

**Veröffentlichungen
der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**
===== **Heft 45** =====

Axel Frhr. von Campenhausen und Heinhard Steiger

**Verfassungsgarantie und sozialer Wandel
Das Beispiel von Ehe und Familie**

Thomas Fleiner-Gerster, Theo Öhlinger und Peter Krause

Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung

Berichte und Diskussionen
auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
in München vom 15. bis 18. Oktober 1986



1987

Walter de Gruyter · Berlin · New York

Redaktion: Prof. Dr. Martin Kriele (Köln)

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

v. Campenhausen, Axel, Frhr.:

Verfassungsgarantie und sozialer Wandel – Das Beispiel von Ehe und Familie / Axel Frhr. v. Campenhausen u. Heinhard Steiger. Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung / Thomas Fleiner-Gerster, Theo Öhlinger u. Peter Krause. Berichte u. Diskussionen auf d. Tagung d. Vereinigung d. Dt. Staatsrechtslehrer in München vom 15.–18. Oktober 1986. – Berlin; New York: de Gruyter, 1987.

(Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer; H. 45)

ISBN 3-11-011367-8

Ne: Steiger, Heinhard:; Fleiner-Gerster, Thomas; Öhlinger, Theo: Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung; Krause, Peter: Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung; Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer: Veröffentlichung der Vereinigung ...

© Copyright 1987 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 1986	5
Erster Beratungsgegenstand: <i>Verfassungsgarantie und sozialer Wandel – Das Beispiel von Ehe und Familie</i>	
1. Bericht von Professor Dr. <i>Axel Frhr. v. Campenhausen</i>	7
Leitsätze des Berichterstatters	51
2. Mitbericht von Professor Dr. <i>Heinhard Steiger</i>	55
Leitsätze des Mitberichterstatters	89
3. Aussprache und Schlußworte	94
Zweiter Beratungsgegenstand: <i>Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung</i>	
1. Bericht von Professor Dr. <i>Thomas Fleiner-Gerster</i>	152
Leitsätze des Berichterstatters	177
2. Bericht von Professor Dr. <i>Theo Öhlinger</i>	182
Leitsätze des Berichterstatters	210
3. Bericht von Professor Dr. <i>Peter Krause</i>	212
Leitsätze des Berichterstatters	246
4. Aussprache und Schlußworte	250
Verzeichnis der Redner	305
Verzeichnis der Mitglieder der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer	307
Satzung der Vereinigung	334

Jahrestagung 1986

Die Jahrestagung fand vom 15. bis 18. Oktober – nach 1927 und 1950 zum dritten Mal – in München statt.

In der Mitgliederversammlung wurde der seit der Freiburger Tagung 1985 verstorbenen Mitglieder der Vereinigung gedacht: *Walther Meder*, *Helmut Rumpf* und *Herbert Wehrhahn*. Die Vereinigung wird ihnen ein ehrendes Andenken bewahren. – Seit der letzten Jahrestagung sind sieben Kolleginnen und Kollegen neu in die Vereinigung aufgenommen worden, einer trat aus. Die Vereinigung zählt nunmehr 338 Mitglieder.

Die nächste Jahrestagung wird vom 7. bis 10. Oktober 1987 in Passau, die folgende vom 5. bis 8. Oktober in Tübingen stattfinden. Der Vorstand – *Hans Zacher*, *Martin Kriele*, *Christian Tomuschat* – wurde in geheimer Wahl wiedergewählt.

An der Tagung nahmen 222 Mitglieder teil, zum großen Teil mit ihren Ehefrauen. Darüber hinaus konnte der Vorsitzende einige ausländische Gäste aus Korea, Japan und Taiwan begrüßen. Ein besonderer Gruß galt dem Alterspräsidenten der Vereinigung, *Hermann Jahrreiß*, sowie den Kollegen, die schon an der Münchener Tagung vor 36 Jahren teilgenommen hatten und nun wieder dabei waren: *Otto Bachof*, *Hans Peter Ipsen*, *Theodor Maunz*, *Hans Schneider* und *Hans Spanner*. Die Vereinigung sandte *Wilhelm Grewe* ein Glückwunschtelegramm zu seinem 75. Geburtstag.

Vorträge und Diskussionen fanden im Hauptgebäude der Universität statt. Den Vorsitz führte *Hans Zacher*, die Diskussionen leiteten die Vorstandsmitglieder *Martin Kriele* und *Christian Tomuschat*.

Die Mitglieder der Vereinigung und ihre Damen waren am ersten Abend Gast des Universitätspräsidenten, Prof. *Steinmann*, am zweiten Abend Gast des Bayerischen Kultusministers *Hans Maier* in Vertretung des Bayerischen Ministerpräsidenten. Am dritten Abend fanden sie sich im Cuvillé-Theater zu einer Aufführung des „Brandner Kasper“ und anschließender Geselligkeit im Foyer zusammen. Der traditionelle Sonnabendausflug führte nach Dießen am Ammersee.

Dem in den Vorstand kooptierten *Hans Ullrich Gallwas* kam an der Vorbereitung der Tagung und – gemeinsam mit den Ehefrauen der Münchner Kollegen – des Rahmenprogramms großes Verdienst zu.

Erster Beratungsgegenstand:

**Verfassungsgarantie und sozialer Wandel –
Das Beispiel von Ehe und Familie**

1. Bericht von Prof. Dr. Axel Frhr. v. Campenhausen, Göttingen

Inhalt

	Seite
1. Einleitung	8
2. Gesellschaftliche Veränderungen	8
3. Die Entstehung der Ehe- und Familienschutzartikel in der Weimarer Reichsverfassung und im Grundgesetz	11
4. Die heutige Fragestellung	16
5. Der Ehebegriff des Art. 6 I GG; nichteheliche Lebensgemeinschaften	16
6. Der Familienbegriff des Art. 6 I GG und der Schutz von nicht auf die Ehe gegründeten Familien	21
7. Art. 6 I GG als mehrdimensionale Verfassungsbestimmung	25
8. Die Institutsgarantie von Ehe und Familie	25
9. Art. 6 I GG als Grundrecht im klassischen Sinne	27
10. Art. 6 I GG als soziales Grundrecht; rechtliche Unterschiede zwischen erster und zweiter Ehe	29
11. Art. 6 I GG als wertentscheidende Grundsatznorm	34
12. Die Benachteiligung der Familie im Steuerrecht	35
13. Ehe und Familie im Rentenrecht: die Ausbeutung von kinderreichen Eltern und insbesondere von Familienmüttern durch Kinderlose und Kinderarme	41
14. Schlußbetrachtung: kein stiller Verfassungswandel, sondern schreiende Mißachtung der Verfassung durch den Gesetzgeber	47

1. Einleitung

Der verfassungsrechtlich gebotene Schutz von Ehe und Familie ist aus seinem Aschenputteldasein herausgetreten. Fanden früher nur Teilaspekte wie das konfessionelle, später das allgemeine Elternrecht, das Recht der elterlichen Sorge und natürlich das Ehescheidungsrecht und seine Implikationen größere Aufmerksamkeit, so ist dies nun schlagartig anders geworden. Gelehrte Kongresse, wissenschaftliche Literatur und eine unübersehbar werdende Flut von Veröffentlichungen rücken Ehe und Familie¹, aber auch das nichteheliche Zusammenleben in den Mittelpunkt des Interesses. Hier ist etwas in Bewegung geraten. Schlummernde Probleme sind in das allgemeine Bewußtsein getreten².

2. Gesellschaftliche Veränderungen

Die Ursachen sind heterogener Art. Die politische Öffentlichkeit dürfte in dem Augenblick erwacht sein, in dem die rentenpolitischen Konsequenzen der demographischen Entwicklung unübersehbar wurden. Die Zahl³ der Geburten hat sich in den letzten zwanzig Jahren fast halbiert. Die Zahl der Tötung noch nicht geborener Kinder wird in unserem Wohlstands- und Sozialstaat auf jährlich 300.000 geschätzt. Auf zwei geborene Kinder kommt danach eine Abtreibung. Seit 1972 erreichen die Geburten nicht mehr die Sterbeziffern. Die

¹ Einen guten Überblick über die neue Literatur vermittelt *Zeidler*, Ehe und Familie, in: HdbVerfR, 1983, S. 555ff. Vgl. auch: Der Wandel familiärer Lebensmuster und das Sozialrecht, Verhandlungen des Deutschen Sozialrechtsverbandes. Dritte Sozialrechtslehrtagung 1985, mit Beiträgen von *Wannagat*, *Schulin*, *Wingen*, *I.v.Münch*, *Diederichsen*, *Schäfer*, *Ruland*, Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes, Bd. XXVII, 1985; Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Bd. 21, 1986, mit Beiträgen von *Mikat*, Ethische Strukturen der Ehe in unserer Zeit – Zur Normierungsfrage im Kontext des abendländischen Eheverständnisses, ebd., S. 9ff.; *P.Krause*, Ehe und Familie im sozialen Sicherungssystem, ebd., S. 72ff.; *P.Kirchhof*, Ehe und Familie im staatlichen und kirchlichen Steuerrecht, ebd., S. 117ff. Von der Kommentarliteratur zu Art. 6 GG erwähne ich insbesondere die Kommentierung von *Pirson*, in: Bonner Kommentar, 1976/1978.

² Anschaulich die Nachweise bei *Häberle*, Verfassungsschutz der Familie – Familienpolitik im Verfassungsstaat, 1984, S. 33f.

³ Zahlen in allen einschlägigen Abhandlungen. Ich beziehe mich auf Veröffentlichungen des Statistischen Bundesamtes und des Niedersächsischen Verwaltungsamtes bei *Geißler/Thebes*, Bevölkerungsentwicklung und Strukturwandel in Niedersachsen, 1986; *Geißler/Höhn/Imhof*, Struktur und Lebenslage der deutschen Familie, o.J. (wohl 1986); *K.Schwarz*, Bericht 1982 über die demographische Lage in der Bundesrepublik Deutschland, Zeitschrift f. Bevölkerungswissenschaft 8 (1982), S. 121 (143ff.).

Bevölkerung der Bundesrepublik Deutschland schrumpft. In 50 Jahren wird sie von 57 Millionen (1982) auf 38 Millionen (2033) gefallen sein. Gleichzeitig wird sie altern. Bei der Bundestagswahl 1987 stieg letztmalig der Anteil der Erstwähler. Danach wächst das Gewicht der älteren und bald auch der nicht mehr arbeitenden Bevölkerung.

Gewandelt hat sich auch das Bild der Familie. Zahlenmäßig sind Familien weniger geworden, und sie sind heute kleiner. Am Anfang des Jahrhunderts hatte fast jedes zweite Ehepaar (47%) vier oder mehr Kinder. Siebzig Jahre später ist es nur noch bei jeder zwanzigsten Familie so. Ein Drittel der Ehen soll nach neuen Schätzungen kinderlos bleiben. Jedes dritte Kind wächst heute allein auf. Statistisch hat sich die Geburtsrate pro Mutter seit 1960 nahezu halbiert (von 2,4 [1960] auf 1,4 [1982]).

Besonders auffällig sind schließlich der Wandel des Zahlenverhältnisses von Verheirateten zu Nichtverheirateten und – mit dem größten Einfluß auf die juristische Literatur und Rechtsprechung⁴ – das Auseinanderfallen von Ehe und rechtlich nicht geordnetem Zusammenleben. Nach 150 Jahren konstanter Heiratsziffern setzte 1963 ein bisher nicht gebremster Rückgang der Eheschließungen ein. Man heiratet nicht mehr selbstverständlich, man heiratet anders als früher nach Auflösung einer Ehe durch Tod oder Scheidung nicht mehr regelmäßig wieder, sondern lebt in unbekanntem, aber zahlenmäßig stark angewachsenem Umfang in Konkubinaten zusammen. Die Zahl der Ehescheidungen ist gestiegen. Von 1950 bis 1982 ging die Zahl der Eheschließungen fast auf die Hälfte (von 10,7 auf 5,9 pro 1000 Einwohner) zurück, obgleich die Zahl der Heiratsfähigen im Alter von zwanzig bis dreißig Jahren in den letzten 15 Jahren um fast 20% gestiegen ist. Die Zahl der Ehescheidungen stieg von 1960 bis 1982 von 9 auf 19 je 1000 Einwohner. Die Zahl der Ein-Personen-Haushalte stieg von 19,4% (1950) auf 31,3% (1982), in Großstädten auf 40,3%, in Berlin sogar auf 52,3%. Dem entsprechen Umfrageergebnisse über die Einstellung zu Ehe und Familie. Die früher einhellige Anerkennung der Ehe als notwendiger Institution (1963 immerhin noch 90%) wird nur noch von einer Minderheit geteilt (1978: 40%). Einer wachsenden Zahl von Menschen erscheint die Ehe überhaupt überholt

⁴ Landwehr (Hrsg.), Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, 1978, mit Beiträgen von H.-J. Becker, T. Koch, Schwab, Rübner, Graue, Geilke und I. v. Münch; Strätz, Rechtsfragen des Konkubinats im Überblick, FamRZ 1980, 301ff. und 434ff.; Diederichsen, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft im Zivilrecht, NJW 1983, 1017ff.; Eser (Hrsg.), Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, 1985, mit Beiträgen von Battes, Geiser, Philipowski, Schott und Weimar; deWitt/Huffmann, Nichteheliche Lebensgemeinschaft, 1986²; Zeidler, a.a.O. (Anm. 1), S. 574ff.

(früher 3%, 1980 mehr als ein Viertel). Unverheiratetes Zusammenleben erscheint einer erdrückenden Mehrheit nicht mehr als anstößig⁵.

Wie unendlich weit liegen die Zeiten zurück, als der Bundesgerichtshof noch verlangte, das Dulden gemeinsamer Übernachtung ernsthafter Verlobter als Kuppelei zu bestrafen⁶. Und wer wollte sie zurückwünschen?

Diese Zahlen zur Einstimmung für die Rechtsfragen, die zu erörtern sind, aber auch, um schon jetzt die rechtspolitische Frage anklingen zu lassen: Wenn Singles, Kinderlose, Kinderarme und ältere Menschen Wahlen entscheiden, wie können dann Programme umgesetzt werden, die eine Politik zugunsten der auf die Ehe gegründeten, mit Kindern gesegneten Familie verfolgen?

Die Zahlen deuten in der Tat einen gewissen gesellschaftlichen Wandel an. Dieser ist freilich nicht neu, und er ist auch nichts prinzipiell Besonderes insofern, als es keinen normativen idealen Zustand von Ehe und Familie gibt. Die Historiker und Gesellschaftswissenschaftler zeigen, daß die heutigen Begriffe von Ehe und Familie relativ jung sind und daß der augenblickliche oder der gestrige Zustand keineswegs idealisiert und verabsolutiert werden darf⁷. Der Einfluß der pillenbedingten sexuellen Emanzipation der Frau und der Lebensweise im Industriezeitalter sowie der Verlust religiöser Substanz sind offenbar. Daß der Wandel das Wesen von Ehe und Familie, ihre Strukturprinzipien, die Funktion und spezifische Leistung von Ehe und Familie ergriffen hätte, das vermag ich freilich nicht zu sehen⁸.

⁵ Diese und weitere Zahlen mit Nachweisen bei *Strätz*, a.a.O. (Anm. 4), S. 302, und in: *Nichteheliche Lebensgemeinschaften in der Bundesrepublik Deutschland*, Schriftenreihe des Bundesministers für Jugend, Familie und Gesundheit, Bd. 170, 1985.

⁶ BGHSt 6, 46ff. (vom 17.2.1954). Zum Glauben an die sittenbestimmende Kraft der Ehegesetzgebung vgl. *Müller-Freienfels*, *Ehe und Recht*, 1962, S. 31, 106ff.

⁷ Rechtsgeschichtlicher Überblick bei *Mikat*, Art. „Ehe“, in: HRG, Bd. 1, 1971, Sp. 809ff., wieder abgedr. in: *ders.*, *Religionsrechtliche Schriften*, 2. Halbbd., 1974, S. 847ff.; *Schwab*, Art. „Familie“, ebd., Sp. 1067ff.; *ders.*, Art. „Familie“, in: *Brunner/Conze/Koselleck* (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Bd. 2, 1975, S. 253ff.; *G.Dilcher*, *Ehescheidung und Säkularisation*, in: *Vallauri/Dilcher* (Hrsg.), *Christentum, Säkularisation und modernes Recht*, Bd. 2, 1981, S. 1021ff. Gegen die Vorstellung einer „guten alten Zeit“ des Ehe- und Familienrechts auch *Mikat*, *Ethische Strukturen* (Anm. 1), S. 9ff.

⁸ Manches spricht dafür, daß viele der nicht verheiratet zusammenlebenden Paare ihr Verhältnis als eine Art Verlobungszeit oder Probezeit verstehen. Noch immer wird normalerweise geheiratet, wenn sich ein Kind ankündigt. Noch immer werden mehr als 90% der Kinder ehelich geboren. Für Einzelheiten siehe: *Nichteheliche Lebensgemeinschaften in der Bundesrepublik Deutschland* (Anm. 5), S. 29ff. und 36ff. Es kann also keine Rede davon sein, daß sich neben der

3. Die Entstehung des Ehe- und Familienschutzes in der Weimarer Reichsverfassung und im Grundgesetz

Ehe und Familie sind erst spät in den Kreis grundrechtlich geschützter Bereiche gelangt. Die klassischen bürgerlichen Verfassungen des 18. und 19. Jahrhunderts kannten solche Verbürgung nicht. Nach karibisch-exotischen Vorläufern⁹ stellte erstmals die Reichsverfassung vom 11. August 1919 Ehe und Familie unter ihren Schutz. Der Schutz galt Ehe und Familie als der Keimzelle¹⁰, der natürlichen und sittlichen Grundlage¹¹ jeder menschlichen Gemeinschaft. Hier werden, wie mit ähnlichen Wendungen in den heutigen Landesverfassungen¹² immer wieder in Erinnerung gerufen wird, in einer natürlichen Lernstätte das Leben der heranwachsenden Kinder eingeübt, die Muttersprache gelernt, der Gemeinsinn gebildet und elementare menschliche Tugenden erworben¹³.

Was der Verfassungsgeber 1919 – wie auch 1949 – mit dem besonderen Schutz von Ehe und Familie bezweckte, entsprach beide Male einem durch die Rechtstradition geformten Leitbild, das insbesondere im Bürgerlichen Gesetzbuch seine Konkretisierung erfahren hat. Darüber bestand Konsens. Gleichzeitig zeichneten sich aber Anzweiflungen ab. Die 1919 erstmals für erforderlich gehaltene Garantie zeigt, daß das Selbstverständliche doch nicht mehr ganz selbstverständlich war. Wie alle verfassungsrechtlichen Verbürgungen kam auch diese keinem theoretischen oder verfassungssystematischen Gesichtspunkt nach¹⁴: Sie war die Antwort auf eine konkret empfundene Gefährdung.

normalen Familie eine neue Form der Zusammenrudelung als Alternative anbietet. Die Propaganda für die nichtehelichen Lebensgemeinschaften als moderne Lebensform kann man aus der Situation der betroffenen Menschen verstehen. Sie ist geeignet, davon abzulenken, daß in erster Linie der auch pillenbedingte Verfall der Sexualmoral für die Veränderung der Verhältnisse ursächlich ist. Die Stilisierung dieser Zustände als „alternative Lebensform“ hebt die Zustände sozusagen auf eine höhere, ernsthaft zu diskutierende Stufe. Neue Statistiken stützen nicht die These von *Zeidler*, a.a.O. (Anm. 1), S. 595, daß die Ehe heute im Gegensatz zu früher die Gewinnung und Heranbildung der nachwachsenden Generation nicht mehr garantiere.

⁹ *E. Scheffler*, Ehe und Familie, in: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner* (Hrsg.), *Die Grundrechte*, Bd. IV/1, 1960, S. 245 (247), verweist auf die Verfassungen von Costa Rica (1871) und El Salvador (1886).

¹⁰ BVerfGE 6, 55 (71); *Häberle*, a.a.O. (Anm. 2), S. 5ff.

¹¹ Art. 124 I Bay. Verf.

¹² Einen Überblick dazu bietet *P. Krause*, Der Schutz von Ehe und Familie in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Arch. f. Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit 1986, S. 18f.

¹³ Rücksichtnahme, Gehorsam, Hilfsbereitschaft, Wahrhaftigkeit.

¹⁴ *Scheuner*, Diskussionsbeitrag, Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Bd. 14, 1980, S. 47.

1919 wie 1949 ging die Initiative zur Normierung des besonderen Schutzes von Ehe und Familie von konservativer Seite aus¹⁵. Angesichts der Infragestellung der Ehe durch ehe- und familienfeindliche Tendenzen bei Sozialisten¹⁶ und Bolschewisten¹⁷ sollte die bürgerliche Ehe verfassungsrechtlich abgesichert werden. Zunächst hatte man dabei Ehe und Familie in ihrer überkommenen Struktur vor Augen. Sie sollten als Gegenstand einer auf Gesundung und Reinerhaltung gerichteten Bevölkerungspolitik geschützt werden. Die ehfeindlichen Bestrebungen der sowjetischen Oktoberrevolution sicherten dem Vorschlag breiteste Zustimmung. Gerade die nur restaurative und bevölkerungspolitische Tendenz forderte die politische Linke aber heraus, evolutionäre Gesichtspunkte ins Spiel zu bringen. Diese Reformtendenzen schlugen sich in dem Grundsatz der Gleichberechtigung der Geschlechter als Grundlage der Ehe, dem besonderen Schutz der Mutterschaft, wobei gerade an die nichtverheiratete Mutter gedacht war, und in einer undeutlichen Bestimmung zugunsten des nichtehelichen Kindes nieder. In dieser kompromißhaften Verbindung erhaltender und zukunftsgerichteter Gewährleistungen wurde der Schutz von Ehe und Familie in Art. 119 und Art. 121 WRV schließlich angenommen. Er bildete einen Teil des Verfassungskompromisses von Weimar. Schon in den Verhandlungen der Nationalversammlung fand die an den älteren Verfassungen gemessen bemerkenswerte, beispiellose Gewährleistung überraschende Zustimmung. Das Lob der Ehe wurde von fast allen Seiten gesungen, kontrovers war nur die Tragweite der neuen Bestimmung.

¹⁵ *Schwab*, Zur Geschichte des verfassungsrechtlichen Schutzes von Ehe und Familie, in: FS Bosch, 1976, S. 893 (894f.).

¹⁶ Ihr Verständnis von freier Ehe und Liebe ging auf Vorstellungen der Romantik zurück. Dazu *Schwab*, in: Geschichtliche Grundbegriffe (Anm. 7), S. 284ff.

¹⁷ Wie begründet die Furcht vor einer Auflösung der Familie durch den Sozialismus und vor der Einführung gar der Polygamie war, stehe dahin. Jedenfalls avancierte schon seit Mitte des 19. Jahrhunderts die Familie zum Zentralbegriff der antisozialistischen Defensive. Dazu *Schwab*, in: FS Bosch (Anm. 15), S. 901 m.w.N. In der Weimarer Nationalversammlung sah man Ehe und Familie gefährdet durch „die wirren und grundstürzenden Vorschläge heutiger Ehe- und Erziehungsreformer“ (*Mausbach*, Kulturfragen in der Deutschen Verfassung, 1920, S. 40), worunter insbesondere „der bolschewistische Sozialismus“ (C. *Schmitt*, Inhalt und Bedeutung des Zweiten Hauptteils der Reichsverfassung, in: *Anschütz/Thoma* (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, 2. Bd., 1932, S. 572 [584]) oder „gewisse kommunistische Lehren“ (*Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs, 1933¹⁴, Art. 119, Anm. 1) verstanden wurden. Ähnlich schon in der Nationalversammlung die Abgeordnete v. *Gierke* (DNVP), in: Verhandlungen der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung. Stenographische Berichte, Bd. 328, S. 1605.

Mit Erstaunen stellte man später fest¹⁸, daß Anlaß und Grund für diese verfassungsrechtliche Neuerung kaum deutlich gemacht worden waren.

Dieses Bild wiederholte sich im Parlamentarischen Rat¹⁹, wo die den Status quo wahren Bestrebungen und die Tendenzen zur Fortentwicklung des Familienrechts sich wieder gegenüberstanden, wo wiederum über den konkreten Sinn des Art. 6 I GG wenig, außerordentlich viel jedoch über die Rechtsstellung des nichtehelichen Kindes gesprochen wurde²⁰. Gewiß war eine Garantie des Herkömmlichen gewollt²¹.

Was Art. 6 I GG heute schützt, ist also wie schon in Art. 119 WRV nicht spannungsfrei. Einerseits sollte das herkömmlich geboten Erscheinende garantiert werden. Zugleich sollte mit der Gleichberechtigung von Mann und Frau und dem Anspruch auf möglichst weitgehende Gleichstellung der nichtehelichen Kinder mit den ehelichen zukunftsweisenden Entwicklungen die Tür geöffnet werden. Mit dem Verlust der Herrschaft des Hausvaters, dem Einbruch der subjektiven Grundrechte von Frau und Kindern, der Konkretisierung ihrer Gleichberechtigungsansprüche in Art. 3 II GG und der wachsenden Bedeutung des Persönlichkeitsrechts von Mann und Frau (Art. 2 I GG) sind Ehe und Familie in eine Bewegung geraten²². Dies alles gehört heute zum Inhalt von Art. 6 I GG²³.

Was sollte unter Ehe und Familie verstanden werden? Die Strukturprinzipien Ehe und Familie bestimmen sich „zunächst aus der außerrechtlichen Lebensordnung“²⁴. Gewiß ist das der Verfassung zugrun-

¹⁸ Schwab, a.a.O. (Anm. 15), S. 897f.; v. Doemming/Füsslein/Matz, JöR n.F., Bd. 1 (1951), S. 92ff.

¹⁹ Parlamentarischer Rat, Verhandlungen des Hauptausschusses, S. 239ff., 547ff.

²⁰ Schwab, a.a.O., S. 906 Anm. 68.

²¹ Repräsentativ ist die Aussage des Abgeordneten Dr. Süsterhenn (CDU), in: Parlamentarischer Rat, Verhandlungen des Hauptausschusses, S. 243: „Es ist zwar richtig, daß in der gesamten Menschheitsgeschichte in diesem oder jenem Kulturkreis gewisse Differenzierungen des Familienbegriffs feststellbar sind. Aber wir leben doch nun – und darauf legen wir doch immer entscheidenden Wert – innerhalb des Rahmens der christlich-abendländischen oder westlichen Kulturordnung, und in dieser Ordnung ist die Familie ständig als eine in sich geschlossene Einheit aufgefaßt worden. Wir wünschen daher auch, daß sie entsprechend dieser westeuropäischen Tradition in dieser geschlossenen Einheit bewahrt bleibt.“

²² Vgl. hierzu die konservative Kritik Otto v. Gierkes am 1. Entwurf des BGB, in: Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 1889, S. 36ff., jetzt abgedr. bei Erik Wolf (Hrsg.), Quellenbuch zur Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, 1949, S. 478 (504f.).

²³ Häberle, a.a.O. (Anm. 2), S. 29.

²⁴ BVerfGE 10, 59 (66).

deliegende Eheverständnis schon 1919 das der verweltlichten bürgerlichen Ehe gewesen²⁵. Dieses Verständnis war aber 1919 wie 1949 für den Normalbürger und die Mehrheit der verfassungsgebenden Versammlungen durch das herkömmliche, christlich geprägte Eheverständnis und das Bild der im BGB im Detail geregelten bürgerlichen Ehe inhaltlich gefüllt²⁶. Es war herrschende Ansicht, daß die Ehe nicht nur die Summe zweier sich selbst verwirklichender Liebender ist, sondern eine Institution, die das tägliche Leben der Ehegatten im Verhältnis zu dem der rechtlich nicht gebundenen Liebhaber entlastet²⁷. Ehe war anerkannt als eine Freiheit schaffende, durch Krisen hindurchtragende Verheißung und Hilfe, in der Mann und Frau zueinander und damit zu sich selbst kommen. Es war selbstverständlich, daß die Ehe im Blick auf den zu erhoffenden Kindersegen unverzichtbar ist, denn Ehe ist auf Familie hin orientiert, und diese ist für das Aufbringen der nächsten Generation ohne Alternative. Das war 1919 und 1949 ebenso unbezweifelt, wie die Tatsache bekannt war, daß Ehen auch zerbrechen können und die Chance eines Neuanfangs dann gegeben sein muß. Das Zusammenleben gebiert Probleme; Verletzungen und Unordnung kommen vor. Sie sollen aber nicht sein. Gerade die Ehe kann helfen, Krisen durchzustehen, statt ihnen auszuweichen. Davon ging die Rechtsordnung aus.

Dieser Ausgangspunkt ist auch heute verpflichtend. Das Bundesverfassungsgericht setzt ihn bisweilen mit einer Selbstverständlichkeit voraus, die andere Äußerungen widersprüchlich erscheinen läßt. So heißt es einmal im Jahre 1969, daß „nach den in Art. 6 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich garantierten Wertvorstellungen die Ehe die einzige legitime Form²⁸ umfassender Lebensgemeinschaft zwischen Mann und

²⁵ BVerfGE 31, 58 (83).

²⁶ Zur Anknüpfung des BGB an die protestantische Ehelehre vgl. die Motive zum BGB, Bd. IV, S. 562f., und *G.Dilcher*, a.a.O. (Anm. 7), S. 1066ff. m.w.N.; *Mikat*, Ethische Strukturen (Anm. 1), S. 18f.

²⁷ Das institutionelle Moment der Ehe kann den moralischen Bindungswillen der Ehepartner zusätzlich abstützen und dadurch eine entlastende Funktion ausüben. Zur Entlastungsfunktion der Institution unter Bezugnahme auf *Gehlen*, *Urmensch und Spätkultur*, 1975³: *Mikat*, Die Ehe im staatlichen Recht, *Stimmen der Zeit* 194 (1976), S. 225 (227), wieder abgedr. in: *ders.*, *Geschichte, Recht, Religion, Politik*, Bd. 1, 1984, S. 279 (281); *ders.*, *Ethische Strukturen* (Anm. 1), S. 45f.

²⁸ Entgegen *I.v.Münch*, *Verfassungsrecht und nichteheliche Lebensgemeinschaft*, in: *Landwehr* (Hrsg.), a.a.O. (Anm. 4), S. 137 (144f.), der dem Umstand besondere Bedeutung beilegt, daß das Grundgesetz in der letzten Redaktion die Ehe gerade nicht mehr als die (einzige) rechtmäßige Form der dauernden Lebensgemeinschaft bezeichnet, wie dies im Parlamentarischen Rat ursprünglich von der CDU beantragt worden war. Mit Recht hebt *Pirson*, a.a.O. (Anm. 1), Rdn. 17, die Ausschließlichkeit der Ehe hervor: „Die Ehe hat in der Rechts-

Frau ist und die gesunde körperliche und seelische Entwicklung des Kindes grundsätzlich das Geborgensein in der nur in der Ehe verwirklichten vollständigen Familiengemeinschaft mit Vater und Mutter voraussetzt“²⁹.

Das liegt auf der Linie der Anerkennung der Familie als „Keimzelle jeder menschlichen Gemeinschaft, deren Bedeutung mit keiner anderen menschlichen Bindung verglichen werden kann“³⁰. Dabei geht das Grundgesetz selbstverständlich von der auf Ehe gegründeten Familie aus. Dies ist nicht ein Ausdruck der Konservativität oder der Moralität, sondern liegt in der Sache selbst und beruht auf unaufgebarem staatlichen Interesse. Die lebendige Ehe ist es, die aus dem Grund ihrer Gemeinsamkeit die Tendenz hat, neues Leben zu stiften. In der Dynamik auf das Kind hin erhält sie ihre volle reife Sinngestalt und gewinnt als originäre Stätte gesellschaftlicher Reproduktion und kultureller Einübung der Nachkommenschaft das öffentliche Interesse. Hieran kann der Staat nicht vorübergehen. Die auf Ehe gegründete Familie ist deshalb der von der Verfassung zugrundegelegte Typus, von dem her die Varianten und Abgrenzungen der Familie gegenüber anderen Erscheinungen zu bestimmen sind³¹. Geschlechtsgemeinschaft ohne Ehe läßt auch bei länger andauerndem Konkubinat keinen Familienverband im Rechtssinne entstehen³².

Vom konservativen Ursprung und Ansatz in der Nationalversammlung und im Parlamentarischen Rat her ist es unzweifelhaft, daß Art. 6 I GG gegenüber strukturellen Veränderungen von Ehe und Familie nicht neutral sein kann. Der Inhalt der Verfassung ist keine Funktion der sozialen Umwelt³³. Es gibt eine verfassungsrechtliche Grenze für

ordnung ein Monopol als rechtlich geordnete Form der Geschlechtsgemeinschaft. Obwohl andere denkbare und mitunter praktizierte Formen nicht ohne weiteres verboten sind, ist doch die Ehe insofern die einzige in die Rechtsordnung rezipierte Form der Geschlechtsgemeinschaft, als nur sie einen Ansatzpunkt für Rechtsfolgen sozialgestaltender Art bietet.“

²⁹ BVerfGE 25, 167 (196).

³⁰ BVerfGE 6, 55 (71); 24, 119 (149).

³¹ Geiger, Kraft und Grenze der elterlichen Erziehungsverantwortung unter den gegenwärtigen gesellschaftlichen Verhältnissen, Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Bd. 14, 1980, S. 9.

³² BVerfGE 36, 146 (167).

³³ Wingen, Wandlungen im Prozeß der Ehe- und Familienbildung – sozialwissenschaftliche Befunde und familienpolitische Perspektiven zu den nichtehelichen Lebensgemeinschaften, in: Der Wandel familiärer Lebensmuster und das Sozialrecht (Anm. 1), S. 31 (61f.), warnt mit Recht davor, sozialwissenschaftlichen Analysen normative Bedeutung zuzuerkennen. Natürlich müssen Abweichungen vom verfassungsrechtlichen Typus der Familie toleriert werden. Sie stellen aber die Norm als solche nicht in Frage. Diese Grenze wird überschritten, wo alternative Lebensformen Anspruch auf normative Verbindlichkeit erheben.

familienpolitische Innovationen. Sie ist bei konkreten Gesetzgebungsvorhaben im Einzelfall zu ziehen.

4. Die heutige Fragestellung

Wen oder was schützt also die Verfassung mit Art. 6 I GG? Der Wandel der Formen des menschlichen Zusammenlebens und der sozialen Anschauungen drückt auf den Bedeutungsgehalt auch des Rechts³⁴. Er läßt die Frage entstehen, ob heute auch nicht auf Ehe gegründete Formen des Zusammenlebens von Mann und Frau als Ehe, ob auch die natürlichen Eltern und ihre nichtehelichen gemeinsamen Kinder als Familie im Sinne der Verfassung anzuerkennen sind. Konsequenterweise müßten sie dann an dem besonderen verfassungsrechtlichen Schutz von Ehe und Familie teilhaben. Die Liberalisierung des Scheidungsrechts und die auch dadurch angewachsene Zahl von Ehescheidungen hat der Frage des Schutzes der Geschiedenen durch die Verfassung gesteigerte Bedeutung verschafft³⁵. Im Ausland wird sogar die Frage erörtert, ob nicht auch gleichgeschlechtliche Gemeinschaften so etwas wie eine Familie sein, womöglich gar eheähnliche Gemeinschaften bilden könnten³⁶.

Die Antwort auf diese Fragen fällt für Familie und Ehe unterschiedlich aus.

5. Der Ehebegriff des Art. 6 I GG – Nichteheliche Lebensgemeinschaften

Bei der Ehe ist angesichts des klaren Wortlauts nicht zweifelhaft³⁷, welche Art von Verbindung die Verfassung unter ihren besonderen Schutz stellt. Nur die rechtlich verbindlich eingegangene, grundsätzlich unauflösbare Lebensgemeinschaft eines Mannes und einer Frau

³⁴ *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1983⁵, S. 334ff.; *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1985¹⁵, Rdnrn. 47ff.; *Zippelius*, Verfassungsgarantie und sozialer Wandel – das Beispiel Ehe und Familie, DÖV 1986, 805 (806ff.).

³⁵ BVerfGE 66, 84 (93); 71, 364 (385).

³⁶ *Graue*, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft aus rechtsvergleichender Sicht, in: *Landwehr* (Hrsg.), a.a.O. (Anm. 4), S. 98 (128), unter Hinweis auf Tendenzen in Dänemark. Auch die Grünen forderten in ihrem Wahlprogramm für die Bundestagswahl 1987: „Frauen wie Männer sollen frei entscheiden können, wie und mit wem sie leben wollen.“ (Ebd., S. 17).

³⁷ Vgl. statt aller nur *Mikat*, Art. „Ehe“ (Anm. 7), Sp. 809 = S. 847.

wird in Deutschland als Ehe anerkannt³⁸. Andere Gesellungen mögen heute weniger anstößig erscheinen als früher. Auch eine beschönigende Terminologie, die sie als freie Ehe, eheähnliche Verbindung, Ehe ohne Trauschein oder ähnlich benennt und so in die Nähe der Ehe rückt, kann die Tatsache nicht aus der Welt schaffen, daß die Rechtsverbindlichkeit der Ehe gegenüber den Ehegatten, den Kindern und der Welt ein konstitutives Element der Institution Ehe ist. Gerade diese Verbindlichkeit lehnen die nichtverheirateten Paare ab. Ihre Verbindung ist bedingt und steht unter einem Vorbehalt. Sie beruht auf aktueller Zuneigung und soll gerade nicht andauern, wenn diese schwindet. Die jederzeit mögliche formlose Auflösung ohne Rücksicht auf Kinder und andere charakterisiert diese Verhältnisse. Nicht nur der Respekt vor dem ausdrücklichen Willen der Nichtverheirateten, sondern vor allem der unbezweifelte Inhalt des Rechtsbegriffs Ehe schließt es aus, Nichtehen rechtlich als Ehen zu behandeln und sie wie Ehen unter den besonderen Schutz der Verfassung zu stellen. Dies ist in Literatur und Rechtsprechung die einhellige Meinung³⁹.

Auch für eine analoge Anwendung des verfassungsrechtlichen Schutzes der Ehe in bezug auf Nicht-Ehen besteht keine rechtliche Möglichkeit. Die Ehe ist eine Institution nicht zuletzt zum Schutze des schwächeren Partners. Da die nichtehelichen Verhältnisse diesen Schutz gerade ausschließen, würde ihre Gleichbehandlung dem Schutzzweck des Art. 6 I GG zuwiderlaufen⁴⁰. Für denjenigen, der dieses spezifischen Schutzes teilhaftig werden möchte, stellt die Rechtsordnung das Rechtsinstitut der Ehe zur Verfügung. Es gibt keinen recht-

³⁸ BVerfGE 10, 59 (66); 53, 224 (245); st. Rspr., zuletzt BVerfGE 62, 323 (330).

³⁹ Vgl. aus der Lit. *E.Scheffler*, a.a.O. (Anm. 9), S. 251; *Zeidler*, a.a.O. (Anm. 1), S. 581; *Pirson*, a.a.O. (Anm. 1), Rdn. 17; *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz, Art. 6, Rdn. 15a; *E.M.v.Münch*, in: *I.v.Münch* (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, 1985³, Rdn. 3a; *I.v.Münch*, a.a.O. (Anm. 28), S. 140f.; *Beitzke*, Familienrecht, 1985²⁴, S. 35; *deWitt/Huffmann*, a.a.O. (Anm. 4), Rdn. 19; *Strätz*, a.a.O. (Anm. 4), S. 303f.; *Diederichsen*, a.a.O. (Anm. 4), S. 1025.

⁴⁰ Zur unzulässigen Ausdehnung des Schutzes von Art. 6 I GG auf nichteheliche Lebensgemeinschaften und dem Verbot gleicher Förderung zuletzt *Zippeilius*, a.a.O. (Anm. 34), S. 808f. Es widerspricht also der Ordnung des Grundgesetzes, wenn die Grünen in ihrem Wahlprogramm für die Bundestagswahl 1987 (Anm. 36) sich für die „gleichberechtigte Anerkennung aller Lebensformen“ einsetzen und erklären: „Alle Lebensformen sind schützenswert, nicht nur Ehe und Familie.“ (Ebd., S. 17). Die Forderung entspricht allerdings der grundsätzlichen ehe- und familienfeindlichen Tendenz dieser Partei. In ihrem Bundesprogramm von 1980 kommt das Wort „Ehe“ nur im Zusammenhang mit der Vergewaltigung in der Ehe vor (ebd., Abschnitt V.2.4), und das Wahlprogramm 1987 erklärt an anderer Stelle: „Wir machen Frauenpolitik, nicht Familienpolitik.“ (Ebd., S. 14).

lichen Gesichtspunkt, der es nahelegte, das ausdrücklich Unterschiedene gleich zu behandeln.

Der verfassungsrechtliche Schutz der Ehe, an dem Nichtehen keinen Anteil haben, beruht nicht auf der Tradition oder überständig gewordenen christlichen Relikten, auch nicht auf einer staatlichen Sorge für einen bestimmten sittlichen Standard. Der Grund ist vielmehr die einzigartige Leistung der Ehe als sittlich-personaler Lebensbeziehung und ihre daraus folgende öffentliche Funktion. Die vorbehaltlose Zusage der Ehegatten bedingt die monogame Struktur der Ehe, welche als Subjekt-Subjekt-Beziehung Ausdruck eines Ethos der Menschenwürde ist, die nicht nur Teilaspekte des anderen will, sondern den ganzen Menschen als Menschen annimmt. Dies ist auch die Grundlage für eine Gleichberechtigung der Geschlechter. Nur die Ehe besitzt die Anlage auf Lebensdauer und die Offenheit für das Kind. Mit Rücksicht auf die generative Funktion der Ehe und ihre kulturelle Bedeutung als Ort der Einübung der neuen Generation ist sie nicht nur ein Intimbereich der Ehegatten, sondern zugleich ein sozialer Tatbestand ohnegleichen, der seinem Wesen nach ein für die öffentliche Ordnung stabilisierendes Element enthält⁴¹. Daher ist sie vom Standpunkt der Gesellschaft her betrachtet von unbezweifelbarer Schutzwürdigkeit. Deshalb muß der Rechtsstaat sie durch flankierende Maßnahmen rechtlich schützen.

Ist der verfassungsrechtliche Schutz der Ehe auf nichteheliche Verhältnisse auch nicht auszudehnen, so ist damit noch nicht entschieden, ob solche Lebensgemeinschaften gleichwohl auch gefördert werden dürfen oder ob der besondere verfassungsrechtliche Schutz der Ehe jede Förderung konkurrierender Gesellungsformen verbietet. Gesetzgeber, Rechtsprechung und Literatur unterstreichen nicht ohne liberale Beflissenheit, daß jede Pönalisierung von Konkubinat, wie sie noch unter dem Grundgesetz zunächst zur Normalität gehörte, dem Grundgesetz fremd sei⁴². Der weite Weg von der Rechtswidrigkeit über die Nichtbestrafung des Konkubinats bis zum besonderen Schutz verkürzt sich freilich bedrohlich⁴³, wenn eine anschwellende

⁴¹ *Pirson*, a.a.O. (Anm. 1), Rdn. 86; *Mikat*, Ethische Strukturen (Anm. 1), S. 43ff.

⁴² BVerfGE 9, 20 (34f.); *Maunz*, a.a.O. (Anm. 39), Rdn. 15b; *E.M.v.Münch*, a.a.O. (Anm. 39), Rdn. 3a; *Zeidler*, a.a.O. (Anm. 1), S. 580 m.w.N.

⁴³ *Gernhuber*, Lehrbuch des Familienrechts, 1980³, S. 36 Anm. 4, in Anlehnung an *Grundmann*, Ehe und Familie im Grundgesetz, in: *Th.Heckel* (Hrsg.), Ehe- und Familienrecht, 1959, S. 16 (20ff.), moniert mit Recht die vielfach fehlende Klarheit über die Begriffe Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit: „Wenn Rechtmäßigkeit Billigung durch die Rechtsordnung bedeuten soll, ist auch heute allein die Ehe rechtmäßige Form geschlechtsbezogener Lebensgemeinschaft.“ Das Nichtverbotene ist entgegen *Hamann/Lenz*, Grundgesetz, Art. 6, Anm. A2, nicht stets auch zugleich rechtmäßig.

Stimmenzahl die „besondere“ Schutzpflicht von Ehe und Familie in der rauen Wirklichkeit zu einem bloßen Benachteiligungsverbot abmildert⁴⁴. Sollte das der Kern des besonderen Schutzes von Ehe und Familie durch das Grundgesetz sein, daß Verheiratete nicht schlechter behandelt werden als nichtverheiratete Paare?

Nach heute herrschender Ansicht ist der Gesetzgeber infolge der Toleranz des Grundgesetzes, das Konkubinate nicht verbietet, nicht verpflichtet, aber grundsätzlich berechtigt, auch für nichteheliche Lebensgemeinschaften gesetzliche Regelungen zu schaffen⁴⁵. Der verfassungsrechtlich festgeschriebene besondere Schutz der staatlichen Ordnung für die Ehe schränkt die Gestaltungsmöglichkeiten des Gesetzgebers freilich ein. Er darf nicht zu einer Gleichstellung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft mit der Ehe gelangen⁴⁶. Es wäre mit der Verfassung nicht vereinbar, wollte der Gesetzgeber den nichtverheirateten Paaren aus ihren selbstgeschaffenen Schwierigkeiten dadurch herauszuhelfen versuchen, daß er ihnen eine umfassende Ordnung schafft, sozusagen ein Ehe- und Ehefolgenrecht für Nicht-Ehen⁴⁷. Dagegen spricht nicht nur die Achtung vor dem Selbstbestimmungsrecht (Art. 1 I, 2 I GG) solcher Personen, die eine rechtliche Bindung gerade nicht eingehen wollen⁴⁸, sondern auch die Vielfalt des nichttypisierten Zusammenlebens⁴⁹ und der Umstand, daß, von der Verfassung bekräftigt, allein die Ehe eine staatlich geschützte

⁴⁴ In diese Richtung tendiert auch die Rechtsprechung des BVerfG, wenn es den Inhalt des Art. 6 I GG praktisch nur noch als Diskriminierungsverbot behandelt, ohne den besonderen aktiven Schutz zu fordern: *P. Krause*, Der Schutz von Ehe und Familie (Anm. 12), S. 32.

⁴⁵ *I.v.Münch*, a.a.O. (Anm. 28), S. 150; *Strätz*, Rechtsfragen des Konkubinats (Anm. 4), S. 303f.; *Rainer Scholz*, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft – ein Problem für den Gesetzgeber?, ZRP 1981, 225 (228).

⁴⁶ BGHZ 84, 36 (40).

⁴⁷ Eine umfangreiche Lit. weist den nichtverheirateten Paaren mit den Mitteln des bürgerlichen Rechts den Weg zur Lösung der praktischen Probleme, z.B. *E. M.v.Münch*, Zusammenleben ohne Trauschein, Rechtsberater im dtv, 1983².

⁴⁸ BVerfGE 56, 363 (384); *Zeidler*, a.a.O. (Anm. 1), S. 578f.; *I.v.Münch*, a.a.O. (Anm. 28), S. 149. Art. 6 I GG schützt auch das Recht, keine Ehe einzugehen und nicht wie ein Verheirateter behandelt zu werden. Das spricht gegen eine betuliche Verrechtlichung der nichtehelichen Gemeinschaften, die nicht unter der Hand zu einer Art von Zwangsehe gemacht werden dürfen. Die in Konkubinate zusammenlebenden Menschen wählen in der Regel bewußt ein Kontrastprogramm zur gesetzlichen Ehe: *Diederichsen*, a.a.O. (Anm. 4), S. 1025; *I.v.Münch*, Artikel 6 Grundgesetz, der Wandel familiärer Lebensmuster und das Familien- und Sozialrecht, in: Der Wandel familiärer Lebensmuster und das Sozialrecht (Anm. 1), S. 69 (79).

⁴⁹ Das betont *Schlüter*, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, 1981, S. 19; vgl. auch *Graue*, a.a.O. (Anm. 36), S. 107f., im Blick auf schwedische Erfahrungen.

Institution ist und daß der Gesetzgeber mit ihr eine erschöpfende, alle bekannten Gefährdungen und Schutzbedürfnisse paarig lebender Menschen berücksichtigende Ordnung zur Verfügung gestellt hat⁵⁰: Die Form des rechtlichen Schutzes für eine Lebenspartnerschaft ist eben die Ehe. Natürlich bedeutet der Verzicht auf Ehe nicht zugleich den Verzicht auf Rechtsschutz im Notfall⁵¹. Punktuelle rechtliche Hilfskonstruktionen sind nicht ausgeschlossen, sei es, daß sie allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen entsprechen⁵², sei es, daß die Verfassung selbst sie gebietet. Letzteres ist beim Mutterschutz (Art. 6 IV GG) und dem Schutzgebot für nichteheliche Kinder (Art. 6 V GG) der Fall.

Daß Ehen und Familien im Verhältnis zu Nicht-Ehen in mancherlei Hinsicht, insbesondere im Steuerrecht, bevorzugt werden, wird auch heute als verfassungsrechtlich geboten anerkannt⁵³. Sofern die besondere Förderung der Institutionen Ehe und Familie als unvermeidliche Kehrseite die Nichtförderung der gerade nicht geschützten Lebensweisen einschließt, ist deren abweichende Behandlung verfassungsmäßig⁵⁴. Umgekehrt könnte sich allerdings im Einzelfall eine Verpflichtung des Gesetzgebers zur Tätigkeit zugunsten der Ehe gerade aus dem Schutz des Art. 6 I GG ergeben, wenn nämlich die Ehe ohne gesetzliche Regelung schlechter gestellt wäre als die nichteheliche Lebensgemeinschaft. Eine solche Schlechterstellung droht im Sozialrecht, z.B. bei der Anrechnung von Haushaltsersparnissen, die in einer Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft erzielbar sind und in einzelnen Sozialleistungsgesetzen berücksichtigt werden. Hier wäre es falsch, diese Ersparnisse nur bei Verheirateten zu berücksichtigen, nicht aber bei Nichtverheirateten⁵⁵. Die Rechtsordnung muß nämlich

⁵⁰ *Diederichsen*, a.a.O. (Anm. 4), S. 1025, bemerkt mit Recht, daß „die Rechtsordnung mit der Regelung der Ehe ihr Soll erfüllt hat“. Auch eine analoge Anwendung des Ehe- oder Verlöbnisrechts ist grundsätzlich unzulässig: *Beitzke*, a.a.O. (Anm. 39), S. 35; *Zippelius*, a.a.O. (Anm. 34), S. 809.

⁵¹ *Steinert*, Vermögensrechtliche Fragen während des Zusammenlebens und nach Trennung Nichtverheirateter, NJW 1986, 683 (684); *Zeidler*, a.a.O. (Anm. 1), S. 579f. m.w.N.

⁵² *Zeidler*, a.a.O. (Anm. 1), S. 579.

⁵³ *E.M.v.Münch*, in: GG-Kommentar (Anm. 39), Rdn. 3a; *Zeidler*, a.a.O. (Anm. 1), S. 581; *Rüfner*, Sozialrecht und nichteheliche Lebensgemeinschaft, in: *Landwehr* (Hrsg.), a.a.O. (Anm. 4), S. 84 (97).

⁵⁴ *I.v.Münch*, Verfassungsrecht (Anm. 28), S. 150; *Zippelius*, a.a.O. (Anm. 34), S. 808.

⁵⁵ § 122 BSHG und § 18 II Nr. 2 WoGG. Sie vermeiden eine Besserstellung der nichtehelichen Lebensgemeinschaften. Durch das Siebte Gesetz zur Änderung des Arbeitsförderungsgesetzes vom 20.12.1985 (BGBl. I, S. 2484) ist jetzt auch in das Arbeitsförderungsgesetz eine vergleichbare Vorschrift aufgenommen worden (§ 137 II a AFG). Damit hat der Gesetzgeber der Entscheidung des

die Ehe in ihrer überkommenen Form auch dann schützen und fördern, wenn sich ihr Erscheinungsbild in Einzelheiten ändert. Art. 6 I GG legitimiert nicht die staatliche Förderung von Lebensgemeinschaften auf Zeit oder von Lebensgemeinschaften ohne rechtliche Bindung. Es wäre vielmehr mit der Verfassung nicht zu vereinbaren, wenn durch materielle Begünstigung die Wahl anderer Lebensformen als der Ehe zum Zweck der Geschlechtsgemeinschaft vorteilhaft gemacht würde.

6. Der Familienbegriff des Art. 6 I GG und der Schutz von nicht auf die Ehe gegründeten Familien

Nicht so eindeutig ist die Abgrenzung für den Begriff der Familie als der „umfassenden Gemeinschaft von Eltern und Kindern“⁵⁶, denn rechtliche Normierung und öffentliche Anerkennung gehören nicht zu ihrem Wesen. Familie existiert auch außerhalb und unabhängig vom Recht⁵⁷. Die Bestimmung des Art. 6 I GG zeichnet sich insoweit durch eine gewisse Unschärfe und Offenheit aus, bedarf also der Präzisierung mittels einer vom Normzweck bestimmten Interpretation⁵⁸. Früher waren Ehe und Familie fast identisch. „Ehe war die Vorstufe zur Familie, und die Familie als größere Einheit umschloß zugleich die Ehe, womit der Schutz und die Förderung des einen Schutzgutes aus der Natur der Sache auch dem anderen zum Vorteil geriet.“⁵⁹ Auch heute ist die Ehe auf Familie hin angelegt⁶⁰, auch wenn ehelose Familien und kinderlose Ehen zahlenmäßig zunehmen.

Im allgemeinen Sprachgebrauch wird der Begriff der Familie wenig präzise verwendet. Es gibt Klein- und Großfamilien, Familien im enge-

BVerfG vom 10.7.1984 (BVerfGE 67, 186ff.) Rechnung getragen, in der § 139 AFG für nichtig erklärt worden war. Diese Vorschrift hatte nicht dauernd getrennt lebenden Ehegatten, die beide die Voraussetzungen für den Bezug von Arbeitslosenhilfe erfüllen, nur einen Anspruch zuerkannt. Im BAFöG werden unverheiratete leibliche Eltern rechtlich wie zwei Einzelpersonen behandelt und stehen damit günstiger als Eheleute, die nur einen niedrigeren gemeinsamen Elternfreibetrag erhalten. Hier muß eine Angleichung an die im BSHG, im WoGG und im AFG bereits vorhandene Regelung vorgenommen werden. Zum Problem *Rüfner*, a.a.O. (Anm. 54), S. 85ff.; *ders.*, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft im Sozialrecht, SGB. 1979, 589ff., zur rechtspolitischen Aufgabenstellung ebd., S. 591f.

⁵⁶ BVerfGE 10, 59 (66).

⁵⁷ Anders die Ehe: *Müller-Freienfels*, a.a.O. (Anm. 6), S. 3.

⁵⁸ *Gernhuber*, Ehe und Familie als Begriffe des Rechts, FamRZ 1981, 721 (725); *I.v.Münch*, Wandel familiärer Lebensmuster (Anm. 48), S. 75 m.w.N.

⁵⁹ *Zeidler*, a.a.O. (Anm. 1), S. 592.

⁶⁰ Entgegen *E.M.v.Münch*, in: GG-Kommentar (Anm. 39), Rdn. 2a, gehören Eheschutz und Familienschutz auch heute zusammen.

ren und im weiteren Sinne, und es gibt faktische Familien, in denen die Eltern keine Ehepaare sind. Es bestehen Tendenzen, sie alle als Familien auch im Rechtssinne zu verstehen⁶¹ und jeder Gemeinschaft den besonderen Schutz der Verfassung angedeihen zu lassen, die „die Leistung erbringt, das Nachwachsen der nächsten Generation zu ermöglichen“⁶². Zunächst ist mit dem Begriff der Familie die sogenannte Kleinfamilie gemeint, d.h. die auf Ehe gegründete Gemeinschaft von Eltern und Kindern⁶³. Zur Familie zählen aber auch Stief-, Adoptiv- und Pflegekinder⁶⁴, u.U. auch Enkelkinder⁶⁵. Auch die Mutter und das nichteheliche Kind⁶⁶ sowie der Vater und das nichteheliche Kind⁶⁷ bilden eine Familie. Alleinstehende Elternteile mit Kindern nach dem Tod des Ehegatten oder einer Scheidung bilden Familien, wenn auch defiziente Rest-Familien, die nicht dem Leitbild der Verfassung entsprechen.

Angesichts der fortgeschrittenen Begriffsstreuung erscheint es nicht mehr möglich, wie bei der rechtlich eindeutig bestimmten Ehe auch bei der Familie einen einheitlichen Begriff zu vertreten⁶⁸. Die Gesetze verwenden schon heute am jeweiligen Normzweck orientierte Familienbegriffe und zählen z.T. auch solche Personen zur Familie, die nicht durch Ehe und Verwandtschaft miteinander verbunden sind. Die auf Konkubinat gegründeten Gruppierungen und die defizienten Familien werden durch diese Anerkennung aber nicht zu Normalfamilien, mag ihre Zahl auch noch so groß sein. Das Leitbild der Verfassung bleibt die auf Ehe gegründete Familie⁶⁹. Der Gedanke des Mutterschutzes und der Gleichstellung des nichtehelichen Kindes gebieten es, auch andere Gruppen zu fördern. Steuerliche, sozialrechtliche und besoldungsrechtliche Vergünstigungen werden ihnen gewährt⁷⁰.

⁶¹ *Pirson*, a.a.O. (Anm. 1), Rdn. 23; *Lecheler*, Der Schutz der Familie. Fehlentwicklungen bei der Konkretisierung eines Grundrechts, FamRZ 1979, 1 (5); *Gernhuber*, Ehe und Familie (Anm. 58), S. 727.

⁶² *Zeidler*, a.a.O. (Anm. 1), S. 603.

⁶³ BVerfGE 10, 59 (66); 24, 119 (135); 59, 52 (63); *E.M.v.Münch*, in: GÜ-Kommentar (Anm. 39), Rdn. 4; *Maunz*, a.a.O. (Anm. 39), Rdn. 16.

⁶⁴ BVerfGE 18, 97 (106); 68, 176 (187).

⁶⁵ *Zeidler*, a.a.O. (Anm. 1), S. 604; a.A.: BVerfGE 48, 327 (339), (im Zusammenhang mit § 1355 BGB); 59, 52 (63), (im Zusammenhang mit § 1 III JWG); von BVerfGE 39, 316 (326) noch offengelassen.

⁶⁶ BVerfGE 18, 97 (106); 25, 167 (196).

⁶⁷ BVerfGE 45, 104 (123); 56, 363 (382).

⁶⁸ *Pirson*, a.a.O. (Anm. 1), Rdn. 19. Zur Mehrdeutigkeit des Familienbegriffs BVerfGE 52, 214 (219).

⁶⁹ *Geiger*, a.a.O. (Anm. 31), S. 9.

⁷⁰ BVerfGE 25, 167 (196); 45, 104 (123). Lebens- und Versorgungsgemeinschaften ohne Kinder beruhen auf Vereinbarung und bilden schon begrifflich keine Familie: *Pirson*, a.a.O. (Anm. 1), Rdn. 25.

Für die fragmentarisierten Familien war dies nach Wegfall eines Elternteils schon herkömmlich ebensowenig bezweifelt wie für die nichtverheirateten Mütter und ihre Kinder. Seit dem Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder vom 19.8.1969⁷¹ ist auch der nichteheliche Vater mit seinen Kindern im Rechtssinne verwandt und bildet mit ihnen eine Familie. Die kuriose Frage, ob ein solcher Vater und die nichtverheiratete Mutter mit den gemeinsamen Kindern eine Familie oder jeder Elternteil mit den identischen Kindern je eine Familie bilden⁷², ist ein Rechtsproblem von der Art, die den unverbildeten Laien am gesunden Menschenverstand der Juristen zweifeln lassen kann. Ein Scheinproblem ist diese Frage aber nicht. Die nichtverheirateten Eltern müssen sich auch hier beim Wort nehmen lassen⁷³. Wenn natürliche Eltern und ihre nichtehelichen Kinder dauerhaft und wie in einer auf Ehe gegründeten Familie in guten und schlechten Tagen zusammenleben, scheint es mir vertretbar, solche faktischen Familien im Interesse der Kinder terminologisch als *eine* Familie anzuerkennen und auch zu fördern. Die Gemeinschaft einer nichtehelichen Mutter oder eines nichtehelichen Vaters und seiner Kinder wird aber in Erfüllung des Art. 6 V GG geschützt, der dem nichtehelichen Kind – soweit möglich – die gleichen Lebenschancen sichern will wie dem ehelichen. Wichtig ist, daß der Rechtsgrund des Schutzes dieser Gemeinschaften nicht darauf beruht, daß sie eine Familie im Sinne des Art. 6 I GG bilden, sondern daß die Verfassung in anderen Bestimmungen ihren Schutz vorsieht⁷⁴. Die Familie wird nämlich nicht wegen ihrer Schwäche und Schutzbedürftigkeit geschützt, wie das gerade beim nichtehelichen Kind der Fall ist, sondern wegen ihrer unverletzlichen einmaligen Leistungsfähigkeit für Staat und Gesellschaft⁷⁵. Deshalb ist im Einzelfall zu prüfen, ob Förderung geboten ist. Keineswegs kann der bei der Mutter und den nichtehelichen Kindern wohnende Vater generell wie der Vater einer auf Ehe begründeten Familie behandelt werden⁷⁶. Er hat nicht die Stellung des ehelichen Vaters und genießt nicht die Elternrechte des Art. 6 II S. 1 GG.

⁷¹ BGBl. I, S. 1243.

⁷² Richtig *E.M.v.Münch.*, in: GG-Kommentar (Anm. 39), Rdn. 4, wonach der erweiterte Familienbegriff nicht unter den Schutzbereich des Art. 6 I GG fällt.

⁷³ *Zeidler*, a.a.O. (Anm. 1), S. 584; vgl. auch *Steinert*, a.a.O. (Anm. 51), S. 684.

⁷⁴ Vgl. BVerfGE 25, 167 (195ff.), mit dem Hinweis, daß zwischen Art. 6 V GG und Art. 6 I GG kein Widerspruch bestehe.

⁷⁵ *Pirson*, a.a.O. (Anm. 1), Rdnrn. 26ff.

⁷⁶ Insoweit zu undifferenziert VG München, NJW 1986, 742; krit. dazu auch *Steinert*, a.a.O. (Anm. 51), S. 684 Anm. 10a.

Nach § 1705 BGB hat die Mutter nach wie vor allein das elterliche Sorgerecht. Dem Vater steht theoretisch nur ein Besuchs- und Auskunftsrecht nach § 1711 BGB zu. Insofern ignoriert das Recht die Erscheinung der natürlichen Familie. Daß es damit dem Elternrecht des Art. 6 II GG und dem besonderen Schutz der Familie nach Art. 6 I GG gerecht wird, ist nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 24.3.1981⁷⁷ nicht mehr zweifelhaft. Die Eltern haben es in der Hand, durch ihren Eheschluß die Rechtslage des Vaters zu normalisieren⁷⁸.

Gegen eine weitergehende Rechtsstellung des nichtehelichen Vaters als Teil der Familie spricht schließlich die bloße Tatsächlichkeit seines Daseins. Im Interesse der Freiheitlichkeit unserer Rechtsordnung ist es unerwünscht, das Familienrecht so auszubauen, daß ein staatlicher Familienbesuchs- und Kontrolldienst unabweislich wird. Das wäre jedoch der Fall, wenn man einen natürlichen Vater, der vereinbarungsgemäß jeden Tag ohne weitere Formalitäten aus der Rolle des Familienvaters schlüpfen kann, wie einen rechtmäßig verheirateten Vater behandelte. Die Freiheit der Familie und die Möglichkeit ihrer Förderung ohne Kontrollgänge im Einzelfall beruhen

⁷⁷ BVerfGE 56, 363 (383): Es steht der nichtverheirateten Mutter frei, „eine Eheschließung oder auch ein Zusammenleben mit dem Kindesvater abzulehnen. Selbst wenn der Vater des Kindes eine Gemeinschaft mit Mutter und Kind wünscht, kann dies an dem entgegenstehenden Willen der Kindesmutter scheitern, weil sie es vorzieht, mit dem Kind allein zu leben.“ Das Gericht geht hier primär vom Kindeswohl aus. Das rechtliche Defizit in der Stellung des nichtehelichen Vaters entspreche dem rechtlichen Defizit in der Beziehung der Eltern. Da diese nicht rechtlich gebunden seien, könnten sie sich ohne Mitwirkung des Staates jederzeit trennen. Aus diesem Grunde sei eine rechtliche Gleichstellung des ehelichen Kindes und eines Kindes von nichtverheirateten Eltern nicht zwingend (ebd., S. 385). Der EuGHMR hat hingegen in seinem Urteil vom 13.6.1979, NJW 1979, 2449 (2450), entschieden, daß der in Art. 8 MRK gewährleistete Anspruch auf Achtung des Familienlebens auch die nichteheliche Familie umfasse und daß der Staat demzufolge darauf achten müsse, daß die von ihm geschaffenen Regelungen den Betroffenen die Führung eines normalen Familienlebens erlauben. Im Anschluß daran krit. zur Regelung des § 1705 BGB *Jayme*, Europäische Menschenrechtskonvention und deutsches Nichtehelichenrecht, NJW 1979, 2425 (2428); *Strätz*, a.a.O. (Anm. 4), S. 437.

⁷⁸ BVerfGE 56, 363 (384f.). Es fragt sich allerdings, ob es wirklich ganz in das Belieben der Eltern gestellt sein kann, Kinder mit oder ohne den institutionellen Schutz der Ehe in die Welt zu setzen. Gewiß kann niemand zur Ehe gezwungen werden. Aber deshalb wird die sittliche Verpflichtung von Eltern zur Heirat m.E. nicht aufgehoben. Es erscheint widersprüchlich, daß der Staat verfassungsrechtlich verpflichtet ist, nichtehelichen Kindern möglichst die gleiche Rechtsstellung wie ehelichen zu verschaffen, die Eltern aber ihrerseits frei sein sollen, ihre Beziehungen innerhalb oder außerhalb des Rahmens der Institution Ehe zu verwirklichen.

auf der Rechtsverbindlichkeit ihrer ehelichen Grundlage⁷⁹. Gerade diese Verbindlichkeit fehlt den anderen Gemeinschaften. Die gewollte Unverbindlichkeit solcher familienähnlicher Gebilde verbietet ihre generelle Gleichstellung mit der auf Ehe gegründeten Familie⁸⁰.

7. Art. 6 I GG als mehrdimensionale Verfassungsbestimmung

Art. 6 I GG ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁸¹ eine mehrdimensionale Verfassungsbestimmung, nämlich ein Abwehrrecht im Sinne der klassischen Grundrechte, eine Instituts- oder Einrichtungsgarantie und eine Grundsatznorm für das gesamte Ehe und Familie betreffende Recht.

8. Die Institutsgarantie von Ehe und Familie

Schon bei den Beratungen der Nationalversammlung wurde das Problem einer möglichen Zementierung der Augenblickssituation von Ehe und Familie durch die Verfassungsgarantie angesprochen. Das wäre politisch nicht akzeptabel gewesen. Deshalb wurde schon damals zwischen der Institution der Ehe und den Bestimmungen des Eherechts im einzelnen unterschieden. Die Bedeutung des Artikels sollte darin liegen, „daß die monogame Ehe, das ist die aus dem Sittengesetz geschaffene ethische Einrichtung der Ehe, nicht ohne Verfassungsänderung beseitigt werden kann, während selbstverständlich alle eherechtlichen Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes im Wege des einfachen Reichsgesetzes geändert werden dürfen“⁸².

Diese Differenzierung wird seit der Weimarer Zeit⁸³ mit den Begriffen der institutionellen Garantie und der Institutsgarantie als Verbür-

⁷⁹ Wollte die Rechtsordnung an die tatsächlichen Beziehungen nichtverheirateter Menschen anknüpfen, müßten Finanzbeamte oder Sozialarbeiter Beobachtungen und Feststellungen in der Privatsphäre machen dürfen. Die Formalisierung der Ehe erspart als Anknüpfungstatbestand solche Eingriffe in die Intimsphäre. Auf die Aspekte des Datenschutzes bei Konkubinanten weise ich nur hin.

⁸⁰ Kritisch, eher die Gleichstellung befürwortend *Strätz*, a.a.O. (Anm. 4), S. 437; *deWitt/Huffmann*, a.a.O. (Anm. 4), Rdnrn. 242ff.

⁸¹ BVerfGE 6, 55 (71f.); 24, 119 (135); 31, 58 (67); aus der Lit. *Maunz*, a.a.O. (Anm. 39), Rdn. 6; *Pirson*, a.a.O. (Anm. 1), Rdn. 3; *Zeidler*, a.a.O. (Anm. 1), S. 556.

⁸² So der Abgeordnete *Ablaß* (DDP), in: Verhandlungen der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung, Bd. 336 (Anlagen zu den Stenographischen Berichten, Nr. 391: Bericht des Verfassungsausschusses), S. 378f.; zum Problem aus heutiger Sicht *Zeidler*, a.a.O. (Anm. 1), S. 557f., unter Bezugnahme auf *Scheuner*, a.a.O. (Anm. 14), S. 47.

⁸³ *Anschütz*, a.a.O. (Anm. 17), Art. 119, Anm. 1; *Poetzsch-Heffter*, Handkommentar der Reichsverfassung, Art. 119, Anm. 1.

gungen traditioneller Normenkomplexe systematisch bewältigt. Mit ihrer Hilfe soll verhindert werden, daß der einfache Gesetzgeber unter Ausnutzung der allgemeinen Gesetzgebungszuständigkeit von dem Institut nur noch den Namen übrigläßt und die Garantie der Verfassung auf diese Weise unterläuft⁸⁴.

Die Merkmale dieser von der Verfassung „in ihrer wesentlichen Struktur“ durch „einen Normenkern des Ehe- und Familienrechts“⁸⁵ geschützten Ehe sind Geschlechtsverschiedenheit, Einehe, Konsensprinzip, obligatorische Zivilehe⁸⁶, Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft und Lebenszeitprinzip⁸⁷. Das sind die Wesensmerkmale,

⁸⁴ Zuerst von C. Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 170f. Hier fehlt jedoch noch die Hervorhebung des Gegensatzes von institutioneller öffentlich-rechtlicher und bloß privatrechtlicher Institutsgarantie; dazu *ders.*, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung (1931), abgedr. in: *ders.*, Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954. Materialien zu einer Verfassungslehre, 1973², S. 143, 149ff. In Kürze zusammenfassend *ders.*, Inhalt und Bedeutung (Anm. 17), S. 595f. Das Bekenntnis des Verfassungsgebers zu den mit institutioneller Garantie geschützten Instituten verbietet es dem einfachen Gesetzgeber, sie ganz zu beseitigen oder auch nur ihren Wesensgehalt anzutasten. Indem die Verfassung nur den allgemeinen Begriff zum Bestandteil der Verfassungsordnung erhebt, stehen die konkreten, durch den einfachen Gesetzgeber vorgenommenen Ausgestaltungen des Instituts nicht unter verfassungsrechtlichem Bestandsschutz. Eine umfassende Konservierung des juristischen Status quo würde der Aufgabe des Gesetzgebers widersprechen, das Institut mit den wechselnden Forderungen der staatlichen Ordnung und dem Wandel der Rechtsanschauungen in Übereinstimmung zu halten. Gerade die Möglichkeit der gesetzgeberischen Anpassung und Fortentwicklung bewahrt das Institut vor Erstarrung in überlebten Formen. Nur das Wesen des Instituts steht unter verfassungsrechtlicher Garantie. Inhalt und Wirkungsbereich darf der Gesetzgeber ändern. Er ist dabei nur an den immanenten Sinn des Instituts gebunden. Zu den institutionellen Garantien statt aller: Scheuner, Die institutionellen Garantien des Grundgesetzes (1953), in: *ders.*, Staatstheorie und Staatsrecht. Ges. Schriften, 1978, S. 665ff.; Quaritsch, Art. „Institutionelle Garantie“, in: EvStL, 1975², Sp. 1022ff. m.w.N.

⁸⁵ BVerfGE 6, 55 (72); Maunz, a.a.O. (Anm. 39), Rdn. 17b.

⁸⁶ Der Schutz von Ehe und Familie ist dem Staat nur möglich, wenn er die volle Dispositionsbefugnis über die Normen des Ehe- und Familienrechts besitzt. Deshalb hat die obligatorische bürgerliche Eheschließung Verfassungsrang und steht nicht zur Disposition des Gesetzgebers: E. Scheffler, a.a.O. (Anm. 9), S. 282f. Das gilt heute angesichts der Pluralisierung der religionsgesellschaftlichen Landkarte in der Bundesrepublik Deutschland noch mehr als vor dreißig Jahren. Eine fakultative Zulassung der religionsgesellschaftlichen Eheschließung würde für alle Religionsgemeinschaften gleichmäßig gelten. Auflösung der Ehe, Scheidung usw. würden bald nicht mehr einheitlich sein, und der Integrationsfaktor des staatlichen Eherechts ginge verloren.

⁸⁷ Gernhuber, Lehrbuch (Anm. 43), S. 37; Maunz, a.a.O. (Anm. 39), Rdn. 17b; E. Scheffler, a.a.O. (Anm. 9), S. 283f. Die Ausschließlichkeit der Ehe als Form der Geschlechtsgemeinschaft hat Implikationen, welche heute nicht populär sind. Das Gebot „Du sollst nicht ehebrechen“ gehört dazu. Es handelt sich

„die im Verlauf der geschichtlichen Entwicklung als charakteristische Bestandteile der Ehe allgemeine Anerkennung gefunden haben und von deren Bestand das Gemeinschaftsleben ausgeht“⁸⁸. Die Ehe-reformgesetze haben diese tragenden Prinzipien z.T. arg gezaust. Der Übergang vom Schuldprinzip zum Zerrüttungsprinzip im Scheidungsrecht (§ 1565 I BGB) und die Unwiderlegbarkeit der Vermutung für das Scheitern der Ehe nach Ablauf einer Trennungszeit (§ 1566 II BGB)⁸⁹ stellen insbesondere den Grundsatz in Frage, daß die Ehe auf Lebenszeit geschlossen wird⁹⁰.

9. Art. 6 I GG als Grundrecht im klassischen Sinne

Art. 6 I GG enthält ferner als Grundrecht im klassischen Sinne ein Abwehrrecht gegen störende und schädigende staatliche Ein- und Übergriffe in die Ehe- und Familiensphäre⁹¹. Natürlich dachten die Väter des Grundgesetzes an den Einbruch des NS-Staates in die spezifische Privatsphäre von Ehe und Familie, an seinen übermächtigen

hierbei nicht um eine Konsequenz eines schon geläuterten Eheverständnisses, das Gebot macht die Ehe vielmehr erst zu dem, was sie ihrem Wesen nach ist: *Pirson*, Art. „Ehe und Familie (II. rechtlich)“, in: *EvStL*, 1987³, Sp. 649ff.

⁸⁸ *Pirson*, in: *Bonner Kommentar* (Anm. 1), Rdn. 11.

⁸⁹ Das Familiengericht kann nach Ablauf der dreijährigen Trennungszeit nur noch in Härtefällen (§ 1568 I BGB) eine Scheidung vermeiden; dies gilt dann allerdings zeitlich unbegrenzt. § 1568 II BGB, der die Anwendung der Härtekláuseln des Abs. 1 nach Ablauf einer fünfjährigen Trennungszeit ausschloß, ist durch das Gesetz zur Änderung unterhaltsrechtlicher, verfahrensrechtlicher und anderer Vorschriften vom 20.2.1986 (BGBl. I, S. 301) aufgehoben worden. Damit hat der Gesetzgeber auf den Beschluß des BVerfG vom 21.10.1980 (NJW 1981, 108f.) reagiert. In dieser Entscheidung hatte das Gericht erklärt, § 1568 II BGB sei insoweit mit Art. 6 I GG unvereinbar, als eine Ehescheidung nach fünfjährigem Getrenntleben ausnahmslos auszusprechen sei, ohne daß das Gericht außergewöhnlichen Härten zumindest durch eine Aussetzung des Verfahrens begegnen könne.

⁹⁰ Ein förmliches Bekenntnis dazu erübrigte sich, solange der Grundsatz als solcher unbezweifelt war. Seine Normierung in § 1353 I S. 1 BGB durch das Erste Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts vom 14.6.1976 (BGBl. I, S. 1421) und die Qualifizierung als untrennbarer Bestandteil des verfassungsrechtlichen Ehebegriffs im Bericht des Rechtsausschusses des Bundestages (BT-Drucks. 7/4361, S. 6) indiziert das Problem. Der Eindruck, daß das deutsche Recht die sukzessive Vielweiberei gestatte, ist nicht mehr von der Hand zu weisen.

⁹¹ Dem Wortlaut nach ist der Verfassungsrechtssatz des Art. 6 I GG nicht als Gewährleistung eines subjektiven Rechts ausgestaltet. v. *Mangoldt/Klein*. Das Bonner Grundgesetz, Bd. I, 1957², Art. 6, Anm. III 3, gingen deshalb noch davon aus, daß sich Art. 6 I GG auf die Gestaltung des objektiven Rechts beschränke. Zur Anerkennung des Art. 6 I GG als subjektives Recht des einzelnen vgl. *Pirson*, in: *Bonner Kommentar* (Anm. 1), Rdnrn. 89ff.

Anspruch, auch die Jugenderziehung zu bestimmen, an seine menschenzüchterischen Ideen und an rassistische Heiratsverbote durch die sogenannte Blutschutzgesetzgebung⁹². Dem Grundrecht kommt indessen keine nur historische Bedeutung zu. Jeder Mensch im heiratsfähigen Alter hat ein Recht, eine Ehe einzugehen und eine Familie zu gründen⁹³. Vor diesem Recht hatten die früher verbreiteten Zölibatsklauseln im Beamtenrecht⁹⁴ und im Arbeitsrecht⁹⁵ sowie Heiratswegfallklauseln im Sozialrecht⁹⁶ keinen Bestand. Das Recht der Kinder, von den leiblichen Eltern erzogen zu werden, und deren Recht, ohne Belehrung von öffentlichen Erziehungshelfern das Familienleben gestalten zu können, ist jedoch auch unter dem Grundgesetz gefährdet. Das zeigen die familienauflösenden Tendenzen des Zweiten Familienberichts der Bundesregierung (1975)⁹⁷, die schließlich nicht verwirklichten Pläne zur Reform des Jugendwohlfahrtsrechts⁹⁸ und die Reform des Rechts der elterlichen Sorge⁹⁹.

⁹² BVerfGE 6, 55 (71); *E.M.v.Münch*, in: GG-Kommentar (Anm. 39), Rdn. 8.

⁹³ BVerfGE 29, 166 (175) sowie BVerfGE 31, 58 (67), (zum Fall der Eheschließung eines Spaniers mit einer geschiedenen Deutschen). Zur Problematik der Eheschließungsfreiheit bei Ausländerehen allgemein *E.M.v.Münch*, a.a.O. (Anm. 39), Rdn. 9a; zu dem Verbot normativer Behinderung des Zugangs zur Ehe *Pirson*, in: Bonner Kommentar (Anm. 1), Rdnrn. 38ff.

⁹⁴ BVerwGE 14, 21 (27ff.).

⁹⁵ BAGE 4, 274 (279f.). Die Kündigung der Leiterin eines katholischen Kindergartens wegen der standesamtlichen Eheschließung mit einem nicht laiierten Priester ist allerdings ungeachtet des Art. 6 I GG mit Rücksicht auf das ebenfalls verfassungsrechtlich gewährleistete Selbstbestimmungsrecht der Kirchen und Religionsgemeinschaften (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 III WRV) sozial gerechtfertigt: BAGE 33, 14 (25).

⁹⁶ Die Ausgestaltung des Sozialrechts darf die Bereitschaft zur Eheschließung nicht gefährden: BVerfGE 28, 324 (347, 361); 29, 57 (66f.); 29, 71 (78f.); *Rüfner*, Sozialrecht und nichteheliche Lebensgemeinschaft (Anm. 54), S. 91f.; *ders.*, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft im Sozialrecht (Anm. 56), S. 591 (am Beispiel des BAFöG). Zu den Heiratswegfallklauseln *Pirson*, in: Bonner Kommentar (Anm. 1), Rdn. 45.

⁹⁷ BT-Drucks. 7/3502.

⁹⁸ Dazu *Lecheler*, a.a.O. (Anm. 62), S. 7f. m.w.N.

⁹⁹ Der Versuch, die elterliche Sorge juristisch als Problem der Kindesemanzipation zu begreifen, geht an der Sache vorbei. Der Gesetzgeber hat in der endgültigen Fassung darauf auch im wesentlichen verzichtet: *Diederichsen*, Die Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge, NJW 1980, 1 (10f.), unter Bezugnahme auf *dens.*, Zur Reform des Eltern-Kind-Verhältnisses, FamRZ 1978, 461ff. Zum Funktionsvorbehalt für die Familie *Pirson*, in: Bonner Kommentar (Anm. 1), Rdnrn. 85ff. Kritisch zu den Reformplänen der sozialliberalen Koalition *Lecheler*, a.a.O. (Anm. 62), S. 7; *Geiger*, a.a.O. (Anm. 31), S. 18ff. Eine bewußt familienunabhängige Förderung in den einschlägigen Bereichen der materiellen und der immateriellen Lebenshilfe wäre im Blick auf Art. 6 I GG problematisch: *Pirson*, Art. „Ehe und Familie“ (Anm. 88), Sp. 1836.

10. Art. 6 I GG als soziales Grundrecht – Rechtliche Unterschiede zwischen erster und zweiter Ehe

Unter den Grundrechten bildet Art. 6 I GG insofern einen Sonderfall¹⁰⁰, als er ein soziales Grundrecht ist. Die bekannte Problematik dieser Kategorie tritt hier alsbald zutage: Die Ausfüllung von sozialen Grundrechten erfolgt durch den Gesetzgeber. Dieser genießt dabei einen breiten Gestaltungsspielraum, der verfassungsgerichtlich kaum zu kontrollieren ist¹⁰¹.

Als soziales Grundrecht vermittelt Art. 6 I GG für Ehe und Familie einen Anspruch auf Schutz und Förderung. Negativ sollen sie nicht geschädigt oder sonst beeinträchtigt werden¹⁰². Im allgemeinen hat das Bundesverfassungsgericht Eheleute und Familien davor bewahrt, zu ihrem Nachteil als wirtschaftliche Einheit angesehen zu werden¹⁰³. Die Förderungspflicht hat in der Rechtsprechung des Gerichts freilich keine ausreichende Konkretisierung erfahren. Niemals hat das Bundesverfassungsgericht die positive Förderungspflicht des Staates verletzt gesehen. Wo es eine tatsächliche Förderung feststellte, hat es alsbald relativierend bemerkt, diese Förderung sei verfassungsrechtlich keineswegs geboten, könne also auch eingeschränkt oder aufgehoben werden. Im übrigen sieht es die Pflicht zum Familienlastenausgleich schon dadurch als erfüllt an, daß der Staat ein Schul-, Bildungs- und Ausbildungssystem aus Haushaltsmitteln vorhalte und Leistungen nach dem Bundesausbildungsförderungsgesetz vorsehe, ohne die Eltern stärker zu den Kosten heranzuziehen als andere Steuerzahler¹⁰⁴. Das Gericht vermag der Schutz- und Förderungspflicht des Staates keinen Anspruch für Ehe und Familie auf Meistbegünstigung zu entnehmen¹⁰⁵. Dem Art. 6 I GG hat die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts insoweit keine Dynamik zu verleihen vermocht. Der staatliche Förderungsauftrag wurde nicht entfaltet.

¹⁰⁰ Darauf wurde bereits im Parlamentarischen Rat hingewiesen: *v. Doemming/Füsslein/Matz*, a.a.O. (Anm. 18), S. 94.

¹⁰¹ BVerfGE 21, 1 (6); 43, 108 (123f.); 48, 346 (366); 55, 114 (127).

¹⁰² BVerfGE 6, 386 (388). Zur normativen Beeinträchtigung der Funktion der Familie vgl. *Pirson*, in: Bonner Kommentar (Anm. 1), Rdnrn. 51ff.

¹⁰³ *P. Krause*, Der Schutz von Ehe und Familie (Anm. 12), S. 30.

¹⁰⁴ BVerfGE 43, 108 (121); ebenso BSGE 45, 89 (92). Die Kostenfreiheit der Schulbildung usw. verbessert freilich nicht die Lage der Familien im Verhältnis zu den Kinderlosen, da diese solche Ausgaben auch nicht zu tragen haben.

¹⁰⁵ BVerfGE 14, 34 (40); 23, 74 (84). Noch weiter geht BSGE 35, 35 (38) unter Berufung auf zahlreiche Entscheidungen des BVerfG: „..., wo der Staat lediglich fördert und hilft, ... müssen Ehegatten nicht immer und in jedem Zusammenhang ebenso viel erhalten wie Ledige. Vielmehr darf der Leistungsumfang einer durch die Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft geminderten Bedürftigkeit angepaßt werden.“

Konkrete Ansprüche lassen sich aus Art. 6 I GG nicht herleiten. Ansätze zur Entfaltung einer sozialen Schutzfunktion gibt es immerhin. Das Bundesverfassungsgericht gründet sie aber in der Regel nicht auf Art. 6 I GG¹⁰⁶, und es nimmt im gleichen Atemzug zurück, was es gegeben hat: Die Schutzpflicht gehe nicht so weit, daß der Staat gehalten wäre, jegliche die Familie treffende Lasten auszugleichen. Größere Bedeutung hat die Schutzpflicht des Staates lediglich in Verbindung mit dem Gleichheitssatz gewonnen. Überhaupt neigt das Gericht dazu, Art. 6 I GG primär als Diskriminierungsverbot zu verstehen. In wichtigen Entscheidungen hat es diesen nur sekundär als besonderen Gleichheitssatz herangezogen oder sich auf die Feststellung beschränkt, in dem umstrittenen Fall liege jedenfalls keine verbotene Diskriminierung vor¹⁰⁷.

Das Bundesverfassungsgericht hat das Lob der Ehe vielfach gesungen und ihr Recht in zahlreichen Entscheidungen konkretisiert. Seine Rechtsprechung hat freilich auch zu einem Regime von Ehen erster und zweiter Klasse geführt.

Alle Ehen sind vor dem Gesetz gleich. Alle erfreuen sich gleichermaßen des unterschiedslosen Schutzes der staatlichen Gemeinschaft. Alle Ehegatten genießen das gleiche Recht, ihre Ehe nach eigenen Vorstellungen einzurichten und beispielsweise Lasten und Pflichten des gemeinschaftlichen Haushalts untereinander aufzuteilen. Neben das Recht auf Eingehung einer Ehe tritt also das auf individuelle Gestaltung derselben. Der Gesetzgeber soll in diese Interna möglichst nicht eingreifen¹⁰⁸.

Hier treten nun in partikularen Rettungsaktionen des Bundesverfassungsgerichts zwei widersprüchliche Seiten des geltenden Eherechts hervor, die seine Konzeptionslosigkeit deutlich erkennen lassen: „Der Schutz, den die erste Ehe nachträglich bekommt, widerspricht der Leichtigkeit, mit der sie durch jederzeitige Scheidung aufgrund auch nur einseitiger Zerrüttung quasi zur bloßen Versuchsehe abgewertet werden kann.“¹⁰⁹ Einerseits läßt also die praktisch

¹⁰⁶ Vgl. die geflüssentliche Betonung, daß der verfassungsrechtliche Schutz von Ehe und Familie nicht allein durch steuerliche Entlastung erfolgen müsse: BVerfGE 43, 108 (121). Dem entspricht die Ablehnung, die Kosten für die Erstanschaffung einer Wohnungseinrichtung von Ehepaaren oder Hausgehilfinnenkosten steuerlich absetzen zu dürfen: BVerfGE 21, 1 (5); 47, 1 (19).

¹⁰⁷ Nachweise dazu bei *P. Krause*, Der Schutz von Ehe und Familie (Anm. 12), S. 30ff.; zu Art. 6 I GG als Maßstab für die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes (Art. 3 I GG) aus der Lit. *Pirson*, in: Bonner Kommentar (Anm. 1), Rdnrn. 80ff.

¹⁰⁸ BVerfGE 39, 169 (183); st. Rspr., zuletzt BVerfGE 66, 84 (94); 68, 256 (268).

¹⁰⁹ *Diederichsen*, Anmerkung zu dem Beschluß des BVerfG vom 14.11.1984 (BVerfGE 68, 256ff.), JZ 1985, 790 (792).

nicht mehr beschränkte Scheidungsfreiheit den Eindruck entstehen, daß der Eheschutz des Art. 6 I GG durch das Selbstverwirklichungsrecht der Ehegatten (Art. 2 I GG) um seine Bedeutung gebracht sei. Genießt der Bürger bei Eingehung der Ehe nicht das Grundrecht auf Fehlentscheidung und Nachbesserung bei der Gattenwahl? Die stets mögliche Auflösung der Ehe¹¹⁰ läßt beinahe fragen, ob diese überhaupt noch ein geschütztes Rechtsgut ist. Andererseits räumt das Bundesverfassungsgericht auf dem Umweg über das Unterhaltsrecht der ersten Ehe einen Vorrang ein. Das wird an dem Punkte deutlich, an dem das Gericht über die Konkurrenz von Ansprüchen aus zeitlich nacheinander bestehenden Ehen entscheiden muß. Hier bleibt wenig davon übrig, „daß jede Ehe vor der Rechtsordnung gleichen Rang hat ..., sei sie von den Partnern als Erstehe oder nach einer Ehescheidung geschlossen“¹¹¹. Tatsächlich ist die Freiheit der zweiten Ehe erheblich eingeschränkt. Sie bietet wegen der mit der Auflösung der ersten Ehe möglicherweise verbundenen wirtschaftlichen Lasten keinen wirtschaftlichen Schutz mehr. Die geschiedenen Ehegatten setzen ihre frühere Rechtsbeziehung nach einer ironischen Formulierung als „Unterhaltsehe“¹¹² fort. Hierüber läßt das Bundesverfassungsgericht den Schutz des Grundgesetzes strahlen, obwohl eine Ehe gerade nicht mehr besteht.

Das zeigt die einschlägige Rechtsprechung im einzelnen: Der Anspruch auf den sogenannten Aufstockungsunterhalt (§ 1573 II BGB)¹¹³ läßt den Ehegatten der geschiedenen Ehe an den Erträgen der laufenden Erwerbstätigkeit des neu verheirateten Staatsbürgers weiterhin Anteil haben. Dieser Anspruch bestand bis zum 1. April 1986 prinzipiell unbegrenzt¹¹⁴, und seine Versagung war selbst bei schweren Eheilloyalitäten des so Versorgten umstritten¹¹⁵. In den

¹¹⁰ BVerfGE 53, 224 (248f.).

¹¹¹ BVerfGE 66, 84 (93); ebenso BVerfGE 68, 256 (267f.).

¹¹² *Holzhauser*, Die Neuregelung des Unterhalts Geschiedener, JZ 1977, 73.

¹¹³ Dazu BVerfGE 57, 361 (389f.).

¹¹⁴ Durch das Gesetz zur Änderung unterhaltsrechtlicher, verfahrensrechtlicher und anderer Vorschriften vom 20.2.1986 (BGBl. I, S. 301) ist nun eine zeitliche Begrenzung des Aufstockungsunterhalts möglich geworden (§ 1573 V BGB). Daß eine möglicherweise lebenslange Belastung des Unterhaltsverpflichteten mit dem Grundgedanken des Unterhaltsrechts unter Geschiedenen, wonach nur der Bedürftige Anspruch auf Unterhalt haben soll, „schwerlich vereinbar“ war, wird jetzt selbst von der amtl. Begründung zu der Gesetzesänderung zugegeben: BT-Drucks. 10/2888, S. 18.

¹¹⁵ Die bisherige Formulierung des § 1579 I BGB war in der Öffentlichkeit vielfach dahingehend mißverstanden worden, daß sich ein Ehegatte nahezu jedes Fehlverhalten erlauben könne, ohne seinen Unterhaltsanspruch zu gefährden. Das Gesetz zur Änderung unterhaltsrechtlicher, verfahrensrechtlicher und anderer Vorschriften (Anm. 114) hat jetzt in § 1579 Nr. 6 BGB die Grundsätze

sogenannten Mangelfällen¹¹⁶ hat das Bundesverfassungsgericht den Vorrang des früheren Ehegatten vor dem neuen Partner des Unterhaltsschuldners (§ 1582 I S. 2 BGB) als verfassungsrechtlich unbedenklich angesehen. Die alte, nicht mehr bestehende Ehe behauptet ihren Vorrang also sogar dann, wenn sie mit der neuen Ehe in bezug auf die Pflege- und Betreuungsbedürftigkeit von Kindern völlig gleichsteht¹¹⁷. Der Versorgungsausgleich schmälert, ja nimmt dem neuen Ehegatten womöglich ganz die Versorgungsmöglichkeit, die die Ehe gemeinhin bietet¹¹⁸. Obwohl der zweite Ehegatte des Ausgleichsschuldners auf die Altersversorgung in höherem Maße angewiesen sein kann als der frühere, hat das Gericht auch den schuldrechtlichen Versorgungsausgleich passieren lassen¹¹⁹.

Den vorläufigen Abschluß bildet die Entscheidung vom 14.11.1984¹²⁰. Um nicht der notorischen Unlust des Menschen Vorschub zu leisten, seinen Verpflichtungen nachzukommen, hat das Bundesverfassungsgericht hier die Rechtsprechung der Zivilgerichte bestätigt. Es handelt sich um Fälle, in denen Ehegatten ihre eigenen Verpflichtungen aus vorangegangenen Tun, nämlich aus Eheschluß und Kinderzeugung, durch Verzicht auf eine Erwerbstätigkeit in der neuen Ehe abzuschütteln versuchen. Die Zivilgerichte haben in solchen Fällen eine Obliegenheit zur Aufnahme einer zumutbaren Erwerbstätigkeit angenommen¹²¹, so daß in Korrektur des Gesetzeswortlauts ein eigenes Einkommen des Unterhaltsverpflichteten fingiert wird¹²². In den vom Bundesverfassungsgericht zusammen entschiedenen Fällen versuchten sich die Beschwerdeführer unter Berufung auf ihr Recht zur Selbstverwirklichung und den Familienschutzartikel des Grundgesetzes ihren Pflichten zu entziehen. In einem Fall wollte eine finan-

der dazu vom BGH entwickelten Rechtsprechung in Gesetzesform gegossen und klargestellt, daß der Unterhalt zu versagen, herabzusetzen oder zeitlich zu begrenzen ist, wenn dem Unterhaltsberechtigten ein „offensichtlich schwerwiegendes, eindeutig bei ihm liegendes Fehlverhalten gegen den Verpflichteten zur Last fällt“; vgl. die amtl. Begründung, a.a.O. (Anm. 114), S. 19f.

¹¹⁶ Sowohl der geschiedene als auch der neue Ehegatte hat Kinder zu betreiben, und die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen reicht nicht zur Befriedigung des Mindestbedarfs der Unterhaltsberechtigten aus.

¹¹⁷ BVerfGE 66, 84 (94ff.).

¹¹⁸ Dennoch vermag das BVerfG keine Beeinträchtigung der Eheschließungsfreiheit zu erkennen: BVerfGE 53, 257 (299).

¹¹⁹ Ebd., S. 309.

¹²⁰ BVerfGE 68, 256 (268); dazu *Diederichsen*, Urteilsanmerkung (Anm. 108), S. 790ff.

¹²¹ Grundlegend BGHZ 75, 272 (275); nach der Entscheidung des BVerfG bestätigend BGH, NJW 1986, 1869.

¹²² Dazu BGH, NJW 1980, 934 (935); Einzelheiten bei *Diederichsen*, in: *Palandt*, BGB, 1986⁴⁵, § 1603, Anm. 2c.

ziell gutgestellte Mutter nichts mehr von ihren drei Kindern aus erster Ehe wissen. Im zweiten Fall schied ein wiederverheirateter Verwaltungsbeamter aus dem Dienst aus, um in der neuen Ehe Hausmann zu werden und so für die Kinder aus erster Ehe mangels Mitteln keinen Unterhalt mehr leisten zu müssen.

Mit der Billigung des fiktiven Arbeitseinkommens des Wiederverheirateten hat das Bundesverfassungsgericht den Eheleuten der Zweitehe im Interesse der aus der Erstehe stammenden Kinder nunmehr die Wahl zwischen Haushaltsführungs- und Doppelverdienerehe genommen. Nur in der ersten Ehe sind die Ehegatten noch frei zu entscheiden, ob beide verdienen wollen oder einer von beiden sich ganz dem Haushalt widmet. Von dem Recht der Ehegatten, in gleichberechtigter Partnerschaft¹²³ ihre persönliche und wirtschaftliche Lebensführung¹²⁴ selbst bestimmen, die Aufgaben in der Ehe unter sich in freier Entscheidung verteilen zu können¹²⁵, kurz: von dem verfassungsrechtlich geschützten Selbstbestimmungsrecht der Ehegatten in ihren finanziellen Beziehungen untereinander¹²⁶, bleibt nach der Rechtsprechung in der zweiten Ehe wenig, möglicherweise nichts übrig.

Warum diese Einzelheiten der sehr speziellen Versorgungsfragen? Jede Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts für sich genommen erscheint vertretbar. Das Gesamtbild, das die Rechtsprechung abgibt, ist gleichwohl wenig überzeugend. Es erweckt den Eindruck, daß das Gericht mit der Entscheidung in Details die Kernfrage selbst aus den Augen verloren hat. Was Kritik hervorruft, ist das unvermittelte Nebeneinander der zwei Aspekte des Eherechts und der Ehwirklichkeit. Einerseits erscheinen die „uneingeschränkte Scheidungsfreiheit und die zeitlich gestreckte Polygamie des modernen Eherechts ... als extremer Ausdruck des in Art. 2 I GG angelegten Selbstverwirklichungsgedankens“¹²⁷. Andererseits leuchtet die Einschränkung der Handlungsfreiheit durch vorangegangenes Tun jedermann ein. Es ist richtig, daß den Menschen wenigstens in der Versorgungsfrage noch erlebbar wird, daß Ehe und Kinderzeugung eine ernste Angelegenheit sind, die man nicht wie ein altes Gewand ablegen kann. Unterhaltsansprüche der ersten Ehefrau und der Kinder aus erster Ehe sind „Rechte anderer“. Es gibt kein plastischeres Beispiel für die Selbstbeschränkung eigener Freiheit durch übernommene Verpflichtungen. Unterhaltspflichten, die aus eigenem Tun herrühren, gehören in ihrer Verpflichtungsintensität zu dem von *Starck* einprägsam so ge-

¹²³ BVerfGE 42, 64 (77).

¹²⁴ BVerfGE 53, 257 (296f.).

¹²⁵ BVerfGE 39, 169 (183); 48, 327 (338).

¹²⁶ BVerfGE 60, 329 (339); 61, 319 (347).

¹²⁷ *Diederichsen*, Urteilsanmerkung (Anm. 108), S. 791.

nannten „Urgestein des Menschenrechtsgedankens“¹²⁸. Wer Unterhaltsverpflichtungen zu erfüllen hat, ist im Spielraum für die Gestaltung seines weiteren Lebens eingeschränkt.

Das Bundesverfassungsgericht übergeht mit seiner Billigung des fiktiven Arbeitseinkommens jedoch den tatsächlichen Aspekt, daß es wirtschaftlich für die meisten Bundesbürger nicht möglich ist, mehrere Ehen in gleicher Weise einzugehen und den Angehörigen beider Ehen ihr Recht wenigstens finanziell zukommen zu lassen. Das neue Eherecht ging schnell an der Wirklichkeit vorbei auf Ehevorstellungen aus dem gesellschaftswissenschaftlichen Bereich ein. Dazu gehört die Erwartung, daß jeder geschiedene Ehegatte für sich sorgen müsse, aber auch könne. Der Arbeitsmarkt bietet aber für ältere geschiedene Frauen wenig Chancen. Ob es zulässig ist, ein Arbeitseinkommen selbst dann noch zu fingieren, wenn Arbeitsunwilligkeit auf Grund struktureller Schwäche des Arbeitsmarktes in echte Arbeitslosigkeit umschlägt, ist eine offene Frage¹²⁹. In der Wirklichkeit gibt es dadurch Ehen erster und zweiter Klasse. Sie strafen hohe Sätze des Gerichts von der Gleichheit der Ehe vor dem Recht Lügen.

11. Art. 6 I GG als wertentscheidende Grundsatznorm

Art. 6 I GG ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts schließlich auch eine wertentscheidende Grundsatznorm für die gesamte Rechtsordnung, die dem gesetzgeberischen Ermessen Grenzen setzt¹³⁰. Was darunter zu verstehen ist, war von Anfang an umstritten. Darauf deutet schon im Parlamentarischen Rat die freimütige Äußerung von *Theodor Heuss* hin, man habe der Aufnahme des Familienschutzartikels zugestimmt, aber: „Wir sehen nur nicht ganz deutlich, was man sich unter dem Schutz der Familie durch die Verfassung vorstellen mag.“¹³¹ Auf dieser Linie der Ratlosigkeit liegt es auch, wenn eine eindeutig bestimmbare Antwort auf die Frage vermißt wird, unter welchen Aspekten die Verfassung Ehe und Familie schütze¹³². In der Praxis war der Schutz nicht so schwierig. Es entsprach deutscher Rechtstradition, Ehe und Familie auf mancherlei Weise zu fördern.

¹²⁸ *Starck*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, Das Bonner Grundgesetz, 1985³, Art. 2, Rdn. 21.

¹²⁹ *Diederichsen*, Urteilsanmerkung (Anm. 108), S. 792.

¹³⁰ Grundlegend BVerfGE 6, 55 (72).

¹³¹ Parlamentarischer Rat, Verhandlungen des Hauptausschusses, S. 247.

¹³² Nach *Pirson*, in: Bonner Kommentar (Anm. 1), Rdn. 2, ist die Garantie „ohne besondere Aussagekraft“. *Pirson* ist, soweit ich sehe, der einzige Autor, der den Gehalt des „besonderen Schutzes“ untersucht, den die Verfassung für Ehe und Familie gewährt. Er kommt zu dem Ergebnis, daß der

12. Die Benachteiligung der Familie im Steuerrecht

Wenn ich vom Steuerrecht und dem Sozialrecht mehr verstünde, wenn ich *Kirchhof*¹³³ oder *Krause*¹³⁴ wäre, wäre jetzt der Augenblick für den Hinweis gekommen, daß der zeitliche Rahmen es leider nicht erlaubt, Subtilitäten steuerrechtlicher und versorgungsrechtlicher Art auszubreiten. Unter dem speziellen Gesichtspunkt des verfassungsrechtlich gebotenen Schutzes von Ehe und Familie deshalb nur folgende Bemerkungen:

„Das Postulat familiengerechter Besteuerung ist ein wesentlicher Anwendungsfall des Art. 6 GG, eine Bewährungsprobe rechtsstaatlicher Gleichheit, eine Herausforderung für die Sozialstaatlichkeit.“¹³⁵ Wie besteht das Steuerrecht diese Bewährungsprobe?

Das Steuerrecht leidet daran, daß es Ehe und Familie als Einheit nicht in den Blick bekommt und deshalb der wertentscheidenden Grundsatznorm des Art. 6 I GG nicht angemessen zu entsprechen vermag. Es ist mit dem Grundsatz der Individualbesteuerung auf die Leistungsfähigkeit des einzelnen hin angelegt¹³⁶. Ein Rest von Anerkennung der Familie als solcher war bis 1957 in der Haushaltsbesteuerung übriggeblieben. Das Bundesverfassungsgericht hob ihn als störenden Eingriff in die Ehe auf¹³⁷. An seine Stelle trat das Splittingverfahren¹³⁸. Dieses hat die Individualbesteuerung von Ehegatten angemess-

„besondere Schutz“ als Institution des Staatsrechts unbekannt sei. Zur Problematik eines besonderen verfassungsrechtlichen Schutzes, der keine individuellen Berechtigungen begründet, vgl. jüngst *Rauschnig*, Aufnahme einer Staatszielbestimmung über Umweltschutz in das Grundgesetz?, DÖV 1986, 489 (493).

¹³³ *P.Kirchhof*, a.a.O. (Anm. 1).

¹³⁴ *P.Krause*, in: Essener Gespräche (Anm. 1).

¹³⁵ *P.Kirchhof*, a.a.O. (Anm. 1), S. 122.

¹³⁶ Vgl. BVerfGE 61, 319 (344) m.w.N. Der Grundsatz der Individualbesteuerung entspricht in bezug auf Ehe und Familie aber nicht der Wertung des Art. 6 I GG. Wo mehrere Personen aus einem Topf wirtschaften, ist er vielmehr modifikationsbedürftig: „In der Sicht des Art. 6 GG hätte man erwartet, daß das Einkommensteuerrecht die Familie zumindest ebenso wie die Körperschaft als Gruppe besteuert.“, so *P.Kirchhof*, a.a.O. (Anm. 1), S. 123.

¹³⁷ BVerfGE 6, 55 (77ff.).

¹³⁸ Gem. § 26b EStG werden die Ehegatten gemeinsam zur Einkommensteuer veranlagt. Die tarifliche Einkommensteuer beträgt dann gem. § 32a V EStG das Zweifache des Steuerbetrages, der sich für die Hälfte des gemeinsam zu versteuernden Einkommens ergibt. Dadurch ist eine Benachteiligung des Steuerpflichtigen durch Eingehung der Ehe bei progressiver Einkommensteuer nicht mehr zu befürchten. Dieses Verfahren entspricht dem Grundsatz der Besteuerung nach Leistungsfähigkeit. Es geht aber zutreffend davon aus, daß zusammenlebende Ehegatten eine Gemeinschaft auch des Erwerbs und des Verbrauchs bilden. Das Splittingverfahren, so das BVerfG, ist „keine beliebig veränderbare Steuer-Vergünstigung“, sondern ... eine an dem Schutzgebot des Art. 6 Abs. 1 GG ... orientierte sachgerechte Besteuerung“: BVerfGE 61, 319 (347).

sen modifiziert, zeigt aber Schwächen. Infolge seiner Orientierung an der individuellen Leistungsfähigkeit konnte es auf Familien mit Kindern und Halbfamilien nicht ausgedehnt werden¹³⁹.

Für die Verheirateten ist mit dem Ehegattensplitting der von der Verfassung gebotene Schutz durch Begünstigung und Bevorzugung erreicht¹⁴⁰. Hervorzuheben ist die damit erfolgte Anerkennung der nichtberufstätigen Ehefrau als Hausfrau und Mutter¹⁴¹. Der verschiedentlich geforderten Umverteilung¹⁴² der steuerlichen Entlastung von der Ehe auf die Familie sind Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht¹⁴³ nicht nachgekommen. Das Ausbleiben anderer familienfördernder Maßnahmen hat jedoch zur Folge, daß sich die einseitige Förderung nur der Ehe ohne Rücksicht auf die Kinderzahl gegen die Familie auswirkt. Ehepaare, die willentlich auf Nachkommenschaft verzichten, werden dadurch spürbar begünstigt im Verhältnis zu kinderreichen Familien. Das läßt sich mit der Garantie des Art. 6 I GG nicht vereinbaren¹⁴⁴.

¹³⁹ Im Blick auf Halbfamilien, z.B. den verwitweten Vater, der in den der Entscheidung BVerfGE 61, 319ff. zugrundeliegenden Verfahren einer der Beschwerdeführer war, schloß das Gericht das Splitting auf die Kopfzahl der Familie aus, weil zwischen dem alleinigen Elternteil und den Kindern weder wirtschaftlich noch familienrechtlich eine Gemeinschaft des Erwerbs bestehe. Aus diesem Grunde gebe es keine anteilige Teilhabe am Familieneinkommen. Es bestehe lediglich ein Unterhaltsverhältnis, in dem eine partnerschaftliche Entscheidung für die familiäre Aufgabenteilung von vornherein nicht in Betracht komme: BVerfGE 61, 319 (348).

¹⁴⁰ Eheschutz und Familienschutz gehören aber zusammen; a.A. *E.M.v. Münch*, in: GG-Kommentar (Anm. 39), Rdn. 2a; *I.v.Münch*, Wandel familiärer Lebensmuster (Anm. 48), S. 82. Die Ehe ist allerdings auch ohne Kinder durch Art. 6 I GG geschützt und förderungswürdig. Die These von *Zeidler*, a.a.O. (Anm. 1), S. 602, daß die Lebensführung einer kinderlosen Ehefrau keinesfalls förderungswürdig sei, mag unter dem Gesichtspunkt des Mutterschutzes, des Sozialstaatsgedankens o.ä. vertreten werden. Art. 6 I GG allerdings erklärt das Gegenteil. Auch das Steuersystem muß entgegen *Zeidler* nicht nur den Schutz der Familie und das Sozialstaatsprinzip ernst nehmen, sondern auch den verfassungsrechtlichen Schutz der Ehe. Es darf sich deshalb nicht von der Orientierung an der Ehe lösen, sondern es muß die mutterschutzrechtlichen und ähnliche Gesichtspunkte mit dem Schutz der Ehe in einen schonenden Ausgleich bringen.

¹⁴¹ BVerfGE 61, 319 (346).

¹⁴² z.B. bei *Zeidler*, a.a.O. (Anm. 1), S. 597.

¹⁴³ 1964 hat das BVerfG die Zusammenrechnung der Einkünfte von Haushaltsvorstand und Kindern ohne einen besonderen Steuertarif wegen der damit verbundenen Progressionswirkung als Benachteiligung der Familie angesehen und für verfassungswidrig erklärt: BVerfGE 18, 97 (105f.). Aus der Nichtigkeit des § 27 EStG 1951 folgte der Gesetzgeber anders als bei der Ehegattenbesteuerung aber keine konzeptionell neue Regelung.

¹⁴⁴ *P.Kirchhof*, a.a.O. (Anm. 1), S. 124; *Lecheler*, Verfassungsgarantie und sozialer Wandel, DVBl. 1986, 905 (911).

Art. 6 I GG sollte die selbstfinanzierte Ehe und Familie stützen. Familienbedingte Aufwendungen müssen aus dem versteuerten Einkommen bezahlt werden, während zahlreiche Aufwendungen nicht-familiärer Art steuerlich begünstigt werden. Im Gestrüpp der Steuerabzugstatbestände liegt eine der umstrittenen Fragen des Einkommensteuerrechts. Das Steuerrecht begünstigt Aufwendungen zur Sicherung der Erwerbsgrundlage, nicht aber in gleichem Maße Ausgaben zur Sicherung der Existenz der Familie. Grundsätzlich kann der Steuerpflichtige seine steuerpflichtigen Einnahmen nach eigenem Ermessen dadurch mindern, daß er betrieblichen Aufwand treibt und Werbungskosten entstehen läßt. Existenzsichernde Aufwendungen im Rahmen der Familienfürsorge werden hingegen nur nach gesetzlich definierten Teilbeträgen angerechnet. Das liegt gewiß in fiskalischem Interesse, steht aber in Spannung zum Auftrag des Grundgesetzes. Die wirtschaftliche Belastung durch Unterhaltsverpflichtungen gegenüber Kindern beeinträchtigt die Leistungsfähigkeit der Eltern. Der Staat muß aber gewährleisten, daß Eltern ihren gesetzlichen Pflichten bei der Pflege und Erziehung ihrer Kinder nachkommen können. Die Berücksichtigung des Art. 6 I GG erfordert daher, die Steuer nach dem verfügbaren Einkommen zu berechnen, also nicht die Einkünfte, sondern das um die existenzsichernden Aufwendungen geminderte Einkommen zu belasten. Der Gesetzgeber darf die durch Unterhaltsverpflichtungen gegenüber Kindern entstehenden wirtschaftlichen Belastungen nicht außer acht lassen¹⁴⁵. Dementsprechend müssen die steuerrechtlichen Normen bei größeren Familien mit einem verdienenden Familienmitglied anders ausgestaltet sein als bei kinderlosen oder bei doppelt verdienenden Ehepaaren.

Eine dem Gebot des Art. 6 I GG entsprechende Entlastung findet nicht statt. Die Belastung eines einkommensteuerpflichtigen Unterhaltsschuldners wird durch die Freibeträge¹⁴⁶ nicht ausgeglichen, selbst wenn man die Kindergeldzahlung einbezieht. Dies gilt um so mehr, als die Freibeträge keine absoluten Begünstigungen in Höhe ihrer Nennbeträge darstellen, sondern sich je nach Höhe der Einkommensteuerprogression lediglich steuerermäßigend auswirken. Die möglichen Abzüge sind nicht ausreichend. Die gegenwärtige Begrenzung der Berücksichtigung von Unterhaltsverpflichtungen gegenüber Kindern ist realitätsfremd¹⁴⁷. Dies zeigt der Vergleich mit den Beträ-

¹⁴⁵ BVerfGE 43, 108 (120); 61, 319 (344); *Pirson*, in: Bonner Kommentar (Anm. 1), Rdn. 74.

¹⁴⁶ Kinderfreibetrag (§ 32 VI EStG), Ausbildungsfreibetrag (§ 33a II EStG).

¹⁴⁷ FG Bremen, NJW 1986, 745 (746); an der Verfassungsmäßigkeit zweifelnd auch *Drenseck*, in: *L.Schmidt* (Hrsg.), EStG, 1986⁵, § 33a, Anm. 2e. An Hand des Kriteriums der Realitätsfremdheit ist nach der Rechtsprechung des

gen, die das Vollstreckungsrecht zum Schutz gegen den Zugriff eines privaten Gläubigers voraussetzt¹⁴⁸, die das Sozialhilferecht den Nichtverdienenden gewährt¹⁴⁹, die bei der Ausbildungsförderung zugrundegelegt werden¹⁵⁰ oder die die sogenannte „Düsseldorfer Tabelle“ für private Unterhaltsansprüche definiert¹⁵¹. Diese Beträge sind wesentlich höher, ebenso wie der Grundfreibetrag gemäß § 32 a I EStG¹⁵². Die Berücksichtigung der Unterhaltsaufwendungen für Kinder erreicht also nicht einmal den Betrag, der nach anderweitigen Regelungen das Existenzminimum markiert. Der Sozialstaat beläßt einem Verdienenden nicht einmal das an Selbsthilfefähigkeit, was er den Nichtverdienenden zu Lasten der Allgemeinheit gewährt¹⁵³. Im übrigen ist schon der Begriff des Familienlastenausgleichs verräterisch. Er erinnert an den Lastenausgleich nach dem Kriege. Ist die Familie also ein ähnliches, schicksalhaft erlebtes Unglück? „Aus der Familie ist die ‚Last‘ geworden, aus der steuerlichen Anerkennung des Willens zur selbstfinanzierten Familie ein subventionsähnlicher Ausgleichstatbestand.“¹⁵⁴

Hoffnungen auf einen der Intention des Art. 6 I GG entsprechenden vollen Ausgleich der erhöhten Aufwendungen für Kinder weckt die – wegen der Hervorhebung atypischer Familiensituationen allerdings auch nicht unproblematische – Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. In seinem Urteil vom 3.11.1982 hat es anerkannt,

BVerfG die Verfassungsmäßigkeit einer Begrenzung der Berücksichtigung von Unterhaltsverpflichtungen zu bestimmen: BVerfGE 66, 214 (223); 67, 290 (297). Wesentliche Anhaltspunkte liefern dabei das Sozialhilferecht und der Grundfreibetrag gem. § 32a I EStG, aus dem sich die Höhe des steuerfreien Existenzminimums ablesen läßt: BVerfGE 66, 214 (224f.); 67, 290 (298). Zu den realitätsgerechten Grenzen für die steuerliche Berücksichtigung von Unterhaltsaufwendungen vgl. *Bühler*, Sind der Kinderfreibetrag und Ausbildungsfreibetrag für 1984 und 1985 realitätsgerecht im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts?, BB 1986, 173ff.

¹⁴⁸ Die Pfändungsgrenze für Arbeitseinkommen gem. § 850c I ZPO liegt z.Z. bei 754 DM monatlich.

¹⁴⁹ Unter Berücksichtigung der §§ 1 I, II; 12 I, II BSHG sowie der §§ 1 und 2 I Regelsatz VO betragen die Unterhaltsaufwendungen für ein in der Ausbildung befindliches Kind über 18 Jahren bei auswärtiger Unterbringung monatlich knapp 800 DM.

¹⁵⁰ Der monatliche Bedarf für Auszubildende an Hochschulen, die nicht bei den Eltern wohnen, ist auf 710 DM festgesetzt: § 13 I Nr. 2, II Nr. 2 BAFöG i.d.F. des 10. Änderungsgesetzes vom 16.6.1986 (BGBl. I, S. 897).

¹⁵¹ Danach (Stand 1.1.1985, abgedr. in: NJW 1984, 2330 Anm. 7) beträgt der angemessene Gesamtunterhaltsbedarf eines Studierenden, der nicht bei den Eltern wohnt, in der Regel monatlich 800 DM.

¹⁵² z.Z. 4536 DM.

¹⁵³ Zum Ganzen *P. Kirchhof*, a.a.O. (Anm. 1), S. 130f.

¹⁵⁴ *P. Kirchhof*, a.a.O. (Anm. 1), S. 122.

daß „Aufwendungen, die Alleinerziehende für die Betreuung ihrer Kinder erbringen müssen, soweit sie zwangsläufig (vgl. § 33 Abs. 2 EStG) sind, in der tatsächlich entstandenen Höhe steuerlich als Minderung des Einkommens zu berücksichtigen“ sind¹⁵⁵. Vergleichbare Entscheidungen betreffen Unterhaltsleistungen an Eltern¹⁵⁶ und sogar an die geschiedene Ehefrau¹⁵⁷.

Diese Entscheidungen haben das sogenannte Bagatellprinzip des § 33 a EStG mit seiner begrenzten Berücksichtigung von Unterhaltsleistungen grundsätzlich in Frage gestellt¹⁵⁸ und die Realitätsfremdheit der steuerlichen Behandlung von Aufwendungen für Kinder in noch grellerem Licht getaucht¹⁵⁹. Nachdem auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 30.3.1977¹⁶⁰ zur besoldungsrechtlichen Diskriminierung kinderreicher Beamter von Seiten des Gesetzgebers nichts Wesentliches geschehen ist, geben neue Vorlagebeschlüsse¹⁶¹ dem Gericht nach acht Jahren noch einmal Gelegenheit, sich zu dem von der Verfassung ausgesprochenen Schutz der Familie zu äußern. Dabei kann es die Linien von den genannten Entscheidungen über zwangsläufige Unterhaltsaufwendungen für eine geschiedene Ehefrau, von Alleinerziehenden für ihre Kinder und an Eltern auf solche an Kinder in der Berufsausbildung ausziehen.

Steuergerechtigkeit steht bekanntlich nicht hoch im Kurs¹⁶². Besonders familienfeindlich wirkt die im Rahmen der EG verstärkte

¹⁵⁵ BVerfGE 61, 319 (355).

¹⁵⁶ BVerfGE 66, 214 (223).

¹⁵⁷ BVerfGE 67, 290 (297f.).

¹⁵⁸ Zum ganzen Komplex *Lang*, Familienbesteuerung. Zur Tendenzwende der Verfassungsrechtsprechung durch das Ur. des Bundesverfassungsgerichts vom 3.11.1982 und zur Reform der Familienbesteuerung, *StuWi.* 1983, 103ff.; *Deubner*, Abschied vom Bagatellprinzip, *NJW* 1985, 839ff.; *K. Vogel*, Zwangsläufige Aufwendungen – besonders Unterhaltsaufwendungen müssen realitätsgerecht abziehbar sein, *StuWi.* 1984, 197ff.; *Tipke*, Anmerkung zu dem Beschluß des BVerfG vom 4.10.1984 (BVerfGE 67, 290), *StuWi.* 1985, 78f.

¹⁵⁹ *Deubner*, a.a.O. (Anm. 158), S. 841, sieht die große Bedeutung der drei Entscheidungen des BVerfG darin, daß sie die Diskussion um den steuerlichen Familienlastenausgleich weitgehend überholt haben. Dem Gesetzgeber bleibe jetzt nur noch die Aufgabe, eine wirklichkeitsnahe Berücksichtigung von Unterhaltsleistungen in einer gesetzlichen Regelung einzufangen. Sonst bleibe angesichts der immer noch realitätsfremden Kinderfreibeträge im Falle einer Nichtigerklärung des § 12 Nr. 1 EStG, der den Abzug von Unterhaltsleistungen über den Rahmen des § 33a EStG hinaus ausschließt, den Finanzbehörden und Finanzgerichten nurmehr der Weg offen, unmittelbar mit Art. 3 I GG zu arbeiten.

¹⁶⁰ BVerfGE 44, 249ff.

¹⁶¹ FG Bremen, *NJW* 1986, 745 (zu § 33a II EStG); BVerwG, NVwZ 1986, 479 (zur amtsangemessenen Alimentation von Beamten mit mehr als zwei Kindern).

¹⁶² *K. Vogel*, Steuergerechtigkeit und soziale Gestaltung, *DStZ* 1975, 409.

Verlagerung von Personensteuern zur indirekten Besteuerung. Im Gegensatz zur Personensteuer ist hier eine Berücksichtigung der Familienverhältnisse überhaupt nicht möglich. Umsatzsteuer, Verkehrssteuer, Verbrauchssteuern und Zölle sind familienblind. Sie ignorieren Familienstand, Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Steuerträgers. Familien werden dieser Belastung stärker unterworfen als Kinderlose, weil sie mehr Güter des täglichen Bedarfs für den Lebensunterhalt erwerben müssen. Es ist unbillig, daß Kinderreiche in absoluten Beträgen mehr Steuern erbringen als Kinderlose. Eine Kompensation bei der Personensteuer fehlt aber. Kinderlose und Familien mit Kindern haben bei gleichem Einkommen eine unterschiedliche Leistungsfähigkeit und müssen ihrer Verschiedenheit entsprechend belastet werden. Diesem Gebot entspricht das Steuerrecht nicht¹⁶³.

Die von *Kirchhof*¹⁶⁴ beobachtete Neigung des Gesetzgebers, die Normalität des Familienlebens im Steuerrecht zu ignorieren, aber das Atypische zu prämiieren, widerspricht ebenfalls dem Schutzzgedanken des Art. 6 I GG¹⁶⁵. Es wird stets das Außergewöhnliche, der durch rechtliche Ausnahmen gekennzeichnete Sonderfall berücksichtigt, nicht aber die Normalität der Familie. Die Gründe für diese kumulative Situation liegen auf der Hand: Die Kinderlosen oder Kinderarmen haben die Mehrheit. Diese Interessenlage spiegelt sich in den

¹⁶³ *P. Kirchhof*, a.a.O. (Anm. 1), S. 132f. BVerfGE 44, 249 (279) berührt die Frage nach einer Kompensation der stärkeren indirekten Steuerbelastung für die Familie. Die Frage war damals aber nicht entscheidungserheblich und blieb deshalb offen.

¹⁶⁴ *P. Kirchhof*, a.a.O. (Anm. 1), S. 133f.

¹⁶⁵ Es ist schon sonderbar, daß Kosten für eine Haushaltshilfe in der großen Familie nicht absetzbar sind, wohl aber bei alters- oder krankheitsbedingter Haushaltsschwerung (§ 33a III EStG). Das BVerfG hat darin aber keinen Verstoß gegen Art. 6 I GG gesehen: BVerfGE 47, 1 (19f.). Aufwendungen zur Pflege des Verhältnisses von Eltern und Kind sind im Normalfall nicht abziehbar, wohl aber für Elternteile aus einer nicht intakten Ehe oder eines nichtehelichen Kindes, sofern das Kind dem anderen Elternteil zugeordnet ist und der betreffende Elternteil für das Kind einen Freibetrag erhält (§ 33a Ia EStG). Die Betreuung der Kinder darf in der normalen Familie keine Kosten verursachen. Bei Alleinstehenden, der sogenannten „Halbfamilie“, sind sie als außergewöhnliche Belastungen i.S.v. § 33 I EStG abziehbar, wiederum freilich nicht bei normaler mütterlicher Betreuung, sondern nur, wenn der Erziehende erwerbstätig ist oder medizinische Erschwerungsgründe vorliegen (§ 33c I EStG). Insoweit sind auch die bereits erörterten (oben S. 39) Entscheidungen des BVerfG als problematisch anzusehen, denn sie haben das Gebot einer realitätsgerechten Berücksichtigung von Unterhaltsverpflichtungen nicht an Hand einer normalen, sondern an Hand atypischer Familiensituationen entwickelt (Unterhaltsleistungen Alleinerziehender, an Eltern und an die geschiedene Ehefrau).

Parteien und in den Parlamenten wider. Kinder haben kein Wahlrecht, Eltern keine zusätzliche Stimme. Dem Parlament wird nicht der tatsächliche Bedarf nahegebracht. Es reagiert auf die durch die Medien vermittelten, dramatisierten Sonderfälle. Verbände kümmern sich nicht sonderlich stark um die Familie. Die Gewerkschaften z.B. interessieren sich nicht für die Mütter, sondern für die Arbeitnehmerinnen außerhalb der Familie. Ein Anwalt für die Familie ist nicht in Sicht. Das Ergebnis ist, daß Alleinstehende mit Kindern gegenüber Ehepaaren mit Kindern deutlich bevorzugt werden. Tatsächlich erlebt der Steuerpflichtige also ein Steuerrecht, das der Familie gegenüber distanziert, gelegentlich feindlich erscheint¹⁶⁶.

13. Ehe und Familie im Rentenrecht: die Ausbeutung von kinderreichen Eltern und insbesondere von Familienmüttern durch Kinderlose und Kinderarme

Ohne Zweifel zählt die Einführung der Sicherung gegen die Last des Alters und gegen Invalidität zu den sozialen Großtaten der letzten hundert Jahre. Die moderne Rentenversicherung ist freilich immer noch an einem Bild von Ehe und Familie orientiert, das heute statistisch gesehen nicht mehr vorherrscht. Dadurch ergeben sich Unausgewogenheiten für Familien und insbesondere für Mütter von heute. Aus dem Blickwinkel des Art. 6 I GG erscheint das rentenrechtliche Ergebnis unangemessen und unbefriedigend, weil die Lage der Frau und der Familie, weil die Heiratslust und der Regenerationswille der Zeitgenossen sich einschneidend geändert haben.

Das Recht hat hierauf nicht angemessen reagiert.

