zunächst noch relativ offen. Auf der anderen Seite habe ich mich gefragt, ob die Regeln, die insbesondere Herr *Hufen* und Herr *Hill* vorgetragen haben, nicht ebensogut auf das Eingriffsrecht und die Eingriffsverwaltung passen würden. Es wäre einmal interessant, durchzuchecken, ob wir irgendeine dieser Regeln wegstreichen müssen, wir wir ein Eingriffsgesetz verfassen. Es ist sehr naheliegend, daß ich das hier bemerke, denn ich vermag überhaupt zwischen Eingriff und Leistung nicht zu unterscheiden. Die Subvention belegt es am deutlichsten; sie ist ja keine Wohltat für den Unternehmer, sie ist zweckgebunden. Hier in Württemberg hat es im vorigen Jahrhundert schon Subventionen gegeben, über die heftig Klage geführt wurde, weil den Leuten etwas aufgedrängt wurde, was sich ihnen nachher als konkursträchtiges Kuckucksei erwies (unrentable Maschinen); es ist verständlich, daß man diese Subventionen keineswegs als Wohltat empfunden hat. Bitte also noch einmal um klare Auskunft darüber; wenn Leistungsverwaltung als Verstreuen von Wohltaten verstanden wird, dann müßte man die Subventionen wohl weitgehend herauslassen.

Dann, Herr *Hufen*, zum Grundlagengesetz. Ich kann mich mit Ihrer Vorstellung nicht ganz anfreunden. Sie meinten doch wohl, daß eine neue Kategorie von Gesetzen geschaffen werden müsse (übrigens nicht eine „neue“, dazu gleich), eine Kategorie von Gesetzen, die sich herausheben würde durch besondere Mehrheitsbildung, durch besonderen Rang und eine entsprechende Verstetigung. Wir haben so etwas ja in Form des organischen Gesetzes früher einmal gehabt, und ich bemerke, daß in Spanien noch heute diese Kategorie von Gesetzen existiert (ich weiß nicht, ob unsere spanischen Gäste noch im Raum sind und dazu etwas sagen können). Es wäre also zu testen, welche Erfahrungen damit gemacht worden sind.

Ich persönlich kann mich nicht ganz anfreunden mit dieser Zwischenstufe zwischen einfachen Gesetzen und Verfassung. Wenn Sie einmal den Komplex Rahmengesetz und Gesetze der Länder überdenken, wie sie ineinandergreifen, welche Schwierigkeiten es gibt, dann ist das eben nicht gerade ermutigend. Und ich glaube, die Österreicher könnten aus ihrer Grundlagengesetzgebung plus Ausführungsgesetzgebung in den Ländern einiges an Schwierigkeiten anführen. Immerhin, ich will nicht verhehlen, daß wir möglicherweise durch Einführung sol-

cher Kategorien die Zahl der Medienrechtler wieder herabsetzen und die Zahl der Gutachter auf diesem Gebiet erhöhen könnten. Ich sehe in der Tendenz, die sich damit andeutet, Grundlagengesetzgebung im Zusammenhang mit dem Stichwort, das sowohl Herr *Hufen* als auch Herr *Hill* gebraucht haben, nämlich Verstetigung, die Tendenz, zu einer anderen Staatsform überzugehen, in der die Stetigkeit grundlegender Gesetze höher angesetzt wird als es wechselnde parlamentarische Mehrheiten eigentlich ermöglichen. Der alte Traum des wahren Staatsrechtlers von der Monarchie schien mir hier wieder durchzubrechen. Und so glaube ich, daß Ihnen *Paul Laband* voll zustimmen würde zu Ihren Referaten.

Zu Herrn *Mußnug* noch eine kurze Bemerkung: Ein Übermaßverbot für Leistungsgesetze kann es sicherlich nicht geben, schon gar nicht aus Art. 115 GG, der allerdings – und da bewundere ich Ihren Optimismus hinsichtlich dieses Artikels – nicht so sicher greift, wie Sie angedeutet und geschildert haben. Der Begriff „Investitionen“, der in diesem Artikel auftaucht (übrigens ein Fremdwort, das wir früher in der Gesetzessprache nicht zu benutzen pflegten) ist außerordentlich unklar. Studenten mache ich es immer verständlich, indem ich sage: Der Kauf eines Buches von mir ist eine Investition, der Kauf eines Buchs von Kollegen eine Konsumausgabe! So kann man beides gut unterscheiden. Ich will damit nur andeuten, daß Art. 115 GG keine Bremse darstellt, so daß Ihre Überlegungen durch den Art. 115 GG jedenfalls nur wenig abgestützt werden.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Püttner*. Herr *Quaritsch* hat gebeten, zu einer kurzen Intervention Gelegenheit zu bekommen, die nur drei Sätze umfaßt. Bitte schön.

Quaritsch: Einige Kollegen haben gegen die These II 7 von Herrn *Hufen* die „traditionelle“ Gesetzgebungslehre ins Feld geführt. Die Frage, ob der parlamentarische Gesetzgeber sich durch ein „Grundlagen-“ oder „Stammgesetz“ selbst binden könne, ist m.W. zuerst 1961 in Hamburg mit dem von Herrn *Hufen* vorgetragenen Ergebnis erörtert worden. Im Anschluß daran vertrat Herr *Hans-Julius Wolff* diese These seit der 5. Auflage 1963 seines Lehrbuchs (Verwaltungsrecht I, § 26 III), Herr *Bachof* hat in der 9. Auflage 1974 die Autoren genannt, die sich ihr angeschlossen haben. Die Vorstellung, ein „Grundlagengesetz“ könne durch seinen Inhalt einen höheren Rang gegenüber „Ausführungsgesetzen“ haben, ist in der deutschen Rechtsquellenlehre also nicht so ganz neu oder ungewöhnlich.

Vorsitzender: Vielen Dank. Herr *Bachof*, Sie müßten bitte zum Mikrophon gehen, sonst wird das nicht aufgenommen, was Sie sagen. Aber nur einen Satz jetzt.

Bachof: Eine Ergänzung dazu: Der Baden-Württembergische Staatsgerichtshof hat unter dem Gesichtspunkt der „Systemgerechtigkeit“ festgestellt, ein Einzelfallgesetz, das dem systembestimmenden „Allgemeinen Gemeindereformgesetz“ widerspreche, sei wegen dieser Systemwidrigkeit gleichheitswidrig, also verfassungswidrig und deshalb nichtig (Urteil vom 1.4.1976, GR 68/74).

Vorsitzender: Vielen Dank. Herr *Soell*, ich sehe ein gewisses Problem, Sie haben in Ihrem Meldungszettel vier Unterthemen angegeben und wollen zu allen drei Themenkreisen sprechen.

Soell: Will ich nicht mehr. Das hat sich erledigt. Ich will nicht wiederholen, was Vorredner schon gesagt haben.

Vorsitzender: Sehr schön. Ich darf Sie bitten, sich auf fünf Minuten zu beschränken.

Soell: Ich will auch jetzt im Grunde nur zu Thema 1 etwas sagen, und zu Thema 3, den Reformvorschlägen, nur eine Frage an Herrn *Hufen* dann am Schluß anknüpfen.

Es ist wiederholt gesagt worden, daß beide Themenkreise innerlich zusammenhängen, und dies hat sich auch heute gezeigt, denn die Zukunftsfragen, die man gestern vielleicht vermißt hat bei der Behandlung des Gleichheitssatzes, sind nun heute in voller Stärke aufgetreten. Es sind zwei, meines Erachtens, die man unter leistungsstaatlichen Gesichtspunkten einmal näher prüfen sollte. Die 1. Frage ist das Schicksal der Rentenreform. Herr *Hufen*, Sie haben das unter anderem angesprochen. Herr *Mußnug* hat mit Recht in den Mittelpunkt seiner Überlegungen die Frage der Finanzierbarkeit gestellt, hat aber in These 1 zugleich auch dem Gesetzgeber eine sehr weitgehende Gestaltungsfreiheit zugebilligt. Herr *Mußnug*, sicherlich stimmen Sie damit überein, daß man natürlich auch fragen muß, wie weit diese Gestaltungsfreiheit nicht doch durch verfassungsrechtliche Vorgaben eingeschränkt ist. Ich meine beispielsweise – auch das ist eine leistungsstaatliche Frage –, man muß überlegen, ob der Staat seine Förderpflicht in bezug auf die Familienförderung schon richtig und in dem notwendigen Sinne erfüllt hat. Das hängt mit der weiteren Frage zusammen, darf der Gesetzgeber denn nun Leitbilder seiner Reform der Rentenversicherung zugrundelegen, die schlechterdings ihre reale Basis verloren haben. Ich denke an das Leitbild des Generationenvertrages. Der Generationenvertrag basiert auf demographischen Voraussetzungen, die heute schlechterdings nicht mehr vorhanden, ja geradezu umgekehrt sind. Nun mag man darüber streiten, ob der Generationenvertrag, und das

ist ja auch in der sozialrechtlichen Literatur ein gewisser Streit, ob der Generationenvertrag ein juristischer Begriff ist. Er ist jedenfalls aber ein programmatischer Begriff und hat als solcher für die politische Gestaltung einer Rentenreform zweifelsfrei auch eine inhaltliche Bedeutung. Und wenn das nicht mehr stimmt, dann hört hier eben auch die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers auf, selbst wenn der zuständige Bundesminister die Figur des Generationenvertrages in der gegenwärtigen Diskussion immer wieder beschwört.

Zweiter Punkt: Die Nachweltsorge, die Sorge für die zukünftigen Generationen, was die Erhaltung der biologischen Existenzgrundlagen anbelangt. Hier sind ebenfalls leistungsstaatliche Aspekte von zentraler Bedeutung. Hier geht es einmal schon – und da spreche ich Herrn *Mußnug* noch einmal an – um die Frage der Finanzierbarkeit, nämlich die Frage der Prioritäten, und zwar beispielsweise bei der Forschungsförderung. Wir wissen, daß Umweltschutz ohne eine sehr gezielte Forschungspolitik im Grunde gar nicht sinnvoll betrieben werden kann. Muß der Staat nun nicht angesichts der wachsenden Bedrohung der natürlichen, der biologischen Existenzgrundlage ganz andere Prioritäten setzen als er das bisher getan hat, indem er beispielsweise die Umweltforschung in besonderer Weise fördert, und wenn Sie den Forschungskatalog des BMFT ansehen, gibt es zwar eine stattliche Anzahl von Projekten, also Umweltforschungsprojekten, aber – wenn man die Finanzvolumen miteinander vergleicht – ist doch der Anteil der Umweltforschung bisher relativ bescheiden.

Ein weiterer Punkt: Die Frage, ob nicht der Staat umweltschonende Produkte dadurch überhaupt einmal in den Markt einführt, daß er bei seiner Beschaffungspolitik diese umweltschonenden Produkte zunächst einmal besorgt, ankauft, um damit zu zeigen, wie vernünftig und wie funktionsfähig diese Produkte sind, selbst wenn das gegen einen zu eng verstandenen Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit verstoßen sollte.

Ein letzter Punkt: Die Frage an Herrn *Hufen*. Herr *Hufen*, Stammgesetz und Ausführungsgesetz – ein interessanter Gedanke. Herr *Quaritsch* hat jetzt ein Hamburger Schmankerl gebracht, aber das ist ja eine Besonderheit, nicht wahr, daß Sie die Bebauungspläne durch Gesetz aufstellen lassen. Das Bundesverfassungsgericht hat gerade wegen der Besonderheit dieser gesetzlichen Regelung gesagt, hier muß der § 47 VwGO zunächst einmal beachtet werden, nämlich die Normenkontrolle, die sonst bei Bebauungsplänen möglich ist. Nur, ich frage mich, warum klammern Sie eigentlich die Verordnung aus? Warum lösen Sie das Problem nicht durch ein Gesetz, das ein klares Zweckprogramm hat, das die Anspruchsvoraussetzungen hinreichend bestimmt, und lassen dann die Einzelheiten durch den Ordnungsgeber regeln? Das entspricht doch unserer rechtsstaatlichen Formentypik so wie wir sie

sonst auch kennen. Müssen wir da ein neues Instrument haben? Vielen Dank.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Soell*. Der nächste ist Herr *Schuppert*. Ich darf auch sie bitten, Herr *Schuppert*, Dinge, die schon angesprochen worden sind, zu verkürzen oder ganz wegzulassen.

Schuppert: Ich hatte mich gemeldet unter dem Stichwort „Grenzen des Leistungsstaates“ und möchte zwei kleine Bemerkungen machen, und zwar zu den Begriffen Regelungsumfang und Regelungsdichte. Dazu haben Herr *Hoffmann-Riem* und Herr *Schmidt-Aßmann* schon etwas gesagt, so daß ich mich kurz fassen möchte. Ich unterstütze ebenfalls die Idee der Selbstregulierung, möchte aber im Anschluß an eine Bemerkung von Herrn *von Mutius*, ob man da nicht die Trennlinien zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht aufgibt, dazu anregen, etwas schärfer zu differenzieren und unterhalb des Obertitels „Staatsentlastung“ – oder wie *Offe* das formuliert hat – der staatlichen Politik der Staatsentlastung –, drei Bereiche sauber auseinanderzuhalten: einmal den Bereich der klassischen Selbstverwaltung, die – Herr *Schmidt-Aßmann* hat das immer wieder betont – Verwaltung ist und bleibt, also öffentlich-rechtlich organisierte Ausübung staatlicher Verwaltung ist; dann der Bereich der Selbststeuerung als das, was nicht öffentlich-rechtlich verfaßt ist, wie z.B. die Selbststeuerung in der Wissenschaft durch die DFG, einen privatrechtlichen Verein, oder die Tätigkeit der Wohlfahrtsverbände; das dritte ist die eigentliche Selbsthilfe oder Selbstorganisation, die ja auch, weil sie gerade in dem Bereich der Sozialpolitik vorkommt, soziale Selbsthilfe und soziale Selbstorganisation genannt wird. Das scheint mir eigentlich das qualitativ Neue zu sein, weil es sich hierbei um Erscheinungsformen handelt, die von ihrem Selbstverständnis antietatistisch, antibürokratisch, antiprofessionell angelegt sind und damit sozusagen als Antipoden des Verwaltungssystems erscheinen könnten. Worauf es gerade ankommt, ist aber, sie in dieser Trias von Staatsentlastungsmodalitäten zu sehen, indem man – und da möchte ich anknüpfen an das, was Herr *Schmidt-Aßmann* gesagt hat – die Funktionsweise rechtlicher Regelungen hier etwas anders begreift als bisher, also nicht als regulative Politik, sondern – ich möchte mich diesem Stichwort anschließen – als „vermittelnder Verwaltung“.

Zweiter Gesichtspunkt: Grenzen der Rationalität der Gesetzgebung im Leistungsstaat. Ich möchte mich zu diesem Punkt hinbewegen, indem ich kurz anknüpfe an das, was Herr *Mußnug* über das leistungsrechtliche Übermaßverbot gesagt hat. Damit habe ich Schwierigkeiten, und ich meine, man kommt dem Problem der Krise des Sozialstaates, die auch eine Finanzkrise ist, eher dadurch näher, daß man von einem

leistungsrechtlichen „Untermaßverbot“ spricht. Es handelt sich hier um einen meiner Lieblingsbegriffe, den ich jetzt nur als Brücke benutzen möchte, um zu dem Problem einer gerechten Verteilung knapper Ressourcen zu kommen. Und da habe ich Zweifel, ob – wenn wir den politischen Prozeß betrachten – da insoweit ein rationales Gesetzgebungsverfahren überhaupt verlangbar ist. Zwei Beispiele: Erstens Finanzausgleichsgesetzgebung – das will ich jetzt nicht vertiefen, zweitens: Strukturhilfefonds als Antwort auf den Albrecht-Plan. Es scheint in der politischen Praxis ein verfassungsrechtliches Mißverständnis vorzuherrschen, weil eine offenbar neue „Gesetzgebungskommission“ tätig geworden ist, nämlich das CDU-Präsidium. Ich sage das jetzt ganz ohne parteipolitische „Spitze“, es könnte genauso gut ein SPD-Präsidium sein, in dem ausgehandelt wird, wieviel jedes Bundesland haben muß, um dann anschließend die Indikatoren so zu errechnen, daß das gewünschte Ergebnis herauskommt. Und jetzt zwei Stichworte dazu: Einmal das Stichwort von Herrn *Hufen* – bei Strafe des Aufschnürens des Gesamtpakets –, also die Herstellung eines Verbundes zwischen verschiedenen Leistungen an verschiedene Gruppen, die miteinander verknüpft werden. Und das zweite Stichwort ist kürzlich von Herrn *Badura* geliefert worden: das Gesetz als pluralistisches Abkommen. Wenn wir diese beiden Stichworte ernst nehmen, wie kann man dann eigentlich verlangen, daß ein Gesetzgebungsverfahren an Kriterien der Gerechtigkeit orientiert bleibt, eine rationale Verteilung von knappen Ressourcen stattfindet? Vielen Dank.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Schuppert*. Herr *Isensee*, bitte.

Isensee: Ein paar Bemerkungen zu den rechtlichen Grenzen der staatlichen Leistungen.

Die rechtlichen Systeme der staatlichen Leistungen und der staatlichen Einnahmen, Leistungsstaat und Steuerstaat, sind voneinander rechtlich unabhängig. Die Unabhängigkeit wird vor allem hergestellt durch die Gegenleistungsfreiheit der Steuer und durch das haushaltsrechtliche Prinzip der Non-Affektation. Dennoch sind beide Systeme von Rechts wegen wechselseitig aufeinander bezogen. Es besteht politische wie ökonomische Abhängigkeit. Der Zweck der gegenleistungsfreien Abgabe geht letztlich dahin, die finanzielle Grundlage für staatliche Leistungen zu schaffen. Die finanzielle Kapazität des Staates bildet die faktische Grenze möglicher Staatsausgaben (und darin auch der finanzwirksamen Wahrnehmung von Staatsaufgaben). Herr *Mußgnug* meint, daß darüber hinaus rechtliche, jedenfalls materielle rechtliche Grenzen der Staatsausgaben nicht existierten. Doch er geht um einiges zu weit, wenn er die bloße parlamentarische Entscheidung, die

der Staatsleistung nur formale demokratische Legitimation vermittelt, als verfassungsrechtliche Grundlage und Grenze genügen läßt.

Das übliche materiellrechtliche Regulativ zur Begrenzung der Staatstätigkeit, das grundrechtliche Übermaßverbot, fällt weitgehend aus, und zwar sowohl im Steuerrecht (soweit die Steuer nicht im Dienst nichtfiskalischer Zwecke steht) als auch im Leistungsrecht. Es fehlt jeweils die typische Mittel-Zweck-Relation, auf die das Prinzip angewendet werden könnte. Einnahmen und Ausgaben lassen sich – eben wegen der rechtlichen Unabhängigkeit der beiden Bereiche – nicht ohne weiteres in ein Raster einbringen. Anwendbar sind dagegen Gebote der Ökonomie und Effizienz. Doch bei diesen handelt es sich um öffentliche, nicht grundrechtliche Belange. Ein Übermaß an Staatszuwendung verletzt nicht Grundrechte des Empfängers, unter Umständen freilich, auf indirekte Weise, solche konkurrierender Dritter.

Was die materiellrechtlichen Vorschriften nicht erreichen, müssen verfahrensrechtliche Vorkehrungen zu kompensieren versuchen. Als Barriere kommen der Vorbehalt des Haushaltsgesetzes sowie der Vorbehalt des materiellen Gesetzes in Betracht, wie ihn das Sozialgesetzbuch für die Leistungsverwaltung exemplarisch vorgibt, sowie verfahrensrechtliche Kontrollinstrumente der Verwaltung. Haushalts- und Leistungsgesetze greifen ins Leere, wenn die Verwaltung nicht die Befugnisse hat, das Vorliegen der tatbestandlichen Leistungsvoraussetzungen im Einzelfall zu prüfen. Hier erweist sich die Ausstattung der Verwaltung nicht selten als defizitär. Das prominenteste Defizit dieser Art zeigt sich derzeit ausgerechnet im Steuerrecht, und zwar bei der Besteuerung von Kapitalvermögen. Die Vollzugsdefekte ergeben sich nicht zuletzt daraus, daß der Verwaltung durch das (demnächst auch noch gesetzlich abgesicherte) Bankgeheimnis die Informationen vor-enthalten werden, die sie braucht, um den materiellen Steueranspruch zu realisieren. Ehe das materielle und das formelle Steuerrecht nicht aufeinander abgestimmt werden, ist die Behebung des Mißstandes nicht zu erwarten.

Es gibt auch materiellrechtliche Vorkehrungen, die das weitgehende Versagen des Übermaßverbotes ausgleichen können. Eine von diesen ist die Staatsentlastung durch Ausweitung privater Initiative und durch gesellschaftliche Selbstregulierung.

Wichtig ist die systemgerechte Harmonisierung von Sozialrecht und Einkommensteuerrecht. Beide Rechtsgebiete sind nicht angemessen aufeinander abgestimmt. Das zeigt die Behandlung der familiären Unterhaltspflichten. Den Vorgaben der freiheitlichen Verfassung, zu denen das Subsidiaritätsprinzip gehört, entspricht es, die Unterhaltspflichten für Kinder im Einkommensteuerrecht zu berücksichtigen und die sozialrechtliche Leistung des Kindergeldes auf die Fälle echter Bedürftigkeit zu beschränken, in denen Steuerverschonung nicht zum

Zuge käme. Soweit die Einkommenssteuer den familiären Belastungen in realitätsgerechter Weise Rechnung trägt, liegt kein Steuerprivileg und keine Steuersubvention vor, sondern die strukturgebotene Zurückhaltung der Steuer, die auf die Zahlungsfähigkeit des Schuldners abstellt, also das bürgerlichrechtlich gebundene Einkommen aussparen muß. Das geltende Recht leidet an Wertungswidersprüchen, wenn es auch dort noch besteuert, wo nach sozialrechtlichen Vorschriften schon Leistungsbedürftigkeit gegeben ist, wenn es steuerlich entzieht, was es leistungsrechtlich zurückgeben muß, und – eng im Nehmen, aber weit im Geben – letztlich den privaten Leistungswillen desavouiert, von dem der Steuerstaat und mittelbar auch der Leistungsstaat zehren.

Ein Versuch, den Leistungsstaat zu entlasten, geht dahin, die kleinen Gruppen der Gesellschaft zu fördern, freilich wiederum mit (finanziellen) Staatsleistungen. Hier liegt sicherlich ein brauchbarer Ansatz. Dennoch sollten gerade in diesem Bereich die Subventionsmaßstäbe vom Gesetzgeber fixiert sowie von der Verwaltung durchgesetzt und kontrolliert werden. Längst hat sich eine Subkultur der Subventionskonsumenten gebildet. Ich bin nicht der Meinung, daß das Modell, dem die Zukunft gehört, in den subventionierten, autonomen, selbstregulierenden Gruppen der Hamburger Hafenstraße liegen sollte.

Gleichwohl führt die Förderung privater Leistungshersteller und privater Leistungsmittler – der freien Träger – auf die Gleichheits- und Freiheitsgrundrechte hin und über diese in bestimmten Konstellationen zur Anwendbarkeit des Übermaßverbotes. Die freien Träger können sich auch dort auf Grundrechte berufen, wo sie staatliche Mittel weiterleiten und Dezentralisierung und Pluralisierung der Leistungsangebote ermöglichen. Ansätze zum Schutz der freien Träger finden sich – freilich formelkompromißhaft und vage formuliert – bereits im Sozialgesetzbuch. Hier tut sich ein Weg auf, Grenzen des Leistungsstaats zu markieren.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Isensee*. Herr *Gramlich* hat das Wort.

Gramlich: Wenn ich richtig gehört und recht verstanden habe, dann hat von den Referenten nur Herr *Mußnug* zur Rückseite – oder vielleicht besser gesagt zu den Voraussetzungen – der Gesetzesgestaltung im Leistungsrecht eingehender Stellung bezogen. Nun, Leistungen sind ja Geldleistungen oder zumindest geldwerte Leistungen. Der Finanzierungsaspekt ist auch schon in einigen Diskussionsbeiträgen angesprochen worden, aber ich möchte auf einen Punkt hinweisen, der zur Ergänzung beitragen könnte, denn eine Finanzierung kann ja nicht nur durch Staatsverschuldung stattfinden – das dramatische Beispiel dafür

sehen wir in den Entwicklungsländern, in manchen jedenfalls –, sondern eine Finanzierung kann auch durch Inflationierung erfolgen, und hier haben wir einen Aspekt, der wiederum die Gesetzesgestaltung betrifft. Natürlich ist in der Bundesrepublik eine Finanzierung über die Notenpresse oder durch Münzausprägung einfach-gesetzlich und möglicherweise auch verfassungsrechtlich untersagt. Es besteht auch kein Zwang dazu, Bund und Ländern Kassenkredite einzuräumen, aber es gibt ja nicht nur das Bar-, sondern auch das Buchgeld, und hier praktiziert – wie Sie wissen – die Bundesbank eine Geldmengensteuerung, insbesondere bezüglich dieses Buchgeldes. Und dessen Begrenzung ist doch eine reale staatliche Aufgabe, die von der Bundesbank selbst abhängig gemacht wird vom realen Wirtschaftswachstum: Es wird also hier abgestellt mit dem Geldmengenziel, mit dem Geldmengenrahmen auf das Wachstum der realen Wirtschaft. Andererseits habe ich da die Frage an die Referenten: Es wurde ja in allen drei Referaten betont der Gesichtspunkt der parlamentarischen Mitwirkung, daß der Gesetzgeber doch eine große Rolle zu spielen habe. Hat er dies auch auf der Rückseite – wenn ich es nochmals so formulieren darf – des Leistungsrechts in gleicher Weise zu tun? Bei der Geldmengensteuerung, was immer das auch rechtlich sei, sehe ich eine solche Mitwirkung momentan jedenfalls nicht.

Und ein zweiter kurzer Punkt: Auch zuvor ist bereits angesprochen worden, daß zwischen den Referaten von gestern und heute thematische Bezugspunkte bestehen. Nun, insbesondere Herr *Hufen* hat in These 16, wenn ich das recht sehe, von einem „minimum standard“, einer Untergrenze, einem Leistungssockel gesprochen. Frage: Hat dieser Leistungssockel auch – und wenn ja, welche – gleichheitsrechtlichen Aspekte? Sie erlauben, daß ich das zugespitzt an zwei Beispielen demonstriere. Beispiel 1: Wenn man sagt, Sozialhilfe muß einen bestimmten Mindestsatz haben, gilt das dann in gleicher Weise für Deutsche und für Ausländer? Und zweitens: Wenn man es nun sogar grenzüberschreitend angeht, hat dies zur Folge, daß – da ja die Staatsgewalt nicht nur im Inland an Grundrechte gebunden ist, sondern auch, wenn auch modifiziert, im grenzüberschreitenden Bereich – sich auch Auswirkungen, und da wäre ich wieder bei der Staatsverschuldung, auf die Entwicklungspolitik ergeben? Danke schön.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Gramlich*. Das Wort hat Herr *Haverkate*.

Haverkate: Punkt 1: Die wichtigste Verbindung zwischen dem gestrigen und dem heutigen Thema liegt für mich in dem Gleichheitsbezug des Leistungsstaates in die Zukunft hinein. Gibt es eine Gleichheit in der Zeit? Da haben viele Autoren abgewunken: Nein, da gebe es ei-

ne immanente Begrenzung; Gleichheit sei geboten, aber Gleichheit zwischen den Generationen, das überschreite die rechtlichen Regelungsmöglichkeiten. Ich denke, wir stehen heute beim Leistungsstaat vor allem vor Zeitproblemen, vor Gleichheitsproblemen zwischen den Generationen; bei der Staatsverschuldung nicht weniger als etwa beim Generationenvertrag in der Rentenversicherung. Hier gibt es jetzt, glaube ich, kein Entkommen mehr. Wir müssen die Gleichheit in der Zeit als Rechtsproblem sehen, als zentrales Problem wahrscheinlich des Leistungsstaates. Dort, wo vom Recht getragene und gestaltete Leistungsbeziehungen zwischen den Generationen bestehen, muß auch dem Gleichheitssatz Rechnung getragen werden. Das Generationenverhältnis im Recht der gesetzlichen Rentenversicherung aufgrund der Umlagefinanzierung: der heutige Arbeitnehmer zahlt an den früher tätigen Arbeitnehmer Renten, in der durch Art. 14 GG geschützten Hoffnung, selbst später einmal Rente zu bekommen, die dann von denen gezahlt wird, die zu dieser Zeit erwerbstätig sein werden. Hier ist augenfällig: Wir würden diesen Leistungsbeziehungen zwischen den Generationen ihre Legitimitätsgrundlage entziehen, wenn wir sagen würden, es gebe grundsätzlich keine Gleichheit in der Zeit. Ähnliches gilt für die Staatsverschuldung, wie für anderes zeitrelevantes Staatshandeln: Ohne die Annahme einer prinzipiellen „Lastengleichheit“ zwischen den Generationen kommen wir zu einer rechtlichen Gestattung grober Ungerechtigkeiten zu Lasten künftiger Generationen.

Herr *Mußnug*, eine Anmerkung zu Ihrer These XIII: Sie berühren hier gerade den Punkt der Lastengleichheit bei der Staatsverschuldung und sagen: „Keine Kreditaufnahme zur Finanzierung des Leistungsstaates“. Diese Ihre Lösung ist mir etwas zu „hemdsärmelig“, etwas zu unvermittelt. Ich wüßte übrigens auch ganz praktisch nicht, wie ich denn innerhalb eines großen Staatshaushaltes die Kreditaufnahmen den einzelnen Leistungstiteln zurechnen sollte; welche Leistungen des Staates werden denn nun durch die Kreditaufnahme finanziert? Wird die Anschaffung der Phantom-Düsenjäger solide vorgenommen und wird der Sozialhaushalt unsolide, durch Kredit, finanziert? Da fehlt mir der Maßstab für die Zurechnung. Aber das Problem ist klar, ich bezweifle nur, daß dies hier schon die Lösung ist.

