

Veröffentlichungen
der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer

Heft 32

Karl Doehring und Josef Isensee
Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer
in der Bundesrepublik Deutschland

Gunter Kisker und Günter Püttner
Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht

Berichte und Diskussionen
auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
in Mannheim vom 3. bis 6. Oktober 1973



1974

Walter de Gruyter • Berlin • New York

Redaktion: Prof. Dr. Peter Lerche

ISBN 3 11 005776 X

©

Copyright 1974 by Walter de Gruyter & Co., vormals G. J. Göschen'sche Verlagshandlung, J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, Georg Reimer, Karl J. Trübner, Veit & Comp., 1 Berlin 30.

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

Printed in Germany.

Satz und Druck: Druckerei Chmielorz, 1 Berlin 44

Buchbindearbeiten: Wübben & Co., 1 Berlin 42

Inhalt

	Seite
Jahrestagung 1973	5
Erster Beratungsgegenstand:	
<i>Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundes-</i> <i>republik Deutschland</i>	
1. Bericht von Professor Dr. <i>Karl Doehring</i>	7
Leitsätze des Berichterstatters	45
2. Mitbericht von Professor Dr. <i>Josef Isensee</i>	49
Leitsätze des Mitberichterstatters	102
3. Aussprache und Schlußworte	107
Zweiter Beratungsgegenstand	
<i>Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht</i>	
1. Bericht von Professor Dr. <i>Gunter Kisker</i>	149
Leitsätze des Berichterstatters	194
2. Mitbericht von Professor Dr. <i>Günter Püttner</i>	200
Leitsätze des Mitberichterstatters	226
3. Aussprache und Schlußworte	228
Verzeichnis der Redner	269
Verzeichnis der Mitglieder der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer	271
Satzung der Vereinigung	287

Jahrestagung 1973

Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer versammelte sich vom 3. bis 6. Oktober 1973 in Mannheim. Der Vorsitzende, Herr Hesse (Freiburg), konnte wiederum eine sehr stattliche Zahl von Mitgliedern mit ihren Damen, Gäste, insbesondere aus Japan, und Vertreter der Fachpresse begrüßen. Das Mannheimer Schloß als Sitz der modernen Universität in der lebendigen Stadt bildete einen großzügigen Tagungsort. Der Rektor der Universität begrüßte die Vereinigung. Der Vorsitzende gab dem Dank der Vereinigung Ausdruck; er hob zugleich die Verdienste hervor, die sich Herr Bartlsperger (Mannheim), Frau Bartlsperger sowie die an der Vorbereitung beteiligten Mitarbeiter um das Gelingen der Tagung in besonderem Maße erworben haben.

Die Mitgliederversammlung gedachte der im vergangenen Jahr verstorbenen Angehörigen der Vereinigung, darunter ihres Ehrenpräsidenten Erich Kaufmann, mit dem die Wissenschaft des öffentlichen Rechts einen ihrer großen und prägenden Repräsentanten verloren hat. Der Bericht des Vorstands ging u. a. auf die Resonanz der in Salzburg beschlossenen Empfehlungen zur Gestaltung des Studiums im Wahlfach Verwaltungslehre sowie auf Aktivitäten zur Verwirklichung der Regensburger Empfehlungen ein. Über die Beratungen des Gesprächskreises Verwaltungslehre berichtete Herr Weber (Göttingen). 19 neue Mitglieder konnten aufgenommen und vorgestellt werden. Zum neuen Vorstand der Vereinigung wurden die Herren Ipsen (Hamburg), Vogel (Heidelberg), Ossenbühl (Bonn) gewählt.

Die Tagung wurde durch eine Reihe festlicher Veranstaltungen umrahmt. Die Landesregierung Baden-Württemberg und die Stadt Mannheim gaben einen Empfang im Rittersaal des Schlosses. Kunstgeschichtliche Führungen, gesellige und sonstige Veranstaltungen sowie eindrucksvolle Ausflüge in die Umgebung mit ihren reichen landschaftlichen Schönheiten und Baudenkmälern erfreuten die Teilnehmer und festigten die persönliche Verbindung.

Die nachstehend abgedruckten Referate wurden am 4. und 5. Oktober 1973 in der Universität Mannheim gehalten. An sie schlossen sich jeweils die Aussprachen an.

Erster Beratungsgegenstand:

Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland

1. Bericht von Professor Dr. Karl Doehring, Heidelberg

Der Status der Fremden im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland unter dem Gesichtspunkt der normativen Verschränkung von Völkerrecht und Verfassungsrecht

Inhalt

	Seite
Vorbemerkung	8
I. Der Begriff des Fremden	9
1. Der „Fremde“ im Völkerrecht	10
2. Der „Fremde“ im Verfassungsrecht	11
II. Die Gebote des Völkerrechts für die Behandlung von Fremden im innerstaatlichen Recht	12
1. Das völkerrechtliche Wohnheitsrecht	12
2. Bilaterale Verträge	14
3. Kollektivverträge	15
4. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze	16
5. Die Gegenseitigkeit	17
6. Die Repressalie	18
7. Die Beachtung der heimatlichen Rechtsordnung des Fremden	19
III. Das System des Grundgesetzes zur Erfüllung völkerrechtlicher Gebote im innerstaatlichen Recht	21
1. Das völkerrechtliche Wohnheitsrecht und Art. 25 GG	22
2. Das Vertragsrecht	27
IV. Die Auswirkung völkerrechtlicher Normen auf die Grundrechte von Fremden	32
1. Rechtsvergleichende Übersicht	32
2. Grundrechte und politische Beteiligung der Fremden	34
3. Einzelne Grundrechte und Systematik des Grundgesetzes	37
Schlußbemerkung	43

Vorbemerkung

Wir leben in einer Welt, die sich immer noch aus koordinierten Gemeinwesen, aus Staaten, zusammensetzt. Zwar ist eine gewisse Abkehr vom sogenannten nationalistischen Denken feststellbar, daneben aber, gerade bei sogenannten neuen Staaten, auch eine Zuwendung zur Betonung der alten Souveränität vorhanden. Keine nationalen und keine internationalen Träume können über den realen Status der Völkergemeinschaft hinweghelfen. Vor allem, ein Staat gäbe sich auf und würde seiner Totalverantwortung für seine Bürger nicht mehr genügen, wollte er in den Traum eines Weltbürgertums versinken.

Das heißt aber auch, daß die Unterscheidung von Staatsangehörigen und Fremden (noch?) ein Prinzip ist, dem sich ohne Verfehlung seiner noch bestehenden Aufgabe kein Staat entziehen kann; täte er es, dann würde er die ihm zuvorderst anvertrauten Menschen in gewisser Weise einer noch nicht kompensierten Unsicherheit aussetzen.

Diejenigen, die sich in neuerer Zeit dafür einsetzen, daß auf Grund des Demokratiegebotes die Gleichstellung von Staatsangehörigen und Fremden zu perfektionieren sei, sollten sich die Begriffe Demokratie und Volksherrschaft in ihrer Substanz in das Gedächtnis zurückrufen. Demokratie ist nicht nur Mitbestimmung aller, sondern vor allem Mitverantwortung der Mitglieder des Staatsvolkes¹⁾.

Ein konkretes Beispiel sei hier erlaubt. Nimmt ein Staat auf Grund eines verfassungsmäßig verbürgten Asylrechts jeden Asylsuchenden auf, auch den Gegner jeder Rechtsstaatlichkeit, und gibt ihm — in meinem Sinne pseudodemokratisch — die Mitbestimmung, dann mag es eine Frage der Zeit sein, wie lange dieser Staat seine eigene Verfassung zu schützen vermag. Wenn eine freiheitliche demokratische Grundordnung diejenigen mit Rechten ausstattet, die diese Grundordnung zu zerstören trachten, hebt sie sich auf. Eine sich selbst aufhebende Verfassung und ein sich aufgebender freiheitlicher Staat kann niemanden mehr schützen und in ihm würde gerade der Mensch, der die Freiheit sich bewahren will, auch kein Asyl mehr suchen. Die Erkenntnis ist nicht neu, daß ein Übermaß an Humanität und Liberalität die größte Brutalität erzeugen kann; Freiheit hat eben Bestand nur in der Bindung. Das hat

¹⁾ Über die Entstehung des Instituts der Staatsangehörigkeit gerade auch im Hinblick auf Rechte und Verantwortlichkeiten A. N. Makarov, Allgemeine Lehren des Staatsangehörigkeitsrechts, 2. Aufl., 1962, S. 5 ff.

mit nationalistischem Denken nichts zu tun sondern ist gerade eine Frage des Schutzes der Menschenrechte, die bisher und wohl noch lange ihren besten Hort in Verbänden und nicht in der Staatsauflösung finden.

So gesehen ist die Aufhebung der Unterscheidung von Staatsbürgern und Fremden nicht die Perfektionierung der Menschlichkeit, sondern in der noch bestehenden Welt eher ihre Zerstörung. In Frage steht nur das Maß der Differenzierung. Weder muß eine allgemeine Umarmung geboten sein, noch müssen die Fremden stets an ihre Fremdheit erinnert werden. Verfassungsrecht und Völkerrecht haben dieser maßvollen Sicht auch Rechnung getragen. Daß dabei Sein und Sollen divergieren können, ist bekannt.

Das Thema bedarf der Abgrenzung, insbesondere der Eingrenzung. Es soll im Folgenden nicht darum gehen, jede denkbare Rechtsbeziehung des Fremden zum deutschen Recht darzustellen und zu untersuchen, sondern der Schwerpunkt des zu behandelnden Themas liegt in der Betrachtung des Status eines Fremden, der sich legal im Geltungsbereich des Grundgesetzes aufhält.

Diejenigen Fragen also, die sich auf Aufenthaltsrecht, Ausweisung, Abweisung, Auslieferung, Asylrecht, Einbürgerung u. ä. beziehen, werden nicht als selbständige Probleme behandelt, sondern nur dann, wenn die Untersuchung des Status des legal in der Bundesrepublik lebenden Fremden für die Abgrenzung seiner Rechte und Pflichten das unbedingt notwendig macht.

In der gleichen Weise wird thematisch der Sonderstatus von Staatsangehörigen der europäischen Gemeinschaften nur berührt werden, wenn Abgrenzungen von und Vergleiche zum Status des „normalen“ Fremden unbedingt notwendig erscheinen. Ebenso ist auf die Besonderheiten der rechtlichen Behandlung der Bürger der DDR nur in dieser mittelbaren Weise einzugehen, obwohl, wie ich das früher schon ausgeführt habe, die analoge Anwendung der allgemeinen Fremdenrechtsregeln geboten sein kann.

Das heißt also, Statusbegründung, Statusbeendigung und Sonderstatus gehören nicht zu den eigentlichen Gegenständen der folgenden Betrachtung.

I. Der Begriff des Fremden

Den Terminus „Fremder“ ziehe ich der Bezeichnung „Ausländer“ vor, was sich aus den nun zu gebenden Hinweisen erklärt.

1. Der „Fremde“ im Völkerrecht

Zwar kann man heute an der lange Zeit geradezu als eine der Grundlagen des Völkerrechts geltenden Auffassung nicht mehr festhalten, wonach das Individuum nur „im Lichte“ einer Staatsangehörigkeit zu einem völkerrechtlich relevanten Objekt wird²⁾. Diese Auffassung ist seit der Entstehung allgemeiner völkerrechtlicher Menschenrechte und für diejenigen, die den Bestand solcher Rechte anerkennen, nicht mehr haltbar³⁾, denn auch Staatenlose sind Menschen als Inhaber von Menschenrechten. Aber auch, wenn man dieser modernen und wohl auch überwiegend akzeptierten Auffassung⁴⁾ folgt, behält der Begriff des Fremden im Völkerrecht seine hervorragende Bedeutung. Allerdings meint er im wesentlichen etwas negatives und wird in dieser mehr negativen Beziehung vor allem rechtlich relevant.

Der Fremde im Völkerrecht ist nämlich ein Individuum, das nicht die Staatsangehörigkeit desjenigen Staates innehat, zu dem seine Rechtsbeziehungen Gegenstand der Betrachtung sind⁵⁾. Das kann der Inhaber einer anderen Staatsangehörigkeit als derjenige des Aufenthaltsstaates sein und es kann der Staatenlose sein; es kann auch derjenige sein, dessen Staatsangehörigkeit ungeklärt ist, oder auch für manche Belange der Doppelstaater.

Diese negative Abgrenzung — die Nichtinhaberschaft der Staatsangehörigkeit des auf sein Verhalten zu prüfenden Staates — drückt sich in den Rechtsregeln auch weitgehend negativ aus: Der Fremde kann nicht gegenüber dritten Staaten geschützt werden (nationality rule); ein Schadensersatz kann nicht für Fremde gefordert werden; ein Staat ist nicht verpflichtet, Fremde aufzunehmen; ein Staat ist nicht berechtigt, einen

²⁾ F. Stoerk, Staatsuntertanen und Fremde, Handbuch des Völkerrechts, hrsg. von F. v. Holtzendorff, Bd. 2, 1887, S. 589.

³⁾ G. Dahm, Die Stellung des Menschen im Völkerrecht unserer Zeit, Recht und Staat, Nr. 238, 1961, S. 11 ff.

⁴⁾ Die Veränderung der Stellung des Individuums im allgemeinen Völkerrecht drückte sich insbes. in einer Änderung der Auffassungen über die materiell-rechtliche Inhaberschaft von Ansprüchen im Rahmen des diplomatischen Schutzes aus, wie sie etwa von H. Lauterpacht (International Law and Human Rights, 1950, S. 27) zum Ausdruck gebracht wird: „... the correct way of stating the legal position is not that the State asserts its own exclusive rights but enforces in substance the right of the individual ...“

⁵⁾ J. Gilissen, Le statut des étrangers à la lumière de l'histoire comparative (Recueil de la société Jean Bodin, Bd. IX, 1. Tell, 1958, S. 10): „Est étranger celui qui ne fait pas partie du groupe sociale politique par rapport auquel son statut est envisagé ...“

Fremden zum Treuebruch mit seinem Heimatstaat zu veranlassen; ein Staat ist nicht berechtigt, den Fremden in jedem Falle wie einen eigenen Staatsangehörigen zu behandeln und anderes mehr.

Anders gewendet bedeutet diese Abgrenzung: der Staat kann regelmäßig — nämlich abgesehen von allgemeinen auch völkerrechtlichen Menschenrechten⁶⁾ — die eigenen Staatsangehörigen nach reiner Maßgabe des nationalen Rechts behandeln, für eigene Staatsangehörige und nur für sie die diplomatische Protektion ausüben und anderes mehr.

Die Unterscheidung zwischen Fremden und eigenen Staatsangehörigen ist also in vielen völkerrechtlichen Beziehungen strikt geboten.

2. Der „Fremde“ im Verfassungsrecht

Etwas anders ist die Rechtslage im Verfassungsrecht. Ob eine nationale Rechtsordnung und wie weit sie zwischen Staatsangehörigen und Nichtstaatsangehörigen oder zwischen Angehörigen verschiedener Staaten differenziert, ist regelmäßig innere Angelegenheit des jeweiligen Staates, solange und soweit die völkerrechtlichen Gebote beachtet sind, die noch aufgezeigt werden sollen.

Sicherlich würde ein Staat völkerrechtswidrig handeln, wenn er sich weigern würde, den Kreis seiner Staatsangehörigen überhaupt zu bestimmen⁷⁾; insoweit muß — aus völkerrechtlichen Gründen — die nationale Rechtsordnung zwischen fremden und eigenen Staatsangehörigen differenzieren. Jedoch innerhalb der völkerrechtlichen Gebote kann eine Differenzierung auch unterbleiben, bzw. sie steht in ihrer Ausgestaltung jedem Staat frei. Es gibt wohl keinen Staat als Mitglied der Völkerrechtsgemeinschaft, der den Kreis seiner Staatsangehörigen nicht abgrenzt und also den Begriff des Fremden auch für den nationalen Bereich negiert.

Wie das Grundgesetz die Ausgestaltungen und Abgrenzungen vornimmt, wird noch gezeigt werden. Nur auf einen Gesichtspunkt sei hier schon hingewiesen. Wenn Artikel 25 GG die allgemeinen Regeln des Völkerrechts zu innerstaatlichem Recht

⁶⁾ W. Wengler, Völkerrecht, Bd. 2, 1964, S. 1004.

⁷⁾ Wenn ein abgrenzbares Staatsvolk als unabdingbares Merkmal des Staates in seiner Eigenschaft als Völkerrechtssubjekt angesehen werden muß (H. Mosler, Völkerrechtsfähigkeit, Wörterbuch des Völkerrechts, Bd. III, 1962, S. 668 ff.), müßte die Rechtsfolge mangelnder Bestimmung des Kreises der Staatsangehörigen der Verlust der Rechtspersönlichkeit sein.

erklärt, dann gibt es nicht nur ein völkerrechtliches Gebot, eine Unterscheidung zwischen Staatsangehörigen und Fremden zu vollziehen⁸⁾, sondern die Verfassung selbst gebietet diese Unterscheidung, soweit das Völkerrecht sie zwingend fordert⁹⁾.

II. Die Gebote des Völkerrechts für die Behandlung von Fremden im innerstaatlichen Recht

Bei dieser Betrachtung kann es nicht darum gehen, die völkerrechtlichen Gebote in ihrer subtilen Einzelausgestaltung darzustellen, sondern es kann nur das System gezeigt werden. Dieses System kann auf wenige fundamentale Grundsätze reduziert werden. Die Subtilitäten werden allerdings eine Rolle spielen bei der Frage, ob und wie das Grundgesetz die völkerrechtlichen Forderungen erfüllt.

Die folgende Betrachtung ist nach den Rechtsquellen des Völkerrechts geordnet, da diese zueinander in einer gewissen Rangordnung stehen können, die nicht übersehen werden darf¹⁰⁾.

1. Das völkerrechtliche Gewohnheitsrecht

Die Kontroverse, ob in der Rechtsquellenhierarchie das Gewohnheitsrecht oder das Vertragsrecht den ersten Platz einnimmt, übergehe ich hier, denn auch die sowjetische Völkerrechtslehre, die der Auffassung von einem Vorrang des Vertragsrechts zuneigte, leugnet den Bestand von Gewohnheitsrecht nicht mehr in der früheren Art¹¹⁾.

Das Gewohnheitsrecht soll hier als erste Rechtsquelle deshalb betrachtet werden, weil nur in seinem Rahmen von zwingendem Recht zu sprechen sinnvoll ist; soweit es zwingende Grundsätze enthält, sind sie der Abänderung durch Vertragsrecht entzogen¹²⁾.

Nach einigem Schwanken in der Rechtsentwicklung, das zum Teil besonders regional bedingt war, hat sich ein relativ fester

⁸⁾ So darf eine Reihe von Pflichten, die von den Staatsbürgern zu erfüllen sind, den Fremden gerade nicht auferlegt werden (W. Wengler, a. a. O., S. 988).

⁹⁾ So auch eindeutig BGH v. 23. 10. 1963, MDR 1964, S. 218.

¹⁰⁾ Auch dann, wenn man eine Rangordnung weitgehend ablehnt (vgl. dazu G. Jaenicke, Völkerrechtsquellen, Wörterbuch des Völkerrechts, Bd. III, 1962, S. 773 f.), muß doch im Falle des Normenkonflikts — z. B. Vertrag gegen Gewohnheitsrecht oder umgekehrt — über den „Rang“ entschieden werden.

¹¹⁾ G. I. Tunkin, Völkerrechtstheorie, 1970 (deutsche Übersetzung 1972), S. 143 ff.

¹²⁾ G. Dahm, Völkerrecht, Bd. 3, 1961, S. 60.

Bestand an Rechtsgrundsätzen herausgebildet, denen das Verhalten der Staaten bei der Behandlung von Fremden zu folgen hat. Man spricht in dieser Beziehung vom völkerrechtlichen Mindeststandard¹³⁾, dessen Unterschreitung ein völkerrechtliches Delikt bedeuten würde.

Dieser Mindeststandard deckt sich inhaltlich zum Teil mit den völkerrechtlichen Menschenrechten, wobei aber darauf hinzuweisen ist, daß letztere nicht schlechthin der Deklaration der Vereinten Nationen von 1948, den Vertragsentwürfen über die Menschenrechte der Vereinten Nationen von 1966 oder der Europäischen Menschenrechtskonvention entnommen werden können; diese Kodifikationen oder Kodifikationsversuche übersteigen den Mindeststandard und die allgemeinen Menschenrechte in vieler Hinsicht, was hier nicht weiter ausgeführt werden soll.

Der fremdenrechtliche Mindeststandard ist ungeschriebenes Recht, er ist zwingendes Recht, zumindest soweit er sich mit den Menschenrechten deckt¹⁴⁾, und kann theoretisch durch die sogenannte Inländergleichbehandlung sowohl unterschritten werden — was rechtswidrig wäre — oder überschritten werden — was zulässig wäre —¹⁵⁾, wenn auch mit Grenzen, auf die zurückzukommen ist.

Der Mindeststandard hat keinen endgültig festgelegten Inhalt, sondern unterliegt dem Wandel des Gewohnheitsrechts¹⁶⁾. So könnte z. B. der Eigentumsschutz der Fremden unter weltweitem Wechsel der Sozialbindungen sich verändern. Die Substanz des Mindeststandards soll hier nicht in ihren Einzelheiten dargestellt werden; auf sie ist für Einzelfragen bei Betrachtung der Regeln des Grundgesetzes gegebenenfalls zurückzukommen.

Der so charakterisierte Standard ist aber eben auch nur zum Teil ein zwingendes Mindestanforderungs¹⁷⁾. Das fremdenrecht-

¹³⁾ So schon E. Borchard, *Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, 1919, S. 39: „... standard of treatment which the State cannot violate without incurring international responsibility“.

¹⁴⁾ G. Dahm, a. a. O., Bd. 1, 1958, S. 506.

¹⁵⁾ A. Verdross — S. Verosta — K. Zemanek, *Völkerrecht*, 5. Aufl., 1964, S. 361.

¹⁶⁾ So auch BVerfG v. 14. 5. 1968, BVerfGE 23, 316, wo daraufhingewiesen ist, daß die Fortentwicklung des völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts zu immer neuen Kollisionen mit innerstaatlichem Recht führen könne.

¹⁷⁾ H. Kraus, *Staats- und völkerrechtliche Betrachtungen zur Rechtsstellung des Fremden — Ein Beitrag zum Gleichheitsproblem*, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955, S. 92, meint, nur

liche Gewohnheitsrecht kennt auch Regeln, die nicht zwingendes Recht und also durch Verträge abdingbar sind¹⁸⁾. Der Gewohnheitsrechtssatz z. B., daß Fremde als politische Delinquenten oder auch als Desserteure nicht ausgeliefert werden, könnte vertraglich aufgehoben werden. Nur dann, wenn durch eine solche Auslieferung eine unmenschliche Behandlung im Empfangsstaat ermöglicht würde, wäre der Mindeststandard verletzt in seiner Schutzfunktion für die Menschenrechte.

Wir haben also zwei Kategorien von Gewohnheitsrechtssätzen vor uns: solche, die den Mindeststandard ausfüllen und zwingend sind, und solche, die nicht zum menschenrechtlichen Kern des Mindeststandards zählen und vertraglich abdingbar sind¹⁹⁾.

2. Bilaterale Verträge

Damit ist über das fremdenrechtliche Vertragsrecht auch schon wesentliches gesagt. Die Staaten als Vertragspartner können den Status der beiderseitigen Staatsangehörigen oberhalb des zwingenden Mindeststandards ausgestalten; sie können Rechte erteilen, die das Gewohnheitsrecht nicht kennt und sie können Rechte aufheben, die ohne diese Aufhebung zum Gewohnheitsrecht zählen würden, solange der zwingende Mindeststandard nicht berührt ist.

Der Klarheit halber sei angemerkt, daß die Frage, ob und inwieweit die völkerrechtlichen Rechtssätze über die Behandlung von Fremden zu deren subjektiven Rechten zählen, hier nicht zu behandeln ist; die Untersuchung der Artikel 25 und 59 GG wird diese Probleme weitgehend lösen.

Wie und auf welche Weise die Vertragseinhaltung zur Fremdenbehandlung innerstaatlich gesichert ist, interessiert das Völkerrecht nicht, falls nicht der Vertrag selbst die Sicherung zum Gegenstand hat, wie das z. B. bei ausdrücklicher Vereinbarung über einen den Mindeststandard überschreitenden Ge-

eine „geringe Anzahl von Regeln zwingender Natur“ im Rahmen des Mindeststandards feststellen zu können.

¹⁸⁾ Unklar ist die Auffassung des BVerfG (7. 4. 1965, BVerfGE 18, 448) in dieser Beziehung, wenn es heißt: „Das Völkergewohnheitsrecht ist durchweg nachgiebiges Recht“; diese Rechtsauffassung wird dann in den weiteren Ausführungen wieder eingeschränkt, da „einige elementare Rechtsgebote“ als der Vertragsfreiheit entzogen anerkannt werden.

¹⁹⁾ H. Kelsen — R. W. Tucker, *Principles of International Law*, 2. Auflage, 1967, S. 366 ff.

richtsschutz der Fall wäre²⁰). Wenn das Rechtsmittel der Verfassungsbeschwerde nur Deutschen zur Verfügung stünde — was durchaus völkerrechtlich zulässig wäre — könnte ihre Inanspruchnahme durch Fremde doch vereinbart werden, wogegen die vereinbarte Ausschließung von Fremden von jedem innerstaatlichen Gerichtsschutz den zwingenden Mindeststandard verletzen würde und daher rechtswidrig wäre²¹).

Ein allgemeines Diskriminierungsverbot kennt das Vertragsrecht nicht. Ebenso, wie im Rahmen des Gewohnheitsrechts oberhalb des zwingenden Mindeststandards klassifiziert werden darf, dürfen Verträge den Fremden einen ungleichen Status geben. Nur in extremen Grenzfällen könnte eine willkürliche Ungleichbehandlung gerügt werden²²). Regelmäßig bedarf es des Nachweises eines sachlichen Grundes zur Ungleichbehandlung jedenfalls nicht. Der Gleichheitssatz gehört in das System der Subordination. Natürlich kann die Gleichbehandlung — von Fremden untereinander und von Fremden und Staatsangehörigen — vereinbart werden, wie das z. B. durch Meistbegünstigungsklauseln und andere rechtstechnische Mittel geschieht.

3. Kollektivverträge

Derartige Verträge werden meist gerade die Frage der Gleichbehandlung der Individuen zum Gegenstand haben, wie etwa das europäische Gemeinschaftsrecht und ähnliche Vereinbarungen es zeigen²³).

Interessant und in gewisser Weise neu ist dabei das Phänomen, daß auch der Status von solchen Fremden einbezogen wird, die keine Staatsangehörigkeit irgendeiner der Vertrags-

²⁰) Der Freundschafts-, Handels- und Schiffahrtsvertrag zwischen der BRD und den USA v. 29. 10. 1954 (BGBl. 1956 II, S. 488) enthält in Art. VI Abs. 1 die selten zu findende Zusicherung des Zuganges zu den „Verwaltungsgerichten“, im englischen Text zu den „administrative tribunals and agencies“.

²¹) Zu Lehre und Staatenpraxis auf diesem Gebiet *K. Doehring*, Fordert das allgemeine Völkerrecht innerstaatlichen Gerichtsschutz gegen die Exekutive? Gerichtsschutz gegen die Exekutive, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Nr. 52, Bd. 3, S. 234 ff.

²²) Um derartige Erwägungen handelt es sich in der Entscheidung des OLG Bremen (Bremer Tabakstreit) v. 21. 8. 1959, Arch. d. Völkerrechts Bd. 9, 1961/62, S. 318 ff. (359 f.).

²³) Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft v. 25. 3. 1957, Art. 7 Abs. 1: „Unbeschadet besonderer Bestimmungen dieses Vertrages ist in seinem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten“.

partner innehaben. Die Mitglieder der Europäischen Menschenrechtskonvention haben sich verpflichtet, alle Menschen in der vereinbarten Art zu schützen²⁴⁾. Soweit die Staaten die Individualbeschwerde akzeptiert haben, handelt es sich um die Konstruktion eines „Vertrages zu Gunsten Dritter“.

Es wäre theoretisch denkbar und bei Kollektivverträgen, die verfassungsartig Organisationsstatuten aufstellen, vielleicht zweckmäßig, wenn die Partner schon im völkerrechtlichen Vertrag die Verpflichtung begründen würden, den aus dem Vertrag herzuleitenden Rechten der Individuen einen bestimmten Rang in den nationalen Rechtsordnungen einzuräumen. Das geschieht aber nicht. So unterscheiden sich letztlich die Rechte der Fremden als Inhalt von Kollektivverträgen in dieser Beziehung nicht von denjenigen aus bilateralen Verträgen.

4. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze

Sie haben für das völkerrechtliche Fremdenrecht eine — zum Teil noch nicht genügend erkannte — hervorragende Bedeutung.

Das völkerrechtliche Gewohnheitsrecht — beruhend auf Übung und Rechtsüberzeugung — konnte für das Fremdenrecht Regeln nur durch die Praxis entwickeln. Es bleiben also Freiräume für alle diejenigen Sachverhalte, die bisher nicht zum Gegenstand der Staatenpraxis wurden²⁵⁾. Man könnte nun sagen, insofern bestehe eben keine rechtliche Regelung.

Wenn man jedoch der m. E. richtigen Auffassung folgt, wonach als Rechtsquelle auch des Völkerrechts eine Rechtsregel zu gelten hat, die sich in vielen, bedeutenden innerstaatlichen Rechtsordnungen parallel gebildet hat²⁶⁾, können diese „Freiräume“ weitgehend durch die Aufdeckung der allgemeinen Rechtsgrundsätze ausgefüllt und aufgefüllt werden. Diese allgemeinen Rechtsgrundsätze können den fremdenrechtlichen Mindeststandard im Hinblick auch auf seine zwingenden Teile ausfüllen; sie können auch als abdingbare Rechtsregeln das übrige Gewohnheitsrecht ergänzen. Sie können daher im er-

²⁴⁾ K. J. Partsch, Die Rechte und Freiheiten der europäischen Menschenrechtskonvention, Die Grundrechte, Bd. 1, Halbband 1, 1966, S. 294.

²⁵⁾ Zum Verhältnis von Gewohnheitsrecht zu allgemeinen Rechtsgrundsätzen D. O'Connell, International Law, 2. Aufl. 1970, Bd. I, S. 5 ff.

²⁶⁾ Die zahlreichen Definitionen der allgemeinen Rechtsgrundsätze sind zusammengestellt von F. Berber, Lehrbuch des Völkerrechts, Bd. I, 1960, S. 66 ff.

sten Fall nicht durch Verträge beeinträchtigt werden, im zweiten Falle haben sie Verträgen zu weichen.

Diese allgemeinen Rechtsgrundsätze sind positives Völkerrecht²⁷⁾, d. h. sie wären vom Internationalen Gerichtshof als unmittelbar anwendbar bei einer Entscheidung über die Behandlung von Fremden zu beachten, woran das Statut des Internationalen Gerichtshofs keinen Zweifel läßt²⁸⁾. Die Bedeutung dieser Rechtsquelle des Völkerrechts wird bei der Frage der Völkerrechtskonformität des Grundgesetzes eine besondere Rolle spielen.

5. Die Gegenseitigkeit

Dieser völkerrechtliche Grundsatz bedarf im hier hergestellten Zusammenhang mit dem Fremdenrecht besondere Beachtung²⁹⁾.

Der Mangel der Gegenseitigkeit bedeutet in den völkerrechtlichen Beziehungen einen Rechtfertigungsgrund zur Einschränkung des Fremdenstatus. Das ist unproblematisch in denjenigen Fällen, in denen auch vertraglich das Gewohnheitsrecht eingeschränkt werden darf.

Daß aber auch u. U. von der Einhaltung des zwingenden Mindeststandards wegen mangelnder Gegenseitigkeit dispensiert werden kann, zeigt das Kriegsrecht. Daß Fremde nicht ohne Gerichtsurteil getötet werden dürfen, gehört sicherlich zum Inhalt des zwingenden Mindeststandards. Im Kriegsrecht aber gilt dieser Satz nicht, sondern es gilt dann nur der Mindeststandard des *ius in bello*, wie er in den Genfer Konventionen von 1949 zum Ausdruck kommt. Die Gegenseitigkeit bedeutet eben, daß die Beteiligten unter bestimmten Umständen das gleiche Mittel anwenden dürfen.

Sieht man den Kriegszustand als Rechtsausnahme an, bleibt die Frage, ob bei Nichteinhaltung des Mindeststandards im völ-

²⁷⁾ Die grundsätzliche Ablehnung, die allgemeinen Rechtsgrundsätze, definiert nach der überwiegenden Lehre als fundamentale Regeln zunächst innerstaatlichen Rechts, als normativen Bestandteil des Völkerrechts zu qualifizieren, wie sie bei G. I. Tunkin, a. a. O., S. 234, zum Ausdruck kommt, hat wohl Bedeutung nur für das „sozialistische“ Recht.

²⁸⁾ Über die Entstehung und Auslegung der Statuten des StIGH und des IGH in dieser Hinsicht eingehend Verdross — Verosta — Zemanek, a. a. O., S. 146 ff.

²⁹⁾ Auf diesen Grundsatz macht das BVerfG (23. 3. 1971, BVerfGE 30, 409) mit besonderem Nachdruck aufmerksam, wobei es allerdings übersieht, daß das bei Anwendung des Art. 3 GG gar nicht notwendig gewesen wäre und im Grunde nur ein Zusatzargument bedeutet.

kerrechtlichen Friedensrecht auch der betroffene Staat hiervon dispensiert ist³⁰). Ich möchte das insoweit verneinen, als der Mindeststandard Menschenrechte enthält. Das leitet dann über zu einem weiteren Problemkreis.

6. Die Repressalie

Die Repressalie bedeutet die Verwendung eines Mittels, das rechtswidrig wäre, wenn es nicht zur Abwehr einer Rechtswidrigkeit benutzt würde³¹). Das Recht zur Repressalie hat viele Begrenzungen, hier aber kommt es nur auf einen dieser Gesichtspunkte an. Es erhebt sich nämlich die Frage, ob auch das Recht zur Repressalie im Fremdenrecht an die Begrenzung durch den Mindeststandard gebunden ist. Auch das möchte ich im Hinblick auf den menschenrechtlichen Gehalt des Mindeststandards bejahen³²).

Wenn z. B. Fremde unter Mißachtung des notwendigen Existenzminimums expropriert werden, wäre das gleiche Verhalten ihres Heimatstaates gegenüber den Staatsangehörigen des expropriierenden Staates m. E. nicht gerechtfertigt. Es könnte aber die Ausweisung aller dieser fremden Staatsangehörigen als Repressalie erfolgen, nur als „Repressalie“ deswegen, weil die Massenausweisung ohne zureichenden Grund als völkerrechtliches Delikt angesehen werden könnte³³).

Der uns aus dem nationalen Verfassungsrecht so geläufige Satz, daß das Individuum nicht zum reinen Objekt, zum reinen Mittel der Zweckverfolgung gemacht werden darf³⁴), besteht in dieser Allgemeinheit im Völkerrecht mit Sicherheit nicht; auch für das nationale Recht bestehen Zweifel, denn viele Regeln des

³⁰) W. Schaumann, *Gegenseitigkeit*, Wörterbuch des Völkerrechts, 1958 Bd. I, S. 630: „Die umfassendste Bedeutung als Rechtsprinzip hat die Gegenseitigkeit im Bereich des Fremderechts und des Internationalen Privatrechts“.

³¹) K. J. Partsch, *Repressalie*, Wörterbuch des Völkerrechts, Bd. III, 1962, S. 106, zeigt die Abgrenzung zu anderen Rechtsinstituten.

³²) Ähnlich K. J. Partsch, a. a. O., S. 104; daß die Pflicht zu humanem Verhalten das Recht zur Repressalie begrenzt, wird schon betont von Strupp, *Das völkerrechtliche Delikt*, 1920, S. 192.

³³) Bedenken gegen Massenausweisungen als Repressalie hat G. Dahm, a. a. O., S. 429 f., ebenfalls nur im Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

³⁴) Maunz-Dürig, *Grundgesetz*, Kommentar, zu Art. 1, Abs. I GG, Rdn. 28: „Die Menschenwürde ist getroffen, wenn der konkrete Mensch zum Objekt, zu einem bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt wird“. Die folgenden Äußerungen zeigen dann, daß die Objektstellung allein wohl nicht gemeint ist, sondern nur eine solche entwürdigender Natur; auch ist eingeräumt, daß auf diesem Gebiet nur simplifizierend argumentiert werden kann.

nationalen Fremdenrechts beruhen auf dem Ziel, den fremden Staat zu einem anderen Verhalten zu veranlassen.

Der Staat besteht aus Menschen. Staatsbeziehungen sind Beziehungen zu Staatsvölkern, also Menschen. Will man zum Schutze der eigenen Staatsbürger auf einen anderen Staat einwirken, wird man eine Einwirkung auf die fremden Staatsbürger nicht vermeiden können. Das ist auch immer im internationalen Recht anerkannt worden³⁵⁾.

Die repressalienhafte Wehrpflicht von Fremden³⁶⁾ und der Ausschluß der Staatshaftung bei mangelnder Verbürgung der Gegenseitigkeit seien hier als nur zwei Beispiele genannt. Auch hier aber wäre die Grenze des zwingenden Mindeststandards zu beachten. So habe ich Bedenken, den Fremden mit der Waffe für den Aufenthaltsstaat im Kriegsfall kämpfen zu lassen und gegebenenfalls das Opfer des Lebens zu verlangen, oder die Staatshaftung soweit auszuschließen, daß der Fremde in echte Existenznot gerät.

Soweit die Repressalie den zwingenden Mindeststandard nicht angreift, ist sie zulässig³⁷⁾. Die Auswirkungen dieser Feststellung haben im Rahmen des Grundgesetzes durchaus Bedeutung.

7. Die Beachtung der heimatlichen Rechtsordnung des Fremden

Ein letzter Hinweis auf die völkerrechtlichen Regeln zur Behandlung von Fremden im nationalen Recht sei hier noch gegeben.

Zwar wird mit Recht behauptet, der Fremde unterliege der Rechtsordnung des Aufenthaltsstaates³⁸⁾. Damit ist aber noch nichts darüber gesagt, wie weit die nationale Rechtsordnung zu respektieren hat, daß der Fremde seinem Heimatstaat verpflichtet bleibt im Rahmen der Personalhoheit³⁹⁾.

³⁵⁾ BVerfG v. 23. 3. 1971 (BVerfGE 30, 409) führt aus, daß es ein legitimes Anliegen des Staates sei, „auch außerhalb seiner Grenzen den Schutz der eigenen Staatsbürger nach Möglichkeit zu gewährleisten“; deshalb sei es „nicht unangemessen, ihm (dem Fremden) die Haltung seines Staates . . . zuzurechnen . . .“

³⁶⁾ D. Walz, Die Wehrpflicht von Ausländern, Sowjetzonenflüchtlingen und Mehrstaatern nach dem Wehrpflichtgesetz der Bundesrepublik Deutschland als Problem des internationalen und des nationalen Rechts, 1969, S. 122 ff.

³⁷⁾ So auch F. Berber, a. a. O., S. 381.

³⁸⁾ D. P. O'Connell, International Law, 2. Aufl. Bd. 2, 1970, S. 703.

³⁹⁾ Richtig weist das BayObLG (8. 3. 1971, Z 1971, 94 ff.) auf die Bedeutung der bestehenbleibenden Personalhoheit des Fremden im Ausland hin.

So wäre es rechtswidrig, dem Fremden Pflichten aufzuerlegen, die ihn in Widerspruch zu dem Treue- und Schutzverhältnis⁴⁰⁾ zu seinem Heimatstaat bringen würden⁴¹⁾. Die Bestrebungen zur Milderung der Rechtsfolgen doppelter Staatsangehörigkeit beruhen auf diesem Grundgedanken⁴²⁾; d. h. das Völkerrecht geht von dem Grundsatz aus, daß der Mensch regelmäßig nur einem Staate zugehören sollte, denn niemand kann zwei Herren dienen. Am deutlichsten zeigt sich das in den Regelungen der Genfer Kriegsrechtskonventionen⁴³⁾. Aber auch im Friedensvölkerrecht lassen sich Beispiele anführen. So beruht die Regelung des § 4 des Deutschen Strafgesetzbuches, wonach die Auslandstat eines Ausländers dann nicht strafbar ist, wenn sein Heimatrecht keine Bestrafung vorsieht oder gar das entsprechende Verhalten gebietet, auf diesem vorwiegend völkerrechtlichen Prinzip.

Dieses so grob umrissene Prinzip kann natürlich in Einzelfällen Probleme erzeugen; insgesamt aber ist es recht klar zu fassen. Viel ungeklärter aber ist eine Frage, die erst in neuerer Zeit sich in zunehmendem Maße stellt, und die lautet: Darf ein Staat den Fremden unbegrenzt Rechte und Vorteile bieten, die geeignet sind, ihn seinem Heimatstaat nachhaltig zu entfremden, seine Treuepflicht zum Heimatstaat zu korrumpieren⁴⁴⁾, den Heimatstaat meßbar zu schädigen oder zu Maßnahmen zu veranlassen, die wirtschaftskriegsähnlich sich auswirken?

Die Abwerbung von Facharbeitern durch das Anbieten besonders günstiger Bedingungen könnte sich in dieser Art auswirken. Es könnte auch sein, daß der Heimatstaat Ausreiseerlaubnis nur erteilt unter der Verpflichtung der Rückkehr nach einer bestimmten Zeit. Das Rückrufsrecht zur Ableistung

⁴⁰⁾ Die gegenseitigen Beziehungen von Schutz- und Treuepflicht im Rahmen der Staatsangehörigkeit werden eindringlich dargelegt in der Entscheidung des KG v. 1. 2. 1965, OLGZ 1965, S. 212 f.

⁴¹⁾ G. Dahm, a. a. O., S. 521, weist daraufhin, daß die Inpflichtnahme des Ausländers durch den Aufenthaltsstaat ihre Grenze dort findet, wo sie mit der Treuepflicht gegenüber dem Heimatstaat nicht mehr vereinbar ist und einen Eingriff in dessen Rechte bedeuten würde.

⁴²⁾ A. N. Makarov, a. a. O., S. 291 ff.; Europäisches Übereinkommen über die Verringerung der Mehrstaatigkeit und über die Wehrpflicht von Mehrstaatern v. 6. 5. 1963, Série des Traités et Conventions européens No. 43.

⁴³⁾ Vgl. III Genfer Abkommen v. 12. 8. 1949 über die Behandlung der Kriegsgefangenen, BGBl. 1954 II, S. 838, Art. 17 betr. Auskunftserteilung durch Kriegsgefangene.

⁴⁴⁾ Verdross-Verosta-Zemanek, a. a. O., S. 369 betonen die Pflicht des Aufenthaltsstaates, „das Treueverhältnis des Ausländers zu seinem Heimatstaat zu achten“.

des Wehrdienstes ist mit völkerrechtlichen Grundsätzen immer als vereinbar angesehen worden⁴⁵). Eine Rückkehrverpflichtung zur Behebung nationalen Notstandes scheint mir auch nicht den allgemeinen völkerrechtlichen Menschenrechten zu widersprechen. Wenn derartige staatsbürgerliche Pflichten des Fremden als zulässig angesehen werden, wird die Frage unumgänglich, ob der Aufenthaltsstaat diese Pflichten unterlaufen darf.

Sicherlich ist es ein schönes Ideal, den Menschen zu helfen, in der ganzen Welt und wo immer sie wollen frei ihren Aufenthalt wählen zu können⁴⁶). Die Frage ist nur, ob auch insoweit Rechte ohne Pflichten ein internationales Gemeinschaftsleben noch möglich machen. Eine Entwicklungshilfe, die darin besteht, die besten und aktivsten Staatsbürger eines unterentwickelten Gebietes endgültig diesem Staate zu entziehen, würde in ihr Gegenteil verkehrt.

Das positive Völkerrecht scheint hier — das ist zuzugeben — eine klare Grenze nicht anzugeben. Immerhin spricht man in derartigen Fällen von den Grundsätzen der comity of nations^{46a}), deren Nichteinhaltung zumindest einen unfreundlichen Akt darstellt und die Retorsion nach sich ziehen kann. Doch würde ich meinen, daß es eine Extrem- und Evidenzgrenze auch hier gibt. Würde eine derartige „Abwerbung“ den anderen Staat in meßbare Existenznot bringen, wäre wohl eine Rechtswidrigkeit vorhanden.

Der Vollständigkeit halber sei nur noch bemerkt, daß die Ausreisefreiheit der Fremden — unter den bekannten Begrenzungen⁴⁷) — zu den völkerrechtlichen Regeln des Fremdenrechts zählt. Da es aber hier um den Status während des Aufenthalts im fremden Staat geht, sollen diese Fragen der Ausweisung und Ausreisefreiheit nicht vertieft werden.

III. Das System des Grundgesetzes zur Erfüllung völkerrechtlicher Gebote im innerstaatlichen Recht

Die Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts, wie sie hier nur in ihren Grundzügen und in grober Weise skizziert

⁴⁵) G. Dahm, a. a. O., S. 523.

⁴⁶) Protokoll Nr. 4 zur Europäischen Menschenrechtskonvention v. 16. 9. 1963 (BGBl. 1968 II S. 423) Art. 2, Abs. 2; in Abs. 3 findet sich aber dann ein umfassender Gesetzesvorbehalt für das nationale Recht.

^{46a}) G. Dahm, a. a. O., Bd. 1, 1958: „Darunter werden Konventionalregeln, Normen der Verkehrssitte verstanden, die die Staaten im Verkehr miteinander aus dem Gefühl der gegenseitigen Achtung und mit dem Willen zur Rücksichtnahme aufeinander befolgen“.

⁴⁷) W. Wengler, a. a. O., S. 1003.

wurden, verpflichten die Bundesrepublik als Völkerrechtssubjekt.

Nun geht es um die Frage, wie diese Regeln in das System des innerstaatlichen deutschen Rechts überführt werden. Das allgemeine Völkerrecht überläßt das System des Vollzuges von einzelnen völkerrechtlichen Normen dem nationalen Verfassungsrecht. Andererseits steht dem nicht entgegen, daß im Rahmen des Vertragsrechts eine bestimmte Art des Vollzuges vereinbart wird, wie dies der Fall ist, wenn sich die Partner zur innerstaatlichen Gesetzgebung verpflichten⁴⁹⁾. Diese Grundsätze gelten auch für das völkerrechtliche Fremdenrecht.

1. Das völkerrechtliche Gewohnheitsrecht und Art. 25 GG

Den Anwendungsbefehl für das völkerrechtliche Fremdenrecht, soweit es auf Gewohnheitsrecht beruht, gibt das Grundgesetz in Artikel 25⁴⁹⁾.

Die Tatsache, daß die allgemeinen Regeln des Völkerrechts ihre Erwähnung in der Verfassung gefunden haben und daß sie den Gesetzen vorgehen, scheint mir ihren vollen Verfassungsrang zu gewährleisten. Die Behauptung, das Bundesverfassungsgericht habe diesen Rang nicht anerkannt, ist falsch⁵⁰⁾. Nur der Überverfassungsrang und die Grundrechtseigenschaft dieser Normen wurden abgelehnt⁵¹⁾. Die Frage soll aber hier

⁴⁹⁾ So z. B. in der Konvention über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes v. 9. 12. 1948, UNTS Bd. 78, S. 277, Art. V: „Die vertragsschließenden Parteien verpflichten sich, in Übereinstimmung mit ihren jeweiligen Verfassungen die notwendigen gesetzgeberischen Maßnahmen zu ergreifen . . .“

⁴⁹⁾ Zu der gesamten Frage vgl. die Arbeiten der 1. Studienkommission der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Bericht von K. J. Partsch, Die Anwendung des Völkerrechts im innerstaatlichen Recht, Heft 6 der Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, 1964, S. 56 ff.

⁵⁰⁾ So behauptet M. Zuleeg (Zur staatsrechtlichen Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, DÖV 1973, S. 364) einmal mehr, das BVerfG (BVerfGE 6, 363) habe den Verfassungsrang der allgemeinen Regeln des Völkerrechts i. S. des Art. 25 GG „bekanntlich“ nicht anerkannt. Wörtlich heißt es aber in der zitierten Entscheidung: „ . . . und dem deutschen innerstaatlichen Recht — nicht dem Verfassungsrecht — im Range vorgehen“. Ausdrücklich ist also nur der sog. Überverfassungsrang abgelehnt und nicht mehr. Auch mit der Entscheidung, wonach auf Art. 25 GG eine Verfassungsbeschwerde nicht gestützt werden kann (BVerfG v. 18. 11. 1954, BVerfGE 4, 111 f.) ist über den Rang des Art. 25 GG nichts ausgesagt worden, denn die Nichtaufnahme in die Bestimmung des § 90 BVerfGG war allein maßgebend.

⁵¹⁾ Daß Art. 25 GG nach Auffassung des BVerfG keine Grundrechte enthält (BVerfG v. 10. 5. 1957, BVerfGE 6, 440; v. 7. 4. 1965,

nicht vertieft werden. Ich gehe jedenfalls davon aus, daß nicht nur der Anwendungsbefehl für die allgemeinen Regeln sondern auch diese Regeln selbst Verfassungsrang innehaben, was dann auch für das völkerrechtliche Fremdenrecht gilt.

Die „Erzeugung“ von Rechten und Pflichten für die Fremden auf diese Weise bedeutet zunächst, daß der Fremde subjektive Berechtigungen mit Verfassungsrang geltend machen kann und persönliche Pflichten, ebenfalls mit Verfassungsrang, zu erfüllen hat. „Pflichten mit Verfassungsrang“ bedeutet hier keine Besonderheit, sondern sie existieren auch für Staatsbürger, wobei als Beispiel auf die Sozialbindung im Rahmen des Artikel 14 GG zu verweisen ist. Einer ähnlichen Bindung — Fremdenrechtsbindung mit Verfassungsrang — unterliegt der Fremde auch. Die Staatsgewalt ist berechtigt, diese Pflichtenbindung durchzusetzen. Dieser Gesichtspunkt wird in der weiteren Untersuchung noch eine Rolle spielen.

Die allgemeinen Regeln des Völkerrechts im Sinne des Artikel 25 GG umfassen den fremdenrechtlichen Mindeststandard, wie er aus Gewohnheitsrecht und allgemeinen Rechtsgrundsätzen⁵²⁾ sich ergibt. Der menschenrechtliche Mindeststandard darf als zwingendes Recht vom nationalen Gesetzgeber weder durch Erlass eines einseitigen nationalen Gesetzes eingeschränkt werden, noch auf Grund eines Vertragsgesetzes nach Artikel 59 II GG. Das Völkerrecht verbietet eine Einschränkung und das Grundgesetz übernimmt dieses Verbot mit Verfassungsrang.

Wenig untersucht aber ist die Frage, ob und inwieweit der dispositive Teil des Mindeststandards im Übrigen der Einschränkung durch den nationalen Gesetzgeber unterliegen kann. Das soll an zwei Beispielen demonstriert werden. Das Recht der Staaten, auf hoher See frei zu fischen, zählt zum völkerrechtlichen Gewohnheitsrecht. Artikel 25 GG „erzeugt“ aus diesem den Staaten zustehenden Recht ein Individualrecht mit

BVerfGE 18, 451; v. 14. 5. 1968, BVerfGE 23, 300) besagt nichts über seinen „Rang“ in der Verfassung.

⁵²⁾ W. Rudolf, Völkerrecht und deutsches Recht, 1967, S. 255 ff., will die allgemeinen Rechtsgrundsätze nicht als Inhalt der allgemeinen Regeln i. S. des Art. 25 GG ansehen, ein Ergebnis, das m. E. aber doch eine noch eingehendere Auseinandersetzung mit der Gegenmeinung erfordert hätte; wie hier B. Schmidt-Bleibtreu — F. Klein, Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., 1969, S. 317 unter Berufung auf das BVerfG (30. 10. 1962, BVerfGE 15, 35), nach dessen Auffassung allgemeine Rechtsgrundsätze das Völkergewohnheitsrecht i. S. des Art. 25 GG ergänzen. In gleichem Sinne dazu dann BVerfG v. 30. 4. 1963, BVerfGE 16, 33, und v. 14. 5. 1968, BVerfGE 23, 317.