Im Bereich der Hinterbliebenenversorgung knüpft eine „Regelung, die für die Gewährung des Anspruchs auf Witwenrente weder die Dauer der Ehe noch die Zahl der aus ihr hervorgegangenen Kinder noch die Frage berücksichtigt, ob die Witwe eine eigenständige Rente erworben hat“, an ein herkömmliches Bild der Ehe an¹⁶⁷.

Der soziale und rechtliche Wandel des letzten Menschenalters bleibt dabei außer Betracht. Solange die Hausfrauenehe mit alleinverdienendem Ehemann die Regel war, genügte es, den verdienenden Ehegatten mit einer Alters- und Invaliditätsrente zu sichern. Diese reichte auch

¹⁶⁶ P.Kirchhof, a.a.O. (Anm. 1), S. 121.

¹⁶⁷ So ausdrücklich BVerfGE 48, 346 (365). Zur Unzulänglichkeit der herkömmlichen Witwensicherung P.Krause, Die Familie in der Rentenversicherung, DRV 1986, 280 (287f.); Giesen, Ehe und Familie in der Ordnung des Grundgesetzes, JZ 1982, 817 m.w.N., insb. in Anm. 7 und 8.

für den anderen Ehegatten, gegebenenfalls auch für die Kinder aus¹⁶⁸. Schwangerschaftszeiten und Jahre der Kindererziehung bedurften keiner besonderen Berücksichtigung, da sie mit der Sicherung der Witwe abgegolten waren.

Heute sieht dies allerdings anders aus. Die Gewährung einer Witwen- bzw. Witwerversorgung bewirkt bei Doppelverdienern im Verhältnis zu herkömmlichen kinderreichen Hausfrauen-Ehen auch bei einer teilweisen Anrechnung von Erwerbs- und Erwerbsersatz Einkommen, wie sie das Hinterbliebenenrenten- und Erziehungszeiten-Gesetz (HEZG)¹⁶⁹ seit dem 1. Januar 1986 vorsieht, eine sachlich nicht gerechtfertigte Überversicherung¹⁷⁰. Das gegenwärtige Rentensystem bestraft die nichtberufstätige Mutter, indem sie selbst eine geringere oder überhaupt keine Alterssicherung bekommt, obgleich die von ihr großgezogenen Kinder als künftige Beitragszahler zur Stabilisierung des Sicherungssystems beitragen¹⁷¹. Auch wenn eine Mutter später

¹⁶⁸ Der Verlust des nicht verdienenden Ehegatten war allerdings nicht abgesichert. Der alleinverdienende Witwer mit Kindern oder die Familie mit invalider Mutter und Hausfrau mußten in ihrem Lebensstandard absacken, häufig auf das Niveau der Sozialhilfe. Allein die Halbweisenrente bot eine Entlastung: *P.Krause*, Die Familie in der Rentenversicherung (Anm. 167), S. 285.

¹⁶⁹ Gesetz zur Neuordnung der Hinterbliebenenrente sowie zur Anerkennung von Kindererziehungszeiten in der gesetzlichen Rentenversicherung (Hinterbliebenenrenten- und Erziehungszeiten-Gesetz – HEZG) vom 11.7.1985 (BGBl. I, S. 1450).

Die im HEZG getroffene Neuregelung der Hinterbliebenenversorgung, die auf dem Auftrag des BVerfG in der Entscheidung vom 12.3.1975 (BVerfGE 39, 169 [194f.]) beruht, ist lebhaft umstritten, weil das darin verwirklichte „Anrechnungsmodell“ erstmals Bedürftigkeits Elemente in die Rentenversicherung einführt. Dazu und zu den Bedenken, daß diese Regelung wegen eines Eigentumsschutzes auch der Witwen- und Witwerrenten gegen Art. 14 GG verstößt, *Ruland*, Die Neuregelung der Hinterbliebenensicherung und die Einführung von Kindererziehungszeiten in der gesetzlichen Rentenversicherung, NJW 1986, 20 (26ff.) m.w.N.

¹⁷⁰ *P.Krause*, Familie in der Rentenversicherung (Anm. 167), S. 287f.

¹⁷¹ Erwägungen zu diesem Problem ohne Entscheidung in der Sache schon in BVerfGE 39, 169 (193). Hier hatte das BVerfG bereits darüber nachgedacht, ob „derjenige überlebende Ehegatte Hinterbliebenenrente erhalten soll, der durch Betreuung der Kinder ... gehindert ist oder gewesen ist, überhaupt einer Erwerbstätigkeit nachzugehen“, und ob der „Hinterbliebenenversorgung in der Rentenversicherung die Funktion einer Ausgleichsleistung für Tatbestände“ zu geben sei, „in denen aus sozialpolitisch vertretbaren Gründen von der Witwe oder dem Witwer eine Erwerbstätigkeit gar nicht oder nur zum Teil erwartet werden kann“. Im Falle einer Ehescheidung versagt die Sicherung der Witwenrente völlig. Die Unterhaltslast im Scheidungsfall läßt sich nicht sozialisieren, und der Versorgungsausgleich bringt keine wirkliche Sicherung. In der Regel überfordert er die wirtschaftliche Leistungskraft des Ausgleichsverpflichteten, ohne dem Berechtigten ein Auskommen zu gewährleisten: *P.Krause*, Familie in der Rentenversicherung (Anm. 167), S. 291. Die Lage des unterhaltsbedürftigen geschiede-

wieder in das Berufsleben eintritt, ist eine niedrige Rente vorprogrammiert. Sie „geht einem Leben in jahrzehntelanger relativer sozialer Deklassierung entgegen“¹⁷². Der Vorsprung der berufstätigen Frau bleibt bestehen. *Krause* verdient Beifall, wenn er die fehlende rentenversicherungsrechtliche Differenzierung zwischen Eltern und Kinderlosen, insbesondere zwischen kinderlosen Frauen und Müttern, für ausgesprochen mutterfeindlich und für verfassungswidrig erklärt, „weil sie Ungleiches entgegen seiner Eigenart in unsachlicher Weise gleich behandelt“¹⁷³.

Durch die Rentenversicherung ist die Alterslast kollektiviert worden. Niemand muß heute wie in früheren Zeiten für das Alter durch eigene Nachkommen Vorsorge treffen. Der Mensch von heute sorgt nur für seinen sozusagen normalen Rentenanspruch vor. Die Last der Rentenzahlung wird der nächsten Generation überbürdet, allerdings unabhängig von der Frage, ob der Rentner eigene Kinder großgezogen hat. Die Kinderlast ist im Gegensatz zur Alterslast nicht kollektiviert worden. Sie wird nur von denjenigen getragen, die tatsächlich Kinder haben, während die Kinderlosen ihre Zukunft auf die Kinder der anderen aufbauen¹⁷⁴. Kollektiviert wird m.a.W. nicht der Aufwand für die Erziehung der Jugend, sondern vielmehr der Ertrag, der von ihr zu erwarten ist.

Natürlich geht diese Rechnung auf Dauer nur dann auf, wenn genügend Staatsbürger sich unter ökonomischen Gesichtspunkten irrational genug verhalten, um Familien zu gründen und dafür zu sorgen, daß eine hinreichende Zahl künftiger Beitragszahler nachwächst. Hier zeigt sich nun der Mangel, daß die Rentenpolitik einseitig im Blick auf das Verhältnis der arbeitenden zur nicht mehr arbeitenden Bevölkerung erörtert wird und die nachwachsende Generation, die die künftigen Leistungen erbringen soll, ebenso außer Betracht bleibt wie die Leistung der Eltern, die die künftig aktive Generation aufziehen. Es ist naheliegend, daß die Sozialisierung des Alters- und Invaliditäts-

nen Ehegatten hat sich durch die der Scheidungsreform folgenden Änderungen des Rentenversicherungsrechts weiter verschlechtert, ohne daß dies in der öffentlichen Diskussion besonders zur Sprache gekommen wäre: „Die nach 1977 geschiedenen Frauen mit Kindern, die durch den Tod ihres früheren Ehemannes unterhaltslos geworden sind, dürften mehrheitlich stumm der Sozialhilfe anheimgefallen und der Lebensstandard der Kinder trotz höherer Waisenrente auf das Minimum heruntergesunken sein.“, so *P. Krause*, ebd., S. 292.

¹⁷² *Zeidler*, a.a.O. (Anm. 1), S. 598.

¹⁷³ *P. Krause*, in: Essener Gespräche (Anm. 1), S. 88f. Anm. 30.

¹⁷⁴ *Zeppernick*, Kritische Bemerkungen zum Zusammenhang zwischen Alterslastenausgleich und Kinderlastenausgleich, FA 1979, 293 (294); zum Unterschied zwischen Alterslastenausgleich und Kinderlastenausgleich *P. Krause*, Familie in der Rentenversicherung (Anm. 167), S. 281ff.

risikos und die gleichzeitige finanzielle Benachteiligung der Eltern durch Kinder, die von der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland mehr oder weniger wie ein Hobby der Eltern behandelt werden, den Wunsch nach Kindern beeinträchtigen und mit *Zeidler* die Gründung einer Familie als wirtschaftlich unvernünftig erscheinen lassen¹⁷⁵. Der Verzicht auf Kinder bringt heute gewaltige materielle Vorteile. Diese Entwicklung gibt Anlaß zur Beunruhigung und weckt das Interesse an der Familie. Denn der Sozialstaat muß die Alterssicherung garantieren und ist schon von daher zur Förderung der Familie gezwungen.

Doch zurück zur Ausbeutung¹⁷⁶ kinderreicher Eltern durch kinderarme und kinderlose Mitbürger auf Grund der staatlichen Rechtsordnung. Solange die Menschen normalerweise heirateten und Kinder hatten, mochte der Ausschluß der Kinderlast von der Kollektivierung hinzunehmen sein, denn alle Menschen wurden ungefähr gleich von dieser Last betroffen¹⁷⁷. Die Rechtslage verändert sich aber, wenn die tatsächlichen Verhältnisse sich erheblich wandeln, wenn wie heute nur noch eine Minderheit der Bevölkerung die Kinderlast trägt¹⁷⁸. An den Aufwendungen der Eltern von heute für ihre Kinder, die im Rahmen des Generationenvertrages die Renten aller Angehörigen der heutigen Elterngeneration, also auch der Kinderlosen, gewährleisten sollen, beteiligen sich die Kinderlosen so gut wie nicht, die Eltern mit einem Kind unterproportional im Verhältnis zu ihren eigenen Versorgungsansprüchen. Auf diese Weise wird ein großer, weiter wachsender leistungsfähiger Teil der Bevölkerung von den Leistungen für die Eigenvorsorge freigestellt. Die Sicherung der Versorgungsansprüche wird einem anderen, dem kinderreichen Teil der Bevölkerung aufgebürdet. Diese Diskrepanz zwischen Kinderkosten und Altersvorsorgeansprüchen ist mit Art. 6 I GG als Schutz- und Förderungsnorm wie als speziellem Diskriminierungsverbot nicht vereinbar¹⁷⁹. Die Kinderlast

¹⁷⁵ *Zeidler*, a.a.O. (Anm. 1), S. 600. Ob sozialpolitische Maßnahmen wirklich kausal zu Veränderungen des Erscheinungsbildes der Familie führen können, ist zweifelhaft. Die Zweifel legitimieren selbstverständlich aber nicht die Unterlassung von Familienförderung: *Stolleis*, Möglichkeiten der Fortentwicklung des Rechts der Sozialen Sicherheit zwischen Anpassungszwang und Bestandsschutz, *VerhDJT* (1984), Bd. II, S. N 23 mit Anm. 50.

¹⁷⁶ Nach einer Modellrechnung von *Hatzold*, Auf verbesserte familienpolitische Leistungen besteht ein Rechtsanspruch, *Concepte. Magazin für Sozialethik und Sozialhygiene* 1984, S. 3, ergibt sich eine Umverteilung von jährlich 70 Mrd. DM von den kinderreichen zu kinderarmen oder kinderlosen Familien.

¹⁷⁷ *P.Krause*, Familie in der Rentenversicherung (Anm. 167), S. 282.

¹⁷⁸ 30% der Frauen bleiben heute kinderlos, 15% der Ehen bringen 40% des Nachwuchses hervor: *Hatzold*, a.a.O. (Anm. 176), S. 3.

¹⁷⁹ *P.Krause*, Familie in der Rentenversicherung (Anm. 167), S. 291; *Hatzold*, a.a.O. (Anm. 176), S. 3.

kann nicht weiterhin als Privatsache behandelt werden, die durch keinerlei Vorteile im Rentenalter der Eltern ausgeglichen wird. Im Blick auf die Beamtenbezüge hat das Bundesverfassungsgericht die verfassungswidrige Diskriminierung des Kinderreichtums festgestellt, ohne daß die Entscheidung eine endgültige und radikale Sanierung des Schadens zur Folge gehabt hätte¹⁸⁰. Ein neuer Vorlagebeschluß des Bundesverwaltungsgerichts gibt den Karlsruher Richtern nunmehr erneut Gelegenheit zur Entscheidung¹⁸¹.

Wenn von Umverteilung im Rahmen der Rentenversicherung die Rede ist, muß der Blick zuerst auf die Finanzierung der kinderlosen und kinderarmen durch die kinderreichen Familien gelenkt werden. In Ansätzen findet seit dem 1. Januar 1986 mit dem Hinterbliebenenrenten- und Erziehungszeiten-Gesetz eine Umverteilung zugunsten der Familie statt¹⁸², diese reicht aber nicht aus und ist rechtlich lebhaft umstritten¹⁸³.

¹⁸⁰ Eindrucksvoll sind die Zahlen, die das BVerfG beim Vergleich kinderreicher und kinderloser oder kinderarmer Beamter derselben Besoldungsgruppe vorführt. Das Gericht kam dabei zu dem Ergebnis, daß die Dienstbezüge der Beamten und Soldaten mit mehr als zwei Kindern in allen Besoldungsordnungen und -gruppen diesen nicht mehr ein auch nur annähernd gleiches Lebensniveau gewährleisten wie ihren nicht durch die Kosten des Unterhalts und der Schul- und Berufsausbildung der Kinder belasteten ranggleichen Kollegen: BVerfGE 44, 249 (277ff.). Entsprechende Zahlen bietet der Dritte Familienbericht der Bundesregierung (1979), BT-Drucks. 8/3120, S. 27: „Gemessen an dem Pro-Kopf-Einkommen eines Ehepaares ohne Kinder standen 1973 einer Familie mit einem Kind nur 82%, einer Familie mit zwei Kindern nur 66% und einer mit drei Kindern sogar nur noch 57% des Pro-Kopf-Einkommens der kinderlosen Ehepaare zur Verfügung. Diese Relationen haben sich im Verlauf der letzten Jahre noch weiter zuungunsten der Familien mit Kindern verschlechtert, da die Erwerbseinkommen schneller steigen als die Transfereinkommen für Kinder.“ Diese Zahlen sind insofern noch verzerrt, als sie nicht nach dem Alter differenzieren. Das Studentenehepaar erscheint ebenso wie das Rentnerehepaar als kinderloses Ehepaar usw.: *Hatzold*, a.a.O. (Anm. 176), S. 9. Die Lage wird gekennzeichnet durch den Titel einer Studie, die *Heiner Geißler*, damals Sozialminister von Rheinland-Pfalz, 1976 herausgab: „Kinderreichtum – Kennzeichen der Armut“.

¹⁸¹ BVerwG, NVwZ 1986, 479ff.; vgl. oben Anm. 161.

¹⁸² Für Renten der hinterbliebenen Ehegatten ist kein eigener Beitrag erhoben worden. Angesichts des Vorherrschens der Doppelverdienerehe und des Anwachsens der Zahl kinderloser und kinderarmer Ehen erscheint eine solche Regelung zunächst verblüffend. Sie läßt sich aber rechtfertigen aus der Fürsorge für die Familie, wenn damit die Erwartung ausgedrückt wird, daß Ehe Erwerbsverzicht im Interesse der Kindererziehung einschließt. Unter diesen Bedingungen ist in der Witwenrente so etwas wie eine Anerkennung von Kindererziehungszeiten im Rentenrecht zu sehen: *P.Krause*, Familie im Rentenrecht (Anm. 167), S. 290. Einen gezielteren Ausgleich des Erwerbsverzichts zugunsten von Kindern stellt die ebenfalls mit dem HEZG zum 1.1.1986 eingeführte Anrechnung je eines rentenbegründenden oder -steigernden Erziehungsjahres für jedes Kind dar. Die zu-

Regelungslücken und Überversicherungen kennzeichnen das den tatsächlichen Verhältnissen nachhinkende Rentenrecht. Die Mängel lassen es dem Sozialstaatsgebot und Art. 6 I GG widersprechen¹⁸⁴. Im Zusammenspiel mit der Reform des Ehe- und Familienrechts ist der Druck auf die Frauen, eine Teilerwerbstätigkeit zu übernehmen, gestiegen¹⁸⁵. Kinderlose, beiderseits erwerbstätige Ehegatten, die kinderlosen Nur-Hausfrauen und die traditionellen Nur-Hausfrauen mit Kindern sind ohne sachliche Rechtfertigung zu unterschiedlich gesichert. Kinderlose doppelt verdienende Versicherte erzielen höhere Einkommen als Kinderreiche. Auch bei gleichem Einkommen sind sie wesentlich leistungsfähiger und haben dazu noch im Rentenalter einen Vorzug vor denen, die zur Sicherung des Rentensystems durch ihre Kinder beigetragen haben. Dies wirkt wie ein Hohn auf die feierliche Verpflichtung des Staates, durch die Verfassung und die einfache Gesetzgebung Ehe und Familie zu schützen und zu fördern¹⁸⁶.

Die Ungerechtigkeit der heutigen Regelung beruht, wie mir scheint, auch auf dem allgegenwärtigen Grundsatz der Orientierung am Individuum allein, unabhängig von seinem familiären Status. Für eine sachgerechte, differenzierende Sicherung des Lebensstandards muß

nächst vorgenommene Begrenzung dieser Regelung auf Frauen, die bei Inkrafttreten des Gesetzes noch nicht 65 Jahre alt waren, soll ab 1.10.1987 stufenweise abgebaut werden. Ein entsprechender Gesetzentwurf der Bundesregierung soll zu Beginn der neuen Legislaturperiode im Bundestag eingebracht werden.

¹⁸³ Dazu bereits oben Anm. 169.

¹⁸⁴ Vorschläge für Möglichkeiten einer alternativen Ausgestaltung bei *P. Krause*, Familie in der Rentenversicherung (Anm. 167), S. 284, 288ff.; bei *Zeppernick*, a.a.O. (Anm. 174), S. 301ff.; und bei *Hatzold*, a.a.O. (Anm. 176), S. 12ff. Zu den Möglichkeiten der Fortentwicklung vgl. auch *Stolleis*, a.a.O. (Anm. 175), S. N 59.

¹⁸⁵ Die Abschaffung des gesetzlichen Leitbildes der Hausfrauenehe war das erklärte Ziel der Reform des Ehe- und Familienrechts. Nicht beabsichtigt war die tatsächliche Ersetzung dieses Leitbildes durch ein Leitbild der Erwerbstätigkeit beider Ehegatten. Erhofft war sogar eine Aufwertung der Hausfrauentätigkeit. Es sollte den Familien freigestellt sein, „ihr Leben im Rahmen der rechtlichen Ordnung so zu gestalten, wie es ihnen erstrebenswert erscheint“: Zweiter Familienbericht der Bundesregierung (Anm. 97), S. VIII. Entgegen diesen Versicherungen ist eine weitere Abwertung der „Nur-Hausfrauen-Ehe“ eingetreten. *Giesen*, Gleichberechtigungspostulat und Familienschutz im Erwerbsleben, in: FS Bosch, 1976, S. 309 (324ff.) m.w.N., spricht von einem „mittelbaren Zwang zur Anpassung“, der die Doppelverdienerhe „in die bedenkliche Nähe eines gesetzlichen Leitbilds“ rücke (ebd., S. 326).

¹⁸⁶ Das Pro-Kopf-Einkommen des kinderlosen Ehepaares ist in den drei Lebensphasen (Aufzucht der Kinder, Berufstätigkeit beider, nachdem die Kinder das Haus verlassen haben, Rentenalter) nicht deshalb größer, weil es berufstätig ist. Vielmehr sind es die speziellen staatlich festgesetzten Faktoren der Rentenformel und des Familienlastenausgleichs, die es überproportional begünstigen: *Zeppernick*, a.a.O. (Anm. 174), S. 300.

auch bei der Rente die Ehe als Wirtschaftseinheit ernst genommen werden. Die Leistungen der Versicherung wären dann nicht am Einkommen des Individuums, sondern am Einkommen der Ehegatten zusammen zu orientieren. Erforderlich scheint eine verstärkte Anrechnung von Erziehungszeiten, die es Müttern und Vätern erleichtert, auf eigene Erwerbstätigkeit zu verzichten, um den Familienhaushalt zu führen. Die Erziehung von Kindern müßte wie ein unbarer Beitrag zur Rentenversicherung berücksichtigt werden. Es liegt natürlich nahe zu fragen, wer das bezahlen soll¹⁸⁷. Die für die familienorientierte Verbesserung erforderlichen Mittel könnten jedenfalls teilweise durch Einsparungen, z.B. durch Einschränkung der Hinterbliebenenversorgung für vollwerbstätige Ehegatten erzielt werden. Diese sind heute überversichert. Eine Teilhaberrente würde sie ausreichend sichern¹⁸⁸.

14. Schlußbetrachtung: kein stiller Verfassungswandel, sondern schreiende Mißachtung der Verfassung durch den Gesetzgeber

Zum Abschluß kehre ich von der Familie zu dem Oberthema zurück: Verfassungsgarantie und sozialer Wandel. Dieses suggeriert einen subjektiven Druck, angesichts des von allen Dächern beschriebenen Umbruchs des Ehe- und Familienlebens in unseren Jahren verfassungsrechtliche Konsequenzen zu ziehen und vielleicht Vorschläge zu machen. Die Problematik des stillen Verfassungswandels drängte sich als Kern des Problems auf. Es ist unbestritten, daß eine Verfassungsbestimmung einen Bedeutungswandel erfahren kann, „wenn in ihrem Bereich neue, nicht vorausgesehen Tatbestände auftauchen oder bekannte Tatbestände durch ihre Einordnung in den Gesamtablauf einer Entwicklung in neuer Beziehung oder Bedeutung erscheinen“¹⁸⁹.

Eine Antwort erschien schwieriger, je mehr ich mich in die Geschichte, die gesellschaftswissenschaftlichen Wirklichkeitsanalysen und die rechtliche Praxis vertiefte.

Bald erwies sich, daß die Verfassungsgarantie des Art. 6 I GG für die Fragestellung nicht ohne Tücke ist. Ihre Jugend zeigt sich an der Dürftigkeit dogmatisch gefestigter Aussagen. Es fehlt an einer etwa der Eigentumsgarantie vergleichbaren Tradition, mit deren Hilfe neue

¹⁸⁷ Zum Finanzierungsproblem vgl. aus der Lit. den Diskussionsbeitrag von Link, in: Essener Gespräche, Bd. 21 (Anm. 1), S. 169.

¹⁸⁸ P.Krause, Familie in der Rentenversicherung (Anm. 167), S. 293. Zum Gedanken der Teilhaberrente allgemein ebd., S. 286f.; Ruland, a.a.O. (Anm. 169), S. 21.

¹⁸⁹ BVerfGE 2, 380 (401); ebenso BVerfGE 3, 407 (422); 7, 342 (351).

Fragestellungen, die sich aus dem sozialen Wandel ergeben, gelöst oder beantwortet werden können. Wir sahen, daß die Unsicherheit bis zum Ehe- und Familienbegriff selbst als Schutzobjekt der Verfassungsgarantie reicht. Zwar ist Art. 6 I GG unmittelbar geltendes Verfassungsrecht, das seine Wirkung in dreierlei Hinsicht entfaltet. Es gehört aber zum Wesen von Ehe und Familie, daß sie nur in ihren Grundelementen, nicht in Einzelheiten und nicht vollständig von der rechtlichen Definition erfaßt werden. Art. 6 I GG ist durch besondere Offenheit zur sozialen Wirklichkeit und zum einfachen Gesetzesrecht hin gekennzeichnet. Recht und Wirklichkeit von Ehe und Familie sind unter dem Druck der verschiedenen Absätze des Art. 6 GG erheblich umgestaltet worden. Gewiß sind die Konkretisierung des Inhalts einer Verfassungsnorm und die Verwirklichung des Norminhalts nur unter Heranziehung der Verhältnisse der Wirklichkeit möglich. Die Ergebnisse einer solchen Normenkonkretisierung könnten sich dementsprechend ändern, weil die Besonderheit des Normbereichs geschichtlichen Veränderungen unterliegt. Dabei kann sich ein ständiger Verfassungswandel ergeben, der sich nicht leicht erfassen läßt¹⁹⁰. Die überkommene Tatsächlichkeit von Ehe und Familie, die nach oberflächlichem Eindruck heute in Frage gestellt erscheint, ist jung, wie die Historiker zeigen, viel neuartiger, als der unverbildete Mensch vermutet. Heute sind manche Aspekte des aktuellen Wandels besonders auffallend. Aber der kontinuierliche Wandel ist offenbar das einzig Beständige in der Geschichte der Familie¹⁹¹.

Unsere Frage spitzt sich darauf zu, ob der offenbare Wandel in unseren Tagen das Wesen von Ehe und Familie ergriffen hat, so daß verfassungsrechtliche Folgerungen gezogen werden müssen. Dabei ist im Bewußtsein zu halten, daß Tatsächlichkeiten der normativen Kraft entbehren. Es ist auch nicht an dem, daß der Verfassungsbegriff von Ehe und Familie von der sozialen Wirklichkeit allein gefüllt würde. Die geistige und kulturelle Bedeutung von Ehe und Familie mit den Wesensmerkmalen, „die im Verlauf der geschichtlichen Entwicklung als charakteristische Bestandteile ... allgemeine Anerkennung gefunden haben und von deren Bestand das Gemeinschaftsleben ausgeht“¹⁹², prägt den normativen Inhalt von Art. 6 I GG. Offen ist die Verfassung für die Gestaltung von Ehe und Familie durch die Ehegatten und Eltern. Die konstituierenden Elemente stehen aber nicht zur Disposition. Die Ausfüllung von Ehe und Familie erfolgt im Rahmen der verfassungsrechtlichen Wertentscheidung.

¹⁹⁰ Hesse, a.a.O. (Anm. 34), Rdn. 46.

¹⁹¹ Lecheler, Verfassungsgarantie und sozialer Wandel (Anm. 144), S. 905.

¹⁹² Pirson, in: Bonner Kommentar (Anm. 1), Rdn. 11.

Die Ehe mit ihren obengenannten konstituierenden Elementen¹⁹³, die Familie als Verbindung von Eltern und Kindern (wo letztere erzogen und versorgt werden) sind von den aktuellen Veränderungen in ihrem Wesen nicht berührt. Die rechtliche Gleichberechtigung von Mann und Frau empfinden wir als sachgemäß; die sich daraus ergebenden Veränderungen lassen das Wesen der Ehe nur deutlicher hervortreten. Gewiß ist sie heute nicht mehr Produktions-, Arbeits- und Lebensgemeinschaft, wie sie es stellenweise früher war. Auch ist die Gründung einer Familie unter dem Gesichtspunkt künftiger Altersversorgung heute uninteressant. Dadurch sind Ehe und Familie aber nicht funktionslos geworden. Im Gegenteil: Sie haben eine Entlastung erfahren, die ihre spezifische Funktion und Leistung stärker hervortreten läßt. Alternativen für die Ehe und die darauf gegründete Familie, in der Kinder geboren, gepflegt und erzogen werden, zeichnen sich nicht ab. Auch die nichtehelichen Lebensgemeinschaften, keine Erfindung unserer Tage, bilden nach dem, was die Gesellschaftswissenschaftler berichten, keine Konkurrenz der Familie in deren regenerativer und integrierender Funktion¹⁹⁴. Die strukturbildenden Merkmale von Ehe und Familie sind vom Wandel nicht erfaßt. Ein Anpassungsproblem des Verfassungsrechts besteht insofern nicht. Neue Verhaltensweisen produzieren freilich individuelle und ordnungspolitische Probleme¹⁹⁵, die Notwendigkeit einer Neuinterpretation des Verfassungsartikels folgt daraus aber nicht. Ein grundlegender Wandel, der normative Kraft auch mit „rechtschaffender Notwendigkeit“ entfalten könnte¹⁹⁶, ist nicht sichtbar.

Was kritisch vermerkt werden muß, ist die Tatsache, daß der soziale Wandel auch eine Folge staatlicher Fehlgriffe bei der Konkretisierung des in Art. 6 I GG versprochenen besonderen Schutzes ist. Kinder zu wollen, ist unter den vom Gesetzgeber gestalteten Verhältnissen eine Entscheidung für relative Verarmung. Der moderne Sozialstaat vernachlässigt die Familie, ganz besonders die Familienmutter. Die nicht erfolgte Ausweitung des Ehegattensplitting zu einem Familiensplitting bedeutet eine nicht zu rechtfertigende Förderung der kinderlosen und kinderarmen Ehe zu Lasten der kinderreichen Familie. Die finanzielle Diskriminierung der Familie ist mit Art. 6 GG nicht vereinbar. Das ist so oft festgestellt worden, selbst vom Bundesverfassungsgericht, daß man es kaum zu wiederholen wagt.

¹⁹³ Siehe oben S. 26f.

¹⁹⁴ Siehe oben S. 10 mit Anm. 8.

¹⁹⁵ Siehe oben S. 19.

¹⁹⁶ *Lerche*, Stiller Verfassungswandel als aktuelles Politikum, in: FS Maunz, 1971, S. 285ff.; *Hesse*, Grenzen der Verfassungswandlung, in: FS Scheuner, 1973, S. 123ff.

Deutlich ist, daß das Bundesverfassungsgericht mit seiner Verwerfung der verfassungswidrigen Benachteiligung der Familie an politische Grenzen gestoßen ist. Es genügt nicht, daß das Gericht von Zeit zu Zeit Ecken und Kanten der Verfassungswidrigkeit abschleift. Der Gesetzgeber selbst ist aufgerufen. Er aber hat die erforderlichen Folgerungen nicht gezogen, und zwar deshalb nicht, weil es an einem entsprechenden Druck fehlt. Dieser muß außerhalb des staatlichen Gefüges entstehen, wenn sich etwas bewegen soll. Daß der Gesetzgeber die Familien und insbesondere die Familienmütter vernachlässigen konnte, wäre undenkbar, wenn die Überzeugung verbreiteter wäre, daß Ehe und Familie etwas Schützenswertes sind.

Es zeigt sich einmal mehr, daß der Staat auch im Bereich von Ehe und Familie von sittlichen Voraussetzungen lebt, die er selbst nicht schaffen kann, von deren Vorhandensein er aber abhängig ist. Der Blick richtet sich deshalb auf die Parteien, die Kirchen als sittliche Potenzen, letztlich auf jeden sittlich denkenden Menschen. Es klingt erbaulich, ist aber doch wahr: Wenn die richtige sittliche Überzeugung nicht das Denken und Leben der Menschen beherrscht, kann der Staat in dieser Hinsicht wenig ausrichten. Gute Sitten sind besser als gute Gesetze.

Leitsätze des Berichterstatters über:

**Verfassungsgarantie und sozialer Wandel –
das Beispiel von Ehe und Familie**

1. Der Schutz von Ehe und Familie gehört zur historisch jüngsten Schicht verfassungsrechtlicher Verbürgungen. Gleichwohl scheint er von der gesellschaftlichen Entwicklung besonders stark betroffen zu sein.

2. Die Initiative zur Normierung des besonderen Schutzes von Ehe und Familie ging von konservativer Seite aus. In der Nationalversammlung wie im Parlamentarischen Rat wurde der eher die Bewahrung des Status quo intendierende Ansatz aber balanciert durch Ergänzungen. Der Gedanke der Gleichberechtigung der Geschlechter, der Schutz der nichtverheirateten Mutter und das Gebot der möglichst weitgehenden Gleichstellung des nichtehelichen Kindes verliehen dem Artikel einen dynamischen Charakter.

Der ambivalente Kompromißcharakter von Gewährleistung des Herkömmlichen und des Neuen trat schon in den Verhandlungen der Nationalversammlung und des Parlamentarischen Rats zutage.

3. Art. 6 I GG kann gegenüber strukturellen Änderungen von Ehe und Familie nicht neutral sein. Die Vorschrift setzt familienpolitischen Innovationen eine verfassungsrechtliche Grenze, die bei konkreten Gesetzesvorhaben im Einzelfall zu ziehen ist.

4. Unter Ehe ist die von der staatlichen Rechtsordnung anerkannte förmlich und auf Lebenszeit geschlossene Verbindung eines Mannes und einer Frau zu dauernder und vollständiger Lebensgemeinschaft zu verstehen.

5. Nichteheliche Lebensgemeinschaften können nicht als Ehen im Sinne von Art. 6 I GG angesehen werden. Sie sind nicht verboten. Ihre Gleichstellung mit der Ehe ist rechtlich unzulässig. Im Interesse von Mutter und Kind können nichteheliche Lebensgemeinschaften mit Kindern aber punktuell als Familie gefördert werden.

6. Das verfassungsrechtliche Leitbild der Familie ist die auf Ehe gegründete Gemeinschaft von Eltern und Kindern. Anders als bei der Ehe ist die Abgrenzung hier aber schwierig. Auch Restfamilien, Teilfa-

milien, faktische Familien sind Familien im Sinne der Verfassung und können als solche gefördert werden.

7. Das Grundgesetz schützt Ehe und Familie durch eine Institutsgarantie, als klassisches Grundrecht und durch eine Grundsatzentscheidung zu deren Gunsten.

8. Die Institutsgarantie des Art. 6 I GG schützt nicht jedes positivrechtliche Detail des geltenden Familienrechts. Nur die konstituierenden Elemente sind dem Zugriff des Gesetzgebers entzogen.

9. Als klassisches Grundrecht enthält Art. 6 I GG ein Abwehrrecht gegen staatliche Ein- und Übergriffe. Solche sind nicht nur in spezifisch nationalsozialistischen Maßnahmen zu sehen. Zölibatsklauseln und Heiratswegfallklauseln verletzen dieses Grundrecht.

10. Das Recht der Ehegatten, ihre Ehe nach eigenen Grundsätzen auszugestalten, wird vom BVerfG immer wieder hervorgehoben. Die Rechtsprechung zum Unterhaltsrecht Geschiedener und zum Versorgungsausgleich hat von diesem Recht in bezug auf Zweitehen Geschiedener nicht viel übriggelassen.

11. Als wertentscheidende Grundsatznorm gebietet Art. 6 I GG den besonderen Schutz von Ehe und Familie auf allen Gebieten des Rechts. Ein wirksamer Schutz ist in erster Linie eine Geldfrage. Deshalb wird die Effektivität dieser Grundsatzentscheidung im Blick auf das Steuerrecht und das Rentenrecht untersucht.

12. Das Steuerrecht leidet in bezug auf Ehe und Familie unter dem Grundsatz der Individualbesteuerung. Dieser erlaubt es nicht, die Familie als Institution und Einheit in den Blick zu bekommen.

13. Die Regelung des Ehegattensplittings hat die Individualbesteuerung von Ehegatten angemessen modifiziert. Durch die fehlende Berücksichtigung der Kinderzahl werden kinderlose Ehegatten aber unangemessen begünstigt. Ein Familiensplitting hat sich politisch noch nicht durchsetzen lassen.

14. Existenzsichernde Aufwendungen für die Familie werden im Steuerrecht nicht realitätsgerecht berücksichtigt. Die Abzugstatbestände sind im Vergleich mit Leistungstabellen auf anderen Gebieten zu gering.

15. Schon der Begriff des Familienlastenausgleichs zeigt, daß der Normalfall der Familie als ein Unglück empfunden wird, dessen Lasten verteilt werden sollen.

16. Der verstärkte Übergang des Steuerrechts auf indirekte Steuern wirkt sich familienfeindlich aus. Verkehrssteuern sind familienblind

mit der Folge, daß Familien absolut und relativ mehr Steuern für alle Güter des täglichen Lebens bezahlen müssen als Kinderlose und Kinderarme.

17. Der Schutz von Ehe und Familie ist durch das Rentenrecht deshalb nicht angemessen gewährleistet, weil dieses an einem statisch überholten Bild von Ehe und Familie orientiert ist.

18. Die Sicherung des hinterbliebenen Ehegatten hat sich nicht ausreichend dem Umstand angepaßt, daß die meisten Ehefrauen heute ein eigenes Erwerbseinkommen haben, also nicht allein von der Witwenrente leben müssen. Dadurch wird die erwerbstätige Ehefrau im Verhältnis zur Hausfrau überversichert.

19. Die Erziehung von Kindern wird für die Mütter nicht ausreichend berücksichtigt. Sie nehmen Einbußen, womöglich den Verlust einer eigenen Alterssicherung in Kauf.

20. Früher trug die aktive Generation die Alten und zog gleichzeitig die neue Generation heran. Heute ist die Alterslast durch den Generationenvertrag sozialisiert, die Familienlast aber nicht.

Der Lebenszuschnitt kinderreicher Familien und kinderarmer oder kinderloser ist sehr verschieden. Die mit Kindern verbundenen Nachteile werden durch keinerlei Vorteile im Rentenalter ausgeglichen. Auf diese Weise tragen Kinderreiche in großem Umfang zur Rentensicherung der Kinderlosen und Kinderarmen bei.

21. Die Unausgewogenheiten der rentenrechtlichen Versicherung beruhen auf der Orientierung am Individuum ohne Rücksicht auf den familiären Status: Ehe und Familie als Wirtschaftseinheit werden im Rentenrecht negativ erlebt.

22. Der kontinuierliche Wandel ist das einzig Beständige in der Geschichte der Familie. Die heute auffallenden Veränderungen sind zum Teil durch staatliche Maßnahmen herbeigeführt oder gefördert worden. Die Veränderungen berühren nicht das Wesen und die spezifische Leistung von Ehe und Familie. Alternativen für Ehe und Familie zeichnen sich nicht ab.

23. Ein stiller Verfassungswandel hat sich nicht vollzogen. Dagegen hat sich die rechtliche Ausgestaltung des Ehe- und Familienrechts in mehrfacher Hinsicht vom Verfassungsrecht entfernt. Die Feststellung der Verfassungswidrigkeit durch das Bundesverfassungsgericht hat den Gesetzgeber bislang nicht sehr beeindruckt.

24. Die mutterfeindliche und familiendiskriminierende Rechtslage spiegelt die Mehrheit Kinderloser oder Kinderarmer in den politischen Gremien wider. Die Wiederherstellung verfassungsmäßiger Verhältnisse

ist schwer denkbar ohne geistige Unterstützung aus der Masse der Wähler. Die an sittlichen Fragen interessierten Institutionen der Gesellschaft können dazu beitragen, politischen Gremien unpopuläre Entscheidungen zugunsten von Ehe und Familie zu erleichtern.

Verfassungsgarantie und sozialer Wandel – Das Beispiel von Ehe und Familie

2. Mitbericht von Professor Dr. *Heinhard Steiger*, Gießen

Inhalt

	Seite
Einleitung	56
A. Bestandsaufnahme	57
I. Der Ausgangspunkt	57
II. Zur Ehe	58
III. Zur Familie	62
IV. Gründe	65
B. Zusammenhänge	66
I. Subjektivität	66
II. Gesellschaftliche Ausdifferenzierung	68
C. Grundlegung	71
I. Sozialer Wandel	71
II. Verfassungsgarantie	74
III. Das Beispiel von Ehe und Familie	75
D. Folgerungen	78
I. Nichteheliche Lebensgemeinschaften	78
II. Familie	79
III. Familiennachzug von Ausländern	81
IV. Förderung	84

Einleitung

Verfassungsgarantie und sozialer Wandel als theoretische Leitbegriffe unseres heutigen Themas deuten zunächst auf einen Gegensatz zwischen verteidigender Bewahrung durch das Recht und vorwärtsdrängender Veränderung in der Wirklichkeit. Doch das Verhältnis ist komplexer. So garantiert Art. 6 Abs. 1 positivrechtlich in den Institutsgarantien Ehe und Familie als objektive Gegebenheiten, und zugleich in der Ehe- und Familienfreiheit die freie, sich selbst bestimmende Subjektivität in ihnen. Damit ist die Spannung zwischen Verfassungsgarantie und sozialem Wandel eine solche zweier Garantieelemente. Denn die Institute sind Voraussetzungen der subjektiven Freiheit und zugleich deren gestaltbare, und somit dem Wandel unterworfenen Sachverhalte.

Das Beispiel bildet trotz seiner Besonderheiten in zugespitzter Weise eine allgemeine Struktur des modernen freiheitlichen Verfassungsstaates ab. Denn einerseits sichert dieser durch die Verfassung sich selbst und seine in Institutionen und Recht gegebene Ordnung. Andererseits gewährleistet er in den Freiheitsrechten die Subjektivität der Menschen als Substanz ihrer Würde. Der in seine Subjektivität freigesetzte Mensch wird so zur Basis des Staates¹. Er wird aber auch zum Subjekt des sozialen Wandels gegenüber dem Gegebenen. Denn in seiner Freiheit unterwirft er es seiner kritisch reflektierenden Vernunft und nimmt die Zukunft selbstgestaltend als Gegenstand seines bewußten Handelns auf. Der Staat hat so in der Freiheitsgarantie die Möglichkeit sozialen Wandels selbst eröffnet.

Die verfassungsrechtliche Garantie des Gegebenen, vor allem des Staates selbst, wird dadurch nicht funktionslos. Aber sie ist auf die Garantie der Würde des Menschen und seiner Subjektivität als seinem tragenden Grund bezogen². Sozialer Wandel wird durch die verfassungsrechtliche Garantie des Gegebenen nicht verhindert oder prinzipiell abgewehrt. Diese bewährt sich vielmehr in dessen Beherrschung, damit er als Frucht der Freiheit sich nicht gegen diese selbst und die Würde der Menschen wendet.

Dieser Spannung innerhalb des Verfassungsstaates von Garantie der Subjektivität und von Gegebenem soll für unser Beispiel in vier Ab-

¹ Dazu vor allem *Joachim Ritter*, *Hegel und die Französische Revolution*, edition suhrkamp 114, Frankfurt 1965, S. 40ff.; *ders.*: Subjektivität und industrielle Gesellschaft, *Zu Hegels Theorie der Subjektivität*, in: *ders.*: Subjektivität, Frankfurt 1974, S. 11ff., insbesondere S. 23.

² Zum Verhältnis von Institutionen und Freiheit u.a.: *Heinhard Steiger*, *Institutionalisierung der Freiheit?*, in: *Helmut Schelsky* (Hrsg.), *Zur Theorie der Institution*, 2. Aufl. Düsseldorf 1973, S. 91ff., insbesondere S. 110ff.; auch: *Helmut Schelsky*, *Zur soziologischen Theorie der Institution*, *ibid.* S. 9ff.

schnitten nachgegangen werden. Der erste Teil gilt einer Bestandsaufnahme des heutigen dogmatischen Verständnisses von Ehe und Familie. Im zweiten Teil sollen allgemeinere Zusammenhänge dargestellt werden. Im dritten Teil möchte ich eine theoretische Grundlegung versuchen und im vierten allgemeinere Folgerungen für einige rechtliche aktuelle Probleme von Ehe und Familie ziehen.

A. Bestandsaufnahme

I. Der Ausgangspunkt

a) Die bekannte Definition des Bundesverfassungsgerichts zu Ehe und Familie scheint die objektiven, institutionellen Elemente hervorzukehren und damit den subjektiven Freiheitselementen der Garantie eine begrenzende Vorgabe zu geben: „Welche Strukturprinzipien diese Institute bestimmen, ergibt sich zunächst aus der außerrechtlichen Lebensordnung. Beide Institute sind von Alters her überkommen und in ihrem Kern unverändert geblieben. . . . Ehe ist für das Grundgesetz die Vereinigung eines Mannes mit einer Frau zur grundsätzlich unauflöslichen Lebensgemeinschaft, und Familie ist die umfassende Gemeinschaft von Eltern und Kindern, in der den Eltern vor allem Recht und Pflicht zur Erziehung der Kinder erwachsen. Dieser Ordnungskern der Institute ist für das allgemeine Rechtsgefühl und Rechtsbewußtsein unantastbar.“³

Jedoch stimmen sowohl für die Ehe als auch für die Familie gegenwärtig die außerrechtlichen Lebensordnungen nur begrenzt mit einem, im übrigen vom Bundesverfassungsgericht nicht näher bezeichneten Herkommen überein, das sich zudem selbst auch im Kernbereich immer wieder, nicht zuletzt durch die Anforderungen des Verfassungsrechts zur Gleichberechtigung und zur Stellung des nichtehelichen Kindes erheblich gewandelt hat⁴. Daher ist die funktional/struktu-

³ BVerfGE 10, 59 (66); 53, 124 (145); 62, 323 (330).

⁴ Zur Geschichte von Ehe und Familie u.a. *Michael Mitterauer/Reinhard Sieder*, Vom Patriarchat zur Partnerschaft, Zum Strukturwandel der Familie, Beck'sche Schwarze Reihe 158, München 1977; *dies.* (Hrsg.), Historische Familienforschung stw 387, Frankfurt 1982; *Werner Conze* (Hrsg.), Sozialgeschichte der Familie in der Neuzeit Europas, Stuttgart 1976; *Ingeborg Weber-Kellermann*, Die deutsche Familie, Versuche einer Sozialgeschichte, Frankfurt 1974; *William H. Hubbard*, Familiengeschichte, Materialien zur deutschen Familie seit dem Ende des 18. Jhdts., München 1983; *Michael Mitterauer*, Faktoren des Wandels historischer Familienformen, in: Helge Pross (Hrsg.), Familie – wohin?, Reinbek 1979, S. 83ff.; zur Übersicht über die neuere Literatur: *Diethelm Klippel*, Entstehung und Strukturwandel der modernen Familie, FamRZ 1978, S. 558ff.; *ders.*: Neue Literatur zur Sozialgeschichte der Familie,

relle Definition der Ordnungkerne auch nur um den Preis inhaltlicher Leere möglich. Subjektiver Gestaltung ist in Wahrheit für beide Institute der Weg nicht nur nicht begrenzt, sondern weithin eröffnet.

b) Darüber hinaus werden vor allem die Ehe durch die Zunahme nichtehelicher Lebensgemeinschaften⁵, im geringeren Maße jedoch auch die Familie durch nicht rein familiäre Wohngemeinschaften als neue Lebensformen der Intimgemeinschaften unabhängig von deren Verbreitung in ihrer Selbstverständlichkeit in Frage gestellt⁶. Sie erleiden einen gewissen Plausibilitätsverlust, ein in allen westlichen Industrienationen zunehmender Vorgang.

c) Die Sinnhaftigkeit der Institutsgarantien von Ehe und Familie scheint somit fragwürdig zu werden, zumal auch deren Fähigkeit bestritten wird, eigene, unersetzbare Funktionen erfüllen zu können und ihre Auflösung unter dem Druck des sozialen Wandels vorausgesagt wird⁷.

II. Zur Ehe

a) Als Unabdingbarkeiten hält das geltende Eherecht Form, Heterosexualität und Monogamie fest⁸. Innerhalb dieses Rahmens haben die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Lehre und Gesetzgebung der partnerschaftlich gleichberechtigten Subjektivität der Ehe-

FamRZ 1984, S. 1179ff., 1985, S. 44ff.; zur Begriffsgeschichte: *Dieter Schwab*, Familie, in: Brunner/Conze/Koselleck, Geschichtliche Grundbegriffe, Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland, Bd. 2, Stuttgart 1975, S. 253ff.

⁵ *Renate Köcher*, Einstellungen zu Ehe und Familie im Wandel der Zeit, eine Repräsentativuntersuchung im Auftrag des Ministeriums für Arbeit, Gesundheit, Familie und Sozialordnung, Baden-Württemberg, Stuttgart 1985; *Nichteheliche Lebensgemeinschaften in der Bundesrepublik Deutschland*, Schriftenreihe des BMJFG, Bd. 170, Stuttgart 1985; *Max Wingen*, Nichteheliche Lebensgemeinschaften, Osnabrück 1984; *ders.*: Wandlungen im Prozeß der Ehe- und Familienbildung, in: Der Wandel familiärer Lebensmuster und das Sozialrecht, Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes, Bd. XXVII, Wiesbaden 1985, S. 31ff.

⁶ Dazu u.a. *Dieter Korczak*, Neue Formen des Zusammenlebens, Frankfurt 1979.

⁷ Dazu u.a. von verschiedenen Positionen: *Philippe Meyer*, Das Kind und die Staatsräson oder die Verstaatlichung der Familie, rororo 4734, Reinbek 1981; *David Cooper*, Der Tod der Familie, dub 6, Reinbek 1972; *Edward Shorter*, Die Geburt der modernen Familie, Reinbek 1977, S. 304ff.; *Heidi Rosenbaum*, Familie als Gegenstruktur der Gesellschaft, Stuttgart 1973, die allerdings mehr Skepsis gegen ein von ihr wohl als zu positiv eingeschätztes Bild der Familie der herrschenden Familiensoziologie darlegt.

⁸ BVerfGE 29, 166 (176); 31, 58 (69); allerdings unter Anerkennung nur im Ausland gültig geschlossener „hinkender Ehen“, E 62, 323 (331); im Ausland gültig geschlossene Mehreen von Ausländern werden aber anerkannt und können hier gelebt werden, BVerwGE 71, 228 (230).

partner immer mehr Raum geschaffen, von der Partnerwahl über den Abbau nicht verstandesmäßig begründbarer Ehehindernisse⁹, die Abwehr die Eheschließung benachteiligender materieller Regelungen¹⁰ bis zur konkreten Ehegestaltungsfreiheit¹¹. Aber auch die individuelle Subjektivität in der Ehe hat zugenommen von der Entscheidung zur Berufsaufnahme bis zur Wahl der Religion¹².

Der subjektiven, gleichberechtigten partnerschaftlichen Ehegestaltungsfreiheit sind durch das Prinzip der Lebensgemeinschaft im heutigen Verständnis nur in materieller Hinsicht normative verbindliche Vorgaben gegeben, obwohl es nunmehr in § 1353 Abs. 1 BGB ausdrücklich normiert worden ist. Aus ihr wird zwar eine personale, über die Ehescheidung hinaus fortdauernde Verantwortung der Ehepartner füreinander geschlossen¹³. Aber über gegenseitige Unterhaltsverpflichtungen¹⁴ hinaus wird ihr Inhalt normativ weder im Gesetz¹⁵ noch durch die Rechtsprechung¹⁶ oder die Lehre¹⁷ zu allgemein akzeptierten, rechtlich durchsetzbaren Einzelverpflichtungen konkretisiert. Denn es gibt kein allgemein verbindliches Ehebild mehr¹⁸, und darf es im Staat der Nichtidentifikation auch nicht geben¹⁹. Es bleibt den Ehepartnern weitgehendst überlassen, welche Ziele und Zwecke sie mit ihrer Ehe verfolgen. Danach richtet sich z. B. die Aufgabenvertei-

⁹ BVerfGE 36, 146 (161ff.), kritisch dazu *Peter Krause*, Der Schutz von Ehe und Familie in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit, 1986, Heft 2–4, S. 18ff., S. 27; BVerfGE 49, 286 (300).

¹⁰ BVerfGE 55, 114 (127).

¹¹ BVerfGE 21, 329 (353); 66, 84 (94); zuletzt 68, 256 (268); dazu unter anderem *Joachim Gernhuber*, Lehrbuch des Familienrechts, 3. Aufl. München 1980, S. 170ff.; extrem: *Ingo Richter*, Alternativkommentar zum Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, Darmstadt 1984, Art. 6 Anm. 32, der einverständliche Verfügung über geschlechtliche Treue einschließen will.

¹² Für die Berufstätigkeit § 1356 Abs. 2 BGB; zur Religionswahl: BVerfG NJW 1964, 1174; dazu i.ü. *Dieter Schwab*, Familienrecht, 3. Aufl. München 1984, S. 50f.; *Gernhuber* (Fn. 11), S. 167; *Richter* (Fn. 11) Art. 6, Anm. 32.

¹³ BVerfGE 71, 364 (358).

¹⁴ BVerfGE 22, 93 (96f.); 42, 64 (77); 47, 85 (100); 53, 257 (296); 66, 84 (93).

¹⁵ Auch aus den Ehescheidungsregeln lassen sich keine Rückschlüsse ziehen, da sie auf äußeren Indizien und Vermutungsregeln und gerade nicht auf ehelichen Pflichten gründen.

¹⁶ Die wenigen Entscheidungen des BGH zu § 1353 Abs. 1 BGB befassen sich nur mit materiellen Verpflichtungen, BGHZ 71, 216 (222f.); 72, 157 (162).

¹⁷ *Gernhuber* (Fn. 11), S. 167ff.; *Schwab*, Familienrecht (Fn. 12), S. 48ff.; *Günter Beitzke*, Familienrecht, 24. Aufl. München, S. 63ff.

¹⁸ Zu den verschiedenen Ehelehren *Gernhuber* (Fn. 11), S. 25; ergänzend *Hans Martin Pawlowsky*, Die bürgerliche Ehe als Organisation, Heidelberg 1983.

¹⁹ Nachdrücklich *Hans Hattenhauer*, Die Privatisierung der Ehe, ZRP 1985, S. 200ff.; dazu *Joachim Kronisch*, *ibid.* S. 312.

lung zwischen den Partnern²⁰, aber auch die Entscheidung über Nachkommenschaft im Rahmen einer nach subjektiven Kriterien der Ehepartner ausgerichteten Familienplanung²¹, da die Zeugung nicht mehr notwendiger Ehezweck ist²². Im Extrem dieser Subjektivität werden Kinder zum „Bedürfnis“ der Eltern, das diese sich in Konkurrenz zu anderen Bedürfnissen erfüllen²³. Es liegt in der fatalen Konsequenz dieses Ansatzes, daß ein der Bedürfnislage nicht entsprechendes Kind für die Mutter eine „soziale Notlage“ herbeiführen kann, die die Schranke zur Abtreibung öffnet. Jedoch ist die Auffassung, daß über Schwangerschaftsabbrüche die Mutter allein entscheiden könne²⁴, meines Erachtens mit dem Prinzip der Lebensgemeinschaft nicht vereinbar. Das gleiche muß für andere medizinisch-technische Eingriffe in diesem Bereich gelten.

b) Konsequenter gründet das Bundesverfassungsgericht auch die Lebenszeitdauer der Ehe darauf, „daß die Ehe von beiden Partnern als dauernde Gemeinschaft beabsichtigt und versprochen wird und daß sie nach ihrem Inhalt auf Lebenszeit angelegt ist“²⁵, wodurch es aber ihre Sicherung von der objektiv-institutionellen Ebene in die Subjektivität der Ehepartner, ihr Wollen und Vermögen verlagert. Entsprechend wird das Vorliegen einer vom Standesbeamten abzulehnenden Scheinehe nach den Absichten der Nuptienten beurteilt²⁶. Seitdem die Beurteilung, ob die gesetzlichen Scheidungsgründe objektiv vorliegen, dem Gericht entzogen ist, ist die Eheauflösung im Kern ebenfalls der partnerschaftlich oder gar individuell wahrgenommenen subjektiven Entscheidung der Ehepartner anheim gegeben. Die Ablei-

²⁰ BVerfGE 39, 169 (183); 48, 327 (338).

²¹ Zur Familienplanung soziologisch u.a. *René König*, Die Familie der Gegenwart, 3. Aufl. München 1978, S. 87ff.; zur Gültigkeit rechtlicher Vereinbarungen u.a. *Gernhuber* (Fn. 11), S. 181; *Wacke*, BGB – Münchener Kommentar, Ergänzungsband, § 1353 Rdn. 34, beide auch mit Verweisen zu anderen Ansichten.

²² So noch BGHSt 6, 46 (53); für die heutige Auffassung u.a. *Gernhuber*, *ibid.*, *Wacke* *ibid.*; soziologisch *König*, Familie (Fn. 21), S. 82; *Hartmann Tyrell*, Familie und gesellschaftliche Differenzierung, in: Pross (Fn. 4), S. 13ff., S. 66f.; zum regenerativen Verhalten: Dritter Familienbericht der Bundesregierung, BT-Drs. 8/3121, S. 96ff.

²³ 3. Familienbericht Abschnitte 5.3.1., S. 103 und 5.6.3., S. 114ff.

²⁴ *Lange-Klein*, BGB – Alternativkommentar, § 1353 Anm. 8; in bezug auf die Sterilisation: BGH NJW 1976, 1791; dies ist auch die Auffassung des Supreme Court der USA, *Planned Parenthood of Missouri v. Danforth*, 428 US 52 (1976); *Thornburg v. American College of Obstetricians* 106 SCt 2126 (1986); wie hier *Wacke* (Fn. 21), § 1353 Rdn. 34.

²⁵ BVerfGE 53, 224 (245); dazu auch Richter (Fn. 11), Art. 6 Anm. 15.

²⁶ Dazu AG und LG Duisburg, Das Standesamt 1981, 113ff.; AG Lübeck, Das Standesamt 1980, 339.

tung eines Abwehrrechtes gegen ein absolutes Scheidungsverbot aus der Eheschließungsfreiheit einerseits und die These von einer vertraglichen Dispositionsfreiheit über den Ausschluß der Scheidung andererseits stärken die Subjektivität in diesem Bereich weiter²⁷. Scheidung ist entgegen der Hypothese des Bundesverfassungsgerichts weder tatsächlich noch sozial oder rechtlich-normativ eine Ausnahme²⁸. Sie ist funktional gegenbildliches Formelement der Eheschließung im verweltlichten bürgerlich-rechtlichen Institut Ehe geworden²⁹.

c) Zwar fallen die nichtehelichen Lebensgemeinschaften nicht unter Art. 6 Abs. 1³⁰; aber nach übereinstimmender Auffassung werden sie durch die Verfassung nicht nur toleriert³¹, sondern können sich

²⁷ *Ingo v. Münch*, Art. 6 GG, Der Wandel familiärer Lebensmuster und des Familien- und Sozialrechtss, in: Wandel (Fn. 5), S. 69ff., S. 81; zurückhaltender: Kommission der EMRK, Johnston and others against Ireland, Report of the Commission, 5.3.1985, §§ 89 sq., die mit dem GH für Menschenrechte nur eine Vorsorge für Aufhebung der Lebensgemeinschaft anerkennt, GH Fall Airey, ECHR 9.10.1979, § 30; *Hattenhauer* (Fn. 19), passim. Seine Auffassung widerspricht aber meines Erachtens dem im objektiven Recht gefundenen Ausgleich zwischen Subjektivität und institutionalen Sicherungen der Ehe.

²⁸ Sie ist normaler Ausgang aus dem stets möglichen subjektiven Scheitern einer Ehe geworden, u.a. *König*, Familie (Fn. 21), S. 97ff.; *Tyrell*, Familie (Fn. 21), S. 61; *Josef Loidl*, Scheidung – Ursache und Hintergründe, Wien 1985, S. 90f.

²⁹ BVerfGE 53, 224 (245); siehe aber auch die in Fn. 27 genannte Entscheidung des GH für Menschenrechte.

³⁰ BVerfGE 9, 20 (34f.); 36, 146 (165); nachdrücklich *Ingo v. Münch*, Verfassungsrecht und nichteheliche Lebensgemeinschaft, in: Götz Landwehr (Hrsg.), Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, Göttingen 1978, S. 137ff.; S. 140f.; *Theodor Maunz*, in: Theodor Maunz/Günter Dürig u.a., Grundgesetz – Kommentar, Art. 6 (Zweitbearbeitung) 1980, Art. 6 Anm. 15a; *Richter* (Fn. 11), in: Art. 6 Anm. 15, S. 669; *Wolfgang Zeidler*, Ehe und Familie, Ernst Benda u.a. (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, Berlin 1983, S. 555ff., S. 581.

³¹ Dazu auch BVerfGE 9, 20 (34). Auch ein Konkurrenzschutz wird verneint, z.B. *Wilfried Schlüter*, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, Berlin 1981, S. 15; *Richter* (Fn. 11), in: Art. 6 Anm. 42; i.ü. zu Verbreitung, Formen und Gründen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft u.a. die in Fn. 5 genannte Literatur. Zur rechtlichen Problematik aus der stetig steigenden Fülle, außer der bereits genannten Schrift von *Schlüter: Sigfried de Witt/Johann Friedrich Hofmann*, Nichteheliche Lebensgemeinschaft, München 1983; *Bernd Apel*, Die eheähnliche Gemeinschaft, insbesondere ihre Bewertung und Abwicklung, Diss. iur. Tübingen 1981; *Fritz Kunigk*, Die Lebensgemeinschaft, rechtliche Gestalt von ehelichem und eheähnlichem Zusammenleben, Stuttgart u.a. 1978; *Robert Battes*, Nichteheliches Zusammenleben im Zivilrecht, Köln 1983; *Fritz Jost*, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, Juristische Reaktionen auf private „Entregelung“, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 9, Opladen 1983, S. 124ff.; *Götz Landwehr* (Fn. 30) mit Aufsätzen von Hans Jürgen Becker, Traugott Koch, Dieter Schwab, Wolfgang Rübner, Eugen Dietrich Graue, Ingo v. Münch; *Eva Marie v. Münch*, Grundgesetz – Kommentar, hrsgg. von I.v.Münch, Bd. 1, 3. Aufl. München 1985, Art. 6 Anm. 3a, S. 345; *Maunz* (Fn. 30), in:

auf Art. 2 Abs. 1 stützen³². Das Sittengesetz steht ihnen nach heutiger Auffassung nicht mehr entgegen. Ihrer subjektiven Gestaltung sind noch weniger Grenzen gesetzt, bis hin zur im Ausland kirchlich katholisch, also wirklich auf Lebensdauer geschlossenen Ehe nach deutschem Recht bewußt nicht gültig verheirateter Deutscher mit hiesigem Wohnsitz. Verfassungsrechtlich ist so eine subjektive Wahlfreiheit zwischen Ehe und nichtehelicher Lebensgemeinschaft entstanden³³, auch wenn die letztgenannte (noch) Nachteile hat, da sie trotz gewissem verfassungsrechtlichem Schutz mit der Ehe nicht völlig gleichgestellt werden soll³⁴. So wird über adäquate rechtliche Regelungen insbesondere für ihre Abwicklung umfangreich nachgedacht³⁵. Die Schwierigkeiten der Abgrenzung werden jedoch im Sozialhilfe- und im Arbeitslosenhilferecht deutlich. Einerseits wird die Begünstigung der nichtehelichen Lebensgemeinschaften gegenüber der Ehe aufgrund unterschiedlicher Anrechnungsregeln des Einkommens der Partner als Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 angesehen. Andererseits aber wird auch ihre bewußte Benachteiligung ausgeschlossen. Der Gesetzgeber hat daraus den Schluß negativer Gleichstellung beider Lebensformen gezogen³⁶.

III. Zur Familie

a) Da der Begriff der Familie einer festen einfachgesetzlichen Form außer seiner Bindung an die Verwandtschaft im Rechtssinne ermanget, ist ihr verfassungsrechtlicher Begriff nicht vorgeformt. Er hat in

Art. 6 Anm. 15a f.; *Dietrich Pirson*, Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar), Zweitbearbeitung 1978, Art. 6 Anm. 17; *Zeidler* (Fn. 30), S. 574; Zur Frage der Sittenwidrigkeit, *Ingo v. Münch* (Fn. 30), S. 149; in der Zivilrechtsprechung droht jedoch z.T. noch das Problem der Sittenwidrigkeit bestimmter Rechtsgeschäfte, und damit deren Nichtigkeit, vor allem bei gleichzeitigem Bestehen einer Ehe, dazu z.B. *Schwab*, Familienrecht (Fn. 12), S. 64; *Kunigk*, *ibid.*, S. 116ff., 119f.; *Apel*, *ibid.*, S. 37ff. Zur Rechtsvergleichung jüngstens *Peter Striewe*, Ausländisches und internationales Privatrecht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, Osnabrücker Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 4, Köln u.a. 1986.

³² BVerfGE 56, 363 (384); *Richter*, *ibid.*; *Ingo v. Münch*, *ibid.*

³³ *Richter*, *ibid.*, S. 694, läßt sogar auch Wahlfreiheit für die „homosexuelle Ehe“ zu; in ähnlicher Richtung auch der BT-Abgeordnete *Wolfgram*, 8. Wahlperiode, 164. Sitzung, Sten. Prot., S. 13175. Ablehnend kürzlich der amerikanische Supreme Court, *Bowers v. Hartwick*, 106 SCt 2841 (1986). In den Niederlanden hingegen wird die Gleichstellung erwogen, siehe: 1 + 1 = samen (Fn. 7), S. 47ff.

³⁴ Dazu die in Fn. 31 zitierte Literatur.

³⁵ Dazu die in Fn. 31 zitierte zivilrechtliche Literatur mit Hinweisen auf die bisherige Rechtsprechung.

³⁶ BVerfGE 67, 186 (195); 9, 20 (34); § 122 BSGH; § 139 AFG neu.

der Geschichte erhebliche Wandlungen durchgemacht³⁷. Seine soziologische Bestimmung schwankt zwischen der Zwei-Generationen-Kernfamilie (*famille conjugal*, *nuclear family*) und der modifizierten erweiterten Familie (*modified extended family*)³⁸. Bundesverfassungsgericht und Lehre legen den erstgenannten Begriff zugrunde³⁹, fassen diesen andererseits sehr weit, einschließlich des Verhältnisses der unehelichen Mutter zu ihrem Kind⁴⁰. Sie tragen, mit Ausnahmen, den neueren subjektiv bestimmten Entwicklungen zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft mit Kindern dadurch Rechnung, daß auch der in der Lebensgemeinschaft mitlebende Vater in die „Familie“ einbezogen wird, wenn ihm auch nur ein „hinkendes Erziehungsrecht“ ohne formelles Sorgerecht zustehen soll⁴¹.

b) Auch die Gestaltung des Familienlebens unterliegt prinzipiell der Autonomie ihrer Glieder⁴². Noch weniger als aus dem Begriff der ehelichen Lebensgemeinschaft lassen sich aus der die Kernfamilie deutenden Formel des Bundesverfassungsgerichts als „umfassende Lebensgemeinschaft von Eltern und Kindern“ neben den bereits verfassungsrechtlich begründeten Rechten und Pflichten der Eltern zur Er-

³⁷ Oben Fn. 4.

³⁸ *Emilie Durkheim*, *La famille conjugal*, *Revue Philosophique*, vol. 41 (1921), p. 1–14; *Talcott Parsons/Robert F. Bales*, *Family, Socialization and Interaction Process*, New York 1955/56, p. 10 sq.; *Hartmann Tyrell*, *Probleme einer gesellschaftlichen Ausdifferenzierung der privatisierten modernen Kernfamilie*, *Zeitschrift für Soziologie*, 5 (1976), S. 393ff., S. 403ff.; auch *René König*, *Soziologie der Familie*; *ders.* (Hrsg.), *Handbuch zur empirischen Sozialforschung*, Bd. 7, 2. Aufl. Stuttgart 1976, S. 60ff. Zur zweiten Meinung: *Leopold Rosenmayr*, *Soziologie des Alters*, *ibid.*, S. 218ff., S. 316ff.; *König*, *Familie* (Fn. 21), S. 94 mit Nachweisen S. 160 Fn. 756; *Eugene Littwack*, *The Use of Extended Family Groups in the Achievement of Social Goals*, *Social Problems*, vol. 7 (1959/60), p. 117ff.

³⁹ BVerfGE 10, 59 (66); 48, 327 (339).

⁴⁰ BVerfGE 18, 97 (105f.); für das Verhältnis des unehelichen Kindes zu seiner Mutter a.A. noch: *Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein*, *Das Bonner Grundgesetz*, Kommentar 2. Aufl., Berlin/Frankfurt 1955/57, Art. 6 Anm. III 5, S. 267 mit Verweis auf *Wernicke* zu Art. 6 im Bonner Kommentar (Erstkommentierung); so auch die herrschende Auffassung zu Art. 119 WRV, *Alfred Wieruszowski*, Art. 119; Ehe, Familie, Mutterschaft, in: *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, hrsgg. von Hans Carl Nipperdey, 2. Bd. Berlin 1930, S. 72ff., S. 90ff.; die heutige Lehre folgt fast einhellig dem Bundesverfassungsgericht; a.A. neuestens auch in bezug auf die durch Scheidung oder Tod eines Elternteiles entstandene Restfamilie: *Helmut Lecheler*, *Verfassungsgarantie und sozialer Wandel – das Beispiel von Ehe und Familie*, DVBl. 1986, 905ff., 907.

⁴¹ BVerfGE 56, 363 (384ff.); so auch *E.M.v.Münch* (Fn. 31), Art. 6 Anm. 4a; *Maunz* (Fn. 29), Art. 6 Anm. 16a; a.A. auch hier *Lecheler*.

⁴² BVerfGE 21, 329 (353), 33, 236 (238); *Richter* (Fn. 10), Art. 6 Rdn. 32, soziologisch u.a. *Tyrell*, *Familie* (Fn. 22).

ziehung der Kinder weitere immaterielle rechtlich normative Pflichten ableiten. Diese Formel kommt im einfachen Recht auch nicht vor. Auf das räumliche Zusammenleben kommt es nach dem Bundesverfassungsgericht inzwischen auch nicht mehr an, sondern die emotionale, also wiederum subjektive Bindung ist tragend. Nur die gegenseitigen Unterhaltspflichten sind zu echten einklagbaren und durchsetzbaren Rechtspflichten gestaltet. Im übrigen gelten allgemeine Leitbilder, wie Rücksichtnahme, Achtung, Beistand⁴³. Neben die Gestaltungsfreiheit der Eltern tritt die mit Heranwachsen zunehmende Selbstbestimmung und Mitwirkung der Kinder. Wie schon frühere Teiljährigkeitsregelungen sind die Vorverlegung der Volljährigkeit auf 18 Jahre, obwohl bei dessen Eintritt ein hoher Prozentsatz der Kinder noch materiell unselbständig ist und im gemeinsamen Wirtschaftsverband verbleibt, und die neueren Regelungen der §§ 1626 Abs. 2 und 1631a BGB gesetzliche Stärkung ihrer Eigenständigkeit in der Familie, deren Verfassungsmäßigkeit allerdings umstritten war⁴⁴.

Vor allem die nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts zum Ordnungskern der Familie gehörende Erziehung der Kinder ist der Subjektivität der Eltern, wenn auch treuhänderisch gebunden, offen⁴⁵. Nicht nur wird aus Art. 6 Abs. 2 gegenüber Art. 120 Weimarer Reichsverfassung der Erziehungsvorrang der Eltern vor dem Staat abgeleitet; er gibt anders als sein Vorgänger und manche Landesverfassungen⁴⁶ keine Erziehungsziele vor. Es ist unbestritten, daß der Staat auch solche für die Eltern nicht formulieren darf, ausgenommen das sogenannte formale Erziehungsziel, das Kind zu einer erwachsenen, selbständig handelnden Persönlichkeit in der sozialen Gemeinschaft heranzubilden. Das staatliche Wächteramt greift nur ein, wenn die Eltern versagen⁴⁷.

⁴³ § 1618a BGB, dazu u.a. *Gernhuber* (Fn. 11), S. 688; *Schwab*, Familienrecht (Fn. 12), Rdn. 390, S. 196.

⁴⁴ Dagegen vor allem *Walter Schmidt Glaeser*, Das elterliche Erziehungsrecht in staatlicher Reglementierung, Bielefeld 1980, S. 35ff.; dafür u.a. *Peter Häberle*, Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat, Freiburg 1981, S. 57.

⁴⁵ BVerfGE 51, 386 (398); *Ernst Wolfgang Böckenförde*, Elternrecht – Recht des Kindes – Recht des Staates, Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Joseph Krautscheidt und Heiner Maré (Hrsg.) Nr. 14, München 1980, S. 54ff.; weiterhin die Kommentierungen zu Art. 6 II; auch zum folgenden. Jüngstens auch *Josef Isensee*, Elternrecht/Elterliches Sorgerecht, Staatslexikon, Bd. 2, 7. Aufl., Freiburg 1986, Sp. 222ff., 225ff.

⁴⁶ Art. 126 Abs. 1 Bayer. Verf.; Art. 23 Abs. 1 Brem. Verf.; Art. 55 Hess. Verf.; Art. 25 Abs. 1 Rhein.-Pfäl. Verf.; Art. 24 Abs. 1 Saarl. Verf.; genannt werden i.d.R. leibliche, geistige, seelische und in einigen Verfassungen auch gesellschaftliche Tüchtigkeit.

⁴⁷ BVerfGE 24, 119 (144); 56, 363 (384); *Isensee* (Fn. 45), Sp. 229f.

IV. Gründe

a) Als vorherrschender Zug in der Entwicklung der Lebensbereiche Ehe und Familie setzt sich somit die freie, subjektive Selbstbestimmung der Beteiligten mehr und mehr gegenüber vorgegebenen objektiven institutionell ausgerichteten Elementen durch. Die rechtliche Dominanz des subjektiven Elements der Verfassungsgarantie von Ehe und Familie liegt in der heutigen dreifachen Struktur dieser Garantie selbst, die eine Kreation des Bundesverfassungsgerichts ist⁴⁸. Art. 6 Abs. 1 enthält das erste Garantieelement subjektiv-öffentlicher Freiheitsrechte nicht ausdrücklich. Sein Vorbild, Art. 119 Abs. 1 WRV, stellte lediglich eine Institutsgarantie dar⁴⁹. Ob die Verfassungseltern von 1949 sie wollten, läßt sich aus den Materialien nicht mit Sicherheit erschließen⁵⁰. Die ersten Kommentatoren, darunter vor allem der Urheber der Garantie, von Mangoldt, sahen in Art. 6 Abs. 1 nur eine Institutsgarantie⁵¹. Eine dogmatische Begründung ist nie erfolgt⁵². Die Anerkennung subjektiv-öffentlicher Freiheitsrechte hat sich jedoch durchgesetzt und ist heute zur Recht unbestritten. Aber dadurch hat die Garantie im ganzen eine vorherrschend subjektive Ausrichtung gewonnen. Es hat seit 1919 und auch seit 1949 ein Verfassungswandel der Garantie von Ehe und Familie stattgefunden. Sie ist aus dem Bereich „Gemeinschaftsleben“ in die Nähe der subjektiven Freiheitsrechte, vor allem Art. 2 und 4, gerückt. Das zweite ursprüngliche Garantieelement, die Institutsgarantien, wurde auf eine rechtlich formelle Ummantelung der Freiheiten reduziert und inhaltlich entleert. In letzter Konsequenz werden sie zu einem Anspruch, daß die Normen N1 bis Nn vom Staat bereitgestellt werden, um Ehen schließen und führen, Familien gründen und gestalten zu können. Im übrigen erscheinen sie als „überflüssige dogmatische Konstruktion“⁵³. Der

⁴⁸ BVerfGE 6, 55 (71).

⁴⁹ *Gerhard Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reiches, Kommentar, 14. Aufl. 1933, Neudruck Darmstadt 1965, Art. 119 Anm. 1; *Wieruszowski* (Fn. 40), S. 73.

⁵⁰ Dazu die maschinenschriftlichen Protokolle des Ausschusses für Grundsatfragen des Parlamentarischen Rates von der 24. Sitzung, S. 36 und der 29. Sitzung, S. 41.

⁵¹ *Hermann v. Mangoldt*, Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Berlin 1952, Art. 6 Anm. 2, und ihm folgend *Friedrich Klein* in der 2. Aufl., Berlin/Frankfurt 1955/57, Art. 6 Anm. III/3, S. 266; kritisch hingegen gegenüber der Institutsgarantie *Richter* (Fn. 11), Art. 6 Rdn. 11a.

⁵² Das Bundesverfassungsgericht beruft sich nicht eigentlich auf dogmatische, sondern auf historische Gründe, die Erfahrung mit den Eingriffen in Ehe und Familie im Dritten Reich.

⁵³ Zur Subjektivierung der Privatrechtsinstitute *Robert Alexy*, Theorie der Grundrechte, Baden-Baden 1985, S. 441; a.A. zur Bedeutung der Institutsgarantien *Edzard Schmidt-Jortzig*, Die Einrichtungsgarantien der Verfassung, Göttingen 1979, S. 59ff.

Verweis auf das dritte Garantieelement einer Umfeldgarantie durch die „wertentscheidende Grundsatznorm“ bringt die Suche nach Inhalten von Ehe und Familie nicht weiter; denn aus dem Begriff des „Wertes“, seine Vieldeutigkeit und Fragwürdigkeit einmal dahingestellt⁵⁴, läßt sich dafür nichts gewinnen. Er setzt vielmehr Inhalte voraus, die dann zu Werten erhoben werden.

B. Zusammenhänge

I. Subjektivität

a) Die rechtliche Öffnung für die Subjektivität in Ehe und Familie selbst ist außerrechtlich begründet. Historisch setzen sich die individuell-subjektiven Elemente von Ehe und Familie in einem kontinuierlichen Prozeß seit dem 18. Jhdt. durch⁵⁵. Kants berühmte Definition der Ehe als „Verbindung zweier Personen verschiedenen Geschlechts zum lebenswierigen Besitz ihrer Geschlechtseigenschaften“ brachte diese Entwicklung auf den rechtlichen Begriff⁵⁶. Hegel nannte diese zwar eine „Schändlichkeit“⁵⁷; die Einheit der Ehe ist aber auch für ihn „substantiell nur Innigkeit und Gesinnung“⁵⁸. Sie entsprach der von Henry Maine gekennzeichneten Entwicklung von „status to contract“⁵⁹. Zwar tritt nicht zuletzt aufgrund des Einflusses Hegels und

⁵⁴ Zur Kritik der Werttheorie des BVerfG vor allem *Ernst Forsthoff* in verschiedenen Abhandlungen, z.B.: Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, Rechtsstaat im Wandel, 2. Aufl., München 1976, S. 130ff., S. 134ff.; Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre *ibid.*, S. 202ff., 223ff.; *ders.*: Der Staat der Industriegesellschaft, München 1971, S. 149ff.; aber auch *Helmut Goerlich*, Wertordnung und Grundgesetz, Baden-Baden 1973, insbes. S. 131ff.; *Carl Schmitt*, Die Tyrannei der Werte, zuletzt in: Carl Schmitt, Eberhard Jüngel, Sepp Schelz, Die Tyrannei der Werte, 1979, S. 9ff.; eine Auseinandersetzung mit der Kritik bei *Alexy* (Fn. 53), S. 134ff.; *Häberle*, Erziehungsziele (Fn. 44), S. 16ff.

⁵⁵ *Schwab*, Familie (Fn. 4), S. 284f.; *Shorter* (Fn. 7), S. 17ff.; *König*, Familie (Fn. 21), S. 41f., 55f.; *ders.*: Handbuch (Fn. 38), S. 107ff.; *Friedhelm Neidhardt*, Die Familie in Deutschland, Deutsche Gesellschaft im Wandel 2, hrsgg. von Karl Martin Bolte u.a., Opladen 1970, S. 9ff., S. 39ff.

⁵⁶ *Immanuel Kant*, Metaphysik der Sitten, Der Rechtslehre Erster Teil, Das Privatrecht, § 24.

⁵⁷ *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 75, §§ 173, 176.

⁵⁸ *Henry Sumner Maine*, Ancient Law, Its Connection with the early History of Society and its Relation to Modern Times, 4th American from the 10th London Edition, New York, p. 161 sq., p. 165.

⁵⁹ *Hegel* (Fn. 57), §§ 75, S. 158ff.; *Friedrich Carl von Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Berlin 1940, Neudruck Aalen 1973, II. Buch, Kap. 1, § 54; *ders.*: Denkschrift, Darstellung der in preußischen Gesetzen über die

Savignys noch einmal der institutionelle Charakter der Ehe und Familie in den Vordergrund rechtlicher Regelung. Aber ihre einmal gewonnenen subjektiven Elemente bleiben bestehen und setzen sich sozial weiter durch. Emotional-subjektives Eheglück und Familienglück wie auch individuelles Glück werden zum Ziel und Zweck für Ehe und Familie, aber damit auch zum Prüfstein des Gelingens und Scheiterns, der Dauer und Auflösung. Sie werden zudem zum vorzüglichen Raum der Privatheit.

b) Die Subjektivierung der Ehe und Familie gründet in dem allgemeinen, in der Renaissance und Reformationszeit beginnenden, seit der Aufklärung wie der Romantik sich beschleunigenden, in der Gegenwart allumfassenden Vorgang der Subjektivierung und „Emanzipation“.

„Subjektivität – das Individuum in sich –“, wie Joachim Ritter sie kennzeichnet, ist zur „weltgeschichtlichen Gestalt“ geworden⁶⁰. In der Anerkennung und Gewährleistung der Freiheitsrechte als der Grundlage rechtlich-staatlicher Ordnung des in der Nachfolge der Französischen Revolution stehenden Verfassungsstaates ist der Mensch in seiner Subjektivität als Inhalt seiner Menschenwürde zum Subjekt des Staates allgemein geworden, im Unterschied zu den Staaten in der Nachfolge der sowjetischen Revolution, deren Subjekt die Gesellschaft oder gar die Partei ist.

In der Freisetzung und Freiheit der Subjektivität kommt der Mensch zu sich selbst, kann er, wiederum mit Joachim Ritter, „den ganzen Reichtum seines religiösen, sittlichen, persönlichen Seins“ entfalten, seinen Verstand, aber auch sein Gefühl, seine Gesinnung wirksam werden lassen⁶¹. Mit ihr bricht sich aber auch die prüfende, kritisch reflektierende subjektive Vernunft Bahn⁶². Leitbilder, Überkommenes, Gegebenes, Institutionen, Normen, Recht, werden ihr unterworfen. Sie geraten in die Gefahr, ihre vorgegebene Verbindlichkeit zu verlieren; denn sie werden hinterfragt, nach Maßstäben subjektiver Vernunft geprüft, angenommen, verändert, verworfen, gleichgültig ob sie religiösen, traditionellen, sozialen, ethischen oder anderen Ursprungs sind. Dieser Verlust an Verbindlichkeit erfaßt auch die Leitbilder von Ehe und Familie, sowohl die nichtstaatlichen, wie sich ge-

Ehescheidung unternommenen Reform, in: *Vermischte Schriften*, Bd. 5, Berlin 1850, Neudruck Aalen 1968, S. 222ff., S. 232ff.; dazu *Stefan Buchholz*, Savignys Stellungnahme zum Ehe- und Familienrecht, in: *Ius Commune VIII*, Frankfurt 1980, S. 148ff.

⁶⁰ Ritter, Subjektivität (Fn. 1), Vorbemerkung S. 9.

⁶¹ Ritter, *ibid.*, S. 11ff.

⁶² Dazu u.a. *Martin Kriele*, Die vermutete Vernünftigkeit unseres Rechts, Zu Hegels Begriff der abstrakten Subjektivität, in: *ders.: Legitimitätsprobleme der Bundesrepublik*, München 1977, S. 47ff.

genwärtig selbst innerhalb der katholischen Kirche zeigt, als auch erst recht die staatlichen einer weltlichen, entsakralisierten Ehe und Familie. Das Prinzip der Nichtidentifikation setzt dem Staat zudem Grenzen der Ausbildung und Durchsetzung verbindlicher Leitbilder⁶³. Der Rückgriff auf das Herkommen, wie ihn das Bundesverfassungsgericht anklingen läßt, muß in inhaltlicher Hinsicht fehlschlagen. Dieses entfaltet nur noch in bewußter Annahme, nicht mehr aus sich heraus, formende Kraft⁶⁴. In der Gegenwart wird die Reichweite subjektiver Entscheidung in einem Kernbereich der Ehe, nämlich den Geschlechtsbeziehungen, durch die ständig zuwachsenden medizinisch-technischen Möglichkeiten, die angeblich natürliche Vorgegebenheiten überwinden, zusätzlich gesteigert.

II. Gesellschaftliche Ausdifferenzierung

a) Ehe und Familie konnten zu einem hervorragenden Ort subjektiver Autonomie und Privatheit werden, weil im Zuge der Entstehung der industriellen Gesellschaft ökonomische und politische Funktionen auf andere Teilbereiche der Gesellschaft im Zuge der Ausdifferenzierung der gesellschaftlichen Lebensbereiche verlagert wurden⁶⁵. Dadurch wurden Ehe und Familie entlastet und Raum für die Entfaltung der Subjektivität gegeben. Es bleiben ihr Funktionen der Zeugung des Nachwuchses und dessen Erziehung, des Raumes personaler Erfüllung und des Rückzuges aus der aufregenden apersonalen Welt der Geschäfte, und auch der gegenseitigen Sorge und Versorgung der Partner und Familienmitglieder füreinander.

Die anderen Lebensbereiche, insbesondere der politische und ökonomische, lösten sich jedoch in gleichem Maße von der Familie und konstituierten sich unabhängig, ja ohne Rücksicht auf und unter Umständen sogar gegen sie. Sie sind an ganz anderen Sinnkontexten orientiert und entsprechend funktional strukturiert. Es tritt eine allgemeine Entfamiliarisierung ein⁶⁶. Die seit der Antike bis in die frühe Neuzeit

⁶³ Zum Prinzip der Nichtidentifikation *Herbert Krüger*, Allgemeine Staatslehre, Stuttgart 1964, S. 178ff.; siehe auch *Heinhard Steiger*, Zur innenpolitischen Neutralität des Staates, in: Recht und Gesellschaft, FS für Helmut Schelsky zum 65. Geburtstag, Berlin 1978, S. 659ff.

⁶⁴ Siehe u.a. *Shorter* (Fn. 7), S. 304ff. zur mangelnden Bereitschaft der heranwachsenden Generation, die herkömmlichen Werte zu übernehmen und sich als Glied der Generationenkette zu verstehen, das „Erbe der Väter“ weiterzutragen.

⁶⁵ Dazu vor allem *Niklas Luhmann*, Grundrechte als Institution, 2. Aufl. 1974, S. 14ff.; in bezug auf die Familie u.a. *Hartmann Tyrell*, Probleme einer Theorie der gesellschaftlichen Ausdifferenzierung der privatisierten modernen

hinreichende Theorie vom organischen Aufbau des Staates auf der Familie, dem „Ganzen Haus“, der die Praxis weithin entsprach, ist für die Gegenwart in dieser Weise nicht mehr tragfähig⁶⁷.

Es ist den anderen Systemen letztlich gleichgültig, woher ihr „Personal“ kommt, wo es aufgezogen wurde, wenn es nur für die Bedürfnisse dieser Systeme hinreichend gebrauchsfähig ist. Art. 3 Abs. 3 und Art. 33 verbieten es dem Staat sogar ausdrücklich, die soziale Herkunft zu beachten. Das Individuum wird unmittelbar als Träger der konkreten Freiheit konstituierendes Element des Staates und als Träger von Bedürfnissen konstituierendes Element der Gesellschaft. Hegel hat dies auf den Begriff der „Entfremdung“ gebracht: „Zunächst ist die Familie das substantielle Ganze, dem die Vorsorge für diese besondere Seite des Individuums sowohl in Rücksicht der Mittel und Geschicklichkeiten, um aus dem allgemeinen Vermögen sich (etwas) erwerben zu können, als auch (in Rücksicht) seiner Subsistenz und Versorgung im Falle eintretender Unfähigkeit, angehört. Die bürgerliche Gesellschaft reißt aber das Individuum aus diesem Bande heraus, entfremdet dessen Glieder füreinander und anerkennt sie als selbständige Personen. Sie substituiert ferner statt der äußeren unorganischen Natur und des väterlichen Bodens, in welchem der einzelne seine Subsistenz hatte, den ihrigen und unterwirft das Bestehen der ganzen Familie selbst, der Abhängigkeit von ihr, der Zufälligkeit. So ist das Individuum Sohn der bürgerlichen Gesellschaft geworden, die ebenso sehr Ansprüche an ihn als er Rechte auf sie hat.“⁶⁹ Daher bedarf das Verhältnis von Familie und Staat einer noch zu leistenden neuen Definition. Die Kategorie der Familie als „Keimzelle“ der Gesellschaft oder des Staates bietet dafür allenfalls einen Ansatz⁷⁰.

b) Ausdifferenzierung läßt aber auch einen hohen Grad funktionaler Verflechtungen mit und Abhängigkeit von den anderen Lebensbereichen für die Familie entstehen. Zwar sind Ehe und Familie von den Subsistenzfunktionen entlastet worden. Gleichzeitig werden sie aber

Kernfamilie, *Zeitschrift für Soziologie*, Jahrgang 5 (1976), S. 393ff.; *ders.*: Familie (Fn. 22), passim.

⁶⁶ Tyrell, Familie (Fn. 22), S. 23ff.

⁶⁷ Ihre ausgeprägteste frühneuzeitliche Formulierung findet sich wohl bei *Johannes Althusius*, *Politica*, 3. Aufl., Herborn 1614, Kap. 2ff.; siehe auch *Otto Brunner*, „Das Ganze Haus“ und die alteuropäische Ökonomik, *Neue Wege der Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte*, 1968, S. 193ff.; *Schwab*, Familie (Fn. 4), S. 266ff.; *Mitterauer*, Patriarchat (Fn. 4), S. 21ff.; *Weber-Kellermann* (Fn. 4), S. 38ff.

⁶⁹ Hegel (Fn. 57), § 238. Dazu *Ritter*, Subjektivität (Fn. 1), S. 18ff.

⁷⁰ Zum Problem des Verhältnisses Familie – Staat in der Gegenwart: *Peter Häberle*, *Verfassungsschutz der Familie – Familienpolitik im Verfassungsstaat*, Heidelberg 1984.

auch auf die Leistungen der anderen Systeme verwiesen. Vor allem das wirtschaftliche System zwingt sie, sich auf seine Erfordernisse, Abläufe, Organisationen etc. einzustellen, z. B. hinsichtlich der Arbeitszeit, des Arbeitsortes, der Präsenz etc., etc. Außerdem setzt es seine Leistungen an die Familie von sich aus nach seinen Systemkriterien fest. Diese Lebensbereiche unterliegen zudem einem von inneren und äußeren Faktoren induzierten sozialen Wandel, der ihre ständige Anpassung und Neuorientierung verlangt. Daraus entsteht auch für Ehe und Familie rückwirkender Wandlungsdruck und Anpassungszwang, damit sie ihre eigene Systemstabilität erhalten, aber sich auch der Leistungen der anderen Systeme versichern können⁷¹. Die Kompatibilität wird häufig zu Lasten der Familien hergestellt. So beginnen im 19. Jahrhundert die Familiensoziologie als Diagnose ihrer Krise und der rechtliche Schutz zunächst im Strafrecht als ein Versuch ihrer Therapie⁷².

c) Ist die Stärkung der Subjektivität auch grundsätzlich ein Gewinn, auch für den Lebensvollzug in Ehe und Familie, so bestehen doch sozial- und geisteswissenschaftlich begründete Zweifel, ob sie, allein auf sich verwiesen, hinreichende Kraft hat, sich selbst als „das Individuum in sich“ und Ehe und Familie als ihren Raum gegenüber dem sozialen Wandel und seinen Anforderungen und Folgen erhöhter Komplexität zu bewahren⁷³. Stützungen in objektiven Grundlagen und Strukturen erscheinen notwendig, damit nicht jede Entscheidung auch immer gleichzeitig die Existenzfrage für die Subjektivität selbst und Ehe und Familie stellt.

Die beiden anderen Elemente der Verfassungsgarantie könnten hier ihre Funktionen entfalten. Zwar können diese an den Staat gerichteten Verfassungsgarantieelemente den aus der freigesetzten Gesellschaft selbst erwachsenen äußeren und inneren sozialen Wandel nicht aufhalten. Aber zu prüfen ist, ob und inwieweit seine Auswirkungen dort aufgefangen werden können, wo staatliches Handeln für den Lebensvollzug in Ehe und Familie direkt oder indirekt relevant wird. Das setzt jedoch voraus, für den beide Garantieelemente wieder verstärkter Sinn, gerade auch im Hinblick auf den sozialen Wandel, gewonnen wird.

⁷¹ Dazu *Rosenbaum* (Fn. 7), S. 106ff.; noch radikaler *Meyer* (Fn. 7), *passim*.

⁷² Zum ersten *W.H. Riehl*, *Familie*, Stuttgart 1854; zum zweiten *Dieter Schwab*, *Zur Geschichte des verfassungsrechtlichen Schutzes von Ehe und Familie*, FS für F.W. Bosch, Bielefeld 1976, S. 893ff.

⁷³ Schon fast klassisch: *Horst Eberhard Richter*, *Patient Familie*, rororo 6772, erstmals 1970, letzte Auflage Reinbek Mai 1985; *Gertrud Wendt-Kempmann/Philipp Wendt*, *Partnerkrisen und Scheidung*, München 1986; *König*, *Handbuch* (Fn. 38), S. 150ff.; von der philosophischen Seite siehe u.a. *Ritter*, *Subjektivität* (Fn. 1), S. 33ff.

C. Grundlegung

I. Sozialer Wandel

a) Der Versuch einer Grundlegung setzt zunächst einige weitere allgemeine Überlegungen zum sozialen Wandel voraus. Allerdings bieten die sozialwissenschaftlichen Theorien des sozialen Wandels trotz mancher Fortschritte so unterschiedliche Ansätze und Aussagen, daß dem interessierten Wissenschaftler einer Nachbardisziplin sich ein sehr verwirrendes, selbst nur schwer einzuschätzendes Bild bietet⁷⁴. Ich möchte mich daher auf einige für unser Thema mir bedeutsam erscheinende Teilaspekte beschränken.

b) Zwar ist der Begriff des sozialen Wandels im einzelnen in den einschlägigen Theorien ungewiß. Jedoch besteht Übereinstimmung, daß es sich um grundlegende strukturelle Veränderungen handelt, durch die neue Bedingungen der Möglichkeiten sozialen Handelns entstehen⁷⁵. Struktur kann im Anschluß an *Luhmann* verstanden werden als „eine sinnvermittelnde Voraussetzung über ein soziales System und sein Verhältnis zur Umwelt, auf die man sich in der Interaktion einläßt“. Es kann sich also vor allem um Wandel ethischer, sozialer oder rechtlicher Normen handeln. Durch die Strukturveränderungen wird der Lebensvollzug in den Lebensbereichen, aber auch ihr Verhältnis zueinander, verändert.

Begriff und Theorien des sozialen Wandels nehmen seit den 20er Jahren⁷⁶ zum Teil die älteren des Fortschritts und der Evolution in

⁷⁴ *Günther Wiswede/Thomas Kutsch*, Sozialer Wandel, Darmstadt 1978, bieten eine erste zusammenfassende kritische Einführung in die verschiedenen Theorien. Daneben seien genannt: *Wolfgang Zapf* (Hrsg.), Theorien des sozialen Wandels, 4. Aufl., Königstein 1979; *Hans Peter Dreitzel* (Hrsg.), Sozialer Wandel, Neuwied und Berlin, 2. Aufl. 1972; *Herbert Stackowiak u.a.* (Hrsg.), Bedürfnisse, Werte und Normen im Wandel, 2 Bde., München u.a., 1982.

⁷⁵ *Talcott Parsons*, Das Problem des Strukturwandels: Eine theoretische Skizze, in: *Zapf*, Theorien (Fn. 74), S. 39ff.; *Niklas Luhmann*, Rechtssoziologie, Reinbek 1972, Bd. 2, S. 298; *Hermann Lübbe*, Geschichtsbegriff und Geschichtsinteresse, Basel/Stuttgart 1977, S. 242 und S. 312: „Veränderung lebensbestimmender sozialer Strukturen“. „Institutionenwandel“ bei *Schelsky* (Fn. 2), S. 20.

⁷⁶ Der Begriff wird zurückgeführt auf *F.W.Ogburn*, On culture and social change, Chicago 1922; so *Wiswede/Kutsch* (Fn. 74), S. 1; zum Begriff Fortschritt vor allem *Reinhard Koselleck*, Artikel Fortschritt, in: Geschichtliche Grundbegriffe (Fn. 4), Bd. 2, Stuttgart 1975, S. 351ff.; *Joachim Ritter*, Artikel Fortschritt, in: *ders.* (Hrsg.): Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 2, Basel/Stuttgart 1972, Spalte 1032ff.; *Hermann Lübbe*, Traditionsverlust und Fortschrittskrise – sozialer Wandel als Orientierungsproblem, in: Fortschritt als Orientierungsproblem, Freiburg 1975, S. 32ff.; der Evolutionsbegriff wird verwendet insbesondere von *Niklas Luhmann*, z.B. Evolution und Geschichte, in: Soziologische Aufklärung, 2. Opladen 1975, S. 150ff.

sich auf und führen sie weiter. Sie haben mit diesen gemein, daß sie nicht nur auf Erkenntnis und Analyse ausgerichtet sind, sondern darauf zielen, sozialen Wandel herbeizuführen. Der Begriff enthält eine positive Erwartung (noch) besserer Zeiten weltimmanenter Glückseligkeit. Im Unterschied zu den geschichtsphilosophisch bestimmten Theorien eines sich ergebenden Fortschritts wird sozialer Wandel bewußt entwickelt, geplant, gesteuert, „gemacht“, allerdings oft mit unbewußt miterzeugten und meist nicht gewollten und vor allem nicht steuerbaren und uns heute auch das Fürchten lehrenden Nebenfolgen⁷⁷. Er ist auf bestimmte gesellschaftliche Ziele und Zwecke ausgerichtet, die im Konsens, aber auch aus oft fundamentalen gesellschaftlichen und politischen Auseinandersetzungen sich ergeben und selbst dem Wandel unterliegen.

Die Fragen nach Gründen, Zielen, Faktoren, Verläufen, Trägern, Gesetzmäßigkeiten etc. des sozialen Wandels werden in den sozialwissenschaftlichen Theorien in sehr unterschiedlicher Weise behandelt, und keineswegs immer beantwortet⁷⁸. Es ist weder Ort noch Zeit, darauf näher, auch nur ansatzweise, einzugehen, zumal sozialwissenschaftliche Theoretiker selbst ihre eigene Skepsis gegenüber den bisherigen Analysen und Ergebnissen nicht immer verhehlen⁷⁹. Jedoch erlangt die bereits in den Fortschrittstheorien von Bacon bis Kant ausgedrückte Tendenz seiner Beschleunigung zunehmende Bedeutung⁸⁰. Sozialer Wandel verläuft in exponentieller Kurve, so daß

⁷⁷ Lübbe, Traditionsverlust (Fn. 76), S. 46ff.; ders.: Geschichtsbegriff (Fn. 75), S. 264ff.

⁷⁸ Siehe die Bilanz bei Wiswede/Kutsch (Fn. 74).

⁷⁹ z.B. Ralf Dahrendorf, Sozialer Wandel, in: Wörterbuch der Soziologie, hrsgg. von W. Bernsdorf, Fischer Handbücher, Frankfurt 1972, Bd. 3, S. 752ff., S. 754; ähnlich Luhmann, Rechtssoziologie (Fn. 74), S. 297. In den vergangenen 17 bis 15 Jahren hat sich da nichts geändert. Dazu auch Wilfried Fiedler, Sozialer Wandel – Verfassungswandel – Rechtsprechung, Freiburg/München 1972, S. 73ff.

⁸⁰ Dazu allgemein u.a. Hornell Hart, Die Beschleunigung der kulturellen Entwicklung, in: Dreitzel (Fn. 74), S. 250ff. Vor allem Koselleck, Fortschritt (Fn. 76), S. 400; ders.: Erfahrungsraum und Erwartungshorizont – zwei historische Kategorien, in: Logik, Ethik, Theorie der Geisteswissenschaften, 11. Deutscher Kongreß für Philosophie, Hamburg 1977, S. 191ff., 202ff.; ders.: Historia Magistra Vitae, in: FS für Karl Löwith, S. 196ff., S. 210ff.; Lübbe, Geschichtsbegriff (Fn. 75), S. 21ff., 253ff., 300ff.; ders.: Traditionsverlust (Fn. 76), S. 50ff.; ders.: Orientierungskrise – Sozialer Wandel als intellektuelle und politische Herausforderung, IBM Nachrichten, Nr. 243, Dez. 1978, 28. Jhrg., S. 329ff.; Odo Marquard, Zeitalter der Weltfremdheit?, Gießener Universitätsblätter, Jhrg. XVIII (1985), S. 9ff., S. 12ff. Juristisch: Fiedler (Fn. 79), S. 15ff.; Joachim Wege, Positives Recht und sozialer Wandel im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, Berlin 1977, S. 58ff. und verschiedentlich, beide m.w.N. in der Literatur.

die Fristen zwischen den Strukturwandlungen immer kürzer werden. Die Beschleunigung ist ihm immanent, zumal weil er systematisch durch Planung, durch Forschungs- und Innovationsförderung, durch Entwicklungsmaßnahmen jeglicher Art etc. etc. bewußt vorangetrieben wird und so nie an sein Ende kommt.

d) Die ursprünglich erwünschte Beschleunigung des sozialen Wandels wirft heute auch zunehmend Probleme auf. Koselleck hat sie durch die Entzweiung des „Erfahrungsraumes und des Erwartungshorizontes“ gekennzeichnet⁸¹. Lübke bezeichnet ihre Auswirkungen als „wandlungstempobedingte Orientierungskrise“, „änderungstempobedingten Vertrauensschwund“, „Zukunftsgewißheitsschwund“, „Rationalitätsschwund“⁸². Marquard spricht von einer „tachogenen Weltfremdheit“, die uns vielleicht nicht mehr erwachsen werden lasse⁸³. Gemeint ist mit diesen und ähnlichen Aussagen aus Geschichtswissenschaft und Philosophie, daß die Erfahrungen aus Vergangenheit und Gegenwart aufgrund der Beschleunigung des sozialen Wandels immer schneller veralten und nutzlos werden, um unser Handeln auf Bewältigung der Zukunft hin anzuleiten, weil sie keine zukunftsweisenden handlungsleitenden Erwartungen mehr zu begründen vermögen⁸⁴. Der an Erfahrungen orientierte common sense, im übrigen eine fundamentale Voraussetzung der Demokratie, verliert seine Funktionsfähigkeit. Man lernt nicht mehr aus der Geschichte⁸⁵. Wenn Erwartung sich aber nicht mehr auf Erfahrung stützen kann, müssen diese durch wissenschaftliche Prognose, Futurologie, Utopietheorien, auch Theorien des sozialen Wandels kompensiert werden, was aber nur in beschränktem Maße möglich ist⁸⁶. Die nur auf sich verwiesene Subjektivität verliert in der Basis der Erfahrungen als Grundlagen ihres Handelns für die Zukunft einen wesentlichen Pfeiler ihrer Kraft zu bestehen, zumal die mit der Erfahrung auch aufgebaute Identität immer wieder in Frage gestellt werden kann.

⁸¹ Koselleck, Erfahrungsraum (Fn. 80), passim. Zur Entzweiung von Herkunft und Zukunft generell Joachim Ritter, Die Aufgabe der Geisteswissenschaften in der modernen Gesellschaft, in: Subjektivität (Fn. 1), S. 105ff., S. 129; ders.: Hegel (Fn. 1), S. 43ff.

⁸² Lübke, Traditionsverlust (Fn. 76), S. 52; ders.: Geschichtsbegriff (Fn. 75), S. 313; ders.: Orientierungskrise (Fn. 80), verschiedentlich.

⁸³ Marquard, Zeitalter (Fn. 80), S. 12 (Weltfremdheit aufgrund der beschleunigten Schnelligkeit [To táchos] des modernen Wirklichkeitswandels).

⁸⁴ Koselleck, Historia (Fn. 80), passim; Lübke, Geschichtsbegriff (Fn. 75), S. 14 und S. 204ff.; Orientierungskrise (Fn. 80), S. 332ff.

⁸⁵ Lübke, Geschichtsbegriff (Fn. 75), S. 324; zum Sensus Communis: Hans-Georg Gadamer, Hermeneutik I, Wahrheit und Methode, Tübingen 1986, S. 24ff.

⁸⁶ Skeptisch zu deren beschränkten Möglichkeiten vor allem Lübke, ibid., S. 325ff.

II. Verfassungsgarantie

a) Die Funktion der Verfassungsgarantie des Gegebenen im sozialen Wandel kann bei der Ausdifferenzierung und der damit begründeten gegenseitigen relativen Selbständigkeit der Lebensbereiche ansetzen. Diese haben zur Folge, daß sich der soziale Wandel in ihnen in unterschiedlichem Tempo vollzieht. Die dominanten Lebensbereiche der Wissenschaft, Technik und Wirtschaft, haben derzeit eine Vorreiterrolle, sind auf sozialen Wandel programmiert. Andere erleiden ihn. Dazu gehören vor allem auch Ehe und Familie. So entstehen Ungleichzeitigkeiten des sozialen Wandels, die für die zurückbleibenden Systeme Krisen und Anpassungsdruck erzeugen können; da die führenden Systeme eine Sogwirkung ausüben, ist diesem ohne rechtliche Sicherung nur schwer zu widerstehen, zumal wenn das Zurückbleiben als „cultural lag“ interpretiert wird⁸⁷.

b) Die Rechtswissenschaft hat die Beschleunigung regelmäßig als Faktor eines ebenfalls zu beschleunigenden Rechtswandels aufgenommen, sei es durch Forderung zur Öffnung der Normen zu größerer Flexibilität bei der Anwendung, sei es durch Forderung zur Tätigkeit des Gesetzgebers⁸⁸. Diese Folgerung hat ihre begrenzte Berechtigung, weil das positive Recht in dem sich beschleunigenden sozialen Wandel das einzige normative Regelungsinstrumentarium ist, das aufgrund seiner institutionalisierten Änderbarkeit dem Wandel einigermaßen „nachkommen“ und den gleichzeitig wachsenden Regelungsbedarf decken kann⁸⁹. Jedoch führt das auch zu seiner bereits überall spürbaren krisenhaften Überforderung, da es die ethischen und sozialen Normen im gesellschaftlichen Gesamtnormengefüge ersetzen muß, was es prinzipiell nicht kann.

Die Forderung nach beschleunigtem Rechtswandel wird zudem einseitig, wenn sie die bewahrende Funktion des Rechts zu schnell preisgibt. Denn die Ungleichzeitigkeit des sozialen Wandels in den ausdifferenzierten Lebensbereichen bietet positiv die Möglichkeit, durch Verzögerung sein Übergreifen, jedenfalls die Beschleunigung auf „leidende“ Lebensbereiche aufzuhalten oder doch abzubremesen, wenn das um die Bewahrung ihres Sinnes notwendig ist⁹⁰.

⁸⁷ Ogburn, Nachweis bei Wiswede/Kutsch (Fn. 74), S. 2f.

⁸⁸ z.B. Wolfgang Friedmann, *Recht und sozialer Wandel*, Frankfurt 1969, S. 35; Wege (Fn. 80), S. 315.

⁸⁹ Siehe Niklas Luhmann, *Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft*, in: *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt 1981, S. 128ff.

⁹⁰ In diese Richtung wohl auch Niklas Luhmann, *Geschichte als Prozeß und die Theorie sozio-kultureller Evolution*, in: *ders.: Soziologische Aufklärung 3*, Opladen 1981, S. 178ff., S. 179.

c) Verfassungsrechtliche Garantien vermögen eine solche Sicherung zu leisten. Denn sie verbürgen die Ausdifferenzierung der Lebensbereiche, ihre relative Unabhängigkeit gegeneinander, und damit auch die Ungleichzeitigkeit des sozialen Wandels, indem sie deren Strukturen rechtlich dadurch sichern, daß ihre Erhaltung kontrafaktisch auch gegen Enttäuschungen jedenfalls zunächst durchgehalten und gegebenenfalls durchgesetzt werden kann⁹¹. Die Garantie geht von der Erfahrung der bewährten Vernünftigkeit des Gegebenen als Gewordenem aus, die es als Teil der Wirklichkeit hat. Denn „in der Wirklichkeit steht es nicht so traurig um Vernünftigkeit und Gesetz, daß sie nur sein sollten“⁹². Als Ergebnis von Fortschritt birgt sie auch die in ihm zutage getretene Vernünftigkeit, wie allerdings auch Unvernunft⁹³. Es besteht eine, wenn auch widerlegbare Vermutung, daß diese Vernunft, und damit die rechtliche Ordnung, auch für die Zukunft vernünftigen Sinn haben⁹⁴. Sie wird zwar durch die Garantie nicht unwiderlegbar. Aber sie verpflichtet zur rechtlich geordneten verfahrensmäßigen Prüfung und Begründung ihrer Änderung. Rechtsänderungen sind also nicht ausgeschlossen. Aber sie müssen sich in erster Linie an den Erfordernissen der Sinnwahrung und Stabilität des garantierten rechtlich geordneten Lebensbereiches, und nicht am sozialen Wandel, orientieren.

III. Das Beispiel von Ehe und Familie

a) Für die Instituts- und die Umfeldgarantien von Ehe und Familie ergibt sich daraus die Funktion, diese durch Verzögerung des sozialen Wandels an seinem Rande, in seinem Windschatten zu bewahren. Diese Funktionsbestimmung kann sich auf die vorherrschende Familiensoziologie stützen, die die Familie als relativ selbständigen Lebensbereich ansieht, insbesondere soweit sie sie in Kategorien der Systemtheorie oder der Institutionenlehre erfassen und analysieren⁹⁵. Dagegen ist auf der Grundlage ökonomisch ausgerichteter Theoriebildung nachdrücklich Widerspruch erhoben worden, da die Familie in unaufhebbarer Abhängigkeit von den jeweils vorherrschenden ökonomisch-gesellschaftlichen Strukturen stehe⁹⁶.

⁹¹ Luhmann, Rechtssoziologie (Fn. 75), Bd. 1, S. 40ff.

⁹² Zitiert nach Odo Marquard, *Hegel und das Sollen*, zuletzt abgedruckt in: *ders.: Schwierigkeiten mit der Geschichtsphilosophie*, stw 394, Frankfurt 1982, S. 37ff., S. 46.

⁹³ Dazu Marquard, *ibid.*

⁹⁴ Dazu vor allem Kriele, *Vernünftigkeit* (Fn. 62); *ders.*: *Die Herausforderung des Verfassungsstaates*, Neuwied 1970, S. 18.

⁹⁵ So insbes. Parsons, König, Tyrell, Neidhardt und Schelsky.

⁹⁶ Rosenbaum (Fn. 71), S. 106ff.

b) Dieser Streit kann hier nicht entschieden werden, so wichtig dies für unser Thema wäre. Jedoch bleibt, auch wenn man davon ausgeht, daß Ehe und Familie nicht losgelöst von den jeweiligen historischen Bedingungen bestehen, ihre in den letzten zwei Jahrhunderten gewonnene spezifische Sinngebung als besondere, institutionalisierte Lebensbereiche der Subjektivität, offenbar erhalten. Dabei kommt der Funktion personaler „Sozialisation“ besondere Bedeutung zu⁹⁷. Zwar nimmt die Kindererziehung, insbesondere die frühkindliche, in ihr einen zentralen Platz ein, erschöpft diese aber nicht. Daher kommt es auch nicht darauf an, daß die Familie für Kinder nicht alleiniger Ort der Sozialisation ist⁹⁸. Diese vollzieht sich in Ehe und Familie als ein umfassender Vorgang der fortdauernden Bildung der Subjektivität in der personalen Begegnung und Interaktion der Ehepartner und Familienmitglieder. Er schließt das Erlernen von grundlegenden Kenntnissen, Fähigkeiten, Verhaltensweisen, die Übernahme von Einstellungen und Normen ein. Das Spezifische liegt aber darin, daß in Ehe und Familie bestimmte allgemeine humane Grundsituationen und ihre Bewältigung erlebt werden können, die für die Bildung, Stützung und Erhaltung der Subjektivität notwendig sind, aber in den apersonalen Lebensbereichen der Wirtschaft, Politik und anderen ausgeklammert werden. Ehe und Familie gründen in Partnerschaft und Lebensgemeinschaft. Mit ihrem Lebensvollzug verbunden sind grundlegende personale Erfahrungen von Erfüllung und Beglückung, Freude, Treue, Rücksicht, Fürsorge, Rückhalt und Stützung, aber auch Leid, Versagen, Schuld und Vergebung, und im Zentrum von allem Liebe. Sie sind gewissermaßen natürlich in Ehe und Familie zu Hause, die ihnen damit über die auch außerhalb erfüllbaren biologischen und verbliebenen versorgenden Funktionen Sinn geben. Ich übersehe die vielfachen Probleme, Krisen, Krankheiten, Überforderungen von Ehe und Familie, gerade auch durch den äußeren Wandel, bis hin zum Scheitern gewiß nicht. Aber bisher ist noch nicht praktisch erwiesen, daß es allgemein bessere Möglichkeiten gebe.

c) Damit Ehe und Familie diese subjektbezogenen Funktionen erfüllen können, bedarf das Leben in ihnen der grundsätzlichen Verlässlichkeit, der Gewißheit der Dauer; denn diese Erfahrungen brauchen

⁹⁷ Dazu insbesondere *Parsons* (Fn. 37), p. 35 sq.; *Dieter Claessens*, Familie und Wertsystem, Eine Studie zur „zweiten sozio-kulturellen Geburt“ des Menschen, 2. Aufl. Berlin 1967, insbesondere S. 34ff.; beide bezogen nur auf die Sozialisation des Kindes; diese wird in der familiensoziologischen Literatur als zentrale Funktion der Familie angesehen, statt vieler weiterer *Tyrell*, Familie (Fn. 22), S. 34ff. mit weiteren Verweisen.

⁹⁸ Das wendet *Rosenbaum* ein (Fn. 7), S. 153ff., die generell skeptisch zur familiären Sozialisation steht; ebenso wohl *Shorter* (Fn. 7), S. 304ff.

zu ihrer Entwicklung und Einübung nicht nur Zeit, im Grunde die Lebenszeit; sie brauchen auch die mehr oder weniger stetige personale Präsenz der anderen. Darauf beruht ihre Ausbildung als dauerhafte, rechtlich geordnete Einrichtung. Die Subjektivität geht dabei nicht verloren, weil sie selbst der Bezugspunkt des in der Institutionalisierung zu sichernden Lebensbereiches ist⁹⁹.

d) Die genannten Erfahrungen befähigen den einzelnen nicht unmittelbar, die Probleme des sich beschleunigenden sozialen Wandels in den anderen Lebensbereichen der Gesellschaft zu bewältigen und heben äußere Zukunftsungewißheit und Orientierungsunsicherheit insoweit nicht auf. Sie tragen aber dazu bei, sie zu bestehen, indem sie auf die Bildung der Persönlichkeit, der Subjektivität und deren Festigung wirken. Darüber hinaus können Ehe und Familie personalen Rückhalt gewähren, durch den diese Erfahrungen immer wieder neu gemacht werden, so daß auch da subjektive Selbstgewißheit entstehen kann. Daß diese Funktionen nicht nur für den einzelnen, sondern auch für die Gesellschaft selbst von hoher Bedeutung sind, sei jedenfalls erwähnt.

e) Um dieser Funktionen willen sind Ehe und Familie als Einrichtungen rechtlich zu ordnen, zu bewahren, zu schützen und zu fördern. Die rechtliche Garantie der Institute verbürgt ihre Ausdifferenzierung und stabilisiert sie. Ehe und Familie sind kulturanthropologische Grundgegebenheiten auch in ihrem eigenen Wandel, wie im äußeren Wandel, in dem sie sich bisher unter Anpassungen erhalten haben. Die Garantie nimmt diese Erfahrung auf, daß diese Einrichtungen sich auch in Zukunft bewähren werden, wenn auch wiederum, wie in der Vergangenheit, Anpassung und Wandel erforderlich sein werden, um die genannten spezifischen Funktionen unter der Bedingung des fortdauernden sozialen Wandels zu ermöglichen und zu sichern. Eine gewisse Flexibilität der jeweiligen Umsetzung, und damit auch der Institute von Ehe und Familie, ist also erforderlich, um Stabilität durch Wandel zu sichern¹⁰⁰.

Aber die rechtliche Garantie muß auch das Umfeld von Ehe und Familie mit einbeziehen, damit nicht ständig von den anderen Lebensbereichen einseitig auf Ehe und Familie Druck ausgeübt und diese zu Zwecken anderer Lebensbereiche instrumentalisiert werden. Die Umsetzung der Garantie als Grundsatznorm greift daher über den rein staatlichen Raum hinaus in den gesellschaftlichen.

⁹⁹ Dazu *Schelsky* (Fn. 2), passim; auch meine Abhandlung, Institutionalisierung (Fn. 2), insbes. S. 105ff.

¹⁰⁰ Zur Frage der Stabilität von Institutionen im sozialen Wandel insbesondere *Schelsky*, *ibid.*, insbesondere S. 19ff., der allerdings eher von einer ständigen Neuentwicklung von Institutionen ausgeht. Der Wandel der Institutionen selbst bei Wahrung ihrer fundamentalen Sinngebung tritt nur indirekt hervor.

D. Folgerungen

I. Nichteheliche Lebensgemeinschaften

a) Nichteheliche Lebensgemeinschaften erfüllen heute weithin über das Erotisch-Sexuelle hinausgehende eheähnliche Funktionen im Verhältnis der Partner zueinander. In ihrer Gleichstellung mit der Ehe im Arbeitslosen- und Sozialhilferecht ist dies für die materiellen Funktionen vom Gesetzgeber grundsätzlich anerkannt.

Eine prinzipielle Gleichstellung durch eine erweiternde, einen Verfassungswandel implizierende Interpretation des Ehebegriffs ist trotzdem nicht geboten und abzulehnen¹⁰¹. Die Ehe stellt mit dem prinzipiellen, formell bekräftigten gegenseitigen Entschluß zur trotz dem neuen Scheidungsrecht strukturell auf Lebenszeit angelegten Lebensgemeinschaft einen wesentlich höheren Grad personalen Engagements mit nur beschränkt verfügbarer normativer Bindung dar. Sie ist sozial keine „Lebensform unter mehreren“, sondern immer noch vorherrschend und mit hohem sozial-idealen Stellenwert besetzt¹⁰². Sie bedarf daher auch in höherem Maße der Verlässlichkeit ihrer Ordnung und rechtlichen und sonstigen Absicherung in ihrem Umfeld. Da der EuGH am traditionellen Ehebegriff für das europäische Recht festhält, ist im übrigen derzeit eine Ausdehnung der wesentlich weitergehenden, auf Gleichstellung aller Paare gerichteten niederländischen Auffassungen und Regelungen auf unsere Rechtsordnung nicht zu befürchten¹⁰³.

b) Das Verbot der Gleichstellung ist jedoch nur eine grundsätzliche Richtlinie, deren Umsetzung auch den jeweiligen konkreten Problemkreis zu beachten hat. Es muß andererseits auch sichergestellt werden, daß den Partnern der nichtehelichen Lebensgemeinschaften der notwendige und adäquate rechtliche Schutz gewährt wird¹⁰⁴. Das folgt aus dem Gebot der Achtung der Menschenwürde und dem Rechtsstaatsprinzip. Jedoch muß er an den Funktionen und Strukturen nichtehelicher Lebensgemeinschaften orientiert sein, zu denen ihre rechtliche Bindungsfreiheit wesentlich gehört. Die rechtliche Absicherung ist daher von vorneherein geringer, das individuelle Risiko höher.

¹⁰¹ Zu den Interpretationsproblemen durch sozialen Wandel *Reinhold Zippelius*, Verfassungstheorie und sozialer Wandel – das Beispiel von Ehe und Familie, DÖV 1986, S. 805, S. 808ff., der in der Sache ebenfalls eine ausdehnende Auslegung wie eine analoge Anwendung ablehnt; *Manfred Zuleeg*, Verfassungsgarantie und sozialer Wandel – das Beispiel von Ehe und Familie, NVwZ 1986, S. 800ff., 803.

¹⁰² *Köcher* (Fn. 5), S. 4.

¹⁰³ EuGH, Rs. 59/75 Niederlande v. Florence Reed.

¹⁰⁴ So auch *Zeidler* (Fn. 30), S. 579; *Schlüter* (Fn. 31), S. 40; *I.v.Münch*, Verfassungsrecht (Fn. 30), S. 149.

Nicht nur die analoge Anwendung eherechtlicher Regelungen, insbesondere in bezug auf Unterhalt und Vermögensauseinandersetzungen, sondern eine umfassende, an allgemeinen Grundsätzen orientierte Regelung institutioneller Art verbietet sich daher¹⁰⁵. Ansprüche gegeneinander müssen sich an Leistungen füreinander orientieren.

c) Für Gleichstellungen homosexueller Verbindungen sehe ich weder Notwendigkeit noch Raum.

II. Familie

a) Der auf die Zwei-Generationen-Kernfamilie beschränkte verfassungsrechtliche Familienbegriff ist funktional zu eng. Er ist auch weder nach dem Herkommen noch den sozialen Anschauungen geboten, wenn diese auch schichtenspezifisch und nach der sozialen Lebensumwelt verschieden sind. In der Regel gehen sie noch von einem weiten Familienbegriff aus, der auch im einfachen Recht seine Widerspiegelung in einem umfassenden, wenn auch nach Graden und Linien differenzierten Familienbegriff findet.

Die Funktionen der Familie werden zwar vor allem und zunächst von der Kernfamilie wahrgenommen. Aber auch die weiteren Verwandten, insbesondere die Angehörigen der Herkunftsfamilien der Eltern, stehen, auch wenn sie nicht im gemeinsamen Haushalt verbunden sind, in einem engeren Funktionszusammenhang mit der Kernfamilie, der einerseits intim-emotionale, die „Intimität auf Abstand“ (Rosenmayr), andererseits aber auch materielle Elemente umfaßt. So treten einerseits Großeltern, Tanten und Onkel unter Umständen in die Funktion und Rolle der Eltern ein. Andererseits übernehmen die Familien Hilfen für ältere, kranke, alleinstehende und sonst bedürftige Familienmitglieder außerhalb der Kernfamilie. Zwar werden gerade diese Aufgaben mehr und mehr auf gesellschaftliche Einrichtungen verlagert. Aber es melden sich Zweifel, ob das richtig ist. Jedenfalls ergibt sich daraus kein Anlaß zu einer dysfunktionalen restriktiven Verfassungsinterpretation. Aus funktionalen Gründen hat auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte für Art. 8 EMRK das Konzept der erweiterten Familie zugrunde gelegt¹⁰⁶, was aus völker-

¹⁰⁵ Schlüter, *ibid.*, S. 39f.; I.v.Münch, *ibid.*, S. 150. Für die Anwendung jedenfalls einzelner eherechtlicher Normen jedoch *Battes* (Fn. 31), S. 23f.; weitere Nachweise bei Schlüter (Fn. 31), S. 17ff., der dies aber nachdrücklich sowie ausführlich und überzeugend begründend ablehnt.

¹⁰⁶ Fall Marckx, GH 31, 32 (EuGRZ 1979, 454), zustimmend Jochen Frowein/Wolfgang Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, Kommentar, Kiel etc. 1985, Art. 8 Rdn. 14; auch der amerikanische Supreme Court hat für eine der unseren ähnlich strukturierten Gesellschaft die extended family zugrunde gelegt, *Moore v. East Cleveland*, 431 US 494 (1976); Zuleeg, Verfassungsgarantie (Fn. 101), S. 803.

rechtlichen Gründen ebenfalls zu einem erweiterten Familienbegriff in Art. 6 Abs. 1 führt.

b) Die funktionale Bestimmung des Familienbegriffs deckt auch sowohl die Restfamilie als auch die unehelichen Familien. Die erste ist Familie und bleibt es nach dem Ausscheiden eines Elternteiles in der sozialen Wirklichkeit wie den vorherrschenden sozialen Anschauungen. Die nichtehelichen Familien erfüllen prinzipiell, insbesondere gegenüber dem Kind, die grundlegenden familiären Funktionen. Das gilt auch für den mitlebenden Vater¹⁰⁷. Daher ist meines Erachtens die gesetzliche Möglichkeit zu schaffen, ihm das Sorgerecht mit Zustimmung der Mutter zu geben¹⁰⁸, zumal ihm dessen wesentlicher Teil als Erziehungsrecht vom Bundesverfassungsgericht bereits zutreffend zugebilligt worden ist. Dies wäre zudem im Hinblick auf einen möglichen Ausfall der Mutter eine kindgemäße Lösung.

c) Von fortdauerndem Interesse ist der Streit um die Regelung der binnenfamiliären Struktur durch die Reform des Sorgerechts¹⁰⁹. Denn er ging im Prinzip darum, ob die elterliche Position durch den sozialen Wandel wirklichkeitsfremd geworden sei.

Einerseits ist die umfassende Verantwortung der Eltern für die Kinder zu bedenken. Ihnen obliegt nicht nur die materielle, sondern vor allem die immaterielle Sorge. Von ihnen hängt es ab, daß die Familie ihre spezifischen Funktionen familiärer Sozialisation erfüllen kann, die wesentlich durch sie vermittelt wird. Die genannten humanen Erfahrungen bilden eine notwendige Grundlegung der eigenen Lebensgestaltung und des Umganges mit anderen, der Befähigung gerade auch, in wechselnden Anforderungen in sich wandelnden Verhältnissen mit sich selbst identisch, d. h. Persönlichkeit werden und sein und damit die Subjektivität voll entwickeln zu können. Diese Grundlegung ist die notwendige Basis auch für die weitere Sozialisation und die Vor-

¹⁰⁷ Dazu die Argumente von *Zippelius* (Fn. 101), S. 809f., denen ich mich weitgehend anschließe.

¹⁰⁸ BVerfGE 56, 363 (384ff.) steht dem nicht entgegen, da das Gericht nur feststellt, § 1705 Satz 1 BGB sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, gleichzeitig aber die Rolle des Vaters sehr positiv einschätzt (S. 385); a.A. aber *Schmidt Glaeser* (Fn. 44), S. 22; De constitutione lata wohl auch *Zeidler* (Fn. 30), S. 585; *Paul Kirchhof*, Ehe und Familie im staatlichen und kirchlichen Steuerrecht, Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Heft 21, Münster 1986, S. 30.