Punkt 2: Zum Autonomieproblem. Herr *Hufen*, ich stimme Ihrer These XI grundsätzlich gerne zu. Das ist ein faszinierender Gedanke. Ich denke nur, Sie haben sich im entscheidenden allzusehr bedeckt gehalten, nämlich: Wessen Autonomie steht in Frage? Wenn man sich in die Problematik etwas hineinbegibt, dann weiß man ja, daß hier ein großer Kampf stattfindet, wessen Autonomie eigentlich gemeint ist. Z.B.: Wir hatten vor etwa drei Jahren den Anlauf zu einer „selbstregulierungsfreundlichen“ Rechtsgestaltung genommen; es sollte der Versuch gemacht werden, die Arzneimittelkosten zu deckeln durch ver-

tragliche Regelung der jährlichen Preiserhöhungsrate bei den Arzneimitteln; die Regelung sollte durch Vertrag zwischen dem Bundesverband der pharmazeutischen Industrie und den Verbänden der Krankenkassen erfolgen. Das lief unter dem Stichwort „autonome Regelung der Beteiligten“, war aber in der Sache doch nur ein schlechtes Preiserhöhungskartell. (Dieses Preiserhöhungskartell fand übrigens Beifall von nahezu allen Seiten, vom Minister, von den Parteien, von den Verbänden; skeptische Stimmen galten fast nichts). Dieses Preiserhöhungskartell ist an Nebensächlichkeiten gescheitert. Es wurde unter dem Stichwort „Autonomie“ gefeiert, es war aber nichts als der groß-angelegte Versuch, einen Preiswettbewerb im Pharmabereich endgültig abzuschaffen. Das wichtigste: Überhaupt nicht in Betracht gezogen wurde bei dieser Lösung die Autonomie dessen, auf den es nach meiner Meinung eigentlich ankommen muß, nämlich die Autonomie des Bürgers, des Patienten, dessen, der die Arzneimittel konsumieren soll. Also nochmals in aller Schärfe die Frage: Wessen Autonomie soll hergestellt werden? Die des Bürgers? Soll er in eine aktiv gestaltende Rolle gebracht werden? Oder ist nur die Autonomie der Verbände, der großen intermediären Gewalten gemeint?

Punkt 3: Zu Herrn *Mußnug*, der eine Gegenthese zu mir formuliert hatte. Ich hatte gemeint, Leistungszwecke müßten präzise und außenrechtlich verbindlich durch den Gesetzgeber gesetzt werden, und das heißt für mich: durch Gesetz. Herr *Mußnug*, Sie haben da widersprochen. Ich denke, es lohnt sich, einen Augenblick festzuhalten, worin die eigentliche Abweichung liegt, denn Sie haben dann gesagt, „wir bräuchten präzise nach außen hin verbindliche Zweckangaben durch das Parlament“. Da stimmen wir also ganz überein. Erst im folgenden unterscheiden wir uns – das ist dann Ihre These VIII: „Es genüge, wenn der Haushaltsplan den Zweck angebe.“ Nun, die Formulierung „es genüge“ könnte (und soll wohl auch?) den Eindruck erwecken, wir hätten bereits präzise Zweckangaben im Haushaltsplan. – Ich kann nicht sehen, daß die jetzigen Zweckangaben im Haushaltsplan auch nur annähernd präzise genug sind; noch kann ich sehen, daß wir eine Anwendungspraxis etwa der Gerichte hätten, die diese Zweckangaben als nach außen hin verbindliches, durch den Richter anwendbares Recht nach Art. 20 Abs. 3 GG ansähen. Da müßten wir also doch noch einmal diskutieren, ob unsere gemeinsame Voraussetzung – außenrechtliche, präzise Zweckangaben durch das Parlament – schon durch die jetzigen Zweckangaben im Haushaltsplan abgedeckt sind.

Ein letztes Wort: Zum Verhältnismäßigkeitsgebot, zum Übermaßverbot. Herr *Mußnug*, bei Ihrer These X besteht die Gefahr eines terminologisch begründeten Mißverständnisses. Das Verhältnismäßigkeitsgebot zielt auf Freiheitsschutz. Auch dann, wenn wir dieses Gebot auf das Leistungsrecht übertragen, müssen wir darauf bestehen, daß es nur

und ausschließlich um Freiheitsschutz geht. Es geht also nicht darum, „übermäßige“ staatliche Leistungen zu bekämpfen. Es geht darum, übermäßige Freiheitsverluste aufgrund staatlicher Leistungen zu erfassen. Mit dieser Klarstellung, so denke ich, könnte man Ihrer These X im Ergebnis durchaus zustimmen. „Übermäßige“ Leistungen sind nicht ohne weiteres vom Übermaßverbot erfaßt, wohl aber solche Leistungen, die „übermäßige“ Freiheitsverluste für den Bürger mit sich bringen; hier besteht eine Unverhältnismäßigkeit zwischen Regelungszweck und Leistungsausgestaltung. Hier liegt ein Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsgebot vor. – Danke schön.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Haverkate*. Jetzt Herr *Bachof* bitte, Sie wollten zu Ermessen und Einzelfallgerechtigkeit, insbesondere zur These 16 von Herrn *Mußnug* sprechen.

Bachof: Jawohl, dazu. Herr *Mußnug* hat in These XVI geschrieben, die Rechtsprechung verkenne, daß nicht jede Leistungsbewilligung, die von einer Richtlinie oder einer ständigen Verwaltungsübung – die Verwaltungsübung lasse ich jetzt draußen – abweiche, schon allein aus diesem Grunde rechtswidrig sei. Ich stimme dem zu mit der Bemerkung, daß das natürlich – anders wird Herr *Mußnug* es auch nicht gemeint haben – nicht nur für die Leistungsbewilligung gilt, sondern für jeden Verwaltungsakt. Aber ich möchte noch darüber hinausgehen: Ich meine, daß eine Ermessensrichtlinie ihrerseits rechtswidrig ist, wenn sie sich anmaßt, eine solche Abweichung nicht zu gestatten. Wenn ein Gesetz einer Behörde einen Verwaltungsakt zur Ausübung nach Ermessen zuweist, dann kann dieses Ermessen nicht durch Richtlinien einer höheren Behörde vollständig ausgeschlossen werden. Die höhere Behörde kann zwar im Interesse gleichmäßiger Handhabung eine allgemeine Richtlinie erlassen. Aber diese steht notwendig unter dem ungeschriebenen Vorbehalt: „es sei denn, daß aus besonders gewichtigen Gründen anders zu entscheiden ist.“ Wollte man das ausschließen, so würde man das Einzelfallermessen beseitigen und außerdem das Ermessen der gesetzlich zuständigen Behörde generalisierend auf eine höhere Behörde übertragen. Das geht nicht. Bei Richtlinien, die Begriffe auslegen oder gar so weite Begriffe wie z.B. „Stand der Technik“ durch ein dickes Buch von Detailregelungen ausfüllen und konkretisieren, sieht die Sache wohl anders aus. Hier, meine ich, kann die nachgeordnete Behörde in der Tat strikt angewiesen werden; was freilich nicht bedeutet, daß ein Verwaltungsakt, der davon abweicht, deswegen notwendig rechtswidrig wäre. Denn für die Rechtswidrigkeit kommt es darauf an, ob vom Gesetz abgewichen wurde und nicht nur von einer Richtlinie. Erst recht kann ein Gericht in einem solchen Fall nicht gebunden sein. Das halte ich, anders als das Bundesverwaltungs-

gericht, nicht für zulässig. Es widerspräche der Gewaltenteilung. Denn auch „Konkretisierung“ muß sich im Rahmen möglicher Auslegung halten, und diese ist letztlich Sache der Gerichte. Ich möchte hier nicht mißverstanden werden. Ich befürworte keineswegs, daß die Gerichte ihren oft sehr viel geringeren Sachverstand an die Stelle des Sachverstandes besser damit ausgerüsteter Gremien setzen sollen; in der Vergangenheit ist gerade damit genug Unfug getrieben worden. In der Praxis wird es darauf hinauslaufen, daß solche Richtlinien für die Gerichte mehr oder minder „verbindlich“ sind, weil diese sich in der Regel über den größeren Sachverstand der Richtlinien nicht hinwegzusetzen vermögen. Aber eben nur in der Regel! Dogmatisch kann man hier von Letztverbindlichkeit nicht sprechen.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Bachof*. Die Diskussionsredner haben eine Fülle von Anregungen an die Referenten herangetragen. Diese haben jetzt Gelegenheit zu antworten. Ich möchte aber vorschlagen, daß Sie dieses „Zwischenwort“ nicht dazu benutzen, zu jeder Frage ausführlich Stellung zu nehmen. Gewisse Kernaussagen können Sie sich noch für das Schlußwort vorbehalten. Zunächst hat das Wort Herr *Hill*.

Hill: Ich möchte als Zwischenbilanz vier Bemerkungen machen.

Zunächst ist mir in der Diskussion als ein wesentliches Problem die Überlastung des Gesetzgebers im Leistungsstaat und die Suche nach Möglichkeiten, seine Steueringkapazitäten, bezogen auf die Regelung des „Wesentlichen“ bzw. den Rahmen staatlicher Leistungen zu erhalten, aufgefallen. Unter diesem Aspekt sehe ich verschiedene Vorschläge, die von Herrn *Hufen* und von mir im Hinblick auf eine Abschlachtung und Entlastung der Gesetze sowie eine Flexibilität der gesetzlichen Vorgaben gemacht worden sind. Zunächst zum Vorschlag eines Stamm- oder Grundlagengesetzes. Ein solches Gesetz ist in der Gesetzgebung nicht unbekannt. Herr *Bachof* und gestern Herr *Stern* haben als Beispiel die Neugliederungsgesetze genannt. Unter diesem Aspekt sehe ich auch den zweiten Vorschlag eines vereinfachten Verfahrens von Herrn *Hufen*. Differenzierte Verfahrensabläufe gibt es auch im Bereich des Verwaltungsverfahrens, etwa im Verhältnis der §§ 10 und 63 ff. VwVfG oder bei der Sanierung gem. § 142 Abs. 4 BauGB. Auch im Bereich der Gesetzgebung sind teilweise, etwa bei der Haushaltsgesetzgebung, gewisse Restriktionen im Verfahren anerkannt. Jedoch müßte man bei diesem Vorschlag die Abgrenzung zur Rechtsverordnung und die Frage einer Zustimmung des Bundesrates noch genauer prüfen. Unter dem genannten Aspekt sehe ich drittens auch meinen Vorschlag der Einführung eines sog. beweglichen Systems. Dabei soll in der gesetzlichen Regelung zunächst eine Basiswertung vorangestellt werden. Herr *Ipsen*, diese Basiswertung soll die Regel beinhalten für den Grund-

bzw. den Normalfall. Diese Regel soll dann ergänzt werden in einem Absatz 2 durch eine Anleitung für Grenzfälle. Wir müssen sehen, daß letztlich hinter allen gesetzlichen Regelungen implizit Zwecke und Wertungen stehen und diese sollen in der Basiswertung vom Gesetzgeber deutlich zum Ausdruck gebracht werden. Dies zur Anmerkung 1: Überlastung des Gesetzgebers und Erhaltung seiner Steuerungskapazität.

Die Anmerkung 2 geht aus von der Anregung von Herrn *Püttner*, zu überlegen, inwieweit wir heute über Gesetzgebungslehre statt über Leistungsrecht gesprochen haben bzw. worüber wir mehr gesprochen haben. Sicherlich hat das Leistungsrecht keine grundsätzlich andere Dogmatik als das Eingriffsrecht. Es gibt gewisse Modifikationen, etwa in der Weise, daß im Leistungsrecht die Zwecke eine stärkere Rolle spielen, daß sie zwischen Staat und Leistungsempfänger eher kongruent sind als im Eingriffsrecht. Daneben ist im Leistungsrecht wohl auch eine stärkere Zukunftsbezogenheit als im Eingriffsrecht vorhanden. Unter Beachtung dieser Besonderheiten müßte man prüfen, inwieweit die hier gemachten Vorschläge auch auf das Eingriffsrecht zu übertragen sind. Bei der Frage der Rechtsverhältnisse stimme ich Herrn *Schmidt-Aßmann* zu, sie greift sicherlich über das Leistungsrecht hinaus. Auch beim beweglichen System, das ich vorgestellt habe, gibt es Ansätze im Eingriffsrecht. Ich habe das Beispiel der Gefahr im Polizei- und Ordnungsrecht genannt. Beim Kooperationsprinzip würde ich nicht ganz so weit gehen, insoweit gibt es sicherlich im Eingriffsrecht etwas andere Konstellationen, obwohl etwa im Polizeirecht die Figur des Austauschmittels bekannt ist.

Dritte Anmerkung zum Gesetzgebungsverfahren, ausgehend von der Frage von Herrn *von Arnim*. Herr *von Arnim*, ein „optimierendes Richtigkeitsdenken“ für die Gesetzgebung ginge mir etwas zu weit. Ich störe mich an dem Teilbegriff „Richtigkeit“, denn Richtigkeit im eigentlichen Sinne kann es so bei der Gesetzgebung nicht geben, weil dem Gesetzgeber bei seiner Konkretisierungsaufgabe ein erheblicher Spielraum innerhalb der Verfassung zukommt. Trotzdem würde ich nicht dem von Herrn *Mußnug* eingeführten und von Herrn *von Mutius*, wenn ich ihn richtig verstanden habe, bestätigten Satz zustimmen, daß das Gesetz das Maß aller Dinge sei. Ich möchte den Gesetzgeber nicht ganz aus den verfassungsrechtlichen Anforderungen entlassen, sowohl inhaltlich als auch verfahrensrechtlich. Allerdings ist es eine andere Frage, inwieweit diese Verpflichtungen des Gesetzgebers oder auch die Einführung organisatorischer oder verfahrensrechtlicher Neuregelungen vom Bundesverfassungsgericht kontrolliert werden können bzw. dürfen. Insofern ist es sicherlich richtig, Herr *von Mutius*, daß andere Kontrollmechanismen zu dieser verfassungsgerichtlichen Kontrolle hinzutreten und sie ergänzen.

Vierte Anmerkung zu der Frage der Selbstregulierung. Hier möchte ich vor allem der Bemerkung von Herrn *Hoffmann-Riem* zustimmen, daß Selbstregulierung schwieriger zu bewältigen ist als imperative Steuerung. Dennoch erscheint es auch mir notwendig, sich mehr mit diesen Fragen der Selbstregulierung zu beschäftigen. Allerdings muß man auch die Bedenken sehen, etwa daß der Staat sehr leicht in die Gefahr kommen kann, sich in solche Selbsthilfeorganisationen einzumischen, und daß auch die Selbsthilfeorganisationen selbst irgendwann bürokratische Formen annehmen können und damit ähnliche Binnenstrukturen aufweisen wie der Staat. Dann aber gingen ihre eigentlichen Vorteile der Flexibilität und selbstverantwortlichen Bearbeitung eigener Probleme verloren. Insgesamt stellt jedoch das Verhältnis staatliche Steuerung — Selbstregulierung ein wichtiges Zukunftsproblem dar. Wenn ich meinen Speyerer Kollegen aus der Politikwissenschaft aufmerksam zugehört habe, dann habe ich erfahren, daß das sog. regulative Recht zur Bewältigung neuartiger Steuerungsprobleme nicht mehr ganz ausreicht und daß man sich in Zukunft ein etwas modifiziertes Staatsbild machen muß, weil die Aufgaben und auch die Handlungsformen des Staates sich sehr stark wandeln, weg von einem reinen Eingriffsdenken hin zu einer Motivation und Organisation von Selbstorganisationsprozessen, zu einer Vermittlung also, und daß insoweit diese Selbsthilfemechanismen eine sehr große Rolle spielen werden.

Soweit als Zwischenbilanz.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Hill*, auch für die konzentrierte Kürze. Herr *Hufen*, bitte.

Hufen: Auch ich möchte mich an den Vorschlag des Herrn Vorsitzenden halten und manches in das Schlußwort verlagern und dort konzentriert behandeln. So möchte ich die Kollegen, die zum Problem der Selbstregulierung gesprochen haben, um Verständnis bitten, wenn ich auf ihre Beiträge erst im Schlußwort eingehe. Das gleiche gilt für das Gleichheitsthema, das ja ohnehin wie eine Spange die beiden Teile unserer Tagung umgreift.

Beginnen möchte ich mit den grundsätzlichen Fragen. Wenn ich es richtig sehe, hat Herr *von Arnim* die grundsätzlichste Frage überhaupt gestellt: Geht es bei der Gesetzgebung um optimierendes Richtigkeitsdenken oder haben wir den Zustand der Gesetze als notwendige Konsequenz des demokratischen Prozesses hinzunehmen? Wer sich mit Gesetzgebung, mit Gesetzesgeschichte und insbesondere mit dem Postulat der Allgemeinheit des Gesetzes befaßt, stößt dabei natürlich auf jene Tradition des allgemeinen Gesetzes, die Ausdruck der Hoffnung war, im Gesetz einen Zipfel der Weltvernunft zu erhaschen. Herr *Pütt-*

ner hat meinen Vorschlag der Grundlagengesetzgebung sogar in die Nähe der Monarchie gerückt, was ich übrigens auch nach einigen wunderschönen Lebensjahren im Schatten von Neuschwanstein immer noch für ein zweischneidiges Kompliment an mich halten würde. Alle drei Referate des heutigen Tages wären aber wohl mißverstanden, wollte man unterstellen, wir hätten uns hier auf die Suche nach dieser Weltvernunft oder einer anderen Form vorgefaßter Gesetzesrichtigkeit begeben. Was allerdings gefragt ist, sind strukturelle und verfahrensmäßige Bedingungen für mehr Verlässlichkeit, innere Konsequenz und damit Geltungskraft der Gesetze; substantielle Rationalität könnte man es wohl nennen. Auch geht es um nicht weniger als die Erhaltung der Steuerungsfähigkeit der Demokratie und ihrer zentralen Legitimationsmuster. So sei hier noch einmal mit aller Deutlichkeit betont: Das parlamentarische System und das Parlamentsgesetz sind das bis jetzt eindeutig bewährteste und erhaltenswürdigste System zur Lösung der Steuerungsprobleme auch des modernen Sozialstaats. Darum geht es, und alle Vorschläge, die ich gemacht habe, gelten der Sicherung und der Erhaltung, gleichzeitig aber auch der problemadäquaten Fortentwicklung dieses Systems. Das gilt sowohl für die Gesetzgebungskommissionen, die ich – Herr *von Arnim* hat es angesprochen – nicht als Gegengewicht zur Demokratie, sondern als Moment der Demokratie und der Konfliktaustragung begreife. Sie hätten aber die Aufgabe, gleichsam Angebote rationaler Konfliktbewältigung und deren gesetzlicher Ausformulierung an den Gesetzgeber zu liefern. Dabei glaube ich deutlich genug gesagt zu haben, daß die eigentliche Verantwortung beim Parlament bleiben muß. Das gilt auch für die Grundlagengesetzgebung, mit der ich dem Parlament nicht eine Art Obergesetzgeber aufoktroyieren will, die ich vielmehr als Chance begreife, daß das Instrument Gesetz den gewachsenen Ansprüchen, aber auch der wachsenden Kritik an eben diesem Instrument weiter gerecht werden kann. Insoweit geht es – und hier muß ich Ihnen widersprechen, Herr *Ipsen* – nicht um eine irgendwo im Bereich der Politologie angesiedelte Gesetzgebungslehre sondern um ein eminent wichtiges staatsrechtliches Problem. Auch der Blick auf neuere Verfassungen in Europa zeigt, daß sowohl die Idee der Grundlagengesetzgebung als auch diejenige der Entlastung des Gesetzgebers durch vereinfachende Verfahren durchaus aktuell ist. Herrn *Quaritsch* bin ich hier für den Hinweis dankbar, daß die Grundidee auch im innerstaatlichen Bereich vorhanden ist. Ebenso Herrn *Bachof* für den Hinweis auf die Systemgerechtigkeit bei der Gemeindereform, die ja auch im Grunde nichts anderes war als eine strukturelle Grundlagengesetzgebung auf Landesebene. Die Idee der Grundlagengesetzgebung stammt also nicht von mir, sie ist vielfach vorhanden und ich meine, es liegt hier ein lohnenswerter Ansatzpunkt um weiterzudenken – auch im verfahrensrechtlichen Sinne. Wenn

der Gesetzgeber es schaffen würde, inhaltliche und zeitliche Stetigkeit auch ohne ein solches spezifisches Instrument zu verbürgen und damit z.B. die sich abzeichnenden Probleme des Generationenkonfliktes übergreifend zu lösen, dann wäre ich natürlich auch damit einverstanden. Ich hege nur Zweifel, ob die gegenwärtigen Instrumente und Verfahren ausreichen werden. Wenn wir nämlich erkennen, daß wir es mit strukturellen und politischen Bedingungen zu tun haben, die eine solche Konfliktbewältigung nicht mehr gewährleisten, müssen wir einfach auch neue Instrumente in unsere Überlegungen einbeziehen.

Herr *Oppermann* und Herr *Soell* haben gefragt, warum ich zur Entlastung des Gesetzgebers das bewährte Instrument der Rechtsverordnung außer acht gelassen habe. Ich habe es aber für selbstverständlich gehalten, daß es gerade im Leistungsbereich Details gibt, die unterhalb auch vereinfachter Gesetzesformen in den Rechtsverordnungen bleiben und damit den Gesetzgeber entlasten können. Es ging mir aber gerade auch um vereinfachte und damit entlastende Verfahren in solchen Bereichen, die nach unserem parlamentarisch-demokratischen Verständnis und nach der jüngeren Rechtsprechung zum Gesetzesvorbehalt der gesetzlichen Regelung bedürfen.

Zurück zu einer etwas grundsätzlicheren Frage, der Abgrenzung von Leistungsrecht und Eingriffsrecht. Herr *Püttner* hat hier völlig zu Recht darauf hingewiesen, daß es wenige Aspekte gibt, die jeweils ausschließlich für den Leistungs- bzw. für den Eingriffsbereich gelten würden. Die Dinge überschneiden sich hier und weisen durchaus ähnliche Probleme auf. Den Gedanken der Selbstregulierung würde ich mir allerdings in bestimmten Bereichen des Eingriffsrechts nur sehr schwer vorstellen können. Ich mag keinen privaten Strafvollzug; ich mag auch keine „schwarzen Sheriffs“. Vielleicht erbringt auch die Diskussion noch weitere Beispiele für die Eignung oder den Ausschluß bestimmter Instrumente und Verfahren in dem einen oder anderen Bereich.

Auf die Zusammenhänge von Eingriff und Leistung haben auch Herr *Kirchhof*, Herr *Isensee*, Herr *Gramlich* und Herr *Suhr* hingewiesen. Diese Zusammenhänge waren auch mir sehr wichtig. Das führt zur eingriffsrechtlichen Kehrseite des Leistungsstaates, der ich in steuerrechtlicher und haushaltsrechtlicher Hinsicht nicht nachgehen konnte. Es sollte aber deutlich werden, daß wir die Probleme der Verteilung und des Transfers staatsrechtlich in den Griff bekommen müssen. Meine Grundsatzthese in diesem Zusammenhang wäre die, daß dem Bürger – wie übrigens auch dem Gesetzgeber – der Zusammenhang von Leistung und Eingriff in kleineren Einheiten besser begreiflich zu machen ist als in anonymen Großsystemen, in denen nur sehr indirekt spürbar wird, daß keine Leistung ohne Eingriff denkbar ist. Wer weiß, daß er das städtische Hallenbad im Grunde genommen selbst bezahlt, der wird in der Regel diesen Zusammenhang besser begreifen als derje-

nige, der Leistungen einfach „mitnimmt“, weil er die Quelle der Leistung – die eigene Brieftasche – nicht spürt. Der Zusammenhang von Eingriff und Leistung gilt wohl auch in anderen Bereichen. So hat schon Herr *Soell* darauf hingewiesen, daß das Umweltrecht, das wir immer noch dem Eingriffsrecht zuordnen, das wahrscheinlich zukunftsträchtigste Gebiet der Daseinsvorsorge ist. Deshalb kann ich auch im Hinblick auf die Zweckfreiheit der Daseinsvorsorge Herrn *Ipsen* nicht zustimmen. Gerade in den traditionsreichen Bereichen der Daseinsvorsorge fallen heute ganz eminent wichtige Grundsatzentscheidungen der staatlichen Leistungs- und Eingriffspolitik. Ob Sie im Bereich der Infrastruktur z.B. eine Entscheidung für den Individualverkehr oder für die Bundesbahn treffen, ist eine hochpolitische Weichenstellung der Daseinsvorsorge, aus der sich ganze Ketten von Eingriffen und Leistungen – auch solchen in Gesetzesform – ergeben. Soweit für jetzt.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Hufen*. Das Wort hat Herr *Mußnug*.

Mußnug: Auf meine Stellungnahme warten derart viele Diskussionsbeiträge, daß mir ganz gegen meine Absicht der eine oder andere aus dem Blick geraten könnte. Sollte mir das im Eifer der freien Rede passieren, so bitte ich um Nachsicht.

Herr *Kirchhof* hat mit dem *Vorbehalt des finanziell Möglichen* einen Begriff gefunden, nach dem ich vergeblich gesucht habe. Dieser Vorbehalt bringt exakt zum Ausdruck, was beim Nachdenken über das Leistungsrecht schärfer in den Mittelpunkt gerückt werden muß. Es ist verdienstlich, daß Herr *Kirchhof* dafür eine treffende Formulierung geprägt hat.

Herr *Ipsen* hat angeregt, zwischen der Daseinsvorsorge und dem Sozialrecht als den beiden *grundrechtsverwirklichenden* Sparten des Leistungsrechts und den *grundrechtsferneren* Subventionen zu unterscheiden. Das hat vieles für sich. Zu bedenken bleibt freilich, daß es auch grundrechtsverwirklichende Subventionen gibt; die Kunstförderung belegt das. Wie die Subventionierung der Landwirtschaft zeigt, können bei der Subventionsvergabe auch soziale Komponenten mitspielen. Die Daseinsvorsorge leistet sich umgekehrt manchen Luxus, der so gut wie nichts zur Grundrechtspflege und zur Verwirklichung des Sozialstaatsprinzips beiträgt. Ich erwähne nur die Schlittschuhbahnen, die sich mittlerweile selbst kleine Gemeinden zulegen. Das warnt davor, die Grundrechtsrelevanz der Daseinsvorsorge und des Sozialrechts überzubewerten und die Grundrechtsrelevanz der Subventionen zu unterschätzen. Beides hat in der Trennung des sozialrechtlichen Verwaltungsverfahrens von dem für die Subventionsvergabe gültigen VwVfG

einen nach meinem Dafürhalten wenig überzeugenden Niederschlag gefunden. Dienten die Subventionen allein dem schnöden Kommerz, die Sozialleistungen dagegen per se der hehren Grundrechtsverwirklichung, so würde ohne weiteres einleuchten, warum das SGB-X die Rücknahme fehlerhafter Renten- und Sozialhilfebescheide schärfer einengt als § 48 VwVfG die der rechtswidrigen Subventionsbewilligung. Aber ich habe meine Zweifel, ob diese Rechnung aufgeht. Ein für das gesamte Leistungsrecht einheitliches Verwaltungsverfahrensgesetz käme m.E. der Natur der Sache näher. Denn ich sehe keinen rechten Grund, den um seine Existenz ringenden Landwirt, der zu Unrecht eine Subvention erhalten hat, härter anzupacken als den Sozialhilfeempfänger, bei dem vergessen worden ist, ihn zunächst zur Verwertung seines anrechnungspflichtigen Vermögens anzuhalten. Der zu Unrecht subventionierte Landwirt und der gesetzwidrig unterstützte Sozialhilfeempfänger verdienen beide den gleichen Vertrauensschutz. Kein Grund also, die Rücknahme von Subventions- und Sozialhilfebescheiden nur im Prinzip übereinstimmend, in den für den konkreten Einzelfall ausschlaggebenden Details aber doch recht unterschiedlich zu regeln.

In Herrn von Arnims Plädoyer für die *Rechtspflicht zur optimalen Gesetzgebung* klang das Unbehagen an, das ich mit meinen Demokratiethesen – wohl nicht nur bei ihm – geweckt habe. Mit diesen Thesen will auch ich nicht bestreiten, daß der Gesetzgeber die Probleme des Leistungsrechts optimal lösen muß. Aber ich sehe darin nur eine *politische*, keine *Verfassungspflicht*. Denn das Verfassungsrecht kann nur das *verfassungskonforme* vom *verfassungswidrigen*, nicht jedoch auch das *gute* vom *schlechten* Gesetz abschichten. *Paul Laband* hat das mit zeitloser Gültigkeit begründet. Die von ihm beschworenen Gesetze über den Farbanstrich der Eisenbahnwaggons 1. Klasse und den Hufbeschlag der Kavalleriepferde wären auch in seinen Augen schlechte, aber dank ihrer Absegnung durch den Gesetzgeber dennoch verbindliche, rechtlich nicht zu beanstandende Gesetze gewesen. Diese Sicht der Dinge birgt, konsequent zu Ende gedacht, Gefahren in sich. Dessen bin ich mir bewußt. Aber diese Gefahren liegen im Wesen der Demokratie, die das Rechtsstaatsprinzip nur auf dem Felde des Eingriffsrechts vor dem Abgleiten in die politische Unvernunft schützen kann. Die Unvernunft des Leistungsrechts indessen vermag das Rechtsstaatsprinzip nicht aufzuhalten. Vor ihr bewahrt uns allein unsere eigene und die politische Vernunft unserer Parlamente. Es kommt darauf an, diese Vernunft zu stärken. Diese Aufgabe fällt in den Bereich der politischen Bildung. Sie geht somit vor allem die Schulen und die Medien an, die sie freilich, wenn ich es richtig sehe, arg vernachlässigen. Im Staatsbürgerkundeunterricht der Schulen kommt die Kardinaltugend des Maßhaltens zu kurz, in den Medien wird das genaue Gegenteil gepredigt. Statt einzuschärfen, daß maximale Staatsleistun-

gen mit maximalen Steuern bezahlt werden müssen, wird so ein ungezügelter Anspruchsdenken genährt, dem die Politik nicht standhalten und dem die Staatsrechtslehre nichts entgegensetzen kann. M.E. folgt daraus, daß die Optimierung des Leistungsrechts nur durch politische Aufklärungsarbeit zu erreichen ist, die vor Augen führt, was finanziell möglich ist, und verdeutlicht, daß das Leistungsrecht kollabiert, wenn es sich auf den Versuch einläßt, das Unmögliche möglich zu machen.

Herr *Wenger* und Herr *Soell* haben mir vorgehalten, daß die Gestaltungsfreiheit der Leistungsgesetzgebung schon deshalb Grenzen kenne, weil einmal durch Gesetz eingeführte Leistungen nicht, zumindest nicht kurzfristig, wieder eingestellt werden können. Das ist ein Hinweis von zentraler Wichtigkeit, mit dem ich mich in meinem Referat gerne näher auseinandergesetzt hätte. Aber darauf habe ich aus Zeitgründen verzichten müssen. Hätte ich mehr Zeit gehabt, so hätte ich die These vertreten, daß die Irreversibilität, die ebenso wie die dynamische Rente auch zahlreiche weitere soziale Errungenschaften kennzeichnet, die Gestaltungsfreiheit der Leistungsgesetzgebung in ihrem Ansatz unberührt läßt. Über die *Einführung* der dynamischen Rente hat der Gesetzgeber jedenfalls frei entscheiden können. Daß er von dieser Entscheidung nicht mehr wekommt, findet seine Erklärung darin, daß es Gestaltungsfreiheiten gibt, die man nur einmal nutzen kann, und preisgibt, wenn man von ihnen einen irreversiblen Gebrauch macht. Das gilt eben nicht nur für die Freiheit der Gattenwahl. Die Leistungsgesetzgebung steht in gleicher Weise unter dem Gebot des „*respice finem*“. Aber das ändert nichts daran, daß sie immerhin so lange frei schalten kann, als sie sich nicht in den Bannkreis rechtlicher Änderungsverbote oder faktischer Änderungshindernisse begibt und sich damit bewußt oder unbewußt selbst die Hände bindet.