Verfassungsrang⁵³⁾. Ein Gesetz, das die Begrenzung des Fischfangs auf hoher See vorsieht, würde gegenüber dem völkerrechtlichen Satz zurücktreten müssen, soweit er Fremde betrifft, während im Rahmen der Personalhoheit den Staatsbürgern eine solche Pflicht auferlegt werden könnte. So wäre die Verhinderung des Auslaufens eines fremden Schiffes zum Fischfang aus dem deutschen Hafen auch mit einfachgesetzlicher Grundlage verfassungswidrig, denn die allgemeinen Regeln gehen dem Gesetz vor.

Der völkerrechtliche Satz aber, der den freien Fischfang garantiert, ist dispositiv, d. h. er trägt schon in sich die Einschränkung, daß die Staaten ihn — z. B. durch Überfischungsabkommen⁵⁴⁾ — für ihre jeweiligen Staatsangehörigen beschränken können. Ein Vertragsgesetz nach Artikel 59 II GG also wäre völkerrechtsgemäß und also auch verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, während ein „einseitiges“ Gesetz jedenfalls gegenüber Fremden nicht standhalten würde.

Ein ähnliches Beispiel läßt sich dem Eigentumsschutz Fremder entnehmen. Das völkerrechtliche Gewohnheitsrecht lautet, dem Fremden sei bei Expropriation prompte, effektive und angemessene Entschädigung zu leisten⁵⁵⁾. Dieser Grundsatz ist auch Inhalt des Mindeststandards, jedoch handelt es sich um dispositives Recht, denn es darf vertraglich insofern davon abgewichen werden, als der Heimatstaat des Fremden auf eine Entschädigung verzichten kann⁵⁶⁾. Ob der Fremde durch seinen Heimatstaat dann eine Entschädigung erhält, ist Sache des nationalen Rechts, bzw. des Verfassungsrechts.

⁵³⁾ Mißverständlich ist in diesem Sinne die Auffassung des BVerfG (v. 3. 12. 1969, BVerfGE 27, 274, unter Berufung auf BVerfGE 18, 448) wonach die Funktion des Art. 25 GG jedenfalls nicht in der Änderung des „Adressaten“ der Völkerrechtsregel liege, obwohl das Grundgesetz mit Art. 25 GG den Bewohnern des Bundesgebietes das Recht gebe, „sich auf diese innerstaatliche Geltung der Regeln zu berufen“. So wird dann doch ein „Adressatenwechsel“ vorgenommen, denn im Rahmen des Völkerrechts kann sich eben — abgesehen von allgemeinen Menschenrechten und auch da bestritten — nur ein Staat oder ein staatsähnliches Rechtssubjekt auf diese Regeln „berufen“. Eingehend und überzeugend dazu die Kritik von A. Bleckmann, Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1969 — 1970, ZaÖRV Bd. 32, S. 76 f.

⁵⁴⁾ Übereinkommen über die Fischerei im Nordostatlantik v. 24. 1. 1959, BGBl. 1963 II, S. 157, Art. 13: „Jeder Vertragsstaat trifft in seinem Hoheitsgebiet in Bezug auf seine eigenen Staatsangehörigen und Schiffe geeignete Maßnahmen . . .“

⁵⁵⁾ D. P. O'Connell, a. a. O., S. 780 ff.

⁵⁶⁾ G. Dahm, a. a. O., Bd. 1, S. 507 f.

Nach Art. 25 GG ergibt sich nun, daß ein einfaches Gesetz der Bundesrepublik einen Entschädigungsanspruch eines Fremden bei Enteignung nicht einseitig aufheben könnte. Abgesehen von Fragen des Artikels 14 GG, die hier einmal außer Betracht bleiben sollen, würde der Verfassungsrang des Art. 25 GG die völkerrechtsgemäße Entschädigung gebieten und ein solches Gesetz nicht zulassen.

Würde der Verzicht auf Entschädigung durch völkerrechtlichen Vertrag vereinbart, dann würde Art. 25 GG dem nicht entgegenstehen, obwohl das Vertragsgesetz nach Artikel 59 GG auch nur den Rang eines einfachen Gesetzes hat, denn der — dispositive — Satz des völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts, wonach Fremde nicht ohne Entschädigung enteignet werden dürfen, trägt die Hypothek mit sich, daß ein solcher Rechtssatz durch Vertrag eben doch abgedungen werden darf. Insofern stimmt das Vertragsgesetz mit dem Völkerrecht überein und widerspricht ihm nicht.

Eine andere Frage ist es, ob ein Vertrag des Inhalts, daß der Fremde im Aufenthaltsstaat Bundesrepublik keine Entschädigung für Eigentum bekommt, dem Artikel 14 GG widersprechen würde. Ich möchte das ablehnen, da Artikel 25 GG für die Behandlung von Inhabern fremder Staatsangehörigkeit gerade als verfassungsrechtliche Ergänzung des Artikels 14 GG angesehen werden kann. Ein allgemeiner völkerrechtlicher Satz, daß der Heimatstaat auf Rechte seiner Staatsangehörigen im fremden Staat völkerrechtswirksam verzichten kann, ist nachweisbar⁵⁷⁾. Eine Verletzung des Artikel 14 GG ist bei Verzicht auf Entschädigung — ausgesprochen durch die „völkerrechtlich“ Geschädigten — wohl nicht anzunehmen.

Ein solches Ergebnis ist auch völlig folgerichtig, denn die Verantwortung hat der Heimatstaat des Fremden durch Vertragsschluß übernommen, und dieser Heimatstaat ist in erster Linie verpflichtet, für seine Staatsangehörigen zu sorgen. Der Staatenlose bleibt geschützt, denn es gibt keinen Heimatstaat, der die Verantwortung nun innehätte und für ihn einen Verzicht aussprechen könnte.

⁵⁷⁾ Richtig daher die Auffassung des BGH (22. 6. 1960, RzW 1960 554): „Es hat sich im Völkerrecht der Satz herausgebildet, daß es im Belieben der Staaten steht, private Rechtsbeziehungen ihrer Staatsangehörigen auch ohne deren Zustimmung zum Gegenstand von vertraglichen Vereinbarungen mit anderen Staaten zu machen, und daß dieses Recht auch das Recht des vertragsschließenden Staates umfaßt, auf Forderungen seiner Staatsangehörigen ohne ihre Zustimmung zu verzichten . . .“

Würde man hier anders entscheiden, wären — entgegen der Staatenpraxis — Verträge über Verzicht auf Vermögensrechte von Fremden überhaupt rechtlich ausgeschlossen. Die Schweiz etwa hätte — unter Verfassungsregeln der Bundesrepublik — den deutsch-schweizerischen Vermögensvertrag mit Verzicht auf erhebliche Teile des deutschen Auslandsvermögens nicht abschließen dürfen⁵⁸⁾; entsprechende Regelungen im italienischen Friedensvertrag⁵⁹⁾ hätten vor dem innerstaatlichen Recht der Bundesrepublik keinen Bestand.

Es sei aber auch darauf hingewiesen, daß ein solcher Verzichtvertrag dann völkerrechtswidrig wäre, wenn zwei Staaten in Art einer Kollusion beiderseits unbeliebte Individuen schädigen wollten.

Ich fasse die Ergebnisse noch einmal zusammen:

a) Zwingende Regeln des fremdenrechtlichen Mindeststandards (z. B. Verbot der Folterung oder Ausschluß von jedem Gerichtsschutz) haben nach Artikel 25 GG Verfassungsrang. Sie können weder durch einseitiges Gesetz noch durch Vertragsgesetz der Bundesrepublik eingeschränkt werden.

b) Regeln des völkerrechtlichen Mindeststandards, soweit sie dispositiv sind, genießen ebenfalls Verfassungsrang; sie können daher durch einseitiges Gesetz der Bundesrepublik nicht eingeschränkt werden, da sie ebenfalls den Gesetzen gemäß Artikel 25 GG vorgehen. Sie können jedoch durch Vertrag mit dem Heimatstaat des Fremden — aber auch nur auf diese Weise — eingeschränkt werden, da das Völkerrecht — und damit auf Verfassungsebene Artikel 25 GG — eine solche Einschränkung zuläßt. Die Einschränkung ist also völkerrechtsgemäß und damit auch verfassungsgemäß.

Diese Einordnung des Artikels 25 GG in das System des Grundgesetzes bedeutet natürlich nicht, daß die innerstaatliche Rechtsordnung gehindert wäre, dem Fremden auf Grund nationalen Rechts mehr an Rechten zu gewähren als das Völkerrecht fordert. Das ist auch vielfältig geschehen und wird bei Betrachtung der Grundrechte noch zu beachten sein. Ich weise aber nochmals darauf hin, daß auch ein Übermaß an Wohltaten dann völkerrechtlich bedenklich sein und dann auch mit Artikel 25 GG in Widerspruch stehen könnte, wenn damit korrumpierend in das Schutz- und Treueverhältnis zwischen Fremdem und seinem Heimatstaat eingewirkt würde. Schon auf der

⁵⁸⁾ Abkommen vom 7. 3. 1953 (BGBl. 1953 II, S. 15) und v. 26. 8. 1952 (BGBl. 1953 II, S. 17).

⁵⁹⁾ V. 10. 2. 1947, UNTS Bd. 49, S. 3 ff. Bd. 79.

Verfassungsebene könnte sich dann ein Normenkonflikt ergeben, der m. E. zugunsten des Artikel 25 GG als einer *lex specialis* zu lösen wäre.

Ein Beispiel soll das verdeutlichen. Frankreich hatte eine Strafnorm erlassen, wonach Franzosen, die sich fremden Staaten — gedacht war wohl vor allem an die neuen afrikanischen Staaten — für militärische Zwecke zur Verfügung stellten, bestraft würden. Der fremde Staat würde sich zwar völkerrechtsgemäß verhalten, wenn er dennoch die Dienste eines solchen Franzosen annähme; er würde sich aber wohl völkerrechtswidrig verhalten, wenn er nachhaltig eine Werbung, gestützt auf erhebliche Vorteile, betreiben würd⁶⁰⁾, denn er hätte die Völkerrechtsregel mißachtet, wonach das Band der Personalhoheit zwischen Staatsbürger und Heimatstaat zu respektieren ist.

2. Vertragsrecht

Im Zusammenhang mit den Regeln des Gewohnheitsrechts wurde über die Wirkung von völkerrechtlichen Verträgen im Grundgesetz schon einiges dargelegt. Es bleiben aber noch einige Gesichtspunkte zu erwähnen.

Verträge, abgeschlossen gemäß den Regeln des Artikel 59 GG, stehen im Rang einfacher Gesetze. Auf die dogmatischen Unterschiede zwischen Transformationstheorie und Vollzugslehre kommt es dabei nicht an. Auch der — völkerrechtliche — Satz *pacta sunt servanda* erhebt sie nicht in den Verfassungsrang⁶¹⁾, wobei ich mir die Begründung — aus Zeitgründen — hier ersparen muß; jedenfalls lautet so die überwiegende Auffassung. Verträge also auch, die den Status des Fremden betreffen, wirken wie einfache Gesetze.

Denkbar wäre die vertragliche Verpflichtung, Rechte der Fremden verfassungsfest zu gestalten. Die Vertragspartner hätten dann — soweit notwendig — ihre Verfassungen zu ändern. Wollte man etwa das Versammlungsrecht des Artikel 8 GG den Fremden in gleicher Weise garantieren wie den Deutschen, müßte der Wortlaut des Artikel 8 GG verändert werden. Mir ist aber ein solcher Vorgang nicht bekannt, es sei denn, man

⁶⁰⁾ Darüber, daß zwar die französische Fremdenlegion keine völkerrechtswidrige Institution war und ist, ihre Anwerbungsmethoden jedoch im Einzelfall rechtswidrig erscheinen konnten, vgl. K. Doehring, *Fremdenlegion*, Wörterbuch des Völkerrechts, Bd. I, 1960, S. 564.

⁶¹⁾ Ebenso W. Rudolf, a. a. O., S. 260, mit eingehenden Nachweisen aus Lehre und Rechtsprechung; weitere Nachweise bei A. Bleckmann, *Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen* 1958—1965, ZaöRV, Bd. 28, S. 62; 1969—1970, ZaöRV Bd. 32, S. 77 f.

bezieht die Pflicht einer Verfassungsänderung in die in Verträgen oft genannte Pflicht ein, die entsprechenden gesetzgeberischen Maßnahmen zu treffen. Auch die Europäische Menschenrechtskonvention rangiert bei aller Dignität im Rahmen des Grundgesetzes nur mit Gesetzesrang⁶²). Allein das Recht der Europäischen Gemeinschaft soll nach wohl heute überwiegender Auffassung nicht am nationalen Recht und auch nicht am Verfassungsrecht sich brechen können⁶³); das aber würde für den Bereich des Grundgesetzes jedenfalls auf der Wirkung des Artikels 24 GG beruhen. Zu erinnern ist hier an das Recht auf Freizügigkeit gemäß dem Grundrecht des Artikel 11 GG, das Deutschen reserviert ist.

Dieser einfache Gesetzesrang der Verträge bedeutet, daß auch bei Regelungen des Fremdenstatus die nationale *lex posterior* für den Richter jeweils das anwendbare Recht wäre, vor allem aber die höherrangige Verfassung selbst. Weiter ist zu beachten, daß der Fremde ein subjektives Recht aus dem Vertrag, bzw. dem Vertragsgesetz nur dann herleiten kann, wenn es sich um eine Bestimmung handelt, die als *self-executing* wirkt⁶⁴).

Für den auf Vertrag beruhenden Status des Fremden spielt die Zusage der Inländergleichbehandlung eine besondere Rolle und bietet besondere Probleme. Es können hier nicht alle Varianten dieser meist gegenseitigen Vertragszusage dargestellt werden⁶⁵), nur ein Problem sei besonders betrachtet. Überwiegend wird in Handels- und Niederlassungsverträgen die Inländergleichbehandlung im Bezug auf bestimmte Rechte zugesagt. So enthält das europäische Niederlassungsabkommen z. B. die Gleichbehandlungsklausel in bezug auf bürgerliche Rechte, auf Ausübung einer Erwerbstätigkeit und auf Gewährung von Gerichtsschutz⁶⁶). Die Problematik dieser so allgemein gehaltenen Klausel liegt in folgender Erwägung.

⁶²) H. Guradze, Die Europäische Menschenrechtskonvention, 1968, S. 13, der ein anderes Ergebnis anstrebt, jedoch die h. L. eindeutig wiedergibt.

⁶³) Dazu ausführlich H. P. Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, S. 263 ff., mit umfassenden Hinweisen auf die Rechtsprechung.

⁶⁴) Rechtsprechung zur *self-executing*-Wirkung von Verträgen findet sich bei A. Bleckmann, Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1966—1968, ZaöRV Bd. 31, S. 282 ff.

⁶⁵) Dazu P. Schütterle, Die Inländerbehandlungsklausel in den klassischen Handels- und Niederlassungsverträgen der Bundesrepublik Deutschland, 1970, S. 7 ff.

⁶⁶) Europäisches Niederlassungsabkommen v. 13. 12. 1955 (BGBl. 1959, II, S. 998), Art. 4, 7, 10.

Es könnte so erscheinen, als sei die Inländergleichbehandlung z. B. im Hinblick auf die Erwerbstätigkeit nur dann als voll hergestellt anzusehen, wenn der Fremde nun — entgegen dem Wortlaut des Artikel 12 GG — sich auf das Grundrecht der Berufsfreiheit berufen könnte. Die Frage ist also, vermittelt der völkerrechtliche Vertrag auf diese Weise die Inhaberschaft von Grundrechten? Bejaht man diese Frage, dann schlosse sich sogleich die weitere Frage an, ob der Fremde nun — im Rahmen der Inländergleichbehandlung — zur Durchsetzung seiner so erworbenen Grundrechte auch Antragsberechtigter für eine Verfassungsbeschwerde wird.

Diese zunächst schlüssig erscheinende Konstruktion möchte ich dennoch ablehnen. Die völkerrechtliche Verpflichtung zur Inländergleichbehandlung wird von den Vertragsparteien als mit immanenten Schranken ausgestattet vereinbart. Dem Fremden soll im jeweiligen Aufenthaltsstaat das versprochene Recht gesichert werden; wie und wodurch diese Sicherung erfolgt, bleibt dem Aufenthaltsstaat überlassen.

Entscheidend ist also das Ergebnis, nicht die Methode seiner Erreichung. Eine Parallele bildet hier die sogenannte Verbürgung der Gegenseitigkeit, bei der auch nicht nach der Methode, sondern nur nach dem Erfolg zu fragen ist⁶⁷⁾. Wird die Inländergleichbehandlung im Hinblick auf die Erwerbstätigkeit zugesagt, so ist damit nicht die Berufsfreiheit im Sinne des Grundrechts des Artikels 12 GG versprochen, sondern nur eine — allerdings gegebenenfalls durch die Gesetzgebung zu sichernde — partielle Berufsausübungsgarantie⁶⁸⁾. Hätten die Vertragspartner Grundrechtserteilungen an Fremde herstellen wollen, so hätten sie dies angesichts gefestigter Staatenpraxis ausdrücklich vereinbaren müssen. Ein Beispiel bilden hier die Auslieferungsverträge. Ist das politische Delikt nicht genannt, dann ist es Auslieferungshindernis, nicht etwa Auslieferungsverpflichtung, weil nach gefestigter Staatenpraxis eine Rechtsvermutung für ein solches Auslieferungshindernis besteht⁶⁹⁾.

Auch Verträge, die grundrechtsähnliche Rechte vermitteln sollen, werden nicht so ausgelegt, daß nunmehr der Fremde Inhaber von nationalen Grundrechten sein soll, die er vorher

⁶⁷⁾ Daher ist auch W. *Schaumann*, a. a. O., S. 630 zuzustimmen, wenn er im Hinblick auf die Gegenseitigkeit ausführt, sie habe „vorwiegend tatsächlichen“ Charakter.

⁶⁸⁾ Beispiele bei P. *Schütterle*, a. a. O., S. 84 ff.

⁶⁹⁾ G. *Dahm*, a. a. O., Bd. 1, S. 287, meint allerdings in der neueren Entwicklung die Tendenz feststellen zu können, wonach die Privilegierung der politischen Verbrechen eingeschränkt werde.

nicht innehatte. Das zeigt auch das Modell der Europäischen Menschenrechtskonvention, die über den „jedermann“ zustehenden Gerichtsschutz in den Artikeln 5, 6 und 13 entsprechende Vorschriften enthält. Es genügt danach, wenn ein unabhängiges Gericht entscheidet, bzw. eine nationale Instanz.

Daher bleibt auch die Auffassung, daß zur Erschöpfung des Rechtsweges — Voraussetzung zur Anrufung der Europäischen Menschenrechtskommission und des Gerichtshofes — gegebenenfalls auch die Erhebung einer Verfassungsbeschwerde zählt⁷⁰⁾, entgegen der überwiegenden Lehre m. E. zweifelhaft. Die Grundrechte der Konvention sind eben nicht Grundrechte des Grundgesetzes, auch wenn sie zum Teil inhaltlich kongruent erscheinen mögen. Sie beruhen auf verschiedenen Rechtsquellen, was dann relevant wird, wenn man bedenkt, daß beide „Grundrechte“ selbst bei völlig gleichem Wortlaut doch nach verschiedenen — entweder internationalen oder nationalen — Grundsätzen ausgelegt werden müßten⁷¹⁾. Auch wenn also der Beschwerdeführer gleichzeitig in einem Grundrecht des Grundgesetzes verletzt wäre, kann doch seine Beschwerde in Straßburg nur auf die Verletzung der Konvention gestützt werden; er könnte — genau gesehen — in einem Grundrecht des Grundgesetzes verletzt sein, ohne daß die Konvention verletzt wäre, und er könnte in einem Recht aus der Konvention verletzt sein, ohne daß gleichzeitig eine Verletzung eines Grundrechts des Grundgesetzes vorliegt. Es ist nicht einzusehen, daß ein Beschwerdeführer, der eine Verletzung der Grundrechte aus dem Grundgesetz gar nicht geltend machen will, die Verfassungsbeschwerde erheben muß. Der Gedanke, der dem System der Erschöpfung des nationalen Rechtsweges zugrundeliegt, daß nämlich der Staat Gelegenheit zur Korrektur des eigenen Verhaltens erhalten soll, wäre überstrapaziert, wenn man dem Rechtsschutzsuchenden aufbürden würde, sich auf ein Recht zu berufen, das er gar nicht in Anspruch nehmen will.

Selbstverständlich wäre es denkbar, daß die Vertragspartner sich verpflichten, Fremden verfassungsmäßig verbürgte Grund-

⁷⁰⁾ H. Guradze, a. a. O., S. 219 ff. gibt die Auffassung der Europäischen Menschenrechtskommission wieder; vgl. auch W. K. Geck, Die Erschöpfung der domestic remedies gemäß Art. 26 der EMRK, DVBl. 1957, 41 ff.

⁷¹⁾ Über die Unterschiede der Auslegung von internationalen Verträgen und von innerstaatlichen Gesetzen gerade auch im Hinblick auf die Europäische Menschenrechtskonvention und mit Nachweisen aus Literatur und Rechtsprechung K. J. Partsch, Die Rechte und Freiheiten der europäischen Menschenrechtskonvention, a. a. O., S. 316 ff.

rechte zu garantieren, wobei die nationalen Verfassungen dann auf Grund völkerrechtlicher Verpflichtung ergänzt werden müßten; nur ist mir ein solcher Vorgang bisher nicht bekannt geworden⁷²⁾. Die Verbürgung supranationaler Individualrechte im Rahmen der Europäischen Gemeinschaften, von denen man behauptet, sie haben eine Art von Überverfassungsrang, da sie nicht an der nationalen Verfassung zu messen seien, beruht — soweit man dieser Konzeption folgt — auf der besonderen Rechtsnatur des Artikel 24 GG.

Mehr über die Subtilitäten der Einwirkung des völkerrechtlichen Vertragsrechts auf den Status der Fremden hier vorzutragen, verbietet die faktische Begrenzung der Themenbehandlung.

Nur auf einen Gesichtspunkt sei noch hingewiesen. Wird die Inländergleichbehandlung für einzelne Rechte im Rahmen der Gegenseitigkeit zugesagt, so ist auch dies eine vom deutschen Richter zu beachtende Voraussetzung für die jeweils beanspruchbare Rechtsposition des Fremden. Das bedeutet: entfällt die Ausfüllung des Merkmals „Gegenseitigkeit“ im fremden Vertragsstaat, besteht auch kein Anspruch des Fremden im Rahmen des deutschen Rechts mehr; es kann sich dabei um eine Vertragsverletzung handeln, die für die Anwendbarkeit des Vertrages entscheidend ist. Beruft sich der Fremde auf den Inhalt des Vertragsgesetzes, kann ihm entgegengehalten werden, in seinem Heimatstaat bestehe die Gegenseitigkeit nicht mehr. Die Entscheidung, ob das so ist, hat aber im Rahmen des Grundgesetzes der Richter selbst zu fällen⁷³⁾, wobei er sich der Regierung als Auskunftsmittel bedienen darf und gegebenenfalls muß. In fremden Staaten ist häufig der Richter an die Regierungsauskunft gebunden. Eine Übernahme dieses Systems in das deutsche Recht stünde jedoch der Verfassungsgrundsatz der Unabhängigkeit der Gerichte entgegen⁷⁴⁾. Der Verwaltungsbeamte könnte zwar und müßte gegebenenfalls z. B. die Gewerbeerlaubnis entziehen, wenn er meint, die Ge-

⁷²⁾ Dabei ist daran zu erinnern, daß zunächst, wenn auch vereinzelt, die Auffassung auch vertreten wurde, ein Gesetz gem. Art. 24 GG bedürfe dann einer Zustimmung von 2/3 der gesetzgebenden Körperschaften, wenn die Verfassung durch Übertragung von Hoheitsrechten materiell-rechtlich geändert würde; so jedenfalls W. Schätzel, Rechtsgutachten betreffend Rechtsfragen einer Wiederbewaffnung Deutschlands, Kampf um den Wehrbeitrag, 1. Halbb., 1952, S. 348.

⁷³⁾ BGH v. 25. 6. 1969, BGHZ 52, 219.

⁷⁴⁾ Dazu weitere Hinweise bei A. Bleckmann, Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1969—1970 ZaöRV Bd. 32, S. 104 f.

genseitigkeit sei nicht mehr gegeben; entscheiden würde im Streitfall aber das Gericht. Ähnlich läge es mit der Zulässigkeit von Repressalien.

IV. Die Auswirkung völkerrechtlicher Normen auf die Grundrechte von Fremden

Eine Regel des Völkerrechts, wonach auch Fremden im Aufenthaltsstaat verfassungsmäßig verbürgte Grundrechte mit Vorrang vor der Gesetzgebung zu gewähren sind, ist nicht feststellbar. Wäre das der Fall, dann wären ungeschriebene Verfassungen, wie diejenigen Großbritanniens⁷⁵⁾, völkerrechtlich bedenklich. Es bleibt auch insoweit bei dem allgemeinen fremdenrechtlichen Mindeststandard, wobei das Völkerrecht die Methode der rechtlichen Sicherung dem nationalen Recht überläßt.

Die tatsächlich erfolgte Zuteilung von Grundrechten in den nationalen Verfassungen kann aber auf andere Weise als rechts-erheblich gelten. Eine Parallelentwicklung auf diesem Gebiet könnte als Nachweis für den Bestand von allgemeinen Rechtsgrundsätzen als Quelle des Völkerrechts angesehen werden und zwar im Hinblick auf das materielle Recht.

Wird z. B. die Meinungsfreiheit in den meisten Verfassungen auch Fremden garantiert, könnte man vielleicht — mit aller Vorsicht — von einem den Mindeststandard ausfüllenden allgemeinen Rechtsgrundsatz sprechen. Wird die Ausübung von politischen Rechten überwiegend nur den eigenen Staatsangehörigen reserviert, wäre wohl ein in gewisser Weise für den Fremden negativer allgemeiner Rechtsgrundsatz festgestellt, der sich auch im Vertragsrecht geltend machen ließe. Würde die Inländergleichbehandlung undifferenziert zugesagt, dann spräche doch eine Vermutung dafür, daß das politische Recht nicht mitgemeint ist.

1. Rechtsvergleichende Übersicht

Die Durchsicht der Verfassungen der Welt⁷⁶⁾ zeigt folgendes Bild.

⁷⁵⁾ W. J. Mackenzie — H. Street, Grundfreiheiten im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland, Die Grundrechte Bd. 1, Halbb. 2, 1967, S. 805, zeigen, wie die Grundrechte „durch die Tradition und nicht durch konstitutionelle Garantien“ geschützt werden.

⁷⁶⁾ Die folgende Aufstellung ist angefertigt auf der Grundlage des Werkes von A. J. Peaslee, *Constitutions of Nations*, 7 Bände, letztes Erscheinungsdatum 1970. Die hier gebotene Auswertung kann notwendigerweise nur ein grobes Bild bieten und die Materie ist ständigem Wechsel unterworfen.

Abgesehen von Differenzierungen, die jedenfalls hier nicht im einzelnen wiedergegeben werden können, enthalten 118 Verfassungen von 131 untersuchten Verfassungen in irgendeiner Weise ausdrücklich Grundrechte. 7 Verfassungen erledigen die Grundrechtserteilung durch einen einfachen Verweis auf die Menschenrechte. 24 Verfassungen sprechen im Zusammenhang mit Grundrechten nur von Staatsbürgern; Fremde erhalten also keinen Grundrechtsschutz. 31 Verfassungen erteilen Grundrechte ohne zwischen Staatsangehörigen und Fremden zu unterscheiden, wobei aber das politische Wahlrecht regelmäßig ausgenommen und den Staatsbürgern reserviert ist. 56 Verfassungen erteilen Grundrechte teils an Staatsbürger und teils an Fremde.

Zu vermerken ist hier, daß die Reservierung von Grundrechten nur für Staatsbürger insbesondere ein Merkmal kommunistischer Verfassungen ist, so auch die UdSSR⁷⁷⁾ und die Volksrepublik China⁷⁸⁾. Typisch für einen undifferenzierten Grundrechtsschutz, also ohne Unterschied zwischen Staatsbürgern und Fremden, sind die Verfassungen von Lateinamerika. Auch weitere regionale Einteilungen könnten gefunden werden. Wenn man den allgemeinen Verweis auf Menschenrechte unbeachtet läßt, zeigt sich, daß 87 Verfassungen von 131 Verfassungen Grundrechte auch Fremden einräumen, jedoch — wie schon vermerkt — nur 31 Verfassungen ohne Differenzierung.

Einige spezielle Hinweise seien noch gegeben:

a) Das Wahlrecht wird den Fremden — jedenfalls ausdrücklich — in keinem Staat der Welt garantiert. Dort aber, wo ein Unterschied zwischen Fremden und Staatsbürgern nicht gemacht wird, ist das Wahlrecht regelmäßig ausdrücklich ausgenommen.

b) Die Gleichheit vor dem Gesetz wird von nur 15 Staaten auch Fremden garantiert. Zählt man die nicht differenzierenden Verfassungen hinzu, sind es 46 Verfassungen.

c) Die Versammlungsfreiheit verbürgen 16 Verfassungen auch Fremden. Zählt man die nicht differenzierenden Verfassungen hinzu, sind es 47 Verfassungen.

d) Die Meinungsfreiheit wird von 41 Staaten den Fremden verbürgt. Zählt man die nicht differenzierenden Verfassungen hinzu, sind es 72 Verfassungen.

⁷⁷⁾ Verfassung v. 5. 12. 1936, *Peaslee*, a. a. O., Bd. III, S. 989, Art. 118 ff.

⁷⁸⁾ Verfassung v. 20. 9. 1954, *Peaslee*, a. a. O., S. 261 ff. Bd. II, Art. 85 ff.

e) Die Vereinigungsfreiheit wird von 16 Staaten den Fremden gewährt. Zählt man die nicht differenzierenden Verfassungen hinzu, sind es 47 Verfassungen.

Das Bild wäre aber falsch, wenn nicht beachtet würde, daß ein hinzugefügter Gesetzesvorbehalt, der nicht durch eine Wesensgehaltsgarantie (Art. 19 Abs. II GG) beschränkt ist, geradezu den Normalfall darstellt.

2. Grundrechte und politische Beteiligung der Fremden

Diese Übersicht zeigt wohl, daß das System des Grundgesetzes im Hinblick auf die Zuerteilung von Grundrechten dem Völkerrecht nicht widerspricht. Die vom Grundgesetz den Deutschen reservierten Grundrechte sind also nicht etwa völkerrechtswidrig den Fremden vorenthalten. Eher könnte man umgekehrt sagen, die auch den Fremden zuerkannten Grundrechte übersteigen fremdenrechtlich den vom Völkerrecht gebotenen Standard schon deshalb erheblich, weil sie in ihrer Bestandskraft gegenüber dem Gesetzgeber Garantien enthalten, die das Völkerrecht selbst nicht fordert, wobei nur an die Garantie des Wesensgehaltes und des Gerichtsschutzes zu erinnern ist⁷⁹⁾.

Bevor auf einzelne Grundrechte einzugehen ist, soll noch eine allgemeine Betrachtung zu der Frage angestellt werden, inwieweit Fremde an der politischen Willensbildung im Staat beteiligt werden können.

Es ist symptomatisch, daß in neuerer Zeit immer wieder Erwägungen darüber angestellt werden, ob es rechtliche Hindernisse gäbe, Fremden das aktive Wahlrecht einzuräumen⁸⁰⁾. Aus der Sicht des Völkerrechts präsentiert sich die Antwort etwa folgendermaßen. Für den Inhaber doppelter Staatsangehörigkeit — einer fremden und der deutschen — besteht ein Problem nicht. Bei doppelter Staatsangehörigkeit ist jeder Staat berechtigt denjenigen, der seine Staatsangehörigkeit besitzt, ohne Einschränkung als eigenen Staatsbürger zu behandeln, was sich im internationalen Verkehr dahin auswirkt, daß der diplomatische Schutz vom Staat der einen Staatsangehörigkeit gegenüber demjenigen der zweiten Staatsangehörigkeit nicht ausge-

⁷⁹⁾ V. Erdmann, Das Ausländergesetz von 1965 im internationalen Vergleich, Verwaltungsarchiv, Bd. 59, 1968, S. 329: „Die dem Ausländer durch das deutsche Recht eingeräumten Kontrollmöglichkeiten sind . . . (denjenigen) in den anderen Vergleichsstaaten überlegen“.

⁸⁰⁾ M. Zuleeg, a. a. O., S. 369 f.; K.-P. Dolde, Zur Beteiligung von Ausländern am politischen Willensbildungsprozeß, DÖV 1973, S. 371 f.

übt werden kann⁸¹⁾. Im Grunde handelt es sich auch nicht um einen Fremden, sondern um ein Mitglied des Staatsvolkes.

Bei einem Inhaber ausschließlich fremder Staatsangehörigkeit erheben sich dann Bedenken, wenn sein Heimatstaat mit der Ausübung des Wahlrechts im Ausland belastende Rechtsfolgen verbindet, etwa strafrechtliche Verfolgung, Verlust der Staatsangehörigkeit oder anderes⁸²⁾. Derartige Sanktionen durch das nationale Recht halte ich nicht schlechthin für völkerrechtswidrig, da sie Ausdruck der Personalhoheit sind, Menschenrechte nicht verletzen und das Schutz- und Treueverhältnis zwischen Staat und Staatsbürger zu bewahren geeignet sein können⁸³⁾. Das gleiche würde gelten für das Verbot, sich als Abgeordneter in einem fremden Staat wählen zu lassen. Die Annahme des Staatsdienstes im fremden Staat ist vielfältig und ohne Widerspruch zum Völkerrecht von nationalen Rechtsordnungen mit Sanktionen ausgestattet worden.

Sind die nationalen Regeln völkerrechtsgemäß, erhebt sich einmal mehr die Frage, ob es auch völkerrechtsgemäß ist, wenn eine fremde Staatsgewalt sozusagen von außen die Personalhoheit des Heimatstaates unterminiert. Eine exakte Grenze wird schwer zu finden sein; von einem völkerrechtsfreundlichen Verhalten wird man aber auch nicht sprechen können. Die Intervention in die Personalhoheit eines fremden Staates wird nach meiner Auffassung nur gerechtfertigt, wenn es um den Schutz der Menschenrechte geht; den stärksten Ausdruck dieses Grundsatzes bildet die im extremsten Falle zulässige humanitäre Intervention.

Das Verfassungsrecht veranlaßt noch zu weiteren Erwägungen über die Möglichkeit eines Wahlrechts für Fremde. Daß alle Staatsgewalt vom Volke auszugehen hat, bedeutet wohl eine exklusive Kompetenz nur des Staatsvolkes⁸⁴⁾. In neuerer

⁸¹⁾ So auch BGH v. 12. 7. 1963, RzW 1964, S. 76 ff.

⁸²⁾ Vgl. als Beispiel USA Nationality Act of 1940, Sec. 401 (b), wonach der Verlust der amerikanischen Staatsangehörigkeit bei Abgabe einer Treueerklärung gegenüber einem fremden Staat eintritt; ähnlich das Staatsangehörigkeitsgesetz von Polen (19. 1. 1951, Gbl. 1951, Nr. 4, Art. 12, Abs. 1, Ziff. 1), wonach der Verlust der Staatsangehörigkeit bei Verletzung der Treuepflicht gegenüber dem polnischen Staat wegen Annahme eines öffentlichen Amtes u. ä. eintritt.

⁸³⁾ Über die Aberkennung der Staatsangehörigkeit als „Strafe“ für Verletzung der Treuepflicht im Rahmen der Personalhoheit W. Schützel, Staatsangehörigkeit, Die Grundrechte Bd. 2, 1954, S. 573 f.

⁸⁴⁾ K.-P. Dolde, a. a. O., S. 372.

Zeit scheint das nicht mehr selbstverständlich zu sein, obwohl die Rechtsvergleichung zeigt, daß eine solche Exklusivität in nahezu allen Staaten der Welt für eine Selbstverständlichkeit gehalten wird. Wenn das Grundgesetz je einer Lückenfüllung in dieser Frage bedürfte, würde das Argument der Verfassungsvergleichung schlagend sein. Ernstlich mag ich mir diese Frage kaum stellen.

Nahezu grotesk aber muten die modernen Erwägungen an, ob denn eigentlich das Grundgesetz voraussetze, daß der Abgeordnete die deutsche Staatsangehörigkeit innehaben müßte⁸⁵). Man stelle sich vor, ein Abgeordneter mit nur fremder Staatsangehörigkeit müßte an der vielleicht umstrittenen Abstimmung über den Abschluß eines Staatsvertrages mit seinem Heimatstaat teilnehmen. Müßte er sich dann für befangen erklären? Völlig grotesk würde die Lage, wenn überhaupt kein Abgeordneter mehr die deutsche sondern alle nur noch fremde Staatsangehörigkeiten innehätten. Da sie im Rahmen des freien Mandats an Aufträge und Weisungen nicht gebunden sind, würde deutsche Staatsgewalt wohl nicht mehr ausgeübt. Das Korrelat zum „freien“ Mandat kann doch wohl nur die Zugehörigkeit zum Staatsvolk herstellen; das gleiche gilt für die Freiheit der Gewissensentscheidung. Das freie Mandat und die Freiheit der Gewissensentscheidung setzen im System der Repräsentation das Parlament frei, anstelle des Staatsvolkes zu handeln; das Parlament ist dann das Staatsvolk. Das gilt jedenfalls in funktionalem Sinne, wobei Betrachtungen über die rechtstheoretischen Grundlagen der Repräsentation hier außer Betracht bleiben können.

Merkwürdig nehmen sich auch die Hinweise aus, die Beteiligung von Fremden an Wahlen, insbesondere Kommunalwahlen, sei ein Gebot der Verfassung, ihr Ausschluß also verfassungswidrig⁸⁶). Wenn es soweit käme, daß die Entscheidungen über

⁸⁵) K.-P. Dolde, a. a. O., S. 372: „Die Beschränkung des passiven Wahlrechts auf Deutsche (§ 16 Abs. 1 Nr. 1 BWahlG) rechtfertigt Art. 20 Abs. 2 GG allerdings nicht“. Es soll eine „Legitimation“ durch das Staatsvolk genügen; ähnlich schon ders., Die politischen Rechte der Ausländer in der Bundesrepublik, 1972, S. 72 ff., wobei dann auch die Ansicht vertreten wird (S. 81), auch die Mitglieder der Bundesregierung bedürften nur der „Legitimation“ durch das Staatsvolk und könnten demnach Ausländer sein.

⁸⁶) M. Zuleeg, a. a. O., S. 370, hält die Ausschließung des Wahlrechts von Fremden bei längerem Aufenthalt in der BRD geradezu für verfassungswidrig und ihre Zulassung für ein „verfassungsrechtliches Gebot“, beruhend auf demokratischem und sozialstaatlichem Denken; F. Franz, Fremdenrecht und Fremdarbeiterpolitik, DVBl. 1973, S. 673, ist offenbar ähnlicher Auffassung.

die Gestaltung der Gemeinden im streitigen Fall von dem Votum fremder Staatsangehöriger abhängen, die jederzeit bei Scheitern ihrer Absicht sich in ihren eigenen Heimatstaat zurückziehen könnten, wäre wohl eben das Prinzip zerstört, mit dem dieser Zustand als allein verfassungsmäßig bezeichnet wurde, nämlich die sozialstaatliche Demokratie. Die soziale Gemeinschaft verliert ihren Sinn, wenn sie Zufalls- und Opportunitätsgemeinschaft ist; die Demokratie verliert ihren Sinn, wenn der Demos die Folgen der eigenen Entscheidung nicht tragen muß. Fremde können unseren Staat in der Krise verlassen, wir selbst nicht.

Bedenklich ist die Mitwirkung von fremden Staatsangehörigen in den Gewerkschaften dann, wenn man diesen einen sogenannten öffentlichen Auftrag zuerkennt⁸⁷⁾, wogegen ich allerdings starke Bedenken habe. Wenn der Streik nicht zum Erfolg führt und die Wirtschaft ruiniert, kann sich der Fremde, vielleicht maßgebend an der Entscheidung beteiligt, doch in seine Heimat zurückziehen⁸⁸⁾, der Deutsche kann sich dann dem Wiederaufbau zuwenden. Das gleiche gilt für die Mitwirkung in politischen Parteien.

Diesem Demokratiebegriff liegt das so moderne Bestreben nach Mitbestimmung zugrunde und das wird auch deutlich gesagt. Der Demokratiebegriff ist mit guten Gründen aus dem Willen zur Mitverantwortung entstanden. Das wird übersehen, oder gilt als reaktionärer Rückfall.

3. Einzelne Grundrechte und Systematik des Grundgesetzes

Es soll nun an einzelnen besonders bedeutsamen Grundrechten, die vom Grundgesetz auch Fremden zuerkannt sind, gezeigt werden, wie eine systematische Handhabung der Bestimmung des Grundgesetzes das Völkerrecht und das Verfassungsrecht in Übereinstimmung zu bringen vermag. Ich muß hier die von mir früher schon vertretene Konzeption⁸⁹⁾ wiederholen, denn ich möchte trotz aller Kritik an ihr festhalten. Ich werde mich aber auch bemühen, diese Konzeption noch klarer zu machen und zu ergänzen.

⁸⁷⁾ E.-R. Huber, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2. Aufl. 1954, Bd. 2, S. 376, führt aus, die Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände seien heute „in die öffentliche Ordnung einbezogen“, sie seien mit „öffentlichen Aufgaben und Befugnissen ausgestattet“ und Inhaber des Rechtsstatus „beliehener Verbände“.

⁸⁸⁾ Ch. Tomuschat, *Zur politischen Betätigung des Ausländers in der Bundesrepublik Deutschland*, *Völkerrecht und Außenpolitik*, Nr. 4, 1968, S. 60.

⁸⁹⁾ K. Doehring, *Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts und das deutsche Verfassungsrecht*, 1963, S. 122 ff.

Das Bekenntnis zur Menschenwürde und den allgemeinen Menschenrechten in Artikel 1 GG bietet kein hier besonders zu behandelndes Problem.

a) Die allgemeine Freiheitsgarantie des Artikel 2 Abs. 1 GG jedoch bedarf der näheren Untersuchung. Eine Differenzierung zwischen Staatsbürgern und Fremden ist nicht ersichtlich. Die Frage ist nur, ob die Schranken dieser allgemeinen Freiheit für Staatsbürger und für Fremde unterschiedlich angesetzt werden dürfen.

Die Rechte anderer und das Sittengesetz mögen hier außer Betracht bleiben; einer näheren Prüfung aber bedarf die Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung. Gleichgültig, ob man der Formel des Bundesverfassungsgerichts folgt, wonach jedes formell und materiell mit der Verfassung übereinstimmende Gesetz diese Schranke konkretisiert⁹⁰⁾, scheint es doch so, daß jedenfalls die Verfassung im übrigen die Freiheit des Artikels 2 Abs. 1 GG begrenzt. Wenn also das Grundgesetz im übrigen zwischen Staatsbürgern und Fremden differenziert, kann die Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung für beide Gruppen verschieden ausfallen. Das ist keine Frage des Gleichheitssatzes — auf die noch einzugehen ist —, sondern die vom Grundgesetz selbst angegebenen Unterschiede stehen der Prüfung am Gleichheitssatz nicht mehr zur Verfügung. Sicherlich kann also die Nichterteilung der sogenannten Deutschen-Grundrechte an Fremde auch der freien Entfaltung der Persönlichkeit der Fremden nicht entgegenstehen.

Zur verfassungsmäßigen Ordnung im engsten und direkten Sinne gehört aber auch Artikel 25 GG⁹¹⁾. Auch diese Bestimmung begrenzt die verfassungsmäßige Freiheit, so daß die Inanspruchnahme der persönlichen Freiheit sich über die allgemeinen Regeln des Völkerrechts nicht hinwegsetzen darf.

Hält ein Fremder sich in der Bundesrepublik auf, so hat er — ebenso wie der Deutsche — die allgemeinen Regeln des Völkerrechts einzuhalten. Die allgemeinen Regeln des Völkerrechts erzeugen gemäß Artikel 25 GG nämlich nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten. Der Terminus „erzeugen“ hat nur dann einen Sinn, wenn die allgemeinen Regeln des Völkerrechts, deren Einhaltung in Frage steht, ohne diese besondere Erzeu-

⁹⁰⁾ BVerfG v. 16. 1. 1957, BVerfGE 6, 38.

⁹¹⁾ BVerfG v. 14. 5. 1968, BVerfGE 23, 300: „Wegen Art. 25 GG gehört es zur verfassungsmäßigen Ordnung, daß bei der Gestaltung und Anwendung des Bundesrechts den durch Art. 25 GG inkorporierten allgemeinen Regeln des Völkerrechts Rechnung getragen wird“.

gung nur eine völkerrechtliche Pflicht der Staaten wären, was für die meisten Rechtsregeln des Völkerrechts zutrifft⁹²⁾.

Das heißt also: gemäß Anordnung der Verfassung soll das Individuum nichts unternehmen, was das Völkerrecht selbst den Staaten verbietet. Hier nun setzt die vom Grundgesetz selbst angegebene Differenzierung zwischen Staatsangehörigen und Fremden ein, denn, was der Staatsbürger gegenüber seinem eigenen Staat unternehmen darf, ist entweder gar keine Frage des Völkerrechts, oder ist als vom Völkerrecht dem Staat überlassen anzusehen; was aber der Fremde in der Bundesrepublik zu tun oder zu unterlassen hat, kann eine Frage des Völkerrechts sein.

Die von Artikel 25 GG erzeugte Individualpflicht, sich völkerrechtsgemäß zu verhalten, trifft also den Fremden in besonderer Art. Diese Pflicht ist dann gleichzeitig auch die Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung des Artikels 2 Absatz 1 GG.

Ein Beispiel mag das verdeutlichen: das allgemeine Völkerrecht verbietet es den Staaten, durch Einwirkung auf die inneren Angelegenheiten eines anderen Staates zu intervenieren. Diese Pflicht der Staaten, derartige Interventionen zu unterlassen, überträgt das Grundgesetz auf das Individuum⁹³⁾. Auch die Meinungsfreiheit des Artikel 5 GG findet dann hier ihre Grenze. Wenn schon die allgemeinen Gesetze gemäß Artikel 5 Absatz 2 GG die Meinungsfreiheit einschränken können, dann sicherlich auch die Verfassung selbst durch die Pflichten des Artikel 25 GG. Daher stimmt die Vorschrift des § 6 des Ausländergesetzes, der die politische Betätigung von Fremden einschränkt, auch nicht nur mit dem Grundgesetz überein⁹⁴⁾, son-

⁹²⁾ Das hat das BVerfG (30. 10. 1962, BVerfGE 15, 33 f.) nicht klar erkannt und bleibt selbst widersprüchlich, wenn es ausführt, die „Erzeugung“ von Rechten und Pflichten gem. Art. 25 GG habe „lediglich deklaratorischen Charakter“, erzeugten aber auch subjektive Rechte und Pflichten für das Individuum; ebenso BVerwG v. 22. 1. 1971, BVerwGE 37, 116; die Kritik von A. Bleckmann (Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1958—1965, ZaöRV Bd. 28, S. 63 f.) vermerkt richtig, daß ohne diese „Erzeugung“ das unveränderte Völkerrecht überwiegend eben nur Rechte und Pflichten der Staaten enthält. Zur gesamten Problematik K. Doehring, a. a. O., S. 133 ff.

⁹³⁾ Auch das BVerfG (30. 10. 1962, BVerfGE 15, 34) spricht ausdrücklich von „Pflichten“.

⁹⁴⁾ Auch die Europäische Menschenrechtskonvention (4. 11. 1950, BGBl. 1952 II, S. 686) läßt in Art. 16 trotz aller Gleichbehandlungsgebote die Einschränkung der politischen Betätigung von Fremden zu.

dern füllt es sachgerecht aus und ist in gewisser Weise sogar vom Grundgesetz geboten⁹⁵), soweit Verhältnismäßigkeit und Wesensgehaltsgarantie — beides auch Grundsätze der Verfassung — beachtet sind.

Die Artikel 2 und 5 GG finden so in Artikel 25 GG für Fremde ihre besonderen Begrenzungen aufgrund der Verfassungsordnung, zu der nach Verfassungsbefehl auch die allgemeinen Regeln des Völkerrechts zählen⁹⁶). Selbstverständlich kann das Grundgesetz den Fremden mehr an Rechten erteilen, als das Völkerrecht fordert. Wo derartige Differenzierungen aber nicht zum Ausdruck kommen, setzt sich Artikel 25 GG mit Verfassungsrang durch⁹⁷).

b) Ähnlich steht es mit dem Gleichheitssatz. Die Frage, inwieweit zwischen Fremden und Staatsbürgern differenziert werden darf, ist zunächst unter Zuhilfenahme der Verfassung im übrigen zu entscheiden. Insoweit, als das Grundgesetz die Differenzierung klar verbietet, gibt es kein Gleichheitsproblem. Auch das Völkerrecht verbietet dem Staat nicht, den Fremden mehr Rechte zu erteilen als nach Völkerrecht zwingend geboten ist. Daß die übermäßige Erteilung von Rechten an Fremde ein — wie ich es genannt habe — Korruptionsproblem bilden kann, wurde schon erwähnt.

Der Gleichheitssatz des Artikel 3 Absatz 1 GG kann formell von jedem Menschen in Anspruch genommen werden; er läßt insbesondere eine Differenzierung zwischen Staatsangehörigen und Fremden selbst nicht erkennen.

⁹⁵) W. Marzen, Deutsches Ausländerrecht, 1967, S. 118 f., gibt Beispiele für die hier gemeinten Begrenzungen.

⁹⁶) Ch. Tomuschat, a. a. O., lehnt die Auffassung ab, wonach das Ausländergesetz als allgemeines Gesetz den Erfordernissen des Art. 5 Abs. 2 GG genügen soll (S. 53 ff.). Wenn er aber gewisse Betätigungen im Rahmen des Art. 5 Abs. 1 GG der Gruppe der Ausländer wegen ihrer Nichtzugehörigkeit zum Staatsvolk dennoch und mit Recht nicht zubilligen will (S. 56 ff.), kommt diese Konstruktion der direkten Anwendung des Art. 5 Abs. 2 GG dann gleich, wenn man Verhältnismäßigkeit und Wesensgehaltsgarantie als Grenzen des Gesetzesvorbehaltes sinnvoll einsetzt. Zu beachten ist aber auch, daß diese Konstruktion für den Fremden letztlich weniger Schutz bedeutet, da der Gesetzgeber nicht zur klaren Aussage gezwungen wird.

⁹⁷) Andererseits kann ein Bundesgesetz, das die allgemeinen Regeln des Art. 25 GG unbeachtet läßt, keine rechtmäßige Eingriffsgrundlage enthalten und das Freiheitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzen (BVerfG v. 14. 5. 1968, BVerfGE 23, 313, unter Berufung auf frühere Entscheidungen).

Das ist aber keine Besonderheit gerade im Rahmen dieser Differenzierungsfrage, denn — es sei mit aller Klarheit gesagt — der Gleichheitssatz hat überhaupt keinen materiell-rechtlichen Inhalt. Er sagt nur: Wenn Unterschiede nicht sachgerecht erscheinen, sind sie als nicht vorhanden zu fingieren und wenn Unterschiede sachgerecht erscheinen, darf die Gleichheit nicht fingiert werden. Der Gleichheitssatz sagt nichts darüber, wo und wann Unterschiede relevant sind oder übergangen werden müssen. Der Gleichheitssatz wird verwendet zur Negierung oder zur Beachtung von Wertungen, die er selbst gar nicht enthält. Als Willkürverbot setzt er den Begriff der Willkür voraus, aber er enthält nicht dessen materielle Kriterien⁹⁸⁾.