¹⁰⁹ Eine Zusammenstellung der Literatur bis 1980 findet sich in der Kommentierung von *Hinz*, Münchener Kommentar zum BGB, Ergänzungsband, § 1626 (Neubearbeitung); weitere Stellungnahmen *Schmidt Glaeser* vorstehend; Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Heft 14, hrsgg. von *Josef Krautscheidt* und *Heiner Maré*, mit Beiträgen von *Willi Geiger*, *Ernst Wolfgang Böckenförde* und *Dietrich von Simon*, Münster/Westf. 1980; *Häberle*, Erziehungsziele (Fn. 44), S. 50ff.

aussetzung, sich als „Individuum in sich“ angesichts des äußeren Wandels behaupten zu können. Staatliche wie gesellschaftliche Einrichtungen können diese Grundlegung nur zu einem bescheidenen Teil übernehmen, da sie dichte personale Bindungen voraussetzt, auch hohen personalen Einsatz des Erziehenden, der regelmäßig nur in einer emotional gestützten Ich-Du-Beziehung zu erbringen ist, wenn auch nicht zu übersehen ist, daß diese auch gefährlich sein und Neurosen hervorbringen kann¹¹⁰.

Andererseits ist aber auch zu bedenken, daß Eltern angesichts der Ausdifferenzierung der verschiedenen Lebensbereiche und des sich beschleunigenden sozialen Wandels nur noch beschränkt in der Lage sind, spezielle Kenntnisse, Fähigkeiten, Verhaltensweisen für die anderen Lebensbereiche zu vermitteln. Mit dem Heranwachsen der Kinder erlangt dies zunehmende Bedeutung; denn sie wachsen aus der Familie heraus und in andere gesellschaftliche Gruppen, Einrichtungen, Lebensbereiche, mit ihren eigenen Anforderungen, Zwecken und Sozialisationsformen hinein. Diese müssen die Kinder zunehmend auf sich gestellt bewältigen. Daher darf ihnen eine zunehmende Mitwirkung in der Familie eingeräumt werden, insbesondere bei den Entscheidungen, die sich auf ihren Lebensvollzug in jenen beziehen. Auch der treuhänderische Charakter des Erziehungsrechts verlangt eine Öffnung in diese Richtung. Die §§ 1626 und 1631a BGB sind, unabhängig von der zum Teil abwegigen bis abstrusen ideologischen Begründung des Regierungsentwurfes, im Wandel der Familienstruktur und ihrer Umwelt angelegt.

III. Familiennachzug von Ausländern

a) Die Freiheitsrechte aus Art. 6 stehen auch legal hier lebenden Ausländern zu. Sie schließen prinzipiell das Recht der Grundrechtsträger ein, die ehelichen und familiären Lebensgemeinschaften in der Bundesrepublik zu führen. Daran ist für die Antwort auf die aktuelle Frage anzuknüpfen, ob die Ausländer einen Anspruch haben, daß ihre im Ausland lebenden Ehepartner und Familienangehörigen, die selbst kein Recht auf Einreise haben¹¹¹, nicht gehindert werden, zur

¹¹⁰ Horst Eberhard Richter, Eltern, Kind und Neurose, 1. Aufl. 1963, rororo 6082 Reinbek 1985.

¹¹¹ So und zu Recht u.a. Josef Isensee, Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, VVDStRL 32, Berlin 1974, S. 49ff., S. 65 mit Nachweisen; BVerwGE 65, 188 (1972); a.A. Martina Rübsaamen, Der Ehegatten- und Familiennachzug im Ausländerrecht der Bundesrepublik Deutschland und der verfassungsrechtliche Schutz von Ehe und Familie, Diss. iur., Konstanz 1985, S. 20ff., die aber daraus keinen subjektiv-öffentlichen Anspruch ableitet, Ehe und Familie in der Bundesrepublik führen zu dür-

Herstellung der Lebensgemeinschaft in die Bundesrepublik einzureisen¹¹². Dem steht nicht schon entgegen, daß hierfür eine Erlaubnis an einen anderen erteilt werden muß, denn nur so kann der Eingriff in die Rechte des Grundrechtsträgers abgewehrt werden.

Aus Art. 6 läßt sich zunächst keine Differenzierung zwischen ausländischen und inländischen in der Bundesrepublik lebenden Grundrechtsträgern entnehmen. Da Art. 6 Abs. 1 ohne Gesetzesvorbehalt gewährleistet ist, gilt auch jenen gegenüber, daß Einschränkungen nur gemäß immanenter Schranken oder in Abwägung mit verfassungsmäßig gleichrangig geschützten Gütern zulässig sind¹¹³. Vor allem aber muß der Gesetzgeber selbst die wesentlichen Regelungen treffen. Es verstößt gegen den Gesetzesvorbehalt, die Ausübung dieser Grundrechte nur durch ermessensleitende Verwaltungsrichtlinien einschränkend zu regeln, da § 2 Ausländergesetz insofern unzulänglich ausgestattet ist¹¹⁴.

b) Ehepartnern wird, selbst bei einer Mehrehe, bereits der Nachzug, wenn auch mit Nachzugsfristen, gestattet. Immanente Schranken ergeben sich hingegen aus dem oben entwickelten differenzierten funktionalen Familienbegriff für den Nachzug von Eltern und sonstigen Verwandten, aber auch selbständiger Kinder. Er braucht nur gestattet zu werden, wenn dies zur Erfüllung dieser familiären Funktio-

fen; weitergehend demgegenüber *Richter* (Fn. 11), Art. 6 Rdn. 29, S. 687, der auch einen entsprechenden Anspruch gibt; ebenso *Manfred Zuleeg*, Rechtsgutachten zum Nachzug von Ehegatten türkischer Arbeitnehmer, in: *Klaus Barwick u.a.*, Familiennachzug von Ausländern auf dem Hintergrund völkerrechtlicher Verträge, Baden-Baden 1985, Rdn. 7ff., S. 127f.

¹¹² Dazu *Kay Hailbronner*, Ausländerrecht, Heidelberg 1984, Rdn. 278, S. 176; *Zuleeg*, *ibid.*, S. 121ff., S. 126 Nr. 4; *Pirson* (Fn. 31), Art. 6 Anm. 66; *Friedrich E. Schnapp*, Grenzfragen des allgemeinen Ausländerrechts, NJW 1983, S. 973ff., S. 976; *Bertold Huber*, Ausländer- und Asylrecht, München 1983, S. 25 und S. 27; *Kay Hailbronner*, Zur Reform des Ausländerrechts, ZRP 1980, S. 230ff., S. 233, BVerwGE 70, 127 (137).

Zur Rechtslage in der Schweiz *Daniel Thürer*, Familientrennung durch Staatsgrenzen?, FS für Cyril Hegnauer, Bern 1986, S. 573ff.

¹¹³ So auch *Huber*, *ibid.*, Rdn. 38, S. 78; *Schnapp*, *ibid.*, S. 976. Siehe BVerfGE 70, 127 (135ff.) für die dreijährige Wartezeit.

¹¹⁴ Zumindest Vorbehalte in dieser Richtung auch bei *Christian Tomuschat*, Das Recht auf Familieneinheit, EuGRZ 1979, S. 191ff., S. 198; wie hier mit ausführlicher Begründung *Zuleeg* (Fn. 111), Rdn. 30, S. 141ff. Der Beschluß des BVerfG zur Verfassungsmäßigkeit des § 2 Abs. 1 Satz 2 Ausländergesetz, BVerfGE 49, 168 (181ff.) ist vor den neuen Verwaltungsvorschriften ergangen und bezieht sich ausdrücklich nur auf den Begriff „Belange“. Er kann hier also nicht ohne weiteres herangezogen werden. Der Beschluß des Dreier-Ausschusses, BVerfG NVwZ 1984, 166, hat die Frage nicht erörtert, sondern sich auf die vorgenannte Entscheidung berufend, die Verfassungsmäßigkeit der Ein-Jahres-Wartezeit in Niedersachsen anerkannt. Meines Erachtens ist damit die Frage aber noch offen.

nen notwendig ist¹¹⁵. Eine Herabsetzung des Nachzugsalters für Kinder auf 6 Jahre ist jedoch schon wegen Art. 6 Abs. 2 verfassungswidrig¹¹⁶.

Einschränkungen aus verfassungsmäßig gleichrangig geschützten Gütern können sich vor allem aus der inneren und äußeren Sicherheit ergeben, nicht aber aus Gründen der auf- und abschwankenden wirtschaftlichen Konjunktur. Diese sind mit wirtschaftlichen Mitteln zu meistern. Zweifelhaft ist das Verlangen nach Integration. Dieser Begriff ist äußerst schillernd und kann daher dazu benutzt werden, alle möglichen Gesichtspunkte zu verstecken. Die Grundrechte der Art. 2, 4 und 5 gewährleisten den Fremden das Recht, Fremde zu bleiben. Integration ist als äußere Eingliederung in die gesellschaftliche Ordnung zu verstehen. Als verfassungsrechtlich geschütztes Gut läßt sie sich in diesem Sinne insofern nachweisen, als das Grundgesetz generell die Grundlagen der in der Bundesrepublik herrschenden Ordnung schützt. Diese ist aber eine sehr offene, was bei den Maßnahmen zu berücksichtigen ist. Man wird einerseits eine gewisse Dauer des Hierseins des Ausländers, andererseits gewisse aber kurze Fristen für den Nachzug rechtfertigen können¹¹⁷. Weiter reicht wohl die These, die Bundesrepublik sei kein Einwanderungsland. Wenn man die eher vordergründigen ökonomischen und arbeitsmarktpolitischen Implikationen durchstößt, ist damit wohl gemeint, daß der hier lebende Teil des deutschen Volkes seinen nationalen Charakter, seine Kultur, die darauf beruhende gesellschaftliche Ordnung bewahren und gegen Überfremdung sichern müsse und daher nur einen gewissen Anteil ausländischer Bevölkerung aufnehmen könne¹¹⁸. Dieses ist ein verfassungsrechtlich geschütztes und zu schützendes Gut. Jedoch hat sein Schutz nicht erst beim Familiennachzug einzusetzen, zumal dieser nur die Konsequenz früheren Handelns der Bundesrepublik selbst ist. Die für dieses Gut durch den Familiennachzug drohenden Gefahren müssen zudem konkret nachgewiesen werden. Die gegenwärtige Anwendung genereller einwanderungspolitischer Erwägungen¹¹⁹ scheint mir daher verfassungsrechtlich gegenüber den grundrechtlichen Positionen der hier lebenden Ausländer nicht gerechtfertigt.

¹¹⁵ BVerwGE 65, 188 (193f.).

¹¹⁶ Huber (Fn. 112), Rdn. 80, S. 28.

¹¹⁷ In dieser Richtung wohl *E.M.v.Münch* (Fn. 30), Art. 6, Rdn. 8f., S. 352.

¹¹⁸ So z.B. BVerwGE 65, 188 (190f.); NJW 1983, 532 (533) und ständig; ablehnend *Zuleeg* (Fn. 111), Rdn. 40ff., S. 148ff.

¹¹⁹ Dazu die in Fn. 50 genannten Protokolle. Unter anderem auf ihre Entstehungsgeschichte beruft sich aber *Hermann Soell*, Ehe, Familie und Halbfamilie im Steuerrecht, steuer- und gesellschaftspolitische Aspekte, Harzburger Protokoll 84, S. 27.

IV. Förderung

a) Eine allgemeine Förderpflicht ist in Art. 6, anders als in Art. 119 Abs. 2 WRV, nicht ausdrücklich enthalten. Die Entstehungsgeschichte spricht eher gegen als für die Absicht der Verfassungseltern, eine solche zu konstituieren. Die Beratungen im Grundsatzausschuß bezogen sich nur auf Art. 119 Abs. 1 WRV. Außerdem wollte der Parlamentarische Rat ausdrücklich gerade auch für Art. 6 Abs. 1 nur geltendes Recht, keinen unverbindlichen Programmsatz schaffen, den Art. 119 Abs. 2 WRV aber darstellt. Von genereller Förderung war nie die Rede¹²⁰. Die Förderpflicht ist wie die subjektiv-öffentlichen Freiheitsrechte eine Schöpfung des Bundesverfassungsgerichts. Es hat sie in ihrer dogmatischen Begründung als positive Seite der Schutzpflicht entwickelt. Jedoch unterscheiden sich beide sowohl nach ihrem Inhalt als auch nach ihrer rechtlichen Bedeutung, wenn auch beide darauf gerichtet sind, die Ehe und Familie zu bewahren¹²¹. Schutz soll verstanden werden als die Abwehr und die Vermeidung rechtlicher und tatsächlicher äußerer Benachteiligungen im Umfeld von Ehe und Familie. Unter Förderung soll die Unterstützung durch rechtliche Gewährung von Ergänzungen, Hilfen, rechtlichen Vorteilen sowie faktischer Vorteile zum Ausgleich interner Lasten, gefaßt werden. Außerdem schließt sie immaterielle Förderung ein. Das Ehegattensplitting fällt nach dem dogmatischen Ansatz des Bundesverfassungsgerichts in die erste Kategorie. Es ist daher meines Erachtens nicht zu Gunsten einer stärkeren Familienförderung aufhebbar¹²². Nach heutigem Stand der Verfassungsrechtsdogmatik läßt sich das Fördergebot entweder auf vom Bundesverfassungsgericht entwickeltes Richterrecht oder auf eine Leistungs- bzw. Teilhabefunktion der Grundrechte stützen¹²³. Subjektiv-öffentliche Ansprüche erwach-

¹²⁰ BVerfGE 6, 55 (76); v.Mangoldt verweist pauschal auf Art. 119 Abs. 1 und 2 WRV, Kommentar (Fn. 51), Anm. 2, S. 71; ebenso v.Mangoldt/Klein (Fn. 51), Art. 6 Anm. II 2, S. 265, aber er wendet sich aufgrund einer nur negativ verstandenen Schutzpflicht lediglich gegen steuerrechtliche und andere Nachteile, Anm. III 7, S. 268.

¹²¹ Gegen diese Herleitung auch Soell (Fn. 119), S. 26.

¹²² BVerfGE 6, 55 (76) und nunmehr 61, 319 (345); zustimmend Kirchhof (Fn. 108), S. 13; a.A. nachdrücklich Soell (Fn. 120), S. 34ff.; Zeidler (Fn. 30), S. 592ff.; Zuleeg, Verfassungsgarantie (Fn. 101), S. 806.

¹²³ Dazu: Peter Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL, H. 30, Berlin 1972, S. 43ff., insbes. 90ff.; BVerfGE 33, 303, 329ff.; u.a. Erhard Denninger, Alternativkommentar (Fn. 11), Grundrechte vor Art. 1, Rdn. 23, S. 260ff. mit Nachweisen; zu den Grundrechten als Leistungsrechten neuestens ausführlich: Alexy, Theorie (Fn. 53), S. 395ff.; zu den Leistungsrechten im engeren Sinne S. 454ff. Siehe auch Heinhard Steiger, Mensch und Umwelt, Berlin 1975, S. 44f. und ders.: Entwicklung im Grundrechtsverständnis in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Neue Entwicklungen im

sen daraus jedoch in keinem Fall, sondern nur eine Staatszielbestimmung, die das allgemeine Sozialstaatsprinzip verbesondert und verächtet¹²⁴.

b) Ob Förderung Ehe und Familie oder nur der Familie zukommen soll, läßt sich aus der Förderaufgabe selbst nicht begründen. Darüber hat der Gesetzgeber im Rahmen seiner weiten Gestaltungsfreiheit zu entscheiden, wobei er den sozialstaatlichen Charakter der Förderaufgabe zu beachten hat. Da weniger die Ehe als vielmehr die Familie staatlicher Förderung bedarf, hat sie Vorrang. Denn sie erbringt die Leistungen, die der Gesellschaft insgesamt zugute kommen, insbesondere der Regeneration, aus denen die Lasten, Nachteile, Zurücksetzungen ihrer Glieder sich ergeben. Die tatsächliche soziale Abkoppelung der Ehe von der Familie führt im Förderungsbereich zu entsprechenden Konsequenzen¹²⁵.

Sinnvolle Familienförderungs politik verlangt vorweg Klarheit über ihre Ziele. Diese scheinen jedoch recht diffus. Es können gesellschaftspolitische, vor allem bevölkerungspolitische Interessen, familiäre, d. h. sozialpolitische oder familieninstitutionelle Interessen oder auch familiengestaltende, z. B. emanzipatorische Motive, die in die inneren Strukturen der Familie eingreifen, maßgebend sein¹²⁶. Da das Interesse der Familie, d. h. ihrer Glieder, an der Möglichkeit der Erfüllung ihrer Freiheit und Subjektivität für sich wie in der Familie, und damit

öffentlichen Recht, hrsgg. von Thomas Berberich u.a., Stuttgart 1979, S. 255ff., S. 272ff. und S. 276ff., in beiden ist aber die Unterscheidung zwischen Schutz und Förderung noch nicht so deutlich gemacht wie hier. Kritik u.a. bei E.W. Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, zuerst abgedruckt in: NJW 1974, S. 1529, Wiederabdruck in: Staat, Gesellschaft, Freiheit, Frankfurt 1976, S. 221ff., S. 238, zu seinem eigenen Ansatz, Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge, in: E.W. Böckenförde u.a. (Hrsg.): Soziale Grundrechte – Von der bürgerlichen zur sozialen Rechtsordnung, Karlsruhe 1981, S. 7ff., S. 14. Eine grundsätzliche Kritik bietet Jörg Haverkate, Rechtsfragen des Leistungsstaates, Tübingen 1983, S. 63ff.

¹²⁴ So wohl auch das BVerfG selbst, z.B. E 39, 316, 326; 48, 346 (366); 55, 114 (127); dazu Wolfgang Görlich, Das Gebot staatlicher Familienförderung im Steuerrecht, NJW 1979, S. 1575ff., S. 1376f.; Krause (Fn. 9), S. 28ff. mit weiteren Rechtsprechungsnachweisen. Zur Staatszielbestimmung: Rainer Wahl, Staatszielbestimmungen im Verfassungsrecht – Bemerkungen aus der Sicht der Bundesrepublik? Staatszielbestimmungen – Gesetzgebungsaufträge, Bericht der vom BMJ und BMI eingesetzten Sachverständigenkommission, Bonn 1983, Nr. 7, S. 20; grundlegend: Ulrich Scheuner, Staatszielbestimmungen, FS für E. Forsthoff, München 1972, S. 325ff.

¹²⁵ So auch Zeidler (Fn. 11), S. 594ff.; Soell (Fn. 119), S. 23ff.; Zuleeg, Verfassungsgarantie (Fn. 101), S. 806ff.

¹²⁶ Unterscheidungen nach Alois Herth/Franz Xaver Kaufmann, Familiäre Probleme und sozialpolitische Intervention, F.X. Kaufmann (Hrsg.), Staatliche Sozialpolitik und Familie, München/Wien 1982, S. 1ff., S. 14ff.

der Erhalt der Familienfunktionen für sie im Zentrum der verfassungsrechtlichen Garantie der Familie selbst steht, hat alle Förderung zu allererst daran Maß zu nehmen. Die gesellschaftlichen Interessen, z. B. an der regenerativen Funktion, können nur ergänzend, allenfalls parallel, aber nicht vorherrschend und schon gar nicht instrumentalisierend und gegenläufig maßgebend werden¹²⁷. Familiengestaltende Motive stoßen auf erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken, da es dem Staat verwehrt ist, ein eigenes „Familienbild“ auf diese Weise durchzusetzen. Es ist zu bedenken, daß jede Förderungsmaßnahme auch einen interventionistischen Charakter hat, der gerade bei diesen Motiven besonders deutlich zutage tritt¹²⁸.

Direkte wie indirekte Förderungsmaßnahmen müssen auf integrierende Wirkung für die Familien, zunächst der Kernfamilien, aber auch der erweiterten Familie, z. B. für die Sorge um die Alten, angelegt sein¹²⁹. Sie haben außerdem subsidiär zu sein, also nicht Funktionen der Familien selbst zu übernehmen, sondern diese zu stärken¹³⁰, da die Förderungsaufgabe keine umfassende sozial-familiengestaltende Funktion hat¹³¹. Es ist ein Vorrang internalisierender vor externalisierenden Maßnahmen geboten¹³². Denn es bestehen erhebliche Zweifel, ob Folgen und Nebenfolgen von notwendig generalisierenden Förderungsmaßnahmen für die Familien jeweils zielgemäß kalkuliert und beherrscht werden können, was unter Umständen zu Kollisionen mit der Familienautonomie führen, also gerade dysfunktional wirken kann¹³³. Steuerrechtliche Regelungen sollten daher vor Transferleistungen an die Familie und diese vor solchen an Einzelglieder stehen,

¹²⁷ Meines Erachtens zu weitgehend *Kirchhof* (Fn. 108), S. 31, der jeden Finanzanreiz zur Gründung einer Ehe oder Familie mit der Freiheitsgarantie des Art. 6 für unvereinbar hält.

¹²⁸ *Herth/Kaufmann* (Fn. 126), S. 18ff.

¹²⁹ In dieser Richtung nachdrücklich *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Sozialstaat, Besitzindividualismus und die Uneinholbarkeit der Hegel'schen Korporation, in: Chancen und Grenzen des Sozialstaates, hrsgg. v. Peter Koslovski u.a., CIVITAS-Resultate, Bd. 4, Tübingen 1983, S. 248ff.; dazu nunmehr der 4. Familienbericht der Bundesregierung, Die Situation der älteren Menschen in der Familie, Hrsg. Der Bundesminister für Jugend, Familie, Frauen und Gesundheit, Bonn 1986, Deutscher Bundestag, Drucks. 10/6145.

¹³⁰ Zur Subsidiarität insbes. im Sozialrecht u.a. *Meinhard Heinze*, Möglichkeiten der Fortentwicklung des Rechts der sozialen Sicherheit zwischen Anpassung und Bestandsschutz, Gutachten G zum 55. Deutschen Juristentag, München 1984, S. 78ff. mit Nachweisen.

¹³¹ So auch *Pirson* (Fn. 30), Art. 6, Rdn. 71.

¹³² *Hans F. Zacher*, Chancen und Grenzen des Sozialstaates – Rolle und Lage des Rechts, in: Chancen (Fn. 129), S. 66ff., S. 68ff.

¹³³ Dazu *Peter Gross*, Selbstbestimmung oder Fremdsteuerung der Familie, Sozialpolitik (Fn. 126), S. 285ff.

wenn auch Kombinationen notwendig sein werden¹³⁴. Zwar ist nicht jeder faktische Nachteil auszugleichen¹³⁵, aber als Grenze nach unten läßt sich in generalisierender Ausdeutung der Beamtenfamilienentscheidung des Bundesverfassungsgerichts¹³⁶ die Vermeidung sozialer Deklassierung aufgrund der Belastungen bezeichnen.

Familienförderungs politik wird in eine umfassendere strukturelle umfeldgestaltende Politik eingebettet und mit den Zielen anderer Politikbereiche abgestimmt sein müssen, gerade um Druck vom Umfeld auf die Familie abzuwenden, z. B. durch stärkere Anreize zur Teilzeitarbeit für Mann und Frau, zur Förderung der Rückkehr in den Beruf nach Erziehungs-, aber auch Pflegezeiten, so daß der Wechsel zwischen familiären und außerfamiliären Tätigkeiten leichter möglich wird. Das setzt allerdings das Aufbrechen mancher Versteinerungen und Verfestigungen voraus, auch den Wandel bestimmter Einstellungen der Betroffenen selbst. Hier wird deutlich, daß Förderungspolitik generell selbst sozialen Wandel bewirkt und zur Sinnwahrung bewirken soll.

Damit läßt sich auch bis zu einem gewissen Grad dem Problem indirekter Nachteile von Eltern beikommen, die während der Erziehungszeiten, aber vor allem auch im Alter durch Verzicht auf Berufseinkommen und Rentenansprüche Einkommensverluste hinnehmen müssen und daher gegenüber kinderlosen Ehepaaren zeitlebens schlechter gestellt sind. Allerdings wird das nicht reichen. Da sie damit auch eine gesamt-gesellschaftlich erhebliche Leistung erbringen, läßt sich ein gesamt-gesellschaftlich zu tragender Vorteilsausgleich wie im Rentenerziehungsjahr rechtfertigen.

c) Förderung rechtlicher und materieller Art für Ehe und Familie erschöpft die Förderaufgabe nicht. Dem Staat kommt in der Verwirklichung und in den Grenzen seiner Erziehungsaufgabe die wesentliche Funktion zu, Ehe und Familie um ihrer humanen Funktionen willen zum Inhalt seiner die Subjektivität ebenfalls bildenden und auch stützenden eigenen schulischen Erziehung zu machen. Das wirft zwar eine ganze Reihe verfassungsrechtlicher Probleme im Rahmen dieses Erziehungsrechts auf und verlangt genauere Vermessungen des Erziehungsziels wie der Durchführung. Jedoch gibt ihm sowohl die Garantie des Art. 6, als auch die Erziehungsaufgabe des Art. 7 dazu die grundsätzliche Berechtigung¹³⁷. Es darf ihm nicht darum gehen, durch

¹³⁴ Dazu *Soell* (Fn. 119), S. 43ff.

¹³⁵ BVerfGE 39, 316 (326); auch 28, 104 (113); 40, 121 (132); 43, 108 (121); dazu auch *Pirson* (Fn. 30), Art. 6, Rdn. 73.

¹³⁶ BVerfGE 44, 249ff.; nicht ganz eindeutig *Görlich* (Fn. 124), S. 1578.

¹³⁷ Dazu u.a. *Häberle*, Erziehungsziele (Fn. 44) m.w.N. aus der Literatur; auch *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Der Staat als sittlicher Staat, Berlin 1978, S. 31ff.

die Hintertür doch wieder ein allgemeines Ehe- und Familienbild zu etablieren. Die Offenheit der subjektiven Gestaltung von Ehe und Familie ist in der Gegenwart Bedingung ihrer Möglichkeit. Ziel der staatlichen Erziehung kann aber sein, verstehbar zu machen, daß Ehe und Familie in dieser Offenheit zur condition humaine auch des zu seiner Subjektivität freigesetzten Menschen gehören. Dieser kommt nicht in der Innerlichkeit allein zu sich selbst, und schon gar nicht in der Beliebigkeit, sondern in dem gleichzeitigen Bezug zur objektiven Wirklichkeit. Zu ihr gehören Ehe und Familie nach wie vor, trotz allen intellektuellen Absagen von Platon bis Wilhelm Reich und David Cooper, wenn auch unter stetigem Wandel. Ihr Verlust bedeutet nicht Gewinn an Subjektivität, sondern Verlust des besonderen institutionellen Ortes ihrer Bildung und Entfaltung, ohne daß bisher sichtbar wäre, daß Besseres an ihre Stelle träte.

Der Staat trägt aber damit auch zur Sicherung seiner eigenen Grundlage bei. Zwar kann das Verhältnis von Staat und Familie nicht mehr in der alteuropäischen Kategorie des organischen Aufbaues gedacht werden; das Bild von der Familie als „Keimzelle“ scheint vordergründig auf Hervorbringung und Sozialisation des gesellschaftlichen Personals ausgerichtet. Aber da der Staat den in der Freiheit zu seiner Subjektivität gekommenen Menschen zu seiner Grundlage hat, gehört zur Erziehung nicht nur deren Schutz und Stützung allgemein, sondern gerade auch, sie auf jene Einrichtungen allgemeiner auszurichten, in denen Subjektivität sich bildet und entfaltet.

Der Erfolg solcher Erziehung jedoch liegt außerhalb aller verfassungsrechtlichen Garantien.

Leitsätze des Mitberichterstatters über:

Verfassungsgarantie und sozialer Wandel – Das Beispiel von Ehe und Familie

Einleitung

1. Verfassungsgarantien umfassen im Verfassungsstaat zugleich Garantien der Subjektivität und von objektivierten Gegebenheiten. Dadurch eröffnen sie selbst die Möglichkeit sozialen Wandels.

A. Bestandsaufnahme

I. Der Ausgangspunkt

2. Die Sinnhaftigkeit der Garantie von Ehe und Familie als Institution wird in Frage gestellt; denn einerseits sind beide zwar institutionell verfaßt, aber subjektiver Gestaltung weithin eröffnet. Andererseits deutet die Zunahme nichtehelicher Lebensgemeinschaftlichen und nichtfamiliarer Wohngemeinschaften auf einen Plausibilitätsschwund.

II. Zur Ehe

3. Das Prinzip der Lebensgemeinschaft enthält trotz seiner Verankerung in § 1353 Abs. 1 BGB außer der auch über die Scheidung hinaus dauernden Unterhaltungspflicht keine rechtlich durchsetzbaren ehelichen Pflichten. Die Eheführung ist der autonomen partnerschaftlich-gleichberechtigten Gestaltung der Ehepartner überlassen.

4. Die Sicherung der Lebenszeitdauer der Ehe ist von der objektiv-institutionellen auf die subjektiv-intentionale Ebene verlagert.

5. Da die nichtehelichen Lebensgemeinschaften durch Art. 2 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich abgesichert werden, besteht Wahlfreiheit zwischen ihnen und der Ehe, wenn auch eine völlige rechtliche Gleichstellung beider ausgeschlossen ist.

III. Zur Familie

6. Dem sozialen Wandel folgend wird überwiegend auch der in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft mit Kindern mitliebende Vater in

den verfassungsrechtlichen Familienbegriff der Zwei-Generationen-Kernfamilie mit einbezogen.

7. Die Binnenstruktur der Familie ist durch eine wachsende Selbstbestimmung und Mitwirkung der heranwachsenden Kinder in der generell ebenfalls autonomen Familiengestaltung geprägt.

8. Für das vorrangige Erziehungsrecht der Eltern kann es keine staatlich vorgegebenen Erziehungsziele geben.

IV. Gründe

9. Die rechtliche Dominanz des subjektiven Elements der Verfassungsgarantie von Ehe und Familie gründet in der Einfügung der subjektiv-öffentlichen Freiheitsrechte in Art. 6 Abs. 1 GG durch das Bundesverfassungsgericht (Leitentscheidung BVerfGE 6, 55 (71ff.)).

10. Die Institutsgarantien wurden formalisiert und inhaltlich entleert. Die „wertentscheidende Grundsatznorm“ begründet keine objektiven Inhalte, sondern setzt sie voraus.

B. Zusammenhänge

I. Subjektivität

11. Die sich seit dem 18. Jhdt. durchsetzende Subjektivierung von Ehe und Familie gründet in einem allumfassenden Vorgang der Subjektivierung, in dem der Mensch in seiner freien Subjektivität auch zum Subjekt des Staates wird.

12. Mit ihr werden überkommene Gegebenheiten, wie die Leitbilder von Ehe und Familie, der kritisch reflektierenden subjektiven Vernunft unterworfen. Sie erlangen Verbindlichkeit nur durch subjektive Akzeptanz.

II. Gesellschaftliche Ausdifferenzierung

13. Ehe und Familie werden zum Ort der Subjektivität und Privatheit durch die Verlagerung ihrer wirtschaftlichen und öffentlichen Funktionen auf ausdifferenzierte spezialisierte Lebensbereiche, die sich ihrerseits von der Familie als tragendem Grund lösen.

14. Es entstehen zwischen den ausdifferenzierten Lebensbereichen Interdependenzen und damit Abhängigkeiten, durch die Ehe und Familie einem wachsenden Anpassungsdruck der sich ständig wandelnden anderen Lebensbereiche ausgesetzt sind.

15. Da die auf sich selbst gestellte Subjektivität nicht in der Lage ist, den Anforderungen standzuhalten, bedarf sie der Stützung in

objektiven Grundlagen. Dazu können die beiden anderen Garantieelemente Institutsgarantie und Umfeldgarantie eigene Funktionen entfalten.

C. Grundlegung

I. Sozialer Wandel

16. Sozialer Wandel ist in der Nachfolge von „Fortschritt“ erwünscht, wird geplant, gemacht, ist aber nicht in allen Folgen und Nebenfolgen steuerbar.

17. Durch seine expoentielle Beschleunigung treten „Erfahrungsraum und Erwartungshorizont“ (Koselleck) auseinander, wodurch „Zukunftsungewißheit“ (Lübbe) entsteht, die durch wissenschaftliche Prognosen nur beschränkt kompensiert werden kann. Das Subjekt gerät in die Gefahr, die Identität zu verlieren.

II. Verfassungsgarantie

18. Die Verfassungsgarantie kann daran ansetzen, daß der soziale Wandel sich in den ausdifferenzierten Lebensbereichen ungleichzeitig vollzieht.

19. Ein beschleunigter anpassender Wandel des Rechts hat begrenzte Berechtigung; jedoch muß seine bewahrende Funktion erhalten bleiben, wo das zur Sinnwahrung der Lebensbereiche notwendig ist.

20. Verfassungsrechtliche Garantie vermag eine solche Sicherung zu leisten. Sie geht von der Erfahrung der allerdings widerlegbaren Vernünftigkeit des Garantierten aus. Rechtsänderungen sind nicht ausgeschlossen.

III. Das Beispiel von Ehe und Familie

21. Instituts- und Umfeldgarantie können durch Verzögerung des sozialen Wandels für Ehe und Familie den für Bildung und Entfaltung der Subjektivität notwendigen Raum gewährleisten.

22. In Ehe und Familie findet personale Sozialisation vor allem durch die Erfahrung humaner Grundsituationen und ihrer Bewältigung statt. Dafür bedürfen sie der Sicherung ihrer Verlässlichkeit und Dauer.

23. Um dieser Funktion willen sind Ehe und Familie rechtlich zu ordnen, zu bewahren, zu schützen und zu fördern. Eine gewisse Flexibilität in der Umsetzung der Garantie ist jedoch erforderlich.

D. Folgerungen

I. Nichteheliche Lebensgemeinschaften

24. Eine rechtliche Gleichstellung der nichtehelichen Lebensgemeinschaften ist trotz ihrer weithin eheähnlichen Funktionen nicht geboten und abzulehnen. Adäquater Rechtsschutz ist jedoch zu gewährleisten, der aber nicht zu ihrer Institutionalisierung führen darf.

II. Familie

25. Der verfassungsrechtliche Familienbegriff ist auf die „modifizierte erweiterte Familie“ auszudehnen.

26. Die nichtehelichen Lebensgemeinschaften mit Kindern bilden Familien. Dem mitlebenden nichtehelichen Vater sollte die Möglichkeit des Sorgerechts eingeräumt werden.

27. Bleibt auch die Rolle der Eltern in der Familie dominant, so rechtfertigt die mit dem Heranwachsen der Kinder zunehmende Eingliederung in außerfamiliäre Lebensbereiche auch deren stärkere Selbstständigkeit in der rechtlichen Ordnung der Binnenstruktur der Familie.

III. Familiennachzug von Ausländern

28. Auch legal hier lebenden Ausländern stehen die Freiheitsrechte aus Art. 6 Abs. 1 GG zu, die grundsätzlich auch für sie das Recht umfassen, die eheliche und familiäre Lebensgemeinschaft in der Bundesrepublik zu führen. Einschränkungen sind zum Schutz gleichrangig verfassungsrechtlich geschützter Güter auf Grund eines Gesetzes zulässig.

29. Ein Anspruch auf Nachzug der Ehefrau(en) und bestimmter Familienangehöriger besteht, soweit nicht der Schutz verfassungsrechtlich gleichrangiger Güter, innere und äußere Sicherheit, die nationale Kultur u.a. eine Abweisung verlangt. Generelle einwanderungspolitische, insbesondere ökonomische Gründe, genügen jedoch nicht.

IV. Förderung

30. Die Förderaufgabe ist ebenfalls erst vom Bundesverfassungsgericht entwickelt worden. Sie läßt sich heute auf Richterrecht oder die Teilhabefunktion der Grundrechte stützen. Sie ist eine Staatszielbestimmung.

31. Förderung und Schutz sind nach Inhalt und rechtlichen Folgen zu unterscheiden. Das Ehegattensplitting gehört zur zweiten Kategorie und ist daher nicht zu Gunsten der Familienförderung aufhebbar.

32. Der Gesetzgeber hat bei der Förderung der Familie vor der Ehe den Vorrang einzuräumen, da jene vor allem zusätzliche Lasten zu tragen hat.

33. Materielle Förderungsleistungen sind vor allem familienorientiert und können erst in zweiter Linie gesellschaftsorientiert, dürfen aber nicht auf ein bestimmtes Familienbild ausgerichtet sein.

34. Sie müssen möglichst integrierend, subsidiär und internalisierend angelegt werden.

35. Familienförderungs politik hat sich auch auf das Umfeld von Ehe und Familie zu richten.

36. Die schulische Erziehung hat in ihren Grenzen Ehe und Familie als Erziehungsziel aufzunehmen.

3. Aussprache und Schlußworte

Verfassungsgarantie und sozialer Wandel – Das Beispiel von Ehe und Familie

Vorsitzender (Kriele): Liebe Kolleginnen und Kollegen, dann darf ich die Nachmittagssitzung eröffnen, und wir hören nach alter Sitte erst etwas ausführlichere Statements aus Österreich und der Schweiz von Herrn *Berka* und Herrn *Thürer*. Herr Kollege *Berka*, darf ich Sie bitten.

Berka: Meine sehr geehrten Damen und Herren! Vor gut 150 Jahren besuchte ein Reisender aus Norddeutschland die österreichische Steiermark und registrierte erstaunt freizügige familiäre Gebräuche. Der Älpler, so glaubte er festgestellt zu haben, heirate oft seine Geliebte erst dann, wenn sie ihm eine zahlreiche Nachkommenschaft als Mitgift in die Ehe zubringe. Mit unehelichen Kindern werde, so schloß er daraus, hierzulande keine Schande mitgeboren. Es ist nun freilich zweifelhaft, ob dieser Gewährsmann tatsächlich genau beobachtet oder ob man ihm nicht nur einen Bären aufgebunden hat – auch wenn man in Rechnung stellt, daß die uneheliche Geburt in manchen ländlichen Gebieten tatsächlich weniger verpönt, die Probe-ehe tatsächlich zum Teil üblich war, und bereits das josephinische Gesetzbuch von 1786 erklärt hatte, daß alle von zwei unverehelichten Personen Erzeugten ehelich wären. Aber diese kühne Regelung wurde bald nach dem Tod des Kaisers Josef II. auf Drängen der Geistlichkeit und der Stände wieder beseitigt. Im bürgerlichen Recht Österreichs kam die katholische Geschlechts- und Ehemoral zum Tragen, die den „Kindern der Sünde“ die bürgerliche Gleichberechtigung versagte, die das Leben außerhalb des nach kanonischem Recht abgeschlossenen Ehebandes als Unzucht brandmarkte und unbeugsam an der Unauflöslichkeit der Ehe festhielt – und zwar bis in das Jahr 1938, in dem die schon längst unhaltbar gewordenen eherechtlichen Zustände durch die Übernahme des reichsdeutschen Eherechtes zum Besseren gewendet wurden.

Würde so der Vergleich zwischen Österreich und Deutschland in kulturgeschichtlicher Perspektive wahrscheinlich gewisse Verwerfungen im Prozeß der Modernisierung erkennen lassen, ist nach Auskunft der Familiensoziologen heute die Situation von Ehe und Familie und

sind ihre Probleme in der österreichischen und der deutschen Gesellschaft weitgehend die gleichen. Auch die Gegebenheiten und Probleme der einfachen Rechtsordnung, die heute vormittag zur Sprache kamen, sind in Österreich und Deutschland weitgehend vergleichbar, ob es sich um das Steuerrecht handelt oder um das reformierte Familienrecht. All das ist nicht erstaunlich, erstaunlicher wäre wahrscheinlich das Gegenteil. Der Verfassungsjurist muß freilich zur Kenntnis nehmen, daß diese kulturelle Gemeinsamkeit mit dem verfassungsrechtlichen Schutz der Ehe und Familie nur sehr wenig zu tun haben kann. Denn nach dem reichen verfassungsrechtlichen Ertrag, der heute vormittag dem Grundgesetz abgerungen wurde, habe ich zu berichten, daß dem Verfassungsschutz von Ehe und Familie in der österreichischen Rechtsordnung bislang eine allzu große Bedeutung nicht zugekommen ist.

1. Lange Zeit konnte man dafür die positiv-rechtliche Verfassungsrechtslage verantwortlich machen, da sich der aus der Monarchie übernommene Grundrechtskatalog zu den Lebensbereichen von Ehe und Familie völlig verschwiege. Daß die Verfassung damit auf gewandelte Schutzbedürfnisse mitunter nicht angemessen reagieren konnte, lag auf der Hand. So mußten sich z.B. die Eltern eines Kindes, das ohne rechtliche Grundlage in einem staatlichen Erziehungsheim festgehalten wurde, vom Verfassungsgerichtshof der 50er Jahre sagen lassen, daß durch diese schwerwiegende Beeinträchtigung des Elternrechtes nicht in die Sphäre ihrer verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte eingegriffen wurde (VfSlg 3248/57).

Gegenüber einer Diskriminierung von Ehe und Familie bot allerdings der allgemeine Gleichheitsgrundsatz eine gewisse Abhilfe, der damit – wie es *Pernthaler* ausgedrückt hat – die Funktion eines Quasi-Rechtsschutzes von Ehe und Familie übernahm. In mehreren Entscheidungsketten hob der Verfassungsgerichtshof Bestimmungen des Steuer-, Sozialversicherungs- und des Beihilfenrechts als sachlich nicht gerechtfertigt auf, die an das Bestehen eines Ehe- oder Verwandtschaftsverhältnisses nachteilige Folgen knüpften und erklärte umgekehrt Regelungen für sachlich gerechtfertigt, die das Eheverhältnis gegenüber anderen Lebensgemeinschaften begünstigen (z.B.: VfSlg 5319/66, 10064/84). Wie die Stichworte „Haushaltsbesteuerung“ oder „Heiratswegfallklausel“ andeuten, handelte es sich dabei um Probleme, mit denen sich auch das deutsche Bundesverfassungsgericht auseinandersetzen mußte – mit durchaus vergleichbaren Ergebnissen. Unterschiedlich war allerdings der Begründungsstil. Denn anders als die Richter in Karlsruhe vermieden es ihre Kollegen in Wien geradezu ängstlich, ihre Entscheidungen aus dem „Wesen der Ehe“ oder gar einer Wertentscheidung für die Ehe abzuleiten, Argumentationsfiguren, die nach dem Selbstverständnis des Verfassungsgerichtshofes und eines

Teils der Lehre mit einem naturrechtlichen Sündenfall gleichgesetzt wurden. Wie pikiert der Verfassungsgerichtshof reagieren konnte, wenn ihm solches auch nur unterstellt wurde, zeigt sich an einer Episode: In einem Normenkontrollverfahren hatte die Bundesregierung eine gleichheitswidrige steuerliche Regelung durch den Hinweis zu retten versucht, der Verfassungsgerichtshof habe in einem früheren Erkenntnis den Wunsch geäußert, die Ehe möge gegenüber anderen Formen des Zusammenlebens bessergestellt werden. Daraufhin die Replik des Verfassungsgerichtshofes mit deutlicher Schärfe: Dieser Hinweis auf einen angeblichen Wunsch des Verfassungsgerichtshofes beruhe ganz klar auf einem Mißverständnis, steuerrechtliche Fragen hätten mit dem Wesen der Ehe gar nichts zu tun, und überhaupt erachte sich der Verfassungsgerichtshof für nicht befugt, Wünsche über den Inhalt gesetzlicher Regelungen auszusprechen (VfSlg 4689/64). Ganz unterdrücken ließ sich der Hinweis auf die Ehe als „wesentliches Element der rechtlichen Ordnung menschlicher Beziehungen“ freilich dann nicht, wenn es um die Rechtfertigung von das eheliche Band begünstigenden Regelungen ging (VfSlg 4678/64).

Daß eine derart um Wertneutralität bemühte Judikatur aber nicht nur den Stil der Argumentation prägte, sondern auch der Sache nach ihre Grenzen in sich trug, verdeutlichte die Rechtsprechung zu den erwähnten Heiratswegfallklauseln im Familienbeihilfenrecht. Denn anders als das Bundesverfassungsgericht bestätigte der Verfassungsgerichtshof ursprünglich die Verfassungsmäßigkeit dieser Klauseln, indem er dem Gesetzgeber attestierte, er wäre bei der Verfolgung familienpolitischer Ziele frei und dürfte daher auch „unerwünschte Frühehen“ durch Entzug der Familienbeihilfe benachteiligen. Auch als einige Jahre später diese Regelungen doch noch als unsachlich qualifiziert und aufgehoben wurden, stellte der Verfassungsgerichtshof die Freiheit zur Verfolgung familienpolitischer Ziele nicht grundsätzlich in Frage, sondern verneinte nur die Eignung des gewählten Mittels (Vgl. einerseits VfSlg 5972/69, 6071/69, andererseits VfSlg 8793/80).

2. Die dargestellte, durch das Fehlen eines selbständigen Schutzes der Ehe und Familie gekennzeichnete Verfassungsrechtslage hat sich durch die Europäische Menschenrechtskonvention verändert. Als innerstaatlich unmittelbar anwendbares Verfassungsrecht gewährleistet Art. 12 der Konvention das Recht, eine Ehe einzugehen und eine Familie zu gründen, und Art. 8 der Konvention einen umfassenden Anspruch auf Achtung des Familienlebens. So wie es allerdings überhaupt ein langwieriger Prozeß war, bis die Menschenrechtskonvention in das Bewußtsein der österreichischen Rechtsanwender gehoben wurde, zeichnen sich erst heute erste Konturen der durch die Konvention neugestalteten Verfassungsrechtslage ab.

Sie betreffen in erster Linie die Abwehrriktion der Familiengrundrechte, die etwa im Ausländerrecht das Ermessen der Behörden begrenzen und gesetzliche Regelungen verfassungswidrig erscheinen lassen, die eine Bedachtnahme auf das Familienleben des Ausländers, etwa bei der Ausweisung, nicht ausreichend sicherstellen (VfSlg 9832/83, VfGH 12.12.1985, EuGRZ 86, 190). Durch eine in diesem Punkt entschiedene Rechtsprechung hat der Verfassungsgerichtshof die zuvor konstatierte Schutzlücke geschlossen. Irgendwelche institutionellen Bezüge oder Schutz- oder Förderpflichten hat die Rechtsprechung dagegen diesen Grundrechten nicht entborgen; sie hat auch dort, wo es von der Sache her nahegelegen wäre, den Hinweis auf eine der Konvention allenfalls zu entnehmende Wertentscheidung peinlichst vermieden. Vielmehr hat der Gerichtshof im Gegenteil einer solchen institutionellen Ausdeutung mehrmals eine deutliche Absage erteilt – so in seinem Erkenntnis zur Fristenlösung, wo eine Pönalisierungspflicht, und in Erkenntnissen zum Steuer- und Beihilfenrecht, wo eine Verpflichtung zur finanziellen Förderung der Familien ausdrücklich verneint wurde (VfSlg 6071/69, 7400/74, 8037/77). Und auch der Oberste Gerichtshof hat mit seiner Feststellung, daß Art. 12 MRK lediglich verbiete, die Ehe als Institution insgesamt abzuschaffen und daß daher die Einführung einer Scheidung gegen den Willen eines Ehepartners nichts mit diesem Grundrecht zu tun habe, die mögliche Tragweite dieser Bestimmung wohl nicht mehr als angedeutet (EvBl 1979/234).

Schutz und Förderung der Ehe und Familie hat sich der österreichische Sozialstaat freilich auch ohne verfassungsrechtliche Verpflichtung stets angetan sein lassen. Im Steuer- und Sozialversicherungsrecht, im Arbeits- und Beihilfenrecht wird den ehelichen und unehelichen Familien vielfältige Hilfe gewährt, bis hin zu staatlichen Direktzahlungen für Eheschließung und Geburt mit Prämiencharakter. Der Gleichheitsgrundsatz sichert bei alledem eine dem allgemeinen sozialstaatlichen Standard entsprechende gleichheitsgemäße Förderung der Familie, kann aber der freien rechtspolitischen Gestaltung nur äußerste Grenzen setzen. Wenn es daher manchmal zu Widersinnigkeiten kommt, weil unter gewissen Umständen die steuerliche Belastung des Familienvaters eine höhere sein kann als die einer Lebensgemeinschaft, wenn die Familienverbände von einer neuen Familienarmut sprechen, weil die tatsächlichen Aufwendungen vor allem für Mehrkindfamilien im Familienlastenausgleich nur ungenügend und zögernd berücksichtigt werden, wenn der Staat angesichts leerer Kassen manche familienfreundlichen Leistungen heute einschränken möchte, ist das verfassungsrechtlich kaum greifbar.

Auch die unserem Thema eigentümliche Spannung zwischen Bewahrung und Gestaltung wurde daher allenfalls in Ansätzen sichtbar:

Für eine Rechtspraxis, die dem einfachen Gesetzgeber die Freiheit zur Verfolgung aller sachlich vertretbaren familienpolitischen Ziele gibt, wird die gesellschaftspolitische Dynamik zum Motor einer Rechtsgestaltung, die nach Maßstäben der Systemgerechtigkeit beurteilt werden kann, die sich aber an keiner vorgegebenen Normativität ausrichten oder gar brechen kann. Dies zeigt sich auch an der großen Familienrechtsreform, die der österreichische Gesetzgeber in den 70er Jahren in mehreren Etappen durchgezogen hat. Ihre gesellschaftspolitischen Zielpunkte, die Gleichstellung der Ehepartner nach dem Leitbild der partnerschaftlichen Ehe, damit verbunden eine gewisse Offenheit des Familienlebens für verschiedene „Ehemodelle“, der Abbau patriarchalischer Relikte im Kindschaftsrecht, die Verbesserung der Rechtsstellung des unehelichen Kindes, und schließlich auch die Erleichterung der Scheidung, all das gab dem rechtlichen Erscheinungsbild von Ehe und Familie neue Züge, die zugleich neue Kriterien der Sachlichkeit begründeten, an denen die übrige Rechtsordnung gemessen werden kann, für die es aber selbst kein verfassungsrechtliches Maß gab.

Folgerichtig hat daher der Verfassungsgerichtshof die Bevorzugung der Witwe gegenüber dem Witwer im Pensionsrecht für verfassungswidrig erklärt, weil der Gesetzgeber sich nach der Änderung des familienpolitischen Leitbildes auch an der Situation der berufstätigen Frau hätte orientieren müssen (VfSlg 8871/80). Dem selben Gedanken Rechnung tragend, läßt der Gesetzgeber nunmehr den abgeleiteten Versicherungsschutz auch dem Hausmann zukommen, und soll nach einem Entwurf künftig auch dem Mann ein Anspruch auf bezahlten Karenzurlaub nach der Geburt eines Kindes gegeben werden. Nach einem weiteren kurz vor der Verabschiedung stehenden Gesetzesentwurf soll schließlich auch das elterliche Sorgerecht auch bei Lebensgemeinschaften von beiden Elternteilen gemeinsam ausgeübt werden können.

3. Soweit eine geraffte Bestandsaufnahme, die allerdings unvollständig wäre, wenn ich nicht zum Schluß noch kurz die Frage nach den möglichen Perspektiven stellen würde. Solche zeichnen sich auf der verfassungspolitischen und auf der verfassungsdogmatischen Ebene ab.

Seit geraumer Zeit drängen maßgebliche gesellschaftliche Kräfte auf eine auch Schutz- und Leistungsgarantien umfassende Verankerung von Ehe und Familie in der Bundesverfassung, durch die – das soll nur am Rande erwähnt werden – auch den Verpflichtungen entsprochen würde, die Österreich völkerrechtlich in der Europäischen Sozialcharta und in den beiden UNO-Menschenrechtspakten eingegangen ist. Allerdings hat die sozialdemokratische Mehrheitspartei diesen Initiativen bislang immer eine deutliche Absage erteilt und die Petenten mit dem Hinweis auf die überfällige, aber ganz und gar un-

gewisse Gesamtreform des österreichischen Grundrechtskataloges vertröstet.

Dabei wird man nicht bestreiten können, daß die isolierte Aufnahme einer solchen Gewährleistung in eine ursprünglich formal konzipierte Verfassungsrechtsordnung wie die österreichische problematisch sein darf. Wenn man aber andererseits sieht, wie der österreichische Verfassungsgesetzgeber der letzten Jahre ohne verfassungstheoretische Skrupel mehrmals neue Grundrechte recht unvermessen in die österreichische Grundrechtslandschaft hineingesetzt hat und auch vor werthaltigen Staatszielbestimmungen nicht mehr zurückscheut, stimmt es doch nachdenklich, daß der Konsens der großen gesellschaftlichen Gruppen zwar für ein Bekenntnis zum umfassenden Umweltschutz in Form einer Verfassungsbestimmung ausgereicht hat, aber eine eindeutige Wertentscheidung zugunsten von Ehe und Familie offenbar nicht mehr trägt. (Ein Wandel dieser Situation zeichnet sich allerdings ab, da die Anfang 1987 ins Amt berufene Koalitionsregierung die verfassungsrechtliche Verankerung von Ehe und Familie in ihr Arbeitsprogramm aufgenommen hat.)

Dagegen haben sich einzelne Landesverfassungsgesetzgeber in den letzten Jahren bereits zu einer solchen Entscheidung durchgerungen und für ihren Geltungsbereich zum Schutz und zur Förderung von Ehe und Familie verpflichtet (Vorarlberg, Tirol, in Salzburg in Diskussion). Daß man sich dabei ohne Rücksicht auf den Wandel der familiären Lebensformen seit dem Ende des Krieges von dem Vorbild des Art. 6 GG inspirieren ließ, ist bemerkenswert. Wegen des bescheidenen Zuschnitts der Landeskompetenzen ist die praktische Bedeutung dieser Bestimmungen aber eher gering.

In dieser Situation hängt manches von der künftigen Entwicklung der Rechtsprechung ab. Die bisherige Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zu Art. 8 und 12 MRK fügt sich ohne Bruch in seine überkommene Grundrechtsjudikatur ein, die durch einen formalen, Wert- und Gerechtigkeitsfragen aussparenden Ansatz gekennzeichnet ist und die im Verhältnis zum einfachen Gesetzgeber um judicial self-restraint in bemerkenswertem Ausmaß bemüht war. Die Lehre von den Einrichtungsgarantien, die die österreichische Rechtswissenschaft wohl übernommen hat, und zwar im wesentlichen in der Ausformung, die sie bei *Carl Schmitt* gefunden hatte und die das jüngere nachpositivistische Schrifttum weiter entfaltet hat, fand insoweit niemals einen günstigen Nährboden in der höchstgerichtlichen Praxis. Geradezu dogmatisiert wurde dieses restriktive Grundrechtsverständnis in einigen Erkenntnissen der 70er Jahre, in denen der Gerichtshof angebliche „klassische liberale Vorstellungen“ der Entstehungszeit bemüht hat, unter anderem um institutionelle Gehalte ausdrücklich zurückzuweisen (VfSlg 8136/77).

In den letzten Jahren hat sich der Verfassungsgerichtshof allerdings zunehmend von den selbst auferlegten Fesseln befreit und ist zu einem Wandel in der Grundrechtsjudikatur gekommen, der seine maßgeblichen Impulse von der Menschenrechtskonvention und der dynamischen Judikatur der Straßburger Instanzen bezogen hat. Der Verfassungsgerichtshof scheut sich nicht mehr, von verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen zu sprechen, die bestimmten Grundrechten entnommen werden können, er schlüsselt den bisher ungreifbaren Wesensgehalt einzelner Grundrechte in materieller Sicht auf, er wendet sich ungeschriebenen Ordnungsprinzipien zu, die gewissen verfassungsrechtlichen Gewährleistungen zugrunde liegen, etwa im Zusammenhang mit den Verfahrensgarantien der Konvention oder der Rundfunkfreiheit. Es muß sich zeigen, wie weit der Verfassungsgerichtshof diese Ansätze, die bisher vor allem im Dienst eines weiteren Ausbaus der Rechtstaatlichkeit standen, auch auf die Familiengrundrechte der Konvention zu übertragen bereit ist. Das verfassungsrechtliche Leitbild von Ehe und Familie, das der Konvention entnommen werden kann, ist freilich diffuser, als es bei einer nationalen Verfassungsbestimmung der Fall ist. Und es ist deshalb wahrscheinlich auch offener für den sozialen Wandel. Auf den erweiterten Familienbegriff des Art. 8 der Konvention hat Herr *Steiger* ja schon aufmerksam gemacht.

Ich danke Ihnen für die Aufmerksamkeit.

Vorsitzender: Für die Schweiz jetzt Herr Kollege *Thürer*.

Thürer: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren! In seiner Anfrage an den österreichischen und schweizerischen Berichterstatter, ob wir bereit wären, das heutige Tagungsthema einleitend für unsere Länder zu behandeln, mahnte Herr *Zacher* auf dreifache Weise zur Kürze: Zunächst unter Hinweis auf die Programmgestaltung, wonach dieser Beratungsgegenstand nicht als ein Dreiländerthema gedacht und geeignet sei; sodann höflich in Form der allgemeinen Betrachtung, daß es ein wahres Kunststück sei, sich kurz zu fassen; und schließlich, in einer dritten Intensitätsstufe, mit dem eindringlichen Hinweis, Landesreferate auf Kosten der Diskussion würden bei den Versammelten leicht Unmut auslösen.

Angesichts dieses klar und deutlich ausgesprochenen Anliegens beschränke ich mich auf einige wenige – einfache – Bemerkungen. Ich gehe dabei von der Annahme aus, daß in dem hier in Frage stehenden Gebiet die demographische und soziale Entwicklung in der Schweiz ähnlich verlaufen ist wie in Deutschland, und stelle Ihnen nur die grundlegenden schweizerischen Verfassungsgarantien zugunsten von Ehe und Familie vor, dies allerdings unter Einbezug der im

vorliegenden Zusammenhang besonders bedeutsamen Europäischen Menschenrechtskonvention.

Die *schweizerische Bundesverfassung* enthält zwei Garantien zugunsten von Ehe und Familie, die freilich je einen anderen Gegenstand aufweisen und verschieden strukturiert sind: ein subjektives verfassungsmäßiges Recht des Einzelnen auf Eheschließung auf der einen Seite und einen allgemeinen, an den Bund gerichteten Auftrag zum Schutze der Familie auf der anderen Seite. Gestatten Sie mir einige Stichworte zu den beiden Regelungen.

Im Vordergrund steht die verfassungsrechtlich gewährleistete *Ehefreiheit*. Sie wird aus Art. 54 Abs. 1 BV abgeleitet, wonach das „Recht zur Ehe . . . unter dem Schutze des Bundes“ steht. Die hier verbriefte Ehefreiheit wird jedermann zuerkannt, also als Menschenrecht verstanden. Sie schließt nach der in der Lehre allgemein vertretenen Auffassung auch die Gewährleistung des Instituts der Ehe in sich, ist aber primär als klassisches Freiheitsrecht, d.h. als Abwehrrecht gegen den Staat, konzipiert. Mit der Garantie der Eheschließungsfreiheit wendet sich die Bundesverfassung — und hier kommt der etwas altertümliche Charakter des drittältesten der heute in Geltung stehenden Grundgesetze zum Ausdruck — zunächst gegen Beschränkungen durch die Kirche und gegen Ehehindernisse polizeilicher und ökonomischer Art, wie sie seinerzeit im Recht zahlreicher Kantone vorgesehen waren. Es ist nun aber interessant festzustellen, daß das Bundesgericht dieser Verfassungsbestimmung in einem unlängst ergangenen Entscheid auch eine durchaus aktuelle Bedeutung abgewonnen hat (BGE 110 Ia 7, 13ff.). Es bezeichnete nämlich die im Kanton Zürich geltende Familienbesteuerung, also die gemeinsame Veranlagung von Einkommen und Vermögen der Ehegatten, als unzulässige Diskriminierung Verheirateter gegenüber Konkubinatspaaren und als Verstoß gegen die Ehefreiheit. Aufschlußreich aber ist nun für Sie vielleicht, daß unser oberstes Gericht im Gegensatz zum deutschen Bundesverfassungsgericht nicht so weit gegangen ist, aus der Verfassung gleich auch das Gebot zum sog. „Splitting“ abzuleiten. Vielmehr wird es dem Gesetzgeber überlassen, etwa auf dem Wege einer entsprechenden Festlegung von Tarifen und Abzügen eine verfassungskonforme Regelung herbeizuführen. Eine in diese Richtung zielende — nach Maßgabe der Lebenshaltungskosten der einzelnen Familie differenzierende — Lösung wird denn auch in der Volksinitiative „Für ehe- und familiengerechtere Bundessteuern“ angestrebt, für die zur Zeit Unterschriften gesammelt werden (BB1 1983 III 20ff., 247ff.).

Daß also, wie gesagt, die Begründung und das Institut der Ehe unter dem besonderen Schutze der Bundesverfassung stehen, bedeutet nun natürlich nicht umgekehrt, daß entsprechende *außereheliche Formen des Zusammenlebens* der Verfassung widersprechen; vielmehr sind sol-

che alternative Gemeinschaftsarten und -stile, wie sie zur Zeit in der Schweiz in etwa 6 Prozent der Mehrpersonenhaushalte praktiziert werden, als essentielle Ausdrucksweisen der Persönlichkeit durch das ungeschriebene Grundrecht der persönlichen Freiheit gewährleistet. Alte, heute allerdings kaum mehr durchgesetzte kantonale Gesetze, die das Konkubinat verbieten oder gar unter Strafe stellen, dürften sich insofern als verfassungswidrig erweisen.

Ich habe gesagt, daß die Bundesverfassung neben der Ehe auch die *Familie* unter ihren Schutz stelle. Gemeint ist damit vorab Art. 34quiquies, der – zustandegekommen als Gegenvorschlag der Bundesversammlung zu einer Volksinitiative – 1945 in die Verfassung aufgenommen wurde. Dieser „Familienschutzartikel“ besagt in seiner im ersten Absatz enthaltenen Grundsatzbestimmung: „Der Bund berücksichtigt in der Ausübung der ihm zustehenden Befugnisse und im Rahmen der Verfassung die Bedürfnisse der Familie.“ Sie sehen auf den ersten Blick, daß es sich hier um eine ausgesprochen steuerungsschwache Anordnung handelt. Der hier vorgenommenen Ausdehnung des verfassungsrechtlichen Schutzbereichs von der Ehe auf die Familie entspricht eine Einbuße an Schutzintensität. Zwar ist in Art. 34quiquies, wie die Rechtslehre annimmt, nunmehr die Familie als Institut der Rechtsordnung gewährleistet. Im übrigen aber ist der unmittelbar greifbare Gehalt der Anordnung beschränkt. Es wird nämlich zunächst einmal nach dem ausdrücklichen Willen des Verfassungsgebers nur der Bund in Pflicht genommen; die Kantone dagegen, die etwa im Bereiche des Schul- und Bildungswesens einschließlich des Stipendienwesens, der Fürsorge oder des Steuerwesens über wesentliche familienrechtlich und familienpolitisch relevante Kompetenzen verfügen, sind nicht angesprochen¹. Aber auch dem Bund wird die Führung einer Familienpolitik nicht eigentlich zum Ziel gesetzt; vielmehr soll er nur „incidental“ – bei der Verfolgung von Vorhaben mit anderer Stoßrichtung also – die Belange der Familie mitberücksichtigen. Dabei bleibt er aber an die ihm anderweitig – etwa auf dem Gebiete des Privatrechts oder des Sozialversicherungsrechts – eingeräumten Kompetenzen und an die Grundrechte gebunden.

Der in Art. 34quiquies Abs. 1 BV in allgemeiner Form niedergelegte Behördenauftrag wird nun in weiteren Verfassungsanordnungen näher ausgestaltet: so etwa in einem imperativen Auftrag zur Errichtung einer Mutterschaftsversicherung (Art. 34quiquies Abs. 4 BV),

¹ Ergänzt wird der bundesverfassungsrechtliche Schutz freilich durch die Familienschutzbestimmungen zahlreicher, vor allem neuer Kantonsverfassungen (vgl. als besonders ausgeprägtes Beispiel etwa Art. 17 der jurassischen Verfassung vom 9. März 1978).

der bis heute aber noch nicht vollumfänglich erfüllt worden ist, in den bisher nur marginal ausgenutzten Kompetenzen zur Schaffung einer Familienausgleichskasse (Art. 34quinquies Abs. 2 BV) bzw. zur Förderung eines familienfreundlichen Siedlungs- und Wohnungswesens (Art. 34sexies Abs. 1 lit. b BV) und schließlich mit dem in Art. 4 Abs. 2 BV verankerten Verfassungsauftrag zur Gleichstellung von Mann und Frau u.a. auch in der Familie, der nun allerdings mit dem neuen, am 1. Januar 1988 in Kraft tretenden Eherecht erfüllt sein wird.

Wir haben also eine auf Verfassungsstufe insgesamt eher dürftige, den Familienschutz vor allem in die Verantwortung des Gesetzgebers stellende Ordnung vor uns. Aber auch dieser hat zahlreiche familienpolitische Postulate wie etwa eine Verbesserung der Stellung der (nicht erwerbstätigen) Mutter im Rahmen der Sozialversicherungen oder die Forderung nach einem angemessenen fiskalischen oder anderweitigen Ausgleich für die von den Familien auch zugunsten der Allgemeinheit übernommenen Lasten und erlittenen Einbußen weitgehend unberücksichtigt gelassen. Der „homo oeconomicus“ also – der rein wirtschaftlich motivierte Zeitgenosse – würde daher unter den Bedingungen der heutigen Rechtsordnung zumindest dann, wenn beide Partner erwerbstätig sein wollen, wohl nach Gemeinschaftsformen außerhalb von Ehe und Familie Ausschau halten.

Ich habe bisher also die Ehefreiheit und den Familienschutz genannt, wie sie in der schweizerischen Bundesverfassung verankert sind. Das Bild wäre aber nicht vollständig, wenn man nicht die *Europäische Menschenrechtskonvention* mit in Betracht zöge. Denn diese ergänzt vor allem mit dem in Art. 8 gewährleisteten, in der Schweiz unmittelbar anwendbaren Grundrecht des Einzelnen auf „Achtung des Familienlebens“ das nationale Recht auf entscheidende Weise. Der durch die Konvention verbürgte Mindeststandard übersteigt hier ausnahmsweise den verfassungsrechtlichen Grundrechtsschutz. Lassen Sie mich dazu nur ein einziges, aber – wie mir scheint – besonders folgenreiches Beispiel aus der bundesgerichtlichen Judikatur anführen (BGE 109 Ib 186, 110 Ib 205f.). Das Bundesgericht hat nämlich in Anlehnung, wenn auch nicht in völliger Übereinstimmung mit der Spruchpraxis der Straßburger Organe zu Art. 8 Abs. 1 EMRK unlängst unter drei Voraussetzungen einen Anspruch des Ausländers auf Zugang zur bzw. zum Verbleib in der Schweiz anerkannt: wenn erstens ein Familienmitglied der betreffenden Person über ein Anwesenheitsrecht, also z.B. über das Bürgerrecht oder eine Niederlassungsbewilligung, verfügt; wenn zweitens zu dieser Person familiäre Beziehungen im rechtlichen Sinne bestehen und tatsächlich gelebt werden; und wenn schließlich drittens dem anwesenheitsberechtigten Familienmitglied nicht zugemutet werden kann, die Einheit des Familienlebens im Ausland herzustellen und fortzuführen. Der dem Ausländer nach

Maßgabe dieser Bedingungen zuerkannte Anwesenheitsanspruch steht allerdings unter dem in Abs. 2 der Konventionsbestimmung niedergelegten, weit gefaßten Vorbehalt höherwertiger Interessen der Allgemeinheit und entfaltet insofern keine über die bisherige Praxis weit hinausgehende materielle Tragweite. Bedeutsam aber ist die verfassungsrechtliche Folge, daß durch Zuerkennung eines subjektiven Rechts an die betreffenden Ausländer diesen nach Maßgabe des Verwaltungsprozeßrechtes des Bundes (Art. 100 lit. b Ziff. 3 OG) neu der Zugang zum Bundesgericht erschlossen, die sachliche Reichweite der Verwaltungsgerichtsbarkeit auf dem Gebiete des Ausländerrechts insofern beträchtlich erweitert ist. Die Menschenrechtskonvention also erweist sich auf dem hier in Frage stehenden Gebiet in der Schweiz als eine sehr ernst zu nehmende, neue Dimension des Grundrechtsschutzes².

Lassen Sie mich nun *abschließend* noch die Frage aufwerfen, ob und inwiefern der markante, in den letzten Jahrzehnten eingetretene *soziale Wandel* auf eine *Neuinterpretation* oder eine *Reform der verfassungsrechtlichen Bestimmungen* zum Schutze von Ehe und Familie hindrängt. Für die Schweiz ist es nicht schwierig, den entsprechenden Volkswillen zu ermitteln. Denn auf dem Wege der Verfassungsinitiative, die unsere Bundesverfassung zum meistrevidierten Grundgesetz der Welt machte, können neue Anliegen durch das Volk jederzeit aufgegriffen und der Wille der Behörden, der betroffenen Verbände sowie Organisationen und schließlich auch derjenige des Verfassungsgebers (Volk und Stände) laufend getestet werden. Neben diesem „plébiscite de tous les jours“, dem die schweizerische Verfassung unterworfen ist und das wohl die Rolle des Verfassungsrichters bei der Feststellung eines Verfassungswandels im Vergleich mit „stabileren“ Verfassungsordnungen etwas relativiert, laufen seit bereits zwei Jahrzehnten die Bestrebungen zur Totalrevision der Bundesverfassung. Sichtet man nun die verschiedenen Materialien zur Verfassungsreform, so erkennt man, daß — abgesehen von der bereits genannten Steuerinitiative — die Themen Ehe und Familie nicht besonders mobilisierend wirkten. Eine Ausnahme sei allerdings hervorgehoben: In einer Vernehmlassung zum Vorentwurf von 1977 zu einer neuen Bundesverfassung werden die Kinder als „les oubliés de notre société“ bezeichnet, und es wird die Zuerkennung eines gesonderten verfassungsrechtlichen Status der Kinder gefordert (Stellungnahme der „Alliance de Sociétés

² Vgl. als neuesten einschlägigen Fall etwa den Bericht der Europäischen Kommission für Menschenrechte vom 14. Juli 1986 (Bericht Nr. 11329/85) betr. die Vereinbarkeit der in einem Scheidungsurteil dem schuldigen Ehegatten gemäß Art. 150 ZGB auferlegten Wartefrist mit Art. 12 EMRK.

Féminines Suisses, Vernehmlassungen S. 4407). Auch etwa in einer sich zur Zeit im Stadium der Unterschriftensammlung befindenden Volksinitiative gegen Mißbräuche der Fortpflanzungs- und Gentechnologie beim Menschen wird durch Statuierung der Pflicht zur Bekanntgabe der Identität des genetischen Vaters im Falle einer (heterologen) künstlichen Insemination ein stärkerer Verfassungsschutz des Kindes angestrebt. In der Tat scheint die ausdrückliche Anerkennung eigener Rechte nicht nur der Frau, sondern auch der Kinder innerhalb und außerhalb der Familie ein verfassungswürdiges Anliegen zu sein. Die Anerkennung von Eigenwert, Eigensinn und Personalität des Kindes könnte sich u.a. auch zum Ausgangs- und Kristallisationspunkt wertvoller neuer Politiken entfalten, wobei z.B. an eine gezielte Kontrolle der in Zukunft vielleicht noch mehr marktwirtschaftlich ausgestalteten elektronischen Medien zu denken wäre, die ja wie die Schule, das Essen und das Schlafen den Alltagsrhythmus wohl der meisten Kinder dominieren und zu einer mit Elternhaus und Schule mächtig konkurrierenden Beeinflussungspotenz der Jugend geworden sind.

Doch mit diesem Hinweis auf mögliche Reformen soll es sein Bewenden haben. Die vielleicht etwas zufällige Hervorhebung der Rolle des Kindes möge dem Sprecher aus Zürich verziehen werden, denn dieses Anliegen hat vielleicht auch einen besonderen Bezug zu dieser Stadt. Hier hat nämlich seinerzeit auf wegweisende Art der Aufklärer *Johann Heinrich Pestalozzi* auf den Eigenwert und die Eigenwelt des Kindes und auf die Bedeutung der Familie oder – wie er sagte – der „Wohnstube“ für die Persönlichkeitsbildung hingewiesen, und in derselben Stadt hat umgekehrt angesichts der Zürcher Jugendunruhen unlängst ein Psychiater (*Heinz Stefan Herzka*) davor gewarnt, die seinerzeit geforderte Eigenwelt der Kinder und Jugendlichen drohe unter den heutigen Bedingungen zur eigentlichen „Jugendaparthoid“ zu werden. Ein Thema also, das uns – wie Sie sehen – beschäftigt. Nehmen Sie es als Erklärung für meine Einseitigkeit.

Vorsitzender: Vielen Dank den Herren Kollegen *Berka* und *Thürer* für diese instruktiven Korreferate.

Wir kommen jetzt zur Diskussion. Die Themenvorgaben gliedern sich m.E. ganz zwanglos in drei Gruppen, nämlich erstens: grundsätzliche und methodische Probleme, zweitens: speziell die Auslegung des Art. 6 GG und drittens: Einzelfragen, z.B. uneheliche Kinder, Steuerfragen, Ausländer usw.

Das erste Wort hat Herr *Oppermann*.

Oppermann: Verehrte Frau Kollegin, verehrte Kollegen, dem ersten Diskussionsteilnehmer bleibt hier nicht nur die Pflicht, sondern die sehr angenehme und aus dem Herzen kommende Möglichkeit,

dem Vorstand und natürlich vor allem den Referenten für die Wahl des Themas und die Durchführung zu danken.

Wir haben zwei vorzügliche Referate gehört, die – soweit das in diesem Zeitmaß möglich ist – das Thema voll ausgeschöpft haben, in einer überzeugenden und auch weit über das Juristische, wenn ich etwa an Herrn *Steiger* denke, hinausgreifenden Art und Weise. Ich dachte manchmal sogar, daß es eigentlich schade war, daß der heutige Vormittag nicht zum Teil des Damenprogrammes gemacht worden ist. Viele unserer Damen hätten, lieber Herr v. *Campenhause*n, bei manchen Bemerkungen, die Sie über das Steuerrecht und Sozialrecht gemacht haben, ihre helle Freude gehabt. Aber das nur als kleine Nebenbemerkung. Erlauben Sie mir zunächst zwei grundsätzliche Feststellungen.

Sehr wichtig fand ich als erstes, daß Sie, Herr v. *Campenhause*n, die gerade für uns in Deutschland besonders bestehende faktische Brisanz des Themas hervorgehoben haben. Man sollte das nicht als etwas Äußerliches abtun. Hinter diesen alarmierenden demographischen Zahlen, die Sie sehr klar angedeutet haben, spiegeln sich sozial-ethische Überzeugungen, die stark in den Fortgang unserer Geschichte miteingehen. Was wir in Deutschland an Geburten- und Bevölkerungsrückgang vor uns haben, ist weltweit gesehen eine singuläre Entwicklung! Ich will gar nicht auf die Dritte Welt sehen, wo das Problem entgegengesetzt ist, Eindämmung der Bevölkerungsexplosion und ähnliche Dinge. Auch wenn man sich in Europa umblickt, stehen wir in der Bundesrepublik am Ende der Skala, sogar die DDR ist uns in diesem Falle ein klein wenig voraus – im positiven Sinne. Wir haben es hier mit einer etwa zwanzigjährigen Entwicklung zu tun, in der sich gewisse moralische und politische Besonderheiten unseres deutschen Schicksals nach 1945 widerspiegeln, die meines Erachtens eine vorübergehende Erscheinung darstellen. Vielleicht ist es eine Art zeitweiliger Degenerationserscheinung aufgrund der außerordentlichen Belastungen unseres Landes durch Diktatur, Krieg, Niederlage, Teilung der Nation, allzu raschen äußeren Wiederaufbau. Insofern würde ich Ihrer These zustimmen, daß man, bevor man von Verfassungs- und Wertewandel spricht und starke verfassungsrechtliche Konsequenzen hieraus ableitet, diese Entwicklung noch eine gewisse Weile weiter beobachten sollte. Eigentlich ist die Rückkehr zur Normalität wahrscheinlich.

Ein zweites: beide Referenten haben sich vorzüglich ergänzt und sie sind, da würde ich Ihnen, Herr *Zacher*, ein klein wenig widersprechen, im Grunde gar nicht so weit voneinander entfernt. Vielleicht ergaben sich gewisse Unterschiede mehr aus der Diktion der Referate. Herr *Steiger* hat etwas stärker in die Harfe des sozialwissenschaftlichen Deutsches gegriffen. Daraus ergaben sich unterschiedliche Betonun-

gen, die aber mehr semantisch waren. Ich hatte das Gefühl, wenn man beide Referenten zusammensetzen würde, um sich über irgendwelche konkreten familienrechtlichen, eherechtlichen und sonstigen Fragen zu unterhalten, würden sie in 95% der Fälle sehr nahe beieinander liegen, wenn nicht gar übereinstimmen. Vielleicht mit gewissen Unterschieden, was etwa den erweiterten Familienbegriff anbetrifft.

Es gab allerdings auch gewisse Übereinstimmungen in dem, was fehlte. Ich habe mich gewundert, daß beide Referate den reichen Born der Landesverfassungen zu diesem Thema überhaupt nicht ausgeschöpft haben. Vielleicht war das eine bewußte arbeitsökonomische Entscheidung, aber ich habe es doch ein wenig bedauert. Hier in Bayern denkt man natürlich insbesondere an die Klausel, welche gar die Säuglingspflege auf die Höhe des Verfassungsrechts erhoben hat, was ich nicht ironisiere. Ganz allgemein gesprochen, enthalten die Landesverfassungen weitgehende Ausformulierungen dessen, was in den Referaten behandelt wurde. Meine Frage: Warum ist das nicht angesprochen worden? Um so erfreulicher, daß insbesondere Herr *Steiger* die europäischen Aspekte gebracht hat.

Abschließend noch zwei Bemerkungen zum Inhalt: In einem Punkte ergab sich eine Unterschiedlichkeit der Referate, wobei ich Herrn *v. Campenhausen* folgen würde. Er hat stärker den objektiven Charakter der Institute Ehe und Familie hervorgehoben, mehr als Herr *Steiger*, der auf das Subjektive abgehoben hat. Art. 6 ist aber in der Tat die Aufnahme, schon in die Weimarer Verfassung und jetzt ins Grundgesetz, von alten Kulturnormen im Sinne sozialetischer Rechtstat-sächlichkeiten. Sie haben das im Grunde ähnlich ausgedrückt, Herr *Steiger*, wenn ich an Ihre Schlußbemerkung anknüpfen darf, als Sie an die guten Sitten anknüpften. Das verfassungsrechtlich Wichtige ist diese Objektivierung und der Geltungsanspruch der in Art. 6 benannten Rechtsinstitute. Daß daneben ein weiter subjektiver Spielraum zur Ausfüllung des Binnenraumes von Ehe und Familie gemäß zeitbedingten Anschauungen vorhanden ist, mag sein. Aber das verfassungsrechtlich Primäre liegt in der Verobjektivierung der beiden Institute.

Schließlich meine letzte Bemerkung. Für mich neu, habe ich den Eindruck gewonnen, daß die Familiengarantie noch wichtiger ist als die Ehegarantie. Sie ist die wichtigere, weil sie die umfassendere ist. Wir haben es bei der normalen Familienbeziehung nicht mit einem Zweier-, sondern mit mindestens einem Dreiverhältnis zu tun. Das Kind, das notwendigerweise in seiner grundrechtlichen Position etwas begrenzt ist, ist im Grunde dasjenige Bezugsobjekt, auf welches bei der Auslegung der Familiengarantie bei jeder Einzelfrage besonders mitgesehen werden muß. Sie, Herr *v. Campenhausen*, haben das bei Ihrer begrenzten Ausdehnung des Familienbegriffes auf die „neue Großfamilie“ – Stichwort Art. 6 Abs. 5 – ausgedrückt. Herr *Steiger* ist da

noch weiter gegangen. In dieser Richtung muß man ganz entschlossen weiterdenken. Man könnte sagen, daß die Kindeswohlentscheidung immer der Testfall für die richtige Auslegung der Familiengarantie unter vielerlei Einzelaspekten ist, die ich jetzt nicht ansprechen möchte.

Wir haben insgesamt zwei Referate gehört, die uns gezeigt haben, daß wir es bei Art. 6 GG mit einer echten Verfassungsgarantie zu tun haben, die nicht nur subjektiv Verschwimmendes enthält, sondern einen sehr klar herauszuarbeitenden harten Kern, von dem starke Ausstrahlungswirkungen in verschiedenste Bereiche des einfach-gesetzlichen Rechtes ausgehen. Dafür schulden wir beiden Referenten Dank!

Vorsitzender: Herr *Grimm*, bitte.

Grimm: So wie das Thema formuliert war, hätte es zu ausgiebigen methodologischen Betrachtungen über das Verhältnis von Verfassungsrecht und sozialer Wirklichkeit Anlaß geben können. Beide Referenten sind dieser Versuchung aus dem Weg gegangen. Sie haben nicht eigentlich über Verfassung und sozialen Wandel am Beispiel von Ehe und Familie, sondern über Ehe und Familie unter Berücksichtigung von sozialem Wandel gesprochen. Trotzdem scheint mir im Methodischen der wesentliche Unterschied zwischen den beiden Referaten zu liegen, die ich für gegensätzlicher halte als Herr *Oppermann*. Während Herr *von Campenhausen* einen Ansatz gewählt hat, den man als substantiell bezeichnen könnte, ist Herr *Steiger* von einem funktionalen Ansatz ausgegangen. Unter diesen beiden Ansätzen verdient meines Erachtens der funktionale *Steigersche* verfassungsdogmatisch den Vorzug. Herr *von Campenhausen* entwickelt seine Interpretation, und das nenne ich substantiell, aus dem *Wesen* der Ehe. Mit diesem Wesen stehen und fallen seine Schlußfolgerungen. Solche Wesens-Argumentationen sind aber zwei Gefahren ausgesetzt. Die eine besteht darin, daß das Wesen einer Institution dem Verfassungsrecht stets vorausliegt und daher Interpretationsgehalten das Tor öffnet, die von einem vorgefaßten Begriff an die Verfassung herangetragen werden, wie mir auch im vorliegenden Fall die Rückbindung der Auslegungen an Art. 6 GG nicht durchweg erkennbar geworden ist. Die zweite und für das heutige Thema bedeutsamere Gefahr liegt darin, daß man mit dem Zugriff über das Wesen von Ehe und Familie den sozialen Wandel dogmatisch nicht erfassen kann, denn es scheint mir geradezu das Wesen des Wesens zu sein, daß es gegen sozialen Wandel unempfindlich ist. Auch wenn der soziale Wandel noch so tief greift, bleibt davon doch das Wesen der Ehe unberührt, und das Schlimmste, was ihr geschehen kann, ist, daß sie keine Entsprechung mehr in der Realität hat. Im Unterschied dazu fragt Herr *Steiger*, welche *Funktionen*, die Ehe und Familie für Indi-

viduum und Gesellschaft erbringen, grundrechtlich geschützt sind. Mit diesem funktionalen Ansatz hat er nicht nur sichereren Boden unter den Füßen. Anders als Herr *von Campenhausen* ist er vielmehr auch für sozialen Wandel offen, denn wenn die Realanalyse ergibt, daß die verfassungsrechtlich geschützte Funktion zum Teil an Institutionen ausgewandert ist, die keine Ehen und Familien im traditionellen Sinn darstellen, dann müssen diese Institutionen ebenfalls in den grundrechtlichen Schutz einbezogen werden. Die praktische Relevanz des Unterschieds zeigt sich zum Beispiel an den Ausführungen der Referenten über die rechtliche Behandlung nichtehelicher Lebensgemeinschaften. Herr *von Campenhausen*, der Art. 6 GG als Wesensschutz betrachtet, kommt zu dem Ergebnis, daß das Wesen der Ehe von dem sozialen Wandel, den er durchaus eindrucksvoll geschildert hat, völlig unberührt geblieben ist, so daß für ihn auch keinerlei Notwendigkeit besteht, den verfassungsrechtlichen Schutz auf nichteheliche Lebensgemeinschaften zu erstrecken. Zwar ist dem Gesetzgeber nach Herrn *von Campenhausen* eine Regelung nicht verboten, aber die Verfassung verhält ihn nicht dazu. Damit nähert er sich dem frühliberalen Freiheitsverständnis wieder an, das von den tatsächlichen Voraussetzungen der Freiheit abgesehen hatte. Wer nichteheliche Lebensformen bevorzugt, tut das in Kenntnis des Risikos und verdient deswegen auch keinen Schutz. Das ist eine Grundrechtsinterpretation, die wir heute bei keinem anderen Grundrecht mehr für akzeptabel halten würden. Dagegen ist es Herrn *Steiger* aufgrund seines funktionalen Ansatzes möglich, die grundrechtliche Schutzpflicht auch dort zur Geltung zu bringen, wo die von Art. 6 GG gemeinte soziale Funktion andernorts als in der traditionellen Ehe und Familie erbracht wird, ohne daß deren Schutz deswegen zugunsten neuer Lebensformen verkürzt würde, denn Ehe und Familie genießen nach Art. 6 GG *besonderen* Schutz. Auch in den Konsequenzen erweist sich damit der *Steigersche* Ansatz als der fruchtbarere, was mich freilich nicht hindert, viele der *v. Campenhausenschen* Bemerkungen zum Renten- und Steuerrecht vorbehaltlos zu akzeptieren. Das Grundproblem des Verhältnisses von Verfassungsrecht und sozialem Wandel bleibt freilich nach beiden Referaten noch offen. Dabei geht es um die Fragen, durch welches normative Medium sozialer Wandel rechtsdogmatisch überhaupt folgenreich wird, welche Art und welcher Grad sozialen Wandels interpretatorische Reaktionen erfordert und wie man sich insoweit die Funktionsverteilung zwischen verfassungsänderndem Gesetzgeber und verfassungsanwendenden Instanzen vorzustellen hat. Hier sehe ich nach wie vor einen erheblichen Klärungsbedarf, so daß diese Frage sehr wohl noch ein weiteres Mal Gegenstand einer Tagung sein könnte.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Grimm*. — Herr *Pirson* bitte.

Pirson: Ich darf etwas sagen zu dem Prozeß der Subjektivierung, wie ihn in erster Linie Herr *Steiger* angesprochen hat im Hinblick auf dessen Bedeutung für die Verfassungsgarantie von Ehe und Familie. Es ist unbestreitbar, daß Ehe und Familie einem steten Wandel ausgesetzt sind. Die Kunst der Verfassungsauslegung ist es, die Konstante innerhalb des Wandels zu bestimmen. Unleugbar ist, daß eine Garantie zugunsten von Ehe und Familie eine Konstante bezeichnet, die gegenüber dem Wandlungsprozeß Bestand haben muß. Herr *Steiger* hat überzeugend dargelegt, daß hierfür der Rückgriff auf den Ordnungskern im Sinne des Bundesverfassungsgerichts, auf einzelne Elemente aus dem Herkommen, unbehelflich ist. Es ist auch unmöglich, ein verfassungsrechtlich gesichertes Leitbild zu ermitteln, weil ein solches irgendwie weltanschaulich geprägt sein würde. Herr *Steiger* hat auf den langanhaltenden Emanzipationsprozeß hingewiesen, der seit Beginn der Neuzeit die Vorstellungen von Ehe und Familie bestimmt. Man muß aber doch etwas näher fragen, wovon man sich emanzipiert hat. Im Verfassungsrecht hilft die Formel „Emanzipation von selbstverschuldeter Unmündigkeit“ wenig. Im Bereich des Rechts emanzipiert sich der neuzeitliche Mensch von Statusbindungen, von unverfügbaren Einordnungen in ständische Verhältnisse. Sein Verhältnis zum Staat wird unmittelbar. Statusverhältnisse sollen keine Rolle mehr spielen für die Rechtsstellung. Auch Ehe und Familie waren eingegliedert in die ständischen Ordnungssysteme, waren in gewissem Maße selbst Stand. Jener ständische Charakter von Ehe und Familie ist zweifellos weggefallen. Es stellt sich aber die entscheidende Frage: Bedeutet die Ablösung jener unverfügbaren personalen Einbindung in bestimmte Statusverhältnisse, daß auch Ehe und Familie ihre Bedeutung als unverfügbare personale Zuordnung einbüßen? Die rechtliche Bindung des einzelnen an Ehe und Familie ist eben strukturell vergleichbar mit früheren Bindungen an ständische Systeme. Bei der Beurteilung der Verfassungsgarantie angesichts des Wandels im Verständnis von Ehe und Familie geht es darum, ob jenes Element der unverfügbaren Zuordnung als Merkmal von Ehe und Familie entfallen ist. Bei der Antwort hat man zu beachten, daß es bei der Verfassungsgebung im 20. Jahrhundert nicht darum gehen kann, ideelle Leitbilder festzustellen, sondern darum, daß der Staat das Selbstverständnis hinsichtlich seiner Versorgungsaufgabe festlegt. Der Versorgungsaufgabe die ihm zugefallen ist, nachdem alle ständischen Versorgungseinrichtungen beseitigt worden sind. Wenn in dieser Situation der Verfassungsgebung ausgesprochen wird, Ehe und Familie sollen unter besonderem staatlichen Schutz stehen, dann heißt dies doch, daß die herkömmlicherweise durch Ehe und Familie vermittelte personale Zuordnung um ihrer Bedeutung für die Aufgabe des Staates als Sozialstaat willen relevant bleiben soll und gesichert werden muß. Das Entscheidende an der Verfassungsga-

rantie ist also, daß der Staat die verlässliche personale Zuordnung nicht überflüssig macht oder selbst gefährdet. Von diesem Ausgangspunkt kann man einen Ordnungskern ermitteln und damit auch die Elemente von Ehe und Familie, die von der verfassungsrechtlichen Bestandsgarantie erfaßt sind. Nur kurz einige Folgerungen für die Gesetzgebung: Natürlich kann es nicht Aufgabe des Staates sein, auf die Gesellschaft einzuwirken, damit ein Wandel in der Beurteilung von Ehe und Familie unterbleibt, damit also die Ehemoral in irgendeiner Weise gehoben wird, wie es Kaiser Augustus versucht hatte. Aber die staatliche Gesetzgebung darf nicht selbst zum Anlaß dafür werden, daß die personale Zuordnung ihre soziale Relevanz verliert. Herr von *Campenhaußen* hat auf einen Punkt hingewiesen, auf die unzweckmäßige Steuer- und Rentengesetzgebung. Es ist aber auch darauf zu verweisen, daß das Scheidungs- und Scheidungsfolgenrecht eine solche Wirkung haben kann. Ich sage nicht, daß das gegenwärtig der Fall ist. Wenn durch das Scheidungsrecht eine Situation vermittelt wird, daß Eheschließende nicht mehr die Verlässlichkeit haben, daß die Ehe eine personale Zuordnung auf Dauer ist, wenn also nicht einmal mehr die erwähnte intentionale Dauerwirkung vorhanden ist, weil die Scheidungsgründe die Kündbarkeit erlauben, dann ist jenes entscheidende Verfassungselement in Frage gestellt. Oder wenn das Scheidungsfolgenrecht eine Situation entstehen läßt, wonach für Eheschließende der Bestand der Ehe ungewiß und die Scheidungsfolgen unabsehbar sind, dann wird ein Hinderungsgrund für das Eingehen der Ehe geschaffen, der sehr viel massiver wirkt, als manche der sogenannten Heiratswegfallklauseln im Sozialrecht, die man ohne weiteres für verfassungswidrig hält.

Vorsitzender: Vielen Dank. Herr *Zacher*, wenn Sie so nett sind, mal vorzumachen, wie man das kurz und bündig macht.

Zacher: Sie treffen mich, wie immer, bei meiner größten Stärke. Ich wollte den Ansatz von Herrn *Grimm* aufgreifen und Ihre Aufmerksamkeit noch einmal auf die rhetorische Frage lenken, daß die Erträge der Diskussion vielleicht noch eine weitere Tagung vorbereiten. Ich habe den Referaten zu der methodischen Frage zunächst entnommen, daß es so etwas gibt wie *Wandelprophylaxe* oder *Wandeltherapie*. Ich würde das, was Sie alles genannt haben, um das Steuerrecht und das Sozialversicherungsrecht so zu gestalten, daß nicht jeder, der verheiratet ist und Kinder hat, der Dumme ist, und der Single oder der Kinderlose der Gescheite, als Wandelprophylaxe oder Wandeltherapie bezeichnen. Ich glaube aber, es gibt da noch etwas Zweites. Ich würde es *Interpretationshygiene* nennen. Ich meine damit, daß der Wandel nicht in der Weise von der Interpretation und von der Anwendung aufgesogen wird, daß der Kern des Grundrechts Schaden leidet. Ich

möchte dazu ein Beispiel aus einer anderen institutionellen Garantie nehmen, nämlich aus dem Eigentum. Ich halte, obwohl sie mittlerweile ganz anerkannt ist, nach wie vor die Entscheidung, daß sozialrechtliche Anwartschaften Eigentum sind, für höchst gefährlich für das Grundrecht des Eigentums. Damit wird etwas, was aus dem Allgemeinen genommen werden muß, jenem Eigentum, das ausscheidbar ist, das individualisierbar ist, gleichgestellt. Damit wird in das Eigentum ein unglaubliches Maß an Verfügbarkeit hineingebracht. Um die Relativität dieses aus dem Allgemeinen zu schöpfenden Eigentums einzubringen, wird ja immer der Vorbehalt gemacht, „Eigentum“ sei nur das Stammrecht, und alles andere dürfe der Gesetzgeber gestalten. Etwas Ähnliches haben wir auch wieder im Familienrecht – auch ein Problem der Interpretationshygiene: das Kindeswohl. Es wurde von Herrn *Oppermann* schon als Beispiel genannt. Wir haben das Elternrecht als Garantie der Autonomie der Familie. Durch die Gleichberechtigung, durch wachsende Grundrechtsmündigkeit und durch immer mehr Verwerfungen im familiären Leben wachsen aber immer weniger Kinder in der ehelich-elterlichen Familie auf. Immer mehr Intervention des Vormundschaftsgerichts, immer mehr Intervention des Jugendamtes werden notwendig. Und für diese „kranken“ Fälle, diese vom Ausgangskonzept der familiären Autonomie her unvollständigen, „gebrochenen“ Fälle, für diese Fälle, in denen eben interveniert werden muß, da kann sich die Entscheidung natürlich nur am Kindeswohl orientieren. So kommt das Bundesverfassungsgericht zu dem Schluß: Elternrecht sei an sich gleich Kindeswohl. Das halte ich für eine Sünde wider den Geist des Elternrechts. Ich meine: Wandel sollte nicht in der Weise aufgegriffen werden, daß der Kern des Grundrechts geschädigt wird.

Damit sind wir aber immer noch nicht bei dem Problem: Was passiert in den Fällen, in denen mit Interpretationshygiene, in denen mit Wandelprophylaxe und -therapie nicht zu helfen ist? Was tun wir da? Dann sind wir bei dem *methodischen Kernproblem*, von dem auch Herr *Grimm* gesprochen hat. Da kommt, wie am Beispiel von Ehe und Familie zu zeigen ist, eine *innere Spannung in das Grundrecht* hinein. Ich sehe: das Grundrecht sichert einerseits das Modell einer rechtlichen Bindung in der Ehe als Grundlage der Familie, auf der anderen Seite die Funktion der Familie. Was aber, wenn das auseinanderdriftet, wenn „familiäre Gemeinschaften“ von Menschen begründet werden, die keine rechtliche eheliche Bindung eingegangen sind und eingehen wollen? Hier schwäche ich natürlich, wenn ich auf der rechtlichen Bindung beharre und sage, alles andere vernachlässige ich, im gewissen Sinne den Schutz der Familie. Wenn ich aber die „Familie“ auch ohne die Voraussetzung der rechtlichen Ehe schütze, schädige ich nicht nur die Garantie der Ehe, sondern auch den Wert, den die recht-

lich gebundene Ehe für die Familie bedeutet. Ich habe hier ein ganz massives grundrechtsinternes Problem. Und der Aufforderung von Herrn *Kriele* folgend möchte ich bei der Nennung dieses Problems aufhören.

Vorsitzender: Herr *Roellecke*, bitte.

Roellecke: Ich möchte mich dem Dank Herrn *Oppermanns* an den Vorstand für die Wahl des Themas nachdrücklich anschließen. Mir ist kein Beispiel eingefallen, an dem man den Wandel der Verfassung deutlicher demonstrieren könnte als am Problem von Ehe und Familie. Verfassungswandel bedeutet nach dem, was ich heute morgen gelernt habe, Einsicht in die begrenzte Steuerungskraft der Verfassung. Die Entwicklung von Ehe und Familie zeigt, daß es soziale Veränderungen gibt, denen auch der verfassungstreueste Gesetzgeber ziemlich hilflos ausgeliefert ist. Herr *Steiger* hat dargelegt, daß die Entwicklung von Ehe und Familie auch durch ein Prinzip veranlaßt und mitgetragen wird, das zu den grundlegenden Prinzipien jedes modernen Rechtes gehört, nämlich durch die Orientierung des Rechtes am Individuum. Er hat das die Subjektivierung des Rechtes genannt. Diese Individualorientierung des Rechtes ist nicht gerade institutionenfreundlich. Da sie aber das Recht dominiert, ist es nicht erstaunlich, daß Gesetzgebung und Verfassungsrechtsprechung nicht besonders, sagen wir: familienfreundlich entscheiden. Nun kann man die Individualorientierung unserer Rechtsordnung nicht einfach aus dem Recht herausnehmen, man kann sie noch nicht einmal isolieren. Politik, Gesetzgebung und Dogmatik müssen damit leben. Ich meine, deshalb müßte man bei der Interpretation des Art. 6 Abs. 1 nicht bei den Institutionen ansetzen, sondern bei ganz bestimmten Individuen, nämlich bei den Kindern. Schutz und Förderung der Kinder muß der entscheidende Auslegungsgesichtspunkt sein, nicht die Persönlichkeitsentfaltung der Eltern und anderer Familienangehöriger.

Herrn *von Campenhausen* stimme ich in allen wesentlichen Punkten zu. Nur mit dem Problem der Sittlichkeit von Ehe und Familie habe ich Schwierigkeiten. Herr *von Campenhausen* hat selbst auf den kontinuierlichen Wandel der Familie hingewiesen. In der Tat muß man die heutigen Probleme auch historisch verstehen. Das kann ich nicht im einzelnen darlegen. Erlauben Sie aber einige Stichworte.

Im Ständestaat waren Ehe und Familie mit Funktionen überlastet, besonders mit politischen Funktionen. Denken Sie an das Erbfolgerecht in den Territorien oder daran, daß die Standeszugehörigkeit durch die Geburt vermittelt wurde. Die Folge war eine Veräußerlichung der Ehe. Stichwort: Mätressenwirtschaft. Nun, der mehr oder weniger laute Kampf des Bürgertums gegen die Adelsherrschaft setzte

auch hier an. Der veräußerlichten aristokratischen Ehe wurde das Ideal der individuell-personalen, ganz auf Liebe gegründeten bürgerlichen Ehe entgegengehalten. Das verschaffte dem Bürgertum einen moralischen Vorsprung, in dem es sich freilich auch verdingte, als es sich gegen den Adel durchgesetzt hatte. Die – sagen wir – viktorianische Heuchelei stammt aus dieser Quelle. Immerhin: die Heimlichkeit des Lasters ist die Anerkennung der Tugend. Nur, darin steckt auch unser heutiges Problem.

Wenn man eine funktionsüberladende Ehe moralisch mit der Begründung diskreditiert, es komme auf personale Liebe und Treue an, dann setzt man sich der Frage aus, was denn Ehe anderes ist als eine uneigentliche Veräußerung von Liebe und Treue. Genau diese Frage wird heute immer häufiger gestellt. Aus zwei Gründen ist sie schwer zu beantworten. Einmal knüpft sie an genau die Voraussetzung an, die die bürgerliche Ehe trägt. Zum anderen kann man bei dieser Voraussetzung nur äußerliche und damit entfremdende Gründe anführen, wenn man die Ehe rechtfertigen will. Das heißt, man verwickelt sich in Widersprüche, wenn man die bürgerliche Ehe verteidigt, und diese Widersprüche kann das Verfassungsrecht nicht aufheben. Auch deshalb muß man Art. 6 Abs. 1 GG dahin auslegen, daß er Ehe und Familie nicht um ihrer selbst willen, sondern um ihrer sozialen und gesellschaftlichen Funktion willen schützt. Diese Funktion müßte man näher klären. Allerdings müßte es sich um Funktionen der Institution handeln. Insofern unterscheidet sich meine Position wohl von der Herrn *Grimms*. Ich meine, beide Referenten haben zur Klärung der Funktion der Ehe Wesentliches beigetragen.

Vorsitzender: Vielen Dank. Herr *Häberle*.

Häberle: Herr Vorsitzender, verehrte Kolleginnen und Kollegen. Dichter stiften Beständigeres als Staatsrechtslehrer. Sie sehen auch weiter und tiefer. Das läßt sich auch für unser heutiges Thema „Familie“ dank zweier Klassikertexte belegen. Sie erinnern sich gewiß an unsere Freiburger Staatsrechtslehrertagung (1985). Wenn man sich dort in das Damen- bzw. Rahmenprogramm einreihete, konnte man in Murten ein Denkmal für *Jeremias Gotthelf* mit seinem berühmten Satz entdecken: „Im Hause muß man beginnen, was leuchten soll im Vaterland“. In *Adalbert Stifters* „Nachsommer“ findet sich der Satz: „Weil alles, was im Staate und in der Menschlichkeit gut ist, von der Familie kömmt“, ebenfalls eine tiefe staatsphilosophische Weisheit. Dies vorausgeschickt, möchte ich das Grundsätzliche in dreifacher Hinsicht ein wenig weiter verfolgen. Das *erste* Stichwort gilt Ihren Grundsatzfragen, Herr Vorsitzender, ich meine den Zusammenhang zwischen der Rechts- und Staatsphilosophie bzw. der Verfassungstheo-

rie einerseits und der Familientheorie bzw. dem Denken über Familie andererseits. Das *zweite* Stichwort gilt der Verarbeitung des kulturellen Wandels im Verfassungsstaat, auch den Faktoren und Äußerungsformen dieses Wandels, ich erinnere schon hier an das von *Ulrich Scheuner* für die Familie i.S. von Art. 6 GG geprägte schöne Wort von der „Mittelzone“ zwischen Stabilität und Dynamik. Das *dritte* Stichwort gilt der Familienpolitik als Grundrechts- und Bevölkerungspolitik, der Familienförderung als Staatsaufgabe bzw. „Grundrechtsaufgabe“ im Verfassungsstaat.

Zunächst zum *ersten* Punkt. Herr *Steiger* hat, wenn ich das so sagen darf, in rechtsphilosophischer Tiefendimension gedacht und z.B. *Hegel* zitiert und verarbeitet. Diesem Ansatz kann man nur zustimmen. Klassikertexte aus mehr als zwei Jahrtausenden von *Platon* über *Marx/Engels* bis zur Gegenwart lassen erkennen, daß es eine Art „kulturelle Analogie“, eine Parallelität gibt im Denken der Staatstheoretiker über den Staat und die Familie. An einem heutigen Beispiel belegt: Beide Referenten haben die Generationendimension betont, soeben hat Herr *Saladin* verfassungstheoretisch die „Verantwortung“ auch im Blick auf die späteren Generationen akzentuiert. Denkt man heute verfassungsstaatliche Verfassungen auch in der Generationenperspektive, z.B. im Sinne von Verfassung als Generationenvertrag, so hat dies seine Entsprechung im Verständnis der Familie. Ihre Prozesse der kulturellen Sozialisation sollen „Verantwortung“ einüben. Das hat Konsequenzen für das Verhältnis der drei Generationen einer „Familie“, die Großeltern können mit dazugehören. Ich stimme Herrn *Steigers* begrenzter Öffnung des Begriffs Familie i.S. des Grundgesetzes zu. Demgegenüber ist der Begriff „Ehe“ in unserem kulturellen Kontext „geschlossen“ zu halten, so verführerisch „Öffnungen“ hier sein könnten, „Familie“ ist also von der „Ehe“ begrifflich abzukoppeln. — Jetzt zum *zweiten* Punkt, zur Theorie von Stabilität und Wandel: Hier sollten wir erkennen, daß Verfassungen des Typus „Verfassungsstaat“ normalerweise in Wachstums- und Entwicklungsprozessen stehen, die etwa in Verfassungsänderungen greifbar sind, aber auch durch Gesetzgebung und gelebtes Selbstverständnis der an Familienleben Beteiligten bewirkt werden. Ich nenne einige Beispiele aus dem unerschöpflichen Fundus der Verfassungsvergleichung: So ist es 1984 im Kanton Genf zu einer Teilrevision gekommen, in der die Familie als „cellule fondamentale“ bezeichnet wird; ihre Rolle in der Gemeinschaft solle verstärkt werden. In mehreren neuen Kantonsverfassungen der 80er Jahre ist die Aufgabe der Stärkung und Förderung der Familie durch den Staat umschrieben. Herr *Oppermann* hat vorhin zu recht das jeweilige Landesverfassungsrecht im Bundesstaat stärker berücksichtigt wissen wollen. In all diesen neuen Textbildern spiegeln sich Vorgänge kulturellen Wandels, die Verfassungstexte steuern solche aber auch.

Eine Pioniertat leistet die neue Verfassung von Portugal (1976/82). Nach der portugiesischen Verfassung hat die Familie ein Recht auf die Verwirklichung aller „Bedingungen für die Persönlichkeitsentfaltung aller Familienangehörigen“. Diese Persönlichkeitsentfaltung auch, aber nicht nur der Kinder zeigt eine neue Etappe in der Textstufenentwicklung des Verfassungsstaates als Typus. Sie harmoniert mit der Subjektstellung aller Familienangehörigen, auf die beide Referenten hingewiesen haben. — Jetzt ein Wort zum *dritten* Stichwort, ich habe ja noch eine halbe Minute Redezeit. Wie begründen wir im Verfassungsstaat die Aufgabe der Familienpolitik bzw. -förderung? Große Zustimmung zu Herrn *Steigers* Einordnung der Familienförderaufgabe als „Staatsziel“ (Leitsatz 30)! Meines Erachtens ist Familienpolitik bzw. -förderung von einem *doppelten* Ansatz her zu begründen. Zum einen von Art. 6 GG als Grundrecht her: Personalität und „Persönlichkeitsentwicklung“ i.S. Portugals rechtfertigen staatliche Grundrechtspolitik wegen der durch die Familie erfüllten Funktionen für die Grundrechte der ihr angehörnden. Zum anderen sollte aber auch die Aufgabe der *Bevölkerungspolitik* enttabuisiert werden, einer der Referenten sprach von ihr. Der demokratische Verfassungsstaat hat durchaus die Kompetenz, sein sog. „Element“ Staatsvolk auch quantitativ mindestens auf dem status quo eines Kulturvolkes zu halten. Bevölkerungspolitisch legitimierte Familienpolitik erfüllt hier Weimars „Volkserhaltung ist Staatszweck“. Vielen Dank.

Vorsitzender: Herr *Scholler*, bitte.

Scholler: Meine verehrten Kolleginnen und Kollegen. Ich möchte ganz kurz sein und die fünf Minuten unterschreiten. Zunächst eine Fußnote und dann zwei Fragen. In der Fußnote möchte ich mich mit der Ätiologie beschäftigen, die Herr *von Campenhausen* dadurch zu erklären versuchte, daß er meinte, es seien wirtschaftliche oder kommerzielle Gründe, die vorwiegend junge Paare veranlassen, kinderlos zu bleiben. Das ist sicher richtig, und als Vater von drei Kindern weiß ich, was Kinder kosten. Ich glaube aber, daß man da tiefer greifen muß, und dazu dient mir ein Polizeirechtsfall aus Hamburg. Dort ging ein junger Ehemann, sicher kinderlos, mit seinem Löwen spazieren und löste eine Polizeiaktion von vierzehn Polizeidienstwagen aus. Ich glaube, ein Löwe ist teurer als ein Kind. Was veranlaßt moderne Ehepaare, sich Exoten zu halten, und keine Kinder zu haben? Sicher nicht der Wunsch nach Sparen. Man kann es vielleicht so umschreiben: Es liegt das Substitut des erziehungsbedürftigen, unbequemen Kindes durch das bequeme, weil bezähmbare, Tier vor. Frage eins zur Methode: Herr *von Campenhausen*, haben Sie nicht den Begriff der Ehe zu stark am vorverfassungsrechtlichen Gesamt-

bild oder am BGB ausgerichtet? Wenn die polygame Ehe von Ausländern geschützt sein soll, und das soll sie auch, warum nicht die „common-law-Ehe“ von Paaren, die zusammengelebt haben in den Vereinigten Staaten und die dann hier leben, und warum sollen dann Menschen, die auf Dauer zusammenleben wollen, nicht auch diesen Schutz genießen? Ich verstehe das methodisch nicht. Zweite Frage nach dem Familienbegriff. Die beiden Referenten gehen eigentlich davon aus, daß der Familienbegriff durch Richterrecht zusammengeschumpft sei auf die Kleinfamilie. Ja, warum eigentlich? Kann Richterrecht so etwas schaffen? Ich bin ganz sicher, daß bis zum Ersten Weltkrieg und darüber hinaus auf dem Lande und in den Kleinstädten immer der Begriff der drei-Generationen-Familie geherrscht hat, und auch heute noch ist dieser Begriff der drei-Generationen-Familie in vielen Kreisen anerkannt. Das heißt, daß die Großeltern und die Kinder und die Enkelkinder unter einem Dach wohnen. Dieser verfehlte Familienbegriff der Kleinfamilie hat erst nach dem Ersten Weltkrieg seine verheerende Auswirkung gehabt und zu einer völlig verfehlten Baupolitik geführt. Jetzt wirkt er zurück und die Richter tun nichts anderes als die Fehlentwicklung noch verfassungsrechtlich festzuschreiben.

Vorsitzender: Herr *Stettner* bitte.

Stettner: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren. Man kann sich der Problematik unseres Themas auf die Art und Weise nähern, daß man den sozialen Wandel bestreitet. Das ist in den Begleitaufsätzen zum Teil geschehen, und dann ist der Jurist allerdings mit seinem Latein relativ schnell am Ende, dann ist der Sozialwissenschaftler gefragt. Wir stehen auch vor der Frage, ob nicht ein Prozeß im Laufen ist, dessen Ausgang noch zu prognostizieren wäre. Ich setze aber jetzt den Fall, es hat ein sozialer Wandel stattgefunden. Dann ist allerdings die Frage zu stellen, ob die Verfassung hier zu steuern hat, oder ob sie selbst gesteuert wird, Problem des stillen Verfassungswandels. — Meine Damen und Herren, ich glaube, daß wir vor einem Problem stehen, dessen Wurzeln eigentlich wesentlich tiefer reichen und ihren Ursprung haben in der Säkularisierung der Ehe im Ausgang der französischen Revolution. Hier liegen meines Erachtens die Gründe, die die Ehe in diesen Strudel sozialer Entwicklungen gestellt haben. Mit dieser Entspiritualisierung hat sie an Überzeugungskraft verloren, wie wir das etwa auch beim Eid feststellen können, der mir als ein nichtreligiöser Eid eigentlich offengestanden ein Nullum darstellt. Ich kann nichts mit ihm anfangen. Er ist für mich allenfalls als konventionelle Handlung von Wert. Wenn ich aber diesen Ausgangspunkt setze, dann frage ich mich, ob die bürgerliche Ehe, die Zivilehe sich in ihrem sittlichen

Gehalt unterscheidet von anderen Formen des Zusammenlebens zwischen Mann und Frau, die auf lebenslange Liebe und Treue gegründet sind. Ich kann an sich keinen eigenen sittlichen Gehalt der Zivilehe entdecken. Sie scheint mir eher als Gegenform zu den spirituellen Formen der Ehe gegründet worden zu sein. Natürlich sind Kulturkampferwägungen Hintergrund, aber vor allem doch die Gedanken, die wir auch sonst für formgebundene Rechtsgeschäfte im Zivilrecht finden: Stabilisierung, Kanalisierung, Publizierung, Kontrolle natürlich auch durch den Staat, was heute auch dazu beitragen mag, manch ein Paar vom Weg zum Standesamt abzuschrecken. Dann scheint es mir aber konsequent zu sein, die Frage zu stellen, ob der Gesetzgeber, nachdem er den Schritt zur Zivilehe getan hat, nicht weitergehen muß und auch andere Formen des Zusammenlebens von Mann und Frau in sein Regelungspotential einzubeziehen hat. — Meine Damen und Herren, in Sachen Familie darf ich in diesem Saal, in dem die bayerische Verfassung beschlossen worden ist, immerhin darauf hinweisen, daß Art. 125 Abs. 1 S. 1 dieser Verfassung uns sagt, gesunde Kinder seien das köstlichste Gut eines Volkes. Es scheint, daß im Hinblick auf diese Verfassungsbestimmung auch ein Wandel stattgefunden hat, den man bedauern mag. Vielen Dank.

Vorsitzender: Herr *Saladin* bitte.

Saladin: Herr Vorsitzender, meine sehr verehrten Kolleginnen und Kollegen. Das Hauptthema des heutigen Tages heißt: Verfassungsgarantie und sozialer Wandel. Ich meine, daß Ehe und Familie sich nicht nur als soziale Einrichtungen selbst erheblich gewandelt haben, sondern auch ihr soziales Umfeld. Nun, das ist sicher keine umwerfende Feststellung. Das Merkwürdige scheint mir nur das zu sein, daß Verfassungsrechtler sie oftmals immer wieder zu wenig zur Kenntnis nehmen. Und doch stößt vielleicht keine andere Verfassungsbestimmung die „offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“ so sehr auf die Erforschung der sozialen Wandlungen *in* der geschützten Einrichtung und *um* die geschützte Einrichtung herum wie eben gerade Art. 6 Abs. 1 des Grundgesetzes. Art. 6 Abs. 1 erteilt ja dem Staat einen außerordentlich umfassenden, allgemeinen Schutzauftrag, so allgemein, daß wir in der Schweiz Sie eigentlich darum beneiden, denn der von Herrn *Thürer* erwähnte Art. 34quinquies BV geht erheblich weniger weit. Aber wenn dieser Schutzauftrag so allgemein ist, dann müßte man sich doch immer wieder neu fragen: Wo überall sind Ehe und Familie bedroht und gefährdet? Welchen Gefährdungen und Belastungen sind sie heute und voraussichtlich morgen ausgesetzt? Wo überall sollte sich der Staat schützend vor Ehe und Familie stellen? Und wie sollte er das tun?

Und damit bin ich bei These elf von Herrn von *Campenhausen* angelangt. Da heißt es: „Als wertentscheidende Grundsatznorm gebietet Art. 6 Abs. 1 den besonderen Schutz von Ehe und Familie auf allen Gebieten des Rechts.“ Völlig einverstanden. Indessen: „Ein wirksamer Schutz ist in erster Linie eine Geldfrage“, und da fangen meine Zweifel an. Ein Kollege hat in einem Pausengespräch jene Aussage auf eine etwas vielleicht böseartig zugespitzte Kurzformel gebracht: Wenn die Kasse stimmt, stimmt auch die Familie. Ich weiß schon, daß Sie es nicht so meinen, Herr von *Campenhausen*; daß das jedenfalls so nicht stimmt, und daß deswegen Ihre These doch zu kurz geraten ist, das meine ich allerdings sehr. Ich will keineswegs die finanziellen Probleme unterschätzen, aber ich meine, daß die Ehe und besonders die Familie heute anderen Gefährdungen und Belastungen ausgesetzt sind, die vielleicht ebenso gravierend sind oder noch wesentlich gravierender. Und entsprechend müßte man sich fragen, ob heute der Staat sich schützend vor Ehe und Familie nicht auch auf ganz anderen Rechtsbereichen stellen sollte – oder besser stellen sollte –, als eben nur gerade im Steuerrecht und im Sozialversicherungsrecht. Herr *Steiger* hat Hinweise gegeben, These neunundzwanzig, These fünfunddreißig, These sechsendreißig; es ließen sich weitere Hinweise beifügen, ich hätte fast gesagt: in beliebiger Zahl. Etwa: Es könnte sein, daß viele Familien heute leiden unter übermäßiger Lärmeinwirkung von außen oder von innen, weil die Isolation ihrer Wohnung gegen Lärm nicht genügt. Das könnte etwas zu tun haben mit unzureichenden baurechtlichen Vorschriften des Staates. Warum tut hier der Staat nicht mehr? Ein anderes Beispiel, aus dem Arbeitsrecht: Ich könnte mir denken, daß eine allzu großzügige Wiederzulassung von Nachtschicht- und Sonntagsschichtarbeit die Familien sehr stark belastet. Sollte hier sich der Staat nicht vermehrt schützend vor die Familie stellen? Ein drittes Beispiel, bereits von Herrn *Thürer* angesprochen, aus dem Medienrecht: Wir wissen alle, wie sehr die Familie belastet, gelähmt, bedroht ist durch Entwicklungen im Medienbereich. Der Staat tut aber, wenn ich richtig sehe, aus der Sicht des Art. 6 Abs. 1 gerade das Verkehrte: Er fördert ja ständig die Entwicklung neuer Medien. Er sperrt für sie die Tür zum Wohnzimmer ständig weiter auf.

Ich plädiere also für ein volles Ernstnehmen des allgemeinen Schutzauftrages von Art. 6 Abs. 1 und auch von Art. 34 quinquies unserer Bundesverfassung, durch Einbezug aller für Entstehung, Leben und Ende von Ehe und Familie relevanten Rechtsbereiche.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Saladin*.

Vorsitzender: Damit haben wir unsere erste Runde abgeschlossen. Ich habe die beiden Referenten gebeten, mal zwischendurch Stellung

zu nehmen. Sie verzichten aber, damit möglichst alle noch zu Worte kommen, und werden also erst am Schluß zusammenfassend sprechen.

In der zweiten Runde geht es um Art. 6, seine verschiedenen Normzwecke usw.

Zunächst Herr *Vogel*.

Vogel: Erlauben Sie mir, in drei Bemerkungen etwas näher auf den Begriff der Ehe im Sinne des Art. 6 GG einzugehen.

Zum ersten: Ihnen allen ist ja geläufig, daß das Grundgesetz in Art. 14 unter „Eigentum“ nicht oder nicht allein das Eigentum im Sinne des BGB versteht. Warum sollten wir angesichts dessen unter „Ehe“ in Art. 6 GG nur die Ehe im Sinne des BGB und der Ehegesetze verstehen? Das bedürfte doch, denke ich, der Begründung. Beim Eigentum, das wissen wir, hat der soziale Wandel schon in der Weimarer Zeit zu einer Erweiterung des verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriffes geführt. Sollte nicht etwas ähnliches auch beim verfassungsrechtlichen Ehebegriff möglich und inzwischen vielleicht notwendig sein? Ich möchte sehr deutlich betonen, daß diese Frage als Frage und nicht schon als These gemeint ist. Ich möchte mit ihr sensibilisieren – mich selbst und vielleicht auch Sie – für eine Überlegung, für die ich an Herrn *Stettner* anknüpfen kann. Beide Referenten haben, als sie über den Ehebegriff des Art. 6 GG sprachen und für eine eher enge Auslegung eintraten, dies u.a. damit begründet, daß man die Rechte, die aus einer Ehe entspringen, der nicht vor dem Standesbeamten geschlossenen Lebensgemeinschaft nicht gewähren könne und solle. Aber wie steht es, das frage ich mich, mit den *Pflichten*, die sich aus solchen Lebensgemeinschaften ergeben? Solche „nichtehelichen Lebensgemeinschaften“ werden doch heute oft relativ unüberlegt abgeschlossen. Die jungen Leute bilden sich ein, sie könnten jederzeit wieder auseinandergehen, und sie merken nicht, daß sie sich auf mehr einlassen, weil die menschliche Natur eben etwas anderes ist als ihre Theorie ihnen zugibt. Wenn solche Lebensgemeinschaften später getrennt werden, ist das sehr oft eine Scheidung, die genau die gleichen Narben hinterläßt wie die einer vor dem Standesbeamten geschlossenen Ehe. Ich frage mich: Verpflichtet Art. 6 GG nicht vielleicht dazu, auch den Erhalt solcher nicht standesamtlichen Ehe zu schützen – nicht unter dem Aspekt der Rechte, sondern unter dem heute weit weniger populären der Pflichten aus einer solchen Verbindung? Ist nicht die Auferlegung von Rechtspflichten um so mehr geboten, wenn Kinder da sind, die geschützt werden müssen? Vor allem: Dienen wir nicht dem Gedanken, daß die Ehe ein Bund auf Lebenszeit sein soll, besser, wenn wir die Möglichkeit beschränken, in Verantwortungslosigkeit auszuweichen, wenn wir sagen, da macht die Verfassung nicht mit, sie nimmt dich in Verantwortung, auch wenn du nicht vor den Standes-

beamten gehst? Herr *Scholler* hat so etwas ähnliches angedeutet in seiner Verweisung auf die Common-law-Ehe, die es in manchen Gebieten noch gibt, eine durch schlichten Vertrag geschlossene Ehe, nicht vor einem Beamten oder Priester, wie ja auch bei uns ursprünglich die Ehe ein Konsensualvertrag war, der von der Kirche nur eingegsegnet wurde. Wir erkennen auch heute noch die Common-law-Ehe an und schützen sie, wenn die Beteiligten sie im Ausland geschlossen haben (d.h. unter der Geltung eines ausländischen Ehestatuts) und später zu uns gekommen sind. Was eigentlich zwingt uns, bei Verbindungen, die nach deutschem Recht geschlossen sind, sollten wir sie als schützenswert betrachten, auf die Beurkundung durch den Standesbeamten abzustellen?

Damit bin ich schon ein Stück bei meiner zweiten Bemerkung: Wir müssen bei der Auslegung des Ehebegriffes auch daran denken, daß Art. 6 GG es mit Menschen zu tun haben kann, die ihre Ehe unter anderen Rechtsordnungen geschlossen haben. Im Ausland gibt es nun einmal Ehen, die ganz anders geschlossen werden als bei uns – kirchliche Ehen, staatlich beurkundete Ehen, Ehen, die durch einfachen Vertrag abgeschlossen werden usw. Ferner gibt es die verschiedensten Formen der Dauerhaftigkeit der Ehe, teils etwa unauflösliche Ehen, wie nach katholischem Kirchenrecht, andererseits Ehen, die jederzeit durch einseitige Erklärung des Mannes aufgelöst werden können, wie beispielsweise nach dem Koran. Angesichts dessen können wir der Frage nicht ausweichen, ob Art. 6 GG auch solche Ehen schützt und unter welchen Voraussetzungen. Ein britischer Richter hatte unlängst zu entscheiden, ob ein Pakistani in England den steuerlichen Abzugsbetrag für die Ehefrau auch für seine zweite Ehefrau verlangen könne. Ähnliche Fragen stellen sich bei uns schon jetzt beim Familiennachzug. Schützen wir also auch die polygame Ehe einschließlich der fünften, sechsten und siebenten Ehe? Oder gehen wir von unserem eigenen kulturellen Ehebild aus, das nur die Einehe kennt – ja, aber wen schützen wir dann: die erste Frau, die jüngste, die Lieblingsfrau, wen sonst? Hier gibt es Fragen des Ehebegriffs, bei denen wir nicht einfach auf das verweisen können, was in unserem eigenen Kulturkreis gilt. Und im übrigen: die Zivilehe ist auch bei uns noch sehr jung, etwas mehr als hundert Jahre alt; das zwingt uns nachzudenken, ob Ehe im Sinne des Grundgesetzes nun wirklich nur die Zivilehe ist oder worin sie sonst besteht.

Bei meinem dritten Punkt möchte ich mich sehr kurz fassen: Ich stimme Herrn *von Campenhausen* voll in dem zu, was er zur verfassungswidrigen Benachteiligung der Familien durch unser geltendes Steuerrecht gesagt hat. Nur auf eines möchte ich noch einmal nachdrücklich hinweisen: Wir sollten in unserem Sprachgebrauch darauf achten, immer wieder unmißverständlich zwischen Schutz und För-

derung der Familie zu unterscheiden. Herr *Steiger* hat das getan, wohl auch Herr *von Campenhausen*; ich möchte hier niemanden korrigieren. Es ist mir nur wichtig, diesen Unterschied ganz klar hervorzuheben. Alles, was die Referenten zu Recht beanstandet haben, ist der fehlende Schutz, ist die steuerliche Benachteiligung der Familie. Erst wenn alle derartigen Benachteiligungen beseitigt sind, dann mögen wir uns darüber unterhalten, welche Förderung der Familie darüber hinaus vielleicht noch erforderlich ist. Mir ist das deswegen so wichtig, weil die Politiker diese beiden Aspekte ständig durcheinanderwerfen. Ich nehme an, daß sie das mit Absicht tun, denn Politiker sind befähigt, den Unterschied zu verstehen. Wenn sie dennoch diese Aspekte durcheinanderwerfen, dann sollten wir doppelt Wert darauf legen, sie klar auseinanderzuhalten.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Vogel*. Herr *Böckenförde*, bitte.

Böckenförde: Ich habe an beide Referenten eine Frage, und zwar zum Begriff der Familie in Art. 6 Abs. 1 GG. Herr *v. Campenhausen*, Sie haben von dem verfassungsrechtlichen Leitbild der Familie als der „auf Ehe gegründeten Gemeinschaft von Eltern und Kindern“ gesprochen. Gehört dieser Bezug zur Ehe nur zum Leitbild der Familie oder auch zum Begriff der Familie? Die Ausscheidung der nichtehelichen Lebensgemeinschaften mit Kindern vom Familienbegriff – wenn ich Sie recht verstanden habe, haben Sie die vorgenommen – würde für die Zugehörigkeit zum Begriff der Familie sprechen, die Einbeziehung der nichtehelichen Mutter mit Kind in den Familienbegriff eher dagegen. Herr *Steiger* hat ausdrücklich die nichtehelichen Lebensgemeinschaften mit Kindern in den Familienbegriff i.S. des Art. 6 einbezogen. Er hat damit die Familie begrifflich von dem Rechtszusammenhang mit der Ehe getrennt. Beide stehen jetzt innerhalb des Art. 6 nebeneinander. Sie können miteinander verbunden sein, stehen aber nicht in einer notwendigen Verbundenheit miteinander.

Meine Frage an beide Referenten geht dahin, worauf sie ihre unterschiedliche Interpretation des Familienbegriffs gründen. Stützen sie sich dafür auf eine allgemeine Anerkennung, einen Konsens, den der eine für noch gegeben, der andere nicht mehr für gegeben hält? Stützen Sie sich, Herr *v. Campenhausen*, auf eine feste Vorgegebenheit, die von Anerkennung und Konsens unabhängig ist, und wenn ja, woraus ergibt sich diese Vorgegebenheit? Kann man, und wenn ja, aus welchen Gründen den Familienbegriff in Art. 6 i.S. eines Wesensbegriffs verstehen, der die Beziehung zur Ehe als Rechtsform notwendig in sich trägt? Oder, Herr *Steiger*, wird die Interpretation von der Funktion der Familie her gewonnen, als welche das tatsächliche Zusammenleben und die Erziehungs- und Sozialisationsleistung gesehen wird?