Herr *Hoffmann-Riem* vermißte in Herrn *Hills*, Herrn *Hufens* und meinem Referat das Stichwort *Planung*. In meinem Referat war die Planung freilich indirekt in dem miteingeschlossen, was ich zur Finanzabhängigkeit des Leistungsrechts angemerkt habe. Denn die Finanzabhängigkeit des Leistungsrechts zwingt dazu, bei seiner Weiterentwicklung auf einer zukunftsorientierten Finanz- und Ausgabenplanung aufzubauen. Die Finanz- und Leistungsplanung in die Leistungsgesetze einzubauen, halte ich dagegen für verfehlt. Diesen Fehler hat sich das Strafvollzugsgesetz geleistet. In ihm finden sich einige Paragraphen, die den Strafgefangenen u.a. die Aufnahme in die Sozialversicherung und die Gewährung eines arbeitsunabhängigen Taschengelds versprechen, dieses Versprechen aber nicht einlösen. Denn § 198 Abs. 3 StVollzG hat das Inkrafttreten dieser Paragraphen ad calendae graecas vertagt, indem er es vom Erlaß eines „*besonderen Bundesgesetzes*“ abhängig macht, auf das die Strafgefangenen seit 1976 vergeblich warten und wohl noch lange vergeblich werden warten müssen. Diese Pa-

Paragraphen sind also m.a.W. vorerst nur „geplant“. Ob und wann sie in Geltung treten werden, liegt in nebelhaftem Dunkel. In diesem Verfahren des „*rule now, pay later*“ sehe ich einen Mißbrauch der Gesetzesform. Paragraphen, die Leistungen nicht vorschreiben, sondern lediglich sine obligo in Aussicht stellen, gehören in die Schubladen der Regierung. In den Gesetzblättern wirken sie deplaziert. Sie sind ein Ärgernis, weil sie legislative Augenwischerei betreiben.

Herr *Starck* zeigt auf die Uhr. Darum nur noch ein letztes Wort zu Herrn *von Mutius*: Der Student, dem ein Verwandter einen Luxuswagen als Dauerleihgabe zur Verfügung gestellt hat, ist mir tatsächlich begegnet. Er fuhr allerdings beim Studentenwerk vor, als dieses noch nach den Verwaltungsverordnungen des Honnefer Modells zu entscheiden hatte. Deshalb fiel es nicht weiter schwer, ihn an seinen Onkel zu verweisen und die Honnef-Gelder bedürftigeren Studenten ohne Herrenfahrer-Allüren zu reservieren. Unter der Geltung des BAFöG sehen die Dinge anders aus. Was sich mit einigem Geschick aus dem BAFöG herausholen läßt, hat sich auch rasch herumgesprochen. Es gibt eben nicht nur „1000 ganz legale Steuertricks“, über die ein im Knaur-Verlag erschienenes Taschenbuch informiert. Auch die ganz- und halblegalen BAFöG-, Sozialhilfe-, AFG- und Rententricks sind in aller Munde. Es fehlt nicht an Sachkennern, die sie teils öffentlich, teils von Mund zu Mund propagieren.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Mußnug*. Damit kann ich die zweite Runde eröffnen, und es wird als erster sprechen Herr *Meyer* und dann Herr *Breuer*.

Meyer: Erlauben Sie mir zunächst vier aphoristische Bemerkungen.

Erstens: Ich habe gestern zur Tradition der Vereinigung gesprochen und habe gesagt, wir sollten sie wahren. Ich will heute gegen die Tradition der Vereinigung sprechen. Die beiden Themen zeigen, daß es ungerecht war, das heutige Thema am zweiten Tag und das andere Thema am ersten Tag zu behandeln. Ich würde für die Zukunft vorschlagen, daß man alterniert. Es gibt keinen vernünftigen Grund, das Staatsrecht oder Verfassungsrecht immer an den Anfang zu stellen, zumal das Staatsrecht ohne Verwaltungsrecht nicht zu betreiben ist und das Verwaltungsrecht nicht ohne das Staatsrecht.

Zweitens: Wenn ich den Begriff Rechtsverhältnis höre, muß ich mein *ceterum censeo* einbringen, daß er zu keinerlei Erkenntniszuwachs führt, weshalb man es lassen sollte, davon zu reden.

Drittens: Ich habe noch nie einen überforderten Richter gesehen, wenn man damit die subjektive Befindlichkeit meint.

Viertens: Der Generationenvertrag ist eine große Heuchelei, denn es ist ein einseitiges Rechtsgeschäft zu Lasten Dritter.

Und nun zu dem Vorbehalt des finanziell Möglichen von Herrn *Mußnug*. Ich habe meine großen Bedenken, ob man sich tatsächlich im Ermessensbereich ganz schlicht auf die Erklärung zurückziehen kann: Jetzt haben wir kein Geld mehr – Schluß aus. Der Haushalt ist so aufzustellen, daß die voraussichtlichen Ausgaben eingesetzt werden. Die Verwaltung hat am Anfang des Jahres zu überlegen, was auf sie zukommt, und eine vernünftige Verwaltung agiert so, daß sie das Geld durch das Jahr gleichmäßig verteilen kann.

Was den Haushaltsplan als Erfüllung des Gesetzesvorbehaltes angeht, so ist Herrn *Mußnug* zuzugeben, daß der Haushaltsplan in Deutschland, was die Titel angeht, relativ spezifiziert ist; aber dies ist keine verfassungsrechtliche Notwendigkeit. Außerdem sind die Titel höchst unterschiedlich spezifiziert. Es gibt Titel, die so spezifiziert sind, daß sie den Empfänger, den Zweck und die Summe haben. Bei ihnen gibt es natürlich keine Schwierigkeiten zu sagen, dem Gesetzesvorbehalt sei Genüge getan. Aber es gibt Milliarden-Titel, in denen der Empfänger unbekannt und die Zweckbestimmung ziemlich unbestimmt ist, und ich kann nicht einsehen, daß das für den Gesetzesvorbehalt ausreicht.

Schließlich zu den allgemeinen Gesetzen im Sinne von Herrn *Hufen*. Ich glaube, die Idee ist fruchtbar, zentrale Rechtsgedanken in einer Weise zu formulieren, daß sie nicht mehr so leicht abänderbar sind, daß sie also – auch vom Gesetzgeber – ernster genommen werden. Das Problem dabei liegt aber darin, daß unsere Gesetze nicht vom Parlament gemacht werden, – das ist ja ein alter Irrtum –, sondern von der Verwaltung, und selbst das ist eine falsche Aussage. Nicht „die Verwaltung“ macht die Gesetze, sondern die Ressorts machen die Gesetze. Unsere Ressort-Einteilung hat nun zur Folge, daß die Gesetze sozusagen ressortgeeignet gemacht werden, und die Ressorts haben als höchstes Interesse die Bestätigung ihres Eigenwertes mit der Konsequenz, daß allgemeine Ideen und Gedanken nicht berücksichtigt werden, wenn sie dem Ressort-Interesse widersprechen. Wenn wir allgemeine Gesetze einer etwas übergeordneten Art haben wollen, müssen wir notwendigerweise gegen die Ressort-Einteilung ankämpfen, was freilich im Sinne der Rechtsstaatlichkeit ein Vorteil wäre.

Breuer: Hinter dem heutigen Thema steht die Sorge um die Normierbarkeit und die Vollziehbarkeit unseres Leistungsrechts, und deswegen scheint es mir notwendig zu sein, noch einmal auf die Frage zurückzukommen, welche Instrumente wir eigentlich empfehlen, um den Defiziten und den Problemen des Leistungsrechts gerecht zu werden. Es ist ja weidlich darüber geklagt worden, daß wir eine Gesetzesflut hätten und gleichzeitig Regelungsdefizite – ein paradoxes Phänomen.

Unter diesem Gesichtspunkt will ich versuchen, vier Punkte in die Debatte einzuführen.

Der erste Punkt betrifft den Gedanken der Gesetzestypen. Sie, Herr *Hill*, haben in Ihren Thesen 2 und 4 von Gesetzestypen gesprochen. Auch zwischen den Zeilen des Referates von Herrn *Hufen* klang dieser Gedanke an. Herr *Püttner* hat zu Recht schon bemerkt, daß wir dabei zu Fragen der Gesetzgebungslehre kommen; das scheint mir auch richtig zu sein. Aber mir drängt sich doch der Eindruck auf, daß wir die Ansätze der Gesetzgebungslehre bislang nicht hinreichend ausgeschöpft haben. Es gibt etwa den fundamentalen Unterschied zwischen konditionalen Gesetzen, die namentlich Anspruchstatbestände regeln, und finalen Gesetzen, die nur ein Programm aufstellen, was insbesondere im Subventionsrecht eine große Rolle spielt. Es gibt weiter den Ansatz, daß man langfristig angelegte Kodifikationsgesetze, kurzfristig angelegte Anpassungsgesetze und situative Maßnahmegesetze unterscheidet. Man kennt weitere Unterscheidungen. Ich will das hier im einzelnen nicht ausführen. Staatsrechtlich muß aber die entscheidende Frage sein, was diese Unterscheidungen bewirken, was sie für die Maßstäbe des Verfassungsrechts bedeuten und was sie dem Verfassungsgericht und überhaupt der Gerichtsbarkeit an Möglichkeiten eröffnen, ein Gesetz für verfassungswidrig und nichtig zu erklären. Ist es vielleicht möglich, daß unterschiedliche Kontrollmaßstäbe für die verschiedenen Gesetzestypen gelten? Ich könnte mir solche Unterschiede in der Tat vorstellen. Wo der Gesetzgeber im Einklang mit dem Gesetzesvorbehalt nur Programme aufstellt, kann er sich natürlich nur in relativ unbestimmter Weise äußern. Wo der Gesetzgeber langfristig Ansprüche einräumt, auf die der Bürger sich einrichtet, ist eine Aufhebung des Gesetzes vermutlich aus rechtsstaatlichen und grundrechtlichen Gründen sehr viel schwieriger als dort, wo der Gesetzgeber nur situative Einzelfallgesetze erläßt. Auf der anderen Seite kann bei situativen Einzelfallgesetzen vielleicht eine Anleihe bei verwaltungsrechtlichen Grundsätzen über die Rücknahme oder den Widerruf von Verwaltungsakten möglich sein. Ich erwäge dies alles vor dem Hintergrund der Frage, ob die unterschiedlichen Gesetzestypen, die wir in der Gesetzgebungslehre unterscheiden, verfassungsrechtliche Erkenntnisse vermitteln können.

Zweiter Punkt: Mich bewegt nach wie vor Ihre bestechende These, Herr *Hufen*, über das Grundlagengesetz, und eine gewisse geistige Wahlverwandtschaft zwischen uns beiden wird Ihnen ebenso vor Augen stehen wie mir. Nur haben Sie sozusagen das Maximum dieses Gedankens eingeführt, indem Sie in Ihrer These 7 von verfassungsrechtlich besonders hervorzuhebenden und abzusichernden Grundlagengesetzen gesprochen haben. Ich verstehe das so, daß Sie einen strikten Vorrang eines solchen Grundlagengesetzes kraft einer einzuführenden Verfas-

sungsbestimmung befürworten wollen. Das Bestechende an dem Gedanken liegt darin, daß man auf diese Art und Weise den Gesetzgeber zwingen kann, sich grundsätzlich über seine Ziele zu äußern und daß man den Gesetzgeber später auch daran messen kann. Hierin steckt also ein Stück an Rationalität und an Disziplinierung des Gesetzgebers. Die Bedenken gegen diese These scheinen mir jedoch einer weiteren Diskussion bedürftig zu sein. International gesehen, gab es zu Anfang der 60er Jahre in Italien eine Diskussion über die *super legge*, also das „Supergesetz“, das einen solchen Vorrang haben soll. In Italien ist aber meines Wissens die Debatte nicht zu einer Einführung eines solchen „Supergesetzes“ gediehen. Sachlich stellt sich aus meiner Sicht ein Problem des demokratischen Prinzips. Ein solches „Supergesetz“ würde nämlich, wenn es mit einem Vorrang ausgestattet ist, nicht nur während der laufenden Legislaturperiode wirken, sondern auch in spätere Legislaturperioden hinein den künftigen Gesetzgeber binden. Es würden dem künftigen Gesetzgeber zusätzliche Hürden aufgebaut werden. Daher stellt sich doch die Frage, ob der aktuelle Gesetzgeber einer Legislaturperiode den künftigen Gesetzgeber späterer Legislaturperioden insoweit binden kann. Ich habe auch eine gewisse Sorge vor einer Hypertrophie unseres Stufenbaus der Rechtsordnung. Schon am gestrigen Tage ist zu Recht darauf hingewiesen worden, daß die europarechtlichen Vorgaben zunehmende Bedeutung gewinnen. Auf der staatlichen Ebene des Verfassungsrechts haben wir es zudem nicht nur mit den dürren Normen des Grundgesetzes zu tun, sondern auch mit Unterprinzipien, die in der verfassungsgerichtlichen Judikatur herausgearbeitet werden, dann aber bei der weiteren Judikatur ebenso wirken wie Sätze des geschriebenen Verfassungsrechts. Wir haben sodann die einfache Gesetzgebung, die Rechtsverordnung, ferner außer der Bundesgesetzgebung die Landesgesetzgebung und im Sozialrecht ein Satzungsrecht von erheblicher Bedeutung; auch im Kommunalrecht hat das Satzungsrecht die bekannte Bedeutung. Ich frage mich nun, ob es wirklich verfassungspolitisch überzeugend ist, eine zusätzliche Schicht einzuführen, indem der Gesetzgeber nicht nur einfache Gesetze normalen Ranges erläßt, sondern auch „Supergesetze“.

Um auf die Wahlverwandtschaft zurückzukommen, Herr *Hufen*: Eine vorsichtigere Alternative für das gemeinsame Anliegen, den Gesetzgeber zur Rationalität zu zwingen und ihn zu disziplinieren, könnte es vielleicht sein, aus grundsätzlichen und programmatischen Gesetzen eine Selbstbindung nach Maßgabe rechtsstaatlicher Prinzipien abzuleiten. Wenn der Gesetzgeber programmatische Ziele aufstellt und sich dann in einem Einzelfallgesetz anders verhält, wenn man ihm also einen Widerspruch zu seinen eigenen Programmgesetzen vorhalten kann, dann spricht doch vielleicht einiges dafür, nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, des Vertrauensschutzes und auch der Systemgerechtig-

keit das nachfolgende Einzelfallgesetz wegen eines Widerspruchs zum Programmgesetz für verfassungswidrig und nichtig zu erklären. So könnte schon auf der Grundlage des geltenden Rechts – ohne einen förmlichen Vorrang eines „Supergesetzes“ – manches von dem realisiert werden, was Ihnen offenbar unter dem Gedanken des Grundlagengesetzes vorschwebt.

Drittens, Herr *Hill*: Mit Ihrer These 7 – Stichwort: „bewegliches System der Gesetzesgestaltung“ – vermag ich mich nicht recht anzufreunden. Ich frage mich, ob dies eigentlich im Ergebnis etwas anderes ist als die Technik der Gesetzesauslegung und -konkretisierung, wie wir sie bislang gewohnt sind. Mir ist jedenfalls nicht verständlich geworden, inwieweit Sie damit über die bisherige Methodik und Technik der Gesetzesauslegung hinaus etwas Neues und anderes sagen wollen.

Viertens: Zur These 13 von Herrn *Hill* scheint mir ein Hinweis darauf notwendig zu sein, daß die Kritik an dem Nebeneinander von anspruchsbegründenden Gesetzen und Ermessensvorschriften meines Erachtens ihrerseits fragwürdig ist. Ich habe immer den rechtsstaatlichen und sozialstaatlichen Fortschritt des Leistungsrechts darin gesehen, daß es eben nicht nur ein Verwaltungsermessen gibt, sondern auch einige gesetzlich zementierte Anspruchspositionen. Ich meine auch, daß man dem Gesetzgeber ein Stück Weisheit unterstellen kann, wenn er auf der einen Seite vor dem Hintergrund der Grundrechte, des Rechtsstaatsprinzips und des Sozialstaatsprinzips rechtsbegrifflich begründete Ansprüche gewährt und auf der anderen Seite zusätzliche Ermessensvorschriften vorhält. Es erscheint mir höchst gefährlich zu sein, diese Abstufung zwischen Gesetzesbindung und Ermessen dadurch zu beseitigen und einzuebnen, daß man ein kooperatives System des Handelns zwischen Bürger und Verwaltung befürwortet. Hier droht etwas von dem verloren zu gehen, was im grundrechtlich abgesicherten, rechts- und sozialstaatlichen Leistungsrecht in den letzten Jahrzehnten errungen worden ist.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Breuer*. Sie haben einen grundlegenden Diskussionsbeitrag gegeben, wie er am Anfang hier auch zugelassen worden ist. Ich möchte aber jetzt alle folgenden Diskussionsteilnehmer bitten, vier Minuten nicht mehr zu überschreiten, und zwar deshalb, weil ich noch 11 Wortmeldungen habe, und wir um 17.45 Uhr mit den Schlußworten beginnen müssen, damit wir pünktlich enden können. Auch alle die, die sich von vornherein für den Punkt 3 gemeldet haben, müssen eine Chance bekommen, sich auch noch zu äußern und dafür die notwendige Zeit zur Verfügung zu haben. Herr *Dittmann*, dann kommt Herr *Zeh*, dann Herr *Schachtschneider*. Also, Herr *Dittmann*, Sie gehen jetzt mit gutem Beispiel voran und unterschreiten die 4-Minuten-Grenze, zumindest überschreiten Sie sie nicht.

Dittmann: Nach den ausführlichen verfassungsrechtlichen Bemerkungen von Herrn *Breuer* kann ich mich darauf beschränken, zu der These VII von Herrn *Hufen* nur einen Gesichtspunkt nachzuschieben und gleichzeitig eine Beziehung zwischen dieser These und der These VI von Herrn *Mußnug* herzustellen. Zwischen beiden Thesen besteht m.E. nämlich eine gewisse Unverträglichkeit. Während Herr *Mußnug* eingangs seines Referates zu Recht auf die Finanzabhängigkeit des Leistungsstaates hingewiesen und dann sehr konsequent in seiner These VI auf die Notwendigkeit verwiesen hat, den Leistungsstaat hinreichend flexibel zu halten, um auf veränderte finanzielle Rahmenbedingungen reagieren zu können, scheint mir die Forderung von Herrn *Hufen* nach einer besonderen Grundsatz- oder Stammgesetzgebung genau das Gegenteil zu bewirken. Ich sehe die Gefahr, daß die Handlungsfähigkeit und damit letztlich die Funktionsfähigkeit des Leistungsstaates beeinträchtigt werden, wenn neben die bereits bestehenden europarechtlichen und verfassungsrechtlichen Bindungen des einfachen Gesetzgebers nun auch noch eine weitere besondere Bindung durch eine Grundsatz- oder Stammgesetzgebung treten soll. Aber vielleicht – und das ist meine Frage an Herrn *Hufen* – lassen sich aus seiner Sicht diese verschiedenen Ebenen der Gesetzgebung funktional so voneinander abschichten, daß diese Gefahr gebannt werden könnte.

Zeh: Bei so mutigen und so gehaltvollen Vorträgen, wie wir sie gehört haben, möchte man am liebsten zu allem etwas sagen. Das geht nicht. Deshalb greife ich einen einzelnen Punkt heraus und bitte, das nicht mißzuverstehen.

Herr *Hufen*, Ihre Vorschläge zu den institutionellen und instrumentellen Möglichkeiten werfen mancherlei Fragen auf. Zunächst die Gesetzesvorbereitende Kommission: Wenn ich sie richtig verstehe, wird von ihr erwartet, daß sie etwas produziert, was besser ist als die bisherige Vorbereitung von Gesetzen; die Kommission müßte ihr Ergebnis dann dem Gesetzgeber anbieten oder zur Verfügung stellen. Das setzt voraus, daß es einen Gesetzgeber als Adresse in diesem Stadium gibt. Das trifft aber so nicht zu. Man muß vielmehr davon ausgehen, daß es den Gesetzgeber, der die Gesetze gibt, nicht gibt. Vielmehr haben wir einen hochkomplexen Prozeß von vielen Beteiligten, unter denen das Parlament ein wichtiger oder der wichtigste Beteiligte ist; es wirkt als Moderator, als Scharnier und Integrator, „gibt“ aber nicht selbst die Gesetze. Der Ausdruck stammt aus dem Absolutismus. In das heutige komplizierte und langwierige Verfahren der Gesetzgebung sind Parteien, Verbände und Organisationen, Medien und alle anderen, die Interessen vertreten, eingeschaltet – und für alle diese Beteiligten ist es legitim, Interessen zu vertreten. Diesen Prozeß können wir mit einer

wie auch immer zusammenzusetzenden und zu legitimierenden Kommission weder ersetzen noch verbessern. Fragwürdig scheint zudem die Forderung, daß es sich um eine unabhängige Kommission handeln soll. Unabhängig wovon? Wir akzeptieren alle, daß die Verfassung Parteien vorsieht und daß sie eine bedeutende Rolle spielen, daß es im Pluralismus legitime Interessen und ihre Vertretungen gibt, daß wir Teilinteressen und unterschiedliche Belange durch Föderalismus und kommunale Selbstverwaltung zur Geltung bringen. Von all dem könnte eine Kommission nicht unabhängig sein, wenn sie zugleich repräsentativ sein sollte. Wir sollten statt dessen zugestehen, daß die Kommission, die gesucht wird, schon existiert: Es ist das Parlament mit seinen Ausschüssen, und dabei sollte es auch bleiben. Etwas anderes wäre ein Verfahren der Gesetzesvorbereitung wie in Schweden, wo zahlreiche kleine spezialisierte Kommissionen mit den einzelnen Gesetzentwürfen befaßt werden; dabei handelt es sich aber lediglich um eine andere Form der Gewinnung von spezialisierter Sachkunde und der Kanalisierung des Verbandseinflusses. Ich glaube nicht, daß der Versuch lohnen würde, unser Verfahren in dieser Richtung umzuorganisieren.

Einem anderen Vorschlag kann ich mehr abgewinnen: Der Neudefinition und Neuaufteilung von Gesetzeskategorien. Das Modell eines Grundsatzgesetzes oder Grundlagen- oder Stammgesetzes würde Gestalt annehmen, wenn es von alledem freigehalten würde, was sich heute in einem durchschnittlichen Gesetz an Vorschriften verschiedenster Ebenen mischt. Man müßte dann die vielen Verwaltungsvorschriften, Durchführungshinweise, Informationen, Definitionen usw. in eine neue Form bringen, in eine Art „Konkretisierungsfenster“. Allerdings denke ich, daß die dafür geeignete Form nach wie vor die Rechtsverordnung sein könnte. Ich glaube nicht, daß wir eine neue, dritte Ebene der vereinfachten Gesetzgebung zwischen Rechtsverordnung und Gesetz brauchen. Statt dessen sollten wir an Art. 80 Grundgesetz ansetzen und das Verordnungsrecht der Regierung erleichtern, etwa die Ermächtigung an die Einhaltung der Gesetzesziele binden. Dann könnte dem eigentlichen Gesetz das verbleiben, was Sie nur noch im Stammgesetz sehen möchten, nämlich Grundlegendes, Richtungsweisendes und damit vielleicht auch etwas zeitlich Stabilisierendes. Schon die Enquete-Kommission Verfassungsreform des Bundestages hat sich in den frühen siebziger Jahren mit entsprechenden Überlegungen befaßt. Ich halte das aus den Erfahrungen mit der Weimarer Verfassung stammende Mißtrauen gegen ein selbständigeres Verordnungsrecht der Regierung inzwischen nach 40 Jahren parlamentarischer Regierungsweise – welche die Regierung ja doch stark an das Parlament bindet – für nicht mehr gerechtfertigt. Der Vorschlag einer neuen und rationaleren Aufteilung der Rechtsetzungsmaterien auf zwei Normebenen könnte deshalb mit vorhandenen Instituten – Gesetz und Verordnung – ange-

gangen werden. Das wäre unter Umständen aussichtsreicher als neue Kategorien zu ersinnen.

Vorsitzender: Vielen Dank. Ich habe hier zwei Spontanmeldungen; ich möchte den Versuch machen, sie zuzulassen, indem ich davon ausgehe, daß sie nur eine kurze Aussage oder eine Frage enthalten. Erstens, Herr *Schneider*, zweitens, Herr *von Arnim*.

Schneider: Kurze Zwischenbemerkung. Ich widerspreche Ihnen, Herr *Zeh*, zwar nur ungern, muß aber Herrn *Hufen* in Schutz nehmen. Ein kleines Beispiel: Ohne die Alterssicherungskommission der Bundesregierung wäre es wahrscheinlich nicht möglich gewesen, auch nur zu hoffen, daß die Rentenreform einigermaßen einvernehmlich zustandegebracht wird. Wir haben das Gegenbeispiel bei der Krankenversicherungsreform erlebt. Dort hat der Sozialbeirat allein den Versuch machen wollen, ein konsensfähiges Konzept zu entwickeln, und ist gescheitert. Es sind nämlich dieselben Leute, die in der Alterssicherungskommission saßen, damals noch nicht unter Zeitdruck arbeiteten, die dann hinterher wieder als Interessenvertreter auftraten. Diese Kommunikations- und Konsensmöglichkeiten, die wir da hatten, sind notwendige Voraussetzungen dafür, daß das Reformwerk gelingen kann. Ich plädiere also nachdrücklich für solche Gesetzgebungskommissionen, und zwar unabhängig davon, ob sie bei der Regierung oder beim Parlament angesiedelt sind.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Schneider*. Herr *von Arnim*, noch kürzer.

von Arnim: Auch ein Beispiel dafür, daß das Parlament nicht unbedingt gleichbedeutend mit einer Kommission ist: Der hessische Diätenfall hat dazu geführt, daß viele Parlamente von sich aus die Einsetzung unabhängiger Diätenkommissionen gefordert haben.

Vorsitzender: Ebenso kurz, Herr *Steinberg*.

Steinberg: Ich würde doch sehr bitten, daß man die Schweizer Kollegen zu der Praxis der schweizerischen Expertenkommissionen hört, die – wie ich glaube – ja doch ganz in dem von Herrn *Hufen* geforderten Sinne tätig werden. An dieser Stelle beschränke ich mich auf diese Bemerkung.

Vorsitzender: Herr *Schachtschneider*. Danach Herr *Wallerath*, Herr *Schmidt-Jortzig* und Herr *Ress*. Dann hätten wir den Punkt 2 damit abgearbeitet. Herr *Schachtschneider*, bitte.

Schachtschneider: Zwei kurze Bemerkungen zur Rechtstechnik der Verwirklichung des Leistungsrechts, zunächst zum Bereich der Krankenversorgung: Ich möchte auch Skepsis gegenüber dem Modell der Kooperation anmelden. Wir kennen Kooperation, nämlich die zwischen Arzt und Patient zu Lasten der Allgemeinheit der Versicherten. Kooperation wird allzu leicht zum kollusiven Zusammenwirken. Zweitens zur Rechtstechnik der notwendigen Differenzierung zwischen der Grundlagengesetzgebung und flexibler Ausführungsrechtsetzung. Zum einen stehen, wie Herr *Zeh* schon sagte, die Rechtsverordnungen zur Verfügung; zum anderen sollten der rechtsetzende Verwaltungsakt, das rechtsetzende Verwaltungshandeln, welches Verbindlichkeit schafft, anerkannt werden. Das würde den Umweg ersparen, den Verwaltungsvorschriften über den Gleichheitssatz Verbindlichkeit für zukünftige Fälle zu verschaffen. Rechtsetzung ist nicht allein der Legislative vorbehalten. Anderes ist konstitutionalistisch. Rechtsetzung muß den Vorbehalt und den Vorrang des Gesetzes respektieren. Der Vorbehalt kann auf Grundlagenfragen, auf die Zweckfestsetzung beschränkt sein. Der Verwaltungsrechtssatz wäre eine weitere instrumentelle Hilfe für die angesprochene Differenzierung. Danke schön.

Wallerath: In These 5 formuliert Herr *Mußnug*, daß der Gesetzgeber den Finanzierungsproblemen des Leistungsrechts u.a. auch durch „Verschonungsleistungen“ ausweichen kann. Ich sehe damit vor allem die Frage der *Austauschbarkeit* von Formen des Leistungsrechts mit denen der Verschonung im Eingriffsrecht aufgeworfen. Das *Bundesverfassungsgericht* hat hierzu – gleichsam aus umgekehrter Perspektive – formuliert, der Gesetzgeber sei berechtigt, Umstände, die die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Betroffenen mindern, ausnahmsweise nicht im Steuerrecht, sondern im Sozialrecht zu berücksichtigen. Das entspricht einer Neigung des modernen Gesetzgebers, die fehlende Verschonung bei Eingriffen, insbesondere im Steuerrecht, durch eigenständige Leistungssysteme zu kompensieren und sich so einen größeren „strategischen“ Spielraum zu eröffnen.

Ich habe Zweifel, ob eine Aktivierung des Leistungsrechts ohne weiteres die fehlende Verschonung im Eingriffsrecht zu ersetzen vermag. Um dies an einem Beispiel, nämlich dem des Familienlastenausgleichs, zu verdeutlichen – Herr *Isensee* hat das Stichwort ja eben bereits eingebracht: Der Gesetzgeber kann den Familienlastenausgleich herstellen, indem er Kindergeld zahlt, eine steuerrechtliche Entlastung vorsieht oder indem er beide Möglichkeiten miteinander kombiniert. Angenommen, der Gesetzgeber entschiede sich, wie in der Vergangenheit zeitweise praktiziert und vom *Bundesverfassungsgericht* auch sanktioniert, für eine reine Kindergeldlösung: Dann entspräche die Zahlung eines Kindergeldes in Höhe von DM 50,— im Effekt einem

Kinderfreibetrag in Höhe von DM 210,— im Eingangsteuerbereich. Unterstellt, diese DM 210,— entsprächen genau der zu berücksichtigenden zusätzlichen Belastung. Sollte es nun wirklich zutreffen, daß die DM 50,— Kindergeld die steuerliche Berücksichtigungsfähigkeit des gesamten Aufwandes für die Kindererziehung ausschließen, nur weil die steuerliche Entlastung im Eingangsteuerbereich im Ergebnis ebenfalls nicht höher liegen würde? Oder ist es nicht vielmehr so, daß das geringere Kindergeld lediglich den steuerlich zu berücksichtigenden Gesamtaufwand mindert, also zumindest solange nach einer ergänzenden steuerrechtlichen Regelung verlangt, als es eine progressive Einkommenssteuer gibt?

Mir scheint es wichtig, darauf hinzuweisen, daß die leistungsrechtliche Lösung die steuerrechtliche Lösung gerade nicht zu substituieren vermag, sofern sie nicht, was finanziell kaum zu leisten wäre, den gesamten zusätzlichen Aufwand abdeckt. Sie kann damit lediglich den notwendigen Flankenschutz für eine ebenfalls nur begrenzt geeignete steuerrechtliche Lösung abgeben. Diese *ergänzende* Funktion wird in These 5 von Herrn *Mußgnug* sehr viel deutlicher als in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die das Problem m.E. entscheidend verkürzt.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Wallerath*, für diese wichtigen Hinweise. Jetzt wird Herr *Schmidt-Jortzig* über das Sozialgeheimnis und über das Problem des Rechtsverhältnisses sprechen.