Für das Fremdenrecht lautet die Frage also ganz simpel: Unter welchen Umständen dürfen oder müssen gar die unleugbaren Unterschiede zwischen Staatsbürgern und Fremden, die Fremdeigenschaft also, als relevantes Kriterium im Rahmen des Gleichheitssatzes eingesetzt werden? Der Gleichheitssatz selbst kann darüber gar nichts aussagen. Die Relevanz der Fremdeigenschaft muß sich also aus der Rechtsordnung im übrigen ergeben. Entweder die Rechtsordnung zeigt, daß die Fremdeigenschaft irrelevant sein soll, oder sie zeigt, daß sie relevant ist.

Irrelevanz der Fremdeigenschaft liegt *prima facie* insoweit vor, als Grundrechte bewußt unterschiedslos allen Menschen erteilt sind, also z. B. bei der Gewissensfreiheit des Artikel 4 GG. Sind Grundrechte nur Deutschen erteilt, erhebt sich die Frage der Gleichheit zwischen Fremden und Staatsangehörigen — wie schon bemerkt — gar nicht.

In all denjenigen Rechtsbeziehungen aber, in denen das Grundgesetz nicht die genannte Irrelevanz der Fremdeigenschaft zum Ausdruck bringt, ist es jedenfalls zulässig, die Fremdeigenschaft als sachliches Kriterium der Ungleichbehandlung einzusetzen⁹⁹⁾. Dieses Ergebnis folgt aus Artikel 25 GG, der mit Verfassungsrang jedenfalls die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts ausgestattet hat. Wenn Völkerrecht gleich Verfassungsrecht ist, enthält also die Verfas-

⁹⁸⁾ *Leibholz-Rinck*, Grundgesetz, 4. Aufl. S. 87: „Maßstab für die Willkürprüfung im Rahmen des allgemeinen Gleichheitssatzes ist vielmehr die vom GG aufgerichtete Ordnung“.

⁹⁹⁾ Wegen der großen Zahl der entsprechenden deutschen Gerichtsentscheidungen wird verwiesen auf die Zusammenstellung von *A. Bleckmann*, Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1966—1968, *ZaöRV* Bd. 31, S. 317 f.; 1969—1970, *ZaöRV* Bd. 32, S. 130 f.; 1971, *ZaöRV* Bd. 32, S. 607 f.

sung die Zulässigkeit einer Differenzierung zwischen Fremden und Staatsangehörigen gemäß Völkerrecht.

Das heißt also: Inländergleichbehandlung ist — da sie vom Völkerrecht nicht geboten ist — zwar zulässig; der Gesetzgeber darf — alle anderen Gesichtspunkte der Verfassung hier einmal außer acht gelassen — die Inländergleichbehandlung herstellen, aber muß es nicht¹⁰⁰), sondern er ist insoweit frei. Der Gesetzgeber handelt nicht willkürlich, wenn er die Fremdeigenschaft als sachliches Kriterium beachtet, soweit das Grundgesetz sie nicht klar negiert und soweit das Rechtsverhältnis durch sie geprägt wird.

Setzt der Gesetzgeber die Fremdeigenschaft — soweit sie zulässig ist — als sachliches Kriterium ein, darf die Differenzierung zu Inländern doch niemals so weit gehen, daß der völkerrechtliche Mindeststandard unterschritten wird. Der Mindeststandard ist Inhalt des Artikels 25 GG und also des Verfassungsrechts.

Eine Verfassungsbeschwerde kann nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zwar nicht auf die Verletzung des Artikels 25 GG unmittelbar gestützt werden, da es sich um kein Grundrecht handelt¹⁰¹); sie kann aber dann auf Artikel 3 Absatz 1 GG beruhen, wenn und soweit eine Diskriminierung des Fremden — gemessen an der Behandlung eigener Staatsbürger — den Mindeststandard unterschreitet¹⁰²), denn der Gleichheitssatz gebietet, nur sachliche und also auch nicht völkerrechtlich unzulässige Differenzierungen vorzunehmen.

Nochmals zusammengefaßt bedeutet das: die Differenzierung zwischen Staatsbürgern und Fremden muß nicht stattfinden, aber sie darf stattfinden¹⁰³), soweit das Grundgesetz das nicht erkennbar außerhalb des Gleichheitssatzes verbietet¹⁰⁴).

¹⁰⁰) Daß Inländergleichbehandlung vom Völkerrecht nicht gefordert wird, hat auch die deutsche Rechtsprechung immer anerkannt, z. B. BVerwG v. 10. 12. 1958, JR 1959, 436; v. 24. 9. 1965, E 22, 69.

¹⁰¹) Da aber die Nichtvorlage gem. Art. 100 Abs. 2 GG wegen Verletzung des Art. 101 GG zur Verfassungsbeschwerde führen kann (BVerfG v. 14. 5. 1968, BVerfGE 23, 319), kann durchaus eine Verfassungsbeschwerde den Art. 25 GG zum Prüfungsgegenstand haben.

¹⁰²) Im Urteil des BVerwG v. 24. 9. 1965, E 22, 69 wird unter Berufung auf die Rechtslehre darauf hingewiesen, daß die an sich bestehende Diskriminierungsbefugnis ihre Schranke am internationalen Mindeststandard findet.

¹⁰³) OLG Frankfurt v. 21. 9. 1970, NJW 1970, S. 2172 im Hinblick auf die Staatshaftung.

¹⁰⁴) Eingehend dazu die Entscheidung des BFH v. 17. 1. 1967, E 88, 61 ff., in der auch die bisher ergangene Rechtsprechung zusammengefaßt ist.

Bei Grundrechten mit Gesetzesvorbehalt, die nicht nur Deutschen gewährt wird, erhebt sich die Frage, ob und inwieweit der Gesetzgeber bei der Grundrechtsbeschränkung die Fremdeigenschaft beachten darf.

Daß die Wesensgehaltsgarantie „in keinem Falle“ außer acht gelassen werden darf und also auch Fremden gegenüber gilt, ist selbstverständlich. Oberhalb aber des Wesensgehalts kann eine Differenzierung durchaus vorgenommen werden; auch der Gleichheitssatz ist „allen“ Menschen garantiert, aber dennoch können und müssen Unterschiede beachtet werden.

Das Grundgesetz läßt auch in anderen Beziehungen, als den hier behandelten, Gruppendifferenzierungen bei Sachgerechtigkeit zu. So wie für die Gruppe der Beamten die Zulässigkeit im Rahmen der Sachgerechtigkeit dem Artikel 33 Abs. 5 GG entnommen werden kann, ist sie für diejenigen Rechtsbeziehungen, die durch die Fremdeigenschaft geprägt sind, dem Artikel 25 GG zu entnehmen, da das Verfassungsrecht die völkerrechtlich relevanten Unterschiede zwischen Fremden und Staatsbürgern auf der Ebene der Verfassung zumindest für verwendbar erklärt.

Auf Artikel 3 Abs. 3 GG will ich hier nur mit einer kurzen Bemerkung eingehen. Mit guten Gründen ist die fremde Staatsangehörigkeit nicht zum Inhalt der strikten Klassifizierungsverbote gezählt worden¹⁰⁶). Man stelle sich vor, was die Gegenansicht im Ergebnis bedeuten würde. Es wäre dann z. B. zweifelhaft, ob es überhaupt ein Einreiseverbot für Fremde geben dürfte. Es sei noch bemerkt, daß das System der Europäischen Menschenrechtskonvention hier bewußt nicht behandelt wurde, da es für die Rechtsanwendung ohnehin hinter das Verfassungsrecht zurücktreten muß und im übrigen die Gesetzesvorbehalte für das nationale Recht eine Kollision jedenfalls mit dem jetzt geltenden Recht der Bundesrepublik nahezu ausgeschlossen erscheinen lassen.

Schlußbemerkung

Mit diesen Hinweisen will ich schließen. Es sei nochmals betont, daß diese meine Konstruktion des Fremdenrechts im Rahmen des Verfassungsrechts mit Nationalismus nichts zu tun hat.

¹⁰⁵) Unklar in dieser Beziehung H. Kraus, a. a. O., S. 91 f. Ebenso unklar ist die Erwähnung des Art. 3 Abs. 3 GG durch den BGH (28. 7. 1972, NJW 1973, S. 2191) unter Berufung auf OLG Celle, NJW 1953, S. 1603), wenn auch das Ergebnis zu billigen ist.

Es ist gesagt worden, hinter meiner Konstruktion stehe nationalstaatliches Denken¹⁰⁶). Ich möchte daran erinnern, daß die meisten der 131 von mir betrachteten Verfassungen erheblich nationalstaatlicher angelegt sind, als ich es hier für das deutsche Recht vorgeführt habe. Völkerrecht und Rechtsvergleichung sollten etwas bekannter sein.

Würde man denn — mit einem gewissen *soupçon* — von „Vereinsdenken“ sprechen, wenn die Vereinsmitglieder ihre Vereinsrechte auf Gäste nicht ausdehnen möchten? Oder wäre die volle Erstreckung auf Nichtmitglieder ein Gebot der Demokratisierung des Vereinsrechts?

Wenn man — wie das vorgeschlagen wurde¹⁰⁷) — Artikel 3 Abs. 3 GG sogar als Begrenzung des Ermessens für die Einbürgerung ansieht, dürfte man einem Bewerber aus der Volksrepublik China etwa die Einbürgerung nicht versagen, weil man ihn sonst unter Umständen wegen politischer Auffassung, wegen Rasse und wegen Staatsangehörigkeit diskriminieren würde. Man sollte einmal in der Volksrepublik China nachfragen, wie es mit einem Anspruch auf Einbürgerung von Staatsangehörigen der BRD dort stünde.

Solange die Völkergemeinschaft aus selbständigen Staaten in einem System der Koordination besteht, kann auch das Verfassungsrecht auf Schutzvorkehrungen nicht verzichten.

¹⁰⁶) M. Zuleeg, a. a. O., S. 364.

¹⁰⁷) M. Zuleeg, a. a. O., S. 365, will Art. 3 Abs. 3 GG als Hinderungsgrund ansehen, bei der Einbürgerung nach der Staatsangehörigkeit zu differenzieren.

Leitsätze des Berichterstatters über:

Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland

Der Status der Fremden im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland unter dem Gesichtspunkt der normativen Verschränkung von Völkerrecht und Verfassungsrecht

Zur Vorbemerkung:

1. Die rechtliche Unterscheidung von Staatsangehörigen und Fremden ist ein völkerrechtliches Prinzip, dem sich kein Staat entziehen darf. Würde ein Staat in seiner Rechtsordnung eine solche Abgrenzung unterlassen, käme er seinen auch von der Völkergemeinschaft ihm auferlegten Pflichten nicht nach, die jeweilige Personalhoheit erkennbar zu machen und auf ihrer Grundlage die Totalverantwortung für die eigenen Staatsbürger zu übernehmen.

2. Die allgemein anerkannten Menschenrechte finden derzeit (noch?) ihren relativ stärksten Schutz in Staatsverbänden, die den Kreis ihrer Staatsbürger zu Fremden eindeutig abgrenzen.

Zu I, Der Begriff des Fremden

3. Einen eindeutigen Hinweis auf die Pflicht der Staaten zur Abgrenzung der Staatszugehörigkeit gibt das Völkerrecht mit der sog. nationality rule, die eine konkrete Definition auch des „Fremden“ unumgänglich macht.

4. Wenn Art. 25 GG die allgemeinen Regeln des Völkerrechts zu innerstaatlichem Recht erklärt, besteht nicht nur ein völkerrechtliches Gebot, eine Unterscheidung zwischen Staatsangehörigen und Fremden zu vollziehen, sondern die Verfassung selbst gebietet das.

Zu II, Die Gebote des Völkerrechts für die Behandlung von Fremden im innerstaatlichen Recht

5. Das völkerrechtliche Gewohnheitsrecht gebietet den Staaten, bei der Behandlung von Fremden einen Mindeststandard einzuhalten, dessen Unterschreitung ein völkerrechtliches Delikt bedeuten würde. Der Inhalt des Mindeststandards ist dem Wandel des Gewohnheitsrechts unterworfen.

6. Dieser völkerrechtliche Mindeststandard ist zwingendes Recht, soweit sein Inhalt in etwa den allgemeinen völkerrechtlichen Menschenrechten entspricht. Diejenigen Regeln des Mindeststandards, die nicht zwingender Natur sind, können durch Vertragsschluß mit dem Heimatstaat des Fremden eingeschränkt werden.

7. Ein allgemeines Verbot unterschiedlicher Behandlung von Staatsbürgern und Fremden und von Fremden untereinander kennt das Völkerrecht nicht. Nur in extremen Grenzfällen könnte eine willkürliche Ungleichbehandlung rechtswidrig sein. Verträge können die Gleichbehandlung von Fremden untereinander und von Fremden und Staatsbürgern weitgehend herstellen; eine Verpflichtung zum Abschluß solcher Verträge besteht nicht.

8. Die sog. allgemeinen Rechtsgrundsätze — d. h. Regeln funktamentaler Bedeutung, die sich parallel in den nationalen Rechtsordnungen gebildet haben — ergänzen das völkerrechtliche Gewohnheitsrecht gerade auch im Hinblick auf das Fremdenrecht.

9. Die Nichteinhaltung des Grundsatzes der Gegenseitigkeit durch den einen Staat berechtigt den anderen noch nicht, den fremdenrechtlichen Mindeststandard zu unterschreiten, soweit dieser den allgemeinen Menschenrechten entspricht. Nur das staatliche Selbsterhaltungsrecht könnte im extremen Fall auch insoweit eine Rechtfertigung bedeuten. Das gleiche gilt für das Recht zur Repressalie.

10. Zwar unterliegt der Fremde der Rechtsordnung des Aufenthaltsstaates; diese hat jedoch zu respektieren, daß die Personalhoheit des Heimatstaates vielfältig über dessen Staatsgrenzen hinauswirken darf.

11. Der Aufenthaltsstaat darf dem Fremden keine Pflichten auferlegen, die mit dem Fortbestand des Treue- und Schutzverhältnisses zu seinem Heimatstaat unvereinbar sind.

12. Weitgehend ungeklärt ist die Frage, ob und inwieweit der Aufenthaltsstaat dem Fremden Rechte und Vorteile anbieten darf, die geeignet wären, sein Treueverhältnis zum Heimatstaat zu korrumpieren. Es bestehen jedoch Anzeichen für die Annahme, daß auf diese Weise nicht nur die comity of nations sondern auch Rechte des Heimatstaates als verletzt angesehen werden könnten.

Zu III, Das System des Grundgesetzes zur Erfüllung völkerrechtlicher Gebote im innerstaatlichen Recht

13. Den Anwendungsbefehl für das völkerrechtliche Fremdenrecht soweit es auf Wohnheitsrecht und allgemeinen Rechtsgrundsätzen beruht, gibt das Grundgesetz durch Art. 25. Anwendungsbefehl und anzuwendende völkerrechtliche Normen haben Verfassungsrang. Die von Art. 25 GG „erzeugten“ Rechte und Pflichten der Fremden nehmen an diesem Verfassungsrang teil.

14. Die Regeln des fremdenrechtlichen Mindeststandards können durch einfaches Gesetz nicht eingeschränkt werden. Soweit sie dispositive Regeln des Völkerrechts sind, können sie aufgrund eines völkerrechtlichen Vertrages mit dem Heimatstaat des Fremden durch einfaches Vertragsgesetz eingeschränkt werden.

15. Im Verhältnis zwischen fremdenrechtlichem Gesetz und fremdenrechtlichem Vertragsgesetz gemäß Art. 59 Abs. 2 GG gilt die Regel, daß das spätere Gesetz dem früheren vorgeht. Diese Regel wäre nur dann ausgeschaltet, wenn die Vertragspartner den Verfassungsrang von Vertragsbestimmungen vereinbaren würden und der Gesetzgeber die Verfassung entsprechend ändert.

16. Die vertragliche Zusicherung der Inländerbehandlung vermittelt dem Fremden nicht auch die Inhaberschaft entsprechender Grundrechte, es sei denn, der völkerrechtliche Vertrag und das Verfassungsrecht würden das ausdrücklich bestimmen.

Zu IV, Die Auswirkung völkerrechtlicher Normen auf die Grundrechte von Fremden

17. Ein Vergleich mit den Verfassungen fremder Staaten zeigt, daß das Grundgesetz den allgemeinen Standard im Hinblick auf die Erteilung von Grundrechten an Fremde erheblich übersteigt, und zwar sowohl in bezug auf deren materiellrechtlichen Gehalt als auch und vor allem in bezug auf die Bestandskraft der zugesicherten Grundrechte.

18. Der Gesetzgeber darf den Fremden mehr an Rechten zuteilen als das Völkerrecht es gebietet, es sei denn, eine solche Rechtserteilung beeinträchtigt die Personalhoheit des Heimatstaates des Fremden. Der Gesetzgeber darf aber auch — soweit das Grundgesetz nicht selbst schon den völkerrechtlichen Standard überschreitet — bei der Zuteilung von Rechten sich auf den völkerrechtlichen Mindeststandard beschränken.

19. Inhaber des aktiven und passiven Wahlrechts können nach den Regeln des Grundgesetzes nur deutsche Staatsangehörige

sein. Die Rechtsvergleichung zeigt darüber hinaus, daß die Beschränkung des Wahlrechts auf Staatsangehörige als ein allgemeiner Rechtsgrundsatz angesehen werden muß. Den allgemeinen Regeln des Völkerrechts ist auch zu entnehmen, daß die Erteilung des nationalen Wahlrechts an Fremde unter Umständen geeignet sein kann, die Personalhoheit fremder Staaten zu beeinträchtigen.

20. Die allgemeine Freiheitsverbürgung des Art. 2 Abs. 1 GG läßt eine Differenzierung zwischen Staatsbürgern und Fremden insoweit zu als die Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung, die auch von Art. 25 GG gebildet wird, eine Ungleichbehandlung rechtfertigt oder auch gebietet.

21. Bei Anwendung des Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) darf die Fremdeigenschaft eines Menschen als sachliches Unterscheidungskriterium dann zu einer Ungleichbehandlung führen, wenn das rechtlich einzuordnende Lebensverhältnis durch diesen tatsächlichen und rechtlichen Unterschied entscheidend geprägt ist. Soweit das Grundgesetz diese Unterscheidung erkennbar verbietet, darf sie als Rechtfertigungsgrund für eine Ungleichbehandlung nicht verwendet werden; soweit das nicht der Fall ist, darf bis zur Grenze des völkerrechtlichen Mindeststandards differenziert werden.

22. Enthält ein Grundrecht, das nicht nur deutschen Staatsangehörigen erteilt ist (z. B. Art. 5 Abs. 1 GG) die Beschränkungsmöglichkeit aufgrund eines Gesetzesvorbehaltes (z. B. Abs. 2 des Art. 5 GG), ist eine Ungleichbehandlung von Fremden gegenüber Staatsangehörigen durch den Gesetzgeber noch insoweit zulässig als die oben angeführten Kriterien des Gleichheitssatzes eingreifen; diese Grundrechte sind dennoch für den Fremden nicht „leerlaufend“, weil der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und die Wesensgehaltsgarantie gegen Willkür und Aushöhlung schützen.

23. Die so aufgezeigten Einschränkungen gegenüber einer nicht differenzierenden Inländerbehandlung entsprechen nicht nur den Regeln des Völkerrechts, sondern, gemessen an den meisten Verfassungen der Welt, ändern sie nichts daran, daß das Grundgesetz den allgemeinen Standard durchaus übersteigt. Das Grundgesetz übersteigt auch die Forderungen der Europäischen Menschenrechtskonvention, die den nationalen Rechtsordnungen einen weitgehenden Gesetzesvorbehalt reservieren und besondere Einschränkungen für Fremde zulassen.

Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland

2. Mitbericht von Professor Dr. Josef Isensee, Saarbrücken

Inhalt

	Seite
A. Das Problem	50
I. Das Grenzgebiet der Verfassungsdogmatik	50
II. Die Herausforderung der Verfassungswirklichkeit	51
III. Die Verfassungsfrage der Gleichheit	53
B. Der verfassungsdogmatische Horizont	55
I. Das Modell des Rechts-Dreiecks	55
II. Die unentrinnbare Staats-Abhängigkeit als Status-Kriterium	58
C. Die aufenthaltsrechtlichen Status-Bedingungen	60
I. Die Vorfrage des Verfassungs-Kollisionsrechts	60
II. Status-Begründung durch Gebietskontakt — die Zulassung des Aufenthalts	61
III. Status-Sicherheit durch Beschränkung der Ausweisungskompetenz	71
D. Der rechtsstaatliche Status	73
I. Die Vermutung für die Rechtsgleichheit	73
II. Absolute Gleichstellungsgebote	75
III. Die Schlechterstellung im Vorbehaltsbereich der Deutschenrechte	76
IV. Die Möglichkeit fortschreitender Status-Angleichung	81
V. Grundrechtsstandard der Verfassung und Mindeststandard des Völkerrechts	85
E. Der sozialstaatliche Status	86
I. Das soziale Staatsziel und der Angehörige eines fremden Staatsverbandes	86
II. Das soziale Staatsziel und der Angehörige eines fremden Kulturkreises	87
F. Der demokratische Status	91
I. Teilhabe an der Entscheidungsmacht des Staatsvolkes	91
II. Ausübung staatlicher Ämter	95
III. Mitbestimmung in unterstaatlichen Verbänden	96
IV. Demokratischer Aspekt der Freiheitsgrundrechte	99
G. Schluß — Ordnungsdefizit und Verfassung	101

A. Das Problem

I. Das Grenzgebiet der Verfassungsdogmatik

Die Frage nach der staatsrechtlichen Stellung des Ausländers führt in das Spannungsfeld zwischen Liberalität und Souveränität, zwischen Weltbürgertum und nationalstaatlicher Selbstbehauptung¹⁾. Es scheint, als erreiche die Verfassung hier nicht die normative Stärke, um diese Spannungen aufzuheben, und als müsse sie vorrechtlichen, elementaren Kräften Raum belassen: einer Staatsraison, die sich noch nicht hat verfassungsrechtlich domestizieren lassen, und auf der Gegenseite ursprünglichen Geboten der Menschlichkeit, die noch nicht Rechtsgestalt angenommen haben.

¹⁾ Die Position der reinen Souveränität des Verfassungsstaates gegenüber dem Fremden repräsentiert *Max von Seydel*: Es bestehe den Fremden gegenüber „keine rechtliche Schranke der Gesetzgebung, sondern nur eine solche, welche die Staatsgewalt sich selbst zieht. Wohl sind Rücksichten der Gesetzgebungspolitik und des Staatenverkehrs vorhanden, welche eine Selbstbeschränkung der Staatsgewalt gegenüber dem Fremden als innerlich oder politisch notwendig erscheinen lassen, allein es gibt keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz, und kann keinen geben, nach welchem mit Bestimmtheit und unbedingter Giltigkeit gesagt zu werden vermöchte, welche Rechte oder Pflichten für den Fremden bestehen und welche nicht. Es läßt sich lediglich der Satz aufstellen, daß die Bedingung, unter welcher der Fremde mit seiner Person oder seinen rechtlichen Verhältnissen in den Machtbereich der Staatsgewalt zugelassen wird, der Gehorsam gegen diese Staatsgewalt ist, ein Gehorsam, der so weit reicht, als die Staatsgewalt ihn zu fordern für gut findet“. (*Bayerisches Staatsrecht I*, 1896², S. 342).

Die Gegenposition der kosmopolitischen Liberalität vertritt *Robert von Mohl*: „Es können . . . die künstlich gezogenen Striche auf der Landkarte kein grundsätzliches Hindernis sein, die vom Schöpfer der Weltordnung gestellte Aufgabe des Daseins zu erreichen. Es muß vielmehr der Satz aufgestellt werden, daß jedem menschlichen Individuum, als Regel, das Recht zusteht, an und für sich vernünftige, also erlaubte Lebenszwecke überall zu verfolgen, wo er die geeigneten Mittel hierzu zu finden glaubt, zu dem Ende aber namentlich auch die Gebiete fremder Staaten zu betreten und sich die seinen Zwecken entsprechende Zeit hindurch daselbst aufzuhalten“. (*Staatsrecht, Völkerrecht und Politik I*, 1860, S. 627). — Eine geradezu idealtypische Darstellung der weltbürgerlichen Forderung bietet auch *Silvester Jordans* Artikel „Gastrecht (Fremdenrecht)“ im *Rotteck-Welcker'schen Staatslexikon* (Bd. VI, 1838, S. 291—317, insbes. S. 315—317).

Zur geschichtlichen Entwicklung des Fremdenrechts: *Jordan a. a. O.*, S. 291—315; *von Frisch*, *Das Fremdenrecht*, 1910, S. 5—90; *Friedrichsen*, *Die Stellung des Fremden in deutschen Gesetzen und völkerrechtlichen Verträgen seit dem Zeitalter der französischen Revolution*, Diss. Göttingen 1967.

Die Staatsrechtslehre hat bisher wenig Neigung gezeigt, das unwegsame Gelände des deutschen Verfassungsrechts an der Grenze zu ausländischen Staatsordnungen und zum internationalen Recht dogmatisch zu vermessen. Der Ausländer tritt in das verfassungsdogmatische Blickfeld zumeist nur bei der Unterscheidung zwischen „Menschenrechten“ und „Bürgerrechten“ — pflichtübungsmäßiger Reverenz vor einem Bildungserbe²⁾. Die Rechtsfragen des Ausländers sind herkömmlich zumeist den Disziplinen des Ausländerpolizeirechts und des völkerrechtlichen Fremdenrechts überlassen geblieben.

II. Die Herausforderung der Verfassungswirklichkeit

In diesem bislang nur beiläufig und akademisch gelassen erörterten Fragenkreis stößt die Staatsrechtslehre heute auf die Herausforderung der Verfassungswirklichkeit, seit sich Millionen Ausländer im Bundesgebiet aufhalten³⁾, seit das Provisorium des Gastarbeiters sich als dauerhaft zu erweisen scheint und die deutsche Bevölkerung in ihrer Mitte erstmals größere nationale Minderheiten aus heterogenen Kulturkreisen entstehen sieht⁴⁾. Das geltende Gesetzesrecht ist auf diese Lage

²⁾ Verfassungshistorische Analyse und verfassungsdogmatische Kritik der Begriffspaare „Menschenrechte — Bürgerrechte“ sowie „Bürgerliche und politische Rechte“: von Frisch, (N 1), S. 225—308.

³⁾ Am 31. 12. 1971 wurden im Bundesgebiet 3,439 Millionen Ausländer registriert. Hinzu kommt ein unabsehbarer (auf mehrere hunderttausend Personen geschätzter) Kreis von Ausländern, die sich illegal in der Bundesrepublik aufhalten. Die Vergleichszahl für das Jahr 1933, bezogen auf das Gebiet des Deutschen Reiches, beträgt 0,757 Millionen; die Vergleichszahl für das Jahr 1900: 0,779 Millionen. — Zahlenangaben nach: Wirtschaft und Statistik 1972, S. 435—447; Statistisches Jahrbuch für das Deutsche Reich 1936, S. 16; Statistisches Jahrbuch für das Deutsche Reich 1908, S. 9.

1971 stieg die Zahl der im Bundesgebiet (legal) beschäftigten ausländischen Arbeitnehmer auf 2,128 Millionen an. Im Jahr 1967 hatte die Zahl 1,014 Millionen, im Jahre 1962 0,629 Millionen betragen. Zahlenangaben nach: Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland 1972, S. 129 und 1967, S. 151.

⁴⁾ Amtliche Berichte jüngsten Datums über die Lebensverhältnisse der ausländischen Arbeitnehmer, mit empirischen Belegen und Problemanalysen: *Bayerisches Staatsministerium für Arbeit und Sozialordnung, Ausländische Arbeitnehmer in Bayern*, Sonderdruck eines Berichts v. 23. 5. 1973 an den Bayerischen Landtag über Probleme der Arbeits- und Wohnverhältnisse der Familienzusammenführung und der gesellschaftlichen Integration der ausländischen Arbeitnehmer in Bayern, 1973 (zit. Bay. Bericht); *Stadt Nürnberg* (Sozial- und Gesundheitsreferat), *Ausländische Arbeitnehmer in Nürnberg*, März 1973 (unveröffentl. Typoskript); *Stadt München*, *Ausländerstudie* (Zusammenfassung in: Bay. Bericht, S. 57—59); *Präsident der Bundesanstalt für Arbeit*, Erste vorläufige Ergebnisse

nicht zugeschnitten. Die staatlichen Stellen greifen zu hektischen Improvisationen, ohne bisher zu einer Konzeption gelangt zu sein⁵⁾. Der amtliche Pragmatismus wird bedrängt von

aus der Ausländerbefragung durch die Arbeitsämter vom Frühjahr 1972 (Typoskript v. 17. 12. 1972); *Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung*, Sozialbericht 1973, S. 11–14.

Sonstige Berichte mit Statistiken, Dokumenten, Analysen: *Bingemer, Meistermann-Seeger*, und *Neubert* (Hrsg.), *Leben als Gastarbeiter*, 1970 (Lit.); *Höpfner, Ramann und Rürup*, *Ausländische Arbeitnehmer*, 1973 (Lit.); *Nikolinakos*, *Politische Ökonomie der Gastarbeiterfrage*, 1973; *Geiselberger* (Herausgeber im Auftrag des Bundesvorstandes der Jungsozialisten), *Schwarzbuch: Ausländische Arbeiter*, 1972 (Lit.); *Klee* (Hrsg.), *Gastarbeiter — Analysen und Berichte*, 1972.

⁵⁾ Die amtliche Ratlosigkeit wird sichtbar, wenn der *Präsident der Bundesanstalt für Arbeit* seinen Bericht vom 17. 12. 1972 (N 4) mit der Feststellung einleitet, daß die in der Bundesrepublik Deutschland verfügbaren Informationen „für eine umfassende Beurteilung der wirtschaftlichen, arbeitsmarktlichen und sozialen Aspekte der Ausländerbeschäftigung“ nicht ausreichen. Die Regierungserklärung des *Bundeskanzlers* vom 18. 1. 1973 verheißt, das Gastarbeiterproblem „nicht dem Gesetz des augenblicklichen Vorteils allein“ zu überlassen, „diese Dinge im Zusammenhang darzustellen und Lösungsvorschläge daraus abzuleiten“; die Zielvorstellungen für diese „riesenhafte und komplexe Aufgabe“ erschöpfen sich vorerst in Formeln wie „solidarischer Geist“, „gute Nachbarschaft mit diesen Minderheiten“ und „Reifeprüfung“ des „demokratischen Bewußtseins“ aller Bürger (Bulletin des Presse- und Informationsamtes der Bundesregierung v. 19. 1. 1973, Nr. 6/S. 54).

Allenfalls als erste Ansätze zu einer ausländerpolitischen Konzeption lassen sich die „Leitlinien“ der *Bundesregierung* zur Ausländerbeschäftigung werten (dem Bundestag in seiner Sitzung vom 6. 6. 1973 mitgeteilt durch den Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung als „Bericht der Bundesregierung aus der Kabinett-sitzung“, Bulletin v. 8. 6. 1973, Nr. 70/S. 693). Zögernde Versuche zu einer bundespolitischen Ziel- und Wegfindung werden erkennbar in: Antwort der *Bundesregierung* auf eine Kleine Anfrage der CDU/CSU-Fraktion, „Politik der Bundesregierung gegenüber den ausländischen Arbeitnehmern in der Bundesrepublik Deutschland“ v. 31. 1. 1972 (BT-Drucks. VI/3085). „Grundsätze zur Eingliederung ausländischer Arbeitnehmer und ihrer Familien“ v. 20. 4. 1972, beschlossen von den „im Koordinierungskreis und im Länderausschuß ‚Ausländische Arbeitnehmer‘ beim Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung vertretenen Stellen und Organisationen“ (Barb-BI. 1972, 380–382).

Zusammenfassungen politischer und rechtlicher Vorstellungen auf Länderebene geben der Beschluß des *Bayerischen Ministerrats* v. 3. 4. 1973 (Bay. Bericht, [N 4], S. 37 f.) und die Antwort des *Ministerpräsidenten von Rheinland-Pfalz* v. 27. 4. 1973 auf die Große Anfrage der CDU-Landtagsfraktion zur „Situation der ausländischen Arbeitnehmer in Rheinland-Pfalz“ (Landtags-Drucks. 7/1781). — Besondere Initiativen werden vor allem von einzelnen Gemeinden entwickelt; hervorgehoben seien die Städte *Nürnberg*, *Opladen* und *Troisdorf*. Die z. T. gründlich erarbeiteten Planungs-Unterlagen dieser Städte sind nicht veröffentlicht.

einer wachsenden rechtspolitischen Bewegung, die auf Gleichstellung der Ausländer ausgeht, bis in die letzten Konsequenzen der Zuweisung des unbegrenzten Aufenthaltsrechts und des Wahlrechts⁶⁾. Die Befreiung des Gastarbeiters aus seinem Heloten-Dasein ist zu den Fortschrittsprogrammen des Neuen Naturrechts geworden, das die Mittel der Verfassungsauslegung in den Dienst der Emanzipationszwecke stellt⁷⁾. Wer sich jetzt mit der staatsrechtlichen Stellung des Ausländers befaßt, findet wie in allen Rechtsbereichen, die vom Neuen Naturrecht bewegt worden sind, tabula rasa vor: Die Selbstverständlichkeiten des herkömmlichen Rechtsverständnisses sind abgeräumt.

III. Die Verfassungsfrage der Gleichheit

Die Frage nach dem verfassungsrechtlichen Status des Ausländers nötigt eigentlich (wie *Max von Seydel* es für das Staatsangehörigkeitsrecht, die Korrespondenzmaterie des Ausländerrechts, gesagt hat) „zu einer Rundreise durch das gesamte Be-

⁶⁾ Als Beispiele gesetzepolitischer Programme, die auf volle oder weitgehende Gleichstellung des Ausländers mit dem Deutschen ausgerichtet sind, seien genannt: Franz-Heldmann-Kasprzyk-Majer-Pätzoldt, „Alternativentwurf 1970 zum Ausländergesetz 1965“ — Petition der Humanistischen Union an den Bundestag v. März 1970 — (zit. Alternativentwurf AuslG 1970) in: *Studentische Politik* 1970, 5—25 (dazu: *Franz*, ebd. S. 27—32; ders., *ZRP* 1970, 229—237; ders., *JIR* 15 [1971], 319—334); *Stadt München* (N 4), S. 59; *Geiselberger* (N 4), S. 193—209; *Klee* (N 4), S. 25—35.

Das Gleichstellungs-Ziel leitet mehr oder weniger deutlich auch die — oft schrille — Kritik am geltenden Ausländerrecht und seiner Vollzugspraxis. Eine Auswahl heterogener Stellungnahmen: *Franz*, *JIR* 15 (1971), 319—334; ders., in: *Klee* (N 4), S. 36—57; ders., *DVBl.* 1973, 662—675; *Diemut Majer*, *ZRP* 1969, 125—128; dies., Anm. zu *OVG Lüneburg*, *NJW* 1970, 1515—1517; dies., *Das Standesamt* 1971, 38—44; *Pätzoldt*, in: *Studentische Politik* 1970, 83—88; *Riege* und *Tietz*, in: *Staat und Recht*, 1966, 988—1001; *Schuster*, *Blätter für deutsche und internationale Politik* 1972, 1140—1144; *Rittstieg*, *NJW* 1972, 2153—2163; ders., *JZ* 1971, 113—118; *Rolvering*, *Die Rechtsgarantien für eine politische Betätigung von Ausländern in der Bundesrepublik Deutschland*, Diss. Tübingen 1970; *Zuleeg*, *DÖV* 1973, 361—370. — Auf derselben Linie: *Asta-Auslandsreferat Universität Stuttgart* u. a., *Dokumentation zum Ausländerrecht* 1972.

Beispiele der Antikritik und der Verteidigung des ausländerrechtlichen status quo: *Kanein*, *NJW* 1973, 729—735; *Rose* *JZ* 1971, 721—725; *Wirtz* *ZRP* 1970, 247—250.

⁷⁾ Zu analogen Ausprägungen der emanzipatorischen Verfassungsauslegung, die sich an verfassungstranszendenten Fortschrittszielen ausrichtet und den Unterschied zwischen Rechtsdogmatik und Rechtspolitik aufhebt, für den Bereich des Beamtenrechts: *Isensee*, *Beamtenstreik*, 1971, S. 177 f.

reich des Staatsrechts⁸⁾. Statt dieses aufwendigen Unternehmens soll hier nur der Versuch einer ersten verfassungsdogmatischen Orientierung gewagt werden — bei Konzentration auf systematische Hauptlinien und markante Punkte, unter Beschränkung auf eine teleskopische Rechtsbetrachtung auch dort, wo die Schwierigkeiten der Materie an sich eine mikroskopische verlangen. Die Zeitökonomie gebietet die Reduzierung des Themas auf den Regeltypus des ausländischen Individuums — unter Verzicht auf die Sondertatbestände des nationalen und internationalen Rechts⁹⁾, insbesondere des Europarechts¹⁰⁾.

Die Komplexität der Verfassungsfragen des Ausländers läßt sich auf eine einzige Frage zurückführen: die Verfassungsfrage der Gleichheit. Während das Völkerrecht in der Vielzahl der Staatsordnungen mit unterschiedlichem Individualrechtsniveau dem Fremden einen weltweit gleichen Mindeststandard ge-

⁸⁾ Zitat: von Seydel (N 1), S. 294 (s. auch die ähnlichen Feststellungen zum Fremdenrecht, ebd. S. 342). Im gleichen Sinne: Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1905² (2. Nachdr. 1963), S. 117 f. Eine Enzyklopädie des ausländerrechtlichen Stoffs aus den verschiedenen Rechtsgebieten: Schiedermair, Handbuch des Ausländerrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1968.

⁹⁾ Das Grundgesetz regelt im negativ abgegrenzten Kreis der Nichtdeutschen expressis verbis nur den Sonderfall des Asylberechtigten (Art. 16 II 2). Das Verfassungsrecht ist insoweit undifferenziert — verglichen mit dem völkerrechtlichen Fremdenrecht, das eine reiche Typologie der Sonderstatus entwickelt hat. (S. etwa die Übersicht über die „privilegierten Fremden“ des Friedensrechts: Berber, Lehrbuch des Völkerrechts I, 1960, S. 401—405. Zusammenstellung der Status-Differenzierungen des internationalen und nationalen Fremdenrechts — mit Rechtsquellen —: Schiedermair, N 8, S. 14—19, 288—290, 625—741). Soweit die Sonderstatus aus „allgemeinen Regeln des Völkerrechtes“ folgen, werden sie über Art. 25 GG von Verfassungs wegen rezipiert. Im übrigen hält sich das Grundgesetz in seinen Integrations- und Vertragsschluß-Ermächtigungen (Art. 24, 32, 59) unterschiedlichen internationalrechtlichen Lösungen offen. Die mangelnde Differenziertheit des Verfassungstextes ermöglicht gerade differenzierende Lösungen durch völkerrechtlichen Vertrag und durch Gesetz.

¹⁰⁾ Grundsätzlich verbleiben außerhalb des Blickfeldes der Untersuchung

- das Sonderrecht des europäischen „Marktbürgers“ (dazu mit Nachw. Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, S. 715—770; Grabitz, Europäisches Bürgerrecht zwischen Marktbürgerschaft und Staatsbürgerschaft, 1970, S. 65—116; Materialien: Erdmann, Europäisches Fremdenrecht, 1969);
- der Sonderstatus des Asylberechtigten und des Staatenlosen (dazu mit Bibliographie Kimminich, in: Bonner Kommentar — zit. BK — Zweitearb. 1964, Art. 16/Rn. 92—202);
- die Rechtslage der ausländischen juristischen Personen (dazu mit Nachw.: Walther Wieland Schmidt, Grundrechte und Nationalität juristischer Personen, 1966; Meessen JZ 1970, 602—605).

währleistet¹¹⁾, stellt sich in der hochentwickelten Grundrechtlichkeit der deutschen Verfassung nur das Problem, wieweit sie Gleichstellung des Ausländers mit dem Deutschen gebietet, zuläßt oder ausschließt.

Der Deutschenstatus als Vergleichstatbestand ist allerdings selbst verfassungsrechtlich mehrdeutig. Die Identitätsnot der geteilten Nation führt zur Ausbildung unterschiedlicher, wenngleich konzentrischer Rechtskreise: der Deutschen i. S. des Art. 116 GG, der deutschen Staatsangehörigen und der Träger der aktuellen Bürgerrechte der Bundesrepublik Deutschland¹²⁾. Die intern-deutschlandrechtlichen Statusunterschiede dürfen vernachlässigt werden, weil es um die externe Stellung dessen geht, der auch dem weitesten der drei Rechtskreise nicht angehört¹³⁾.

B. Der verfassungsdogmatische Horizont

I. Das Modell des Rechts-Dreiecks

Die verfassungsdogmatischen Überlegungen müssen von der apriorischen Besonderheit des Ausländerstatus ausgehen, die jeder möglichen Regelung des Verfassungsgebers vorausliegt. Der Status des Ausländers¹⁴⁾ fügt sich nicht in das konventio-

¹¹⁾ Zum Stand der völkerrechtlichen Lehre vom internationalen Minimumstandard und ihrem Verhältnis zur Theorie der Inländerbehandlung — mit Nachw.: *Guggenheim*, in: *Friedenswarte* 1949, 177—190; *Berber* (N 9), S. 380—383; *Doehring*, Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts und das deutsche Verfassungsrecht, 1963, S. 68—109; *Schindler*, Gleichberechtigung von Individuen als Problem des Völkerrechts, 1957, S. 28—54.

¹²⁾ Zu den deutschlandrechtlichen Statusfragen s. die Grundsatzentscheidung des BVerfG im „Grundvertrags-Urteil“ v. 31. 7. 1973, JZ 1973, 588 (593). — Zu der materiell bestehenden, nicht aber formell institutionalisierten Staatsbürgerschaft der Bundesrepublik Deutschland s. *Böckenförde*, Festgabe für Carl Schmitt, 1968, S. 423—463; *Meesen* JZ 1973, 673—679.

¹³⁾ Die Abgrenzung des Themas deckt sich mit der Legaldefinition von § 1 II AuslG: „Ausländer ist jeder, der nicht Deutscher im Sinne des Artikels 116 Abs. 1 des Grundgesetzes ist“. — Zu dem schwankenden Gebrauch der Begriffe „Fremder“ und „Ausländer“ im Staats- und im Völkerrecht: *Doehring* (N 11), S. 19—22.

¹⁴⁾ Am Begriff „Status“ des Ausländers braucht sich nicht eine ähnlich überflüssige Kontroverse zu entzünden, wie sie herkömmlich das Staatsangehörigkeitsrecht bewegt: ob nämlich die Staatsangehörigkeit eine Rechtsbeziehung oder eine Eigenschaft (Status) sei (Nachw. bei *Makarov*, Allgemeine Lehren des Staatsangehörigkeitsrechts, 1962, S. 21—28). Die Unterscheidung hat weder praktische Bedeutung noch wissenschaftlichen Erkenntniswert. Es handelt sich lediglich um zwei unterschiedliche dogmatische Perspektiven — bezogen auf denselben Rechtsgegenstand.

nelle Modell zweiseitiger Rechtsbeziehungen zwischen Individuum und Staat¹⁵). Der Ausländer ist zwei öffentlichen Gewalten zugeordnet — der des Aufenthaltsstaates, unter dessen Gebietshoheit, und der des Heimatstaates, unter dessen Personalhoheit er steht¹⁶). Die staatsrechtliche Stellung des Ausländers läßt sich nur mit einem dreiseitigen Modell erfassen, das die (staatsrechtlichen) Bindungen des Individuums an zwei Herrschaftssysteme und die (völkerrechtliche) Beziehung der konkurrierenden Herrschaftsordnungen zueinander als Zusammenhang erkennen läßt.

Inländisches Staatsrecht, ausländisches Staatsrecht und Völkerrecht bilden ein System der Wechselwirkungen¹⁷). In diesem

¹⁵) Die neueren Versuche, die Gleichstellung des Fremden mit dem Deutschen für einen bestimmten Lebensbereich verfassungsrechtlich zu begründen, bewegen sich zumeist innerhalb des zweiseitigen Status-Modells, ohne daß dieses Modell des näheren hinterfragt oder gar dogmatisch gerechtfertigt würde. Das gilt etwa für: *Dolde*, Die politischen Rechte des Ausländers in der Bundesrepublik, 1972; *Zuleeg* DÖV 1973, 361—370.

¹⁶) Auf die Zuordnung des Ausländers zu zwei Staaten weisen hin: *Tomuschat*, Zur politischen Betätigung des Ausländers in der Bundesrepublik Deutschland, 1968, S. 60; *Bordewin*, Das Aufenthaltsrecht der Ausländer, Diss. Köln 1962, S. 83; *von der Heydte*, Art. „Ausländer“, in: Staatslexikon I, 1957⁴, Sp. 696; *Milke*, Rechtsprobleme der ausländischen Arbeitnehmer in der Bundesrepublik Deutschland, Diss. Würzburg 1966, S. 18, 21.

Im gleichen Sinn die *Amtl. Begründung* des Regierungsentwurfs zum AuslG (BT-Drucks. IV/868, S. 9).

¹⁷) Der Zusammenhang der staatsrechtlichen Beziehungen mit den völkerrechtlichen wird spürbar, wenn der Aufenthaltsstaat zu Vergeltungsmaßnahmen greift (vgl.: § 31 EGBGB und § 25 I 2 AuslG. — Grundsätzlich zu Repressalie und Retorsion: *Tomuschat* ZaöRV 33 [1973], 179—221). Das gleiche gilt, wenn dem Ausländer bestimmte Rechte nur unter dem Vorbehalt der Gegenseitigkeit eingeräumt werden (dazu u. N 70).

Die *auswärtigen Belange* der Bundesrepublik werden dem ausländischen Individuum gegenüber in mehrfachen Beziehungen zur Geltung gebracht. So dürfen nach § 9 I RuStG erhebliche Belange der „zwischenstaatlichen Beziehungen“ nicht der Ehegatten-Einbürgerung entgegenstehen (zur Intervention des Heimatstaates gegen eine Einbürgerung: *OVG Berlin*, U. v. 2. 8. 1967, JZ 1967, 751 [753]; dazu kritische Anm. *Wengler* ebd. S. 754). Zur gebotenen Rücksicht auf die Personalhoheit des anderen Staates bei der Erteilung eines Fremdenpasses nach § 4 I AuslG: *BVerwG*, U. v. 3. 5. 1973, DÖV 1973, 862 f. *VGH Bad.-Württ.*, U. v. 7. 8. 1972, DÖV 1973, 416 f. — Zu den „Belangen der Bundesrepublik“, von denen nach dem AuslG die Aufenthaltserlaubnis (§ 2 I), die Ausweisungsmöglichkeit (§ 10 I 1) und die zulässige politische Betätigung (§ 6 II) abhängen, gehören auch die auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik zum Heimatstaat: s. etwa *VGH Mannheim*, U. v. 14. 7. 1969, DÖV 1970, 95 (96); *Kanein*, Ausländergesetz, 1966, S. 76, 84, 124 und *passim*;

Rechts-Dreieck waltet weder prästabilisierte Harmonie noch schicksalhafter Interessengegensatz. Jeder der drei Beteiligten ist möglicher Verbündeter und möglicher Widersacher des anderen. So kann der Heimatstaat, der den diplomatischen Schutz seiner Bürger wahrnimmt, sowohl auf Liberalisierung als auch auf Disziplinierung durch den Aufenthaltsstaat drängen — je nachdem, ob er ihre Freiheit fördert oder fürchtet.

Ein Aufenthaltsstaat, der diese doppelte Zuordnung des Ausländers ignorieren und ihn schematisch gleichbehandeln wollte, schüfe die Möglichkeit von Mehrfachbegünstigungen, Doppelbelastungen und Pflichtenkollisionen. Falls der Staat des Grundgesetzes dem Ausländer Rechtsgleichheit einräumen muß (*quod erit demonstrandum*), so ist er bereits aufgrund dieses inneren Staatszieles zu differenzierender völkerrechtlicher Abstimmung mit dem Heimatstaat verpflichtet. Um der Lastengleichheit willen ist er zum Abschluß von Doppelbesteuerungsabkommen und um der gleichen sozialen Sicherung willen zum Abschluß von Sozialversicherungsverträgen gehalten.

Das Grundgesetz trägt dieser doppelten Zuordnung des Ausländers Rechnung:

— Es öffnet sich dem Völkerrecht und entsagt damit nationaler Rechtsautarkie¹⁸⁾.

— Es bekennt sich zu der Idee universaler Menschenrechte¹⁹⁾.

Kloesel-Christ, Deutsches Ausländerrecht, Stand 1972, AuslG § 6/2; *Tomuschat* (N 16), S. 49; *Dolde* (N 15), S. 182 mit weit. Nachw.; vgl. auch *Bordewin* (N 16), S. 83. — Nach der *Amtlichen Begründung* zum AuslG ist die Regelung des Aufenthalts der Ausländer im Bundesgebiet "ein Spiegelbild der politischen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland zu anderen Staaten und zur Völkergemeinschaft" (N 16, S. 10). —

Ohne spezifisch fremdenrechtlichen Bezug genießen die auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik explicite gesetzlichen Schutz gegen Störungen durch Individuen: in §§ 7 I 2, 8 II AWG und § 6 II 1 AusführungsG zu Art. 26 II GG (KriegswaffenG). Dazu *Bayer DÖV* 1968, 717; *Häberle*, Öffentliches Interesse als Juristisches Problem, 1970, S. 152 Anm. 258.

¹⁸⁾ Der Verfassungsgrundsatz der „Völkerrechtsfreundlichkeit“ kommt etwa zum Ausdruck in: der Präambel (S. 1: „... als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen“), Art. 1 II (Menschenrechte „als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt“), Art. 9 II („Völkerverständigung“), Art. 24—26, 32, 59 GG.

Zur „Völkerrechtsfreundlichkeit“ des Grundgesetzes: *BVerfGE* 6, 309 (362); 18, 112 (121); 31, 58 (75 f.); *Doehring* (N 11), S. 122—125 (Nachw.).

¹⁹⁾ Das Bekenntnis zur Menschenrechtsidee (Art. 1 II GG) verbindet sich mit dem Prinzip der Völkerrechtsfreundlichkeit zur Ver-

— Es sieht von einer pauschalen Gleichstellung des Fremden mit dem Deutschen ab. Wo die Verfassung den Ausländer von bestimmten Grundrechtsverbürgungen ausnimmt, läßt sie erkennen, daß sie nicht die ausschließliche und umfassende Verantwortung für seine Freiheitsverwirklichung übernehmen will. Das Grundgesetz hält sich hier differenzierenden Lösungen offen²⁰).

II. Die unentrinnbare Staats-Abhängigkeit als Status-Kriterium

Ein Status-Vergleich, der auf den Rechtfertigungszusammenhang der Einzelregelungen abstellt und sich am regelungsmotivierenden typischen Fallmaterial ausrichtet²¹), stößt auf Unterschiede zwischen der Stellung des Staatsangehörigen und

fassungsmaxime der Weltoffenheit und zur Absage zu nationalstaatlicher Abkapselung. Gleichwohl ist das Verhältnis der Verfassungsgrundsätze der *Menschenrechtsbindung und der Völkerrechtsfreundlichkeit* dialektisch:

- Das völkerrechtsfreundliche Prinzip steht im Dienst des menschenrechtlichen, soweit das Völkerrecht den Schutz der Individuen übernommen hat (dazu *Friesenhahn*, Art. „Menschenrechte“, in: Strupp-Schlochauer, Wörterbuch des Völkerrechts II — zit. WbVR — 1962², S. 503—511; *Berber* [N 9], S. 373—375; *Doehring* [N 11], S. 70—85, 120; *Verdroß*, Völkerrecht 1964⁵, S. 363 f.).
- Das völkerrechtsfreundliche Prinzip relativiert aber auch das menschenrechtliche, soweit das Völkerrecht auf den Schutz der souveränen Staaten angelegt ist. Das völkerrechtsfreundliche Prinzip muß sich daher nicht durchgehend zu Gunsten des ausländischen Individuums auswirken. Ein aufschlußreiches Beispiel dafür, daß der Respekt vor einer fremden Staatsordnung Rechtseingriffe legitimieren kann, bildet der Fall der Auslieferung eines Ausländers wegen eines Verbrechens, das im ersuchenden Staat mit der Todesstrafe geahndet werden kann (*BVerfGE* 18, 112—121, dazu *Geck JuS* 1965, 221—232).