Und, woher nehmen Sie dann die Gewißheit, daß Art. 6 Abs. 1 GG den Familienbegriff lediglich als Funktionsbegriff sieht, von Rechtsform und institutioneller Verfestigung gelöst?

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Böckenförde*. Herr *Lange*, bitte.

Lange: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren! Ich möchte eine Bemerkung zum Familienbegriff des Art. 6 anschließen. Beide Referenten haben nach meinem Eindruck gerade bezüglich des Familienbegriffs maßgeblich auf die Funktion des Art. 6 Abs. 1 abgestellt. Herr *Steiger* hat dies getan, indem er auf die personale Sozialisation hingewiesen hat. Ich glaube, daß die Funktion der Familie eigentlich noch klarer mit seinem Hinweis auf die Erfahrung und Bewältigung humaner Grundsituationen erklärt wird, die nicht nur ein soziales, sondern auch ein ganz individuell personales Problem ist. Herr *von Campenhausen* hat in diesem Zusammenhang, wenn ich es recht verstanden habe, auf die Funktion der Aufziehung der nächsten Generation und die kulturelle Einübung Bezug genommen. Mir scheint in der Tat auch bei der Interpretation des Familienbegriffs des Art. 6 Abs. 1 GG keine andere Möglichkeit zu bestehen, als auf die Funktion abzustellen, da der Wortlaut der Norm wenig hergibt, die Koppelung mit der Ehe – wie Herr *Böckenförde* eben gesagt hat – nicht eindeutig und die historische Interpretation nicht zwingend ist; die Verfassungseltern müssen sich gefallen lassen, daß ihr Kind sich von ihnen emanzipiert.

Wenn man aber auf die Funktion abstellt, dann beginnen m.E. erst die Probleme. Einmal scheint mir insofern die Lösung von Herrn *Steiger* überzeugender zu sein, wenn er sich für eine über die Kleinfamilie hinausgehende Interpretation des Familienbegriffs ausspricht. Die Funktionen der Familie können durchaus unter Einbeziehung der Großeltern, etwa gerade wenn diese im elterlichen Haushalt mitleben, erfüllt werden. Die Großeltern können beteiligt sein an der personalen Sozialisation, der Aufziehung der Enkelkindergeneration. Und sie können selbst auch der Hilfe ihrer Kinder, vielleicht auch der Enkel, bedürfen bei der Bewältigung der eigenen humanen Grundsituation. Insofern finde ich die Bezugnahme allein auf das Kindeswohl etwas einseitig. Auch die Eltern und gerade die vorangegangene Elterngeneration bedürfen des Rückhaltes in der Familie. Von daher liegt es nicht so sehr fern, sie einzubeziehen in den Familienbegriff; das hat ja auch historische Wurzeln.

Die Funktion der Familie dürfte auf der anderen Seite das Einfallstor gerade für die Berücksichtigung des sozialen Wandels sein. Hierzu haben die Referenten ja auch Stellung bezogen, insofern als – wenn ich es recht verstanden habe – Herr *Steiger* darauf hingewie-

sen hat, daß auch die nichteheliche Lebensgemeinschaft mit Kindern die Funktion, die die Familie hat, erfüllen kann, und Herr *von Campenhausen* gesagt hat, er habe Bedenken, daß die Funktion der auf einer Ehe basierenden Familie in gleicher Weise von einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft erfüllt werden könne. Hier stellt sich natürlich das Problem, wie der soziale Wandel und wie die Übernahme von Funktionen durch neue Träger, etwa durch die nichteheliche Lebensgemeinschaft gegenüber der traditionellen Familie, ermittelt werden kann. Die Referenten haben sich, und das ist wahrscheinlich in Anbetracht des Materials auch kaum anders möglich, darauf beschränkt zu sagen, die Gesellschaftswissenschaften gäben insofern keinen überzeugenden Hinweis auf eine Gleichwertigkeit in funktionaler Hinsicht. Herr *Steiger* hat gesagt, es ließe sich gesellschaftswissenschaftlich nicht eindeutig belegen, daß nichteheliche Lebensgemeinschaft und Ehe dieselben Funktionen hätten; aber hinsichtlich der Familie steht er — wenn ich das recht sehe — der Annahme einer funktionalen Äquivalenz aufgeschlossen gegenüber. Die Frage wäre, ob man nicht möglicherweise Ungewißheiten darüber, ob der soziale Wandel zu einer Funktionsübernahme durch andere Träger, zu einer Funktionsmitübernahme, geführt hat, gerade bei der Interpretation des Art. 6 Abs. 1 großzügig berücksichtigen müßte. Der Umstand, daß es in Art. 6 Abs. 1 um eine Schutzpflicht des Staates geht, könnte gerade für ein extensives Verständnis dieser Norm sprechen. Auch insofern scheint mir ein weiter Familienbegriff, wie Herr *Steiger* ihn befürwortet hat, naheliegend zu sein.

Es wäre ja auch im Vergleich mit unserer sonstigen Grundrechtsinterpretation eigenartig, einen relativ engen Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 anzunehmen. Sonst gehen wir bei den Freiheitsgrundrechten doch von einem relativ weiten Verständnis der Grundrechte aus und modifizieren dann in diesem Rahmen je nach den Bedürfnissen. Es könnte auch im Hinblick auf den Schutz der Familie durchaus sinnvoll sein, daß man innerhalb eines weitgefaßten Familienbegriffs differenziert, je nach den Modalitäten, die sich etwa daraus ergeben, ob die Familienmitglieder zusammenleben oder nicht. Wie die Gemeinschaft der Familie eigentlich wirklich aussieht, ist ja ein wichtiges Problem, über das sicherlich noch mehr zu sagen wäre. Jedenfalls scheint mir der durch Art. 6 Abs. 1 GG gebotene Schutz der Familie nicht als Schutz gegen neue Lebensformen zumindest familienähnlicher Art verstanden werden zu können. Vielen Dank.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Lange*. Frau Kollegin *Staff*, bitte.

Staff: Ich möchte meinen Beitrag mit einer Anekdote beginnen, der m.E. eine gewisse Aussagekraft für unser Thema zukommt: Die

Ehefrau eines hohen geistlichen Würdenträgers in England beteiligte sich an einer Diskussion über das Scheidungsrecht; sie verteidigte mit Nachdruck das Prinzip der Unauflösbarkeit der Ehe. Gefragt, ob sie selbst in ihrer Ehe niemals an Scheidung gedacht habe, antwortete sie: „In den 40 Jahren meiner Ehe an Scheidung nie, an Mord oft“.

Mir fiel diese Anekdote ein, weil – insbesondere im Referat von Herrn *von Campenhausen* – Ehe und Familie ein deutlicher Vorrang vor anderen Grundrechten zugewillt worden ist. Ausgangspunkt war explizit das sog. Wesen der Ehe und zwar das der bürgerlichen Ehe mit sittlich begründeten Verpflichtungen der Ehepartner. Hätte die Realität der bürgerlichen Ehe diesem Anspruch entsprochen, so wäre unsere Belletristik um vieles ärmer, was bedauerlich wäre. Um nicht in den Ruch mangelnder Moral zu kommen, möchte ich betonen, daß ich durchaus für verlässliche und beständige Partnerbeziehungen bin, wie wahrscheinlich jeder Einzelne von Ihnen auch. Recht dient jedoch primär nicht funktionierenden sozialen Beziehungen, sondern es dient den Konfliktfällen. M.E. ist es Aufgabe des demokratischen Gesetzgebers, wie bei allen anderen Grundrechten auch, die Grenzen des – in der bisherigen Diskussion als der „Natur der Sache“ nach vorgegeben angenommenen – Kernbestandes des Schutzbereichs von Ehe und Familie zu bestimmen. Es scheint mir bezeichnend zu sein, daß in den Referaten und in der Diskussion bisher ausschließlich Art. 6 GG thematisiert worden ist und daß die Frage des doch wohl sonst allgemein anerkannten Grundsatzes der Herstellung praktischer Konkordanz zwischen den einzelnen Grundrechten nicht aufgeworfen wurde. Wie steht es beispielsweise mit dem Persönlichkeitsrecht, dem Recht der freien Entfaltung der Person und dem Kindeswohl, das ja nicht bereits ohne weiteres durch den Schutz von Ehe und Familie garantiert ist? Sprechen Sie einmal mit Sozialarbeitern oder Ärzten, ob das Kindeswohl und die Persönlichkeitsrechte der Ehepartner nicht manchmal durch Scheidung einer Ehe besser gewahrt werden als durch Aufrechterhaltung einer brüchig gewordenen Ehe. Insofern sollte m.E. nicht mit der Absolutheit, wie es hier geschieht, dem Schutzbereich von Art. 6 GG ein Vorrang eingeräumt werden, der Schutz von Ehe und Familie sollte funktionaler vorgenommen werden.

Beim Referat von Herrn *von Campenhausen* ist mir ferner aufgefallen, daß die Kinderwilligkeit von Ehepartnern positiv vorausgesetzt wurde; es wurde ausdrücklich gesagt, es sei im Hinblick auf Art. 6 GG mißlich, daß der Gesetzgeber Ehen mit Kindern nicht weit mehr honoriere. Bei einer solchen Betrachtungsweise, die Kinderlose gleichsam durch den Gesetzgeber bestraft sehen will, scheint mir die Überlegung in den Hintergrund gedrängt zu sein, weshalb junge Menschen nicht ohne weiteres kinderwillig sind. Es ist m.E. falsch, vornehmlich

wirtschaftliche Gründe, also eine gewisse Egozentrik, für den Verzicht auf Kinder verantwortlich zu machen; es geht vielmehr darum, daß viele einfach Angst haben, Kinder in eine derart elementar bedrohte Welt zu setzen. Dieses Faktum führt mich zu einem weiteren Kritikpunkt: Herr *von Campenhausen* hat in seinem Referat die These aufgestellt, die Benachteiligung von Eltern mit Kindern beruhe weitaus darauf, daß im demokratischen Prozeß und zwar sowohl bei Wählern wie bei Abgeordneten die Kinderlosen, die Singles, inzwischen die dominierende Rolle spielten. Ich kann dieses Argument nicht akzeptieren; auch Kinderlose überlegen, welche Gesellschaft, welche Zukunft sie sich für die Menschen wünschen. Man macht es sich zu einfach, mit dem Grobraster „kinderwillig“ zu arbeiten; andere Momente spielen eine Rolle: die Umweltbelastung, die atomare Gefahr, die Aufrüstung. Es sind dies die Faktoren, die heute in weitem Umfang die Entscheidung für die Ausgestaltung der privaten Sphäre, also von Ehe und Familie, bestimmen; das bedeutet, daß der Schutz des Grundrechtsbereichs von Art. 6 GG sehr viel mehr von gesamtpolitischen Entwicklungen abhängig ist als es bisher in unserer Diskussion akzentuiert worden ist.

Vorsitzender: Vielen Dank, Frau Kollegin *Staff*. Herr *Ebsen*, bitte.

Ebsen: Zunächst: Wenn man ökonomisches Kalkül zugrundelegt, liegt es gerade auch im Interesse der Kinderlosen, daß andere entsprechend mehr Kinder haben, damit der Generationsvertrag erfüllt werden kann. Insofern ist es auch ihr Interesse, daß entsprechende Anreize dafür geschaffen werden.

Aber ich habe mich gemeldet, um ein Wort zum Familienbegriff zu sagen. Auch wenn die historische Auslegung nicht das letztverbindliche Kriterium ist, so ist sie doch nicht irrelevant. Und der Blick in die Materialien des Grundgesetzes zeigt, daß wir zur Frage eines weiten oder engen Familienbegriffs einen etwaigen sozialen Wandel nach 1949 nicht zu bemühen brauchen. Denn der Gedanke, neue Formen der Lebensgemeinschaft in den Familienbegriff zu integrieren, wurde bereits im Parlamentarischen Rat geäußert. Im Hauptausschuß des Parlamentarischen Rates wurde kontrovers um einen Formulierungsvorschlag diskutiert, der eindeutig den engen Familienbegriff normierte. Er lautete: „Die Ehe als rechtmäßige Form der fortdauernden Lebensgemeinschaft von Mann und Frau und die mit ihr gegebene Familie sowie die aus der Ehe und der Zugehörigkeit der Familie erwachsenden Rechte und Pflichten stehen unter dem besonderen Schutz der Verfassung.“ Diesem Vorschlag wurde eine offenere Alternative entgegengesetzt („Ehe, Familie und Kind genießen den besonderen Schutz der Verfassung“), die damit begründet wurde, daß der Frauen-

überschuß in den Altersgruppen von 22–45 Jahren zu neuen Formen der Lebensgemeinschaft führen müsse. Nach zunächst kontroversen Abstimmungen haben wir dann die jedenfalls textlich offene Fassung des Art. 6 Abs. 1 GG erhalten. Ich meine, daß dieser Zusammenhang bei der Frage nach dem dieser Vorschrift zugrundeliegenden Familienbegriff zu berücksichtigen ist.

Noch ein Wort zur durch Art. 6 Abs. 1 GG normierten Rechtsfolge. Was heißt „Schutz“? In der Praxis ist die Konkretisierung dieses „Schutzes“ die Bevorzugung bestimmter Lebenssituationen und die korrespondierende Benachteiligung anderer. Dieses ist jeweils rechtfertigungsbedürftig. Und die konkreten Kriterien, so meine ich, müssen von ähnlicher Struktur sein wie das Willkürverbot des Art. 3 Abs. 1 GG. Gerade das österreichische Beispiel zeigt, daß man durch die Anwendung des Gleichheitssatzes funktionell etwas durchaus ähnliches erreichen kann wie wir mit dem Schutz von Ehe und Familie. Die Kriterien sind allerdings nicht frei zu bilden, sondern ihrerseits zu rechtfertigen aus Sinn und Zweck des Art. 6 Abs. 1 GG. Diesbezüglich haben wir nun – darin stimmten m.E. auch die Referate überein – zwei klar zu trennende Schutzzwecke, nämlich zum einen eine Konkretisierung von Menschenwürde und Freiheit: die Gewährleistung der Freiheit zu einer selbstverantworteten und selbstgestalteten intimen Lebensgemeinschaft, und zum anderen die soziale Funktion der Familie, die Familie als Institution der Erzeugung und Sozialisation der nächsten Generation. Diese klare Trennbarkeit der Schutzzwecke bedeutet, daß wir jeweilige unterschiedliche Behandlungen von Lebenssituationen, die wir aus Art. 6 Abs. 1 GG rechtfertigen, konkret auf eine dieser beiden Schutzdimensionen zu beziehen haben. Hierfür ein Beispiel: Für die finanziellen – etwa steuerrechtlichen – Aspekte, die wohl nur mit der Sozialfunktion der Familie begründet werden können, bedeutet dies, daß ein solcher Begründungszusammenhang auch tatsächlich herzustellen ist. Dies ließe sich etwa kritisch hinterfragen beim Ehegattensplitting für Eheleute ohne Kinder.

Vorsitzender: Vielen Dank. Bitte sehr, Herr *Partsch*.

Partsch: Herr Vorsitzender, ich muß Ihnen gestehen, daß es mich etwas beschäftigt, wie man auf der einen Seite den Ehebegriff so streng fassen will und auf der anderen Seite bereit ist, beim Familienbegriff so weite Konzessionen zu machen. Das ist doch ein eigenartiger Verfassungsgesetzgeber, der da zwei Sachen zusammengepannt hat, die nach den Ergebnissen beider Referate ganz unterschiedliche Inhalte haben. Man hat gesprochen vom Wesen der Ehe und ich bin Herrn *Vogel* sehr dankbar, daß er dieses Schreckgespenst eines „Wesens“ entwest hat.

Woher kommt denn unsere Ehe? – Unsere Konsensehe kommt aus dem Konkubinat. Das hat *Herbert Meyer* in dem schönen Aufsatz „Friedelehe und Mutterrecht“ vor Jahren nachgewiesen. Eine Friedel ist eine Kebe oder Mätresse; die Friedelehe löste die Muntehe ab, die nur noch unter Fürstenhäusern beibehalten wurde und viele ihrer Mitglieder haben unter dieser Eheform gelitten. Ganz gleich, ob wir beide Begriffe von Ehe und Familie aufzuweichen oder bei beiden fest zu bleiben bereit sind – jedenfalls können wir nicht unterschiedlich vorgehen.

Vorsitzender: Vielen Dank. Herr *Schmidt-Jortzig*, bitte.

Schmidt-Jortzig: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren Kollegen! Ich möchte ganz methodisch werden und mich der objektiv-strukturellen Seite der Medaille zuwenden, die subjektiv-grundrechtlichen Aspekte bleiben ausgeklammert. Mir geht es darum, einige Möglichkeiten und Probleme der diesbezüglichen Garantierung stärker herauszuarbeiten.

Zwei Bemerkungen habe ich dazu zu machen. Die erste ist eher deklaratorisch. Wenn es bei jener objektiven Seite von Art. 6 Abs. 1 GG, die wir mit Einrichtungsgarantie (bzw. hier: Institutsgarantie) bezeichnen, darum gehen soll, einen bestimmten Sachverhalt wegen seiner spezifisch ordnungsgestaltenden Wirkung besonders zu sichern, dann ist für diesen Schutz und die Eigenarten gerade institutioneller Gewährleistung wichtig, was denn die strukturbildende Substanz der zu schützenden Einrichtung ausmacht. Ich will hier nicht von „Wesensgehalt“ sprechen, wohl aber von „Kernbereich“. Wenn es auf diesen Kernbereich entscheidend ankommt, dann sollten wir – und jetzt entschuldigen Sie bitte, daß ich für diesen banalen Satz so viele Worte mache – uns dringend angewöhnen, nicht mehr von *der* Institutsgarantie in Art. 6 Abs. 1, von *der* Institutsgarantie von Ehe und Familie zu sprechen, sondern von den Institutsgarantien einmal der Ehe und zweitens der Familie. Beides sind zwei eigenständige Teilbereiche: nicht nur abgrenzbare Aspekte einundderselben Erscheinung, sondern völlig unterschiedlich in ihrer ordnungsgestaltenden Substanz, in ihrer Sozialfunktion, in ihrer rechtlichen Struktur. Also bitte nicht: „*Die* Institutsgarantie von Ehe und Familie“, sondern: „*Die* Institutsgarantie der Ehe“ einerseits und „*die* Institutsgarantie der Familie“ andererseits.

Zweite Bemerkung: Unser Thema ist das scheinbare Aporem von Verfassungsfestschreibung und sozialem Wandel. Mir scheint, gerade die Figur der Einrichtungsgarantien ist der Versuch einer Antwort auf das Dilemma zwischen normativem Festhalteanspruch einerseits und geschichtlich-sozialer Bewegung der Sachverhalte, die da im Griff ge-

halten werden sollen, andererseits. Und der dogmatische Aufbau der Figur stellt sich bekanntlich so dar, daß man ihren Kernbereich für unabänderlich erklärt, in den Randbereichen aber Veränderungsinitiativen des einfachen Gesetzgebers zuläßt. Für mich spitzt sich deshalb – wenn ich einmal die Schwierigkeit beiseite lasse, den Kernbereich gegenständlich-inhaltlich zu bestimmen, worum wir ja bisher gerungen haben – das Problem auf die Frage zu: Wie läßt es sich schaffen, solche einzelnen Veränderungsinitiativen schutzentsprechend zu beurteilen, die zwar für sich gesehen zulässigerweise im Randbereich bleiben, aber nun häufiger werden, prozeßhaft auftreten, möglicherweise relativ schnell hintereinander, so daß der letzte Teilschritt durchaus noch im Gedächtnis haftet. Wie also kann eine Vielzahl, eine ganze Kette von an sich zulässigen Einzelschritten im Hinblick auf ihre Gesamtwirkung für den Kernbereich gebändigt werden? Die Aushöhlungsprozesse, die beide Referenten heute morgen beschrieben haben, waren doch deutlich nicht das Werk einer einzelnen Veränderung, eines einzelnen gesetzgeberischen Schrittes, sondern das Ergebnis einer Kombination vieler einzelner Schritte. Regelungen, Initiativen, Unterlassungen. Ich glaube, für die Methodik der Einrichtungsgarantien geht es darum, bei der Überprüfung eines Einzelschrittes auch seinen inhaltlich-zielhaften Kontext, bildlich: die Kette zu dem einen Glied, mit in den Blick zu nehmen. Jedenfalls würde ich – bei aller Abstraktheit solcher Überlegungen – dafür plädieren, daß man bei der konkreten Untersuchung einer Kernbereichsberührung immer schon die Etappen in die Abwägung einbeziehen sollte, die in einer überschaubaren Vergangenheit vor dem Einzelakt zurückliegen und möglicherweise sogar ein strategischer Teil des jetzigen Vorgehens gewesen sein mögen, sowie diejenigen, die sich vielleicht als nächster, übernächster Schritt des Gesetzgebers bereits abzeichnen. Wenn wir die Figur der Einrichtungsgarantien nicht als wirksame Schutzkategorie verabschieden wollen, müssen wir an dieser Stelle die Effektivität ihrer Sicherung beweisen. Es gilt einen Weg zu finden, Institutionen auch gegen Einwirkungsketten, ganze Aushöhlungsprozesse zu schützen. An dieser Aufgabe fehlt noch die methodologische Detailarbeit, und da wäre ich für Ergänzungen dankbar.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Schmidt-Jortzig*. Es kommt jetzt Herr *Hoffmann-Riem*.

Hoffmann-Riem: Meine Damen und Herren, wir haben heute eindrucksvolle Beiträge zu der Frage der Verarbeitung schon geschehenen sozialen Wandels gehört. Ich möchte zwei zusätzliche Akzente setzen. Zum einen würde ich gern das Augenmerk auf noch bevorstehenden sozialen Wandel richten. Zum zweiten scheint es mir wichtig zu sein,

den sozialen Wandel nicht nur in den Kategorien der Änderung der sozialen, ökonomischen und kulturellen Realität zu begreifen. Statt dessen möchte ich über bevorstehende Änderungen der naturwissenschaftlichen, medizinischen Realität sprechen, und zwar nicht programmatisch, sondern an einem Beispiel. Mein Beispiel gilt der biologisch-genetischen und der psychologisch-emotionalen Realität, und zwar vor dem Hintergrund der Verfügbarkeit medizinischer Reproduktionstechniken. Welche Bedeutung haben diese Techniken für die Behandlung des Themas „Familie“?

Angesichts der Verfügbarkeit dieser Technik und damit der Machbarkeit der Menschwerdung ist es nicht hinreichend, über Familie oder Familiengründung allein unter dem Aspekt der subjektiven Entfaltung der Eltern zu sprechen. Kindsein darf nicht nur als Elternbedürfnis definiert werden. Der Blick auf die personale Entfaltung scheint mir zwar weiterhin wichtig zu sein, aber ohne Erweiterung auf das noch nicht geborene, noch nicht „gemachte“, aber „machbare“ Kind zu kurz zu greifen. Angesichts der Reproduktionstechniken geht es um die Frage, ob es auch einen Schutz vor der Indienstnahme eines noch nicht Gezeugten bzw. noch nicht Geborenen durch die Medizin, aber auch durch solche Personen gibt, die gerne Eltern werden möchten, aber sonst nicht können. Dieses Problem läßt sich kaum über Art. 2 und 1 GG als Schutz eines schon vorhandenen Rechtsgutträgers bewältigen, aber vielleicht in der Zukunftsdimension durch die Einordnung des (auch) mechanisch-technologisch „produzierbaren“ Kindes in den Schutzverband Familie und damit durch Aktivierung staatlicher Schutzpflichten.

Herr *Steiger* hat heute davon gesprochen, daß die Familie ein Ort der personalen Sozialisation durch die Erfahrung humaner Grundsituationen sei. Meine Frage lautet: Ist auch hinreichend gesichert, daß es für solche Kinder die Möglichkeit zur Erfahrung humaner Grundsituationen geben wird? Wie steht es um die realen Entfaltungschancen derjenigen, die nicht nur biologisch, sondern mechanisch-technologisch produziert worden sind? Wie wird ihre Entfaltung in der Familie, im Verhältnis zu Freunden, bei der späteren Gründung einer eigenen Familie belastet sein? Entsteht für sie eventuell ein lebenslanges Stigma ihrer Menschwerdung? Ist es eventuell eine lebenslange schwer überwindbare Kränkung, auf diese Weise und nicht natürlich in die Welt gekommen zu sein? Hat ein jeder Mensch nicht ein anerkennenswertes Bedürfnis nach „normalen“ und „bekannten“ Eltern? Befragt man hierzu andere Disziplinen als die heute bisher meist angesprochenen, also etwa die Psychoanalyse, aber auch neuere Forschungsansätze der Familiensoziologie, dann stößt man auf bisher ungeahnte Probleme und kommt zu einer sehr skeptischen Prognose. Dürfen wir dies einfach übergehen, weil es noch nicht experimentell

erprobt ist? Frage: Wie reagiert die Verfassung, wie reagiert die Verfassungspolitik, wie reagieren die Staatsrechtslehrer auf eine solche Entwicklung?

Was bewirkt dieses Problem eigentlich für die „Familie“? Familie, haben wir gehört, heißt: Eltern plus Kind. Wenn man nicht nur vom Wandel fasziniert ist, sondern auch von gewissen anthropologischen Kontinuitäten ausgeht, dann stößt man auf die Einsicht, daß zu dem Eltern-Kind-Verhältnis die Einheit der genetischen, der biologischen und der sozialen Elternschaft gehört, d.h. die Einheit von Abstammung, Zeugung, Austragung, Geburt und Erziehung. Diese Einheit, die schon bisher bei Schicksalsschlägen nicht immer durchhaltbar war, bricht bei Einsatz der Reproduktionstechniken künstlich und grundsätzlich auseinander, und zwar auch an Stellen, die bisher bruch sicher waren. Wenn diese Technologien eingesetzt werden, entsteht eine künstlich fragmentierte Elternschaft. Was macht die Rechtsordnung, was macht die Gesellschaft mit einer solchen Fragmentierung? Sicher könnten wir uns darauf beschränken, die für Doktoranden, Anwälte und Tagungen sehr spannenden Rechtsfolgen zu bearbeiten, z.B., ob die Leihmutter irgendwie in den Familienbegriff zu integrieren ist, wie der Samenspender einzuordnen ist u.a. Das scheinen mir aber inadäquate Reaktionen auf das Problem zu sein. Ich meine, man muß auch im Vorwege darüber nachdenken, ob diese Situation so überhaupt entstehen darf. An diesem Punkt ist es unverzichtbar, über den rechtlichen Schutz der subjektiven Entfaltung der schon lebenden Beteiligten hinaus die verfassungsrechtliche Schutzverantwortung des Staates für das noch nicht geborene und das noch nicht gezeugte Kind zu betonen. Eine Schutzverantwortung vor dem Hintergrund des Art. 6 GG bedeutet auch, daß man der Faszination des technisch Machbaren nicht erliegt, daß man die Bedürfnisse des Kindes an einer möglichst normalen emotionalen und psychischen Entfaltung ernst nimmt und sehr gewichtig abwägt gegen die Entfaltungsinteressen derjenigen, die schon da sind und ihre subjektive Entfaltungsmacht mit Hilfe eines Arztes und des Geldbeutels oder der Krankenkasse umsetzen können. Mit anderen Worten: Es geht um Entfaltungsvorsorge, z.B. um Vorsorge dafür, daß der noch nicht Gezeugte bzw. noch nicht Geborene eine natürliche, aufklärbare biographische Geschichte ohne Tabus hat, ohne die Notwendigkeit, seinen Entstehungsakt vor anderen rechtfertigen zu müssen, wegen der Andersartigkeit aber gar nicht befriedigend rechtfertigen zu können. Hier wird wichtig, daß die allgemein für Art. 6 GG – übrigens auch Art. 1 GG – anerkannte Schutzverantwortung des Staates mit Rücksicht auf die spätere Entfaltung – z.B. in der Familie und im sozialen Leben – früher beginnt als mit dem formellen Eintritt in die Familie. Zu aktualisieren ist der Schutz vor egoistischer Indienstnahme des eigenen Lebens durch Drit-

te. Die rechtliche Problematik des Kindeswohls beginnt nicht erst mit der Geburt.

Allgemein formuliert: Wer sich mit dem Verhältnis von Verfassungsrecht und sozialem Wandel beschäftigt, der muß auch das Element der Zukunftsvorsorge einbeziehen, der Vorsorge für den noch nicht erfolgten, aber technisch möglichen sozialen Wandel. — Vielen Dank.

Vorsitzender: Herr *Soell*, bitte.

Soell: Herr Vorsitzender, meine sehr verehrten Kolleginnen und Kollegen! Ich möchte anknüpfen an das, was vorhin Herr *Schmidt-Jortzig* angedeutet hat, nämlich, daß meines Erachtens eine stärkere Differenzierung der Schutzgegenstände in Art. 6 Abs. 1 notwendig ist.

Man könnte vielleicht — ich will das nur als im Eventualis einmal vortragen — u.U. eine noch konkretere, zielbezogenere Direktive der Verfassung für die Korrektur der sozialstaatlichen Verlustliste im Bereich des Familienlastenausgleichs ermitteln. Diese Verlustliste ist ja von Herrn *von Campenhausen* überaus eindrucksvoll uns vor Augen geführt worden. Man könnte vielleicht eine gewisse Korrektur über solche zugespitzten verfassungsrechtlichen Direktiven gewinnen.

Ich beginne mit dem Ehebegriff. Herr *Steiger* hat mit Recht auf die individualrechtliche Entwicklung des Eheverständnisses bei *Kant* und schon vor *Kant* hingewiesen. Die Ehe kann zwar, das hat auch *Kant* erkannt, die Brücke zur Familie sein; sie muß es aber nicht. Auch die kinderlose Ehe genießt den Schutz der Rechtsordnung und selbstverständlich auch den Schutz, den vollen Schutz des Art. 6 Abs. 1. Was ist aber nun der Schutzgehalt des Art. 6 Abs. 1 in bezug auf die Ehe? Hier muß man m.E. drei Dinge unterscheiden: einmal die Achtungspflicht. Der Staat darf die Ehe nicht benachteiligen. Da würde ich das Benachteiligungsverbot, das Herr *Vogel* vorhin angesprochen hat, einordnen. Das gilt insbesondere auch für die Steuer. Die Steuer muß zumindest eheneutral sein. Der Staat darf die grundsätzlichen Strukturelemente der Ehe, so, wie sie sich herausgebildet hat, jedenfalls nicht von sich aus durch gesetzgeberische Regelungen aushöhlen. Daneben besteht eine Schutzpflicht, wobei wir, meine sehr verehrten Kolleginnen und Kollegen, doch darauf sehen sollten, daß man den Schutzpflichtbegriff im Sinne der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dahin versteht, daß hier eine Verpflichtung besteht, zu schützen vor Eingriffen, insbesondere rechtswidrigen Eingriffen Dritter. Und schließlich haben wir eine Förderpflicht, und zwar im Sinne einer positiven Leistungspflicht, sei es im Wege sozialer Begünstigung durch Kindergeld, durch steuerliche Regelungen und dergleichen mehr.

Die Förderpflicht gehört nun aber nicht zu den Aufgaben des Staates, was die Ehe anlangt. Wenn man die Ehe als individualrecht-

liches Institut verstehen muß – und dafür spricht in der Tat vieles –, dann besteht hier keinerlei Förderpflicht. Es ist überhaupt nicht einzusehen, warum der Staat die Ehe fördern sollte – als Ehe allein. Ganz anders, meine Damen und Herren, bei der Familie. Ich stimme Herrn *Steiger* zu: Wir haben einen weiten Familienbegriff in der Verfassung. Das läßt sich insbesondere auch funktional begründen. Die Schutz- und die Achtungspflicht gelten selbstverständlich auch für die Familie – und hier würde ich auch mich anschließen wollen an das, was Herr *Hoffmann-Riem* gesagt hat –, nämlich, daß die Schutzverantwortung des Staates in bezug auf die Familie weit vorverlegt werden muß im Hinblick auf die modernen Möglichkeiten der Gentechnik und der Embryologie. Neben dieser staatlichen Achtungs- und Schutzpflicht in bezug auf die Familie besteht nun auch noch eine Förderpflicht. Und diese Förderpflicht hatte Art. 119 Abs. 2 der Weimarer Reichsverfassung ganz klar zum Ausdruck gebracht. Es hieß damals in der Bestimmung: „Reinerhaltung, Gesundung und soziale Förderung der Familie ist Aufgabe des Staates und der Gemeinde“.

Das Grundgesetz knüpfte daran an. Es ist m.E. nicht richtig, den Art. 119 Abs. 2 der Weimarer Reichsverfassung aus dem Schutzgehalt des Art. 6 Abs. 1 GG ausschalten zu wollen. Genetisch läßt sich das nicht begründen, zumal ja eine Reihe von Landesverfassungen, auch die bayerische, etwa in Art. 125 Abs. 2 BV, den gleichen Gedanken zum Ausdruck gebracht haben, und zwar schon vor der Redaktion des Grundgesetzes. Im übrigen, wenn Sie den Art. 6 einmal genau studieren, dann sehen Sie, daß die sozialrechtliche Dimension und die Verantwortung des Staates gegenüber der Familie ja in den folgenden Absätzen ganz deutlich zum Ausdruck kommt. Besteht aber, meine sehr verehrten Damen und Herren, gegenüber der Ehe keine staatliche Förderpflicht, dann läßt sich die verfassungsrechtliche Weihe, die das Bundesverfassungsgericht dem Ehegattensplitting zuteil hat werden lassen, nicht mehr von Art. 6 her rechtfertigen. Dieses Konzept muß sich daher vor Art. 3 Abs. 1 rechtfertigen. Die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zum verfassungsrechtlichen Gebotensein des Ehegattensplittings sind, recht besehen, ja auch nur ein obiter dictum. Die Entscheidung betraf die Besteuerung der Halbfamilie, und das Bundesverfassungsgericht hat ganz klar gesagt, daß das Ehegattensplitting nicht auf die Halbfamilie übertragen werden kann. Also brauchte es zu dem Ehegattensplitting in dieser Entscheidung an sich gar nichts Weiteres auszuführen. Die Behauptung, daß das Ehegattensplitting auch die Funktion der Ehefrau als Hausfrau und Mutter berücksichtige, ist ein Argument aus dem Arsenal des Familienlastenausgleiches. Es liegt insofern neben der Sache, als nach der Konzeption des Ehegattensplittings das Vorhandensein von Kindern gerade keinen Anknüpfungspunkt für das Splitting darstellt. Auch Ein-Verdiener-Ehen

ohne Kinder – und das sind immerhin 23% in der Bundesrepublik – kommen in den Genuß des Splittingvorteiles. Mit der Förderpflicht nach Art. 6 Abs. 1 zugunsten der Familie läßt sich also das Splitting nicht begründen. Nach dem Grundsatz der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit ist das Ehegattensplitting auch keineswegs die einzig mögliche und sachgerechte Form einer steuerlichen Berücksichtigung der Ehe. Es gibt Alternativlösungen, auf die Herr Kollege *Vogel* schon 1977 hingewiesen und sie im einzelnen analysiert hat.

Art. 3 Abs. 1 verbietet allerdings auch nicht das Ehegattensplitting, und zwar deshalb nicht, weil man dann zu einer einseitigen Bevorzugung derjenigen Ehen käme, in denen Gewinneinkünfte bezogen werden. Denn in diesen Fällen können über Gesellschaftsverträge oder Ehegattenarbeitsverträge im Grunde die gleichen wirtschaftlichen Möglichkeiten auf vertraglicher Basis geschaffen werden, wie sie das Ehegattensplitting gewährt.

Ein letzter Punkt, der mir wichtig erscheint:

Vorsitzender: Herr *Soell*, es ist wunderbar, Ihnen zuzuhören; aber Sie halten jetzt einen Vortrag. Und wir müssen zum Schluß kommen. Ich habe noch eine Reihe Wortmeldungen.

Soell: Herr Vorsitzender, lassen Sie mich zwei Sätze noch anfügen.

Vorsitzender: Ja, bitte.

Soell: Ich muß ganz eindeutig Widerspruch erheben gegen eine Meinung, die Gott sei Dank nicht von den Referenten übernommen worden ist, daß etwa das Mittel der Steuerpolitik nicht für bevölkerungspolitische Zwecke eingesetzt werden kann.

Meine Damen und Herren! Wenn man den dritten Familienbericht genau studiert, können wir uns bevölkerungspolitische Naivitäten nicht mehr leisten.

Vorsitzender: Danke. – Herr *Vogel*, einen Satz dazu?

Vogel: Ein Satz: Wir besteuern nach individueller Leistungsfähigkeit, und die Leistungsfähigkeit wird bei der Heirat halbiert, wie schon eine Volksweisheit weiß.

Vorsitzender: Können wir jetzt auf eine Redezeit von zwei Minuten heruntergehen? Ist das möglich? Ich habe jetzt noch zwei nachgeschobene Wortmeldungen von Herrn *Wahl* und Herrn *Kisker*. Ich nehme sie gerne und will Sie auch ausführlich zu Wort kommen lassen, aber geht das in zwei Minuten?

Wahl: Dem Wunsch nach Kürze kann ich nachkommen, da ich dieselben Fragen ansprechen möchte wie Herr *Hoffmann-Riem*. Beim

Thema sozialer Wandel und Verfassungswandel im Bereich der Familie müssen meines Erachtens die Auswirkungen der neuen Medizin, die sich Reproduktionsmedizin nennt, mit bedacht werden. Ich spreche dies nicht an, um die Referenten aufzufordern, jetzt zu all diesen Problemen Stellung zu nehmen; es geht mir nur um die Frage, ob sich ihre Vorstellungen über Ehe und den Begriff der Familie vor diesen neuen Problemstellungen bewähren. In der Kürze der Zeit drei Stichworte dazu.

Die relativ einfache Technik der künstlichen Befruchtung ermöglicht auch die postmortale künstliche Befruchtung; der eingefrorene Samen des verstorbenen Ehemannes könnte auch noch viel später verwendet werden. Was bedeutet dies für den Familie- und Ehebegriff? Damit verbindet sich hierbei und bei einigen anderen hier einschlägigen Sachproblemen die weitere Frage, ob die verfassungsrechtliche Zulässigkeit solcher Techniken nur am Maßstab der Menschenwürde zu messen ist, wie es in der Literatur vorwiegend geschieht, oder ob hier auch Art. 6 I GG einschlägig ist.

Der zweite Punkt ist die heterologe Insemination. Der Deutsche Juristentag hat sich vor einigen Wochen dafür ausgesprochen, daß jedes Kind ein Recht darauf habe, seine genetische Abstammung zu kennen. Dies impliziert, daß der Samenspender mit dem Kind rechtlich etwas zu tun hat. Hat er Unterhaltspflichten? Hat er vor allem auch Rechte auf die Erziehung? Die Rechtsbeziehung zwischen beiden kann ja wohl nicht nur einseitig so sein, daß mit vierzehn oder sechzehn Jahren ein Kind an seiner Tür klingelt und sagt: ich bin Dein Kind und möchte mit Dir Kontakt aufnehmen. Wenn der Samenspender jedenfalls zu diesem Zeitpunkt Verantwortung für das Kind haben soll, dann hat er vielleicht auch schon von Anfang an die Absicht, sich in die Erziehung einzumischen. Dann gibt es also zwei Väter.

Der dritte und letzte Punkt betrifft überhaupt die Spaltung der genetischen und sozialen Elternschaft. Wer dramatische Ausdrücke liebt, könnte hier geradezu von Kernspaltung der Elternschaft reden. Was erfaßt Art. 6 I GG im Begriff der Familie, die soziale oder die genetische Elternschaft oder beide?

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Wahl*. Herr *Kisker*, bitte.

Kisker: Wie schon Frau *Staff* angedeutet hat, gibt es ein Spannungsverhältnis zwischen Art. 2 Abs. 1 GG einerseits und Art. 6 GG andererseits, also ein Spannungsverhältnis zwischen dem Wunsch der Frauen nach Selbstverwirklichung und dem Wunsch nach optimaler Betreuung der Familie: Die Schwierigkeiten, in welche die Familie heute geraten ist, haben ihren Grund doch nicht nur in mangelhafter

materieller Ausstattung. Viel wichtiger ist vermutlich, daß viele Frauen ihre Rolle in Familie und Gesellschaft heute anders interpretieren als das früher üblich war. Sie suchen ihre Selbstverwirklichung nicht mehr nur am häuslichen Herd, sondern legen Wert auf berufliche Selbstverwirklichung. Das hat Konsequenzen. Ich wundere mich darüber, daß unsere jüngeren Kollegen das nicht in die Diskussion eingebracht haben. Gerade sie wissen doch aus vielen häuslichen Gesprächen, daß da ein Problem steckt, mit dem wir uns – ob uns das nun gefällt oder nicht – auseinandersetzen müssen. – Dazu nun meine Frage an die Referenten: Müßten sich nicht Staat und Gemeinden darum bemühen, bei der Lösung des Konflikts zwischen dem Wunsch nach Selbstverwirklichung im Beruf und dem Wunsch nach einer funktionsfähigen Familie zu helfen. Herr *Steiger* hat in diesem Zusammenhang mit, wenn ich das richtig gehört habe, etwas kritischem Unterton die Kinderkrippen erwähnt. Gewiß, das sind problematische Hilfen. Aber ist ohne solche Hilfen auszukommen? Wo sind denn die Alternativen? Die Vorstellung, daß wir die Frauen wieder an den Herd zurückschicken könnten, ist ja wohl nicht sehr realistisch.

Vorsitzender: So, meine Damen und Herren, jetzt zur dritten Gruppe. Wir haben nur noch fünf Minuten und auch fünf Redner. Herr *Schachtschneider* zum Zerrüttungsprinzip; dann zum Thema nicht-eheliche Lebensgemeinschaft die Herren *Thieme*, *Zuleeg* und *Steinberg*, und Herr *Mantl* wollte noch etwas zur österreichischen verfassungspolitischen Diskussion sagen. Und dann kriegen die beiden Referenten das Wort. Bitte, so kurz wie's irgend möglich ist. Herr *Schachtschneider*, bitte.

Schachtschneider: Ich möchte darauf hinweisen, daß das Zerrüttungsprinzip die Institution Ehe als ein verpflichtendes Verhältnis aufgehoben hat. Was in § 1353 Abs. 1 noch wie eine feste Burg der kirchlichen Ehe i.S. der Unauflöslichkeit, der Lebenszeitigkeit der Lebensgemeinschaft erscheint, zeigt sich bereits, wenn man auf Abs. 2 dieser Vorschrift blickt, als Ruine. Es ist nämlich Mißbrauch, die Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft von dem Ehegatten zu verlangen, wenn dieser ein Recht zur Trennung hat. Dieses Recht zur Trennung aber besteht in der Praxis, die mir unvermeidlich zu sein scheint, bereits, wenn ein Ehepartner (oft genug ist es heutzutage die Frau) erklärt, diese Ehe nicht mehr fortsetzen zu wollen. Dieser reine Willkürakt, in der Sache eine Kündigung ohne Grund, beendet den verpflichtenden Charakter der Ehe. Also hat sich, provozierend formuliert, das Rechtsinstitut Ehe stark zum Konkubinat hin entwickelt. Das ist mit Abs. 1 des Art. 6 GG nicht mehr vereinbar, schon gar nicht aber mit dessen Abs. 2. Letzteres ist der entscheidende Gesichtspunkt.

punkt. Auf diese Weise dürfen sich Eltern oder auch nur ein Elternteil nicht von ihrer Pflicht, für ihre Kinder zu sorgen, lösen können. Insbesondere darf so der eine dem anderen Elternteil nicht das natürliche Recht an seinen Kindern nehmen können, vor allem aber nicht den Kindern das natürliche Recht auf den anderen Elternteil, etwa den Vater. Das Grundgesetz spricht ausdrücklich vom natürlichen Recht. *Kant*, wie alle Aufklärer und alle Naturrechtler haben gelehrt, daß dieses Recht uns angeboren, daß es also ein Naturrecht sei. Ich sehe keinen Weg des Rechts, wie ein solches Verhältnis, die Familie also, ohne triftigen, d.h. tatbestandlich erfaßten und überprüfbaren Grund, aufgelöst werden können soll. Solange also die Kinder noch Kinder sind, muß die Ehe bestehen bleiben. Nur der schwere Verstoß des einen Ehepartners gegen die ehelichen Pflichten vermag den anderen, den Verletzten, zu berechtigen, sich aus der Ehe zu lösen. Das führt zum Scheidungsrecht nach dem alten Verschuldensprinzip. Ein solcher Verstoß ist ein Familienbruch; denn er verletzt die Kinder schwer in ihrem Naturrecht.

Wenn ich noch eine Schlußbemerkung zum Konkubinat machen darf: Dogmatisch könnte man die Ehe auch auf die faktische Lebensgemeinschaft stützen und das Konkubinat zu einer Ehe erklären. Nur würde das das alte Problem der mehreren Ehen aufwerfen, die nebeneinander bestehen. Darum möchte ich mich dem Gesichtspunkt anschließen, daß die Ehe nach wie vor rechtlich begründet sein muß. Ihre Verbindlichkeit aber ist zu verteidigen.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Schachtschneider*. Herr *Thieme*, bitte.

Thieme: Ich möchte an Herrn *Lange* anknüpfen, der meint, insoweit eine gewisse Lücke in den Referaten entdeckt zu haben, als bei der nichtehelichen Lebensgemeinschaft nicht dargestellt worden sei, was die Verfassung vorschreibt und was diese Gemeinschaft tatsächlich darstellt. Wenn ich die These 24, Satz 2, von Herrn *Steiger* nehme, nach dem die Institutionalisierung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft unzulässig ist, stellt sich in der Tat die Frage: Wie wird mit der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, die es ja nun einmal als faktisches Phänomen gibt, zu verfahren sein? Familienrecht ist ja überwiegend nicht das Recht der Familien, soweit sie voller Blüte in Harmonie stehen, sondern Familienfolgenrecht, d.h. es löst in erster Linie Fragen für den Fall, daß die Familie nicht mehr existiert oder funktioniert. Dann taucht die Frage nach der Schutzbedürftigkeit auf. Herr *Steiger* sagt das auch. Dann allerdings stellt sich für mich die Frage: Welchen Schutz hat denn eigentlich derjenige, der aus einer solchen nichtehelichen Lebensgemeinschaft nach längerem Bestehen plötzlich

herausgeworfen wird? Schützt Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 GG? Ich würde sagen: Ja. Damit stehen diese Artikel in einem Konkurrenzverhältnis zu Art. 6, der die eheliche Lebensgemeinschaft schützt. Es ist die Frage — ohne damit die Ehe als Institution anzugreifen, die ich genauso wie die beiden Referenten interpretieren würde — ob eine Institutionalisierung nicht doch irgendwann einmal erfolgen muß, weil die nichteheliche Lebensgemeinschaft mit dem Schuldrecht des bürgerlichen Rechts letztlich nicht adäquat zu erfassen ist.

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

Zuleeg: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, ich möchte die Ausrichtung des Referats von Herrn *Steiger* auf die Subjektivität nachdrücklich unterstützen. Ich meine, daß darin das Prinzip Freiheit zum Ausdruck kommt und die Sozialfunktion im Sinne von Herrn *Ebsen* auf diese Weise erhalten und gestärkt wird. Ich möchte dazu zwei Beispiele anführen, und zwar zunächst das Beispiel der Rechtsstellung des unehelichen Vaters in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft.

Hier hat Herr *von Campenhausen* dem Vater in Übereinstimmung mit dem Bundesverfassungsgericht die Befugnis zur Erziehung und das rechtliche Vermögen, für das Kind zu sorgen, abgesprochen und in Aussicht gestellt, wenn ich das richtig notiert habe, er könnte ja zur Normalität der Rechtslage gelangen, indem er eine Ehe schließt. Ich bin der Ansicht, daß hier die Freiheit derer, die zusammenleben, nicht geachtet wird, daß jedenfalls in den Fällen, in denen sich der Vater zum nichtehelichen Kind bekennt und die Sorge übernehmen will, auch eine Möglichkeit vorhanden sein muß, daß er am Erziehungsrecht beteiligt ist. Der Ausschluß von Art. 6 Abs. 1 durch Art. 6 Abs. 5 GG läßt sich nicht rechtfertigen. Einmal ist das kein Spezialgesetz und zum anderen ist es eine wesentliche Chance für das Kind, auch vom Vater erzogen zu werden. Selbst wenn man sich auf Art. 6 Abs. 5 beschränkt, meine ich, daß die Rechtsstellung des nichtehelichen Vaters innerhalb einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft mit Kindern gestärkt werden sollte.

Das zweite Beispiel ist für mich der Familiennachzug. Es ist nicht einzusehen, daß das Prinzip Freiheit bei einer ausländischen Ehe herabgewürdigt werden kann und soll, wie es das Bundesverwaltungsgericht nach dem Vorschlag eines Kollegen getan hat. Es hat den Schutz von Ehe und Familie beim Familiennachzug in eine allgemeine Güterabwägung einbezogen, wobei ich etwas überspitzt den Nachdruck auf „ab“ lege, d.h. also, daß der Schutz der Familie sehr gering gehalten wird; denn es soll danach zulässig sein, daß in Baden-Württemberg dem Nachzug von Ehegatten eine dreijährige Wartefrist auferlegt wird

mit der Maßgabe, man solle sich in dieser Zeit überlegen, ob man die Ehe nicht im Heimatland (dem sogenannten Heimatland, wenn der Betreffende hier aufgewachsen ist) führen könnte. Ich finde, daß das über das Maß dessen hinaus geht, was man bisher der Freiheit in der Ehe an Begrenzungen zugemutet hat. Hier wird nicht nur eine Beschränkung auferlegt, sondern die Ehe auch instrumentalisiert. Dagegen müßte man Stellung nehmen. Danke schön.

Vorsitzender: Danke. Herr *Steinberg*.

Steinberg: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren! Wegen der fortgeschrittenen Zeit nur eine ganz kurze Frage an Herrn *Steiger*: Herr *Steiger*, Sie haben Ihren Ehebegriff, wenn ich Sie richtig interpretiere und richtig verstanden habe, ganz wesentlich auf die Funktion der Ehe abgestellt, etwa Ihre These 22 und These 23. Kann diese Funktion, wenn ich mich vor allen Dingen auch an Ihre einfühlsame Beschreibung vor allem der Aufgabe personaler Sozialisation in der Ehe erinnere, nicht auch von einem etwa gleichgeschlechtlichen Paar oder Transsexuellen erfüllt werden? Muß dann nicht die Möglichkeit der Eingehung einer Ehe, und zwar gerade unter den von Ihnen und insbesondere von Herrn *von Campenhausen* beschriebenen Formalisierungen – Dauerhaftigkeit und besondere Pflichtenstellung – auch diesem Personenkreis, wenn er ihn wünscht, zugebilligt werden?

Zweitens: Ich möchte Stellung nehmen zu der These 10 von Herrn *Campenhausen*. Herr *von Campenhausen*, Sie haben auf den augenfälligen Kontrast zwischen der zugelassenen – ich zitiere Sie: zeitgestreckten Polygamie (nach einem bayerischen Wort sagt man dazu ja: Vielweiberei auf Raten) – und der lebenslangen Unterhaltsehe, das ist ja wohl ein Zitat von *Diekmann*, hingewiesen. Meiner Ansicht nach handelt es sich hier um einen Kontrast mit erheblicher Blendwirkung. Ich habe demgegenüber ganz erhebliche Zweifel, ob Sie damit die realen Probleme, vor allem geschiedener Frauen, auch nur annähernd erfassen. Ich bin kein Familienrechtler, aber ich bin ganz sicher, daß jeder Familienrichter und jeder Scheidungsanwalt Ihnen die Fragwürdigkeit Ihrer These durch eine Fülle von Beispielen belegen könnte. Als Stichwort nur etwa: Mangelfälle, die zahlreichen Beispiele der Unbebringlichkeit einer auch von Gesetzes und Gerichts wegen zugesprochenen Unterhaltsrente, und schließlich auch die enttäuschte Lebensplanung einer Frau. Ich will das nicht näher ausführen, aber jeder kennt diese Situationen.

Gerade an dieser These entzündet sich aber auch ein ganz allgemeines Unbehagen mit der gesamten Diskussion dieses Themas. Wir – ich habe abgezählt – nahezu ausschließlich Männer, nur drei Frauen, diskutieren über Probleme, die die andere, hier nicht anwesende Hälfte

der Menschheit genauso angehen. Das Unbehagen wurde von Herrn *Kisker* eben schon einmal angesprochen. Ich habe noch nie so stark wie heute das Bedürfnis verspürt, ein rechtswissenschaftliches Thema auch durch das Referat einer Frau zu Gehör zu bekommen. Vielleicht hat hier der Vorstand eine Chance verpaßt. Ich glaube, daß man schon von einer gewissen Kühnheit unserer Vereinigung sprechen kann, dieses Thema in nahezu völliger splendid isolation zu behandeln.

Und drittens eine ganz kurze Bemerkung, und zwar zu der Schlußbemerkung von Herrn *von Campenhausen*, daß die Entscheidung für Kinder die Entscheidung für eine relative Verarmung bedeute, wenn ich Sie richtig verstanden habe. Ich will Ihnen im Grunde nicht widersprechen, aber ich bin ganz sicher, daß Sie mir zustimmen werden, wenn ich auf die Notwendigkeit der Ergänzung durch ein Wort, durch ein Adjektiv, aufmerksam mache: relative *finanzielle* Verarmung. Ich habe hier den Eindruck, wie wohl auch Herr *Saladin*, daß finanzielle Probleme im Zusammenhang mit den Verfassungsfragen der Ehe ein klein wenig im Vordergrund der Diskussion gestanden haben. Demgegenüber möchte ich betonen, daß gerade durch die Möglichkeit der Familie, insbesondere die Aufzucht von Kindern, die Chance persönlicher Erfüllung besteht, die die Kinderlosen niemals erfahren werden. Allerdings: zwischen der sehr zutreffenden finanziellen Verarmung der Familie mit Kindern, erst recht der kinderreichen, und der persönlichen Bereicherung ist eine Aufrechnung ausgeschlossen.

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

Mantl: Meine Ausführungen kehren zum Ausgangspunkt der Diskussion zurück. Anders als *Walter Berka* vermeint unser Innsbrucker Kollege *Peter Pernthaler*, die Morgenröte einer Verankerung von Ehe und Familie in der österreichischen Verfassungsordnung wahrzunehmen. Er und die zaghaften Ansätze der überwiegend westösterreichischen Bundesländer knüpfen ihr Ehe- und Familienbild an die gemeineuropäische Tradition aus christlicher Wurzel an. Ich teile dieses Attachement, aber ich teile nicht den Optimismus bezüglich der *Konstitutionalisierungschance* in Österreich. Eine nüchterne Analyse führt zu anderen Ergebnissen. Diese Analyse kann auch als Folie für das heutige Raisonement dienen, da die österreichischen Anläufe deutlich an den deutschen Normenbestand der unmittelbaren Nachkriegszeit anknüpfen. Die Hemmnisse und Probleme, die sich der Konstitutionalisierung von Ehe und Familie in Österreich entgegenstellen, sind ein wichtiger Indikator für sozialen Wandel, und das vermag über Österreich hinaus erhellend sein.

Lassen Sie mich in fünf Schritten vorgehen: Es gibt *erstens* kein wirklich durchschlagendes Engagement der Parteien, und zwar beider

Großparteien. Ich führe das darauf zurück, daß die Parteien auf die *Wechselwähler* angewiesen sind. Anders als Herr von *Campenhausen*, meine ich nicht, daß die Singles und alle die, welche die Ehe nicht schätzen, schon die Mehrheit bilden, aber die wahlentscheidenden Wechselwähler rekrutieren sich sehr stark aus den besonders emanzipationswilligen, ehe- und familienskeptischen Gruppen – Frauen, soziale Aufsteiger, Intellektuelle, für die Ehe und Familie auch nicht im *Steigerschen* Sinn den Ort der erfüllten Subjektivität, sondern geradezu Fessel für die Subjektivität und die Verwirklichung der Subjektivität darstellen.

Zweitens: Gerade ein nichtmarxistischer, freiheitlicher Sozialismus braucht zu seiner Identitätswahrung radikale emanzipatorische Züge, zumindest für die Integration kritischer Gruppen in linker Aufklärungsatmosphäre. Das führt zur Ablehnung des tradierten Ehe- und Familienbegriffs, wie die österreichische Diskussion zeigt. Als etwa die Salzburger ÖVP vorschlug, in die Landesverfassung eine Präambel einzubauen, in der – ähnlich wie in den deutschen Formulierungen – ein Schutz für Ehe und Familie postuliert werden sollte, machte die Salzburger SPÖ 1984 den Gegenvorschlag, das Recht auf partnerschaftliche Familie und Ehe, aber auch andere positive Formen des Zusammenlebens zu konstitutionalisieren. Durch diese Ausdehnung des Schutzobjekts wäre das rechtspolitische Anliegen der anderen Partei verwässert, ja konterkariert worden. Ganz zu schweigen vom Erosionspotential der ja auch für Österreich bindenden Judikatur der europäischen Menschenrechtsinstanzen.

Die *bürgerliche* Ehe und Familie wird *drittens* gar nicht vom Bürgertum als sozialer Schicht, sondern schichtentranszendierend, durchaus in verschiedenen Säkularisierungsformen, von den *Christen* verteidigt, wobei in Österreich vor allem die Katholiken ins Gewicht fallen, von denen ja dieses Ehe- und Familienbild seinen Ausgang nahm. In Österreich kommt dazu, daß es nach 1945 keine Naturrechtsrenaissance gegeben hat – *René Marcic* blieb eine Ausnahme. Daher wirken alle christlichen Bemühungen um Ehe und Familie ausgesprochen partikulär und sind nicht in ein stützendes Fluidum der Allgemeinheit und Plausibilität eingebettet. Überdies fehlen in Österreich Funktionsanalysen, von denen, glaube ich, durchaus ein Legitimationsschub zugunsten auch des tradierten Ehe- und Familienideals ausgehen könnte.

Viertens muß daran erinnert werden, daß nach wie vor – und ich teile diese Position – in Österreich ein *juristisches Verfassungsverständnis* in der *Kelsen*-Nachfolge vorherrscht. Die Verfassung wird in materialer Askese als Prozeßordnung der Rechtserzeugung begriffen, obwohl es auch Ansätze zu Veränderungen gibt, die aber nach wie vor auf Skepsis stoßen. Auf Skepsis stößt daher auch das zur Verfügung stehende „neue“ rechtliche Instrumentarium zur Verankerung von

Ehe und Familie in der Verfassung; Soziale Grundrechte, Einrichtungsgarantien, Verfassungsaufträge, Staatszielbestimmungen und Programmsätze sind von der österreichischen Lehre und auch von der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes nach wie vor mit Ablehnung belegt.

So endet die Kompromißsuche *fünfte*s meist bei äußerst *allgemeinen Formulierungen* mit fragwürdiger Schutzwirkung, die ja mit der Konstitutionalisierung angestrebt wird: Es überwiegen – und das wird sich in der nächsten Zukunft in Österreich kaum ändern – semantische Verschiebungen, eine Flucht in schöne Worte. Auch bei den Andeutungen einer Änderung der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes geht es doch meist nur um Feststellung hehrer Grundsätze, die dann in der konkreten Entscheidungssituation nicht „greifen“: semantische Verschiebungen ohne normative Veränderungen.

Vorsitzender: Ich danke allen Diskussionsrednern. Wir haben gesehen, daß erstens das Thema offenbar interessant gewesen ist, und daß zweitens die Referate offenbar anregend gewesen sind. Aber nach diesen vielen Fragen und Anregungen und neuen Gesichtspunkten bitte ich zu verstehen, daß wir jetzt beiden Referenten noch je zehn Minuten geben, sich zu äußern. Wir müssen also ein bißchen überziehen, aber ich finde, Staatsrecht ist wichtiger als Staatsempfang. Und wenn wir so um viertel vor sechs fertig sind, dann kommen wir auch noch rechtzeitig. Bitte, Herr *Steiger*.

Schlußwort Steiger: Die Fülle der in der Diskussion uns zugetragenen An- und Bemerkungen, zusätzlichen und kritischen Erwägungen ist groß. Die mir zugemessene Zeit erlaubt aber nur, einige Punkte näher zu behandeln. Ich will versuchen, das in einer gewissen, wenn auch nur formalen Systematik zu tun. Ich bitte von vornherein um Verzeihung, wenn ich nicht immer die jeweiligen Damen und Herren Kollegen dabei nenne. Sie werden sich alle sicher wiedererkennen. Ich gehe diesmal von den konkreteren Fragen zu den allgemeineren. Zunächst zum Ehegattensplitting eine weitere Bemerkung: Ich hatte bereits bei der gesetzlichen Regelung der Arbeitslosenhilfe und der Sozialhilfe darauf hingewiesen, daß die negative Gleichstellung von nichtehelichen Lebensgemeinschaften und Ehen dort meines Erachtens einen Ansatz bietet, der sich auf die allgemeine rechtliche Stellung der nichtehelichen Lebensgemeinschaften wie der Ehe und auf ihr Verhältnis zueinander negativ auswirkt. Wenn wir das Ehegattensplitting aber aufheben, werden Ehegatten und nichteheliche Lebensgemeinschaften doch wohl verschieden besteuert mit Begünstigung der getrennt veranlagten Partner der nichtehelichen Lebensgemeinschaft gegenüber den zusammen veranlagten Ehepartnern. Das wird dann

doch wohl auch zu einer negativen Gleichstellung zu Lasten der nichtehelichen Lebensgemeinschaften führen müssen, um diesen Vorteil auszugleichen, wie wir sie im Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Arbeitslosenhilfe bekommen haben. Damit würde aber für die nichtehelichen Lebensgemeinschaften ein erneuter Institutionalisierungsschub eintreten. Im übrigen bin ich, nun etwas allgemeiner zur Förderung, der Auffassung, daß Art. 6 Abs. 1, wie immer man die Förderaufgabe nun dogmatisch begründet, keine Blaupause enthält für das, was geschehen muß oder geschehen soll, sondern in der Tat die politisch-demokratische Gesetzgebung einen weiten Spielraum hat, ob uns das als Eltern vieler Kinder paßt oder nicht. Deren sind ja, glaube ich, in unserer Vereinigung im Prozentsatz zur Gesamtbevölkerung unverhältnismäßig viele. Auf die Abstimmung der verschiedenen Politikziele auf- und untereinander auch am Maßstab des Art. 6 Abs. 1 durch Gesetzgebung und Regierung möchte ich noch einmal ausdrücklich hinweisen. Ich bin sehr dankbar, daß darauf auch in den Diskussionsbemerkungen eingegangen worden ist. Das Stichwort „Medien“ hatte ich mir in der Vorbereitung notiert und habe es aus Zeitgründen weggelassen. In der Tat sehe ich hier eine sehr eigentümliche Entwicklung in der Bundesrepublik, einerseits die Stärkung der Familie und andererseits den Ausbau und die zunehmend privatwirtschaftliche Veranstaltung von Fernsehen und anderen Medien zum Programm zu erheben. Der familienstörende Charakter dieser Medien ist ja wohl nicht bestritten. Sich allein auf den Abschaltknopf und dessen Betätigung durch die Eltern zu verlassen, halte ich für gefährlich. Aber eine Diskrepanz ergibt sich auch, wenn Frau *Willms*, die Bundesbildungsministerin beklagt, daß Lehrlinge nicht hinlänglich mobil seien, um Lehrstellen von Hamburg aus in Süddeutschland wahrzunehmen; denn diese Lehrlinge, von denen viele auch heute noch unter 18 Jahren alt sind, müssen ja ihre Familie und deren Schutz verlassen, um eine entfernte Lehrstelle anzutreten. Etwas skeptisch möchte ich mich gegenüber der Frage der Bevölkerungspolitik verhalten. Herr *Häberle*, ich bin selbstverständlich der Meinung, daß Bevölkerungspolitik auch betrieben werden darf. Ich unterscheide mich da etwas von Herrn *Kirchhoff*, aber ich meine nun doch, daß das nicht das leitende Ziel der Förderpolitik des Staates sein darf. Der Zusammenhang von Staat und Familie geht nicht über die Keimzelle in diesem Sinne. Sondern der Zusammenhang von Staat und Familie geht meines Erachtens über die Subjektivität, die heute den tragenden Grund des Staates bildet. Für sie ist die Familie der Ort, der vom Staat zu schützen und zu fördern ist. Es ist ein etwas verwickelterer Zusammenhang als der bevölkerungspolitische. Auf die alteuropäischen, etwa von *Althusius* auch noch in der frühen Neuzeit vorgetragenen Zusammenhänge stufenförmigen Aufbaus von der Familie bis zum Staat können wir uns heu-

te nicht mehr berufen. Es fehlen ja auch die Zwischenstufen. Ein weiteres wichtiges Problem bezeichnet das Stichwort „Randbereiche von Ehe und Familie“: Wie reagiert dieses Institut auf Randbereichsveränderungen durch den Gesetzgeber? Herr *Schmidt-Jortzig* hat die Salamtaktik sehr schön dargestellt. Aber ich glaube nicht, daß wir ihr mit einer Konzeption eines Kernbereiches im substantiellen Sinne entgegenzutreten können. Sondern wir können gerade dieses Problem nur von den funktionalen Ansätzen her bewältigen, weil wir dann nämlich immer konkret beurteilen können, wie die jeweilige Gesetzgebung wirkt. Ich traue dem Gesetzgeber nicht, daß er generell eine langfristige Konzeption hätte. Warum sollte er es gerade in diesem Bereich haben? Ich komme nun zu dem allgemeineren Teil, zunächst zu den Begriffen von Ehe und Familie: Herr *Böckenförde*, die Frage nach dem Familienbegriff habe ich funktionell beantwortet, und Sie haben gefragt: Wieso? Es ist in den Diskussionsbemerkungen einiges deutlich geworden. Der Familienbegriff ist bis zum Ende des 18. Jhdts. nicht an den Ehebegriff geknüpft, weil wir einen weiten Familienbegriff des „ganzen Hauses“ haben. Die Verknüpfung von Ehe und Familie ist im 18. und endgültig im 19. Jhd. hervorgetreten und hat ihren guten Sinn. In der Gegenwart nun wiederum ist zunächst durch die kinderlose Ehe Ehe als selbständiger Begriff innerhalb des Art. 6 eingeführt. Die Ehe mit Kindern, also die Familie, ist nicht mehr objektiver Ehezweck. Selbst nach katholischer Lehre hat sich da einiges geändert, wenn ich richtig informiert bin. Andererseits gibt es zunehmend, und nicht mehr sozial mißbilligt, Familien ohne Ehen. Es ist eine Entkoppelung von Ehe und Familie eingetreten. Gerade die mehrfach betonte Notwendigkeit des Schutzes des Kindes war es, die mich veranlaßt hat, ihn nicht nur über Art. 6 Abs. 5, sondern auch über Art. 6 Abs. 1 abzusichern. Ich glaube, nachdem wir dahin gekommen sind, Verwandtschaft ans Biologische anzuknüpfen, also rechtlich abzusichern, daß wir das auch im Familienbegriff erweiternd aufnehmen müssen. Damit stellt sich natürlich das Problem, das Sie, Herr *Partsch*, aufgeworfen haben, warum bei den nichtehelichen Lebensgemeinschaften der Begriff „eng“ und bei der Familie der Begriff „weit“ interpretiert wird. Ich glaube, daß sich dieses doch aus den Bemerkungen, die ich eben vorgetragen habe, wenigstens ansatzweise rechtfertigen läßt. Ich bitte um Verzeihung, wenn es vielleicht noch nicht intensiv genug geschieht, und ich es hier nicht weiter verfolgen kann. Nun zum Verhältnis von Ehe und nichtehelichen Lebensgemeinschaften. Ich lege auf den Plural Wert, Herr *Thieme*. Ich glaube, wir können nicht von *der* nichtehelichen Lebensgemeinschaft sprechen, und damit hat sich schon vieles an Antwort ergeben. Diese Lebensform ist so weit gefächert, daß von daher meines Erachtens eine Institutionalisierung in dem Sinne, daß wir von bestimmten Grundvorstellungen ausgehen könnten, nicht möglich ist,

von daher eben nur ganz bestimmte Folgen eines solchen Rechtsverhältnisses gelöst werden können, die sich aus demselben ergeben, aber nicht im Sinne einer Ableitung aus einem vorgefaßten Bild oder einer vorgefaßten grundsätzlichen Ansicht. Nun hat Herr *Roellecke* gefragt, ob ich nicht doch zur Veräußerlichung der Ehe dadurch gekommen wäre, daß ich Liebe und Treue an die Form der Ehe, der bürgerlichen Ehe, geknüpft hätte, das könnte Entfremdung bedeuten und daraus könnten Widersprüche erwachsen. Das scheint mir nicht der Fall zu sein, da ich der Meinung bin, daß in der Tat Liebe und Treue in der Subjektivität zwar angelegt sind, aber doch auch einer objektiven Stützung bedürfen. Es ist nicht so, daß das reine Form ist. Das mag vielleicht für die Ehe gegolten haben, die Liebe und Treue nicht zur persönlichen emotionalen Bindung macht. Das ist sehr schwierig mit der Liebe. Natürlich gab es die eheliche Liebe auch im 18. Jhdt. und davor. Aber es handelt sich um einen differenzierten Begriff gegenüber der Liebe, die wir seitdem der Ehe als eine personale, persönliche Beziehung zugrunde legen. In älteren Zeiten erwuchs die Liebe aus der Ehe, heute erwächst die Ehe aus der Liebe. Aber das bedeutet doch nicht, daß wir der Liebe nicht auch eine gewisse Stützung geben müssen, gerade wegen ihrer emotionalen Anfälligkeit. Ich sehe durchaus ein, Herr *Roellecke*, daß diese Stützung in der bürgerlichen Ehe sehr viel schwieriger ist als in einer theologisch-sakralen Ehe, d.h. einer Ehe, in der das Sakrament eine Rolle spielt. Denn das ist eine Stützung, die nicht in der Form liegt, sondern die ihr transzendent zukommt. Insofern hängt da ein Problem der entsakralisierten bürgerlichen Ehe. Aber ich meine, daß es trotzdem nicht erforderlich ist, das, was geboten werden kann, wenn ich es einmal so ausdrücken darf, aufzugeben und das zur Veräußerlichung zu erklären. Allerdings hat auch *Hegel*, der trotz seiner eher institutionellen Sicht der Ehe der Innerlichkeit und Gesinnung die Einheit der Ehe konstituieren wollte, zugeben müssen, daß, wenn sich das in „feindliche Gesinnung“ verkehre, dieses Band nicht aufrechterhalten werden könne. Aber es bedeutet doch immerhin diese Liebe in der Ehe eine personale Beziehung zwischen zwei Menschen. Damit tritt das Persönlichkeitsrecht des einzelnen etwas zurück, Frau *Staff*. Ich bin allerdings der Meinung, ohne daß ich jetzt auf „Wesen der Ehe“ oder „Ehe als Institution“ zurückgreifen will, indem jemand ein Versprechen zur lebenslangen Lebensgemeinschaft in der Ehe gibt und sich dazu bekennt, er in dem anderen Erwartungen erweckt, Zukunftserwartungen, auf die dieser sein Leben baut. Von daher meine ich in der Tat, daß er die Persönlichkeitsentfaltung nicht mehr so beanspruchen kann, wie er sie vorher beansprucht hat. Da hat man nun mal einen Schritt getan, der in der Persönlichkeitsentfaltung liegt, den man aber nicht ohne weiteres zurücknehmen kann. Daran können meines Erachtens auch objektivere

Gesichtspunkte nun anknüpfen. Ich habe vielleicht diese Subjektivierung sehr stark betont und das Objektive etwas zurücktreten lassen; aber ich meinte ja doch, deutlich gemacht zu haben, daß um der Subjektivität selbst willen das Objektive nötig ist. Nun bleibt noch eins, nämlich das Problem, das Herr *Hoffmann-Riem* und Herr *Wahl* aufgeworfen haben. Ich muß sagen, mich hat das während der Vorbereitung des Referats immer wieder beschäftigt. Wenn ich es dann doch nicht behandelt habe, so weiß ich heute rückblickend nicht, warum, wahrscheinlich ist es einer Kürzung zum Opfer gefallen. Ich bitte darum um Entschuldigung; denn es ist ein nicht nur sehr wichtiges, sondern mich auch sehr bewegendes Problem. Ich bin mit Ihnen, Herr *Hoffmann-Riem*, der Meinung, daß in der Tat hier der Staat eine Schutzfunktion hat; es sei denn, daß unsere moralischen Kategorien uns befähigen, diese Vorgänge auch so aufzunehmen, daß die Diskriminierung des Kindes auch ohne rechtliche Regelung nicht kommt. Da bin ich mir aber leider nicht so sicher. Über die Einbeziehung von Leihmutter, Leihvater oder ich weiß nicht wen alles in den Familienbegriff, kann man das Problem nicht in den Griff bekommen. Das Recht muß die biologische und soziale Fragmentierung der Elternschaft durch eindeutige Zuordnung, wenn auch in gewisser Weise fiktiv, überspielen. Rechtlich ist, ähnlich wie bei der Adoption, der sozialen Elternschaft der Vorrang einzuräumen. Aber wir stoßen auch hier wieder grundsätzlich an die Grenzen des Rechts und stehen wiederum vor dem Problem, daß Recht und Ethik auseinandergetreten sind und das Recht ein Problem nicht lösen kann, das ethisch nicht abgesichert ist. Ich hatte das in meinem Vortrag in anderer Hinsicht schon angedeutet. Wenn es in der Tat zu diesen „Erzeugungen“ von Menschen kommt, fürchte ich, daß das Recht es nicht verhindern kann, weil wir das Argument immer wieder hören werden: „Wenn wir es nicht machen, machen es andere“, ein schreckliches Argument, wie ich finde. Ich sage das ganz deutlich. Aber das ist ein Problem, wo ich die Fähigkeit des Rechts, etwas zu verhindern, für sehr gering halte, wenn die ethische Grundhaltung nicht gegeben ist. Im übrigen muß das Interesse des noch nicht geborenen Kindes wohl den Vorrang vor der subjektiven Entfaltung der Eltern haben, wenn wir nicht sicher sein können, daß im allgemeinen wie im besonderen die Annahme des Kindes und seine Identitätsfindung gesichert sind. Ich darf mich bei allen sehr herzlich bedanken.

Schlußwort von Campenhausen: Ich beginne mit dem Dank an den Vorstand für die Wahl des Themas, das jedenfalls mir viel gebracht hat. Man liest mit Interesse, was Kollegen schreiben, und bei diesem Thema lassen sie sich auch in ihr Herz schauen. Mir war das ein großer

Gewinn. Und ich schließe mit dem Dank an die Redner, die hier manche Bereicherung zu unseren Vorträgen gebracht haben.

Bei der Diskussion hatte ich eine ähnliche Überraschung wie bei der Vorbereitung auf diesen Vortrag, nämlich daß man überrascht ist, wo Probleme liegen oder wo Probleme vermutet werden.

Ich kann auf die Diskussionsbeiträge nicht einzeln eingehen. Herrn *Steinberg*, weil er einer der letzten war, möchte ich nur noch sagen: ich wäre natürlich niemals so unvorsichtig gewesen, von so etwas Häßlichem wie Polygamie zu sprechen und das auf meine eigene Kappe zu nehmen. Ich zitiere da eine unfehlbare Autorität, in diesem Fall Herrn *Diederichsen*. Sie können das in der gedruckten Fassung nachlesen.

Zur Frage, ob die hier vertretene Auffassung der Ehe und der Familie mit Art. 6 nicht das Persönlichkeitsrecht und das Kindesrecht vergewaltige: Ich meine, daß hier wie überall die verschiedenen Artikel gleichzeitig und zusammen gesehen werden und zu einem schonenden Ausgleich gebracht werden müssen. Die Verfassungsväter haben eben die Ehe gewollt. In der Ehe kommen die Persönlichkeitsrechte und die Kindesrechte zu einer Entfaltung, die ohne dieselbe nicht gedacht werden kann. Das Bundesverwaltungsgericht hat das einmal ausgedrückt, daß die einzelnen Ehegatten ihre Individualität in der Ehe unterordnen. Im Bekenntnis zur Ehe sei zugleich die Übernahme der damit für die eigene Individualität verbundenen Opfer beschlossen. Das Bundesverfassungsgericht zieht daraus die Konsequenz, daß insoweit Art. 2 mit seiner Gewährleistung der freien Persönlichkeitsentfaltung hinter Art. 6 zurücktrete. Das sind die nüchternen Gerichte. Die sagen nicht, was wir aber wissen, daß es so ist, weil der Mensch in der Ehe zu sich selbst kommt, und eben die Ehegatten, indem sie sich ganz annehmen, erst wirklich frei werden. Das ist freilich am Rande der Rechtswissenschaft. Nur das muß klar sein: die Ehe ist kein Zwangsinstrument, sondern ein Institut der Freiheit, wo der Mensch zu sich selbst kommen kann.

Dann kommt die Frage, verständlicherweise, nach den unglücklichen Ehen. Das habe ich im Vortrag auch kurz berührt. Es ist bekannt, daß Ehen scheitern können. Es gibt Unordnung, Verletzung und Leid. Aber das hebt nicht die Ordnung auf und das Ziel und die Chance, die Ehe und Familie eben bieten.

Zur Angst vor den Kindern: Der Mensch, der Angst hat, ist nicht frei. Es ist in keinem Vortrag gesagt worden, daß „anständige“ Familien Kinder haben müßten. Solche moralisierende Gesichtspunkte sind nicht vertreten worden. Aber ich ging davon aus, daß in der Ehe Mann und Frau zu sich selbst kommen und dann in der Tat eine Offenheit haben für Kinder. Ich glaube, daß die Menschen die Bestimmung haben, Kinder zu haben und das Leben weiterzugeben. Und das ist eben in der Ehe in ganz anderer Weise gegeben als außerhalb der Ehe. Die

modische Angst vor Kindern hat viele Aspekte. Man muß sie ernst nehmen, nur: die Bestimmung des Menschen ist nicht, Angst zu haben, sondern die Angst zu überwinden. Hier stoßen wir an rechtliche Grenzen. Die religiöse Frage steht im Hintergrund. Deswegen muß man sich klarmachen, daß unsere Ehe, so wie wir sie geerbt haben, ein christliches Institut ist. Und die christliche Wahrheit hört ja nicht dadurch auf, wahr zu sein, daß der Staat im Laufe seiner Entwicklung ein säkularer, weltlicher Staat geworden ist. Dieses auszusprechen, bedeutet nicht, daß man einen konfessionellen Staat zurückwünscht oder haben will. Aber in unserer Rechtsordnung, die aus christlicher Geschichte und Vergangenheit kommt, sind eben Weisheiten und Wahrheiten aufgehoben, die man nicht abschaffen kann, man kann ihnen nur die rechtliche Verbindlichkeit nehmen. Man kann auch Art. 6 aufheben. Aber noch gilt er und dieses Noch kann man auch verteidigen und dafür eintreten. Denn die Entwicklungen, die die Geschichte nimmt, können gute Entwicklungen und schlechte Entwicklungen sein. Es ist eine Frage nach der Qualität der Staatsbürger, wie sie erzogen sind, welche Überzeugung sie vertreten, wofür sie eintreten wollen.

Damit bin ich bei der Frage: Woher kommt denn der Typus der Ehe? Die Positivität der Verfassung ist zunächst die Grundlage. Die Verfassungsväter, unsere Verfassungskommentare gingen von einem bestimmten status quo aus. Der ist uns anvertraut. Er bindet nicht in dem Sinne, daß er versklavt. Es ist ein Erbe, das man antreten kann, das man ändern kann, das man fortsetzen oder auch ablehnen kann. Im Vortrag habe ich auf die Funktion abgestellt, weil diese Funktion für jedermann verständlich und in einem weltlichen Gemeinwesen auch verkäuflich ist. Daß der Staat, daß die Versicherung, daß die Renten der Zukunft nicht klappen werden, wenn es keine Kinder gibt, das kann jeder verstehen, und das darf der weltliche Staat und der Jurist auch aussprechen.

Ich komme noch einmal auf die Angst vor dem Kind. Die kann man wohl verstehen. Und das habe ich zu thematisieren versucht. Wenn man die Reklamen sieht „Frohen Herzens genießen . . .“, wie die jungen Leute segeln und schön Zigaretten rauchen: aus dieser Gesellschaft des Konsums und des sorglosen Genusses scheidet man aus, wenn man heiratet und ein Kind bekommt. Sie müssen nicht an Beamte, insbesondere an die glückliche Kategorie der Professoren denken, sondern an andere Menschen, was es da bedeutet. Wenn man die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im 44. Band liest, wo das Bundesverfassungsgericht sozusagen in die soziale Wirklichkeit eintritt und mal guckt, was Kinderreichtum für Familien praktisch bedeutet, kann man den Wunsch, keine Kinder zu haben, schon verstehen. Und für diesen materiellen Aspekt hier Abhilfe zu schaffen, ist der Staat da.

Mir ist nahegebracht worden, daß ich eine zu altmodische Haltung hätte im Blick auf die nichtehelichen Lebensgemeinschaften. Hier möchte ich noch einmal mit Nachdruck das Recht der im Konkubinat lebenden Menschen betonen. Art. 6 schützt auch das Recht, keine Ehe einzugehen und nicht wie ein Verheirateter behandelt zu werden. Das spricht gegen die betuliche Verrechtlichung der nichtehelichen Gemeinschaften, die nicht unter der Hand zu einer Art Zwangsese gemacht werden dürfen. Die im Konkubinat lebenden Menschen, die diesen Namen in der Regel nicht mögen, wählen diese Form des Zusammenlebens ausdrücklich, und zwar als Kontrastprogramm zur Ehe. Und ich frage mich, wer uns Juristen hier zum Vormund gemacht hat, sie durch Gleichbehandlung mit Verheirateten in eine Art Zwangsjacke zu stecken.

Zur Frage des Kindeswohls im Zusammenhang mit der Ehe: Es ist gesagt worden, wir müßten hier etwas weiter gehen. Ich würde zunächst einmal sagen, wir müßten hier etwas weiter denken, und ich äußere mich dazu nur, indem ich eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 56. Band zitiere. Es heißt da: Es steht der unehelichen Mutter frei, eine Eheschließung oder auch ein Zusammenleben mit dem Kindesvater abzulehnen. Selbst wenn der Vater des Kindes eine Gemeinschaft mit Mutter und Kind wünscht, kann dies an dem entgegenstehenden Willen der Kindesmutter scheitern, weil sie es vorzieht, mit dem Kind allein zu leben. (Hüsteln) Das ist bei mir keine Rührung, sondern Heiserkeit. (Gelächter) Das Gericht geht hier vom Kindeswohl aus. Das rechtliche Defizit in der Stellung des nichtehelichen Vaters entspricht dem rechtlichen Defizit in der Beziehung der Eltern untereinander. Da diese nicht rechtlich gebunden sind, können sie sich ohne Mitwirkung des Staates jederzeit trennen. Aus diesem Grunde ist eine rechtliche Gleichstellung des ehelichen Kindes und eines Kindes von nichtverheirateten Eltern nicht zu erzwingen. Freilich weiß auch ich, daß der EuGH sich in einem Urteil von 1979 in einer anderen Richtung geäußert hat.

Und schließlich letzters zur vorübergehenden Erscheinung der heutigen so anschwellenden Zahl nichtehelicher Verhältnisse: Manches spricht dafür, wie mir scheint, daß viele der nichtverheiratet zusammenlebenden Paare – über die Gründe haben wir uns kaum unterhalten, aber etwa in dem *Zeidlerschen* Beitrag ist dazu allerlei Gutes gesagt. – Vieles spricht dafür, daß viele der heute nichtverheiratet zusammenlebenden Paare ihr Verhältnis als eine Art Verlobungszeit oder Probezeit verstehen. Ich will das nicht besonders loben, aber es ist wichtig. Noch immer wird nämlich normalerweise geheiratet, wenn ein Kind sich ankündigt. Noch immer, und zwar wie früher auch, werden 90% der Kinder in Ehen geboren und nur 10% außerhalb. Es kann also keine Rede davon sein, daß sich neben der normalen Form

der Ehe eine neue Form der Zusammenrudelung als Alternative anbiete. Die Propaganda für die nichtehelichen Lebensgemeinschaften als moderne Lebensform kann man aus der Betroffenheit und der Situation solcher Menschen verstehen. Sie ist geeignet, davon abzuweichen, daß in erster Linie auch der pillenbedingte Verfall der Moral für die Veränderung der Verhältnisse ursächlich ist – und eben eine verfehlte staatliche Gesetzgebung. Die Stilisierung dieser Zustände als alternative Lebensform hebt sie auf eine höhere Ebene. Neue Statistiken stützen jedenfalls nicht die These, daß die Ehe ihre alte Funktion verloren habe, daß Ehe und Nachwuchs generell entkoppelt seien. Freilich gibt es hier Probleme, und da ist der staatliche Gesetzgeber aufgerufen.

Und letztes: Die Entscheidung für die Ehe ist zwar die Entscheidung für eine relative *finanzielle* Verarmung. Wir haben in der Tat aber heute überhaupt nicht davon gesprochen, welches Glück und welchen Segen die Ehe und Familie bringen, wie viele von uns sie mit Dankbarkeit erleben. Undankbarkeit ist eine Schwäche unserer Zeit und hängt auch mit dem pathologieorientierten Beruf zusammen, den wir haben, so daß wir von der Normalität in der Regel nicht sprechen. Man will auch nicht zu persönlich werden. Also die Dankbarkeit für dieses Glück in Ehe und Familie muß natürlich auch ab und zu ausgesprochen werden. Und wenn wir alle das öfters aussprächen und überzeugend zum Ausdruck brächten wäre das vielleicht auch eine Hilfe.

Es ist freilich heimtückisch, zu solchen Bekenntnissen aufzufordern, um alsbald die Freude am Kind als Ausgleich für finanzielle Benachteiligung anzupreisen, als Kompensation für die sittlich gebotene Mühsal zu erklären. Hier zitiere ich noch einmal den Kollegen *Kirchhof*: Auch im Beruf finden wir Erfüllung und Lebensglück, aber wir würden ganz schön schlechter Laune werden, wenn man uns nahelegte, dies als genügenden Ausgleich für unsere Mühen anzuerkennen. Bei Kinderreichtum tut man das aber.

Schließlich: Die Erkenntnis, daß die verfassungsrechtliche Garantie von Ehe und Familie von der Sitte abhängig ist, bedeutet gewiß nicht, daß dem Eherecht, der verfassungsrechtlichen Garantie von Ehe und Familie nur noch übrigbleibe, bestehende Sitten oder auch Unsitten hinzunehmen. Es gehört zu den Hauptaufgaben des Rechts, gute Sitten zu fördern und auch gute und schlechte Sitten zu unterscheiden und den Menschen zu helfen, diese Unterscheidung zu treffen, und schlechte Sitten zu bekämpfen. Das Recht, sagt *Müller-Freienfels*, ist zum Teil gerade dazu da, gegen den Strom zu schwimmen. Das gilt ganz besonders in dem heute behandelten Bereich. Vielen Dank.

Vorsitzender: Liebe Kolleginnen und Kollegen, lassen Sie mich bitte abschließend noch ein Wort des Dankes sagen an beide Redner, die unsere schönsten Erwartungen erfüllt, ja übertroffen haben und die sich auch noch in der Diskussion brillant geschlagen haben. Ich meine, sie haben sich gut ergänzt, insofern der eine den Schwerpunkt mehr auf die grundsätzlichen und der andere den Schwerpunkt mehr auf die praktischen Fragen gelegt hat. Und ich meine auch, Herr *Steinberg*, die Idee, immer dann, wenn das Thema Ehe und Familie ist, müsse eine Frau her, Männer seien da nicht kompetent, die hat sich als unrichtig erwiesen. Männer sind auch kompetent, weil sie an Ehe und Familie teilhaben, und in der Wissenschaft kommt es eben überhaupt nur auf die Sachkompetenz an. Ich danke auch den Diskussionsteilnehmern, die sich so angeregt beteiligt haben, möchte aber vor allem den beiden Referenten ganz besonderen Dank und ganz besonderen Respekt für die erbrachte Leistung ausdrücken.

Zweiter Beratungsgegenstand:

Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung

1. Bericht für die Schweiz von

Professor Dr. *Thomas Fleiner-Gerster*, Freiburg i. Ue., CH

Inhalt

	Seite
Einleitung	153
1. Formenfreiheit und Formenvielfalt der Rechtsverhältnisse in rechtsvergleichender Sicht	154
2. Die Besonderheiten der Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung . . .	158
3. Typologische Unterschiede der Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung	160
3.1. Nach dem Inhalt der Leistungen	161
3.2. Nach dem Träger der Leistungspflicht	163
3.3. Nach der Rechtsnatur der Leistungspflicht	165
3.4. Rechtsfolgen	166
4. Hauptprobleme der Rechtsverhältnisse	167
4.1. Die beschränkte Gestaltungsfreiheit	167
4.2. Ungleiche Verteilung von Rechten und Pflichten	170
4.2.1. Die Pflicht zum Wohlverhalten des Leistungsempfängers . . .	170
4.2.2. Die mangelhaften Rechtsmittel gegenüber Leistungsstörungen	171
4.2.3. Ungleichheiten bei der Anpassung und Änderung des Rechtsverhältnisses	172
5. Ausblick	174

Einleitung¹

Herr Meier tritt in eine private, aber vom Staat subventionierte und damit an die Sozialgesetzgebung gebundene Krankenkasse ein. Auf Grund des geltenden Versicherungsverhältnisses hat dieser im Krankheitsfall Anspruch auf ein Krankentagegeld. Der Zentralvorstand der Genossenschaft ändert 4 Jahre nach Meiers Beitritt die Statuten und beschließt, daß Rentner im AHV-Alter² bei Krankheit nur mehr ein reduziertes minimales Tagegeld von Fr. 2.— erhalten. Von dieser neuen Regelung erhält Herr Meier durch ein sehr unklares Formularschreiben von seiten der Kasse Kenntnis. Als Herr Meier, der inzwischen AHV-Rentner geworden ist, erkrankt, bezieht er dennoch ein erhöhtes Tagegeld, auf das er gemäß der neuen Statuten eigentlich keinen Anspruch hätte. Mit einseitiger Verfügung verpflichtet die Krankenkasse Herrn Meier, das entrichtete Krankentagegeld zurückzuzahlen³.

Darf die Kasse durch Statutenänderung die Versicherungsleistungen einseitig ändern? Darf sie als private Kasse mit hoheitlich vollstreckbarer Verfügung, den angeblich unrechtmäßig ausbezahlten Betrag von Herrn Meier zurückfordern? Kann Herr Meier, bei rechtswidrigem Verhalten der Kasse, allenfalls von seinem Rechtsverhältnis zurücktreten und die Kasse für den erlittenen Schaden belangen?

Im Rahmen eines kurzen Referates können unmöglich alle Fragen, welche dieses Rechtsverhältnis unter anderem aufwirft, vollumfänglich behandelt werden. Die folgenden Ausführungen beschränken sich deshalb im wesentlichen auf die Frage, ob es richtig ist, einerseits die Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung dem öffentlichen Recht zu unterstellen und ihnen damit die Vorteile der hoheitlichen Verwaltung, d.h. einseitiger Widerruf und Abänderungsmöglichkeit des Rechtsverhältnisses sowie Ausgestaltung mittels vollstreckbarer Verfügung, zu gewähren, ohne andererseits dem Leistungsempfänger entsprechende Rechtsmittel zur Behebung von Leistungsstörungen zu geben.

Viele Fragen, wie etwa die Privatisierung staatlicher Leistungen oder die sogenannte Flucht ins Privatrecht, müssen daher von vornherein ausgeklammert werden. Ebenfalls verzichtet werden muß auf eine dogmatische Untersuchung von Begriff, Wesen und Bedeutung des Rechtsverhältnisses im öffentlichen Recht. Ich baue in dieser

¹ Für zahlreiche wertvolle Hinweise über die privatrechtlichen Schuldverhältnisse danke ich meinem Freund, Prof. *Peter Gauch*.

² AHV = Alters- und Hinterbliebenenversicherung; vgl. Bundesgesetz vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, SR 831.10.

³ BGE 107 V 162.

Hinsicht auf der von *Hans Zacher* und *Peter Ipsen* schon früh angeregt, von *Otto Bachof* und *Peter Häberle* eingeleiteten sowie neuerdings von *Ehlers* und *Löwe* weitergeführten Tradition auf, wonach im neueren Verwaltungsrecht nicht so sehr der Verwaltungsakt als vielmehr das Rechtsverhältnis im Zentrum der verwaltungsrechtlichen Betrachtungsweise zu stehen hat⁴. Was den Begriff des Rechtsverhältnisses anbetrifft, halte ich mich an die bereits von *Savigny* vorgenommene Umschreibung.

„Diese“ (die logische Form eines Urteils) „finden wir in dem *Rechtsverhältnis*, von welchem jedes einzelne Recht nur eine besondere, durch Abstraction ausgeschiedene Seite darstellt, so daß selbst das Urtheil über das einzelne Recht nur insofern wahr und überzeugend seyn kann, als es von der Gesamttanschauung des Rechtsverhältnisses ausgeht. Das Rechtsverhältnis aber hat eine organische Natur, und diese offenbart sich theils in dem Zusammenhang seiner sich gegenseitig tragenden und bedingenden Bestandtheile, theils der fortschreitenden Entwicklung, die wir in demselben wahrnehmen, in der Art seines Entstehens und Vergehens“⁵.

Gegenseitige Rechte und Pflichten von Verwaltung und Leistungsempfänger lassen sich nur dann beurteilen, wenn sie im Gesamtzusammenhang als Rechtsverhältnisse untersucht und auf die unterschiedliche Interessenlage hin überprüft werden. Dabei ist dem möglicherweise vielseitigen Rechtsverhältnis mit mehreren Parteien, der Dauer, Zielsetzung, Besonderheit, Anpassungsmöglichkeit und dem Verhältnis des betreffenden Rechtsverhältnisses zu anderen ähnlichen Rechtsverhältnissen Rechnung zu tragen.

1. Formenfreiheit und Formenvielfalt der Rechtsverhältnisse in rechtsvergleichender Sicht

Wer das amerikanische Verwaltungsrecht mit dem europäischen vergleicht, wird sofort einen wesentlichen Unterschied feststellen:

⁴ Vgl. *H.Zacher*, Verwaltung durch Subventionen, in: VVDStRL 25 (1967), S. 318; *H.P.Ipsen*, ebenda, S. 257; *P.Häberle*, Das Verwaltungsrechtsverhältnis, in: Das Sozialrechtsverhältnis, Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes, Bd. XVIII (1979), S. 60, 64, 67, 85; *D.Ehlers*, Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung, DVBl 1986, S. 312ff.; *W.Löwe*, Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 1986, S. 793ff.; dagegen *F.Schnapp*, Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung, DöV, 1986, S. 811ff.; vgl. namentlich auch *P.Krause*, Rechtsformen des Verwaltungshandelns, Berlin 1974. Auch *A.Grisel* scheint mit seinem Kapitel „Les Droits et les Obligations des Administrés“, Traité de Droit Administratif, Neuchâtel 1984, S. 577, ähnliche Überlegungen zu unterstützen.

⁵ *F.C.Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. I, Erstes Buch, § 4, Berlin 1840.

Viele gesellschaftlich wichtige Aufgaben, wie Gesundheitspflege, Spitäler, Schulen, Eisenbahnen, Post, Autobahnen usw., werden in Westeuropa durch den Staat, in den USA hingegen durch private Gesellschaften verwirklicht. Die Tatsache, daß in den europäischen Staaten diese Aufgaben vom Staat durchgesetzt werden und damit weitgehend der Konkurrenz und dem freien Markt entzogen sind, mag unter anderem damit zusammenhängen, daß das private Kapital in unseren kleinräumigen Verhältnissen mit begrenzten Märkten weder durch Banken noch durch die Errichtung von Aktiengesellschaften, sondern nur durch die Zwangsmaßnahme der Steuer oder der Sozialversicherungsabgabe aufgebracht werden konnte⁶.

Da in den europäischen Staaten diese Aufgaben von staatlichen, halbstaatlichen oder vom Staat mit hoheitlichen Aufgaben beliehenen privaten Trägern übernommen werden, stellt sich die Frage, wie die Rechtsverhältnisse zu den sogenannten Leistungsempfängern ausgestaltet sind⁷.

Während im angelsächsischen common law kein grundsätzlicher Unterschied zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht gemacht wird, haben viele Staaten des europäischen Kontinentes die Idee Napoleons übernommen, man müsse die Verwaltung und die Exekutive der Jurisdiktionsgewalt der letztlich konservativen Richter, d.h. der ordentlichen Gerichtsbarkeit (juridiction judiciaire), entziehen und dafür ein eigenes, dem Staatsrat (Conseil d'Etat) unterstelltes öffentliches Recht schaffen⁸. Wenn die Verwaltung im Rahmen ihrer Tätigkeit, beispielsweise in Form eines staatlichen oder halbstaatlichen Unternehmens (Post, Eisenbahn, Bank, Versicherung, Fluggesellschaft, Spital, Universität, Fernsehanstalt, Munitionsfabrik etc.), einer wirtschaftlich tätig werdenden Zwangskörperschaft (z.B. Getreide- und Futtermittelgenossenschaft), einer privaten oder öffentlich-rechtlichen Stiftung (Pro Helvetia, Nationalfonds), einer unselbstständigen Anstalt (z.B. Gemeindeschule, Schlachthaus), Leistungen erbringt oder über private, aber von der Verwaltung subventionierte (z.B. Krankenkassen) oder mit Rechten und Pflichten versehene Unternehmen (konzessionierte Elektrizitätswerke) in Erscheinung tritt und über diese „Dritte“ Rechtsverhältnisse begründet, stellt sich folgende Frage:

⁶ Vgl. dazu die demnächst erscheinende Habilitationsarbeit von *W. Stoffel*, Die Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts auf die staatliche Wirtschaftstätigkeit, Freiburg 1987.

⁷ *G. Müller*, Reserve staatlicher Willkür zwischen Rechtsgleichheit, Rechtsbindung und Rechtskontrolle, in: FS Hans Huber, Bern 1981, S. 109ff.; *M. Imboden/R. Rhinow*, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Basel 1976, Nr. 2.

⁸ *G. Vedel*, Droit administratif, 9. Aufl., Paris 1984, S. 117ff.

Ist es richtig, die Regelungen solcher Rechtsverhältnisse am öffentlich-rechtlichen Rechtsinstitut des Verwaltungsaktes auszurichten; sollten sie sich nicht sinnvollerweise, wenigstens in Analogie, an den, während Jahrhunderten erworbenen Erkenntnissen des Privatrechts orientieren⁹?

Dieses Problem wurde in den verschiedenen Staaten recht unterschiedlich gelöst. Einfach sind die Lösungen im common law. Da das common law nicht zwischen öffentlichem und privatem Recht unterscheidet, unterstehen diese Rechtsverhältnisse der gewöhnlichen Gerichtsbarkeit. Bei der Beurteilung der Rechtsverhältnisse – meist handelt es sich um Verträge – kann der spezifischen Interessenlage somit Rechnung getragen werden. Die im Vertragsrecht erprobten Rechtsmittel der Klage auf Vertragserfüllung, Rücktritt vom Vertrag etc. kommen damit zur Anwendung¹⁰.

In Frankreich wurde durch den berühmten Arrêt Blanco¹¹ schon Ende des 19. Jh. der Begriff des „service public“ geschaffen, um bestimmte wirtschaftliche oder leistende Tätigkeiten der Verwaltung dem Privatrecht zu entziehen und dem öffentlichen Recht zu unterstellen. Seit diesem Zeitpunkt untersteht der „service public administratif“ dem öffentlichen Recht¹².

Das für die Schweiz historisch maßgebende deutsche Verwaltungsrecht ist einerseits von der privatrechtlich fiskalischen und andererseits von der öffentlich-rechtlichen Verwaltung geprägt¹³. Diese Zweiteilung hat dazu geführt, daß Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung, je nach den Unterscheidungskriterien zwischen Privatrecht und

⁹ Vgl. dazu u.a. *L.Eugster*, Die Rechtsnatur der Verhältnisse konzessionierter Privatunternehmen der Daseinsvorsorge zu Dritten, insbesondere zu Abnehmern, Diss. Freiburg 1975.

¹⁰ *H.W.R.Wade*, Administrative Law, Oxford 1982, S. 678ff.; *D.Foulkes*, Administrative Law, 5. Aufl., London 1982, S. 293ff.; *J.Martens*, Die Klagearten im Verwaltungsprozeß, in: *DöV* 1970, S. 476ff. Im amerikanischen Vertragsrecht ist allerdings die Klage auf Vertragserfüllung (Remedy of specific performance) die Ausnahme. Im Gegensatz dazu hat sich hingegen die injunction als Klage auf Vornahme einer Amtshandlung im Verwaltungsrecht sehr stark entwickelt. Vgl. dazu *J.E.Murrey*, On Contracts, 2. Aufl., New York 1974, S. 441.

¹¹ Tribunal des Conflicts, 8. Febr. 1873, Blanco, Rec. 1er suppl 61, concl. David; siehe auch *M.Long/P.Weil/G.Braibant*, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 7. Aufl., S. 5ff.

¹² *J.M.deForges*, Les institutions administratives françaises, Paris 1983, S. 37ff.; *G.Braibant*, Le droit administratif français, Paris 1984, S. 145ff.

¹³ *R.Rhinow*, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Wandel, in: FS Eichenberger, Basel 1982, S. 657ff.

öffentlichem Recht, entweder dem einen oder anderen Rechtsgebiet zugeordnet werden¹⁴.

Im kontinentaleuropäischen Recht können Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung durch drei verschiedene Rechtsinstitute begründet werden: Im Rahmen des Privatrechts durch den privatrechtlichen Vertrag; im Rahmen des öffentlichen Rechts durch den Verwaltungsakt bzw. die Verfügung sowie durch den öffentlich-rechtlichen Vertrag¹⁵. Je nach Verwaltungsrecht hat das eine oder andere Rechtsinstitut den Vorrang. Im schweizerischen Verwaltungsrecht liegt das Schwergewicht bei der Verfügung. Beim Vergleich zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Schweiz drängen sich diesbezüglich allerdings folgende wichtige Feststellungen auf:

1. Im deutschen Verwaltungsverfahren hat der verwaltungsrechtliche Vertrag auf Gesetzesstufe den gleichen Rang wie der Verwaltungsakt. Das schweizerische Verwaltungsverfahren dagegen kennt als beschwerdefähigen Entscheid der Verwaltung nur den Verwaltungsakt, der generell als *Verfügung*¹⁶ bezeichnet wird. Der verwaltungsrechtliche Vertrag wird im schweizerischen Verwaltungsverfahrensgesetz mit keinem Wort erwähnt, so fehlt denn auch eine dem § 54 des Verwaltungsverfahrensgesetzes entsprechende Bestimmung, die zwischen Vertrag und Verwaltungsakt zumindest auf Gesetzesstufe eine gewisse Parallelität hergestellt hat. Dies führt dazu, daß dem verwaltungsrechtlichen Vertrag im schweizerischen Recht, im Vergleich zur Bundesrepublik Deutschland, eine eher untergeordnete Bedeutung zukommt.

2. Die Entwicklungen des deutschen Rechts zum sogenannten Verwaltungsprivatrecht, wie auch die sogenannte Zweistufentheorie, haben sich in der schweizerischen Praxis noch kaum durchsetzen können¹⁷. Aus diesem Grund haben die Gerichte die Tendenz, Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung – wenn immer möglich – dem öffentlichen Recht zuzuordnen¹⁸.

¹⁴ H.U.Erichsen/W.Martens, Das Verwaltungshandeln, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Berlin/New York 1986, S. 321ff.

¹⁵ Dazu: M.Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt, Stuttgart 1962; H.Ders, Verwaltungsakte und sonstige öffentlichrechtliche Rechtsgeschäfte in der Sozialversicherung, VerwArch. 33, 1928, S. 99ff.; J.Schmidt-Salzer, Tatsächlich ausgehandelter Verwaltungsakt, zweiseitiger Verwaltungsakt und öffentlich-rechtlicher Vertrag, in: VerwArch. 62, 1971, S. 135ff.

¹⁶ P.Saladin, Verwaltungsprozeßrecht und materielles Verwaltungsrecht, in: ZSR 1975, Bd. II, S. 307ff.; G.Müller, Legitimation und Kognition in der Verwaltungsrechtspflege, in: ZBl 1982, S. 281ff.; Th.Fleiner-Gerster, Die strapazierte Verfügung, Verwaltungsrechtliches Kolloquium der Bundesverwaltung, Bern 1986.

¹⁷ Vgl. dazu u.a. A.Grisel, Fn. 4, Bd. I, S. 114ff.

¹⁸ P.Moor, Le Droit administratif et la distinction entre le droit public et le droit privé, in: FS Zwahlen, Lausanne 1977, S. 145ff.

3. Ich halte die Verfügung für ein in der Regel ungeeignetes Institut, um Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung zu begründen. Die Verfügung findet ihren Ursprung im „acte administratif contentieux“, d.h. im richterähnlichen Hoheitsentscheid der Verwaltung. Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung gehören nur entfernt zur hoheitlich richterähnlichen Tätigkeit der Verwaltung¹⁹. So hat die Aufnahme eines Patienten in ein Spital, die in der Schweiz durch Verfügung erfolgt, mit einer richterlichen Entscheidung wenig Ähnlichkeit²⁰.

2. Die Besonderheiten der Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung

Während in der Eingriffsverwaltung einseitig Rechte und Pflichten begründet werden, übernehmen im Rahmen der Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung meistens zwei oder mehrere „Parteien“ Rechte und Pflichten. Zwischen diesen Rechten und Pflichten besteht eine gewisse Gegenseitigkeit, manchmal sogar ein grundsätzliches Gleichgewicht. Weder Verwaltung noch Leistungsempfänger sollten sich bei der Ausgestaltung solcher Rechtsverhältnisse ungleichgewichtige Pflichten aufbürden oder Rechte zuordnen²¹. In diesem Sinne gleichen die Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung eher den privatrechtlichen Schuldverhältnissen. Diese können synallagmatischen Charakter²² haben, wie etwa das Telephonabonnement oder die Lieferung elektrischer Energie, oder sie können dem Leistungsempfänger zwar keine Austauschpflicht, hingegen, wie ungleiche Schuldverhältnisse, Neben-, Sorgfaltspflichten oder andere „Obliegenheiten“ auferlegen. In der Sozialversicherung zum Beispiel leistet der Versicherte Beiträge, überdies muß er, ähnlich wie der Privatversicherte dafür sorgen, daß der mögliche Versicherungsschaden klein bleibt; an der Universität muß der Student neben seiner Gebührenpflicht gewisse Leistungen, so zum Beispiel den Diplomabschluß nach einer bestimmten Frist, erbringen, der Subventionsempfänger muß die Subvention im Sinne des staatlichen Auftrages verwenden²³; der Patient hat den Spital-

¹⁹ *F. Blancpain*, La Formation historique de la Théorie de l'Acte administratif unilatéral, Thèse Paris 1979 (polycop.); *O. Mayer*, Verwaltungsrecht, Leipzig 1895, S. 59 und 94; *Idem*, Théorie des françaisischen Verwaltungsrechts, Straßburg 1896, S. 103; *U. Scheuner*, Der Einfluß des französischen Verwaltungsrechts auf die deutsche Rechtsentwicklung, in: DöV 1963, S. 714ff.

²⁰ *J. Keller*, Die Rechtsstellung des Patienten im öffentlichen Spital, Diss. Freiburg 1976, S. 68ff.

²¹ Dazu z.B. BGE 108 V 258.

²² Ähnlich *H. Zacher*, Verwaltung durch Subventionen, in: VVDStRL 25 (1967), S. 318; *H.P. Ipsen*, ebenda, S. 257.

²³ *V. Götz*, Recht der Wirtschaftssubventionen, München 1966, S. 45ff.; *M. Zuleeg*, Die Rechtsform der Subventionen, Berlin 1965.

aufenthalt durch seine Krankenkassenbeiträge finanziert, muß sich aber im Sinne der Anordnungen der Ärzte und Krankenschwestern „wohlverhalten“. Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung haben somit viele Gemeinsamkeiten mit den Schuldverhältnissen des Privatrechts.

Andererseits dürfen wir nicht übersehen, daß neben dieser Analogie zum Privatrecht auch einige erhebliche Unterschiede bestehen, denen Rechnung zu tragen ist. Im Gegensatz zum Privatrecht muß bei der Leistungsverwaltung dem Grundsatz der *Rechtsgleichheit* mehr Beachtung geschenkt werden. So sollte z.B. eine Krankenkasse allen Kassenmitgliedern unter gleichen Voraussetzungen gleiche Vorteile gewähren²⁴.

Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung sind überdies meist nichts anderes als *Konkretisierungen öffentlich-rechtlicher Aufgaben*. Rechtsverhältnisse des privaten Schuldrechts andererseits dienen in der Regel dazu, bestimmte individuelle Interessen der am Rechtsverhältnis beteiligten Partner zu verwirklichen. Diese wollen mit dem Rechtsverhältnis ein „gutes Geschäft“ machen. Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung setzen hingegen abstrakte öffentliche Interessen in konkrete Wirklichkeit um. Selbstverständlich darf nun das öffentliche Interesse dem privaten Interesse nicht einfach gleichgestellt werden. Dies zeigt sich darin, daß der Staat meist nicht partnerschaftlich, sondern durch generelle Finanzierung überproportional am Rechtsverhältnis beteiligt ist. Der Staat finanziert durch den allgemeinen Finanzhaushalt die Aufgabe entweder selber (Schule), oder er trägt durch Subventionen (Sozialversicherung) Lasten, die durch private Beiträge nicht finanziert werden könnten. Er verzichtet also im Interesse der öffentlichen Aufgabe bewußt auf den Abschluß eines „guten Geschäfts“.

An Rechtsverhältnissen der Leistungsverwaltung ist der „Staat“ immer in der einen oder anderen Weise beteiligt. Allerdings wird der Staat meistens durch mehr oder weniger *dezentralisierte Verwaltungseinheiten* tätig. Dabei kann es sich um Anstalten²⁵, um öffentlich-rechtliche Körperschaften²⁶, um privatrechtliche oder öffentlich-

²⁴ BGE 108 V 258; *H. Huber*, Sinnzusammenhang des Willkürverbots mit der Rechtsgleichheit, in: FS André Grisel, Neuchâtel 1983, S. 127ff.

²⁵ Vgl. *A. Grisel*, Fn. 4, S. 223; *Th. Fleiner-Gerster*, Grundzüge des Allgemeinen und Schweizerischen Verwaltungsrechts, 2. Aufl., Zürich 1980, S. 407ff.; *K. Lange*, Die öffentliche Anstalt, VVDStRL 44 (1986), S. 169ff. und *R. Breuer*, VVDStRL 44 (1986), S. 213ff.; für die Schweiz als Beispiel für die Anstaltsregelung in einem Kanton: *Ph. Stähelin*, Die rechtsfähigen öffentlich-rechtlichen Anstalten des Kantons Thurgau, Diss. Freiburg 1972.

²⁶ Vgl. dazu *Karl Dörig*, Die Wald- und Flurkorporationen im Kanton Appenzel-Innerrhoden, Diss. Zürich 1970.

rechtliche Stiftungen, um gemischtwirtschaftliche oder gar um private, mit öffentlichen Aufgaben beliehene Unternehmen handeln. Je nachdem, ob die dezentralisierte Verwaltungseinheit eigene Rechtspersönlichkeit hat, haftet sie entweder mit ihrem eigenen Vermögen für allfällige Schäden oder es haften – je nach Trägerschaft – der Bund, der Kanton oder die Gemeinde. Wenn die dezentralisierte Verwaltungseinheit gewerblich tätig ist, wie z.B. ein Elektrizitätswerk oder eine Kantonbank, haftet sie gemäß schweizerischem Recht ausservertraglich nach den Regeln des Bundesprivatrechtes²⁷. Wenn sie aber nicht gewerblich tätig ist, haftet sie nach dem öffentlichen Haftpflichtrecht, das von Kanton zu Kanton verschieden ist. Denn die Schweiz kennt, im Gegensatz zum Bonner Grundgesetz, keine allgemeine Haftpflicht des Staates im Sinne von Art. 34 GG. Je nach Kanton kann also die Stellung des an einem Rechtsverhältnis der Leistungsverwaltung beteiligten Geschädigten günstiger oder weniger günstig sein.

Eine weitere Besonderheit findet sich im *Monopolcharakter* vieler Leistungsträger²⁸. Dem Bürger, der auf die entsprechende Leistung angewiesen ist, wie etwa auf den Bezug der elektrischen Energie, bleibt meist nichts anderes übrig, als mit dem betreffenden staatlichen Unternehmen in ein Rechtsverhältnis einzutreten. Diese Monopolstellung verpflichtet die Verwaltung somit zu besonders sorgfältiger Durchführung der Leistung. Bei der Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses kann weder dem Leistungsempfänger noch der Verwaltung das Recht eingeräumt werden, den Vertrag aufzulösen, wie dies bei privatrechtlichen Verträgen im Falle von Leistungsstörungen möglich ist. Da der Leistungsempfänger auf die Beibehaltung des Rechtsverhältnisses angewiesen ist, kann er lediglich die Behebung der Leistungsstörung sowie Ersatz für erlittenen Schaden verlangen. Dieser faktischen Abhängigkeit des Leistungsempfängers vom Monopolbetrieb ist bei der Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zweifellos Rechnung zu tragen.

3. Typologische Unterschiede der Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung

Im Privatrecht werden seit langem gewisse Typen von Vertragsverhältnissen voneinander unterschieden. Je nach vereinbartem Gehalt der Leistung werden dem Vertragstypus unterschiedliche Rechtsfolgen zugewiesen. Beim Auftragsverhältnis, auf das nach schweizeri-

²⁷ Schweizerisches Obligationenrecht, SR 220, Art. 61.

²⁸ E. Grisel, Les Monopoles d'Etat, in: FS A. Grisel, Neuchâtel 1983, S. 399ff.

schem Recht, im Gegensatz zum deutschen Recht, sowohl der unentgeltliche wie auch der entgeltliche Auftrag Anwendung finden, wird die Arbeitsleistung als solche geschuldet, es handelt sich um eine nach französischem Recht bezeichnete „obligation des moyens“; der Beauftragte haftet somit nur für die Dienstleistung, nicht auch für das Ergebnis. Beim Werkvertrag hingegen wird überdies der Erfolg, d.h. das fertige Werk, geschuldet. Es ist nach französischem Recht eine „obligation du résultat“. Je nach Zielsetzung der vertraglichen Zusammenarbeit sind somit Vertragserfüllung, Vertragsänderung, Widerruf und Rücktritt anders geregelt²⁹.

Ein weiterer wesentlicher Unterschied macht das Privatrecht je nach der zeitlichen Geltung der Verträge. Es unterscheidet zwischen den punktuellen Austauschverträgen, den Dauerverträgen und den langfristigen Verträgen. Während der allgemeine Teil des Obligationenrechtes weitgehend auf die punktuellen Austauschverträge zugeschnitten ist, wurden die für uns interessanten Regeln der langfristigen und Dauerverträge durch die Doktrin entwickelt. Wesentlich ist hierbei, daß bei diesen Verträgen keine Beendigung ex tunc möglich ist, die Nichtigkeit sich nur auf die Zukunft auswirkt und das Vertragsverhältnis bei veränderten Umständen – jedenfalls nach schweizerischem Recht – nach den Grundsätzen von Treu und Glauben angepaßt werden kann.

Es stellt sich nun die Frage, ob und nach welchen Kriterien sich die Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung in solche Typen einteilen lassen. Da es sich fast ausnahmslos um Dauer- oder langfristige Rechtsverhältnisse handelt, lasse ich in den folgenden Erwägungen das zeitliche Moment unberücksichtigt und unterscheide die Rechtsverhältnisse nach dem Inhalt, dem Träger und der Rechtsnatur der Leistungspflicht.

3.1. Nach dem Inhalt der Leistungen

Hauptmerkmal eines jeden Rechtsverhältnisses der Leistungsverwaltung ist zweifellos der Inhalt der Leistung. Gegenstand des Rechtsverhältnisses kann eine reine *Subvention* sein, wie z.B. ein Beitrag für die Wohnbauförderung oder ein Stipendium. Es kann sich aber auch um eine *Dienstleistung* handeln, wie etwa die Spitalpflege, die Ausstellung von Bildern oder der Transport von Gütern oder Personen durch die Eisenbahn. Die Dienstleistung kann mit einer Sachleistung verbunden sein, wie z.B. die Wasser- oder Energieversorgung. Im Be-

²⁹ Vgl. dazu namentlich P. Gauch, System der Beendigung von Dauerverträgen, Diss. Freiburg 1968, S. 131ff.

reich der Sozialversicherung wiederum steht die *Versicherungsleistung* im Vordergrund³⁰.

Die Leistung der Verwaltung kann des weiteren darin bestehen, daß sie dem Privaten durch eine sogenannte *Konzession* ein staatliches Recht überträgt. Mit dieser Konzession kann der Private die Wasserkraft eines Flußlaufes für die Herstellung von elektrischer Energie oder die staatlichen Sendeinstallationen für die Übertragung von Radio- und Fernsehprogrammen nutzen³¹. Solche Konzessionsverhältnisse begründen, ähnlich wie Pacht- oder Lizenzverträge, in der Regel gegenseitige Rechte und Pflichten³². Der Konzessionär kann, ebenso wie der Pächter, das staatliche Recht nutzen und z.B. Sendungen ausstrahlen, daneben hat er die Pflicht, sich an die Konzessionsauflagen zu halten³³. Er ist berechtigt und meist auch verpflichtet, während der Dauer der Konzession das „staatliche Recht zu nutzen“. Andererseits verpflichtet sich der Staat, dem Konzessionär das Recht zu übertragen und als wohlerworbenes Recht zu achten. Er ist aber berechtigt, Konzessionsgebühren einzuziehen und die Einhaltung der Konzessionsauflagen zu überwachen. Bei Ablauf der Konzession fällt diese an den Staat als Inhaber dieses Rechts zurück³⁴, ohne allerdings den Staat von der Pflicht zu entbinden, die für den Konzessionär nutzlos gewordenen Installationen zu entschädigen.

Diese Gegenseitigkeit von Rechten und Pflichten wird noch verstärkt, wenn Leistungs- und Eingriffsverwaltung ineinander übergehen. Dies ist etwa im schweizerischen Landwirtschaftsrecht der Fall. Der Staat überträgt sein Einfuhrmonopol für Getreide einer Genossenschaft³⁵. Wer Getreide einführen will, muß *Mitglied* dieser *Genos-*

³⁰ Th.Fleiner-Gerster, Die Rechtsstellung der kantonalen Ausgleichskassen im Bund und in den Kantonen, in: ZBl 1984, S. 193ff.

³¹ Dazu: R.Rhinow, Wohlerworbene Rechte und vertragliche Rechte im öffentlichen Recht, in: ZBl 1979, S. 1ff.; für die BRD: F.Ossenbühl und H.U.Gallwas, Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, in: VVDStRL 29 (1971), S. 137ff. und 211ff.

³² M.D'Alberti, Le concessioni amministrative, Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni, Napoli 1981, S. 3ff.

³³ L.Schürmann, Medienrecht, Bern 1985, S. 922; B.Rostan, Le service public de radio et de télévision, Diss. Lausanne 1982, S. 59ff.

³⁴ V.Augustin, Das Ende der Wasserrechtskonzessionen, Diss. Freiburg 1983; B.Knapp, Fin des concessions hydrauliques, in: ZSR 1982, Bd. I, S. 121ff.

³⁵ Schweizerische Genossenschaft für Getreide und Futtermittel (GGF); vgl. dazu den Bundesbeschluß vom 5. Oktober 1984 über die GGF, SR 916.112.218; L.Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bern 1983, S. 153f. und 173ff.; für die Einfuhr von Schlachtvieh: vgl. die Schweizerische Genossenschaft für Schlachtvieh und Fleischversorgung (GSF); dazu: L.Schürmann, ebenda, S. 169f.; M.Anderegg, Entwicklung, Stellung und Aufgabe der schweizerischen Genossenschaft für Getreide und Futtermittel, Diss. Freiburg 1987.

senschaft sein. Die Mitglieder werden andererseits verpflichtet, bei der Einfuhr einer bestimmten Menge Getreide den schweizerischen Produzenten inländisches Getreide abzukufen. Ferner sind sie von Gesetzes wegen gehalten, mit der Verwaltung einen Vertrag über die Lagerung einer bestimmten Menge Getreide abzuschließen³⁶.

Die Leistung kann schließlich in Form einer *Arbeitsleistung* erbracht werden. Dazu gehören etwa die Leistungen im Bereich des Bildungswesens. Steht die reine Arbeitsleistung im Vordergrund der Auftragerfüllung, wie die Heilung eines Patienten, gleicht diese nach schweizerischem Privatrecht einem Auftragsverhältnis. Geht es aber um die *Nutzung* eines staatlichen Rechts, wie bei der Konzession, sind bei der Regelung des Rechtsverhältnisses in erster Linie Verwaltung und Nutzung des Rechts zu berücksichtigen. Möglich sind aber auch kombinierte Leistungen, wie das Spitalverhältnis zeigt. Hier wird die Miete des Spitalplatzes kombiniert mit der Dienstleistung des Arztes und der Krankenschwestern.

3.2. Nach dem Träger der Leistungspflicht

Der Träger der Leistungspflicht kann öffentlich- oder privatrechtlicher Natur sein³⁷. Die Rechtsnatur des Trägers kann, sie muß aber nicht, die Zuordnung des Rechtsverhältnisses zum öffentlichen oder privaten Recht beeinflussen. Überdies wirkt sich die Rechtsnatur des Trägers auf seine vermögensrechtliche Verantwortlichkeit aus.

An den meisten Rechtsverhältnissen der Leistungsverwaltung ist ein dem öffentlichen Recht zuzuordnender Träger beteiligt. Dabei kann es sich um einen Träger des Bundes, des Kantons oder der Gemeinde handeln. Dieser kann gegenüber der Zentralverwaltung mehr oder weniger autonom sein und als Anstalt³⁸, Stiftung, Genossenschaft oder zentrale Staats- bzw. Gemeindeverwaltung (z.B. als Dienstherr) in Erscheinung treten.

Der Träger der Leistungspflicht kann aber auch privatrechtlicher Natur sein. Dies ist zum Beispiel möglich, wenn die Dienstleistungen von privaten Unternehmen, aber im Rahmen eines staatlichen Obligatoriums, gewährt werden. So entrichten private Versicherungsunternehmen Versicherungsleistungen für Motorfahrzeugunfälle im Rahmen der obligatorischen Motorfahrzeughaftpflicht, und private

³⁶ Es handelt sich hier um sogenannte Pflichtlagerverträge; Bundesgesetz vom 8. Oktober 1982 über die wirtschaftliche Lebensversorgung, SR 531.01.

³⁷ B.Knapp, La collaboration des particuliers à l'exécution des tâches d'intérêt général, in: Mélanges Henri Zwahlen, Lausanne 1977, S. 333ff.; Th. Fleiner-Gerster, Verwaltungsrecht, Fn. 25, S. 47, 85ff.

³⁸ K.Lange, Fn. 25, S. 188ff.

Pensionskassen führen das gesetzliche Obligatorium der beruflichen Vorsorgepflicht aus. Im Gegensatz zur Motorfahrzeughaftpflicht unterstehen die Rechtsverhältnisse zwischen der privaten Pensionskasse und den für die Durchführung der Versicherungspflicht verantwortlichen Arbeitgebern sowie zwischen der Versicherung und den versicherten Arbeitnehmern dem öffentlichen Recht. Aus diesem Grund entscheidet das Eidgenössische Versicherungsgericht in letzter Instanz über Streitigkeiten auf dem Gebiet der beruflichen Vorsorge.

Auch eine privatrechtliche Stiftung, wie z.B. der Nationalfonds³⁹, der staatliche Gelder für die Forschungsförderung erhält, um sie direkt für Forschungsprojekte zur Verfügung zu stellen, kann Träger der Leistungspflicht sein. Entscheidungen des Nationalfonds unterstehen dem öffentlichen Recht und gelten als beschwerdefähige Verfügungen. Ebenso unterliegt die Rückforderung zu Unrecht ausbezahlter Forschungsbeiträge dem öffentlichen Recht⁴⁰.

Privatrechtlicher Natur sind gewisse Kantonalbanken. Diese nehmen zwar eine öffentliche Aufgabe wahr, sind aber als private Aktiengesellschaften organisiert und unterstehen deshalb dem Privatrecht.

Viele Träger der Leistungspflichten sind gemischtwirtschaftlicher Natur⁴¹. Sie sind, wie die Beispiele der Swissair oder verschiedener Elektrizitätswerke zeigen, privatrechtlich organisiert; der Staat ist am Unternehmen einerseits als Aktionär und andererseits als Konzessionsgeber beteiligt. Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung bestehen auch gegenüber anderen juristischen Personen des Privatrechts, die zwar ausschließlich in privater Hand, aber dennoch über ein Konzessionsverhältnis mit dem Staat verbunden sind und als Konzessionäre staatliche Aufgaben im öffentlichen Interesse auszuführen haben. Diese können durch eine Konzessionsauflage verpflichtet werden, Vertreter des Staates in den Aufsichtsgremien zuzulassen oder der Exekutive ein Wahlrecht für die Wahl der Leitungsgremien einzuräumen. Bei allen konzessionierten Unternehmen besteht das Rechtsverhältnis einmal zwischen Konzessionsgeber und Konzessionär, es besteht aber auch zwischen Konzessionär und Leistungsempfänger, z.B. dem Abnehmer elektrischer Energie.

Die Träger von Leistungspflichten lassen sich auch von ihrer *Funktion* bzw. von ihrem Aufgabenbereich her unterscheiden. Das französische Verwaltungsrecht unterscheidet zwischen den „services publics

³⁹ Vgl. dazu R.Schwarzmann, Der Schweizerische Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung, Zürich 1985.