Schmidt-Jortzig: Ich habe mir mehrere Stichworte zum derzeitigen Diskussionsbereich notiert, verspreche aber, daß ich mich an die Zeit halte.

Als erstes möchte ich in aller Dringlichkeit eine Eingangsbemerkung von Herrn *Meyer* dem Reich des Aphoristischen entreißen. Genau wie ihm liegt mir daran nachzufragen, lieber Herr *Hill*, was denn die Figur des „Rechtsverhältnisses“ dogmatisch und methodisch wirklich an Nutzen bringt. Ich vermag hier jedenfalls bisher nicht sehr viel zu erkennen. Zwar läßt sich sehen, daß jener Ansatz rechtstheoretisch, vielleicht auch rechtsphilosophisch, den einen oder anderen Aspekt verdeutlichen mag. Neuartiges aber, was ohne ihn noch nicht geläufig war, eigenständig Handgreifliches, bringt er kaum. Deshalb wäre ich Ihnen (und der Punkt ist ja ein schon längerwährendes Thema bei uns in der Vereinigung) dankbar, wenn Sie mir noch ein wenig Nachhilfen gäben, was konkret mit der dogmatischen Figur des Rechtsverhältnisses gewonnen werden könnte.

Zweites Stichwort, nur ganz kurz. Lieber Herr *Hufen*, zu Ihrem Vorschlag einer Operationalisierbarkeit gesetzlichen Regelungszugriffs durch Festlegung des Längergültigen, Grundlegenden in einem

„Stammgesetz“ und einer Übernahme der Tagesanpassung und Durchführung in rascher änderbare, irgendwie nachrangige Gesetzesnormen bewegt mich schon während der ganzen letzten Wortmeldungen das Beispiel des Haushaltsgrundsätzegesetzes. Wäre damit nicht ein Vorbild gegeben? Dort haben wir doch, selbst wenn sie inhaltlich Rückgriffe auf Art. 109 GG nehmen kann, eine einfachgesetzliche Norm, welche indes die nominell gleichrangigen, jährlichen Haushaltsgesetze in Griff hält und dirigiert.

Drittes Stichwort, und wenn es erlaubt ist, möchte ich hier noch einmal auf einen Punkt zurückkommen, der schon mehrfach in der Diskussion angesprochen wurde, aber eben auch eine ganz gezielt instrumentelle Bedeutung hat. Ich habe die These 11 von Herrn *Hufen* jedenfalls so verstanden (und möchte mir darüber Rechenschaft geben), daß wir das Thema „Selbstregulierung“ weniger als eine Frage grundsätzlicher Problematisierung des Leistungsstaates denn als seines veränderten Instrumentariums behandeln sollten. Jedenfalls gilt es, davor zu warnen, sich hierbei zu rasch etwas in Richtung Staatsentlastung zu versprechen. Verschiedentlich klang es schon in Zwischentönen an, und ich möchte mich nun ausdrücklich dazu bekennen: „Selbstregulierung“ in bisher staatlich bestrittenen Handlungsbereichen kann eigentlich nur heißen, daß es in gezielter, hoheitlicher Anstrengung der Staat selber ist, welcher individuelle Verantwortungsübernahme und Gestaltungsinitiative anregt, unterstützt und gewährleistet. Es geht also um eine spezifische, neue Förderung der personalen Freiheit, und das muß gar nicht unbedingt zu einer Entlastung des Staates führen. Ich erinnere nur an gewisse Aspekte der Privatisierungsdiskussion, wo man den aufgabenausgliedernden Hoheitsträger noch über sog. Garantenpflichten in der Verantwortung zu halten sucht.

Viertens und letztens, lieber Herr *Mußnug*, zu Ihrer These 18. Sie haben dort den Datenschutz angesprochen, und zwar die Wahrung des Sozialgeheimnisses zwischen zwei Behörden desselben Verwaltungsträgers. Offenbar ist dies ein Querschnittsproblem für die gesamte Leistungsverwaltung, und ich möchte uns deshalb anregen noch nachzudenken, wie wir dort griffiger werden können. Materiell-rechtlich ist es seit der bekannten Bundesverfassungsgerichtsentscheidung keine Frage mehr, daß es zur Sicherung der persönlichen Daten für jede ihrer verwaltungsmäßigen Verarbeitung einer bereichsspezifischen Ermächtigung mit bereichsspezifischer Zweckfestlegung und bereichsspezifischen Abschottungsvorkehrung bedarf. Aber verfahrensmäßig, meine Damen und Herren Kollegen, verfahrensrechtlich sehe ich eigentlich die Zugkraft dieser Vorgaben, ihre Konsequenz noch nicht gesichert. Zum einen sind datenschutzwidrig erlangte Kenntnisse ja sicherlich unrechtmäßige Momente, die deshalb nicht verwandt werden dürfen. Aber ich erinnere an § 44a VwGO, wonach jener Verfahrensmangel

kaum angegriffen werden kann, wenn die Sachentscheidung gleichwohl zugunsten des Antragstellers ausging. Zum anderen sei nur (ich habe da selber Bedenken) der vorsichtige Hinweis auf § 46 VwVfG erlaubt: Wäre ein Datenschutzverstoß nicht salviert, wenn mit dem rechtmäßig gewonnenen Faktenmaterial die gleiche Sachentscheidung hätte herauskommen können? Und schließlich, Herr *Mußnug*: Was passiert, wenn die Sozialverwaltung gewissermaßen auf Verdacht handelt, sich also gar nicht auf das schwierige Geschäft einer präzisen und eben datenschutzkonformen Tatsachenermittlung einläßt, sondern die heiklen personalen Voraussetzungen einfach annimmt? Dann würde im Rechtsschutzverfahren doch das Verwaltungs- oder Sozialgericht das wirkliche Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen per Untersuchungsgrundsatz zu ermitteln haben, und dem Gericht kann das Sozialgeheimnis nach SGB X nur in begrenztem Maße entgegengehalten werden. Also ich glaube, man muß sich für die Praxis der Leistungsverwaltung nachdrücklicher fragen, wie denn das Sozialgeheimnis effektiv durchgehalten werden kann oder ob es in diesem Bereich nicht von vornherein nur einen begrenzten Geltungsraum hat. Danke sehr.

Vorsitzender: Danke. Ich habe jetzt noch eine Wortmeldung zu Punkt 2. Das ist Herr *Ress*. Er will zu Punkt 2 und zu Punkt 3 sprechen. Nun ist aber eine weitere Wortmeldung von Herrn *Isensee* gekommen, die ich leider nur als Kurzintervention zulassen kann. Sie haben nach Herrn *Ress* das Wort. Dann würde ich die Diskussionsrunde zu Punkt 3 eröffnen, die mit Herrn *Häberle* beginnen würde. Bitte schön.

Ress: Ich möchte zu den Reformvorstellungen sprechen, die schon angeklungen sind. Das Problem, das alle drei Referenten bewegt hat, ist u.a. die *Leistungsfähigkeit* des parlamentarischen Gesetzgebers im Leistungsstaat. Ich war überrascht durch die Ausführungen einiger Intervenienten, die man dahin interpretieren könnte, daß die Abdankung und ein weitgehender Funktionsverlust des parlamentarischen Gesetzgebers gegenüber der Exekutive erreicht sei. Der Vorschlag von Herrn *Hufen* läuft darauf hinaus, dem parlamentarischen Gesetzgeber noch jenen Raum der Festlegung und Dauerhaftigkeit zu sichern, der mit dem Begriff „Stammgesetz“, „Wesentlichkeitsgesetz“ u.ä. verknüpft ist. Ich möchte ein solches Modell nachdrücklich unterstützen. In Anknüpfung an Herrn *Isensee* und vielleicht im Gegensatz zu Herrn *Mußnug* bin ich der Ansicht, daß wir auch im Subventionsrecht gesetzliche Regelungen über Voraussetzungen und Arten der Subventionen benötigen; denn der *Zweck* der Subventionen wird im Haushaltsplan in der Regel nicht ausreichend geregelt.

Herr *Hufen* hat zwei Reformen angeregt, die die Rolle des parlamentarischen Gesetzgebers verbessern könnten. Was er als Kommission angeregt hat, ist im Grunde im angelsächsischen Rechtsraum längst akzeptiert und verwirklicht. Die law commissions sind im angelsächsischen Rechtsraum ein etabliertes Instrument unabhängiger, begleitender Beratung, auch kontroverser Beratung. Sie haben sich bewährt. Ich frage mich, warum wir diesen Erfahrungsschatz nicht aufgreifen. Es wird natürlich immer ein Problem der Unabhängigkeit derartiger Kommissionen geben. Dafür lassen sich aber Vorkehrungen treffen. Diese Kommissionen entsprechen zwar nicht dem von Herrn *Schneider* eingebrachten Modell einer parteienübergreifenden Schlichtungskommission. Sie sind hochspezialisierte, permanent arbeitende Kommissionen, die dem Parlament Anregungen für Gesetzgebungsvorhaben geben. Wer jemals in der angelsächsischen Welt diese Kommissionen besucht und mit ihren Mitgliedern diskutiert hat, weiß, daß sie weitgehend unabhängig sind und außerordentlich anregend zu arbeiten verstehen. Ich halte derartige Kommissionen in der Tat für eine Möglichkeit, dem parlamentarischen Gesetzgeber eine Hilfe bei seiner schwierigen Aufgabe, u.a. auch seiner Auseinandersetzung mit der in der Regel besser informierten Ministerialbürokratie zu geben.

Der zweite bedenkenswerte Aspekt ist eine gestufte Gesetzgebung. Wir kennen derartige Rang- und Verfahrensunterschiede zwischen verschiedenen Arten der Gesetzgebung nach ihrer inhaltlichen Gewichtung aus vielen anderen Staaten. Sowohl Spanien als auch Frankreich mit der loi organique haben in ihren Verfassungen derartige Regelungen. Warum soll man nicht auch bei uns eine derartige Möglichkeit aufgreifen? Natürlich bedarf es einer Verfassungsänderung. Für die Einführung eines derartigen, speziellen Gesetzestypus kommen wir ohne eine Verfassungsänderung nicht aus. Ob man sich unter der gegenwärtigen Verfassungslage mit irgendwelchen internen Behelfen — wie z.B. § 2 der Abgabenordnung 1977 über den Vorrang der Doppelbesteuerungsabkommen vor innerstaatlichen Steuergesetzen — begnügen kann, will ich nicht diskutieren. Solche Regelungen, die auch für die EMRK erwogen wurden, sind im Grunde keine Lösungen. Es wäre demgegenüber der Überlegung wert, ob man nicht mit einer echten gestuften Gesetzgebung, die andere Staaten auch praktizieren, der Qualität und Dauerhaftigkeit der parlamentarischen Gesetzgebung bei uns einen Dienst erweisen würde.

Und schließlich, wenn es darum geht, aus der Sorge um den parlamentarischen Gesetzgeber im Leistungsrecht Überlegungen anzustellen, dann müssen wir auch die *europäische Dimension* einbeziehen. In Europa entwickelt sich über das Jahr 1992 hinaus eine Exekutivgesetzgebung durch den Ministerrat, die ausgehend von der Ministerialbürokratie der einzelnen Mitgliedsstaaten — natürlich unter Beteiligung des

Europäischen Parlaments, aber nicht mit einer Letztentscheidung des Parlaments ausgestattet – zustandekommt. In der EWG haben wir – wenn Sie sich die Visionen *Delors*, die durch die Zeitungen gingen, vorstellen, wonach die wesentlichen Finanz- und Wirtschaftsgesetze ab 1992 nur noch vom Ministerrat der EG mehrheitlich nach dem neuen Verfahren des Art. 100a EWG-V. verabschiedet werden – den Zustand einer ausufernden Exekutivgesetzgebung, gerade auch in leistungsrelevanten Bereichen. Wirtschafts- und Sozialrecht in enormer Breite wird der nationalen Gesetzgebung entzogen und einem nur mittelbar demokratisch legitimierten Rechtsetzungsverfahren in der EG überantwortet. Wenn Sie sich das vorstellen, dann ist die Sorge um den parlamentarischen Gesetzgeber in diesem Zusammenhang um so mehr begründet. Die Frage nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer derartigen dynamischen „Entparlamentarisierung“ wird sich nach 1992 in aller Schärfe stellen.

Isensee: Die Frage, die zu Teil 2 noch aussteht: Gibt es rechtliche Kriterien des richtigen Weges, den Leistungsbedarf der Gesellschaft zu erfüllen? Die Typologie der möglichen Mittel und Wege läßt sich jetzt nicht darstellen. Aber es seien wenigstens einige Grundformen der Leistungserbringung genannt: privatautonome Leistungen im Rahmen der Marktwirtschaft, sei es ohne, sei es mit staatlichen Vorgaben; staatliche Leistungsanreize und -belohnungen, etwa Steuerverschonung und Subvention; staatliche Regulierung; staatlich organisierte und garantierte Selbsthilfe: die Sozialversicherung; schließlich unmittelbare Leistungen der öffentlichen Hand, vor allem die Sozialhilfe. Ein Prinzip, das hier die Wahl der richtigen, dem jeweiligen Leistungsbedarf gemäßen Leistungsform leiten müßte, könnte man Formgerechtigkeit oder Formadäquanz nennen. Ein Anwendungsfall wurde soeben deutlich im Familienlastenausgleich.

Ein weiteres Beispiel – der vielleicht wichtigste Problembereich der heutigen Gesellschaft – ist der Pflegefall. Derzeitige Lösung: Selbsthilfe durch Geldleistungen der Betroffenen und durch Dienstleistungen der nächsten Angehörigen. Das soziale Netz der Familie funktioniert noch, wenigstens partiell. Subsidiär tritt Sozialhilfe ein. Die Lösung, die der Gesetzgeber mit der „Gesundheitsreform“ anstrebt, ist die Übernahme des Pflegefalles in die Sozialversicherung. Der Einstieg wird nunmehr gemacht, jedoch in so schmalem Umfang, daß eher unerwünschte als erwünschte Wirkungen eintreten dürften. Für die wirklich Belasteten wird nicht mehr herauskommen als ein Tropfen auf den heißen Stein. Im übrigen könnte sich der Mitnahmeeffekt ergeben. Schlimmeres könnte folgen. Die Sozialversicherung dürfte niemals fähig sein, den gesamten Leistungsbedarf im Pflegefall abzudecken. Aber die Schaffung eines sozialversicherungsrechtlichen Anspruchs, der

(wenn auch nur scheinbar) beitragsfundiert ist, wird das Anspruchsdenken provozieren, den Willen zur Eigenleistung und den Opfersinn im Dienste der nächsten Angehörigen schwächen und das noch leidlich intakte Netz privater Hilfe diskreditieren. Deswegen ist es unerlässlich, bei neuen Formen staatlicher Hilfe auf Formadäquanz gegenüber den realen Gegebenheiten zu achten.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Isensee*. Herr *Häberle*, bitte, als erster Redner jetzt zu Punkt 3.

Häberle: Ich konzentriere mich auf Punkt 3 „Reformvorschläge“ und möchte drei Problemfelder anschneiden: Erstens die interessante Forderung von Herrn *Hill*, den Leistungsgesetzen in Zukunft Vorsprüche voranzustellen; zweitens den Vorschlag von Herrn *Hufen* (LS 6), auch Herrn *Hill*, in Sachen unabhängige Gesetzgebungskommissionen, auch ich fühle mich dazu dank rechtsvergleichender Erfahrungen in Schweden und in der Schweiz ermutigt; drittens ein Wort zu einem Thema, das mir dank seiner besonderen europarechtlichen Kompetenz ein Vorredner aus Saarbrücken fast vorweg genommen hat, zum Verhältnis unseres Themas zu „1992“ (Europäischer Binnenmarkt). — Zum ersten Punkt: Herr *Hill*, ich war zunächst bestochen von Ihrer Idee, Leistungsgesetzen Vorsprüche bzw. Zwecke voranzustellen. Indes lehne ich sie doch ab. Bei verfassungsstaatlichen *Verfassungen* des westlichen Kodifikationsstils ist dies anders. Hier gibt es eine hohe Präambel-Kultur mit bestimmten Elementen und Funktionen wie: feierliche Einstimmung der Bürger auf bzw. ihre Integration in die Verfassung via Sprache, Verarbeitung der Zeitdimension, Präambelinhalte als „Konzentrat“ der Verfassung. Wir dürfen diese Präambelkunst der Verfassungsgeber gerade nicht auf einfache *Leistungsgesetze* übertragen. Warnen sollten die Negativ-Beispiele in autoritären und totalitären Staaten z.B. der NS-Zeit und des Ostblocks, die gerne ihren Gesetzen überfrachtete Präambeln vorausschicken. Stets droht die Gefahr der Ideologisierung des Rechts, der Überwucherung der Parlamentsgesetze. Es sollte Sache des *auslegenden* Juristen der Verwaltung bzw. der Gerichte bleiben, das Gesetz und seine „Zwecke“ dank der teleologischen bzw. in ihrem Dienst stehenden klassischen Methoden zu erschließen. Ich warne davor, dieses bewährte Handwerkzeug von präambelartigen Zweckkatalogen in Leistungsgesetzen her zu verfälschen.

Ein Ja-Wort zu Punkt 2: unabhängige Gesetzgebungskommissionen. Diesen Vorschlag finde ich bestechend, auch wenn die von einigen Vorrednern erwähnten Demokratieprobleme zu bedenken sind. Indessen gibt es ja in England die royal commissions. Meines Wissens sind in Schweden gute Erfahrungen mit sogar obligatorischen Gesetzgebungskommissionen gemacht worden. Ich verweise vor allem auf die Schweiz

als Vorbild. Dort arbeitete auf der Ebene der Bundesverfassung die berühmte Expertenkommission zur Totalrevision(1977), über die die Schweizer Kollegen Näheres sagen können. Auf kantonaler Ebene wurden gerade jüngst viele Totalrevisionen durch sehr erfolgreiche Kommissionen bzw. „Verfassungsräte“ vorbereitet. Auch auf anderen Feldern, etwa vor der Datenschutz- und Umweltschutzgebung, sind kantonale und auf Bundesebene unabhängige Gesetzgebungskommissionen mit Erfolg tätig geworden. Bei uns gibt es ja gewisse Vorformen neben den Hearings in Gestalt des Deutschen Juristentags. Auch erwähne ich gerne den bayerischen Senat als eigene Kammer, um so lieber als ein Bayreuther Kollege seit kurzem Senator in München ist. Er und Herr *Ekk. Schumann* rühmen den Senat in seiner Eigenschaft als beratende, begutachtende Kammer, also als eine Art Gesetzgebungskommission, vielleicht sogar als Vorbild für den Bund. Wie stellen Sie sich, Herr *Hufen* und Herr *Hill* die *Zusammensetzung* Ihrer Kommission vor? Ich plädiere dafür, möglichst wenige, am besten gar keine deutschen Staatsrechtslehrer vorzusehen: denken wir nur daran, wie wenig erfolgreich wir in eigener Sache bei Satzungsfragen in Mitgliederversammlungen sind!

Der 3. Punkt, Herr Vorsitzender, nur noch in einer Sekunde: Auch ich erinnere wie schon Herr *Ress* an das *Delors*-Wort, in 10 Jahren seien 80 Prozent der Wirtschafts- und Sozialgesetzgebung nicht mehr nationalen Ursprungs, sondern Gemeinschaftsrecht. Könnten die Referenten in ihren gewiß glanzvollen Schlußworten zeigen, wie sie ihre Reformvorschläge im Blick auf „1992“ auf der höheren Ebene des Europarechts und seines Leistungsrechts konkretisieren? Im übrigen folge ich dem mächtigen Votum des allgemeinen Verwaltungsrechtslehrers *Schmidt-Aßmann*: Allen drei Referenten ist ein großer Sprung nach vorn geglückt in der Strukturierung des seit 1971 behandelten „Leistungsrechts“.

Vorsitzender: Vielen Dank. Das Wort hat jetzt Herr *Riedel*. Vielleicht können Sie auf die Punkte, die schon angesprochen worden sind, verzichten und dadurch etwas kürzen.

Riedel: Ich werde in der Tat alles das, was zu den Vorschlägen de lege ferenda und de constitutione ferenda von den drei Vortragenden gesagt worden ist, jetzt nicht affirmativ bestätigen, sondern mich auf Kritikpunkte beschränken. Hervorheben möchte ich aber, daß ich insbesondere die Vorschläge zu Thesen VI und VII von Herrn *Hufen* in Übereinstimmung mit vielen Vorrednern für ausgezeichnet und für vertiefungswürdig halte. Auch Herrn *Ress* möchte ich zustimmen in seinen rechtsvergleichenden Bemerkungen, insbesondere zum anglo-amerikanischen Recht, zugleich aber etwas Wasser in den Wein gießen. Die

Erfahrungen in Großbritannien mit den „law commissions“, mit den „law reform commissions“ und vor allen Dingen mit der „Law Commission“ selber geben ein doch differenzierteres Bild. In vielen Bereichen des Privatrechts, wenn es um die Konsolidierung bzw. sogar um Versuche der Kodifizierung des mäandernden „case law“ ging, hat es hervorragende Ergebnisse gegeben. Gerade aber im Bereich des öffentlichen Rechts fällt die Bilanz nicht so positiv aus. Herr *Ress* wird mir da wohl zustimmen. Es hat vor 14 Jahren den Versuch gegeben, das Klageformensystem im öffentlichen Recht in Großbritannien zu konsolidieren, zu verändern und ein modernes, dem Verfassungsrecht entsprechendes Verwaltungsrecht zu schaffen. Diese Versuche sind weitgehend gescheitert; es ist bekanntlich lediglich aufgrund der restriktiven Vorschläge der „law commission“ zu einer Konsolidierung des „case law“ und infolgedessen nur zur Amalgamierung der alten „prerogative writs“ zu einer einheitlichen „application for judicial review“ gekommen. Wir haben hier ein Beispiel, daß eine flächendeckende, wirklich grundsätzliche Regelung durch eine solche Kommission letztlich verhindert wurde; fast könnte man sagen: „If you don't want a decision, put it to a commission.“

Nun mag das für die Bundesrepublik eine ganz andere Problematik sein, hier liegen die verfassungsrechtlichen und gesetzesrechtlichen Bedingungen ganz anders. Zu bedenken geben möchte ich aber insbesondere die Frage, wenn die Kommission die Themen selber stellen könnte oder gestellte Themen selber im Umfang definieren könnte, statt daß dies exekutivisch vorgegeben wird, wie es in Großbritannien der Fall ist, dann wäre es vielleicht ein ganz hervorragender Vorschlag und würde sich decken mit dem, was auch Herr *Schneider* eben sagte. So viel zur These VI.

Zur These VII noch viel kürzer. Die Bemerkung von Herrn *Oppermann* zur Wesentlichkeitstheorie möchte ich voll unterstreichen und sagen, daß sicherlich der Streit um diese „Theorie“ durch eine Grundlagengesetzgebung nicht beseitigt würde, da es bei der Wesentlichkeitstheorie und dem Streit darum ja im wesentlichen um die Auslegung einer Gesetzesvorschrift am Maßstab der Verfassung geht und nicht um Auslegung von Gesetzesmaterien im Verhältnis untereinander.

Und schließlich kritisch, obwohl ich im Grunde genommen für eine solche Grundlagengesetzgebung eintrete, vermittelt ein solches Grundlagengesetz, wenn es vorhanden wäre, nicht eine zu große Statik? Ist die dadurch gewonnene Rechtssicherheit nicht vielleicht ein zu hoher Preis? Vielen Dank.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Riedel*. Herr *Steiger*, bitte.

Steiger: Ich möchte noch einmal auf die Gesetzeskommission eingehen. Ich bin eher der Meinung von Herrn *Zeh*. Ich meine, daß diese unabhängige Gesetzeskommission, so wie Sie, Herr *Hufen*, sie als eine frühzeitige „Konfliktbereinigungsinstitution“ beschrieben und in der Zwischenbemerkung auch noch einmal ausdrücklich bestätigt haben, zu einer Entpolitisierung des Politischen führt. Denn worum gehen die Konflikte? Sie gehen doch um Ziele und Zwecke. Herr *Mußnug* hat uns in seinem Referat nach meinem Eindruck sehr deutlich gemacht, daß das Ob, das Wie und der Umfang von Leistungen heute der Inhalt des Politischen im parlamentarisch-demokratischen Staat sind. Wenn wir die Konfliktbereinigung darüber in eine unabhängige Gesetzgebungskommission verlegen, und ich frage mich mit Herrn *Zeh*, was hier „unabhängig“ heißt, dann läuft das m.E. auf den Versuch heraus, dieses Politische zu entpolitisieren. Das kann nicht funktionieren. Man mag eine Gesetzgebungskommission über Methoden zur Regelung bestimmter Sachmaterien befragen; sie mag Informationen hinzusteuern; sie mag irgendwelche systematischen Zusammenhänge den Abgeordneten erläutern; aber die eigentliche Konfliktfrage, nämlich über Ziel und Zweck zu entscheiden, und das gilt meines Erachtens auch für die Rentenreform, kann einer solchen Kommission nicht übertragen werden, wenn denn das parlamentarische Regierungssystem noch ein politisches sein und die Entscheidung über den Konflikt nicht aus dem Parlament hinausverlagert werden soll. Das scheint mir jedoch die große Gefahr einer „frühzeitigen Konfliktbereinigung“ durch eine derartige Gesetzgebungskommission zu sein. Da wäre ich auch für eine Präzisierung dankbar, wie denn diese Kommission zusammengesetzt werden sollte.

Ein Wort, lieber Herr *Mußnug*, zu Ihrer These 6. Ich sehe zwar ein, daß es eine budgetäre Beweglichkeit geben muß. Aber im Hinblick auf die mir am Herzen liegende Familie meine ich, doch auch die Verlässlichkeit von Subventionen betonen zu müssen. Man muß sich auf solche Leistungen verlassen können, wenn man einen Lebensbereich auf Zukunft und Selbstregulierung hin gestalten will.

Vorsitzender: Danke schön, Herr *Steiger*. Herr *Steinberg*, bitte, auch zur Gesetzgebungskommission.

Steinberg: Ich begrüße es außerordentlich, daß die Referenten sich bemüht haben, Kriterien für Grenzen und Maß des – wie Herr *Mußnug* gesagt hat – überbordenden Leistungsstaates zu entwickeln. Ich stimme den Referenten auch zu, daß sie das Heil derartiger Lösungen nicht in inhaltlichen Kriterien im Sinne einer optimalen Gesetzgebung gesucht haben. Ich glaube, das ist in der Tat verfehlt. Es bleibt damit nur die Lösung in der Suche nach prozeduralen oder organisatorischen

Vorkehrungen, und hier möchte ich mit Nachdruck das unterstützen, was Herr *von Arnim* in seinem Beitrag im ersten Teil heute morgen vorgetragen hat.

Ich glaube, wir müssen uns über eins klar werden. Gesetzgebung ist heute vereinbarte Gesetzgebung. Wenn das Gesetz als Akt der Vernunft bezeichnet wird, muß jemand, der die aktuelle Gesetzgebung verfolgt, meiner Ansicht nach heute rot werden. Es kann auch gar nicht anders sein. Das Gesetz ist heute ein pluraler Schöpfungsakt, wie es Herr *Eichenberger* treffend formuliert hat, und dafür – für die heutigen Bedingungen der Gesetzgebung im demokratischen, pluralistischen Staat – müssen Vorkehrungen geschaffen werden mit dem Ziel richtiger Gesetzgebung. Das ist jetzt wieder keine inhaltlich-richtige Gesetzgebung. Aber ich glaube, daß wir als Juristen, als Verfassungsjuristen, hier Beiträge leisten können; denn seit der amerikanischen Verfassung mit den *federalist papers* ist bekannt, daß die Verfassung ja eine Vorkehrung ist für die Erreichung einer bestimmten Richtigkeit der staatlichen Willensbildung. Um es schlagwortartig zu sagen, die Verfassung als Schutz des Volkes vor sich selbst in bestimmten Fragen, vor allem durch das repräsentative System. In diesem Sinne sind Regelungen der Landesverfassungen zu verstehen, in denen Volksgesetzgebung zugelassen ist, aber bestimmte Materien, z.B. finanzwirksame Gesetzentwürfe, ausgenommen sind.

Ich will zu den Verfahrensvorschlägen im einzelnen nicht Stellung nehmen, mir scheint der Vorschlag von Herrn *Hufen* zu den Gesetzgebungskommissionen bedenkenswert. Es kann sich hierbei selbstverständlich nur um vorbereitende Kommissionen handeln. Wenn Sie, Herr *Zeh*, sagen, das Parlament sei die Kommission, geht das nicht ein wenig an der Realität der Gesetzgebung vorbei? Es geht doch hier um die Frage, wer die Gesetze vorbereitet. Der ist doch in den meisten Fällen der effektive Gesetzgeber. Auf die Bedeutung des Schöpfungsaktes des Gesetzgebungsentwurfs hat *Walter Burkhardt* außerordentlich präzise vor mehr als 50 Jahren hingewiesen. Es geht darum, wer den Entwurf vorbereitet. Und wenn Herr *Hufen* in seiner Ziffer IV, wenn ich recht erinnere, auf die Spezialisten der Ressorts und der Fraktionen hingewiesen hat, dann muß man natürlich ergänzen: und auf die Spezialisten der Interessenverbände. Angesichts dieses Befundes könnte möglicherweise eine andere Organisation der Vorbereitung bei der Gesetzgebung den Kreis der hierbei Beteiligten verändern. Wie das im einzelnen funktioniert, müßte man überlegen. Hier sind ja in der Diskussion eine Reihe von wichtigen rechtsvergleichenden Hinweisen gebracht worden.

Noch ein abschließender Hinweis. Auch die Projektgruppe Regierungs- und Verwaltungsreform hat sich Anfang der 70er Jahre hierüber Gedanken gemacht. Auch wenn ich vielen Überlegungen zustimme,

möchte ich doch einen ganz wesentlichen Vorbehalt anmelden. Ich bin nämlich der Meinung, daß letztendlich auch alle organisatorischen oder verfahrensmäßigen Vorkehrungen nur begrenzt das Ergebnis des Gesetzgebungsprozesses verändern werden, weil die diesem Verfahren zugrundeliegenden Interessen eben unterschiedliches Gewicht haben. Und ich glaube, allen Bemühungen und Überlegungen etwa von Herrn *von Arnim* zum Trotz, daß letztendlich das unterschiedliche Gewicht allgemeiner Interessen und bestimmter Sonderinteressen nicht aufzuheben ist, jedenfalls nicht durch derartige Vorkehrungen. Es bleibt hier meiner Ansicht nach nur der Appell an die demokratische Öffentlichkeit, auch an die Wissenschaft. Und ich glaube, das jüngste hessische Beispiel hat ja sehr deutlich gezeigt, welche positiven Wirkungen die Interventionen eines einzelnen Wissenschaftlers haben können.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Steinberg*. Das Wort hat Herr *Sachs*. Bitte ähnlich kurz wie gestern. Sie haben sich da selbst schon ein Vorbild gegeben.