²⁰) Dazu näher u. D III.

²¹) Die typologische Methodenlehre zeigt, daß jeder Norm ein Anschauungsbild des Normalfalles zugrundeliegt und daß die Normauslegung sich an diesem zu orientieren hat (dazu *Arthur Kaufmann*, Analogie und „Natur der Sache“, 1965, S. 35—42; *Hassemer*, Tatbestand und Typus, 1968, S. 109—149). Diese normalfall-bezogene Auslegung ist in gesteigertem Maße geboten, wenn eine normativ typisierte Rolle wie die des Staatsangehörigen und des Fremden zu erfassen ist. Diese läßt sich daher auch nicht vom atypischen Fall her begreifen und ad absurdum führen, wie es in der Statusdiskussion oft versucht wird. So kritisiert *von Frisch* den Ausschluß des Fremden vom Wahlrecht damit, daß Fremde, die Jahrzehnte lang im Staate leben, oft viel mehr Interesse und Verständnis für die Bedürfnisse des Landes hätten als die „Masse der politisch indifferenten Eingeborenen“ (N 1, S. 353). Auf vergleichbarer Linie: *Rolvering* (N 6), S. 95—104; *Dolde* (N 15), S. 75—78; *Marqués* in: *Klee* (N 4), S. 175—183.

des Staatsfremden, die von der Verfassung nicht geschaffen, sondern vorgefunden worden sind²²⁾:

— Die Beziehung des Ausländers zum Aufenthaltsstaat ist nicht wie die des Staatsangehörigen auf Lebenszeit angelegt²³⁾. Dem Fremden kommt lediglich ein *status temporarius* zu²⁴⁾.

— Der Ausländer ist nicht unentrinnbar auf den Aufenthaltsstaat angewiesen²⁵⁾. Er kann die bestehende Bindung lösen, wenn er es für angebracht hält. Er darf jederzeit in seinen Heimatstaat zurückkehren²⁶⁾.

Die Verfassung der Bundesrepublik vermag dieses Ausländerprivileg nicht dadurch aufzuwiegen, daß sie dem Staats-

²²⁾ Das Grundgesetz setzt die Institution der Staatsangehörigkeit (wie, *mutatis mutandis*, die Fremden-Qualität) als gegeben voraus, wenn es unmittelbar auf sie verweist (Art. 16 I, 73/2, 74/8, 116) oder wenn es mittelbar an sie anknüpft (Art. 19 III — „inländische“ juristische Personen —; Art. 20 II — „Volk“). Die Staatsangehörigkeit wird verfassungsrechtlich akzeptiert als Einrichtung, die dem heutigen Stand der Staatenentwicklung entspricht, in der Gestalt, die sie im gegenwärtigen Völkerrecht und im vorkonstitutionellen deutschen Gesetzesrecht, insbesondere im RuStG, gefunden hat. Das schließt nicht aus, daß sich die Verfassung völkerrechtlichen Entwicklungen und staatsrechtlichen Fortbildungen offen hält. Diese Offenheit wird im Rezeptionsblankett des Art. 25 GG wie in den Kompetenznormen der Art. 73/2 und Art. 74/8 GG deutlich.

²³⁾ Zur Beständigkeit der Staatsangehörigkeits-Beziehung: *Grawert*, Staat und Staatsangehörigkeit, 1973, S. 232—235.

²⁴⁾ Mit der Ausprägung der neuzeitlichen Vorstellung von der Gebietshoheit im 17. Jahrhundert wird der Fremde als „*subditus temporarius*“ angesehen (dazu *Jordan*, N 1, S. 306 f.; *Grawert*, N 23, S. 120 f.). *Georg Jellinek* sieht im Fremden zudem den „*civis temporarius*“ wegen der Ansprüche, die ihm kraft seines status positivus gegen den Aufenthaltsstaat zukommen (N 8, S. 116 f.).

²⁵⁾ Die Unentrinnbarkeit gilt auch für den deutschen Staatsangehörigen, der im Ausland lebt. Sie manifestiert sich in der Paßhoheit, der er unterworfen bleibt, wie im diplomatischen Schutz, auf den er angewiesen ist. Gerade die Fälle des Staatsangehörigen im Ausland wie des Staatsfremden im Inland zeigen, daß die Lehre von der Ausschließlichkeit der Staatsangehörigkeit nur bedingten Abgrenzungswert hat. Denn die Lehre von der „Einzigkeit der Untertanschaft im Verhältnis zu anderen Staaten“ (*Herbert Krüger*, Allgemeine Staatslehre, 1966², S. 954—958; s. auch schon *Zachariae*, 40 Bücher vom Staate, 1841, S. 267—271) vermag die zwiefache Staatszuordnung des Fremdenrechts nicht zu erfassen. — Zum Merkmal der „Ausschließlichkeit“ kritisch: *Grawert* (N 23), S. 235—244.

²⁶⁾ Die Ausreisefreiheit des Fremden ist völkerrechtlich anerkannt — vgl. *Berber* (N 9), S. 384; *Hartmann*, JÖR i. F. 17 (1968), 463; *Schnitzer*, Art. „Fremdenrecht“, in: *WbVR I*, 1960 (N 19), S. 568. Sie genießt über Art. 25 GG Verfassungsschutz und über § 19 AuslG gesetzliche Anerkennung.

angehörigen die freie Ausreise im Rahmen der Allgemeinen Handlungsfreiheit grundrechtlich gewährleistet²⁷⁾). Denn das Grundgesetz vermag dem ausreisewilligen Deutschen keinen Aufnahmeanspruch gegenüber einem fremden Staat sicherzustellen.

C. Die aufenthaltsrechtlichen Status-Bedingungen

I. Die Vorfrage des Verfassungs-Kollisionsrechts

Da den Ausländer kein dauerhaftes, personales Band mit dem Staat des Grundgesetzes verbindet, muß ein territorialer Anknüpfungspunkt gegeben sein, damit eine staatsrechtliche Beziehung entstehen kann. Welche Inlandsberührungen in Betracht kommen, ist eine kollisionsrechtliche Vorfrage.

Hier wird eine (bisher selten erkannte) Zukunftsaufgabe der Verfassungsdogmatik sichtbar: ein Verfassungskollisionsrecht zu entwickeln, das vor allem die Grenznormen der Grundrechte aufzuweisen hat²⁸⁾. Das Kollisionsrecht ist vom Völkerrecht nicht schon vorgegeben²⁹⁾. Es kann auch vom einfachen Gesetzesrecht nicht nachgeholt werden³⁰⁾. Die Grenznormen der Verfassung sind aus ihren Sachnormen zu erschließen³¹⁾

²⁷⁾ Als grundrechtlicher Standort der Ausreisefreiheit für Staatsangehörige wird Art. 2 I GG anerkannt von: BVerfGE 6, 32 (34—42); Merten, Der Inhalt des Freizügigkeitsrechts, 1970, S. 106—116 (Nachw.). Dagegen wird die Ausreisefreiheit dem Schutzbereich des Art. 11 GG zugeordnet von Scheuner, in: Festschrift für Thoma, 1950, S. 222 f.; Dürig, in: Maunz-Dürig-Herzog, Grundgesetz, Stand 1971² (zit. M-D-H), Art. 11/Rn 104—106.

²⁸⁾ Die rechtswissenschaftliche Aufgabe wird klar gesehen von BVerfGE 31, 58 (77). Ähnlich: Wengler JZ 1965, 101 f.; Jochem, Das Erbrecht des nichtehelichen Kindes nach deutschem Recht bei Sachverhalten mit Auslandsberührung, Diss. Saarbrücken 1971, S. 155—162; Sturm FamRZ 1972, 20. — Zu Unterschied wie Zusammenhang der kollisionsrechtlichen und der materiellrechtlichen Seiten des deutschen Fremdenrechts: Isay, Das deutsche Fremdenrecht, 1923, S. 4—19, 36—115; Friedrichsen (N 1), S. 15 f.

²⁹⁾ Zum vergleichbaren Problem des Verhältnisses des Internationalen Privatrechts zum Völkerrecht: S. Kegel, Internationales Privatrecht, 1971³, S. 4—8. Vgl. auch Wengler, Völkerrecht II, 1964, S. 933—949; Bauer, Das Internationale Privatrecht im Rechtssystem, Diss. Erlangen 1967, S. 277—510.

³⁰⁾ Die Erkenntnis, daß die Normen des Internationalen Privatrechts die Reichweite der Grundrechte nicht abstecken, sie vielmehr ihrerseits an die Grundrechte gebunden sind, hat sich mit der Entscheidung BVerfGE 31, 58 (73 f.) durchgesetzt. Im gleichen Sinne: Wengler JZ 1964, 623; ders., JZ 1965, 101—103; Sturm FamRZ 1972, 16—20.

³¹⁾ Das BVerfG entwickelt das Programm einer „aus der Verfassung selbst zu entwickelnden Bestimmung der Reichweite der Grundrechte“; dabei sei „jeweils durch Auslegung der entsprechen-

(eine Aufgabe, die durch den emphatischen Charakter der meisten Verfassungsbestimmungen und ihre unterentwickelte Rechtstechnizität erschwert wird). Ein System des Verfassungskollisionsrechts läßt sich nur durch differenzierende Analyse der einzelnen Verfassungsregelungen gewinnen³²). — Dieses anspruchsvolle Vorhaben kann nicht in diesem Rahmen in Angriff genommen werden. Die Status-Überlegungen müssen sich auf eine grobe Abgrenzung im praktisch bedeutsamsten Problemkreis beschränken, wenn sie nicht schon in ihrem aporienreichen Vorfeld steckenbleiben wollen.

II. Status-Begründung durch Gebietskontakt — Die Zulassung des Aufenthalts

1. Der Ausländer kann in bestimmte verfassungsrechtliche Beziehungen eintreten, ohne in das Bundesgebiet einzureisen. So erlangt er, wenn er ein Grundstück im Inland erwirbt, den Schutz des Eigentumgrundrechts; *uno actu* rückt er auch in die korrespondierende Pflichtenstellung des Eigentümers ein³³). Es entsteht allerdings nur ein rollenspezifischer, sachbegrenzter, *partieller* Verfassungsstatus³⁴). — Der *umfassende* Status setzt

den Verfassungsnorm festzustellen, ob sie nach Wortlaut, Sinn und Zweck für jede denkbare Anwendung hoheitlicher Gewalt innerhalb der Bundesrepublik gelten will oder ob sie bei Sachverhalten mit mehr oder weniger intensiver Auslandsbeziehung eine Differenzierung zuläßt oder verlangt“ (E 31, 58 [77] — im Anschluß an *Wengler* JZ 1965, 101 f.). Im gleichen Sinne: *Sturm FamRZ* 1972, 20.

³²) Beisp. einer verfassungskollisionsrechtlichen Studie: *Walther W. Schmidt* (N 10), S. 56—176.

³³) Die vormärzliche Staatsrechtslehre sprach in solchen Fällen von einer „dinglichen Untertänigkeit“ — dazu: *Zachariae* (N 25), S. 271, 273; *Jordan* (N 1), S. 308. — Zur Geltung von Grundrechten (Gewerbefreiheit, Eigentum, Briefgeheimnis) für gebietsfremde Ausländer: *Isay* (N 28), S. 88; vgl. auch S. 65—81 (zur Anwendbarkeit des Polizeirechts auf Ausländer im Ausland).

³⁴) Die *partiellen Verfassungsbeziehungen*, die in der vorliegenden Darstellung vernachlässigt werden müssen, erschließen sich in ihren Besonderheiten nur einer norm-differenzierenden Untersuchung. Gleichwohl gilt die unten im Text entwickelte Zwei-Phasen-Unterscheidung zwischen grundrechtsfreier Gebietszulassung und grundrechtlichem Status — *mutatis mutandis* — auch für partielle Gebietskontakte. Wenn ein gebietsfremder Ausländer ein Grundstück im Inland erworben hat, so hat er auch eine partielle, sachbezogene Grundrechtsposition gewonnen. Er hat jedoch keinen grundrechtlich gesicherten Anspruch darauf, daß er ein inländisches Grundstück erwerben darf. Wird das Veräußerungsgeschäft von Staats wegen unterbunden, gemäß § 23 I 1 AWG oder gemäß einer landesrechtlichen Regelung, die Art. 88 EGBGB fortgelten läßt, so scheitert das Zulassungsbegehren, das sich auf keinen grundrechtlichen Titel stützen kann. Abweisung ist kein Grundrechtseingriff. Ein solcher könnte allerdings den gebietszugehörigen Veräußerer

dagegen den Aufenthalt im Bundesgebiet voraus. Der Schritt über die Grenze muß noch nicht einmal rechtmäßig erfolgen. Auch der illegale Grenzgänger, der sogleich in Abschiebehaft genommen wird, gelangt in den unverkürzten Schutz der Habeas-Corpus-Grundrechte.

Der Aufenthalt ist die wesentliche Entstehungsvoraussetzung der meisten Ausländergrundrechte³⁵⁾. Aber er ist selber nicht grundrechtlich gewährleistet. Ein unbeschränkter Anspruch auf Einreise und Aufenthalt steht allein dem Deutschen zu — als ungeschriebenes Grundrecht, das sich von selbst versteht, in einem Gemeinwesen, das in einer Epoche der Vertreibung und Flucht als Refugium der Deutschen erstanden ist. Das Deutschenrecht der Freizügigkeit setzt das Aufenthaltsgrundrecht voraus, erfaßt es aber nicht und unterwirft es nicht seinem sicherheitsrechtlichen Beschränkungsvorbehalt. Die Unbeschränkbarkeit des Aufenthaltsrechts wird sichtbar im Auslieferungsverbot, das die am meisten gefährdete Stelle des Grundrechts ausdrücklich abschirmt und damit mittelbar seinen positiv-rechtlichen Standort erkennen läßt³⁶⁾.

2. Das Grundgesetz gibt den Ausländern nur im Rahmen des Asylrechts einen Aufnahmeanspruch. Diese grundrechtliche Offerte für Fälle extremer Menschenrechtsnot kann nicht auf alle Fremden ausgeweitet werden, die Einreise begehren — auch nicht auf jene, denen ihr Heimatland die angemessene men-

treffen. Soweit dessen Grundrechtsschutz mittelbar dem gebietsfremden Erwerber zugute kommt, empfängt er einen Grundrechtsreflex.

³⁵⁾ Die Regelungen des Aufenthaltsrechts der Ausländer haben daher die analoge staatsrechtliche Bedeutung wie die des Erwerbs oder Verlusts der Staatsangehörigkeit. Sie sind ihrer Rechtsqualität nach materielles Staatsrecht, auch wenn ihnen kein förmlicher Verfassungsrang zukommt.

³⁶⁾ Die grundrechtliche Ortsbestimmung des Aufenthaltsrechts der Deutschen im Umkreis des Art. 16 II 1 GG, der eine Teilregelung enthält, unterscheidet sich

- von der Zuweisung zum Schutzbereich des Art. 11 GG dadurch, daß die Konsequenzen des Schrankenvorbehalts (Art. 11 II GG) nicht eintreten;
- und von der Zuweisung zur Staatsangehörigkeitsgarantie des Art. 16 I GG dadurch, daß das Aufenthaltsrecht nicht nur den deutschen Staatsangehörigen, sondern allen Deutschen im Sinne des Art. 116 GG zukommt.

Begründung der heute herrschenden Gegenmeinung — Ortung bei Art. 11 GG — mit Nachw.: *Merten* (N 27), S. 87—105 (S. 94—96: Ablehnung einer Analogie zu Art. 11 II GG; S. 96—101: Ablehnung der Deduktion aus der Staatsangehörigkeit; S. 103—105: Übernahme des Schrankenvorbehalts aus Art. 11 II GG).

schenrechtliche Entfaltung verwehrt³⁷⁾. Der gebietsfremde Ausländer befindet sich noch nicht im grundrechtlichen Verantwortungsbereich der Bundesrepublik. Die grundgesetzliche Garantienpflicht ist nicht weltumspannend; sie kann es schon deshalb nicht sein, weil eine universale Grundrechtslast die realen Kräfte Deutschlands unendlich übersteigen müßte. Die territoriale Begrenzung des Grundrechtsschutzes ist ebenso Gebot staatlicher Selbstbehauptung wie staatlicher Selbstbescheidung. Der Staat des Grundgesetzes hütet sich, grundsätzlich jedenfalls, fremde Rechtsordnungen an der deutschen Verfassungsstelle zu messen und sich als Folge eines gutgemeinten Grundrechts-Paternalismus am Ende den Vorwurf eines teutonischen Grundrechts-Imperialismus zuzuziehen³⁸⁾. Wer aus den Grund-

³⁷⁾ Das Grundgesetz hat die staatsrechtliche Materie des Aufenthaltsrechts für Ausländer nicht geregelt, sondern sie dem Gesetzgeber zur Regelung zugewiesen (Art. 74/4 GG: „das Aufenthalts- und Niederlassungsrecht der Ausländer“; Art. 73/3 GG: „Einwanderung“).

Ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf Einreise und Aufenthalt für Nichtdeutsche — außerhalb des Asylrechts — wird abgelehnt von: *BVerwGE* 3, 235 f.; *VGH Stuttgart VerwRspr.* 8 (1956), 355 (357 f.); *OVG Berlin*, B. v. 15. 4. 1969, in: Schüler/Wirtz, *Rechtsprechung zum Ausländerrecht*, 1971, *AuslG* § 2 Nr. 5; *Amtl. Begründung* zum *AuslG* (N 16), S. 10, 12; *Bordewin* (N 16, S. 35 — gute Begründung des argumentum a contrario zu Art. 16 II 2 GG); *Doehring*, *ZaöRV* 25 (1965), 486; *Kanein* (N 17), S. 29—31, 40 f.; *Rose JZ* 1971, 721 f.; *Schiedermair* (N 8), S. 36 f.; *Schnapp DÖV* 1973, 594; *Weißmann*, *Ausländergesetz*, 1966, S. 40 f. Ähnlich die Rechtsauffassung der Weimarer Zeit: *Heinze*, *Die Grundrechte der Ausländer nach der deutschen Reichsverfassung v. 11. 8. 1919*, Diss. Marburg 1929, S. 27 f.; *Voigt*, *Gesetzliche Schranken für Ausländer bei der Einwanderung in Deutschland*, Diss. Gießen 1932, S. 10, 54 f.

Ein Ausländergrundrecht auf Einreise und Aufenthalt über den Fall des „politisch Verfolgten“ (Art. 16 II 2 GG) hinaus postulieren: *Dürig*, in: *GR II*, 1954, S. 522 f.; ders. in *M-D-H Art.* 11/Rn 116, 119; *Franz DVBl.* 1963, 799; *Zuleeg DÖV* 1973, 366. S. auch *BVerfGE* 9, 174 (180 — für extensive Auslegung der Asylvoraussetzungen).

³⁸⁾ Die Versuchung, heute am deutschen Grundrechtswesen die Welt genesen zu lassen, wird vom *BVerfG* abgewiesen. Es spricht der deutschen Rechtsordnung die Legitimation ab, die grundgesetzliche Entscheidung gegen die Todesstrafe unbedingt durchzusetzen, damit eine rechtsstaatlich-sittliche Superiorität in Anspruch zu nehmen und fremde Rechtsordnungen zu diskriminieren (E 18, 112 [117 f.]). Das *BVerfG* weist den „Oktroi deutscher Wertvorstellungen gegenüber dem Ausland“ und die generelle grundrechtliche Zensur fremder Regelungen von sich (E 31, 58 [74 f.]). — Ein Beispiel deutscher Rechtsüberheblichkeit liefert dagegen das *LG Frankfurt*, das die Auswanderung nach Israel für unzumutbar hält und die Lebensverhältnisse in Israel arrogant beurteilt (U. v. 21. 8. 1968, *NJW* 1969, 385 [386], mit krit. Anm. von Wirtz, *NJW* 1969, 2108—2110).

rechten einen Anspruch auf Gebietszulassung herleiten will, kehrt die Beziehung von Grundrechtsvoraussetzung und Zulassungsfolge um: Der Ausländer wird nicht deshalb zugelassen, *damit* er einen grundrechtlichen Status gewinne, sondern er erhält einen grundrechtlichen Status, *weil* er zugelassen worden ist. So ist die Abweisung kein Grundrechtseingriff gegenüber dem Gebietsfremden³⁹⁾.

Sie kann sich allerdings als Grundrechtseingriff gegenüber einem gebietsansässigen Ausländer oder einem Deutschen auswirken, der mit dem Abgewiesenen durch eine grundrechtlich geschützte Familienbeziehung verbunden ist. Die Grundrechtsgarantie der Ehe und Familie fordert auch Sicherstellung ihrer

³⁹⁾ Die Abweisung greift auch nicht in die *Allgemeine Handlungsfreiheit* des Betroffenen ein (im Ergebnis zutreffend: *BVerwGE* 3, 235 [236]). Denn Art. 2 I GG übt nur dort seine Funktion als subsidiäres allgemeines Freiheitsrecht (Auffanggrundrecht) aus, wo eine Herrschaftsbeziehung zwischen der deutschen Staatsgewalt und dem ausländischen Individuum besteht. Wenn Art. 2 I GG auch in seinem gegenständlichen Schutzbereich umfassend ist, so ist es doch nicht grenzenlos in kollisionsrechtlicher Hinsicht. Die kollisionsrechtliche Dimension wird von *Zuleeg* völlig übersehen, wenn er dem einreisewilligen Ausländer das Grundrecht aus Art. 2 I GG zuspricht (DÖV 1973, 363, 366; ähnlich: *Begründung zum Alternativentwurf* 1970 [N 6], S. 10 f.). Zutreffend dagegen: *OVG Berlin*, B. v. 15. 4. 1969, in: Schüler/Wirtz (N 37), *AuslG* § 2 Nr. 5.

Die Abweisung kann auch nicht an Art. 3 GG gemessen werden, weil dieses Grundrecht ebenfalls eine bestehende Subordinationsbeziehung voraussetzt. Der Aufenthaltsstaat darf im Verhältnis zum Gebietsfremden noch Unterscheidungen treffen, die ihm gegenüber dem Gebietszugehörigen durch Art. 3 GG verwehrt sind. Wenn die Bundesrepublik mit ihren ausländerpolizeilichen Regelungen den Kreis ihrer Bevölkerung definiert, so kann sie Frauen bevorzugen, falls nur für Frauen freie Arbeitsplätze zur Verfügung stehen; sie darf auch darauf abstellen, wer von den Einreisewilligen sich nach Sprache, Heimat und Herkunft am leichtesten in die deutsche Gesellschaft einfügt.

Die rechtsstaatliche Grenze des aufenthaltspolizeilichen Ermessens bildet dagegen das objektivrechtliche Willkürverbot, das die Rechtfertigung der Differenzierungen vor dem Gemeinwohl fordert und individuelle Schikane ausschließt. Dieses objektive Willkürverbot, das der Rechtsstaat um seiner selbst willen einhalten muß, ist vom Grundrecht des Art. 3 GG, das dem Individualinteresse eines Betroffenen dient, zu unterscheiden.

Der Ausschluß des Art. 3 III GG vom vergleichbaren Tatbestand der Einbürgerung wird begründet von *Hans Schneider*, Festgabe für Makarov, *ZaöRV* 19 (1958), 463; *Doehring* (N 11), S. 201 (a. A. *Zuleeg* DÖV 1973, 365). Dagegen wird die Anwendbarkeit des Art. 3 GG bei der Entscheidung über die Gebietszulassung bejaht, mit kollisionsrechtlicher *petitio principii*, von: *Rittstieg* JZ 1971, 114; ders., NJW 1972, 2155, 2159; *Begründung zum Alternativentwurf* 1970 (N 6), S. 11.

aufenthaltsrechtlichen Voraussetzungen. Damit erwächst allerdings dem Einreisewilligen kein selbständiger Anspruch auf Gebietszulassung. Die familienrechtliche Beziehung ist nur um des deutschen Gebiets- oder Staatsangehörigen willen zu berücksichtigen. Der Gebietsfremde empfängt einen Grundrechtsreflex⁴⁰⁾.

Im Verhältnis zum Gebietsfremden, ist die Entscheidung über die Gebietszulassung noch nicht grundrechtsgebundene Herrschaftsausübung, sondern grundrechtsfreie Herrschaftsbegrün-

⁴⁰⁾ Art. 6 I GG gewährt keinen materiellen Einreiseanspruch, sondern nur ein formelles subjektives Recht auf Berücksichtigung der grundrechtlich geschützten Lebensbeziehung im Rahmen der Ermessensentscheidung über die Aufenthaltserlaubnis. Die Befugnis, den Grundrechtsschutz aus Art. 6 I GG prozessual geltend zu machen, steht ausschließlich dem inländischen Familienangehörigen zu, in dessen Person der kollisionsrechtliche Anknüpfungspunkt für das deutsche Grundrecht gegeben ist. Die Abweisung (wie auch die Ausweisung) des ausländischen Ehegatten stürzt den inländischen Ehegatten in die Zwangslage, zwischen dem ehelichen Zusammenleben und dem Aufenthalt in Deutschland zu wählen. Damit kann auch nur der inländische Partner darüber befinden, ob er seine Ehe im Bundesgebiet führen und für sie den Schutz des Grundrechts beanspruchen will. Der (gebietsfremde) Ausländer partizipiert nur mittelbar an dieser Begünstigung aus Art. 6 I GG. Wenn damit die Verteidigung der aufenthaltsrechtlichen Grundlagen der Ehe und Familie dem inländischen Partner vorbehalten ist, verringert sich die Gefahr, daß eine nur nominell bestehende familiäre Beziehung lediglich als Vorwand zur Erlangung der Einreiseerlaubnis mißbraucht wird (zur Mißbrauchsgefahr: *BVerwG*, U. v. 3. 5. 1973, *JZ* 1973, 732 [733]).

Soweit Rechtsprechung und Rechtsschrifttum den inländischen Familienangehörigen überhaupt als grundrechtlich Betroffenen anerkennen (ablehnend: *BayVG*, U. v. 5. 11. 1969, *BayVBl.* 1970, 186 f.), wird ihm allenfalls neben dem Ausländer die Berufung auf Art. 6 I GG zugesprochen, also nicht als dem eigentlichen Grundrechtsträger, sondern praktisch nur als dem Grundrechts-Sekundanten des Ausländers (so etwa bei *BVerwG*, U. v. 3. 5. 1973, *DÖV* 1973, 859; *VG* *Mannheim*, *ESVG* 21, 80-85; *Rittstieg* *JZ* 1971, 117; *Schickedanz* *NJW* 1973, 1534 Anm. 21; *Tomuschat* *AöR* 97 [1972], 141).

Der Zusammenhang der Abweisung (bzw. Ausweisung) eines ausländischen Familienangehörigen mit Art. 6 I GG wird — mit Bezug auf den Ausländer — mit unterschiedlicher Akzentuierung bejaht von: *Rittstieg* *JZ* 1971, 116 f.; dems., *NJW* 1972, 993 f. („abgeleitetes Aufenthaltsrecht“ des fremden Partners); dems., *NJW* 1972, 2157 f.; *Rose* *JZ* 1971, 724 f.; *Schickedanz* *NJW* 1972, 366—371; dems., *NJW* 1973, 1533 f.; *Stange* *ZRP* 1971, 172—174; *Tomuschat* *AöR* 97 (1972), 140—142; *Zuleeg* *DÖV* 1973, 367. Vgl. auch *Walter Jellinek*, in: *Festschrift für Bilfinger*, 1954, S. 119 (bezogen auf Art. 3 *Europ. MRK*). Auf gleicher Linie die (neuere) höchstrichterliche Rechtsprechung zur Ausweisung: *BVerfGE* 19, 394 (396—398); *BVerfG*, B. v. 18. 7. 1973, *DVBl.* 1974, 79 (83); *BVerwG*, U. v. 3. 5. 1973 *JZ* 1973, 732—734; U. v. 3. 5. 1973 *DÖV* 1973, 859; U. v. 3. 5. 1973 *DÖV* 1973, 862 f.

dung: Kooptation eines Gebietszugehörigen — als Analogon zur Einbürgerung, der Kooptation eines Staatsangehörigen⁴¹⁾.

Daher fehlt auf Verfassungsebene der Ansatz für grundrechtsakzessorische Gewährleistungen wie das Übermaßverbot und das Erfordernis gesetzlicher Eingriffsbestimmtheit⁴²⁾. Dem Ausländer erwächst auch daraus kein Zulassungsanspruch, daß die allgemeinen Regeln des Völkerrechts, die über Art. 25 GG innerstaatliche Verbindlichkeit erlangen, verbieten, die Grenzen gänzlich zu schließen⁴³⁾. Der Staat muß zwar die Grenzen

⁴¹⁾ Silvester *Jordan* versucht, die Begründung der „zeitlichen Untertanschaft“ mit einer quasi-staatsvertraglichen Konstruktion zu erfassen. Er sieht „eine stillschweigende Vertragung zwischen dem Fremden und dem Staate . . . , in welchem er sich befindet, indem sich jener durch die Betretung des Staatsgebietes zur Beobachtung der Gesetze des Staates verpflichtet, dieser dagegen durch die Zulassung des Fremden sich verbindlich macht, ihn wie jeden anderen Untertan zu schützen“ (N 1, S. 307). — Eine koordinationsrechtliche Deutung der Einbürgerung gibt *Doehring* (N 11, S. 199 f.). — Die Besonderheit der Gebietszulassung wird dagegen von vornherein verfehlt, wenn sie in den Assoziationskreis des Gnadenakts gestellt wird (*Kanein*, [N 17], § 2/A 2 b: „ . . . dicht an den Rand des Gnadenakts gerückt“). Die Möglichkeit einer „Gnade“ setzt den äußersten Grad von Herrschaftsunterworfenheit voraus — bei der Kooptation des Gebietszugehörigen fehlt jeglicher Ansatz dazu.

⁴²⁾ Der Vorbehalt des Gesetzes und das Bestimmtheitsgebot setzen bestehende Herrschaftsverhältnisse voraus und erfassen damit nicht die herrschaftsfreie Kooptations-Phase. Daher können diese verfassungsrechtlichen Postulate nicht gegen die Regelung der Gebietszulassung in § 2 I AuslG ins Feld geführt werden, obwohl hier das weite ausländerpolizeiliche Ermessen nur an einen Blankett-Tatbestand (Vereinbarkeit mit den staatlichen „Belangen“) geknüpft wird und praktisch ein Blankoscheck der Legislative an die Exekutive vorliegt (vgl. *OVG Lüneburg*, U. v. 17. 2. 1970, NJW 1970, 1515 [1517]). Die Grenzen des Bestimmtheitserfordernisses werden von der Kritik am AuslG verkannt — so etwa von *Franz* DVB1. 1963, 801; dems., ZRP 1970, 230; *Rittstieg*, JZ 1971, 113 f.; dems., NJW 1972, 2153 f.; *Stange* ZRP 1971, 173; *Zuleeg* DÖV 1973, 366; *Begründung zum Alternativentwurf* 1970 (N 6), S. 10 f. Im Ergebnis zutreffend dagegen: *Schnapp* DÖV 1973, 593 f.

⁴³⁾ Das Völkergewohnheitsrecht verbietet den Mitgliedern der Staatengemeinschaft, sich schlechthin gegen Fremde abzuriegeln (Verbot „chinesischer Mauern“), ohne daß aber den einzelnen Fremden ein Zulassungsanspruch zugestanden würde. Zum völkerrechtlichen Gebot der Offenheit, das *Francisco de Vitoria* mit dem Staatengrundrecht auf Verkehr begründen wollte: von *Mohl* (N 1), S. 627; *Bluntschli*, Das moderne Völkerrecht der zivilisierten Staaten, 1878, Art. 381 f.; *Oppenheim-Lauterpacht*, International Law I, London 1955⁸ (Neudruck 1963), S. 615—617, 675; *Fauchille-Bonfils*, Traité de droit international public I, Paris 1922, S. 889—893; von *Frisch* (N 1), S. 131 f.; *Verdroß* (N 19), S. 362; *Doehring* (N 11), S. 58—60; *Schnitzer* (N 26), S. 566 f.

offenhalten; er bleibt doch frei darin, wen er passieren läßt. Der rechtsstaatliche Argumentations-Automatismus, der von der Gewährung einer staatlichen Begünstigung auf einen Anspruch des Begünstigten folgert, greift im Außenverhältnis des Staates nicht ein⁴⁴). In der koordinationsrechtlichen Phase der

⁴⁴) Das völkerrechtliche „Offenheits“-Gebot begründet nur Pflichten zwischen den Staaten (zum Ausnahmefall einer individualbezogenen Aufnahmepflicht bei Lebensgefahr: *Doehring*, N 11, S. 59 f.). Die staatsrechtliche „Erzeugung“ eines Individualanspruchs über Art. 25/2 GG kann nicht Personen zugute kommen, die (noch) nicht Bewohner des Bundesgebietes sind; im übrigen läßt auch der Sinn dieser Völkerrechtsregel den Individualbezug nicht zu (vgl. *Doehring* a. a. O., S. 152—172).

Auch andere verfassungsrechtliche Ansätze zur Begründung eines (materiellen oder formellen) *Zulassungsanspruchs* versagen: Die allgemeine rechtsstaatliche „Vermutung“ für das subjektive öffentliche Recht greift nur ein, wenn die maßgebende Norm wenigstens auch dem Interesse des Begünstigten zu dienen bestimmt ist (grundlegend *BVerwGE* 39, 235—239; dazu *Hoffmann-Becking JuS* 1973, 615—619). Im Außenverhältnis des Staates zu gebietsfremden Ausländern ist ein derartiger Individualschutz (außerhalb des Asylrechts) nicht gegeben. Wo noch keine Herrschaftsbeziehung begründet ist, besteht auch keine rechtsstaatliche Fürsorgepflicht gegenüber Individualinteressen. Es fehlt hier das rechtsstaatliche Bindungs- und Vertrauensverhältnis, an das eine ermessensverengende „Vermutung“ anknüpfen kann (verfehlt daher die verfassungsrechtlichen Deduktionen von Ermessensschränken bei *Rittstieg JZ* 1971, 113—115). Ein grundrechtlicher Ansatz in Art. 2 I und 3 GG kommt in der Kooptions-Phase nicht in Betracht (s. o. N 39).

Da das Grundgesetz keine materielle Individualrechtsposition gewährleistet, greift auch bei der Abweisung der formelle Rechtfertigungszwang, wie er in Begründungspflicht und Rechtsschutzgarantie (Art. 19 IV GG) enthalten ist, noch nicht verfassungsnotwendig ein (unzutreffend: *Franz DVBl.* 1973, 801; *Rittstieg JZ* 1971, 114). Das Absehen von einer Begründungspflicht in § 23 II AuslG ist daher unbedenklich. — Mit dieser Feststellung wird aber nicht auf die Doktrin vom gerichtsfreien Hoheitsakt zurückgegriffen (wie bei *Schiedermair* [N 8], S. 38 f.; s. auch S. 421 f., 444). Hier soll nicht die um den mythischen „Bereich der Regierung“ wabernde Lohe erneut entfacht werden, die kein gerichtliches Kontrollorgan durchschreiten darf. Art. 19 IV GG scheidet nur deshalb aus, weil auf Verfassungsebene das subjektive Recht fehlt. Soweit der Gesetzgeber dem Gebietsfremden ein solches einräumt, kann und muß der Gerichtsschutz nach Art. 19 IV GG einsetzen.

Wenn die Verwaltungsgerichtsbarkeit dem Gebietsfremden im Rahmen des § 2 I AuslG einen nicht gesetzlich formulierten, klagbaren, formellen Anspruch darauf zuspricht, daß seine Individualinteressen bei der Gebietszulassung berücksichtigt werden, so hat sie nicht Verfassungsdirektiven vollzogen, sondern das Gesetz richterrechtlich fortgebildet (Beisp.: *BVerwGE* 9, 235 f.; 36, 45—53; 38, 90—92). Diese Gerichtskontrolle ohne vorgegebene gesetzliche Maßstäbe beschwört die Gefahr herauf, daß das von den demokratischen Entscheidungsinstanzen unabhängige Gericht souverän die

Gebietszulassung fordert die Verfassung lediglich die Beachtung der objektiven Gebote der Rechtsstaatlichkeit, insbesondere der Maximen eines geordneten Verwaltungsverfahrens. Es muß gewährleistet bleiben, was *Robert von Mohl* in seinem Plädoyer für kosmopolitische Freizügigkeit — angesichts der in diesem Bereich „vielfachen Verschlungenheit der Verhältnisse“ — als das feststehende Gebot erkennt: „daß keine Willkür stattfinden darf, noch eine neidische Verkümmern fremden Vorteils“⁴⁵). — Diese relative Indifferenz des Grundgesetzes hält die Möglichkeit offen, daß einfache Gesetze oder supranationale Rechtsquellen dem Ausländer die Option des Aufenthaltsrechts verschaffen, wie es im Rahmen der Europäischen Gemeinschaften durch die Gewährung der Freizügigkeit für europäische Marktbürger erreicht ist⁴⁶).

Der Verfassungsstaat hat sich in der Entscheidung über die Zulassung Staatsfremder weiteste Freiheit und damit Elastizität im Wechsel der Lagen erhalten. Er darf sich an allen legitimen Staatszwecken ausrichten: an Außenpolitik wie an Wirtschaftssteuerung, an Kulturpflege wie Entwicklungshilfe; er kann Bedarfs- wie Kapazitäts Gesichtspunkte berücksichtigen. Das Grundgesetz zwingt die Bundesrepublik nicht, sich als Einwanderungsland zu definieren⁴⁷); verwehrt es ihr aber auch

„Belange der Bundesrepublik Deutschland“ definiert und sich bevölkerungspolitische Kompetenzen anmaßt. Auf der anderen Seite wird die Ausländer-Exekutive leicht dazu neigen, außenpolitisch und bevölkerungspolitisch brisante Entscheidungsgründe vor Gericht zu tarnen, notfalls unter Berufung auf § 99 VwGO; am Ende zeitigt der Rechtsschutz ein würdeloses Versteckspiel der Motive und die Flucht in die Floskeln.

⁴⁵) Zitat: *von Mohl* (N 1), S. 627. — *von Mohl* verwirft in diesem Zusammenhang auch die „tadelnswerte Quälerei“ schwierig zu erfüllender Einreiseformalitäten (ebd. S. 631).

⁴⁶) Zur Freizügigkeit der Europäischen Marktbürger: *Ipsen* (N 10), S. 636—647 (mit Nachw.); *Grabitz* (N 10), S. 69—87; *Oppermann*, Der Beitrag der Rechtsprechung zur Freizügigkeit innerhalb der Gemeinschaft und zu den sozialen Fragen, Luxemburg 1963.

⁴⁷) Die Indifferenz des Grundgesetzes zeigt sich bereits in der Gesetzeskompetenz über die „Einwanderung“ in Art. 73/3. — Die Bundesrepublik wird nach geltendem Gesetzesrecht als „kein Einwanderungsland“ qualifiziert von: *Bay. Staatsministerium für Arbeit und Sozialordnung*, in: *Bay. Bericht* (N 4), S. 27, 34; *Beschluß des Bay. Ministerrats* (N 5), S. 37; *Bundesminister für Bildung und Wissenschaft*, Antwort auf Kleine Anfrage v. 30. 3. 1971, BT-Drucks. VI/2071, S. 2; *BayVG*, U. v. 4. 6. 1969, NJW 1970, 1012 (mit Anm. *Wirtz* NJW 1970, 2178); *Wirtz* ZRP 1969, 249. Dagegen wird die Qualität des „Einwanderungslandes“ als vorgegeben oder (zumindest) als aufgegeben erachtet von: *Stadt München*, Ausländerstudie

nicht. Im gegenwärtigen Kampf der Konzeptionen um den Aufenthalt der Gastarbeiter — Rotation, Integration, Kontraktion, Einwanderung etc.⁴⁸⁾ — trifft keine die besondere Gunst oder die Ablehnung der Verfassung. Die auswärtige Gewalt darf differenzierende Lösungen in Aufenthalts- und Niederlassungsabkommen treffen, ohne daß sich der Gleichheitsgrundsatz als universale Meistbegünstigungsklausel auswirkt.

Die Verfassung läßt in der Zulassungsphase den Vitalwerten staatlicher Selbstbehauptung und Selbstgestaltung⁴⁹⁾ gerade deshalb weiten Raum, weil in dem Augenblick, in dem der Fremde zum Gebietszugehörigen geworden ist, die Entscheidungsflexibilität endet. Mit der Aufnahme wandelt sich das koordinationsrechtliche Außenverhältnis in ein subordinationsrechtliches Innenverhältnis. Der Fremde wird mit der Einreise zum Untertan des Aufenthaltsstaates. Mit der Herrschaft des Gesetzes beginnt nunmehr auch der Schutz des Gesetzes⁵⁰⁾. Der Aufenthaltsstaat tritt aus der Grundrechtsindifferenz in die Grundrechtsbindung ein⁵¹⁾. Die Stellung des Gebietszugehöri-

(in: Bay. Bericht, N 4, S. 58); *Franz*, NJW 1970, 1013; *Kanein* NJW 1973, 731; *Nikolinakos* (N 4), S. 9, 14, 22; *Zuleeg* DÖV 1973, 366; *Rose* JZ 1971, 723; *Rittstieg* NJW 1972, 2155.

⁴⁸⁾ Zu den bevölkerungspolitischen Modellen in der Gastarbeiterfrage: *Stadt Nürnberg* (N 4), S. 54—58; *Höpfner, Ramann und Rürup* (N 4), S. 63—92.

⁴⁹⁾ Die Notwendigkeiten staatlicher Selbstbehauptung werden als Leitgedanken des Aufenthaltsrechts anerkannt von: *von Frisch* (N 1), S. 110; *Fauchille-Bonfils* (N 43), S. 892 f.; *Stier-Somlo*, Art. 109 — Gleichheit vor dem Gesetz, in: *Nipperdey* (Hrsg.), *Die Grundrechte und Grundpflichten der RV I*, 1929, S. 162; *Walter Jellinek* (N 40), S. 121; *Doehring* ZaöRV 25 (1965), 486—488; *Bordewin* (N 16), S. 35.

Zur Bedeutung staatlicher Vitalinteressen im Fremdenrecht: *Isay* (N 28), S. 49—51; ders., *Internationales Finanzrecht*, 1934, S. 36; *Doehring* (N 11), S. 125, 192 f.; *Walther W. Schmidt* (N 10), S. 167 f.; *Thieme*, *Die Rechtsstellung des Ausländers nach dem BGG*, Diss. Göttingen 1951, S. 64. — Zur Existenzsicherung des Staates als Grundrechtsschranke: *Gallwas*, *Der Mißbrauch von Grundrechten*, 1967, S. 87 f., 90 f.

⁵⁰⁾ Dieser Rechtsvorgang wird konzis dargestellt in der Verfassungsurkunde für das Königreich Sachsen vom 4. 9. 1831, § 24: „Der Aufenthalt innerhalb der Grenzen des Staats verpflichtet zur Beobachtung der Gesetze desselben und begründet dagegen den gesetzlichen Schutz“. Ähnliche Formulierungen finden sich in: Verfassungsurkunde für das Kurfürstentum Hessen vom 5. 1. 1831, § 19; Verfassung Belgiens vom 7. 2. 1831, Art. 128.

⁵¹⁾ Die Feststellungen zum Grundrechtsschutz gelten nicht für *Amtsträger fremder Staaten* — gleich, ob sie hoheitliche oder fiskalische Funktionen wahrnehmen (als Konsul oder als Vertreter eines staatlichen Wirtschaftsunternehmens). Die Reichweite der deutschen Grundrechte endet notwendig dort, wo die (offene oder getarnte) dienstliche Abhängigkeit von einem ausländischen Ent-

gen ist weitgehend verfassungsrechtlich vorgeprägt und der Gestaltung durch Legislative und Exekutive entzogen.

3. Der Unterschied zwischen der vorgrundrechtlichen Statusbegründung und dem grundrechtlichen Status wird wichtig, wenn die Aufenthaltserlaubnis mit einer bestimmten Auflage verbunden wird, etwa dem Verbot bestimmter wirtschaftlicher oder politischer Betätigung. Die Auflage ist eine antizipierte Grundrechtsbeschränkung. Sie kann nicht pauschal mit dem argumentum a maiore ad minus gerechtfertigt werden: da der Staat den Fremden sogar hätte a limine abweisen können, so dürfe er erst recht, wenn er ihn schon zulasse, ihm einen Status minderen Rechts geben. Zwischen vorgrundrechtlicher Statusverweigerung und grundrechtsgebundener Statusminderung besteht keine quantitative, sondern eine qualitative Differenz. Nebenbestimmungen der Aufenthaltserlaubnis müssen sich daher an den Grundrechten messen lassen und dem Vorbehalt des Gesetzes genügen. Eine Blanko-Ermächtigung der Legislative an die Ausländerpolizei ist unzulässig⁶²).

scheidungszenrum beginnt. Die Grundrechte gewähren zwar ausländischen Individuen Freiheitsschutz, nicht aber ausländischen Staaten einen Rechtstitel zur Einmischung in innerdeutsche Angelegenheiten und zur Umgehung des völkerrechtlichen Interventionsverbotes (etwa durch Aufbau auslands-gesteuerter Presse- oder Wirtschaftsmacht). In den zwischenstaatlichen Beziehungen fehlt auch die Subordination, die von den Grundrechten vorausgesetzt wird (exemplarisch zur Rechtsstellung eines ausländischen Konsuls: *BVerwGE* 15, 59 [62]; vgl. auch *Herbert Krüger* [N 25], S. 958). Der Status ausländischer Amtsträger beurteilt sich allein nach Völkerrecht, das über Art. 25, 59 GG innerstaatlich bedeutsam wird.

Der Grundrechtsausschluß fremder Staaten und ihrer Organwalter entspricht der Regelung für ausländische juristische Personen überhaupt (Begründung des argumentum e contrario zu Art. 19 III GG: *Walther W. Schmidt* [N 10], S. 168—175; *Meesen JZ* 1970, 603). Im übrigen steht der deutschen Staatsgewalt ihrerseits der Schutz der Grundrechte nicht zu (Nachw. bei *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 1968, S. 210—212).

⁶²) Die pauschalen Ermächtigungen des § 7 AuslG entsprechen bereits nicht dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsanfordernis. Soweit sich die Ermächtigungsblankette nicht durch ergänzende inhaltliche Regelungen näher ausfüllen lassen (etwa § 6 II AuslG), können sie nicht herangezogen werden, um die verfassungsrechtliche Eingriffsreserve gegenüber Ausländern, wie sie im Bereich der Deutschengrundrechte besteht (s. u. D III), zu aktualisieren. — Hinreichend bestimmt sind dagegen die ausländerrechtlichen Ermächtigungen zu Bedingungen und Auflagen in §§ 18 I 3, 19 I 3 ArbeitsförderungsG.

Für die Grundrechtsbindung der Ausländerbehörden ist es gleichgültig, ob eine Nebenbestimmung (Auflage, Bedingung, Beschränkung) gemäß § 7 AuslG von vornherein mit der Aufenthaltserlaub-

Im Ergebnis erweist sich der Grundrechtsstatus des Ausländers als das Werk souveräner Selbstbindung des Verfassungsstaates. Der Staat ist Herr über die Grundrechtsvoraussetzungen, nicht mehr über die Grundrechtsfolgen. Für ihn gilt das Gesetz Mephistos: „Das erste steht uns frei, beim zweiten sind wir Knechte“.

III. Status-Sicherheit durch Beschränkung der Ausweisungskompetenz

Eine Versuchung, der grundrechtlichen Knechtschaft zu entinnen, kann darin liegen, daß der Staat den Ausländer bei an sich legaler, aber unbequemer Grundrechtsbetätigung (etwa politisch mißliebiger Meinungsäußerung oder wirtschaftlich lästiger Koalitionsbetätigung) mit *Ausweisung* bedroht; er also dort, wo er Grundrechte nicht beschränken darf, die aufenthaltsrechtliche Grundrechtsvoraussetzung entzieht⁵³). Ohne die Freiheit von Furcht vor unberechenbarer Ausweisung ist jede Freiheitsgarantie wertlos. Der aufenthaltsberechtigter Ausländer wäre nicht besser gestellt als der illegal Einreisende. Rechtsstaatliche Ironie! Der Verfassungsstaat stellte sich selbst in Frage, wenn er als Fundament der Grundrechtsfreiheit die aufenthaltsrechtliche Vogelfreiheit genügen ließe⁵⁴).

Die Beschränkung der Ausweisungskompetenz ist elementares rechtsstaatliches Gebot. Die erste Folge der Selbstbindung

nis verbunden oder ihr nachträglich hinzugefügt wird. Die Wirkung der antizipierenden Grundrechtsbeschränkung wird verkannt, wenn *Schnapp* die vorgängigen oder gleichzeitigen Nebenbestimmungen im Gegensatz zu den nachträglichen vor den grundrechtsabhängigen Verfassungspostulaten zu „retten“ versucht (DÖV 1973, 594). — (Überzogene) verfassungsrechtliche Kritik an § 7 AuslG: *Rittstieg* JZ 1971, 117 f.; ders., NJW 1972, 2156 f.; *Zuleeg* DÖV 1973, 367. — Die Verwaltungsrechtsprechung geht von der Zulässigkeit der Nebenbestimmungen nach § 7 AuslG aus: *BVerwGE* 36, 45 (47 f.); *BVerwG*, U. v. 18. 12. 1969, DVBl. 1970, 623; *VGH Mannheim*, U. v. 14. 7. 1969, DÖV 1970, 95 (96); *OVG Rheinland-Pfalz*, U. v. 30. 6. 1969, GewArch. 1969, 284.

⁵³) Dagegen meint *Isay*, die Freiheitssphäre des Ausländers werde durch Ausweisung „tatsächlich, nicht jedoch rechtlich“ geschmälert; die Drohung mit der Ausweisung sei „ein rechtlich nicht zu beanstandenes Mittel, dem Ausländer manche Freiheiten tatsächlich zu versagen, die ihm rechtlich verbürgt sind“ (N 28, S. 90, 262).

⁵⁴) *Isay* hält den Ausländer im Blick auf die Ausweisung für „vogelfrei, wie er es in ältesten Zeiten war“ (N 28, S. 363). Im Recht der Ausweisung habe sich „ein Stück Polizeistaat bis auf den heutigen Tag erhalten“ (S. 100; s. auch S. 214). Vgl. auch *Heinze* (N 37), S. 61; *Grabitz* (N 10), S. 52 f.; *Tomuschat* (N 16), S. 24–26, 63–65 („größte Schwierigkeiten“ der korrekten Grenzziehung des Ausweisungsermessens).

durch Gebietszulassung muß ein Mindestmaß an aufenthaltsrechtlicher Statussicherheit sein⁵⁵).

Diese Selbstbindung verschafft dem Ausländer allerdings kein unbeschränktes Aufenthaltsrecht, eine Einwanderungsfreiheit oder gar einen Einbürgerungsanspruch. Die Entscheidungsfreiheit des Staates, die Aufenthaltserlaubnis zeitlich zu begrenzen oder aufzukündigen, wird durch die rechtsstaatlich gebotene Statussicherheit nicht aufgehoben⁵⁶).

⁵⁵) Mit der Gebietszulassung gewinnt der Ausländer Grundrechtsschutz für sein Aufenthaltsrecht im Rahmen des Art. 2 I GG. Dieser **Grundrechtsschutz ist auf der einen Seite durch den Vorbehalt des verfassungsmäßigen Gesetzes relativiert, auf der anderen Seite durch den Eingriffsvorbehalt des bestimmten Gesetzes und durch das Übermaßverbot (verfassungsgebotene Güterabwägung der staatlichen Belange mit denen des Ausländers) objektivrechtlich ergänzt.** Zum Grundrechtsschutz gegen Ausweisungsakte nach § 10 I 11 AuslG: *BVerfG*, B. v. 18. 7. 1973, DVBl. 1974, 79–83.