⁴⁰ Bundesgesetz vom 7. Oktober 1983 über die Forschung, SR 420.1, Art. 8ff.

⁴¹ Zum gemischtwirtschaftlichen Unternehmen, vor allem L.Schürmann, Fn. 35, S. 213ff.

administratifs“ und den „services publics industriels et commerciaux“. Diese Unterscheidung dient weitgehend dazu, das Benutzerverhältnis bei den „services publics administratifs“ dem öffentlichen und bei den anderen Diensten dem privaten Recht zu unterstellen⁴².

3.3. Nach der Rechtsnatur der Leistungspflicht

Die Leistungspflicht kann obligatorisch und gesetzlich festgelegt sein. Das Gesetz kann Leistungspflicht und Adressaten der Leistung endgültig fixieren, oder es kann den Inhalt der Leistung nur grundsätzlich umschreiben und dem Träger der Leistungspflicht für die Anwendung im Einzelfall ein mehr oder weniger großes Ermessen zugestehen⁴³. Aber selbst die Frage, ob überhaupt eine Leistung gewährt werden soll, kann dem freien Ermessen des Leistungsträgers anheimgestellt sein. Dies ist der Fall bei der Gewährung eines Hypothekarkredites durch eine Kantonalbank oder einer Wassernutzungskonzession durch den Kanton.

Freiwilligkeit beziehungsweise Obligatorium bestimmen sich weitgehend nach verfassungsrechtlichen Erwägungen. Wo Grundrechte auf dem Spiel stehen, wie die Rechtsgleichheit in der Sozialversicherung oder die rechtsgleiche Behandlung von Anstaltsbenutzern, muß das Ermessen bei der Auswahl der Leistungsempfänger, wie etwa Anspruch auf einen Telephonanschluß, entsprechend eingeschränkt werden. Wenn aber die Leistungsmöglichkeiten mit den Anforderungen der Rechtsgleichheit gegenseitig abgewogen werden müssen, z.B. der Anspruch des Patienten auf eine Nierentransplantation, ist der Verwaltung ein größeres Ermessen einzuräumen. Über einen großen Ermessensspielraum bei der Begründung des Rechtsverhältnisses verfügt die Verwaltung aber auch, wenn die Anzahl der Berechtigten aus wirtschaftspolitischen Gründen eingeschränkt ist, wie im Landwirtschaftsrecht der Entscheid über die Aufnahme neuer Mitglieder in die Getreide- und Futtermittelgenossenschaft. Kaum kontrollierbar ist das Ermessen beim Abschluß von Konzessionsverhältnissen, wie etwa bei der Gewährung einer Fernseh- oder Wassernutzungskonzession⁴⁴.

⁴² Vgl. G.Braibant, Fn. 12, S. 145ff.

⁴³ Zur Typologie des Ermessens vgl. Ch.Starck, *Verwaltungsermessen im modernen Staat*, hrsg. Martin Bullinger, Baden-Baden 1985, S. 31ff.

⁴⁴ N.Korrodi, *Die Konzession im schweizerischen Verwaltungsrecht*, Diss. Zürich 1973, S. 45; P.Pfenniger, *Die Erteilung von Konzessionen und Bewilligungen bei Fremdenverkehrsbahnen und Skiliften*, Diss. Zürich 1968, u.a. S. 114ff.

3.4. Rechtsfolgen

Im Rahmen dieses Referates lassen sich die für die Festlegung der aus den Typen der Rechtsverhältnisse sich ergebenden Rechtsfolgen unmöglich erarbeiten und darstellen. Einige beispielhafte und noch keineswegs ausgereifte Andeutungen müssen hierfür genügen:

Das Subventionsverhältnis müßte Regelungen enthalten über den Zeitpunkt der Fälligkeit der Forderung und über die Beendigung des Subventionsverhältnisses, die Folgen verspäteter Erfüllung sowie eine der culpa in contrahendo entsprechende Regelung für die Wirkungen der Verhandlungen sowie die Auflagen und Eingaben, die von der Subventionsbürokratie gemacht werden. Ferner müßte man zwischen zwei verschiedenen Typen von Subventionsverhältnissen unterscheiden, je nach dem, ob es sich um die indirekte staatliche Finanzierung einer öffentlichen Aufgabe oder um eine Förderung von Aufgaben handelt, welche, sei es von Privaten, sei es von Kantonen oder Gemeinden, aus eigener Initiative und Motivation ausgeführt, aber aus Gründen des öffentlichen Interesses als subventionswürdig betrachtet werden. Im ersten Fall müßte das Subventionsverhältnis eher dem Dienstleistungsvertrag, im zweiten Fall dem mit Auflage versehenen Schenkungsvertrag entsprechen. Demgemäß unterschiedlich müßten die Folgen der mangelhaften Erfüllung der Forderung und der mit der Subvention verbundenen Auflagen ausgestaltet werden. In jedem Fall dürfte die Subvention nicht durch Verfügung, sondern nur durch ein der Bereicherungsklage entsprechendes Rechtsmittel bei Nichtbefolgung der Subventionsauflagen zurückgefordert werden.

Beim Sozialversicherungsverhältnis müßte der Dauer des Rechtsverhältnisses einerseits und dem Versicherungsverhältnis andererseits Rechnung getragen werden. Dies hätte zur Folge, daß einseitige Änderungen nur im Rahmen von Treu und Glauben zulässig sind, daß sie im Falle von Streitigkeiten nicht einseitig, sondern nur durch den Richter verbindlich festgelegt werden dürfen und daß rechtswidrige Änderungen ebenso wenig durch Ablauf von Rechtsmittelfristen geheilt werden können wie solche von privaten Versicherungen. Sowohl das Problem der Überversicherung wie auch die Pflicht des Versicherten sich wohlzuverhalten, d.h. seine Obliegenheiten zu erfüllen, müßten generell durch eine Mißbrauchsklausel geregelt werden, die nicht nur gegenüber dem Versicherten, sondern auch gegenüber der Versicherung und verbindlich ausschließlich durch Richterentscheid anzuwenden ist.

Der Träger von Rechtsverhältnissen der Leistungsverwaltung sollte ferner das Rechtsverhältnis nicht durch hoheitliche Verfügung ausgestalten können. Wie im privatrechtlichen Schuldverhältnis sollte die Ausgestaltung dem Einvernehmen der Parteien und letztlich dem

Richter anvertraut sein. Dieser müßte sich in seiner Rechtsprechung vom Grundsatz von Treu und Glauben leiten lassen, welcher sowohl dem Träger der Leistungsverwaltung wie auch dem Empfänger von Leistungen gegenüber zu gelten hat.

4. Hauptprobleme der Rechtsverhältnisse

Hauptprobleme der Rechtsverhältnisse sind die beschränkte Gestaltungsfreiheit und die ungleiche Verteilung von Rechten und Pflichten der am Rechtsverhältnis beteiligten Parteien.

4.1. Die beschränkte Gestaltungsfreiheit

Im Gegensatz zu den privatrechtlichen Rechtsverhältnissen ist die Freiheit der Parteien bei der *Begründung und Ausgestaltung* der Rechtsverhältnisse sehr stark eingeschränkt. Schranken bestehen auf Grund des Verfassungs- und Gesetzesrechts, sie bestehen aber auch auf Grund von internen Weisungen und Reglementen.

Während im Privatrecht Gesetz und gute Sitten den Rahmen und die Grundlage für die Dispositionsfreiheit der Parteien bilden, werden die Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung weitgehend durch Verfassung und Gesetz festgelegt. So regelt das Gesetz den Aufgabenbereich (z.B. Spitäler, Universitäten, Sozialversicherungszweige), den Umfang der Leistungspflicht (z.B. Prämienhöhe der AHV), den Umfang des Leistungsanspruchs (Rente) sowie die Voraussetzungen für die Gewährung von Leistungen (z.B. Immatrikulationsbedingungen der Universität).

Neben dem Gesetz schränken auch interne Reglemente und Statuten, Weisungen der Aufsichtsbehörde sowie andere interne Anordnungen das Ermessen der Verwaltung beim Abschluß und bei der Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse ein. Dies gilt unter anderem für die Rechtsverhältnisse im Bereich der Energieversorgung. Es trifft auch für die Anordnung einer Schulpflege zu, welche auf Grund einer Verordnung eine örtliche Schul- und Hausordnung erlassen und darin das Verhalten der Schüler außerhalb der Schule regeln kann⁴⁵.

⁴⁵ Vgl. A.Müller, Schule und Schulbenutzer, Eine Untersuchung der gegenseitigen Beziehungen unter besonderer Berücksichtigung des aargauischen Rechts, Diss. Zürich 1978, S. 228ff.; M.Imboden/R.Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bd. II, 5. Aufl., Nr. 65, Basel 1976; ZBl 1984, S. 468: „Lehre und Rechtsprechung anerkennen, daß die Organe der Anstalt auch ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage ermächtigt sind, das zwischen der Anstalt und den Benutzern bestehende Verhältnis zu ordnen. . . .“; vgl. zum Gesetzesvorbehalt bei der Gründung der Anstalt: R.Breuer, Fn. 25, S. 235.

Ebenso kann die Gestaltungsfreiheit durch Weisungen der Aufsichtsbehörde eingeschränkt werden. So hat etwa das Bundesamt für Sozialversicherung in seinen Weisungen umschrieben, wie der Begriff der „Erwerbstätigkeit“ im Gesetz über die Invalidenversicherung ausgelegt werden müsse⁴⁶.

Da viele Rechtsverhältnisse durch einseitige Verfügungen begründet und ausgestaltet werden, haben die Leistungsempfänger oft kaum eine Einflußmöglichkeit auf die konkrete Ausgestaltung der Rechte und Pflichten der am Rechtsverhältnis beteiligten Parteien. Wie kann ein Patient oder seine Angehörigen den Inhalt des Rechtsverhältnisses mit dem Spital beeinflussen, wenn die Aufnahme ins Krankenhaus durch Verfügung begründet wird⁴⁷? Durch eine Verfügung wird auch einseitig der Beginn der obligatorischen Schulpflicht begründet, über die Promotion eines Schülers entschieden, das Recht zur Kiesausbeutung verliehen⁴⁸, der Student an der Universität immatrikuliert, der Versicherte in die Krankenkasse aufgenommen, die Rentenberechtigung festgelegt, das Telephonabonnement der PTT oder das Rechtsverhältnis des Wasserbezügers mit der Gemeinde begründet⁴⁹.

Aber nicht nur die Begründung, sondern auch die Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse erfolgt meist durch Verfügung. So ist z.B. die Rechnung, die eine private Krankenkasse dem Versicherten zustellt, eine Verfügung⁵⁰. Durch hoheitliche und einseitige Verfügung wird auch die Versicherungsleistung der Unfallversicherung herabgesetzt, wenn der Versicherte den Unfall grobfahrlässig herbeigeführt hat⁵¹.

In gewissen Fällen allerdings werden die Rechtsverhältnisse durch Vertrag begründet. Dabei kann es sich um öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Verträge handeln. Bezweckt der Vertrag allerdings die Verwirklichung öffentlicher Interessen, unterliegt er in der Regel dem öffentlichen Recht⁵². Das öffentliche Recht muß deshalb Rechtsgrundlage solcher Verträge sein, weil die meisten Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung durch die Verwaltung einseitig abgeändert und den Verhältnissen angepaßt werden können. Überdies ist der Inhalt der konkreten Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses auch bei vertraglichen Regelungen vielfach durch Gesetz und Reglement bestimmt⁵³.

⁴⁶ BGE 107 V 154.

⁴⁷ BGE 108 V 40.

⁴⁸ BGE 109 II 76.

⁴⁹ BGE 103 II 314.

⁵⁰ BGE 108 V 248.

⁵¹ BGE 109 V 151.

⁵² BGE 99 Ib 120, 105 Ia 393, 105 II 234 und 111 II 149, 110 V 186.

⁵³ BGE 105 II 237. Überdies wird das vertragliche Rechtsverhältnis oft durch

Zweifelloos wird somit die Freiheit der am Rechtsverhältnis beteiligten Parteien, dieses entsprechend ihrer besonderen Interessenlage zu gestalten, bereits dadurch wesentlich eingeschränkt, daß nach schweizerischem Recht die meisten Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung dem öffentlichen Recht unterstellt sind. Da sich das in Deutschland entwickelte Verwaltungsprivatrecht bis jetzt in der Schweiz noch kaum durchsetzen konnte, lassen sich die verfassungsrechtlichen Schranken der Grundrechte und namentlich die Rechtsgleichheit nur über das hoheitliche öffentliche Recht verwirklichen. Um sicherzustellen, daß die Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung an die Grundrechte der Verfassung gebunden sind, werden diese somit – wenn immer möglich – dem öffentlichen Recht zugeordnet.

Dies wiederum führt dazu, daß selbst dann, wenn das Rechtsverhältnis vertraglichen Charakter hat, aus den oben genannten Gründen aber dem öffentlichen Recht zugeordnet wird, der betroffenen privaten Partei kaum die Rechte zur Durchsetzung der Vertragserfüllung zustehen, die ihr im Rahmen eines privatrechtlichen Vertrages zustehen würden. Dabei ist zu beachten, daß nach schweizerischem Privatrecht die Klage auf Realerfüllung sowohl im materiellen Bundesprivatrecht wie auch im kantonalen Prozeßrecht vorgesehen ist. Das öffentliche Vertragsrecht hingegen kennt nach schweizerischem Recht keine Klage auf Realerfüllung, keine Möglichkeit des Rücktritts vom Vertrag verbunden mit der Schadenersatzklage noch die Wandelungs- oder Minderungsklage⁵⁴.

Unterschiede bestehen aber auch zwischen der öffentlich-rechtlichen und der privatrechtlichen Verantwortlichkeit. Die Staatshaftung ist von Kanton zu Kanton unterschiedlich geregelt. Demnach sind die Aussichten der Leistungsempfänger auf Schadenersatz je nach Kanton verschieden. Um hier allerdings einer möglicherweise stoßenden Rechtsungleichheit entgegenzuwirken, sieht das Schweizerische Obligationenrecht vor, daß die Kantone bei gewerblichen Verrichtungen nach den Regeln des Privatrechts, z.B. als Geschäftsherren, haften. So haften die im Kanton Zürich tätigen Elektrizitätswerke und die Kantonalbank für außervertragliche Schädigungen nicht nach dem zürcherischen Staatshaftungsgesetz⁵⁵, sondern nach den Bestimmungen des

Verwaltungsakt erfüllt. Siehe dazu: *J. Fluck*, Die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Verpflichtungsvertrages durch Verwaltungsakt, Berlin 1985.

⁵⁴ Vgl. *P. Gauch*, Der Werkvertrag, 3. Aufl., Zürich 1985, Nr. 1121ff.; vgl. für die beschränkte Übernahme zivilrechtlicher Rechtsinstitute ins öffentliche Recht: *M. Leuthold*, Die Anwendung von Zivilrecht auf öffentlichrechtliche Rechtssachen, Diss. Zürich 1970.

⁵⁵ Gesetz über die Haftung des Staates und der Gemeinden sowie ihrer Behörden, vom 14. September 1969, GS 170.1.

Bundesprivatrechts^{56,57}. Die öffentlichen Spitäler hingegen unterstehen dem kantonalen Staatshaftungsgesetz, denn sie üben keine gewerblichen Verrichtungen aus⁵⁸. Die öffentlich-rechtliche Haftung des Spitals besteht nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung sogar für die private ärztliche Tätigkeit eines Chefarztes, sofern der Patient eine vom Spital vorgesehene Leistung erhält⁵⁹.

4.2. *Ungleiche Verteilung von Rechten und Pflichten*

4.2.1. *Die Pflicht zum Wohlverhalten des Leistungsempfängers*

Während nach unseren Vorstellungen die dem Privatrecht zuzuordnenden Rechtsverhältnisse der Verwirklichung privater Interessen dienen, sollen die dem öffentlichen Recht unterstellten Rechtsverhältnisse öffentliche Interessen verwirklichen. Zwar dient die Verwirklichung von öffentlichen Interessen meist auch der Befriedigung privater Interessen. Aufgrund der gesetzlich fixierten Aufgabe decken sich aber in diesem Falle private und öffentliche Interessen. Das öffentliche Interesse der Gesundheit deckt sich mit dem individuellen Interesse des Patienten nach möglichst rascher Heilung seiner Krankheit.

Sowohl die leistende Verwaltung wie auch der Leistungsempfänger nehmen in diesem Sinne Aufgaben im öffentlichen Interesse wahr. Der Empfänger von Sozialrenten erhält diese, weil die Erhaltung des Existenzminimums jedes Bürgers im AHV-Alter als eine Aufgabe im öffentlichen Interesse betrachtet wird, die sich nur verwirklichen läßt, wenn jeder – auch der Reiche – an der Sozialversicherung beteiligt ist und als Versicherungsnehmer Anspruch auf eine Versicherungsleistung hat. Da der Sozialrentner aber eben öffentliche Versicherungsleistungen erhält, werden ihm oft auch strengere Pflichten des Wohlverhaltens auferlegt als dem privaten Versicherungsnehmer. So kann nach schweizerischer Praxis die Invalidenrente des Krebskranken gekürzt werden, wenn dessen Kehlkopfkrebs durch Rauchen grobfahrlässig herbeigeführt wurde⁶⁰. Daß dabei auch die Familie möglicherweise unverschuldet benachteiligt wird, wird erst gar nicht berücksichtigt, obwohl es zweifellos dem öffentlichen Zweck der Sozialversicherung

⁵⁶ Schweizerisches Obligationenrecht, Fn. 22, Art. 61, Abs. 2.

⁵⁷ Vgl. § 3 Abs. 2 des kantonalen Staatshaftungsgesetzes, der auf die Spezialgesetzgebung verweist; vgl. Gesetz über die Zürcher Kantonalbank, vom 28. Mai 1978, GS 951.1, § 23 Abs. 1.

⁵⁸ BGE 111 II 152.

⁵⁹ BGE 111 II 153ff.

⁶⁰ BGE 111 V 201; vgl. dazu auch A. Maurer, Widerrechtliche Kürzung von Invalidenrenten, NZZ, 2. Juli 1986, Nr. 150.

entspricht, auch die Angehörigen des Rentenberechtigten als zumindest indirekt Begünstigte zu betrachten!

Wer an einem Rechtsverhältnis der Leistungsverwaltung beteiligt ist, gerät aber nicht nur deswegen in eine einseitige Abhängigkeit, weil ihm die Leistung einseitig gekürzt werden kann, sondern auch, weil er außerdem in vielen Fällen einer zusätzlichen disziplinarischen Verantwortlichkeit unterstellt ist. So können die sorgfältige Erarbeitung von Schulaufgaben, das anständige Benehmen in der Eisenbahn, die sparsame Verwendung des Wassers in Notzeiten oder das Besuchsverbot im Spital mit disziplinarischen Maßnahmen durchgesetzt werden⁶¹.

Die Wohlverhaltenspflichten der Leistungsempfänger werden meist sehr allgemein durch Generalklauseln mit unbestimmten Rechtsbegriffen umschrieben. Sie können durch interne Reglemente oder Anweisungen konkretisiert werden. Im übrigen sind sie auf dem Weg des Disziplinarrechtes⁶², durch Subventionskürzungen, durch teilweisen oder gänzlichen Widerruf sowie durch Abänderung der Verfügung und der damit verbundenen Kürzung von Vorteilen durchsetzbar⁶³.

4.2.2. Die mangelhaften Rechtsmittel gegenüber Leistungsstörungen

Die Verwaltung kann das Wohlverhalten des Leistungsempfängers – wie erwähnt – meist sehr einfach, d.h. durch disziplinarische Maßnahmen oder durch die Androhung des Widerrufs der Verfügung, durchsetzen. Dem Leistungsempfänger hingegen stehen, zumindest nach schweizerischem Verwaltungsrecht, kaum effektive Möglichkeiten zur Behebung allfälliger Leistungsstörungen zur Verfügung. Wie können sich Patienten wehren, die im Spital schlecht behandelt oder gar vernachlässigt werden⁶⁴? Obwohl sich solche Probleme vielfach informell recht gut und unbürokratisch beheben lassen, bleibt doch die Frage offen, ob es nicht rechtliche Mittel geben sollte, mit denen der Einzelne notfalls gegen Leistungsstörungen gerichtlich vorgehen kann.

Im Gegensatz zum kontinentaleuropäischen Verwaltungsrecht kennt das common law die Klage auf Vornahme einer Leistung (in-

⁶¹ Zum Schulrecht: vgl. *C.Portner*, Die Anstaltsgewalt öffentlicher Schulen mit Beispielen aus dem zürcherischen Recht, Diss. Zürich 1970; *J.Dinkelmann*, Die Rechtsstellung des Schülers im Schülerdisziplinarrecht, Diss. Freiburg 1985.

⁶² Vgl. *G.K.Hug-Beeli*, Persönliche Freiheit und besondere Gewaltverhältnisse, Diss. Zürich 1976.

⁶³ Es handelt sich hier zweifellos um die obrigkeitsrechtlichen Relikte, die Herr *Bachof* an der Regensburger Tagung zur Sprache brachte, in: *VVDStRL* 30 (1971), S. 206.

⁶⁴ Vgl. z.B. das Problem der Organtransplantation bei *J.P.Müller*, Recht auf Leben, persönliche Freiheit und das Problem der Organtransplantation, in: *ZSR* 1971, Bd. I, S. 457ff.

junction⁶⁵, mandamus⁶⁶), die Klage auf Unterlassung (prohibition bzw. injunction), ganz unabhängig davon, ob das Rechtsverhältnis vertraglich ist oder nicht. Ist es vertraglich, steht selbstverständlich zudem noch der Rücktritt vom Vertrag, verbunden mit Schadensersatz, zur Verfügung.

4.2.3. Ungleichheiten bei der Anpassung und der Änderung des Rechtsverhältnisses

Sehr oft sind Benutzungsordnungen, z.B. von Anstalten, einseitig durch die Anstalt oder den Ordnungsgeber abänderbar. So können die Bedingungen für Energielieferungen eines Elektrizitätswerkes, sei es durch Verordnung oder Anstaltsreglement, einseitig abgeändert werden. Ein privatrechtlicher Vertrag, der dem einen Partner derart umfassende Befugnisse übertragen würde, wäre wohl ungültig⁶⁷. Im öffentlich-rechtlichen Leistungsverhältnis sind solche einseitigen Abhängigkeiten nicht nur denkbar, sondern die Regel.

Es stellt sich natürlich die Frage, ob dies notwendigerweise in allen Fällen so sein muß, oder ob nicht auch Rechtsverhältnisse denkbar wären, die nur vertraglich oder bei Vorliegen unvorhergesehener Umstände angepaßt und abgeändert werden können. Man könnte sich wohl in vielen Rechtsverhältnissen an den Grundsätzen orientieren, die im Privatrecht für die Abänderung bzw. Anpassung von Dauerverträgen entwickelt wurden. Eine verstärkte Kooperation zwischen Verwaltung und Leistungsempfänger bei der Anpassung der Rechtsverhältnisse wäre wahrscheinlich mit dem zu verwirklichenden öffentlichen Interesse durchaus vereinbar⁶⁸.

⁶⁵ Trotz *Otto Bachofs* „Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung“, 2. Aufl., Tübingen 1958, hat sich dieses Rechtsinstitut in der Bundesrepublik, soweit ich sehe, kaum durchsetzen können. Im Gegensatz dazu hat sich die amerikanische „injunction“ durch den Hebelarm der verfassungsrechtlich abgestützten affirmative action geradezu zu einem revolutionären Rechtsmittel des modernen Verwaltungsrechts entwickelt. *O.Fiss, D. Rendleman*, Injunctions, 2. Aufl., New York 1984; zur affirmative action: *L.Tribe*, American Constitutional Law, New York 1978, S. 271ff.

⁶⁶ Mandamus ist ein altes englisches king prerogative, das vor allem dazu diente, die Verwaltung bzw. local authorities gerichtlich zur Vornahme von Exekutivmaßnahmen zu zwingen. Heute ist der Mandamus in England wie in den USA in andere Rechtsmittel, z.B. injunction, integriert. Vgl. zum Mandamus: *D.Foulkes*, Administrative Law, 5. Aufl., London 1982, S. 294ff.; *S.A. deSmith*, Judicial Review of Administrative Action, London 1980, S. 538ff.

⁶⁷ BGE 103 II 236.

⁶⁸ Vgl. dazu *P.Gauch*, Fn. 29; *N.Horn*, Vertragsdauer, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, Köln 1981, Bd. I, S. 566ff.

Bei vielen Rechtsverhältnissen der Leistungsverwaltung befindet sich der Leistungsempfänger aufgrund der Möglichkeit der einseitigen Abänderbarkeit in einem drückenden faktischen Abhängigkeitsverhältnis zur Verwaltung. Die rechtliche Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses sollte deshalb derart sein, daß die faktische Abhängigkeit des Leistungsempfängers durch entsprechende Kooperationspflichten bei der Abänderung und Anpassung des Rechtsverhältnisses gemildert wird.

An dieser Stelle ist zu prüfen, wie Pflichtverletzungen des Leistungsempfängers zu behandeln sind. Darf etwa demjenigen, der ein Kehlkopfkrebsleiden hat, die Invalidenrente einseitig gekürzt werden, weil er die Invalidität grobfahrlässig, z.B. durch chronischen Alkohol- und Nikotingenuß, herbeigeführt hat⁶⁹, oder darf die Versicherungsleistung im Falle einer Überversicherung einseitig herabgesetzt werden⁷⁰?

Von besonderer Tragweite in diesem Zusammenhang ist die Regelung von Art. 47 AHVG⁷¹, der denjenigen, der eine unrechtmäßig bezogene Rente erhalten hat, verpflichtet, diese zurückzuerstatten, sofern ihm dies zugemutet werden kann. Diese Bestimmung wird im AHV-Recht analog auf Ergänzungsleistungen angewendet, selbst wenn es hierfür keine ausdrückliche gesetzliche Grundlage gibt⁷²! Wer also eine Rente ausbezahlt erhält, kann sich nicht darauf verlassen, daß die der Rente zugrundeliegende Verfügung formell und materiell rechtskräftig und demzufolge nicht abänderbar ist. Er muß auch nach Ablauf der Rechtsmittelfrist damit rechnen, daß die Verwaltung einen Teil des ausbezahlten Geldes durch Verfügung zurückfordern kann.

Weniger Freiheiten hat die Leistungsverwaltung beim Widerruf von Subventionen. Ein solcher Widerruf ist nach der Rechtsprechung nur möglich, wenn es das Gesetz ausdrücklich ermöglicht⁷³. Ein Maturitätszeugnis darf selbst dann nicht widerrufen werden, wenn die Matura⁷⁴ durch Formfehler bestanden wurde. In diesem Fall muß allerdings im Rahmen der Interessenabwägung ein überwiegendes Interesse zugunsten des Betroffenen sprechen⁷⁵.

⁶⁹ BGE 111 V 186.

⁷⁰ BGE 110 V 376.

⁷¹ Vgl. Fn. 2.

⁷² BGE 111 V 130.

⁷³ BGE 107 Ib 48, 104 Ib 162.

⁷⁴ Entspricht ungefähr dem deutschen Abitur.

⁷⁵ BGE 99 Ia 453; *F.Gygi*, Zur Rechtsbeständigkeit der Verwaltungsverfügungen, in: ZBl 1982, S. 149ff.; *H.Huber*, Vertrauensschutz im Rechtsstaat, in: FS Kägi, Zürich 1979, S. 193ff.

5. Ausblick

Das Hauptproblem der Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse liegt in der ungleichen Verteilung von Rechten und Pflichten zwischen der Verwaltung und dem Leistungsempfänger. Begründet wird diese Ungleichheit vor allem mit der ungleichen Verteilung der Interessenlage: Da Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung dazu dienen, öffentliche Interessen zu verwirklichen, müssen diese gegenüber den privaten Interessen privilegiert geschützt werden.

Die in vielen Fällen zweifellos wenigstens zum Teil gerechtfertigte Privilegierung der öffentlichen Interessen konkretisiert sich in den einzelnen Rechtsverhältnissen wie folgt: Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung werden meistens durch Verfügung begründet, sie können durch Verfügung ausgestaltet und widerrufen werden und unterstehen dem öffentlichen Recht⁷⁶. Dies hat zur Folge, daß Leistungsstörungen vom Leistungsempfänger kaum rechtlich eingeklagt werden können, weil im schweizerischen Verwaltungsrecht hierfür die Prozeßvoraussetzungen fehlen. Ferner findet sich in vielen Rechtsverhältnissen eine disziplinarisch durchsetzbare Verantwortlichkeit des Leistungsempfängers, welche auf Seiten der Verwaltung kein rechtliches Pendant findet. Verbunden mit der Tatsache, daß der Inhalt des Rechtsverhältnisses oft einseitig abgeändert und den Verhältnissen angepaßt werden kann, führt dies dazu, daß der Betroffene in einer Weise benachteiligt wird, die sich durch das Rechtsverhältnis selber oft nicht mehr rechtfertigen läßt. Bei zahlreichen Rechtsverhältnissen besteht überdies eine große Rechtsunsicherheit sowohl über die Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses wie auch über die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Verwaltung einerseits und der Leistungsempfänger andererseits⁷⁷.

Art. 6 der EMRK verlangt, daß über zivilrechtliche Ansprüche nur ein unabhängiges Gericht urteilen kann, ungeachtet dessen, ob diese Ansprüche gegenüber dem Staat oder gegenüber einem Privaten bestehen. Die Menschenrechtskommission und der Gerichtshof haben den Begriff der zivilrechtlichen Ansprüche in letzter Zeit auch auf solche

⁷⁶ *U.Niere*, Der Verwaltungsakt im Sozialrecht, Diss. Hamburg 1970; *J.Salzwedel*, Die Lehre vom Verwaltungsakt in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, in: *Weber/Ule/Bachof*, Rechtsschutz im Sozialrecht, 1965, S. 197ff.; *G.Schroeder-Printzen*, Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum Verwaltungsakt im Krankenversicherungs- und Kassenarztrecht, in: *Sozialenquete und Sozialrecht*, FS für Harald Bogs, 1967, S. 185ff.

⁷⁷ *P.Saladin*, Verfassungsprinzip der Fairness, in: 100 Jahre Schweiz. Bundesgericht, Basel 1975, S. 41f.

Ansprüche ausgedehnt, die nach kontinentaleuropäischem Recht dem öffentlichen Recht zugeordnet werden⁷⁸.

In der Tat darf die Frage, ob ein zivilrechtlicher Anspruch besteht, nicht von der Zuordnung zum öffentlichen oder privaten Recht abhängen, zumal diese in den verschiedenen Staaten unterschiedlich und die Unterscheidung im common law ohnehin unergiebig ist. Der Schutz des unabhängigen Gerichts sollte vielmehr dann gewährt werden, wenn durch das *Rechtsverhältnis Rechte und Pflichten begründet werden, die in die private Existenz des Betroffenen eingreifen*.

Der amerikanische Supreme Court hat lange Zeit das schutzwürdige Interesse der privaten Existenz dem im Vergleich zu unserem Recht viel weitergehenden Begriff der „Property Rights“ gleichgestellt. Seit dem Entscheid *Goldberg v. Kelley*⁷⁹ hat er diese „Property Rights“ aber auch auf die sogenannten „Privileges“ ausgedehnt, was dazu führt, daß auch Subventionszusicherungen den gleichen Verfahrensschutz wie andere „Property Rights“ genießen. Damit hat der amerikanische Supreme Court zweifellos eine promethische, zur Zeit allerdings stark abgebremste Entwicklung im amerikanischen Verwaltungsrecht eingeleitet⁸⁰, die sich übrigens auch in den Entscheidungen des Conseil d'Etat in Frankreich anzubahnen scheint. Man darf also davon ausgehen, daß, nach der allgemeinen Überzeugung rechtsstaatlicher Gerichte, für Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung, die den zivilrechtlichen Rechtsverhältnissen ähnlich sind, mehr und mehr ein Rechtsschutz zu fordern ist, der dem privatrechtlichen Rechtsschutz nicht nachstehen soll.

Zweifellos lassen sich bei Rechtsverhältnissen der Leistungsverwaltung in vielen Fällen Probleme und Konflikte durch informelle Kontakte zwischen den Betroffenen und der Verwaltung beheben. Die informellen Möglichkeiten der Betroffenen zur Behebung von Leistungsstörungen würden sich aber wesentlich verbessern, stünden ihnen letztlich präventiv verbesserte Rechtsmittel der Durchsetzung zur Verfügung.

Demzufolge wäre zu überlegen, ob und wie sich der Rechtsschutz der Betroffenen bei Rechtsverhältnissen der Leistungsverwaltung ver-

⁷⁸ J.Frowein/W.Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, Kommentar, Straßburg 1985, Kommentar zu Art. 6, Nr. 37ff.; kritisch: D.Thürer, Europäische Menschenrechtskonvention und schweizerisches Verwaltungsverfahren, in: ZBl 1986, S. 241ff. sowie O.Jacot-Guillarmot, La Convention européenne des droits de l'homme et la Suisse, in: ZBl 1986, S. 63ff.

⁷⁹ 397 U.S. 254, Supreme Court of the United States (1970).

⁸⁰ Vgl. dazu W.Gellhorn/C.Byse/P.Strauss, Administrative Law, New York 1979, S. 420ff.; K.C.Davis, Administrative Law Treatise, Bd. 2, San Diego 1979, S. 350ff.; vgl. zum Subventionsrecht: R.Rhinow, Wesen und Begriff der Subvention in der schweizerischen Rechtsordnung, Diss. Basel 1971.

bessern ließe. In der Schweiz ist man zur Zeit im Begriff, auf Bundesebene ein allgemeines Gesetz für die Sozialversicherung sowie ein allgemeines Gesetz für das Subventionsverhältnis zu schaffen. Man darf sich mit Fug fragen, ob die Zeit nicht reif wäre für ein, unserem Obligationenrecht entsprechendes Gesetz, das zwar nicht alle Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung⁸¹ zwingend regelt, aber doch *subsidiär* dann Platz greift, wenn die rechtliche Ausgestaltung bestimmter Rechtsverhältnisse lückenhaft ist⁸².

Ein solches Gesetz müßte je nach *Typus* des Rechtsverhältnisses angemessene, der Interessenlage entsprechende Lösungen für deren Ausgestaltung finden und sich dabei am *Ziel* des Rechtsverhältnisses orientieren⁸³. Des weiteren müßte das Gesetz regeln, wie das Rechtsverhältnis *begründet* werden kann, *welchem* Recht es zuzuordnen ist, wie *Leistungsstörungen* eingeklagt werden können, wie die vermögensrechtliche, disziplinarische oder strafrechtliche *Verantwortlichkeit* auszugestalten ist und wie es *abgeändert* und angepaßt werden kann⁸⁴.

Ein Gesetz über Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung müßte berücksichtigen, daß Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung zwar dem öffentlichen Recht zuzuordnen, aber – wenn immer möglich – *vertraglich* auszugestalten sind. Bei der Durchsetzung und Anwendung der verwaltungsrechtlichen Verträge aber, müßte es entsprechend dem Typus des Rechtsverhältnisses *Klagemöglichkeiten* und *Rechtsmittel* vorsehen, die der Interessenlage der betroffenen Parteien ausgewogen Rechnung tragen. Mit derart intensiver gesetzgeberischer Arbeit ließe sich vielleicht die von *Krause* eindringlich geforderte Aufhellung der konkreten Interessenlagen, welche das soziale Verhältnis bestimmen, herbeiführen⁸⁵.

⁸¹ Ähnlich *D.Ehlers*, Fn. 4, S. 322.

⁸² Vgl. u.a. Bericht und Entwurf zu einem Allgemeinen Teil der Sozialversicherung, Beiheft zu: Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge, Bern 1984.

⁸³ *G.Müller*, Interessenabwägung im Verwaltungsrecht, in: ZBl 1972, S. 322ff.; *B.Knapp*, Intérêt, utilité et ordre public, in: 100 Jahre Schweiz. Bundesgericht, Basel 1975, S. 137ff.

⁸⁴ Eine grundsätzliche Neuorientierung des Verwaltungsrechts, allerdings über den Ausbau des Staatshaftungsrechts in den USA fordert *P.Schuck*, *Suing Government*, New Haven 1983.

⁸⁵ *P.Krause*, Fn. 4, S. 382.

Leitsätze des 1. Berichterstatters über:

Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung

Einleitung:

1. Gegenseitige Rechte und Pflichten von Verwaltung und Leistungsempfänger lassen sich nur dann richtig beurteilen, wenn sie im Gesamtzusammenhang als Rechtsverhältnisse untersucht und auf die unterschiedliche Interessenlage hin überprüft werden.

2. Wer Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung untersucht, muß sich fragen:

- Welchem Recht sollen diese Rechtsverhältnisse sinnvollerweise zugeordnet werden?*
- Wodurch unterscheiden sich die Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung von anderen Rechtsverhältnissen?*
- Wodurch unterscheiden sich die Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung voneinander?*
- Welches sind die Hauptprobleme der gegenwärtigen Regelung der Rechtsverhältnisse?*

I. Formenfreiheit und Formenvielfalt der Rechtsverhältnisse in rechtsvergleichender Sicht

3. Im kontinentaleuropäischen Recht können Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung durch drei verschiedene Rechtsinstitute begründet werden: Im Rahmen des Privatrechts durch den privatrechtlichen Vertrag; im Rahmen des öffentlichen Rechts durch den Verwaltungsakt bzw. die Verfügung sowie durch den öffentlich-rechtlichen Vertrag. Je nach Verwaltungsrecht hat das eine oder andere Rechtsinstitut den Vorrang.

4. In der Schweiz unterstehen die Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung meistens dem öffentlichen Recht. Sie werden in der Regel durch Verfügung (Verwaltungsakt), selten aber durch Vertrag begründet.

5. Ich halte die Verfügung für ein in der Regel ungeeignetes Institut, um Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung zu begründen. Die Verfügung findet ihren Ursprung im „acte administratif contentieux“, d.h. im richterähnlichen Hoheitsentscheid der Verwaltung.

Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung gehören nur entfernt zur richterähnlichen Tätigkeit der Verwaltung.

II. Die Besonderheiten der Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung

6. Während in der Eingriffsverwaltung einseitig Rechte und Pflichten begründet werden, werden in der Leistungsverwaltung meistens für zwei oder mehrere „Parteien“ Rechte und Pflichten begründet. Zwischen diesen Rechten und Pflichten besteht in der Regel eine gewisse Gegensätzlichkeit, manchmal sogar ein Gleichgewicht. In diesem Sinne gleichen die dem öffentlichen Recht zuzuordnenden Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung den zwischen Privaten abgeschlossenen Schuldverhältnissen des Privatrechts.

7. Die dem öffentlichen Recht zuzuordnenden Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung unterscheiden sich allerdings in einigen wesentlichen Punkten von den Rechtsverhältnissen des Privatrechts. So muß bei den Rechtsverhältnissen der Leistungsverwaltung das Prinzip der Rechtsgleichheit gewahrt bleiben. Sie sind überdies in der Regel nichts anderes als Konkretisierungen öffentlich-rechtlicher Aufgaben, die der Verwirklichung öffentlicher Interessen dienen und zeichnen sich in vielen Fällen durch den Monopolcharakter der Leistung, auf die die Privaten meist angewiesen sind, aus.

III. Die verschiedenen Typen der Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung

8. Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung lassen sich voneinander nach dem Inhalt der Leistung, dem Träger der Leistung und der Rechtsnatur der Leistungspflicht unterscheiden.

9. Ihrem Inhalt nach lassen sich die Rechtsverhältnisse in Subventionen, Dienstleistungen (Sachleistungen und Arbeitsleistungen), Versicherungsleistungen und Konzessionen gliedern.

10. Der Inhalt der Leistung ist für die typologische Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses ebenso bedeutsam wie für die unterschiedliche Ausgestaltung der privatrechtlichen Verträge. Nach dem Inhalt der Leistung muß entschieden werden, was Gegenstand der Leistungspflicht und des Leistungsanspruchs ist, welche Rechtsmittel den Parteien zur Behebung von Leistungsstörungen zur Verfügung stehen sollen, unter welchen Voraussetzungen eine Partei zurücktreten darf und wie die vermögensrechtliche bzw. disziplinarische Verantwortlichkeit auszugestalten ist.

11. *Der Träger der Leistungspflicht kann rein privat-, rein öffentlich-rechtlicher oder gemischtwirtschaftlicher Natur sein. Die öffentlich- oder privatrechtliche Natur der Trägerschaft kann sich auf die Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses auswirken.*

12. *In Anlehnung an das französische Verwaltungsrecht lassen sich, von ihrer Funktion her, Träger mit rein wirtschaftlich-industrieller und solche mit vorwiegend öffentlicher Dienstleistungsfunktion unterscheiden. Auch diese Unterscheidung kann für die Bestimmung der Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses entscheidend sein.*

13. *Nach der Rechtsnatur der Leistungspflicht sind zu unterscheiden: Leistungspflichten, die vom Gesetzgeber fixiert und deshalb nicht mehr abänderbar sind und solche, deren konkrete Ausgestaltung dem Ermessen des Leistungsträgers anheimgestellt ist.*

14. *Ist der vom Gesetzgeber gewährte Ermessensspielraum der Verwaltung bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse groß, beeinflussen die Grundrechte die Konkretisierung in stärkerem Maße als bei Rechtsverhältnissen, deren Leistungen durch den Gesetzgeber fixiert sind.*

IV. Hauptprobleme der Rechtsverhältnisse

15. *Hauptprobleme der Rechtsverhältnisse sind die beschränkte Gestaltungsfreiheit und die ungleiche Verteilung von Rechten und Pflichten.*

16. *Die Gestaltungsfreiheit der am Rechtsverhältnis beteiligten Parteien wird namentlich durch die Verfassung und das Gesetz, aber auch durch Reglemente, Statuten und interne Weisungen eingeschränkt.*

17. *Schranken bestehen schließlich auch aufgrund der Tatsache, daß viele Rechtsverhältnisse durch einseitige Verfügung begründet werden. Dies führt dazu, daß die Leistungsempfänger oft kaum einen Einfluß auf die Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse haben.*

18. *Die Gestaltungsfreiheit wird zudem stark eingeschränkt, wenn das Rechtsverhältnis durch öffentlich-rechtlichen Vertrag begründet wird. Denn die Gestaltungsmöglichkeiten der Vertragsparteien sind beim Abschluß eines öffentlich-rechtlichen Vertrags stärker durch Gesetz und Verfassung eingeschränkt als beim Abschluß eines privatrechtlichen Vertrages. Hauptproblem bei der vertraglichen Begründung der Rechtsverhältnisse ist aber, daß – im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Vertrages – die privatrechtlich entwickelten*

Rechtsmittel der Klage auf Vertragserfüllung, Wandelung etc. im öffentlichen Recht nicht ausgestaltet sind.

19. Die ungleiche Verteilung von Rechten und Pflichten zeigt sich bei der Durchsetzungsmöglichkeit des Wohlverhaltens des Leistungsempfängers, den mangelhaften Rechtsmitteln bei Leistungsstörungen und der ungleichen Rechtsstellung der Parteien bei der Anpassung und Änderung des Rechtsverhältnisses.

20. Das Wohlverhalten des Leistungsempfängers läßt sich auf zwei Arten durchsetzen: Einerseits durch die disziplinarische Verantwortlichkeit des Leistungsempfängers, andererseits durch die Möglichkeit der Verwaltung, Leistungen einseitig zu kürzen oder zu widerrufen.

21. Im Vergleich zum angelsächsischen common law sind im kontinentaleuropäischen Recht die Rechtsmittel für die Behebung von Leistungsstörungen ungenügend ausgebaut. Es gibt weder eine Klage auf Unterlassung (prohibition), noch auf Vornahme einer Handlung (mandamus, injunction), noch die privatrechtliche Klage auf Vertragserfüllung, noch die Wandelung, noch den Rücktritt vom Vertrag verbunden mit einer Schadenersatzforderung.

22. Öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse lassen sich meist durch Statuten oder Reglemente einseitig abändern und anpassen. Im Gegensatz zum privatrechtlichen Vertrag sind die Kooperationsmöglichkeiten des Leistungsempfängers bei der Anpassung des Rechtsverhältnisses nur ungenügend ausgebaut.

V. Ausblick

23. In Zukunft ist davon auszugehen, daß namentlich der Rechtsschutz der Betroffenen bei den Rechtsverhältnissen der Leistungsverwaltung den Anforderungen der zivilrechtlichen Rechtsverhältnisse anzupassen ist. Die Entwicklungen in den USA und die Rechtsprechung der Menschenrechtskommission zu Art. 6 EMRK weisen in diese Richtung.

24. Langfristig ist zu überlegen, ob die Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung nicht subsidiär durch ein Gesetz geregelt werden sollte, das auf Grund der verschiedenen Typen der jeweiligen Interessenlage der Parteien Rechnung trägt. (Wie z.B. die unterschiedliche Ausgestaltung privatrechtlicher Verträge nach dem Obligationenrecht.)

25. Ein solches Gesetz müßte regeln, wie Rechtsverhältnisse begründet oder abgeändert werden, welchem Recht sie zuzuordnen sind, mit welchen Rechtsmitteln Leistungsstörungen behoben werden können

und wie die disziplinarische und vermögensrechtliche Verantwortlichkeit auszugestalten ist.

26. Schließlich müßte gesetzlich festgelegt werden, daß Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung zwar dem öffentlichen Recht zuzuordnen, aber – wenn immer möglich – vertraglich auszugestalten sind. Bei der Durchsetzung und Anwendung der verwaltungsrechtlichen Verträge müßte das Gesetz entsprechend dem Typus des Rechtsverhältnisses Klagemöglichkeiten und Rechtsmittel vorsehen, die der Interessenlage der betroffenen Parteien ausgewogen Rechnung tragen.

Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung

2. Bericht für Österreich von
Professor Dr. *Theo Öhlinger*, Wien

Inhalt

	Seite
I. Grundbegriffe und Grundprobleme einer Einordnung des Themas in das Allgemeine österreichische Verwaltungsrecht	183
1. Hoheitsverwaltung und Privatwirtschaftsverwaltung	184
2. Der verwaltungsrechtliche Vertrag	186
3. Gemengelage und unklare gesetzliche Qualifikationen	187
4. Grenzen des Rechts in der Leistungsverwaltung	188
II. Rechtsverhältnisse in der Hoheitsverwaltung	189
1. Das traditionelle Verständnis des „Verwaltungsrechtsverhältnisses“	189
2. Das Verwaltungsverfahrensverhältnis	190
3. Defizite dieser Konzeption	191
3.1. Betreuungspflichten der Verwaltung	192
3.2. Mitwirkungspflichten und -rechte des Bürgers	193
3.3. Schlichtes Verwaltungshandeln	194
3.4. Verfügungen über Ansprüche und Leistungen	196
3.5. Fehlerhafte Leistungen	197
4. Die Leistungsfähigkeit eines Begriffes „Rechtsverhältnis“	200
III. Rechtsverhältnisse in der privatrechtsförmigen Verwaltung	201
1. Leistungsverwaltung als Teil der Privatwirtschaftsverwaltung	201
2. Das Rechtsschutzdefizit der Privatwirtschaftsverwaltung	203
3. Grundrechtsbindung	204
4. Das verfassungsrechtliche Paradoxon der Privatwirtschaftsverwaltung	205
5. Defizite einer hoheitlichen Gestaltung der Leistungsverwaltung	207
IV. Nochmals: Zur Frage der Leistungsfähigkeit eines Begriffes „Rechtsverhältnis“	208

I. Grundbegriffe und Grundprobleme einer Einordnung des Themas in das Allgemeine österreichische Verwaltungsrecht

Mit dem Auftrag, das Thema dieser Tagung als ein Landesreferat zu gestalten, hat mir der Vorstand keine leichte Aufgabe gestellt. „Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung“ sind kein aktuelles Thema der verwaltungsrechtlichen Diskussion in Österreich. Mehr noch: beide in diesem Titel verknüpften Begriffe sind nicht Begriffe der österreichischen Verwaltungsdogmatik von einiger Relevanz¹. Auf der anderen Seite berühren aber beide Begriffe grundlegende Probleme des

¹ Zum zentralen Begriff dieses Referats, dem „Rechtsverhältnis“, siehe die neueren Lehr- und Handbücher des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Es findet sich weder bei *Rill* (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht* (1979), noch bei *Adamovich/Funk*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*² (1984) im Stichwortverzeichnis. Das erstgenannte Werk enthält allerdings ein Kapitel über das „Schuldverhältnis im Verwaltungsrecht“ (*W. Gassner*, a.a.O., 133ff.). Der Begriff des Schuldverhältnisses wird dort allerdings in einer Weise eingeschränkt, daß er für die Leistungsverwaltung allgemein kaum fruchtbar gemacht werden kann. *Antoniolli*, *Allgemeines Verwaltungsrecht* (1954), 119ff., enthält zwar ein Kapitel über „Rechtsverhältnisse in der Verwaltung“ und in dessen Neubearbeitung von *Koja* (*Antoniolli/Koja*, *Allgemeines Verwaltungsrecht* [1986], 259ff.), wird sogar der Terminus des „Verwaltungsrechtsverhältnisses“ eingeführt, doch geht es dabei im wesentlichen um die Abgrenzung zum Gewaltverhältnis (siehe dazu unten II.1.). Darüber hinaus behandelt dieses Kapitel einige sehr abstrakte Themen. Gleiches trifft auf *Adamovich*, *Handbuch des österreichischen Verwaltungsrechts*³ (1954), 77ff. („Rechtsverhältnisse des Verwaltungsrechts“) zu. In beiden Lehrbüchern bleibt das Verwaltungsrechtsverhältnis „eigentümlich blaß und ‚stoffarm‘“ (so *Häberle*, *Das Verwaltungsrechtsverhältnis – eine Problemskizze*, in: *Das Sozialrechtsverhältnis* [1. Sozialrechtslehrertagung Kassel 1979], 60ff. [Anm. 13] zu deutschen Lehrbüchern).

Dieser auf der Ebene der Lehrbücher ermittelte Befund wird nicht dadurch widerlegt, daß die Termini „Rechtsverhältnis“ oder „Verwaltungsrechtsverhältnis“ gelegentlich in diesen Lehrbüchern selbst, ferner in Monographien und Aufsätzen zum Verwaltungsrecht Verwendung finden und damit manchmal sogar bedeutsame Aussagen verknüpft werden (vgl. etwa *Pernthaler*, *Über Begriff und Standort der Leistenden Verwaltung in der österreichischen Rechtsordnung*, JBl 1965, 57ff.; *Wenger*, in: *Wenger* [Hrsg.], *Förderungsverwaltung* [1973], 32ff. [dazu unten Fn. 4]; *Funk*, *Der Verwaltungsakt im österreichischen Rechtssystem* [1978], 33; *Pernthaler*, *Raumordnung und Verfassung II* [1978], 50, 246; *Novak*, *Hoheitsverwaltung und Privatwirtschaftsverwaltung. Eine Abgrenzung im Spannungsfeld zwischen Verfassungsrecht und Verfassungsreform*, ÖJZ 1979, 1 [3]; *Oberndorfer*, *Zur Leistungspflicht des daseinsvorsorgenden Staates*, in: *FS Eichler* [1977], 435; *Wenger*, *Die betriebsähnliche Einrichtung als Institution der Leistungsverwaltung*, in: *FS Klecatsky* [1980], 1047 [1059]; *Binder*, *Der Staat als Träger von Privatrechten* [1980], 63ff.). Ein systembildender Begriff des Allgemeinen österreichischen Verwaltungsrechts ist er dadurch nicht geworden. Weiterreichende Ansätze finden sich dagegen noch bei *Spanner*, *Grundsätze eines allgemeinen Teiles des materiellen Verwaltungsrechts in der Rechtsprechung des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes*, Österreichisches Verwaltungsblatt (1933), 235ff. (Fortsetzung der Fn. 1 auf S. 184.)

österreichischen Verwaltungsrechts, sie liegen aber gewissermaßen quer zu diesen Problemen.

1. Hoheitsverwaltung und Privatwirtschaftsverwaltung

Um mit dem einfacheren, freilich im gegebenen Zusammenhang auch weniger gewichtigen Begriff zu beginnen: Wenn in der österreichischen Verwaltungsdogmatik von *Leistungsverwaltung* gesprochen wird, dann lediglich in einem *deskriptiven*, vor allem die *Entwicklung* des Verwaltungsrechts beschreibenden Sinn². Der Terminus dient dabei durchaus dazu, Probleme und auch Defizite der Verwaltungsrechtsdogmatik aufzuzeigen, die sich aus dieser Entwicklung – dem Wandel vom „Ordnungsstaat“ zum „Leistungsstaat“ – ergeben haben³. Doch liegt es in der bekannten gesetzpositivistischen Methodik der österreichischen Verwaltungsrechtslehre, solche Schwachstellen aufzuzeigen und allenfalls daran einen Appell an den Gesetzgeber zu knüpfen, nicht aber selbst neue dogmatische Lösungen zu entwickeln und damit die Aufgabe des Gesetzgebers zu substituieren⁴.

Fest verankert ist der Begriff des Rechtsverhältnisses in seiner Variante als „Schuldverhältnis“ in der Dogmatik des österreichischen Sozialrechts und des österreichischen Steuerrechts. Siehe insbes. *Gassner* und *Krejci*, in: *Gassner/Krejci/Rummel*, Das Schuldverhältnis – Seine Ausprägung im Privatrecht, im Steuerrecht und im Sozialversicherungsrecht (1972); *Stoll*, Das Steuerschuldverhältnis (1972); *Krejci*, Das Sozialversicherungsverhältnis (1977). Doch handelt es sich hier um Rechtsfächer, die sich vom allgemeinen Verwaltungsrecht weitgehend losgelöst haben. Was das Sozialrecht anlangt, dürfte dazu auch die institutionelle Verknüpfung mit dem Arbeitsrecht („Arbeits- und Sozialrecht“) an den Universitäten beigetragen haben. Ein das „Denken in Rechtsverhältnissen“ begünstigendes Element des Sozialversicherungsrechtes ist auch die dort bestehende „sukzessive Zuständigkeit“ der Gerichte in Leistungssachen: ein Bescheid des Sozialversicherungsträgers tritt mit Anrufung des Gerichtes außer Kraft und die Behörde hat vor dem Gericht selbst nur die Stellung einer dem Leistungswerber prinzipiell gleichrangigen Partei.

² Siehe etwa *Adamovich/Funk*, Verwaltungsrecht (Fn. 1), 3, 8ff.; *Antoniolli/Koja*, Verwaltungsrecht (Fn. 1), 109ff.

³ Siehe etwa *Berchtold*, Verfassungsrechtliche Fragen des österreichischen Sozialhilferechtes, in: *Krejci* (Hrsg.), Probleme der Fürsorge und Sozialhilfe im Wohlfahrtsstaat (1974), 43, 52; *Krejci*, Nebenpflichten der Sozialversicherungsträger gegenüber den Versicherten, ZAS 1975, 83, 89; *Thöni*, Privatwirtschaftsverwaltung und Finanzausgleich (1978), 11; *Aicher*, Zivil- und gesellschaftsrechtliche Probleme, in: *Funk* (Hrsg.), Die Besorgung öffentlicher Aufgaben durch Privatrechtssubjekte (1981), 192ff.; *Novak*, Konsumentenschutz im Bereich der Subventionsverwaltung, in: *Schilcher/Bretschneider*, Konsumentenschutz im öffentlichen Recht (1984), 157ff.

⁴ Vgl. aber *Pernthaler*, JBl 1965, 57ff., der an den Begriff der Leistungsverwaltung dogmatische Konsequenzen knüpft. Diese wurden jedoch von der h.L. nicht akzeptiert: siehe *Novak*, ÖJZ 1979, 1ff., und zuletzt *Antoniolli/*

Nicht die Leistungsverwaltung und ihre begrifflichen Pendant, sondern ein anderes Begriffspaar prägt die österreichische Verwaltungsrechtsordnung: jenes von *Hoheitsverwaltung* und *Privatwirtschaftsverwaltung*. Wie ein tiefer Riß durchzieht diese Unterscheidung die gesamte österreichische Rechtsordnung. Fast alle „Hauptprobleme“⁵ des Verwaltungsrechts sind an dieser Bruchstelle angesiedelt.

Diese Dichotomie gibt auch dem gegenständlichen Thema eine Gliederung vor, die durch den Begriff der Leistungsverwaltung kaum überbrückbar erscheint⁶: Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung sind entweder *Rechtsverhältnisse in der Hoheitsverwaltung* oder aber *Rechtsverhältnisse in der Privatwirtschaftsverwaltung*. Beide Grundtypen von Verwaltungsrechtsverhältnissen unterliegen je unterschiedlichen Rechtsregeln und inkludieren unterschiedliche Rechtsfolgen.

Das Unterscheidungskriterium zwischen diesen beiden Kategorien ist *ausschließlich die Rechtsform* des – gebotenen oder tatsächlichen⁷ – Verwaltungshandelns⁸, *nicht der Inhalt* der Verwaltungstätigkeit.⁹ Hoheitsverwaltung liegt dann vor, wenn die Behörde in der Form der Verordnung oder des Bescheides handelt oder von bestimmten polizei-

Koja, Verwaltungsrecht (Fn. 1), 25ff. Bemerkenswert ferner der – in der h.L. ebenfalls nicht übernommene – Versuch von *Wenger*, Förderungsverwaltung (Fn. 1), 30ff., die Unterscheidung von Hoheits- und Privatwirtschaftsverwaltung auf einem Teilgebiet der leistenden Verwaltung mit dem Begriff des „Subventionsverhältnisses“, verstanden als ein Schuldverhältnis, zu überwinden. Dazu unten S. 200f. Grundsätzlich kritisiert die herrschende Theorie *Raschauer*, Grenzen der Wahlfreiheit zwischen den Handlungsformen der Verwaltung im Wirtschaftsrecht, ÖZW 1977, 1ff.; Verfassungsrechtliche Fragen der Wohnbauförderung, in: FS Wenger (1983), 121ff.

⁵ Vgl. den Titel der Studie von *Novak*, Hauptprobleme der österreichischen Verwaltungsrechtslehre, Die Verwaltung 1980, 435.

⁶ Siehe aber unten IV.

⁷ Die Zuordnung eines bestimmten Verwaltungshandelns zur Hoheitsverwaltung oder Privatwirtschaftsverwaltung stellt sich auf zwei Ebenen: als Interpretations- und als Subsumtionsfrage, d.h. als Frage, ob eine konkrete Angelegenheit in Bescheidform entschieden werden soll, und als Frage, ob ein bestimmtes Handeln als Bescheid zu deuten ist. Richtig *Funk*, Verwaltungsakt (Fn. 1), 41; *Adamovich/Funk*, Verwaltungsrecht (Fn. 1), 138ff.

⁸ Hinweise zur wissenschaftsgeschichtlichen Herkunft dieser ausschließlichen Orientierung an der Handlungsform aus der Schule *Kelsens* bei *Funk*, Verwaltungsakt (Fn. 1), 15f.

⁹ Für die Unterscheidung zwischen Hoheitsverwaltung und Privatwirtschaftsverwaltung kommt es – so der leading case des VfGH (Slg 3262) – „auf die Motive und den Zweck der Tätigkeit *nicht* an, entscheidend ist vielmehr, welche rechtstechnischen Mittel die Gesetzgebung zur Verwirklichung der zu erfüllenden Aufgaben bereitstellt.“ Was hier in einem relativ frühen Erkenntnis noch etwas vage als „rechtstechnische Mittel“ bezeichnet wird, hat sich später klar als die *rechtlichen Handlungsformen* herauskristallisiert.

lichen Befehls- und Zwangsbefugnissen Gebrauch macht.¹⁰ Im übrigen – nach der Judikatur¹¹ vor allem auch im Zweifelsfall – ist „Privatwirtschaftsverwaltung“ gegeben. Gerade die Leistungsverwaltung erfolgt in einem nicht unerheblichen, vielleicht – der Begriff ist ja unscharf und nicht quantifizierbar – sogar in überwiegendem Maß in privatrechtlicher Form.¹²

2. Der verwaltungsrechtliche Vertrag

Entscheidend ist ferner, daß der Katalog der Formen der Hoheitsverwaltung taxativ verstanden wird – sei es verfassungsrechtlich explizit normiert, sei es verfassungsrechtlich vorausgesetzt – und daher nicht durch neue Handlungsformen angereichert werden kann.¹³

Das betrifft im Rahmen unseres Themas vor allem den *verwaltungsrechtlichen Vertrag*.¹⁴ Der VfGH¹⁵ hat ihn erst kürzlich anerkannt, allerdings *nur als akzessorische Handlungsform*. Solche Verträge bedürfen stets einer expliziten gesetzlichen Ermächtigung. Sie sind gültig, soweit sie sich im Rahmen des Gesetzes halten. Kommt es allerdings aus dem Vertrag zu einem Streit, so hat darüber die Behörde, also der eine Vertragspartner, durch *Bescheid* zu entscheiden, und dieser unterliegt sodann dem Instanzenzug und der nachprüfenden Kontrolle der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts. Konsequenterweise muß man annehmen, daß dabei der Vertrag, soweit gesetzmäßig, auch bindend ist.¹⁶

¹⁰ Einige weitere Handlungsformen der Hoheitsverwaltung können hier vernachlässigt werden. Siehe dazu *Adamovich/Funk*, Verwaltungsrecht (Fn. 1), 252ff.; *Funk*, Verwaltungshandeln und Verwaltungsakt, in: Rill (Hrsg.), Verwaltungsrecht (Fn. 1), 157ff.

¹¹ VfSlg 3183, 3262, 5355, 7078; VfGH 26.2.1985, G 77/84. Dazu kritisch *Öhlinger*, Das Problem des verwaltungsrechtlichen Vertrages (1974), 67ff.; *Binder*, Staat (Fn. 1), 59ff.

¹² So explizit VfSlg 3262: „Die Feststellung, daß ein Verwaltungsorgan einen Akt gesellschaftlicher Daseinsvorsorge, somit eine öffentliche Verwaltungsaufgabe, vollzieht, schließt aber die Qualifikation einer solchen Tätigkeit als Privatwirtschaftsverwaltung nicht aus“.

¹³ Vgl. *H.Mayer*, Der öffentlich-rechtliche Vertrag im österreichischen Abgabenrecht, JBl 1976, 632 (636).

¹⁴ Zum Stellenwert des verwaltungsrechtlichen Vertrages in einer systematischen Ausgestaltung der Verwaltungsrechtsverhältnisse jüngst *Schrammel*, Verfügungen über Leistungsansprüche aus der Sozialversicherung (1982), 46.

¹⁵ VfSlg 9226. Dazu *Fröhler*, Fortschritte zu einem Verwaltungsprivatrecht?, FS Strasser (1983), 961ff.; kritisch *Wielinger*, Was bringt der verwaltungsrechtliche Vertrag?, ZfV 1983, 14ff.

¹⁶ Zu dieser Frage siehe auch *Wielinger*, ZfV 1983, 17.

3. Gemengelage und unklare gesetzliche Qualifikationen

a. Trotz der scharfen begrifflich-dogmatischen Divergenzen sind öffentlich-rechtliches und privatrechtsförmiges Handeln der Verwaltung faktisch eng verflochten. Aufgaben auf eng begrenzten Verwaltungsgebieten sind teils hoheitlich, teils privatrechtsförmig zu erledigen. So ist die „Hilfe zur Sicherung des Lebensbedarfes“ nach manchen Landes-Sozialhilfegesetzen hoheitlich, die „Hilfe in besonderen Lebenslagen“ privatrechtlich gestaltet.¹⁷ Es ist daher nicht immer leicht zu beurteilen, ob es sich bei der (ablehnenden) Reaktion der Verwaltung auf ein Ansuchen um eine derartige Leistung um einen Bescheid oder um eine privatrechtliche Erklärung handelt. Das Prozeßrisiko hat der Beschwerdeführer zu tragen.¹⁸

In anderen Fällen besteht zwischen einer hoheitlichen Verpflichtung des Bürgers und privatrechtlichen Leistungen der Verwaltung oder auch umgekehrt ein enges Wechselverhältnis. „Aus der ‚Natur der Regelung‘ – so der VfGH¹⁹ – ist nichts zu gewinnen. Es ist durchaus möglich, daß bei der Trinkwasserversorgung der Anschlußzwang öffentlich-rechtlich geregelt ist, daß aber das Entgelt privatrechtlich bleibt, wenn nicht diese Frage durch Landesgesetz auch öffentlich-rechtlich geregelt ist.“ Der Gesetzgeber könnte dies ebenso gut umgekehrt regeln. Seiner Phantasie sind praktisch keine Grenzen gesetzt.

Einem „*Denken in Rechtsverhältnissen*“²⁰ ist dies nicht gerade förderlich, zieht sich doch durch solche Rechtsverhältnisse – verstanden als Komplex wechselbezoglicher Rechte und Verpflichtungen – der tiefe begrifflich-dogmatische „Riß“, von dem ich zuvor gesprochen habe.

b. Gerade in Bereichen der Leistungsverwaltung ist ferner die Gesetzgebung in der Qualifikation der Verwaltungstätigkeit als hoheitlich oder privatrechtlich keineswegs immer eindeutig. Die vom Gesetz so bezeichnete „Zusicherung“ bestimmter Arten von Förderungen nach dem Wohnbauförderungsgesetz²¹ wird vom VwGH²² als privat-

¹⁷ Vgl. etwa § 4 Vbg SozialhilfeG.

¹⁸ Siehe VwGH, ZfVB 1986/1707.

¹⁹ Slg 4957; dazu kritisch *Oberndorfer*, in: FS Eichler (Fn. 1), 438.

²⁰ *Krause*, Das Sozialrechtsverhältnis, in: Sozialrechtsverhältnis (1. Sozialrechtslehrertagung Kassel 1979), 15; *Schnapp*, Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung, DöV 1986, 812.

²¹ § 41 WFG BGBl 1984/482.

²² VwGH 19.11.1969, 1315/69; VwSlgNF 8730 A; ebenso *Mayer*, Wohnbauförderung, in: *Wenger*, Förderungsverwaltung (Fn. 1), 157; *Krejci*, Zivilrechtsfragen zum neuen Wohnbauförderungs- und Wohnhaussanierungsgesetz, ÖZW 1985, 1ff., 33ff.

rechtlicher Akt, vom OGH²³ dagegen als Bescheid gedeutet. Der Förderungswerber findet sich in einem rechtlichen Niemandsland. Ob die Benützung einer Universitätsbibliothek ein öffentlich-rechtliches oder ein privatrechtliches Rechtsverhältnis bildet, läßt sich an Hand des Gesetzes²⁴ – trotz einer sehr detaillierten Regelung – kaum lösen.²⁵ In diesem Fall fehlt es auch an einer Klärung durch die Judikatur.

4. Grenzen des Rechtes in der Leistungsverwaltung

Es ist dies ein Beispiel dafür, daß gerade in der Leistungsverwaltung Rechtsfragen häufig nicht zu einer gerichtlichen Klärung gelangen.

Die Tendenz ist unverkennbar, für Streitigkeiten aus solchen Rechtsbeziehungen *informelle Schiedsinstanzen, Beschwerdestellen etc.* zu etablieren, die offenbar dem Rechtsschutzbedürfnis der Bürger adäquater sind als formelle Rechtswege. Daß sich auch die Tätigkeit der *Volksanwaltschaft*, nach dem Vorbild des Ombudsmanns eingerichtet, in ganz überwiegendem Maß auf die Leistungsverwaltung erstreckt, belegt diese Tendenz.

Die Tätigkeit solcher Institutionen ist nicht ohne Rückwirkungen auf das materielle Recht, dessen effektiver Gehalt dadurch aufgeweicht, zu einer Art „soft law“ transformiert wird. Inwieweit sich darin eine neue Qualität humaner und sozialer Demokratie verwirklicht, wie dies behauptet wurde²⁶, sei hier dahingestellt. Man kann darin jedenfalls auch ein Ausweichen vor den *ambivalenten Effekten der Verrechtlichung* sehen, wie sie in der Verrechtlichungs- und Entrechtlichungs-Diskussion der jüngsten Zeit vielfach aufgezeigt wurden, und die sich etwa in der Sozialverwaltung damit umreißen lassen, daß hier Gesetze nicht nur als Sicherung von Leistungsansprüchen, sondern – qua Gesetz – auch als Barriere gerade jenen gegenüber wirken, die auf solche Leistungen ihrer Hilflosigkeit wegen besonders angewiesen sind. Die Ambivalenz der Verrechtlichung der Schule ist hinreichend bekannt, um als Stichwort diese Problematik zu illustrieren. Mehr als solche Stichworte erlaubt mir leider mein Zeitplan nicht.

²³ JBl 1975, 257; 1980, 151. Für die Bescheidqualität und damit eine Zweistufentheorie auch Fröhler/Oberndorfer, Das Wirtschaftsrecht als Instrument der Wirtschaftspolitik (1969), 125f.; Raschauer, FS Wenger (Fn. 4), 131ff.

²⁴ § 84ff. UOG.

²⁵ Vgl. Öhlinger, Einige Rechtsfragen einer Bibliotheksreform, in: Bibliotheken bauen und führen, Festgabe für Franz Kroller (1983), 182ff.

²⁶ Wimmer, Die Ombudsmann-Einrichtung im Verfassungsgefüge, JBl 1984, 281 (286).

II. Rechtsverhältnisse in der Hoheitsverwaltung

1. Das traditionelle Verständnis des „Verwaltungsrechtsverhältnisses“

Die österreichische Rechtslehre hat relativ früh erkannt, daß die Beziehung des einzelnen zum Staat als Träger öffentlicher Gewalt – auf die Verwaltung reduziert: die Hoheitsverwaltung – ein *Rechtsverhältnis* ist, und schon in den Zwanziger Jahren konsequent alle allgemeinen und besonderen *Gewaltverhältnisse*, zumindest terminologisch, eliminiert.²⁷

Wenn überhaupt und soweit²⁸ die Lehre vom „Verwaltungsrechtsverhältnis“ spricht, so ist damit dieser Gegensatz zum Gewaltverhältnis sowie die daraus abgeleiteten Folgerungen gemeint, daß einerseits der Staat zu einem Eingriff in die Sphäre des einzelnen stets einer *rechtlichen Grundlage* bedarf und andererseits auch dem einzelnen gegenüber diesem Staat *subjektive Rechte* zukommen (können).

Der Begriff des Rechtsverhältnisses, wie er neuerdings in der deutschen Verwaltungsrechtslehre als Programm einer dogmatischen Neuorientierung propagiert wird²⁹, meint aber mehr oder anderes. Der Akzent hat sich – Herr *Krause*³⁰ hat es einmal ähnlich formuliert – vom „Recht“ auf das „Verhältnis“ verschoben. Es geht – in unverkennbarer Anlehnung an privatrechtliche Rechtsfiguren³¹ – darum, die Beziehungen zwischen Verwaltung und Bürger als ein *komplexes System wechselseitiger und aufeinander bezogener Rechte und Pflichten* zu erfassen.³²

²⁷ Grundlegend *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (1925), 82f.; *Merkel*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1927), 129ff. Dazu jüngst *Schnapp*, DÖV 1986, 812f. Daß damit nicht auch alle mit diesen Begriffen angesprochenen Probleme beseitigt werden konnten, steht auf einem anderen Blatt; siehe dazu *Novak*, Grenzen und Möglichkeiten des Legalitätsprinzips, ÖVA 1970, 1, 11ff.; *Matzka*, „Besonderes Gewaltverhältnis“ im verwaltungsbehördlichen Freiheitsentzug, ÖZS 1981, 13ff.; *Zeisinger*, Verfassungsgerichtshof und „besonderes Gewaltverhältnis“, JBl 1973, 191; *Hengstschläger*, Grundrechte und Untersuchungshaft – Eine Studie zum aktiven Wahlrecht des Untersuchungsgefangenen, JBl 1973, 19ff.

²⁸ Siehe oben Fn. 1.

²⁹ Siehe insbes. *Häberle*, Das Verwaltungsrechtsverhältnis, in: Sozialrechtsverhältnis (Fn. 1), 60ff.; ferner *Achterberg*, Die Rechtsordnung als Rechtsverhältnisordnung (1982).

³⁰ *Krause*, Sozialrechtsverhältnis (Fn. 20), 13.

³¹ Vgl. dazu auch *Gassner/Krejci/Rummel*, Das Schuldverhältnis (Fn. 1).

³² Siehe *Krause*, a.a.O., 14. Vgl. auch *Krejci*, Schuldverhältnis (Fn. 1), 40f.: Schuldverhältnis als „jene rechtliche Rahmenbeziehung, die einzelne sachlich zusammengehörige leistungsbezogene Rechte und Pflichten zwischen zwei oder mehreren Rechtssubjekten zu einem „sinnhaften Gefüge“ verklammern. Zur Identität von Dauerschuld- und Dauerrechtsverhältnis *Kozioł/Welser*, Grundriß des bürgerlichen Rechts I⁷, 178ff. Vgl. auch *Ehlers*, Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung, DVBl 1986, 912ff.

Die darin inkludierte Kritik an der Fixierung der traditionellen Dogmatik auf den Verwaltungsakt trifft, soweit sie berechtigt ist, auch Österreich. Diese Konzentration auf den Verwaltungsakt – oder in österreichischer Terminologie: auf den *Bescheid*, der mit dem Verwaltungsaktbegriff zwar im Kern, nicht aber auch an den (durchaus relevanten) Begriffsrändern identisch ist³³ – ist hier freilich verfassungsgesetzlich vorgeprägt. Nur Bescheide (von unmittelbaren Befehls- und Zwangsakten abgesehen), nicht aber auch andere Handlungen der (hoheitlichen) Verwaltung können nämlich vor dem VfGH und dem VfGH angefochten werden und auch eine Säumnis einer Behörde kann vor dem VfGH nur dann geltend gemacht werden, wenn ein Anspruch auf einen Bescheid besteht.³⁴ Der Bescheid bleibt so ein unverrückbarer archimedischer Punkt des Rechtsschutzsystems, freilich auch seiner Defizite.³⁵

2. Das Verwaltungsverfahrensverhältnis

An der auf den Bescheid konzentrierten, „punktuellen Sichtweise“ ist auch in Österreich Kritik geübt worden³⁶, ohne daß sich diese freilich zu einem Gegenprogramm von einiger Wirkung verdichtet hätte. Das dürfte auch noch eine andere Ursache in einer besonderen österreichischen Entwicklung finden, nämlich in der relativ frühen gesetzlichen Ausgestaltung des *Verwaltungsverfahrens*.

Das Verwaltungsverfahren mit den der „Partei“ eingeräumten Rechten ist durchaus *kooperativ* angelegt. Selbst ein von Amts wegen zu erlassender Bescheid kommt nur rechtmäßig zustande, wenn dem oder den Adressaten oder sonstigen Parteien eine gewisse Mitwirkung gewährt wird, und diese Mitwirkungsrechte kann die Partei mit rechtlichen Mitteln durchsetzen. Daß „kein Bescheid ohne Mitwirkung desjenigen zustandekommen soll, an oder gegen den er sich wendet“³⁷, wurde als der Kern der Verwaltungsverfahrensgesetze von 1925, speziell des AVG, erkannt, und die Rechte der Partei als eine dem Wahlrecht gleichwertige Beteiligung an der Rechtserzeugung gedeutet.³⁷

³³ Zur Auflösung des Begriffs „Verwaltungsakt“ in einzelne Typen (deren wichtigster der Bescheid ist) in der österreichischen Verwaltungsrechtsdogmatik siehe Funk, Verwaltungsakt (Fn. 1), 18ff.

³⁴ Art. 130ff., 144 B-VG.

³⁵ Treffend Oberndorfer, Rechtsschutz im Studienrecht, in: Oberndorfer/Strasser/Stolzlechner, Universitätsrecht zwischen Bewährung und Reform (1984), 2.

³⁶ Siehe etwa Fröhler, in: FS Strasser (Fn. 15), 964: „übertriebene Fixiertheit auf den Bescheid als einzige behördliche Handlungsform“.

³⁷ Ringhofer, Strukturprobleme des Rechts dargestellt am Staatsbürgerschaftsgesetz 1965 (1966), 63.

Der „Untertan“ rücke damit „zum prozeßrechtlich *gleichberechtigten* Partner der Behörde empor“. ³⁸ Gerade mit den Verwaltungsverfahrensgesetzen wurde die Deutung der Relation von Staat und Bürger als „Gewaltverhältnis“ als überwunden gesehen und diese Beziehung als ein „Rechtsverhältnis“ erkannt. ³⁹ Umgekehrt postuliert die Judikatur auch gewisse *Mitwirkungspflichten* der Partei(en) im Verwaltungsverfahren ⁴⁰, so daß sich durchaus treffend von einem *Verwaltungsverfahrensrechtsverhältnis* als Komplex wechselseitiger Rechte und Pflichten von Behörden und Partei(en) sprechen läßt. Der Sache nach dürfte jedenfalls „die hohe Rechtskultur“ ⁴¹, die dem österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetz allenthalben bescheinigt wird ⁴², einen Teil der mit dem Stichwort „Rechtsverhältnis“ in seiner neuen Bedeutung angesprochenen Fragen und Probleme frühzeitig abgefangen haben. ⁴³

Dennoch: das Verwaltungsverfahren mündet in den Bescheid, den die Dogmatik noch immer als essentiell „hoheitlichen“ Akt definiert. Als „Wesen“ dieser „Hoheitlichkeit“ gilt die „Befugnis zu einseitiger Normerzeugung“. ⁴⁴ Es ist das „Prinzip der ausschließlichen Relevanz des Willens staatlicher Organe“ ⁴⁴, das den Bescheid und damit auch das durch den Bescheid gestaltete Verwaltungsrechtsverhältnis definiert. ⁴⁵

3. Defizite dieser Konzeption

Diese Konzeption inkludiert freilich einige *Defizite*, die ich hier nur knapp und im Horizont ihres potentiellen Stellenwertes in einer Konzeption des Verwaltungsrechtsverhältnisses skizzieren will.

³⁸ *Ermacora*, Die Lückenlosigkeit des Rechtsschutzes in der Verwaltung und die Effektivität des Rechtsstaates, JbI 1956, 143.

³⁹ Treffend *Pernthaler*, Raumordnung (Fn. 1), 50, 246 („prinzipielle verfahrensrechtliche Gleichordnung von Partei und Behörde in einem objektiven Verwaltungsrechtsverhältnis“).

⁴⁰ Siehe dazu unten II.3.2.

⁴¹ *Pernthaler*, Raumordnung (Fn. 1), 246. Siehe auch *Öhlinger*, 60 Jahre Verwaltungsverfahrensgesetze – Verwaltungsstrafrechtsreform: Sind die österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze noch zeitgemäß?, 9. Österreichischer Juristentag 1985, Bd. I/2.

⁴² Siehe etwa *Badura*, Das Verwaltungsverfahren, in: Erichsen/Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (1981), 306.

⁴³ Die diesbezügliche Leistungsfähigkeit des AVG belegt illustrativ etwa VwGH 24.6.1986, 85/10/0020 (RdS 1986, 22).

⁴⁴ *Mayer*, in: Wenger, Förderungsverwaltung (Fn. 1), 155f.; siehe auch *Funk*, Verwaltungsakt (Fn. 1), 40.

⁴⁵ Die Unzulänglichkeit dieser Begriffsbildung habe ich an anderer Stelle (Problem [Fn. 11], 60ff.) dargetan. Vgl. dazu nunmehr auch *Schrammel*, Verfügungen (Fn. 14), 61f.

3.1. Betreuungspflichten der Verwaltung

Eine auf das Produkt „Bescheid“ fixierte Sichtweise kann nicht das gesamte komplexe Geschehen erfassen, als das sich das *Verfahren* in der Realität häufig konkretisiert. Ausgeblendet bleiben dabei die das Verfahren vielfach begleitenden Arrangements, Auskünfte, Belehrungen, wechselseitigen Zusagen, etc. In konsequenter Sicht gelten etwa Zusagen der Behörden als „rechtliches Nichts“.⁴⁶

Zwar anerkennen die Gerichte (VfGH, VwGH, Sozialgerichtsbarkeit) den *Grundsatz von Treu und Glauben* in zumindest abstrakter Weise als allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsatz⁴⁷, aber – so etwa der VwGH⁴⁸ –: „Das in Art. 18 Abs. 2 B-VG normierte Legalitätsgebot ist stärker. . . . Der Grundsatz von ‚Treu und Glauben‘ kann sich allenfalls in jenem Bereich auswirken, in welchem es auf Fragen der Billigkeit ankommt“. Tatsächlich finden sich nur wenige Entscheidungen, in denen dieser Grundsatz zum Tragen kommt.⁴⁹

Auskünfte, Beratungen und Belehrungen der Behörde sind kein spezifisches Phänomen der Leistungsverwaltung, doch verdichten sie sich in den hier typischen *Dauerrechtsverhältnissen* zu „*Betreuungspflichten*“ der Verwaltung.

In das AVG selbst wurde vor kurzem eine Belehrungspflicht der Behörde eingeführt⁵⁰, allerdings explizit auf verfahrensrechtliche Fragen begrenzt.⁵¹ Allgemeine Auskunfts- und Belehrungspflichten

⁴⁶ Hartl, Was sind Berufungszusagen?, ÖHZ 1985/11, 8; ähnlich zu behördlichen Auskünften VfSlg 6229 („belanglos“); OLG Wien SSV IX/110. Grundlegend Adamovich, Verwaltungsrecht (Fn. 1), 93f. Vgl. ferner Schrammel, Durchsetzung von Leistungsansprüchen im Bereich der sozialen Sicherheit, in: Österreichische Landesberichte zum VIII. Internationalen Kongreß für das Recht der Arbeit und der Sozialen Sicherheit in Turin (1974), 55f. Zu optimistisch Krejci, Schuldverhältnis (Fn. 1), 73. Bemerkenswert aber auch VwGH 15.4.1985, 85/12/0029, der die Verbindlichkeit einer „Berufungszusage“ für möglich erachtet. Zu Zusagen und Auskünften vgl. ferner Stoll, Steuerschuldverhältnis (Fn. 1), 69ff.; Ruppe, Auskünfte und Zusagen durch Finanzbehörden, ÖStZ 1979, 50ff.

⁴⁷ Vgl. Oberndorfer, Grundprobleme des Verwaltungsverfahrens in der österreichischen Sozialversicherung, ZAS 1973, 206f.; ferner Spanner, ÖVBl 1933 (Fn. 1), 236f.; Melichar, Zur Frage von Treu und Glauben im Steuerrecht, in: FS Kastner (1972), 309ff.

⁴⁸ VwGH 15.9.1983, 83/16/0040.

⁴⁹ Positiv VfSlg 6258 (mit allerdings falscher Zitierung einer angeblichen Vorjudikatur), 8173, 8725 (Verletzung von Treu und Glauben als Willkür); VwGH, ZfVB 1978/1018. Es ist verräterisch, wenn die Gerichte sich dabei häufig auf Vorerkenntnisse berufen, die in Wahrheit den Grundsatz von Treu und Glauben bestenfalls abstrakt anerkennen.

⁵⁰ § 13 AVG i.d.F. BGBl 1982/199.

⁵¹ Vgl. dazu Davy, Zur Rechtsbelehrung im Verwaltungsverfahren (13 a AVG), ÖGZ 1983, 59f.; Öhlinger (Fn. 41), 28ff.

lassen sich, freilich nur in sehr unbestimmter Weise, auch aus dienst- und organisationsrechtlichen Regelungen ableiten.⁵²

Weiterreichende und zugleich in ihrem Umfang präzisere Betreuungspflichten der Behörden wurden im Sozialversicherungsrecht entwickelt, und zwar explizit gestützt auf die These, daß sich „stichhaltige dogmatische Grundlagen . . . nur aus der Lehre vom sozialversicherungsrechtlichen Schuldverhältnis“ ableiten lassen.⁵³ Dieser Ansatz eröffnet die Analogie zu den dogmatisch sehr verfeinerten Aufklärungs-, Sorgfalts- und Schutzpflichten der Partner bürgerlich-rechtlicher Schuldverhältnisse. Grob zusammengefaßt lassen sich daraus folgende Schlüsse ziehen:⁵⁴ Auskünfte und Beratungen sind nur auf Initiative des Versicherten zu erteilen und nur soweit, als der Versicherte darauf angewiesen ist und ein rechtliches Interesse daran hat. Die Verletzung einer solchen als *Rechtspflicht* zu begreifenden Pflicht der Behörde begründet Amtshaftungsansprüche.

3.2. Mitwirkungspflichten und -rechte des Bürgers

a. Was das Pendant zu den behördlichen Betreuungspflichten auf Seite des Bürgers anlangt, so hat die Rechtsprechung gewisse *Mitwirkungspflichten* des Bürgers trotz der im Verwaltungsverfahren geltenden *Offizialmaxime* postuliert.⁵⁵

Darüber hinaus gibt es gerade in der Leistungsverwaltung eine Fülle teils gesetzlich explizit normierter, teils vorauszusetzender konkreter Mitwirkungspflichten der unterschiedlichsten Art. Die Verwaltung ist vielfach auf eine aktive Mitwirkung des Bürgers angewiesen, um ihre Aufgabe sinnvoll erfüllen zu können. Man denke etwa an die notwendige Bereitschaft eines Schülers, seinerseits gewisse Leistungen zu erbringen, damit die Schule die ihr aufgegebene Leistung erfüllen kann.⁵⁶ Den Mitwirkungspflichten des Schülers stehen hier Befugnisse des Verwaltungsorgans Lehrer gegenüber, deren enge kommunikative Verschränkung erst den Erfolg dieser spezifischen Form staat-

⁵² § 43 Abs. 3 Beamten-DienstrechtsG 1979 normiert eine allgemeine Pflicht des Beamten, „die Parteien, soweit es mit den Interessen des Dienstes und dem Gebot der Unparteilichkeit der Amtsführung vereinbar ist, im Rahmen seiner dienstlichen Aufgaben zu unterstützen und zu informieren“. Zur Auskunftspflicht der Bundesministerien und der ihnen nachgeordneten Behörden siehe §§ 3 Z 5 und 4 Abs. 3 BundesministerienG 1973. Zu diesen und anderen Regelungen *Morscher*, Öffentlichkeit und Verwaltung, ÖZÖRVR 1980, 39 (66ff.).

⁵³ *Krejci*, Sozialversicherungsverhältnis (Fn. 1), 179.

⁵⁴ Vgl. *Krejci*, ZAS 1975, 83ff.

⁵⁵ Dazu *Wielinger/Gruber*, Zur Frage der Mitwirkungspflicht der Parteien im Verwaltungsverfahren, ZfV 1983, 365ff.

⁵⁶ Dazu *Zeizinger*, Leistungsverweigerung in der Schule, Stb 1979, 33.

licher Daseinsvorsorge verbürgt. All das läßt sich freilich nur an den Rändern, um nicht zu sagen: an den pathologischen Extremen, rechtlich erfassen. Prägnanter sind die *Melde- und Auskunftspflichten* der privaten Beteiligten an einem Sozialversicherungsverhältnis, die die Sozialversicherungsgesetze in je einem eigenen Abschnitt kodifizieren.⁵⁷

b. Mitwirkungspflichten stehen vielfach *Mitwirkungsrechte des Bürgers* gegenüber. Als Beispiel sei die zu manchen Leistungen aus der Sozialversicherung (wie Rehabilitationsmaßnahmen) erforderliche *Zustimmung* des Leistungsberechtigten genannt⁵⁸, die wohl nur mit Gewalt als Antrag auf Erlassung eines Bescheides rekonstruiert und so in die herkömmlichen Kategorien eines Verfahrensrechtsverhältnisses gepreßt werden kann. Richtig wäre sie als ein selbständiges Element eines materiell-rechtlichen Sozialversicherungsverhältnisses zu verstehen.⁵⁹

c. Weniger am Gesetzestext als an seiner Konkretisierung in der Rechtswirklichkeit wird deutlich, daß die einzelnen, isolierten und oft recht rudimentären gesetzlichen Bestimmungen über solche Mitwirkungsrechte und -pflichten der Parteien und den korrespondierenden Aufgaben und Befugnissen der Behörden zumindest potentiell auf ein sinnvolles Ganzes, ein „sinnhaftes Gefüge“⁶⁰ angelegt sind. Erst in einer solchen aufeinander bezogenen Zusammenschau wird der Stellenwert der einzelnen Regelung und ihre allenfalls bestehende Lückenhaftigkeit deutlich. Dies setzt freilich voraus, die einzelnen Regelungen als Elemente eines komplexen „Rechtsverhältnisses“ zu begreifen.

3.3. *Schlichtes Verwaltungshandeln*

a. Leistungen werden von der Verwaltung häufig erbracht, ohne daß überhaupt ein Bescheid ergeht. Ich erinnere mich aus meiner Volks- und Mittelschulzeit an keinen einzigen förmlichen Bescheid aus diesem zwölfjährigen, sehr intensiven Rechtsverhältnis. Der Ort der Aufstellung einer Mülltonne ist nur dann durch Bescheid zu fixieren, wenn sich Gemeinde, Eigentümer und Mieter nicht einigen können.⁶¹ Die gesetzliche Begrenzung der Fälle, in denen ein Bescheid des Versicherungsträgers in Leistungssachen der Krankenversicherung

⁵⁷ z.B. §§ 33–43 ASVG.

⁵⁸ z.B. § 201a ASVG.

⁵⁹ Zur möglichen Konstruktion dieser Zustimmung als verwaltungsrechtlichen Vertrag siehe *Schrammel*, Verfügungen (Fn. 14), 72ff., 282.

⁶⁰ Siehe oben Fn. 32.

⁶¹ § 12 Abs. 3 oö AbfallG LGBl 1975/1.

zu erlassen ist⁶², hat Herr *Rüfner* schon auf der Berner Tagung als beispielhaft vorgestellt.⁶³

Daß hier dennoch Hoheitsverwaltung vorliegt, obwohl es an den üblichen Definitionskriterien wie „Befehl und Zwang“ oder einem formellen Bescheid mangelt, ist sinnvollerweise nicht zu bezweifeln. Allerdings wird damit schon begrifflich *ein dem Bescheid vorgelager-tes Rechtsverhältnis* vorausgesetzt, das nach anderen Kriterien als dem der Rechtsform als hoheitlich zu qualifizieren ist. Die Frage stellt sich insbesondere im *Amtshaftungsrecht*, wo es regelmäßig um Schäden geht, die nicht durch formelle Akte wie Bescheide, sondern durch faktisches Handeln zugefügt werden.⁶⁴

b. Von der Geltendmachung der Amtshaftung abgesehen setzt freilich die Aktivierung des öffentlich-rechtlichen *Rechtsschutzes* die Erlassung eines Bescheides voraus. Erst dieser eröffnet den Weg über den Instanzenzug zum VwGH und VfGH oder begründet die sukzessive Zuständigkeit der Gerichte in „Leistungssachen“ der Sozialversicherung.

Das kann aber wohl nicht bedeuten, daß das einem allfälligen Bescheid vorgelagerte schlichte Verwaltungshandeln selbst in einem rechtsfreien Raum erfolgt. Auch Leistung in Form schlichten Verwaltungshandelns ist ja *Gesetzesvollzug*. Als solcher unterliegt er von Verfassungs wegen nicht nur einer materiell-rechtlichen Determination, sondern auch verfahrensrechtlichen Bindungen.⁶⁵ Obwohl die Verwaltungsverfahrensgesetze, genau genommen, nur das Verfahren der Erlassung eines Bescheides regeln, wird man daher eine gewisse „Vorwirkung“ bereits auf das einen Bescheid substituierende schlichte Verwaltungshandeln annehmen müssen, so etwa die Regelungen des AVG über die Handlungsfähigkeit, die Stellvertretung oder aber über das Parteigehör.⁶⁶

Ein Fehlerkenntnis ist es daher auch, wenn der VwGH⁶⁷ aus einer gesetzlichen Ermächtigung zu einer Vereinbarung i.S. eines verwal-

⁶² § 367 ASVG.

⁶³ Vgl. *Rüfner*, Die Rechtsformen der sozialen Sicherung und das allgemeine Verwaltungsrecht, VVDStRL 28, 212ff.

⁶⁴ Die Rechtsprechung – diesfalls der ordentlichen Gerichte – stellt auf gewisse Nahebezüge solchen faktischen Handelns zu potentiellen oder tatsächlich ergangenen formellen Hoheitsakten ab, stuft die Intensität dieses Zusammenhanges auf den einzelnen Rechtsgebieten sehr unterschiedlich ab. Dazu ausführlicher *Öhlinger*, Der Anwendungsbereich des Amtshaftungsgesetzes, in: *Aicher*, Die Haftung für staatliche Fehlleistungen im Wirtschaftsleben (im Druck).

⁶⁵ Vgl. *Adamovich*, Verwaltungsrecht⁵ (Fn. 1), 15.

⁶⁶ Zum Parteigehör anders offenbar Bundesministerium für Unterricht, Kunst und Sport 28.1.1986, 1074/3-III/4/86 (RdS 1986, 25).

⁶⁷ VwGH 19. April 1982, 17/2568/80; dazu auch – fälschlich zustimmend – *Wielinger*, ZfV 1983, 18.

tungsrechtlichen Vertrages deshalb, weil es sich dabei um keinen Bescheid handelt, auf eine absolute Beliebigkeit der Behörde, auf eine entsprechende Offerte einer Partei zu reagieren, schließt. Auch auf dieser einem Bescheid vorgelagerten Stufe haben allgemeine Grundsätze einer rechtsstaatlichen Verwaltung zu gelten, die „Beliebigkeit“ ausschließen.

3.4. Verfügungen über Ansprüche und Leistungen

Ein spezifisches Problem gerade der Leistungsverwaltung liegt in der Frage, inwieweit Ansprüche auf solche Leistungen *disponibel* sind.

a. Schrifttum und Judikatur haben sich am ausführlichsten mit der *Verzichtbarkeit* öffentlich-rechtlicher Ansprüche auseinandergesetzt. Für den VfGH ist es „ein der österreichischen Rechtsordnung innewohnender, auch im Bereich des öffentlichen Rechtes geltender Rechtsgrundsatz . . . daß – soweit sich aus den einzelnen Vorschriften nichts anderes ergibt – auf Ansprüche verzichtet werden kann“.⁶⁸ Der VwGH schwankt zwischen einer uneingeschränkten Bejahung⁶⁹ und einer prinzipiellen Verneinung.^{70, 71} Unterschiedlich wird auch die Frage beantwortet, ob ein als zulässig anerkannter Verzicht empfangsbedürftig oder zustimmungsbedürftig sei.^{72, 73}

Was die Zulässigkeit eines Verzichtes anlangt, so finden sich heute bereits eine Reihe expliziter gesetzlicher Regelungen.⁷⁴ Soweit solche fehlen, ist der methodisch gebotene Weg wohl der einer Analogie zur sachlich nächstliegenden Regelung. Ein allgemeiner Grundsatz der Verzichtbarkeit, wie ihn der VfGH annimmt, wird schon durch diese Regelungen, die regelmäßig die Verzichtbarkeit einschränken, widerlegt.

b. Ähnlich strittig ist auch die Frage der *Zedierbarkeit* öffentlich-rechtlicher Leistungsansprüche. Dazu finden sich im Sozialversiche-

⁶⁸ VfSlg 5099; siehe auch VfSlg 356, 1232, 1693. Für die – methodisch verunglückte – Anerkennung solcher allgemeiner Rechtsgrundsätze plädiert neuerdings Mell, ZfV 1984, 117ff.

⁶⁹ So etwa VwSlgNF 2095 A, 2151 A, 2944 A, 3758 A, 9367 A u.a.

⁷⁰ VwGH 18.12.1985, 83/09/0138.

⁷¹ Kontroversiell ist auch die Rechtsprechung in der Sondergerichtsbarkeit; dazu Schrammel, Verfügungen (Fn. 14), 171ff.

⁷² Für Annahmbedürftigkeit VwSlgNF 4047 A. Vgl. ferner Schrammel, Verfügungen (Fn. 14), 163ff.

⁷³ Zur formalen Struktur eines Verzichtes – Verzichtserklärung als Antrag auf Erlassung eines Bescheides? – siehe Oberndorfer, Zum Verzicht im öffentlichen Recht, insbesondere im Sozialrecht, JBl 1967, 71ff.

⁷⁴ z.B. §§ 11 lit. b, 21 Abs. 1 lit b Pensionsgesetz 1965, § 107 Abs. 3 Z 1 ASVG.

rungsrecht⁷⁵ explizite gesetzliche Regelungen, die eine solche im Prinzip nur mit Zustimmung des Versicherungsträgers erlauben. Ob Zessionen auch ohne solche ausdrückliche gesetzliche Ermächtigungen zulässig sind, wird in Lehre und Judikatur unterschiedlich beantwortet. Mit der Zession, ihre Zulässigkeit vorausgesetzt, wird aus einem zweiseitigen ein dreiseitiges Rechtsverhältnis, bei dem allerdings schon strittig ist, ob der Zessionar seine Forderung, etwa gegenüber dem Versicherungsträger, im Verwaltungsweg oder vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen hat, ob es sich also um ein hoheitliches oder ein privatrechtliches Rechtsverhältnis handelt.⁷⁶

3.5. Fehlerhafte Leistungen

a. Spezifische Probleme der Leistungsverwaltung ergeben sich schließlich aus den potentiellen Diskrepanzen zwischen dem gesetzlichen oder bescheidmäßig konkretisierten Anspruch und der tatsächlichen Leistung.

Schon das eher simple und zugleich häufige Beispiel der *Auszahlung überhöhter Geldleistungen* bereitet der Judikatur einige Probleme. Freilich inkludiert bereits dieses einfache Beispiel eine Fülle denkbarer Variationen.⁷⁷ Prinzipiell wird man zu unterscheiden haben, ob die überhöhte Leistung durch Bescheid konkretisiert oder aber in direktem Gesetzesvollzug – durch schlichtes Verwaltungshandeln – ausbezahlt wurde.⁷⁸

⁷⁵ § 98 ASVG.

⁷⁶ Dazu ausführlich *Schrammel*, Verfügungen (Fn. 14), 116ff. Zur Abtretbarkeit öffentlich-rechtlicher Ansprüche am Beispiel des Abgabenrechts *Stoll*, Steuerschuldverhältnis (Fn. 1), 91ff.

⁷⁷ Vgl. *Kerschner*, Bereicherung im öffentlichen Recht (1983), 10ff.

⁷⁸ Ist eine am Maßstab des Gesetzes nicht gerechtfertigte Leistung bescheidmäßig konkretisiert worden, so steht einer Rückforderung die *Rechtskraft des Bescheides* entgegen. Es bedarf hier zunächst erst der Aufhebung dieses Bescheides, die aber nur nach den dafür maßgebenden gesetzlichen Regelungen zulässig ist – im Anwendungsbereich des AVG also nach dessen §§ 68 und 69. Dort wird allerdings auch auf die in den Verwaltungsgesetzen ausdrücklich vorgesehenen Befugnisse der Behörden zur Zurücknahme oder Einschränkung einer Berechtigung verwiesen (§ 68 Abs. 6 AVG). Gesetzliche Regelungen, die eine Rückforderung zu Unrecht erbrachter „Leistungen“ anordnen, wie § 107 ASVG, § 49 B-KUVG, können jedoch, entgegen der Praxis, nicht als eine solche Befugnis zur Zurücknahme einer „Berechtigung“ angesehen werden. Anders *Stolzlechner*, Probleme des Irrtums im Leistungsrecht der Sozialversicherung, DRdA 1986, 288ff.; differenzierend *Schrammel*, Die Entziehung von Leistungen in der Sozialversicherung, in: Tomandl (Hrsg.), Sozialversicherung: Grenzen der Leistungspflicht (1975), 43ff. Wie hier offenbar *Mannlicher/Quell*, Das Verwaltungsverfahren⁸, Bd. I, 387ff., die keine solche Bestimmung in der – allerdings nur demonstrativen – Zusammenstellung der Regelungen im Sinne des § 68 Abs. 6 AVG anführen.

Das öffentliche Recht kennt keine allgemeinen Regelungen über die Rückforderbarkeit zu Unrecht erbrachter Leistungen, wohl aber einzelne Regelungen mit unterschiedlicher Dichte.⁷⁹ Fehlt es an einer solchen Regelung überhaupt oder besagt sie nichts über den Rechtsweg, so ist die Judikatur schon in der Frage schwankend, ob ein solcher Rückforderungsanspruch — ungeachtet des hoheitlichen Charakters des „Grundverhältnisses“ — als öffentlich-rechtlich oder aber als privatrechtlich zu qualifizieren und damit im Instanzenzug und vor dem VwGH oder aber vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen sei. Die neuere Rechtsprechung tendiert, allerdings nicht mit letzter Eindeutigkeit, zu einer öffentlich-rechtlichen Lösung. Diese m.E. richtige Annex-Lösung setzt aber das Verständnis der Beziehung zwischen Verwaltung und Partei als ein komplexes Rechtsverhältnis voraus; erst in einer solchen Konzeption läßt sich ein Konnex zwischen Rückforderungsanspruch und Grundverhältnis herstellen.

Uneinheitlich ist auch die Begründung eines gesetzlich nicht explizit normierten Rückforderungsanspruches. Von einem radikal gesetzpositivistischen Standpunkt aus erschiene es durchaus konsequent, einen solchen Anspruch überhaupt zu verneinen. Dies judiziert der VwGH in der Tat auch gelegentlich, und zwar sowohl bei Überleistungen der Verwaltung⁸⁰ als auch bei solchen des Bürgers⁸¹ (wie überhöhter Beitragsleistungen zur Sozialversicherung). Die vorgebliche methodische Stringenz solcher Entscheidungen kaschiert freilich nur mangelhaft ein Bild der Verwaltung, das diese mit ausschließlich freiheitsbedrohenden Eingriffen identifiziert. In der Leistungsverwaltung kommt diese Position einer Rechtsverweigerung gelegentlich nahe.⁸²

Im Regelfall ist aber auch der VwGH um eine vernünftige Lösung bemüht. Er stützt sich dabei auf die zivilrechtlichen Bereicherungsregeln. Während sie die ältere Judikatur, ähnlich wie der VfGH den Verzicht, als einen „allgemein geltenden Rechtsgrundsatz“ qualifiziert, der nur gewissermaßen zufällig im ABGB seine konkrete Ausformulierung gefunden hat, tendiert die neuere Rechtsprechung zu einer Analogie.⁸³ Methodisch ist dies schon deshalb richtig, weil gerade die vorhandenen Regelungen im Verwaltungsrecht die Sinnhaftigkeit einer Adaptierung der einschlägigen Bestimmungen des ABGB belegen. Eine Analogie muß daher gerade auf die vorhandenen Regelungen

⁷⁹ z.B. § 107 ASVG. Dazu auch *Pichler*, Die Rückforderung zu Unrecht erbrachter Geldleistungen im Sozialversicherungsrecht, ZAS 1967, 103ff.

⁸⁰ VwSlgNF 1936 A, 2983 A.

⁸¹ VwSlgNF 1961 A.

⁸² Exemplarisch unter diesem Aspekt VwSlgNF 9677 A, wenngleich nicht „Leistungsverwaltung“ betreffend.

⁸³ Grundlegend VwSlgNF 6736 A.

des Verwaltungsrechtes Bedacht nehmen, auch wenn der Eindruck schwer von der Hand zu weisen ist, daß hier eine wenig durchdachte Kasuistik obwaltet. Auch dort, wo gesetzliche Bestimmungen über die Rückforderbarkeit von Leistungen bestehen, bleibt aber immer noch die Frage offen, inwieweit die zivilrechtlichen Bereicherungsregeln zur Ergänzung dieser unterschiedlich dichten Regelungen herangezogen werden dürfen.⁸⁴

b. Was *Leistungsstörungen auf Seite des Leistungsberechtigten anlangt*, so ist ein Unterschied zum Zivilrecht eklatant. Solche Leistungsstörungen berechtigen die Verwaltung keinesfalls dazu, ihrerseits die Leistung zu verweigern. Etwa im Sozialversicherungsrecht ist gesetzlich eindeutig geregelt, daß Leistungsstörungen des Versicherten eine Reihe spezifischer Sanktionen bis hin zu Verwaltungsstrafen auslösen⁸⁵, den Anspruch auf die Versicherungsleistung im Prinzip aber unberührt lassen. Auch Leistungsverweigerungen des Schülers berechtigen nur bei besonderer Schwere und in allgemeinbildenden Pflichtschulen überhaupt nicht zum Ausschluß aus der Schule, sondern sind in anderer Weise sanktionierbar.⁸⁶

Es läßt sich daraus wohl kein uneingeschränkt gültiger Grundsatz für alle Bereiche der Leistungsverwaltung ableiten. Man denke etwa an Subventionen, die allerdings in Österreich nur in seltenen Fällen in den Kategorien der Hoheitsverwaltung erfolgen. Das Forstgesetz⁸⁷ etwa verpflichtet die Verwaltung ausdrücklich, bei Abschluß eines (privatrechtlichen) Förderungsvertrages die Möglichkeit der Auflösung durch einseitige Erklärung für den Fall vorzusehen, daß der Förderungswerber mit der Erfüllung seiner Pflichten in Verzug gerät. (Ob es sinnvoll ist, solche Sonderbestimmungen neben die hier anzuwendenden allgemeinen Regeln des Zivilrechts zu stellen, sei vorerst dahingestellt.) Die Beispiele des Sozialversicherungsrechts und des Schulrechts machen *Grenzen der Übertragbarkeit zivilrechtlicher Grundsätze auf Verwaltungsrechtsverhältnisse* deutlich,⁸⁸ was deshalb zu beachten ist, weil der Figur des Verwaltungsrechtsverhältnisses von ihrem Ursprung her eine Tendenz zur Übernahme zivilrechtlicher Argumentationsweisen anhaftet.⁸⁹

c. Komplexer noch als bei Geldleistungen sind die Probleme *mangelhafter Sachleistungen*. Wie etwa läßt sich die mangelhafte Qualität

⁸⁴ Vgl. den Literaturüberblick bei *Kerschner*, Bereicherung (Fn. 77), 52ff.

⁸⁵ Vgl. *Krejci*, Schuldverhältnis (Fn. 1), 75ff.

⁸⁶ § 49 SchUG.

⁸⁷ § 144 Abs. 3.

⁸⁸ Dazu allgemein auch *Krejci*, in: Schuldverhältnis (Fn. 1); *Tomandl*, in: Sozialrechtsverhältnis (Fn. 1), 56f.

⁸⁹ Siehe oben bei Fn. 31.

eines Unterrichts rechtlich erfassen? Dem VfGH⁹⁰ stellte sich in diesem Jahr die Frage, ob einem an einem Nierenstein Erkrankten ein Recht auf Entfernung dieses Steines durch einen Nierensteinzertrümmerer zusteht, der dies zu einer schmerzlosen, wenige Tage in Anspruch nehmenden Prozedur macht. Das Gesetz verpflichtet wohl die Länder, eine Behandlung „nach den Grundsätzen und anerkannten Methoden der medizinischen Wissenschaft“⁹¹ sicherzustellen. Dem würde aber auch eine operative Entfernung eines Nierensteins genügen, so schmerzhaft und zeitraubend sie auch sein mag. Dem Krankenversicherungsträger gegenüber, also jenem Dritten in diesem „Rechtsverhältnis“, der einen Teil der Kosten zu tragen hat, besteht nur ein Recht auf eine ausreichende und zweckmäßige, aber das Maß des Notwendigen (und das meint wohl: des finanziell Notwendigen) nicht überschreitende Krankenbehandlung.⁹² Es wäre lohnend, all diesen Fragen nachzugehen, die der VfGH weitgehend offen ließ.

4. Die Leistungsfähigkeit eines Begriffes „Rechtsverhältnis“

Die Liste solcher offener Fragen ließe sich fortsetzen. Doch hat diese Skizze auch zeigen können, daß die österreichische Verwaltungsrechtsdogmatik gelegentlich durchaus mit einem Verständnis der Beziehungen zwischen Verwaltung und Bürger als einem „Rechtsverhältnis“ operiert, in dem der Bescheid nur ein Element bildet, das aber mit diesem Rechtsverhältnis weder zur Gänze identifiziert werden darf, noch in der Lage ist, auf alle aus dieser Relation entstehbaren Rechtsfragen eine Antwort zu geben.

Mit einem expliziten und auf diesen Begriff gebrachten Verständnis solcher Rechtsbeziehungen als „Rechtsverhältnis“ in dem eingangs umschriebenen Sinn wäre für die zuvor skizzierten und einer Reihe ähnlicher Probleme ein Platz in der Systematik des Allgemeinen Verwaltungsrechts gewonnen. Daß mit einer solchen systematischen Einordnung offener Fragen auch in der Sache schon einiges gewonnen ist, bedarf für den in der Tradition des Allgemeinen Verwaltungsrechts geschulten Juristen wohl keines näheren Beweises.

Dagegen teile ich die Auffassung⁹³, daß auf der Abstraktionsstufe des Allgemeinen Verwaltungsrechts kaum verallgemeinerbare Aussagen über die inhaltliche *Struktur* von Rechtsverhältnissen möglich sind. Daß hier und heute nicht über „das Rechtsverhältnis“, son-

⁹⁰ VfGH 24.6.1986, A 16/85.

⁹¹ § 18 KAG.

⁹² § 133 Abs. 2 ASVG.

⁹³ Siehe etwa Schnapp, DÖV 1986, 812, mit weiteren Nachweisen; Löwer, NVwZ 1986, 793ff.

dem über „Rechtsverhältnisse“ in der Leistungsverwaltung gesprochen wird, scheint diese Skepsis zu inkludieren. Zu unterschiedlich sind wohl die einzelnen Sachbereiche, die man der „Leistungsverwaltung“ zurechnen kann, man denke etwa an das Sozialversicherungsrecht auf der einen, an Subventionen auf der anderen Seite. Die relativ entwickelte Lehre vom Steuerschuldverhältnis⁹⁴, ebenso das Beamtenverhältnis, zeigen überdies, daß neben den Divergenzen innerhalb der Leistungsverwaltung auch Parallelen quer durch das gesamte Verwaltungsrecht bestehen. Aussagen über die Struktur der Rechtsverhältnisse lassen sich wohl erst auf der „mittleren Abstraktionsstufe“ des „Sozialversicherungsverhältnisses“, des „Subventionsverhältnisses“ etc. machen.

III. Rechtsverhältnisse in der privatrechtsförmigen Verwaltung

1. Leistungsverwaltung als Teil der Privatwirtschaftsverwaltung

Ein Großteil der leistenden Verwaltung erfolgt, wie schon erwähnt, in privatrechtlicher Form. Das gilt für die ganz überwiegende Mehrzahl staatlicher Subventionen⁹⁵ sowie für einen erheblichen Teil dessen, was man üblicherweise als „Daseinsvorsorge“ bezeichnet. Zur Hoheitsverwaltung gehört dagegen der größte Teil des Sozialrechtes, insbesondere das Sozialversicherungsrecht. Doch gibt es auch hier „Privatwirtschaftsverwaltung“, wovon ich ein Beispiel – schon seiner Kuriosität halber – nicht unerwähnt lassen möchte. Gemäß einem Bundesgesetz⁹⁶ hat der Bundesminister für Soziale Verwaltung den Bund durch eine im Bundesgesetzblatt kundzumachende *Auslobung* dazu zu verpflichten, Opfern von Verbrechen oder ihren Hinterbliebenen Hilfe zu leisten. Das Gesetz regelt sowohl die Voraussetzungen als auch die Art und Weise der Hilfeleistungen, die sich dem Typus nach in nichts von herkömmlichen „hoheitlichen“ Sozialfürsorgemaßnahmen unterscheiden. Die Ursache dieser doch eher ausgefallenen Konstruktion liegt in der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung. Dem Bund fehlt eine Gesetzgebungs- und Vollziehungskompetenz in dieser Angelegenheit. Die privatrechtsförmige Verwaltung ist aber nicht an die bundesstaatliche Kompetenzverteilung gebunden.⁹⁷ Ein

⁹⁴ Siene Stoll, Steuerschuldverhältnis (Fn. 1), Gassner, in: Rill (Hrsg.), Verwaltungsrecht (Fn. 1), 144.

⁹⁵ Vgl. den Überblick bei Novak, in: Schilcher/Bretschneider, Konsumentenschutz (Fn. 3), 182ff.

⁹⁶ BGBl 1972/288 i.d.F. BGBl 1983/543.

⁹⁷ Art. 17 B-VG. Dazu insbes. VfSlg 2721; Novak, Konsumentenschutz (Fn. 3), 167f.

für unsere Thematik interessanter Nebeneffekt dieser Konstruktion liegt darin, daß die Auslobung einen eindeutigen *Anspruch* auf die versprochene Leistung („Belohnung“) vermittelt und damit eines der zentralen Probleme der privatrechtlichen Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung, auf das ich sogleich zurückkommen werde, aus dem Weg räumt.

In der „Privatwirtschaftsverwaltung“ ist die Rechtsbeziehung zwischen der Verwaltung und dem Bürger eine privatrechtliche. Sofern nicht Sonderprivatrecht besteht – das allerdings stark im Wachsen begriffen ist (eine Entwicklung mit ambivalenten Effekten, die einer intensiveren Ausleuchtung noch harrt) – sind auf diese Beziehung die *allgemeinen Regeln des Zivilrechtes* anzuwenden. Die Frage, ob überhaupt und inwieweit es sinnvoll ist, derartige Rechtsbeziehungen zwischen Verwaltung und Bürger als „Rechtsverhältnisse“ zu begreifen, stellt sich damit nicht. Denn in der prinzipiellen Geltung des allgemeinen Privatrechts ist das Verständnis solcher Rechtsbeziehungen als Rechtsverhältnisse bereits inkludiert, ist doch dieser Begriff in der österreichischen, wohl nicht anders als in der deutschen Privatrechtslehre fest verankert. Die grundsätzliche Frage, die sich hier stellt, lautet vielmehr: Welche Modifikationen erfahren derartige Rechtsverhältnisse aus der Tatsache, daß eine der daran beteiligten Personen ein Verwaltungsträger ist, der in diesem Rechtsverhältnis einen öffentlichen Zweck verfolgt? Es geht, mit anderen Worten, um die Frage, „wieweit verwaltungsrechtliche Normzwecke in der Lage sind, (derartige) Zivilrechtsverhältnisse mitzuprägen“. ⁹⁸

Die Nähe zum echten privaten Rechtsverhältnis und damit die potentielle Wirksamkeit der öffentlichen Zwecke kann eine abgestufte sein – entsprechend den verschiedenen Graden von Privatisierung und Reprivatisierung öffentlicher Aufgaben. An die Stelle eines Verwaltungsträgers kann ein der Form nach privates Rechtssubjekt – eine GesmbH oder AG etwa – treten, die in unterschiedlichem Grad von einer Gebietskörperschaft beherrscht sein kann. Hier ist, wie erst jüngst der VfGH demonstriert hat⁹⁹ – je nach der Nähe zur Gebietskörperschaft – ein u.U. uneingeschränkter „Durchgriff“ auf diese selbst angebracht. Oder es kann eine Aufgabe – wie etwa die Müllabfuhr – auf ein echtes Privatrechtssubjekt übertragen werden, ohne daß sie damit ihren Charakter als öffentliche Aufgabe in soziologischer Hinsicht verlieren würde. Juristisch ist dieser dann freilich kaum mehr faßbar. Die Grenzen zwischen „Staat“ und „Gesellschaft“ verschwimmen bekanntlich in diesem Bereich.

⁹⁸ So, freilich in etwas abgewandeltem Sinn, *Krejci*, ÖZW 1985, 34.

⁹⁹ VfGH 24.6.1986, A 16/85. Siehe ferner auch schon VfSlg 7583. Dazu auch oben bei Fn. 90.

2. Das Rechtsschutzdefizit der Privatwirtschaftsverwaltung

Primäre Rechtsfolge der privatrechtlichen Form des Verwaltungshandelns ist die *Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte*. Es sind somit diese, denen eine Antwort auf die zuvor gestellte Frage aufgegeben ist.

Die Judikatur zu Fragen der Privatwirtschaftsverwaltung ist freilich nicht gerade umfangreich. Das dürfte verschiedene Ursachen haben, hängt aber zweifellos auch damit zusammen, daß in vielen Fällen ein *Rechtsanspruch* auf ein Agieren der Verwaltung nicht besteht. Zentrale Handlungsform in diesem Bereich ist der zivilrechtliche *Vertrag*. Die prinzipielle *Abschlußfreiheit* schließt einen Anspruch auf das Zustandekommen eines solchen Vertrages im Regelfall aus.

Es ist dies ein Element jenes *Rechtsschutzdefizites*, das wohl das Kernproblem der privatrechtsförmigen leistenden Verwaltung ausmacht. Der Mangel eines Anspruches auf einen Vertragsabschluß impliziert den Mangel eines Anspruches auf die Leistung selbst. Es besteht ferner kein Recht auf Gehör im Sinne eines Rechts auf Prüfung des als „Anbot“ zu deutenden Antrags, und auf Begründung einer allfälligen Ablehnung.¹⁰⁰

Es stellt sich die Frage, ob diese Defizite durch den „beherzten Einsatz zivilrechtlicher Instrumente“ – wie dies von der Zivilistik gefordert und als erfolgsversprechend verheißen wurde¹⁰¹ – kompensiert werden kann. In der Tat anerkennen die Gerichte in gewissen Fällen einen *Kontrahierungszwang*, nämlich dann, wenn eine Gebietskörperschaft – die wenigen Entscheidungen beziehen sich auf Gemeinden – bei der Versorgung der Allgemeinheit mit lebenswichtigen Gütern und Leistungen eine *Monopolstellung* besitzt.¹⁰²

Der OGH erstreckt damit seine allgemeine Monopoljudikatur auf die Privatwirtschaftsverwaltung. Er erfaßt damit den Staat noch in zivilrechtlichen Kategorien – als ein zwar nicht „irgendeines“, aber doch eben ein Privatrechtssubjekt. Darin liegen zugleich die Grenzen dieses Ansatzes¹⁰³, auch wenn der OGH seinen Monopolbegriff in diesem Zusammenhang extrem zu strapazieren bereit ist. So ging es in der einschlägigen Leitentscheidung¹⁰⁴ um die privatrechtliche Bewilligung der Gemeinde zur Benützung eines Straßenstückes als

¹⁰⁰ Vgl. Schäffer, in: Rill (Hrsg.), Verwaltungsrecht (Fn. 1), 273.

¹⁰¹ Krejci, ÖZW 1985, 5.

¹⁰² Grundlegend OGH, SZ 44/138, ferner OGH, JBl 1980, 146. Dazu Bydłinski, Zum Kontrahierungszwang der öffentlichen Hand, in: FS Klecatsky (1980), 129ff.

¹⁰³ In diesem Sinn kritisch auch Raschauer, „Daseinsvorsorge“ als Rechtsbegriff?, ÖZW 1980, 72ff.

¹⁰⁴ SZ 44/138.

Zufahrt zu einer Tankstelle, die von derselben Gemeinde behördlich bereits genehmigt worden war. Die privatrechtliche Zustimmung zur Straßenbenützung war dagegen versagt worden – zweifellos kein klassischer Monopolfall.

Weiter als der OGH geht die Zivilrechtslehre. So wurde aus der Rechtsfigur der *culpa in contrahendo* ein Anspruch eines Förderungswerbers auf Erledigung seines Ansuchens, zumindest aber auf Auskunft in angemessener Frist abgeleitet.¹⁰⁵ Die Zivilrechtslehre nimmt dabei ausdrücklich Bezug auf den verfassungsrechtlichen *Gleichheitssatz*¹⁰⁶ und berührt damit ein zentrales Problem der privatrechtlichen Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung: die Frage, inwieweit der Staat als Träger von Privatrechten einer Grundrechtsbindung unterliegt.

3. Grundrechtsbindung

Die Einsicht, daß der Staat auch dann, wenn er seine spezifischen Aufgaben in privatrechtlicher Form erledigt, diese seine Eigenschaft als „Staat“ nicht abstreift und die Rechtsstellung „irgendeines Privaten“ erlangt – wie noch die ältere Lehre „Privatwirtschaftsverwaltung“ definierte¹⁰⁷ – ist heute Gemeingut der österreichischen Staatsrechtslehre.¹⁰⁸ Weniger klar ist allerdings, ob dies nur als (verfassungs-)rechtspolitisches Postulat oder aber auch als verfassungsrechtsdogmatische Einsicht akzeptiert wird. Den Prüfstein bildet die Frage der *Grundrechtsbindung des Staates in der – öffentlichen Aufgaben besorgenden – Privatwirtschaftsverwaltung*. Sie wird zwar heute theoretisch überwiegend, wenngleich nicht einhellig¹⁰⁹, anerkannt, aber praktisch noch kaum judiziert.¹¹⁰ Die Schwierigkeiten liegen in der Konkretisierung des grundrechtlichen Gehalts in den Kategorien und

¹⁰⁵ *Krejci*, ÖZW 1985, 6.

¹⁰⁶ Siehe *Wilhelm*, Privatrechtliche Probleme der Subvention, in: *Wenger*, Förderungsverwaltung (Fn. 1), 195 (207); *Koppensteiner*, Privatrechtliche Aspekte der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Privatrechtssubjekte, in: *Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Privatrechtssubjekte*, Schriftenreihe der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft 22 (1972), 85 (90ff.); *Bydlinski*, in: *FS Klecatsky* (Fn. 102), 144ff.; *Krejci*, ÖZW 1985, 5f.

¹⁰⁷ Vgl. *Adamovich*, Verwaltungsrecht⁵ (Fn. 1), 8f.

¹⁰⁸ Grundlegend *Klecatsky*, Allgemeines österreichisches Verwaltungsrecht. Eine Buch- und Lagebesprechung, JBl 1954, 503ff.; *Klecatsky*, Die Köpenickia- de der Privatwirtschaftsverwaltung, JBl 1957, 333ff.

¹⁰⁹ Ablehnend z.B. *Walter/Mayer*, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts⁵, 397; *Rosenzweig*, Die Bedeutung der Grundrechte in Österreich, EuGRZ 1978, 467 (470).

¹¹⁰ Siehe *Binder*, Staat (Fn. 1), 93; *Novak*, Die Verwaltung 1980, 445.

Institutionen des Privatrechts.¹¹¹ Die Grundrechtsbindung des Staates als Privatrechtsträger hebt selbstverständlich die Geltung des Privatrechts nicht auf, hätte das doch gerade für den privaten Partner und dessen berechtigtes Vertrauen auf die Gültigkeit seiner mit dem Staat getroffenen „Vereinbarungen“ katastrophale Konsequenzen.¹¹² Insofern kann die Geltung der Grundrechte für die privatrechtsförmige Verwaltung immer nur eine „mittelbare“, durch das Privatrecht vermittelte sein.

4. Das verfassungsrechtliche Paradoxon der Privatwirtschaftsverwaltung

Die Anerkennung der Grundrechtsbindung privatrechtsförmiger leistender Verwaltung ist wohl eine notwendige, aber gewiß keine hinreichende Bedingung zur Kompensation der zuvor aufgezeigten Rechtsschutzdefizite. Ihre Konkretisierung verlangt zu subtilen Erwägungen und Interessenabwägungen, als daß sie für den „Alltag“ leistender Verwaltung in ihrer dauernden Präsenz und ihren vielfältigen Formen allgemein brauchbar wäre. Das scheint mir die Spärlichkeit der Judikatur auch „empirisch“ zu belegen. Die Rechtsklarheit und Rechtssicherheit schaffende Funktion des *Gesetzes* in den Beziehungen zwischen Staat und Bürger – sie wurde gerade von der österreichischen Staatsrechtslehre, auch vor diesem Forum, immer wieder betont – läßt sich durch eine noch so elaborierte Judikatur nicht zur Gänze substituieren.

Diese Einsicht führt freilich geradewegs in ein verfassungsrechtliches *Paradoxon* der Privatwirtschaftsverwaltung. Nicht nur daß eine genaue, dem Legalitätsprinzip gemäße gesetzliche Regelung in der Privatwirtschaftsverwaltung verfassungsrechtlich nicht erforderlich ist – das Legalitätsprinzip gilt für diese nach heute herrschender Auffassung und ständiger Praxis nicht¹¹³ – sie ist zum Teil verfassungsrechtlich nicht einmal erlaubt. Für die Privatwirtschaftsverwaltung gilt ja auch, daß sie der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung nicht unterliegt¹¹⁴ und daher sowohl dem Bund als auch den Ländern auf allen Verwaltungsgebieten privatrechtsförmige Verwaltung gestattet ist. Zwar wird

¹¹¹ Vgl. *Pernthaler*, Raumordnung (Fn. 1), 263f.

¹¹² Treffend *Bydlinski*, Die privatwirtschaftliche Tätigkeit des Staates in privatrechtlicher Sicht, JBl 1968, 13ff. Ähnlich *Aicher* (Fn. 3), 197ff.

¹¹³ Zur mangelnden Geltung des Legalitätsprinzips für die Privatwirtschaftsverwaltung siehe zuletzt *Rill*, Demokratie, Rechtsstaat und staatliche Privatwirtschaftsverwaltung, in: FS Wenger (1983), 57ff.; *Korinek*, in: Korinek/Rill, Zur Reform des Vergaberechts (1985), 5f.

¹¹⁴ Art. 17 B-VG; siehe oben Fn. 97.

es für möglich und zulässig erachtet, privatrechtsförmige Verwaltungsaktivitäten auch auf Gebieten, die nach der Kompetenzverteilung in die Gesetzgebungszuständigkeit der jeweils anderen Gebietskörperschaft fallen, durch jene Gebietskörperschaft gesetzlich zu regeln, die diese Aktivitäten durchführt. So gibt es beispielsweise ein Bundesfilmförderungsgesetz¹¹⁵ oder ein Bundessportförderungsgesetz¹¹⁶, obwohl „Kinowesen“¹¹⁷ und Sport Angelegenheiten der Länder sind. Aber ein solches Gesetz darf nur den „Innenbereich“ erfassen, das heißt: nur Pflichten und Befugnisse der Verwaltung normieren, aber keine Außenwirkungen entfalten, weil ansonsten in den Kompetenzbereich der nach der Kompetenzverteilung für diese Materie zuständigen Gebietskörperschaft übergreifen würde.^{118, 119} In der Leistungsverwaltung hat dies zur Folge, daß *keine unmittelbaren Ansprüche des Bürgers auf das Handeln der Verwaltung* normiert werden dürfen. Die einschlägigen gesetzlichen Formeln lauten daher regelmäßig: „Auf Förderungen nach diesem Gesetz besteht kein Rechtsanspruch“.¹²⁰ Daß diese Formel gelegentlich auch ohne kompetenzrechtliche Notwendigkeit gebraucht wird¹²¹, belegt zum einen die typenprägende Kraft solcher Selbstbindungsgesetze, erweckt aber gewiß auch den Verdacht, daß diese „Selbstbeschränkung“ von der Gesetzgebung manchmal nicht ungern in Kauf genommen wird.