Sachs: Ich werde mich bemühen. Ein paar Worte gegen eine problematische Rechtsfigur, die bei Herrn *Hufen* und Herrn *Hill*, These IX bzw. II auftaucht. Herr *Mußnug* vermeidet sie bewußt. Ich vermag den juristischen Sinn von Gesetzen nicht recht einzusehen, die einerseits binden sollen, andererseits aber keiner Sanktion unterliegen und praktisch nicht kontrolliert werden. Das sind im Grunde Pseudorechtsnormen, Täuschungs- oder Selbsttäuschungsmanöver. Zum zweiten zur These VII von Herrn *Hufen*, nur ergänzend: Eine neue Stufe in der Normenhierarchie ist auch wieder ein neuer Anlaß für neue Normenkontrollverfahren, von denen wir schon genug haben. Als Verfassungsänderung ist sie zur Zeit wohl ohnehin nicht zu realisieren. Für das geltende Recht sollte man betonen, daß der einfache Gesetzgeber keine Kompetenz besitzt, seinen Nachfolger zu binden. Das verstieße gegen die Periodizität des jeweiligen Parlaments.

Zur Kooperationsthese 13 von Herrn *Hill* möchte ich einmal den Vergleich zum Steuerrecht wagen. Dort begnügt sich der Bürger auch nicht gerne damit, nur mit der Verwaltung zu kooperieren, von ihr optimal beraten zu werden. Er vertraut seinem Steuerberater, dem seine Interessen am Herzen liegen. Ähnliches wäre dann wohl auch bei den Sozialleistungen nötig, nur wieder schwieriger zu finanzieren.

Und ein letztes Wort zur These 14 bei Herrn *Mußnug*. Das Versagen des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes im Leistungsbereich könnte zu einem Teil über den Gleichheitssatz im Sinne meines gestrigen Vorschlages korrigiert werden, und auf derselben Grundlage könnte man auch wieder einmal eine verfassungsgerichtliche Kontrolle gleichheitswidriger Leistungsgesetzgebung durchführen. Vielen Dank.

Vorsitzender: Danke schön, Herr *Sachs*. Ich rufe jetzt den letzten Diskussionsteilnehmer, Herrn *Schweizer*, auf.

Schweizer: Herr *Steinberg* und Herr *Häberle* waren so freundlich, die schweizerischen Erfahrungen mit den unabhängigen Gesetzgebungskommissionen anzusprechen. Darf ich ganz kurz dazu ein paar Hinweise geben. Tatsächlich werden in der Schweiz in der Regel alle wichtigen Gesetze durch außerparlamentarische, verwaltungsunabhängige Expertenkommissionen vorbereitet. Meistens werden diese von der Regierung eingesetzt. Bedeutsam ist, daß im Sozialversicherungsbereich das Gesetz selbst eine ständige Rentenrevisionskommission vorsieht, die seit vielen Jahren die jeweiligen Anpassungen sämtlicher Rentenbereiche vorberät. Die Zusammensetzung dieser Expertenkommissionen ist meistens viergeteilt. Es sind Wissenschaftsvertreter, es sind Verbandsvertreter, es sind Kantons- (= Länder)Vertreter und Verwaltungsbeamte, diese natürlich in der Minderheit. Die Vorteile, die wir in diesen Expertenkommissionen sehen, sind sicherlich, daß auch Sachinformationen, die außerhalb der Verwaltung entstanden sind, frühzeitig in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht werden und diskutiert werden können. Zweitens glauben wir, in diesen Expertenkommissionen auch grundsätzlichere Lösungen zu finden, eben in dem, was Herr *Meyer* angesprochen hat, die Distanz haben zu bloßen vertikalen Verwaltungskenntnissen und ressortunabhängige Querschnittslösungen ermöglichen. Drittens ist diese Expertenkommissionstätigkeit sehr wichtig für die Prüfung der Akzeptanz und der Vollzugsdeutlichkeit der Entwürfe. Damit haben wir eigentlich auch zum Teil recht ordentliche Erfahrungen gemacht. Es gibt auch Nachteile. Ich nenne darum einen: Daß m.E. der Druck der Verbände auf die Regierung größer geworden ist, beruht auf einer steten Erwartungshaltung, obligatorisch beteiligt zu werden, und zwar in angemessenem Maße. Und zweitens ist tatsächlich das Problem, das Herr *Steiger* angesprochen hat, existent, ob nicht vor dem parlamentarischen Verfahren gewisse Kompromisse geschlossen werden, die dann nachher gleichsam tabu sind. Das gilt z.B. für die Rentenreform. Es mag möglich sein, daß es nicht anders geht. Und es ist die Frage — gestatten Sie diese kritische Frage —, ob nicht auch hierzulande in den von Ministerien geführten Verfahren mit den Anhörungen solche Vor-Kompromisse immer wieder vorkommen.

Gestatten Sie noch zwei Hinweise zu etwas anderem.

Erstens, der Vorschlag von Herrn *Mußnug*, den Haushaltsplan als genügende Grundlage anzusehen, wäre bei uns undenkbar. Wir gehen grundsätzlich von einem Zweischnitt aus: rechtliche Grundlage, also gesetzliche Grundlage plus gültiger Beschluß. Nur in Ausnahmefällen, z.B. bei der Entwicklungshilfe, bei Auslandstätigkeiten oder im Kul-

turbereich, nur in solchen Randbereichen der rechtlichen Normierung kommen wir mit bloßen Budgetbeschlüssen aus. Das hängt damit zusammen, daß bei uns der Haushaltsplan natürlich nicht Gesetzesstufe hat, sondern ein untergesetzlicher Parlamentsbeschluß ist. Und zweitens, wichtiger: Es wäre bei uns verfassungswidrig, in ein so großes Superpaket divergierende Beschlüsse zu verknüpfen und zu entscheiden, ohne daß einzelne Vorentscheidungen auf Gesetzesstufe mit Referendumsrechten möglich wären. Also, die sogenannte Einheit der Materie der Entscheidungen würde das verbieten.

Einen letzten, ganz kurzen Hinweis bitte. Es liegt in der Schweiz jetzt ein allgemeiner Teil eines Rechts der Subventionen vor, ein Regierungsentwurf für ein allgemeines Subventionsgesetz. Meine Damen und Herren, Sie können sich diesen Entwurf beim Eidgenössischen Finanzministerium oder beim Eidgenössischen Justizministerium besorgen. Vielen Dank.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Schweizer*. Wir kommen jetzt mit einer geringfügigen Verzögerung zu den Schlußworten der Referenten. Ich darf Herrn *Hill* bitten zu beginnen.

Hill: Ich darf mich zunächst einmal sehr herzlich bedanken beim Vorstand, daß er mir Gelegenheit gegeben hat, heute hier zu referieren und Ihnen einige Aspekte einer öffentlich-rechtlich orientierten Gesetzgebungslehre nahezubringen. Ich habe sehr viele Anregungen aus der Diskussion erfahren und werde noch gern und häufig darüber nachdenken.

Nun zum Schlußwort. Zunächst, Herr *Isensee*, zu Ihrer Frage nach Kriterien zur Auswahl der Instrumente im Leistungsstaat. Ich finde, solche Kriterien sind schon in der Verfassung angelegt. Die Staatszielbestimmungen des Grundgesetzes und die Grundrechte sowie die sich daraus ergebenden Leistungszwecke und die Anforderungen des jeweiligen Sachbereichs gilt es zu harmonisieren, und zwar im Hinblick auf die Ordnung des Zusammenlebens im Spannungsfeld von Individualität und Solidarität. Unter diesen Gesichtspunkten und den dabei gewonnenen Erkenntnissen sind dann die Instrumente sach- und systemgerecht auszuwählen.

Der nächste Punkt enthält eine Anmerkung zum Thema „Gesetzestypen“. Ich glaube, die heutige Diskussion hat gezeigt, daß wir in Zukunft noch sehr viel mehr darüber nachdenken werden müssen, ob man an dem einheitlichen Gesetzesbegriff festhalten, ob also Gesetz gleich Gesetz bleiben kann. Herr *Breuer* hat das ausführlich problematisiert. Ich habe hier als Gesetzestypen im Leistungsrecht den Befehl, den Plan, den Auftrag und die Information aufgeführt. Ich habe damit an eine Differenzierung angeknüpft, die Herr *Brohm* in einem Einfüh-

rungsaufsatz gemacht hat. Er hat Gesetzestypen im Eingriffsrecht, insofern etwas abweichend von meiner Differenzierung, als Befehl, Auftrag, Ermächtigung und Schranke dargestellt. Herr *Breuer*, Sie haben gefragt: „Was bringt das an verfassungsrechtlichen Erkenntnissen?“ Ich meine, es muß darüber nachgedacht werden, welche Auswirkungen diese Differenzierung der Gesetzestypen auf die Funktionenordnung und die Kompetenzen der einzelnen Organe hat. Zunächst gilt das im Hinblick auf die Selbstbindung des Gesetzgebers, etwa was die Grundsatzgesetzgebung angeht, dann aber auch im Hinblick auf eine abgestufte Bindung der Verwaltung. Man muß sich fragen, haben die unterschiedlichen Gesetzestypen auch verschiedene Bindungen der Verwaltung zur Folge? Und drittens, das haben Sie angesprochen, im Hinblick auf unterschiedliche Kontrollmaßstäbe des Bundesverfassungsgerichtes. Ich darf nur erinnern an die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes zum Mitbestimmungsgesetz, in der das Gericht von verschiedenen Kontrollmaßstäben im Hinblick auf Prognoseentscheidungen des Gesetzgebers ausgegangen ist. Es hat eine Abstufung in eine bloße Evidenzkontrolle, eine Vertretbarkeitskontrolle und eine intensivierte inhaltliche Kontrolle vorgenommen. Insofern wäre auch eine abgestufte Kontrolldichte im Hinblick auf die unterschiedlichen Gesetzestypen denkbar. Ich glaube, darüber müssen wir noch verstärkt nachdenken.

Herr *Häberle*, zum Gesetzesvorschlag will ich heute nicht sehr viel sagen, das habe ich an anderer Stelle getan. Ich verweise dazu vor allem auch auf den demnächst erscheinenden Tagungsband der diesjährigen Speyerer Frühjahrstagung „Zustand und Perspektiven der Gesetzgebung“. Vielleicht nur so viel: Das Vorbild zum Gesetzesvorschlag ist Art. 190 des EWG-Vertrages. Der Gesetzesvorschlag ist *eine* Möglichkeit zur Vermittlung der Gesetze an die Adressaten. Eine andere Variante wäre der Vorschlag von Herrn *Lücke*, bei Gesetzen zwingend eine Begründung vorzusehen; eine andere Möglichkeit wäre ein Begleitprogramm zum Gesetz. Es gibt mehrere Alternativen, ihr gemeinsames Ziel ist eine Verbesserung der Vermittlung der Gesetze an die Adressaten.

Nächste Anmerkung zum beweglichen System. Herr *Breuer*, Sie haben gefragt, was ist das Neues? Wir kennen ja bisher schon die Auslegung und Konkretisierung von Gesetzesbestimmungen. Ich meine, der wesentliche Unterschied liegt darin, daß der Rechtsanwender – insofern gleichgültig, ob Verwaltung oder Gericht – bei der Auslegung die wesentlichen Wertungen vornimmt. In unserem Verfassungssystem ist es aber Aufgabe des Gesetzgebers, die wesentlichen und grundlegenden Wertungen vorzugeben und damit die Rechtsanwendung zukunftsorientiert zu steuern. Insofern würde das bewegliche System die Funktionenordnung des Grundgesetzes besser zum Ausdruck bringen.

Herr *Schmidt-Jortzig*, Sie haben gefragt, was bringt die Figur des Rechtsverhältnisses, vor allem im Leistungsrecht? Ich meine, sie bringt zusammengefaßt – ich habe das ja schon ausführlicher dargestellt, und es ist auch bei der Münchener Tagung 1986 diskutiert worden – drei Dinge: Erstens bietet das Rechtsverhältnis eine übergreifende Hülle für die Beziehungen der Verwaltung zum Bürger, zunächst im bilateralen Verhältnis. Der Verwaltungsakt ist nur eine punktuelle Äußerung. Es gibt darüber hinaus aber einen vielfältigen, zusätzlichen Rechte- und Pflichtenkanon im Vorfeld und im Nachfeld einer Entscheidung. Es gibt daneben andere Handlungsformen, die die Beziehung Verwaltung – Bürger gestalten bzw. beeinflussen. Das Rechtsverhältnis bietet meiner Ansicht nach eine geeignete dogmatische Figur, diese verschiedenen Äußerungsformen sowie Rechte und Pflichten zu integrieren. Dies gilt zweitens nicht nur für das bilaterale Verhältnis, vielmehr bietet das Rechtsverhältnis vor allem die Möglichkeit, die Mehrseitigkeit und Komplexität der Beziehungen zu erfassen, also etwa auch den sog. Dritten im Verwaltungsrecht sowie weitere Betroffene bzw. Interessenten einzubeziehen. Zum dritten hat es vor allem einen Entwicklungsaspekt. Es ermöglicht die bessere Erkenntnis und Verfolgung von Rechtsentwicklungen in der Zeit. Das sind meiner Meinung nach die wesentlichen Vorteile der Rechtsfigur Rechtsverhältnis. Ich stehe daher dieser Figur durchaus positiv gegenüber.

Letzter Punkt – zum Kooperationsprinzip. Insoweit hat Herr *Breuer* gefragt – ich überspitze es jetzt mal etwas –, wollen wir die bewährten Ansprüche aufgeben? Natürlich will ich das nicht. Ich habe versucht, Vorteile und Nachteile von Ansprüchen zu schildern, genauso wie Vor- und Nachteile von Ermessen und habe – Sie erinnern sich vielleicht an die §§ 31 und 33 SGB AT und die §§ 4 Abs. 1 und 2 BSHG – für eine Kombination von Ansprüchen im Hinblick auf die Rahmenausgestaltung und Ermessen im Hinblick auf die Ausfüllung des Rechtsverhältnisses plädiert. Bei der Ausfüllung des gesetzlich vorgegebenen Rahmens, im Zusammenhang mit dem Ermessen der Verwaltung, also bei der Art und Weise der Leistungserbringung sollte nach meiner Auffassung eine Kooperation zwischen Verwaltung und Bürger stattfinden. Denn ich denke, es geht vor allen Dingen in den Bereichen, in denen staatliche Leistungen Voraussetzungen und Hilfen für die Grundrechtsverwirklichung darstellen, nicht an, daß der Staat einseitig die Leistung bestimmt. Insoweit ist eine Kooperation unbedingt erforderlich, um das Recht des Leistungsempfängers zur eigenverantwortlichen individuellen Lebensgestaltung besser zu wahren. Und ich könnte mir, Herr *Sachs*, in Anlehnung an Ihre Bemerkung zum Steuerberater und im Hinblick auf das amerikanische Modell der Mediation durchaus auch vorstellen, daß ein neutraler Vermittler, der sozusagen zwischen Verwaltung und Bürger steht, bei der Kooperation

behilflich ist. Wir haben ähnliche Beispiele auch in unserem Rechtssystem, etwa im Sozialrecht, denken Sie an den Arzt oder den Sozialarbeiter. Ich glaube, darüber müßte man auch noch nachdenken, inwieweit dieses Modell zur Verbesserung des Verhältnisses Verwaltung – Bürger und auch zur besseren Durchführung und Rechtsanwendung im Leistungsrecht geeignet sein kann.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Hill*. Das Wort hat Herr *Hufen*.

Hufen: Ich will diejenigen Punkte bevorzugt aufgreifen, die mir in der bisherigen Diskussion noch als zu kurz gekommen erscheinen. Herr *Breuer*, Herr *Schmidt-Jortzig*, Herr *Ress* und Herr *Häberle* haben sozusagen Salz in die Wunden der Referenten gestreut im Hinblick auf wichtige Problemaspekte, die wir im Rahmen der uns zur Verfügung stehenden Zeit nicht behandeln konnten. Wenigstens stichwortweise: Keineswegs unwichtig sind die von mir als „instrumentell“ bezeichneten Aspekte wie Gesetzesaufbau, Verständlichkeit, Gesetzessprache usw. Auch die in hoffnungsvollem Himmelblau gehaltene „Checkliste“ der Bundesregierung für die Erarbeitung von Referentenentwürfen enthält sicherlich manchen wichtigen Teilaspekt. Das gilt auch für alle Vorschläge, die sich von einer „Schlußredaktion“ eine Verbesserung der Gesetzesgestaltung erhoffen. Besonders schweren Herzens habe ich mich von dem von Herrn *Schmidt-Jortzig* angesprochenen Aspekt des Persönlichkeitsschutzes und der Möglichkeit, aber auch Grenzen der Sachaufklärung in den verschiedenen Verwaltungsverfahren getrennt. Auch hier zeigt sich jedenfalls eine wichtige Aufgabe des allgemeinen Verwaltungsrechts, die nicht in Spezialnormen des Datenschutzrechts abgeschoben werden sollte. Schmerzhafte auch das Auslassen der europäischen Dimension – in diesem Punkt nicht wegen der fehlenden Zeit, aber wegen fehlender europarechtlicher Sachkompetenz. Daher kann ich auf Herrn *Häberles* Frage, was wir in Bezug auf die europäische Dimension beizutragen hätten, nur ganz allgemein antworten. Ich meine, es ist hohe Zeit, daß sich die Besten der Gesetzesgestaltung auf nationaler Ebene, also Parlamentarier, Wissenschaftler, Verwaltungsfachleute usw. zusammensetzen und klären, was eine Art europäische Gesetzgebungslehre zur Qualität des Gemeinschaftsrechts beitragen kann. Hier sollten wir weder allein auf das europäische Parlament noch gar auf die instrumentelle Vernunft der europäischen Exekutive vertrauen.

Zum Gesetzgebungsverfahren, insbesondere zu meinem Vorschlag der Gesetzgebungskommission, ist in der Diskussion so viel gesagt worden, daß ich mich jetzt kurz fassen kann. Etwas betroffen hat mich hier der Einwand von Herrn *Steiger* gemacht, mein Vorschlag laufe auf eine Entpolitisierung hinaus. Bis hinein in die Einzelformulierungen

wollte ich aber deutlich machen, daß es mir gerade nicht um eine solche Entpolitisierung geht. Es ging mir allerdings um die Versöhnung von Politik, Systematik und Qualität, um eine – meines Erachtens im Sinne der Geltungskraft der Gesetze sogar verfassungsrechtlich gebotene – Verbesserung von Qualität durch Verfahren. Geltungskraft von Gesetzen ist ja nicht nur eine Art ästhetisches Ideal sondern ihrerseits demokratisch und rechtsstaatlich geboten. Hinsichtlich der Zusammensetzung der Gesetzgebungskommissionen habe ich mir im Verlauf der Diskussion notiert: Vertreten müßten mindestens sein: Fraktionen, zuständiges Ministerium, Wissenschaft und wohl auch Verbände. Hier fühle ich mich durch das Modell bestätigt, das unser Schweizer Kollege *Schweizer* vorgestellt hat. In diesen Kommissionen scheinen mir genau die Kräfte vertreten, die auch ich vorschlagen würde. Im Hinblick auf den sachverständigen Rat, der in solchen Kommissionen vertreten sein müßte, würde ich zwar nicht sagen wie Herr *Häberle*: „möglichst wenige Staatsrechtslehrer“, aber auch nicht: „möglichst viele Staatsrechtslehrer“. Es gehören aber doch wohl einige Staatsrechtslehrer als Moderatoren und eine Art Frühwarner hinein, damit wir nicht stets aufs neue gezwungen sind, Gesetze erst im nachhinein auf dem Prüfstand des Bundesverfassungsgerichts zu sehen, das bei uns anscheinend von manchen als eine Art „Verfassungs-TÜV“ für die Verkehrssicherheit von Gesetzen betrachtet wird.

Damit bin ich schon fast bei der Grundlagengesetzgebung angelangt. Bei allen Einwänden und bei aller Kritik habe ich mich doch gefreut, daß gerade diese Anregung in der Diskussion so breite Aufnahme gefunden hat. Ich begreife hier vieles von der vorgetragenen Skepsis, doch bin ich meinerseits den Skeptikern gegenüber skeptisch, denn es gibt ja längst das, was ich als Grundlagengesetzgebung bezeichnet habe – sie wird nur durch das falsche Staatsorgan, nämlich durch das Bundesverfassungsgericht formuliert. Und diese Art von „Grundlagengesetzgebung“ ist – ungeachtet ihrer unzweifelhaften demokratischen Legitimation – jedenfalls für den demokratischen Prozeß noch weniger änderbar als die qualifizierte parlamentarische Grundlagengesetzgebung, die ich vorschlage. Verfassungsrechtsprechung überspringt mühelos die Legislaturperioden und hält sich auch nur mittelbar an das Mehrheitsprinzip. Hier ist die Verfassungsrechtsprechung in eine Lücke getreten, die der Gesetzgeber selbst wieder ausfüllen sollte. Herr *Breuer* hat in diesem Zusammenhang auf die korrigierende Wirkung von Aspekten wie Systemgerechtigkeit und Vertrauensschutz hingewiesen; doch geht dieser Hinweis leider doch wieder in die gleiche Richtung, denn es ist ja wieder das Bundesverfassungsgericht, das sagt, was das „System“ und was das schützenswerte Vertrauen ist. Auch solche Grundlagenentscheidungen würde ich gern beim Gesetzgeber selbst sehen. So sehr mich also die vielen Einwände bewegen, insbe-

sondere die von Herrn *Sachs* und Herrn *Dittmann* vorgetragenen, so sehr würde ich doch dazu auffordern, Möglichkeiten und Chancen des Instruments „Grundlagengesetzgebung“ weiter zu verfolgen. Erinnern möchte ich auch daran, daß ich neben der „großen“ von einer möglichen „kleinen“ Lösung gesprochen habe, nämlich Grundlagengesetzgebung ohne Verfassungsänderung, also z.B. durch entsprechende Modifikationen in den Geschäftsordnungen. Hier waren mir die Hinweise von Herrn *Schmidt-Jortzig* auf die Haushaltsgrundsätze und von Herrn *Schmidt-Aßmann* auf die Kodifikationsaufgaben im Bereich des allgemeinen Verwaltungsrechts besonders wertvoll.

Besonders gefreut hat mich, daß der Gedanke der Selbstregulierung auch in der Diskussion als wichtig und aktuell hervorgehoben wurde. Herr *Hoffmann-Riem* hat sogar von einer neuen Zauberformel gesprochen. Doch fände ich es sehr schade, wenn dies im Sinne einer modischen Zauberformel verstanden würde. Selbstregulierung und Selbstbestimmung sind ja eigentlich die ältesten und bewährtesten Formeln der Vorsorge überhaupt. Der Grundgedanke ist dabei auch von mehreren Diskussionsrednern hervorgehoben worden: Es geht sozusagen um eine gesetzliche Absicherung der Selbstregulierung und in gewissem Umfang auch um eine „Regulierung der Selbstregulierung“, wo wichtige gemeinschaftsbezogene Aufgaben wahrgenommen werden. Dankbar bin ich Herrn *Schuppert* für die Differenzierung Selbstverwaltung – Selbststeuerung – Selbstregulierung. Ich meine nur, diese drei Ebenen sind aufs engste miteinander verknüpft. Selbstregulierung etwa funktioniert unter dem Dach von ansonsten selbstverwalteten Bereichen – z.B. in den Gemeinden, Körperschaften, rechtlich verselbständigten Anstalten usw. – besonders gut. Die Selbstverwaltung kann hier besondere orts- und personennahe Kontrollformen ausprägen und die drei Ebenen können sich einander annähern.

Herr *Haverkate* hat in diesem Zusammenhang die Frage aufgeworfen, um wessen Autonomie es eigentlich gehe. Ich meine, das ist zum einen eine Frage der Größe der Organisation und es ist zum anderen eine Frage der Teilnahme an den jeweiligen Selbstregulierungsprozessen. Sie haben zu Recht kritisiert, daß ich mich hier in den Einzelheiten bedeckt gehalten habe. Das mußte ich, weil es einfach zu viele Ebenen, Größenordnungen, Gruppen usw. gibt, über die hier zu sprechen wäre. Sehr zustimmen kann ich in diesem Zusammenhang Herrn *Isensee*, der vom notwendigen Rahmen für die Selbstregulierung und von Verfahren für Kontrolle und Aufsicht gesprochen hat. Herr *Schmidt-Jortzig* hat zu Recht betont, daß Selbstregulierung nicht nur als Staatsentlastung verstanden werden darf – etwa in dem Sinne, daß eigentlich dem Staat zukommende öffentliche Aufgaben lediglich delegiert werden. Daneben geht es ja gerade um originär „private“ oder „gesellschaftliche“ Funktionen, die wegen ihrer Bedeutung in die Nä-

he öffentlicher Aufgaben kommen und gleichwohl dezentral und vor Ort wahrgenommen werden. Die Klammer ist auch insofern die öffentliche Aufgabe, über die wir wohl insgesamt noch sehr viel zu sagen hätten.

Das Thema „Gleichheit“ ist heute etwas kürzer gekommen als ich es erwartet hatte, kann aber gleichwohl den Bogen unserer Tagung schließen. Herrn *Gramlich* stimme ich im Hinblick auf den Zusammenhang von Gleichheit und Leistungssockel zu, insbesondere was das Zusammenwirken von Gleichheitssatz und Menschenwürde angeht. Gerade an der unteren Grenze menschlicher Leistungsfähigkeit gibt es auch menschenunwürdige Ungleichheit. Hier hört – das wollte ich deutlich sagen – die Freiheit zur Gesetzesgestaltung auf und es hat eine Gleichheit des Minimums zu herrschen, die ihre Kraft aus der Existenz des Menschenwürde-Prinzips bezieht. Sehr wichtig ist auch der von Herrn *Haverkate* hervorgehobene Aspekt der Gleichheit in der Zeit. Doch würde ich den Generationenvertrag nicht als Trug bezeichnen. Hier ist sowohl im Rentenrecht als auch im Umweltrecht ein ganz wichtiger Aspekt der Gleichheit, des Vertrauens, der Stetigkeit zwischen den Generationen. Um so mehr bedarf er der Absicherung durch generationenübergreifende Grundlagengesetzgebung und durch sichernde Verfahren. Für diejenigen, den der Staat in seine übergreifenden Leistungssysteme hineinholt, muß er die Leistungssysteme über die Grenzen der Generation und der Zeit hinweg verlässlich und stetig ausgestalten.

Herr *Wallerath*, in Sachen Kindergeld bin ich befangen. Dazu nur soviel: Ausgerechnet im Bereich des Familienlastenausgleichs lassen sich besonders drastische Beispiele für gesetzgeberische Querschläger, gleichheitswidrige Freigrenzen, Kumulationswirkungen usw. nachweisen.

Der Aspekt der Durchsetzbarkeit der verschiedenen heute vorgetragenen Reformvorschläge wäre sicherlich gesondert zu diskutieren. Er ist hier nur von Herrn *Meyer* angesprochen worden. Da die Vorschläge an den Kern des politischen Systems gehen, wird die Durchsetzbarkeit natürlich ein besonderes Problem sein. Herr *Oppermann* hat den Optimismus im Hinblick auf die Selbststeuerungsfähigkeit und das wache Bewußtsein des Volkes für die Qualität gesetzgeberischer Tätigkeit betont. Ich möchte es trotz aller vielleicht gegenläufigen Erfahrungen auch einmal mit Optimismus in bezug auf die Volksvertreter versuchen. Es klingt vielleicht naiv, aber ich gehe ganz einfach davon aus, daß auch die Parlamente von dem Interesse geleitet sind, gute Gesetze zu machen. Schon bestätigt hat sich mein Optimismus in bezug auf diese Diskussion. Ich bin Ihnen allen sehr dankbar für Kritik und Ergänzungen. Aus beidem habe ich viel gelernt – gerade was die internationalen und rechtsvergleichenden Aspekte anging. Im übrigen bitte ich um Fortsetzung des Gesprächs. Vielen Dank.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Hufen*. Das Wort hat Herr *Mußgnug*.

Mußgnug: Auch für mich ist einiges übriggeblieben, das ich gerne ansprechen möchte.

Herr *Bachof* hat auf eine Konsequenz aus meiner These XVI aufmerksam gemacht, die ich so nicht gesehen habe, die aber in der Tat aus ihr zu ziehen ist. Ich danke Herrn *Bachof* dafür, daß er meine Überlegungen zu Ende geführt hat.

Herr *Wallerath* hat die *Verschonungsleistungen* angesprochen, die ich aus sachlichen und aus Zeitgründen in meinem Referat nur erwähnt, aber nicht gründlicher durchleuchtet habe. Um so lieber greife ich seinen Hinweis auf, daß die Steuersubvention, die wichtigste Verschonungsleistung, daran krankt, daß sie sich nur bei den Einkommensstarken mit entsprechend hohen Steuerschulden in spürbaren finanziellen Vorteilen niederschlagen kann. Wer auf soziale Hilfe angewiesen ist, schuldet indessen so geringe Steuern, daß ihm Steuerverschonungen bestenfalls marginale Erleichterungen verschaffen. Die Steuersubvention taugt daher nur als Leistungssurrogat für die oberen Zehntausend. Für den Rest der Bevölkerung kommen auf dem Felde der Verschonungsleistungen nur die Gebührenermäßigungen und Gebührenbefreiungen in Betracht, die ihnen unter dem Motto „Schüler, Studenten, Rentner und Soldaten zahlen die Hälfte“ gewährt werden. Sie finden ihre Rechtfertigung in einer altehrwürdigen sozialstaatlichen Tradition. Aber auch diese Tradition trägt nur die soziale Gestaltung der Eintrittspreise für die öffentlichen Schwimmbäder, Museen und Theater. Bei den weit höheren Gebühren der kommunalen Kindergärten, der Wasserversorgung, Abwasserbeseitigung etc. dagegen verbieten das Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip eine an sozialen Kriterien orientierte Tarifgestaltung. Denn man kann nicht für die gleiche Verwaltungsleistung unterschiedliche Gebühren fordern. Das Kostendeckungs- und das Äquivalenzprinzip zwingen vielmehr zur Gebührenbemessung nach der Regel „gleiche Leistung, gleicher Preis“, die keine sozial motivierten Abstriche duldet. Über die Begründung des Verbots sozialer Differenzierungen bei den Verwaltungsgebühren und über die Voraussetzungen, unter denen es durchbrochen werden darf, werden wir jedoch noch intensiver nachdenken müssen. Es ist gut, daß Herr *Wallerath* darauf aufmerksam gemacht hat.