⁵⁶) Die rechtsstaatlich gebotene Stabilisierung des Aufenthaltsrechts sprengt jedoch nicht die zeitlichen und sonstigen Grenzen der Aufenthaltserlaubnis. Wer den kleinen Finger des Touristenvisums erhält, kann nicht die ganze Hand der Einwanderungserlaubnis erwarten. Der Staat ist in der Entscheidung über die Aufenthaltsverlängerung grundsätzlich ebenso frei wie bei der ersten Zulassung. Der Ausländer kann die Verlängerung nicht dadurch erlangen, daß er sich in den Aufenthaltsstaat durch eigene Tätigkeit integriert und grundrechtlich geschützte Positionen erwirbt (etwa Eigentum an einem eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb). Der Fortbestand des Eigentumsschutzes hängt nicht vom Aufenthalt ab, ebenso wie der („effektive“) Rechtsschutz nicht unbedingt den Aufenthalt erfordert (zur Rechtsschutzgarantie des Aufenthaltsrechts in Art. 19 IV GG: *BVerfG*, B. v. 24. 1. 1973, DÖV 1973, 170 f.; B. v. 18. 7. 1973, DVBl. 1974, 79 [81 f.]; vgl. auch *OVG Bremen*, B. v. 19. 7. 1971, DVBl. 1972, 519).

Solange die öffentliche Hand nicht spezifische Vertrauenstatbestände gegenüber bestimmten Ausländern setzt (wie im Fall *BVerwG*, U. v. 14. 12. 1972, DÖV 1973, 417 f.), entfällt jeder Ansatz dazu, den Fortbestand des Aufenthaltsrechts auf den rechtsstaatlichen Vertrauensschutz zu stützen (Gegenansicht mit Selbstwiderspruch: *Zuleeg* DÖV 1973, 366; im Ergebnis ähnlich: *Rittstieg* JZ 1971, 116; ders., NJW 1972, 993; ders., NJW 1972, 2156; *Rose* JZ 1971, 723; *Dolde* DÖV 1973, 375). Der Umstand, daß eine befristete Aufenthaltserlaubnis mehrfach verlängert worden ist, schafft jedenfalls keinen Vertrauenstatbestand (auch nicht mittels der gewaltsamen Hilfskonstruktion eines „Kettenverwaltungsakts“). Im Gegenteil: Die Befristung und die jeweils neue Entscheidung über die Verlängerung verhindern gerade, daß eine rechtserhebliche Erwartung auf die Verleihung einer unbegrenzten Aufenthaltsberechtigung entstehen kann (verfehlt: *Dolde* DÖV 1973, 375; zutreffend: *BVerwG*, B. v. 29. 8. 1972, DÖV 1973, 414).

Die Verfassung liefert auch dann keine Gründe für eine Verlängerung oder Verewigung des Aufenthaltsrechts, wenn der Ausländer in ein Heimatland mit niedrigerem Wirtschafts- und niedrigerem

D. Der rechtsstaatliche Status

Erst wenn der Ausländer zum Bewohner des Bundesgebietes geworden ist, hat er den Zustand der ursprünglichen aufenthaltsrechtlichen Ungleichheit überwunden. Damit ist eine Analogie-Ebene mit dem Staatsangehörigen hergestellt, auf der sich nunmehr sinnvoll die Frage der rechtsstaatlichen Gleichheit stellen läßt⁵⁷⁾.

I. Die Vermutung für die Rechtsgleichheit

Wenn das Grundgesetz die Rechtsgleichheit „aller Menschen“ (Art. 3 Abs. 1) proklamiert, setzt es sich von der Weimarer Reichsverfassung ab, die ihren Zweiten Hauptteil „Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen“ mit der „Gleichheit aller Deutschen“ (Art. 109 Abs. 1 RV) einleitet. Zwar sollte der Ausländer damit nicht von der Teilhabe an den Grundrechten ausgeschlossen werden. Die Grundrechte waren, wie *Anschütz* repräsentativ für die Weimarer Lehre formulierte, nicht „nationalistisch, sondern individualistisch“ gedacht⁵⁸⁾. Der nationale Gedanke war Träger der liberal-weltbürgerlichen Idee⁵⁹⁾.

Freiheitsstandard zurückkehren müßte. Denn die Grundrechtsgarantien der Verfassung, ebenso die Sozialstaatsklauseln, beziehen sich nicht auf die Zustände in fremden Staaten. Von den Grenzfällen, die in den Bereich des Asylrechts gehören, abgesehen, verbietet es das Grundgesetz, daß die deutsche Staatsgewalt sich zum grundrechtlichen und sozialstaatlichen *praeceptor mundi* aufschwingt und die „Unzumutbarkeit“ der Rückkehr in die heimischen Rechts- und Lebensverhältnisse dekretiert (so aber *Zuleeg* DÖV 1973, 366; *LG Frankfurt*, U. v. 21. 8. 1968, NJW 1969, 385 [386]).

⁵⁷⁾ Der Gleichheitsmaßstab verändert seinen Inhalt, je nach der Staatsform- und Staatszielbestimmung, der er zugeordnet wird. Gleichheit erscheint

- aus der Sicht des Rechtsstaats als (liberale) Rechtsgleichheit: Gleichheit in der grundrechtlich gewährleisteten Individualfreiheit;
- aus der Sicht der Sozialstaatlichkeit als soziale Gleichheit: Gleichheit in den realen Möglichkeiten der Freiheitsverwirklichung;
- aus der Sicht der Demokratie als politische Gleichheit: Gleichheit in der Teilhabe am staatlichen Entscheidungsverfahren.

Die Gleichheitsfrage wird daher gesondert für jeden der drei Verfassungsbereiche gestellt.

⁵⁸⁾ Zitat: *Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reiches — zit.: Komm. —, 1933¹⁴ (Nachdr. 1965), S. 513. — *Anschütz* geht allerdings nicht von einer materialen Gleichstellung der Ausländer mit den Deutschen aus, sondern nur von der formalen unter dem rechtsstaatlichen Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Die Gleichstellung ist nicht „reichsverfassungskräftig“; sie gilt nur, soweit nicht das Gesetz (oder ein gesetzesgleicher Rechtssatz) ein anderes bestimmt oder eine Abweichung sich aus dem Wesen der Sache ergibt (ebda, S. 511—513; ebenso bereits ders., Die Verfassungsur-

Im Grundgesetz besitzt er dazu nicht mehr die Kraft. Die gebrochene Nation des Grundgesetzes sucht gerade im Anschluß an den menschenrechtlichen Universalismus ihre geistige Einheit und ihr Selbstbewußtsein zu finden. Die universalen Rechtswerte füllen das Rückzugsgebiet der nationalen auf. Die Grundrechtsdogmatik geht heute den Weg vom menschenrechtlichen Universalismus zur nationalen Besonderheit — in umgekehrter Richtung wie die Weimarer Lehre. Die Individualrechte des Fremden leben nunmehr nicht von der Gnade einer Analogie zu den Deutschenrechten; vielmehr muß sich jedes Staatsbürgerprivileg vor dem Gebot der Rechtsgleichheit rechtfertigen⁶⁰⁾.

kunde für den preußischen Staat I, 1912, S. 92, 99—103). Im wesentlichen halten die gleiche Linie wie Anschütz: *Aldag*, Die Gleichheit vor dem Gesetz in der Reichsverfassung, 1925, S. 56-59; *Hatschek*, Deutsches und preußisches Staatsrecht I, 1922, S. 189; *Isay* (N 28), S. 89—91; *Carl Schmitt*, Verfassungslehre, 1928 (Nachdr. 1965), S. 164 f.; ders., in: Anschütz-Thoma (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts II, 1932, S. 591; *Strupp*, in: Anschütz-Thoma a. a. O., I, 1930, S. 278 f.; *Thoma*, in: Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte I (N 49), S. 25—29; ders., in: Festgabe zur Feier des 50-jähr. Bestehens des PreußOVG, 1925, S. 198 f. (vorsichtig).

Die mehr nominelle als substantielle Gegenauffassung, die dem Ausländer nicht den Schutz der Grundrechte, wohl den Schutz des Gesetzmäßigkeitsprinzips zuerkennt, vertreten: *Giese*, Die Grundrechte, 1905, S. 87 (zur Preuß. Verfassungsurkunde); ders., Die Verfassung des Deutschen Reiches, 1931⁸, S. 244; *Walter Jellinek*, Verwaltungsrecht, 1931³, S. 171; *Friedrichs*, Art. „Ausland, Ausländer“, in: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft I, 1926, S. 418 f.; *Stier*, Zur Frage des Petitionsrechts der Ausländer, Gruchots Beiträge 64 (1920), 710—716; *Stier-Somlo* (N 49), S. 160—164. Die praktische Bedeutungslosigkeit der Kontroverse wird von Anschütz gesehen (Komm., S. 512 Anm. 1).

⁶⁰⁾ Die nationale Komponente in den Weimarer Grundrechten „der Deutschen“ wird von *Smend* hervorgehoben, der den „Doppelsinn“ der Grundrechte als Kultursystem und als Volksintegration erfaßt: Der Grundrechtskatalog normiere das Kultursystem „als nationales, als das System gerade der Deutschen, das allgemeinere Werte national positiviert, eben dadurch aber den Angehörigen dieser Staatsnation etwas gibt, einen materialen Status, durch den sie sachlich ein Volk, untereinander und im Gegensatz gegen andere, sein sollen“ (Verfassung und Verfassungsrecht, 1928, in: Staatsrechtliche Abhandlungen, 1968², S. 264). — Ähnlich *Herbert Krüger* (N 25), S. 549; *Walther W. Schmidt* (N 10), S. 167.

⁶¹⁾ Mit dem dogmatischen Ansatz der Rechtsgleichheit scheiden von vornherein zwei klassische Topoi des Fremdenrechts aus der Betrachtung aus: die Souveränität und die Gastfreundschaft.

a) Wenn *Schiedermair* die Souveränität des Aufenthaltsstaates bemüht, um ein unbeschränkbares Herr-im-Haus-Recht gegenüber dem Fremden zu begründen (N 8, S. 27 f., 36 f., 129 und passim), so wird Souveränität als materiale Kompetenz (statt als formale Kompetenz-Kompetenz) sowie als Unfähigkeit zur Selbstbindung miß-

II. Absolute Gleichstellungsgebote

1. Das Grundgesetz verbietet allerdings nicht schlechthin die Unterscheidung nach der Staatsangehörigkeit. Die absoluten Differenzierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG erfassen die Staatsangehörigkeit nicht. Sprache, Rasse, familiäre Abstammung, Heimat (als Ortsverbundenheit), soziale Herkunft (als Beziehung zu einer Gesellschaftsschicht) — diese tabuisierten Unterscheidungsmerkmale liegen auf anderer Ebene als das Staatsangehörigkeitskriterium⁶¹). Sie können für Deutsche wie Nichtdeutsche gleichermaßen erheblich werden. Sie hängen nicht von der Staatsangehörigkeit ab, wie umgekehrt die Staatsangehörigkeit nicht notwendig an sie anknüpft⁶²).

deutet. Die Institutionen des Rechtsstaates, insbesondere die Grundrechte, schließen ein solches Souveränitätsverständnis aus. Die Fähigkeit zu rechtlicher Selbstbindung ist gerade Ausdruck des innerstaatlichen Zu-Höchst-Seins wie der zwischenstaatlichen Unabhängigkeit. (Kritik am „apokryphen Souveränitätsbegriff“ Schieder-mairs: *Tomuschat* ZaöRV 33 [1973], 396—398; zum Verhältnis Souveränität — rechtsstaatliche Bindung: *Isensee* [N 51], S. 180—183 mit Nachw.).

b) Das Kriterium des *Gastrechts* kann den Ausländerstatus nicht klären, weil es unabsehbare Implikationen enthält. Das Gastrecht ist geschichtlich vieldeutig (zur Geschichte des Gastrechts: *Jordan*, N 1, S. 291—317; *von Frisch*, N 1, S. 5—36). Auch die gesetzliche Apostrophierung der „Gastfreundschaft“ als Grundlage des Aufenthaltrechts in § 1 Ausländerpolizeiverordnung v. 22. 8. 1938 stiftet nicht die Klarheit, auf die eine Status-Bestimmung im Rechtsstaat angewiesen ist. Der Hinweis auf das Gast-Sein könnte geradezu die verfassungsrechtlichen Unterscheidungen verwischen und müßte offen lassen, ob die Rechte des Fremden ausgeweitet oder eingeschränkt werden sollen (verfehlt: *Tomuschat* [N 16], S. 61 f.).

In der Kategorie des Gastes wird letztlich die private Hausherrn-Gast-Beziehung auf das öffentliche Staat-Bürger-Verhältnis übertragen — eine Analogie, für die seit dem Tod der Patrimonialstaatlichkeit keine Grundlage mehr besteht. Besonders verfehlt ist die Analogie im Grundrechtsbereich; denn im Zeichen der Menschenrechte genießt der Fremde nicht Gast-, sondern Heimatrecht.

Eine ganz andere Frage ist die, ob die Kategorie des Gast-Seins nicht auf außerrechtlicher Ebene Bedeutung hat: als Richtmaß des Taktes und der Courtoisie.

⁶¹) Zum staatsangehörigkeits-neutralen Inhalt der Differenzierungsverbote des Art. 3 III GG: *BVerfGE* 5, 17 (22); 9, 124 (128); 23, 258 (262); *BVerwGE* 22, 66 (69 f.); *Ipsen*, Gleichheit, in: GR II, 1954, S. 140; *Kraus*, in: *Gedächtnisschrift für Jellinek*, 1955, S. 91 f.; *Doehring* (N 11), S. 195—201; ders., *ZaöRV* 25 (1965), 484; *Dolde* (N 15), S. 55 f.; ders., *DÖV* 1973, 373.

⁶²) Die These, daß Art. 3 III GG die Unterscheidung nach der Staatsangehörigkeit verbiete, vertritt mit widerspruchsvoller, unschlüssiger Begründung *Zuleeg* (*DÖV* 1973, 363 f.). Ähnlich auch *Brinkmann*, *Grundrechts-Kommentar zum GG*, 1967, Art. 3, Anm. I 3 b; Art. 8 zu Abs. 1, Anm. 1 a.

2. Dagegen enthalten alle Freiheitsgrundrechte, die nicht ausdrücklich den Deutschen vorbehalten sind, für ihren jeweiligen Sachbereich absolute Gleichstellungsgebote. In den Grundrechtsräumen der Religionsfreiheit, des Eigentums, des Rechtsschutzes darf nicht nach der Staatsangehörigkeit unterschieden werden. Hier hat der menschenrechtliche Universalismus des Grundgesetzes seinen Ausdruck gefunden⁶³).

Gleichwohl ist es mißverständlich, diese allgemeinen Grundrechte mit erborgtem Pathos als „Menschenrechte“ zu bezeichnen⁶⁴). Die Menschenrechte jedenfalls, zu denen sich das Grundgesetz in Art. 1 Abs. 2 als naturrechtlichen Vorgegebenheiten bekennt, brauchen die allgemeinen Grundrechte nicht abzudecken, müssen sich in ihnen aber auch nicht erschöpfen.

III. Die Schlechterstellung im Vorbehaltsbereich der Deutschenrechte

Die Besonderheit des Ausländerstatus wird dort spürbar, wo das Grundgesetz bestimmte Grundrechte nur den Deutschen zuerkennt: nämlich in der Versammlungs- und Vereinsfreiheit, der Freizügigkeit, der Freiheit des Berufs und im gleichen Zugang zum öffentlichen Dienst. Hier gewinnt der Gesetzgeber gegenüber den ausländischen Gebietszugehörigen einen Planungs- und Steuerungsspielraum, der ihm gegenüber den Deutschen durch kategorische Grundrechtsschranken entzogen ist⁶⁵).

⁶³) Bei den Beratungen des Grundgesetzes entwickelte *von Mangoldt* das Konzept der strikten Rechtsgleichheit „aller Menschen“, von dem die Verfassung in besonderen Bestimmungen Ausnahmen vorsehe (42. Sitzung des Hauptausschusses des Parlamentarischen Rates am 18. 1. 1949, in: Parlamentarischer Rat, Verhandlungen des Hauptausschusses, 1948/49, S. 538). — Im Ergebnis ähnlich wie der Text zu den sachbezogenen Differenzierungsverboten in den allgemeinen Grundrechten: *BVerfGE* 31, 58 (67 — zu Art. 6 I GG).

⁶⁴) Die gängige Unterscheidung zwischen „Menschenrechten“ und „Bürgerrechten“ (wobei „Menschenrechte“ die positiv-rechtlich gewährleisteten allgemeinen Grundrechte, „Bürgerrechte“ die Vorbehaltsrechte der Deutschen sind) findet sich etwa bei: *Anschütz*, Die Verfassungsurkunde für den preuß. Staat I, 1912, S. 101; *dems.*, Komm. (N 58), S. 511; *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1973⁶, S. 119; *Kraus* (N 61), S. 91; *Maunz*, Deutsches Staatsrecht, 1973¹⁰, S. 104; *Zippelius*, BK (Zweitbearb.), Stand 1972, Art. 4/Rn 52.

⁶⁵) Dadurch, daß die Berufsfreiheit (Art. 12 I GG) den Deutschen vorbehalten ist, fällt gegenüber Ausländern auch das Tabu der Bedürfnisprüfung als objektiver Zulassungssperre fort. Nunmehr können die Erfordernisse der Gesamtwirtschaft und einzelner Berufszweige, des Arbeitsmarktes und der Regionalplanung vorrangige Rücksicht erfahren. Hier kommt die Primärverantwortung des Staates für die deutsche Bevölkerung zum Tragen, die unentrinn-

1. Die grundrechtliche Benachteiligung der Ausländer fordert den dogmatischen Rekurs auf den höchsten Verfassungssatz von der Menschenwürde heraus. Ein Argumentationsweg geht dahin, die wirtschaftlichen, politischen und sonstigen Betätigungen, die Gegenstand der Deutschenrechte sind, als Ausprägungen der Menschenwürde auszuweisen und deshalb entweder die Deutschenvorbehalte als verfassungswidrige Verfassungsbestandteile auszuschneiden⁶⁶⁾ oder aus den Deutschenrechten menschenrechtliche Kerne herauszuschälen⁶⁷⁾. Hier ist Differenzierung geboten.

— Die Menschenwürde enthält zunächst ein Grundrecht, das unantastbar auch dem Ausländer zusteht: Schutz der körperlichen, geistigen, sittlichen Person. Dieses Elementargrundrecht schließt aber nicht die Lücke, die mit den Deutschenvorbehalten entsteht.

— Der Schutz der Menschenwürde wirkt ferner als *Direktive* in alle grundrechtlichen und organisatorischen Verfassungsbereiche hinein — als das einheitstiftende Moment⁶⁸⁾. Jedoch dürfen die Besonderheiten der konkreten Verfassungsbereiche nicht durch undifferenzierten Rückgriff auf dieses Prinzip durchbrochen werden. Eine jede Ausprägung der Menschenwürde kann nicht mit der Menschenwürde selbst identifiziert werden. Die jeweilige positivrechtliche lex und die menschenrechtliche ratio legis sind auseinanderzuhalten.

Der Nachweis, daß bestimmte Freiheitsäußerungen Erscheinungsformen der Menschenwürde sind, liefert im übrigen noch

bar vom wirtschaftlichen Schicksal der Bundesrepublik abhängig ist. Auf der anderen Seite verbleibt der auswärtigen Gewalt eine Dispositionsmaterie für völkerrechtliche Abkommen, welche die Rechtsstellung der Deutschen im Ausland auf der Grundlage der Gegenseitigkeit verbessern. — Zur Motivation der Deutschenvorbehalte: von Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz I, 1966², S. 99.

⁶⁶⁾ So mit unschlüssigen Begründungen, die gelegentlich an Art. 1 I oder 3 III GG anknüpfen: Brinkmann (N 62), Art. 8 Abs. 1, Anm. 1 a; Art. 9 Abs. 1, Anm. 1 a; Art. 11 Abs. 1, Anm. 1 a; Art. 12 Abs. 1 Anm. 1 a. Ähnlich Rolsvering (N 6), S. 113—121.

⁶⁷⁾ So Bachof, in: GR III/1, 1958, S. 177 f.; Dürig, in: GR II, 1954, S. 521—523; ders., in: M-D-H (N 27), Art. 1/Rn 85; Art. 2 I/Rn 66; Dolde (N 15), S. 62—71; ders., DÖV 1973, 373 f. — Ähnlich auch Kraus (N 61), S. 91 (Unzulässigkeit eines totalen Versammlungs- oder Vereinigungsverbots für Ausländer).

⁶⁸⁾ Zur Unterscheidung eines „dirigierenden“ von einem (grundrechtlich-), „institutionellen“ Verfassungselement: Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, S. 61—96, 315—318. — Zur Direktivfunktion des Art. 1 I GG im Ganzen der Verfassung: Dürig, M-D-H (N 27), Art. 1 II/Rn 4—14; Zippelius, BK (Zweitbearb.), 1966, Art. 1/Rn 26.

nicht die Begründung dafür, daß dem Ausländer diese Freiheitsäußerungen gerade auf dem deutschen Territorium ermöglicht werden müssen⁶⁹⁾. Das Grundgesetz geht bei der differenzierenden Zuerkennung der Grundrechte davon aus, daß der Ausländer primär seinem Heimatstaat zugeordnet ist; daß grundsätzlich nur die Deutschen das Rechtsschicksal der Unentrinnbarkeit zu tragen haben und daher die Zuordnung des Ausländers zu zwei Staaten auch eine Teilung der staatsrechtlichen Verantwortung aus der Sicht der Menschenwürde erträglich macht⁷⁰⁾.

⁶⁹⁾ Dieser Gesichtspunkt wird übersehen, wenn dem Ausländer ein bestimmter Grundrechtsstandard — vor allem hinsichtlich seiner politischen Betätigung — zuerkannt werden soll mit der Begründung, daß diese Betätigung um der Menschenwürde willen geboten sei (so etwa die Deduktionen *Doldes* [N 15], S. 62—71, 101—103 und passim; DÖV 1973, 373 f.).

⁷⁰⁾ Von diesem dogmatischen Ansatz aus löst sich auch die Frage, ob und wieweit die Verfassung duldet, daß dem Ausländer Rechte nur unter der *Bedingung verbürgter Gegenseitigkeit* gewährt werden (Beisp.: §§ 110 I, II, 114 II 1 ZPO; § 34 c V EStG; § 7 RBHaftG; § 12 II 1 GewO; § 49 II AuslG; § 157 RVO; § 237 RKnG. Vgl. dazu *Tomuschat* ZaöRV 33 [1973], 179—221). Die Lösung muß differenzieren:

a) Der Allgemeine Gleichheitssatz steht den Gegenseitigkeitsklauseln nicht schlechthin im Wege. Die bedingte Schlechterstellung des Ausländers knüpft an rechtliche Vorgegebenheiten an: die Teilung der staatsrechtlichen Verantwortung sowie den Zusammenhang der staatsrechtlichen und der völkerrechtlichen Beziehungen. Daß der Gegenseitigkeitsvorbehalt dazu dienen soll, die Rechtsstellung der eigenen Bürger im Ausland zu verbessern, ist nicht von vornherein eine sachwidrige Zweck-Mittel-Verknüpfung. Immerhin ist dieser Vorbehalt eines der wenigen lediglich wirksamen Druckmittel, mit denen ein Staat auf gleichgeordnete andere Staaten im Interesse seiner Auslandsbürger einwirken kann.

Die Verletzung des Allgemeinen Gleichheitssatzes durch Gegenseitigkeitsvorbehalte wird für Einzelregelungen (insbes. § 7 RBHaftG) oder allgemein verneint von: RGZ 111, 375 (379); 128, 238 (240); RG U. v. 15. 4. 1930, JW 1930, 1869; BGH U. v. 1. 10. 1956, NJW 1956, 1836; OLG Frankfurt B. v. 21. 9. 1970, NJW 1970, 2172—2174; BVerfGE 30, 404—414 (zur Haftentschädigung). *Anschütz*, Komm. (N 58), S. 512 Anm. 1; *Aldag* (N 58), S. 58; *Doehring* (N 11), S. 65; *Walther W. Schmidt* (N 10), S. 60. — Differenzierend: *Thieme* (N 49), S. 64—66, 106 f., 114, 117. — Einen Widerspruch zu Art. 3 I GG nehmen an: *Rolvering* (N 6), S. 104—108; *Grasmann* JZ 1969, 455 f.; *Zuleeg* DÖV 1973, 363.

b) Gegenseitigkeitsklauseln verstoßen auch nicht notwendig gegen die Menschenwürde. Der Ausländer wird nicht schon dann zum bloßen Werkzeug der Staatsraison erniedrigt, wenn ihm die Bundesrepublik eine Steuervergünstigung nach § 34 V EStG versagt, solange ihre eigenen Angehörigen nicht den entsprechenden Vorteil im Ausland erhalten. Hier wird nicht die Person als solche in den Dienst eines außenpolitischen Zwecks gestellt, sondern die Vorent-

Das Rechtsschicksal der Unentrinnbarkeit bietet sich als menschenrechtliches Analogiekriterium dafür an, in welchem Maße dem Ausländer die Annäherung an den Grundrechtsstandard der Deutschen gewährleistet werden muß. Je nach dem Grad, in dem er auf Lebensentfaltung im Geltungsbereich des Grundgesetzes angewiesen ist, muß ihm ein Minimum an Erwerbsmöglichkeit, an räumlicher Bewegungsfreiheit, an organisierter Kommunikation zuerkannt werden. Das höchste Maß der Unentrinnbarkeit ist in der Regel beim Asylberechtigten und beim Staatenlosen erreicht. Hier ist weitgehende Annäherung an den Deutschenstatus menschenrechtliches Gebot⁷¹⁾.

Der grundrechtliche Standort dieser menschenrechtlichen Angleichungsgebote befindet sich nicht bei den einzelnen Deutschengrundrechten⁷²⁾. Wenn jedem Deutschengrundrecht ein diffuses Schattengrundrecht für Ausländer beigegeben würde,

haltung eines bestimmten Rechtsvorteils. Wer hier bereits Art. 1 GG mit der Kant'schen Formel ins Spiel bringt (s. *Doehring* [N 11], S. 65 Anm. 214), läßt Sinn für verfassungsrechtliche Proportionen vermissen.

c) Jedoch steckt die Verfassung den Anwendungsmöglichkeiten des Reziprozitäts-Prinzips Grenzen. Der Gesetzgeber darf nicht solche Rechte von der Bedingung der Gegenseitigkeit abhängig machen, die von Verfassungen wegen bereits als unbedingte garantiert sind. So erheben sich Bedenken gegen die bedingte Versagung des Armenrechts (§ 114 II 1 ZPO), weil dieses Recht eine sozialstaatlich legitimierte Voraussetzung des verfassungsrechtlichen Justizgewährleistungsanspruchs bildet (zum Verhältnis Armenrecht und Verfassung: *Fechner* JZ 1969, 349—354). Das Entsprechende gilt für die bedingte Vorenthaltung der Staatshaftung (§ 7 RBHftG); denn die Staatshaftung ist eine Emanation der Rechtsstaatlichkeit, die nicht nach der Staatsangehörigkeit unterscheidet. Die Eigenhaftung des Beamten, die bei fehlender Schuldübernahme durch den Dienstherrn eintritt, ist für den Geschädigten nicht immer die wirksame Kompensation. Im übrigen ist die Eigenhaftung bei Ausländerschäden eine gleichheitswidrige Belastung des handelnden Beamten (vgl. *Frowein* JZ 1964, 410—413; *Wiese* DVBl. 1964, 573—576; vgl. auch *Grasmann* JZ 1969, 455 f.). Allerdings entsteht für den geschädigten Ausländer in der Regel neben dem (unzulässig bedingten) Ersatzanspruch ein nicht gegenseitigkeits-bedingter Entschädigungsanspruch aus enteignungsgleichem Eingriff.

⁷¹⁾ Zu Recht sieht *Bachof* einen Verstoß gegen die Menschenwürde eines Asylberechtigten dann als gegeben, wenn diesem jegliche Berufsarbeit verwehrt und er zum Objekt staatlicher Wohltätigkeit degradiert würde (N 67, S. 178). — Den Staatenlosen ist im Vorbehaltsbereich der Deutschenrechte weitgehende Inländer-Gleichstellung gewährleistet durch das Gesetz über die Rechtsstellung heimatloser Ausländer im Bundesgebiet v. 25. 4. 1951 (insbes. §§ 12—20) und durch viele Einzelgesetze (z. B. § 2 II 2 AuslG, § 3 I 1 BärzteO, § 2 I 1 ApothG).

⁷²⁾ Aus den einzelnen Deutschenrechten wird ein Menschenrechtsgehalt oder Wesensgehalt zugunsten der Ausländer destilliert:

wäre die Technizität der Vorbehaltrechte gefährdet, und mit ihr die Individualisierung der menschenrechtlichen Angleichungsgebote, die nicht jedem Ausländer Anteil an jedem Deutschenrecht verschaffen wollen, und auch nicht jeweils den gleichen Anteil.

2. Der systemgerechte Ansatz liegt bei Art. 2 Abs. 1 GG, dem subsidiären allgemeinen Freiheitsrecht, das die Grundrechtsbreschen zu schließen vermag. Das Blankettgrundrecht der Allgemeinen Handlungsfreiheit füllt sich mit menschenrechtlicher Substanz⁷³). Es erschließt die Möglichkeit, das menschenrechtliche Minimum über die Verfassungsbeschwerde zur Geltung zu bringen.

Die wichtigste Funktion der Allgemeinen Handlungsfreiheit ist die grundrechtliche Sanktion des objektiv-rechtlichen Vorbehalts des Gesetzes, dem im Rahmen der Deutschenrechte eine besondere formelle Sicherungsfunktion zukommt⁷⁴). Die

Dürig, in: GR II, 1954, S. 521—523; ders., M-D-H (N 27), Art. 1/Rn 85; Art. 2 I/Rn 66; Art. 11/Rn 119; Maunz, M-D-H, Art. 9/Rn 23; Herzog, M-D-H, Art. 8/Rn 12 f. Dagegen wird das menschenrechtliche Minimum unmittelbar aus Art. 1 I GG abgeleitet unter Ablehnung einer Ortsbestimmung beim einzelnen Deutschengrundrecht: Ruppel, Der Grundrechtsschutz der Ausländer im deutschen Verfassungsrecht, Diss. Würzburg 1968, S. 54—60, 198—201.

⁷³) Die besonderen Freiheitsgrundrechte beanspruchen gegenüber der Allgemeinen Handlungsfreiheit nur soweit Vorrang, als sie in ihrer gegenständlichen und in ihrer personellen Reichweite eingreifen. Die Subsidiarität des Art. 2 I GG (Nachw. zur Judikatur des BVerfG: Leibholz-Rinck, GG, 1971⁴, Art. 2/Rn 4), kommt also gegenüber Ausländern im Schutzbereich der Deutschenrechte nicht zum Zuge. Dürigs Bedenken, der Ausländer könne bei Berufung auf Art. 2 I GG besser dastehen als der grundrechtlich privilegierte Deutsche (M-D-H [N 27], Art. 2 I/Rn 66), greift nicht durch, da die allgemeine Handlungsfreiheit durch den weitesten und elastischsten Schrankenvorbehalt des Grundrechtskatalogs relativiert ist und das umfassende Freiheitsblankett mit dem umfassenden Ordnungsblankett korrespondiert (Nachw. zur Judikatur des BVerfG: Leibholz-Rinck, a. a. O., Art. 2/Rn 5—8).

Art. 2 I GG wird als Auffanggrundrecht im Vorbehaltsbereich der Deutschenrechte anerkannt von: BVerfG, B. v. 18. 7. 1973, DVBl. 1973, 79 (80 — zum Aufenthaltsrecht der Ausländer); Bachof (N 67), S. 178; Merten (N 27), S. 83; Rolvering (N 6), S. 120 f.; Zuleeg, DÖV 1973, 362 f. Dagegen wird den Ausländern im Negativraum der Deutschenrechte der Grundrechtsschutz (nicht aber der objektiv-rechtliche Schutz des Art. 20 III GG) versagt von: von Mangoldt-Klein (N 65), S. 302 f. (S. 388 f.); Maunz, in: M-D-H (N 27), Art. 12/Rn 6; von Münch, BK (Zweitbearb.), 1964/66, Art. 8/II Rn 2; Art. 9/II Rn 2. — Weit. Nachw. Dolde (N 15), S. 45 f. Anm. 1.

⁷⁴) Der grundrechtliche Gesetzesvorbehalt, den Art. 2 I GG in dem Blankett der „verfassungsmäßigen Ordnung“ aufweist, deckt den objektiv-rechtlichen Vorbehalt des Gesetzes ab, den Art. 20 III GG — als Ausprägung der rechtsstaatlichen Demokratie — enthält.

Deutschenrechte schließen den Ausländer nicht schlechthin aus den geschützten Bereichen aus, vielmehr enthalten sie nur eine Eingriffsreserve. Solange diese noch nicht mobilisiert ist, genießt der Ausländer im Rahmen der Gesetze die gleiche Freiheit unter dem Gesetz wie der Deutsche. Er partizipiert an der Gewerbefreiheit, wie sie die Gewerbeordnung, an der Versammlungsfreiheit, wie sie das Versammlungsgesetz, an der Vereinsfreiheit, wie sie das Vereinsgesetz ausgestaltet. Da diese allgemeinen gesetzlichen Freiheiten auf den höheren Grundrechtsstandard der Deutschen abstellen, kommt dieser Grundrechtsstandard mittelbar auch dem Ausländer zugute⁷⁵⁾.

IV. Die Möglichkeit fortschreitender Status-Angleichung

1. Die Funktion des allgemeinen Gleichheitssatzes für die Rechtsstellung der Ausländer sei an einem Fall exemplifiziert, den das Bundesverwaltungsgericht 1965 entschieden hat⁷⁶⁾: Die Satzung eines Landkreises über die Erhebung einer Schank-erlaubnissteuer erhöht den Steuersatz für Ausländer um 400 % gegenüber dem für deutsche Steuerschuldner geltenden Satz.

a) Das Bundesverwaltungsgericht sieht keinen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG vorliegen. Es gibt die Begründung: daß die im öffentlichen Interesse bei Gastwirten besonders notwendige Überwachung sich gegenüber Deutschen sachgerechter und einfacher durchführen lasse als gegenüber Ausländern, denen die gleiche Verbundenheit mit der im Bundesgebiet bestehenden Rechts- und Lebensordnung fehle⁷⁷⁾. Das Gericht zieht hier steuerfremde Gesichtspunkte der gebührenrechtlichen Kosten-deckung heran und überspringt den Anknüpfungspunkt der

⁷⁵⁾ Dem vom Schutz des Art. 8 GG ausgeschlossenen Ausländer erkennt Giese ein „Reflexrecht“ kraft des gesetzlichen Versammlungsrechts zu (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1951², Art. 8 Anm. II 1). Die Partizipation des Ausländers „an all den einfachgesetzlichen Freiheiten und Verbürgungen, die die Deutschenrechte dem Inländerrecht eingewoben haben“, stellt Rupp dar (in: Festschrift für Küchenhoff II, 1972, S. 658—661).

Im Ergebnis entspricht der Grundrechtsschutz des Ausländers im Vorbehaltsbereich der Deutschenrechte der Konzeption *Anschtz'* zu den Weimarer Grundrechten, die nur „reichsgesetzeskräftig“ gelten und sich im wesentlichen nur über ihre formale Seite — die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung — zugunsten der Ausländer auswirken sollten (Nachw. N 58).

⁷⁶⁾ BVerwG, U. v. 24. 9. 1965, E 22, 66—73.

⁷⁷⁾ BVerwG (N 76), S. 71. Ähnlich die Meinung *Thiemes* zur Zulässigkeit höherer Besteuerung der Ausländer (N 49, S. 113 — unter Berufung auf *Isay*, Internationales Finanzrecht, 1934, S. 49 f., 53, 54).

Steuer, der in einem Aspekt der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Schuldners liegen muß. Die Ausländereigenschaft ist steuerindifferent. — Der Gleichheitssatz gebietet hier Systemgerechtigkeit und Formkonsequenz, über die sich zugleich die materiale Steuergerechtigkeit verwirklicht⁷⁹⁾. Dem deutschen Steuerrecht ist allgemein die Staatsangehörigkeit als steuerbegründendes Merkmal fremd. Die Eigenschaft des Steuerausländers oder -inländers hängt vom Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt, nicht von der Staatsangehörigkeit ab⁸⁰⁾. Sondersteuern für Ausländer sind seit der Aufklärung verpönt. Die diskriminierenden Vermögenseingriffe, wie sie das feudale Fremdlingsrecht vorsah, wurden von der Französischen Nationalversammlung 1790 als Schande der Menschheit verurteilt⁸⁰⁾. Es besteht kein Grund dazu, dieses Urteil heute zurückzunehmen.

2. Das Bundesverwaltungsgericht unternimmt noch einen zweiten Begründungsversuch für die Sonderbelastung des Ausländers: Da dem Ausländer das Grundrecht der Berufsfreiheit nicht zustehe, dürfe ihm die Betätigung in einzelnen Gewerbezweigen auch mit dem Mittel der Steuer erschwert werden⁸¹⁾.

Hier wird unzulässig a fortiori gefolgert — von der Möglichkeit der Berufsversagung auf die Möglichkeit der Diskrimi-

⁷⁹⁾ Dazu Isensee, Umverteilung durch Sozialversicherungsbeiträge, 1973, S. 65 f.

Das Verbot, Ausländern besondere Abgaben aufzuerlegen, erfährt eine zusätzliche Begründung, wenn die Abgabe als Eingriff in den Schutzbereich des *Eigentumsgrundrechts* aus Art. 14 GG erkannt wird (dazu mit Nachw. Vogel, Finanzverfassung und politisches Ermessen, 1972, S. 36—46; Kirchhof, Besteuerungsgewalt und Grundgesetz, 1973, S. 20—55). Denn Art. 14 GG läßt als allgemeines Grundrecht („Menschenrecht“) keine Ausländer-Diskriminierung zu. — Zur Gleichstellung des Ausländers sub specie des Art. 14 GG: Kimminich, BK (Zweitbearb., 1964), Art. 14/Rn 162—167; Maunz, M-D-H (N 27), Art. 14/Rn 11; Ruppel (N 72), S. 205 a—210.

⁷⁹⁾ Repräsentativ für die Rechtslage des Steuerrechts: § 1 EStG, § 1 UStG. Vgl. Kruse, Steuerrecht I, 1973³, S. 52 f.; Walther W. Schmidt (N 10), S. 74—81; Schiedermair (N 8), S. 610—613; Friedrichsen (N 1), S. 209—220. Für die Zulässigkeit einer Sonderbesteuerung: Isay (N 28), S. 51—57; ders. (N 77), S. 47—55. — Zum völkerrechtlichen Postulat der Gleichbehandlung im Abgabebereich: von Liszt, Das Völkerrecht, 1904³, S. 201; Schindler (N 11), S. 59 f.; a. A. Wengler, Völkerrecht II, 1964, S. 1006.

⁸⁰⁾ Dekret vom 6. 8. 1790 — dazu Jordan (N 1), S. 302. Zum Fremdlingsrecht (ius detractus, ius albinagii): von Frisch (N 1), S. 25 f., 32, 34. Postulat der Abgabengleichheit: von Mohl (N 1), S. 635.

⁸¹⁾ BVerwG (N 76), S. 70 f. — Ähnlich auch Isay (N 77), S. 54.

nierung in der Berufsausübung. Es wäre grundrechtlich unbedenklich gewesen, hätte die öffentliche Hand dem Ausländer den Zugang zum Beruf völlig versperrt. Hat sie sich aber in der Phase der Berufszulassung einmal über den grundrechtlichen Minderstatus des Ausländers hinweggesetzt, so kann sie nachher nicht mehr beliebig darauf zurückkommen⁸²⁾. Es ist ein Gebot rechtsstaatlicher Konsequenz, daß der Staat von seinen selbstgesetzten Prämissen nicht ohne Grund mehr abweicht. . . . beim zweiten ist er Knecht!

In der Phase der Berufsausübung kann nur noch unterschieden werden nach der jeweiligen beruflichen Rolle, nicht mehr nach der Staatsangehörigkeit. Der Gleichheitssatz läßt nicht zu, daß sich in einem Lebensbereich eine Zwei-Klassen-Ordnung bildet. Damit fordert er die materielle Gleichstellung des zum Beruf zugelassenen Ausländers mit den Deutschen. Wenn sich der Deutsche und der Ausländer hier auf der gleichen Stufe der Berufsausübungsfreiheit treffen, so ist es für den Ausländer ein Schritt hinauf, von der Stufe der grundrechtlich ungesicherten Zulassung; für den Deutschen ein Schritt hinab von der Höhe der am stärksten geschützten Berufswahlfreiheit auf die Stufe der geringeren Grundrechtssicherung⁸³⁾.

Das System der staatlichen Selbstbindung gegenüber den Ausländern ist also mit der Zulassung zum Aufenthalt noch nicht abgeschlossen — wenn der Ausländer zu einem deutschenrechtlich geschützten Lebensbereich zugelassen wird, verfestigt sich sein Grundrechtsstatus weiter.

Die in der Ära der Gastarbeiter praktisch wichtigsten Beispiele für die Möglichkeit zunehmender Status-Angleichung liefert das Arbeitsrecht. Der Staat ist grundrechtlich frei, einem Ausländer die Arbeitserlaubnis zu erteilen oder zu versagen⁸⁴⁾. Hat er sie erteilt, so muß er ihm die gleichen arbeitsrechtlichen

⁸²⁾ Ein Parallelproblem stellt sich im Wirtschaftsverfassungsrecht: Die Möglichkeit, daß die öffentliche Hand einen Privat-Wirtschaftsbereich sozialisieren oder in ein Finanzmonopol einbeziehen darf, erlaubt nicht den Schluß a maiore ad minus, daß ihr beliebige Interventionen (etwa über staatswirtschaftliche Konkurrenzfähigkeit) gegenüber den Privatunternehmern gestattet seien, solange sie von Sozialisierung oder Monopolisierung absehe. Vgl. *Über, Freiheit des Berufs*, 1952, S. 160, 168; *Nipperdey*, *Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz*, 1961², S. 26 f.; *Bachof* (N 67), S. 204; *Isensee* (N 51), S. 214 f. (Nachw.). — Vertreter der Gegenmeinung: *Lutz Richter* VVDStRL 6 (1929), S. 83 f.; *Württ.-Bad. VGH*, U. v. 31. 8. 1950, DVBl. 1950, 754—756.

⁸³⁾ Nachw. zur „Stufenlehre“ des BVerfG: *Leibholz-Rinck* (N 73), Art. 12/Rn 5—15 f.

⁸⁴⁾ Vgl. die gesetzliche Regelung in §§ 18, 19 ArbeitsförderungsG.

Bedingungen wie dem Inländer gewährleisten⁸⁵). Im Rahmen eines begründeten Arbeitsverhältnisses kann nur noch auf die Rolle des Arbeitnehmers abgestellt werden⁸⁶). Der Rekurs auf die Staatsangehörigkeit ist abgeschnitten. — Die Kette der Selbstbindung kann weitergehen, je nach dem Lebensbereich, den der Staat dem Ausländer eröffnet.

3. Die Arbeitserlaubnis erschließt den Zugang zur Koalitionsfreiheit. Hier bedarf es nicht mehr des allgemeinen Gleichheitssatzes, um die Gleichstellung ausländischer und deutscher Arbeitnehmer zu begründen. Die Koalitionsfreiheit ist als allgemeines Grundrecht konzipiert⁸⁷). Der Unterschied zwischen deutschen und ausländischen Arbeitnehmern liegt allein darin, daß der Staat gegenüber dem Ausländer über die Grundrechtsvoraussetzungen disponieren kann. Für den Ausländer lebt die Koalitionsfreiheit erst auf, wenn sich der Zugang zum Beruf geöffnet hat. Ist die Arbeitserlaubnis aber erteilt, so gilt die Koalitionsfreiheit mit allen Konsequenzen bis zu Mitbestimmung und Arbeitskampffreiheit⁸⁸).

⁸⁵) Zur Rechtsstellung des ausländischen Arbeitnehmers mit Nachw.: *Schiedermair* (N 8), S. 579—610; *Milke* (N 16); *Friedrichsen* (N 1), S. 183—201. S. auch *Isay* (N 28), S. 332—343.

⁸⁶) Das Verbot rollenfremder Unterscheidung wird vom BGH für die Strafzumessung anerkannt: Es liege ein Verstoß gegen Art. 3 GG vor, wenn der Ausländereigenschaft strafe erhöhende Bedeutung beigelegt werde (B. v. 28. 7. 1972, NJW 1972, 2191).

⁸⁷) Zu Art. 159 WRV: *Anschütz*, Komm. (N 58), S. 732; *Isay* (N 28), S. 181 f. — Zu Art. 9 III GG: *von Mangoldt-Klein* (N 65), S. 328; *Maunz*, in: M-D-H (N 27), Art. 9/Rn 94; *von Münch BK* (Zweitbearb.), 1966, Art. 9/II Rn 101 f.; *Ruppel* (N 72), S. 204.

⁸⁸) Das sachbezogene absolute Differenzierungsverbot des Art. 9 III GG gilt nicht nur für den unmittelbaren Schutzbereich des Grundrechts auf Verfassungsebene, sondern auch für den mittelbaren auf der Ebene der einfachgesetzlichen Grundrechts-Ausgestaltungen (Tarifrecht, Streikrecht, Mitbestimmung etc.). Daher liegt ein Verstoß gegen Art. 9 III GG (nicht nur gegen Art. 3 I GG) vor, wenn das *Mitbestimmungsrecht* — eine Ausprägung der Koalitionsfreiheit im einfachen Gesetzesrecht — den Ausländer benachteiligt und die Wählbarkeit zum Betriebsrat auf Arbeitnehmer beschränkt, die das Wahlrecht zum Deutschen Bundestag besitzen (so § 7 I 1 BetrVerfG v. 11. 10. 1952; nunmehr ersetzt durch die verfassungsmäßige Lösung in § 8 BetrVerfG v. 15. 1. 1972).

Aus dem gleichen Grunde verstößt es gegen Art. 9 III GG, wenn dem Ausländer die Koalitionsbetätigung im Rahmen der *Personalvertretung* verkürzt wird (s. den Ausschluß der Wählbarkeit durch § 10 I d BPersVertrG v. 5. 8. 1955; dagegen aber Zuerkennung des passiven Wahlrechts auch an Ausländer: § 13 I Saarl. PersVertrG v. 9. 5. 1973). Auch hier gilt, daß der Staat an sich dem Ausländer den Zugang zum öffentlichen Dienst sperren darf (Art. 33 II GG e contrario). Hat der Dienstherr jedoch einen

In diesem Zusammenhang ist allerdings vor einem modischen Argumentations-Holzweg zu warnen: Der Umstand, daß die Koalitionsfreiheit auch den Ausländern zusteht, läßt nicht den Schluß zu, daß der Staat grundrechtlich gezwungen sei, ausländischen Gebietszugehörigen die Arbeitserlaubnis zu erteilen, um die Koalitionsfreiheit für Ausländer nicht auszuhöhlen. Von der Notwendigkeit der Grundrechtsfolge kann nicht auf die Notwendigkeit der Grundrechtsvoraussetzung geschlossen werden.

Der Staat hält mit dem Deutschengrundrecht des Art. 12 I GG den Schlüssel zu allgemeinen Grundrechten in der Hand: so zur Pressefreiheit, soweit sie der Ort beruflicher Betätigung als Journalist oder Verleger ist, oder zu den Grundrechten, die in der Universität als Berufsfeld und Ausbildungsstätte organisiert sind. Die Unterscheidung zwischen allgemeinen Grundrechten und Deutschengrundrechten bedarf also der Ergänzung durch die Unterscheidung zwischen Grundrechten, deren Entstehungsvoraussetzung mit der Einreise erfüllt ist, und solchen, deren Entstehungsvoraussetzung der Staat auch nach der Aufenthaltnahme noch in der Hand hält.

Im Ergebnis läßt sich die Stellung des ausländischen Individuums in der Grundrechtsordnung als die Ermöglichung zunehmender Status-Verfestigung kennzeichnen, dem auf der Seite des Staates ein System fortschreitender Selbstbindung entspricht.

V. Grundrechtsstandard der Verfassung und Mindeststandard des Völkerrechts

Die bisherigen Ergebnisse werden nicht von den allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts in Frage gestellt, die über Art. 25 GG in die innerstaatliche Rechtsordnung einbezogen sind. Das gilt auch dann, wenn man den Regeln Ver-

Ausländer eingestellt, so können diesem die rollenspezifischen Mitwirkungsrechte nicht vorenthalten werden. Soweit das Personalvertretungsrecht echte grundrechtlich legitimierte Koalitionsbetätigung ermöglicht, wird auch der Einwand hinfällig, daß die Mitgliedschaft im Personalrat ein öffentliches Amt darstelle, das der Ausländer nicht innehaben könne (so aber Molitor, Bundespersonalvertretungsgesetz, 1958², § 1/Anm. 2; § 10/Anm. 8). Wenn der Ausländer die Planstelle im öffentlichen Dienst übernehmen kann, ist auch die Ausübung des Mitbestimmungs-„Amtes“ vertretbar. Soweit sich aber Bedenken erheben, daß über die Personalvertretung sich deutsche Hoheitsgewalt auf Ausländer verlagern könne, so gelten diese Bedenken letztlich einer Hypertrophie der Mitbestimmung im öffentlichen Dienst schlechthin, nicht der Beteiligung der Ausländer. Ein begründetes Mißbehagen sucht den falschen Ausweg.

fassungsrang zuerkennt⁸⁹⁾. Sie gewährleisten dem Fremden nur einen Minimumstandard, den die Verfassung überschreiten darf und durchgehend überschritten hat. Sie erteilen dem Gesetzgeber nicht die Ermächtigung, einen höheren Grundrechtsstandard, wie er etwa im Bereich der Eigentums- und der Meinungsfreiheit gilt, auf einen niedrigeren völkerrechtlichen Minimumstandard zu senken⁹⁰⁾. Die eigentliche Bedeutung der grundgesetzlichen Rezeption des internationalen Fremdenrechts liegt darin, daß sich das Grundgesetz für eine Zukunft weltweiter Liberalisierung bereithält.

E. Der sozialstaatliche Status

I. Das soziale Staatsziel und der Angehörige eines fremden Staatsverbandes

1. Die Sozialstaatsklausel führt das Prinzip der sozialen Gleichheit in die Verfassung ein. Während die rechtsstaatliche Gleichheit im Freiheitsrecht bedeutet, stellt die soziale auf die gesellschaftlichen Bedingungen zur Freiheitsverwirklichung ab. Die grundrechtlich gewährleistete gleiche Freiheit ermöglicht tatsächliche gesellschaftliche Ungleichheit. Der Sozialstaat übernimmt die Verantwortung dafür, daß die rechtliche Freiheit Aller nicht zur tatsächlichen Freiheit Weniger verkümmert. Damit werden die grundrechtlichen Verbürgungen nicht abgeschwächt; sie erhalten vielmehr eine neue Dimension. Der Sozialstaat übernimmt die objektiv-rechtliche Garantie dafür, daß mit der rechtlichen Freiheitschance der Grundrechte auch eine reale Freiheitschance in den gesellschaftlichen Bedingungen korrespondiert.