¹¹⁵ BGBl 1980/557.

¹¹⁶ BGBl 1970/2.

¹¹⁷ Art. 15 Abs. 3 B-VG.

¹¹⁸ Zulässig sind also nur sog. „Selbstbindungsgesetze“ (Statutargesetze). Dazu *Loebenstein*, Das Förderungswesen unter dem Blickwinkel des Legalitätsprinzips, 2. Österreichischer Juristentag, Bd. II/3; *Novak*, ÖVA 1970, 7ff. *Wenger*, Zur Problematik der österreichischen „Selbstbindungsgesetze“, in: FS Korinek (1972), 189; *Schäffer*, in: Rill (Hrsg.), Verwaltungsrecht (Fn. 1), 264f.

¹¹⁹ Diese Beschränkung besteht allerdings nur für die „transkompetente“ (Terminus von *Pernthaler*, Raumordnung und Verfassung I [1975], 85) privatrechtsförmige Leistungsverwaltung. Die Auffassung darüber, ob Art. 17 B-VG die Kompetenzgrundlage für eine gesetzliche Regelung privatwirtschaftlicher Aktivitäten schlechthin oder nur im „transkompetenten“ Bereich ist, sind allerdings geteilt. Richtig ist letzteres. So auch *Novak*, ÖJZ 1979, 8; *Schäffer*, in: Rill (Hrsg.), Verwaltungsrecht (Fn. 1), 270. Ausführlich untersucht *Rill*, in: FS Wenger, 90ff. die Tragfähigkeit der Kompetenztatbestände der Art. 10–15 B-VG für gesetzliche Regelungen der Privatwirtschaftsverwaltung. Vgl. ferner *Raschauer*, in: FS Wenger, 125ff.

¹²⁰ § 1 Abs. 5 Vbg Landwirtschaftsförderungsg; vgl. auch § 2 Abs. 3 Filmförderungsg: „Ein Rechtsanspruch auf Förderung besteht nicht“ u.v.a. Manchmal wird dies nicht explizit gesagt, geht aber aus dem Zusammenhang hervor.

¹²¹ So etwa in dem zuvor zitierten Vbg Landwirtschaftsförderungsg.

5. Defizite einer hoheitlichen Gestaltung der Leistungsverwaltung

Es wäre dennoch falsch, das Motiv für die Wahl der privatrechtlichen Form ausschließlich in der oft zitierten „Flucht“ zu sehen. Ein zumindest gleichgewichtiger Grund liegt in der begrenzten Regelungskapazität des öffentlich-rechtlichen Instrumentariums, konkret: des Bescheides. Vor den vielfältigen Rechtsproblemen, die etwa im Dreieck von Patient, Arzt und Sozialversicherungsträger angesiedelt sind – von der Behandlung von Willensunfähigen über Fragen, die sich aus irrtümlich ausgestellten oder gefälschten Krankenscheinen ergeben, bis zu den Rechtsfolgen ärztlicher Kunstfehler¹²² – muß das öffentliche Recht bei seinem gegenwärtigen Entwicklungsstand schlicht kapitulieren und die Lösungskapazität des Privatrechts neidlos anerkennen. Es fehlen dem öffentlichen Recht auch jene „allgemeinen, durchnormierten Typen von wirtschaftlichen Leistungsbeziehungen“¹²³, anders ausgedrückt: jene *Typologie leistungsbezogener Rechtsverhältnisse zwischen Verwaltung und Bürger*, die für eine sinnvolle, sachadäquate Abwicklung von Leistungsbeziehungen erforderlich oder auch nur zweckmäßig wären. Es mangelt dem öffentlichen Recht ferner an Regeln, die das *Vertrauen* des Partners der Verwaltung in ausreichendem Maße schützen würden. Eine öffentlich-rechtliche Willenserklärung einer Behörde – also in der Regel ein Bescheid! – als „konkludente Willenserklärung“ zu deuten, ist wohl nur in seltensten Fällen denkbar. Auch eine entwickeltere Lehre von Treu und Glauben¹²⁴ dürfte nie den Stand des vom Grundsatz der Formfreiheit beherrschten Zivilrechts erreichen können. Je ähnlicher aber Akte der Leistungsverwaltung wirtschaftlichen Leistungsbeziehungen sind, desto eher wird der Bürger in Kontakten mit einer Behörde den Maßstab des „redlichen Verkehrs“ anlegen und in seinem Vertrauen enttäuscht werden, sobald sein Verhalten und jenes der Behörde nach Kriterien der Hoheitsverwaltung beurteilt wird.¹²⁵

Auf die Grenzen einer prinzipiell nur *kassatorischen* Verwaltungsgerichtsbarkeit will ich nicht näher eingehen; sie liegen auf der Hand.

¹²² Dazu *Welser*, Das Zivilrecht und das Dreiecksverhältnis zwischen Sozialversicherungsträger, Arzt und Patient, in: Tomandl (Hrsg.), Sozialversicherung: Grenzen der Leistungspflicht (1975), 101 (118).

¹²³ *Bydlinski*, JBl 1968, 14; vgl. auch *Wilhelm*, in: Wenger, Förderungsverwaltung 203; *Rummel*, ZfV 1980, 417; *Aicher* (Fn. 3), 196f.; *Schrammel*, Verfügungen (Fn. 14), 69f.

¹²⁴ Siehe oben II.3.1.

¹²⁵ Zu all dem näher *Bydlinski*, JBl 1968, 13f. Vgl. ferner *Bydlinski*, Privatrecht und umfassende Gewaltenteilung, in: FS Wilburg (1975), 53 (66): öffentlich-rechtliche Parallelbildungen zum Zivilrecht tendieren zu einer Privilegierung des Staates.

Nur bei Säumnis ist auch eine Entscheidung des VwGH in der Sache selbst möglich; handelt es sich aber um eine vom Bürger erwünschte tatsächliche Leistung, so stößt dabei der VwGH rasch auf faktische Grenzen, wie etwa die Judikatur zu behördlichen Auskunftspflichten zeigt, die zwar eine explizite Verweigerung der Auskunft beheben kann, aber bei schlichtem Schweigen der Verwaltung ratlos bleibt.¹²⁶ Das bürgerliche Recht verfügt über ein differenzierteres Instrumentarium der Durchsetzung von Leistungsansprüchen.

Es gäbe also durchaus gute Gründe für die Verwaltung, gelegentlich auch aus dem Privatrecht in das öffentliche Recht zu „flüchten“, um bei diesem Bonmot zu bleiben. In Wahrheit sind hier freilich Gesetzgebung und Verwaltung Gefangene eines Dilemmas, aus dem ein Ausweg nur schwer ersichtlich ist.

IV. Nochmals: Zur Frage der Leistungsfähigkeit eines Begriffes „Rechtsverhältnis“

Ich komme an diesem Punkt nochmals auf die Frage der Leistungsfähigkeit der Figur des „Rechtsverhältnisses“ zurück.

Eine Typologie der Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung auf der schon angesprochenen „mittleren Abstraktionsstufe“ könnte Parallelen der Probleme und der Lösungen im öffentlichen Recht und im Privatrecht aufdecken und so die dogmatische Kluft zwischen Hoheitsverwaltung und privatrechtsförmiger Verwaltung zumindest *vergleichend* überbrücken. Dies könnte wiederum die Aufarbeitung der auf beiden Seiten bestehenden Defizite durch Lehre, Judikatur und Gesetzgebung stimulieren, wobei hier keine Rang-, wohl aber eine zeitliche Reihenfolge angesprochen ist: Die Gesetzgebung kann wohl nicht ohne Vorleistungen der Judikatur, und diese wieder nicht ohne solche der Lehre auskommen. Das sollte gerade in Österreich aus der Erfahrung der gelungenen Kodifikation des Verwaltungsverfahrens unbestritten sein.¹²⁷

Um dies nur ganz global zu skizzieren. Ein solcher Vergleich kann z.B. zeigen, daß zwischen einem antragsbedürftigen Bescheid und einem Vertrag kein essentieller, sondern nur ein Unterschied in den Rechtsfolgen besteht, und daß es daher keine apriorische Heteronomi-

¹²⁶ Vgl. VwSlgNF 9151 A.

¹²⁷ Zur unverzichtbaren Rolle der Judikatur eindrucksvoll auch *Antoniolli*, Vom Beruf unserer Zeit zur Kodifikation eines allgemeinen Teils des Verwaltungsrechts, in: Die Entwicklung der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, FS zum 100jährigen Bestehen des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes (1976), 157ff.

tät in der Hoheitsverwaltung – besser: der öffentlich-rechtlichen Verwaltung – gibt.¹²⁸ Das ist aber wiederum Voraussetzung für die Entwicklung eines flexibleren Handlungsinstrumentariums wie des verwaltungsrechtlichen Vertrages, das es erlauben würde, umfangreichere Bereiche leistender Verwaltung dem öffentlichen Recht zu inkorporieren. Auf der anderen Seite macht erst ein solcher Vergleich deutlich, inwieweit auch der privatrechtsförmig öffentliche Aufgaben besorgende Staat „Staat“ bleibt, woraus sich zwei Folgerungen ergeben: Zum einen ist in diesem Ausmaß der Staat auch als Privatrechtssubjekt gewissen öffentlich-rechtlichen, vor allem verfassungsrechtlichen Bindungen zu unterwerfen, wie den Grundrechten, aber auch dem verfassungsgesetzlichen Gebot der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit. Das gilt wohl schon de constitutione lata, bedarf aber erst einer wirksamen Entfaltung durch die Judikatur. Zum anderen schärft ein solcher Vergleich den Blick für eine sinnvolle und nicht den Staat privilegierende Gestaltung eines Sonderprivatrechts¹²⁹, in dem Grundgedanken öffentlich-rechtlicher Konstruktionen eine sinnvolle Symbiose mit zivilrechtlichen Institutionen eingehen. Das ist eine Aufgabe, die dem Gesetzgeber nicht abgenommen werden kann.

In diesem Sinn hat die Figur des Rechtsverhältnisses eine wichtige, vor allem *heuristische* Funktion, die erstarrte Positionen zumindest lockern und notwendige Entwicklungen – auf allen Ebenen: der Dogmatik, der Judikatur und der Gesetzgebung – stimulieren könnte.¹³⁰ Es wäre erfreulich, wenn diese Tagung dazu einige Anregungen brächte.

¹²⁸ Dazu ausführlich schon *Öhlinger*, siehe auch *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*² (1960), 167ff.; ferner *Henke*, *Das subjektive Recht im System des öffentlichen Rechts*, DÖV 1980, 621ff. und neuerdings *Martens*, *Der Bürger als Verwaltungsuntertan?*, KritV 1986, 104ff.

¹²⁹ Zu dieser Problematik *Bydlinski*, FS Wilburg (Fn. 125), 66.

¹³⁰ Bedeutsame Ansätze vor allem bei *Wenger*, *Funktion und Merkmale eines verwaltungsrechtlichen Subventionsbegriffes*, in: *Wenger*, *Förderungsverwaltung*, 15 (30). Daß die dort entwickelte Konzeption eines Hoheitsverwaltung und Privatwirtschaftsverwaltung überspannenden Begriffs des Subventionsverhältnisses nicht wirkungslos blieb, zeigt die Definition des § 20 Abs. 5 Bundeshaushaltsgesetz, BGBl 1986/213.

Leitsätze des 2. Mitberichterstatters über

Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung

I.1. Leistungsverwaltung ist kein dogmatischer Begriff des österreichischen Verwaltungsrechts. Dogmatisch ist vielmehr die – formale – Differenzierung von „Hoheitsverwaltung“ und „Privatwirtschaftsverwaltung“ maßgebend. Trotz der tiefen dogmatischen Kluft bestehen Verwaltungsrechtsverhältnisse vielfach aus hoheitlichen und privatrechtlichen Elementen.

2. Der Bürger zieht es häufig vor, Auseinandersetzungen aus Rechtsverhältnissen in der Leistungsverwaltung vor informellen Schiedsinstanzen, Ombudsmännern etc. auszutragen. Die Effektivität stringenter Rechts wird dadurch abgeschwächt („soft law“). Es manifestiert sich darin auch ein Ausweichen vor den ambivalenten Effekten einer Verrechtlichung von Leistungsbeziehungen.

II.1. Die Einsicht, daß die Relation zwischen dem hoheitlich handelnden Staat und dem Bürger ein Rechts- und kein Gewaltverhältnis ist, hat sich in Österreich früh durchgesetzt. In dem auch dem Referat zugrundeliegenden Verständnis von verwaltungsrechtlichen Rechtsverhältnissen geht es aber darüber hinaus um die Komplexität von Rechtsbeziehungen zwischen Verwaltung und Bürger (Rechtsverhältnis als rechtliche Rahmenbeziehung, die einzelne sachlich zusammengehörige leistungsbezogene Rechte und Pflichten zwischen zwei oder mehreren Rechtssubjekten zu einem „sinnhaften Gefüge“ verklammert).

2. Ein Teil der aus solchen Rechtsverhältnissen resultierenden Probleme konnte durch die relativ frühe Entwicklung des Verwaltungsverfahrensrechts – das den als Parteien anerkannten Betroffenen weitreichende Partizipationsrechte einräumt – abgefangen werden. Doch wird dieser Effekt durch eine am hoheitlichen Eingriff orientierte Definition des Verfahrensproduktes (Bescheid) wieder relativiert.

3. Der Bescheid ist von Verfassungen wegen der archimedische Punkt des öffentlich-rechtlichen Rechtsschutzsystems, aber auch seiner Defizite.

4. Defizite einer auf den hoheitlichen Bescheid konzentrierten Dogmatik erweisen sich an folgenden Beispielen:

- *Betreuungspflichten der Verwaltung, insbesondere bei Dauerrechtsverhältnissen,*
- *(materielle) Mitwirkungsrechte und -pflichten der Parteien,*
- *unmittelbare Leistungen in Form schlichten Verwaltungshandelns,*
- *Dispositionen des Bürgers über Ansprüche und Leistungen,*
- *Probleme defizitärer Leistungen.*

5. Aussagen über inhaltliche Strukturen von Rechtsverhältnissen sind erst auf „mittlerer Abstraktionsstufe“ – zum „Subventionsverhältnis“, „Sozialversicherungsverhältnis“ etc. – möglich.

III.1. Leistende Verwaltung erfolgt in überwiegendem Maß privatrechtsförmig. Die entscheidende Frage lautet hier: Inwieweit modifiziert der öffentlich-rechtliche Zweck derartige Zivilrechtsverhältnisse?

2. In der privatrechtsförmigen Leistungsverwaltung bestehen erhebliche Rechtsschutzdefizite. Ihre Bewältigung durch den Einsatz zivilrechtlicher Instrumente (z.B.: Kontrahierungszwang) setzt die Anerkennung der Grundrechtsbindung auch des privatrechtsförmigen Verwaltungshandelns als notwendige, aber noch nicht hinreichende Bedingung voraus.

3. Einer gesetzlichen Bewältigung dieser Defizite sind Grenzen im transkompetenten Bereich der (nicht an die bundesstaatliche Kompetenzverteilung gebundenen) Privatwirtschaftsverwaltung gesetzt (mangelnde Außenwirkung solcher Gesetze).

IV.1. Dem Rechtsschutzdefizit der privatrechtsförmigen Verwaltung steht die begrenzte Regelungskapazität des Bescheides, der Mangel Vertrauen schützender Regelungen und eine im wesentlichen nur kassatorische Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts gegenüber. Sonderregelungen tendieren im übrigen zu einer Privilegierung der Verwaltung.

2. Eine Typologie der Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung auf mittlerer Abstraktionsstufe kann Parallelen der Probleme und Lösungen im öffentlichen Recht und im Privatrecht aufdecken und so die dogmatische Kluft zwischen Hoheitsverwaltung und Privatrechtsverwaltung zumindest vergleichend überbrücken und damit eine wichtige Vorarbeit zur Lösung der skizzierten offenen Probleme leisten.

Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung

**3. Bericht für die Bundesrepublik Deutschland
von Prof. Dr. *Peter Krause*, Trier**

Inhalt

	Seite
1. Vorläufige Bemerkungen	213
2. Die Zurückhaltung des Verwaltungsrechts gegenüber dem Verwaltungsrechtsverhältnis	217
3. Das „Rechtsverhältnis“: ein vom Zivilrecht erborgtes Modell	219
4. Die Andersartigkeit des Verwaltungsrechtsverhältnisses	220
5. Was soll das Rechtsverhältnis im öffentlichen Recht leisten?	222
6. Besondere Regelungsbedürfnisse des Dauerverhältnisses der Leistungsverwaltung	224
7. Der Beitrag des materiellen Verwaltungsrechts	227
a) Zur regelgerechten Abwicklung des Leistungsverhältnisses	227
b) Zur Bewältigung von Leistungsstörungen	229
c) Ansätze zur Ausbildung eines besonderen öffentlichen Schuldrechts	234
d) Die Pflichten des Leistungsempfängers: Zweiseitigkeit und Gegenseitigkeit des Leistungsverhältnisses	236
8. Begründung, Gestaltung und Beendigung: Rechtsformen statt inhaltlicher Voraussetzungen?	239
9. Allgemeine Leistungsbedingungen der Verwaltung	243
10. Nichtabschließende Schlußbemerkung	244

Die Frage nach den Rechtsverhältnissen in der Leistungsverwaltung lenkt den Blick von der Begründung der Leistungsbeziehung auf ihre Erfüllung und dynamische Fortentwicklung. Nachdem es der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft im Ansatz gelungen ist, die Leistungsverwaltung dem Parlamentsvorbehalt zu unterwerfen, den Zugang zur öffentlichen Leistung und ihre Abwehr grundrechtlich zu sichern und rechtsstaatlich zu ordnen, und das mit ihrem Angebot verknüpfte Ansinnen zum Rechtsverzicht zu disziplinieren, gilt es, durch typisierende und abgestufte Regelungen die bei der Leistungserbringung Beteiligten in den Stand zu setzen, ihr Verhalten in der Leistungsbeziehung dem Rechte gemäß einzurichten, Störungen abzuwehren und zu bewältigen. Erst wenn es auf diese Weise gelungen ist, den Inhalt der Leistungsbeziehung zu bestimmen, wird es in vollem Umfang möglich sein, ihre Begründung zu kontrollieren.

Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung verbinden die Leistungsträger notwendig mit den Empfängern, u.U. auch mit Leistungsvermittlern und diese mit den Empfängern; bei Einschaltung von Verbänden verzweigen sie sich abermals. Die Vielfältigkeit erfordert Beschränkung, vorliegend erfolgt sie primär auf die Dauerleistungsverhältnisse im engeren Sinn.

1. Vorläufige Bemerkungen

*Herbert Krüger*¹ hat das besondere Gewaltverhältnis in der Entbindungsanstalt² beginnen und auf dem Friedhof³ enden lassen. Das Dauerverhältnis der Leistungsverwaltung greift über Leben und Tod hinaus. Dabei will ich ganz davon schweigen, daß schon die Zeugung, die ärztliche Betreuung des ungeborenen Kindes und seine Abtreibung Gegenstand einer Sachleistung im Dauerrechtsverhältnis der gesetzlichen Krankenversicherung⁴ sein kann, denn es ist nur reflexhaft begünstigt oder bedroht, aber nicht selbst anspruchsberechtigt. Der nasciturus genießt jedoch – nicht ohne Zutun des Bundesverfassungsgerichts⁵ – die Dauerleistung „Versicherungsschutz“ in der Arbeitsunfallversicherung, und wer stirbt, weiß seine Angehörigen durch den von ihm aufgebauten Anspruch auf Hinterbliebenensicherung über den Tod hinaus versorgt.

¹ Das besondere Gewaltverhältnis, VVDStRL 15 (1957), S. 109, 110.

² Vgl. *Wolff/Bachof*, Verwaltungsrecht II, 4. Aufl. 1976, § 99 IV b 3.

³ Vgl. BVerwG, DÖV 1974, S. 390ff.; *Gaedte*, Handbuch des Friedhofs- und Begräbnisrechts, 1983.

⁴ Vgl. *Henke*, Die Rechtsformen der sozialen Sicherung und das Allgemeine Verwaltungsrecht, VVDStRL Bd. 28 (1970), S. 149ff.; *Rüfner*, ebd., S. 186ff.

⁵ BVerfGE 45, 376ff. = SGb 1978, S. 344f. m. Anm. *Krause*.

Das Klingeln des Weckdienstes der Bundespost⁶, das Einschalten des Lichts⁷ und des Radiogerätes⁸, das Betätigen des Heizventils⁹, des Wasser-¹⁰ und Gashahns¹¹ — zu welchem Zweck auch immer — kann ein Dauerverhältnis der Leistungsverwaltung aktualisieren. Der Gang zum Kindergarten, zur Schule und Universität¹², die Aufnahme des Wehr-, Ersatz- und Beamtenendienstes¹³ oder einer abhängigen Tätigkeit, wie der Vollzug von Unterbringung, Straf- und Untersuchungshaft¹⁴ führen in ein oder mehrere Leistungsverhältnisse. Auch der freiberuflich, künstlerisch oder selbständig Erwerbstätige vermag ihnen nicht zu entgehen¹⁵; häufig wird auch er in die Sozialversicherung streben oder zwangsweise in sie einbezogen sein. Bald arbeitet er als Vermittler von öffentlichen Leistungen — etwa als Kassenarzt¹⁶, Gesundheitshandwerker¹⁷, Betreiber eines

⁶ Vgl. RGZ 155, 335; BGHZ 9, 17; 66, 41; BGH NJW 1964, S. 41; 1965, S. 962; BVerwG 10, 274, 277; OVG Münster NJW 1975, 1335; VGH München NJW 1974, 379, 380; *Wiechert*, Fernmeldebenutzungsverhältnis, in: *Ergänzbare Lexikon des Rechts*, 10/130.

⁷ Vgl. die Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Elektrizitätsversorgung von Tarifkunden (AVBEltV) v. 21. Juni 1979, BGBl. I, S. 684ff.

⁸ Vgl. *Tilmann*, Zur Verbesserung des Rechtsschutzes für „Medienverbraucher“, in: *Schriften der Gesellschaft für Rechtspolitik*, Bd. 1, Rundfunkrecht, S. 337, 354ff. m.w.N.

⁹ Vgl. die Verordnung über die Versorgung mit Fernwärme (AVB-FernwärmeV) v. 20. Juni 1980, BGBl. I, S. 742ff.

¹⁰ Vgl. die Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Wasser (AVBWasserV) v. 20. Juni 1980, BGBl. I, S. 750ff.

¹¹ Vgl. die Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Gasversorgung von Tarifkunden (AVBGasV) v. 21. Juni 1979, BGBl. I, S. 676ff.

¹² Vgl. *Wolff/Bachof*, VerwR III, 4. Aufl. 1978, § 137 III b 1; *Evers*, Verwaltung und Schule, VVDStRL Bd. 23 (1966), S. 147ff.; *Fuß*, ebd., S. 199ff.; *Rupp*, Die Stellung des Studenten in der Universität, VVDStRL Bd. 27 (1969), S. 113ff.; *Geck*, ebd., S. 143ff.; *Krause*, Das studentische Rechtsverhältnis, in: *Hdb. d. WissR* 1982, S. 513ff.

¹³ Der Wehrpflichtige hat u.a. Anspruch auf Unterbringung und Verpflegung, Wehrsold und unentgeltliche Heilfürsorge (§ 30 SoldG), sowie Unterhaltssicherung.

¹⁴ Der Strafgefangene hat beispielsweise auch Anspruch auf Gesundheitsfürsorge (§§ 56ff. StVollzG) und soziale Hilfe (§§ 71ff. StVollzG). Die Rechtsprechung lehnt zwar eine Haftung der Justizvollzugsanstalt aus positiver Forderungsverletzung ab, vgl. BGHZ 21, 219; 25, 231, 238; NJW 1962, S. 1053ff.; a.A. OLG Hamburg, MDR 1955, S. 111; kritisch *Bull*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1986, Rdn. 912; *Papier*, Die Forderungsverletzung im öffentlichen Recht, 1970, S. 54; jedenfalls besteht aber ein öffentlich-rechtliches Verwahrungsverhältnis, aus dem die Strafanstalt haftet.

¹⁵ Vgl. dazu *Krause*, in: *Ergänzbare Lexikon des Rechts*, Stand 1986, Versicherungspflicht 11/590.

¹⁶ Vgl. dazu *Krause*, Das Kassenarztrecht, SGB 1981, S. 404ff.; *ders.*, Die Rechtsbeziehungen zwischen Kassenarzt und Kassenpatient, SGB 1982, S. 425ff.

¹⁷ Vgl. dazu *Krause*, Das Gesundheitshandwerk zwischen Gewerbe-, Gesund-

Pflegeheimes¹⁸ oder als Bankier¹⁹, bald unterliegt er dem Zwang zur Schlachthofbenutzung²⁰ oder nimmt Subventionen in Anspruch²¹. Vielleicht bedarf er der Sondernutzung an einer Straße, einer was-serrechtlichen Bewilligung oder des Rates seines öffentlich-rechtlichen Berufsverbandes²². Und selbst der Wissenschaftler kommt kaum umhin, das öffentliche Bibliothekswesen²³ einschließlich des gebührenpflichtigen Fernleihverkehrs perpetuierlich zu nutzen, auch wenn er dabei vorwiegend Makulatur erzeugt, die er im Dauerrechtsverhältnis der Abfallbeseitigung²⁴ entfernen läßt.

Für die Annahme eines Verhältnisses der Leistungsverwaltung soll es genügen, daß die Verwaltung Leistungen gewährt oder aufzwingt, die sich nicht in Eingriffen und deren Beseitigung erschöpfen. Irrelevant ist, daß auch den Empfänger Lasten oder Pflichten treffen. Von einem Rechtsverhältnis der Leistungsverwaltung läßt sich jedenfalls nicht sprechen, wenn jede einzelne Maßnahme, etwa die Ausleihe und die Rückforderung eines Buches, gesondert²⁵ der Leistungs- oder der Eingriffsverwaltung zugeordnet wird.

Die Zwecke der Leistungsverwaltung sind heterogen und von unterschiedlicher Dringlichkeit. Sie spannen sich von der hier ausgeklammerten Gewährleistung von Rechtsfrieden und Sicherheit über die Ermöglichung von Kommunikation und Mobilität, die Bereitstellung von Gütern und Energie durch flächendeckende Leitungssy-

heits-, Sozial- und Wettbewerbsrecht, Gewerbearchiv 1984, S. 313ff., 358ff.; das Rechtsverhältnis wird einem modifizierten Privatrecht zugeordnet, s. dazu Gem. Senat, Beschl. v. 10. April 1986 – GmS – OGB 1/85.

¹⁸ Vgl. dazu *Krause*, Empfiehlt es sich, soziale Pflege- und Betreuungsverhältnisse gesetzlich zu regeln? Gutachten E zum 52. DJT, Verhandlungen des 52. DJT, Bd. I.

¹⁹ Zu der Vermittlerfunktion der Banken bei der Subventionierung vgl. *Zacher*, Verwaltung durch Subventionen, VVDStRL Bd. 15 (1967), S. 308, 370ff.; *Schetting*, Rechtspraxis der Subventionierung, 1973, S. 316ff.

²⁰ Vgl. BGHZ 61, 7.

²¹ Vgl. dazu *Ipsen*, Verwaltung durch Subventionen, VVDStRL Bd. 25 (1967), S. 257ff.; *Zacher*, ebd., S. 308ff.; *Schetting* (Fn. 19); *Henke*, Das Recht der Wirtschaftssubventionen als öffentliches Vertragsrecht, 1979; *ders.*, Entwurf eines Gesetzes über den Subventionsvertrag, DVBl. 1984, S. 845ff.; *Bleckmann*, Subventionsrecht, 1978; *ders.*, Ordnungsrahmen für das Recht der Subventionen, Gutachten D zum 55. DJT, Bd. I; *Friauf*, Ordnungsrahmen für das Recht der Subventionen, Referat zum 55. DJT, Verhandlungen des 55. DJT, Bd. II, S. M 8ff., m.w.N.

²² Vgl. dazu *Frentzel/Jäkel/Junge*, Industrie- und Handelskammergesetz, Kommentar, 4. Aufl. 1982, § 1.

²³ Vgl. dazu *Abb/Luther*, Die Bibliotheksbenutzung, in: Hdb. der Bibliothekswissenschaft, Bd. II, 1968, S. 357ff.

²⁴ Vgl. dazu BGHZ, DVBl. 1983, 1061f.

²⁵ *Wallerath*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1985, § 2 I 2.

steme, die Vermittlung und Förderung von Kultur, Bildung und Information, die Unterstützung des Gemeinschaftslebens, von Erholung und Sport, das Angebot von Einrichtungen der Vorsorge für Wechselfälle des Lebens, den Ausgleich von ungleichen Belastungen, die Fürsorge für den Hilfsbedürftigen und den zwangsweise Eingeschlossenen, die Gewährleistung von Hygiene und Umweltschutz durch Gemeinschaftseinrichtungen bis hin zur Vergütung des Personals und der Waren, die zur öffentlichen Bedarfsdeckung dienen, und schließen endlich den Anstoß von privater Tätigkeit zu allen möglichen öffentlichen Zwecken im Wege der Vergünstigung ein. Sie können nahezu vollständig in der Befriedigung eines Privatinteresses aufgehen, selbst wenn die Leistungsbeziehung zwangsweise begründet ist; paradigmatisch sind Sozialversicherung, Schule und ein Großteil der Versorgungsbetriebe. Die Leistungsbeziehung kann aber umgekehrt den einzelnen auch primär im öffentlichen Interesse instrumentalisieren oder disziplinieren, so bei Subventionen und einigen Einrichtungen mit Anschluß- und Benutzungszwang.

Eine Typisierung der Rechtsverhältnisse wird sich weniger an dem materiellen öffentlichen Zweck, den sie verfolgen, sondern stärker an dessen Dringlichkeit und seinem Verhältnis zum privaten Interesse sowie daran zu orientieren haben, inwieweit der einzelne dem Leistungsangebot frei gegenübersteht, insbesondere ob und warum er hoheitlich zur Annahme gezwungen ist, ob er existenziell auf die Leistung angewiesen ist und schließlich ob ihm der Weg zu einer (privaten) Konkurrenz Einrichtung offensteht.

Die Leistungen bestehen kaum in Verwaltungsakten; das drängt zu nichtssagender Qualifikation als schlichte Hoheitstätigkeit, Realhandeln, Anstaltsnutzung oder Erfüllungsgeschäft; etwas exakter ist die Einteilung in Geld-, Sach- und Dienstleistungen (§ 11 SGB-AT). Doch auch diese Begriffe sind vage und lassen keine zulängliche Typisierung der Leistungsverhältnisse zu; Geldleistungen bestehen in der Übereignung von Geld ohne Rückgabepflicht, in der Hingabe von Darlehen mit und ohne Zinsen und in der Haftungsübernahme²⁶. Dienstleistungen integrieren den Berechtigten bald in einen groß angelegten Leistungsapparat oder betreffen ihn in personalen Betreuungsverhältnissen doch unmittelbar und existenziell, bald aber berühren sie ihn nur peripher, wie die öffentlich-rechtliche Verwahrung. Sachleistungen begegnen in Form der Übereignung und der Einräumung von Benut-

²⁶ In diesem Fall lagert sich in die Leistungsbeziehung ein zivil- oder öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis ein, vgl. Ehlers, Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung, DVBl. 1986, S. 917.

zungsrechten an Sachen²⁷ oder Einrichtungen. Mischformen von Dienst- und Sachleistungen²⁸ sind nicht ausgeschlossen, etwa im Rahmen der Krankenhilfe.

Sach- und Dienstleistungen sind regelmäßig nicht bloß konditional, sondern auch final bestimmt²⁹, das macht Prognoseentscheidungen notwendig und erschwert die Konkretisierung, in Sonderheit wenn die Disposition über den Zweck den Beteiligten entzogen ist. Überhaupt sind sie durch Rechtsnormen nur unvollkommen zu präskribieren, durch vorgegreifende Einzelfallregelungen nur in geringem Maße zu konkretisieren und durch Rechtsschutz³⁰ nicht verlässlich zu erzwingen³¹.

2. Die Zurückhaltung des Verwaltungsrechts gegenüber dem Verwaltungsrechtsverhältnis

Aus der Intensität, mit der der einzelne in öffentliche Leistungsbeziehungen eingebunden ist, hat das deutsche Verwaltungsrecht bislang nur prinzipiell, aber nicht konkret und detailliert Folgerungen gezogen³². Während das Zivilrecht von vornherein das Rechtsverhältnis in

²⁷ Vgl. etwa § 13 Abs. 2 Satz 2 BVG, wonach Hilfsmittel, deren Neuwert 300 Deutsche Mark übersteigt, in der Regel nicht zu übereignen sind.

²⁸ Dazu *Zacher*, Materialien zum Sozialgesetzbuch, Stand April 1979, Teil A, Einführung, S. A 55ff.; *ders.*, Grundfragen praktischer und theoretischer sozialrechtlicher Arbeit, VSSR Bd. 4 (1976), S. 1ff.; *Krause*, Die sozialen Dienste im System der Sozialversicherung, der sozialen Entschädigung und der Sozialhilfe, ZfSH/SGB 1985, S. 346ff.; *ders.*, Rechtsprobleme einer Konkretisierung von Dienst- und Sachleistungen, in: Im Dienst des Sozialrechts, Festschrift für Georg Wannagat, 1981, S. 239ff.

²⁹ Vgl. *Watermann*, Die Ordnungsfunktionen von Kausalität und Finalität im Recht unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der gesetzlichen Unfallversicherung, 1967.

³⁰ Vgl. *Igl*, Heimvertrag, Empfiehlt sich eine besondere Regelung des zivilrechtlichen Vertragsverhältnisses des Heimbewohners zum Heimträger im BGB?, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, hrsgg. vom BMJ, S. 983f.; zu den Grenzen der Verrechtlichung u.a. *Hill*, NJW 1986, S. 2605 m.w.N.

³¹ Dies zeigt nicht zuletzt das Vollstreckungsrecht. Die Vollstreckung von Sach- und Dienstleistungen, auf die ein Anspruch besteht, erfolgt regelmäßig nach §§ 198 Abs. 1 SGG i.V.m. § 887 ZPO; sie führt lediglich zum Geldersatz. Auch die Vollstreckung aus Verpflichtungs- oder Bescheidungsurteilen (§ 201 SGG) bietet keine zuverlässige Handhabe gegen die Nichtgewährung einer Ermessensleistung. Aus dem Dilemma zeigen §§ 283 BGB, 255, 259, 510 b ZPO für das Zivilrecht Auswege.

³² *Häberle*, Das Verwaltungsrechtsverhältnis – Eine Problemskizze, in: Das Sozialrechtsverhältnis, Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes, Bd. XVII, S. 60, 65 = *ders.*, Die Verfassung des Pluralismus, 1980, S. 248ff., dort aber ohne die Leitsätze (!).

den Vordergrund seiner Bemühungen gestellt hat³³, verstand und versteht sich das öffentliche Recht als ein speziell an die Träger öffentlicher Gewalt gerichtetes Regelungswerk mit der Aufgabe, deren Handlungen zu steuern und zu sanktionieren³⁴. Trotz seiner Konzentration auf Handlungsformen und Ersatzleistungen konnte es das Verwaltungsverhältnis³⁵ nicht völlig ausklammern; einmal, wenn es dem Verwaltungshandeln die Aufgabe zuweist, Rechtsverhältnisse zu gestalten und Ansprüche zu konkretisieren, und wenn es umgekehrt das Verwaltungshandeln am zugrunde liegenden Rechtsverhältnis mißt; zum anderen, wenn es an die Pflichtverstöße in Verwaltungsverhältnissen Ersatzansprüche knüpft. Damit hat es bereits inzident und sich selbst kaum bewußt einen bedeutsamen Beitrag zur Dogmatik des Verwaltungsverhältnisses geleistet, der in der Folge offengelegt werden soll.

³³ Vgl. von Tuhr, Der allgemeine Teil des Deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 1 (Allgemeine Lehren und Personenrecht) 1910 (Nachdruck 1957), § 5; Bierling, Juristische Prinzipienlehre, Bd. 1, 1894 (2. Neudruck 1979), §§ 9ff.; Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 3. Aufl. 1979, passim; Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 6. Aufl. 1983, § 12.

³⁴ Vgl. dazu den im wesentlichen immer noch an den Handlungsformen orientierten Aufbau der Lehrbücher zum allgemeinen Verwaltungsrecht z.B. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1983, §§ 9ff.; Erichsen/Martens, in: Erichsen/Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 1986, §§ 10ff.; Wallerath (Fn. 25), §§ 6ff.

³⁵ Zum Verwaltungsverhältnis vgl. Achterberg, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1982, § 20 m.zahlr.N.; Bachof, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30 (1972), S. 229ff.; Bull (Fn. 14), §§ 14ff.; Erichsen/Martens (Fn. 34), § 10; Ehlers, DVBl. 1986, S. 912ff.; Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 1973, § 10; Grüner u.a., SGB Kommentar, Stand 1986, Allgemeiner Teil, Einleitung; Häberle (Fn. 32); Henke, VVDStRL Bd. 28 (1970), S. 149ff.; ders., Zur Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, in: FS Weber, S. 495ff.; ders., Recht der Wirtschaftssubventionen (Fn. 21); ders., Das subjektive Recht im System des öffentlichen Rechts, DÖV 1980, S. 621ff.; ders., Allgemeine Fragen des öffentlichen Vertragsrechts, JZ 1984, S. 441ff.; Hill, NJW 1986, S. 2602ff.; Jellinek, Verwaltungsrecht, unveränderter Neudruck (1966) der 3. Aufl. von 1931, § 9; Krause, Rechtsformen des Verwaltungshandelns, 1974, S. 102ff.; ders., Das Sozialrechtsverhältnis, in: Das Sozialrechtsverhältnis, Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes, Bd. XVIII, S. 12ff.; ders., Das öffentlich-rechtliche Schuldverhältnis in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, BStArbSozR 1979, S. 145ff.; Löwer, NVwZ 1986, S. 793ff.; Maurer (Fn. 34), § 8 II; Merk, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. II, 1970, §§ 53, 54; Rüfner, VVDStRL Bd. 28 (1970), S. 187ff.; Schnapp, Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung, DÖV 1986, S. 811ff.; Wallerath (Fn. 25), § 6 V; alle m.w.N.; Zacher (Fn. 19), S. 325ff.

3. Das „Rechtsverhältnis“: ein vom Zivilrecht erborgtes Modell

Das Zivilrecht hat das Rechtsverhältnis am Paradigma des Begriffs „Schuldverhältnis“ entwickelt. Ihn gebraucht es äquivok; § 362 BGB versteht darunter den einzelnen Anspruch und die entsprechende Verpflichtung, die Überschrift vor § 433 BGB das mehrere Ansprüche zusammenfassende komplexe Verhältnis, das mit Erfüllung des Einzelanspruchs nicht notwendig erlischt und nach dessen Ende noch Einzelansprüche bestehen können³⁶. Daneben bezeichnet es Gesamtheiten von rechtlichen Beziehungen – Lebensverhältnisse – als „Rechtsverhältnis“, sofern sie Beteiligte an einem Rechtsverhältnis in engerem Sinne untereinander oder mit Dritten verbinden³⁷ und in einem Sinnzusammenhang stehen (vgl. §§ 783ff. BGB). Das ermöglicht es, Ansprüche und Verantwortlichkeiten in polygonalen Beziehungen zu verorten, ohne die Grenzen zwischen den einzelnen Rechtsverhältnissen zu verwischen und sie in ein mehrpoliges aufzulösen³⁸.

Mit allem steht das Rechtsverhältnis als Gegenstand der Feststellungsklage (§§ 43 VwGO; 55 SGG; 41 FGO; 257 ZPO)³⁹ in losem Zusammenhang; doch bleibt Leitidee das zwischen zwei Beteiligten durch mehrere Rechte und Pflichten konstituierte Schuldverhältnis im weiteren Sinne⁴⁰. Dieses hat das BGB in abgestufter Weise in sein Regelungssystem eingebunden. Sämtliche Rechtsverhältnisse unterstellt es den Bestimmungen über Rechtsfähigkeit und Rechtsgeschäfte und alle Schuldverhältnisse dem Allgemeinen Teil des Schuldrechts. Darüber hinaus hält es für einzelne Typen von Schuldverhältnissen ein besonderes Schuldrecht bereit, das durch zahllose Sondergesetze ergänzt wird. Wo es dennoch an Typen fehlt, bemühen sich Praxis und Lehre um die Typisierung des Atypischen⁴¹. Die Abstufung entlastet ungemein; Normen und Rechtsakte, die ein konkretes Schuldverhältnis begründen oder umgestalten, müssen die Regelungen nicht in vol-

³⁶ Vgl. von Tuhr (Fn. 33), S. 125ff.; Bierling (Fn. 33), § 12; vgl. dazu auch Krause, Sozialrechtsverhältnis (Fn. 35), S. 14; Erichsen/Martens (Fn. 34), S. 145; Henke, Recht der Wirtschaftssubventionen (Fn. 21), S. 410ff.

³⁷ Vgl. dazu Medicus, Drittbeziehungen im Schuldverhältnis, JuS 1974, S. 613ff.

³⁸ Vgl. Bull (Fn. 14), Rdn. 817.

³⁹ Als Rechtsverhältnisse i.S.d. § 43 VwGO gelten die rechtlichen Beziehungen, die sich aus einem konkreten Sachverhalt aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Regelung für das Verhältnis mehrerer Personen untereinander oder einer Person zu einem Sachgut ergeben (BVerwGE 14, 235f.; 16, 92; 62, 351); vgl. aber Trzaskalik, Die Rechtsschutzzone der Feststellungsklage im Zivil- und Verwaltungsprozeß, 1978.

⁴⁰ So auch Ehlers, DVBl. 1986, S. 913f.

⁴¹ Weick, Die Idee des Leitbildes und die Typisierung im gegenseitigen Vertragsrecht, NJW 1978, S. 11, 14ff.

lem Umfang selbst treffen. Das Zivilrecht bietet so – auch in Gestalt bloß dispositiven Rechts – den Beteiligten einen Rahmen und Regelungsalternativen und macht Problemfelder und Lösungsmöglichkeiten sichtbar, die ihre Phantasie ad hoc überfordern müßten⁴². Damit gewährt es Rechtssicherheit, Klarheit und Freiheit bei der Eingehung, Umgestaltung und Abwicklung der Rechtsverhältnisse oder verstärkt sie zumindest.

4. Die Andersartigkeit des Rechtsverhältnisses

Mit der Übernahme des Begriffs „Rechtsverhältnis“ (vgl. Gesetz zur Neuordnung der Rechtsverhältnisse der Mitglieder des Deutschen Bundestages) legt das Verwaltungsrecht ein Modell des Zivilrechts zugrunde, nicht mit dem voreiligen Ziel, dessen Regelungen im Wege der Analogie zu übernehmen⁴³, sondern um die spezifischen Regelungsbedürfnisse und -alternativen des Rechtsverhältnisses vergleichend herauszuheben.

Dabei wird zunächst die prinzipielle Andersartigkeit des Rechtsverhältnisses bewußt. Einmal bleibt es Gewaltverhältnis⁴⁴, auch wenn es durch das Recht begründet und begrenzt wird⁴⁵: Die

⁴² Vgl. *Krause* (Fn. 18), S. E 83; zur Leitbildfunktion des dispositiven Rechts *Weick*, NJW 1978, S. 13.

⁴³ Vgl. *Krause*, Die Willenserklärungen des Bürgers im Bereich des öffentlichen Rechts, *VerwArch.* Bd. 61 (1970), S. 297, 301f. m.w.N. auf die frühe Gemeinrechtswissenschaft unter Anm. 42; *Kormann*, Grundzüge eines Allgemeinen Teils des öffentlichen Rechts, in: *Annalen des Deutschen Reiches*, Bd. 44 (1911), S. 350ff., Bd. 45 (1912), S. 100ff.; *ders.*, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte 1910; *Friedrichs*, Wie weit sind die Vorschriften des BGB auf Schuldverhältnisse des öffentlichen Rechts anwendbar? *ArchBürgR.* Bd. 42 (1916), S. 28ff.; *ders.*, Allgemeiner Teil des Rechts, in: *Annalen des Deutschen Reiches*, Bd. 50 (1917), S. 385ff.; *ders.*, Der Allgemeine Teil des Rechts, 1927; für ein differenziertes „Gemeinrecht“ *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 1968, S. 80ff.

⁴⁴ Wenn das besondere Gewaltverhältnis dadurch gekennzeichnet ist, daß in ihm die Ursprünglichkeit des Zwecks weder durch Gesetz noch durch die Grundrechte oder durch Rechtsschutz gebrochen ist (*Herbert Krüger*, VVDStRL 15 [1957], S. 112), dann nähern sich gerade final gesteuerte Leistungsverhältnisse den Gewaltverhältnissen an (vgl. dazu *Krause*, Sozialrechtsverhältnis [Fn. 35], S. 12); zum besonderen Gewaltverhältnis s.a. *Fuß*, Personale Kontaktverhältnisse zwischen Verwaltung und Bürger, *DÖV* 1972, S. 765ff.; *Ronellenfitsch*, Das besondere Gewaltverhältnis – ein zu früh totes Institut, *DÖV* 1981, S. 933ff.; *Loschelder*, Vom besonderen Gewaltverhältnis zur öffentlich-rechtlichen Sonderverbindung, 1982.

⁴⁵ *Krause*, Sozialrechtsverhältnis (Fn. 35), S. 12; vgl. schon *Nawiaski*, Forderungen- und Gewaltverhältnis, in: *FS Zitelmann*, 1913, S. 1, 17; *Henke*, VVDStRL Bd. 28 (1970), S. 157f.; *ders.*, *DÖV* 1980, S. 621.

dem Staat zukommende überlegene Rechtsmacht⁴⁶ bedarf beständiger Ausbalancierung, nicht zuletzt durch die Grundrechte.

Zweitens werden im Zivilrecht Rechtspflichten stets durch subjektive Rechte konstituiert, während die Pflichten der Träger öffentlicher Gewalt nicht notwendig aus Ansprüchen erwachsen. Deshalb kann das Rechtsverhältnis im öffentlichen Recht nicht die beherrschende Bedeutung gewinnen wie im Zivilrecht. Auch wenn der Übergang zwischen bloßen Reflexen und subjektiven Rechten fließend ist, erscheint es wenig sinnvoll, den Begriff des Rechtsverhältnisses auf Tatbestände auszudehnen, in denen die objektiv-rechtliche Bindung nicht von einem entsprechenden subjektiven Recht begleitet wird⁴⁷.

Aus dem gleichen Grund mangelt es den Pflichten der Verwaltung an der Relativität, die die zivilrechtlichen Verbindlichkeiten kennzeichnet; sie sind relativ nicht nur, weil sie von der Geltendmachung der entsprechenden Rechte abhängen, sondern auch, weil sie Pflichten aus anderen Rechtsverhältnissen widersprechen können. Eine solche Relativität, die die Reduktion auf eine prinzipiell zweipolige Beziehung⁴⁸ und die strenge Beschränkung der Rechtskraft *inter partes* ermöglicht, ist dem nach dem Prinzip des ausgeschlossenen Widerspruchs konstruierten Rechtsstaat fremd. Verwaltungsprozeß- und Verwaltungsverfahrenrecht lassen es regelmäßig nicht zu, daß er durch Urteil, Verwaltungsakt oder Verwaltungsvertrag (§ 58 Abs. 1 VwVfG) zu widersprechendem Verhalten dem einen oder anderen Beteiligten gegenüber verpflichtet wird⁴⁹. Sie haben durch Beiladung und Beteiligung versucht, die Verbindlichkeit auszudehnen⁵⁰. Die Übertragung der verfahrensrechtlichen Multidimensionalität auf das materielle Rechtsverhältnis⁵¹ droht jedoch den Beitrag zur Vereinfachung preiszugeben, den seine Begrenzung auf Zweipoligkeit leistet. Das spricht dafür zu versuchen, die Lebensverhältnisse des Verwaltungsrechts, auch wo sie eine Vielzahl von Beteiligten in drei- und mehrseitigen

⁴⁶ Fragwürdig *Schnapp*, DÖV 1986, S. 813.

⁴⁷ Anders *Achterberg*, Allg. VerwR (Fn. 35), § 20 Rdn. 68ff.

⁴⁸ *Bierling* (Fn. 33), S. 284, 290ff.; vgl. auch *Zöllner*, Arbeitsrecht, 3. Aufl. 1983, S. 130f., 212, der eine Mehrpoligkeit des Arbeitsverhältnisses ablehnt.

⁴⁹ Vgl. *Brohm*, Die Konkurrentenklage, in: FS f. Menger, 1985, S. 235ff., 237 m. Anm. 9; vgl. auch S. 252ff.; *ders.*, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL Bd. 30 (1972), S. 245, 253ff.

⁵⁰ Vgl. *Wahl*, Der Nachbarschutz im Baurecht, JuS 1984, S. 577, 580, 585ff.; *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, VVDStRL Bd. 34 (1976), S. 221, 248.

⁵¹ *Bauer*, Subjektive öffentliche Rechte des Staates, DVBl. 1976, S. 208, 217f.

Strukturen verbinden⁵² oder das Verfahren die Beteiligung Drittinteressierter ermöglicht, in selbständige Zweierbeziehungen zu zerlegen⁵³.

Drittens unterscheiden sich nicht nur die Pflichten, sondern auch die Befugnisse, die den Trägern öffentlicher Gewalt aus ihrer Gemeinwohlverbindlichkeit erwachsen, prinzipiell von den durch Privatautonomie und Privatnützigkeit geprägten subjektiven Rechten des Zivilrechts⁵⁴. Die Rechtsbeziehungen der öffentlichen Gewalt zum einzelnen werden daher nie durch den Interessengegensatz bestimmt, wie er unter Privaten zu präsumieren ist⁵⁵. Sie dienen einem öffentlichen Zweck und verlangen zugleich Identifikation mit dem Interesse des Privaten. Wenn dennoch Befugnisse der Verwaltung, die sich gegen den einzelnen richten, die Rolle des Anspruchs einnehmen sollen, darf darüber die grundlegende Differenz zum subjektiven Recht des Privaten nicht vergessen werden⁵⁶, die insbesondere der Disposition Grenzen setzt.

5. Was soll das Rechtsverhältnis im öffentlichen Recht leisten?

Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung haben eine Reihe rechtlicher Probleme zu bewältigen, die sich im Verhältnis unter einzelnen nicht stellen. Die Legitimität ihrer Entstehung ist – mangels Privatautonomie des Staates⁵⁷ und angesichts der eingeschränkten Geltung des Prinzips „volenti non fit iniuria“ für den mit ihm konfrontierten einzelnen – nicht schon durch freiwillige Begründung gegeben (anders §§ 305ff. BGB), sondern vom objektiven Recht her, und zwar je nach dem Typus des Rechtsverhältnisses unterschiedlich zu leisten. Es muß

⁵² Vgl. *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs-idee und System, 1982, S. 26ff.

⁵³ So beim Vertrag zugunsten Dritter, BGHZ 54, 147; grundsätzlich in diesem Sinne *Walter Schmidt*, Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts, 1982, S. 251.

⁵⁴ *Henke*, DÖV 1980, S. 621, 623 m. Anm. 11.

⁵⁵ *Krause*, VerwArch. Bd. 61 (1970), S. 306; *ders.*, Rechtsformen (Fn. 35), S. 30; *ders.*, Willensmängel bei mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakten und öffentlich-rechtlichen Verträgen, JuS 1972, S. 425, 427.

⁵⁶ *Henke*, DÖV 1980, S. 623; zu weitgehend *Bauer*, DVBl. 1986, S. 208ff.; dagegen *Ehlers*, DVBl. 1986, S. 915 und *Bleckmann*, Nochmals: Subjektive öffentliche Rechte des Staates, DVBl. 1986, S. 666 und *Hill*, NJW 1986, S. 2610, denen ich weitgehend zustimme; kritisch zum Strafanspruch des Staates *Krause*, Sozialrechtsverhältnis (Fn. 35), S. 13; OLG Düsseldorf, NJW 1986, S. 2205.

⁵⁷ Vgl. *Mallmann*, Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL Bd. 19 (1961), S. 165, 207; *Krause*, Rechtsformen (Fn. 36), S. 86 m.w.N.; *Schulin*, Der öffentlich-rechtliche Vertrag vor einer Bewährungsprobe, JZ 1986, S. 474.

auch klarstellen, wie die konkrete Ordnung des Rechtsverhältnisses, die das Zivilrecht ebenfalls dem Vertrag überläßt, festzulegen ist, durch zwingendes oder dispositives Gesetz oder ohne seine Direktive durch einseitigen oder vereinbarten Begründungsakt oder einseitig vorformulierte Leistungsbedingung mit und ohne Rechtsnormqualität.

Zu den spezifischen Regelungsbedürfnissen treten solche hinzu, wie sie sich ähnlich, wenn auch in der Sache abweichend, für die Verhältnisse unter Privaten stellen. Es läge nahe, zu ihrer Befriedigung ein entsprechend abgestuftes Normensystem vorzuhalten. Davon ist das Verwaltungsrecht aber weit entfernt; die Verwaltungsverfahrensgesetze erfüllen die Aufgaben des allgemeinen Teils des BGB nur teilweise und tragen kaum zur Klärung der Legitimität der Rechtsverhältnisse bei. Das allgemeine öffentliche Schuldrecht ist zwar, wenigstens hinsichtlich der Geldforderungen, in einem wesentlich besseren Zustand, aber wenig bekannt. Dagegen fehlt es wiederum an einem besonderen öffentlichen Schuldrecht, das auf mittlerer Abstraktionsebene Typen von Rechtsverhältnissen der Leistungsverwaltung entwickelt⁵⁸. Seine Ausbildung an das besondere Verwaltungsrecht zu verweisen, hieße weiterhin die gemeinsamen Strukturen zu verdecken und die Erkenntnis von in seinen einzelnen Teilen immer wiederkehrenden Problemlagen und Ordnungsinstrumenten zu behindern⁵⁹. Das allgemeine Verwaltungsrecht muß zumindest ein Gerüst zur Vertorfung der Fragen und Lösungsmöglichkeiten vorhalten.

Der Mangel eines abgestuften Regelungssystems und einer typisierenden Ordnung drängt dazu, die Legitimität des einzelnen Rechtsverhältnisses, seiner Begründung und inhaltlichen Ausgestaltung jeweils konkret von der seines Zustandekommens abhängig zu machen und am Zivilrecht sowie an Generalklauseln zu messen, die aus den Grundrechten, dem Rechtsstaats-, insbesondere dem Verhältnismäßigkeitsprinzip und dem Grundsatz von Treu und Glauben⁶⁰ abgeleitet werden. Die Aufforderung zu sorgfältiger Abwägung nach diesen „Maßstäben“ vermag den Beteiligten, die vor der Begründung und Abwicklung eines komplexen Rechtsverhältnisses stehen, jedoch wenig zu helfen. Sie erleichtern auch die nachträgliche Kontrolle durch Aufsicht, Gerichte und Rechnungshöfe kaum und überlasten die voneinander isolierten Teile des besonderen Verwaltungsrechts.

⁵⁸ Vgl. *Krause*, AÖR Bd. 99 (1974), S. 634, 641.

⁵⁹ Vgl. *Tomandl*, Das Sozialrechtsverhältnis, in: Das Sozialrechtsverhältnis, Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes, Bd. XVIII, S. 53 m.w.N.; *Hill*, NJW 1986, S. 2602f.; anders *Maurer* (Fn. 34), § 8 Rdn. 24; wohl auch *Maunz*, Rechtsfragen der Leistungsverwaltung, BayVBl. 1986, S. 545ff., 550.

⁶⁰ Vgl. *Grüner u.a.* (Fn. 35), Einleitung, S. 26.

6. Besondere Regelungsbedürfnisse des Dauerverhältnisses der Leistungsverwaltung

Alle Leistungsverhältnisse sind der Zeit ausgesetzt⁶¹. Ihrer Begründung geht eine Phase der Entscheidungsbildung oder Tatbestandsverwirklichung mit vorgreifenden Verfahrens- und Treuebindungen voraus; die Begründung kann sich in zeitlich getrennte Elemente (Angebot und Annahme) gliedern; ihr folgt häufig eine Phase, in der eine rückwirkende Beseitigung möglich ist. Nach der Abwicklung des Rechtsverhältnisses können Nebenpflichten fortauern⁶². Vor allem aber steht die Abwicklung selbst in der Zeit, und zwar auch dann, wenn die Leistung sich in der Verschaffung der Substanz eines Gutes erschöpft⁶³. Denn Ansprüche werden zu einem bestimmten Zeitpunkt fällig und erfüllt; nach der Begründung auftretende Leistungsstörungen können Schadenersatz-, Wandlungs-, Auflösungs-, Zurückbehaltungs- und Rückforderungsrechte nach sich ziehen⁶⁴, vorherige das Entstehen des Leistungsverhältnisses verhindern. Die Rechts- und Sachlage und ihre Bewertung unterliegt Veränderungen (vgl. § 60 VwVfG, der allerdings nicht einmal Anhörung verlangt).

Eine besondere Bedeutung gewinnt die Zeit für Rechtsverhältnisse, in denen ein dauerndes Verhalten (z.B. Dienste, insbesondere Heilbehandlung, Pflege, Unterricht, aber auch Versicherungsschutz) oder wiederkehrende Einzelleistungen über einen längeren Zeitraum (z.B. Renten, Versorgungs- und Entsorgungsleistungen) geschuldet werden (Dauerschuldverhältnisse)⁶⁵ oder in denen in einem u.U. langdauernden Vorsorgeprozeß ein Recht auf Zukunftssicherung erworben wird. Subventionen bewirken die dauernde Pflicht des Empfängers zur Verwirklichung des Subventionszwecks⁶⁶; soweit sie in Form eines Darlehens gegeben werden, darüber hinaus auch die Pflicht zur Zins- und zur Rückzahlung.

⁶¹ Vgl. Ehlers, DVBl. 1986, S. 914f.

⁶² Häberle (Fn. 32), S. 82.

⁶³ Kress, Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts, Neudruck der Ausgabe München 1929, hrsgg. von Weitnauer/Ehmann, 1974, S. 32.

⁶⁴ Vgl. §§ 273, 276, 320ff., 459ff., 537ff., 633ff. BGB.

⁶⁵ Zum Begriff vgl. Kress (Fn. 63), S. 32ff.; Beitzke, Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen, 1948; § 10 Nr. 3, § 11 Nr. 12 AGBG, m. BT-Drucks. 7/5422, S. 8; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, 13. Aufl. 1982, § 2 VI. Im öffentlichen Recht s. Rüfner, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, 1967, S. 346ff.; Krause, Rechtsformen (Fn. 35), S. 72f.; BGHZ 61, 7 (Schlachthofbenutzung).

⁶⁶ Pflichtverstöße stützen die Rückforderung der geleisteten einmaligen und wiederkehrenden (Zins-)Zuschüsse, die Kündigung des Darlehens einschließlich der Bürgschaft unter Schonung der Interessen des Gläubigers (vgl. Schetting [Fn. 19], S. 216ff.); seine Kritik auf S. 278 erscheint mir überzogen.

Viele Dauerrechtsverhältnisse verändern ihr Gesicht im Laufe der Zeit, ohne daß die Veränderung notwendig durch Verwaltungsakte begleitet wird; der Schüler steigt auf und wechselt die Fächer, der Beamte wird beurlaubt, befördert, versetzt, umgesetzt oder tritt in den Ruhestand⁶⁷, der Versicherte ist aktuell zu wechselnder Beitragszahlung verpflichtet, ohne Beitragszahlung latent versichert, ihm kann eine Rehabilitationsmaßnahme, eine vorzeitige Rente oder ein Altersruhegeld gewährt werden⁶⁸.

Dauerrechtsverhältnisse fordern dauernde Pflichtenanspannung⁶⁹ und häufig ein höheres Maß an Treue und Loyalität; sie allein können nicht nur ex tunc, sondern auch ex nunc verändert und aufgehoben werden⁷⁰. Wo das Vertrauen nachhaltig gestört ist, kann eine Auflösung aus wichtigem Grund unvermeidlich sein⁷¹.

Ist ein Rechtsverhältnis auf unbestimmte Dauer oder auf Lebenszeit begründet worden, stellt sich daneben die Frage, ob und wie sich die Beteiligten von ihm lösen können, weil sie andere Prioritäten setzen⁷². Für die Zivilperson geht es darum, den Verlust an Autonomie zu begrenzen⁷³ (vgl. etwa das Recht auf Entlassung aus dem Beamtenverhältnis im Gegensatz zur Unwiderruflichkeit der Pflichtversicherung auf Antrag), für den Träger öffentlicher Gewalt um die Wahrung der politischen Alternative.

Gibt er dem einzelnen um dessen Freiheit und Unabhängigkeit willen eine feste Planungsgrundlage, wie im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit, hat das mit Vertrauen in die Beständigkeit des gegebenen Wortes (VA) nur mittelbar zu tun; umgekehrt verbietet es das Vertrauensschutzprinzip nicht generell, daß sich die Verwaltung die Befugnis vorbehält, sich auch ohne Änderung der Sach- und Rechtslage nach pflichtgemäßem Ermessen zu lösen⁷⁴. Ob die Beendigung des

⁶⁷ Zur Ablaufstruktur des Beamtenverhältnisses s. *Achterberg*, Allg. VerwR (Fn. 35), § 14 Rdn. 8ff.

⁶⁸ Vgl. *Krause*, Sozialrechtsverhältnis (Fn. 35), S. 29f.

⁶⁹ *Esser*, Schuldrecht, Bd. I, 4. Aufl. 1970, § 23 II; *Kramer*, Münchener Kommentar, Bd. II, 2. Aufl. 1985, Einleitung Rdn. 84ff.

⁷⁰ Vgl. *Kress* (Fn. 63), S. 34, 157ff.

⁷¹ Vgl. *Palandt/Heinrichs*, Bürgerliches Gesetzbuch, 45. Aufl. 1986, § 242, Anm. 4 F.

⁷² Vgl. *Krause*, Der Widerruf der Beteiligung an der Kassenarztpraxis nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, SGB 1985, S. 486; zur Kündigung im Subventionsverhältnis s. *Henke*, Recht der Wirtschaftssubventionen (Fn. 21), S. 332ff.

⁷³ Vgl. *Tiemann/Tiemann*, Kassenarztrecht im Wandel, 1983, S. 178ff.

⁷⁴ Vgl. *Hermann*, in: *Hermann/Recknagel/Schmidt-Salzer*, Kommentar zu den Allgemeinen Versorgungsbedingungen, 2 Bde., 1981, 1984, Bd. II, § 32 AVB WasserV Rdn. 13 m.N. und § 33 Rdn. 2; *Krause*, SGB 1985 (Fn. 72), S. 485ff., 486f.; s.a. BVerwGE 67, 99; kritisch eher *Weber-Dürler*, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Basel 1983, S. 81ff.

Dauerverhältnisses eine durch es begründete Eigentumsposition nimmt, hängt von seinem Inhalt ab⁷⁵. Sie als Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zu werten⁷⁶ ist abwegig. Sowenig eine gesetzliche Begründung des Dauerrechtsverhältnisses dem einzelnen das Recht nimmt, aus ihm auszuschcheiden (§ 173 RVO), sowenig folgt ein solches Recht aus der Freiwilligkeit des Eintritts (vgl. § 1227 Abs. 1 Nr. 9 RVO), der Wegfall der Geschäftsgrundlage durch Gesetzesänderung kann dann allerdings von Verfassungen wegen ein Kündigungsrecht begründen⁷⁷.

Soll die Dauerleistung ihr Ziel erreichen, muß sie zudem immer wieder den konkreten Verhältnissen angepaßt werden und häufig die wandelbaren Wünsche des Leistungsempfängers berücksichtigen (§ 33 SGB-I); dabei kann dessen Geschäftsfähigkeit nicht maßgebend sein⁷⁸. Teils erfolgt die Konkretisierung durch eine gestufte Typisierung, teils ebenso wie bei der bürgerlich-rechtlichen Gattungsschuld einseitig durch den Schuldner, der nur sekundär darauf zu kontrollieren ist, ob er hinter dem Geforderten zurückbleibt – eine Haftungsbeschränkung durch Konkretisierung ist aber regelmäßig ausgeschlossen (§ 243 Abs. 2 BGB)⁷⁹ –, teils ist sie einem selbständigen Leistungsvermittler anvertraut – wie dem Kassenarzt –, was Kontrollen durch die Verwaltung nötig macht. Generell gewinnt die konkret handelnde Person ein hohes Maß an zumindest faktischer Entscheidungsfreiheit⁸⁰. Der Gefahr, daß die Berechtigten dadurch zum Objekt werden, hat das Recht gegenzusteuern, nicht allein durch Generalklauseln (§ 33, § 17 Abs. 1 Satz 1 SGB), sondern auch durch typengerechte Verfahrensregeln, die gewährleisten, daß die relevanten Umstände festgestellt und die Wünsche, bis zur freien Wahl des Arztes oder Krankenhauses oder zur Ablehnung eines Betreuers⁸¹, artikuliert

⁷⁵ Vgl. aber *Bachof*, Die Unzulässigkeit der Entziehung von Erbbegräbnisrechten, in: *Gedächtnisschrift für Peters*, 1967, S. 642ff.; richtig BVerfG, DÖV 1974, S. 390, 391, das sich für die vorzeitige Beendigung eines Erbbegräbnisrechts auf das zugrundeliegende öffentlich-rechtliche (Anstalts-)Nutzungsverhältnis bezieht; zum Problem s.a. *Krause*, Eigentum an subjektiven öffentlichen Rechten, *Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht*, Bd. 61, S. 34ff.

⁷⁶ So für die Sperre eines Fernsprechausschlusses OVG Münster, NJW 1984, S. 1642.

⁷⁷ Vgl. BVerfG, NJW 1986, S. 707 mit abweichenden Meinungen.

⁷⁸ Vgl. *Igl* (Fn. 30), S. 985ff.

⁷⁹ *Tiemann*, Grundfragen der Staats- und Benutzerhaftung in öffentlich-rechtlichen Benutzungsverhältnissen, *VerwArch.* Bd. 65 (1974), S. 381, 398. Auf die Individualisierung durch abgestufte Typisierung und auf die kooperative Gestaltung weist *Hill*, NJW 1986, S. 2605 m. Nachweisen hin.

⁸⁰ *Ellwein*, Einführung in die Regierungs- und Verwaltungslehre, 1966, S. 88; *Krause*, *ZfSH/SGB* 1985, S. 351.

⁸¹ Vgl. *Rüfner*, Neuregelung der sozialen Pflege- und Betreuungsverhältnisse, NJW 1978, S. 1662, 1665; *Igl* (Fn. 30), S. 981ff.; *Krasney*, Empfiehlt es sich,

und aufgenommen werden. Der Rechtsschutz bedarf der Unterstützung durch aufsichtsrechtliche Kontrollen, die der Willkür und den Eigeninteressen des Personals entgegensteuern, ohne seine Verantwortung (vgl. Art. 5 Abs. 3 GG) aufzulösen, und durch Beschwerdestellen – wie den Patientenfürsprecher in den Krankenhäusern des Landes Rheinland-Pfalz – sowie durch Formen kollektiver Interessenwahrnehmung, etwa durch Heimbeiräte, Schüler- und Elternvertretungen oder Selbstverwaltungsorgane⁸². Wo Sach- und Dienstleistungen ausbleiben, entsteht die Notwendigkeit für den Berechtigten, sie auf eigene Kosten zu beschaffen; ob und unter welchen Voraussetzungen er Kostenerstattung verlangen kann, bedarf ebenso der Entscheidung⁸³ wie die Frage, ob er damit einen Schadensersatz- oder im ursprünglichen Rechtsweg zu verfolgenden Erfüllungsanspruch geltend macht.

Wird ein Dauerrechtsverhältnis aufgelöst oder erweist es sich als nicht bestehend, nachdem bereits Leistungen ausgetauscht worden sind, kann die Auflösung für die Zukunft, die die Rückabwicklung erspart, den Vorzug verdienen⁸⁴ (vgl. auch § 26 SGB IV).

7. Der Beitrag des materiellen Verwaltungsrechts

a) Zur regelgerechten Abwicklung des Leistungsverhältnisses

Der Beitrag des materiellen Verwaltungsrechts zur Ablaufsteuerung der Leistungsbeziehungen ist größer, als gemeinhin angenommen

soziale Pflege- und Betreuungsverhältnisse gesetzlich zu regeln? Referat zum 52. DJT, in: Verhandlungen des 52. DJT, Bd. II, S. N 34ff., 61ff. m.w.N.; *Th. Simons*, Verfahren und verfahrensäquivalente Rechtsformen im Sozialrecht, 1985, passim, vgl. S. 599ff.

⁸² Vgl. *Starck*, Organisation des öffentlichen Schulwesens, NJW 1976, S. 1375ff.; *Schmitt Glaeser*, Partizipation an Verwaltungsentscheidungen, VVDStRL Bd. 31 (1973), S. 179, 248, 285; den substitutiven Charakter der Partizipation erkennt *Naschold*, Organisation und Demokratie, 2. Aufl. 1973, S. 19, für den volle Selbstentfaltung in der Teilhabe am öffentlichen politischen Prozeß besteht.

⁸³ Vgl. §§ 185 Abs. 3, 185 b Abs. 2 Satz 2, 368 d Abs. 1 Satz 2 RVO; nicht im Wege der Geschäftsführung ohne Auftrag s. *Wollschläger*, Geschäftsführung ohne Auftrag im öffentlichen Recht und Erstattungsanspruch, 1977, S. 86ff.; zu weiteren Fällen s. BSGE 9, 232; 25, 146; 35, 10; 53, 273; vgl. auch *Krause/Sattler*, Die höchstichterliche Rechtsprechung zum SGB I und zum SGB IV, JbdszRdG 1986, Bd. 8, S. 55; *Wallerath*, Das System der öffentlich-rechtlichen Erstattungsansprüche, DÖV 1972, 221ff. Daß es dem Leistungsträger grundsätzlich nicht freigestellt ist, anstelle der Sachleistung die Kosten zu erstatten, auch wenn der Berechtigte einverstanden ist, weist auf die eingeschränkte Disponibilität hin, vgl. *Krause*, Sozialrechtsverhältnis (Fn. 35), S. 23.

⁸⁴ *Kress* (Fn. 63), S. 423ff., 440; *Palandt/Heinrichs* (Fn. 71), vor § 145 Anm. 5 c, § 326 Anm. 1 m.w.N.

wird. Der Gesetzgeber hat nicht nur das „Steuerschuldverhältnis“ geregelt, sondern zahlreiche dem Zivilrecht entsprechende oder von ihm abweichende Regelungen getroffen, regelmäßig getrennt in den Verwaltungsverfahrensgesetzen, im Sozialgesetzbuch (Erstes, Viertes und Zehntes Buch) und in der Abgabenordnung⁸⁵, und so nicht ein, sondern gleich mehrere allgemeine öffentliche Schuldrechte geschaffen.

Die Rechtsprechung⁸⁶ hat die gesetzlichen Regelungen vorbereitet und weiter ausgefüllt. So finden sich Bestimmungen über den Zeitpunkt, in dem Ansprüche, insbesondere auf Ermessensleistungen, entstehen und fällig werden (§ 40 Abs. 1, 2 SGB-I; § 22 SGB-IV; § 38, 218 AO)⁸⁷, über ihre Verjährung⁸⁸, deren Dauer (§ 45 SGB-I; §§ 25, 27 Abs. 2 SGB-IV; § 169–171, 228–232 AO), Hemmung, Unterbrechung, Wirkung (vgl. §§ 194ff. BGB, nur ausnahmsweise Erlöschen des Anspruchs, § 232 AO) und Geltendmachung, über Voraussetzungen und Folgen des Verzugs (zum Gläubigerverzug s.a. § 66 SGB-I), über das Erlöschen des Anspruchs (zur Erfüllung s. §§ 47ff. SGB-I; §§ 47, 224, 225 AO), auch durch irrtümliche Leistung eines nicht Verpflichteten (vgl. § 43 SGB-I), über Aufrechnung (§ 51 SGB-I; § 226 AO)⁸⁹ und Verrechnung (§ 52 SGB-I; § 28 SGB-IV), über Verwirkung und Verzicht (§ 46 SGB-I; § 234 AO, § 2 Abs. 3 BBesG)⁹⁰, Erlaß (§ 42 Abs. 3 Nr. 3 SGB-I; § 76 Abs. 2 SGB-IV; §§ 163, 227 AO), Stundung (§ 42 Abs. 3 SGB-I; § 76 Abs. 2 SGB-IV; § 222 AO) und Niederschlagung (die den Anspruch unberührt läßt, § 76 Abs. 2 SGB-IV; § 261 AO), über Pfändung, Verpfändung, Abtretung⁹¹ und Verer-

⁸⁵ Vgl. Überschrift „Steuerschuldverhältnis“ vor § 37 AO und „Steuerschuldrecht“ vor § 33 AO. Zu den Differenzen zwischen dem auf Geldleistungen bezogenen Steuerschuldverhältnis und dem Steuerpflichtverhältnis s. *Kruse*, in: *Tipke/Kruse*, Abgabenordnung, Stand April 1986, vor § 33 AO Rdn. 1.

⁸⁶ Vgl. zu allem folgenden *Krause*, BStArbSozR 1979, 145ff., mit Einzelnachweisen aus der Rechtsprechung, sowie *Grüner u.a.* (Fn. 35), Einleitung, S. 27ff.

⁸⁷ Die Auffassung in BVerwGE 15, 78, 83, daß gesetzliche Ansprüche nicht schon bei Vorliegen ihrer Voraussetzungen, sondern erst ab Bewilligung durch Verwaltungsakt fällig werden, so daß im Prinzip kein Verzug möglich ist, dürfte singulär geblieben sein.

⁸⁸ *H.-F. Lange*, Die verwaltungsrechtliche Verjährung, 1984; *Dörr*, Die Verjährung vermögensrechtlicher Ansprüche im öffentlichen Recht, DÖV 1984, S. 12ff.

⁸⁹ Vgl. *Herbsleb*, Die Aufrechnung im Verwaltungsrecht, 1968; *Burmester*, Die Verrechnung von Steuerforderungen, 1977; *Ehlers*, Die Rechtsnatur der Aufrechnung im öffentlichen Recht, NVwZ 1983, S. 446.

⁹⁰ Vgl. *Wilde*, Der Verzicht Privater auf subjektive öffentliche Rechte, 1966. Zur Verwirkung von materiellen Ansprüchen: BSGE 47, 194; BVerwGE 44, 339, 343f. m.w.N.

⁹¹ BVerwG, ZBR 1984, S. 218.

bung⁹² (§§ 53 Abs. 1, 54 SGB-I; §§ 56ff. SGB-I), über Gesamtschuldner- und Gesamtgläubigerschaft⁹³ und über die Art und Weise der Erfüllung (§ 47 SGB-I), bis hin zur Leistung an Dritte (§ 48 SGB-I) und zum Zurückbehaltungsrecht⁹⁴ — allerdings vorwiegend für Geldleistungen.

Die Steuerung von Sach- und Dienstleistungen, insbesondere in Dauerrechtsverhältnissen, haben Rechtsprechung, Rechtslehre und Gesetzgebung eher vernachlässigt⁹⁵. Wo sie durch den mit ihr verfolgten öffentlichen Zweck bestimmt werden (vgl. § 182b RVO), bleiben die Erfüllungsansprüche bestehen, bis er erreicht worden ist⁹⁶. Seine Sicherung durch Instrumente, die den Eintritt von Leistungsstörungen vermeiden, ist ebenso unterentwickelt wie das Verfahren zur Feststellung dessen, was im Einzelfall für ihn ausreichend und zweckmäßig ist, ohne das Maß des Notwendigen zu überschreiten (§§ 182 Abs. 2, 368e RVO).

b) Zur Bewältigung von Leistungsstörungen

Jede Verletzung des Rechts eines Privaten im Verwaltungsrechtsverhältnis schließt grundsätzlich eine Amtspflichtverletzung ein. Nur wo für den Staat ein selbständiger Unternehmer tätig wird, der keinen

⁹² Vgl. *Klaus Otto*, Die Nachfolge in öffentlich-rechtliche Positionen des Bürgers, 1971.

⁹³ Nicht im Polizeirecht nach BGH NJW 1981, S. 2457; dagegen *Seibert*, Gesamtschuld und Gesamtschuldnerausgleich im Polizei- und Ordnungsrecht, DÖV 1983, S. 964ff.; *Kormann*, Lastenverteilung bei Mehrheit von Störern, UPR 1983, S. 281ff.; *Schwabe*, Lastenverteilung bei einer Mehrheit von Umweltstörern, UPR 1984, S. 7, 9f.; zur gesamtschuldnerischen Haftung von Hoheitsträgern und Verwaltungshelfern vgl. *Ossenbühl*, Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL Bd. 29 (1971), S. 133, 200.

⁹⁴ *Stober*, Das Zurückbehaltungsrecht wegen öffentlich-rechtlicher Forderungen, DVBl. 1973, S. 351ff.

⁹⁵ Vgl. dazu *Krause*, ZfSH/SGB 1985, S. 346ff.; nähere Qualitätsbestimmungen für der Gattung nach geschuldete Sachleistungen finden sich für die öffentlichen Versorgungsbetriebe, vgl. dazu § 4 AVBEltV v. 21. Juni 1979, BGBl. I, S. 742; § 4 AVBGasV v. 21. Juni 1979, BGBl. I, S. 676; § 4 AVBFernwärmeV v. 20. Juni 1980, BGBl. I, S. 742; § 4 AVBWasserV v. 20. Juni 1980, BGBl. I, S. 750.

⁹⁶ Vgl. BSG v. 12. Dezember 1984, SozR 4100 § 56 Nr. 18; *Motzer*, Die „positive Vertragsverletzung“ des Arbeitnehmers, 1982, S. 228ff., unterscheidet die Minderleistung, die durch vergütungsfreie Mehrarbeit auszugleichen ist („weder der Arbeitswert noch der Arbeitsminderwert infolge Fehlleistung“ sind „exakt zu quantifizieren und in Geld auszugleichen“, S. 234) und die Schlechtleistung, die zum Schadensersatz verpflichtet; ähnlich *Igl* (Fn. 30), der (S. 1011f.) zusätzlich darauf hinweist, daß bei Pflegeverhältnissen der Schaden unabschätzbar und unersetzbar ist und eine Alternative (Kündigung) regelmäßig nicht offensteht.

Amtspflichten unterliegt⁹⁷, fallen Leistungsstörung und Amtspflichtverletzung auseinander. Ob dann eine Haftung des Staates analog § 278 BGB sinnvoll ist, bedarf sorgfältiger Prüfung; soweit der Berechtigte den Leistungsvermittler frei auswählen konnte, wird das mit guten Gründen verneint⁹⁸, obwohl der Staat die Erfüllungsverantwortung behält⁹⁹. Daneben ist das Bedürfnis, die Staatshaftung auch auf Forderungsverletzung zu gründen und dazu das allgemeine vom besonderen Verwaltungsrechtsverhältnis abzugrenzen¹⁰⁰, äußerst gering. Die Rechtsfolgedifferenzen zwischen Amtspflichten- und Forderungsverletzung werden regelmäßig überschätzt. Die Mitverschuldensregeln (§ 254 BGB statt § 839 Abs. 3 BGB) führen kaum zu unterschiedlichen Ergebnissen; die Anforderungen an die Beweislast hat die Rechtsprechung längst angeglichen¹⁰¹; die Einbeziehung Dritter in den Schutz ist in beiden Fällen in gleicher Weise gesichert¹⁰²; soweit zu sehen, ist der Anspruch auf Naturalrestitution nie auf Forderungsverletzung gestützt worden, der Folgenbeseitigungsanspruch liegt offenbar näher. Die lange Verjährungsfrist bei der Forderungsverletzung¹⁰³ ist ebenso bedenklich¹⁰⁴ wie der Versuch, die Subsidiarität der Amtshaftung im Verhältnis zum Zweitschädiger wegen Vorliegens eines Verwaltungsschuldverhältnisses zwischen dem Staat und dem Geschädigten zu unterlaufen.

Die Aufspaltung des Rechtswegs für Erfüllungs- und Schadensersatzansprüche ist de lege lata, abgesehen vom öffentlich-rechtlichen

⁹⁷ Dazu *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971), S. 196ff.; BGHZ 54, 299ff.; *Stürner*, Die Haftung der Gemeinde für verunreinigtes Wasser, JuS 1973, S. 749, 753; vgl. auch BGHZ 3, 163; verfehlt BGHZ 4, 138; BGH NJW 1974, S. 1325.

⁹⁸ Für die Kassenärzte findet sich eine Sonderregelung in § 368 d Abs. 4 RVO; dazu *Krause*, SGB 1982, S. 425ff.; s.a. *Udo Steiner*, Öffentliche Verwaltung durch Private, 1975, S. 113, 116, 264ff.

⁹⁹ *Dürig*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Stand Okt. 1984, Art. 3 Rdn. 44; *Krasney* (Fn. 81), S. N 57, 63.

¹⁰⁰ Zur Definition der öffentlich-rechtlichen Sonderverbindung vgl. *Janson*, Verwaltungsrechtliches Schuldverhältnis, Verwaltungsverfahrensgesetz und Reform der Staatshaftung, DÖV 1979, S. 696f.; BGHZ 21, 214, 218; 54, 299, 303; 61, 7, 11; BGH, NJW 1974, S. 1816; weitere Nachweise bei *Palandt/Heinrichs* (Fn. 71), § 276 Anm. 8 a, b; *Kramer*, Münchener Kommentar (Fn. 69), Einleitung Rdn. 10ff. und *Roth*, § 242 Rdn. 72ff.; *Maurer* (Fn. 34), § 28 Rdn. 2ff. Die Unklarheit verweist darauf, daß die unterschiedlichen Probleme nicht durch eine Begriffsbestimmung zu lösen sind; ähnlich *Hill*, NJW 1986, S. 2605.

¹⁰¹ BGH, NJW 1982, S. 2241; BGHZ 8, 259; v. *Bar*, Verkehrspflichten, 1980, S. 297; vgl. auch *Grüner u.a.* (Fn. 35), Einleitung, S. 36f. m.w.N.

¹⁰² Vgl. BGH, NJW 1974, S. 1817f.

¹⁰³ BGH, VersR 1978, S. 253ff.

¹⁰⁴ Vgl. v. *Bar* (Fn. 101), S. 315ff.

Vertrag, ohnehin unvermeidbar¹⁰⁵. Ich habe schon vor Jahren empfohlen, wenigstens eine Verweisung vorzunehmen¹⁰⁶.

Im Gegensatz dazu ist der bloße Verstoß des einzelnen gegen eine Pflicht aus einem Verwaltungsschuldverhältnis kaum je ein Delikt¹⁰⁷; daher gewinnt die Abgrenzung von Forderungs- und allgemeinem Verwaltungsschuldverhältnis primär die Bedeutung, den Schadensersatzanspruch der öffentlichen Hand zu erweitern¹⁰⁸. Allerdings hält sich die Rechtspraxis zurück. Sie kapituliert dabei teils vor den Schwierigkeiten in der Feststellung und Berechnung des Schadens der öffentlichen Hand¹⁰⁹, teils neigt sie grundsätzlich dazu, dem einzelnen nur Lasten, nicht aber echte Rechtspflichten aufzuerlegen¹¹⁰. Eine „Vertragsstrafe“ ist aber in den allgemeinen Bedingungen für Versorgungsleistungen (vgl. §§ 23, 27) vorgesehen¹¹¹ und wird für das Subventionsverhältnis empfohlen und für zulässig gehalten¹¹².

Allgemein besteht eine Tendenz, die Folgen von Leistungsstörungen unabhängig von der Rechtsform zu bestimmen¹¹³ und nach dem Maße der Privatrechtsähnlichkeit dem Privatrecht anzunähern¹¹⁴;

¹⁰⁵ Die Zivilperson muß primär vor den Verwaltungsgerichten Erfüllung-, Folgenbeseitigungs-, Herstellungs- und Rückabwicklungsansprüche geltend machen, ehe sie vor den Zivilgerichten Schadensersatz fordert (BGHZ 87, 9, 17); vgl. auch *Scherer*, Rechtsweg bei öffentlich-rechtlicher „culpa in contrahendo“, NVwZ 1986, S. 540.

¹⁰⁶ Vgl. *Krause*, Verfahrensrechtliche Probleme der Entscheidung über den Rechtsweg und der Verweisung von Rechtsweg zu Rechtsweg, ZZP 1970, S. 289, 310; ähnlich jetzt auch *Henke*, JZ 1984, S. 446ff.

¹⁰⁷ Vgl. *Eckert*, Leistungsstörungen in verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen, DVBl. 1962, S. 11, 18f.; *Simons*, Leistungsstörungen verwaltungsrechtlicher Schuldverhältnisse, 1967, S. 167f., 176f.; *Papier* (Fn. 14), S. 78; *Hüttenbrink*, Die Bürgerhaftung als Gegenstück zur Staatshaftung, DÖV 1982, S. 489f.; *Bull* (Fn. 14), Rdn. 836.

¹⁰⁸ RGZ 98, 341; BSGE 45, 119, 121f., 125; v. 24.3.1983, 8 RK 33/81; dazu *Krause/Sattler*, JbdszRdG, Bd. 6, 1984, S. 62f.; *dies.* (Fn. 18), S. E 87; LSG Celle, Nds. Rpfl. 1979, S. 130; dazu *Rüfner*, Verwaltungsakt und verwaltungsrechtliches Schuldverhältnis im Sozialrecht, JuS 1981, S. 259ff.; VGH Mannheim, VBilBW 1982, S. 369ff.

¹⁰⁹ *Henke*, Recht der Wirtschaftssubventionen (Fn. 21), S. 331f., will Schadensersatz wegen entgangenen Gewinns ausschließen, weil die Bedingungen des privaten Wirtschaftsverkehrs nicht gelten; das ist zu pauschal.

¹¹⁰ Kritisch *Zacher*, VVDStRL Bd. 25 (1967), S. 328; *Schetting* (Fn. 19), S. 236, 281ff.; *Henke*, Recht der Wirtschaftssubventionen (Fn. 21), S. 342.

¹¹¹ Dazu *Hermann* (Fn. 74), Bd. II, § 23 AVBV Rdn. 1.

¹¹² *Schetting* (Fn. 19), S. 281ff.; *Henke*, Recht der Wirtschaftssubventionen (Fn. 21), S. 242; zur Zulässigkeit BayVGH, BayVBl. 1983, S. 730 m.w.N.

¹¹³ Vgl. *Schmidt-Salzer*, in: *Hermann u.a.* (Fn. 74), Bd. I, Vorb. vor § 6 Rdn. 9.

¹¹⁴ *Bullinger*, Leistungsstörungen beim öffentlich-rechtlichen Vertrag, DÖV 1977, S. 812, 814.

dem steht die Unabdingbarkeit der Amtshaftung entgegen, die eine effektive Haftungsbeschränkung nur bei zivilrechtlicher Ausgestaltung zuläßt¹¹⁵. Doch gilt bei Verzug die Pauschalierung des Schadens in Form von Verzugszinsen unter analoger Heranziehung des Zivilrechts ohne Spezialbestimmungen als unzulässig¹¹⁶.

Die Systematik der Leistungsstörungen im Dauerverhältnis der Leistungsverwaltung weist einige Eigenheiten auf. Wird eine Dauerleistung nicht rechtzeitig erbracht, tritt häufig nicht Verzug, sondern Teil-Unmöglichkeit ein¹¹⁷. Dagegen ist eine anfängliche wie eine nachträgliche rechtliche Unmöglichkeit regelmäßig ausgeschlossen, wo das Leistungsverhältnis durch Verwaltungsakt oder Verwaltungsvertrag begründet worden ist (vgl. § 44 VwVfG). Sie können zwar unter dieser Voraussetzung wie bei tatsächlichen und rechtlichen Veränderungen beseitigt werden (§§ 48f. VwVfG; §§ 45, 47, 48 SGB X; zum Vertrag s. § 60 VwVfG; § 59 SGB X; zur Zusage s. § 38 Abs. 3 VwVfG; § 34 Abs. 3 VwVfG), bilden aber für die Zeit ihres Bestandes gesetzesunabhängige Rechtsquellen¹¹⁸.

Leistungsstörungen in Verwaltungsrechtsverhältnissen¹¹⁹ begründen nicht ohne weiteres Einrede-, Rücktritts- und Kündigungsrechte,

¹¹⁵ Haftungsausschlüsse sollen grundsätzlich durch Bundesgesetz (§§ 11ff. PostG; § 21 TelegrammO; § 49 FernmeldeO; dazu *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 1983, S. 58), durch Landesgesetz (BVerfGE 61, 149, 199f.), durch Satzung bei entsprechender gesetzlicher Ermächtigung (BayVG, DVBl. 1985, S. 904), nicht ohne sie (BGHZ 61, 7; *Tiemann*, Möglichkeiten und Grenzen der Haftungsbeschränkung im verwaltungsrechtlichen Benutzungsverhältnis, BayVBl. 1974, S. 57, 60ff.; *Frotscher*, Die Gemeinde 1975, S. 148; v. *Mutius*, Grundfälle zum Kommunalrecht, JuS 1978, S. 183; abw. *Maunz*, in: *Maunz/Dürig* (Fn. 99), Art. 34 Rdn. 34), aber keinesfalls durch Vertrag oder Verwaltungsakt möglich sein. Das kann unangemessen sein (zu Auswegen s. *Rüfner*, in: *Erichsen/Martens* (Fn. 34), § 53 IV m.w.N.).

¹¹⁶ BVerwGE 37, 239, 241; 58, 316, 326; 71, 85, 93; zur Verneinung eines Anspruchs der Privatperson auf Verzugszinsen BVerwGE 14, 1, 4; 15, 78, 81; 21, 44; BVerwG, NVwZ 1986, S. 554 mit krit. Anm. *Friehe*, Verzugszinsen aus öffentlich-rechtlichem Vertrag, ebd., S. 538.

¹¹⁷ Vgl. *Grüner u.a.* (Fn. 35), Einleitung, S. 34ff.; ob es in jedem Fall angemessen ist, § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB über die Amtshaftung auszuräumen, erscheint fraglich, vgl. aber BGHZ 76, 16, 30; § 58 Abs. 1 VwVfG bedeutet Klarstellung für einen Sonderfall.

¹¹⁸ Vgl. *Krause*, Rechtsformen (Fn. 35), S. 151ff.; *Ehlers*, DVBl. 1986, S. 915.

¹¹⁹ Vgl. dazu *Bullinger*, DÖV 1977, S. 812ff.; s. ferner *Henke*, Recht der Wirtschaftssubventionen (Fn. 21), S. 330; *H.Meyer*, Das neue öffentliche Vertragsrecht und die Leistungsstörungen, NJW 1977, S. 1705ff.; *Obermayer*, Leistungsstörungen beim öffentlich-rechtlichen Vertrag, BayVBl. 1977, S. 546ff.; *Tiemann*, BayVBl. 1974, S. 57ff.; *Simons* (Fn. 107); *Papier* (Fn. 14); *Eckert*, DVBl. 1962, S. 11ff.

wie sie das Zivilrecht für gegenseitige Verträge entwickelt hat (vgl. §§ 320, 325, 326 BGB)¹²⁰, insbesondere nicht bei Zwangsverhältnissen¹²¹. Dem Träger öffentlicher Gewalt ist die Auflösung weiterhin verwehrt, wo er den mit dem Dauerverhältnis verfolgten Zweck nicht aufgeben darf¹²², etwa bei Gesundheitsleistungen¹²³. Das macht kompensatorische Lösungen notwendig. Insgesamt stehen unterschiedliche Auffangsysteme zur Verfügung. Der nicht integrierbare Schulpflichtige oder Pflegebedürftige wird zuletzt in eine Einrichtung für Verhaltensgestörte gelangen. Wer Gebühren für Versorgungsleistungen schuldig bleibt, dem droht zwar der Ausschluß, aber die Sozialhilfe kann ausnahmsweise für Rückstände eintreten¹²⁴. Generell sind schonende Übergänge zu ermöglichen¹²⁵.

Bei erheblicher Angewiesenheit auf die Staatsleistung rechtfertigt die Verletzung von Nebenpflichten den Ausschluß nur, wenn die Störung die Leistungserfüllung insgesamt gefährdet, u.U. auch dann nur auf Zeit¹²⁶.

¹²⁰ Der Abnehmer von Wasser in einem öffentlich-rechtlich ausgestalteten Lieferungsverhältnis kann trotz schlechter Qualität nicht nach Maßgabe des Kaufvertragsrechts Wandlung oder Minderung fordern, weil das Benutzungsverhältnis nicht auf freiwilliger Vereinbarung beruht und weil er nicht die Freiheit hatte und hat, mit einem anderen Lieferanten zu kontrahieren; Bad.Württ. ESVGH 26, 155, 157. Vgl. auch *Wolfgang Gassner*, Das Schuldverhältnis im Verwaltungsrecht, in: *Ermacora/Winkler/Koja/Rill/Funk*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien 1979, S. 133ff., 149; Bedenken auch bei *Eckert*, DVBl. 1962, S. 17, 19, 20; zum Ausschluß des § 346 Satz 2 BGB s. *Henke*, Recht der Wirtschaftssubventionen (Fn. 21), S. 334.

¹²¹ *Tiemann*, VerwArch. Bd. 65 (1974), 392f.; *W.Frotscher*, Die Ausgestaltung kommunaler Nutzungsverhältnisse bei Anschluß- und Benutzungszwang, 1974, S. 26.

¹²² Vgl. *Eckert*, DVBl. 1962, S. 17, 19, 20; *Simons* (Fn. 107), S. 117f., 144; *Ossenbühl* (Fn. 115), S. 232.

¹²³ Vgl. dazu *Faude*, Selbstverantwortung und Solidarverantwortung im Sozialrecht, 1983, S. 458ff.

¹²⁴ *G.Krieger*, Übernahme von Stromgeldschulden durch den Sozialhilfeträger, ZfF 1983, S. 77ff.

¹²⁵ *Igl*, Rechtliche Gestaltung sozialer Pflege- und Betreuungsverhältnisse, VSSR Bd. 6 (1978), S. 201, 247; *Rüfner*, NJW 1978, S. 1665; vgl. auch BVerwGE 17, 83: zu kurzfristige Umsetzung von Obdachlosen; die Frage wird dort nicht unter dem Aspekt des materiellen Rechts, sondern der Rechtsschutzgarantie (!) behandelt.

¹²⁶ Vgl. OVG Münster, NJW 1976, S. 725. Die allgemeinen Bedingungen für Versorgungsleistungen (§ 33) lassen eine Kündigung nur unter erschwerten Bedingungen zu; vgl. auch *Tiemann*, VerwArch. Bd. 65 (1974), S. 391; zur Sperrung eines Fernsprechanchlusses s. BVerwG v. 7.6.1975.

c) *Ansätze zur Ausbildung eines besonderen öffentlichen Schuldrechts*

Über den Anstrengungen zur begrifflichen Abgrenzung von Fordeungsverhältnis und allgemeinem Gewaltverhältnis ist der Beitrag der Amtshaftungsjudikatur zur Präzisierung der Pflichten und damit zur Typisierung der Rechtsverhältnisse nicht ausgewertet worden. Er beginnt mit der Übertragung der Rechtsfigur der culpa in contrahendo in das öffentliche Recht¹²⁷ und setzt sich in die typenmäßige Konkretisierung von Haupt- und Nebenpflichten¹²⁸ fort.

Die Rechtsprechung hat Verhältnisse der öffentlichen Daseinsvorsorge dem Kaufrecht angenähert¹²⁹; die Bedingungen über die Versorgung mit Gas, Wasser, Fernwärme und Elektrizität haben diese Typisierung verfeinert¹³⁰. Die Wissenschaft hat das Modell des Werkvertrages für Müllabfuhr, Post und Straßenreinigung, das der Leihe für die kostenlose Benutzung von Bibliotheken empfohlen und im Fernsprechverhältnis Elemente von Dienst-, Werk- und Mietverhältnis gefunden¹³¹. Sie hat das Schulverhältnis¹³², das studentische Rechtsverhältnis¹³³, die Rechtsbeziehungen zwischen Kommunen und Einrichtungenbenutzern¹³⁴, das Anstaltsnutzungsverhältnis¹³⁵, das Sozialrechts-

¹²⁷ Vgl. OVGE (Münster) 26, 41; BVerwG, Buchholz 310 § 40 VwGO Nr. 125; Littbarski, JuS 1979, S. 537ff.; c.i.c. läßt es zu, über Vertrauensschutzprinzip (dazu BGH, MDR 1984, S. 918; MDR 1985, S. 299 m.w.N.) und Verkehrssicherungspflicht (vgl. dazu v.Bar [Fn. 101], S. 26ff.) weitere Pflichten des Vorbereitungsverhältnisses zu entwickeln.

¹²⁸ Henke, Recht der Wirtschaftssubventionen (Fn. 21), S. 252; Faude (Fn. 123), S. 411. Eine Vielzahl von Nebenpflichten finden sich in den Bedingungen über die Versorgung mit Gas, Wasser, Fernwärme und Elektrizität (vgl. §§ 5, 8, 10, 12, 14–17). U.a. regeln sie, wann Unterbrechungen hinzunehmen sind, wie sie angekündigt werden müssen und welche Vorkehrungen zur Schadensminderung der Abnehmer zu treffen hat; dazu Schmidt-Salzer, in: Hermann u.a. (Fn. 74), Bd. I, Vorb. vor § 6 Rdn. 51ff.; zur Schadensminderungspflicht vgl. auch Faude, a.a.O., S. 342ff., 452ff.

¹²⁹ Vgl. BGHZ 59, 303; BGH, DVBl. 1977, S. 802, auch wenn sie es dem Abnehmer versagt, die Gegenleistung bei Schlechterfüllung zu verweigern (Bad.Württ. ESVGH 26, 155, 157).

¹³⁰ Vgl. Schmidt-Salzer, in: Hermann u.a. (Fn. 74), Bd. I, Vorb. vor § 6 Rdn. 9ff.

¹³¹ Tiemann, VerwArch. Bd. 65 (1974), S. 394; Erman/Schopp, BGB Handkomm., 7. Aufl. 1981, vor § 535 Rdn. 38 m. Nachweisen aus Rechtsprechung u. Literatur.

¹³² Evers (Fn. 12), S. 147ff.; Fuß, ebd., S. 199ff.; Niehues, Schul- und Prüfungsrecht, 2. Aufl. 1983.

¹³³ Krause, Das studentische Rechtsverhältnis (Fn. 12), S. 513ff.

¹³⁴ Frotzcher (Fn. 121); ders., in: Püttner, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 3, 1983, S. 149ff.; vgl. auch Lange, ebd., S. 175ff.

¹³⁵ Rübner, Die Nutzung öffentlicher Anstalten, DV Bd. 17 (1984), S. 19ff.;

verhältnis¹³⁶, und das Pflege- und Betreuungsverhältnis aufgearbeitet¹³⁷ und das Subventionsverhältnis wiederholt durchleuchtet¹³⁸. Die Rechtsprechung hat besondere Betreuungs-, Beratungs- und Auskunftspflichten der Verwaltung als Nebenpflichten¹³⁹ herausgearbeitet¹⁴⁰. Sie hat ebenso die beamtenrechtliche Fürsorgepflicht in Anlehnung an die Fürsorgepflicht des privaten Arbeitgebers¹⁴¹, die Pflicht zur Wahrung des Amtsgeheimnisses, verstärkt des Steuer- und Sozialgeheimnisses (§ 30 VwVfG; § 30 AO; § 35 SGB-AT i.V.m. §§ 67ff. SGB-X)¹⁴² in ihrem inkriminanten Gegensatz zur Publizität, und die Verkehrssicherungspflichten¹⁴³ entwickelt. Sie hat es der Verwaltung unter

zur öffentlich-rechtlichen Anstalt s.a. *Lange*, VVDStRL Bd. 44 (1986), S. 169ff.; *Breuer*, ebd., S. 211ff.

¹³⁶ *Krause*, Sozialrechtsverhältnis (Fn. 35); *Grüner u.a.* (Fn. 35), Allgemeiner Teil, Einleitung; *Bley*, Sozialrecht, 5. Aufl. 1986, S. 56ff.; alle m.w.N.; zum Sozialversicherungsverhältnis s. *Krejci*, Das Sozialversicherungsverhältnis, 1977; *von Carolsfeld*, Über das Sozialversicherungsverhältnis, in: Im Dienst des Sozialrechts, FS für Wannagat, 1981, S. 473ff.; *Sammet*, Leistungsstörungen im Sozialrechtsverhältnis, 1980.

¹³⁷ *Krause* (Fn. 18); *Schmidt-Elsen*, Empfiehlt es sich, soziale Pflege- und Betreuungsverhältnisse gesetzlich zu regeln?, Referat zum 52. DJT, in: Verhandlungen des 52. DJT, Bd. II, S. N 11ff.; *Krasney*, ebd., S. N 34ff.; zum Vorschlag einer gesetzlichen Regelung s. *Igl* (Fn. 30), S. 951ff. Die Rechtsbeziehungen zwischen Krankenhaus und Patienten werden grundsätzlich als privatrechtlich eingeordnet (s. schon § 17 Abs. 2 Nr. 4 StHG), vgl. dazu die Bekanntmachung der Anmeldung der Empfehlung „Allgemeine Vertragsbedingungen für Krankenhausbehandlungs-Verträge“ vom 2. Januar 1986, Bundeskartellamt, Bekanntmachung Nr. 1/86, Bundesanzeiger v. 15.1.1986, Nr. 9, S. 415ff., die nur dürftige Regelungen enthält.

¹³⁸ Vgl. Fn. 21.

¹³⁹ Vgl. BGHZ 61, 7; *Krause*, Sozialrechtsverhältnis (Fn. 35), S. 25f. (insbes. Fn. 47 m.w.N.); *ders.*, VerwArch. Bd. 61 (1970), S. 306ff. mit zahlreichen weiteren Nachweisen; *Bull* (Fn. 14), Rdn. 524ff., 832ff.; *Krejci*, Nebenpflichten der Sozialversicherungsträger gegenüber den Versicherten, VSSR Bd. 3 (1975), S. 212ff.; *Kirchhof*, Allgemeines Verwaltungsrecht, in: Sozialrechtsprechung, FS zum 25jährigen Bestehen des Bundessozialgerichts, Bd. II, S. 537ff., 556; *Schellhorn*, GK SGB-AT, § 14 Rdn. 47f. m.w.N.; BVerwGE 10, 274, Leitsatz 2: „Der Benutzer der Telegrafeneinrichtung der Bundespost tritt zu dieser in eine öffentlich-rechtliche Beziehung mit gegenseitigen, nach Treu und Glauben zu beurteilenden Rechten und Pflichten“; ähnlich zum Fernsprechteilnehmerverhältnis, BVerwGE 44, 7.

¹⁴⁰ Zu den Nebenpflichten s.a. *Erichsen*, in: Erichsen/Martens (Fn. 34), § 10 II; *Roth*, Münchener Kommentar, 2. Aufl. 1985, § 242 BGB, Rdn. 74ff. m. Anm. 115; *Grüner u.a.* (Fn. 35), Einleitung, S. 38ff. sowie Anhang z. Einl., S. 1–112.

¹⁴¹ Vgl. RG *Warneyer* 1915, Nr. 76.

¹⁴² Dazu *Bull* (Fn. 14), Rdn. 833; *Hill*, NJW 1986, S. 2602ff.; zur Fürsorgepflicht der Universität im studentischen Rechtsverhältnis s. *Krause*, Das studentische Rechtsverhältnis (Fn. 12), S. 625.

¹⁴³ *Kirchhof* (Fn. 139), S. 556 m.w.N.

dem Titel eines Herstellungsanspruchs verwehrt, dem Leistungsberechtigten die Verzögerungen oder Fehler in seinen Erklärungen entgegenzuhalten, die sie selbst verursacht hat¹⁴⁴, und überhaupt Nebenpflichten konstituiert, um die Verwirklichung des Leistungszweckes zu sichern.

d) Die Pflichten des Leistungsempfängers: Zweiseitigkeit und Gegenseitigkeit des Leistungsverhältnisses

Schließlich haben sich Rechtswissenschaft und Praxis auch der Lasten und Pflichten angenommen, die die Zuwendung von Leistungen dem Empfänger auferlegt. Sie beginnen damit, daß er sich auf die Mitwirkung zur Feststellung der Leistungsvoraussetzungen und bei der Erfüllung einlassen muß. Die Verletzung dieser teilweise sondergesetzlich geregelten Gläubigerpflichten (vgl. §§ 60ff. SGB-AT) begrenzt die Eintrittspflicht des Staates¹⁴⁵. Zu ihnen gehört es auch, die Leistungsbedingungen zu achten und auf Mitberechtigte Rücksicht zu nehmen¹⁴⁶. Für die Beschränkung von Freiheitsräumen durch solche Gläubigerpflichten, insbesondere um Organisation und Zielsetzung eines komplexen Leistungsapparates zu sichern¹⁴⁷, liefern jedoch der Grundrechtskatalog¹⁴⁸ und das Verhältnismäßigkeitsprinzip nur vage Anhaltspunkte¹⁴⁹; sie bedürfen der Ergänzung durch konkrete, typengerechte Ordnungen, die der Zumutbarkeit jeweils angemessen Rechnung tragen. Eine besondere Gläubigerlast in Ausgleichsverhältnissen ist die sogenannte Schadensminderungspflicht.

¹⁴⁴ Vgl. *Grüner u.a.* (Fn. 35), Einleitung, S. 54, Anhang zur Einleitung, S. 93f.; sowie *Krause*, JbdSozRdG, Bd. 1–8, passim.

¹⁴⁵ Soweit der öffentliche Zweck die Leistung nicht gebietet, s. *Palandt/Heinrichs* (Fn. 71), § 293 BGB Anm. 2; OVG Münster, NJW 1976, S. 725; BVerwG, NVwZ 1983, S. 410; etwa bei Heilbehandlung *Hauck-Haines*, Sozialgesetzbuch, SGB I, Kommentar, K § 66 Rdn. 17; *Rüfner*, Die Mitwirkungspflichten des Leistungsberechtigten in der Solidargemeinschaft nach §§ 60ff. SGB-AT, VSSR 1977, S. 347, 361; ganz ohne Mitarbeit ist die Leistung jedenfalls nicht möglich, s. *Faude* (Fn. 123), S. 458ff.

¹⁴⁶ Vgl. *Pieroth*, Zur Rechtmäßigkeit der Einstellung von Lehrveranstaltungen, DVBl. 1973, S. 239ff.; OVG Hamburg, NWvZ 1982, S. 448ff.

¹⁴⁷ Vgl. *Lerche*, Die Grundrechte der Soldaten, in: *Die Grundrechte*, Bd. IV 1, 2. Aufl. 1972, S. 459f.; *ders.*, Schutz der Persönlichkeit im Bereich der sozialen Sicherheit, Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes, Bd. IX, S. 94ff.; *Krause* (Fn. 18), S. E 105ff., 108ff.

¹⁴⁸ *Igl* (Fn. 30), S. 1031; *Krause* (Fn. 18), S. E 111f.

¹⁴⁹ Zur Einschränkung der Meinungsfreiheit s. BayVerfGH, NJW 1982, S. 1089ff. und *Suhr*, Ein Schul-Fall zur streitbaren Meinungsfreiheit, ebd., S. 1065ff.; zur Mitwirkung vgl. auch *Abb/Luther* (Fn. 23), S. 359.

Über die bloßen Gläubigerpflichten geht die Nebenpflicht, das Schuldnerinteresse zu wahren, hinaus, deren Beeinträchtigung Schadensersatzansprüche auslösen kann¹⁵⁰.

Von wieder anderer Art sind Pflichten zur Förderung des mit der Leistung verfolgten Zwecks, insbesondere zur bestimmungsgemäßen Verwendung. Diese Kooperationspflichten¹⁵¹ bedürfen keiner Sanktion, wenn der Zweck mit dem Eigeninteresse des Empfängers zusammenfällt, wie bei rehabilitativen Maßnahmen¹⁵². Soweit eine Zweckentfremdung möglich ist oder die Zwecke auseinanderfallen – etwa bei der Subvention –, bedarf es jedoch zwecksichernder Regelungen¹⁵³. Erforderlich ist vor allem die Offenlegung des Zwecks (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 1 SubventionsG v. 29.7.1976, BGBl. I, S. 2037).

Soweit die Leistung in der zeitweiligen Überlassung von Vorteilen besteht oder wenn sich nachträglich ergibt, daß Leistungen zu Unrecht erbracht worden sind oder ein Leistungsverhältnis nachträglich beseitigt wird, entstehen ferner Rückerstattungspflichten¹⁵⁴.

Schließlich erfolgen eine Vielzahl – auch gesetzlich begründeter – staatlicher Leistungen nach dem Prinzip der Gegenseitigkeit. Die Verbindung einer besonderen Belastung mit dem Erwerb eines Leistungsanspruchs kann diese verfassungsrechtlich¹⁵⁵ legitimieren oder fordern, sie nach dem Prinzip der *causa data causa non secuta* auszugleichen, wenn sich der in Aussicht gestellte Gegenleistungsanspruch nicht

¹⁵⁰ Sie sind u.U. unabhängig davon, ob das Leistungsverhältnis zu Recht ins Werk gesetzt worden ist. *Bley* (Fn. 136), S. 58; s.a. *Herholz*, Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung, AcP 130, S. 257ff.

¹⁵¹ Vgl. dazu *Krüger*, Das wirtschaftspolitische Mitwirkungsverhältnis, 1974, S. 42ff.; *Krause*, Sozialrechtsverhältnis (Fn. 35), S. 35ff.

¹⁵² Vgl. BSG v. 22.9.1981, *Breithaupt*, 1982, S. 689; Pflichten zur Schadensminderung und Zwecksicherung können ineinander übergehen, vgl. *Faude* (Fn. 123), S. 342ff., 452ff.; zum Abbruch einer Rehabilitation bei mangelnder Kooperation: BSG, NVwZ 1986, S. 596.

¹⁵³ Diese begründen teils die Rückforderung oder Vorenthaltung der Leistung, teils aber auch eine – u.U. pauschalierte – Schadensersatzpflicht und bedürfen einer Legitimation durch Gesetz oder Einwilligung; vgl. *Schetting* (Fn. 19), S. 127ff., 141ff., 145ff.; *Henseler*, Staatliche Verhaltenslenkung durch Subventionen im Spannungsfeld zur Unternehmerfreiheit des Begünstigten, VerwArch. Bd. 77 (1986), S. 269, wendet sich jedoch wieder gegen eine echte Rechtspflicht des Subventionsempfängers (m.w.N.).

¹⁵⁴ *Bley* (Fn. 136), S. 58. Besondere Schwierigkeiten wirft die Rückabwicklung ungerechtfertigter Sachleistungen auf, vgl. *Krause*, Sozialrechtsverhältnis (Fn. 35), S. 41.

¹⁵⁵ *In Geld*: dazu *Isensee*, Umverteilung durch Sozialversicherungsbeiträge, 1973, S. 33; *ders.*, Der Sozialversicherungsbeitrag des Arbeitgebers in der Finanzordnung des Grundgesetzes, DRV 1980, S. 145, 148; *Krause*, Fremdlasten der Sozialversicherung, Vierteljahresschrift f. Sozialrecht, Bd. 8, 1980, S. 130ff.; *ders.*, Sozialrechtsverhältnis (Fn. 35), S. 14; *in Form von Dienstleistungen*: dazu *Ossenbühl*, VVDStRL 29, 1971, S. 181f.

verwirklicht (vgl. § 1303 RVO)¹⁵⁶; sie kann aber auch die vorgesehene Gegenleistung dem Schutz des Art. 14 GG unterstellen¹⁵⁷. Auch wo Leistung und Gegenleistung auf Gesetz beruhen, kann das Ausbleiben der einen zur Verweigerung der anderen berechtigen (§ 9 BBesG, ähnlich für Ansprüche aus der Rentenversicherung) oder die unbeanstandete Annahme einer Leistung analog dem faktischen Vertrag¹⁵⁸ das Recht begründen, die Gegenleistung trotz fehlender Rechtsgrundlage zu bekommen (vgl. §§ 213 und 315 RVO; bei nicht rechtzeitig beanstandeten Rentenversicherungsbeiträgen) oder zu behalten (§ 26 SGB-IV)¹⁵⁹.

Das gegenseitige Dauerverhältnis der Leistungsverwaltung ist nicht prinzipiell von einer gesetzlichen Grundlage abhängig; es kann der Möglichkeit des Rechtserwerbs durch Rechtsverbrauch nicht entfallen¹⁶⁰. Das gilt vor allem für die Leistungsvermittlung durch selbständige Unternehmer. Der Unterwerfung sind allerdings Grenzen zu setzen, die den Ausverkauf von Hoheitsrechten und ungleiche Begünstigung und Benachteiligung¹⁶¹ verhindern. Die Zivilperson ist zudem vielfältig dem Druck des Staates ausgesetzt; auch das schränkt die legitimierende Kraft des Arrangements ein, jedoch ist es ebenso abwegig, Freiheit nur zu bejahen, wo metaphysisch erwiesen ist, daß jeder Einfluß ausgeschlossen war¹⁶², wie unmöglich, mit einem allgemeinen Konzept der „Unterwerfung“ den mannigfachen Formen des Arrange-

¹⁵⁶ *Papier*, Verfassungsschutz sozialrechtlicher Rentenansprüche, -anwartschaften und „erwerbsberechtigungen“, VSSR Bd. 1 (1973/74), S. 53; *Krause* (Fn. 75), S. 68; zum Problem s.a. BVerfGE 51, 357.

¹⁵⁷ *Krause* (Fn. 75), S. 65ff.; BVerfGE 40, 65, 83; 42, 176, 190f.; 53, 257, 289f.; 55, 114, 131; 58, 81, 104; 64, 87, 98; 69, 272, 301; BVerfG, NJW 1986, S. 1159ff.; zum Eigentumsschutz sozialrechtlicher Anwartschaften vgl. *Badura*, Die eigentumsrechtliche Bindung des Gesetzgebers bei der Anpassung der Renten in der Sozialversicherung, SGB 1984, S. 398ff.

¹⁵⁸ Dazu auch *Bull* (Fn. 14), Rdn. 815; *Henke*, JZ 1984, S. 443.

¹⁵⁹ v. *Maydell*, in: *Krause/v. Maydell/Merten/Meydem*, GK-SGB IV, 1978, § 26 Rdn. 18 spricht in diesem Zusammenhang von einem faktischen Versicherungsverhältnis; kritisch zur Lösung des § 26 SGB-IV *Krause*, JbdsSozRdG, Bd. 1 (1979), S. 88f.; *Meydam*, Der Erstattungsanspruch, BIStArbSozR 1977, S. 92ff., 94. Dem faktischen Beamten können nach § 14 Satz 2 BBG die Dienstbezüge belassen werden, vgl. BVerwGE 71, 354, 356; ob darüber hinaus aus allgemeinen Rechtsprinzipien der geleistete Dienst vergütet werden muß, ist streitig, BVerwG, Buchholz 232, § 87 BBG Nr. 48; BVerwG, NJW 1983, 2042 m.w.N.

¹⁶⁰ *Zacher* (Fn. 19), S. 344.

¹⁶¹ *Hoffmann-Riem*, Selbstbindungen der Verwaltung, VVDStRL Bd. 40 (1982), S. 187, 204f.; s.a. *Krause*, Rechtsformen (Fn. 35), S. 222.

¹⁶² Vgl. *Henke*, Recht der Wirtschaftssubventionen (Fn. 21), S. 28f.; *Zeischwitz*, Rechtsstaatliche und prozessuale Probleme des Verwaltungsprivatrechts, NJW 1983, 1873ff.; *Friauf* (Fn. 21), S. M 9, 17f., 20.

ments zwischen Staat und einzelem gerecht zu werden¹⁶³. Die Schranken sind durch §§ 36 und 56 VwVfG kaum präzisiert¹⁶⁴. Es ist besonders hier unausweichlich, konkrete Typen gegenseitiger Schuldverhältnisse¹⁶⁵ auf ihre Zulässigkeit zu befragen, sie näher auszubilden, mit Voraussetzungen und Verfahren ihrer Begründung sowie mit klaren Bestimmungen über die Pflichten und den Ablauf zu verbinden; erst damit sind Autonomie des einzelnen und Rechtsstaatlichkeit der Verwaltung verlässlich zu sichern¹⁶⁶.

8. Begründung, Gestaltung und Beendigung: Rechtsformen statt inhaltlicher Voraussetzungen?

Die Verfahrensgesetze haben, vorbereitet und begleitet von Wissenschaft und Praxis, die Lösung einer Reihe von Problemen des Verwaltungsrechtsverhältnisses dem Verwaltungsakt und dem öffentlich-rechtlichen Vertrag anvertraut. Sie versagen, wo Entstehen, Änderung und Beendigung des Rechtsverhältnisses und der einzelnen aus ihm fließenden Rechtspositionen unabhängig davon durch einseitige Willenserklärung – etwa den Beitritt zur Krankenkasse –, durch faktisches Verhalten – wie die Zahlung von Rentenversicherungsbeiträgen oder die Inanspruchnahme einer Leistung – oder durch Gesetz eintreten, ohne daß es einer Feststellung durch Verwaltungsakt bedarf (vgl. §§ 1583, 1631 RVO). Die verfahrensmäßige Bewältigung wird in diesen Fällen nur scheinbar erleichtert, wenn die Leistung – wie häufig – zu beantragen ist (vgl. § 1545 Abs. 1, 1569 RVO), denn das Verwaltungsverfahrenserecht erfaßt nur Anträge auf Verwaltungsakte.

Notleidend ist insbesondere die Dogmatik der Willenserklärungen und Rechtshandlungen der Zivilperson im öffentlichen Recht¹⁶⁷.

Aber selbst in dem Umfang, in dem das Dauerrechtsverhältnis der Einwirkung durch Verwaltungsakt und öffentlich-rechtlichen Vertrag unterliegt, sind sie überfordert. Das private Rechtsgeschäft ist in langer Tradition aus konkreten Rechtsverhältnistypen abstrahiert wor-

¹⁶³ Krause, JuS 1972, S. 425; ders., Rechtsformen (Fn. 35), S. 219.

¹⁶⁴ Henseler, VerwArch. Bd. 77 (1986), S. 274 m.w.N.

¹⁶⁵ Der Austauschvertrag (§ 56 VwVfG, § 55 SGB X) bildet nur *einen* formellen Typus des synallagmatischen Verwaltungsrechtsverhältnisses, neben ihm ist ein Austauschverwaltungsakt möglich (§ 56 Abs. 2 VwVfG, § 55 Abs. 2 SGB X), und ein Teil der Austauschverhältnisse erfolgt aufgrund – mehr oder minder – faktischer Anstaltsnutzung.

¹⁶⁶ Vgl. Krause, AÖR Bd. 99 (1974), S. 664f.; ders. (Fn. 18), S. N 113.

¹⁶⁷ Vgl. Häberle (Fn. 32), Anm. 130; näher dazu Krause, VerwArch Bd. 61 (1970), S. 305 und JuS 1972, S. 425ff.; § 12 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG verweist nur auf das materielle Recht (vgl. § 36 SGB-AT); auf die faktischen Verhältnisse weist Hill, NJW 1986, S. 2608 mit weiteren Hinweisen hin.

den¹⁶⁸ und wird durch den Typ des Rechtsverhältnisses geprägt, den es begründet, es ist Kauf-, Werk-, Dienst- oder Mietvertrag. Der Verwaltungsakt ist dagegen als knapper Tenor konzipiert, der ein komplexes Rechtsverhältnis nur nach Maßgabe eines das „Nähere“ regelnden Gesetzes begründet. Selbst der öffentlich-rechtliche Vertrag ist nicht aus gängigen Rechtsgeschäftstypen abstrahiert, sondern wird der Verwaltung als leere Handlungsmöglichkeit angeboten¹⁶⁹.

Um ein komplexes Rechtsverhältnis zu begründen, ohne sich dabei wie Beamtenernennung oder Rentenbewilligung auf ein Gesetz zu beziehen, muß der Verwaltungsakt auf Nebenbestimmungen ausweichen. Die Bestimmung der Dauer des Leistungsverhältnisses (vgl. zur Miete §§ 535, 564 Abs. 1 BGB; zur Sondernutzung § 8 Abs. 2 BFernStrG; zur Rente § 1276 RVO; zur Erlaubnis § 3 Abs. 2 GaststättenG; zur Bewilligung § 8 Abs. 5 WHG) gilt als Befristung (die im Zivilrecht nur die Geltungsdauer des Regelungsaktes betrifft, § 163 BGB) des Verwaltungsaktes (vgl. § 36 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG), und auch die Frage seiner Beendigung durch „Kündigung“¹⁷⁰ haben die Verfahrensgesetze unter die Titel „Widerruf“ (§ 49 VwVfG), „Wiederaufgreifen des Verwaltungsverfahrens“ (§ 51 VwVfG), „Aufhebung eines Verwaltungsaktes mit Dauerwirkung bei Änderung der Verhältnisse“ (§ 48 SGB X) gezogen oder sie Nebenbestimmungen, nämlich der auflösenden Bedingung, dem Widerrufsvorbehalt, der Auflage und dem Auflagenvorbehalt zugewiesen. Damit gewähren sie zwar formell Flexibilität, bleiben aber die materiellen Voraussetzungen und Einschränkungen schuldig. Die Beschwörung gesetzlicher Schutzzwecke¹⁷¹ vermag den „abstrakten Dispositionsschutz“¹⁷² und das differenzierte System von Bindung und Lösbarkeit nicht zu ersetzen, das das Zivilrecht für Miet- oder Arbeitsverhältnis und das Beamtenrecht mit seiner Differenzierung von Rücknahme der Ernennung, Widerruf des Beamtenverhältnisses auf Widerruf, Entlassung aus dem

¹⁶⁸ Dazu *Flume* (Fn. 33), S. 23ff., 28ff., 31ff.; *Krause*, Rechtsformen (Fn. 35), S. 107ff.

¹⁶⁹ Vgl. *Krause*, Sozialrechtsverhältnis (Fn. 35), S. 15; s.a. *Püttner*, Wider den öffentlich-rechtlichen Vertrag zwischen Staat und Bürger, DVBl. 1982, S. 122, 133, nach dessen Auffassung es Leistungsaustauschverträge faktisch nicht gibt.

¹⁷⁰ Das ist keine Frage der Regelungsform, sondern der inhaltlichen Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses, vgl. *Krause*, Rechtsformen (Fn. 35), S. 186; *ders.*, SAE 1984, S. 89, 96; *ders.*, SGB 1985, S. 486.

¹⁷¹ Vgl. *Meyer*, in: Meyer/Borgs, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 1982, § 36 Rdn. 23, § 49 Rdn. 21f.; *Knack*, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 1982, § 49 Anm. 6.1.2; *Kopp*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl. 1983, § 49 Rdn. 28ff.

¹⁷² Vgl. *Kisker*, Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, VVDStRL 32 (1974), S. 149ff., 152, allerdings auf Zusage und Vertrag begrenzt.

Beamtenverhältnis auf Probe, Versetzung in den einstweiligen und endgültigen Ruhestand und disziplinarische Maßnahmen, bis hin zur Regelung der Entlassung auf Antrag und von Fristen für die Entlassung entwickelt. Nur durch entsprechende materielle Kündigungsregelungen für die unterschiedlichen Rechtsverhältnisse – wie in den Bedingungen für die Versorgungsleistungen¹⁷³ – lassen sich die Leerformeln¹⁷⁴ füllen. Ohne sie bleibt überdies der lösungswillige Private auf den undifferenzierten Anspruch auf fehlerfreie Ermessensentscheidung oder auf Beseitigung des Verwaltungsaktes verwiesen.

Ebenfalls einer Nebenbestimmung des Verwaltungsaktes, nämlich der Auflage (§ 56 Abs. 2 VwVfG), kommt es zu, Gegenleistungspflichten zu begründen¹⁷⁵. Daß bei Nichterfüllung nur ein Widerruf ex tunc zugelassen ist, beruht auf mangelnder Differenzierung von Dauerverhältnis (für Verwaltungsakte mit Dauerwirkung vgl. aber § 48 SGB-X) und punktuelltem Rechtsverhältnis; dem entspricht es, wenn Lehre und Rechtsprechung dem Verwaltungsakt, der den Anspruch auf die Verschaffung eines Gutes und damit ein punktuelltes Leistungsverhältnis begründet, eine Dauerwirkung unterlegen, nämlich Einräumung des – nach unserer Rechtsordnung gar keiner Grundlage bedürftigen – Rechts zum Behalten der Leistung¹⁷⁶.

Der öffentlich-rechtliche Vertrag ist – solange es nicht gelingt, Vertragstypen zu entwickeln – kaum besser geeignet, Leistungsverhältnisse zu ordnen als der vereinbarte Verwaltungsakt¹⁷⁷. Angesichts

¹⁷³ Vgl. *Hermann* (Fn. 74), Bd. II, § 32 AVBWasserV Rdn. 13 m. Nachweisen und § 33 Rdn. 2; zum Sonderfall einer „Kündigung“ durch unterlassene Rückmeldung s. *Krause*, Das studentische Rechtsverhältnis (Fn. 12), S. 622.

¹⁷⁴ Für die Zulässigkeit entsprechender Nebenbestimmungen vgl. *Meyer*, in: *Meyer/Borgs* (Fn. 171), § 36 Rdn. 29: „Beachtung gesetzlicher Schutzzwecke“, und der Ausübung von Abänderungs- und Auflösungsbefugnissen vgl. die Kommentare zu § 49 VwVfG und § 48 SGB X.

¹⁷⁵ Zur Untauglichkeit der Auflage, das Gegenseitigkeitsverhältnis auszu-schöpfen, *Krause*, Rechtsformen (Fn. 35), S. 227 Anm. 55 m.w.N.