Was die Gesetzgebungs-Kommissionen angeht, so neige ich Herrn *Steiger* zu. Wie er, so sehe auch ich es als einen Sündenfall der Demokratie an, wenn sie unabhängig, dem Wählerwillen nicht verpflichtete Kommissionen in das Gesetzgebungsverfahren einschaltet, die mit dem Gewicht ihrer Voten die legislative Entscheidungsfreiheit der Parlamente schmälern. Dieses Bedenken richtet sich nicht gegen solche

Kommissionen, die dem Gesetzgeber technische, natur- oder sozialwissenschaftliche Ratschläge erteilen, ebensowenig gegen die Kommissionen, die ihn bei der Formulierung seiner Vorschriften und bei ihrer Einpassung in das dogmatische System der Rechtsordnung beraten. Aber mit Kommissionen, die von Verfassungen wegen oder aufgrund zwingender gesetzlicher Vorschriften an der Gesetzgebung beteiligt werden und deswegen über kurz oder lang zu einer dem Parlament gleichrangigen oder gar überlegenen Konkurrenz erstarken, kann ich mich nicht anfreunden.

Das gilt erst recht für Herrn *Steinbergs* Vorschlag, das Gesetzgebungsverfahren dem jeweiligen Zustand der pluralistischen Gesellschaft anzugleichen, d.h. die Mitspracherechte der Repräsentanten partikulärer Interessen von den Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden bis hin zu den Kirchen dezidiert anzuerkennen. Diese Forderung zielt in ihrer Tendenz auf eine Verfälschung der alleinigen Repräsentation des Volkes durch das Parlament ab. Denn sie postuliert ein die Diagnosen der Soziologie und der Politikwissenschaft nachvollziehendes Verhalten des parlamentarischen Gesetzgebers. Der Gesetzgeber soll die Gesetze statt in eigener Verantwortung nach Maßgabe der Ansinnen gestalten, die von außen unter Berufung auf die Macht der Verbände an ihn herangetragen werden. Für die Staatsrechtslehre gibt es nach meiner Überzeugung darauf nur eine Antwort: *Anathema sit*. Die Soziologie und die Politikwissenschaft können ermitteln, wie sich Verbände und Gruppen in das verfassungsrechtlich normierte Gesetzgebungsverfahren einmischen. Es steht ihnen auch frei, diese Einmischungen zu begrüßen. Aber sie gingen zu weit, würden sie verlangen, daß die Staatsrechtslehre ihre empirischen Befunde und theoretischen Hypothesen für sich zur normativen Richtschnur erhebt und auf jeden gesellschaftlichen Wandel sogleich mit einer entsprechenden Uminterpretation des Verfassungsrechts reagiert. Das Verfassungsrecht ist nach dem Grundsatz „*ex factis ius non oritur*“ zu handhaben. Gehen wir statt dessen von der Regel „*ex factis ius oritur*“ aus, so lösen wir das Verfassungsrecht auf. Fakten schaffen nur dann neues Verfassungsrecht, wenn sie vom Träger der verfassungsgebenden Gewalt gesetzt werden, also dann, wenn eine revolutionäre Bewegung sie auslöst. Das Grundgesetz gibt gottlob keinen Anlaß, derartige Bewegungen herbeizusehnen. Wir fahren daher besser, wenn wir die gesellschaftlichen Fakten dem Grundgesetz anpassen und uns strikt davor hüten, umgekehrt das GG den gesellschaftlichen Fakten anzugleichen. Deshalb verwehre ich mich dezidiert gegen jede Verbeugung der Staatsrechtslehre vor verfassungsrechtlich nicht ausdrücklich anerkannten pluralistischen Mechanismen. Das demokratische Verfassungsrecht beruht auf der Souveränität des Volkes in seiner Gesamtheit, nicht auf der Herrschaft oder auch nur Mitherrschaft einzelner Bevölkerungsgruppen.

Gewiß, die gesellschaftlichen Gruppen tragen nachhaltig und sinnvoll zur Gesetzesgestaltung auf allen Gebieten und in besonderem Maße auf dem des Leistungsrechts bei. Aber der eigentliche Gesetzgeber muß das Parlament bleiben. Denn nur das Parlament wird vom Volk in seiner Gesamtheit beherrscht. Es mag sich von den Vertretern partikulärer Interessen beraten lassen. Es darf sein Amt als Gesetzgeber aber nicht an sie abtreten. Wie *Friedrich der Große* darauf gepocht hat, daß *er* und nicht *Svarez* der Gesetzgeber des ALR war, so müssen auch wir darauf achten, daß sich nicht neben dem Parlament der DGB, die Arbeitgeberverbände, die evangelische oder katholische Kirche und all die vielen anderen Verbände, Gruppen und Grüppchen zu clandestinen Mit-, Schatten- und Hintergrundgesetzgebern aufschwingen. Diese gesellschaftlichen Institutionen begrenzt das Grundgesetz auf die Einflußnahmen, die sie über die öffentliche Meinung auf die Gesetzesgestaltung nehmen können. Wir haben keinen Anlaß, dem Gesetzgeber mehr naheulegen als eine gewissenhafte Prüfung ihrer Anregungen. Seine Gesetzgebungshoheit braucht und darf er nicht mit ihnen teilen.

Meiner These, der Haushaltsplan sei ein taugliches Instrument der Subventionssteuerung, ist entgegengehalten worden, der Haushaltsplan gebe den Subventionen keine präzisen Zweckbestimmungen vor. Dem möchte ich widersprechen. Der Haushaltsplan kann den Subventionen nicht nur genaue Ziele setzen; er tut das in aller Regel auch. Bewilligungen, die ohne nähere Konkretisierung Fonds für „die Subventionierung notleidender Wirtschaftszweige“ bereitstellen, kommen weder im Bundes- noch in den Landeshaushaltsplänen vor. Sie wären mit Art. 110 GG und seinen landesrechtlichen Pendanten unvereinbar. Wenn Art. 110 GG verlangt, *alle* Ausgaben in den Haushaltsplan einzustellen, so heißt das nicht, daß es mit einigen wenigen Globalansätzen getan wäre. So verfahren die Regierungen in den Anfangszeiten der konstitutionellen Monarchie. Aber das haben sich die Landtage nicht bieten lassen. Sie haben in harten Kämpfen eine exakte Spezialisierung sämtlicher Haushaltsansätze durchgesetzt. Den Universitäten weisen die Haushaltspläne zwar nach wie vor Pauschalansätze für „Forschung und Lehre“ zu, die sie nicht näher aufschlüsseln. Aber ihre Subventionstitel schlüsseln sie genauer auf. Bei ihnen warten sie mit trennscharfen Zweckbindungen auf. Zu ihnen treten die verwaltungsinternen, den Haushaltsausschüssen des Bundestags und der Landtage aber zur Prüfung zugänglichen Vergaberichtlinien, hinzu. Deshalb meine ich alles in allem, daß der Haushaltsplan sehr wohl eine tragfähige Grundlage für die Subventionsverteilung hergibt. Wenn er weniger bewilligt als in den Vorjahren, so führt das zwar zu Reibungen, die nicht ganz so abrupt auftreten würden, wenn die Subventionen samt und sonders gesetzlich geregelt wären und daher nur durch zeitraubende Gesetzesänderungen storniert werden könnten. Aber ich sehe den besonderen

Vorzug der Subventionssteuerung durch den Haushaltsplan gerade darin, daß er die finanzpolitisch abträglichen langfristigen Bindungen des Gesetzesrechts vermeidet. Die Bindung der Subventionsverwaltung an ihre Verwaltungsakte bleibt davon unberührt. Sie sorgt für die Verlässlichkeit, die der Haushaltsplan nicht garantieren kann. Denn die einem Theater durch Verwaltungsakt zugesagte Dauerförderung läßt sich nicht kurzerhand aufkündigen, wenn der Haushaltsplan die für sie erforderlichen Mittel streicht. Sie ist, gleichgültig was der Haushaltsplan über sie sagt, bis zu ihrem rechtlich einwandfreiem Widerruf zu leisten. Aber dabei muß es sein Bewenden finden. Es genügt, daß Rechtsansprüche auf langfristige Subventionsgewährung durch Verwaltungsakt begründet werden können. Ihre Begründung durch Gesetz ist zum einen nicht erforderlich und zum anderen haushaltspolitisch verfehlt. Deshalb gebührt der herkömmlichen Steuerung der Subventionen durch den Haushaltsplan m.E. nach wie vor der Vorzug vor ihrer Steuerung durch Gesetze.

Ich hätte noch auf einige weitere in der Diskussion angesprochene Punkte einzugehen. Aber ich will ihre Geduld nicht über Gebühr strapazieren. Darum nur noch ein Wort des Dankes an Sie alle für Ihr Interesse und für die Aufmerksamkeit, mit der Sie mir zugehört haben. Ich habe bei der Vorbereitung des Referats, heute morgen vor und nach meinem Vortrag und heute nachmittag in der Aussprache ein Übermaß an kollegialer Anteilnahme und Zuspruch erfahren. Daraus habe ich gelernt, daß ich zu kurz griffe, wenn ich nur für ihre *Kollegialität* dankte. Ich habe ihre *Brüderlichkeit* erlebt und genossen. Von Herrn *Hill* und Herrn *Hufen* weiß ich, daß es ihnen ebenso ergangen ist. Dafür wissen wir uns Ihnen verbunden. Es ist ein gutes Gefühl, einer wissenschaftlichen Vereinigung anzugehören, die neben der Freiheit und der Gleichheit ihrer Mitglieder auch die Brüderlichkeit hochhält und damit den rechten Rahmen für gemeinsames wissenschaftliches Arbeiten bietet, den Austrag wissenschaftlicher Kontroversen eingeschlossen. Bleiben wir dabei, was immer die Zukunft bringen mag.

Beifall

Vorsitzender: Meine Damen und Herren, gestatten Sie mir noch zwei Worte zum Schluß. Das erste ist ein Wort des Dankes noch einmal an die Referenten dafür, daß sie sich die Mühe gemacht haben, die Referate auszuarbeiten, und daß sie dabei so gut kooperiert haben. Hinzuzufügen ist ein Wort des Dankes an die Diskussionssteilnehmer, die viele interessante Gesichtspunkte beigetragen haben und damit eigentlich den besten Dank an die Referenten abgestattet haben. Denn der beste Dank, den ein Referent bekommen kann, ist eine lebhafte und interessante Diskussion. Ich möchte Ihnen schließlich dafür dan-

ken, daß Sie wenigstens kollektiv in der Lage waren, den zeitlichen Rahmen für die Diskussion einigermaßen einzuhalten.

Das zweite, was ich sagen möchte, ist, daß der Vorstand sich freut über die Annahme des Themas in der Diskussion. Ich habe es als Lob empfunden, daß ein Diskussionsteilnehmer gesagt hat, dieses Thema sei viel zu schade gewesen für den 2. Tag, man hätte es an den 1. Tag setzen müssen. Ich bin aber der Meinung, daß das Thema des ersten Tages nicht hätte diesem Thema weichen dürfen und daß wir gut daran tun, auch am zweiten Tag ein wichtiges Thema zur Aussprache zu stellen, was der guten Tradition der Vereinigung entspricht.

Damit möchte ich den wissenschaftlichen Teil unserer diesjährigen Tagung abschließen.

Beifall

Verzeichnis der Redner

- | | |
|--------------------------|----------------------------------|
| von Arnim S. 208, 248 | von Mutius S. 214 |
| Bachof S. 223, 232 | Oldiges S. 108 |
| Badura S. 93 | Oppermann S. 216 |
| Bayer S. 99 | Püttner S. 221 |
| Böckenförde S. 95 | Quaritsch S. 222 |
| Breuer S. 242 | Ress S. 252 |
| Denninger S. 63 | Riedel S. 76, 256 |
| Dittmann S. 246 | Sachs S. 82, 260 |
| Frowein S. 105 | Schachtschneider S. 81, 249 |
| Gramlich S. 100, 228 | Schiedermaier S. 84 |
| Häberle S. 74, 75, 255 | Schmidt-Aßmann S. 218 |
| Haverkate S. 229 | Schmidt-Jortzig S. 250 |
| Heckel S. 68 | H.P. Schneider S. 106, 248 |
| Hill S. 233, 262 | Schuppert S. 97, 225 |
| Hoffmann-Riem S. 83, 210 | Schweizer S. 261 |
| Hufen S. 235, 265 | Soell S. 223 |
| H.P. Ipsen S. 87, 206 | Starck S. 78, 200, 272 |
| Isensee S. 226, 254 | Steiger S. 258 |
| P. Kirchhof S. 201 | Steinberg S. 248, 258 |
| Kisker S. 98 | Stern S. 90 |
| Kloepfer S. 86 | Suhr S. 103, 219 |
| Korinek S. 70 | Vogel S. 64 |
| Lange S. 107 | Wallerath S. 249 |
| Lerche S. 72 | Weber S. 102 |
| Mantl S. 101 | Wenger S. 212 |
| Meyer S. 74, 241 | Zacher S. 104 |
| Müller S. 88, 110 | Zeh S. 246 |
| Murswiek S. 109 | Zippelius S. 67, 72, 73, 90, 111 |
| Mußnug S. 238, 269 | |

Verzeichnis der Mitglieder der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer

Stand: 1.5.1989

Vorstand

1. *Heckel*, Dr. Martin, o. Universitätsprofessor,
Lieschingstr. 3, 7400 Tübingen, (0 70 71) 6 14 27;
Univ., (0 70 71) 29 29 71
2. *Denninger*, Dr. Erhard, Universitätsprofessor,
Am Wiesenhof 1, 6240 Königstein 3, (0 61 73) 7 89 32;
Universität Frankfurt, (0 69) 7 98 26 54
3. *Starck*, Dr. Christian, Professor,
Schlegelweg 10, 3400 Göttingen, (05 51) 5 54 54;
Univ., (05 51) 39 74 12

Mitglieder

1. *Abelein*, Dr. Manfred, o. Professor,
Rheinweg 12, 5300 Bonn, (02 28) 2 56 92;
(Universität Regensburg)
2. *Adamovich*, Dr. Ludwig, o. Professor a. D.,
Roosevelt-Platz 4, A-1090 Wien, (02 22) 42 73 95;
dienstl., (02 22) 66 16 23 61
3. *Alexy*, Dr. Robert, o. Professor,
Klausbrooker Weg 122, 2300 Kiel (04 31) 54 97 42;
Universität Kiel (04 31) 8 80 35 43
4. *Antoniolli*, Dr. Dr. h. c. Walter, o. Universitätsprofessor,
Ottenssteinstr. 35, A-2344 Maria Enzersdorf, (0 22 36) 45 09;
(Universität Wien)
5. *Armbruster*, Dr. Hubert, o. Professor,
An der Allee 69, 6500 Mainz, (0 61 31) 3 19 50;
Univ., (0 61 31) 39 23 84
6. *Arndt*, Dr. Hans-Wolfgang, o. Professor,
Waldstr. 34, 6730 Neustadt/Weinstraße (0 63 21) 3 33 85;
Universität Mannheim, (06 21) 2 92 51 95

7. *v. Arnim*, Dr. Hans Herbert, o. Professor,
Im Oberkämmerer 26, 6720 Speyer, (0 62 32) 9 81 23;
Hochschule Speyer, (0 62 32) 91 03 43
8. *Arnold*, Dr. Rainer, o. Professor,
Plattenweg 7, 8400 Regensburg, (09 41) 7 44 65;
Universität, (09 41) 9 43 26 54/5
9. *Autexier*, Dr. Christian, Professor,
Bayernstr. 12, 6600 Saarbrücken, (06 81) 6 51 17;
Univers. Saarbrücken, Lehrstuhl f. französisches öffentliches
Recht, (06 81) 3 02 21 21
10. *Baade*, Dr. Hans W., Professor,
6002 Mountain Climb Drive, Austin/Texas, USA, 78 731,
Tel. (512) 4 52 50 71 und 4 71 51 51
11. *Bachof*, Dr. Dr. h. c. Otto, o. Professor,
Auf dem Kreuz 3, 7400 Tübingen, (0 70 71) 6 11 44;
Univ., (0 70 71) 29 49 10 od. 29 25 49
12. *Badura*, Dr. Peter, o. Professor,
Am Rothenberg Süd 4, 8113 Kochel am See, (0 88 51) 52 89;
Universität München
13. *Barfuß*, Dr. iur. Dr. rer. pol. Walter, a. o. Universitätsprofessor,
Tuchlauben 13, A-1014 Wien, (02 22) 63 87 61
14. *Bartlsperger*, Dr. Richard, o. Professor,
Schleifweg 55, 8521 Uttenreuth, (0 91 31) 5 99 16;
Universität Erlangen, (0 91 31) 85 28 18
15. *Battis*, Dr. Ulrich, Professor,
Rummenohler Str. 91, 8500 Hagen, (0 23 55) 21 55;
Fernuniv., (0 23 31) 8 04 29 17
16. *Bayer*, Dr. Hermann-Wilfried, Professor,
Henkenbergstr. 45 a, 4630 Bochum, (02 34) 79 17 44;
Univ., (02 34) 7 00 57 24
17. *Becker*, Dr. Jürgen, Privatdozent,
Scheffelstr. 13, 6000 Frankfurt/M. 1, (0 69) 5 97 44 74;
Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V., Rechtsabteilung,
(0 69) 13 06 – 3 14/3 15/2 52
18. *Berchthold*, Dr. Klaus, Universitätsdozent,
Bräunerstr. 4–6/22, A-1010 Wien, (02 22) 53 14 34
19. *Berg*, Dr. Wilfried, o. Professor,
Waldsteinring 25, 8580 Bayreuth, (09 21) 9 31 25;
Univ., (09 21) 55 28 76

20. *Berka*, Dr. Walter, Universitätsdozent,
Birkenweg 2, A-5400 Hallein, (0 62 45) 6 25 52;
dienstl.: Weiserstr. 22, A-5020 Salzburg, (06 62/80 44) 36 04
21. *Bernhardt*, Dr. Rudolf, o. Professor,
Gustav-Kirchhoff-Str. 2a, 6900 Heidelberg, (0 62 21) 4 36 99;
dienstl., (0 62 21) 4 82-1
22. *Bethge*, Dr. Herbert, o. Professor,
Am Seidenhof 10, 8390 Passau, (08 51) 4 16 97;
Univ., (08 51) 50 91 97
23. *Bettermann*, Dr. Dr. h. c. Karl-August, o. Professor,
Alte Landstr. 173, 2000 Hamburg 63, (0 40) 5 38 40 64;
Univ., (0 40) 41 23 45 57
24. *Beyerlin*, Dr. Ulrich, Privatdozent,
Luisenstr. 7, 6903 Neckargmünd;
Max-Planck-Institut für ausländ. Öffentl. Recht und Völkerrecht,
Berliner Str. 48, 6900 Heidelberg, (06221) 48 22 36
25. *Binder*, Dr. Bruno, Universitätsdozent,
Mozartstr. 1, A-4020 Linz, (07 32) 27 51 10
oder Wischerstr. 30, A-4020 Linz, (07 32) 23 99 26.
Univ. Linz, Altenbergerstr. 69, A-4040 Linz,
(07 32) 23 13 81-411
26. *Birk*, Dr. Dieter, o. Professor,
Borkumweg 43, 4400 Münster, (02 51) 21 84 21;
Universität, (02 51) 83 27 95
27. *Blankenagel*, Dr. Alexander, Professor,
Uhlandstr. 20a, 8700 Würzburg, (09 31) 88 53 93;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Ostrecht der Universität
Würzburg, Domerschulstr. 16, 8700 Würzburg, (09 31) 3 11/
App. 331
28. *Bleckmann*, Dr. Dr. Albert, Universitätsprofessor,
Thomas-Morus-Weg 10f, 4400 Münster, (02 51) 23 58 67;
Univ., (02 51) 83 20 21
29. *Blümel*, Dr. Willi, Professor,
Angelhofweg 65, 6916 Wilhelmsfeld, (0 62 20) 18 80;
Hochschule Speyer, (0 62 32) 9 10—3 62/3 60
30. *Blumenwitz*, Dr. Dieter, o. Professor,
Tannenstr. 2, 8011 Baldham, (0 81 06) 3 32 52;
Universität Würzburg, (09 31) 3 13 08

31. *Böckenförde*, Dr. iur. Dr. phil. Ernst-Wolfgang, o. Professor,
Bundesverfassungsrichter,
Türkheimstr. 1, 7801 Au bei Freiburg, (07 61) 40 56 23;
Universität Freiburg, (07 61) 2 03 34 31
32. *Böckstiegel*, Dr. Karl-Heinz, Professor,
Parkstr. 38, 5060 Bergisch-Gladbach, (0 22 04) 6 62 68;
Universität Köln, (02 21) 4 70 23 37
33. *Bogs*, Dr. Harald, Professor,
Dresdener Str. 7, 3406 Bovenden, (05 51) 8 15 95;
Universität Göttingen, (05 51) 39 73 92
34. *Bothe*, Dr. Michael, Universitätsprofessor,
Theodor-Heuss-Str. 6, 6140 Bensheim, (06 251) 43 45;
Universität Frankfurt a.M. 1, (0 69) 7 98 22 64
35. *Breuer*, Dr. Rüdiger, Professor,
Heinrich-Brauns-Str. 4, 5500 Trier, (06 51) 2 14 78;
Universität, (06 51) 2 01 25 78
36. *Brohm*, Dr. Winfried, o. Professor,
Wydenmööslistr. 11, CH-8280 Kreuzlingen, (0 72) 75 15 25;
Universität Konstanz, (0 75 31) 88 21 69/76
37. *v. Brünneck*, Dr. Alexander, apl. Professor,
Blumenhagenstr. 5, 3000 Hannover 1, (05 11) 71 69 11;
Universität Hannover, (05 11) 4 73 82 28
38. *Brünner*, Dr. Christian, o. Universitätsprofessor,
Rosengasse 9, A-8042 Graz, (03 16) 4 45 18;
Universität, (03 16) 3 15 81/4 76
39. *Brugger*, Dr. Winfried, LL.M., Universitätsprofessor,
Säckingar Str. 17b, 6800 Mannheim 61, (06 21) 48 13 10;
Universität Mannheim, Schloß, Westflügel,
6800 Mannheim 1, (06 21) 2 92 24 35
40. *Brunner*, Dr. Georg, o. Professor,
Belvederestr. 94, 5000 Köln 41, (02 21) 4 97 35 94;
Univ. Köln, Ubierring 53, 5000 Köln 1, (02 21) 31 51 10 u.
31 51 49
41. *Bryde*, Dr. Brun-Otto, Universitätsprofessor,
Stettiner Str. 10, 6301 Wettenberg-Wißmar, (0 64 06) 7 41 91;
Universität Gießen, Hein-Heckroth-Str. 5, 6300 Gießen,
(06 41) 7 02 50 15

42. *Bull*, Dr. Hans Peter, o. Professor,
Innenministerium des Landes Schleswig-Holstein,
Düsternbrooker Weg 92, 2300 Kiel 1,
(04 31) 5 96 30 00; Universität Hamburg
43. *Bullinger*, Dr. Dr. h. c./Univ. de Dijon, Martin, o. Professor,
Altschloßleweg 4, 7801 Au bei Freiburg, (07 61) 40 23 89;
Universität Freiburg, (07 61) 2 03 35 16
44. *Burmeister*, Dr. Joachim, o. Professor,
Blücherstr. 37, 6670 St. Ingbert-Rohrbach, (0 68 94) 5 75 83;
Universität, (06 81) 3 02 21 28
45. *v. Campenhausen*, Dr. Frhr. Axel, Professor,
Oppenbornstr. 5, 3000 Hannover 71, (05 11) 52 81 74;
Kirchenrechtliches Institut der EKD,
Goßlenstr. 11, 3400 Göttingen, (05 51) 5 77 11
46. *Carstens*, Dr. Karl, o. Professor,
Dechant-Kreiten-Str. 43, 5309 Meckenheim, (0 22 25) 24 55
47. *Dagtolou*, Dr. Prodromos, o. Professor,
Hippokrates Str. 33, Athen 144/Griechenland,
Universität Athen, 00 30/1/3 62 90 65
48. *Degenhart*, Dr. Christoph, Professor,
Stormstr. 3, 8500 Nürnberg 20, (09 11) 59 24 62;
Universität Münster, (02 51) 83 98 03
49. *Delbrück*, Dr. Jost, Professor,
Schoolredder 20, 2300 Kiel-Altenholz, (04 31) 32 25 58;
Universität, (04 31) 8 80 21 49
50. *Denninger*, Dr. Erhard, Universitätsprofessor,
Am Wiesenhof 1, 6240 Königstein 3, (0 61 73) 7 89 32;
Universität Frankfurt, (0 69) 7 98 26 54
51. *Dicke*, Dr. Detlev Christian, o. Professor,
Alpenstr. 919, CH-3178 Börsingen;
Universität Freiburg/Schweiz
52. *Dittmann*, Dr. Armin, o. Professor,
Karl-Brennenstuhl-Str. 11, 7400 Tübingen 9, (0 70 71) 8 24 56;
Universität Hohenheim-Schloß, Postfach 70 05 62,
7000 Stuttgart 70, (07 11) 4 59-27 91
53. *Doehring*, Dr. Karl, o. Professor,
Mühlthalstr. 117/3, 6900 Heidelberg, (0 62 21) 4 58 80;
Universität, (0 62 21) 54 74 54

54. *Dörr*, Dr. Dieter, Professor,
Gästehaus der Universität, Rothenbaumchaussee 34, App. 111,
2000 Hamburg 13, (0 40) 41 40 06 36; Universität, Institut für
Internationale Angelegenheiten, Rothenbaumchaussee 19–23,
2000 Hamburg 13, (0 40) 41 23 46 01/04
55. *Dolzer*, Dr. Dr. Rudolf, Privatdozent,
Am Pferchelhang 4/1, 6900 Heidelberg, (0 62 21) 80 33 44;
Max-Planck-Institut für Völkerrecht, Berliner Str. 48,
6900 Heidelberg 1, (0 62 21) 48 22 52
56. *Dreier*, Dr. Ralf, o. Professor,
Wilhelm-Weber-Str. 4, 3400 Göttingen, (05 51) 5 91 14;
Universität, (05 51) 39 73 84
57. *Dürig*, Dr. Günter, o. Professor,
Staufenstr. 9, 7400 Tübingen, (0 70 71) 8 25 08
58. *Eberle*, Dr. Carl-Eugen, Professor,
Ohnhorststr. 22, 2000 Hamburg 52, (0 40) 82 86 40;
Universität, (0 40) 41 23-35 03
59. *Ebsen*, Dr. Ingwer, Professor,
Schürbusch 41, 4400 Münster, (02 52) 7 28 09 88;
Universität Münster, (02 51) 83 27 18
60. *Ehlers*, Dr. Dirk, Professor,
Am Mühlenbach 14, 4403 Senden, (0 25 97) 84 15;
Westfälische Wilhelms-Universität, Institut für Wirtschafts-
verwaltungsrecht, Universitätsstr. 14–16, 4400 Münster,
(02 51) 83 27 01
61. *Ehmke*, Dr. Horst, o. Professor,
Bundeshaus, 5300 Bonn 1, (02 28) 16 34 29 oder 16 48 34
62. *Eichenberger*, Dr. Dr. h. c. Kurt, o. Professor,
Bärenbrunnenweg 4, CH-4144 Arlesheim b. Basel,
(0 61) 72 33 86
63. *Erbel*, Dr. Günter, Professor,
Burbacher Str. 10, 5300 Bonn 1;
Universität, (02 28) 73 55 83
64. *Erbguth*, Dr. Wilfried, Professor,
Kellermannstr. 21, 4400 Münster, (02 51) 2 51 48;
Zentralinstitut für Raumplanung an der Universität Münster,
Wilmergasse 12/13, 4400 Münster, (02 51) 83 97 85
65. *Ericksen*, Dr. Hans-Uwe, o. Professor,
Falkenhorst 17, 4400 Münster-St. Mauritz, (02 51) 3 13 12;
Universität Münster, (02 51) 83 27 41

66. *Ermacora*, Dr. Felix, o. Universitätsprofessor,
Karl-Lueger-Ring, A-1010 Wien I, (02 22) 42 76 11;
Universität, (02 22) 43 00 31 45, Schottenbastei 10–16
67. *Faber*, Dr. Heiko, Professor,
Wunstorfer Str. 1, 3007 Gehrden 1, (0 51 08) 22 34;
Universität Hannover, (05 11) 4 73 82 06
68. *Fastenrath*, Dr. Ulrich, Privatdozent,
Kyreinstr. 6, 8000 München 70;
Universität München, Professor-Huber-Platz 2,
8000 München 22, (0 89) 21 80 27 42
69. *Fiedler*, Dr. Wilfried, o. Professor,
Auf dem Löbel 1, 6602 Saarbrücken-Dudweiler,
(0 68 97) 76 64 01; Universität (06 81) 3 02 32 00
70. *Fleiner-Gerster*, Dr. Dr. h. c. Thomas, o. Professor,
Le Riedelet 9, CH-1723 Marly FR (0 37) 46 12 61;
Institut für Föderalismus, Universität Freiburg i. Ue.,
Miséricorde, CH-1700 Freiburg, (0 37) 21 95 91
71. *Folz*, Dr. Hans-Ernst, Professor,
Bispinger Weg 11, 3000 Hannover 61,
(05 11) 57 57 19 u. 56 28 92;
Universität Hannover, Fachbereich Rechtswissenschaften,
Hanomagstr. 8, 3000 Hannover 91, (05 11) 4 49 82 48/49
72. *Frank*, Dr. Götz, Professor,
Friedrichstr. 52, 3257 Springe 1;
Universität Hannover, (05 11) 4 73 82 08/82 29
73. *Friauf*, Dr. Karl Heinrich, o. Professor,
Eichenhainallee 17, 5060 Bergisch-Gladbach 1,
(0 22 04) 6 19 84
74. *Fröhler*, Dr. Ludwig, o. Universitätsprofessor,
Altebergerstr. 39, A-4010 Linz-Urfahr
75. *Fromont*, Dr. Dr. h. c. Michel, Professor,
9, Impasse Henri Bouchard, F-21000 Dijon, (80) 57 41 65;
Universität, (80) 39 53 62
76. *Frotscher*, Dr. Werner, Universitätsprofessor,
Habichtstalgasse 32, 3550 Marburg/Lahn, (0 64 21) 3 29 61;
Universität, Universitätsstr. 6, (0 64 21) 28 31 22
77. *Frowein*, Dr. Jochen A., o. Professor,
Berliner Str. 48, 6900 Heidelberg 1;
dienstl., (62 21) 4 82-1