Diese Garantenpflicht gilt nicht gegenüber dem Staatsverband, sondern gegenüber der Gesellschaft. Sie kommt nicht nur den Staatsbürgern, sondern auch den ausländischen Gesellschaftsbürgern zugute, die am Schutz der Grundrechte teilhaben, je nach dem Grad ihrer Status-Verfestigung⁹¹⁾. Die Teilhabe des Ausländers an den sozialstaatlichen Leistungen, etwa im Bereich der sozialen Sicherheit und der Daseinsvorsorge, hängt von der jeweiligen Dauer des Aufenthalts und dem

⁸⁹⁾ These des Verfassungsranges der „allgemeinen Regeln“: *Doehring* (N 11), S. 173—187 (mit Nachw. zu herrschender Gegenmeinung).

⁹⁰⁾ So aber *Doehring* (N 11), S. 167—172, 183, 187, 192 f.; ders., *ZaöRV* 25 (1965), 484. — Dazu kritisch *Tomuschat* (N 16), S. 55 f.

⁹¹⁾ Die Geltung der Sozialstaatsgarantie zugunsten ausländischer Gesellschaftsbürger setzt voraus: *BVerwG*, U. v. 3. 5. 1973, *DÖV* 1973, 859 (861).

Grad der gesellschaftlichen Integration ab⁹²⁾). Jedoch kommt dem fremden Staatsangehörigen als solchem keine spezifische sozialstaatliche Rolle zu. Er ist nicht von vornherein besonders sozial schutzbedürftig⁹³⁾). Ihm ist nicht a priori in den sozialstaatlich motivierten Umverteilungsprozessen der Platz auf der Nehmens- oder auf der Gebenseite zugewiesen.

2. Wenn der Sozialstaat bei der Vergabe knapper Güter Prioritäten setzt, so muß er Deutsche in den Bereichen bevorzugen, in denen sie bereits grundrechtlich einen Vorrang genießen. Dies ist der Fall bei der Vergabe von Studienplätzen, aufgrund des Deutschenrechts der freien Wahl der Ausbildungsstätte⁹⁴⁾). Jedoch ergibt sich damit nicht die Verpflichtung, den Ausländern Studienplätze so lange zu versagen, bis auch der letzte deutsche Bewerber Berücksichtigung gefunden hat⁹⁵⁾). Der grundrechtsermöglichende Verteilerstaat hat weiteren Entscheidungsspielraum als der grundrechtsbeschränkende Eingriffsstaat. Dagegen darf bei der Vergabe von existenznotwendigen Leistungen, auf die der Ausländer wie der Deutsche unentrinnbar angewiesen ist, etwa im Elementarbereich der Sozialhilfe und der Daseinsvorsorge, nicht nach der Staatsangehörigkeit differenziert werden⁹⁶⁾).

II. Das soziale Staatsziel und der Angehörige eines fremden Kulturkreises

1. Die Fragestellung und mit ihr die Funktion der Sozialstaatsgarantie wandelt sich, wenn der Ausländer nicht, wie

⁹²⁾ Daß der Ausländer zur Nutzung der öffentlichen Einrichtungen unter den gleichen Bedingungen zuzulassen ist, wie der Staatsangehörige, gehört zu den hergebrachten Grundsätzen des deutschen Verwaltungsrechts. S. bereits *Jordan* (N 1), S. 307; *von Mohl* (N 1), S. 634.

⁹³⁾ Von dieser Prämisse scheint jedoch *Zuleeg* auszugehen (DÖV 1973, 364, 366, 368).

⁹⁴⁾ Zur verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit, Deutsche bei der Studienzulassung zu bevorzugen: *Thieme*, Deutsches Hochschulrecht, 1956, S. 317.

⁹⁵⁾ Das BVerfG hält Numerus-clausus-Regelungen für zulässig, die einen bestimmten Prozentsatz der Studienplätze Ausländern vorbehalten (E 33, 303 [348]). S. dazu Art. 11 II 2 Staatsvertrag über die Vergabe von Studienplätzen v. 20. 10. 1972 (Saarl. ABl. 1973, 194); § 8 II 2 Saarl. Zustimmungsgesetz v. 28. 2. 1973 (Abl. S. 192) und § 13 Saarl. DurchführungsVO v. 29. 5. 1973 (Abl. S. 309).

⁹⁶⁾ Diesem Erfordernis genügt § 120 I BSHG. Zur Stellung des Ausländers im Sozialrecht mit Nachw.: *Schewe, Nordhorn und Schenke*, Übersicht über die Soziale Sicherung, 1970⁸, S. 253—258; *Wannagat*, Lehrbuch des Sozialversicherungsrechts I, 1965, S. 395—424; *Friedrichsen* (N 1), S. 221—250; *Ruppel* (N 72), S. 210—214; *Schiedermaier* (N 8), S. 593—610.

bisher, als Angehöriger einer fremden Rechtsgemeinschaft, sondern als Angehöriger eines fremden Kulturkreises betrachtet, wenn also das Merkmal der Fremdheit nicht als normatives, sondern als soziologisches Kriterium verstanden wird. Daß der Rechtsstaat niemanden benachteiligen darf, weil er sich nach Sprache, Heimat, Herkunft, Religion von der Mehrheit der deutschen Bevölkerung unterscheidet, ist nach Art. 3 Abs. 3 GG selbstverständlich. Offen ist aber, welche Impulse der Sozialstaat zur Bewältigung der Schwierigkeiten erteilt, die sich für den Fremden wie für das Gastland aus der Berührung unterschiedlicher Lebensformen ergeben können.

Bei konkreten Folgerungen aus der Sozialstaatsklausel ist Zurückhaltung geboten. Die Deduktionslust vieler Sozialstaats-Deuter weckt leicht die Vorstellung, daß die Sozialstaatsklausel in kaninchenhafter Fruchtbarkeit Leistungsansprüche und institutionelle Garantien gebäre⁹⁷⁾. Die soziale Staatszielbestimmung ist eine unvollständige Verfassungsnorm, die der Ausfüllung und Ausführung durch den politisch Handelnden bedarf. Die Sicht des politisch Handelnden, der den Verfassungsimpuls aufnimmt und in Aktionsprogramme umsetzt, ist dem Verfassungsexegeten verwehrt, der nicht politische Spekulation, sondern juristische Reflexion zu leisten hat. Die Überlegungen können daher eine bestimmte Abstraktionshöhe nicht verlassen.

2. a) Die sozialstaatlichen Impulse zur Integration der Ausländer sind notwendig determiniert durch die bevölkerungspolitischen Vorentscheidungen über Dauer und Ziel des Aufenthaltes. Die Sozialstaatlichkeit gibt ein gesellschaftspolitisches, kein bevölkerungspolitisches Mandat. Sie postuliert die Herstellung sozialer Gerechtigkeit in einer definierten Gesellschaft; sie leistet selbst nicht die Definition. — Eine systematische Assimilationspolitik gegenüber Fremden, die keinen Einwanderungsanspruch haben, verstößt gegen das rechtsstaatliche Konsequenzgebot⁹⁸⁾.

⁹⁷⁾ So leitet das BVerwG aus der Sozialstaatsklausel den Anspruch einer spanischen Großmutter darauf ab, die Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke der Betreuung ihrer Enkelkinder zu erhalten (U. v. 3. 5. 1973, DÖV 1973, 859 [861]). Proben waghalsiger Deduktions-Kunststücke bietet Zuleeg, der „aus dem Sozialstaatsgebot noch weitere Rechte des Ausländers fließen“ sieht: u. a. „ein Recht auf einen Platz im Kindergarten und ein Recht auf menschenwürdige Wohnung“ (DÖV 1973, 369).

⁹⁸⁾ Die bevölkerungs- und aufenthaltspolizeiliche Zielunsicherheit kennzeichnet insbesondere das Dilemma, eine Schulkonzeption für die Kinder ausländischer Arbeitnehmer zu finden und die sachge-

b) Das sozialstaatliche Ziel der „Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse“ enthält auch nicht den Auftrag, die Entstehung nationaler und kultureller Minderheiten zu verhindern und dazu etwa das Integrationsmedium der Schule einzusetzen. Der Sozialstaat ist kein Fichte'scher „Zwingherr zur Deutschtät“. Das sozialstaatliche Homogenitätsgebot bezieht sich nur auf die Herstellung der realen Bedingungen, unter denen individuelle Entfaltung und freie Differenzierung in einer offenen Gesellschaft möglich sind⁹⁹⁾.

c) Auf der anderen Seite entspricht es dem sozialen Staatsziel, daß der Staat, der dem Fremden für begrenzte Zeit Aufnahme gewährt und damit begrenzte Verantwortung übernimmt, Eingliederungshilfe leistet, dem mit deutschen Verhältnissen Unvertrauten die Selbstbehauptung in der deutschen Gesellschaft ermöglicht und zu „gesellschaftlicher Tüchtigkeit“ verhilft (um das Erziehungsziel des Art. 120 WRV zu apostrophieren)¹⁰⁰⁾.

d) Die Grundrechte gewährleisten dem Fremden wie dem Einheimischen die Wahrung seiner nationalen und kulturellen Eigenart. Besondere Bedeutung kommt dabei dem Elternrecht zu, das die souveräne Entscheidung über die Erziehungsziele den Eltern vorbehält und damit das eigentliche Rechtsfunda-

maße Lösung der Frage zu entwickeln, wieweit sich das Lehrprogramm an den Erfordernissen des Heimatstaates oder des Aufenthaltsstaates auszurichten hat. Die kulturpolitische Linke des Staates scheint nicht genau zu wissen, was die ausländerpolizeiliche Rechte tut. Dokumente dieser Unsicherheit: *Bundesminister für Bildung und Wissenschaft* (N 47), S. 1—6; *Ministerpräsident von Rheinland-Pfalz* (N 5), S. 7 f.; *Bay. Bericht* (N 4), S. 32 f.; *Ständige Konferenz der Kultusminister der Länder*, B. v. 3. 12. 1972 über den Unterricht für Kinder ausländischer Arbeitnehmer (Bay. GMBL. 1972, 50). Zur Schulproblematik: *Bingemer* (N 4), S. 130—132; *Diamant*, in: Klee (N 4), S. 58—103.

⁹⁹⁾ Daher läßt sich aus der Sozialstaatsklausel nicht das Gebot ableiten, der Bildung von Ausländervierteln („Türken-Gettos“) in den Städten entgegenzuwirken, solange diese Enklaven der Bevölkerungsminderheit die Wahrung ihrer eigentümlichen Lebensformen erlauben und die räumliche Absonderung nicht durch Diskriminierung oder wirtschaftliche Not erzwungen wird. Das soziale Staatsziel rechtfertigt den Schutz vor Verelendung, nicht aber den Oktroi deutscher Verhaltensmuster oder die kulturelle Absorption. — Auf der anderen Seite steht die Verfassung einer Gesellschaftspolitik nicht entgegen, die auf Integration ausgerichtet ist (s. auch N 103). Die Verfassung ist hier in weitem Maße offen.

¹⁰⁰⁾ Kataloge von Eingliederungshilfen zugunsten ausländischer Arbeitnehmer und ihrer Familien: „Grundsätze“ des Koordinierungskreises (N 5); Bericht des Ministerpräsidenten von Rheinland-Pfalz (N 5), S. 4—9.

ment des gesellschaftlichen Pluralismus bildet. Der Staat hat bei der Erfüllung seines eigenen Erziehungs- und Bildungsauftrags das Elternrecht der Ausländer zu achten¹⁰¹). Er folgt dem sozialstaatlichen Gebot einer wirksamen Grundrechtsermöglichung, wenn er als Träger der Schulhoheit den Bedürfnissen der ausländischen Minderheiten Rechnung trägt und für eine differenzierte Schulorganisation wie ein minderheitengemäßes Unterrichtsprogramm sorgt oder die Voraussetzungen dafür schafft, daß private Schulträger ein solches Bildungsprogramm anbieten können. Das soziale Staatsziel rechtfertigt auch die Annahme eines „besonderen pädagogischen Interesses“ an einer privaten Volksschule für Kinder einer fremden Bevölkerungsgruppe¹⁰²). Der staatlichen Schulaufsicht obliegt es, den für die deutsche Gesellschaft erforderlichen Homogenitätsstandard (im Lehrgegenstand wie im Lehrniveau) durchzusetzen¹⁰³). — Im Ergebnis macht es keinen Unterschied für die sozialstaatliche und die grundrechtliche Fragestellung, ob sich die kulturellen Minderheiten aus Staatsfremden oder aus Deutschen zusammensetzen¹⁰⁴).

¹⁰¹) Zum „publizistischen Schutz“ der Kulturansprüche größerer Bevölkerungsgruppen innerhalb des Schulsystems der Weimarer Verfassung: *Holstein AöR* 51 (1927), 215—219. — Zum aktuellen Verhältnis des Elternrechts zur staatlichen Schulhoheit: *BVerfG*, U. v. 6. 12. 1972, *NJW* 1973, 133 (134, 138); *OVG Berlin*, U. v. 7. 12. 1972, *NJW* 1973, 819 f.; *Oppermann*, Kulturverwaltungsrecht, 1969, S. 159, 262—264; *Ossenbühl AöR* 98 (1973), 368—380 (Nachw.).

¹⁰²) Das „besondere pädagogische Interesse“ (Art. 7 V GG) wird für private Volksschulen nationaler Minderheiten bejaht von *Oppermann* (N 101), S. 218. Zum Inhalt des „pädagogischen Interesses“ bei Minderheitenschulen: *OVG Lüneburg*, U. v. 27. 1. 1954, *DVB1.* 1954, 255 (256 — zu einer dänischen Schule in Südschleswig). — Unzutreffend dagegen: *Beschl. d. KMK* (N 98), Nr. 1.1.

¹⁰³) Der Vorbehalt der staatlichen Schulaufsicht (Art. 7 I GG) stellt klar, daß der Staat des Grundgesetzes nicht gewillt ist, über den Garantien der individuellen und gruppenmäßigen Differenzierung das Ziel der nationalen Integration zu vernachlässigen (noch heute grundlegend: *Holstein AöR* 51 [1927], 251 f.). Der grundrechtliche und sozialstaatliche Schutz der ausländischen Bevölkerungsteile begründet keinen Anspruch darauf, daß die Institutionen, die Kontinuität, Einheitsbewußtsein und Zukunftswillen Deutschlands verkörpern, aufgelöst werden, daß etwa die Spracheinheit im staatlichen Bereich aufgegeben wird.

¹⁰⁴) Die Grundrechtskonflikte, die auftreten, wenn ein Mohammedaner türkischer Nationalität durch die Arbeitsbedingungen seines deutschen Betriebs an der Einhaltung seiner religiösen Pflichten gehindert wird (Beisp.: *LAG Düsseldorf*, U. v. 14. 2. 1963, *JZ* 1964, 258 f.; dazu *Habscheid JZ* 1964, 246—249), können sich in gleicher Weise für einen deutschen Anhänger des Islam erheben. Der Ausgleich zwischen der Individualfreiheit des Ausländers und den Institutionen der deutschen Rechtsordnung, die auf die Bevölkerungs-

3. Das Ziel des Grundgesetzes, soziale Spannungen zu verhindern, wird nicht durch die Einebnung individueller und gruppenmäßiger Besonderheiten, sondern durch Erziehung zur Toleranz erfüllt. Die sozialstaatliche Garantenpflicht umfaßt auch die Aufgabe, innergesellschaftliche Diskriminierung oder erzwungene innergesellschaftliche Isolierung zu verhindern und Tendenzen zur Xenophobie entgegenzuwirken¹⁰⁵). Hier deckt sich das sozialstaatliche Programm mit den Zielen der grundrechtlichen Drittwirkung. Letztlich sind die Bedingungen für eine freie Selbstentfaltung des Fremden in der deutschen Gesellschaft nicht staatlich organisierbar. Sie hängen von der existentiellen Entscheidung jedes Gesellschaftsbürgers ab, ob er das Recht des Fremden als das Recht des Nächsten achten will. Freiheit und Gleichheit haben nur eine reale Chance, wenn das von ihrem Glanz verdunkelte dritte republikanische Ideal gesellschaftliches Leben erhält¹⁰⁶).

F. Der demokratische Status

I. Teilhabe an der Entscheidungsmacht des Staatsvolkes

Der status activus ist bisher offen geblieben. — Wenn Demokratie fordert, daß das Volk nicht nur Objekt der Staatsherrschaft, sondern auch ihr Subjekt sei — muß sie dann nicht

mehrheit zugeschnitten sind, bildet kein spezifisch ausländerrechtliches Minderheitenproblem. Entsprechendes gilt von der rechtlichen Bewältigung der Fragen, die sich aus der mangelnden Beherrschung der deutschen Sprache ergeben (zur Sprache im Verwaltungsverfahren: *Ebner* DVBl. 1971, 341—345; zu Sprachschwierigkeiten bei der Ausübung des betrieblichen Wahlrechts: *Schlessmann* DB 1964, 586 f.; *Halberstadt* DB 1965, 780 f.).

¹⁰⁵) Ein Programm, das auf diese Aufgabe ausgerichtet ist: UN-Konvention zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung v. 21. 12. 1965 (Ratifikation durch die Bundesrepublik Deutschland: BGBl. 1969 II, S. 961, 2211); dazu: *Partsch*, Rassendiskriminierung, 1971; *Ermacora*, Diskriminierungsschutz und Diskriminierungsverbot in der Arbeit der Vereinten Nationen, 1971 (Lit.). — Zu innergesellschaftlichen Diskriminierungsverboten aus völkerrechtlicher Sicht: *Schindler* (N 11), S. 149—153. Beispiele arbeitsrechtlicher Vorkehrungen zur betrieblichen Eingliederung ausländischer Arbeitnehmer und zum Schutz vor Benachteiligung: §§ 75 I, 80 I 7 BetrVerfG; § 56 I 1 BPersVertrG; §§ 70 II 1, 71 I f. Saarl. PersVertr.G. Zur rechtlichen Behandlung innergesellschaftlicher Diskriminierung (Zutrittsverbot zu Gaststätten): *Horstmann* und *Weber*, Staats- und Kommunalverwaltung 1967, S. 33—36, 63—67.

¹⁰⁶) Zur Fraternité in verfassungsrechtlicher und verfassungshistorischer Sicht: *Herbert Krüger*, in: Festgabe für Maunz, 1971, S. 249—265; *Fritz Werner*, in: Recht und Gericht in unserer Zeit, 1971, S. 78—90. — Zum „Recht des Nächsten“: *Erik Wolf*, in: Die Albert-Ludwigs-Universität Freiburg 1457—1957, 1957, S. 43—56.

dem Staatsfremden die volle politische Gleichstellung — vor allem im Wahlrecht — einräumen?

1. Das Grundgesetz schließt den Ausländer nicht ausdrücklich vom Wahlrecht aus, das es als „allgemeines“ gewährleistet. Gleichwohl deckt sich die Allgemeinheit der Wählerschaft nicht mit dem Kreis der Untertanen und Grundrechtsträger. Die demokratische Gleichheit hängt nicht vom Umfang der rechtsstaatlichen und der sozialen Gleichheit ab. Demokratie ist Herrschaftszuständigkeit, nicht Herrschaftsziel oder Herrschaftsgrenze, wie sie die soziale Rechtsstaatlichkeit markiert. Das demokratische System rechtfertigt sich nicht aus seinem Staatszweck (weder einem liberalen noch einem sozialen), sondern aus der selbstzweckhaften, ursprunghaften Souveränität des Volkes, das als Einheit vorausgesetzt wird¹⁰⁷). Demokratie empfängt ihre Identität aus dem Staatsverband¹⁰⁸). Das „Volk“ als Träger der Staatsgewalt wird durch die personale Dauerbeziehung der Staatsangehörigkeit, nicht durch die fluktuierende Gebietszugehörigkeit konstituiert¹⁰⁹). Die Teilhabe des Staats-

¹⁰⁷) Dagegen hält *Zuleeg* das demokratische Verfassungsprinzip nur für ein Instrument der Sozialstaatlichkeit — mit der Folge, daß das Wahlrecht nach sozialen Bedürfnissen verliehen werden soll (DÖV 1973, 370). Die Verleihung des Wahlrechts an Ausländer (mit unterschiedlichen Vorbedingungen) sehen als verfassungsrechtlich zulässig an: *Dolde* (N 15), S. 72—78 (widersinnige Zulassung des passiven Wahlrechts, bei Ausschluß des aktiven); ders. DÖV 1973, 372.

¹⁰⁸) Eine Gegenlösung entwickelte die Sowjetverfassung von 1918, die an die Stelle des Staatsverbandes die „Gesellschaft aller Werktätigen in Rußland“ treten ließ und die Staatsangehörigkeit als Grundlage der politischen Rechte durch die Klassenzugehörigkeit ersetzte. Wenn damit Ausländer, die sich in der Sowjetunion zwecks werktätiger Beschäftigung aufhielten, das Wahlrecht bekamen, wurde es den einheimischen Klassenfeinden entzogen (V 10, 20, XIII 64 f. Verfassung v. 10. 7. 1918). Eine Aufhebung der politischen Abgrenzungen im kosmopolitischen Sinne wurde also nicht angestrebt. — Zu diesem Verfassungskonzept, das die geltende Verfassung von 1936 (Art. 34) nicht mehr übernommen hat: *Maklerow-Timaschew u. a.*, Das Recht Sowjetrußlands 1925, S. 39 f.; *Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 1929² (Nachdr. 1963), S. 18; *Carl Schmitt* (N 58), S. 234.

¹⁰⁹) Art. 20 II 1 GG meint in seinem „Volks“-Begriff, an den Art. 21 I 1 und Art. 38 I 2 GG anknüpfen, den Verband der Staatsangehörigen, während Art. 20 II 2 GG den engeren Kreis der stimmberechtigten Staatsangehörigen, die Aktivbürgerschaft, zum Gegenstand hat. Vgl. *von Mangoldt-Klein* (N 65), S. 593, 595; *Maunz*, in: M-D-H (N 27), Art. 20/Rn 48 f.; *Wernicke*, in: BK, Stand 1972, Art. 20/II 1 c; *Tomuschat* (N 16), S. 56—63. Das Wahlrecht wird von Verfassungen wegen den Staatsangehörigen vorbehalten: *Hesse* (N 64), S. 59; *Schmitt Glaeser*, Mißbrauch und Verwirkung der Grundrechte im politischen Meinungskampf, 1968, S. 185 f.; *Maunz a. a. O.*, Art. 38/

angehören an der Selbstbestimmung des Staatsverbandes ist der Ausgleich für seine lebenslange, unentrinnbare Angewiesenheit auf den Verband. Die Angewiesenheit begründet wiederum die Erwartung, daß der Einzelne seine demokratische Freiheit im Dienst des Gemeinschaftswesens ausüben werde, von dessen Zukunft sein eigenes Los abhängt.

Legitimation und Ethos der Demokratie entfallen, wenn das Wahlrecht von der Staatsangehörigkeit gelöst und Verbandsfremden zugestanden wird. Die Grenze zwischen demokratischer Selbstbestimmung des Staatsverbandes und demokratiewidriger Fremdbestimmung durch Außenstehende wird überschritten. — Mit der Verleihung des Wahlrechts an Ausländer bilden sich zwei Klassen von Aktivbürgern: auf der einen Seite der ausländische Transitbürger, der nicht unbedingt auf die deutsche politische Organisation angewiesen ist, und der sich den Folgen seiner Entscheidungen jederzeit durch Rückzug in sein Heimatland entziehen kann¹¹⁰), auf der anderen Seite der deutsche Staatsbürger auf Lebenszeit, der diese Folgen unentrinnbar zu tragen hat¹¹¹).

Rn 39; *Tomuschat* a. a. O., S. 56 f.; *Papke* NJW 1960, 2337; *Ruppel* (N 72), S. 23 f., 186—188; *Rose* JR 1973, 226; *Schiedermair* (N 8), S. 446 f.; *Thieme* (N 49), S. 64 (anders aber S. 88—90); *Behrend* DÖV 1973, 376 f.

Der Ausschluß der Ausländer von der Entscheidungsgewalt des Staatsvolkes entspricht der Tradition der deutschen Staatsrechtslehre und Allgemeinen Staatslehre: *Jordan* (N 1), S. 317; *von Mohl* (N 1), S. 626, 628; *Georg Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 1914³, (7. Nachdr. 1960), S. 723; *Anschütz*, Die Verfassungsurkunde (N 58), S. 99; ders., Komm. (N 58), S. 510 f., 513; *Hatschek* (N 58), S. 266 f.; *Laun*, in: *Anschütz-Thoma I* (N 58), S. 244; *Strupp*, ebd., S. 275, 278; *Sartorius*, ebd., S. 281; *Thoma*, in: *Nipperdey* (N 58), S. 27; *Carl Schmitt* (N 58), S. 168 f.; *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, 1925 (Nachdr. 1966), S. 159; *Kotthaus*, Die Rechtsstellung der Ausländer in der Weimarer Verfassung . . ., Diss. Erlangen 1933, S. 25 f. Skepsis gegenüber der herkömmlichen Anknüpfung der politischen Rechte an die Staatsangehörigkeit äußern: *von Frisch* (N 1), S. 116 f., 352—356; *Kelsen* (N 108), S. 17 f.; *Grabitz* (N 10), S. 25—54, 106—116.

Das Völkerrecht fordert die Zuweisung eines status activus an Fremde nicht: *von Liszt*, Das Völkerrecht, 1904³, S. 202; *Berber* (N 9), S. 382; *Menzel*, Völkerrecht, 1962, S. 203; *Kimminich*, Archiv des Völkerrechts 10 (1962/63), S. 134—137; *Schindler* (N 11), S. 12 f.; *Thomsen*, Die politische Betätigung von Ausländern nach deutschem Verfassungs- und Verwaltungsrecht, Diss. Bonn 1968, S. 5—32 (Nachw.).

¹¹⁰) Vgl. *Tomuschat* (N 16), S. 60.

¹¹¹) Dieser Unterschied wird nicht dadurch verwischt, daß für den Deutschen, der innerhalb des Bundesgebiets umzieht, das Wahlrecht für das jeweilige Landes- oder Kommunalparlament dem Wohnsitz folgt. Der Deutsche verläßt damit nicht den gesamtstaatlichen Verband, der die Länder und Kommunen als Gliedverbände um-

2. Wenn der ausländische Bewohner des Bundesgebiets den deutschen Gesetzen Gehorsam schuldet, so ist es kein Gebot kompensatorischer Konsequenz, daß er deshalb die Gesetze auch mitgestalten müsse. Die Kompensation für die Herrschaft der Rechtsordnung ist der Schutz durch die Rechtsordnung¹¹²). Der soziale Rechtsstaat wiegt den status passivus durch die Zuweisung des status positivus und negativus auf.

Allerdings dürfen dem Ausländer auch nicht die Lasten aufgebürdet werden, die aus der Mitgliedschaft im Staatsverband erwachsen und die in der demokratischen Solidarität begründet sind: wie die Pflicht zur Übernahme öffentlicher Ehrenämter und die Wehrpflicht¹¹³). Die Überwälzung von Verbandslasten und die Einräumung von Verbandsvorteilen drängten den Ausländer in den Zustand faktischer Doppelstaatlichkeit, stürzten ihn in Loyalitätskonflikte und wirkten als planmäßige Desintegration von seinem Heimatstaat. Ein solches Vorgehen verletzte allgemeines Völkerrecht, das über Art. 25 GG auch staatsrechtlich wirksam ist.

schließt, sie zu einer politischen wie wirtschaftlichen Schicksalsgemeinschaft eint und ihre wechselseitige Solidarität fordert. Da die Gliedkörperschaften der Föderation verfassungsrechtlich homogen sind, können die Bürger ein gemeinsames Indigenat beanspruchen, wie es Art. 28, 33 I, 38 GG statuieren. Die Bedingungen der bundesstaatlichen Solidarität und Homogenität sind im Rahmen der völkerrechtlichen geordneten Staatenwelt nicht erfüllt — auch nicht im Rahmen der Europäischen Gemeinschaften nach ihrem gegenwärtigen Entwicklungsstand (zum Marktbürger ohne Aktivbürgerrecht und zur „Gemeinschaft ohne Gemeinschaftsvolk“: *Ipsen* [N 10], S. 252 f., 997—999; *Grabitz* [N 10], S. 88 f.).

¹¹²) Der Gedanke einer Rechte-Pflichten-Äquivalenz im Ausländerstatus (allerdings verdeckt unter dem finanzrechtlichen Äquivalenzprinzip) klingt an bei *von Mohl* (N 1, S. 635 f.); *Isay* (N 28), S. 55—60; *dems.* (N 77), S. 37. Die Kompensation der Rechtslasten gegen die Rechtsvorteile wird formuliert in § 24 Sächs. Verf. 1831 (N 50).

¹¹³) Die Einbeziehung von Ausländern in die Wehrpflicht wird aus völkerrechtlichen Gründen (zumindest für den Regelfall) abgelehnt von: *Jaenicke* und *Doehring*, ZaöRV 16 (1955/56), 523—566; *Doehring* Art. „Wehrpflicht“, in: WbVR I (N 19), S. 813, 816 (Bedenken gegen § 2 I WehrpflichtG); *ders.* (N 11), S. 181; *Verdroß* (N 19), S. 369; *Berber* (N 9), S. 383. — Ähnlich aus staatsrechtlicher Sicht: *Anschütz*, Komm. (N 58), S. 513; *Zachariae* (N 25), S. 271; *Thieme* (N 49), S. 63; Gegenansicht: *Wengler*, Völkerrecht II, 1964, S. 946 f., 1006; *Menzel* (N 109), S. 203. Wenn über konkrete, rechtlich sanktionierte Staatsbürgerpflichten hinaus noch eine allgemeine Treupflicht des Staatsbürgers angenommen wird, der ein Fremder nicht unterliegt (s. etwa *Berber*, N 9, S. 382 f.; *Thieme* [N 49], S. 63 f.), so ist diese, bei juristischem Lichte betrachtet, „nur ein ethisch-politisches Postulat ohne rechtliche Bedeutung“ (*Kelsen*, [N 109], S. 159; ähnlich *Georg Jellinek* [N 8], S. 198).

3. Mit der Verleihung des Wahlrechts an eine Personengruppe, der kein gesichertes Aufenthaltsrecht zusteht, fiele der Exekutive, die über den Aufenthalt entscheidet, die Macht zu, über die Wählerstruktur zu verfügen. Aufenthaltspolitik könnte unkontrollierbar in den Dienst der wahlstrategischen Machtbehauptung gestellt werden — als neuartige „überlegale Prämie auf den legalen Machtbesitz“ der amtierenden Exekutivspitze¹¹⁴). Die demokratische Gleichheit setzt daher notwendig die volle rechtsstaatliche Gleichheit voraus, zu der auch die grundrechtliche Gleichstellung im Aufenthaltsrecht, in der Freizügigkeit wie in der beruflichen Niederlassungsfreiheit gehört.

II. Ausübung staatlicher Ämter

Das Junktim zwischen der Zugehörigkeit zum Staatsverband und der Teilhabe an der demokratischen Herrschaft wird vom Grundgesetz nicht durchbrochen, wenn es dem Ausländer den Zugang zum öffentlichen Dienst nicht schlechthin versperrt und bei „dringendem dienstlichen Bedürfnis“ auch der Verbeamtung nicht entgegensteht¹¹⁵). Der Amtswalter der Exekutive übt nur abgeleitete, weisungsgebundene, entziehbare öffentliche Gewalt aus — im Gegensatz zum Aktivbürger, dem originäre, souveräne Entscheidungsmacht zukommt. Im übrigen sind Organwalterstellungen auf der Ebene der Staatsorgane den Ausländern verschlossen, auch wenn das Grundgesetz nur für den Bundespräsidenten ausdrücklich die Deutscheineigenschaft vorschreibt¹¹⁶). Wenn die Identität von Regierenden und Regierten unerfüllbares Ideal bleibt, so muß mindestens das

¹¹⁴) Dazu *Carl Schmitt*, *Legalität und Legitimität* (1932), in: *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, 1958, S. 283—293.

¹¹⁵) Vgl. § 4 II BRRG, § 7 II BGB. Zur verfassungsrechtlichen Stellung des Ausländers im Negativbereich des Art. 33 II GG: Nachw. bei *Dolde* (N 15), S. 79.

¹¹⁶) Nur formalistische Verfassungsauslegung kann zu dem Umkehrschluß aus Art. 54 I 2 GG führen, daß Bundeskanzler, Bundesminister, Parlamentsabgeordnete und sonstige höchste Organwalter in Bund und Ländern nicht Deutsche sein müßten (so aber *Thieme* [N 49], S. 88; *Friedrichsen* [N 1], S. 279; *Dolde* [N 15], S. 72—82). Diese Auslegung verkennt die Bedingungen demokratischer Repräsentation. Insbesondere ist es in diesem Zusammenhange verfehlt, den Rechtsgedanken des Art. 33 II GG zu bemühen (so aber *Dolde* a. a. O., S. 74). Von der Ebene des öffentlichen Dienstes führt keine Analogiebrücke auf die Ebene der Staatsorgane. Auf der ersten Ebene dominieren die Regeln der rechtsstaatlichen Gleichheit (Art. 33 II GG), auf der zweiten die der demokratischen Repräsentation. Die Besetzung der Staatsorgane folgt nicht den formalisierten Eignungskriterien des Art. 33 II GG, sondern den Regeln materialer Legitimation, die der souveräne Wille des Staatsvolkes verleiht, die aber auch die Zugehörigkeit zum Staatsvolk voraussetzt.

demokratische Gebot der Homogenität von Volk und Volksrepräsentanten verwirklicht werden.

Im Ergebnis bleibt nur ein Weg offen, um dem Ausländer das Wahlrecht zu verschaffen: die Einbürgerung. Mit der Einbürgerung allerdings endet auch die staatsrechtliche Stellung als Ausländer.

III. Mitbestimmung in unterstaatlichen Verbänden

Der Ausschluß des Fremden von demokratischen Teilhaberechten gilt auch auf der Ebene der kommunalen Gebietskörperschaften¹¹⁷⁾. Diese sind heute gerade im Zeichen der Demokratie völlig staatshomogen strukturiert; sie verkörpern kein staatsfremdes, „gesellschaftliches“ Prinzip mehr¹¹⁸⁾.

Soweit sich Mitgliedschafts- und Repräsentationsrechte in Verbänden aus dem demokratischen Prinzip herleiten und sich in ihnen die Herrschaft des Staatsvolkes ausprägt, sind sie dem Ausländer schlechthin unzugänglich¹¹⁹⁾. Sie stehen ihm dagegen

¹¹⁷⁾ Der vom Homogenitätsgebot des Art. 28 GG vorgeschriebenen Beschränkung des kommunalen Wahlrechts auf Träger des staatlichen Wahlrechts entspricht das allgemeine deutsche Landesrecht (vgl. für Bayern: Art. 15 II, 17 GO, Art. 1 I, 5 I GemeindewahlG, für Nordrhein-Westfalen: §§ 6 II, 29 GO, §§ 7, 12 KommunalwahlG; für das Saarland: §§ 17 II, 30 I GO, §§ 12, 16 KommunalwahlG; weit. Nachw.: *Dolde* [N 15], S. 75).

Dagegen wird die Verleihung des kommunalen Wahlrechts an Ausländer als verfassungsrechtlich zulässig (oder sogar als geboten) dargestellt von: *Dolde* (N 15), S. 78; *Zuleeg* DÖV 1973, 370. Politische Forderungen nach der Zuweisung kommunalen Wahlrechts für Ausländer nach bestimmter Aufenthaltsdauer: *Geiselberger* (N 4), S. 202, 209; *Marqués*, in: *Klee* (N 4), S. 175—183; *Europa-Union*, s. Europa-Union-Korrespondenz 1971—1, S. 3. — Die zutreffende Gegenthese, daß der Ausländer verfassungskräftig vom Kommunal-Wahlrecht ausgeschlossen ist, vertritt *Behrend* (DÖV 1973, 376—378).

¹¹⁸⁾ Zur Staatshomogenität der Gemeinden als Einheiten „mittelbarer Staatsverwaltung“ und zum Verlust ihres „gesellschaftlichen“ Charakters: *Peters*: Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preußen, 1926, S. 43, 56, 60, 126; *Smend* (N 59), S. 271; *Köttgen*, in: *Peters*, HbKWP I, 1956, S. 194 f., 217; *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts I, 1973¹⁰, S. 475—524; *Werner Weber*, Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart, 1967², S. 59, 62 f., 68; *Scholz*, Das Wesen und die Entwicklung der gemeindlichen öffentlichen Einrichtungen, 1967, S. 49 f.; *Isensee* (N 51), S. 241 f. (Nachw.); *Scheuner* AfK 12 (1973), 7 f., 9 f.

¹¹⁹⁾ Wenn die Ausländer auch von der Ausübung der demokratischen Hoheitsgewalt im unmittelbar wie im mittelbar staatlichen Bereich ausgeschlossen sind, so ist ihnen damit nicht die *organisierte Interessenwahrnehmung* versagt. — Es ist von Verfassungen wegen unbedenklich, daß eine Gemeinde ihren ausländischen Einwohnern ein offizielles Vertretungsgremium schafft und diesem Beratungsfunktionen und Anhörungsrechte zuweist (Beisp.: „Ausländerbeirat“ der Stadt Nürnberg — dazu Satzung über den Ausländer-

offen, soweit sie sich aus der Grundrechtsfreiheit legitimieren, an der er — je nach dem Grad seiner Status-Verfestigung — teilhat, und soweit die Mitgliedschaftsrechte von einer bestimmten gesellschaftlichen Rolle abhängen, die er übernehmen kann.

Wenn der ausländische Arbeitnehmer der Zwangsmitgliedschaft in der Sozialversicherung und der ausländische Unternehmer der Zwangsmitgliedschaft in einer Berufskammer unterworfen wird, so ist es Gebot rechtsstaatlicher Konsequenz, daß auch die jeweiligen Selbstverwaltungsrechte unverkürzt eingeräumt werden¹²⁰). — Die Universität ist als Institution der Forschung und Lehre organisierte Grundrechtssubstanz, nicht Stätte demokratischer Machtausübung. Folglich kann es bei den akademischen Bürgerrechten nicht auf die Staatsangehörigkeit ankommen¹²¹). — Die Rundfunkverfassung verwirklicht nicht Medienherrschaft des Staatsvolkes, sondern repräsentativ wahrgenommene Grundrechtsfreiheit¹²²). Deshalb kön-

beirat v. 24. 5. 1973, Amtsblatt der Stadt Nürnberg v. 30. 5. 1973, S. 93; vgl. auch Erlaß des *bad.-württ. Innenministeriums* v. 8. 7. 1971 betr. Beteiligung von Ausländern an kommunalen Geschehen). Der Spielraum zulässiger Partizipations-Möglichkeiten ist weit. Die Grenze ist aber überschritten, wenn die unmittelbare Teilhabe an den Entscheidungen der Verbandsgewalt übertragen wird. So darf ein Gemeinderat einen Ausländer als Sachverständigen zu seinen Sitzungen beiziehen (s. § 48 SaarlGO); jedoch kann er ihm kein Stimmrecht verschaffen.

Auf der anderen Seite verbürgt die Verfassung in den allgemeinen Grundrechten den Ausländern ein unentziehbares Minimum an politischen Einflußchancen; diese liegen insbesondere in Art. 5 und 17 GG. — Zur Ausländergeltung des Art. 5 GG s. u. N 127. Zur Ausländergeltung des Art. 17 GG: *Ruppel* (N 72), S. 188—190 (Nachw.); *Dolde* (N 15), S. 155—159. Anderer Ansicht zu Art. 126 WRV: *Stier* (N 58), S. 713—715.

¹²⁰) Unvereinbar mit diesem Gebot sind die gesetzlichen Regelungen, die den Ausländer vom passiven Wahlrecht ausschließen — so von der Wählbarkeit zur Handwerkskammer (§§ 97 I 1 d, 99/3 HandwO), zum Gesellenausschuß (§ 71 I 1 HandwO) und zu den Selbstverwaltungsorganen der Sozialversicherung (§ 17 I 1 Gesetz über die Selbstverwaltung auf dem Gebiet der Sozialversicherung). — S. auch o. N 88 (Wählbarkeit nach Personalvertretungsrecht).

¹²¹) Dieser Folgerung entspricht das geltende deutsche Hochschulrecht (vgl. § 6 Hamburger UniversitätsG v. 25. 4. 1969; § 4 Nordrhein-Westf. HochschulG v. 7. 4. 1970; § 51 Saarl. UniversitätsG v. 7. 7. 1971; Art. 1—31 Verfassung der Universität des Saarlandes v. 6. 7. 1972. S. auch *Bussiek*, Deutsche Universitätszeitung 1964/Heft 11, S. 3 f.; weit. Nachw.: *Dolde* [N 15], S. 83—87). — Zur Prämisse der grundrechtlichen Substanz (Art. 5 III GG) der Universitätsorganisation: *BVerfG*, U. v. 29. 5. 1973, JZ 1973, 456—462.

¹²²) Die ausländischen Träger der Rundfunkfreiheit werden als Angehörige der gesellschaftlich relevanten Gruppen (als Arbeitnehmer, als Mitglied einer Religionsgemeinschaft etc.) repräsentiert. Der ausländische Bevölkerungsteil als solcher ist dagegen nicht „re-

nen ausländische Angehörige gesellschaftlich relevanter Gruppen nicht von der Vertretung in Rundfunkgremien ausgeschlossen werden¹²³).

Anders stellt sich dagegen die Rechtslage für die politischen Parteien dar. Sie erlangen ihre Sonderstellung, die sie über den schlicht grundrechtlichen Vereinsstatus emporhebt, aus ihrem demokratischen Mandat, an der politischen Willensbildung des Staatsvolkes teilzunehmen. In den Fällen, in denen diese Teilnahme bereits die Entscheidung der Aktivbürgerschaft wirksam mediatisiert und verbindlich einengt, ist dem ausländischen Parteimitglied kraft Verfassungsrecht jede Mitwirkung verwehrt; so ist es insbesondere von der Aufstellung der Wahlvorschläge ausgeschlossen¹²⁴). Der Gesetzgeber trafe die verfassungsrechtlich angemessene Lösung, wenn er den Parteien überhaupt die Aufnahme von Ausländern versagte.

levant“. Er ist sub specie der Rundfunkfreiheit auch nicht vertretungsfähig, weil er nicht hinreichende Homogenität aufweist; seine Gemeinsamkeit beschränkt sich auf ein Negativum — das Fehlen der deutschen Staatsangehörigkeit. Die Repräsentation ausländischer Grundrechtsträger kann nur in den Beziehungen erfolgen, die sie mit dem deutschen Gemeinwesen verbinden, nicht in denen, die sie von ihm trennen.

¹²³) Die Mitgliedschaft im Rundfunkrat wird vom passiven Wahlrecht zum Landtag abhängig gemacht von Art. 6 IV BayRundfunkG i. d. F. v. 1. 3. 1972 und von § 6 IV Satzung der Rundfunkanstalt „Sender Freies Berlin“ v. 12. 11. 1953. — Zur Prämisse der grundrechtlichen Fundierung der Rundfunkverfassung in Art. 5 I GG: BVerfGE 12, 205 (259—264).

¹²⁴) Die Beschränkung des Rechts zu Wahlvorschlägen auf die wahlberechtigten Parteimitglieder (§ 22 I BWahlG) ist grundgesetzlich geboten. Von Verfassungs wegen vorgegeben ist darüber hinaus, daß eine politische Partei, die als demokratisches Kreativorgan die Vorzugsstellung nach Art. 21 GG genießen will, sich zumindest mehrheitlich aus Angehörigen des Staatsverbandes rekrutieren muß (verfehlt daher die Kritik an § 2 III 1 ParteiG bei *Dolde* [N 15], S. 142 f.; *Zuleeg* DÖV 1973, 370).

Der Deutschenvorbehalt des Art. 21 GG duldet nicht dasselbe Maß an Gleichstellungsmöglichkeiten für Ausländer wie etwa der entsprechende Vorbehalt des Art. 12 GG, da sich die Parteifreiheit wesentlich aus der Zugehörigkeit zum Staatsvolk legitimiert. Mit diesem Status-activus-Recht stehen sowohl die Identität des demokratischen Verbandes als auch die Integrität der demokratischen Willensbildung auf dem Spiel. Wenn die Parteien dazu berufen sind, in bestimmtem Maße die Aktivbürgerschaft zu mediatisieren, so müssen sie in ihrer Mitgliedstruktur wie ihrer „inneren Ordnung“ (Art. 21 I 2 GG) demokratie-konform verfaßt sein. Dazu gehört, daß die Mitgliedschaft (zumindest grundsätzlich) nur Aktivbürgern zukommt und daß die partei-interne Willensbildung gegen Fremdsteuerung vom Ausland her abgesichert ist.

IV. Demokratischer Aspekt der Freiheitsgrundrechte

1. Es ist heute ein verfassungsdogmatischer Gemeinplatz, daß alle Freiheitsgrundrechte auch eine demokratische Komponente enthalten. Dieser Ansatz erklärt den Versuch, die politischen Gehalte der allgemeinen Freiheitsrechte nur dem Staatsbürger vorzubehalten und den Ausländer, der vom demokratischen Entscheidungsverfahren ausgeschlossen ist, auch aus dem Vorraum der demokratischen Willensbildung zu verdrängen, in den ihn die allgemeinen Grundrechte, insbesondere die Meinungsfreiheit, hineinführen¹²⁵). Immerhin hat der Verfassungsgeber dem demokratischen Vorrang der Deutschen auch grundrechtlich dadurch Rechnung getragen, daß er nur ihnen die kollektiv organisierte wie die beruflich wahrgenommene Meinungsäußerung grundrechtlich gewährleistet¹²⁶). Kann der demokratische Integrationsprozeß vor dem Einfluß Verbandsfremder abgeschirmt werden, wenn diesen etwa über die allgemeinen Grundrechte (wie die Pressefreiheit) öffentliche Meinungsmacht zuwächst?

2. Das Integrationsargument hat nicht die Kraft, rechtsstaatliche Verfassungsgewichte zugunsten der demokratischen zu verschieben. Im Grundrechtsbereich ist jede Freiheitsäußerung um ihrer selbst willen geschützt; es gilt weder das Privileg noch die Diskriminierung des Politischen. Stünden die Grundrechte der Ausländer unter dem Vorbehalt ihrer demokratischen Relevanz oder ihrer Integrationsbedeutung, wären sie praktisch hinfällig, weil schlechthin keine Grundrechtsausübung im Wirkungszusammenhang des Privaten und des Öffentlichen, des Gesellschaftlichen und des Staatlichen angenommen werden könnte. Das Erfordernis eines „allgemeinen

¹²⁵) Die „öffentliche“ („große“) Meinungsfreiheit wird als demokratisches Teilhaberecht gedeutet und dem Ausländer abgesprochen von: Ridder, Meinungsfreiheit, in: GR II, 1954, S. 269; ders., Art. „Meinungsfreiheit“, in: Staatslexikon V, 1960⁸, Sp. 651; Tomuschat (N 16), S. 57—63; Erbel, JuS 1971, 35.

¹²⁶) Die differenzierte Grundrechtsgeltung verlangt die sorgfältige Klärung der Grundrechts-Konkurrenzen. Wenn dem Ausländer die Pressefreiheit als solche zusteht, so fällt die berufliche Pressetätigkeit in den Deutschenvorbehalt des Art. 12 I GG (verfehlt: Rebe, Die Träger der Pressefreiheit nach dem Grundgesetz, Diss. Berlin 1968, S. 74; Rolvering [N 6], S. 44 f.). Wenn der Staatsfremde die Meinungsfreiheit genießt, so hat er damit nicht auch die grundrechtlich gesicherte Möglichkeit, diese im Rahmen der Versammlung, des Vereins oder der politischen Partei — im Schutzbereich der Deutschenrechte der Art. 8, 9, 21 GG — auszuüben (sachgerecht zum Verhältnis des Art. 5 I zu Art. 8 I GG: OVG Münster, U. v. 13. 1. 1970, DÖV 1970, 344—346). — Zum Grundrechts-Ausschluß der ausländischen Staaten und ihrer Funktionsträger s. o. N 51.

Gesetzes“ läßt ausländerspezifische Eingriffe in die politische Meinungsfreiheit nicht zu¹²⁷). Die Reduzierung der allgemeinen Meinungsfreiheit auf ein Aktivbürgerrecht läßt sich auch nicht durch den Kunstgriff einer Analogie von den Aktivbürgervorbehalten des Wahlrechts oder der Parteifreiheit her erreichen¹²⁸). Der Freiheitsstandard des Ausländers ist aus diesem Grunde vor den Launen der außenpolitischen Entwicklung und den Schwankungen der Machtkonjunkturen gesichert¹²⁹). Wo Meinungsäußerungen von Fremden die außenpolitischen Beziehungen belasten, muß der demokratische Rechtsstaat diese Grundrechtslast tragen¹³⁰).

¹²⁷) § 6 II, III AuslG enthält nicht das Verbot (bzw. die Verbots-ermächtigung) für bestimmte politische Meinungsbekundungen. Diese Norm erfüllt nicht die Voraussetzungen eines „allgemeinen Gesetzes“ im Sinne des Art. 5 II GG — so zutreffend: *Tomuschat* (N 16), S. 51—53; *Kanein* (N 17), S. 73; *Weißmann*, Ausländergesetz, 1966, S. 82; *Ruppel* (N 72), S. 164—171; *Dolde* (N 15), S. 186—198; ders., DÖV 1973, 369; *Rolvering* (N 6), S. 48—51, 86—95; *Zuleeg* DÖV 1973, 369. Gegenthese (§ 6 II, III AuslG als „allgemeines Gesetz“): *Kloesel-Christ* (N 17), § 6/3; *Thomsen* (N 109), S. 67—88; *Heuer*, Politische Betätigung von Ausländern und ihre Grenzen, 1970, S. 29—31.

¹²⁸) Vgl. die von *Smend* inspirierte Deutung der „Öffentlichen Meinungsfreiheit“ im Lichte der Parteifreiheit bei *Ridder* (N 125), S. 249—266.

¹²⁹) Das Grundrecht des Art. 5 I GG läßt auch nicht Abstufungen danach zu, ob sich eine Meinungsäußerung des Ausländers auf das politische Leben Deutschlands oder das seines Heimatstaates bezieht. Eine solche Unterscheidung könnte in der Realität ohnehin selten trennscharf vollzogen werden. Die Stringenz und die Allgemeinheit der Meinungsfreiheit verhindern, daß die Bundesrepublik gegenüber ihren ausländischen Untertanen das Maß der Grundrechtsausübung nach außenpolitischer Staatsraison — willfährig gegenüber Empfindlichkeiten totalitärer Regierungen — festsetzen darf.

Dagegen übernimmt die Bundesrepublik grundsätzlich keine Schutzpflicht für den Fall, daß ein Ausländer, der sich auf deutschem Boden nach deutschem Verfassungsrecht legal betätigt, sich dafür Sanktionen seines Heimatstaates zuzieht. Dieses Risiko liegt jenseits der Regelungsmacht deutscher Staatshoheit und der Reichweite deutscher Grundrechte. Daher geben die allgemeinen Grundrechte auch dem Ausländer nicht die Möglichkeit, sich vom Bundesgebiet aus durch Provokationen des Heimatstaates die Voraussetzungen des Asylrechts zu erschleichen. Eine vorsichtige und zurückhaltende Verwaltungspraxis hat hier Grundrechtsmißbrauch zu verhindern. An eine Asylvoraussetzung, die erst während des Aufenthalts im Bundesgebiet entstanden ist, sind strengste Maßstäbe zu legen (s. *BVerfGE* 9, 174 [181]).

¹³⁰) Das *BVerwG* weist für den Fall, daß die Grundrechtsausübung von Ausländern außenpolitische Ungelegenheiten heraufbeschwört, auf die Aufgabe der Bundesregierung hin, sich auf diplomatischem Wege um Verständnis für eine bindende verfassungsrechtliche Lage zu bemühen und eine einvernehmliche Regelung der Schwierigkeiten zu suchen (U. v. 3. 5. 1973, DÖV 1973, 862 f.).

Wenn die demokratischen Verfassungsbestimmungen dem Ausländer die Freiheit der politischen Tat versagen, so müssen ihm die rechtsstaatlichen die Freiheit des politischen Wortes erst recht gewährleisten, damit die Herrschaft, an der er nicht teilhat, gemildert und erträglich wird. — Die allgemeinen Freiheitsrechte sind Vertrauensbekundungen des Verfassungsgebers — auch gegenüber den Verbandsfremden. Das demokratische Prinzip gestattet nicht, den Ausländern das grundrechtliche Vertrauen zu entziehen und das Wagnis der Rechtsstaatlichkeit zu verringern.