¹⁷⁶ *Jarass*, Die Rückforderung zweckwidrig verwendeter Subventionen, DVBl. 1984, S. 855ff.; *Götz*, Rückforderung von Subventionen, NVwZ 1984, S. 480, 483; *Oldiges*, Richtlinien als Ordnungsrahmen der Subventionsverwaltung, NJW 1984, S. 1927, 1935; *Ericksen/Martens* (Fn. 34), S. 318; BVerwGE 62, 1, 3; BVerwG, DVBl. 1983, S. 810, 812. Der Fehler wird nicht nur beim Blick auf § 48 Abs. 2 Sätze 4ff. VwVfG offenbar, sondern auch, wo es um den Widerruf des Versprechens wiederkehrender Leistungen geht. § 44a BHO trägt dem Problem Rechnung, sofern er, über die Ermöglichung einer nachträglichen Zinserhöhung hinausgehend, den Widerruf ex tunc zuläßt.

¹⁷⁷ Vgl. *v. Zezschwitz*, NJW 1983, S. 1873ff.; *Gusy*, Die Bindung privatrechtlichen Verwaltungshandelns an das öffentliche Recht, DÖV 1984, S. 872, 876; *ders.*, Öffentlich-rechtliche Verträge zwischen Staat und Bürgern, DVBl. 1983, S. 1222ff.; abweichend allerdings unter Entwicklung eines speziellen Schuldrechts (!) *Henke*, Recht der Wirtschaftssubventionen (Fn. 21), S. 20ff.;

freier Auswechselbarkeit von Verwaltungsakt und Vertrag (§ 54 Satz 2 VwVfG; § 53 Abs. 1 Satz 2 SGB-X) ist es jedenfalls ausgeschlossen, das Dauerrechtsverhältnis je nach verwendeter Regelungsform über die Pauschalverweisung des § 62 Satz 2 VwVfG (§ 61 Satz 2 SGB-X) dem bürgerlichen Schuldrecht oder einem davon inhaltlich abweichenden öffentlichen Schuldrecht zuzuweisen¹⁷⁸.

Die Alternative des zivilrechtlichen Vertrages¹⁷⁹ ist ebenfalls nicht hilfreich, wo das Zivilrecht keine geeigneten Schuldverhältnistypen bereithält¹⁸⁰. Im übrigen nähern sich öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Ausgestaltung der Leistungsbeziehungen der Träger öffentlicher Gewalt an¹⁸¹. Die Spielräume der Verwaltung werden nicht größer, wenn sie ins Privatrecht ausweicht¹⁸², und umgekehrt erlangt sie auch bei einer Flucht ins öffentliche Recht keine Immunitätsprivilegien¹⁸³, etwa hinsichtlich des Wettbewerbsrechts¹⁸⁴ oder des Gesetzes über allgemeine Geschäftsbedingungen¹⁸⁵.

Alle vertraglichen Rechtsverhältnisse sind in gleicher Weise der Gestalt und Durchsetzung durch Verwaltungsakt entzogen, aber für sonstige einseitige Rechtsgestaltungen offen. Weitgehend erschöpft sich die Differenz zwischen öffentlichem und privaten Recht in der

ders., JZ 1984, S. 441ff. Solange die Differenzen in den Voraussetzungen und Folgen der Regelungsformen ungeklärt sind, ist ein verbindliches Urteil, welches dem Arrangement besser entspricht, jedenfalls nicht möglich; vgl. *Krause*, Rechtsformen (Fn. 35), S. 227; *ders.*, VerwArch. Bd. 61 (1970), S. 297ff.; *ders.*, JuS 1972, S. 425ff.; anders *Kopp*, Entscheidung über die Vergabe öffentlicher Aufträge und über den Abschluß öffentlicher Verträge als Verwaltungsakte, BayVBl. 1980, S. 609ff.

¹⁷⁸ So zu Recht *Henke*, Recht der Wirtschaftssubventionen (Fn. 21), S. 15f.; ähnlich *Obermayer*, BayVBl. 1977, S. 550; schon die Einschränkung des § 40 Abs. 2 VwGO ist systemwidrig.

¹⁷⁹ Vgl. *Ossenbühl*, Rechtliche Probleme der Zulassung zu öffentlichen Stadthallen, DVBl. 1973, S. 289ff.; *ders.*, Öffentliches Recht und Privatrecht in der Leistungsverwaltung, DVBl. 1974, S. 541.

¹⁸⁰ *Zacher* (Fn. 19), S. 340f.; *Schetting* (Fn. 19), S. 25f.; *Krause* (Fn. 18), S. E 57.

¹⁸¹ Siehe schon *Bullinger* (Fn. 43), S. 81ff.

¹⁸² Vgl. *Rüfner* (Fn. 65), S. 358ff.; *Wolff/Bachof*, VerwR I, 9. Aufl. 1974, § 23 II b; *Erichsen/Martens* (Fn. 34), § 28; *Henke*, JZ 1984, S. 443; *Harries*, Verwaltungsentscheidung und Rechtsverhältnis, NJW 1984, S. 2191; *Gusy*, DÖV 1984, S. 872.

¹⁸³ BVerfG, Dreierausschuß, NVwZ 1982, S. 306ff.

¹⁸⁴ Vgl. *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S. 362ff. m.w.N.

¹⁸⁵ BVerfG, NVwZ 1982, S. 306ff. mit kritischer Anm. *Stober*, Bundesgesetzliche Regelung kommunaler Wasserversorgungsbedingungen, S. 294; vgl. auch *Bullinger*, DÖV 1977, S. 814; *Ehlers* (Fn. 184), S. 352ff., 431f.; sogar die Verwaltungsvollstreckung kann auf privatrechtliche Geldforderungen ausgedehnt sein (§§ 71ff. RhPf VwVollstrG) und selbst ein Anschluß- und Benutzungszwang soll ein privatrechtliches Entgelt nicht ausschließen (BGH, MDR 1984, S. 558).

Auswirkung auf den Rechtsweg und die Haftung¹⁸⁶; beides sind eher periphere Fragen.

9. Allgemeine Leistungsbedingungen der Verwaltung

Soweit das Gesetz keine Vorgaben entwickelt, hat die Verwaltung ihren Ordnungsbedarf¹⁸⁷ vielfach durch vorformulierte Leistungsbestimmungen befriedigt. Sie bedient sich „öffentlich-rechtlicher Leistungs- oder Geschäftsbedingungen“¹⁸⁸ für Versorgungsbetriebe in Form von Rechtsverordnungen und Satzungen¹⁸⁹ und für die Beihilfe an Beamte in Gestalt einer Verwaltungsvorschrift¹⁹⁰. Sie hat sie überdies zum Gegenstand von Verträgen gemacht¹⁹¹, durch Leistungsbescheide in bezug genommen¹⁹² oder in die Widmung des Leistungsapparates aufgenommen¹⁹³. Nachträgliche konkretisierende Regelungen hat sie schließlich auf die Befugnis zu einseitiger Leistungsbestimmung analog § 315 BGB gestützt. Das alles hat vielfach Kritik erfahren. Jedoch vermag diese Art der Steuerung des Dauerrechtsverhältnisses¹⁹⁴ den Partnern ein hohes Maß an Rechtsklarheit zu ver-

¹⁸⁶ Deren Differenz häufig überschätzt wird, vgl. *Salzwedel*, Wege- und Verkehrsrecht, in: *Badura*, Bes. VerwR, 7. Aufl. 1985, S. 645. Siehe im übrigen oben.

¹⁸⁷ Vgl. dazu *Friauf* (Fn. 21), S. M 39.

¹⁸⁸ *Püttner*, Die öffentlichen Unternehmen, 1979, S. 334.

¹⁸⁹ AVBELtV v. 21. Juni 1979, BGBl. I, S. 684; AVBGasV v. 21. Juni 1979, BGBl. I, S. 676; jeweils aufgrund des Energiewirtschaftsgesetzes; AVBFernwärmeV v. 20. Juni 1980, BGBl. I, S. 742; AVBWasserV v. 20. Juni 1980, BGBl. I, S. 750; jeweils aufgrund des AGBG. Dazu *Schmidt-Salzer*, in: *Hermann u.a.* (Fn. 74), Bd. I, Einleitung Rdn. 1–3, 11–13, sowie *Hermann*, ebd., Bd. II, § 32 AVBWasserV Rdn. 13.

¹⁹⁰ Die Zulässigkeit ist äußerst umstritten; vgl. BVerfG, ZBR 1978, S. 37; BVerwGE 19, 55f.; 22, 163; a.A. *Grimmer*, Das Beihilfewesen im System des Beamtenrechts, ZBR 1967, S. 329; *Leisner*, Beamtenversicherung zwischen Beihilfe und Krankenversicherung, 1978, S. 4ff.

¹⁹¹ *Tiemann*, VerwArch. Bd. 65 (1974), S. 381, 382.

¹⁹² Vgl. *Oldiges*, NJW 1984, S. 1927ff.; *Schwerdtfeger*, Die lenkende Veröfentlichung von Subventionsrichtlinien – Auslobung und Vertrauensschutz, NVwZ 1984, S. 486.

¹⁹³ Vgl. OVG Lüneburg, Rk VR N-W GO § 18 Nr. 96; zu Anstaltsordnungen s. *Schmidt-Aßmann*, in: *Püttner* (Fn. 134), Bd. 3, S. 197ff.; zur Abwägung mit den schutzwürdigen Belangen des Benutzers s. OVG Koblenz, DÖV 1983, S. 477 und *Friauf* (Fn. 21), S. M 22; als außenwirksame Regelungen sind sie offen für eine Interpretation durch die Gerichte, die bei bloßen Richtlinien ausgeschlossen ist; vgl. BVerwGE 58, 45; dazu die Kritik von *Friauf*, a.a.O., S. M 26 m.w.N.

¹⁹⁴ Vgl. *Schuppert*, Die Steuerung des Verwaltungshandelns durch Haushaltsrecht und Haushaltskontrolle, VVDStRL Bd. 42 (1984), S. 216, 237; *Schenke*, Gesetzgebung durch Verwaltungsvorschriften, DÖV 1977, S. 27, 29ff.

mitteln¹⁹⁵ und die notwendige Anpassung zu erleichtern. Angesichts der Vielfalt der Leistungsbestimmungen und ihrer Grundlagen ist es jedenfalls zu einfach, sie generell als Sonderverordnungen aus einem öffentlichen Gewaltverhältnis zu legitimieren oder zu kritisieren¹⁹⁶. Da sie nicht generell durch gesetzliche Regelungen zu ersetzen sind¹⁹⁷, aber einer gesetzlichen Kontrolle bedürfen, liegt es wiederum nahe, die konkreten Rechtsverhältnistypen normativ soweit zu entwickeln, daß sie auch über Zulässigkeit und Grenzen von derartigen Ordnungen entscheiden.

10. Nichtabschließende Schlußbemerkung

Es ist offensichtlich, daß die vorgelegte tour d'horizon, die Forderung der Regensburger Tagung, dem Verwaltungsrechtsverhältnis die Stellung im deutschen Verwaltungsrecht zuzuweisen, die es verdient, nicht hat einlösen können. Der „systematische Gesamtentwurf, der gleichermaßen die verfassungsrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Grundsatzfragen klärt wie die „notwendige Detailarbeit im konkreten Rechtsstoff leistet“¹⁹⁸, bleibt aufgegeben. Er wird nicht zuletzt die Frage nach den „Grundrechten im Leistungsstaat“ aufzunehmen haben, indem er sie wie die Prinzipien des sozialen Rechtsstaates in konkrete Ordnungen umgießt, die die „Zuwendung, die Abhängigkeit des Empfängers von ihr, seinen Nutzen daraus, den öffentlichen Zweck, dem sie dient“¹⁹⁹ und die Freiwilligkeit und Unfreiwilligkeit der Begründung des Verwaltungsrechtsverhältnisses in Ansatz bringt.

Es galt allein zu zeigen, was eine abgestufte dogmatische Bewältigung der Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung²⁰⁰, die nicht

¹⁹⁵ *Friauf* (Fn. 21), S. M 18, 25 m.w.N.; zur begrenzten Leistungsfähigkeit des Gesetzes, dem Normbedarf der Verwaltungsrechtsverhältnisse zu genügen, vgl. *Schenke*, DÖV 1977, S. 27; *Ronellenfitsch*, DÖV 1981, S. 933, 934; *Jarass*, Der Vorbehalt des Gesetzes bei Subventionen, NVwZ 1984, 473ff.; *Stettner*, Der Verwaltungsvorbehalt, DÖV 1984, S. 611. 621.

¹⁹⁶ Vgl. *Böckenförde/Grawert*, Sonderverordnungen zur Regelung besonderer Gewaltverhältnisse, AöR 95 (1970), S. 1, 37; *Wolff/Bachof* (Fn. 182), § 25 VIII a 1; *Ossenbühl*, in: *Erichsen/Martens* (Fn. 34), § 7 V; ablehnend *Pieroth*, Rechtsverweigerung zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit staatlicher Einrichtungen, VerwArch. Bd. 68 (1977), S. 218; *Schenke*, DÖV 1977, S. 32; *Ronellenfitsch*, DÖV 1981, S. 939; *Maurer* (Fn. 34), § 8 Rdn. 31; *Kiepe*, Entwicklungen beim besonderen Gewaltverhältnis und beim Vorbehalt des Gesetzes, DÖV 1979, S. 402f. m.w.N. unter Fn. 44.

¹⁹⁷ Dazu *Ehmke*, Disk. Bem. VVDStRL Bd. 23 (1966), S. 258, 276f.; *Ipsen*, ebd., S. 269.

¹⁹⁸ *Häberle* (Fn. 32), S. 65.

¹⁹⁹ *Zacher*, VVDStRL Bd. 25 (1967), S. 344.

²⁰⁰ Vgl. dazu *Rüfner*, VVDStRL Bd. 28 (1970), S. 215ff.; *Scheuner*, ebd., S. 232.

allein schuldrechtlicher, sondern auch sachen- und mitgliedschaftsrechtlicher Art sein können, verspricht, wieweit sie bereits unternommen worden und wieweit sie Desiderat geblieben ist²⁰¹. Den Versuch, sie fortzutreiben, von der vollständigen Darlegung der Leistungsfähigkeit abhängig zu machen, hieße die Wissenschaft versteinern; den Sinn des Begriffs positivistisch darauf einzuschränken, Rechtsfolgen aus vorhandenen Rechtssätzen abzuleiten, griffe zu kurz. Auch der Appell an den Gesetzgeber bedarf der Begleitung durch konkrete Lösungsvorschläge. Weder Überschätzung noch Scheu sind am Platz. Ein Verhältnis ist kein Punkt, nicht um auszuruhen, nicht um die Welt des Verwaltungsrechts aus den Angeln zu heben²⁰². Eine Mesalliance wäre es nur, wenn die deutsche Verwaltungsrechtswissenschaft auch im Wandel von Verfassungen wegen zur Einehe mit dem Verwaltungsakt verpflichtet sein sollte.

²⁰¹ Ehlers, DVBl. 1986, S. 912.

²⁰² Anders Häberle (Fn. 32), S. 67.

Leitsätze des Drittberichterstatters über:

Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung

1. Das Thema lenkt den Blick von der Stiftung der Leistungsbeziehung auf die Steuerung des Verhaltens in ihr. Die Aufgabe wächst mit dem Ausbau des Leistungsstaates, auf den der einzelne für sein Leben und seine Freiheitsbetätigung zunehmend angewiesen ist. Ihre Lösung kann nicht allein von Konditionalsätzen erwartet werden, sie setzt auch Verfahren und Formen der Zweckprogrammierung für Sach- und Dienstleistungen und das von beiden Beteiligten erwartete unterstützende Handeln voraus.

Die Ordnung der Leistungsbeziehung muß typengerecht und abgestuft erfolgen und sich weniger an dem öffentlichen Zweck, der mit ihr verfolgt wird, als an dessen Verhältnis zum Privatinteresse und an dem Maße der Freiwilligkeit, mit dem der einzelne dem Leistungsangebot gegenübersteht, orientieren.

2. Der Beitrag, den das deutsche Verwaltungsrecht beiläufig dazu erbracht hat, ist zwar lückenhaft, aber nicht irrelevant, er bedarf eingehender wissenschaftlicher Aufnahme.

3. Ein Rechtsverhältnis ist die durch mindestens eine (subjektive) Berechtigung und die entsprechende Verpflichtung beschriebene rechtliche Ordnung, nach der grundsätzlich zwei Beteiligte ihr Verhalten zueinander einzurichten haben. Regelmäßig umfaßt es eine Vielzahl zusammengehöriger Ansprüche (Paradigma: Beamtenverhältnis).

Mehrere Rechtsverhältnisse können aufeinander bezogen sein, ihre Zusammenschau ermöglicht es, die Ansprüche und Verantwortlichkeiten unter mehr als zwei Beteiligten zu verorten, ohne die durch die Beschränkung auf die Bipolarität bewirkte Vereinfachung aufgeben zu müssen.

4. Die Beteiligung eines Trägers öffentlicher Gewalt modifiziert die durch Egalität und Autonomie geprägte Ordnung unter den Zivilpersonen

- durch seine unaufhebbare, ausgleichsbedürftige, überlegene Rechtsmacht (Gewaltverhältnis),*
- durch seine objektiv-rechtliche, anspruchsunabhängige Verpflichtung (geringere Relevanz des Rechtsverhältnisses im Verwaltungsrecht),*

- durch den prinzipiellen Ausschluß seiner bloß relativen Verpflichtung,
- durch Ermessensbindung und Gemeinwohlverpflichtung in der Ausübung seiner Befugnisse im Gegensatz zur Privatnützigkeit des subjektiven Rechts.

Gleichwohl erscheint das Modell des bipolaren Zivilrechtsverhältnisses geeignet, um gleiche oder unterschiedliche Problemlagen und Lösungsalternativen zu entwickeln.

5. Der Ordnungsbedarf des rechtsgeschäftlich begründeten Zivilrechtsverhältnisses wird grundsätzlich durch den Begründungsakt selbst und nur unterstützend durch das Gesetz befriedigt (§ 305 BGB). Das ist für das Verwaltungsrechtsverhältnis nicht selbstverständlich.

Vor allem sind regelungsbedürftig

- die Begründung des VRV und seine Beendigung,
- die Inhalte der Haupt- und Nebenpflichten,
- die Folgen ihrer Verletzung (Schadensersatz oder Auflösung der Beziehung oder anderweitige Sanktionen),
- die Verfahren der Abwicklung und Konkretisierung.

Die Verfahrensgesetze, die Grundrechte, der Gesetzesvorbehalt und andere Verfassungsprinzipien sind nur teilweise, insbesondere aber nur bei einer typengerechten Differenzierung geeignet, den Ordnungsbedarf der Verwaltungsrechtsverhältnisse zu realisieren und den Beteiligten eine Orientierung zu geben. Die Aufgabe kann nicht in das besondere Verwaltungsrecht verlagert werden, weil gleiche Rechtsverhältnisse in verschiedenen Zusammenhängen auftreten, sondern muß auf einer mittleren Abstraktionsebene eingeleitet werden.

6. Dauerverhältnisse verlangen dauernde Pflichtenanspannung. Sie verändern sich und ihre Wirkung in der Zeit und verlangen Anpassung, bis hin zur – ordentlichen oder außerordentlichen – Kündigung. Sie sind durch die Zeit teilbar. Ihre Rückabwicklung kann dem Rechnung tragen. Die verschiedenen Formen der Einwirkung, denen sie sich öffnen müssen, erfaßt das Verfahrensrecht nur insoweit, als es sich um Verwaltungsakte handelt; selbst die Kündigung des öffentlich-rechtlichen Vertrages ist verfahrensmäßig nicht gebunden (Anwendung von § 28 VwVfG?).

7. a) Das allgemeine Verwaltungsschuldrecht ist durch Gesetz und Rechtsprechung bereits nahezu vollständig ausgebildet worden. Es mangelt allerdings an Regelungen über die Sach- und Dienstleistungsverhältnisse und über die das Rechtsverhältnis begleitende Kooperation der Beteiligten.

b) Die Haftung des Trägers öffentlicher Gewalt nach Art. 34 GG i. V. m. § 839 BGB reicht grundsätzlich aus. Der Forderungsverletzung

kommt daneben keine nennenswerte oder keine billigenswerte Funktion zu.

Für die Haftung des einzelnen könnte sie dagegen Bedeutung gewinnen; allerdings hält sich die Rechtspraxis ersichtlich zurück, auch angesichts der Schwierigkeit, den Schaden des Staates zu messen, sofern sie nicht seine Pauschalierung nach Art einer „Vertragsstrafe“ ins Auge faßt.

Die Auflösung (Kündigung, Rücktritt etc.) von Rechtsverhältnissen der Leistungsverwaltung bei Forderungsverletzung ist durch den öffentlichen Zweck und den Zwangscharakter häufig ausgeschlossen. Das erfordert kompensatorische Regelungen.

c) Die Amtshaftungsjudikatur hat wesentlich zur Präzisierung der Haupt- und Nebenpflichten in den Verwaltungsrechtsverhältnissen und zu ihrer Typisierung und damit zur Ausbildung eines besonderen Verwaltungsschuldrechts beigetragen.

d) Dem einzelnen können aus dem Rechtsverhältnis der Leistungsverwaltung Gläubigerpflichten, Nebenpflichten im Interesse des Schuldners, Zwecksicherungspflichten und Rückabwicklungspflichten sowie echte Gegenleistungspflichten erwachsen.

Synallagmatische Rechtsverhältnisse sind unmittelbar durch Gesetz möglich; die Gegenleistungsbeziehung gewinnt dann vielfach verfassungsrechtliche Relevanz. Sie können auch ohne spezielle gesetzliche Grundlage durch Einwilligung begründet werden; deren Legitimität (auch die nach §§ 36 Abs. 3 und 56 VwVfG) ließe sich eher begründen und begrenzen, wenn man sich auf vorgeprägte Typen von Austauschverhältnissen beziehen könnte.

8. Verwaltungsakt und Verwaltungsvertrag sind als „leere“ Handlungsformen bei der Begründung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen der Leistungsverwaltung regelmäßig überfordert; das gilt auch für die Nebenbestimmungen zum Verwaltungsakt und für Widerruf und Rücknahme.

Die Verfahrensgesetze versagen ganz, wo die Begründung, Änderung und Konkretisierung des Verwaltungsrechtsverhältnisses nicht durch Verwaltungsakt und Verwaltungsvertrag, sondern – wie vielfach – durch Willenserklärung und schlichtes Handeln der Verwaltung oder des einzelnen erfolgt.

Das Zivilrechtsgeschäft ist zur Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung – angesichts der auch dort mangelnden speziellen Rechtsverhältnistypen – nicht wesentlich besser, aber auch nicht grundsätzlich schlechter geeignet als der Verwaltungsakt oder der öffentlich-rechtliche Vertrag; Zivilrecht und öffentliches Recht der Verwaltungsrechtsverhältnisse bewegen sich ohnehin aufeinander zu.

9. Die Träger der öffentlichen Verwaltung füllen die Regelungslücken in weitem Umfang durch untergesetzliche Vorschriften aus. Das geht von Rechtsverordnungen und Satzungen über ermessensleitende Verwaltungsvorschriften, allgemeine Geschäftsbedingungen, die zum Gegenstand von Verwaltungsakten, Verträgen oder Widmungsverfügungen werden, bis hin zu einseitigen Leistungsbedingungen entsprechend § 315 BGB. Ihr Beitrag zur Rechtsklärung ist bedeutsam; ihre Heterogenität läßt es nicht generell zu, sie als Sonderverordnungen aus dem Gewaltverhältnis zu begründen oder zu kritisieren. Sie bedürfen aber einer Zusammenführung und Kontrolle vom Typus des jeweiligen Rechtsverhältnisses her.

4. Aussprache und Schlußworte

Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung

Vorsitzender (Tomuschat): Meine Damen und Herren, ich glaube, das gestern praktizierte System der Wortmeldung auf Kärtchen hat sich bewährt. Ich möchte nur einige Stichworte geben und gar nicht im Vorhinein versuchen, diktatorisch die Diskussion auf bestimmte Aspekte festzulegen. Einige Gedanken: Erstens zum Rechtsverhältnis und zur Leistungsfähigkeit dieses Begriffes. Bedeutet das Denken in Rechtsverhältnissen eine Abkehr vom Verwaltungsakt? Zweitens stellen sich vielfältige Fragen, die an die Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht in diesem Bereich anknüpfen: Notwendigkeit und Sinn der Unterscheidung bei Leistungsverhältnissen? Gibt es hier einen gemeinsamen Nenner? Das Privatrecht wird modifiziert, aber auch das öffentliche Recht wird ähnlich modifiziert, wenn es sich um Leistungsverhältnisse handelt. Insoweit lauten die Stichworte Verwaltungsprivatrecht und Wahlfreiheit im Hinblick auf die verfügbaren Rechtsformen. Dazu tritt die Grundsatzfrage: Gewährleistung materieller Gerechtigkeit eher durch staatliche Fürsorge oder durch freie Willensentscheidungen des Privaten? Dann ein dritter Komplex, der sowohl die Notwendigkeit der Erarbeitung von Regeln entweder durch die Wissenschaft oder die Rechtsprechung oder sogar einen möglichen Appell an den Gesetzgeber umschließt, daß er ein allgemeines Schuldrecht schaffen oder Typen besonderer Schuldverhältnisse noch besser ausgestalten solle als bisher. Schließlich erhebt sich gerade in bezug auf Nebenpflichten die Frage, ob nicht durch die Konstruktion zusätzlicher Pflichten zu Lasten des Bürgers der Gesetzesvorbehalt unterlaufen wird. Den Abschluß könnten dann Bemerkungen zu besonderen Typen von Leistungsverhältnissen bilden: Subventionsverhältnis, Schuldverhältnis, Beamtenverhältnis. Manches läßt sich ja nicht über den allgemeinen Leisten des Rechtsverhältnisses schlagen.

Ich bitte Sie, sich vielleicht jetzt schon zu Wort zu melden. Es ist dann einfacher, die Wortmeldungen zu sortieren und in der entsprechenden Ordnung die Redner zu Wort kommen zu lassen. Ich glaube, daß jedermann sprechen kann, wenn ich von den gestrigen Erfahrungen ausgehe. Man ist nicht genötigt, sich um jeden Preis zu Punkt 1 zu melden in der Sorge, daß man dann später nicht mehr aufgerufen wird. Vielen Dank.

Meine Damen und Herren, darf ich Sie vielleicht bitten, Platz zu nehmen. Wir haben unser Zeitlimit schon überschritten, und es wäre schade, wenn die Diskussion abgebrochen werden müßte in einem Zustand, wo sie in der Sache noch nicht abgeschlossen ist. Wie gestern wollen wir ohne eine Unterbrechung für den Kaffee auskommen. Man kann während der Beratung auch einmal hinausgehen. Es wird draußen Kaffee ausgeschenkt. Was die Zahl der Wortmeldungen angeht, so kann ich sagen, daß noch die Chance besteht, zu Wort zu kommen, wenn man sich jetzt anmeldet. Es liegen bisher ungefähr 12 oder 14 Wortmeldungen vor.

Der Vorstand hat Herrn *Häberle* gebeten, zu diesem Thema einige Eingangsworte zu sprechen.

Häberle: Herr Vorsitzender, verehrte Kollegen! Es ist ein nobile officium, einem solchen Wunsch des Vorstands auf Eröffnung der Diskussion füglich zu entsprechen. Ein Eingangsvotum hat die Aufgabe, Konsonanzen und ggf. auch Dissonanzen der drei Referate zur Sprache zu bringen und in der *Oppermannschen* Tradition vielleicht auch eine erste Bewertung zu versuchen. Die drei Referenten haben mit unterschiedlichem Temperament „Funken“ aus ihrem Thema geschlagen; unsere Aufgabe wird es sein, daraus in Konfrontation und Integration ein Feuer zu entfachen. Zunächst zu Herrn *Fleiner*, „unserem“ Herrn *Fleiner* hier und heute, also dem „richtigen“ *Fleiner*: Sein Referat war ebenso temperamentvoll wie für die Schweiz pionierhaft. Das Referat von Herrn *Öhlinger* war ebenso differenziert wie für Österreich kühn, das Referat von Herrn *Krause* war ebenso besonnen wie von hoher praktischer Vernunft zeugend. — Mein eigener Beitrag gliedert sich in eine tagungs- und wissenschaftsgeschichtliche Vorbemerkung und drei Stichworte zur Sache. Zunächst die Vorbemerkung: Das Thema „Verwaltungsrechtsverhältnis“ gehört spezifisch unserer Staatsrechtslehrervereinigung, jedenfalls vorläufig. In ihrem Rahmen hat es seine „Karriere“ begonnen. Sie alle kennen den zum Klassikertext gereiften Leitsatz 24 von Herrn *Bachof* auf der Regensburger Tagung von 1971; an diesem klassischen Text sollten wir uns heute „festhalten“, dürfen wir aber auch Herrn *Bachof* selbst „festhalten“. Vorausgegangen waren Äußerungen in Heft 25 zu den Subventionsverhältnissen seitens der Herren *H. P. Ipsen* sowie *Zacher*, unserem hier und heute großen Vorsitzenden; später kam es in Bern (1969) zu weiterführenden Überlegungen der Kollegen *Henke*, auch *Rüfner* aus Anlaß der Sozialrechtsverhältnisse. Wenn ich die Geschichte unserer Vereinigung recht überblicke, ist es das erste Mal, daß wir Referate aus den drei deutschsprachigen Ländern am zweiten Tag, also zum *verwaltungsrechtlichen* Thema hören. Bisher gab es solche „Dreierberichte“

stets nur im Felde von *verfassungsrechtlichen* Themen, ich erinnere an die Tagungen in Innsbruck, Trier und Freiburg i.Ue. Heute, in München, stehen wir dank des Vorstands vor den Herausforderungen und Chancen, im deutschsprachigen *Verwaltungsrecht* ganz spezifische, integrierte Rechtsvergleichung zu leisten. Sie steht vor der zentralen Frage, ob wir die Zukunft des Verwaltungsrechtssystems auf „zwei Beine“ stellen sollen, auf den Verwaltungsakt und das Rechtsverhältnis, und ob wir den Verwaltungsakt als „Standbein“ nehmen und das Rechtsverhältnis als „Spielbein“ oder umgekehrt. Ich meine, wir sollten eine Art „Zwei-Beine-Theorie“ entwickeln: es bleibt beim Verwaltungsakt, doch gibt es nun die zweite Ordnungseinheit des Rechtsverhältnisses. Wir sehen hier in den drei Referaten viel Konvergenzen und relativ wenig Divergenzen. Dies ermutigt uns, tendenziell auf der Bahn voranzuschreiten, die sowohl dem Verwaltungsakt als auch dem Rechtsverhältnis eine gleichberechtigte Heimstatt in unserem Rechtssystem gibt. Wenn ich in den Bildern und Gesetzen der Geometrie bliebe, müßte ich in bezug auf den Verwaltungsakt bzw. das Rechtsverhältnis von *zwei* „archimedischen Punkten“ sprechen. Sie kann es jedoch nicht geben, daher ziehe ich die „Zwei-Beine-Theorie“ vor.

Nun zum *ersten* Punkt, zur Frage von Möglichkeiten und Grenzen des integrierenden Rechtsvergleichs im deutschsprachigen Raum. Wir sollten uns einmal fragen, ob sich die *Verwaltungsrechtsordnungen* der drei deutschsprachigen Länder eigentlich näher oder ferner sind als die jeweiligen *Verfassungsrechtssysteme*. Wir müssen fragen, was wir wechselseitig voneinander lernen können, auch von den Unterschieden. Ermutigend ist die Erinnerung daran, daß auch ein *Otto Mayer* den heute klassischen Verwaltungsakt, das „erste Bein“ unseres Rechtssystems, in Prozessen der Rezeption und Produktion aus dem französischen Recht übernommen hat. Er ist *geworden*, wurde *entwickelt*, ist nicht einfach vorgegeben. Das könnte man dann später einmal vom Rechtsverhältnis sagen. Auf Frankreich hat Herr *Fleiner* ebenso anschaulich hingewiesen wie auf das US-amerikanische Verwaltungsrechtsdenken bei seinem Versuch, in der Schweiz den Sprung von der überstrapazierten Verfügung in Richtung auf das Denken in Rechtsverhältnissen zu schaffen. — Jetzt zum *zweiten* Punkt: Welches sind die den drei Ländern eigenen Konvergenzen in Sachen Rechtsverhältnis? Alle drei Referenten haben mit bestimmten Vorgaben des *Verfassungsrechts* gearbeitet. Ich nenne als Stichworte die Subjektstellung des aktiven Bürgers, der Grundrechte hat, besonders den Gleichheitssatz, und der mit der öffentlichen Verwaltung im sozialen Rechtsstaat mit seinen gewachsenen Staatsaufgaben „gemeinsame Sache“

macht. Im Sozialrecht sehen wir die oft schicksalhafte Verknüpfung des heutigen Bürgers und seine existenzielle Nähe zu einem Bereich des Besonderen Verwaltungsrechts. Hier wie anderwärts ist eine das Verwaltungsrechtsverhältnis kennzeichnende strukturelle Gleichstellung zwischen Bürger und Verwaltung sichtbar. Überhaupt besteht Anlaß, das *allgemeine* Verwaltungsrecht mit den „*propria*“ der *besonderen* Verwaltungsrechtsgebiete wie Sozialrecht, Steuerrecht, Subventionsrecht stärker zusammenzuführen. Ein weiterer den drei Referaten gemeinsamer Aspekt ist der Zeitfaktor und das Verfahren. Ich meine die Erkenntnis von Herrn *Bachof* in Regensburg (1971), wonach sich die Momentaufnahme, das Punktuelle im Eingriffs- und Ordnungsstaat zum Dauerhaften, Prozeßhaften im Verwaltungshandeln des Leistungsstaates gewandelt hat. Alle drei Referate haben für das öffentliche Recht überzeugend immer wieder an Problemlösungsmaterial und Gerechtigkeitsaspekte der uralten Weisheiten der Zivilrechtslehre angeknüpft, das ja auch in den für unser Verwaltungsrechtsverhältnis typischen Kooperationsverhältnissen sowie Gleichordnungs- und dauerhafteren Zeitstrukturen denkt. Wir sollten indes nicht in eine „Euphorie“ in Sachen Verwaltungsrechtsverhältnis verfallen, das sage ich durchaus selbstkritisch im Blick auf eine eigene Arbeit von 1979: Es geht um ein *Sowohl-als-auch* von Verwaltungsakt und Verhältnis, hierauf sollte die Verwaltungsrechtsdogmatik vorsichtig umgebaut werden. — Erlauben Sie ein kurzes Wort zu meinem *dritten* und letzten Punkt, zu den Unterschieden im Ensemble der nationalen *Verwaltungskultur* der drei deutschsprachigen Länder, die das Denken und Handeln in bezug auf Verwaltungsrechtsverhältnisse unterschiedlich prägen. Es war faszinierend zu sehen, wie Herr *Öhlinger* vorführte, daß in Österreich der Gedanke des *Verfahrens* — und das ist doch charakteristisch! — dazu benutzt wurde, um der Struktur des Verwaltungsrechtsverhältnisses vom Rechtsschutz her näher zu kommen. Herr *Fleiner* forderte — rechtspolitisch — ein eigenes subsidiäres Verwaltungsrechtsverhältnis-Gesetz (LS 24). Anderes sollte m.E. für die Bundesrepublik Deutschland gelten: Hier können wir den aus einer konzertierten Aktion der Verwaltungs- und Verfassungsrechtswissenschaft sowie der Verwaltungsrechtsprechung lebenden und in Richtung auf das Verwaltungsrechtsverhältnis zielenden Wachstumsprozeß kontinuierlich weiter „laufen“ lassen, ein allgemeines Gesetz ist nicht erforderlich. Demgegenüber gebieten die Eigenheiten der Verwaltungskultur in der Schweiz heute eine größere gesetzgeberische, politische Intervention, weil Wissenschaft und Verwaltungspraxis dort den — größeren — pionierhaften „Sprung“ in Richtung auf das Verwaltungsrechtsverhältnis nicht *allein* vollbringen können. Besten Dank.

Vorsitzender: Vielen Dank Herr *Hüberle*, vor allem für den Versuch, die Gemeinsamkeiten der beiden Referate herauszustellen. Ich darf jetzt von meiner Rednerliste die nächsten drei Namen bekanntgeben: zunächst Herr *Ipsen*, dann Herr *Burmeister*, dann Herr *Bachof*. Herr *Ipsen*.

H. P. Ipsen: Die positiven Anmerkungen, die Herr *Hüberle* gegeben hat zu der dreiteiligen Betrachtung unseres Themas, kann ich nur unterstreichen. Die Rechtsvergleichung, die uns nach der Struktur unserer Vereinigung quasi aufgegeben ist, ist heute perfekt vollzogen worden. Dabei von Herrn *Fleiner* noch mit Ausblicken auf das angelsächsische und das französische Recht, wobei ich den Blick auf die Vereinigten Staaten für besonders anregend und ermunternd für die weitere Verfolgung dieser Gedanken halte. Die Rechtsvergleichung mit unseren österreichischen Nachbarn habe ich seit eh und je für fruchtbar gehalten. Ich habe mich schon in meiner Dissertation über den „Widerruf gültiger Verwaltungsakte“ am österreichischen AVG emporgerankt, nicht nur deswegen, weil es außer einigen einschlägigen Paragraphen des Preußischen PVG hierzu nichts gab, sondern auch, weil ich die Regelungen dort für besonders ergiebig hielt (mit Ausnahme der dort sog. Rechtskraft von Verwaltungsakten).

Als ich vor dreißig Jahren (und Sie werden diesen Rückgriff verstehen, in meinem Alter fällt mir Neues nicht mehr ein, so daß ich die ganze Problematik durch die Brille der Subventionen sehe) mit diesem Thema begann, konnte ich allerdings in Österreich keine Hilfe finden, wohl aber in der Schweiz. Aus den Ausführungen unseres Kollegen *Öhlinger* geht an vielen Stellen hervor, daß er auf dem Gebiet der Leistungsverwaltung Defizita rechtsstaatlicher Natur und hinreichenden Rechtsschutzes erkennt. Er hat aber auch Kritik an der deutschen Gerichtsbarkeit geübt, indes sind damit die Mängel nicht beseitigt. Er hat unter II 3 davon gesprochen, daß der „Bescheid“ der archimedische Punkt sei und dazu beitrage, rechtsstaatliche Defizite zu liefern. Er hat Ähnliches gesagt unter III 2 in bezug auf die Grundrechtsbindung innerhalb der Leistungsverwaltung, die – er hat sich vorsichtig ausgedrückt – auch nicht hinreichend gesichert sei. Unter IV 1 hat er auf das Rechtsschutzdefizit hingewiesen und unter III 1 die Wendung gebraucht, der öffentliche Zweck modifiziere die Rechtsbeziehungen der Leistungsverwaltung. Das ist nun eine sehr vorsichtige Ausdrucksweise. Ich sehe nämlich – entschuldigen Sie bitte, wenn ich mich so drastisch ausdrücke – in dem ganzen Institut der privaten Wirtschaftsverwaltung eine organisierte Flucht aus dem Legalitätsprinzip. Wie im österreichischen Verfassungsrecht mit seiner Betonung dieses Prinzips dieses Institut der Wirtschaftsverwaltung weiterhin seine Existenz behauptet, habe ich bis Graz, wo wir zum Subventionis-

mus mit dieser Frage befaßt waren, nicht begriffen, und ich habe es bis heute nicht begriffen. Und dies zwar deshalb nicht, weil die Einbindung der Leistungsverwaltung dieser Gestaltungsformen in vielfältiger Beziehung dazu beiträgt, gebotenen rechtsstaatlichen Rechtsschutzanforderungen zu entweichen. Auch die Heilmittel, die angeboten worden sind, werden dem schwerlich abhelfen können. Auch die Abhilfe eines Gesetzes, das aus Kompetenzgründen keine Außenwirkung haben könne (These III 2) würde ich für untauglich halten, weil es ja gerade auf diese Außenwirksamkeit einer Normierung ankommt. Und damit komme ich mit einer überleitenden Frage zu einem letzten Punkt, nämlich dem, was ich in den drei Referaten, rechtspolitisch gesehen, an Gemeinsamkeiten erkenne.

Auf der Grazer Tagung, wo Herr *Zacher* und ich über die Subventionen zu sprechen hatten, habe ich an die anwesenden österreichischen Kollegen die Frage gerichtet, und ich darf sie heute zu Herrn *Öhlinger* wiederholen, was eigentlich aus dem famosen Entwurf (ich glaube Ihres Finanzministers) geworden ist, der versuchte, die österreichische Wirtschaftsverwaltung zu kodifizieren. Davon ist in der Tagungsdiskussion die Rede gewesen. Durch Vermittlung von Herrn *Winkler* habe ich eine gewisse Vorstellung von diesem Entwurf. Ich habe nie wieder etwas von ihm gehört. Immerhin wäre das ein Versuch – ob ein tauglicher, bleibe dahingestellt –, die Leistungsverwaltung im Subventionsbereich in den Griff zu bekommen. Und nun zu der Frage, was an Gemeinsamkeiten den Referaten zu entnehmen ist.

Ich glaube sagen zu dürfen, daß in allen drei Referaten ein (wenn auch modifizierter, unterschiedlicher) Wunsch nach gesetzlichen Regelungen laut geworden ist, nach einer Art Kodifikation, wobei Differenzen bestehen etwa zwischen Herrn *Krause* und Herrn *Öhlinger*, auf welchem Niveau solche Regelungen ergehen sollten. Herr *Krause* hat diese Forderung in Ziffern 3 und 4, in 7b, 7d, 8 und 9 angemeldet in verschiedenen Formulierungen, Herr *Öhlinger* unter IV 2 und Herr *Fleiner* in der Ziffer 18 seiner Thesen. Welcher Art soll solche Regelung sein? Ich war etwas überrascht, daß hier nicht von den Referenten Kenntnis genommen worden ist von der Hamburger Tagung des Juristentages, wo die öffentlich-rechtliche Abteilung vor zwei Jahren einen ganz detaillierten Beschluß über eine normierende Behandlung des Subventionsthemas gefaßt hat, und zwar so detailliert, daß man daraus einen Gesetzestext hätte formulieren können. Ich will mich nicht dazu äußern, ob ich diesen Beschluß begrüße oder beklage. Ich will nur auf den Umstand hinweisen.

An vielen Stellen haben die Referenten mit unterschiedlicher Intensität und in unterschiedlicher Methodik darauf hingewiesen, daß die Gestaltungen und Kodifikationen des Zivilrechts über Rechtsverhältnisse hilfreich sein könnten, und dies um so mehr, je mehr Lei-

stungsbeziehungen zwischen öffentlicher Gewalt und dem Bürger vertraglich stattfinden, wobei dann zum Teil auch an eine Absage an die Figur des Verwaltungsaktes mit seinen Auswirkungen gedacht worden ist. Mir liegt hierzu der Gedanke nahe, ob wir nicht in der bekannten Judikatur, die ja schon das Reichsgericht entwickelt hat, überlegen sollten, gewisse grundsätzliche normierte Entscheidungen des Zivilrechts nutzbar zu machen für Regelungen unserer Materie. Ich würde annehmen, daß Herr *Henke*, der das schöne Buch zu diesem Thema geschrieben hat, in der Diskussion hierzu etwas beitragen kann.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Ipsen*. Jetzt Herr *Burmeister*.

Burmeister: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, ich werde mich bemühen, mich kurz zu fassen.

Mich haben alle drei Referate – und dies bitte ich nicht als Kritik mißzudeuten – in dem seit langer Zeit erhärtenden Eindruck bestärkt, daß im Bereich der verwaltungsrechtsdogmatischen Theorie- und Systembildung eine eigentümliche Abkoppelung vom Verfassungsrecht festzustellen ist: eine eigentümliche Abkoppelung vom Verfassungsrecht insofern, als die Verwaltungsrechtsdogmatik mit der Figur des „Verwaltungsprivatrechts“ oder – in der Diktion noch fragwürdiger – der „Privatwirtschaftsverwaltung“ Erscheinungen von Verwaltungshandlungen zu erfassen versucht, die ich auf der Grundlage des Grundgesetzes nicht zu erklären vermag und für die ich eine verfassungsrechtliche Fundierung nicht finden kann. Lassen Sie mich das kurz erläutern: Seit Überwindung der Fiskustheorie, spätestens unter dem Grundgesetz, ist die Staatsgewalt abschließend erfaßt in der Dreiteilung von Legislative, Exekutive und Jurisdiktion. Was nicht Legislative und was nicht Jurisdiktion ist, ist Exekutive, ist vollziehende Gewalt i.S. von Art. 1 Abs. 3 GG. Eine danebenstehende, außerhalb dieser Dreiteilung existente Erscheinung von Staatlichkeit, einen Staat als Privatrechtssubjekt, gibt es nicht und kann es verfassungsrechtlich nicht geben. Diese verfassungsrechtliche Vorgabe wird offensichtlich von der Verwaltungsrechtsdogmatik nicht zur Kenntnis genommen, denn sie bedient sich der Figur des Verwaltungsprivatrechts, um Rechtsverhältnisse konstruktiv zu erfassen, an denen die Exekutive als Privatrechtssubjekt beteiligt ist – was sich, wie gesagt, aus verfassungsrechtlicher Sicht verbietet. Zu dieser dogmatischen Fehlentwicklung hat sicherlich wesentlich die ständig wiederholte These von der Überwindung von Staat und Gesellschaft beigetragen, die in Verbindung gebracht wird mit dem Sozialstaatspostulat und weithin verstanden wird als Mandat des Staates zur ständigen Expansion in Bereiche, die nach liberaler Auffassung zum Reservat gesellschaftlich-privater Betätigung gehören.

Ich betone nochmals: ein „Verwaltungsprivatrecht“ als Kennzeichnung eines Bereiches von Verwaltungstätigkeit in dem Sinne, daß durch die Benutzung von privatrechtlichen Handlungsformen ein Austausch des Staates als Kompetenzträger, sozusagen eine „Entstaatlichung“, stattfindet oder ein Austausch des beteiligten Funktionsträgers dergestalt, daß dieser als Privatrechtssubjekt außerhalb seines kompetenzrechtlich-strukturierten Status als Einrichtung der vollziehenden Gewalt an einem Rechtsverhältnis beteiligt ist, vermag verfassungsrechtlich nicht erklärt zu werden. Lassen Sie mich dies an einem praktischen Beispiel, dem Grundstückskauf einer Gemeinde zur Errichtung eines Rathauses, klarmachen: Die Verwaltungsrechtsdogmatik geht einhellig davon aus, daß es sich hierbei um einen privatrechtlichen Kaufvertrag handelt, um nichts anderes. Dies ist unzutreffend. Die rechtliche Möglichkeit einer Gemeinde, einen Kaufvertrag über den Erwerb eines Grundstücks zu schließen, stellt in keiner Weise infrage, daß Partei oder Zurechnungsendpunkt des Kaufvertrages die Gemeinde als Selbstverwaltungsträger in dem ihr durch Art. 28 Abs. 2 GG verliehenen Status als Träger mittelbarer Staatsverwaltung ist. Die Befugnis der Gemeinde, sich des Mittels des privatrechtlichen Kaufvertrages in Erfüllung der ihr zugewiesenen Selbstverwaltungsaufgaben zu bedienen, erschließt der Gemeinde nicht etwa Handlungsbefugnisse als Privatrechtssubjekt, die außerhalb ihres verfassungsrechtlichen Status und Kompetenzbereiches lägen. Voraussetzungen und Grenzen der Legitimation der Gemeinde, einen Kaufvertrag über ein Grundstück abzuschließen, ergeben sich allein aus der Kompetenzzuweisungsnorm des Art. 28 Abs. 2 GG, und Vertragspartner ist die Gemeinde nur in ihrer Eigenschaft als Träger mittelbarer Staatsverwaltung. — Gleiches gilt, um ein anderes Beispiel herzunehmen, wenn ein Organ der Kultusverwaltung für ein staatliches Museum ein Bild vom Künstler erwirbt. Legitimationsnorm für den Abschluß des Kaufvertrages ist nicht § 433 BGB, sondern der verfassungsrechtliche kulturstaatliche Auftrag des Landes. Das Organ wird gerade nicht aus oder aufgrund der ihm als Privatrechtssubjekt zustehenden Befugnis zur Teilnahme am allgemeinen Rechts- und Wirtschaftsverkehr tätig, sondern in Ausübung der ihm übertragenen Kompetenzen, und Partei des Vertrages ist das Land als Bestandteil der institutionalisierten Staatlichkeit, neben der es eine zweite Erscheinung von Staatlichkeit als Privatrechtssubjekt nicht gibt.

Wenn ich die Gründe für diese eigentümliche Diskrepanz zwischen verwaltungsrechtlicher Theoriebildung und Verfassungsrecht richtig überschaue, so scheint mir einem Gesichtspunkt zentrale Bedeutung zuzukommen, auf den vor allem Herr Böckenförde hingewiesen hat: nämlich dem Umstand, daß durch die Übernahme der Konstruktionsfigur der Juristischen Person aus der zivilistischen Dogmatik Attribute

dieser Konstruktion auf den Staat mitübertragen wurden, die für den Staat nicht zutreffen. Die Juristische Person ist eine Erfindung der Zivilistik, um Organisationseinrichtungen die volle Rechtsfähigkeit zur Teilnahme am Rechtsverkehr zuteil werden zu lassen, wie sie natürlichen Personen zukommt. Die mit der rechtskonstruktiven Erfassung des Staates bzw. handlungsfähiger staatlicher Organisationseinheiten verbundene Vorstellung, diesen kämen Vollrechtsfähigkeit zu, ist jedoch verfehlt. Ein staatlicher Kompetenzträger ist niemals vollrechtsfähig. Die Rechtsfähigkeit von staatlichen Kompetenzträgern ist Ausfluß ihrer Kompetenzinhaberschaft, gegenständlich durch diese beschränkt und qualitativ durch diese bestimmt; eine davon abgespaltene privatrechtliche Teil- oder Vollrechtsfähigkeit ist nicht existent, ja rechtskonstruktiv nicht einmal denkbar.

Es ist daher, um es kurz zu machen, festzustellen: Die Theorie bzw. die Prämisse, daß die Öffentliche Hand mit dem Rückgriff auf privatrechtliche Handlungsformen sich gewissermaßen eine zweite Erscheinungsform als Privatrechtssubjekt erschleichen könne, ist verfassungsrechtlich nicht haltbar. Die Verwaltungsrechtsdogmatik muß sich lösen von der Figur des Verwaltungsprivatrechts bzw. der Privatwirtschaftsverwaltung. Am sinnfälligsten beweist dies die Theorie der Fiskalgeltung der Grundrechte, bei der es sich ja um nichts anderes handelt als eine Reaktion, um den in das Privatrecht entlassenen Staat wieder in die Bindungen des Öffentlichen Rechts zurückzuführen. Man brauchte keine Theorie der Fiskalgeltung der Grundrechte, wenn der Fehler vermieden worden wäre, dem Staat die Privatrechtsfähigkeit zuzuerkennen. Es gäbe noch zu einer Reihe anderer verwaltungsrechtsdogmatischer Fehlentwicklungen Bemerkungen zu machen, die hiermit in unmittelbarem Zusammenhang stehen, worauf hier jedoch verzichtet werden muß. Entscheidend ist, daß man sich auf die Grundfrage konzentriert, ob das dogmatische Gebäude des sog. Verwaltungsprivatrechts eigentlich verfassungsrechtlich tragfähig ist. Ich meine, daß dies nicht der Fall ist.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Burmeister*.

Ich darf vielleicht noch zum Ablauf sagen, daß man fünf Minuten nach Möglichkeit nicht überschreiten sollte, so daß möglichst viele zu Wort kommen können. Wir sollten anstreben, daß gegen 17 Uhr den Vortragenden die Gelegenheit zu einem Schlußwort gegeben wird. Sie haben aber selbstverständlich die Möglichkeit, auch während der Debatte sich zu Wort zu melden, sofern dies zweckmäßig erscheint.

Herr *Bachof*, bitte.

Bachof: Als ich in Herrn *Krauses* Leitsatz 4 las, die Beteiligung eines Trägers öffentlicher Gewalt modifiziere die durch Egalität und Au-

tonomie geprägte Ordnung unter den Zivilpersonen „durch seine unaufhebbare, ausgleichsbedürftige, überlegene Rechtsmacht (Gewaltverhältnis)“, habe ich mit Erleichterung gedacht: Das gibt es also doch noch, die Staatsgewalt, und damit auch den Staat. Denn nach einigen der Vorbereitungs- und anderen einschlägigen Beiträgen konnte man den Eindruck gewinnen, ihre Autoren wollten die Staatsgewalt (und damit auch den Staat) beerdigen. Zwar ist im Grundgesetz expressis verbis von „Staatsgewalt“, von „öffentlicher Gewalt“ und „vollziehender Gewalt“ die Rede. Auch sprechen wir ganz unbefangen von Gewaltenteilung und von erster, zweiter und dritter Gewalt. Wenn aber das Wort „Gewaltverhältnis“ auftaucht, dann ergreift manchen Kollegen offenbar ein wahrer Schauer. Warum eigentlich? Was bedeutet das (allgemeine) Gewaltverhältnis denn anders als das Verhältnis, in dem jeder der Staatsgewalt Unterworfenen zum Staate steht? Gibt es solche staatliche Herrschaftsmacht etwa nicht mehr? Herr *Wielinger* hat gemeint, in Österreich habe man sich schon früh dazu bekannt, das Staat-Bürger-Verhältnis nicht als Gewaltverhältnis, sondern als Rechtsverhältnis anzusehen. Besteht aber etwa ein notwendiger Gegensatz zwischen Rechtsverhältnis und Gewaltverhältnis? Das Rechtsverhältnis ist der weitere Begriff. Nicht jedes Rechtsverhältnis ist ein Gewaltverhältnis, aber das staatliche Gewaltverhältnis ist in unserem heutigen Rechtsstaat stets ein rechtlich normiertes Verhältnis, also ein „Rechtsverhältnis“. Niemand wird das bezweifeln. Aber hat deshalb die Staatsgewalt aufgehört, Staatsgewalt zu sein? Daß sie heute einem anderen Träger zugeordnet ist als in der Monarchie, und daß sie eine rechtlich normierte Gewalt ist, ändert doch nichts daran, daß sie Staatsgewalt ist und bleibt und als solche das Verhalten des einzelnen zu regeln und zu bestimmen vermag. Wenn gelegentlich geäußert wurde, der einzelne sei heute dem Staat „völlig gleichgestellt“, so möge, wer dies behauptet, einmal die Probe auf's Exempel machen und z.B. sein Fahrzeug verbotswidrig mitten auf der Straße parken: sehr rasch wird die Staatsgewalt sich deutlich bemerkbar machen und den Gedanken von der Gleichstellung ad absurdum führen.

Ich habe den Eindruck, daß die Ablehnung des Gewaltverhältnisses vorwiegend auf ideologischen Vorurteilen beruht, weil das Wort „Gewalt“ recht verschiedene Bedeutungen hat; mancher vermag sich darunter offenbar nur den knüppelnden Polizisten vorzustellen. Die „Staatsgewalt“ ist aber nun einmal ein feststehender verfassungsrechtlicher Begriff. Dieser ist untrennbar mit dem staatlichen Gewaltmonopol verbunden, welches in der Ablösung von Privatrache und Privatfehde erst die Voraussetzungen des Rechtsstaats geschaffen hat. Ohne Staatsgewalt gibt es keinen Rechtsstaat und gibt es auch keine Rechtsverhältnisse. Denn Rechtsverhältnisse beruhen letzten Endes auf ihrer Garantie durch den Staat. Wer die Staatsgewalt und

ihre zwangsläufige Konsequenz, das Gewaltverhältnis, abschaffen will, müßte verlangen, Art. 20 II 1 GG — „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus“ — zu streichen und statt dessen zu sagen: „Die Staatsgewalt ist abgeschafft. Es lebe die Anarchie!“

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Bachof*.

Die nächsten drei Redner sind Herr *Zuleeg*, Herr *Haverkate*, Herr *Battis*. Herr *Zuleeg* zunächst.

Zuleeg: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren. Alle drei Referate haben die Vorzüge des Rechtsverhältnisses, genauer: des Begriffs des Rechtsverhältnisses herausgearbeitet. Wenn ich das in einem Stichwort kurz zusammenfassen kann, erscheint das Rechtsverhältnis als eine Dauerbeziehung zwischen mindestens zwei Personen, und diese Dauerbeziehung hat auch ihre Vorwirkung, wie vor allem Herr *Öhlinger* und Herr *Krause* hervorgehoben haben. Ich möchte nun noch einen besonderen Punkt anfügen, der bereits in den zweiten Gliederungspunkt der Diskussion übergreift. Es müßte das Postulat aufgestellt werden, und ich habe das auch schon in Veröffentlichungen getan, daß ein Rechtsverhältnis einheitlich zu qualifizieren sei. Es ist auf dem Hintergrund der Referate eigentlich für alle drei Länder ganz deutlich hervorgetreten, daß die Rechtsbeziehungen und die einzelnen Bestandteile des Rechtsverhältnisses so ineinander verschränkt sind, daß es ein Unding wäre, öffentliches Recht und Privatrecht als Gemisch auf ein Rechtsverhältnis anzuwenden. D.h. also, wir haben eine zusätzliche Bedeutung des Rechtsverhältnisses bei der Qualifikation, ob öffentliches Recht oder Privatrecht vorliegt. Dann stellt sich die Frage, ob die Zuordnungstheorie, die ja gegenwärtig schon als herrschend betrachtet wird, wirklich ihre Funktion erfüllen kann; denn je größer die Vielfalt der Beziehungen ist, desto mehr Rechtsnormen werden anwendbar. Wo soll man denn anknüpfen, um das Rechtsverhältnis anhand der Rechtsnormen zu qualifizieren?

Ich meine allerdings, daß Rechtsnormen durchaus eine Rolle spielen, und dafür ist die Erkenntnis wichtig, daß die Zuordnung zum öffentlichen Recht oder zum Privatrecht schlicht ein Kollisionsproblem ist, und daß es deshalb einer Kollisionsnorm bedarf. Die Schwierigkeit, vor der wir freilich stehen, ist die, daß kaum Kollisionsnormen zu finden sind. Nach meinem Vorschlag bleibt nichts anderes übrig, als eine Regel oder zumindest eine Vermutung aufzustellen. In der Regel ist meines Erachtens das öffentliche Recht anzuwenden, wenn ein Hoheitsträger beteiligt ist, wie aus den Referaten für die Schweiz und für die Bundesrepublik Deutschland deutlich hervorgegangen ist. Nur in besonderen Ausnahmefällen und natürlich dann, wenn eine entsprechende Kollisionsnorm vorhanden ist, muß man auf das Privat-

recht ausweichen. Dann stellt sich die Frage, wie ist in dieses System der Begründungsakt einzureihen?

Die These von Herrn *Öhlinger* kann nach wie vor aufrechterhalten werden, daß der Begründungsakt ein Archimedischer Punkt ist. Sie haben das für den Rechtsschutz besonders hervorgehoben. Ich meine aber, daß auch für die rechtliche Bindungswirkung und für die Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses der Begründungsakt nach wie vor eine wesentliche Bedeutung hat. Dann fragt es sich, öffentlich-rechtlicher Vertrag oder Verwaltungsakt? Hier gehen die Auffassungen auseinander. Herr *Fleiner-Gerster* hat sich für den öffentlich-rechtlichen Vertrag eingesetzt. Ich möchte dazu Widerspruch anmelden, weil ich der Ansicht bin, wenn Sie dem öffentlich-rechtlichen Vertrag einen so großen Raum gewähren, ist damit eine Gestaltungsfreiheit für beide Seiten verbunden, eine vertragliche Gestaltungsfreiheit. Sie haben aber selbst an anderer Stelle den Gleichheitssatz hervorgehoben und ein Gesetz vorgeschlagen, das den Staat und jeden anderen Hoheitsträger näher einbindet. Darin sehe ich eine gewisse innere Widersprüchlichkeit, und ich meine deshalb, daß die Regelform der Verwaltungsakt, die Verfügung oder der Bescheid sein soll und dieser Rechtsakt damit seine Bedeutung nicht verliert, wenn wir das Rechtsverhältnis besonders betonen.

Zum Schluß möchte ich allerdings noch darauf hinweisen, daß es verschiedene Rechtsverhältnisse gibt, bei denen der Begründungsakt versagen muß. Herr *Krause* hat bereits angedeutet, daß es so etwas gibt. Ich meine, daß wir den Bogen nicht weiter spannen müssen. Rechtsverhältnisse können im öffentlichen Recht, im Gegensatz zum Privatrecht, auch durch bloße Inanspruchnahme, wenn Sie mir gestatten, dieses unschöne Wort zu verwenden, begründet werden, beispielsweise bei der Benutzung kommunaler Einrichtungen. Durch die bloße Benutzung kann das Rechtsverhältnis zustandekommen. Ich möchte noch weiter darauf hinweisen, daß dort, wo der Begründungsakt defizitär ist, wie das Herr *Öhlinger* ausgedrückt hat, ebenfalls eine Qualifikation erfolgen muß; denn Rechtsbeziehungen sind vorhanden. Ein Rechtsverhältnis entsteht also, obwohl der Begründungsakt nichtig oder wegen Dissenses gescheitert ist. Dankeschön.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Zuleeg*. Nun Herr *Haverkate*.

Haverkate: Meine Damen und Herren. Punkt 1: Einige Anmerkungen der Referenten legten nahe: die Leistungsverwaltung sei durch Kooperation zwischen den Beteiligten gekennzeichnet. Ich frage: Ist die Leistungsverwaltung denn der Sache nach mehr auf Kooperation angelegt als die ordnende und Eingriffsverwaltung? Ich bezweifle das. Wir finden auch im Bereich der ordnenden Verwaltung zunehmend

Kooperationselemente. Wie oft ist die hoheitliche Verfügung nur ein formaler Endpunkt langwieriger Verhandlungen zwischen dem Bürger und der Verwaltung? Da ist dann das Hoheitliche nur noch Form; inhaltlich sind Absprachen zwischen den Beteiligten. Wenn man etwa bauen will, geht man klugerweise zum Bauamt und fragt, welche Vorstellungen die Behörde hat – man versucht, sich mit der Behörde abzustimmen, um die Baugenehmigung rasch und ohne Schwierigkeiten zu bekommen. Zum andern: Will die Verwaltung von gesetzlichen Eingriffsbefugnissen Gebrauch machen, so steht sie nicht selten vor dem Problem, daß für ein hoheitliches Vorgehen ein bestimmter politischer Preis gezahlt werden muß; das hoheitliche Vorgehen muß oft politisch „erkauft“ werden – wir finden also vielfältige Kooperationsansätze, die durchaus nicht immer begrüßenswert sind. Kurzum: ich glaube also, Kooperation findet nicht nur in der Leistungsverwaltung statt. Und: Kooperation muß nicht immer etwas Erfreuliches sein.

Punkt 2: Herr *Fleiner* hatte in seiner These 26 gefordert: Nach Möglichkeit Regelungen durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag. Ich frage: Kann denn nur ein Vertrag die Interessenlage der betroffenen Parteien ausgewogen berücksichtigen? Tut er das typischerweise? Wer schon einmal einen Vertrag ausgehandelt hat, weiß, daß es durchaus unerfreuliche Verträge gibt, Diktatverträge, Verträge, die ein bestehendes Machtungleichgewicht in aller Härte widerspiegeln. Das zeigt: es kommt doch offensichtlich weniger auf die Form an, weniger darauf, ob eine Regelung durch Vertrag oder durch einseitige Verfügung getroffen wird; entscheidend ist vielmehr, ob eine faire Berücksichtigung der wechselseitigen Interessen stattgefunden hat.

Im übrigen: Die Vertragsform kann sogar für den Bürger eindeutige Nachteile mit sich bringen. Will der Bürger später gegen eine vertragliche Regelung angehen, wird er doch immer den Einwand hören, „Damals waren Sie doch einverstanden?“ Die Vertragsform verschiebt in der Praxis die Argumentationslast zu Ungunsten des Bürgers – er hat ja unterschrieben.

Punkt 3: Die Referenten haben von den „am Rechtsverhältnis beteiligten Parteien“ gesprochen. Wer sind diese Beteiligten? Da ist die Verwaltung, da ist der Begünstigte – zwischen ihnen besteht ein Rechtsverhältnis. Wo aber bleibt der Konkurrent? Da wirbt eine Gemeinde ein Kaufhausunternehmen an, es soll endlich ein schönes modernes Kaufhaus in der Gemeinde errichtet werden. Man einigt sich: die Gemeinde gibt eine Subvention, ja sie sichert darüber hinaus zu, dem Investor lästige Konkurrenz vom Halse zu halten. Am Rechtsverhältnis beteiligt sind die Gemeinde und das Unternehmen, der Konkurrent (den wir ja noch gar nicht kennen) bleibt bei einer Konzentration auf das „Rechtsverhältnis“ unbeachtet. Ich sehe die Gefahr, daß das im geltenden Recht schon sehr leidige und ungelöste

Problem eines effektiven Konkurrentenschutzes noch stärker als bisher verdrängt wird, wenn wir unsere Betrachtung auf das „Rechtsverhältnis“ konzentrieren.

Punkt 4: Herr *Fleiner*, Sie haben das Wohlverhalten des Leistungsempfängers angesprochen. Das ist ein ganz schwieriges und wichtiges Problem. Nun gibt es einen praktischen Zwang zum Wohlverhalten gerade außerhalb des Rechtlichen und außerhalb des Rechtsverhältnisses. Denken wir an die faktischen Dauersubventionen. Ein Beispiel: Ein Privat-Theater bekommt jedes Jahr eine Zuweisung aus dem Haushaltsplan – über 20 Jahre lang. Rechtlich ist diese Zuweisung jedesmal neu, jedes Jahr frisch. Der Druck, der auf ein solches Theaterunternehmen ausgeübt würde – etwa ein Druck zu politischem Wohlverhalten –, dieser Druck betrifft gar nicht das laufende Rechtsverhältnis, sondern nur die faktische Chance, im nächsten Jahre wieder Mittel zu bekommen. Frage: Wie erfassen wir diese faktische Belastung dessen, der in der Zukunft von einer bestimmten Leistung der Verwaltung abhängig sein wird? Auch hier scheint mir die Konzentration auf das – gegenwärtige – Rechtsverhältnis keinen Ansatz zu bieten.

Punkt 5: Was bewirkt die Konzentration auf das „Rechtsverhältnis?“ Man mag damit synallagmatische Beziehungen, Wechselseitigkeitsbeziehungen zwischen Verwaltung und Bürger verdeutlichen. Vielleicht noch wichtiger: der Begriff des Rechtsverhältnisses mag daran erinnern, in welche sehr verschiedenen und vielgestaltigen Lebensverhältnisse eine Leistung der Verwaltung hineinwirkt. Insoweit hat die Hinwendung zum Rechtsverhältnis sicherlich eine wichtige heuristische Funktion. Aber eines ist klar – das ist bei Herrn *Krause* wie bei den anderen Referenten deutlich geworden – diese Hinwendung zum Rechtsverhältnis ersetzt keine materiellen Kontrollmaßstäbe. Rechtliche Maßstäbe für die Beurteilung staatlicher Leistungen lassen sich aus dem Begriff des Rechtsverhältnisses nicht entwickeln. Bei wichtigen Problemen, die gelöst werden müssen, sind wir noch nicht weitergekommen – das zeigt sich beim Konkurrentenschutz, das zeigt sich bei dem faktischen Zwang zum Wohlverhalten des Begünstigten; vielleicht sehen wir aber die Realität des leistenden Staatshandelns mitsamt seinen ungelösten Rechtsschutzproblemen aufmerksamer.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Haverkate*. Herr *Battis*, bitte.

Battis: Herr Vorsitzender, sehr verehrte Damen, meine Herren. Die Intensität und Stringenz der fundierten Darlegungen von Herrn *Krause* und das breite, von Herrn *Fleiner* aufgefächerte Spektrum der rechtsvergleichenden Hinweise ermuntern mich, kurz, aber entschieden, der

in beiden Referaten zutage getretenen Tendenz zu widersprechen. Besonders ermuntert hat mich dazu der Eröffnungsbeitrag von Herrn *Häberle*, der ja schon so weit gegangen ist, von einer Zwei-Beine-Theorie zu sprechen und, wenn ich ihn richtig verstanden habe, erwägt, den Verwaltungsakt nur noch als Spielbein zu sehen. Ich halte das in der Tendenz für verfehlt und stimme insofern Herrn *Öhlinger* zu: der Bescheid ist unverzichtbar.

Erlauben Sie mir dazu zwei Bilder von Herrn *Bachof* aufzugreifen. Das eine ist das vom Verwaltungsakt als Momentaufnahme und das zweite, das von vorhin: der Verwaltungsakt als Ausdruck von Staatsgewalt. Wenn man sich das Bild vom Verwaltungsakt als Momentaufnahme vor Augen hält, und zwar vor dem Hintergrund, wie ihn besonders eindrucksvoll Herr *Krause* dargestellt hat, daß nämlich Dauerrechtsverhältnisse schon vorgeburtlich beginnen und nach dem Tode noch nachwirken, dann wird m.E. deutlich, daß wir Dauerrechtsverhältnisse von solcher rechtlicher Intensität wie sie der Verwaltungsakt hat, nicht bedürfen, daß diese Intensität nur für bestimmte Momentaufnahmen erträglich ist. Ich polemisiere jetzt ein bißchen. Herr *Krause*, Sie haben das Beamtenrecht als Vorbild hingestellt. Wahrscheinlich bin ich über den Verdacht erhaben, das Beamtenrecht als Ausdruck des Feudalismus und als vordemokratisches Relikt zu sehen. Gleichwohl verspüre ich wenig Neigung dazu, zu befürworten, daß die Dauerrechtsverhältnisse in eine ähnliche Dichte der Verrechtlichung gerieten wie sie für das Beamtenrecht typisch ist.

Wohl im Gegensatz zu Herrn *Fleiner* möchte ich einen allgemeinen Kodifikationsbedarf für die Rechtsverhältnisse im Bereich der Leistungsverwaltung verneinen. Das schließt nicht aus, daß, wie vom Juristentag empfohlen, für bestimmte Bereiche, wie Subventionen gewisse spezielle Regelungen zu schaffen. Aber ich sehe weder einen Bedarf für ein allgemeines noch für ein besonderes Verwaltungsrechtsverhältnis, also für eine Kodifikation besonderer und allgemeiner Verwaltungsrechtsverhältnisse. Der Verwaltungsakt ist einerseits wegen seiner Präzision als einseitig verbindliche Regelung nicht zu überbieten, er hat aber andererseits gleichzeitig die erforderliche Flexibilität, ein Umstand, den Sie, Herr *Krause*, zutreffend angesprochen haben mit dem Hinweis auf Nebenbestimmungen, Teilgenehmigungen, mehrstufige Verfahren etc. Ich meine, hier gibt es der Möglichkeiten genug. Lassen Sie mich bitte schließen mit der Bemerkung, daß in der Verwaltungspraxis Vorstellungen, wie sie hier zumindest teilweise angeklungen sind, auf noch viel deutlicheren Widerspruch stoßen würden. Ohne die ergänzende begrifflich-systematische und didaktische Funktion des Verwaltungsrechtsverhältnisses zu bestreiten, meine ich, daß der Verwaltungsakt das einzige Standbein bleiben muß.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Battis*. Herr *Zacher*, wollten Sie sich unmittelbar dazu im Wege des Quereinstiegs äußern, der, wie ich glaube, erlaubt ist? Aber nicht mehr als zwei Minuten.

Zacher: Ich wollte zu Herrn *Battis* etwas sagen. Begründungsakt und Ordnung *im* Rechtsverhältnis sind einfach zwei unterschiedliche, wenn auch zusammenhängende Dinge. Die kann man doch nicht gegeneinander aufrechnen. Das sind *zwei* Ordnungsprobleme. Wenn ich die ganze Ordnung eines Rechtsverhältnisses – Verwaltungsakt oder Vertrag, ist vollkommen uninteressant – im Begründungsakt anlegen muß, wird dessen Prognosekraft, Konfliktpotential und Regelungskraft weithin überfordert. Je länger das Verhältnis dauert und je komplexer es ist, desto geringer ist die Leistungsfähigkeit des Begründungsakts; denn um so größer muß der Normvorrat sein, der generell vorgegeben ist, um die Verhältnisse im Zeitverlauf über die Komplexität hin zu steuern. Das kann der Begründungsakt nicht. Unsere Wissenschaft hat bisher über den Begründungsakt unendlich viel nachgedacht. Und sie hat die Frage, wieviel er über Komplexität und Dauer hin leistet, nicht gestellt und beantwortet. Die Probleme werden immer zu Lasten des Bürgers gelöst, indem dann eben auf Veränderungen, neue Entwicklungen mit Widerruf und dergleichen reagiert wird. Und insofern ist die Frage des Themas gewesen, einmal nicht über den Begründungsakt zu reden, sondern einmal über den Normvorrat, der bestehen muß, um die Komplexität über die Entwicklung hin zu steuern.

Vorsitzender: Jetzt Herr *Götz*.

Götz: Unser Gegenstand ist ausschließlich die Leistungsverwaltung, nicht die ordnende Verwaltung. Ich meine, daß die drei Referenten uns sehr deutlich gezeigt haben, daß diese Leistungsverwaltung kein einheitlich geschlossenes Ganzes ist, sondern daß sie eine differenzierte Struktur hat. Ich brauche nur stichwortartig an die Bereiche zu erinnern: Schule, Sozialversicherung, sonstige Sozialleistungen, Subventionsverwaltung, staatliche und kommunale Nutzungsverhältnisse für Einrichtungen. Das können wir systematisch alles als Leistungsverwaltung zusammenfassen, müssen uns aber klar sein, daß die rechtliche Ordnung besonders durch die Differenzierung geprägt wird. Dies müssen wir im Auge behalten, wenn wir auf die Suche gehen nach Institutionen, die die jeweiligen Rechtsverhältnisse angemessen erfassen. Ich bin mit Ihnen, Herr *Krause*, der Meinung, daß diese Institutionen nicht insgesamt in den besonderen Teil entlassen werden können, sondern daß wir uns – um Ihr Stichwort zu gebrauchen – auf eine *mittlere Abstraktionsebene* begeben sollen. Das ist

ein sehr deutungsfähiger Begriff, mit dem man zunächst einmal leben kann. Man kann von ihm ausgehen und nach praktischer Konkretisierung suchen. Ich möchte an dieser Stelle für die Vielfalt der rechtlichen Institutionen zur Ordnung der Leistungsverwaltung plädieren und möchte vor den vielfältigen Klischees, Stereotypen und Vereinfachungen warnen, die sich in die Diskussion dieser Frage doch sehr häufig einschleichen.

Dazu der erste Punkt: das Zivilrecht als Ordnungsmodell. Sie haben, Herr *Krause*, sehr richtig in Erinnerung gerufen, daß das Rechtsverhältnis seine Ordnung modelltypisch im Zivilrecht hat und dort prototypisch im Schuldverhältnis zum Ausdruck kommt. Ich meine, wir sollten diese Modellwirkung des Zivilrechts nicht überschätzen. 1940 hat *Günther Haupt* eine bedeutende zivilrechtliche Entdeckung gemacht. Er hat an dem Beispiel der Straßenbahnfahrt das faktische Vertragsverhältnis entdeckt und damit das Zivilrecht revolutioniert. Er hat seine Ordnungsprinzipien der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie umgestoßen, um zu einer angemessenen Einordnung eines Vorganges öffentlicher Verwaltung, nämlich jener Straßenbahnfahrt, zu kommen. Dies nur einmal als Beispiel dafür, daß das Zivilrecht keineswegs von vornherein der Erwartung entsprechen kann, *das* angemessene Modell für die Bewältigung von Vorgängen oder sonstiger Leistungsverwaltung bereitzuhalten. Der Umstand, daß das Zivilrecht kodifiziert ist, hat oft eine starke Anziehungskraft auf die verwaltungsrechtliche Diskussion ausgeübt. Wenn wir die Kodifikation des Zivilrechts zum Vorbild nehmen, dann verfallen wir allerdings in eine Betrachtungsweise, die etwa 100 Jahre zurückführt, als diejenigen, die das Verwaltungsrecht entwickelt haben, neidvoll auf die zivilrechtliche Kodifikation geblickt haben. Heute ist diese Kodifikation gealtert. Sie hat Lücken (Beispiel: positive Vertragsverletzung). Vieles hat sich im Zivilrecht außerhalb der Kodifikation entwickelt. Wir können die Kodifikation nicht als Vorbild nehmen.

Zweitens: Ein langjähriges Stereotyp war es, daß der Verwaltungsakt, weil er seinen Ursprung in der Polizeiverfügung und im Abgabebescheid habe, nicht als allgemeines Institut des Verwaltungsrechtes und schon gar nicht in der Leistungsverwaltung taugen könne. Das stimmt so nicht. Wir müssen zur Kenntnis nehmen, daß das Verwaltungsverfahrensgesetz, daß das Sozialgesetzbuch, daß die Abgabenordnung den Verwaltungsakt zum Ausgangspunkt von Regelungen macht. Das hat seine wichtigen Gründe. Nicht so sehr, Herr *Zacher*, für die Begründung der Rechtsverhältnisse — das ist ganz einleuchtend, was Sie dazu sagen —, sondern der Verwaltungsakt ist ein Akt, in dem Entscheidungen kanalisiert werden, die man dann an diesem Punkt auch angreifen kann, und in dem sich die Bestandskraft ansiedeln läßt.

Dritter und letzter Punkt, mit dem ich für die Vielfalt der Institutionen plädieren möchte: die Verwendung des Privatrechtes in der öffentlichen Verwaltung. Wir finden von Zeit zu Zeit die Bekenntnisse der überzeugten Zivilrechtsgegner, was das Tätigwerden der öffentlichen Verwaltung betrifft. Ich meine, daß das Zivilrecht unverzichtbar ist als ein Handlungsmittel der Leistungsverwaltung. Die Entwicklung hat aber dazu geführt, daß das Zivilrecht im wesentlichen nur an bestimmten Einsatzpunkten noch seinen Platz hat und daß die Gefahr der Flucht in das Zivilrecht weitgehend gebannt ist – nicht zufällig haben wir heute mehrfach das interessante Stichwort der Flucht in das öffentliche Recht gehört. Es ist sehr viel gegen Zwei-Stufen-Lehre und Verwaltungsprivatrecht polemisiert worden. Bei diesen Polemiken hat man immer nur die Schwierigkeiten dieser Ordnungsmodelle gesehen, die unzweifelhaft bestehen. Aber jene Modelle sind nicht verzichtbar und haben meines Erachtens Hervorragendes geleistet, um die Verwendung des Zivilrechtes rechtsstaatlich unbedenklich zu machen. Warum ist das Zivilrecht unverzichtbar? Es ist z.B. unverzichtbar, wenn Subventionsprogramme, oder wenn die Kreditversicherung der Exportwirtschaft mit der Einschaltung von Banken oder bankähnlichen Institutionen abgewickelt wird. Hier eignet sich Zivilrecht in einer Durchführungssituation. Und es ist auch unverzichtbar und auch unbedenklich für bestimmte Nutzungsverhältnisse in der kommunalen Leistungsverwaltung.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr Götz. Die nächsten: Herr *Bothe*, Herr *Raschauer*, Herr *Meyer*. Ich darf sagen, daß man sich noch zu Wort melden kann. Es liegen jetzt ungefähr acht Wortmeldungen vor. Es besteht also die Chance, bis 17 Uhr noch zu Wort zu kommen.

Bothe: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, ich möchte ein paar der Probleme, die wir heute diskutieren, anhand eines praktischen Falles erörtern, eines Falles, der, das wird Sie nicht wundern, aus dem internationalen Bereich kommt. Es handelt sich um die von Herrn Götz eben schon angesprochenen Fragen der Exportgewährleistung, und zwar im Zusammenhang mit dem Phänomen der Verschuldungskrise der Dritten Welt und einiger sozialistischer Staaten.

Um den Zusammenhang mit unserem Thema darzutun, sind einige Erläuterungen erforderlich. Vor der Entscheidung über eine Gewährleistung läßt sich der Bund für den Fall der Umschuldung von dem Exporteur, dessen Exportkredit er gewährleistet, die Zustimmung dazu geben, daß die Forderung des Exporteurs in Umschuldungsverhandlungen einbezogen werden kann. Das ist notwendig, weil der Bund zum Zeitpunkt der Verhandlungen mit dem dritten Staat nur teilweise Gläubiger dieser Forderung ist. Er wird Gläubiger der Ex-

portforderung erst in dem Moment, wo er entschädigt, und nur insofern er entschädigt. Soweit er z.B. bei dem regelmäßig vereinbarten Selbstbehalt nicht entschädigt, oder wenn diese Verhandlungen geführt werden, bevor der Entschädigungsfall eintritt, dann ist der Gläubiger der Forderung noch der private Exporteur oder ein privates Kreditinstitut. Für diesen Fall braucht der Bund eine Zustimmung, damit er darüber verhandeln kann. Die rechtliche Qualifizierung und die rechtlichen Konsequenzen dieser Zustimmung sind es, die im Zusammenhang unseres Themas interessieren.

Sie wissen, daß die Exportgewährleistung konstruiert ist nach dem klassischen Modell der Zwei-Stufen-Theorie: Es gibt zunächst einen Verwaltungsakt des Bundes, der die Gewährleistung zuspricht, und dann einen Abwicklungsvertrag, der für den Bund von der Hermes-Kreditversicherung geschlossen wird.

In dem Antrag auf Erteilung der Gewährleistung, also in dem Antrag auf Erlaß eines Verwaltungsaktes ist die besagte Zustimmung ausgesprochen. Sie wird aber auch durch Bezugnahme Bestandteil des Abwicklungsvertrages, über dessen Einordnung in bürgerlich-rechtliche Vertragstypen sich die Zivilrechtler zwar streiten, der aber zweifelsohne ein privatrechtlicher Vertrag zwischen dem Bund und dem Exporteur ist.

An diese Konstruktion schließen sich folgende Fragen an: Ist diese Zustimmung — in doppelter Weise erteilt — oder genauer die durch sie gewonnene Verfügungsbefugnis des Bundes über die Forderung Bestandteil, Nebenbestimmung des Verwaltungsakts? Da es sich um eine Belastung handelt, stellt sich hier die Frage des Gesetzesvorbehalts. Nach der Auffassung der Verwaltungsrechtsprechung im Zusammenhang etwa mit Subventionen handelt es sich wohl um einen Nachteil, der so eng mit einem Vorteil verbunden ist, daß eine gesetzliche Grundlage nicht für erforderlich gehalten wird. Spannend wird die Sache dann, wenn sich einige Gefahren realisieren, die sich für den Gläubiger aus dieser Situation ergeben können. Der Gläubiger kann zwei Arten von Vermögensnachteilen erleiden. Einmal kann bei den Verhandlungen ein Zinssatz herauskommen, der niedriger ist als der, den der Gläubiger bei einer Abwicklung des Vertrages mit dem Importeur im Ausland erhalten hätte, wenn also die in der Umschuldung vereinbarten Konsolidierungszinsen niedriger sind als die vertraglichen Verzugszinsen. Das zweite sind Nachteile, die sich durch eine Verzögerung des Verfahrens ergeben. Besteht ein Anspruch des Gläubigers auf Ausgleich dieser Schäden? Damit sind wir bei der Frage möglicher Anspruchsgrundlagen, und bei unserem heutigen Thema.

Zunächst einmal ist an die Amtspflichtverletzung zu denken. Woraus kann sich eine Amtspflicht ergeben? In Betracht kommt ein öf-

fentlich-rechtliches Treuhand-Verhältnis, das für den Bund als Verhandlungsführer die Pflicht begründet, die Vermögensinteressen des privaten Gläubigers sorgfältig zu wahren. Dieses ist allerdings nur dann und insoweit gegeben, als man die Umschuldungsverhandlung, die ja eigentlich schon zur Abwicklung gehört, doch dem öffentlich-rechtlichen Teil dieses Rechtsverhältnisses zuordnet. Wenn man sagt, dies gehört zu der privatrechtlichen Seite, dann kommt in Betracht ein Anspruch aus positiver Forderungsverletzung. Wo kommt es auf den Unterschied an? Nun für beide Ansprüche sind die ordentlichen Gerichte zuständig. Ein Unterschied besteht bei der Verjährung, aber möglicherweise auch bei den Maßstäben für Rechtswidrigkeit und Verschulden. Der Bund hat bei den Verhandlungen, das wird niemand bestreiten, die Interessen des Exporteurs zu wahren; er hat aber auch andere Interessen zu wahren. Er kann etwa aus politischen Gründen einen besonders niedrigen, für den Exporteur ungünstigen Zinssatz gewähren. Eine Amtspflichtverletzung könnte darin kaum gesehen werden. Der gleiche Gesichtspunkt wäre bei der Prüfung im Rahmen einer positiven Vertragsverletzung unter privatrechtlichen Gesichtspunkten etwas schwierig unterzubringen.

Man kann weiter fragen, ob nicht in einem solchen Fall, in dem die Wahrung öffentlicher Interessen und die Wahrung der privaten Interessen des Gläubigers kollidieren können, auch daran zu denken ist, den enteignenden Eingriff als Anspruchsgrundlage heranzuziehen. Es ist doch eine Aufopferungslage gegeben, bei der der Bund berechtigt wäre, dem Schuldnerstaat günstige Bedingungen einzuräumen, und zwar aus Erwägungen des öffentlichen Interesses, zugleich entgegenstehende private Interessen hintanzustellen. Er wäre dann aber verpflichtet, nach den Grundsätzen des enteignenden Eingriffes zu entschädigen. Diese Konstruktion scheint mir logisch zu sein, das Problem dabei ist freilich die Bestimmung der Opfergrenze.

Insgesamt scheinen mir die beschriebenen Fälle mit der Konstruktion eines öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses der Exportgewährleistung jedenfalls sinnvoll lösbar.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Bothe*. Ja, jetzt kommt der österreichische Widerhall aus dem Publikum. Herr *Raschauer*.

Raschauer: Meine Damen und Herren! Zu diesem konkreten Votum kann ich keinen Widerhall geben. Ich sage ganz bewußt „ich“, um mir keinen Vorwurf einzuhandeln.

Ich habe drei Punkte anzumerken. Erstens: Ich habe nie verstanden, wie man die Frage Rechtsverhältnis oder Bescheid offenbar als Alternative verstehen kann. Durch einen Bescheid kann ein Rechtsverhältnis begründet werden; der Bescheid, also der Verwaltungsakt,

kann der Erfüllungsakt eines Rechtsverhältnisses sein, insbesondere eines Verwaltungsverfahrensverhältnisses; und durch einen Verwaltungsakt kann der Bestand oder Inhalt eines Rechtsverhältnisses festgestellt werden. Die beiden Begriffe ergänzen einander also und können nicht als Alternativen gesehen werden. Ein österreichischer Klassiker, *Walter Antonioli*, hatte in seinem Lehrbuch schon 1954 ein Kapitel über Rechtsverhältnisse *und* ein Kapitel über das Verwaltungshandeln.

Zweiter Punkt: Das Verhältnis dieses Themas zur Verfassung. Daraus möchte ich nur einen Aspekt besonders herausgreifen, der bei allen Rechtsverhältnisfragen eine Rolle spielen muß: Wie hältst Du es mit dem Legalitätsprinzip? Unter den vielen Beispielen, die wir heute gehört haben, sind offenbar nie oder kaum der Hauptinhalt des Rechtsverhältnisses in Frage gestanden, sondern waren die Nebenpflichten von Interesse. Unter diesen interessieren vor allem die ungeschriebenen Nebenpflichten, die verschiedentlich anerkannt werden. Ein ganz einfaches Beispiel: In einem Gesetz steht, daß ein bestimmter Verwaltungsakt antragsbedürftig ist; mehr steht dazu nicht. In der Verwaltungspraxis muß der Bürger dann oft ein drei-, vier- oder mehrseitiges Formular ausfüllen. Was insoweit zunächst banal ist, das weitet sich dann in der Staatspraxis immer weiter aus. Nach dem Arzneimittelgesetz sind es ganze Bücher mit umfassenden Urkunden, die vorgelegt werden müssen. In dem konkreten Beispiel, gebe ich zu, ist es in Österreich mittlerweile gesetzlich ausdrücklich vorgesehen. Aber in anderen Zusammenhängen, insbesondere in Anlagenbewilligungsverfahren, steckt offenbar in dem Wort „antragsbedürftig“ eine ganze Welt von Nebenpflichten. In verfassungsdogmatischer Sicht benötige ich dafür jedoch eine Grundlage.

Ich wollte an sich zu dem Wort „Gewalt“, wie es in dem Thesenpapier von Herrn *Krause* vorkommt und dort auf Grund des Kontextes, des Satzes davor und des Satzes dahinter nicht weiter verdächtig ist, nichts sagen. Aber nachdem ich soeben von einem Altmeister der deutschen Staatsrechtslehre ein Plädoyer über den Staatsgewaltsbegriff gehört habe, möchte ich mir doch erlauben zu warnen. Denn das Bedenken, das hier erwächst durch eine zu leichte Verwendung des Begriffes „Staatsgewalt“ kann nicht nur am Beispiel des besonderen Gewaltverhältnisses verdeutlicht werden, sondern gerade auch an Beispielen aus der vorliegenden Themenstellung: „Die Staatsgewalt benötigt dieses und jenes, und daher darf sie dieses und jenes auch fordern“. So einfach, glaube ich, dürfte der Gedankengang nicht sein. Ich will hier nichts unterstellen, aber es sollte eine solche Ableitung von vorneherein gar nicht nahegelegt werden. In Österreich kommt der Begriff „Staatsgewalt“ in der Verfassung auch nicht als Rechtsbegriff vor.

Daher: Begründungsversuche für ungeschriebene Nebenpflichten können – und das ist ja bei allen Vortragenden deutlich geworden, vor allem unter dem Gesichtspunkt Dauerschuldverhältnis geliefert werden. In diesem Zusammenhang könnten wir in Österreich doch auch einiges beitragen. Ich würde es nicht ganz so negativ kritisch skizzieren, wie dies heute Herr *Öhlinger* getan hat. Ich glaube, man kann einiges an Judikatur ausbreiten, wo im Rahmen von Abgaben- und Sozialversicherungsverhältnissen sehr wohl Zusagen eine Bedeutung beigemessen wurde, Treu und Glauben relevant war u.a.m. Hier, glaube ich, könnten wir auch positive Beispiele bringen.

Der zweite Gesichtspunkt, den ich als Begründungsansatz für nicht geschriebene Nebenpflichten unter dem Legalitätsprinzip zur Diskussion stellen wollte, ist die Frage der Symmetrie und damit ein spezieller Aspekt des Gleichheitssatzes. Wir haben in unserem Verwaltungsverfahrenrecht das Problem ungeschriebener Mitwirkungspflichten von Bürgern, von Parteien im Verfahren. Es wäre nun zu überlegen, ob diese ungeschriebenen verfahrensrechtlichen Nebenpflichten nicht deshalb gerechtfertigt sind, weil ausdrücklich auch die Behörde einer Beratungs- und Betreuungspflicht unterworfen ist, so daß insoweit eine gewisse Symmetrie besteht, die eine nicht geschriebene Mitwirkungspflicht, Offenlegungs- oder Beischaffungspflicht tragen könnte.

Derartige Überlegungen können wohl nur die Lehre und im Einzelfall die Rechtsprechung entwickeln. Ich wäre nicht sehr optimistisch, wollte man herangehen und diese Fragen verrechtlichen, etwa als einen allgemeinen Teil des Rechtsverhältnisrechts im Verwaltungsrecht gesetzlich ausformulieren.

Ganz zum Schluß noch eine Anmerkung: Wenn wir dieses Ringen um ein Rechtsverhältnisrecht ernsthaft aufgreifen, dann zeigt sich die Ambivalenz von bestimmten Einrichtungen – Herr *Öhlinger* hat die Volksanwaltschaft und ihre besondere Bedeutung in diesem Zusammenhang zitiert, Herr *Krause* hat die Patientenfürsprecher angeführt. Wenn man schnell einen gewissen Erfolg für die Patienten herbeiführen will, dann wird man als Politiker klarerweise an solche Konstruktionen denken. Für einen Juristen ist es, trocken betrachtet, letztlich eine Kapitulation des Rechtsverhältnissenkens. Da man offenbar die im Rahmen des Rechtsverhältnisses bestehenden Pflichten nicht durchsetzen kann, müssen irgendwelche Ersatzlösungen Platz greifen. Danke.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Raschauer*. Bevor ich Herrn *Meyer* jetzt das Wort gebe, möchte ich abermals darauf hinweisen, daß man sich noch zu Wort melden kann. Es wäre besonders schön, wenn sich eine schweizerische Stimme erheben würde zum Referat von Herrn *Fleiner*. Wir haben bisher aus der Schweiz keine Reaktion gehabt. Es

wäre doch schade, wenn dazu nichts gesagt würde. — Herr *Meyer*, Herr *Breuer*, Herr *Oldiges* sind die nächsten Sprecher.

Meyer: Herr *Öhlinger*, bei Ihrem Referat ist mir eingefallen: Tu felix Germania! Denn ich habe aus Ihrem Referat erfahren, daß in Österreich immer noch die Verwaltungsrechtsdogmatik sich als Abfallprodukt des Prozeßrechts sieht und sehen muß, weil das Prozeßrecht zwingt, die materiell-rechtliche Lage so zu „interpretieren“, daß Klagen überhaupt zulässig sind. Das ist bei uns, Gott sei Dank vorbei, wenn es auch noch nicht alle gemerkt haben.

Ich vermag nicht zu sehen, daß das Rechtsverhältnis den Verwaltungsakt ersetzen könnte. Dazu hat Herr *Raschauer* das Notwendige gesagt. Außerdem, Herr *Krause*, „leerer“ als das Rechtsverhältnis ist der Verwaltungsakt nun wirklich nicht; das Rechtsverhältnis ist vielmehr das inhaltsloseste Rechtsinstrument, das je angeboten worden ist. Im übrigen haben diejenigen, die immer noch meinen, der Verwaltungsakt sei ein punktuelles Instrument, offensichtlich das Verwaltungsverfahrensgesetz, die Abgabenordnung und das Sozialgesetzbuch, 10. Teil, nicht gelesen. Nach § 9 des Verwaltungsverfahrensgesetzes zum Beispiel begründet der Verwaltungsakt im Vorgriff ein zeitliches Verhältnis, ist also keineswegs auf eine punktuelle Wirkung beschränkt.

Der Begriff Rechtsverhältnis als alter oder neuer Terminus ist nur interessant, wenn sich aus ihm etwas ergibt, was ohne ihn nicht existierte. Die Referenten haben sich auf die „mittlere Abstraktionsebene“ zurückgezogen. Herr *Götz* hat das irgendwie freundlich kommentiert. Ich muß sagen, das ist die Ebene, auf der sich gut schlafen läßt. Sie ist nämlich von der Basis so weit entfernt, daß Störungen von dort nicht zu erwarten sind, und von den Ideen so weit, daß man nicht grundsätzlich werden muß. Also auf gut deutsch: sie ist nichts wert.

In Wirklichkeit haben die Referate nur eins gebracht, nämlich die Behauptung eines weiteren Normierungsbedürfnisses. Darüber läßt sich reden. Dazu braucht man aber das Rechtsverhältnis nicht.

Ich habe den fatalen Eindruck, daß das Rechtsverhältnis nicht nur nicht der oder auch nur irgendein archimedischer Punkt des Verwaltungsrechts ist, sondern lediglich Münchhausens Zopf.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Meyer*, in der Hoffnung, daß Sie viel Widerspruch ausgelöst haben. Jetzt Herr *Breuer*, Herr *Oldiges*.

Breuer: Auch ich möchte noch einmal auf die Frage zurückkommen, ob eigentlich die Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung eine Neukonzeption unserer Verwaltungsrechtsordnung verlangen.

Alle Referenten haben sich wohl, wenn ich es richtig verstanden habe, mit unterschiedlichen Akzenten dafür ausgesprochen, in stärkerem Maße vom Verwaltungsrechtsverhältnis auszugehen. Am vorsichtigsten war insofern sicherlich Herr *Öhlinger*, aber in sehr pragmatischer und faßbarer Weise hat Herr *Fleiner* das für die Schweiz skizziert, und in einem großen rechtsdogmatischen Bogen hat Herr *Krause* versucht, diese Linie zu entwickeln.

Trotzdem möchte ich, an ein Wort von Herrn *Hüberle* anknüpfend, zur Skepsis oder zur Vorsicht im Hinblick darauf mahnen, daß wir nicht in eine Euphorie verfallen sollten. Die Anknüpfungen an das Privatrecht scheinen mir nicht den Punkt zu treffen. Es gibt vielmehr entscheidende Unterschiede zwischen dem Privatrechtsverhältnis und dem öffentlich-rechtlichen Verhältnis. Herr *Krause* hat in seiner These 4 diesen Punkt angesprochen. Ich will aber noch einmal ganz deutlich hervorheben, daß der Verwaltungsakt, wie auch die anderen Rechtsformen des Verwaltungshandelns, schlechterdings nicht ersetzbar sind durch die Figur des Verwaltungsrechtsverhältnisses. Weshalb ist das so? Der Verwaltungsakt erfüllt m.E., gerade im Hinblick auf die Rechtsposition des Bürgers und das Rechtsstaatsprinzip, vier wesentliche Funktionen, die das Verwaltungsrechtsverhältnis als solches gar nicht erfüllen kann.

Zum ersten: Die Rechtsformen des Verwaltungshandelns und insbesondere des Verwaltungsaktes sind vor dem Hintergrund der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zu sehen. Gesetze bedürfen der Konkretisierung. Diese Konkretisierung erfolgt vor allem durch den Verwaltungsakt mit verbindlicher Wirkung gegenüber dem Bürger. Das Zwischenstadium zwischen dem Gesetz und der Betroffenheit des einzelnen ist in dieser verbindlichen Form notwendig. Das Verwaltungsrechtsverhältnis gibt uns insofern nichts in die Hand.

Der zweite Punkt hängt eng mit dem ersterwähnten zusammen. Im Verwaltungsrechtsverhältnis geht es um die Durchsetzung öffentlicher Interessen. Die Verwaltung hat den spezifischen Auftrag, öffentliche Interessen im Gesetzesvollzug durchzusetzen. Dies geschieht namentlich mit dem Verwaltungsakt, der verbindlich ist und eventuell in Bestandskraft erwachsen kann, ja darauf gerichtet ist, daß er in Bestandskraft erwächst. Diese Durchsetzung öffentlicher Interessen mit der Form des Verwaltungshandelns ist ebenfalls unersetzlich und kann durch die Figur des Verwaltungsrechtsverhältnisses nicht aufgefangen werden.

Dritter Punkt: Vor allem der Verwaltungsakt erfüllt eine rechtsstaatliche Funktion der Klarheit und Sicherheit. Durch den verbindlichen Ausspruch der Verwaltung wird im Individualrechtsverhältnis eine Klarheit geschaffen, die allein aus dem Gesetz nicht zu gewinnen ist. Dies ermöglicht auch die Einbeziehung von Drittinteressen. Das

Problem ist bereits angesprochen worden, verdient aber m.E. noch einmal besondere Hervorhebung. Zum Beispiel bei den Wirtschaftssubventionen kann der begünstigende Verwaltungsakt wegen seiner drittbelastenden Wirkungen die Möglichkeit eines Rechtsschutzes eröffnen, wobei ich mich über die Einzelheiten hier nicht näher zu äußern brauche. Auch insoweit kann das Verwaltungsrechtsverhältnis als Rechtsfigur nicht das leisten, was der Verwaltungsakt mit seinen wechselseitigen Bezügen zu begründen vermag.

Viertens: Spätestens seit Erlaß der Verwaltungsverfahrensgesetze sind wir es gewohnt, die Mitwirkungsrechte des Bürgers vor Erlaß eines Verwaltungsaktes mit besonderer Sensibilität zu betrachten, und dahinter steht auch der grundrechtliche Aspekt. Der Verwaltungsakt ist also insofern, wie schon gesagt worden ist, nicht nur eine punktuelle Regelung, sondern ein Akt, der aus einem Verfahren hervorgeht, und in diesem Verfahren sind, rechtlich und grundrechtlich garantiert, die individuellen Positionen des Bürgers zu wahren. Auch insoweit sehe ich in der Figur des Verwaltungsrechtsverhältnisses keinen äquivalenten Ersatz.

Wenn ich nun versuche, dies in eine Quintessenz zusammenzufassen, so würde ich eine Synthese zwischen den klassischen Rechtsformen des Verwaltungshandelns, insbesondere dem Verwaltungsakt, und dem Verwaltungsrechtsverhältnis für erforderlich halten. Das letztere kann immerhin damit plausibel gemacht werden, daß so Dauerbeziehungen, vor allem Beziehungen wechselseitiger Verpflichtungen, besser in den Griff genommen werden können.

Ein letztes Wort, das vornehmlich an das Referat von Herrn *Fleiner* anknüpft: Jedenfalls für das deutsche Verwaltungsrecht vermag ich kein Defizit an Rechtsschutz zu erkennen, wenn man sich an die tradierten Formen des verwaltungsrechtlichen Handelns hält. Es ist möglich und, wenn ich richtig sehe, in der deutschen Verwaltungsrechtsordnung im Laufe der letzten Jahrzehnte gelungen, über die Generalklausel für den Verwaltungsrechtsweg, über eine breite Fülle von Klagearten, die durchaus die verschiedenen Rechtsformen des Verwaltungshandelns einfangen, und über eine vorsichtige, aber doch immerhin beachtliche Erweiterung der Klagebefugnis spezifischen Verwaltungsrechtsschutz zu gewähren, der gerade daran anknüpft, daß die Verwaltung verbindliche, eventuell bestandskräftige Regelungen erläßt, die dann natürlich auch dem Rechtsschutz in adäquater Form zugeführt werden müssen.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Breuer*. Ich habe jetzt noch zum ersten Punkt Herrn *Oldiges* sowie Herrn *Frotscher*, und dann will Herr *Bachof* noch einmal das Wort ergreifen, um vor allem Herrn

Meyer zu antworten. Dann können wir zu Punkt 2) übergehen. Herr *Oldiges*.

Oldiges: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, einer der wichtigsten Aspekte unseres facettenreichen Themas betrifft die Beziehung von Rechtsverhältnis und Verwaltungsakt. Nicht zuletzt deshalb suggeriert wohl auch der Vorschlag zur Strukturierung unserer Diskussion die Frage, ob eine Weiterentwicklung des Instituts des Rechtsverhältnisses zu einer Abkehr von der Rechtsfigur Verwaltungsakt veranlassen könnte. Hier bedürfte es an sich zunächst einer Klarstellung, die aber schon von Herrn *Raschauer* und – ihm folgend – auch von Herrn *Meyer* geleistet worden ist. Der oft herausgestellte Gegensatz von Verwaltungsakt und Rechtsverhältnis verzeichnet das Bild, weil er der wirklichen dogmatischen Funktion beider Begriffe nicht entspricht. Denn mit dieser Gegenüberstellung werden nicht etwa zwei unterschiedliche Handlungsformen der Verwaltung gekennzeichnet. Es trifft auch nicht zu, daß der eine Begriff der Eingriffs- und der andere der Leistungsverwaltung zuzuordnen wäre. Und schließlich wäre es auch verfehlt, das Institut des Rechtsverhältnisses mit dem Vertrag gleichzusetzen.

Es wurde mehrfach gesagt, der Verwaltungsakt werfe wie eine Momentaufnahme ein punktuelles Licht auf ein Verwaltungsgeschehen, das sich insgesamt unter dem Dach des Verwaltungsrechtsverhältnisses abspiele. Ich begreife den Verwaltungsakt dagegen eher als einen Impuls, mit dem die Verwaltung die Rechtsbeziehungen zwischen Staat und Bürger gestaltet. Der Begriff des Rechtsverhältnisses kennzeichnet demgegenüber als ein Ordnungsbegriff gerade diese Rechtsbeziehungen. Versteht man Verwaltungsakt und Rechtsverhältnis in dieser Weise, ergeben sich zwischen ihnen vielfältige Beziehungen. Es wurde schon darauf hingewiesen, daß der Verwaltungsakt für die Entstehung und den Bestand eines Rechtsverhältnisses unterschiedlichste Funktionen haben kann. Andererseits kann das Rechtsverhältnis gleichsam auch der Boden sein, auf dem dann erst ein Verwaltungsakt zur Entstehung gelangt. Denken Sie an den Bereich der Leistungsverwaltung, in der Bewilligungsbescheide auf der Grundlage entsprechender Ansprüche ergehen, oder denken Sie auch – etwas außerhalb unseres Themas – an das Polizeirecht: Hier ist die materielle Polizeipflicht des Störers die Grundlage für seine Inanspruchnahme durch Verwaltungsakt, nämlich durch Polizeiverfügung.

Verwaltungsakt und Rechtsverhältnis bezeichnen also in Wahrheit gar keinen Gegensatz, sondern sind vielfältig aufeinander bezogen und ergänzen sich wechselseitig. Der wirkliche Gegensatz liegt nicht hier, sondern er besteht zwischen subordinationsrechtlicher und koordinationsrechtlicher Verwaltung. Und im Hinblick auf diesen Gegensatz

wäre dann zu fragen: Kann koordinationsrechtliche Verwaltung die subordinationsrechtliche Verwaltung verdrängen, kann sie zu einer Abkehr von der subordinationsrechtlichen Verwaltung führen? Das ist, wie eben Herr *Breuer* schon ausführlich dargestellt hat, aus mancherlei Gründen nicht möglich. Wir benötigen neben der koordinationsrechtlichen auch die subordinationsrechtliche Verwaltungsform. Wir benötigen auch – als Instrument rechtsstaatlich gebotener Klarstellung im Staat-Bürger-Verhältnis – den Verwaltungsakt. Das gilt, wie die Diskussion beim Juristentag 1984 in Hamburg gezeigt hat, selbst für den Bereich der Subventionsverwaltung wie überhaupt auch sonst für jeden Bereich der Massenverwaltung, wo die Behörde aus Sachzwängen heraus gar nicht anders als subordinationsrechtlich agieren kann.

Nach all dem wäre schließlich noch zu fragen: Hat denn die Figur des Rechtsverhältnisses im Verwaltungsrecht überhaupt eine Bedeutung, die über die Beschreibung der Tatsache hinausreicht, daß sich Staat und Bürger im Rechtsstaat in rechtlich geordneten Beziehungen gegenüberstehen? Sollte man nicht besser auf den Begriff des Rechtsverhältnisses ganz verzichten? Hier bin ich etwas anderer Auffassung, als sie Herr *Meyer* eben vertreten hat. Da muß zunächst einmal die prozeßrechtliche Funktion des Rechtsverhältnisses erwähnt werden, auf die heute eigentlich kaum eingegangen worden ist. Als Gegenstand der Feststellungsklage ermöglicht das Rechtsverhältnis Rechtsschutz, wo andere Klagearten (noch) nicht greifen, und erweitert damit insgesamt den Rechtsschutz des Bürgers gegenüber der Verwaltung. Über diese prozessuale Funktion hinaus ist das Institut des Verwaltungsrechtsverhältnisses auch in materiell-rechtlicher Hinsicht von maßgeblicher Bedeutung. Es bildet den dogmatischen Ansatz für die Entwicklung von Sorgfalts-, Schutz- und sonstigen Nebenpflichten sowohl im Bereich der Eingriffs- wie auch der Leistungsverwaltung. Derartige aus dem Gesichtspunkt des Rechtsverhältnisses heraus entwickelte Rechtspflichten verstärken im Verhältnis von Staat und Bürger ganz erheblich die Position des Bürgers. Nicht zuletzt im Hinblick auf diese materiell-rechtsstaatliche Funktion sollten wir an der Figur des Rechtsverhältnisses festhalten.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Oldiges*.

(Zwischenruf *Meyer*)

Vorsitzender: Ja, eine Frage dürfen Sie stellen.

Meyer: Herr *Oldiges*, ich wußte gerne, ob Sie für die rechtsstaatliche Verantwortung nun auf das Rechtsverhältnis oder auf den Verwaltungsakt abstellen wollen. Wenn das Zweite der Fall ist, ergibt sich aus dem Rechtsverhältnis überhaupt nichts. Wenn Sie aber aus dem

Rechtsverhältnis Nebenpflichten entwickeln wollen, stellt sich die Frage nach dem Gesetzesvorbehalt. Sehen Sie ihn schon dadurch erfüllt, daß Sie sagen, es liege ein Rechtsverhältnis vor?

Oldiges: Das Verwaltungsrechtsverhältnis bringt eine besondere, über das „allgemeine Gewaltverhältnis“ hinausreichende Nähe zwischen Bürger und Verwaltung zum Ausdruck, bei der sich aus dem Rechtsstaatsprinzip für die Verwaltung eine erhöhte Pflichtenstellung herleitet. Das Rechtsverhältnis ist darum insoweit auch nach meiner Vorstellung in der Tat der Inbegriff solcher letztlich schon von der Verfassung selbst gebotenen Rechtspflichten.

Vorsitzender: Gut. Jetzt Herr *Frotscher*.

Frotscher: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, das Institut des Verwaltungsaktes ist in den beiden ersten Referaten und auch in verschiedenen Vorbereitungsaufsätzen in die Schußlinie geraten und zum Teil in einen direkten Gegensatz zum Begriff des Rechtsverhältnisses gebracht worden. So glaubte ich, eine Lanze für das Institut des Verwaltungsaktes und dessen richtige dogmatische Einordnung brechen zu müssen.

Nach dem bisherigen Verlauf unserer Diskussion kann ich mich nun fast einer Mehrheitsmeinung anschließen. Denn angefangen mit der Verteidigung durch Herrn *Bachof* haben verschiedene Vorredner, zuletzt auch Herr *Breuer* und Herr *Oldiges*, zugunsten des Verwaltungsaktes gesprochen. Ich möchte noch zwei Gesichtspunkte hinzufügen, die mir wesentlich erscheinen.

Zunächst einmal könnte ein Grund für die kritische Haltung gegenüber dem Institut des Verwaltungsaktes darin liegen, daß dieser als historisch „belastet“, nämlich als Relikt des Obrigkeitsstaates erscheint. Eine solche Betrachtungsweise ist jedoch zu oberflächlich. Richtig ist nur, daß die Lehre vom Verwaltungsakt – wie ein Großteil unseres modernen Verwaltungsrechts – im Rahmen einer zwar rechtsstaatlichen, aber zugleich obrigkeitlichen, vordemokratischen Verfassungsordnung entwickelt worden ist.

Das kann jedoch nicht bedeuten, daß man Rechtsinstitute, die unter anderen Verfassungsbedingungen entstanden oder entwickelt worden sind, heute einfach abschaffen müßte. Die Frage muß vielmehr lauten: Welche Funktion hat der Verwaltungsakt in der gegenwärtigen Verwaltungsrechtsordnung, unter geänderten Verfassungs-„Vorzeichen“? Und da glaube ich, wie Herr *Bachof*, daß auch der demokratische Staat der Gegenwart auf das Instrument des Verwaltungsaktes angewiesen ist. Die Verwaltung muß die Möglichkeit haben, Rechtsverhältnisse einseitig und verbindlich zu ordnen. Sie kann nicht

stattdessen auf den Weg des Aushandeln einer vertraglichen Regelung gedrängt werden.

Ein solches instrumentales Verständnis des Verwaltungsakts führt dazu, daß man nicht etwa die gesamte Dogmatik des Verwaltungsrechts vom Verwaltungsakt her aufbaut, sondern daß man zunächst die einzelnen Verwaltungshandlungen unterscheidet. Dabei ergibt sich die große Unterscheidung zwischen Tat- und Rechtshandlungen der Verwaltung. Das sog. schlichte Verwaltungshandeln, das Herr *Öhlinger* in seinem Referat als Beispiel für Defizite der auf den hoheitlichen Bescheid konzentrierten Dogmatik angeführt hat, läßt sich danach einfach einordnen. Es handelt sich um eine Tathandlung der Verwaltung, einen Realakt. Diesem stehen die Rechtshandlungen gegenüber, unter denen sicherlich in der Praxis der Verwaltungsakt die größte Bedeutung hat. Aber dazu kommen weitere Rechtshandlungen der Verwaltung: der öffentlich-rechtliche Vertrag und die abstrakt-generellen Regelungen wie Rechtsverordnungen oder – ohne Außenwirkung – Verwaltungsvorschriften.

Wenn man den Verwaltungsakt in dieser Weise in ein System der Verwaltungshandlungen einordnet, dann kann man mit dem Begriff auch heute sehr wohl arbeiten, und es ergibt sich insbesondere keine dogmatische Frontstellung zum Rechtsverhältnis. Der Begriff des Rechtsverhältnisses erscheint mir auch nicht unproblematisch. Ob er wirklich weiterführt? Jedenfalls ist er mit dem dargestellten System der Verwaltungshandlungen durchaus vereinbar. Das Rechtsverhältnis zwischen Staat und Bürger wird geprägt durch einzelne Rechtshandlungen der Verwaltung, unter anderem, und das sehr häufig, durch Verwaltungsakte. Insofern also, meine ich, besteht hier kein Gegensatz. Rechtsverhältnis und Verwaltungsakt passen vielmehr, wenn die Begriffe richtig verstanden werden, zusammen.

Eine andere Frage, die schon angesprochen worden ist, und die man davon loslösen sollte, betrifft die Rechtsform. Wann darf Privatrecht, wann muß öffentliches Recht zur Anwendung kommen? Das ist eigentlich auch unser zweiter Diskussionspunkt. Und ich möchte dazu nur in zwei Sätzen noch Stellung nehmen. Ich meine, daß die Verwaltung im Zweifel öffentlich-rechtlich handelt, daß wir die Wahlfreiheit, die viel propagierte und in der Praxis natürlich auch von den Hoheitsträgern geforderte Wahlfreiheit möglichst weitgehend einschränken sollten. Das muß vor allen Dingen für Zwangsleistungsbeziehungen gelten, z.B. für Leistungsverhältnisse, die mit einem Anschluß- und Benutzungszwang verbunden sind. Das habe ich an anderer Stelle näher ausgeführt. Ich meine, hier kann es keine Wahlfreiheit für die Verwaltung mehr geben – im Interesse des Bürgers. Vielen Dank.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Frotscher*. Herr *Bachof*.

Bachof: Zu Herrn *Meyer* und einigen anderen Vorrednern: Selbstverständlich kann der Verwaltungsakt nicht durch das Rechtsverhältnis ersetzt werden. Das sind zwei inkommensurable Institute. Ich habe eine solche Vorstellung nie vertreten, insbesondere nicht auf der Regensburger Tagung. Ich wollte damals nur die Aufmerksamkeit der Verwaltungsrechtswissenschaft auf die Rechtsverhältnisse hinlenken, weil die bisher zu einseitige Blickrichtung auf die Verwaltungshandlungen und vor allem auf die Verwaltungsakte den dogmatischen Fortentwicklungen im Wege stand und insbesondere den Rechtsschutz unangemessen verkürzte. Die Älteren unter uns werden sich noch erinnern, wie wir in den 40er, 50er und z.T. sogar noch in den 60er Jahren darum gekämpft haben, die Feststellungsklage und die allgemeine Leistungsklage in der Rechtsprechung durchzusetzen. Das scheiterte jahrelang an einer zu engen Auffassung des Rechtsverhältnisses. Es war weitgehend so: Wo kein Verwaltungsakt, da auch kein Rechtsschutz. Deshalb sah man sich immer wieder genötigt, einen Verwaltungsakt – oft nicht ohne dogmatische Seiltänze – zu entdecken oder gar zu erfinden, um zum Rechtsschutz zu gelangen. Mir lag deshalb in Regensburg daran zu betonen, daß es mehr auf den Inhalt der Rechtsverhältnisse als auf die Art ihres Zustandekommens ankomme. Denn ganz gleichartige Rechtsverhältnisse können oft entweder durch Verwaltungsakt oder durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag oder auch unmittelbar durch einen Rechtssatz begründet werden. Das war der Sinn meiner Ausführungen, nicht aber die Absicht, den Verwaltungsakt durch das Rechtsverhältnis zu ersetzen. Ich bin im Gegenteil der Meinung – vielleicht sogar noch dezidierter als Herr *Fleiner* –, daß wir den Verwaltungsakt brauchen, zumal es viele Angelegenheiten gibt, besonders in der Massenverwaltung, die gar nicht anders als durch Verwaltungsakte bewältigt werden können. –

Dann noch ein kurzer Nachtrag zu meiner Bemerkung von vorhin über Rechtsverhältnis und Gewaltverhältnis: Herr *Löwer* hat in einem Aufsatz in der NVwZ, den ich jetzt leider nicht vorliegen habe, dankenswerterweise durch zwei Zitate *Otto Mayers* belegt, daß der Gewaltbegriff schon bei diesem keineswegs stets auf eine gesetzesfreie Gewaltausübung zielte. Manche Gewaltverhältnisse, vor allem die sog. „besonderen“, wiesen freilich weite rechtsfreie Zonen auf, aber total rechtsfrei waren auch sie schon in der konstitutionellen Monarchie nicht mehr. Übrigens war ich neugierig, ob die von Herrn *Löwer* gebrachten Zitate *Mayers* aus der 3. Aufl. von 1924 etwa eine Konzession an die veränderte Staatsform darstellen. Ich stellte fest: Wörtlich steht's so auch schon in der 2. Aufl. von 1914, und der Sache nach ähnlich in der 1. Aufl. von 1895.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Bachof*. Bevor ich Herrn *Maurer* das Wort gebe zum Thema 2: Wir haben dann noch die Herren *Schachtschneider* und *Püttner*. Damit ist dann die Rednerliste vorläufig erschöpft. Herr *Maurer*.

Maurer: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren! Es besteht Einigkeit darüber, daß es das Verwaltungsrechtsverhältnis als Rechtsfigur gibt. Es besteht auch Einigkeit darüber, wie es zu definieren ist, nämlich als die sich aus einem konkreten Sachverhalt aufgrund einer bestimmten Regelung ergebende rechtliche Beziehung zwischen mindestens zwei Rechtssubjekten. Das müßte eigentlich schon stutzig machen. Denn wenn so viele Staats- und Verwaltungsrechtslehrer über einen Begriff einig sind, kann er wohl wenig aussagekräftig sein.

Tatsächlich gibt das Verwaltungsrechtsverhältnis als solches auch wenig her. Es bedarf noch der näheren Ausgestaltung und Konkretisierung; es muß noch Farbe bekommen. Seine Konturen erhält es durch die formell- und materiellrechtlichen Regelungen der Lebens- und Rechtsbereiche, denen es zuzuordnen ist. Dementsprechend gibt es Subventionsrechtsverhältnisse, Steuerrechtsverhältnisse, Sozialrechtsverhältnisse, Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge usw. Das führt ganz von selbst in den Bereich des Besonderen Verwaltungsrechts.

Ob das Verwaltungsrechtsverhältnis – über seine Definition und allgemeine Charakterisierung hinaus – ein Institut des Allgemeinen Verwaltungsrechts ist, hängt von dessen Abgrenzung ab. Wenn man davon ausgeht, daß das Allgemeine Verwaltungsrecht die Regeln und Grundsätze erfaßt, die für alle Rechtsbereiche oder doch zumindest für die meisten Rechtsbereiche maßgebend sind, läßt sich m.E. kaum etwas entdecken. Nehmen wir z.B. die Beteiligung. Es gibt so viele Möglichkeiten und Formen der Beteiligung am Rechtsverhältnis, daß sich daraus keine allgemeinen Sätze destillieren lassen, die dann auf das einzelne Rechtsverhältnis angewandt werden könnten. Entsprechendes gilt für die Rechtsnachfolge. Ob und unter welchen Voraussetzungen eine Rechtsnachfolge eintritt, bestimmt sich nach dem jeweiligen Rechtsgebiet und ist daher für die einzelnen Rechtsverhältnisse – das Sozialrechtsverhältnis, das Subventionsrechtsverhältnis, das Polizeirechtsverhältnis, das Benutzungsverhältnis usw. – unterschiedlich zu beurteilen. Noch differenzierter wird das Bild bei den sich evtl. aus dem Rechtsverhältnis ergebenden Nebenpflichten der Beteiligten. Es zeigt sich, daß das Allgemeine Verwaltungsrecht offenbar nicht in der Lage ist, für *alle* Rechtsverhältnisse und damit für *das* Rechtsverhältnis maßgebende Regelungen und Grundsätze zu entwickeln.

Schließlich noch zu der Frage: Verwaltungsrechtsverhältnis oder Verwaltungsakt. Es ist schon mehrfach festgestellt worden, daß sie keine Alternative bilden. Der Verwaltungsakt kann Grundlage eines Rechtsverhältnisses sein und umgekehrt können sich aus dem Rechtsverhältnis Verwaltungsakte ergeben. Es handelt sich also nicht um zwei sich gegenseitig ausschließende, sondern um zwei sich gegenseitig ergänzende Begriffe. Der Verwaltungsakt ist gerade auch für den Bereich der Leistungsverwaltung unverzichtbar. Die Frage, um die es wohl auch Herrn *Bachof* auf der Regensburger Staatsrechtslehrertagung ging, ist nicht, ob der Verwaltungsakt aufgegeben oder beschränkt werden soll, sondern, ob er als zentraler Begriff des Verwaltungsrechtssystems durch das Verwaltungsrechtsverhältnis abgelöst werden soll. Diese verwaltungsrechtsdogmatische Grundfrage steht auch hier im Raume. Dabei ist allerdings zu beachten, daß der Verwaltungsakt nur eine, wenn auch besonders bedeutsame Handlungsform der Verwaltung darstellt. Die Fragestellung müßte daher auf alle Handlungsformen der Verwaltung ausgedehnt werden. Da das Verwaltungsrechtsverhältnis nicht per se entsteht, sondern i.d.R. eine entsprechende Verwaltungsmaßnahme voraussetzt, kommt es wieder auf diese zurück. Im übrigen sollte man sich vor einer vorschnellen Verengung auf einen dogmatischen Grundbegriff hüten. Das Verwaltungsrecht ist zu vielgestaltig, als daß es sich darauf reduzieren ließe. Die Eignung des Verwaltungsrechtsverhältnisses hängt von seiner Leistungsfähigkeit ab.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Maurer*. Damit haben wir die Erörterung zum ersten Punkt abgeschlossen. Ich rufe jetzt Herrn *Schachtschneider* auf.

Schachtschneider: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, ich habe ja in meinem Staatsunternehmen und Privatrecht eine grundsätzliche Kritik der Fiskustheorie versucht und schließe mich ganz den grundsätzlichen Sätzen von *Joachim Burmeister* an. Ich möchte nur bemerken, daß es sehr fragwürdig ist, wenn der Staat sich zu einem wesentlichen Teil dem Aktienrecht, dem Konzernrecht, dem Wettbewerbsrecht unterstellt, obwohl wir doch alle erwarten, daß er sich an das Grundgesetz und an das Verwaltungsrecht hält — zusammenfassend gesagt: an das Staatsrecht.

Herr *Burmeister* hat völlig zu recht die Problematik der Personenhaftigkeit des Staats angesprochen. Schon auf der Staatsrechtslehrertagung 1961 haben *Mahlmann* und *Zeidler* sehr deutlich die biologische Sicht des Staates kritisiert. Es ist ohnehin nötig, unter freiheitsdogmatischen Gesichtspunkten die Lehre von der juristischen Person

neu zu durchdenken, insbesondere die Dogmatik des Staates als juristischer Person. Im vorigen Jahrhundert, im Konstitutionalismus, hat es sich aus Gründen, die wir alle kennen, entwickelt, den Staat als Person zu sehen und ihm damit die allgemeine Privatrechtsfähigkeit zuzugestehen.

Ich möchte dazu einige Folgebemerkungen, insbesondere zu dem Verhältnis von Staatsrecht und Privatrecht machen. Ich ziehe es vor, für öffentliches Recht Staatsrecht zu sagen, weil nämlich allein die Parteien des Rechtsverhältnisses für die Frage maßgeblich sein können, ob Privatrecht oder Staatsrecht vorliegt. Die *Wolffs*che Subjektstheorie hat, wie wir alle wissen, den Mangel, die Fiskustheorie nicht zu kritisieren. Sie muß deswegen notwendig fehlerhaft, zirkelhaft bleiben. Alles Recht also, das auf den Staat Anwendung findet, ist Staatsrecht. Privatrecht findet nur auf Private Anwendung. Was heißt das aber für die vielfach zu recht angesprochene Nützlichkeit und Unverzichtbarkeit des Zivilrechts? Es gibt drei Rechtskreise: Das Staatsrecht, wie ich es definiert habe, das Privatrecht und das gegenüber dieser Dichotomie des Staatlichen und des Privaten neutrale Recht. Letzteres kann durchaus in Zivilrechtsbüchern stehen. Ein großer Teil, wenn nicht der wesentliche Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist neutrales Recht, etwa das Kaufrecht und das Werkvertragsrecht. Dieses Recht ist auf staatliches Verhalten anzuwenden, weil es keine Privatheit voraussetzt. Auch der Staat kann kaufen und verkaufen; auch dem Staat kann eine Sache übergeben werden. Eigentum freilich kann der Staat nicht haben, weil er nicht zur Beliebigkeit berechtigt ist. Das hat auch schon *Wolff*, der ja nun wirklich ein Künder der Fiskustheorie ist, gesagt. Wenn immer wieder für das Zivilrecht als Gebiet des Staatsrechtes die Lanze gebrochen wird, dann muß man das so verstehen, daß nur noch das neutrale Recht als Staatsrecht zur Anwendung kommt.

Was macht nun das eigentliche Privatrecht aus? Es ist die Autonomiehaftigkeit dieses Rechts. Ich würde es das Autonomierecht nennen. Es setzt die Fähigkeit und das Recht zur Autonomie oder die Freiheit voraus. Gerade die kann man dem Staat nicht zugestehen. Der Staat hat weder das Recht zur Autonomie noch – und das ist dasselbe – kann er sich Freiheit zueignen. Alles Recht, welches Autonomie voraussetzt, darf der Staat nicht nutzen. Er darf sich dessen Regime nicht unterstellen. Nehmen wir das Beispiel des Vertrages. Der Staat ist vertragsfähig, aber er hat keine Vertragsfreiheit, weil er sich Freiheit nicht anmaßen darf. Das zeigt sich etwa beim Äquivalenzprinzip. Im Privatverhältnis gilt immer noch prinzipiell das formale – prinzipiell! – Äquivalenzprinzip. Die Parteien bestimmen, ob Leistung und Gegenleistung äquivalent sind. Im Staatsrecht gilt das materiale Äquivalenzprinzip, § 56 VwVfG.