78. *Funk*, Dr. Bernd-Christian, o. Professor,
Schönbrunnngasse 46a, A-8010 Graz, (03 16) 3 10 82;
Universität, (03 16) 3 15 81
79. *Gallent*, DDr. Kurt, Professor, Obersenatsrat i.R.,
Pestalozzistr. 1/III, A-8010 Graz, (03 16) 77 89 62;
Dienstl., (03 16) 7 30 54
80. *Gallwas*, Dr. Hans-Ullrich, Professor,
Hans-Leipelt-Str. 16, 8000 München 40, (0 89) 32 83 66;
Universität, (0 89) 21 80 62
81. *Göldner*, Dr. Detlef, Privatdozent,
Wilhelmshavener Str. 20, 2300 Kiel, (04 31) 8 16 44
82. *Görg*, Dr. Hubert, o. Professor,
Altenheim Söllner-Stift, 5064 Rösrath, (0 22 05) 25 40
83. *Goerlich*, Dr. Helmut, apl. Professor,
Brillkamp 13, 2000 Hamburg 63, (0 40) 5 38 59 91;
dienstl., (0 40) 38 07—21 25
84. *Götz*, Dr. Volkmar, o. Professor,
Geismarlandstr. 17a, 3400 Göttingen, (05 51) 4 31 19
85. *Gornig*, Dr. Gilbert, Privatdozent,
Ranwoldstr. 10a, 8400 Regensburg, (09 41) 7 43 30;
dienstl.: Universität Würzburg, (09 31) 3 13 08
86. *Grabitz*, Dr. Eberhard, o. Professor,
Cosimaplatz 2, 1000 Berlin 41, (0 30) 8 52 21 36;
Universität, (0 30) 8 38 49 49
87. *Gramlich*, Dr. Ludwig, Privatdozent,
Setzweg 13, 8702 Veitshöchheim, (09 31) 9 37 40;
Universität, (09 31) 3 13 34
88. *Grawert*, Dr. Rolf, o. Professor,
Aloysiusstr. 28, 4630 Bochum 1, (02 34) 47 36 92;
Universität, (02 34) 7 00 28 09
89. *Grewe*, Dr. Dr. h. c. Wilhelm G., o. Professor,
Zum Kleinen Ölberg 28, 5330 Königswinter 41 (Thomasberg),
(0 22 44) 68 74;
dienstl., (02 28) 21 41 60
90. *Grimm*, Dr. Dieter, o. Professor, Bundesverfassungsrichter,
Bundesverfassungsgericht, Postfach 1771,
7500 Karlsruhe 1, (07 21) 14 92 20;
Universität Bielefeld, (05 21) 1 06 44 05

91. *Grupp*, Dr. Klaus, Universitätsprofessor,
Ostpreußenring 6, 6830 Schwetzingen, (0 62 02) 17 193;
Universität Saarbrücken, (06 81) 3 02 35 08
92. *Gusy*, Dr. Christoph, Professor,
Scheffelstr. 47, 5000 Köln 41, (02 21) 43 88 57;
Universität Mainz, FB 03,
6500 Mainz, (0 61 31) 39 33 75/39 21 48
93. *Häberle*, Dr. Peter, o. Professor,
Universität Bayreuth, Universitätsstraße, Postfach 30 08,
8580 Bayreuth, (09 21) 55 29 47
94. *Häfelin*, Dr. Ulrich, o. Professor,
Müseliweg 1, CH-8049 Zürich, (01) 56 84 60
95. *Hänni*, Dr. Peter, Privatdozent,
Schützenmatt 11, CH-3280 Murten, (0 37) 71 58 15;
Universität Freiburg i. Ue., Miséricorde, (0 37) 21 95 92
96. *Hahn*, Dr. Dr. h. c. Hugo J., LL. M. (Harvard), o. Professor,
Frankenstr. 63, 8700 Würzburg 1, (09 31) 28 42 86;
Universität, (09 31) 3 13 10
97. *Hailbronner*, Dr. Kay, o. Professor,
Toggenbühl, CH-8557 Fruthwilen, (0 72) 64 19 46;
Universität Konstanz, (0 75 31) 88 22 47
98. *Haller*, Dr. Herbert, a. o. Universitätsprofessor,
Felix-Mottl-Str. 48 Haus 2, A-1190 Wien, (02 22) 3 41 72 14;
Universität, (02 22) 34 75 41
99. *Haller*, Dr. Walter, o. Professor,
Burgstr. 264, CH-8706 Meilen, (01) 9 23 10 14;
Universität Zürich, (01) 2 57 30 03
100. *Hangartner*, Dr. Yvo, o. Professor,
Am Gozenberg 2, CH-9202 Gossau, (0 71) 85 15 11
101. *Haverkate*, Dr. Görg, Universitätsprofessor,
Fürst-Pückler-Str. 70, 5000 Köln 41, (02 21) 40 10 84;
Universität Frankfurt/M., (0 69) 7 98-27 03
102. *Heckel*, Dr. Martin, o. Universitätsprofessor,
Lieschingstr. 3, 7400 Tübingen, (0 70 71) 6 14 27;
Universität, (0 70 71) 29 29 71
103. *Hendler*, Dr. Reinhard, Universitätsprofessor,
Im Baumgarten 8, 7750 Konstanz 16, (0 75 31) 44 609;
Universität Marburg, Universitätsstraße 6, 3550 Marburg/L.,
(0 64 21) 28 31 32 oder 28 38 08

104. *Hengstschläger*, Dr. Johann, o. Universitätsprofessor,
Auf der Halde 16, A-4020 Linz, (07 32) 28 10 81;
Universität, (07 32) 24 68/401
105. *Henke*, Dr. Wilhelm, o. Professor,
Laufer Str. 5, 8501 Rückersdorf, (0 91 23) 27 85
106. *Herrmann*, Dr. Günter, Professor,
Joachimstr. 3, 1000 Berlin 38, (0 30) 8 02 48 66
107. *Herzog*, Dr. Roman, Professor,
Präsident des Bundesverfassungsgerichts,
Schloßbezirk 3, Postfach 17 71, 7500 Karlsruhe 1,
(07 21) 14 92 12; privat: (0 72 47) 2 26 28
108. *Hesse*, Dr. Dr. h. c. Konrad, o. Professor,
Schloßweg 29, 7802 Merzhausen, (07 61) 40 38 11;
Universität Freiburg, (07 61) 2 03 35 14
109. *Hettlage*, Dr. Karl-Maria, o. Professor,
Friedrich-Ebert-Str. 83, 5300 Bonn-Bad Godesberg,
(02 28) 36 43 61
110. *Heun*, Dr. Werner, Privatdozent,
Von-Weichs-Str. 15, 5300 Bonn 1, (02 28) 61 28 86;
Universität Bonn, Adenauer Allee 24–42, 5300 Bonn 1,
(0228) 73 91 24
111. *Frhr. v. d. Heydte*, Dr. jur., Dr. rer. pol. Friedrich-August,
o. Professor,
Hagschneiderweg 1, 8311 Aham-Vils, (0 87 44) 10 64
112. *Heyen*, Dr. Erk Volkmar, apl. Professor,
Maxburgstr. 25, 6730 Neustadt/Weinstraße, (0 63 21) 79 83;
Hochschule Speyer, (0 62 32) 91 03 46
113. *Hilf*, Dr. Meinhard, Universitätsprofessor,
Schelpsheide 12, 4800 Bielefeld 1, (05 21) 88 92 82;
Universität, (05 21) 1 06-44 22
114. *Hill*, Dr. Hermann, Professor,
Obere Rheinallee 8, 5407 Boppard/Rhein, (0 67 42) 29 93;
Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer,
Freiherr-vom-Stein-Str. 2, 6720 Speyer, (0 62 32) 9 10–3 28
115. *Höhn*, Dr. Ernst, o. Professor,
Wiesenstr. 6, CH-9302 Kronbühl, (0 71) 25 51 46;
Hochschule St. Gallen

116. *Hoffmann*, Dr. Dr. h. c. Gerhard, o. Professor,
Ernst-Lemmer-Str. 10, 3550 Marburg 6-Wehrda,
(0 64 21) 8 16 45
117. *Hoffmann-Riem*, Dr. Wolfgang, Professor,
Kätnerweg 24, 2000 Hamburg 65, (0 40) 6 40 24 78;
Universität, (0 40) 41 23 54 16
118. *Hofmann*, Dr. Hasso, o. Professor,
Christoph-Mayer-Weg 5, 8700 Würzburg, (09 31) 8 73 88;
Universität, (09 31) 3 13 36
119. *Hollerbach*, Dr. Alexander, o. Professor,
Parkstr. 8, 7806 March-Hugstetten, (0 76 65) 22 51;
Universität Freiburg, (07 61) 203 35 35
120. *Hoppe*, Dr. Werner, o. Professor,
Erphostr. 36, 4400 Münster, (02 51) 39 18 99
dienstl., (02 51) 83 27 03
121. *Hotz*, Dr. Reinhold, Privatdozent,
Wartensteinstr. 30, CH-9008 St. Gallen, (0 71) 24 67 77;
dienstl., (0 71) 22 03 03
122. *Huber*, Dr. Ernst Rudolf, o. Professor,
In der Röte 2, 7800 Freiburg, (07 61) 5 37 13
123. *Hufen*, Dr. Friedhelm, o. Professor,
Hauptstr. 96, 8417 Lappersdorf-Kareth b. Regensburg,
(09 41) 8 18 57; Universität Regensburg, (09 41) 9 43—26 08
124. *Ipsen*, Dr. Hans Peter, o. Professor,
Augustinum App. 1142, 2410 Mölln, (0 45 42) 81 31 42;
Tel. in Lüneburg, (0 41 31) 40 11 31
125. *Ipsen*, Dr. Jörn, o. Professor,
Luisenstr. 41, 4550 Bramsche, (0 54 61) 44 96;
Universität Osnabrück, (05 41) 6 08-61 58/61 69
126. *Ipsen*, Dr. Knut, o. Professor,
Nevelstr. 59, 4630 Bochum-Weitmar, (02 34) 43 12 66;
Universität, (02 34) 7 00 28 20
127. *Isensee*, Dr. Josef, o. Professor,
Meckenheimer Allee 150, 5300 Bonn 1 (02 28) 69 34 69;
Universität, (02 28) 73 79 83
128. *Jaag*, Dr. Tobias, Privatdozent,
Bahnhofstr. 22, CH-8022 Zürich, (01) 2 11 25 50

129. *Jaenicke*, Dr. Günther, Professor,
Waldstr. 13, 6906 Leimen b. Heidelberg, (0 62 24) 35 71;
(Universität Frankfurt)
130. *Jahrreiß*, Dr. jur., Dr. h. c. mult., Hermann, o. Professor,
Nasse-Str. 30, 5000 Köln 41, (02 21) 46 15 53;
Universität, (02 21) 4 70 22 66
131. *Jakob*, Dr. Wolfgang, o. Professor,
Wilhelmstr. 25, 8000 München 40, (0 89) 39 05 06;
(Universität Augsburg)
132. *Janssen*, Dr. Albert, Ministerialrat,
Kaiser-Friedrich-Str. 25, 3200 Hildesheim
133. *Jarass*, Dr. Hans D., LL.M (Harvard), o. Professor,
Kulmer Str. 12, 4630 Bochum 1, (02 34) 31 12 91;
Universität Bochum, Postfach 10 21 48, (02 34) 7 00 28 18
134. *Kaiser*, Dr. jur., Dr. rer. pol. h. c. Joseph H., o. Professor,
Rothofweg, 7813 Staufen i. Br., (0 76 33) 57 28;
Universität Freiburg, (07 61) 2 03 35 67
135. *Karpen*, Dr. Ulrich, Professor,
Oldenfelder Str. 32, 2000 Hamburg 73 (Rahlstedt),
(0 40) 6 77 83 98;
Universität Hamburg, Seminar f. Öffentl. Recht und Staatsrecht,
Schlüterstr. 28, 2000 Hamburg 13, (0 40) 41 23-30 23 od. 45 72
136. *Kewenig*, Dr. Wilhelm, o. Professor,
Schützallee 37, 1000 Berlin 37, (0 30) 8 02 84 87;
Universität, (0 30) 3 03 23 16
137. *Khol*, Dr. Andreas, Universitätsprofessor,
Cuviergasse 23, A-1130 Wien, (02 22) 84 15 73;
dienstl., (02 22) 83 15 31
138. *Kimminich*, Dr. Otto, o. Professor,
Killermannstr. 6, 8400 Regensburg, (09 41) 3 28 54;
Universität, (09 41) 9 43 26 60
139. *Kipp*, Dr. Heinrich, Universitätsprofessor,
Lanserstr. 61, A-6080 Igls, (0 52 22) 72 09
140. *Kirchhof*, Dr. Ferdinand, Professor,
Schopenhauerstr. 43, 7410 Reutlingen 1, (0 71 21) 34 04 11;
Juristische Fakultät der Universität Tübingen, Wilhelmstr. 7,
7400 Tübingen 1, (0 70 71) 29 25 61

141. *Kirchhof*, Dr. Paul, o. Professor, Bundesverfassungsrichter,
Am Pferchelhang 33/1, 6900 Heidelberg 1, (0 62 21) 80 14 47;
Universität, (0 62 21) 54 74 57
142. *Kirn*, Dr. Michael, o. Professor,
Rummelburgerstr. 5, 2000 Hamburg 73, (0 40) 6 47 38 42;
Hochschule der Bundeswehr, (0 40) 65 41 27 82
143. *Kisker*, Dr. Gunter, Universitätsprofessor,
Waldstr. 74, 6301 Linden-Am Mühlberg, (0 64 03) 6 10 30;
Universität Gießen, (06 41) 7 02 50 25
144. *Klecatsky*, Dr. Hans R., o. Universitätsprofessor,
Reithmannstr. 20, A-6020 Innsbruck, (0 52 22) 46 76 74;
Universität Innsbruck, Innrain 80, A-6020 Innsbruck, (0 52 22)
5 07 26 80
145. *Klein*, Dr. Eckart, o. Professor,
Ebersheimer Weg 35, 6500 Mainz, (0 61 31) 5 36 70
146. *Klein*, Dr. Hans Hugo, o. Professor, Bundesverfassungsrichter,
Heilbrunnstr. 4, 7507 Pfinztal-Söllingen, (0 72 40) 73 00;
Universität Göttingen, (05 51) 39 46 25
147. *Kloepfer*, Dr. Michael, o. Professor,
Sickingenstr. 16 5500 Trier, (06 51) 4 19 32;
Universität, (06 51) 2 01-25 56
148. *Knemeyer*, Dr. Franz-Ludwig, o. Professor,
Unterdürrbacher Str. 353, 8700 Würzburg, (09 31) 9 61 18;
Universität, (09 31) 3 18 99
149. *Knies*, Dr. Wolfgang, o. Professor,
Am Botanischen Garten 5, 6600 Saarbrücken 11, (06 81)
39 98 88; Universität Saarbrücken, (06 81) 3 02 31 58)
150. *Knöpfle*, Dr. Franz, o. Professor,
Höhenweg 22, 8901 Leitershofen;
Universität Augsburg, (08 21) 59 83 52
151. *Koch*, Dr. Hans-Joachim, Professor,
Wendlohstr. 80, 2000 Hamburg 61, (0 40) 5 51 88 04;
Universität, (0 40) 41 23 39 77
152. *König*, Dr. Dr. Klaus, Professor,
Wimphelingstr. 5, 6720 Speyer, (0 62 32) 59 01;
Freiherr-vom-Stein-Str. 2, 6720 Speyer, (0 62 32) 91 03 69
153. *Kopp*, Dr. Ferdinand O., o. Universitätsprofessor,
Innstr. 40, 8390 Passau

154. *Korinek*, Dr. Karl, o. Universitätsprofessor,
Auhofstr. 225, A-1130 Wien, (02 22) 8 20 91 53;
Universität, (02 22) 34 75 41
155. *Krause*, Dr. Peter, o. Professor,
Weinbergstr. 12, 5501 Korlingen, (0 65 88) 73 33;
(Universität Trier)
156. *Krawietz*, Dr. Werner, o. Professor,
Nienborgweg 29, 4400 Münster, (02 51) 86 14 51;
Universität, (02 51) 83 25 91
157. *Krebs*, Dr. Walter, Professor,
Lortzingstr. 3, 4800 Bielefeld 1, (05 21) 6 97 39;
Universität Münster, Inst. f. Öffentl. Recht u. Politik,
Universitätsstr. 14–16, 4400 Münster, (02 51) 83 27 61
158. *Kreßel*, Dr. Eckhard, Privatdozent,
Spiegelstr. 1, 8700 Würzburg;
Universität, (09 31) 3 13 05
159. *Kriele*, Dr. Martin, o. Professor,
Richard-Wagner-Str. 10, 5090 Leverkusen 1, (02 14) 5 15 64;
Universität Köln, (02 21) 4 70 22 30
160. *Kröger*, Dr. Klaus, Universitätsprofessor,
Hölderlinweg 14, 6300 Gießen-Wieseck, (06 41) 5 22 40
161. *Krüger*, Dr. Hartmut, Professor,
Sielsdorfer Str. 10, 5000 Köln 41, (02 21) 43 49 27;
Universität Köln (02 21) 4 70 45 00
162. *Krüger*, Dr. Herbert, o. Professor,
Philosophenweg 14, 2000 Hamburg 50, (0 40) 8 80 79 34
163. *Küchenhoff*, Dr. Erich, Professor,
Dachsleite 65, 4400 Münster, (02 51) 24 72 71;
Universität, (02 51) 83 27 06/05
164. *Kühne*, Dr. Jörg-Detlef, Professor,
Eichenweg 5, 5204 Lohmar 1, (0 22 46) 25 50;
Universität Hannover, Hanomagstr. 8, 3000 Hannover 91,
(05 11) 4 49 82 25/6
165. *Kunig*, Dr. Philip, Professor,
Wildpfad 5, 1000 Berlin 33;
Institut f. Staatslehre, Staats- und Verwaltungsrecht,
Thielallee 52, 1000 Berlin 33, (0 30) 8 38 30 11
166. *Lange*, Dr. Klaus, Universitätsprofessor,
Lilienweg 22, 6302 Lich, (0 64 04) 56 81;
Universität Gießen, (06 41) 7 02 50 19

167. *Laubinger*, Dr. Hans-Werner, Professor,
Philipp-Wasserburg-Str. 45, 6500 Mainz-Gonsenheim,
(0 61 31) 4 31 91
Universität Mainz, Saarstr. 21, (0 61 31) 39 59 42
168. *Laurer*, DDr. Hans René, Universitätsprofessor,
Scheffergasse 27a, A-2340 Mödling, (0 26 36) 2 04 02;
Universität Wien, (02 22) 34 75 44/419
169. *Lecheler*, Dr. Helmut, o. Professor,
Würzburger Str. 10d, 8600 Bamberg, (09 51) 5 41 46;
Universität Erlangen, (0 91 31) 85 47 81, 85 47 94
170. *Leisner*, Dr. Walter, o. Professor,
Kochstr. 2, 8520 Erlangen, (0 91 31) 85 22 59
171. *Lerche*, Dr. Peter, o. Professor,
Junkersstr. 13, 8035 Gauting b. München, (0 89) 8 50 20 88;
Universität München, (0 89) 21 80 33 35
172. *Link*, Dr. Heinz-Christoph, Professor,
Hindenburgstr. 47, 8520 Erlangen, (09131) 20 93 35;
Hans-Liermann-Institut für Kirchenrecht, Hindenburgstr. 34,
8520 Erlangen, (0 91 31) 85 22 42
173. *Lipphardt*, Dr. Hanns-Rudolf, Professor,
Zur Forstquelle 3, 6900 Heidelberg, (0 62 21) 38 23 12;
Universität, (0 62 21) 54 74 40
174. *Listl*, Dr. Joseph, o. Professor,
Universitätsstr. 10, 8900 Augsburg, (08 21) 59 87 20 od.
59 87 30
175. *Löwer*, Dr. Wolfgang, Professor,
Lotharstr. 3, 3500 Bonn 1, (02 28) 21 82 73
176. *Lorenz*, Dr. Dieter, o. Professor,
Bohlstr. 21, 7750 Konstanz 18, (0 75 33) 68 22;
Universität, (0 75 31) 88 25 30
177. *Loschelder*, Dr. Wolfgang, Professor,
Am Ehrenmal 8, 5205 St. Augustin 3, (0 22 41) 31 23 16;
Universität Bochum, (02 34) 7 00 52 63/7
178. *Luchterhandt*, Dr. Otto, Privatdozent,
Dürerweg 23, 4010 Hilden;
Universität Köln, Institut für Ostrecht, Ubierring 53,
5000 Köln 1, (02 21) 31 51 10

179. *Lübbe-Wolff*, Dr. Gertrude, Privatdozentin,
Kollwitzstr. 55, 4800 Bielefeld, (05 21) 88 26 59;
Fakultät f. Rechtswissenschaft d. Universität Bielefeld,
4800 Bielefeld, (05 21) 10 64 40
180. *Lücke*, Dr. Jörg, Professor,
Körnerstr. 5A, 5300 Bonn, (02 28) 35 61 10;
Universität Hamburg, (0 40) 41 23 32 94
181. *Magiera*, Dr. Siegfried, o. Professor,
Feuerbachstr. 1, 6725 Römberg, (0 62 32) 8 44 54;
Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Freiherr-
vom-Stein-Str. 2, 6720 Speyer, (0 62 32) 91 03 48 od. 91 03 31
182. *Majer*, Dr. Diemut, Professorin, Privatdozentin an der Universi-
tät Bern, Welfenstr. 30, 7500 Karlsruhe, (07 21) 81 65 50 oder
(0 78 41) 41 12; Fachhochschule des Bundes für öff. Verw. –
Fachbereich Bundeswehrverw. – Seckenheimer Landstr. 8–10,
6800 Mannheim 25, (06 21) 40 80 91
183. *v. Mangoldt*, Dr. Hans, Professor,
Goetheweg 1, 7401 Nehren, (0 74 73) 79 08;
Universität Tübingen, (0 70 71) 29 33 02
184. *Mantl*, Dr. Wolfgang, o. Universitätsprofessor,
Wiener Str. 256/XI/33, A-8051 Graz, (03 16) 6 13 06;
Universität, (03 16) 3 15 81/Nbst. 479
185. *Marti*, Dr. Hans, a. o. Professor,
Waldriedstr. 29, CH-3074 Bern, (0 31) 52 12 66;
dienstl., (0 31) 22 16 83
186. *Maunz*, Dr. Theodor, o. Professor,
Hartnagelstr. 3, 8032 Gräfelfing b. München, (0 89) 8 54 39 85
Universität München
187. *Maurer*, Dr. Hartmut, o. Professor,
Säntisblick 10, 7750 Konstanz 19, (0 75 33) 13 12;
Universität, (0 75 31) 88 36 57
188. *Mayer-Tasch*, Dr. Peter Cornelius, Professor,
Am Seeberg 11, 8919 Schondorf, (0 81 92) 6 68;
Universität München, (0 89) 21 80 30 20/1
189. *Meessen*, Dr. Karl Matthias, Professor,
Zobelstr. 18, 8900 Augsburg, (08 21) 55 59 89;
Universität, (08 21) 59 84 79/2 55
190. *Meissner*, Dr. Boris, o. Professor,
Kleine Budengasse 1, 5000 Köln 1, (02 21) 23 97 54

191. *Melichar*, Dr. Erwin, o. Universitätsprofessor,
Schulerstr. 20, A-1010 Wien;
Universität (02 22) 5 13 12 70
192. *Menger*, Dr. Christian-Friedrich, o. Professor,
Piusallee 109, 4400 Münster, (02 51) 2 30 33 15;
Universität, (02 51) 83 27 41
193. *Merten*, Dr. iur. Dr. rer. pol. Detlef, o. Professor,
Von-Dalberg-Str. 8, 6731 St. Martin, (0 63 23) 18 75;
Hochschule Speyer, (0 62 32) 91 03 49
194. *Meyer*, Dr. Hans, Universitätsprofessor,
Georg-Speyer-Str. 28, 6000 Frankfurt/M., (0 69) 77 57 94;
Universität, (0 69) 7 98 38 63
195. *Meyn*, Dr. Karl-Ulrich, Professor,
Leyer Str. 36, 4500 Osnabrück, (05 41) 12 64 82;
Universität, (05 41) 6 08—61 36/61 72
196. *Mößle*, Dr. Dr. Wilhelm, o. Professor,
Schwindstr. 19, 8580 Bayreuth,
Universität, (09 21) 55 28 66
197. *Mössner*, Dr. Jörg Manfred, Professor,
Hinterm Vogelherd 28 A, 2070 Ahrensburg, (0 41 02) 5 30 90;
Universität Osnabrück, (05 41) 6 08 61 61
198. *Morscher*, Dr. Siegbert, Universitätsprofessor,
Tschigglyfreyst. 11 a, A-6020 Innsbruck, (0 52 22) 8 62 10
199. *Mosler*, Dr. Dr. h. c. Hermann, Professor,
Mühlthalstr. 117 a, 6900 Heidelberg, (0 62 21) 48 00 82
200. *Müller*, Dr. Friedrich, o. Professor,
Von der Tann Str. 15, 6900 Heidelberg 1;
Universität, (0 62 21) 54 74 81
201. *Müller*, Dr. Georg, o. Professor,
Sugenreben 356, CH-5015 Untererlinsbach, (0 64) 34 38 73;
Universität Zürich, (01) 2 57 30 03/4
202. *Müller*, Dr. Jörg Paul, o. Professor,
Kappelenring 42 a, CH-3032 Hinterkappelen, (0 31) 36 05 70;
Universität Bern, (0 31) 65 88 94/5
203. *Müller-Volbehr*, Dr. Jörg, Universitätsprofessor,
Universitätsstr. 6, 3550 Marburg;
Universität, (0 64 21) 28 38 10

204. *Münch*, Dr. Fritz, apl. Professor,
Zur Forstquelle 2, 6900 Heidelberg, (0 62 21) 3 35 99;
Universität, (0 62 21) 4 21 33
205. *v. Münch*, Dr. Ingo, Professor,
Hochrad 9, 2000 Hamburg 52, (0 40) 82 96 24;
Universität, (0 40) 41 23 46 01
206. *Murswiek*, Dr. Dietrich, Universitätsprofessor,
Hainbundstr. 12, 3400 Göttingen, (05 51) 4 10 81;
Jurist. Seminar der Georg-August-Universität, Nikolausberger
Weg 9a, 3400 Göttingen, (05 51) 39-47 23 od. 73 93
207. *Mußnug*, Dr. Reinhard, o. Professor,
Keplerstr. 40, 6900 Heidelberg, (0 62 21) 4 62 22;
Universität, (0 62 21) 54 74 66
208. *v. Mutius*, Dr. Albert, o. Professor,
Hof Altwasser, 2372 Brekendorf, (0 43 53) 5 15;
Universität Kiel, (04 31) 8 80 35 36
209. *Nicolaysen*, Dr. Gert, Professor,
Bockhorst 68a, 2000 Hamburg 55, (0 40) 8 70 17 47;
Universität, (0 40) 41 23 45 88
210. *Nierhaus*, Dr. Michael, Privatdozent,
Am Moosberg 1 c, 5000 Köln 50, (0 22 36) 6 36 29;
Universität Köln, Albertus-Magnus-Platz, 5000 Köln 41,
(02 21) 4 70 22 89
211. *Novak*, Dr. Richard, o. Universitätsprofessor,
Thadd. Stammel-Str. 8, A-8020 Graz, (03 16) 5 35 16;
Universität, (03 16) 3 15 81/4 80
212. *Oberndorfer*, Dr. Peter, o. Universitätsprofessor,
Wolfauerstr. 94, A-4045 Linz, (0 7 22) 34 96 94
213. *Oebbecke*, Dr. Janbernd, Privatdozent,
Kronacher Weg 36, 4000 Düsseldorf;
dienstl., (02 11) 65 20 45 (Landkreistag NW)
214. *Öhlinger*, Dr. Theo, o. Universitätsprofessor,
Tolstojgasse 5/6, A-1130 Wien, (02 22) 82 12 60;
Universität, (02 22) 43 00 31 44, Schottenbastei 10–16,
A-1010 Wien
215. *Oldiges*, Dr. Martin, Professor,
Am Vossberge 6, 4800 Bielefeld, (05 21) 12 18 32;
Universität, (05 21) 1 06 43 99

216. *Olshausen*, Dr. Henning, o. Professor,
Johann-Fesser-Str. 10, 6710 Frankenthal, (0 62 33) 2 05 04;
Universität Mannheim, (06 21) 2 92-55 97/56 31
217. *Oppermann*, Dr. Dr. h. c. Thomas, o. Professor,
Burgholzweg 122, 7400 Tübingen, (0 70 71) 4 95 33;
Universität, (0 70 71) 29 25 60
218. *Ossenbühl*, Dr. Fritz, Professor,
Im Wingert 12, 5309 Meckenheim, (0 22 25) 1 74 82;
Universität Bonn, (02 28) 73 55 72/3
219. *Papier*, Dr. Hans-Jürgen, o. Professor,
Neusiedler Weg 14, 4904 Enger, (0 52 24) 52 02;
Universität Bielefeld, (05 21) 1 06 43 98
220. *Partsch*, Dr. Karl Josef, o. Professor,
Frankenstr. 10, 6507 Ingelheim, (0 61 32) 22 64;
Universität Bonn
221. *Peine*, Dr. Franz-Joseph, Professor,
Telgter Str. 48, 4800 Bielefeld 1, (05 21) 10 53 25;
Universität Hannover, Hanomagstr. 8, 3000 Hannover 91,
(05 11) 4 49 82 27 od. 4 49 82 08
222. *Pernice*, Dr. Ingolf, Privatdozent,
17, dreve des deux Moutiers, B-1160 Brüssel,
(0 03 22) 6 60 30 79
223. *Pernthaler*, Dr. Peter, o. Universitätsprofessor,
Philippine-Welser-Str. 27, A-6020 Innsbruck, (0 52 22) 41 82 84;
Universität Innsbruck, Innrain 80, A-6020 Innsbruck,
(0 52 22) 5 07 26 70
224. *Graf von Pestalozza*, Dr. Christian, o. Professor,
dienstl.: Thielallee 52, 1000 Berlin 33, (0 30) 8 38 30 14
225. *Pieroth*, Dr. Bodo, Universitätsprofessor,
Feldstr. 70, 4322 Sprockhövel, (0 23 24) 7 71 36;
Universität Marburg, (0 64 21) 28 31 23/8
226. *Pietzcker*, Dr. Jost, Professor,
Hausdorffstr. 95, 5300 Bonn, (02 28) 23 39 54;
Universität, (02 28) 73 91 77
227. *Pirson*, Dr. Dietrich, o. Professor,
Agnesstr. 46, 8000 München 40, (0 89) 2 71 67 77;
Universität, (0 89) 21 80 27 15