G. Schluß — Ordnungsdefizit und Verfassung

Die kargen Ergebnisse der verfassungsrechtlichen Überlegungen müssen den enttäuschen, der im Grundgesetz das ausländerpolitische Konzept zu finden hofft, das die verantwortlichen politischen Instanzen bisher schuldig geblieben sind. Das gefährliche Regelungsvakuum läßt sich nicht mit grundgesetzlichen Wertungen füllen. Der soziale Konfliktstoff kann nicht über verfassungsrechtliche Deduktionen entschärft werden. Die Verfassung richtet grundrechtliche, sozialstaatliche, völkerrechtliche Friedensziele auf; aber sie enthält nur wenige Determinanten für die jeweilige Friedensverwirklichung. Zu den drängenden bevölkerungspolitischen und gesellschaftspolitischen Fragen, von deren Lösung das staatliche Schicksal der Ausländer und die Zukunft des deutschen Gemeinwesens abhängen, schweigt die Verfassung. Die politischen Entscheidungsorgane haben das Wort.

Leitsätze des Mitberichterstatters über:

Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland

I.

Das Statusproblem — ein Gleichheitsproblem

1. Das verfassungsdogmatische Problem der staatsrechtlichen Stellung des Ausländers ist ein Problem der Gleichheit.

2. Die Vergleichsgrößen — der grundgesetzliche Status des Staatsfremden und der des Staatsangehörigen — sind von vornherein unterschiedlich strukturiert. Der Ausländer ist der deutschen Staatsgewalt weder ausschließlich noch unentrinnbar zugeordnet. Er steht unter doppelter Herrschaftszuständigkeit: der Gebietshoheit des Aufenthalts- und der Personalhoheit des Heimatstaates. Die Rechtsstellung des Ausländers läßt sich daher nur durch ein dreiseitiges Modell erfassen, das seine (staatsrechtliche) Zuordnung zu zwei Rechtssystemen und die (völkerrechtliche) Beziehung der konkurrierenden Rechtssysteme zueinander einschließt.

II.

Die aufenthaltsrechtlichen Statusgrundlagen

3. Für den Ausländer ist der Aufenthalt im Bundesgebiet die Entstehungsvoraussetzung eines umfassenden verfassungsrechtlichen (insbesondere grundrechtlichen) Status. Die Entstehungsvoraussetzung ist ihrerseits nicht grundrechtlich gesichert.

4. a) Das Grundgesetz erkennt außerhalb des Asylrechts dem Ausländer im Unterschied zum Deutschen kein Grundrecht auf Einreise in das Bundesgebiet zu. Der gebietsfremde Ausländer steht außerhalb des grundrechtlichen Schutzbereiches. Grundrechtsreflexe sind möglich.

b) Die Begründung eines grundrechtlichen Status des Ausländers ist nicht Zweck, sondern Folge der Zulassung seines Aufenthaltes. Der Grundrechtsstatus ist das Werk grundrechtsfreier Selbstbindung des Staates.

5. Von der koordinationsrechtlichen Phase der Gebietszulassung ist die subordinationsrechtliche Phase der Gebietszugehörigkeit zu unterscheiden, die weithin verfassungsrechtlich de-

terminiert ist. Nebenbestimmungen zur Aufenthaltserlaubnis können die Determinanten nicht verschieben.

6. Die Selbstbindung durch Gebietszulassung muß dem Ausländer ein Minimum aufenthaltsrechtlicher Statussicherheit durch rechtsstaatliche Begrenzung der Ausweisungsmöglichkeit verschaffen. Die Selbstbindung hebt aber nicht das Recht des Staates auf, den Aufenthalt zeitlich zu begrenzen. Die Verfassung vermittelt keinen Anspruch auf unbegrenzten Aufenthalt oder auf Einbürgerung.

III.

Der rechtsstaatliche Status

7. Eine rechtliche Ungleichbehandlung der ausländischen Bewohner des Bundesgebietes gegenüber den Deutschen bedarf der Rechtfertigung vor dem rechtsstaatlichen Gebot der Rechtsgleichheit.

8. Grundrechte, die nicht ausdrücklich Deutschen vorbehalten sind, enthalten absolute Differenzierungsverbote für ihren Sachbereich. Die personenbezogenen Differenzierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG sind dagegen staatsangehörigkeits-indifferent.

9. a) Wo das Grundgesetz bestimmte Grundrechte nur den Deutschen zuspricht, entsteht für die Ausländer wegen Art. 2 Abs. 1 GG kein grundrechtliches Vakuum.

b) Art. 1 Abs. 1 GG verlangt nicht die undifferenzierte Gleichstellung des Ausländers. Das menschenrechtliche Gebot einer individualisierenden Angleichung an den Grundrechtsstandard des Deutschen greift dort ein, wo der Ausländer nicht auf die Verwirklichung der Menschenrechte in seinem Heimatstaat verwiesen werden kann.

10. a) Der Ausländer kann in den Sachbereichen der Deutschen-Grundrechte materielle Gleichstellung über eine Selbstbindung der öffentlichen Gewalt gewinnen. Im Fortschreiten der Selbstbindung verfestigt sich sein grundrechtlicher Status.

b) Hat der Staat dem Ausländer die Berufsaufnahme gestattet und sich damit über den grundrechtlichen Minderstatus hinweggesetzt, so kann er auf diesen bei der Regelung der Berufsausübung nicht mehr zurückkommen: Nunmehr verlangt Art. 3 Abs. 1 GG die Gleichstellung mit dem Deutschen.

11. Die Unterscheidung zwischen allgemeinen Grundrechten und Deutschen-Grundrechten wird ergänzt durch die Unterscheidung zwischen Grundrechten, deren Entstehungsvoraussetzungen mit dem Aufenthalt erfüllt sind, und solchen, deren

Entstehungsvoraussetzungen der Staat auch nach der Gebietszulassung noch in der Hand hält. So beherrscht der Staat mit der Zulassungskompetenz im Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG auch den Zugang des Ausländers zur Koalitionsfreiheit.

12. Die über Art. 25 GG rezipierten allgemeinen Regeln des Völkerrechts senken den grundgesetzlichen Grundrechtsstandard des Ausländers nicht auf das Rechtsniveau eines niedrigeren völkerrechtlichen Minimumstandards.

IV.

Der sozialstaatliche Status

13. Das sozialstaatliche Ziel der sozialen Gleichheit stellt auf die Zugehörigkeit zur Gesellschaft, nicht auf die zum Staatsverband ab. Die Garantenpflicht des Sozialstaates dafür, daß mit der rechtlichen Freiheitschance der Grundrechte auch eine reale Freiheitschance in den gesellschaftlichen Bedingungen korrespondiert, gilt nicht nur gegenüber dem Staatsbürger, sondern auch gegenüber dem ausländischen Gesellschaftsbürger — abgestuft nach der Dauer seines Aufenthalts, seiner Integration in die Gesellschaft und dem Grad seiner grundrechtlichen Status-Verfestigung.

14. Das sozialstaatliche Ziel der „Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse“ enthält keinen Auftrag, die Entstehung nationaler und kultureller Minderheiten zu verhindern. Das Homogenitätsziel rechtfertigt Eingliederungshilfe, nicht Assimilation.

15. Die sozialstaatlichen Impulse zur Integration der Ausländer sind determiniert durch die bevölkerungspolitischen Vorentscheidungen über Dauer und Ziel des Aufenthaltes. Die Sozialstaatsklausel erteilt kein bevölkerungspolitisches, sondern ein gesellschaftspolitisches Mandat.

16. Dem Sozialstaat obliegt die Aufgabe, innergesellschaftliche Diskriminierung und innergesellschaftlichen Zwang zur Segregation zu verhindern. Das soziale Staatsziel enthält den Erziehungsauftrag zur Toleranz.

V.

Der demokratische Status

17. Dem Ausländer ist die Teilnahme am politischen Entscheidungsprozeß versagt. Das „Volk“ als Träger der Staatsgewalt wird durch die Staatsangehörigkeit, nicht durch die Gebietszugehörigkeit definiert. Das demokratische Prinzip des Grundgesetzes schließt es aus, daß sich verbandsfremde Personen an der Willensbildung des Staatsverbandes beteiligen.

18. a) *Der status passivus des Ausländers fordert nicht die Verleihung eines status activus. Das grundgesetzliche Äquivalent für die Herrschaft der Rechtsordnung ist der Schutz durch die Rechtsordnung.*

b) *Die demokratischen Mitgliedschaftsrechte des Staatsbürgers kompensieren seine unentrinnbare Angewiesenheit auf den Staatsverband. Die demokratische Egalität verbietet, das aktive wie passive Wahlrecht Personen einzuräumen, die nicht Staatsbürger auf Lebenszeit sind.*

c) *Die spezifischen Lasten, die aus der demokratischen Mitgliedschaft im Staatsverband erwachsen (insbesondere die Wehrpflicht), obliegen Ausländern nicht.*

d) *Das demokratische Gebot der Homogenität von Volk und Volksrepräsentanten fordert, daß die Organwalter der Staatsorgane dem Kreis der Staatsbürger entstammen.*

19. a) *Die Entscheidung darüber, ob dem Ausländer Mitgliedschafts- und Repräsentationsrechte in öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen Verbänden zuerkannt werden können, hängt davon ab,*

— *ob der Verband (überwiegend) demokratisch oder grundrechtlich legitimiert ist;*

— *ob die Verbandszugehörigkeit an die Rolle des Staatsbürgers oder an eine bestimmte „gesellschaftliche“ Rolle (als Angehöriger eines bestimmten Berufs, als Sozialversicherter etc.) anknüpft.*

b) *Die staatshomogene kommunale Selbstverwaltung ist dem Ausländer daher verschlossen, nicht dagegen die soziale Selbstverwaltung. In den politischen Parteien ist dem Ausländer die Mitwirkung zumindest in dem Umfange versagt, in dem die Parteien Vorentscheidungen für die politische Willensbildung des „Volkes“ treffen. Die Mitwirkung und Repräsentation in den grundrechtlich legitimierten Einrichtungen der Koalitionen, der Universität, der Presse, des Rundfunks etc. ist dem Ausländer als Gesellschaftsbürger — im Maße seiner grundrechtlichen Status-Verfestigung — möglich.*

20. *Soweit die allgemeinen Freiheitsrechte einen demokratisch relevanten Aspekt aufweisen und ihren Trägern einen status activus verleihen, steht dieser auch dem Ausländer zu. Das Grundgesetz läßt nicht zu, daß dem Ausländer auch im rechtsstaatlich geordneten Freiheitsbereich spezifisch politische Beschränkungen auferlegt werden.*

VI.***Das Fazit der Statusdiskussion als Gleichheitsfrage***

Die staatsrechtliche Stellung des Ausländers wird bestimmt

- ***auf der Ebene der aufenthaltsrechtlichen Statusbegründung und Statusdauer: durch ursprüngliche Ungleichheit;***
- ***auf der Ebene des sozialen Rechtsstaates: durch grundsätzliche Gleichstellung bei begrenzten Differenzierungsmöglichkeiten;***
- ***auf der Ebene der Demokratie: durch schlechthinnige Ungleichheit.***

3. Aussprache und Schlußworte

Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland

Vorsitzender (Lerche): Ich darf die Aussprache eröffnen und daran erinnern, daß wir, wie beschlossen, keine Rednerliste führen wollen im Sinne einer feststehenden, vorher festgelegten Liste und daß möglichst vom Platz aus gesprochen werden soll.

Thematisch würde ich vorschlagen, daß wir die mehr polizeirechtlichen und verwaltungsrechtlichen Fragen nicht in den Vordergrund schieben, damit wir dem Gewicht der Referate auch gerecht werden, die ihr Zentrum im Staatsrecht und den damit verbundenen völkerrechtlichen Fragen gefunden haben. Im übrigen wollen wir Ihnen vom Vorstand aus keine thematischen Eingrenzungen vorschreiben, um eine möglichst sachnahe Diskussion zu ermöglichen.

Herr Kewenig, darf ich Sie bitten, das Panier zu ergreifen?

Kewenig: Ich darf zunächst eine allgemeine Bemerkung zu beiden Referaten machen. Was ich in beiden Referaten vermißt habe, ist die soziologische Aufarbeitung des Begriffs und des Phänomens des „Fremden“. Ich hatte bei Herrn Doebling, aber auch bei Herrn Isensee sehr stark den Eindruck, das der Fremde hier so auftaucht, wie wir ihn aus dem 19. Jahrhundert kennen, also nicht als Gastarbeiter, sondern als „normaler“ völkerrechtlicher Fremder, der eine Kunst- oder Geschäftsreise macht oder sich aus anderen Gründen kurzfristig und vereinzelt im fremden Ausland aufhält. Bei einer grundlegenden rechtlichen Neubehandlung des Themas wäre es m. E. nötig gewesen, sich vorweg auch um den neuen soziologischen Befund zu bemühen. Die Besonderheiten der heutigen Situation liegen nämlich nicht im eigentlich fremdenrechtlichen, im individuellen Bereich des Ausländers, sie stellen sich vielmehr als Minderheitenprobleme, als Schwierigkeiten einer oder mehrerer sozialer Gruppen unserer Gesellschaft dar. Ich würde meinen, daß man in dieser Richtung die Diskussion erheblich vertiefen müßte. Sieht man die von den Referenten behandelte Problematik unter einer „Minderheitenperspektive“ in dem angedeuteten Sinne, dann dürften einige Antworten auf die in

den Referaten aufgeworfenen rechtlichen Grundsatzfragen doch wohl etwas anders ausfallen.

Sodann zu drei Einzelfragen der beiden Referate:

1. Ich würde der These von Herrn *Doehring*, daß über Art. 25 GG die allgemeinen Regeln des Völkerrechts Verfassungsrang erlangen, nicht zustimmen. Ich habe keine neuen Gründe für diese These gehört. Gegen diese These spricht vor allem das Argument aus Art. 79 Abs. 1 GG: keine Verfassungsänderung ohne Verfassungstextänderung. Außerdem aber macht gerade das Referat von Herrn *Doehring* deutlich, in welches Gestrüpp von Problemen man gerät, wenn man seiner These folgt und alsbald sich auf allgemeine Regeln des Völkerrechts zur Rechtfertigung der Einschränkung von Grundrechten beruft.

2. Die zweite Bemerkung gilt der Problematik des Wahlrechts der Ausländer, also der wohl wichtigsten Einzelfrage, mit der sich die beiden Referenten befaßt haben. Herr *Doehring* hat gesagt: Wenn man sich einmal die Verfassungen der Welt ansieht, so stellt man fest, daß die ganz überwiegende Zahl dieser Verfassungen das aktive und passive Wahlrecht auf die eigenen Staatsbürger beschränkt. Das ist sicher richtig. Herr *Doehring* hat aus dieser Beobachtung aber meiner Erinnerung nach weiterhin gefolgert, über Art. 25 GG *verbiete* es also eine allgemeine Regel des Völkerrechts den Staaten, Ausländern das aktive oder passive Wahlrecht einzuräumen. Ich halte diese Folgerung für unzulässig. Selbst wenn man, wie Herr *Doehring*, alle Rechtssätze, die man in einer Vielzahl von Verfassungen wiederfindet, als „*principes generaux*“ bezeichnet und über Art. 25 GG mit Verfassungsrang ausstattet — dieses Verfahren ist für meinen Geschmack sowieso mehr als fragwürdig —, selbst dann kann man im konkreten Fall doch höchstens feststellen, daß es einen allgemein akzeptierten Rechtssatz gibt, nach dem das Wahlrecht der Ausländer ausgeschlossen werden *kann*. Es gibt dagegen auch dann noch immer keinen Rechtssatz, nach dem Ausländer vom aktiven und passiven Wahlrecht ausgeschlossen werden *müssen*.

Ich habe aber nicht nur aus formalen Gründen Bedenken gegen das Ergebnis beider Referenten, soweit das Wahlrecht der Ausländer in Frage steht. Ich halte auch materiell dieses Ergebnis für nicht ausreichend begründet — und für nicht begründbar. Herr *Isensee* hat hierzu vorgetragen, daß die demokratischen Mitgliedschaftsrechte des Staatsbürgers seine „unentrinnbare Angewiesenheit“ auf seinen eigenen Staatsverband kompensieren. Legt man mit Herrn *Isensee* dieses Kriterium einmal der weiteren Betrachtung zugrunde, so muß man doch

wohl sehr genau zwischen den verschiedenen staatlichen Ebenen, also zwischen Bund, Ländern und Gemeinden unterscheiden. Stimmt das Kriterium der „unentrinnbaren Angewiesenheit“ auch noch auf der Gemeindeebene? Oder muß man nicht feststellen, daß Ausländer und Inländer sich zumindest auf dieser Ebene in einer durchaus vergleichbaren Position befinden? Ich würde meinen, der Deutsche kann und wird ebenso wie der Ausländer die Gemeinde verlassen, wenn er das Gefühl hat, daß ihm hier nicht Gerechtigkeit widerfährt. Zu einem ähnlichen Ergebnis kann man wohl auch für die Länderebene kommen. Ich möchte eine zweite Überlegung anschließen, die m. E. ebenfalls ein Fragezeichen hinter das übereinstimmende und sehr generelle Votum beider Referenten gegen die Möglichkeit demokratischer Mitwirkungsrechte von Ausländern setzt. Lassen Sie mich diese Überlegung in Anlehnung an eine brillante Formulierung von Herrn *Isensee* ausdrücken. Herr *Isensee* hat gesagt, es sei ein verfassungsdogmatischer Gemeinplatz, daß alle Grundrechte auch eine demokratische Komponente hätten. Könnte man nicht auch in Umkehrung dieser Formulierung sagen: Demokratische Mitwirkungsrechte haben selbstverständlich immer auch eine grundrechtliche Komponente? Man sollte etwa die Mitwirkung auf der gemeindlichen Ebene nicht nur im Hinblick auf das Demokratieprinzip sehen, sondern auch beachten, daß ein effektiver Grundrechtsschutz insbesondere im Bereich der Leistungsverwaltung durchaus etwas zu tun hat mit, ja geradezu abhängig ist von einer Berücksichtigung der Interessen der Ausländer in den Gemeindevertretungen. Eine solche Berücksichtigung aber ist nur gesichert, wenn die Ausländer auch wahlberechtigt sind. Denn sonst fragt sich doch jeder Gemeindevertreter, warum gerade er sich um die Interessen der Gastarbeiter kümmern soll, und zwar selbst dann, wenn, wie häufig, die Effektuierung dieser Interessen mit den Interessen der eigenen — deutschen — Wähler kollidiert. An dieser Stelle kommen also demokratischer Status und Grundrechtsstatus in eine sehr enge Berührung. Beide Positionen sollten bei der Beantwortung der Frage: „Können den Ausländern demokratische Mitwirkungsrechte zugebilligt werden?“ berücksichtigt werden.

3. Zum Schluß noch eine kurze Bemerkung zu Art. 3 GG. Ich würde Herrn *Doehring* zustimmen, daß Art. 3 Abs. 1 GG viel von einer leeren Hülse hat, würde aber doch meinen, daß sie im Hinblick auf die Ausländer nicht so leer ist, wie sie Herr *Doehring* gemacht hat. Das Merkmal der unterschiedlichen Staatsangehörigkeit muß m. E. als Differenzierungsmerkmal genau so behandelt werden wie alle anderen denkbaren Diffe-

renzierungsmerkmale. Bei einer Anwendung des Art. 3 Abs. 1 GG muß also in jedem konkreten Fall gefragt werden: Ist eine unterschiedliche Behandlung auf der Basis der Staatsangehörigkeit vertretbar oder nicht, sachgerecht oder nicht, willkürlich oder nicht? Unzulässig ist es dagegen nach meiner Auffassung, das Merkmal der unterschiedlichen Staatsangehörigkeit a priori als ein in jedem Fall zulässiges Differenzierungskriterium anzuerkennen und folglich Art. 3 Abs. 1 GG insoweit als mögliche verfassungsrechtliche Grenze staatlichen Verhaltens auszuscheiden.

Zuleeg: Ich möchte an das Stichwort Minderheiten anknüpfen. Ich finde, das ist ein geglücktes Stichwort; denn wir müssen ja bedenken, daß wir eine große Zahl von Ausländern hier in unserem Lande haben, die zumindest für längere Zeit hier bleiben wollen. Dann sind die Begriffe und die Regeln, die wir von früher her überliefert bekommen haben, eben keine Selbstverständlichkeiten mehr.

Ich kann Herrn *Isensee* in seiner Schlußbemerkung nicht ganz zustimmen, wenn er gesagt hat, daß das Normenmaterial sehr spärlich sei und deswegen der Gesetzgeber aufgerufen sei, eine Konzeption zu entwickeln. Ich glaube, daß man auch aufgrund der Verfassung eine Konzeption entwickeln kann, trotz der Spärlichkeit des Normenmaterials. Ich meine sogar, daß wir eine Konzeption entwickeln müssen; denn schließlich muß sich der einfache Gesetzgeber daran halten, was die Verfassung in der Auslegung durch das Bundesverfassungsgericht gebietet.

Ich freue mich aber, daß Herr *Isensee* zumindest bei den rechtsstaatlichen Garantien die Verantwortung nicht völlig dem Gesetzgeber überlassen will oder gar der Exekutive, sondern daß er hier bestrebt ist, Rechte für die Ausländer zu sichern. Ich glaube, daß es verfehlt wäre, sich auszuruhen und zu sagen, andere Verfassungen hätten diese Rechte nicht; deshalb müssen wir ja nun nicht ein Übermaß, ein Übersoll an Grundrechten im rechtsstaatlichen Bereich anbieten.

Zu Art. 25, der hier möglicherweise eine Einschränkung bringen könnte, hat Herr *Kewenig* schon Stellung genommen. Ich möchte nur noch kurz einiges anfügen, nämlich zu der Frage des Verfassungsrangs. Wenn Art. 25 GG wirklich *lex specialis* wäre, dann müßten die generellen Normen des Grundgesetzes zurücktreten, und wenn sie zurücktreten müßten, dann hätte eben Art. 25 doch die Kraft, Verfassungsregeln zu überwinden. Dementsprechend wäre das auch nicht mit dem Ausspruch des

Bundesverfassungsgerichts zu vereinbaren, daß Art. 25 keine Rechte und Pflichten erzeugen kann, die über die Verfassung hinausgehen.

Nun ist das Wort gefallen, daß wir vielleicht durch zu große Wohltaten die Ausländer korrumpieren könnten. Ich glaube, dies ist ein Schreckgespenst, das wir zumindest bei der rechtsstaatlichen, aber auch bei der sozialstaatlichen Sicherung angesichts des gegenwärtigen Status der Ausländer bestimmt nicht an die Wand malen müssen. Allerdings könnte man sich durchaus überlegen, ob das Verhältnis zum Heimatland des Ausländers bei der demokratischen Komponente getrübt sein kann. Hier ist allerdings darauf hinzuweisen, daß das Wahlrecht im Grunde ein minderes Recht gegenüber der Staatsangehörigkeit ist und schon herkömmlich in Ländern mit Anknüpfung an den Geburtsort den Ausländern bei Geburt im Lande die Staatsangehörigkeit auferlegt worden ist, also ein stärkeres Recht als das Wahlrecht, und daß niemand bisher an dieser Konsequenz Anstoß genommen hat.

Die Bundesrepublik Deutschland folgt demgegenüber mit gewissen Ausnahmen dem *ius sanguinis*. Wenn man nun das Volk im Sinne von Art. 20 damit in Verbindung bringen will, dann ist der praktische Anknüpfungspunkt der demokratischen Rechte die Blutsbande. Ich meine, daß wir in der Vergangenheit mit der Anknüpfung an die Blutsverwandtschaft durchaus böse Erfahrungen gemacht haben und daß es uns wohl ansteht, wenn wir überlegen, ob wir nicht rationale Gesichtspunkte an die Stelle setzen können. Hier ist das Stichwort der Unentrinnbarkeit gefallen. Ich möchte über Herrn *Kewenig* hinausgehend sagen, daß es nicht nur auf der kommunalen Ebene diese Unentrinnbarkeit gar nicht so absolut gibt, sondern auch auf der staatlichen Ebene. Denn die Tatsache, daß jemand ausreisen kann, wird allenfalls durch einfaches Gesetz gehindert und nicht durch die Verfassung. Durch einfaches Gesetz können sowohl die Ausreise des Deutschen als auch die Ausreise des Ausländers verhindert werden. Ich glaube also, daß es die Unentrinnbarkeit als rationales Bild, als rationale Vorstellung nicht gibt. Und die Frage der Mitverantwortung, so glaube ich, dreht das Verhältnis auf den Kopf. Denn die Mitbestimmung beruht ja doch auf der Vorstellung, daß die Menschen selbstverantwortlich entscheiden können. Aus dieser selbstverantwortlichen Entscheidung folgt das Recht der Mitverantwortung und Mitentscheidung. Ich sehe nicht ein, weshalb wir für eine ganze Kategorie der Bevölkerung sagen könnten, diese selbstverantwortliche Entscheidung stehe ihr nicht zu, so daß wir meiner

Meinung nach — wenn wir uns nach rationalen Kriterien umsehen — bei dem Begriff der Schicksalsgemeinschaft landen, in der eine bestimmte Bevölkerungsgruppe auf einem bestimmten Territorium zusammenlebt und gemeinsam ihr Schicksal bestimmt. Ich bin der Ansicht, daß wir eine große Gruppe in diesem Land nicht einfach von der Mitwirkung bei der Bestimmung ihres Schicksals ausschließen dürfen. Das folgert auch aufgrund dieser Selbstverantwortlichkeit, die sich in Mitbestimmung umsetzt, aus dem Demokratieprinzip und — wie Herr *Kewenig* schon angedeutet hat — ebenfalls aus dem Sozialstaatsprinzip. Denn nur, wenn mit dem Stimmzettel in der Hand die Ausländer mitbestimmen dürfen, dann wird letzten Endes auch im sozialen Bereich auf ihre Interessen Rücksicht genommen werden.

Doehring: Herr *Kewenig* und Herr *Zuleeg* haben die Frage der Minderheiten angesprochen. Diesen Begriff möchte ich in diesem Zusammenhang eigentlich gerade nicht verwendet sehen. Die Minderheit, so wie wir sie als Begriff im Staats- und Völkerrecht verstehen, ist ja doch gerade die Gruppe der Menschen, die an sich zwar die Staatsangehörigkeit innehaben, die aber in besonderen Kulturbelangen geschützt sein sollen. Das ist eben etwas anderes. Die Minderheiten im klassischen Sinne können nicht wegziehen. Sie müssen also deshalb geschützt sein, weil sie bleiben müssen. Die Fremden, die wir hier haben, können zurück in ihren Heimatstaat. Die Minderheiten haben, wenn man so will, keinen zweiten Heimatstaat. Dieser Begriff machte mich doch sehr stutzig.

Die nächste Frage galt den Gründen für den Verfassungsrang des Art. 25. Ich gebe dabei auch zu — ich bin auch dafür in der Literatur schon einmal angegriffen worden —, daß sich meine Auffassung auch vom Ergebnis her trägt. Ich glaube, so darf dann verfahren werden, wenn sich nicht zwingende Vorschriften finden, die eben das Rekurrieren auf das Ergebnis verbieten. Ich muß doch Normenkonflikte auch sonst so lösen. Ich glaube, daß Art. 25 Verfassungsrang hat, weil er in der Verfassung steht und an der Bestandskraft der Verfassung teilnimmt. Sie können doch den Art. 25 nur mit verfassungsändernder Mehrheit abschaffen.

Ein Zwischenrang der aus Art. 25 resultierenden einzelnen Fremdenrechte — ein solcher Zwischenrang ist auch behauptet worden — hält nicht stand, weil die aus Art. 25 entfließenden Rechte doch auch nur mit zwei Dritteln durch Änderung des Art. 25 selbst abgeschafft werden könnten. Ich glaube, das ist eine vielleicht etwas stumpfsinnige, aber doch schlüssige An-

nahme des Rangs. Nur wenn das Gleichgewicht besteht zwischen dem, was man aufgrund des Völkerrechts darf, und dem, was die Verfassung gebietet —, und da komme ich gleich auf einen nächsten Punkt — werden wir mit diesen Fragen fertig. Wir werden sonst mit ihnen nicht fertig.

Nun zu Herrn *Kewenig*: Ich glaube nicht, daß ich den Art. 25 überstrapaziert habe. Ich habe auch nicht behauptet, daß nun die Verfassung alles erlauben oder begrenzen muß, was das Völkerrecht erlaubt oder verbietet, sondern ich habe an mindestens drei Stellen meines Referates gesagt, daß die Verfassung mehr Rechte erteilen kann als das Völkerrecht. Die Frage ist nur: Wenn sie es nicht erkennbar tut, ist dann der Staat berechtigt, auf das Völkerrecht zurückzugreifen, sei es auch, wenn sich kein anderer Gesichtspunkt bietet, bis zum Mindeststandard? Mehr habe ich gar nicht gesagt. Das Völkerrecht verbietet nicht die Erteilung von Wohltaten, es sei denn, die von mir angedeuteten Wohltatsdubiositäten kämen dann ins Spiel, und ich müßte sagen, daß ein Eingriff in die Personalhoheit des eigentlichen Heimatstaates vorliegt. Aber das ist ein Grenzfall.

Ich wollte noch eine Bemerkung zu Herrn *Zuleeg* über die rechtlichen Bedenken gegen gewisse Wohltaten machen. Sie sagen, im gegenwärtigen Status des Fremdenrechts habe das keine große Bedeutung. Das ändert sich aber sehr schnell. Die Größenordnungen im Fremdenrecht haben sich — wie wir sehen — in einer unglaublich kurzen Zeit geradezu katastrophenartig geändert. Das wäre eigentlich das, was ich zu Herrn *Zuleeg* wegen des Art. 25 zu sagen hätte. Daß man damit andere Verfassungsregeln überwinden könnte, habe ich damit nicht gemeint, sondern man darf sie dort ausfüllen, wo die Regeln es zulassen. Nur so viel wollte ich damit gesagt haben.

Mosler: Zu der Minderheitenfrage: Ich bin der Meinung des Referenten, daß das Stichwort Minderheit hier nicht herausgegriffen werden sollte. Ich schlage vor zu sagen, es handele sich um eine sachbezogene Teilintegration, wobei die Sache, die die Integrationsbeziehung herstellt, sehr differenziert sein kann, aber von dem Terminus Minderheit nicht erfaßt wird.

Isensee: Ich darf einige ergänzende Bemerkungen machen — zunächst zur Diskussion der Staatsangehörigkeit und ihres Gegenbildes, des Fremdenstatus: Eine Statusdiskussion kann nicht mit atypischem Fallmaterial bestritten werden. Ein Status ist ein typisierter Regelungskomplex, der auf das Vorstellungsbild des Normalen abgestellt ist. Wenn die Status-Zuweisung in

concreto diesem Vorstellungsbild nicht entspricht (etwa im Falle des Ausländers, der in Deutschland geboren, beruflich wie familiär ausschließlich in die deutsche Gesellschaft eingegliedert ist), so ergibt sich damit kein Grund dafür, die Rechtsstellung des Fremden schlechthin in Frage zu stellen, sondern nur ein Grund für die Annahme, daß im Einzelfall der Fremdenstatus unsachgerecht und Einbürgerung angebracht ist.

Im Rahmen einer rechtsdogmatischen Betrachtung können die Rechtfertigungsgründe, die den verfassungsrechtlichen Unterschieden des Staatsangehörigkeits- und Ausländerstatus zugrunde liegen (insbesondere die unentrinnbare Angewiesenheit des Staatsangehörigen auf den Heimatstaat), nicht von den positivrechtlichen Regelungen abgelöst und gegen diese ausgespielt werden. Die ratio legis ersetzt nicht die lex. —

Der Fragenkreis der nationalen Minderheit liegt auf anderer Rechtsebene. Die Zugehörigkeit zu einer völkischen Minderheit hängt nicht von der Staatsangehörigkeit ab. Das Minderheitenrecht soll gerade im Raum des Staatsverbandes nationale und kulturelle Inseln ermöglichen. Der Minoritätenschutz ist ein Moment des Gruppenföderalismus. Er folgt dem föderalen Prinzip der Parität, aber nicht dem demokratischen Prinzip der Egalität. — Wenn es um die staatsrechtliche Stellung des Ausländers geht, kann es auf ethnische Kriterien des „Fremden“ nur soweit ankommen, wie sie mit den normativen der Staatsangehörigkeit korrespondieren.

Den Staatsform- und Staatszielbestimmungen der Verfassung liegen Grenznormen zugrunde, die ihre Reichweite abstecken. Das gilt auch für die Regelung des Wahlrechts auf der Ebene der Bundesländer und der Kommunen. Das Wahlrecht des Ausländers kann nicht der Aufenthaltnahme folgen, wie es gemäß dem Wohnsitzprinzip für deutsche Staatsangehörige beim Wechsel der Gemeinde und des Bundeslandes der Fall ist. Der Deutsche, der von einer Gemeinde in die andere, von einem Bundesland in das andere zieht, verbleibt in demselben gesamtstaatlichen Verband. Der Verband der Länder und Gebietskörperschaften ist rechtlich homogen. Er ist über den Finanzausgleich auch zu einer finanziellen Haftungsgemeinschaft geeint. Innerhalb des gesamtstaatlichen Rahmens gilt für alle Bürger — um ein klassisches Wort zu verwenden — ein gemeinsames Indigenat.

Weltweit besteht dieses dagegen nicht, noch nicht einmal im Rahmen der Europäischen Gemeinschaften. Solange die Europäischen Gemeinschaften noch nicht den Integrationsgrad erreicht haben, von dem die Bismarck'sche Reichsverfassung mit

ihrer Bestimmung über ein gemeinsames Indigenat ausgehen konnte, und sich kein übergreifender Europäischer Bundesstaat entwickelt hat, ist auch nicht die Voraussetzung für die Verleihung des Wahlrechts in den Mitgliedsstaaten und ihren Teilverbänden nach Maßgabe des Wohnsitzprinzips gegeben.

Vogel: Herr *Zuleeg* hat eben seine Bedenken gegen das *ius sanguinis* mit einem Hinweis auf die Überschätzung der Abstammung in nationalsozialistischer Zeit begründet. Ich glaube nicht, daß hier ein Vergleich möglich ist (übrigens hieß es damals: „*Blut und Boden*“). Wenn er weiter darauf hingewiesen hat, daß die klassischen Einwanderungsländer vom *ius soli* ausgehen, so ist demgegenüber doch immerhin zu bemerken, daß in diesen Ländern derjenige, der im Land geboren ist, mit den Rechten des Staatsangehörigen auch dessen Pflichten erwirbt. Man könnte wohl allenfalls überlegen, ob nicht die „unentrinnbare Verknüpfung“, auf die Herr *Isensee* abstellt, in bestimmten Fällen auch aus anderen als aus rechtlichen Gründen gegeben sein kann: der 55jährige Ausländer, der bei uns in einem langjährigen Arbeitsverhältnis steht oder Beamter ist, mag zwar rechtlich noch in seinen Heimatstaat zurückkehren können, aber doch kaum faktisch — das schiene mir jedenfalls ein erwägenswerter Gesichtspunkt. Persönlich würde ich dennoch dem Referenten darin folgen, daß, wenn man dem Ausländer die vollen Rechte des Inländers geben will, kein Weg an der Verleihung der Staatsangehörigkeit vorbeiführt. Man mag, wenn man die Bundesrepublik in Zukunft als Einwanderungsland verstehen will, vom *ius sanguinis* zum *ius soli* übergehen; das ginge sogar durch einfaches Gesetz. Doch wäre dies dann eine politische Entscheidung, die eben der Gesetzgeber treffen müßte und die man ihm nicht auf dem Wege über die Verfassungsinterpretation aus der Hand nehmen kann.

Vorsitzender: Wir sollten vielleicht nicht nur auf diesem Punkte beharren. Es liegt eine Reihe von Wortmeldungen auch noch zu weiteren Fragen vor, die einleitend von Herrn *Kewenig* berührt worden sind. Wir wollen versuchen, Herr *Dürig*, einen weiteren Problemkreis zunächst einzugrenzen, über den wir dann sprechen können.

Dürig: Ich bitte um Vergebung, es wird doch eine Tour d'horizon. Aber sie wird ganz kurz, wie immer bei mir. Erstens, auch ich bezweifle, daß wir mit dem traditionellen ausländerpolizeilichen Normenbefund des Fremdenrechts weiterkommen. Bleiben wir doch einmal bei der „Normalität“, die es zu „normieren“ gilt. Wir haben 2,5 Mill. Gastarbeiter; deren Angehö-

rige sind unterschlagen worden; auch die, die unkontrolliert hier sind; das sind zusammen etwa 4,5 Mill. Da stellt sich doch die Frage, ob hier nicht allein schon aufgrund der Quantität auch die Qualität umschlägt, d. h. die materiellrechtliche Regelung dem zu folgen hat. Ich bin nun mit Ihnen der Meinung, Herr *Isensee*, daß tatsächlich hier vordringlich zuerst einmal eine politische Tat erfolgen muß — solange wird das Ausländergesetz und das Fremdenrecht eine verkorkste Angelegenheit bleiben — also vereinfacht gesprochen, es fehlt die De-zision, ob wir ein Einwanderungsland sind oder nicht.

Und das zweite. Wie diese Entscheidung auch ausfallen möge, wir dürfen unter keinen Umständen den Eindruck erwecken, daß wir jemals ohne die Rechtsfigur des generellen Verbots mit konkretem Erlaubnisvorbehalt auskommen könnten.

Denn — und jetzt kommt das dritte — eine Liberalisierung insoweit kann leicht zu noch inhumaneren Zuständen führen. Es geht um die Folgewirkungen der Grundrechte, die man ja doch kontrollierbar erhalten muß. Jetzt entfaltet eben doch entgegen Ihrer Meinung, Herr *Doehring*, der Gleichheitssatz mehr Kraft als die einer bloßen Leerformel. Es entstehen etwa dann nach Art. 6 die Grundrechte zur Ehe, zur Familie und Familiennachführung, über Art. 7 zur Schule, usw. Das ist also der Vorgang der Statusverfestigung, von dem Herr *Isensee* sprach.

Das vierte ist ein psychologischer Prozeß, der sich über Jahre erstreckt. Wir wissen doch zunächst einmal nicht, ob die Ausländer bei uns bleiben wollen, und die Ausländer wissen zunächst in der Regel auch nicht, ob sie hier bleiben wollen und zusätzlich, ob sie hier bleiben dürfen. Und so kommt es entscheidend darauf an, in diesem sich über Jahre erstreckenden Prozeß normative Fixpunkte anzusetzen. Und da bietet sich in der Tat ja wohl nur die Einbürgerung an, die Einbürgerung, die man vielleicht erleichtern könnte. Das macht ja gewissermaßen jetzt schon das Wehrpflichtgesetz, indem es einen Quasianspruch nach abgeleiteter Wehrpflicht bewirkt. Nötig sind also klar faßbare normative Daten. Und das fünfte: Ohne einen solchen Formalakt würde ich dringend warnen, hier den Ausländern mit dem status activus entgegenzukommen, etwa in der Form des aktiven oder passiven Wahlrechts für Parlamente; und zwar aus einem etwas ignorierten Gesichtspunkt, nämlich zum Schutz der betreffenden Ausländer. Die Spanier z. B. oder die Jugoslawen kommen in eine fürchterliche Zerreißprobe, wenn sie jetzt bei uns in die große Politik einsteigen, bevor sie nicht deutlich die Seile zu ihrem Heimatstaat zerschnitten haben.

Nun könnte man sagen: Ja, aber auf der kommunalen Ebene da machen wir es, und wir machen es ja auch im Betriebsverfassungsrecht. Aber schauen Sie sich einmal in den Betrieben um. So einfach ist das gar nicht. Ich habe einmal ein Planspiel gemacht speziell über die Beteiligung von Gastarbeitern im Gemeinderat in einer Randgemeinde von Tübingen. Sie bekommen Serben und Kroaten nicht auf eine Linie. Sie bekommen Türken und Griechen nicht auf eine Linie, d. h. jede dieser nationalen Minderheiten im für uns untechnischen Sinne wollte ihren Kandidaten. Jede dieser Bevölkerungsgruppen hätte also einen Mann gestellt, wäre also im Gemeinderat überrepräsentiert gewesen. Sie haben das auch in den Betrieben, in denen die Betriebsleiter zum Teil ängstlich besorgt sein müssen, daß bestimmte Gastarbeitergruppen an bestimmten Arbeitsplätzen nicht zusammenarbeiten. Der Witz bei meinem Planspiel war übrigens, daß ich seine Ergebnisse mit Roß und Reiter gar nicht veröffentlichen konnte, eben um den Streit zwischen den Gruppen nicht noch anzuzünden, von dem ich gerade sprach.

Ich erwäge sechstens als Diagnose, ob wir nicht vor einer faktischen Unmöglichkeit stehen, den Leuten die Infrastruktur zu bieten, auf die sie ein Recht haben, und ob nicht dann von Verfassungen wegen auch eine rechtliche Unmöglichkeit eintritt, als Folge mit dem Gebot eines zu verhängenden generellen Zuzugsstopps, und sei es nur in Form einer zeitlichen Denkpause.

Nun schließlich noch eine Frage, die bewußt provozierend ist und die doch sicher von den Herren Referenten mit Zahlen beantwortet werden kann: Wieviele Wochenstunden müßten wir, die Deutschen, eigentlich mehr arbeiten — und die Zahlen, die ich gehört habe, sind verschwindend gering, und ich weiß auch, daß für die Drecksarbeit die reine Statistik eine Milchmädchenrechnung ist —, um das Ausländerproblem wieder auf eine faßbare, kontrollierbare, grundrechtlich realisierbare Größe zurückzustufen? Zur Zeit ist es uns in der Tat normativ entglitten.

Zacher: Ich bin im Augenblick etwas verwirrt; denn ich müßte Herrn *Dürig* auf das zuletzt Gesagte etwas schärfer antworten als mir lieb ist. Es geht ja hier nicht nur um die drei Stunden Mehrarbeit, es geht um ganz bestimmte soziale Schichtungen. Es geht darum, daß wir eine Bildungspolitik betreiben, die darauf aufgebaut ist, daß wir Gastarbeiter ausbeuten können und dergleichen mehr.

Herzog: In den drei Stunden, die er mehr arbeitet, muß Herr Dürig dann den Müll abfahren.

Lerche: Damit können auch die Produkte der Kollegen gemeint sein.

Zacher: Aber meine Damen und Herren, lassen Sie mich das beiseite legen und zu den ursprünglichen Themen zurückkehren. Ich möchte anregen, daß wir das Problem stärker als ein dynamisches — gewissermaßen als ein Problem des nationalen Energiehaushaltes — sehen. Wir kennen die Vorstellung des souveränen Staates als eines nach innen übermächtigen, nach außen unabhängigen Gebildes. Diese Vorstellung korrespondiert mit dem ökonomischen Bild: mit dem Bild des geschlossenen Handelsstaates. Wir wissen, daß das auf Dauer gesehen so nie gestimmt hat, daß der „geschlossene“ Staat ein Staat ist, der hart auf Krisensituationen, auf Ausnahmesituationen oder besondere Herrschaftsverhältnisse wie z. B. in den sogenannten sozialistischen Ländern zugeschnitten ist. Im übrigen haben wir vielmehr eine sehr verflochtene Staatenwelt, eine nach außen hin international, supranational, ökonomisch verflochtene Staatenwelt. Und im Inneren haben wir die konkurrierende Macht der Verbände, der Gruppen, der Unternehmen usw. Der Staat ist ja z. B. permanent daran, von den Verbänden überwältigt zu werden. Es kommt demgegenüber nicht darauf an — auch für die Souveränität des Staates nicht — daß die Übermacht nach innen oder die Unabhängigkeit nach außen permanent realisiert werden, sondern darauf, daß sie permanent präsent — verfügbar — sind.

Das freilich beinhaltet dann besondere normative Schwierigkeiten, wenn etwa in der supranationalen Einbindung ohnedies gewisse Einlagerungen vorhanden sind, welche die nationale Kontraktion erschweren. Und wir haben neuerdings gerade im Staatsangehörigkeitsrecht ja durch das Urteil des Bundesverfassungsgerichtes über den Grundvertrag, wie ich glaube, einen ungeheuerlichen Block im Wege, dergestalt, daß wir kraft Art. 116 GG vermittlels der DDR so viele Staatsangehörige haben, deren Staatsangehörigkeit wir längst nicht mehr wirksam regeln können, jedenfalls nicht mit Aussicht auf internationale Anerkennung oder wenigstens auf Anerkennung bei allen, die es angeht. Ich meine damit die „Deutschen“, die nicht in der Bundesrepublik ihren Sitz haben, sondern in der DDR. Und diese Probleme der maximalen Lockerung und Verflechtung, der maximalen Kontraktion und Abschließung und der Möglichkeiten und Schwierigkeiten, aus dem Zustand der Verflech-

tung heraus zu kontrahieren, scheinen mir unser Thema zu sein.

Für den Bürger selbst, wenn ich nun beim einzelnen Menschen ansetze, ist es das gleiche. Der Bürger braucht Freizügigkeit; auch er braucht die Möglichkeit, sich gewissermaßen international verflechten zu können. Er braucht aber auch andererseits die Möglichkeit, *seinen* Staat zu haben, auf den er in der Krisensituation rechnen kann. Ich glaube, daß wir deshalb die Frage „Wie kann das Ausländerrecht im Verhältnis zum Inländerrecht geregelt werden?“ sehr stark auf das Problem der Kontraktionsfähigkeit hin anlegen sollen. Sind die Entwicklungen, die wir einleiten, im Konfliktsfall, im Krisenfall, revozierbar? Kontraktionsfähigkeit muß verbindbar sein mit Freizügigkeit und Verflechtung für den Dauerzustand.

Und zu dieser Problematik, so glaube ich, hat uns Herr *Doehring* gezeigt, wie weit die Kontraktion gehen kann, wie weit wir uns die Fähigkeit erhalten können, uns auf uns selbst zurückzuführen. Herr *Isensee* ist sehr viel stärker hinausgegangen in den Bereich des Dauerzustandes, der Verflochtenheit. Ich würde sogar sagen, Herr *Isensee*: für den ganz normalen, nicht kritischen Zustand könnte man in dem einen oder anderen Punkt vielleicht noch weiter gehen. Ich würde die demokratischen Probleme — obwohl ich keineswegs Herrn *Zuleeg* zustimmen kann — nicht so hart sehen wie Sie. Ich glaube, bei partizipatorischen Prozessen, Mitbestimmung, Bürgerinitiativen und dergleichen wird man eine lockere Hand haben können; vielleicht wollten Sie das auch gar nicht negieren. In Fällen, in denen Personen mitbestimmen sollen, und zwar nicht nur in der starken Form der sozialen Selbstverwaltung, sondern in denen Personen auch nur befragt werden sollen — Personen also, die es angeht —, da wird man nicht so streng sein müssen. Aus dieser dynamischen Sicht möchte ich auch noch hinzufügen, daß mich etwas gestört hat, daß das Problem hinsichtlich der betroffenen Personen zu sehr einseitig vom „Ausländer“ bei „uns“, also von der Kongruenz der „Inländer“ mit dem „Staatsangehörigen“ her, gesehen wurde. Ich glaube, daß man sehr viel stärker die Vielfalt möglicher Positionen von Inländern und Ausländern sehen muß. Und da haben wir ja in Deutschland a priori ganz besonders komplizierte Verhältnisse, weil wir z. B. „Deutsche“ und „Staatsbürger“ haben.

Alles in allem hat mir das Wort „Vaterland“ in der ganzen Diskussion bisher gefehlt. Es geht mir um das Problem einer elementaren, leistungsfähigen Einheit, die für den Krisenfall bereitstehen muß — für mich selbst und für die Mitbürger.

Nun zu einem weiteren Punkt, den ich streifen möchte: ich glaube, daß man stärker betonen muß, wie stabil oder labil überhaupt die Grenze der Ein- und der Ausbürgerung ist. Wir haben gerade hier kraft Art. 116 GG über das Wiedervereinigungsgebot — jedenfalls wie es das Bundesverfassungsgericht interpretiert —, aber auch kraft der Grundrechtsschranken des Art. 16 GG betreffend Ausbürgerung, Aberkennung der Staatsangehörigkeit und dergleichen, ganz besonders starre Verhältnisse. Wir haben auch kein sehr flexibles Einbürgerungsrecht. Ich glaube, von daher muß bei der Situation der Einwohner in der Bundesrepublik berücksichtigt werden, daß der Dauerzustand in der Öffnungssituation vielleicht zu stärker differenzierenden Regelungen — wie sie Herr *Isensee* etwa konzipiert hat — führt.

Tomuschat: Unsere Diskussion ist schwierig geworden, da man nicht recht weiß, wo man diskutieren soll, ob auf der Ebene des Verfassungsrechts, derjenigen des einfachen Gesetzesrechts oder derjenigen der Rechtspolitik. Es geht vieles ineinander über.

Bekanntlich existiert das Recht nicht unabhängig von denjenigen, die über sein Schicksal befinden. Insofern hatte bisher das Ausländerrecht ein gar schweres Schicksal zu tragen. Da sich die Wissenschaft seiner nur recht wenig angenommen hatte, war es in die Hände der Praktiker gefallen, die dieses Recht aus einer ganz spezifischen Sicht heraus behandelt haben, nämlich aus der Berufserfahrung desjenigen, dem täglich eine Vielzahl von pathologischen Fällen vorliegt. Das hat zu einer gewissen Reaktion geführt. Es sind literarische Stimmen laut geworden, die sich ganz offen als Anwälte einer Gruppe von Entrechteten verstanden haben. Man ist dabei wohl gelegentlich nicht nur über die faktischen Realitäten, sondern auch über die rechtlichen Realitäten hinausgegangen. Das Ausländerrecht muß aus der Dilemmasituation heraus. Mir scheint, daß die beiden Referate des Vormittags gute Ansätze geboten haben, um in einer reflektierten Weise Maß und Mitte in diesen doch recht heiklen Fragen des Verfassungsverständnisses und der Rechtspolitik zu finden.

Ein zweites möchte ich noch hinzufügen, und das betrifft den Art. 25. Ich knüpfe insoweit an Herrn *Isensee* an, glaube aber nicht, daß er gesagt hat, was ich hier ausführen will. Man hat der deutschen Staatsrechtslehre manchmal vorgeworfen — vielleicht nicht immer zu Unrecht —, daß sie etwas grundgesetzintrovertiert sei. Den beiden Referaten des Vormittags kann man diesen Tadelsvorwurf gewiß nicht machen. Andererseits

muß das Bewußtsein erhalten bleiben, daß das Grundgesetz ein Rechtskörper ist, der auf eigenen Beinen steht. Man darf das Grundgesetz nicht dadurch aushöhlen — vielleicht ein etwas starkes Wort —, daß man Ergebnisse der Rechtsvergleichung oder Regeln des Völkerrechts an es heranträgt und ihm unterschiebt. Ich halte Herrn *Doehring's* These für gefährlich, daß es Art. 25 als *lex specialis* gestatte, selbst bei Grundfreiheiten, die als Menschenrechte ausgestaltet sind, zu differenzieren, konkret gesprochen: zu Lasten der Ausländer Beschränkungen anzuordnen. Ein Beispiel nur zur Wiederlegung: Das Völkerrecht gestattet auch, den Status der eigenen Staatsangehörigen abzusinken bis auf einen menschenrechtlichen Mindeststandard. Es kann aber wohl nicht gut angehen, daß man auf dem Wege über Art. 25 unsere Grundrechtsverbürgungen vom Sockel stößt. Dann hätten wir nämlich, nachdem wir den Art. 24 als Integrationshebel kennengelernt haben, den Art. 25 gleichsam als Grundrechtssturzhebel.