Es gibt sachliche Kriterien der Angemessenheit für Leistung und Gegenleistung. Das Verhältnis des Privatrechts zum Staatsrecht ist aber nicht eines des Kollisionsrechts, wie Herr *Zuleeg* gemeint hat. Diese These hat schon *Pestalozza* aufgestellt. Eine kollisionsrechtliche Lage hieße, daß auf staatliches Verhalten sowohl Staatsrecht als auch Privatrecht Anwendung finden kann. Dann müßte der Staat ja doch wieder privat sein können. Bestimmte Vorschriften des Privatrechts sind eben auf den Staat nicht anwendbar.

Das schließt es auch aus — diese Bemerkung gehört auch zu Punkt 2 unserer Gespräche —, ein Wahlrecht des Staates anzuerkennen, sich dem Privatrecht zu unterstellen. Was ist die Mutter dieses Wahlrechts? Es ist nicht leistbar, nach den Funktionen, den Aufgaben des Staates zu unterscheiden, ob er im Bereich des Staatsrechts verbleiben muß oder ob er sich unter das Prinzip des Privatrechts stellen darf. Er wählt also. Man gesteht ihm dieses Wahlrecht zu. Es kann nicht zur Disposition des Staates stehen, so sagt das auch *Burmeister*, sich dem Privatrecht zu unterstellen und damit den Grundrechten und vor allem den Kompetenznormen zu entfliehen. Die Fiskalgeltung der Grundrechte ist im übrigen weitestgehend anerkannt. Das gilt auch und gerade — für Österreich und die Schweiz ist das von den Referenten angesprochen worden — für den großen Bereich der öffentlichen Unternehmen, mit dem ich mich beschäftigt habe.

Eine besondere Blüte scheinen mir die gemischtwirtschaftlichen Unternehmen zu sein oder gar die gemischtwirtschaftliche Verwaltung in Österreich. Das ist eine Mischverwaltung, die Privatheit und Staatlichkeit vermengt. Diese sind m.E. inkommensurable Größen. Rechtsens kann es derartige gemischtwirtschaftliche Unternehmen oder gar gemischtwirtschaftliche Verwaltung in gar keiner Weise geben.

Dies sind also einige Stichworte im Anschluß an *Joachim Burmeister*. Danke.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Schachtschneider*. Und nun Herr *Püttner*.

Püttner: Ich bitte um Verständnis, meine Damen und Herren, daß ich zunächst Luft holen muß, nach diesen Thesen, die wir gerade gehört haben. Aber ich nutze die Gelegenheit einer Atempause, um zunächst den Referenten für ihre Ausführungen noch einmal ganz besonders zu danken. Ich glaube, ich kann den Dank nicht besser zusammenfassen, als es Herr *Meyer* schon getan hat. Die Referenten haben ja die Verpflichtung, nicht im Allgemeinen stehen zu bleiben, im Himmel der Abstraktion. Sie haben gleichzeitig die Aufgabe, sich vom konkreten Detail zu lösen und zu einer gewissen Systematik, zu einer zusammenfassenden Betrachtung vorzustoßen. Diese kann man mitt-

lere Abstraktionsebene nennen. Wenn es den Referenten gelungen ist, diese Ebene zu erreichen – und das sehe ich durchaus –, würde ich das als ein Lob betrachten, was Herr *Meyer* wohl nur zur Belebung der Debatte als Negativum gekennzeichnet hat.

Wie mir allerdings aufgefallen ist, liegen die Dinge sehr unterschiedlich: Bei Herrn *Krause* sehe ich immer wieder die Rückkehr nach unten (wenn ich so sagen darf: zum Material); bei Herrn *Öhlinger* beeindrucken mich die Schwierigkeiten, die die speziellen Verfassungsvorschriften Österreichs präsentieren, Herr *Fleiner* hat interessanterweise stärker als bisher den rechtsvergleichenden Aspekt in den Mittelpunkt gestellt. Wir haben wahrscheinlich seit *Otto Mayer* den Aspekt der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht zu sehr aus dem Auge verloren; deshalb sind wir Herrn *Fleiner* dankbar, daß er uns vom amerikanischen Recht und vom service public her klargemacht hat, welche Aspekte in das Thema hineinspielen.

Aber nun zur Sache: Ich bin jetzt wieder so gefaßt, daß ich den fragwürdigen Thesen von Herrn *Schachtschneider* und Herrn *Burmeister* gelassen entgegentreten kann. Ich meine, daß wir es uns nicht so einfach machen können, von der Theorie her zu sagen: Öffentliches Recht ist das Recht des Staates, und dem muß nun alles untergeordnet werden. Reim Dich, oder ich freiß' Dich! Natürlich läßt sich das in der Theorie behaupten, aber die Praxis ist doch eine andere. Wenn wir unsere Rolle als Rechtsanwender richtig begreifen, so haben wir die Aufgabe, den Bestand an Recht, das teils der Gesetzgeber, teils die Beteiligten gesetzt haben, und das wir in der Rechtswirklichkeit vorfinden, hinzunehmen, aufzuarbeiten und unter abstrakten Gesichtspunkten zu ordnen. Und dabei können wir den Wirklichkeiten nicht ausweichen. Ich möchte Herrn *Götz* vollkommen Recht geben. Wir finden eine gemischte Gestaltung vor, öffentliches, privates Recht und auch teilweise die dezidierte Wahl von Privatrecht durch die Verwaltung. Und dem können wir uns nicht entziehen mit Berufung auf irgendwelche Theorien von einem Staat, den wir uns wünschen, der aber nun einmal so nicht vorhanden ist.

Ich möchte an die Theorie von *Wolff* anknüpfen (die Sonderrechtstheorie, wie sie gern genannt wird). Wenn man gemäß dieser Theorie statt Zivil- oder Privatrecht „allgemeines Recht“ sagt und damit das allgemeine Recht meint, das für alle Beteiligten gedacht ist und für jedermann bereit steht, so kann man das „Sonderrecht“ der öffentlichen Hand (= öffentliches Recht), zu dem nur gegriffen wird, wenn ein besonderer Anlaß besteht, recht gut gegenüberstellen. Dann ist das Privatrecht die Regel und das öffentliche Recht die Ausnahme, und dann ist es gar nicht mehr so verwerflich, wenn die öffentliche Hand so lange beim „allgemeinen Recht“ bleibt, wie ihr dieses genügende Grundlagen gibt, um sinnvoll zu handeln. Das betrifft sowohl den

Staat als auch den anderen Beteiligten, den Bürger. Wenn sich alles damit regeln läßt, dann braucht man nicht zum Sonderrecht zu greifen. Nur wenn das Privatrecht zur Erreichung der gegebenen Ziele nicht taugt und Anlaß besteht, obrigkeitlich mit Sonderrecht einzugreifen, dann ist das notwendig und legitim.

Leider wird das damit gegebene Wahlrecht von der öffentlichen Hand häufig nicht bedacht und ausgeübt. Die Verwaltung handelt, ohne sich Gedanken zu machen, ob öffentliches oder privates Recht gegeben sein soll. Dann müssen wir nachträglich qualifizieren: das ist ein Dilemma, in dem wir häufig stehen. Aber das darf uns nicht die Augen dafür verschließen, daß es durchaus normal und richtig sein kann, wenn der Staat nicht ausschließlich nach öffentlichem Recht leben will, sondern seine Rechtsordnung so gestaltet, daß ein allgemeines Recht existiert, nach dem auch die Hoheitsträger agieren können, und daß daneben ein Sonderrecht besteht, das zusätzlich oder statt dessen in Anspruch genommen werden kann, wenn dazu Anlaß besteht.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Püttner*. Jetzt Herr *Vogel*. – Wollten Sie, Herr *Burmeister*, etwas dazu sagen? Ja, dann haben Sie das Wort.

Burmeister: Herr *Püttner*, das, was Sie sagten, ist Resignation vor dem Faktischen. Das Resultat sehen wir ja. Nicht die Verfassung als Leitprinzip reguliert und reglementiert das staatliche Handeln, sondern wir orientieren uns in der Verwaltungsrechtsdogmatik daran, was der Staat tut. Die gravierendsten Grundrechtseinschränkungen, Herr *Püttner*, resultieren aus dem Umstand, daß der Staat sich der privatrechtlichen Handlungsform bedient, ständig expandiert und Sektoren okkupiert, die zum genuinen Bereich grundrechtlicher Freiheitsausgrenzungen gehören. Das sind in der Tat bedenkliche Anzeichen. Wenn man in das letzte Statistische Jahrbuch des Bundes hineinschaut, so bekommt man ein Bild, wie die Realität dieses Staatskapitalismus aussieht: 10.500 Unternehmen des Bundes agieren erwerbswirtschaftlich am Markt. Man hat sich schlicht daran gewöhnt, daß der Staat diese Befugnis unter Inanspruchnahme von privatrechtlichen Formen für sich beanspruchen könne. Nein, ich muß ganz deutlich sagen: wir müssen uns auf die Schranken, die dem Staat durch die Verfassung gesetzt sind, besinnen. Und dazu gehört auch die prinzipielle Festlegung auf den Gebrauch des öffentlich-rechtlichen Handlungsinstrumentariums. Die Freistellung von diesen Bindungen ist im Grunde das Bedenkliche. Staatliches Handeln ist eben qualitativ kein privatrechtliches Handeln; es läßt sich allenfalls von privatrechtsförmlichem Handeln sprechen. Der gedankliche Fehler, dem erhebliche praktische

Bedeutung zukommt, liegt darin, daß aus der Befugnis zum Gebrauch privatrechtlicher Handlungsformen die Erschließung von außerhalb des Kompetenzbereiches liegenden zusätzlichen Handlungsbefugnissen im Sinne subjektiver Rechte des Staates abgeleitet wird. Darin liegt die Ursache der ständigen Expansion der staatlichen Kompetenzsphäre und darin liegt nach meinem Dafürhalten das eigentlich Bedenkliche der Theorie von der Wahlfreiheit der Handlungsformen.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Burmeister*. Herr *Vogel*, als vorläufig letzter Redner.

Vogel: Herr *Püttner* hat mir vieles von dem vorweggenommen, was ich zu Herrn *Schachtschneider* und Herrn *Burmeister* anmerken wollte. Ich möchte ihm sehr nachdrücklich zustimmen. Es gibt, wie Sie wissen, nichts Neues unter der Sonne; der Rabbi *Ben Akiba* hat das zuerst bemerkt. So ist der Verwaltungsakt schon etliche Male zu Grabe getragen worden und auch das privatrechtliche Handeln des Staates hat man schon öfter für unzulässig erklärt. Dennoch sehe ich nicht, wie wir ohne die Befugnis des Staates, auch privatrechtlich zu handeln, auskommen sollten. Ich habe den Verdacht, daß es sich hier zum Teil nur um begriffliche Meinungsverschiedenheiten, um eine andere begriffliche Einordnung handelt. Wenn es das sein sollte, würde es sich nicht lohnen, darüber zu streiten.

Zunächst einmal steht der Staat im Bereich der Bedarfsdeckung vor der Notwendigkeit, sich mit Privaten einzulassen, die Leistungen am Markt erbringen, Leistungen, für die sie auch private Abnehmer haben. Mein Lehrer *Ipsen* hat in der ersten Stunde seiner Verwaltungsrechtsvorlesung das für mich immer wieder sehr anschauliche Beispiel des Regierungsrats in einer hamburgischen Behörde gebracht, der für sämtliche Hamburger Behörden den Scheuersand einzukaufen habe. Nun: wenn ich Scheuersand zu verkaufen habe, und ihn verschiedenen Kunden verkaufe, dann möchte ich im Kontrahieren mit staatlichen Behörden nicht Gefahr laufen, schlechter zu stehen als im Verhältnis zu anderen Abnehmern, etwa hoheitlichen Entscheidungsbefugnissen gegenüberzustehen, einer eingeschränkten Haftung o.ä. Oder wenn ich einer öffentlichen Körperschaft Räume vermiete, möchte ich nicht Gefahr laufen, ihr gegenüber schlechtere Bedingungen als gegenüber privaten Mietern zu haben. Der Bürger kann m.a.W. ein dringendes Interesse daran haben, daß der Staat ihm unter denselben Bedingungen wie ein Privatmann gegenübertritt. Und ob Sie das nun „allgemeines Recht“ oder wie sonst immer nennen, es ist doch das Privatrecht, das in diesen Fällen als allgemeines Recht vom Staat angewandt wird.

Erst wenn wir in den Bereich der Verwaltungssagen kommen, bei denen sich der Staat des Privatrechts bedient, zeigt sich, das ist einzuräumen, eine gewisse Fragwürdigkeit solcher Ausstattung des Staats mit Privatrecht. Aber wir sollten dabei doch andererseits auch bedenken, daß historisch gesehen das Privatrecht dem Staat eine Flexibilität seines Handelns gegeben hat, die in vielen Bereichen notwendig war und die er in Ermangelung öffentlich-rechtlicher Normen nicht gehabt hätte, wenn ihm diese Möglichkeit versagt geblieben wäre. Bedenken, die sicherlich berechtigt waren, im Hinblick auf den Rechtsschutz des Bürgers, den Grundrechtsschutz und so fort, sind nach meiner Überzeugung durch den Gedanken einer öffentlich-rechtlichen Überlagerung des Privatrechts – nichts anderes besagt ja der Ausdruck „Verwaltungsprivatrecht“ – weitgehend ausgeräumt worden. Wenn man das alles jetzt beiseite tun will, dann müßte man mich erst einmal davon überzeugen, daß man eine bessere Lösung weiß. Herr *Schachtschneider* hat ein sehr kluges Buch darüber geschrieben, aber – verzeihen Sie, Herr *Schachtschneider*! – überzeugen können hat es mich bislang nicht.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Vogel*. Jetzt Herr *Zacher*.

Zacher: Ich will ausgehen von der Feststellung von Herrn *Burmeister*, daß wir Maßstäbe brauchen, um Einzelakte zu messen. In der Tat: nach meiner Überzeugung ist das Denken in Rechtsverhältnissen die Suche nach solchen Maßstäben. Wenn sich in komplexen Dauerrechtsverhältnissen etwas verändert, muß ich wissen, woran ich eine solche Veränderung messen kann.

Das Denken in Rechtsverhältnissen ist eine Provokation, solche Fragen auf Vorrat – durch einen materiellen Ordnungsvorrat – zu lösen. Und hier befinde ich mich, wenn ich recht sehe, in voller Übereinstimmung mit Herrn *Oldiges*, der gesagt hat, daß man mit Hilfe des Denkens in Rechtsverhältnissen die Rechte und Pflichten genauer abwägen kann. Natürlich, Herr *Meyer*, Sie haben zu Herrn *Oldiges* gesagt: daß da nun die allgemeinen rechtsstaatlichen Anforderungen, daß die hier zur Geltung kommen sollten, „geschenkt, geschenkt!“ Wenn aber die allgemeinen rechtsstaatlichen Anforderungen, wenn sie sozusagen vom Himmel des Verfassungsprinzips auf die bloße Erde fallen, wenn da kein Gerüst dazwischen ist, wo man sie zwischendurch auffängt, ordnet und den Problemen näherbringt, eben jene mittlere Abstraktionsebene, wenn man diese Anforderungen immer ganz oben in der Abstraktion läßt und bloß auf den Einzelfall auftreffen läßt, dann ergeben sie ja nur Einzelfallkasuistik. Sie werden sagen, auch die kann man fortentwickeln. Wenn sie aber fortentwickelt wird, wird sie in der Tat doch auf eine mittlere Abstraktionsebene

geraten. Und da würde ich auch Herrn *Maurer* noch einmal widersprechen. Die Frage, wie sehr das Rechtsverhältnis geeignet ist, Systeme zu entwickeln, Systemdenken aufzubauen, hat er ja offengelassen. Gerade das aber soll das Denken in Rechtsverhältnissen bewirken. Das Denken in Verwaltungsakten ist keine Alternative dazu.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Zacher*. Jetzt Herr *Ress*.

Ress: Mir scheint, daß die rechtsvergleichende Betrachtung zu kurz gekommen ist. Deshalb möchte ich wenigstens einen Versuch in dieser Richtung unternehmen. Wir haben eine Reihe von Referaten über die Rechtsverhältnisse in der Schweiz, Österreich und der Bundesrepublik Deutschland gehört. Was fehlt und was wir leisten müßten, ist wirkliche Rechtsvergleichung, nämlich das Ineinander-In-Beziehung-Setzen der in den Referaten zutage getretenen Ergebnisse anhand bestimmter Kriterien (tertium comparationis). Ein solches Kriterium könnte z.B. sein, welche Folgen die rechtliche Ausgestaltung des Verwaltungsprozeßrechts auf die Zuordnung von Rechtsverhältnissen zum Privatrecht und zum öffentlichen Recht hat.

Was fasziniert und Fragen aufwirft ist doch die Tatsache, daß in Österreich nach wie vor ein Regelungsmodell besteht, welches stark von den Klageformen im Verwaltungsprozeßrecht geprägt ist. Es gibt keine eigene oder allgemeine Zulässigkeitsregelung für den Verwaltungsprozeß, sondern die Zulässigkeit richtet sich nach den Klageformen. An diese anknüpfend – ausgerichtet an Bescheidbeschwerde, Maßnahmebeschwerde und Säumnisbeschwerde – orientiert sich auch die Klassifikation der öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Handlungsformen der Verwaltung. Der in Österreich gefundene „Ausweg“, d.h. die Zuordnung der Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung in das Privatrecht, jedenfalls im wesentlichen, ist die Folge der konkreten Ausgestaltung der Klageformen in Österreich. Auf der anderen Seite ist es eine Folge der deutschen Verwaltungsgerichtsordnung und ihrer Systematik, daß bei uns die Einordnung in anderer Weise stattgefunden hat. Aufgrund der allgemeinen Zulässigkeitsregelung im deutschen Verwaltungsprozeßrecht mit der Ausrichtung am Begriff der „öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten“ hat eine völlig andere Entwicklung stattgefunden, die möglicherweise nicht eingetreten wäre, hätten wir diese Öffnung des Verwaltungsprozesses über § 40 VwGO nicht gehabt. Die verwaltungsrechtliche Systematik der Handlungsformen und die Zuordnung zum öffentlichen oder privaten Recht ist – so scheint es im Vergleich – von dieser prozessualen Einordnung abhängig. Nicht irgendwelche historischen „Zufälligkeiten“ bestimmen das Ergebnis verwaltungsrechtlicher Systematik, sondern die systembildende Natur prozessualer Regelungen.

Daraus ergibt sich für mich eine – auch vom Ergebnis her zu stellende – Frage. Wir haben eine Fülle von Schwierigkeiten mit der Zuordnung einzelner Rechtsbereiche und Streitigkeiten zum öffentlichen oder zum privaten Recht, d.h. aber vom Verwaltungsprozeßrecht aus gesehen: Rechtswegprobleme, die in der bisherigen Diskussion und in den Referaten anklangen. Immer wieder wird in der Literatur die Frage aufgeworfen: Ist es nicht an der Zeit, bei uns die öffentlich-rechtlichen Verhältnisse zu entprivatisieren und die – in einer Übergangsphase so fruchtbaren – Konstruktionen von Misch- und Doppelverhältnissen, von Stufentheorien u.ä. fallen zu lassen, um zu einer öffentlich-rechtlichen Einheitskonzeption zu finden? Mit anderen Worten, einen nicht unerheblichen Teil dessen, was im Verwaltungsprivatrecht sich abspielt, ins öffentliche Recht hinüberzuziehen, auch mit der Folge des dann gegebenen Rechtswegs zu den Verwaltungsgerichten? Die Judikatur der deutschen Verwaltungsgerichte zeigt sich diesen Tendenzen gegenüber in gewisser Weise abgeschlossen. Wie steht es demgegenüber in Österreich? In Österreich wird dieser gesamte Rechtsbereich nach wie vor über die ordentliche Gerichtsbarkeit abgewickelt. Es wäre jetzt interessant, in einem Vergleich der Rechtsprechung zu den Verwaltungsrechtsverhältnissen in der Bundesrepublik und in der Schweiz zu untersuchen, wie das „Verwaltungsrechtsverhältnis“ von der ordentlichen Gerichtsbarkeit in Österreich im einzelnen ausgeprägt und ausgestaltet worden ist, d.h. von einer Judikatur, die im Grunde nicht darauf eingestellt ist, öffentliche Zweckbindungen zu berücksichtigen. Derartige Bedenken haben in der Bundesrepublik zu dem Versuch geführt, diese Verhältnisse als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren und den Verwaltungsgerichten zuzuweisen. Wie ist nun diese Einordnung in Österreich als privatrechtlich im Vergleich mit der öffentlich-rechtlichen Deutung unserer Verwaltungsrechtsverhältnisse im Ergebnis zu beurteilen? Welche grundlegenden Unterschiede ergeben sich im Detail und im Ergebnis aus dieser unterschiedlichen Klassifikation? Ich stelle nur diese Fragen, deren Beantwortung, wenn ich es recht sehe, eine intensive Rechtsvergleichung verlangt, die noch zu leisten wäre.

Ich möchte noch auf ein spezifisches Problem aufmerksam machen, welches mit der Einordnung der Rechtsverhältnisse in privatrechtliche und öffentlich-rechtliche zusammenhängt. Es ist von einer „allgemeinen“ Kategorie des Rechts gesprochen worden, sozusagen einer Kategorie des neutralen Rechts, das weder Privatrecht noch öffentliches Recht ist. Eine solche Position war an sich der Ausgangspunkt der Common-Law-Länder, in denen sich erst mühselig und auch nicht unangefochten eine Art administrative Law emanzipiert. Dort finden wir dieses Denken in einem allgemeinen, nicht näher spezifizierten Recht, aus dem sich dann erst, je nach bestimmten Aufgaben, Zweck-

ken und Funktionen auch Kategorisierungen, d.h. Ordnungsfunktionen einzelner Rechtsbereiche herausbilden. In Großbritannien hat diese Entwicklung nicht zur Auflösung der allgemeinen Gerichtsbarkeit geführt, sondern allenfalls zur Zuordnung bestimmter Rechtsprinzipien zu bestimmten Rechtsbereichen, die es natürlich dann auch abzugrenzen gilt. Eine solche Betrachtung hat sicher bestimmte Vorteile, insbesondere für den rechtsschutzsuchenden Bürger.

Ich möchte aus der Sicht des an international-rechtlichen Problemen Interessierten noch eine Frage anschließen. Wie werden jene Rechtsverhältnisse eingeordnet, in denen sich die grenzüberschreitende Kooperation vollzieht, z.B. die Verträge deutscher Gemeinden mit ausländischen Gemeinden, die – zum Teil auch die Erledigung öffentlicher Aufgaben einschließenden und öffentliche Haushaltsmittel in Anspruch nehmenden Partnerschaftsabkommen von Städten, die Kooperationsverträge deutscher Universitäten mit ausländischen Universitäten usw.? Folgen wir der These von Herrn *Burmeister*, daß in diesen Fällen die öffentlich-rechtliche Handlungsform nach der Rechtsordnung in der Bundesrepublik Deutschland geboten ist, dann ergeben sich nicht nur erhebliche Probleme aus dem Territorialitätsprinzip, sondern auch aus der Frage, ob die öffentlich-rechtliche Handlungsform deutschen Rechtsträgern dieser Art zu Handlungen über die Grenze überhaupt zur Verfügung steht. Aus dem Territorialitätsprinzip folgt nicht nur die Vermutung, daß Rechtssätze des deutschen öffentlichen Rechts sich in ihrem räumlichen Geltungsbereich auf die Bundesrepublik Deutschland beschränken und ihnen auch, jedenfalls in der Regel, keine Schutzwirkung zugunsten von Bewohnern im Ausland zu entnehmen ist. Aus dem Territorialitätsprinzip ergeben sich auch Bedenken dagegen, die Handlungsform des öffentlich-rechtlichen Vertrages zur Gestaltung grenzüberschreitender Kooperationsformen einzusetzen. Denn die Ermächtigungsnorm zum Abschluß öffentlich-rechtlicher Verträge geht davon aus, daß es sich um Vertragsgestaltungen innerhalb der Bundesrepublik Deutschland handelt. Es kann nicht davon ausgegangen werden, daß die Ermächtigung zum Abschluß öffentlich-rechtlicher Verträge durch die Unterwerfung unter ein fremdes öffentliches Recht im Rahmen eines öffentlich-rechtlich gedeuteten grenzüberschreitenden Vertrages ermöglicht. Erhalten wir uns dagegen in diesen grenzüberschreitenden Zusammenhängen die privatrechtlichen Handlungsformen auch für die öffentliche Hand, so ergeben sich weit weniger Probleme. Die Frage des auf derartige Verträge anwendbaren Rechts würde dann unter Anwendung des IPR auch bei Beteiligung öffentlich-rechtlicher Rechtsträger zu klären sein. Ich will damit nicht behaupten, daß die privatrechtliche Handlungsform eine in jeder Hinsicht befriedigende Lösung

für grenzüberschreitende Verträge von Selbstverwaltungskörperschaften bildet, es handelt sich aber um einen Gestaltungsbereich, dessen Praxis offensichtlich ist und dessen Notwendigkeit nicht abgestritten werden kann. Ein anderer Lösungsansatz wäre – natürlich ebenfalls nicht unproblematisch – darin zu sehen, diese Art grenzüberschreitender vertraglicher Beziehungen in das Völkerrecht und damit in eine Handlungsbefugnis – auch unterstaatlicher Rechtsträger – in diesem Bereich einzuordnen.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Ress*. Das war ein zweiter österreichischer Widerhall, diesmal aus Saarbrücken. Jetzt wollte Herr *Burmeister* noch das Wort ergreifen.

Burmeister: Es ist für die Bagatellisierung der Problematik symptomatisch, daß Sie, Herr *Vogel*, die staatliche Bedarfsdeckung wieder einmal am Beispiel des Kaufs von Scheuersand festmachten. Das wird der realen Bedeutung der Bedarfsdeckung einfach nicht gerecht: Nahezu ein Drittel des Haushaltes wird für staatliche Bedarfsdeckung ausgegeben, insbesondere erfolgt die gesamte Deckung mit militärischen Ausrüstungsgütern auf der Grundlage und mit den Mitteln des Privatrechts. Die Zuordnung dieses Bereichs zum Privatrecht hat beispielsweise eine Verwässerung der parlamentarischen Kontrolle zur Folge und führt im übrigen zur Unterwerfung dieses Bereichs unter die Kontrollzuständigkeit der Zivilgerichte, denen – wie die Rechtsprechung lehrt – nicht gerade eine besondere „Empfindsamkeit“ gegeben ist, die spezifisch öffentlichen Bindungen in solchen Rechtsverhältnissen zum Tragen zu bringen. Die zivilgerichtliche Kontrollzuständigkeit über weite Bereiche öffentlicher Verwaltung, die fälschlich an der Handlungsform und nicht an der Funktion ansetzt, ist wirklich ein Dilemma.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Burmeister*. Herr *Vogel*, ja, Sie können sogleich sprechen.

Vogel: Ich darf nur noch ganz kurz antworten. Herr *Burmeister*: ich räume ja ein, daß es Bereiche gibt, in denen die öffentlich-rechtliche Kontrolle, also die Anwendung öffentlich-rechtlicher Normen geboten ist, sei es das Privatrecht überlagernd oder sei es ausschließlich. Nur: mir scheint, daß Sie das Privatrecht mit dem Bade ausschütten. Dem wollte ich widersprechen.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Vogel*. Nun Herr *Löwer*.

Löwer: Herr *Burmeister*, Sie haben hier Ihre bekannte Aversion gegen das Verwaltungsprivatrecht neuerlich vorgetragen. Dabei um-

faßt Ihr Vorwurf auch die Bedarfsdeckung durch die fiskalische Tätigkeit im Sinne erwerbswirtschaftlicher Tätigkeit. Ich weiß auch, daß der Beteiligungsbericht der Bundesregierung bald fünf Zentimeter dick ist, und ich weiß für alles dies auch nicht unbedingt eine kompetenzrechtliche Rechtfertigung. Nur mit Leistungsverwaltung hat das ja nichts zu tun. Wir sollten bezüglich der Leistungsverwaltung dogmengeschichtlich nicht vergessen, daß die Entdeckung des Privatrechts für die staatliche Leistung eine rechtsstaatliche Tat gewesen ist, denn ohne dieses Privatrecht hätte es keinen Rechtsschutz gegeben. Und dann kam *Otto Mayer* aus Straßburg herüber und lehrte: Leistungen würden anstaltlich dargeboten und unterstünden deshalb dem öffentlichen Recht. Ich hätte deshalb Ihren Beitrag, Herr *Burmeister*, auf der Tagung 1929, als *Lutz Richter* und *Arnold Köttgen* über die Anstalt berichteten, verstanden. Damals bestand die Gefahr, daß die öffentliche Verwaltung sich von kompetenzrechtlichen Bindungen durch die Wahl der Privatrechtsform freimachte. Aber wie ist die weitere Entwicklung verlaufen? Wir haben die Anstalt genommen und das Privatrecht und haben so als gewachsene Rechtsordnung jetzt Verwaltungsprivatrecht vor uns. Nur, dieses Verwaltungsprivatrecht ist vollständig kompetenzgebunden. Es gibt da keine Bequemlichkeit, die den Offizier genötigt hat, die Uniform auszuziehen und im Anzug tanzen zu gehen, wie *Walter Jellinek* sinngemäß bemerkt hat. Diese Freiheit haben wir der Verwaltung doch genommen. Wir haben Stück für Stück das öffentliche Recht in das Verwaltungsprivatrecht hineingetragen. Und nun haben wir so eine Zone des Gemeinrechts, wo es weithin folgenlos bleibt, ob der Staat privatrechtlich agiert oder öffentlich-rechtlich. Es macht keinen Unterschied, ob ich qua faktischem zivilrechtlichem Vertrag in ein öffentliches Verkehrsmittel einsteige oder kraft schlicht hoheitlich angebotener Nutzung. Es ist folgenlos. Und weil es ohne wesentliche Bedeutung ist, brauchen wir eigentlich so große Kontroversen um dieses Thema beim Verwaltungsprivatrecht, wohlgemerkt, nicht zu führen. Für die erwerbswirtschaftliche Betätigung und die Unmöglichkeit, diese kompetenzrechtlich zu rechtfertigen, gebe ich Ihnen recht. Und bei der Bedarfsdeckung könnte man über die Publizierung noch nachdenken, nur beim Verwaltungsprivatrecht ist das eigentlich kein Problem mehr.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Löwer*. Herr *Zuleeg* und dann Herr *Meyer*.

Zuleeg: Ganz kurz angeknüpft an den Satz, es sei völlig gleichgültig, ob sich das Rechtsverhältnis nach Privatrecht oder nach öffentlichem Recht richtet. Die Grundrechtsbindung kann auch im Privat-

recht durchgesetzt werden. Wir haben aber keine Bindung für das Verwaltungsprivatrecht, die dem Verwaltungsverfahrensgesetz und allen speziellen Gesetzen entspricht. Insoweit ist das Verwaltungsprivatrecht noch längst nicht genügend öffentlich-rechtlich überlagert. Und wenn es soweit käme, daß es bis in jede Einzelheit öffentlich-rechtlich überlagert wäre, dann frage ich Sie, warum dann noch Privatrecht anzunehmen ist.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Zuleeg*. Herr *Meyer*.

Meyer: Erstens bezweifle ich, daß die VEBA den Grundrechten unterliegt. Zweitens bin ich im Gegensatz zu Herrn *Schachtschneider* der Ansicht, daß wir durchaus auch im öffentlich-rechtlichen Bereich in begrenztem Umfang von Autonomie sprechen können. Was ist denn Ermessen, was ist Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers anders als Autonomie? Und darum kann man es durchaus für legitim halten, Rechtsfiguren anzuwenden, die auf ein System oder auf Rechtssubjekte zugeschnitten sind, für die Autonomie eine dominierende Bedeutung hat. Freilich sind diese Rechtsfiguren nur zu einem Teil oder nur beschränkt anwendbar, nämlich nur insoweit, als die Autonomie reicht. Aber Schwierigkeiten sehe ich nicht. Wenn die Gemeinde ein Rathaus baut, ist das ein ziemlich autonomer Akt. Er ist mindestens so autonom, wie wenn Sie Ihr eigenes Häuschen bauen. Warum sollte für solche Fälle und für die dazu notwendigen Rechtsbeziehungen nicht das Privatrecht zur Verfügung stehen? Vielleicht sollte man das Kind nicht unbedingt mit dem Bade ausschütten.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Meyer*. Wir hätten noch vier Minuten bis 17 Uhr. Es ist also noch Zeit für einen oder zwei Redner gegeben. Herr *Schachtschneider*.

Schachtschneider: Herr *Meyer*, erlauben Sie dazu eine kleine Bemerkung. Man muß Autonomie von Unabhängigkeit unterscheiden. Der Staat ist durchgehend an Gesetze gebunden. Während Autonomie dadurch gekennzeichnet ist, daß der Mensch sich selbst die Zwecke setzt. Die Selbstzweckhaftigkeit eignet dem Staat in keiner Weise. Er darf sie sich auch nicht zueignen. Autonomie ist Recht zur Willkür um der Pflicht zur Sittlichkeit willen. Das paßt auf den Staat nicht. Er ist meinetwegen ein sittlicher Staat, weil er durchgehend diesen Gesetzen, die auf der Autonomie beruhen, unterworfen ist, aber die Selbstzweckhaftigkeit fehlt ihm. Es ist ein grundsätzlicher Fehler, sage ich mit aller Deutlichkeit, Autonomie mit Unabhängigkeit zu identifizieren.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Schachtschneider*. Es liegen keine weiteren Wortmeldungen zu den Punkten 3 und 4 vor, also zu den Komplexen: Erarbeitung neuer Regeln, brauchen wir neue Interpretationen?, Appell an den Gesetzgeber usw., ferner zu der Frage, ob der Begriff des Rechtsverhältnisses in irgendeiner Weise den Gesetzesvorbehalt unterlaufen würde, weil nämlich Nebenpflichten zugunsten oder zu Lasten des Bürgers konstruiert werden könnten. Aber wahrscheinlich ist es ohnehin zu spät, um das noch gründlich durchzudiskutieren, und deswegen möchte ich jetzt das Wort zurückgeben an die Referenten, wobei wir diesmal vielleicht in umgekehrter Reihenfolge verfahren sollten.

Herr *Krause*, ich darf Sie dann zunächst bitten.

Krause: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, gestatten Sie mir zunächst ein paar Bemerkungen zu einigen allgemeinen Diskussionsbeiträgen, die mich sehr überrascht haben. Den darin angesprochenen Gegensatz zwischen einer Orientierung des Verwaltungsrechts am Verwaltungsakt oder am Verwaltungsrechtsverhältnis – an Regelaßnahme oder Regelungserfolg – habe ich nie gesehen und kann ihn auch jetzt nicht sehen. M.E. sind beide Orientierungen in vollem Umfange kompatibel. Wenn ich in These 1 gesagt habe, daß der Verwaltungsakt als leere Handlungsform ungeeignet ist, galt das nicht als Absage, vielmehr habe ich darauf drängen wollen, diese Handlungsform anzufüllen mit materiellen Rechtsinhalten, und den materiellen Rechtsinhalt, den ein Verwaltungsakt oder eine andere Regelaßnahme jeweils herbeiführen wollen und sollen, bezeichne ich als Verwaltungsrechtsverhältnis. Nun mag man sich darüber streiten, ob das Rechtsverhältnis der richtige Name für die konkrete inhaltlich bestimmte Rechtsbeziehung zwischen einzeInem und Träger öffentlicher Verwaltung ist. Wir können dafür auch andere Bezeichnungen verwenden. Vielleicht fällt Herrn *Meyer* ein besseres Wort für die Sache ein. Ich habe aber gemeint, nachdem der Vorstand das Thema gestellt hat, das Wort Rechtsverhältnis in diesem Sinne verwenden und verstehen zu können.

Damit zur Sache selbst. Der erste Punkt betrifft die Frage, ob die Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung vom Zivilrecht her zu begreifen sind. Ich hatte gehofft, in meinem Vortrag und in These 4 meine Vorbehalte dagegen, das Zivilrecht einfach als Modell zu übernehmen, deutlich hervorgehoben zu haben. Ich habe an verschiedenen Stellen die grundsätzliche Andersartigkeit betont – vielleicht nicht dezidiert genug, darum noch einmal: Ich halte das Modell des Zivilrechts prinzipiell für nicht geeignet, Verwaltungsrechtsbeziehungen zu erfassen. Ein wenig möchte ich allerdings Herrn *Burmeister* und Herrn *Schachtschneider* widersprechen: Ich meine, daß es gleich-

wohl durchaus sinnvoll sein kann, gewisse Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung in Formen des Zivilrechts abzuwickeln, und teile keineswegs Ihre allzu rigorosen Zweifel, ob der öffentliche Zweck, wie die Bindungen des öffentlichen Rechts und der Verfassung sich auch im Zivilrecht durchsetzen lassen. Es ist dazu nur erforderlich, die grundlegende Differenz des Status der privatautonomen Zivilrechtsperson und der gebundenen Träger der öffentlichen Gewalt im Bewußtsein zu halten.

Die wichtigste klärungsbedürftige Frage geht für mich dahin: Wie verhalten sich die Beteiligten in der Leistungsbeziehung selber, d.h. nachdem diese begründet worden ist? Der Gedanke, das Gesetz, die Verfassung oder der Begründungsakt würden das alles schon regeln, ist nicht tragfähig. Herr *Raschauer* hat vorhin gemeint, die Hauptpflichten stünden wenigstens in vollem Umfange fest, es ginge nur um die Nebenpflichten. Meine Damen und Herren, solange die Leistungen in derartig Einfachem bestehen, sind die Hauptpflichten selbstverständlich alle eingehend vorweg zu regeln. Das wird aber ganz anders, sobald ein allgemeiner öffentlicher Zweck in Sach- und Dienstleistungen umzugießen ist. Dann sind auch Hauptpflichten zu konkretisieren, und zwar weit über das Maß hinaus, das der Begründungsakt geleistet hat und leisten konnte. Herr *Öhlinger* hat von 12 Jahren Schule gesprochen, in denen die öffentlichen Erziehungsziele alltäglich konkretisiert werden müssen. Das Ziel der Gesunderhaltung und Heilung muß bei jeder Arztbehandlung präzisiert werden. Ähnliches gilt für zahlreiche andere Leistungsbeziehungen. Zu ihrer Konkretisierung bedarf es allgemeiner Modelle. Dafür bedarf es Verfahren der Kooperation. Dafür brauchen wir Begriffe, die die Aufgabe beschreiben. Die Verwaltungsverfahrensgesetze leiten zwar auf den Verwaltungsakt hin, aber sie leiten nicht mehr weiter, wenn es um die Verwirklichung der mit ihm festgestellten oder begründeten Rechtsverhältnisse durch die Beteiligten geht.

Damit zur Forderung nach einer Kodifikation. Für eine Kodifikation ist es gegenwärtig noch viel zu früh. Und was eine Kodifikation wirklich zu leisten vermag, darf nicht überschätzt werden. Sie wird jedenfalls nicht alle Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung abschließend in Typen erfassen können. Das hat auch das Zivilrecht sicherlich nicht vermocht, wie Herr *Götz* schon gesagt hat. Das Zivilrecht bietet kein abgeschlossenes System aller Rechtsverhältnistypen. Das Bild einer solchen Geschlossenheit konnte es vielleicht einem Betrachter von außen, vor allem bald nach dem Erlaß des BGB vermitteln, etwa von 1900 bis 1905, aber ich glaube, nicht einmal in jener Zeit war es vollständig. Bald darauf hat jedenfalls die Kritik an der Tauglichkeit vorhandener Zivilrechtsverhältnistypen eingesetzt. Das Zivilrecht ist aber stets bereit gewesen und geblieben, sich auf die

Aufgabe der dogmatischen Fortentwicklung der Rechtsverhältnisse nicht von dem Begründungsakt, sondern von ihrem Inhalt und vom materiellen Recht her einzulassen. Eine solche Offenheit ist auch im Bereich des öffentlichen Rechts, des Verwaltungsrechts gefordert. Um die konkreten Probleme der Abwicklung von Rechtsverhältnissen in der Zeit zu erkennen, sich auf sie besinnen und sie zu Lösungen führen zu können, ist eine allgemeine Betrachtung hilfreich. Daß die Probleme und ihre Lösungen unterschiedlich sind in den verschiedensten Gebieten des besonderen Verwaltungsrechts, Herr *Maurer*, werde ich jederzeit zugeben; das bedeutet aber nicht, daß sie nicht durch allgemeine Kategorien erfaßt werden könnten. Nur dadurch wird es regelmäßig gelingen, das Problem überhaupt zu stellen. Lassen Sie mich das an einem Beispiel verdeutlichen. Natürlich regelt das besondere Verwaltungsrecht die Rechtsnachfolge überall anders. Dennoch wird der Begriff „Rechtsnachfolge“ durchgängig verwendet. Das mit ihm gestellte allgemeine Problem mußte erst einmal am allgemeinen Modell des Verwaltungsrechtsverhältnisses festgemacht werden, und dann konnte es im konkreten Zusammenhang des besonderen Verwaltungsrechts sachgerecht gelöst werden. Tatsächlich wird auch so verfahren: In den Lehrbüchern des Verwaltungsrechts wird die Rechtsnachfolge unter dem Oberbegriff des Verwaltungsrechtsverhältnisses generell abgehandelt. Ein anderes Beispiel: Die Frage einer Aufkündigung der Dauerrechtsbeziehung mag sich in vielen Rechtsgebieten ganz verschieden darstellen. Noch nicht einmal im Sozialversicherungsrecht finden sich durchgängig gleiche Lösungen, andere für das Krankenversicherungs- und andere für das Rentenversicherungsrechtsverhältnis, und sogar im Krankenversicherungsrecht finden sich solche für das Verhältnis der Krankenkasse zum Versicherten und andersartige für ihr Verhältnis zum Kassenarzt; dennoch bleibt die Kündbarkeit ein durchgängiges Problem für alle Dauerrechtsverhältnisse und muß als solches außerhalb des Besonderen Verwaltungsrechts artikuliert werden und in einem generellen Schema seiner konkreten Ordnung einen Ort finden. Ist das geschehen, lassen sich die Lösungen in den verschiedenen besonderen Verwaltungsrechtsgebieten aufsuchen, vergleichen, kritisieren, verfeinern, u.U. auch angleichen. Ein Entwurf zu einem solchen Schema war eigentlich alles, was ich Ihnen zu geben hatte. Ich kann Ihnen daher jetzt nur noch danken für Ihre lebhaftete Diskussion und hoffen, daß mein Beitrag doch den Anstoß vermittelt, weiter über die Sache nachzudenken.

Vorsitzender: Das Wort hat Herr *Öhlinger*.

Öhlinger: Auch ich muß mit einer Entschuldigung beginnen. Daß die äußere Form meines Thesenpapiers, Herr *Ipsen*, nicht den Regeln

entspricht, liegt daran, daß ich diese Regel in der Tat nicht kannte. Wahrscheinlich habe ich einmal nicht zugehört.

Im übrigen muß ich aber für diese Diskussion danken. Auch wenn Herr *Ress* zutreffend festgestellt hat – es war wohl nicht als Kritik gemeint –, daß die Rechtsvergleichung jetzt erst beginnen muß, daß wir hier nur Vorarbeit dafür geleistet haben, so ist hier und heute doch etwas geschehen, was meines Wissens schon seit Jahren, wenn nicht seit Jahrzehnten am verwaltungsrechtlichen Tag der Tagung unserer Vereinigung nicht mehr der Fall war: daß das österreichische Verwaltungsrecht angesprochen wurde, und zwar nicht nur in ein, zwei kurzen Bemerkungen, sondern in einer sehr intensiven Weise. Ich halte das deshalb für so wichtig, weil sich kein anderer Bereich des Rechtes so wie das Verwaltungsrecht in Österreich und in Deutschland in seinen Grundlagen auseinanderentwickelt hat. Es gibt keinen anderen Rechtsbereich, in dem die Gesprächsbasis bereits so dünn geworden ist. Es ist dies nicht im Verfassungsrecht der Fall, wo es regelmäßig um vergleichbare Probleme geht. Und ich weiß von unseren Zivilrechtlern, Arbeitsrechtlern, Strafrechtlern usw., daß dort regelmäßige Diskussionen über die Grenzen hinweg stattfinden. Im Verwaltungsrecht haben sich Divergenzen gerade in den theoretischen und begrifflichen Grundlagen entwickelt, die bewirken, daß eigentlich schon seit Jahren kein Gespräch über die Grenzen hinweg stattfindet. Heute hat es dafür zumindest Ansätze gegeben. Man muß dem Vorstand dafür dankbar sein, daß er eine Organisationsform wählte, die dies möglich machte.

Herr *Ipsen* hat mehrere Fragen an mich gerichtet. Sie sagten, daß Sie die strikte Betonung des Legalitätsprinzips in Österreich auf der einen Seite und den weiten Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung, in der dieses nicht gilt, auf der anderen Seite nicht verstünden. Ich könnte es mir jetzt einfach machen und mit einem Zitat belegen, daß auch mir dies zu verstehen schwer fällt. Hier liegt in der Tat ein schwer verständlicher Bruch der Verwaltungsdogmatik vor. In Wahrheit ist das, was man in Österreich „Privatwirtschaftsverwaltung“ nennt, das Ventil einer ansonsten sehr rigorosen Dogmatik – der Bereich, in den man flieht, wenn man mit den traditionellen Kategorien des öffentlichen Rechtes Schwierigkeiten hat.

Zur Frage, wie es um die Pläne einer Verrechtlichung der Förderungsverwaltung steht: das Thema dürfte ad acta gelegt worden sein. Konkrete und umfassende gesetzliche Regelungen zeichnen sich nicht ab.

Herr *Bachof* hat gegen meinen Hinweis darauf, daß in Österreich der Begriff des Gewaltverhältnisses gewissermaßen eliminiert und durch einen allgemeinen und inhaltsleeren Begriff des Rechtsverhältnisses ersetzt wurde, polemisiert. Natürlich gibt es auch in Österreich

die Staatsgewalt. Allerdings nicht im Verfassungstext. Dort wurde sie bewußt gestrichen. Es heißt z.B. in Österreich nicht: „Alle Gewalt geht vom Volke aus“, sondern: „Das Recht geht vom Volke aus“. Gemeint ist damit – und dies wurde in Österreich stets sehr konsequent durchgehalten, wenn wir wieder vom Bereich der privatrechtsförmigen Verwaltung absehen –, daß es keinen allgemeinen Titel des Staates gibt, ohne rechtliche Grundlage Verwaltungsakte zu setzen. Es sollte damit der Begriff eines Gewaltverhältnisses als Legitimation konkreten Verwaltungshandelns ausgeschaltet werden. Im übrigen ist aber dieser Begriff des Rechtsverhältnisses so abstrakt, daß er nichts weiter besagt.

Damit komme ich zu der Frage, welchen Sinn es eigentlich hat, über „Rechtsverhältnisse“ zu sprechen. Ich habe mein Referat nicht nur allgemein auf eine „mittlere Abstraktionsebene“ gestellt, sondern gerade auch in dieser Frage – und dazu muß ich mich bekennen – eine Art Mittelposition eingenommen, nicht weil ich Mittelpositionen immer für den richtigen Weg halte. Sie sind vielmehr oft eine Ausflucht vor einer klaren Position. In dieser Frage scheint sie mir allerdings richtig zu sein. Ich habe versucht aufzuzeigen, wo auf der Ebene des allgemeinen Verwaltungsrechtes m.E. dieser Begriff in der Tat seine Berechtigung hat. Es ist dies ein schmaler Bereich. Herr *Zacher* mag damit unzufrieden gewesen sein und sich mehr erwartet haben. Es ist dies etwa der Bereich der Nebenpflichten, insbesondere der Betreuungspflichten der Verwaltung, wo man mit diesem Begriff durchaus zu konkreten Aussagen gelangen kann. Es ist dies sodann der Bereich der Leistungsstörungen und der fehlerhaften Leistungen überhaupt. Es ist dies ferner der Bereich der Dispositionen über öffentlich-rechtliche Ansprüche. Es mag dies wenig erscheinen. Wenn man aber – und hier gehe ich natürlich von der Erfahrung der österreichischen Praxis aus – die Verwaltungsrealität kennt, so sieht man, daß gerade in diesen Fragen die Praxis sehr viele Probleme hat. Es mag dies in Deutschland anders sein – tu felix Germania, Herr *Meyer*. Ich kann dazu nur herzlich gratulieren. Ich möchte aber nicht verhehlen, daß die Leistungen der deutschen Verwaltungsrechtsdogmatik in der Tat die Anerkennung des Österreichers ohne Vorbehalte verdienen.

Mit der Frage Rechtsverhältnis und Gesetzesvorbehalt hat Herr *Meyer*, wenn ich ihn richtig verstanden habe, eigentlich eine geradezu klassisch österreichische Position bezogen. Es ist für mich, der ich aus der österreichischen Tradition komme, selbstverständlich, daß ich mit dem Rechtsverhältnis nicht einen Begriff einführen kann, aus dem sich Rechtsfolgen ableiten lassen, die nicht irgendwie auf ein Gesetz zurückgeführt werden könnten. Nur, so einfach, daß man mit Subsumtionsschlüssen alle Probleme, die zwischen dem Gesetz und seiner Konkretisierung liegen, lösen könnte, ist es bekanntlich nicht. Ich

freue mich über die Geste Ihrer Zustimmung Herr *Zacher*. Ich habe die juristische Figur des Rechtsverhältnisses so verstanden, daß sie die Rechtskonkretisierung nach regelmäßigen Fallkonstellationen typisieren und so im Einzelfall anleiten und entlasten kann, oder vielleicht auch nur die Probleme, die sich hier stellen, deutlicher sichtbar machen kann. Ich meine, daß darüber hinaus die Figur des Rechtsverhältnisses Anleitungen für den Gesetzgeber bieten kann, und habe dies am Ende meines Referates zu zeigen versucht. In anderen Fällen wird sie Anleitung für die Judikatur bieten können. Sie kann aber nicht den Gesetzgeber substituieren. Herr *Raschauer* hat gemeint, daß meine etwas kritische Darstellung der konkreten Rechtssituation in Österreich, etwa im Bereich der Nebenpflichten der Behörden, doch etwas zu pessimistisch sei. Ich habe die Judikatur durchgesehen: die Fälle, in denen etwa der Grundsatz von Treu und Glauben eine konkrete Entscheidung trägt und nicht bloßes Dekor bleibt, lassen sich an einer Hand abzählen. Ich würde mich aber freuen, wenn es mehr gäbe.

Die Diskussion hat sich auf ein Problem konzentriert, das ganz grundsätzliche Fragen gerade des österreichischen Verwaltungsrechtes betrifft. Sie ist nach meinen Notizen eingeleitet worden mit dem Satz von Herrn *Burmeister*, daß der Begriff der „Privatwirtschaftsverwaltung“ ein verhängnisvoller Begriff sei. Es ist dies zunächst einmal nur ein Terminus der österreichischen Verwaltungsrechtsdogmatik, und es ist vielleicht zu wenig deutlich durchgeklungen, wird aber im schriftlichen Referat hoffentlich deutlicher werden, daß ich diesen Terminus nur dort gebraucht habe, wo ich referierte. Dort, wo ich eine eigene Position bezog, habe ich immer von „privatrechtsförmiger Verwaltung“ gesprochen. Der Terminus ist in der Tat verhängnisvoll. Allerdings muß ich als Österreicher die Problematik differenzierter sehen, und zwar gerade auch aus verfassungsrechtlichen Gründen. In der österreichischen Bundesverfassung ist ja die Fähigkeit des Bundes und der Länder, Träger von Privatrechten zu sein, in dieser Formulierung ausdrücklich verankert, und bezüglich der Gemeinden sogar noch deutlicher. Aber es stellt sich natürlich die Frage, wie man diese Formulierungen auslegt. Und da bin auch ich gegenüber der extrem weiten Auslegung der herrschenden österreichischen Lehre durchaus skeptisch. Mein Referat enthielt durchaus einige Kritik gegenüber der orthodoxen Position. Auf der anderen Seite meine ich aber, daß wir auf das Privatrecht für den Staat nicht verzichten können. Ich habe mich anlässlich dieses Referates etwas eingehender mit den Beziehungen zwischen Krankenanstalt und Patienten befaßt und bin dabei auf eine Fülle komplizierter Rechtsfragen gestoßen. Ich habe nur einige in meinem Referat angeschnitten. In diesem Bereich versagt nach dem gegenwärtigen Entwicklungsstand das öffentliche Recht als Antwort auf alle diese sehr differenzierten Probleme. Es mag dies in der Bun-

desrepublik Deutschland anders sein. Ich kann dann wieder nur sagen: Tu felix Germania. Ich meine, daß man in den Leistungsbeziehungen zwischen Verwaltung und Privaten auf das Privatrecht nicht völlig verzichten kann. Für einen Verzicht darauf, den Begriff der „Privatautonomie“ auf den Staat anzuwenden, würde allerdings auch ich plädieren. Wenn diese Tagung meine Fachkollegen in Österreich zu mehr Vorsicht in diesem Punkt veranlassen könnte, so wäre dies schon ein Fortschritt.

Es ist wohl nicht notwendig, daß ich auf alle Diskussionsbeiträge eingehe, die sich auf mein Referat bezogen. Ich wurde schon vormittags gerügt, daß ich die Zeit überschritten hätte. Ich danke jedenfalls noch einmal sehr herzlich.

Vorsitzender: Herr *Fleiner-Gerster*, bitte.

Fleiner-Gerster: Ich möchte mich dem Dank von Herrn *Öhlinger*, namentlich für die rechtsvergleichende Diskussion in jeder Beziehung anschließen. Ich war außerordentlich dankbar dafür, daß Sie in Ihren Voten immer auch den Bezug zum schweizerischen, österreichischen und deutschen Recht gezogen haben. Lassen Sie mich zur Rechtsvergleichung zwei, drei Bemerkungen noch anfügen: Erstens einmal glaube ich, Rechtsvergleichung ist, je länger, je notwendiger aus verschiedenen Gründen. Erstens, weil sie unsere Horizonte öffnet, zweitens, weil wir mehr und mehr international zusammenarbeiten und deshalb wissen müssen, wie im Verwaltungsrecht anderer Staaten zum Beispiel Umweltschutz vollzogen wird, und drittens zwingen uns die internationalen Konventionen, namentlich auch die EMRK, ich habe auf Art. 6 hingewiesen, mehr und mehr rechtsvergleichend zusammenzuarbeiten.

Schließlich, und das scheint mir im Bereich des Verwaltungsrechtes wichtig, können wir im Rahmen der Rechtsvergleichung Erfahrungen sammeln. Die heutige Tagung hat mir jedenfalls gezeigt, daß wir vom deutschen Verwaltungsrecht sehr viel lernen können. Wir sind im Rahmen unseres Verwaltungsrechtes, Herr *Bachof*, noch hinter dem zurück, was Sie namentlich mit Ihrer Verwaltungsklage, Klage auf Vornahme des Verwaltungshandelns, eingeleitet haben. Wir kennen die Leistungsklage im Verwaltungsrecht nicht. Das mag auch der Grund gewesen sein, weshalb ich einiges gefordert habe, was in der Bundesrepublik schon längst Realität ist.

Die Rechtsvergleichung im Verwaltungsrecht zwischen kontinentaleuropäischen und angelsächsischen Systemen ist aber auch von höchstem Interesse. Hier vielleicht nur eines der Beispiele, um Ihnen zu zeigen — ich konnte dies im Referat nicht darlegen — wie im Bereich des amerikanischen Rechts auf dem Gebiet der Leistungsverwal-

tung judiziert wird. Es gibt im amerikanischen Verwaltungsrecht die sogenannte „structural injunction“. Das ist die Klage auf Vornahme einer Leistung der Verwaltung, die aber dazu führt, daß die Leistung praktisch über die Ersatzvornahme durch das Gericht durchgeführt wird. Da gab es eine Klage eines schwarzen Mädchens, das nicht in eine Schule aufgenommen wurde. Das Gericht hat im Rahmen der structural injunction, nachdem es sah, daß die Schule Schwarze immer nachhaltig diskriminiert hatte, kurzerhand die Schule in eigene Verwaltung genommen. Ich sage nicht, man müsse solche Modelle bei uns unbesehen übernehmen. Ich erwähne das Beispiel nur, um zu zeigen, daß man im Rahmen des Verwaltungsrechts völlig anders denken kann. Im Rahmen des „Verwaltungsrechts“ des common law beispielsweise, ist natürlich auch von Bedeutung, daß, um den Begriff „Staatsgewalt“ hier aufzunehmen, Staatsgewalt in erster Linie den Gerichten und nur in zweiter Linie der Exekutive anvertraut ist. Dies entspricht auch einer ganz anderen Betrachtungsweise als derjenigen unseres Verwaltungsrechts. Und damit komme ich zurück auf die Rechtsverhältnisse: was den Verwaltungsakt anbetrifft, bin ich in der Tat der Meinung, daß wir ihn wieder unter Berücksichtigung der Rechtsvergleichung und der Rechtsgeschichte auf das zurückführen sollten, was er eben gewesen ist: ein „acte administratif contentieux“.

Es ist das die „quasi judicial decision“, wie wir sie noch heute im englischen Recht haben, also die richterähnliche Entscheidung, die dann von der nächsthöheren Instanz überprüft wird. Im amerikanischen Recht ist die „adjudication“, als richterähnliche Entscheidung, an den „administrative procedure act“ gebunden. Im übrigen aber sollte man für Entscheidungen im Rahmen des Verwaltungsrechtes nicht die schwerfälligen Verfahren in Gang bringen, indem wir, wie zum Teil auch im schweizerischen Verwaltungsrecht, das Institut der Verfügung überstrapazieren, sondern wir sollten nach neuen Formen der Zusammenarbeit und auch des Verwaltungshandelns suchen. Damit komme ich zum Begriff der Rechtsverhältnisse. Hier kann ich mich nur anschließen an das, was alle bereits gesagt haben. Es besteht kein Gegensatz zwischen Rechtsverhältnis und Verwaltungsakt. Die Frage ist immer nur die: Erstens einmal, wodurch wird ein Rechtsverhältnis begründet? Durch Gesetz, Verwaltungsakt, öffentlich-rechtlichen Vertrag, privatrechtlichen Vertrag? Die zweite Frage, die sich aber meines Erachtens eben sofort stellt, ist die: Ist es nicht notwendig, für die Dauerverhältnisse, namentlich der Leistungsverwaltung, nach Formen, und ich übernehme das, was Herr *Öhlinger* gesagt hat, nach Modellen zu suchen, wie sie auch Herr *Krause* dargelegt hat, die es uns erlauben, den entsprechenden Interessensituationen besser gerecht zu werden, als wenn wir lediglich vom Verwaltungsakt her die Dinge ansehen? Ich bin einverstanden, daß der Verwaltungsakt auch

langfristige Rechtsverhältnisse begründen kann, selbstverständlich, genauso wie das Gesetz. Aber, ich glaube, der Verwaltungsakt orientiert sich mindestens historisch zu stark an punktuellen Modellen, ähnlich wie etwa der punktuelle Kaufvertrag. Wenn man in Verwaltungsakten denkt, neigt man immer dazu, punktuell zu denken. Im Bereich der Leistungsverwaltung müssen wir uns aber darum bemühen, langfristig zu denken, uns zu überlegen, wie am sinnvollsten Lösungen für die Abänderung und Anpassung der Rechtsverhältnisse gefunden werden können, wie Dritte in diese Rechtsverhältnisse einbezogen werden müssen, wie diese Rechtsverhältnisse beendet und wie sie allenfalls begründet werden. Wir dürfen aber nicht nur von der Begründung der Rechtsverhältnisse her an die Betrachtungsweise herangehen, denn da denkt man zunächst an den Verwaltungsakt und weniger an den Vertrag. Wenn wir aber an die langfristigen Rechtsverhältnisse denken, scheint mir in der Regel – ich möchte hier nichts absolut sagen – der verwaltungsrechtliche Vertrag mindestens für die schweizerische Situation das angemessene Modell zu sein, wobei ich selbstverständlich einräumen muß, daß der verwaltungsrechtliche Vertrag nur dann sinnvoll ist, wenn er mit mehr Analogien aus dem Zivilrecht ausgestaltet wird. Der Verwaltungsakt als Verwaltungsakt – scheint mir – enthält zu viele Privilegien für die „Hoheitsträger“, namentlich für die private Verwaltungstätigkeit oder für den privaten Träger der Leistungsverwaltung, beispielsweise für eine private Krankenkasse, die hoheitliche Verfügungen erlassen kann, deren Fehler nach Ablauf der Rechtsmittelfrist geheilt und dann vollstreckt werden können, gleich wie etwa ein Steuerbescheid der Verwaltung. In diesen Fällen scheint mir die Privilegierung nicht gerechtfertigt und auch der Interessenlage nicht zu entsprechen. Im übrigen meine ich, daß im vertraglichen, inhaltlichen Verhältnis das gegenseitige Element viel stärker zum Ausdruck kommt.

Damit möchte ich mit einem weiteren rechtsvergleichenden Gedanken schließen. In einer Diskussion erfuhr ich kürzlich folgendes: Die Japaner, die mit schweizerischen Firmen verhandeln, kritisieren unser Rechtsdenken und behaupten, europäische Juristen seien gewohnt, lediglich in Rechten und Pflichten zu denken. Die Japaner hingegen beurteilen das Handeln nicht nach dem Gegensatz von Rechten und Pflichten, sondern unter dem Gesichtspunkt der Loyalität. Und ich würde meinen, im Bereich der Rechtsverhältnisse, wenn es um langfristige Rechtsverhältnisse geht, dann wäre die Loyalität auf seiten der Verwaltung wie auch auf seiten des Leistungsempfängers das Kriterium, an dem man sich orientieren sollte, und auf dem man – da bin ich mit Herrn *Krause* einverstanden – langfristig vielleicht eine Kodifikation aufbauen kann und soll. In diesem Sinne möchte ich hier schließen, nicht ohne dem Vorstand gedankt zu haben dafür, daß er

uns dieses schöne, ich meine, für die Schweiz nachhaltige Thema, gegeben hat.

Vorsitzender: Meine Damen und Herren! Zum Abschluß der Erörterungen dieses Tages möchte ich, auch im Namen des Vorstandes, den drei Referenten noch einmal sehr herzlich danken. Es ist vor allem den beiden ausländischen Referenten ein Thema aufgedrängt worden, das sie zunächst nicht gerne akzeptiert haben. Es erschien anfänglich etwas als Ausdruck eines deutschen Rechtsimperialismus. Aber wahrscheinlich werden Herr *Öhlinger* und Herr *Fleiner* nunmehr in ihren Ländern zu Klassikern dieser Rechtsdomäne des Leistungsverwaltungsrechts. Ob das Rechtsverhältnis sehr tragfähig ist als Rechtsfigur, ist zweifelhaft geblieben. Ich glaube aber, daß die Erörterungen dieses Tages zumindest für größere intellektuelle Klarheit gesorgt haben. Ich danke auch allen Diskussionsteilnehmern.

Zacher: Ich möchte auch noch einmal den Referenten beider Tage danken und Ihnen allen, die Sie an den Diskussionen teilgenommen haben. Daß der erste Tag ein guter Tag der Vereinigung war, das, glaube ich, steht außer Zweifel. Ich glaube ganz persönlich, daß auch der zweite Tag ein sehr wichtiger Tag war für die Arbeit der Vereinigung. Ich glaube das aus zwei Gründen: Erstens, weil er dem Drei-Länder-Verhältnis in der Vereinigung einen neuen Akzent gegeben hat. Es ist ja für das ganze Konzept der Vereinigung wichtig, daß dieses Gespräch über die drei Länder hin sich vollzieht. Das Zweite, warum ich glaube, daß es ein wichtiger Tag war: weil ich meine, daß diese Ergänzung der Rechts-, der Handlungsformen, des Denkens in Handlungsformen, durch Denken in Rechtsinhalten ein wichtiges petitum für unser Verwaltungsrecht ist. Ich bin ganz zuversichtlich, daß trotz der vielen Skepsis im Saale die Arbeiten, die heute geleistet worden sind, eine Zukunft haben.

Verzeichnis der Redner

Bachof S. 258, 279
Battis S. 263
Berka S. 94
Böckenförde S. 122
Bothe S. 267
Breuer S. 272
Burmeister S. 256, 285, 291
von Campenhausen S. 146
Ebsen S. 126
Fleiner-Gerster S. 300
Frotscher S. 277
Götz S. 265
Grimm S. 108
Häberle S. 114, 251
Haverkate S. 261
Hoffmann-Riem S. 129
H. P. Ipsen S. 254
Kisker S. 135
Krause S. 294
Kriele S. 94, 151
Lange S. 123
Löwer S. 291
Mantl S. 140
Maurer S. 280
H. Meyer S. 272, 276, 293
Öhlinger S. 296
Oldiges S. 275, 277
Oppermann S. 105
Partsch S. 127
Pirson S. 110
Püttner S. 283
Raschauer S. 269
Ress S. 288
Roellecke S. 113
Saladin S. 118
Soell S. 132, 134
Schachtschneider S. 136, 281, 293

Schmidt-Jortzig S. 128
Scholler S. 116
Staff S. 124
Steiger S. 142
Steinberg S. 139
Stettner S. 117
Thieme S. 137
Thürer S. 100
Tomuschat S. 250, 303
Vogel S. 120, 134, 286, 291
Wahl S. 134
Zacher S. 111, 287, 303
Zuleeg S. 138, 260, 292

Verzeichnis der Mitglieder der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer

Stand: 1.1.1987

Vorstand

1. *Zacher*, Dr. Hans F., o. Professor,
Starnberger Weg 7, 8134 Pöcking (0 81 57) 13 84;
Universität München (0 89) 21 80 27 25
2. *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
3. *Tomuschat*, Dr. Christian, Professor,
Kautexstr. 43, 5300 Bonn 3 (02 28) 43 00 67;
Universität Bonn (02 28) 73 91 72

Mitglieder

1. *Abelein*, Dr. Manfred, o. Professor,
Rheinweg 12, 5300 Bonn, (02 28) 2 56 92
(Universität Regensburg)
2. *Achterberg*, Dr. Norbert, o. Professor,
Küperweg 11, 4400 Münster, (0 25 34) 74 22;
Univ., (02 51) 83 27 61
3. *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
4. *Alexy*, Dr. Robert, Professor,
Düstere-Eichen-Weg 56, 3400 Göttingen (05 51) 4 11 87
Universität Kiel (04 31) 8 80 35 43
5. *Antoniolli*, Dr. Dr. h. c. Walter, o. Universitätsprofessor,
Ottensteinstr. 35, A-2344 Maria Enzersdorf, (0 22 36) 45 09;
(Universität Wien)
6. *Armbruster*, Dr. Hubert, o. Professor,
An der Allee 69, 6500 Mainz, (0 61 31) 3 19 50;
Univ., (0 61 31) 39 23 84

7. *Arndt*, Dr. Hans-Wolfgang, o. Professor,
Waldstr. 34, 6730 Neustadt/Weinstraße (0 63 21) 3 33 85
Universität Mannheim, (06 21) 2 92 51 95
8. v. *Arnim*, Dr. Hans Herbert, o. Professor,
Im Oberkämmerer 26, 6720 Speyer, (0 62 32) 9 81 23;
Hochschule Speyer, (0 62 32) 910 343
9. *Arnold*, Dr. Rainer, o. Professor,
Plattenweg 7, 8400 Regensburg, (09 41) 7 44 65
Universität (09 41) 9 43 26 54/5
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. *Barbey*, Dr. Günther, apl. Professor,
Stallupöner Allee 22, 1000 Berlin 19, (0 30) 3 05 57 03
14. *Barfuß*, Dr. iur. Dr. rer. pol. Walter, a. o. Universitätsprofessor,
Tuchlauben 13, A-1014 Wien, (02 22) 63 87 61
15. *Bartlsperger*, Dr. Richard, o. Professor,
Schleifweg 55, 8521 Uttenreuth, (0 91 31) 5 99 16;
Universität Erlangen, (0 91 31) 85 28 18
16. *Battis*, Dr. Ulrich, Professor,
Rummenohler Str. 91, 5800 Hagen (0 23 55) 21 55;
Fernuniv., (0 23 31) 8 04 29 17
17. *Bayer*, Dr. Hermann-Wilfried, Professor,
Henkenbergstr. 45a, 4630 Bochum, (02 34) 79 17 44;
Univ., (02 34) 7 00 57 24
18. *Becker*, Dr. Jürgen, Privatdozent,
Unterer Mühlenweg 75, 7800 Freiburg, (07 61) 44 55 79;
Univ., (07 61) 2 03 35 67
19. *Berchtold*, Dr. Klaus, Universitätsdozent,
Bräunerstr. 4–6/22, A-1010 Wien, (02 22) 53 14 34
20. *Berg*, Dr. Wilfried, o. Professor,
Waldsteinring 25, 8580 Bayreuth, (09 21) 9 31 25;
Univ., (09 21) 55 28 76

21. *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
22. *Bernhardt*, Dr. Rudolf, o. Professor,
Gustav-Kirchhoff-Str. 2a, 6900 Heidelberg, (0 62 21) 4 36 99;
dienstl., (0 62 21) 4 82-1
23. *Bethge*, Dr. Herbert, o. Professor,
Am Seidenhof 10, 8390 Passau, (08 51) 4 16 97;
Univ., (08 51) 50 91 97
24. *Bettermann*, Dr. Dr. h. c. Karl-August, o. Professor,
Alte Landstr. 173, 2000 Hamburg 63, (0 40) 5 38 40 64;
Univ., (0 40) 41 23 45 57
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, o. Professor,
Straßburger Weg 44, 4400 Münster, (02 51) 79 60 00;
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,
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) 815 95;
Universität Göttingen, (05 51) 39 73 92
34. *Bothe*, Dr. Michael, Professor,
Theodor-Heuss-Str. 6, 6140 Bensheim, (06 251) 43 45
Univ. Frankfurt a.M. 1, (069) 798 22 64
35. *Breuer*, Dr. Rüdiger, Professor,
Heinrich-Brauns-Str. 4, 5500 Trier, (06 51) 2 14 78;
Univ., (06 51) 201 25 78
36. *Brohm*, Dr. Winfried, o. Professor;
Wydenmööslstr. 11, CH-8280 Kreuzlingen, (0 72) 75 15 25;
Universität Konstanz, (0 75 31) 88 21 69/76
37. *v. Brünneck*, Dr. Alexander, Privatdozent,
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;
Univ., (03 16) 3 15 81/4 76
39. *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
40. *Bryde*, Dr. Brun-Otto, Professor,
Connollystr. 15, 8000 München 40, (0 89) 3 51 24 65;
Hochschule der Bundeswehr München, Werner-Heisenberg-
Weg 39, 8014 Neubiberg (0 89) 60 04/42 40 oder 42 41
41. *Bull*, Dr. Hans-Peter, o. Professor,
Waldingstr. 35, 2000 Hamburg 65, (0 40) 6 40 04 33;
dienstl. Univ. Hamburg, (0 40) 41 23 57 60
42. *Bullinger*, Dr. Martin, o. Professor,
Altschlößleweg 4, 7801 Au bei Freiburg, (07 61) 40 23 89;
Universität Freiburg, (07 61) 2 03 35 16
43. *Burmeister*, Dr. Joachim, o. Professor,
Blücherstr. 37, 6670 St. Ingbert-Rohrbach, (0 68 94) 5 75 83;
Univ., (06 81) 3 02 21 28
44. *v. Campenhausen*, Dr. Frhr. Axel, Professor,
Goßlenstr. 109, 3400 Göttingen; Univ., (05 51) 39 73 68
45. *Carstens*, Dr. Karl, o. Professor,
Dechant-Kreiten-Str. 43, 5309 Meckenheim, (0 22 25) 24 55

46. *Dagtolglou*, Dr. Prodromos, o. Professor,
Hippokrates Str. 33, Athen 144/Griechenland,
Universität Athen, 00 30/1/3 62 90 65
47. *Degenhart*, Dr. Christoph, Professor,
Stormstr. 3, 8500 Nürnberg 20, (09 11) 59 24 62;
Univ. Münster, (02 51) 83 98 03
48. *Delbrück*, Dr. Jost, Professor,
Schoolredder 20, 2300 Kiel-Altenholz, (04 31) 32 25 58;
Univ., (04 31) 8 80 21 49
49. *Denninger*, Dr. Erhard, Professor,
Am Wiesenhof 1, 6240 Königstein 3, (0 61 73) 7 89 32;
Universität Frankfurt, (0 69) 7 98 26 54
50. *Dicke*, Dr. Detlev Christian, o. Professor,
Alpenstr. 919, CH-3178 Bödingen
Universität Freiburg/Schweiz
51. *Dittmann*, Dr. Armin, o. Professor,
Karl-Brennenstuhl-Str. 11, 7400 Tübingen 9, (0 70 71) 8 24 56;
Universität Hohenheim-Schloß, Postf. 70 05 62,
7000 Stuttgart 70 (07 11) 4 59-27 91
52. *Doehring*, Dr. Karl, o. Professor,
Mühlthalstr. 117/3, 6900 Heidelberg, (0 62 21) 4 58 80;
Univ., (0 62 21) 54 74 54
53. *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
54. *Dreier*, Dr. Ralf, o. Professor,
Wilhelm-Weber-Str. 4, 3400 Göttingen, (05 51) 5 91 14;
Univ., (05 51) 39 73 84
55. *Durig*, Dr. Günter, o. Professor,
Staufenstr. 9, 7400 Tübingen, (0 70 71) 8 25 08
56. *Eberle*, Dr. Carl-Eugen, Professor,
Ohnhorststr. 22, 2000 Hamburg 52, (0 40) 82 86 40
Univ., (0 40) 41 23-35 03
57. *Ebsen*, Dr. Ingwer, Professor,
Schürbusch 41, 4400 Münster (02 52) 7 28 09 88;
Universität Münster (02 51) 83 27 18
58. *Ehlers*, Dr. Dirk, Professor,
Am Mühlenbach 14, 4403 Senden, (0 25 97) 84 15;
Universität Münster, (02 51) 83 27 01

59. *Ehmke*, Dr. Horst, o. Professor,
Bundeshaus, 5300 Bonn 1, (02 28) 16 34 29 oder 16 48 34
60. *Eichenberger*, Dr. Dr. h. c. Kurt, o. Professor,
Bärenbrunnenweg 4, CH-4144 Arlesheim b. Basel,
(0 61) 72 33 86
61. *Erbel*, Dr. Günter, Professor,
Burbacher Str. 10, 5300 Bonn 1;
Universität (02 28) 73 55 83
62. *Erbguth*, Dr. Wilfried, Privatdozent,
Wermelingstr. 9 A, 4400 Münster, (02 51) 2 51 48;
Zentralinstitut für Raumplanung an der Universität Münster,
Wilmergasse 12/13, 4400 Münster (02 51) 83 97 85
63. *Erichsen*, Dr. Hans-Uwe, o. Professor,
Falkenhorst 17, 4400 Münster-St. Mauritz, (02 51) 3 13 12;
Universität Münster, (02 51) 83 27 41
64. *Ermacora*, Dr. Felix, o. Universitätsprofessor,
Karl-Lueger-Ring, A-1010 Wien I, (02 22) 42 76 11;
Univ., (02 22) 43 00 31 45, Schottenbastei 10–16
65. *Evers*, Dr. Hans-Ulrich, o. Universitätsprofessor,
Wolfsgartenweg 30, A-5020 Salzburg (06 62) 26 02 03;
Universität (06 62) 80 44/36 00
66. *Faber*, Dr. Heiko, Professor,
Wunstorfer Str. 1, 3007 Gehrden 1, (0 51 08) 22 34;
Universität Hannover, (05 11) 4 73 82 06
67. *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
68. *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
69. *Folz*, Dr. Hans-Ernst, Professor,
An der Haustatt 50, 3550 Marburg, (0 64 21) 6 35 36;
Univ., (0 64 21) 28 31 23/28
70. *Frank*, Dr. Götz, Professor,
Friedrichstr. 52, 3257 Springe 1;
Universität Hannover, (05 11) 4 73 82 08/82 29
71. *Friauf*, Dr. Karl Heinrich, o. Professor,
Eichenhainallee 17, 5060 Bergisch-Gladbach 1,
(0 22 04) 6 19 84

72. *Fröhler*, Dr. Ludwig, o. Universitätsprofessor,
Altebergerstr. 39, A-4010 Linz-Urfahr
73. *Fromont*, Dr. Dr. h. c. Michel, Professor,
9, Impasse Henri Bouchard, F-21000 Dijon, (80) 57 41 65;
Univ., (80) 66 81 34
74. *Frotscher*, Dr. Werner, o. Professor,
Habichtstalgasse 32, 3550 Marburg/Lahn, (0 64 21) 3 29 61
Univ., Universitätsstr. 6, (0 64 21) 28 31 22
75. *Frowein*, Dr. Jochen A., o. Professor,
Berliner Str. 48, 6900 Heidelberg 1
dienstl., (0 62 21) 4 82-1
76. *Funk*, Dr. Bernd-Christian, o. Professor,
Mariatroster Str. 111/3, A-8045 Graz, (03 16) 3 10 82;
Univ., (03 16) 3 15 81
77. *Gallent*, DDr. Kurt, Professor, Senatsrat,
Pestalozzistr. 1/III, A-8010 Graz, (03 16) 77 89 62;
dienstl., (03 16) 7 30 54
78. *Gallwas*, Dr. Hans-Ullrich, Professor,
Hans-Leipelt-Str. 16, 8000 München 40, (0 89) 32 83 66;
Univ., (0 89) 21 80 32 62
79. *Geck*, Dr. Dr. h. c. Wilhelm Karl, M. A., o. Professor,
Privatweg, 6670 St. Ingbert-Reichenbrunn, (0 68 94) 73 26;
Universität Saarbrücken, (06 81) 3 02 21 05
80. *Göldner*, Dr. Detlef, Privatdozent,
Wilhelmshavener Str. 20, 2300 Kiel, (04 31) 8 16 44
81. *Görg*, Dr. Hubert, o. Professor,
Ellersberg, 5064 Rösrath, (0 22 05) 25 40
82. *Goerlich*, Dr. Helmut, Privatdozent,
Osterbekstieg 2, 2000 Hamburg 76 (0 40) 2 20 82 06
dienstl.: (0 40) 34 97–8 51
83. *Götz*, Dr. Volkmar, o. Professor,
Geismarlandstr. 17a, 3400 Göttingen, (05 51) 4 31 19
84. *Grabitz*, Dr. Eberhard, o. Professor,
Cosimaplatz 2, 1000 Berlin 41, (0 30) 8 52 21 36;
Univ., (0 30) 8 38 49 49
85. *Gramlich*, Dr. Ludwig, Privatdozent,
Winterleitenweg 1c, 8700 Würzburg, (09 31) 88 12 32;
Univ., (09 31) 3 13 34

86. *Grawert*, Dr. Rolf, o. Professor,
Aloysiusstr. 28, 4630 Bochum 1, (02 34) 47 36 92;
Univ., (02 34) 7 00 28 09
87. *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
88. *Grimm*, Dr. Dieter, o. Professor,
Fahlenbreede 2, 4802 Halle, (0 52 01) 1 02 40;
Universität Bielefeld, (05 21) 1 06 44 05
89. *Grupp*, Dr. Klaus, Privatdozent,
Ostpreußenring 6, 6830 Schwetzingen, (0 62 02) 17 193;
Hochschule für Verwaltungswissenschaften,
Freiherr-vom-Stein-Str. 2, 6720 Speyer, (06 232) 91 03 95
90. *Gygi*, Dr. Fritz, o. Professor,
Beatusstr. 28, CH-3006 Bern, (0 31) 44 86 38
91. *Häberle*, Dr. Peter, o. Professor,
Universität Bayreuth, Universitätsstraße, Postfach 30 08,
8580 Bayreuth, (09 21) 55 29 47
92. *Häfelin*, Dr. Ulrich, o. Professor,
Müseliweg 1, CH-8049 Zürich, (01) 56 84 60
93. *Hahn*, Dr. Hugo J., LL. M. (Harvard), o. Professor,
Frankenstr. 63, 8700 Würzburg 1, (09 31) 28 42 86;
Univ., (09 31) 3 13 10
94. *Hailbronner*, Dr. Kay, o. Professor,
Toggenbühl, CH-8557 Fruthwilen, (0 72) 64 19 46;
Universität Konstanz, (0 75 31) 88 22 47
95. *Haller*, Dr. Herbert, a. o. Universitätsprofessor,
Felix-Mottl-Str. 48 Haus 2, A-1190 Wien, (02 22) 3 41 72 14;
Univ., (02 22) 34 75 41
96. *Haller*, Dr. Walter, o. Professor,
Burgstr. 264, CH-8706 Meilen, (01) 9 23 10 14;
Universität Zürich, (01) 2 57 30 03
97. *Hangartner*, Dr. Yvo, o. Professor,
Am Gozenberg 2, CH-9202 Gossau, (0 71) 85 15 11
98. *Haverkate*, Dr. Görg, Professor,
Fürst-Pückler-Str. 70, 5000 Köln 41, (02 21) 40 10 84;
Universität Frankfurt/M., (0 69) 7 98-27 03

99. *Heckel*, Dr. Martin, o. Universitätsprofessor,
Lieschingstr. 3, 7400 Tübingen, (0 70 71) 6 14 27;
Univ., (0 70 71) 29 29 71
100. *Hendler*, Dr. Reinhard, Professor,
Im Baumgarten 8, 7750 Konstanz 16, (0 75 31) 44 609
Universität Konstanz, (0 75 31) 88-27 55 od. 23 28
101. *Hengstschläger*, Dr. Johann, Universitätsprofessor,
Auf der Halde 16, A-4020 Linz;
Univ., (0 72 22) 3 13 81
102. *Henke*, Dr. Wilhelm, o. Professor,
Laufer Str. 5, 8501 Rückersdorf, (0 91 23) 27 85
103. *Herrmann*, Dr. Günter, Professor,
Joachimstr. 3, 1000 Berlin 38, (0 30) 8 02 48 66
104. *Herzog*, Dr. Roman, Professor,
Vizepräsident des Bundesverfassungsgerichts,
Schloßbezirk 3, Postfach 17 71, 7500 Karlsruhe 1
(07 21) 14 92 12; privat: (0 72 47) 2 26 28
105. *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
106. *Hettlage*, Dr. Karl-Maria, o. Professor,
Friedrich-Ebert-Str. 83, 5300 Bonn-Bad Godesberg,
(02 28) 36 43 61
107. *Frhr. v. d. Heydte*, Dr. jur., Dr. rer. pol. Friedrich-August,
o. Professor,
Hagschneiderweg 1, 8311 Aham-Vils, (0 87 44) 10 64
108. *Heyen*, Dr. Erk Volkmar, Privatdozent,
Landauer Warte 1, 6720 Speyer, (0 62 32) 9 57 48;
Hochschule, (0 62 32) 91 03 46
109. *Hilf*, Dr. Meinhard, o. Professor,
Schelpsheide 12, 4800 Bielefeld 1, (05 21) 88 92 82;
Univ., (05 21) 1 06-44 03
110. *Hill*, Dr. Hermann, Professor,
Heidelberger Str. 41, 6901 Gaiberg (0 62 23) 4 68 00;
Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer,
Freiherr-vom-Stein-Str. 2, 6720 Speyer, (0 62 32) 9 10–3 28
111. *Höhn*, Dr. Ernst, o. Professor,
Wiesenstr. 6, CH-9302 Kronbühl, (0 71) 25 51 46
(Hochschule St. Gallen)

112. *Hoffmann*, Dr. Gerhard, o. Professor,
Ernst-Lemmer-Str. 10/I, 3550 Marburg 6-Wehrda,
(0 64 21) 8 16 45
113. *Hoffmann-Riem*, Dr. Wolfgang, Professor,
Kätnerweg 24, 2000 Hamburg 65, (0 40) 6 40 24 78;
Univ., (0 40) 41 23 54 16
114. *Hofmann*, Dr. Hasso, o. Professor,
Christoph-Mayer-Weg 5, 8700 Würzburg, (09 31) 8 73 88;
Univ., (09 31) 3 13 36
115. *Hollerbach*, Dr. Alexander, o. Professor,
Parkstr. 8, 7806 March-Hugstetten, (0 76 65) 22 51;
Universität Freiburg, (07 61) 203 35 35
116. *Hoppe*, Dr. Werner, o. Professor,
Händelstr. 2, 4400 Münster-Hiltrup, (0 25 01) 82 27;
dienstl.: (02 51) 83 27 03
117. *Huber*, Dr. Ernst Rudolf, o. Professor,
In der Röte 2, 7800 Freiburg, (07 61) 5 37 13
118. *Huber*, Dr. Dr. h. c. Hans, o. Professor,
Mannenriedstr. 5, CH-3074 Muri b. Bern, (0 31) 52 09 25
119. *Hufen*, Dr. Friedhelm, Professor,
Hauptstr. 96, 8411 Lappersdorf-Kareth b. Regensburg,
(09 41) 8 18 57; Universität Regensburg (09 41) 9 43–26 08
120. *Ipsen*, Dr. Hans Peter, o. Professor,
Augustinum App. 1142, 2410 Mölln, (0 45 42) 81 31 42 oder
Seminaris App. 1, 2120 Lüneburg, (0 41 31) 40 11 31
121. *Ipsen*, Dr. Jöm, o. Professor,
Luisenstr. 41, 4550 Bramsche, (0 54 61) 44 96;
Universität Osnabrück, (05 41) 6 08-61 58/61 69
122. *Ipsen*, Dr. Knut, o. Professor,
Nevelstr. 59, 4630 Bochum-Weitmar, (02 34) 43 12 66;
Univ., (02 34) 7 00 28 20
123. *Isensee*, Dr. Josef, o. Professor,
Meckenheimer Allee 150, 5300 Bonn 1 (02 28) 69 34 69;
Universität (02 28) 73 79 83
124. *Jaag*, Dr. Tobias, Privatdozent,
Abeggweg 15, CH-8057 Zürich, (01) 211 25 50
125. *Jaenicke*, Dr. Günther, Professor,
Waldstr. 13, 6906 Leimen b. Heidelberg, (0 62 24) 35 71
(Universität Frankfurt)

126. *Jahrreiß*, Dr. jur., Dr. h. c. mult., Hermann, o. Professor,
Nasse-Str. 30, 5000 Köln 41, (02 21) 46 15 53;
Univ., (02 21) 4 70 22 66
127. *Jakob*, Dr. Wolfgang, o. Professor,
Wilhelmstr. 25, 8000 München 40,
(0 89) 39 05 06
(Universität Augsburg)
128. *Jarass*, Dr. Hans D., LL.M. (Harvard), o. Professor,
Kulmer Str. 12, 4630 Bochum 1, (02 34) 31 12 91;
Univ. Bochum, Postfach 10 21 48, (02 34) 7 00 28 18
129. *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
130. *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
131. *Kewenig*, Dr. Wilhelm, o. Professor,
Schützallee 37, 1000 Berlin 37, (0 30) 8 02 84 87;
Univ., (0 30) 3 03 23 16
132. *Khol*, Dr. Andreas, Universitätsprofessor,
Cuviergasse 23, A-1130 Wien, (02 22) 84 15 73;
dienstl., (02 22) 83 15 31
133. *Kimminich*, Dr. Otto, o. Professor,
Killermannstr. 6, 8400 Regensburg, (09 41) 3 28 54;
Univ., (09 41) 9 43 26 60
134. *Kipp*, Dr. Heinrich, Universitätsprofessor,
Lanserstr. 61, A-6080 Igls, (0 52 22) 72 09
135. *Kirchhof*, Dr. Ferdinand, Privatdozent,
Wiesenweg 1, 6903 Neckargemünd 3, (0 62 23) 25 59;
Hochschule für Verwaltungswissenschaften,
Freiherr-vom-Stein-Str. 2, 6720 Speyer,
(0 62 32) 91 03 87 oder 91 03 86
136. *Kirchhof*, Dr. Paul, o. Professor,
Am Pferchelhang 33/1, 6900 Heidelberg 1, (0 62 21) 80 14 47;
Univ., (0 62 21) 54 74 57
137. *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

138. *Kisker*, Dr. Gunter, o. Professor,
Waldstr. 74, 6301 Linden-Am Mühlberg, (0 64 03) 6 10 30;
Universität Gießen, (06 41) 7 02 50 25
139. *Klecatsky*, Dr. Hans R., o. Universitätsprofessor,
Reithmannstr. 20, A-6020 Innsbruck, (0 52 22) 46 76 74;
Univ., (0 52 22) 3 36 01/7 33
140. *Klein*, Dr. Eckart, o. Professor,
Ebersheimer Weg 35, 6500 Mainz, (0 61 31) 5 36 70
141. *Klein*, Dr. Hans Hugo, o. Professor,
Heilbrunnstr. 4, 7507 Pfinztal-Söllingen, (0 72 40) 73 00
Universität Göttingen, (05 51) 39 46 25
142. *Kloepfer*, Dr. Michael, o. Professor,
Sickingenstr. 16, 5500 Trier, (06 51) 4 19 32;
Univ., (06 51) 2 01-25 56
143. *Knemeyer*, Dr. Franz-Ludwig, o. Professor,
Unterdürnbacher Str. 353, 8700 Würzburg, (09 31) 9 61 18;
Univ., (09 31) 3 18 99
144. *Knies*, Dr. Wolfgang, o. Professor,
Am Botanischen Garten 5, 6600 Saarbrücken 11;
Univ., (06 81) 3 02 21 04
145. *Knöpfle*, Dr. Franz, o. Professor,
Höhenweg 22, 8901 Leitershofen;
Universität Augsburg, (08 21) 59 83 52
146. *Koch*, Dr. Hans-Joachim, Professor,
Wendlohstr. 80, 2000 Hamburg 61, (0 40) 5 51 88 04;
Univ., (0 40) 41 23 39 77
147. *König*, Dr. Dr. Klaus, Professor,
Wimphelingstr. 5, 6720 Speyer, (0 62 32) 59 01;
dienstl. Adenauerallee 141, 5300 Bonn, (02 28) 56 23 00
148. *Kopp*, Dr. Ferdinand O., o. Universitätsprofessor,
Innstr. 40, 8390 Passau
149. *Korinek*, Dr. Karl, o. Universitätsprofessor,
Auhofstr. 225, A-1130 Wien, (02 22) 8 20 91 53;
Univ., (02 22) 34 75 41
150. *Krause*, Dr. Peter, o. Professor,
Weinbergstr. 12, 5501 Korlingen, (0 65 88) 73 33
(Universität Trier)

151. *Krawietz*, Dr. Werner, o. Professor,
Nienborgweg 29, 4400 Münster, (02 51) 86 14 51;
Univ., (02 51) 83 25 91
152. *Krebs*, Dr. Walter, Professor,
Lortzingstr. 3, 4800 Bielefeld 1, (05 21) 6 97 39
Universität Bielefeld, Postfach 86 40, 4800 Bielefeld 1,
(05 21) 106-43 86
153. *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
154. *Kröger*, Dr. Klaus, Professor,
Hölderlinweg 14, 6300 Gießen-Wieseck, (06 41) 5 22 40
155. *Krüger*, Dr. Hartmut, Professor,
Freiherr-vom-Stein-Str. 5, 8400 Regensburg,
(09 41) 3 54 06; Universität Köln (02 21) 4 70 45 00
156. *Krüger*, Dr. Herbert, o. Professor,
Philosophenweg 14, 2000 Hamburg 50, (0 40) 8 80 79 34
157. *Küchenhoff*, Dr. Erich, Professor,
Dachsleite 65, 4400 Münster, (02 51) 24 72 71;
Univ., (02 51) 83 27 06/05
158. *Kühne*, Dr. Jörg-Detlef, Professor,
Eichenweg 5, 5204 Lohmar 1, (0 22 46) 25 50;
Universität Köln, (02 21) 4 70 38 34
159. *Kunig*, Dr. Philip, Professor,
Schlüterstr. 44, 2000 Hamburg 13, (0 40) 45 01 21;
Juristisches Seminar Universität Heidelberg, (0 62 21) 5 41
160. *Lange*, Dr. Klaus, Professor,
Lilienweg 22, 6302 Lich, (0 64 04) 56 81;
Universität Gießen, (06 41) 7 02 50 19
161. *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
162. *Laurer*, DDr. Hans René, Universitätsprofessor,
Scheffergasse 27a, A-2340 Mödling, (0 26 36) 2 04 02;
Universität Wien, (02 22) 34 75 44/419
163. *Lecheler*, Dr. Helmut, o. Professor,
Würzburger Str. 10d, 8600 Bamberg, (09 51) 5 41 46;
Universität Erlangen, (0 91 31) 85 47 81

164. *Leisner*, Dr. Walter, o. Professor,
Kochstr. 2, 8520 Erlangen, (0 91 31) 85 22 59
165. *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
166. *Link*, Dr. Heinz-Christoph, Professor,
Michaelisweg 4, 3400 Göttingen, (05 51) 4 86 57;
Hans-Leermann-Institut für Kirchenrecht, Hindenburgstr. 34,
8520 Erlangen, (0 91 31) 85 22 42
167. *Lipphardt*, Dr. Hanns-Rudolf, Professor,
Zur Forstquelle 3, 6900 Heidelberg, (0 62 21) 38 23 12;
Univ., (0 62 21) 54 74 40
168. *Listl*, Dr. Joseph, o. Professor,
Universitätsstr. 10, 8900 Augsburg, (08 21) 59 87 20 od.
59 87 30
169. *Löwer*, Dr. Wolfgang, Professor,
Lotharstr. 3, 5300 Bonn 1, (02 28) 21 82 73
170. *Lorenz*, Dr. Dieter, o. Professor,
Bohlstr. 21, 7750 Konstanz 18, (0 75 33) 68 22;
Univ., (0 75 31) 88 25 30
171. *Loschelder*, Dr. Wolfgang, Professor,
Am Ehrenmal 8, 5205 St. Augustin 3, (0 22 41) 31 23 16;
Univ. Bochum, (02 34) 7 00 52 63/7
172. *Luchterhandt*, Dr. Otto, Privatdozent,
Dürerweg 23, 4010 Hilden;
Universität Köln, Institut für Ostrecht, Ubierring 53,
5000 Köln 1, (02 21) 31 51 10
173. *Magiera*, Dr. Siegfried, o. Professor,
Feuerbachstr. 1, 6725 Römerberg, (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
174. *Majer*, Dr. Diemut, Professorin, Privatdozentin an der Universi-
tät Bern, Welfenstr. 30, 7500 Karlsruhe, (07 21) 81 66 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
175. *v. Mangoldt*, Dr. Hans, Professor,
Goetheweg 1, 7401 Nehren, (0 74 73) 79 08;
Universität Tübingen, (0 70 71) 29 33 02

176. *Mantl*, Dr. Wolfgang, o. Universitätsprofessor,
Wiener Str. 256/XI/33, A-8051 Graz, (03 16) 6 13 06;
Univ., (03 16) 3 15 81/Nbst. 479
177. *Marti*, Dr. Hans, a. o. Professor,
Waldriedstr. 29, CH-3074 Bern, (0 31) 52 12 66;
dienstl., (0 31) 22 16 83
178. *Maunz*, Dr. Theodor, o. Professor,
Hartnagelstr. 3, 8032 Gräfelfing b. München, (0 89) 8 54 39 85
Universität München
179. *Maurer*, Dr. Hartmut, o. Professor,
Säntisblick 10, 7750 Konstanz 19, (0 75 33) 13 12;
Univ., (0 75 31) 88 36 57
180. *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
181. *Meessen*, Dr. Karl Matthias, Professor,
Zobelstr. 18, 8900 Augsburg, (08 21) 55 59 89;
Univ., (08 21) 59 84 79/2 55
182. *Meissner*, Dr. Boris, o. Professor,
Kleine Budengasse 1, 5000 Köln 1, (02 21) 23 97 54
183. *Melichar*, Dr. Erwin, o. Universitätsprofessor,
Schulerstr. 20, A-1010 Wien;
Universität (02 22) 5 13 12 70
184. *Menger*, Dr. Christian-Friedrich, o. Professor,
Piusallee 109, 4400 Münster, (02 51) 2 30 33 15;
Universität (02 51) 83 27 41
185. *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
186. *Meyer*, Dr. Hans, Professor,
Georg-Speyer-Str. 28, 6000 Frankfurt/M., (0 69) 77 57 94;
Univ., (0 69) 7 98 38 63
187. *Meyn*, Dr. Karl-Ulrich, Professor,
Leyer Str. 36, 4500 Osnabrück, (05 41) 12 64 82;
Universität (05 41) 6 08—61 36/61 72
188. *Mößle*, Dr. Dr. Wilhelm, o. Professor,
Schwindstr. 19, 8580 Bayreuth,
Univ., (09 21) 55 28 66

189. *Morscher*, Dr. Siegbert, Universitätsprofessor,
Tschigglyfreustr. 11a, A-6020 Innsbruck, (0 52 22) 8 62 10
190. *Mosler*, Dr. Dr. h. c. Hermann, Professor,
Mühlthalstr. 117a, 6900 Heidelberg, (0 62 21) 48 03 81
191. *Müller*, Dr. Friedrich, o. Professor,
Von der Tann Str. 15, 6900 Heidelberg 1;
Univ., (0 62 21) 54 74 81
192. *Müller*, Dr. Georg, o. Professor,
Sugenreben 356, CH-5015 Untererlinsbach, (0 64) 34 38 73;
Universität Zürich, (01) 2 57 30 03/4
193. *Müller*, Dr. Jörg Paul, o. Professor,
Kappelenring 42a, CH-3032 Hinterkappelen, (0 31) 36 05 70;
Universität Bern, (0 31) 65 88 94/5
194. *Müller-Volbehr*, Dr. Jörg, Professor,
Universitätsstr. 6, 3550 Marburg;
Univ., (0 64 21) 28 38 10
195. *Münch*, Dr. Fritz, apl. Professor,
Zur Forstquelle 2, 6900 Heidelberg, (0 62 21) 3 35 99;
Univ., (0 62 21) 4 21 33
196. *v. Münch*, Dr. Ingo, Professor,
Hochrad 9, 2000 Hamburg 52, (0 40) 82 96 24;
Univ., (0 40) 41 23 46 01
197. *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
198. *Mußnug*, Dr. Reinhard, o. Professor,
Keplerstr. 40, 6900 Heidelberg, (0 62 21) 4 62 22;
Univ., (0 62 21) 54 74 66
199. *v. Mutius*, Dr. Albert, o. Professor,
Hof Altwasser, 2372 Brekendorf, (0 43 53) 5 15;
Universität Kiel, (04 31) 8 80 35 36
200. *Nicolaysen*, Dr. Gert, Professor,
Bockhorst 68a, 2000 Hamburg 55, (0 40) 8 70 17 47;
Univ., (0 40) 41 23 45 88
201. *Novak*, Dr. Richard, o. Universitätsprofessor,
Thadd. Stammel-Str. 8, A-8020 Graz, (03 16) 5 35 16;
Univ., (03 16) 3 15 81/4 80

202. *Obermayer*, Dr. Klaus, o. Professor,
Niendorfstr. 25, 8520 Erlangen, (0 91 31) 5 51 06
203. *Oberndorfer*, Dr. Peter, o. Universitätsprofessor,
Wolfauerstr. 94, A-4045 Linz, (0 72 22) 34 96 94
204. *Oebbecke*, Dr. Janbernd, Privatdozent,
Erphostr. 22, 4400 Münster, (02 51) 3 42 15;
Frh. v. Stein-Institut, Wissenschaftl. Forschungsstelle des Land-
kreistages NRW an der Universität Münster, v. Vincke-Str. 10,
4400 Münster, (02 51) 51 85 87
205. *Öhlinger*, Dr. Theo, o. Universitätsprofessor,
Tolstojgasse 5/6, A-1130 Wien, (02 22) 82 12 60;
Univ., (02 22) 43 00 31 44, Schottenbastei 10–16,
A-1010 Wien
206. *Oldiges*, Dr. Martin, Professor,
Am Vossberge 6, 4800 Bielefeld, (05 21) 12 18 32;
Univ., (05 21) 1 06 43 99
207. *Olshausen*, Dr. Henning, o. Professor,
Frankenstr. 4, 6710 Frankenthal;
Universität Mannheim, (06 21) 2 92-55 97/56 31
208. *Oppermann*, Dr. Dr. h. c. Thomas, o. Professor,
Burgholzweg 122, 7400 Tübingen, (0 70 71) 4 95 33;
Univ., (0 70 71) 29 25 60
209. *Ossenbühl*, Dr. Fritz, Professor,
Laurentiusstr. 50c, 5330 Königswinter 1, (0 22 23) 41 14;
Universität Bonn, (02 28) 73 55 72/3
210. *Papier*, Dr. Hans-Jürgen, o. Professor,
Neusiedler Weg 14, 4904 Enger, (0 52 24) 52 02;
Universität Bielefeld, (05 21) 1 06 43 98
211. *Partsch*, Dr. Karl Josef, o. Professor,
Frankenstr. 10, 6507 Ingelheim, (0 61 32) 22 64
Universität Bonn
212. *Peine*, Dr. Franz-Joseph, Professor,
Stennerstr. 38, 4800 Bielefeld 1, (05 21) 88 68 96;
Univ. Hannover, Hanomagstr. 8, 3000 Hannover 91,
(05 11) 4 49 82 27 od. 4 49 82 08
213. *Pernthaler*, Dr. Peter, Universitätsprofessor,
Philippine-Welser-Str. 27, A-6020 Innsbruck, (0 52 22) 41 82 84;
Univ., (0 52 22) 33 60 17 31

214. *Graf von Pestalozza*, Dr. Christian, o. Professor,
dienstl.: Thielallee 52, 1000 Berlin 33, (0 30) 8 38 30 14
215. *Pieroth*, Dr. Bodo, Professor,
Am Erlenkamp 27, 4630 Bochum, (02 34) 70 49 64;
Univ., (02 34) 7 00 52 62 oder 7 00 52 52
216. *Pietzcker*, Dr. Jost, Professor,
Hausdorffstr. 95, 5300 Bonn, (02 28) 23 39 54;
Univ., (02 28) 73 91 77
217. *Pirson*, Dr. Dietrich, o. Professor,
Agnesstr. 46, 8000 München 40, (0 89) 2 71 67 77;
Univ., (0 89) 21 80 27 15
218. *Podlech*, Dr. Dr. Adalbert, Professor,
Vorm Heiligen Kreuz 2, 6101 Weiterstadt, (0 61 50) 43 44
(TH Darmstadt)
219. *Püttner*, Dr. Günter, o. Professor,
Mörkestr. 21, 7400 Tübingen, (0 70 71) 6 63 94;
Univ., (0 70 71) 29 52 62 oder 29 52 63
220. *Quaritsch*, Dr. Helmut, o. Professor,
Otterstadter Weg 139, 6720 Speyer, (0 62 32) 3 26 37;
Hochschule, (0 62 32) 9 10—3 44
221. *Rack*, Dr. Reinhard, a. o. Universitätsprofessor,
Obere Teichstr. 19, A-8010 Graz, (03 16) 43 88 42;
Univ., (03 16) 3 15 81 Nbst. 4 74
222. *Randelzhofer*, Dr. Albrecht, o. Professor,
Van't-Hoff-Str. 8, 1000 Berlin 33, (0 30) 8 38 22 88
223. *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
224. *Rasenack*, Dr. Christian A.L., Professor,
Dahlemer Weg 63a, 1000 Berlin 37, (0 30) 8 17 37 96;
Techn. Univ., (0 30) 3 14 58 74/75
225. *Rauschnig*, Dr. Dietrich, o. Professor,
Rodetal 1, 3406 Bovenden, (0 55 94) 3 31
Universität Göttingen
226. *Rengeling*, Dr. Hans-Werner, Professor,
Brüningheide 192, 4400 Münster, (02 51) 21 20 38;
Universität Osnabrück, (05 41) 6 08 61 17

227. *Ress*, Dr. jur. Dr. rer. pol. Georg, o. Professor,
Am Botanischen Garten 6, 6600 Saarbrücken,
(06 81) 3 02 30 55;
Univ., (06 81) 3 02 25 03
228. *Rhinow*, Dr. René A., o. Professor,
Jurastr. 48, CH-4411 Seltisberg, (0 61) 96 99 35;
Universität Basel, (0 61) 25 52 77
229. *Riedel*, Dr. Eibe H., Professor,
Hinter der Hecke 3, 6501 Nieder-Olm, (0 61 36) 4 29 91;
Universität Mainz, Saarstr. 21, (0 61 31) 39 57 59
230. *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
231. *Ringhofer*, Dr. Kurt, o. Universitätsprofessor,
Eduard-Macheiner-Str. 23, A-5020 Salzburg, (06 62) 4 47 67
232. *Roellecke*, Dr. Gerd, o. Professor,
Kreuzackerstr. 8, 7500 Karlsruhe 41, (07 21) 49 17 39;
Universität Mannheim, (06 21) 2 92 51 86
233. *Ronellenfitsch*, Dr. Michael, Professor,
Augusta-Anlage 15, 6800 Mannheim, (06 21) 41 23 34;
Universität Bonn, (02 28) 73 91 51/91 50
234. *Rudolf*, Dr. Walter, o. Professor,
Rubensallee 55a, 6500 Mainz 31, (0 61 31) 7 26 51;
Universität, (0 61 31) 39 24 12
235. *Rüfner*, Dr. Wolfgang, Professor,
Hagebuttenstr. 26, 5309 Meckenheim, (0 22 25) 71 07;
Univ. Köln, (02 21) 47 02 679 oder 4 70 37 77
236. *Rühland*, Dr. Curt, o. Professor,
Dürerstr. 26, 3300 Braunschweig, (05 31) 33 21 16
237. *Ruland*, Dr. Franz, Professor,
Kälberstücksweg 55, 6380 Bad Homburg, (0 61 72) 3 11 09;
Univ. Frankfurt a.M. 1, (0 69) 152 22 19
238. *Rupp*, Dr. Hans Heinrich, o. Professor,
Am Marienpfad 29, 6500 Mainz, (0 61 31) 3 45 88
239. *Sachs*, Dr. Michael, Privatdozent,
Kleingedankstr. 9, 5000 Köln 1, (02 21) 31 86 90;
Univ. Köln, Gyrhofstr. 8c, 5000 Köln-Lindenthal,
(02 21) 4 70 22 89

240. *Saladin*, Dr. Peter, o. Professor,
Forrerstr. 26, CH-3006 Bern;
Universität Bern, (0 31) 44 80 06
241. *Salzwedel*, Dr. Jürgen, o. Professor,
Siebengebirgsstr. 86, 5300 Bonn 3, (02 28) 48 17 10;
Univ., (02 28) 73 55 80
242. *Sattler*, Dr. Andreas, Professor,
Ludwig-Beck-Str. 17, 3400 Göttingen, (05 51) 2 23 40;
Univ., (05 51) 39 73 77 u. 39 73 93
243. *Schachtschneider*, Dr. Karl Albrecht, Professor,
Am Waldesrand 18, 2000 Hamburg 73, (0 40) 6 77 62 50;
Universität, (0 40) 41 23 55 36
244. *Schäffer*, Dr. Heinz, o. Universitätsprofessor,
Große Neugasse 6/14, A-1040 Wien, (02 22) 5 76 96 73;
Univ. Salzburg, Weiserstr. 22,
A-5020 Salzburg, (06 62) 4 45 11/3 34
245. *Schambeck*, Dr. Herbert, o. Universitätsprofessor,
Hofzeile 21, A-1190 Wien, (02 22) 36 34 94;
Universität Linz, (07 32) 3 13 10
246. *Schenke*, Dr. Wolf-Rüdiger, o. Professor,
Beim Hochwald 30, 6800 Mannheim, (06 21) 74 42 00;
Univ., (06 21) 2 92 52 14
247. *Scherer*, Dr. Joachim, LL.M., Privatdozent,
Unterlindau 14, 6000 Frankfurt a.M. 1, (0 69) 72 57 37;
Univ. Frankfurt a.M. 1, (0 69) 7 98 27 79
248. *Scheuing*, Dr. Dieter H., o. Professor,
Hans-Sachs-Str. 97, 8706 Höchberg b. Würzburg, (09 31) 4 83 31;
Univ. Würzburg, (09 31) 3 13 24
249. *Schick*, Dr. Walter, o. Professor,
Strindbergstr. 27, 8500 Nürnberg, (09 11) 50 14 22;
Univ., (09 11) 5 30 23 53
250. *Schiedermair*, Dr. Hartmut, o. Professor,
Univ. Köln, Gottfried-Keller-Str. 2,
5000 Köln 41, (02 21) 4 70 26 88 oder 4 70 23 64
251. *Schindler*, Dr. Dietrich, Professor,
Lenzenwiesstr. 8, CH-8702 Zollikon, (01) 3 91 41 40;
Universität Zürich, (01) 3 91 71 18
252. *Schlaich*, Dr. Klaus, o. Professor,
Wolkenburgstr. 2, 5202 St. Augustin 2, (0 22 41) 33 75 09;
Universität Bonn, (02 28) 73 91 25

- 253. *Schlink*, Dr. Bernhard, Professor,
Endenicher Allee 16, 5300 Bonn 1, (02 28) 65 23 58;
Universität Bonn, (02 28) 73 55 74
- 254. *Schlochauer*, Dr. Hans-Jürgen, Professor,
Blauenstr. 18, 6000 Frankfurt, (0 69) 67 58 07;
Univ., (0 69) 7 98 31 93
- 255. *Schmid*, Dr. Gerhard, Professor,
Hochwaldstr. 24, CH-4059 Basel, (0 61) 50 84 25;
Sandoz AG, (0 61) 24 78 30
- 256. *Schmidt*, Dr. Reiner, o. Professor,
Bachwiesenstr. 4, 8901 Gessertshausen, (0 82 38) 41 11;
Universität Augsburg, (08 21) 59 84 43
- 257. *Schmidt*, Dr. Walter, Professor,
Brüder-Knauß-Str. 86, 6100 Darmstadt, (0 61 51) 6 47 10;
Universität Frankfurt, (0 69) 7 98 21 89
- 258. *Schmidt-Aßmann*, Dr. Eberhard, o. Professor,
Höhenstr. 30, 6900 Heidelberg, (0 62 21) 80 08 03;
Univ., (0 62 21) 54 74 28
- 259. *Schmidt-Jortzig*, Dr. Edzard, Professor,
Graf-Spee-Str. 18a, 2300 Kiel 1;
Univ., (04 31) 8 80-35 45
- 260. *Schmitt Glaeser*, Dr. Walter, o. Professor,
Rübezahlweg 9A, 8580 Bayreuth, (09 21) 3 20 70;
Univ., (09 21) 55 29 42
- 261. *Schmitt-Kammler*, Dr. Arnulf, Professor,
Renthof 33, 3550 Marburg/Lahn, (0 64 21) 6 49 02;
Univ. Köln, (02 21) 4 70 35 44 oder 4 70 35 00
- 262. *Schnapp*, Dr. Friedrich E., o. Professor,
Efeuweg 22, 4630 Bochum 6, (0 23 27) 7 42 13;
Univ. Bochum, (02 34) 7 00 22 39
- 263. *Schneider*, Dr. Hans, o. Professor,
Ludolf-Krehl-Str. 44, 6900 Heidelberg, (0 62 21) 48 03 81
- 264. *Schneider*, Dr. Hans-Peter, Professor,
Delpweg 16, 3000 Hannover 91, (05 11) 46 71 66;
Univ., (05 11) 7 62 81 85/6
- 265. *Schneider*, Dr. Litt. D. h. c. Peter, o. Professor,
Goldenluftgasse 4, 6500 Mainz, (0 61 31) 22 32 73

266. *Schnur*, Dr. Roman, o. Professor,
Lindenstr. 49, 7407 Rottenburg 5, (0 74 72) 2 22 24
Universität Tübingen
267. *Scholler*, Dr. Heinrich, Professor,
Zwengauerweg 5, 8000 München 71, (0 89) 79 64 24;
Univ., (0 89) 21 80 27 24
268. *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
269. *Schröder*, Dr. Meinhard, o. Professor,
Zum Wingert 2, 5501 Mertesdorf, (06 51) 5 78 87;
Universität Trier, (06 51) 2 01 25 86
270. *Schulze-Fielitz*, Dr. Helmuth, Privatdozent,
Universitätsstr. 30, 8580 Bayreuth, (09 21) 55 29 45
271. *Schuppert*, Dr. Gunnar Folke, Professor,
Beethovenstr. 1, 8900 Augsburg, (08 21) 15 12 71;
Univ. Augsburg, Eichleitner Str. 30,
8900 Augsburg, (08 21) 59 81
272. *Schwabe*, Dr. Jürgen, Professor,
Erlenweg 1, 2150 Buxtehude, (0 41 61) 8 71 41;
Universität Hamburg, (0 40) 41 23 44 54
273. *Schwarze*, Dr. Jürgen, o. Professor,
Universität Hamburg, Schlüterstr. 28, 2000 Hamburg 13,
(0 40) 41 23 45 64/45 71
274. *Schweitzer*, Dr. Michael, Professor,
Göttweiger Str. 135, 8390 Passau;
Univ., (08 51) 5 50 55 47
275. *Schwerdtfeger*, Dr. Gunther, o. Professor,
Thielallee 52, 1000 Berlin 33, (0 30) 8 38 30 10
276. *Scupin*, Dr. Hans Ulrich, o. Professor,
Robert-Koch-Str. 46, 4400 Münster, (02 51) 8 23 41;
Univ., (02 51) 83 27 64
277. *Seewald*, Dr. Otfried, o. Professor,
Peter-Griesbacher-Weg 11, 8390 Passau, (08 51) 3 51 45;
Universität, (08 51) 50 91 58 und 50 91 59
278. *Seidl-Hohenveldern*, Dr. Dr. h.c. Ignaz, o. Professor,
A-1010 Wien I, Schwertgasse 4, (0 04 32 22) 5 33 15 60

- 279. *Selmer*, Dr. Peter, Professor,
Akazienweg 9, 2000 Hamburg 55, (0 40) 86 47 43;
Univ., (0 40) 41 23 45 76
- 280. *Siedentopf*, Dr. Dr. h. c. Heinrich, o. Professor,
Hauptstr. 170, 6740 Landau-Godramstein, (0 63 41) 6 07 57;
Hochschule Speyer, (0 62 32) 9 10–2 12
- 281. *v. Simson*, Dr. Werner, o. Professor,
Luisenstr. 3, 7800 Freiburg, (07 61) 3 58 63
- 282. *Skouris*, Dr. Wassilios, Professor,
Nikolaou Manou 18, 54643 Thessaloniki, Griechenland,
(00 30 31) 83 14 44
Fachber. Rechtswissensch., (00 30 31) 99 13 89
- 283. *Söhn*, Dr. Hartmut, o. Professor,
Eppanerstr. 9, 8390 Passau, (08 51) 5 85 20;
Universität Passau, (08 51) 50 91 92
- 284. *Soell*, Dr. Hermann, o. Professor,
Domspatzenstr. 34, 8411 Etterzhausen, (0 94 04) 21 25;
Universität Regensburg, (09 41) 9 43 26 57
- 285. *Spanner*, Dr. Hans, o. Professor,
Candidstr. 24, 8000 München 90, (0 89) 65 21 41
- 286. *Staff*, Dr. Ilse, Professorin,
Am Forum 4, 6233 Kelkheim, (0 61 95) 33 08
- 287. *Starck*, Dr. Christian, Professor,
Unter den Linden 20, 3400 Göttingen, (05 51) 79 26 44;
Univ., (05 51) 39 74 12
- 288. *Steiger*, Dr. Heinhard, Professor,
Oberhof 16, 6307 Linden, (06 41) 2 32 52;
Univ., (06 41) 7 02 50 30
- 289. *Stein*, Dr. Ekkehart, Professor,
Jakob-Burckhardt-Str. 49, 7750 Konstanz, (0 75 31) 6 32 57;
Univ., (0 75 31) 88 23 29
- 290. *Stein*, Dr. Torsten, apl. Professor,
Ludolf-Krehl-Str. 1b, 6900 Heidelberg, (0 62 21) 48 04 38;
dienstl.: (0 62 21) 48 22 30
- 291. *Steinberg*, Dr. Rudolf, Professor,
Senckenberganlage 31, 6000 Frankfurt/M. 1;
Univ., (0 69) 7 98 24 38

292. *Steinberger*, Dr. Helmut, o. Professor,
Schloß West 140, 6800 Mannheim, (0 62 21) 3 69 54;
dienstl., (06 21) 2 92 33 68
293. *Steiner*, Dr. Udo, o. Professor,
Am Katzenbühl 5, 8400 Regensburg-Harting, (0 94 01) 43 13;
Univ., (09 41) 9 43 26 66/7
294. *Stern*, Dr. Klaus, o. Professor,
Universität Köln, Gyrhofstr. 8c,
5000 Köln 41, (02 21) 4 70 22 89
295. *Stettner*, Dr. Rupert, Professor,
Jahnstr. 6, 8060 Dachau, (0 81 31) 1 32 44;
Universität Bamberg, Postfach 15 49, 8600 Bamberg,
(09 51) 79 33 21 oder 79 33 18
296. *Stober*, Dr. Rolf, Professor,
Hohe Geist 32, 4400 Münster, (0 25 36) 17 34;
Univ., (02 51) 83 27 04
297. *Stock*, Dr. Martin, Professor,
Am Knick 22, 4800 Bielefeld 1, (05 21) 88 95 33;
Univ., (05 21) 1 06 43 82
298. *Stödter*, Dr. Rolf, Professor,
Golfstr. 7, 2057 Wentorf b. Hamburg, (0 40) 7 20 26 46
299. *Stolleis*, Dr. Michael, o. Professor,
Waldstr. 15, 6242 Kronberg 2,
Universität Frankfurt a.M., (0 69) 7 98 31 92
300. *Stolzlechner*, Dr. Harald, Universitätsdozent,
Sackengutstr. 5b, A-5020 Salzburg, (06 62) 42 02 52;
Univ., (06 62) 4 45 11
301. *Suhr*, Dr. Dieter, Professor,
Birkenstr. 37, 8900 Augsburg 22, (08 21) 9 76 46;
Univ., (08 21) 59 83 55
302. *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
303. *Thieme*, Dr. Werner, Professor,
Am Karpfenteich 58, 2000 Hamburg 63, (0 40) 5 38 49 92;
Univ., (0 40) 41 23 26 27
304. *Thürer*, Dr. Daniel, Professor,
Abeggweg 20, CH-8057 Zürich, (01) 3 62 65 47
Univ., (01) 2 57 31 18

- 305. *Tomuschat*, Dr. Christian, Professor,
Kautexstr. 43, 5300 Bonn 3, (02 28) 43 00 67;
Universität Bonn, (02 28) 73 91 72
- 306. *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
- 307. *Tsatsos*, Dr. Dimitris Th., o. Professor,
Am Waldesrand 10e, 5800 Hagen, (0 23 31) 58 66 68;
Fernuniv., (0 23 31) 8 04 28 76
- 308. *Über*, Dr. Giesbert, o. Professor,
Roseneck 5, 4400 Münster-Hiltrup, (0 25 01) 31 59;
Univ., (02 51) 83 27 01
- 309. *Ule*, Dr. Carl Hermann, o. Professor,
Oberer Gaisbergweg 9, 6900 Heidelberg, (0 62 21) 2 78 32;
Hochschule Speyer
- 310. *Unruh*, Dr. Georg-Christoph, o. Professor,
Steenkamp 2, 2305 Heikendorf, (04 31) 23 14 59;
Universität Kiel, (04 31) 8 80 35 22/69
- 311. *Graf Vitzthum*, Dr. Wolfgang, o. Professor,
Im Rotbad 19, 7400 Tübingen 1, (0 70 71) 6 38 44
Univ. Tübingen, (0 70 71) 29 52 66
- 312. *Vogel*, Dr. Klaus, o. Professor,
Ottostr. 36, 8130 Starnberg, (0 81 51) 1 32 21;
Universität München, (0 89) 21 80 27 18
- 313. *Voigt*, Dr. Alfred, o. Professor,
Schwedenstr. 26, 8521 Spardorf, (0 91 31) 5 60 43
- 314. *Wagner*, Dr. Heinz, o. Professor,
Tietzenweg 54, 1000 Berlin 45, (0 30) 8 33 21 67;
Univ., (0 30) 8 38 36 39
- 315. *Wahl*, Dr. Rainer, o. Professor,
Sundgaullee 68, 7800 Freiburg, (07 61) 8 58 71;
Univ., (07 61) 2 03 44 65/6
- 316. *Wallerath*, Dr. Maximilian, Privatdozent,
Gudenauer Weg 86, 5300 Bonn 1, (02 28) 28 32 02;
dienstl.: (02 21) 37 10 78
- 317. *Weber*, Dr. Albrecht, Professor,
Weidenweg 20, 4516 Bissendorf, (0 54 02) 39 07;
Universität Osnabrück, (05 41) 6 08–61 88

- 318. *Weber-Dürler*, Dr. Beatrice, Professorin,
Zeughausgasse 10, CH-9000 St. Gallen, (0 71) 23 12 09;
Forschungsgemeinschaft für Rechtswissenschaft, HSG,
Tigerbergstr. 21, CH-9000 St. Gallen, (0 71) 22 34 30
- 319. *Weides*, Dr. Peter, o. Professor,
Franz-Marc-Str. 22, 5000 Köln 50, (02 21) 39 11 92;
Univ., (02 21) 4 70 44 54
- 320. *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
- 321. *Wenger*, DDr. Karl, Universitätsprofessor,
Meytensgasse 18, A-1130 Wien, (02 22) 8 22 72 44;
Univ., (02 22) 43 00 31 36, Schottenbastei 10–16,
A-1010 Wien
- 322. *Wengler*, Dres. Dres. h. c. Wilhelm, Professor,
Werderstr. 15, 1000 Berlin 37, (0 30) 8 01 65 35
- 323. *Wertenbruch*, Dr. Wilhelm, Professor,
An der Rodung 6, 5353 Mechernich-Katzvey, (0 22 56) 78 18;
Universität Bochum, (02 34) 7 00 22 39
- 324. *Wielinger*, Dr. Gerhart, Universitätsdozent,
Bergmannngasse 22, A-8010 Graz, (03 16) 31 87 14
dienstl., (03 16) 70 31 24 28
- 325. *Wildhaber*, Dr. Luzius, o. Professor,
Auf der Wacht 21, CH-4104 Oberwil, (0 61) 30 25 21
- 326. *Wilke*, Dr. Dieter, o. Professor,
Universität Berlin, Thielallee 52,
1000 Berlin 33, (0 30) 8 38 30 11
- 327. *Wimmer*, Dr. Norbert, o. Universitätsprofessor,
Claudiastr. 7, A-6020 Innsbruck, (0 52 22) 2 04 27;
Univ., (0 52 22) 3 36 01/7 31
- 328. *Winkler*, Dr. Günther, Universitätsprofessor,
Reisnerstr. 22/5/11, A-1030 Wien, (02 22) 73 44 15;
Univ., (02 22) 43 00 31 31, Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien
- 329. *Wolfrum*, Dr. Rüdiger, o. Professor,
Lindenallee 13, 2300 Kiel 1 (Altenholz), (04 31) 32 18 44;
Univ., (04 31) 8 80-21 89
- 330. *Wollenschläger*, Dr. Michael, Privatdozent,
An den Forstäckern 15, 8706 Höchberg, (09 31) 4 91 96
Univ., (09 31) 3 13 05

- 331. *Würtenberger*, Dr. Thomas, o. Professor,
Im Brühl 9, 5501 Gutweiler, (0 65 88) 71 79;
Universität Trier, (06 51) 71 64 51
- 332. *Zacher*, Dr. Hans F., o. Professor,
Starnberger Weg 7, 8134 Pöcking, (0 81 57) 13 84;
Universität München, (0 89) 21 80 27 25
- 333. *Zeh*, Dr. Wolfgang, Ministerialrat,
Sibyllenstr. 40, 5300 Bonn 2, (02 28) 37 56 52;
dienstl., (02 28) 16 26 49 oder 16 30 44
- 334. *v. Zezschwitz*, Dr. Friedrich, Professor,
Petersweiher 47, 6300 Gießen, (06 41) 4 51 52;
Univ., (06 41) 7 02 50 20
- 335. *Zieger*, Dr. Gottfried, Professor,
Leuschnerweg 10, 3400 Göttingen, (05 51) 2 22 55
- 336. *Zimmer*, Dr. Gerhard, Privatdozent,
Bamberger Str. 22, 1000 Berlin 30, (0 30) 8 54 46 56
- 337. *Zippelius*, Dr. Reinhold, o. Professor,
Niendorfstr. 5, 8520 Erlangen, (0 91 31) 5 57 26;
Univ., (0 91 31) 85 28 20
- 338. *Zuleeg*, Dr. Manfred, Professor,
Kaiser-Sigmund-Str. 32, 6000 Frankfurt/M. 1, (0 69) 56 43 93;
Univ., (0 69) 7 98 23 82

Satzung

(Nach den Beschlüssen vom 21. Oktober 1949, 19. Oktober 1951, 14. Oktober 1954, 10. Oktober 1956, 13. Oktober 1960, 5. Oktober 1962, 1. Oktober 1971, 6. Oktober 1976 und 3. Oktober 1979)

§ 1

Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer stellt sich die Aufgabe:

1. wissenschaftliche und Gesetzgebungsfragen aus dem Gebiete des öffentlichen Rechts durch Aussprache in Versammlungen der Mitglieder zu klären;
2. auf die ausreichende Berücksichtigung des öffentlichen Rechts im Hochschulunterricht und bei staatlichen und akademischen Prüfungen hinzuwirken;
3. in wichtigen Fällen zu Fragen des öffentlichen Rechts durch Eingaben an Regierungen oder Volksvertretungen oder durch öffentliche Kundgebungen Stellung zu nehmen.

§ 2

Mitglied der Vereinigung kann werden, wer auf dem Gebiet des Staatsrechts und mindestens eines weiteren öffentlich-rechtlichen Fachs

- a) seine Befähigung zu Forschung und Lehre durch hervorragende wissenschaftliche Leistung nachgewiesen hat* und
- b) an einer deutschen oder deutschsprachigen Universität** oder 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.