228. *Pitschas*, Dr. Rainer, Privatdozent,
Alzstr. 9, 8000 München 90, (0 89) 6 90 13 82;
Universität München, Professor-Huber-Platz 2, 8000 München 22,
(0 89) 21 80 21 15
229. *Podlech*, Dr. Dr. Adalbert, Universitätsprofessor,
Vorm Heiligen Kreuz 2, 6101 Weiterstadt, (0 61 50) 43 44;
(TH Darmstadt)
230. *Püttner*, Dr. Günter, o. Professor,
Mörikestr. 21, 7400 Tübingen, (0 70 71) 6 63 94;
Universität, (0 70 71) 29 52 62 oder 29 52 63
231. *Quaritsch*, Dr. Helmut, o. Professor,
Otterstadter Weg 139, 6720 Speyer, (0 62 32) 3 26 37;
Hochschule, (0 62 32) 9 10–3 44
232. *Rack*, Dr. Reinhard, a. o. Universitätsprofessor,
Obere Teichstr. 19, A-8010 Graz, (03 16) 43 88 42;
Universität, (03 16) 3 15 81 Nbst. 4 74
233. *Randelzhofer*, Dr. Albrecht, o. Professor,
Van't-Hoff-Str. 8, 1000 Berlin 33, (0 30) 8 38 22 88
234. *Raschauer*, Dr. Bernhard, a. o. Universitätsprofessor,
Pfeilgasse 7, A-1080 Wien, (02 22) 4 39 43 02;
Univ., (02 22) 43 00 31 23, Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien
235. *Rasenack*, Dr. Christian A.L., Professor,
Dahlemer Weg 63a, 1000 Berlin 37, (0 30) 8 17 37 96;
Techn. Universität, (0 30) 3 14 58 74/75
236. *Rauschnig*, Dr. Dietrich, o. Professor,
Rodetal 1, 3406 Bovenden, (0 55 94) 3 31
Universität Göttingen
237. *Rengeling*, Dr. Hans-Werner, Professor,
Brüningheide 192, 4400 Münster, (02 51) 21 20 38;
Universität Osnabrück, Martinistr. 8, 4500 Osnabrück,
(05 41) 6 08 45 05
238. *Ress*, Dr. jur. Dr. rer. pol. Georg, o. Professor,
Am Botanischen Garten 6, 6600 Saarbrücken,
(06 81) 3 02 30 55; Universität, (06 81) 3 02 25 03
239. *Rhinow*, Dr. René A., o. Professor,
Jurastr. 48, CH-4411 Seltisberg, (61) 96 99 35;
Universität Basel, (0 61) 25 52 77

240. *Riedel*, Dr. Eibe H., Universitätsprofessor,
Weintrautstr. 14, 3550 Marburg, (0 64 21) 2 36 19;
Institut f. öffentl. Recht, Abt. Völkerrecht,
Philipps-Universität Marburg, Universitätsstr. 6,
2550 Marburg, (0 64 21) 28 31 33 oder 28 31 27
241. *Rill*, Dr. Heinz Peter, o. Universitätsprofessor,
Peter-Jordan-Str. 145, A-1190 Wien, (02 22) 4 75 76 15;
Wirtschaftsuniversität, (02 22) 34 75 41/2 64
242. *Ringhofer*, Dr. Kurt, o. Universitätsprofessor,
Eduard-Macheiner-Str. 23, A-5020 Salzburg, (06 62) 84 47 67
243. *Robbers*, Dr. Gerhard, Universitätsprofessor,
Dorfstr. 20, 7801 Sölden, (07 61) 40 79 75;
Universität Heidelberg, Friedrich-Ebert-Anlage 6–10,
6100 Heidelberg, (0 62 21) 54 77 08
244. *Roellecke*, Dr. Gerd, o. Professor,
Kreuzackerstr. 8, 7500 Karlsruhe 41, (07 21) 49 17 39;
Universität Mannheim, (06 21) 2 92 51 86
245. *Ronellenfitsch*, Dr. Michael, Professor,
Augusta-Anlage 15, 6800 Mannheim, (06 21) 41 23 34;
Universität Bonn, (02 28) 73 91 51/91 50
246. *Rudolf*, Dr. Walter, o. Professor,
Rubensallee 55 a, 6500 Mainz 31, (0 61 31) 7 26 51;
Universität, (0 61 31) 39 24 12
247. *Rüfner*, Dr. Wolfgang, Professor,
Hagebuttenstr. 26, 5309 Meckenheim, (0 22 25) 71 07;
Universität Köln, (02 21) 4 70 26 79 oder 4 70 37 77
248. *Rühland*, Dr. Curt, o. Professor,
Dürerstr. 26, 3300 Braunschweig, (05 31) 33 21 16
249. *Ruland*, Dr. Franz, Professor,
Kälberstücksweg 55, 6380 Bad Homburg, (0 61 72) 3 11 09;
Universität Frankfurt a.M. 1, (0 69) 1 52 22 19
250. *Rupp*, Dr. Hans Heinrich, o. Professor,
Am Marienpfad 29, 6500 Mainz, (0 61 31) 3 45 88
251. *Sachs*, Dr. Michael, Universitätsprofessor,
Dattenfelder Str. 7, 5000 Köln 91, (02 21) 84 46 57;
dienstl.: Eichleitnerstr. 30, 8900 Augsburg, (08 21) 59 84 29
252. *Saladin*, Dr. Peter, o. Professor,
Forrerstr. 26, CH-3006 Bern;
Universität Bern, (0 31) 44 80 06

253. *Salzwedel*, Dr. Jürgen, o. Professor,
Siebengebirgsstr. 86, 5300 Bonn 3, (02 28) 48 17 10;
Universität, (02 28) 73 55 80
254. *Sattler*, Dr. Andreas, Professor,
Ludwig-Beck-Str. 17, 3400 Göttingen, (05 51) 2 23 40;
Universität, (05 51) 39 73 77 u. 39 73 93
255. *Schachtschneider*, Dr. Karl Albrecht, Professor,
Am Waldesrand 18, 2000 Hamburg 73, (0 40) 6 77 62 50;
Universität, (0 40) 41 23 55 36
256. *Schäffer*, Dr. Heinz, o. Universitätsprofessor,
Große Neugasse 6/14, A-1040 Wien, (02 22) 5 76 96 73;
Universität Salzburg, Weiserstr. 22,
A-5020 Salzburg, (06 62) 4 45 11/3 34
257. *Schambeck*, Dr. Herbert, o. Universitätsprofessor,
Hofzeile 21, A-1190 Wien, (02 22) 36 34 94;
Universität Linz, (07 32) 24 68/ 4 24
258. *Schenke*, Dr. Wolf-Rüdiger, o. Professor,
Beim Hochwald 30, 6800 Mannheim, (06 21) 74 42 00;
Universität, (06 21) 2 92 52 14
259. *Scherer*, Dr. Joachim, LL.M., Privatdozent,
Unterlindau 14, 6000 Frankfurt a.M. 1, (0 69) 72 57 37;
Universität Frankfurt a.M. 1, (0 69) 7 98 27 79
260. *Scheuing*, Dr. Dieter H., o. Professor,
Finkenstr. 17, 8706 Höchberg b. Würzburg, (09 31) 4 83 31;
Universität Würzburg, (09 31) 3 13 24
261. *Schick*, Dr. Walter, o. Professor,
Strindbergstr. 27, 8500 Nürnberg, (09 11) 50 14 22;
Universität, (09 11) 5 30 23 53
262. *Schiedermaier*, Dr. Hartmut, o. Professor,
Universität Köln, Gottfried-Keller-Str. 2,
5000 Köln 41, (02 21) 4 70 23 64
263. *Schindler*, Dr. Dietrich, Professor,
Lenzenwiesstr. 8, CH-8702 Zollikon, (01) 3 91 41 40;
Universität Zürich, (01) 3 91 71 18
264. *Schlaich*, Dr. Klaus, o. Professor,
Wolkenburgstr. 2, 5202 St. Augustin 2, (0 22 41) 33 75 09;
Universität Bonn, (02 28) 73 91 25

265. *Schlink*, Dr. Bernhard, Professor,
Endenicher Allee 16, 5300 Bonn 1, (02 28) 65 23 58;
Universität Bonn, (02 28) 73 55 74
266. *Schlochauer*, Dr. Hans-Jürgen, Professor,
Blauenstr. 18, 6000 Frankfurt, (0 69) 67 58 07;
Universität, (0 69) 7 98 31 93
267. *Schmid*, Dr. Gerhard, Professor,
Hochwaldstr. 24, CH-4059 Basel, (0 61) 50 84 25;
Sandoz AG, (0 61) 24 78 30
268. *Schmidt*, Dr. Reiner, o. Professor,
Bachwiesenstr. 4, 8901 Gessertshausen, (0 82 38) 41 11;
Universität Augsburg, (08 21) 59 84 43
269. *Schmidt*, Dr. Walter, Universitätsprofessor,
Brüder-Knauf-Str. 86, 6100 Darmstadt, (0 61 51) 6 47 10;
Universität Frankfurt, (0 69) 7 98 21 89
270. *Schmidt-Aßmann*, Dr. Eberhard, o. Professor,
Höhenstr. 30, 6900 Heidelberg, (0 62 21) 80 08 03;
Universität, (0 62 21) 54 74 28
271. *Schmidt-Jortzig*, Dr. Edzard, Professor,
Graf-Spee-Str. 18a, 2300 Kiel 1;
Universität, (04 31) 8 80-35 45
272. *Schmitt Glaeser*, Dr. Walter, o. Professor,
Rübezahlweg 9 A, 8580 Bayreuth, (09 21) 3 20 70;
Universität, (09 21) 55 29 42
273. *Schmitt-Kammler*, Dr. Arnulf, Professor,
Renthof 33, 3550 Marburg/Lahn, (0 64 21) 6 49 02;
Universität Köln, (02 21) 4 70 35 44 oder 4 70 35 00
274. *Schnapp*, Dr. Friedrich E., o. Professor,
Efeuweg 22, 4630 Bochum 6, (0 23 27) 7 42 13;
Universität Bochum, (02 34) 7 00 22 39
275. *Schneider*, Dr. Hans, o. Professor,
Ludolf-Krehl-Str. 44, 6900 Heidelberg, (0 62 21) 48 03 81
276. *Schneider*, Dr. Hans-Peter, Professor,
Echternfeld 16, 3000 Hannover 51, (05 11) 65 08 58;
Universität, (05 11) 7 62 81 85/6
277. *Schneider*, Dr., Litt. D. h. c. Peter, o. Professor,
Goldenluftgasse 4, 6500 Mainz, (0 61 31) 22 32 73

278. *Schnur*, Dr. Roman, o. Professor,
Lindenstr. 49, 7407 Rottenburg 5, (0 74 72) 2 22 24;
Universität Tübingen
279. *Schoch*, Dr. Friedrich, Universitätsprofessor,
In der Weede 116, 4400 Münster, (0 25 36) 64 86;
dienstl.: Westf. Wilhelms-Universität,
4400 Münster, (02 51) 83 27 45
280. *Scholler*, Dr. Heinrich, Professor,
Zwengauerweg 5, 8000 München 71, (0 89) 79 64 24;
Universität, (0 89) 21 80 27 24
281. *Scholz*, Dr. Rupert, o. Professor,
Erbacher Str. 1, 1000 Berlin 33, (0 30) 8 91 17 00;
Universität München, (0 89) 21 80 21 13
282. *Schröder*, Dr. Meinhard, o. Professor,
Zum Wingert 2, 5501 Mertesdorf, (06 51) 5 78 87;
Universität Trier, (06 51) 2 01 25 86
283. *Schulze-Fielitz*, Dr. Helmuth, Privatdozent,
Fockestr. 34, 5300 Bonn 1, (02 28) 25 45 12;
dienstl.: Universitätsstr. 30, 8580 Bayreuth, (09 21) 55 29 45
284. *Schuppert*, Dr. Gunnar Folke, Professor,
Beethovenstr. 1, 8900 Augsburg, (08 21) 15 12 71;
Universität Augsburg, Eichleitner Str. 30, 8900 Augsburg,
(08 21) 59 81
285. *Schwabe*, Dr. Jürgen, Professor,
Erlenweg 1, 2150 Buxtehude, (0 41 61) 8 71 41;
Universität Hamburg, (0 40) 41 23 44 54
286. *Schwarze*, Dr. Jürgen, o. Professor,
Universität Hamburg, Schlüterstr. 28, 2000 Hamburg 13,
(0 40) 41 23 45 64/45 71
287. *Schweitzer*, Dr. Michael, Professor,
Göttweiger Str. 135, 8390 Passau;
Universität, (08 51) 5 50 55 47
288. *Schweizer*, Dr. Rainer J., Privatdozent,
Jubiläumstr. 33, CH-3005 Bern, (0 31) 43 57 58;
Universität Basel, Maiengasse 51, CH-4056 Basel/Schweiz
289. *Schwerdtfeger*, Dr. Gunther, Universitätsprofessor,
Hülsebrinkstr. 23, 3015 Wennigsen 1/Deister, (0 51 03) 13 11;
Universität Hannover, Fachbereich Rechtswissenschaften,
Hanomagstr. 8, (05 11) 4 49 82 80

290. *Scupin*, Dr. Hans Ulrich, o. Professor,
Robert-Koch-Str. 46, 4400 Münster, (02 51) 8 23 41;
Universität, (02 51) 83 27 64
291. *Seewald*, Dr. Otfried, o. Professor,
Peter-Griesbacher-Weg 11, 8390 Passau, (08 51) 3 51 45;
Universität, (08 51) 50 91 58 und 60 91 59
292. *Seidl-Hohenveldern*, Dr. Dr. h. c. Ignaz, o. Professor,
A-1010 Wien I, Schwertgasse 4, (0 04 32 22) 5 33 15 60
293. *Selmer*, Dr. Peter, Professor,
Akazienweg 9, 2000 Hamburg 55, (0 40) 86 47 43;
Universität, (0 40) 41 23 45 76
294. *Siedentopf*, Dr. Dr. h. c. Heinrich, o. Professor,
Hauptstr. 170, 6740 Landau-Godramstein, (63 41) 6 07 57;
Hochschule Speyer, (0 62 32) 9 10–2 12
295. *v. Simson*, Dr. Werner, o. Professor,
Luisenstr. 3, 7800 Freiburg, (07 61) 3 58 63
296. *Skouris*, Dr. Wassilos, Professor,
Nikolaou Manou 18, 54643 Thessaloniki, Griechenland,
(00 30 31) 83 14 44
Fachber. Rechtswissensch., (00 30 31) 99 13 89
297. *Söhn*, Dr. Hartmut, o. Professor,
Eppanerstr. 9, 8390 Passau, (08 51) 5 85 20;
Universität Passau, (08 51) 50 91 92
298. *Soell*, Dr. Hermann, o. Professor,
Domspatzenstr. 34, 8419 Mittendorf-Etterzhausen, (0 94 04)
21 25; Universität Regensburg, (09 41) 9 43 26 57
299. *Spanner*, Dr. Hans, o. Professor,
Candidstr. 24, 8000 München 90, (0 89) 65 21 41
300. *Staff*, Dr. Ilse, Universitätsprofessorin,
Am Forum 4, 6233 Kelkheim, (0 61 95) 33 08
dienstl., (0 69) 7 98 29 91
301. *Starck*, Dr. Christian, o. Professor,
Schlegelweg 10, 3400 Göttingen, (05 51) 5 54 54;
dienstl.: Universität Göttingen, Juristisches Seminar,
Platz der Göttinger Sieben 6, 3400 Göttingen (05 51) 39 74 12
302. *Steiger*, Dr. Heinhard, Universitätsprofessor,
Oberhof 16, 6307 Linden, (06 41) 2 32 52;
Universität Gießen, (06 41) 7 02 50 30

303. *Stein*, Dr. Ekkehart, Professor,
Jakob-Burckhardt-Str. 49, 7750 Konstanz, (0 75 31) 6 32 57;
Universität, (0 75 31) 88 23 29
304. *Stein*, Dr. Torsten, apl. Professor,
Ludolf-Krehl-Str. 1 b, 6900 Heidelberg, (0 62 21) 48 04 38;
dienstl., (0 62 21) 48 22 30
305. *Steinberg*, Dr. Rudolf, Universitätsprofessor,
Wingertstr. 2 a, 6238 Hofheim/Ts. 1;
Senckenberganlage 31, 6000 Frankfurt/M. 1;
Universität, (0 69) 7 98 24 38
306. *Steinberger*, Dr. Helmut, o. Professor,
Schloß West 140, 6800 Mannheim, (0 62 21) 3 69 54;
dienstl., (06 21) 2 92 33 68
307. *Steiner*, Dr. Udo, o. Professor,
Am Katzenbühl 5, 8400 Regensburg-Harting, (09 41) 70 09 13;
Universität, (09 41) 9 43 26 66/7
308. *Stern*, Dr. Dr. h. c. Klaus, o. Professor,
Am Stockberger Busch 10, 5067 Kürten, (0 22 68) 61 67;
Universität Köln, (02 21) 4 70 22 89
309. *Stettner*, Dr. Rupert, Professor,
Jahnstr. 6, 8060 Dachau, (0 81 31) 1 32 44;
Universität Bamberg, Postfach 15 49, 8600 Bamberg,
(09 51) 8 63 82 75 oder 8 63 82 76
310. *Stober*, Dr. Rolf, Professor,
Am Blütenhain 33, 4400 Münster, (0 25 36) 17 34;
Universität, (02 51) 83 27 04
311. *Stock*, Dr. Martin, Professor,
Am Knick 22, 4800 Bielefeld 1, (05 21) 88 95 33;
Universität, (05 21) 1 06 43 82
312. *Stödter*, Dr. Rolf, Professor,
Golfstr. 7, 2057 Wentorf b. Hamburg, (0 40) 7 20 26 46
313. *Stolleis*, Dr. Michael, Universitätsprofessor,
Waldstr. 15, 6242 Kronberg 2,
Universität Frankfurt a. M., (0 69) 7 98 31 92
314. *Stolzlechner*, Dr. Harald, Universitätsdozent,
Sackengutstr. 5 b, A-5020 Salzburg, (06 62) 42 02 52;
Universität, (06 62) 4 45 11

- 315. *Streinz*, Dr. Rudolf, Privatdozent,
Bricknerstr. 23, 8300 Landshut, (08 71) 6 17 09;
Universität Passau, Lehrstuhl f. Staats- u. Verwaltungsrecht,
Völker- u. Europarecht, Innstr. 40, 8390 Passau, (08 51) 50 93 12
- 316. *Suhr*, Dr. Dieter, Professor,
Birkenstr. 37, 8900 Augsburg 22, (08 21) 9 76 46;
Universität, (08 21) 59 83 55
- 317. *Tettinger*, Dr. Peter J., o. Professor,
Bergstr. 30, 5000 Köln 50, (0 22 36) 6 68 56;
Universität Bochum, (02 34) 7 00 52 75
- 318. *Thieme*, Dr. Werner, Professor,
Am Karpfenteich 58, 2000 Hamburg 63, (0 40) 5 38 49 92;
Universität, (0 40) 41 23 26 27
- 319. *Thürer*, Dr. Daniel, Professor,
Abeggweg 20, CH-8057 Zürich, (01) 3 62 65 47
Universität, (01) 2 57 31 18
- 320. *Tomuschat*, Dr. Christian, Professor,
Kautexstr. 43, 5300 Bonn 3, (02 28) 43 00 67;
Universität Bonn, (02 28) 73 91 72
- 321. *Trzaskalik*, Dr. Christoph, Professor,
Pf. Stockheimer Str. 30, 6500 Mainz-Bretzenheim,
(0 61 31) 36 94 14; Universität Mainz, (0 61 31) 39 21 38
- 322. *Tsatsos*, Dr. Dimitris Th., o. Professor,
Am Waldesrand 10e, 5800 Hagen, (0 23 31) 58 66 68;
Fernuniversität, (0 23 31) 8 04 28 76
- 323. *Über*, Dr. Giesbert, o. Professor,
Roseneck 5, 4400 Münster-Hiltrup, (0 25 01) 31 59;
Universität, (02 51) 83 27 01
- 324. *Ule*, Dr. Dr. h. c. Carl Hermann, o. Professor,
Oberer Gaisbergweg 9, 6900 Heidelberg, (0 62 21) 2 78 32;
Hochschule Speyer
- 325. *Umbach*, Dr. Dieter C., Privatdozent,
Steinstr. 23, 7500 Karlsruhe, (07 21) 69 11 34;
Landessozialgericht Rheinland-Pfalz, Ernst-Ludwig-Str. 1,
6500 Mainz, (0 61 31) 14 15 51
- 326. *v. Unruh*, Dr. Georg-Christoph, o. Professor,
Steenkamp 2, 2305 Heikendorf, (04 31) 23 14 59;
Universität Kiel, (04 31) 8 80 35 22/69

327. *Vallender*, Dr. Klaus A., Professor,
Unterbach 4, CH-Trogen, (0 71) 94 27 69;
Institut f. Finanzwirtschaft u. Finanzrecht,
Varnbühlstr. 19, CH-9000 St. Gallen, (0 71) 22 72 27
328. *Graf Vitzthum*, Dr. Wolfgang, o. Professor,
Im Rotbad 19, 7400 Tübingen 1, (0 70 71) 6 38 44;
Universität Tübingen, (0 70 71) 29 52 66
329. *Vogel*, Dr. Klaus, o. Professor,
Ottostr. 36, 8130 Starnberg, (0 81 51) 1 32 21;
Universität München, (0 89) 21 80 27 18
330. *Voigt*, Dr. Alfred, o. Professor,
Schwedenstr. 26, 8521 Spardorf, (0 91 31) 5 60 43
331. *Wagner*, Dr. Heinz, o. Professor,
Tietzenweg 54, 1000 Berlin 45, (0 30) 8 33 21 67;
Universität, (0 30) 8 38 36 39
332. *Wahl*, Dr. Rainer, o. Professor,
Sundgaullee 68, 7800 Freiburg, (07 61) 8 58 71;
Universität, (07 61) 2 03 44 65/6
333. *Wallerath*, Dr. Maximilian, Privatdozent,
Gudenauer Weg 86, 5300 Bonn 1, (02 28) 28 32 02;
dienstl., (02 21) 37 10 78
334. *Weber*, Dr. Albrecht, Professor,
Weidenweg 20, 4516 Bissendorf, (0 54 02) 39 07;
Universität Osnabrück, (05 41) 6 08–61 88
335. *Weber*, Dr. Karl, Privatdozent,
Innrain 100/Top 127, A-6020 Innsbruck, (0 52 22) 2 85 76;
Universität Innsbruck, Innrain 80, (0 52 22) 7 24 26 70
336. *Weber-Dürler*, Dr. Beatrice, Professorin,
Dierauerstr. 7, CH-9000 St. Gallen, (0 71) 23 12 09;
Forschungsgemeinschaft für Rechtswissenschaft, HSG,
Tigerbergstr. 21, CH-9000 St. Gallen, (0 71) 22 34 30
337. *Weides*, Dr. Peter, o. Professor,
Käthe-Kollwitz-Str. 16, 5000 Köln 50, (02 21) 39 11 92;
Universität, (02 21) 4 70 44 54
338. *Wendt*, Dr. Rudolf, Professor,
Caspar-Olevian-Str. 57, 5500 Trier, (06 51) 3 80 47;
Universität Trier, Postfach 38 25, (06 51) 2 01 25 76/77

339. *Wenger*, DDr. Karl, Universitätsprofessor,
Meytensgasse 18, A-1130 Wien, (02 22) 8 22 72 44;
Universität, (02 22) 43 00 31 36, Schotenbastei 10–16,
A-1010 Wien
340. *Wengler*, Dres. Dres. h. c. Wilhelm, Professor,
Werderstr. 15, 1000 Berlin 37, (0 30) 8 01 65 35
341. *Wielinger*, Dr. Gerhart, Universitätsdozent,
Bergmannsgasse 22, A-8010 Graz, (03 16) 31 87 14
dienstl., (03 16) 70 31 24 28
342. *Wildhaber*, Dr. Luzius, o. Professor,
Auf der Wacht 21, CH-4104 Oberwil, (0 61) 4 01 25 21;
Universität Basel
343. *Wilke*, Dr. Dieter, Präsident des Obergerverwaltungsgerichts,
Universitätsprofessor a.D., apl. Professor (FU Berlin);
Hardenbergstr. 21, 1000 Berlin 12, (0 30) 31 83 25 70 (dienstl.)
344. *Wimmer*, Dr. Norbert, o. Universitätsprofessor,
Hörtnaglstr. 16, A-6020 Innsbruck, (0 52 22) 83 02 63;
Universität Innsbruck, Innrain 80, A-6020 Innsbruck,
(0 52 22) 5 07 26 71
345. *Winkler*, Dr. Günther, Universitätsprofessor,
Reisnerstr. 22, A-1030 Wien, (02 22) 7 13 44 15;
Universität, (02 22) 43 00 31 31, Schottenbastei 10–16,
A-1010 Wien
346. *Wolfrum*, Dr. Rüdiger, o. Professor,
Lindenallee 13, 2300 Kiel 1 (Altenholz), (04 31) 32 18 44;
Universität, (04 31) 8 80 -21 89
347. *Wollenschläger*, Dr. Michael, Privatdozent,
An den Forstäckern 15, 8706 Höchberg, (09 31) 4 91 96;
Universität, (09 31) 3 13 05
348. *Würtenberger*, Dr. Thomas, o. Professor,
Sundgaullee 72, 7800 Freiburg, (07 61) 8 46 52;
Universität Freiburg, Europaplatz, 7800 Freiburg, (07 61)
2 03 35 14 oder 2 03 35 17
349. *Zacher*, Dr. Hans F., o. Professor,
Starnberger Weg 7, 8134 Pöcking, (0 81 57) 13 84;
Universität München, (0 89) 21 80 27 25
350. *Zeh*, Dr. Wolfgang, Ministerialrat,
Sibyllenstr. 40, 5300 Bonn 2, (02 28) 37 56 52;
dienstl., (02 28) 16 26 49 oder 16 30 44

- 351. *v. Zezschwitz*, Dr. Friedrich, Universitätsprofessor,
Petersweiher 47, 6300 Gießen, (06 41) 4 51 52;
Universität, (06 41) 7 02 50 20
- 352. *Zieger*, Dr. Gottfried, Professor,
Leuschnerweg 10, 3400 Göttingen, (05 51) 2 22 55
- 353. *Zimmer*, Dr. Gerhard, Privatdozent,
Bamberger Str. 22, 1000 Berlin 30, (0 30) 8 54 46 56
- 354. *Zippelius*, Dr. Reinhold, o. Professor,
Niendorfstr. 5, 8520 Erlangen, (0 91 31) 5 57 26;
Universität, (0 91 31) 85 28 20
- 355. *Zuleeg*, Dr. Manfred, Universitätsprofessor, Richter,
Kaiser-Sigmund-Str. 32, 6000 Frankfurt/M. 1, (0 69) 56 43 93;
117, Avenue Gaston Diderich, L-1420 Luxemburg, (0 03 52)
44 86 21; Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften,
L-2925 Luxemburg, (0 03 52) 43 03 22 30 oder 22 31,
Telefax 43032600

Satzung

(Nach den Beschlüssen vom 21. Oktober 1949, 19. Oktober 1951, 14. Oktober 1954, 10. Oktober 1956, 13. Oktober 1960, 5. Oktober 1962, 1. Oktober 1971, 6. Oktober 1976 und 3. Oktober 1979)

§ 1

Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer stellt sich die Aufgabe:

1. wissenschaftliche und Gesetzgebungsfragen aus dem Gebiete des öffentlichen Rechts durch Aussprache in Versammlungen der Mitglieder zu klären;
2. auf die ausreichende Berücksichtigung des öffentlichen Rechts im Hochschulunterricht und bei staatlichen und akademischen Prüfungen hinzuwirken;
3. in wichtigen Fällen zu Fragen des öffentlichen Rechts durch Eingaben an Regierungen oder Volksvertretungen oder durch öffentliche Kundgebungen Stellung zu nehmen.

§ 2

Mitglied der Vereinigung kann werden, wer auf dem Gebiet des Staatsrechts und mindestens eines weiteren öffentlich-rechtlichen Fachs

- a) seine Befähigung zu Forschung und Lehre durch hervorragende wissenschaftliche Leistung nachgewiesen hat* und
- b) an einer deutschen oder deutschsprachigen Universität** oder der Hochschule für Verwaltungswissenschaften in Speyer als Forscher und Lehrer tätig ist oder gewesen ist.

* Mit der oben abgedruckten, am 1. 10. 1971 in Regensburg beschlossenen Fassung des § 2 hat die Mitgliederversammlung den folgenden erläuternden Zusatz angenommen:

„Eine hervorragende wissenschaftliche Leistung im Sinne dieser Vorschrift ist eine den bisher üblichen Anforderungen an die Habilitation entsprechende Leistung.“

** In Berlin hat die Mitgliederversammlung am 3. 10. 1979 die folgende zusätzliche Erläuterung angenommen:

Das Aufnahmeverfahren wird durch schriftlichen Vorschlag von drei Mitgliedern der Vereinigung eingeleitet. Ist der Vorstand einstimmig der Auffassung, daß die Voraussetzungen für den Erwerb der Mitgliedschaft erfüllt sind, so verständigt er in einem Rundschreiben die Mitglieder von seiner Absicht, dem Vorgeschlagenen die Mitgliedschaft anzutragen. Erheben mindestens fünf Mitglieder binnen Monatsfrist gegen die Absicht des Vorstandes Einspruch oder beantragen sie mündliche Erörterung, so beschließt die Mitgliederversammlung über die Aufnahme. Die Mitgliederversammlung beschließt ferner, wenn sich im Vorstand Zweifel erheben, ob die Voraussetzungen der Mitgliedschaft erfüllt sind. Von jeder Neuaufnahme außerhalb einer Mitgliederversammlung sind die Mitglieder zu unterrichten.

§ 3

Eine Mitgliederversammlung soll regelmäßig einmal in jedem Jahre an einem vom Vorstand zu bestimmenden Orte stattfinden. In dringenden Fällen können außerordentliche Versammlungen einberufen werden. Die Tagesordnung wird durch den Vorstand bestimmt. Auf jeder ordentlichen Mitgliederversammlung muß mindestens ein wissenschaftlicher Vortrag mit anschließender Aussprache gehalten werden.

§ 4

Der Vorstand der Vereinigung besteht aus einem Vorsitzenden und zwei Stellvertretern. Die Vorstandsmitglieder teilen die Geschäfte untereinander nach eigenem Ermessen. Der Vorstand wird am Schluß jeder ordentlichen Mitgliederversammlung neu gewählt. Zur Vorbereitung der Mitgliederversammlung kann sich der Vorstand durch Zuwahl anderer Mitglieder verstärken. Auch ist Selbstergänzung zulässig, wenn ein Mitglied des Vorstandes in der Zeit zwischen zwei Mitgliederversammlungen ausscheidet.

§ 5

Zur Vorbereitung ihrer Beratungen kann die Mitgliederversammlung, in eiligen Fällen auch der Vorstand, besondere Ausschüsse bestellen.

„Universität im Sinne dieser Vorschrift ist eine wissenschaftliche Hochschule, die das Habilitationsrecht in den Fächern des öffentlichen Rechts und die Promotionsbefugnis zum Doctor iuris besitzt und an der Juristen durch einen Lehrkörper herkömmlicher Besetzung ausgebildet werden.“

§ 6

Über Eingaben in den Fällen des § 1 Ziffer 2 und 3 und über öffentliche Kundgebungen kann nach Vorbereitung durch den Vorstand oder einen Ausschuß im Wege schriftlicher Abstimmung der Mitglieder beschlossen werden. Ein solcher Beschluß bedarf der Zustimmung von zwei Dritteln der Mitgliederzahl; die Namen der Zustimmenden müssen unter das Schriftstück gesetzt werden.

§ 7

Der Mitgliedsbeitrag wird von der Mitgliederversammlung festgesetzt. Der Vorstand kann den Beitrag aus Billigkeitsgründen erlassen.