Nun ein dritter Punkt. Bei der Diskussion über das Wahlrecht scheint mir die Realität nicht immer klar erkannt zu sein. Soweit man sich mit der bisherigen Praxis befaßt, stellt sich als Ergebnis heraus, daß die Ausländer in erster Linie daran interessiert sind, in ihrem eigenen Heimatland weiter politisch mitbestimmen und mitwirken zu können, und zwar vom Boden der Bundesrepublik aus. Damit verlagert sich natürlich die Debatte auf das Gebiet des § 6 des Ausländergesetzes. Das ist eine andere Debatte, sie ist hier nicht geführt worden.

Was die Frage angeht, ob Wahlrechte auch Ausländern zugestanden werden könnten, so meine ich, daß Herr *Isensee* vielleicht — was das Kommunalrecht angeht — etwas zu überspitzt argumentiert hat, indem er zunächst den Topos der Staatlichkeit aufgebaut und daraus dann wieder „stringent“ abgeleitet hat, daß es schlechthin ausgeschlossen sei, Ausländern auch nur in den Gemeinden das Wahlrecht einzuräumen. Wenn man sich überlegt, was in den Kommunen entschieden wird, so sind das im wesentlichen Fragen der Daseinsvorsorge, und zu den Einrichtungen der Daseinsvorsorge leisten die Ausländer in gleicher Weise wie die Deutschen ihren finanziellen Beitrag. Sieht man nun hinter der Diskriminierung der Ausländer die materielle Erwägung, daß der Ausländer ja auch nicht in gleicher Weise mit Pflichten belastet sei, dann muß man für die Gemeindeebene folgern: Der Ausländer hat den gleichen Pflichtenstatus, und deshalb ist es sicher nicht inopportun oder nicht ungerechtfertigt, ihm auch ein gleiches Maß an Rechten einzuräumen. Dabei wäre natürlich sehr vor-

sichtig zu verfahren, und es bedarf gründlicher Überlegung, wie man sicherstellen kann, daß die Ausländer nicht lediglich den Parolen irgendwelcher nationalen Gruppenführer folgen und ihre Stimme bei den Wahlen nicht aus eigener Überlegung abgeben, sondern Wahlempfehlungen folgen, die man vorher für die jeweilige Gruppe ausgegeben hat.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Tomuschat*. Es wollte jetzt Herr *Herzog* Stellung nehmen. Ich würde dann vorschlagen, daß wir doch auch den § 6 Ausländergesetz noch etwas näher betrachten sollten. Es ist mit Recht gesagt worden, daß er in den Referaten zwar in das Blickfeld genommen worden ist, aber vielleicht könnte hier noch einiges vertieft werden, auch in Richtung der praktischen Konsequenzen der beiden Referate, deren Positionen ja doch wohl stärker auseinandergehen, als es vielleicht zunächst den Anschein hatte.

Herzog: Ich möchte zu zwei Themen Stellung nehmen, die schon in verschiedenen Diskussionsbeiträgen, wenn auch in ganz unterschiedlicher Richtung, angesprochen worden sind.

Zunächst unterstreiche ich mit allem Nachdruck die Unterschiedenheit, mit der Herr *Isensee* die Zulassung zum deutschen Staatsgebiet und die Anwendung der deutschen Grundrechte auf Ausländer unterschieden hat. Diese Unterscheidung ist für meine Begriffe unumgänglich.

Allerdings muß ich auch hier, wie so oft, vor einer Überinterpretation des Grundgesetzes warnen, wie sie etwa Herr *Zuleeg* vertreten hat. Die Probleme, die wir gerade in der Frage der Gastarbeiter haben, sind viel zu kompliziert, als daß man sie mit einer Verfassungsinterpretation lösen könnte. Wenn ich recht sehe, so kann eine wirklich überzeugende Lösung nur in der Richtung erwartet werden, daß für Gastarbeiter mehrere Statusformen mit ganz unterschiedlichen rechtlichen Konsequenzen eingeführt werden. Nur ein Beispiel: In der Bundesrepublik leben heute schon zahlreiche Gastarbeiterfamilien. Die Kinder dieser Familien bedürfen einer besonderen schulischen Betreuung. Hier wird die Notwendigkeit der Differenzierung besonders deutlich: Ein Gastarbeiterkind, dessen Familie mittelfristig wieder in ihr Heimatland zurückkehren soll, wird möglichst in Sonderklassen zu unterrichten sein, die die Entwurzelung aus dem Heimatland soweit wie möglich verhüten; ein Kind, dessen Familie auf Dauer in Deutschland bleiben soll, muß dagegen soweit wie irgend möglich gefördert werden, um den deutschen Bildungsansprüchen gerecht zu werden. Diese Dinge sind so kompliziert, daß man ihre Lösung von der politi-

schen Führung und vom Gesetzgeber, aber nicht vom Verfassungsinterpreten verlangen muß.

Und zweitens: Ich möchte Herrn *Isensee* fragen, ob sein Versuch, neben seiner fundamentalen Unterscheidung weitere Stufen zu entwickeln, jenseits deren überhaupt nicht mehr zwischen Ausländern und Deutschen unterschieden werden darf, wirklich geglückt ist; es geht hier um die These 10 b und um den zweiten Satz der These 20. Zu These 10 b steht offensichtlich die Stufentheorie des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 12 GG Pate. Untersucht man diese Rechtsprechung genau, so zeigt sich, daß man heute überhaupt nicht mehr von einer Stufentheorie, sondern bestenfalls noch von einer Theorie der schiefen Ebene sprechen kann, die Abgrenzungen, wie sie Herr *Isensee* vorschlägt, wahrscheinlich nicht mehr zuläßt. Zwischen dem, was Herr *Isensee* in seiner These 10 b und dem dazu gebildeten Beispielsfall vertritt, und der wirklich unhaltbaren Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, die er genannt hat, liegt m. E. ein breiter Spielraum, der viel sorgfältiger untersucht werden müßte, als es Herr *Isensee* in diesem — zugegebenermaßen — Randbereich seines Referats getan hat.

Isensee: Zu dem Bedenken dagegen, ob das Modell einer zunehmenden Status-Verfestigung tragfähig sei: Ein Modell kann nicht jedem Einzelfall gerecht werden. Die Distinktionen zwischen Berufszulassung und Berufsausübung lassen sich nicht lupenrein treffen. Das Gebot der Gleichstellung des Ausländers in der jeweiligen sozialen Rolle löst nicht alle einzelnen Abgrenzungsschwierigkeiten.

Formen der grundrechtlichen Status-Verfestigung können auch außerhalb des Ausländerrechts aufgewiesen werden. Ein Beispiel liefern die Rechtsfiguren des Monopolergänzungs- und des Monopolersatzberufes im Wirkungskreis der Finanzmonopole. In der Verwaltungsrechtsprechung ist das Argument aufgetaucht, daß dort, wo die Grundrechte die Verstaatlichung und damit die Einführung eines Berufsverbots zuließen, sie erst recht beliebige Berufsbeschränkungen erlaubten. Dieser A-fortiori-Schluß wird aus gutem Grund überwiegend verworfen: Von einer rechtsstaatlich geordneten Rechtsversagung kann nicht auf rechtsstaats-freie Rechtsminderung geschlossen werden.

Wenn der Staat in grundrechtsfreier Entscheidung dem Ausländer einen Lebensbereich öffnet, so muß er die grundrechtsgebotenen Konsequenzen ziehen und die Gleichstellung mit dem Inländer gewährleisten. Die Rechtsfolgen der Zulassung soll-

ten deshalb rechtzeitig bei der Entscheidung über die Zulassung in den Blick genommen werden. So sind sogleich bei der Erteilung der Aufenthalts- oder der Arbeitserlaubnis die gesellschaftlichen Bedürfnisse und die Möglichkeiten des nationalen „Energiehaushalts“ in Rechnung zu stellen. Die staatliche Lenkungsgewalt sollte planmäßig in einem Stadium eingesetzt werden, in dem sie noch nicht zu stark grundrechtlich gebunden ist.

Das Selbstbindungs-Konzept enthält ein Moment des Alles-oder-Nichts. Es wäre eine pseudo-humanitäre Lösung, wollte man an Stelle der Nichtzulassung zu einem Lebensbereich oder der Gleichstellung in dem Lebensbereich eine dritte Lösung wählen: die Zulassung mit verminderter Rechtsstellung. Diese Lösung widerspräche der Rechtsstaatlichkeit wie dem Sozialstaatsgebot. Sie höbe die Rechtsgleichheit wie die soziale Gleichheit auf.

Vorsitzender: Ich schlage vor, hier eine gewisse Zäsur zu machen, da dies ein besonderer Punkt zu sein scheint, über den schon vor Beginn der eigentlichen Diskussion intensiv gesprochen worden ist. Zunächst darf ich Herrn *Bachof* bitten.

Bachof: Zunächst zu dem von Herrn *Isensee* betonten und von Herrn *Herzog* unterstrichenen Unterschied von Gebietszulassung und Gebietszugehörigkeit: Auch ich stimme dem zu, halte aber die Anknüpfung an den *Aufenthalt* im Gebiet für zu eng. Es gibt noch andere Kontaktierungen der deutschen Staats- und Rechtsordnung, die einen Grundrechtsschutz für Ausländer auslösen müssen. Nehmen wir einmal den ausländischen Künstler oder Wissenschaftler, der ein Werk in der Bundesrepublik ausstellt oder ein Buch in der Bundesrepublik veröffentlicht; nehmen wir einen Jugoslawen, der einen Brief nach Dänemark schreibt, welcher die Bundesrepublik passiert. Nehmen diese Ausländer etwa nicht an dem Grundrechtsschutz des Art. 5 bzw. des Art. 10 GG teil? Ich meine, sie nehmen teil! Herr *Isensee* hat das Beispiel des mit einer Deutschen verheirateten Ausländers gebracht — man könnte auch an das nicht-deutsche Kind eines Deutschen denken — und hat gemeint, aus solcher Beziehung könne man (nur) einen Grundrechtsreflex für den Ausländer herleiten. Mir scheint, das sind mehr als bloße Reflexe, jedenfalls wenn Herr *Isensee* diesen Begriff im Sinne der herkömmlichen Unterscheidung von Rechtsreflex und subjektivem Recht verstanden wissen will. Ich halte in solchen Fällen nicht nur einen Reflex, sondern den vollen Grundrechtsschutz für gegeben.

Die Unterscheidung zwischen der Zulassung und dem dadurch erlangten Status ist sicher richtig, aber der Anknüpfungspunkt

„Aufenthalt“ ist zu eng. Es gibt eben noch andere als die durch den Aufenthalt ausgelösten Kontakte zur deutschen Rechts- und Staatsordnung, die des Grundrechtsschutzes bedürfen. Das mögen neben Kontakten gebietlicher Art auch solche personaler Art sein, z. B. bei der Ehe und beim Kindschaftsverhältnis. Daher müssen wir den Anknüpfungspunkt der „Gebietszulassung“ wohl erweitern. Das möchte ich jedenfalls als Frage aufwerfen.

Isensee: Die Frage hätte von mir erbeten sein können; sie ist eine willkommene Ergänzung. Der Aufenthalt ist Voraussetzung eines umfassenden Grundrechtsstatus. Daneben gibt es partielle grundrechtlich relevante Gebietsberührungen von Ausländern.

Bachof: Es geht nicht nur um Gebietsberührungen, sondern auch um Berührungen personaler Art; z. B. wenn zwischen einem Ausländer und einem Deutschen ein grundrechtsgeschütztes Verhältnis begründet wird oder entsteht, wie Ehe oder Kindschaftsverhältnis. Auch solche Beziehungen des Ausländers zur deutschen Rechtsordnung müssen bedacht werden.

Isensee: Hier muß die partielle Inlandsberührung näher dargestellt werden. Eines ist klar: Wenn ein Ausländer vom Ausland her einen Brief in das Bundesgebiet schickt, erlangt er im Geltungsbereich des Grundgesetzes den Schutz des Briefgeheimnisses. Wenn ein im Ausland lebender Ausländer ein Grundstück im Bundesgebiet erworben hat, genießt er den unverkürzten Schutz des Art. 14 GG wie der Deutsche. Wenn aber die Bundesrepublik dem Gebietsfremden den Grundstückserwerb untersagt, wie es § 23 AWG unter bestimmten volkswirtschaftlichen Voraussetzungen ermöglicht, so liegt kein Grundrechtseingriff vor. Hier ist lediglich die Gebietszulassung verweigert. Daß der Gesetzgeber diese Abweisung des Gebietsfremden für grundrechts-irrelevant hält, zeigt § 23 AWG. Diese Norm genügt nämlich der Junktimklausel des Art. 14 GG nicht. Dagegen kann ein solches Veräußerungsverbot in Grundrechte des deutschen Veräußerers eingreifen. Soweit der Grundrechtsschutz des Gebietsansässigen auch für den Gebietsfremden Vorteile bringt, liegt ein Grundrechtsreflex vor.

Das Zwei-Phasen-Modell läßt sich also auch auf partielle Gebietsberührungen anwenden. Es fehlt hier allerdings meistens an einem manifesten Zulassungsakt. Die Zulassung wird in der Regel global und stillschweigend erteilt.

Ein im Ausland lebender ausländischer Publizist oder Wissenschaftler hat kein Grundrecht, im Bundesgebiet Werke zu veröffentlichen. Sind die Arbeiten aber erst einmal in Deutschland

eingeführt, so gelten das Zensurverbot und die übrigen Freiheitssicherungen. — Auf der anderen Seite steht den deutschen Gebietszugehörigen und Staatsangehörigen das Informationsgrundrecht zu. Dieses Recht bezieht sich — das hat das Bundesverfassungsgericht entschieden — auch auf allgemein zugängliche Quellen, die im Ausland belegen sind, also etwa auf ausländische Presseerzeugnisse. Somit gewinnt der gebietsfremde Publizist einen Reflex des Informationsgrundrechts, das dem Inländer zusteht.

Doehring: Ich möchte noch einmal zu einigen Bemerkungen Stellung nehmen, die Herr *Tomuschat* gemacht hat und auch anknüpfen an das, was Herr *Isensee* gesagt hat. Ich bin in einigen Kardinalpunkten mit Herrn *Isensee* gar nicht einer Meinung. Und das ist folgendes: Ich kann mich eben doch nicht der Meinung anschließen, daß dann, wenn die Zulassung des Ausländers geschehen ist, er in Bezug auf die jedermann erteilten Grundrechte undifferenziert zu deutschen Staatsangehörigen behandelt werden muß. Ich habe da große Bedenken. Ich möchte nochmals betonen, daß ich Art. 25 nicht dazu verwenden will, alles aus den Angeln zu heben, sondern ich kann das Problem auch ganz anders darstellen. Ich will das einmal an einem Beispiel erklären: Wir haben im Rahmen der International Law Association jahrelang an einem Vorschlag gearbeitet für eine internationale Asylrechtskonvention. Viele Staaten sollten sich dem anschließen. Die Staaten sollten sich verpflichten, Asyl zu gewähren. Eine solche Konvention — das ist uns bei diesen internationalen Arbeiten klar geworden — kommt nur zustande, wenn in dieser Konvention gleichzeitig steht, daß den Asylberechtigten die Meinungsfreiheit eingeschränkt werden muß, damit sie also dann nicht in dem aufnehmenden Staat unbegrenzt politisch tätig werden; sonst machen das die anderen Staaten nicht mit. Wenn man aber sagt: Der Fremde ist als Asylberechtigter zugelassen, jetzt hat er den Schutz des Art. 5 wie ein Deutscher, dann gibt man Steine statt Brot. Man gibt nämlich kein Asylrecht mehr, wenn die Konvention gar nicht zustande kommt. Andere Staaten haben solche Bedenken in dieser Beziehung bestimmt nicht. Ich glaube, wir sind der Staat, der sich weitaus am meisten überhaupt Gedanken darüber macht.

Also, ich wollte nur davor warnen, solche Rechte wie ein Benefiz auszudehnen; das könnte auch zurückschlagen. Es könnte so zurückschlagen, daß man überhaupt kein Asyl gewähren kann. Bei der Alternative, entweder abweisen oder zu-

lassen und dann mit vollen Grundrechten, weist man sie eben zum Schluß doch ab.

Frowein: Die Zwei-Stufen-Lehre in diesem Zusammenhang macht sich natürlich sehr gut, enthebt uns aber nicht der Frage der dogmatischen Absicherung und der positiv-rechtlichen Begründung. Herr *Isensee*, Sie haben zu Anfang davon gesprochen, daß Grenznormen der Grundrechte entwickelt werden müssen. Die müssen positiv-rechtlich entwickelt werden. Ich glaube, daß Sie sich dieser Frage nicht deutlich genug gestellt haben.

Man kann wohl nicht so undifferenziert sagen — und hier verweise ich zum Teil auf Herrn *Bachof* —, daß derjenige, der noch keine Gebietsberührung hat, auch ohne grundrechtliche Sicherung ist, soweit es um die Zulassung für ihn geht. Auch bei der Entscheidung über seine Zulassung ist er durch die im echten Sinne staatsbegrenzenden Grundrechte, vor allem Art. 3, nach meiner Ansicht geschützt. Sie müßten den Nachweis führen, daß es den positiv-rechtlichen Schutz durch die Nicht-Inländer-Grundrechte hier nicht geben sollte. Daß das praktisch ist, kann ich an einem kleinen Beispiel klarmachen: Ein Ausländer hat deutsche Verwandte, durch Eheschließung mit einer Deutschen oder als Kind von Deutschen, er will einreisen aus einem ganz familiären Grunde. Er wird vor einer willkürlichen Verweigerung der Einreise — darüber besteht nach meiner Meinung kein Zweifel — durch den Art. 3 geschützt, was entsprechende prozessuale Konsequenzen hat. Weiterhin bin ich mit einigen Vorrednern nicht der Ansicht, daß nach Zulassung undifferenziert Möglichkeiten der Unterscheidung zwischen Ausländern und Inländern nicht mehr bestehen. Auch das ist positiv-rechtlich begründbar. Da, wie Sie mit Recht gesagt haben, Art. 3 Abs. 3 die Ausländereigenschaft nicht enthält, aber allein Art. 3 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 3 für die Ausfüllung von Grundrechtsvorbehalten ihrerseits Grenzen sind, können Grundrechtsvorbehalte sehr wohl ausländerdifferenzierend ausgestaltet werden. Lassen Sie mich wieder ein Beispiel geben: Alle deutschen Landespressegesetze legen, wenn ich es richtig in Erinnerung habe, fest, daß Ausländer Journalisten, aber nicht verantwortliche Redakteure sein können. In meiner Sicht wäre das ein Fall, der in Ihrem Stufensystem schwer unterzubringen wäre. Ich halte das aber für eine verfassungsrechtlich zulässige und sehr sinnvolle Regelung.

Noch ein letzter Punkt: Ich halte es auch nicht für richtig, so zwischen den demokratischen und den rechtsstaatlichen Kompetenzen zu unterscheiden, wie Sie es im allerletzten Teil getan

haben. Ich halte es für verfassungsrechtlich zulässig und durch unser Grundrechtssystem, Art. 5 Abs. 2 und andere, gedeckt, daß wir zum Beispiel das Erscheinen von Ausländerzeitungen verbieten, die zielgerichtet der Auseinandersetzung mit bestimmten ausländischen Regierungssystemen dienen. Dinge dieser Art haben wir in Ansätzen zum Teil schon erlebt. Wenn ich recht sehe, wäre das auch nach Ihrem letzten Punkt V 19 b sehr schwer einzufangen. Das geht mir zu weit. Hier haben wir sowohl in den Grundrechten als auch von Art. 25 GG her Schutzmöglichkeiten.

Isensee: Das System des Verfassungs-Kollisionsrechts kann natürlich im Rahmen eines Referats nicht entwickelt werden. Dieses Kollisionsrecht muß stark differenzieren. Die dogmatische Zukunftsaufgabe ist noch nicht wirklich in Angriff genommen.

Zum konkreten Fall der ausländischen Journalisten, die nicht verantwortliche Redakteure werden dürfen: Hier geht es zunächst nicht um die Pressefreiheit, die allerdings nicht als Deutschen-Grundrecht ausgestaltet ist. Es geht um die Berufsfreiheit des Journalisten — und diese ist dem Ausländer nicht grundrechtlich gewährleistet. Erst wenn ihm der grundrechtsfreie Zugang zur Berufsausübung aufgetan wird, erschließt sich die Presse als Berufsfeld. Die partielle Zulassungssperre zu Presseberufen ist daher zulässig.

Zum Fall des einreisewilligen Ausländers, der familiäre Bindungen zum Inland hat: Hier ist der Rückgriff auf den allgemeinen Gleichheitssatz überflüssig, weil ein sachbezogenes besonderes Gleichstellungsgebot in Art. 6 GG eingreift. Das Grundrecht von Ehe und Familie fordert bei der Entscheidung über die Einreiseerlaubnis Beachtung — aber nicht um des gebietsfremden Ausländers, sondern um seiner deutschen Familienangehörigen willen. Der gebietsfremde Ausländer genießt keinen selbständigen Grundrechtsschutz, sondern er partizipiert am Grundrechtsschutz der Familienmitglieder, die als deutsche Staatsbürger oder Gebietszugehörige Grundrechtsträger sind.

Bachof: Herr *Froweins* Beitrag scheint mir deutlich gemacht zu haben, daß der Ausdruck „Zulassung“ mißverständlich ist. Wer als Ausländer unfreiwillig in das deutsche Bundesgebiet gelangt, etwa durch einen Terroristenakt — z. B. Verschleppung oder Flugzeugentführung —, erhält ja sicherlich keine „Zulassung“ im üblichen Wortsinn! Aber selbstverständlich — das wäre wohl auch Herrn *Isensees* Meinung — genießt er trotzdem Grundrechtsschutz, wenn er einmal da ist. Die Aufenthalts-

„Zulassung“ darf also nicht verstanden werden als Erfordernis eines Verwaltungsakts, es muß vielmehr auch jeder andere Kontakt zum deutschen Staatsgebiet oder zur deutschen Rechtsordnung genügen. Zu Ihrem Beispiel, Herr *Frowein*: Das nicht-deutsche Kind eines Deutschen *hat* bereits diesen „Kontakt“, es bedarf keiner besonderen „Zulassung“ mehr, sondern da ist die Verbindung zur deutschen Rechts- und Staatsordnung schon vorhanden. Deshalb ist der Ausdruck „Zulassung“ mißverständlich, weil zu eng.

Oppermann: Ich knüpfe unmittelbar an das an, was eben gesagt wurde und möchte noch einmal von der Bemerkung von Herrn *Herzog* ausgehen, der auf die These 10 b von Herrn *Isensee* rekurrierte. Mir ist bei den ganzen Vorstellungen der „Zulassung“, der „unmittelbaren Kontakte“, die hier eben wieder anklingen, nicht so ganz dogmatisch wohl. Man müßte stärker positiv-rechtlich vom Charakter der Grundrechte ausgehen bei der Frage 10 und da ist der Unterschied zwischen den Jedermann-Grundrechten und den Deutschen-Grundrechten in diesem Zusammenhang doch recht fundamental. Deswegen ist mir bisher noch nicht deutlich geworden, wie der Ausländer — wie es in Ihrer These 10 b mit der Stufentheorie anklingt — in den Status der Deutschen-Grundrechte hineinwachsen soll. Auch der Versuch, über Art. 3 Abs. 1 zu arbeiten, überzeugt nicht.

Das Deutschen-Grundrecht kann der Ausländer nur auf dem Wege erreichen, daß er eines Tages eingebürgert wird. Umgekehrt habe ich viel Sympathie für den Gedanken von Herrn *Doehring*, daß man auch bei den Jedermann-Grundrechten nicht jede Möglichkeit der Differenzierung von Art. 25 her gesehen von vornherein ausschließen sollte. Wenn man sich die Fälle im einzelnen ansieht, ist es nämlich durchaus die Frage, ob man den Ausländern ein großes Geschenk damit macht, sie von vornherein aus unserer verfassungsrechtlichen Sicht voll und ganz mit den verfassungsrechtlichen Wohltaten — hier der Jedermann-Grundrechte, vielleicht sogar der Deutschen-Grundrechte — zu versehen, sobald sie auf deutschem Boden angelangt sind. Oder sollen sie — wie manchmal in der Diskussion über die Grundrechtsmündigkeit bei Kindern und Heranwachsenden angenommen — allmählich in den grundrechtlichen Status hineinwachsen? Herr *Isensee*, es ist die Frage, ob es sich dabei nicht um eine Art Danaer-Geschenk für den Ausländer handelt. In sehr vielen wirtschaftlichen und sozialen Situationen kann sich das Problem stellen, daß der Ausländer, je stärker er mit den Deutschen assimiliert wird, beispielsweise auf dem Tarifgebiet oder in ähnlichen Bereichen, Gefahr läuft, in

Zeiten der Krise dann auch — gerade weil er nur im vollen Status bleiben kann oder gar nicht bleiben kann — eher über die Grenze nach Hause geschickt zu werden. In den Jahren 1966/67 zeichnete sich das damals kurzzeitig in manchen Ansätzen schon ab. Sicherlich wird man den Ausländern soviel wie möglich soziale und wirtschaftliche Gleichstellung wünschen. Aber in manchen Situationen kann es für den Ausländer vorteilhafter sein, wenn er in einem geminderten wirtschaftlichen und sozialen Status im Lande bleiben kann und es dem Gesetzgeber nicht verfassungsrechtlich verboten ist zu differenzieren. Dies wollte ich zur Unterstützung der Sicht von Herrn *Doehring* zu dieser Frage sagen.

Leisner: Der Ernst, mit dem der Status der Ausländer in dieser Vereinigung heute diskutiert wird, ist nicht nur erfreulich, wie alles, was hier geschieht, er ist auch berechtigt. Denn wenn die Entwicklung so beängstigend fortschreitet, wie es hier mehrfach beschworen worden ist, wenn eines Tages dann türkische Divisionen unsere Grenze schützen, werden wir nur unseren eigenen zukünftigen Status hier diskutiert haben.

Zunächst einige Worte über die Zulassung der Ausländer zu den Rechten des status activus. Vor allem zwei Einwände sind hier gegen die Konstruktion von Herrn *Isensee* vorgebracht worden. Einerseits sagt man, man dürfe den Volksbegriff nicht allzu eng fassen. Es müsse auf eine gewisse Schicksalsgemeinschaft abgestellt werden; diese Schicksalsgemeinschaft umfasse eben auch den zugelassenen Ausländer. Auf der anderen Seite wird — wenn auch das Prinzip nicht in Zweifel gezogen wird — immerhin vorgebracht, man könne auf der Gemeindeebene eine andere Lösung gelten lassen. Beides scheint mir nicht berechtigt, und zwar aus folgenden Gründen:

Wir können und nicht über die bindenden Normen des Grundgesetzes hinwegsetzen, über die Verfassung, die da sagt, daß die Gewalt vom Volk ausgeht, von jenem politischen Volk, das eben gerade nicht die „Schicksalsgemeinschaft“ ist. Und aus unserem Demokratieverständnis heraus ist es uns schlechthin verwehrt, diesen Volksbegriff bis zu den Ausländern auszuweiten. Die „Unentrinnbarkeit“ hat ihren guten Sinn, selbst wenn das Wort zu Mißverständnissen Anlaß geben mag. Unentrinnbarkeit heißt ja keineswegs, daß jemand nicht über die Grenze fahren oder nicht zurückkommen kann. Wir Deutschen sind aber unentrinnbar jedenfalls in dem Sinne an dieses Land gebunden — dem wir, vor allem völkerrechtlich, immer „zugeordnet“ werden —, daß wir mit unserem Paß unsere Nationalität, ja unsere ganze Nation mit uns tragen und daß wir auch

darunter leiden, wenn wir etwa wieder nach Deutschland abgeschoben werden. Insoweit ist eine rechtliche und auch eine gewisse faktische Unentrinnbarkeit gegeben.

Ich meine auch nicht, daß man den Begriff des Volkes als Grundlage des demokratischen Prinzips erweitern kann, sozusagen „unten“, auf der Gemeindeebene, und zwar aus folgendem Grunde: Im Gemeindebereich herrscht ja nicht etwa nur eine Autonomie, die territorial begrenzt wäre und nur mit der Daseinsvorsorge zu tun hätte. Die Gemeinden sind voll demokratisiert durch Art. 28, der eng mit Art. 20 GG zusammenhängt, der von demselben Volksbegriff ausgeht wie Art. 20. Deswegen müssen dieselben Grundsätze bei Art. 28 wie bei Art. 20 GG gelten. Auch die Gemeinde ist insoweit wenigstens eine politische Gemeinschaft, so daß wir nicht das Wort „Volk“ zur Schicksalsgemeinschaft ausufern lassen können. Ich würde mich dem Versuch widersetzen, auf Gemeindeebene einen anderen Demokratiebegriff gelten zu lassen als auf Bundes- oder Landesebene.

Und nun noch zur „Stufentheorie“: Im Anschluß an Herrn Herzog möchte ich mich sehr dafür aussprechen, daß diese Stufentheorie Grundlage unserer künftigen Ausländerdogmatik wird. Die scharfe Trennung zwischen dem Gebietskontakt auf der einen Seite und dem daraus folgenden Grundrechtsstatus auf der anderen — dieses System ist dogmatisch geschlossen, und es hat hinreichende Flexibilität, wenn man nur berücksichtigt, daß natürlich nicht auf der grundrechtsgeschützten zweiten Stufe das wieder rückgängig gemacht werden darf, was auf der ersten Stufe gegeben worden ist. Mit anderen Worten: Wir müssen sehr vorsichtig sein, daß nicht der Ausländer erst mit großer Geste frei zugelassen wird, und man ihm dann erklärt, nach einem halben Jahr müsse er wieder gehen. Das wäre eine Aushöhlung der „zweiten Stufe“, des Grundrechtsschutzes.

Nicht zu teilen sind aber Bedenken, die einige Vorredner über das „Hineinwachsen in die zweite Stufe“ geäußert haben. Wenn ich Herrn Isensee richtig verstehe, so wollte er doch damit keineswegs sagen, daß etwa mit Zeitablauf immer neue Rechte hinzukommen sollten, und daß dann nach einigen Jahren der Ausländer eigentlich dem Deutschen vollständig gleichgestellt werde, in einer mehr oder weniger kontrollierbaren Weise. Das würde ja schon der Rechtsstaatlichkeit widersprechen. Der Sinn der Stufentheorie ist vielmehr: Wenn der Ausländer einmal zugelassen ist, hat er den Grundrechtsstatus des Ausländers. Und die Vorredner mögen doch bedenken, daß dieser immer noch genug Differenzierungsmöglichkeit bietet: Einerseits gilt

das Differenzierungsgebot des Art. 3 Abs. 3 für die Ausländer nicht, so daß ihnen gegenüber auch nach Zulassung noch differenziert werden kann, und zum anderen sollen ihnen ja auch durchaus nicht — wenn ich Herrn *Isensee* recht verstanden habe — die Deutschen-Rechte zugebilligt werden. Damit aber, so glaube ich, ist das System flexibel genug und könnte zur Grundlage unserer Dogmatik werden.

Doehring: Herr *Leisner*, würden Sie sagen, daß der einfache Gesetzgeber nicht in der Lage sei, für die Kommunen das Wahlrecht an die Ausländer zu geben, da Art. 28 Abs. 1 Satz 2 mit dem Wort „Volk“ das sperrt?

Leisner: Ich wollte genau das sagen; ich halte das für verfassungswidrig.

Erbel: Herr *Isensee*, eine Frage habe ich zur These 4 b betreffend die Verfügung über die Zulassung zum Aufenthalt und dem daraus erwachsenen Grundrechtsstatus: Bei meiner wirklich freundlichen Bewunderung für die Begriffsschärfe, mit der Sie Ihre Ausführungen gestaltet haben, verwundert mich doch etwas diese Fassung. Es heißt dort:

Die Begründung eines Grundrechtsstatus des Ausländers ist die Folge der Zulassung seines Aufenthalts.

Ich war bisher und bin auch noch der kindlichen oder, wenn man so will, der treuherzigen naturrechtlichen Auffassung, daß der Mensch diese elementaren Rechte, die Grundrechte — in der amerikanischen Verfassung heißt es, die angeborenen Rechte — eben von Geburt aus als Mensch sozusagen mit sich herumträgt. Ich verstehe nicht ganz, wieso die Kontaktnahme mit dem Staatsgebiet und die Zulassung — ich weiß nicht, ob das vorhin nicht im Sinne eines Verwaltungsaktes gemeint war, was noch eine merkwürdigere Konstruktion wäre — also diese Zulassung — wie beim König Midas die Sachen in Gold verwandelt wurden — hier plötzlich den grundrechtlichen Status begründet. Müßte man nicht genauer sagen, daß vielleicht die Ausübung dieser Grundrechte aktualisiert wird?

Isensee: Eine Unterscheidung vorweg: Die überstaatlichen Menschenrechte, die als naturrechtliche Vorgegebenheiten jeder Staatsorganisation anerkannt werden, sind nicht identisch mit den Grundrechten, die das Grundgesetz als positivrechtliche Normen enthält. Die innerstaatlichen, positivrechtlichen Grundrechte gelten nur in den räumlichen und personellen Grenzen, die der Staatsordnung innerhalb der Völkergemeinschaft ge-

steckt sind. Die grundrechtliche Garantenstellung der Bundesrepublik ist daher auch begrenzt.

Ob die Grundrechte der deutschen Verfassung für den Ausländer erst mit der Gebietsberührung entstehen oder ob sie auch auf den in Neuseeland wohnenden Neuseeländer angelegt sind, sich aber erst beim Gebietskontakt aktualisieren — das ist eine Frage der dogmatischen Konstruktion, von der das praktische Ergebnis nicht abhängt.

Das Stichwort „Gebietskontakt“ darf ich ganz kurz aufnehmen: Der Aufenthalt als solcher ist ein realer Zustand. Aber ein realer Zustand kann rechtlich geregelt werden. Die Zulassung des Aufenthalts durch den Staat ist ein Willensakt und gehört damit in den Bereich des Normativen. Wenn der Fremde, der unerlaubt das Staatsgebiet betritt, den Schutz der Grundrechte erlangt, so unterliegt doch der Realakt der Einreise als solcher der rechtlichen Bewertung. Vollends stellt sich beim Rechtsakt der Gebietszulassung das Problem, wieweit er rechtlich, vor allem auch verfassungsrechtlich determiniert ist.

Saladin: Ich möchte anknüpfen an den überzeugenden Schluß des Referats von Herrn *Isensee*. Wenn er sagt, das Grundgesetz enthalte keine ausländerpolitische Konzeption, so finde ich das durchaus richtig. Das bedeutet im Grundsatz, daß dem Gesetzgeber hier ein außerordentlich weiter Spielraum gelassen ist, und daß somit die Möglichkeit zu sehr vielfältigen Differenzierungen besteht, die allesamt vor dem Grundgesetz Bestand haben. Dem Gesetzgeber ist die Verantwortung für die Auswahl unter diesen Möglichkeiten vom Grundgesetz nicht abgenommen.

Wenn Sie, Herr *Isensee*, in Ihrer These 18 c von den typischen Lasten sprechen, die aus der demokratischen Mitgliedschaft im Staatsverband erwachsen, so möchte ich immerhin darauf hinweisen, daß solche Belastung durch andersartige Verpflichtungen, vor allem humanitäre (von den fiskalischen ganz abgesehen), aufgewogen werden könnte. Und wenn Sie in Ihrer These 18 b erklären, das demokratische Prinzip schließe das aktive wie das passive Wahlrecht für Ausländer aus, d. h. für Personen, „die nicht Staatsbürger auf Lebenszeit sind“, so wäre dazu zu erwähnen, daß ja in der Bundesrepublik, wie auch in der Schweiz, Aufenthaltsbewilligungen ohne zeitliche Befristung verliehen werden (Schweiz: „Niederlassung“, Art. 6 des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer, vom 26. März 1931). Und wenn der Gesetzgeber dies zuläßt, dann heißt das doch, daß wir den betroffenen Ausländern eine außerordentlich enge Verbindung, ja

eine eigentliche „Schicksalsgemeinschaft“ mit dem Gastland gestatten. Und dann wäre es doch nur konsequent, wenn man sich um eine optimale Assimilierung solcher Ausländer bemühte. Das hieße dann nach meinem Dafürhalten auch, daß man versuchte, jedenfalls diese Kategorie von Ausländern an der politischen Willensbildung partizipieren zu lassen — mindestens an gewissen Akten der Willensbildung. — Eine weitere Differenzierung, von der noch gar nicht gesprochen wurde, wäre in dem Sinne denkbar, daß die Ausländer im politischen Willensbildungsprozeß zwar nicht Entscheidungs-, wohl aber qualifizierte Anhörungs- („Mitsprache“-)rechte erhielten. All diese Möglichkeiten sollten, wie mir scheint, noch viel eingehender geprüft werden, als das bisher geschehen ist.

Böckenförde: Herr *Doehring* hat uns in seinem Referat, wenn ich das recht verstanden habe, sehr deutlich die Grenzmarkierungen aufgezeigt und festgemacht, wie sie sich vom Völkerrecht her für die Gestaltung des Ausländerrechts im staatlichen Bereich ergeben. Ich habe dabei den Eindruck gewonnen, als ob diese völkerrechtlichen Markierungen zur unausgesprochenen Voraussetzung immer noch die Tatsache haben, daß der Fremde, von dem das Völkerrecht spricht, der Gast ist, der in einem anderen Staat lebt und Gastrecht genießt. Von daher werden auch die sehr weitgehenden Gestaltungsmöglichkeiten und deren Begrenzungen, soweit sie vorhanden sind, gefunden.

Meine Frage ist, ob diese Voraussetzung eigentlich noch auf die Wirklichkeit zutrifft, mit der wir es heute zu tun haben. Ich möchte das an zwei Punkten kurz erläutern. Erster Punkt: Die Gastarbeiter-Wirklichkeit ist meines Erachtens nicht mehr damit adäquat zu erfassen, daß es sich hier um Gäste handelt, die dem Fremdenrecht als einer Ausformung des Gastrechts unterstehen. Es handelt sich auch im Hinblick auf unsere eigene Lage nicht mehr darum, daß hier Fremden durch Einräumung bestimmter Rechtspositionen gewisse Wohltaten und ein nicht geschuldetes Entgegenkommen gewährt werden. Unsere Gesellschaft ist nach der Strukturentwicklung, die sie genommen hat, heute schon auf die Gastarbeiter angewiesen; sie erbringen für die Gesellschaft lebenswichtige Funktionen, die diese Gesellschaft aus sich heraus immer weniger zu erbringen in der Lage ist. Muß das nicht im Sinne der allem Recht eigenen Reziprozität auch Auswirkungen auf den völkerrechtlichen Status dieser „Fremden“ haben?

Zweiter Punkt: Die Inhaber des EWG-Niederlassungsrechts. Da müßte man doch fragen, ob diese Personen nicht mehr nur Quasi-Fremde sind, die einen Status haben, der sich nicht mehr

nahtlos in das bisherige völkerrechtliche Fremdenrecht einfügt. Ist hier nicht auch völkerrechtlich eine Differenzierung angebracht, die das zum Ausdruck bringt?

Schließlich noch ein anderer Punkt: Wenn ich Sie recht verstanden habe, so sagten Sie, daß DDR-Bürger von der BRD nach Ihrer Auffassung analog zum Fremdenrecht behandelt werden sollten. Da muß ich entschieden widersprechen. Bei aller Problematik des Grundlagenvertrages und des BVerfG-Urteils dazu scheint mir unaufgebbar zu sein, daß Bürger der DDR, sowie sie im Herrschaftsbereich der Bundesrepublik leben, den vollen Inländerstatus haben. Vielleicht war das von Ihnen anders gemeint. Denn es kann meines Erachtens gar keine andere Lösung geben. Dies ist die Realität, die von Gesamtdeutschland noch vorhanden ist und auch effektiv gehalten werden muß.

Doehring: Vielleicht darf ich gleich replizieren. Herr Böckenförde, Sie haben das völlig richtig verstanden, um auf die DDR zurückzukommen. Ich hatte gesagt, eine analoge Anwendung des Fremdenrechts kann geboten sein, und zwar zu ihren Gunsten. Ich erinnere an den Ihnen auch bekannten Hanke-Fall. Wenn ein Volkspolizist drüben schießt und kommt hierher und wird hier bestraft, weil er drüben etwas getan hat (— wofür er bestraft wird, wenn er es nicht getan hätte —), dann muß ich das internationale Strafrecht analog anwenden. Sonst schädige ich ihn gerade mit der — wiederum — Wohltat der Zuerteilung aller Rechte, aber auch aller Pflichten eines bundesrepublikanischen Staatsbürgers. Das will ich nicht. Da gehen doch die Menschenrechte vor. Deshalb zumindest die analoge Anwendung in diesen Fällen. Wo die analoge Anwendung als Schutzfunktion nicht nötig ist, wende ich unser Recht uneingeschränkt an. Ich glaube, da haben wir uns völlig verstanden.

Böckenförde: Das würde also gelten, soweit er auf dem Territorium der DDR ist. Wenn er in die Bundesrepublik überwechselt, darin sind wir uns einig, hat er sofort den Inländerstatus.

Doehring: Ja, der fliehende Volkspolizist kommt hierher, und er wird hier vor Gericht gestellt, weil er drüben geschossen hat. Jetzt will ich das internationale Strafrecht mit den §§ 3 und 4 des Strafgesetzbuches analog wie bei einem Fremden anwenden, weil ich sonst mit ihm verfare, wie etwa mit einem Marokkaner, der über die algerische Grenze geht, nicht verfahren würde. Das ist der ganze Grund. Sonst, soweit möglich, bekommt er selbstverständlich alle Rechte, die überhaupt für

einen Deutschen denkbar sind. Darüber sind wir uns, glaube ich, beide völlig einig. Die von mir gebrachte analoge Anwendung ist eine Schutzfunktion.

Zweiter Punkt zur EWG: Das ist Vertragsrecht, daran kann ich mit allgemeinen Völkerrechtsregeln überhaupt nichts ändern. Das sind ganz andere Bindungen. Es wird in den Verträgen davon gesprochen, daß die Staatsangehörigen der Mitgliedsstaaten gleichbehandelt werden; das ergibt selbstverständlich einen anderen Status. Deshalb habe ich auch Gewohnheitsrecht und Vertragsrecht sauber getrennt. Wir hatten die EWG ausgeklammert, weil das sonst zu weit führen würde; es ist ein Kapitel und ein großes Gebiet für sich.

Sie sagen „Gast“. Wir sprechen auch von Gastarbeitern. Warum eigentlich, wenn wir mit dem Begriff des Gastes dann doch nicht Ernst machen wollen. Im übrigen ist es schließlich so, daß wir nicht allein auf der Welt sind. Das Problem der Gastarbeiter ist weltweit, und die Völkerrechtsregeln, die für Nichtstaatsangehörige, also Fremde, gelten, sind nun einmal Inhalt der Verfassung nach Art. 25. Wenn wir mit Besonderheiten anfangen, kommen wir aus der Differenzierung überhaupt nicht mehr heraus. Ich möchte daher etwas strikt an dem traditionellen Fremdenbegriff festhalten; so lange der sich nicht geändert hat, so lange die Verfassung den Art. 25 hat, ist er da und ist der zu behandelnde Begriff. Das ist meine Auffassung.

Hans Meyer: In zwei Punkten scheint mir das Referat von Herrn *Isensee* nicht ganz befriedigend zu sein, und zwar in bezug auf jene Gruppen, die vorhin mißverständlich als Minderheiten bezeichnet worden sind, d. h. jene Gruppen von Ausländern, die nicht Bildungsreisende oder Teppichhändler sind, die ihre soziale Existenz vielmehr in der Bundesrepublik verankert haben und langjährig hier wohnen.

Eine wichtige Frage ist, wie es mit der Einbürgerung steht. Hier ist mehrmals auf die Lösung der Einbürgerung verwiesen worden, die den vollen rechtlichen Status für den Ausländer vermittele. Die Gretchenfrage ist aber doch: Hat der Ausländer einen Anspruch auf Einbürgerung? Ich meine, daß ein solcher Anspruch besteht, wenn die Bundesrepublik einen Ausländer zehn Jahre voll in das Wirtschaftsleben integriert hat.

Der zweite Punkt betrifft die Partizipation. Sowohl Herr *Leisner* als auch Herr *Isensee* haben formell über Art. 28 argumentiert. Es ist schwer, etwas dagegen zu sagen, wenn man nicht vielleicht folgendes überlegt: Immerhin ist nicht vom

„Staatsvolk“ die Rede und es fehlt ein formaler Bezug zur Staatsangehörigkeit. Man könnte daran denken, ob nicht eine Aufweichung für den Sonderfall möglich ist, daß ganze Volksteile hier auf die Dauer leben und langsam aber sicher integriert werden. Ich darf daran erinnern, daß die Mehrheit der Lehre dem Demokratiebegriff in Art. 28 für die Gemeinde nicht die gleiche Dignität einräumt wie dem für die Landes- oder Bundesebene, wenn z. B. dem gemeindlichen Parlament das autonome Satzungsrecht verweigert wird.

Wenn aber eine solche Aufweichung nicht möglich erscheint, dann müßte man — das ist natürlich keine Frage der Grundrechte oder der Verfassungsauslegung, sondern eine rechtspolitische Frage — andere Formen der Partizipation finden, und zwar recht bald, da die Probleme dringend sind. Es gibt eine Reihe von Fällen, in denen sich Ghettos bilden, wo also z. B. der Begriff der öffentlichen Ordnung in unserem Sinne nicht mehr gilt, wo auch die deutschen Ordnungsbehörden nicht mehr in der gedachten Weise funktionieren, wo sich vielmehr das Ghetto selbst organisiert, die Ordnung hält. Wenn wir das vermeiden wollen, müssen wir, und zwar durch eine wirksam gestaltete Partizipation, Möglichkeiten eröffnen. Es geht um die Frage, ob es nicht viel vernünftiger ist, diese Ausländer in unsere normale demokratische Struktur einzubinden.

Merten: Eine kurze Zwischenfrage: Herr Meyer hat gesagt, er würde einem Ausländer bei einem zehnjährigen Aufenthalt in der Bundesrepublik einen Anspruch auf Einbürgerung einräumen. Nun wüßte ich als gesetzestreuer Jurist bei einem Anspruch gern auch die Anspruchsgrundlage. Woher kommt sie? Und warum sind es gerade zehn Jahre und nicht neun, acht oder sieben Jahre?

Hans Meyer: Ich will mich nicht auf zehn Jahre festlegen; aber eine Grenze wird man setzen müssen. Und die Grundlage würde ich darin sehen, daß diese Leute zehn Jahre lang ihre soziale Existenz bei uns verankert und für die Bundesrepublik Deutschland das geleistet haben, was auch der normale Staatsbürger geleistet hat. Den Anspruch könnte man auf Art. 1 oder auf Art. 3 stützen; in diesem Punkte hätte ich keine Hemmungen.

Oppermann: Noch ein Wort zum EWG-Vertrag, der bei Herrn Böckenförde und auch bei Ihnen, Herr Doebling, anklang. Man muß hier ganz deutlich sagen, daß der EWG-Vertrag in diesem Zusammenhang nicht ein völkerrechtlicher Vertrag wie jeder andere ist, sondern — Sie haben das auch angedeutet,

Herr *Doehring*, indem Sie auf Art. 24 neben Art. 25 rekurrerten — daß er ein Vertrag ist, der auf einen Endzustand hinarbeitet — man kann dabei von einem europäischen Bundesstaat reden oder von einem Zweckverband im Sinne Ipsens —, jedenfalls auf einen staatsrechtlichen oder staatsähnlichen Endzustand, in dem ein größeres Gemeinwesen entsteht. In diesem Gemeinwesen können die „Marktbürger“ eines Tages mehr oder weniger wieder zu Staatsbürgern werden, die sich dann ihrerseits als Inländer nach außen hin abgrenzen. Insofern muß man einen deutlichen Unterschied zwischen dem allgemeinen völkervertragsrechtlichen Zustand machen und dem, was sich aus der EWG ergibt. Daher war es doch ein wenig schade — was ich aus arbeitsökonomischen Gründen vollkommen verstehe —, daß man den EWG-Vertrag in beiden Referaten ausgeklammert hat. Er ist in diesem Zusammenhang eine besonders interessante Zwischenstufe. Es gibt ja auch ein Bleiberecht für EWG-Ausländer im Inland in einer EWG-Verordnung, das in dieser Form zum ersten Male ausdrücklich statuiert wurde. Insofern gibt es in der EWG sehr viele status-begründende Berechtigungen für Marktbürger, die scheinbar Herrn *Doehring* widersprechen. Er kann sich aber mit der Begründung rechtfertigen, daß die Europäische Gemeinschaft einen Sonderfall darstellt, weil es hier nicht um den völkerrechtlichen „Fremden“ geht, sondern um Angehörige eng verbundener Staaten, die allmählich mehr oder weniger personalinnenmarkt-ähnlich miteinander zusammenwachsen sollen.

Fritz Münch: Ich möchte den beiden Referenten mit einigen kurzen Bemerkungen beitreten. Zum Wort „Minderheiten“ ist eingewandt worden, daß die Minderheiten doch aus Staatsangehörigen bestehen. Mir scheint es wichtig zu sein, daß die Minderheiten typischerweise fest angesiedelte traditionelle Volksgruppen sind, jedenfalls in Europa. Aber wenn wir genauer hinschauen, haben wir zwischen dem Staatsangehörigen und dem klassischen Ausländer des vorigen Jahrhunderts, — auf den Herr *Kewenig* mit Recht hingewiesen hat — also dem isolierten Staatsfremden, noch eine ganze Reihe von Kategorien.

Neben den Staatsangehörigen haben wir in Deutschland jedenfalls die deutschen Volkszugehörigen, die Flüchtlinge nach Art. 116 GG; dann gibt es die Konventionsflüchtlinge und die displaced persons, denen wir gewissermaßen ein Heimatrecht zugebilligt haben; dann gibt es in Einwanderungsländern große Einwanderergruppen, die die Absicht haben — und das unterscheidet sie von den Gastarbeitern — sich dauernd niederzu-

lassen und Staatsangehörige zu werden; endlich gibt es die Gastarbeiter, die mir in der Tat heute noch lediglich eine quantitative Übersteigerung des klassischen Ausländers zu sein scheinen, wenn sie auch besondere Probleme aufwerfen. Aber worauf es wirklich ankommt, ist der Grad der Solidarität, die diese Gruppen zu unserem Staat haben. Am größten ist er gewiß bei den volksdeutschen Flüchtlingen und Vertriebenen; das ist aus Art. 116 GG zu folgern. Ich würde auch bei den Konventionsflüchtlingen und *displaced persons* darauf rechnen, daß sie Solidarität mit uns haben. In einem Einwanderungsland sind die typischen Einwanderer wohl auch als solidarische Gruppen anzusehen. Bei den Gastarbeitern müßte das noch überprüft werden. Ich weiß nicht, wie weit sie jetzt mit uns solidarisch sind. Der Natur der Sache nach würde es meines Erachtens gerade von diesem Punkt abhängen, welche besonderen Rechte man ihnen gibt und wie weit man sie rechtlich integriert. In einem Einwanderungsland hat *Heinz Kloss* kurz vor dem Kriege eine große Studie über die kulturelle Autonomie und die kulturelle Pflege von Einwanderergruppen durch die USA und deren Gliedstaaten zusammengestellt; sie ist 1963 erst erschienen (*Das Nationalitätenrecht der Vereinigten Staaten von Amerika*).

Zu Art. 25: Mir scheint, daß über Art. 25 GG mit Hilfe von Völkergewohnheitsrecht auch Grundrechtssätze interpretiert werden können. Das ist beim Asylrecht angedeutet, als es darum ging, Attentäter vom Asyl auszuschließen (BGHStr. 3, 394; 8, 64 f.; BVerwGE 4, 237 f.). Die These 13 von Herrn *Doehring* scheint mir etwas zu scharf formuliert zu sein oder Mißverständnisse aufwerfen zu können. Wenn die nach Art. 25 erzeugten Rechte und Pflichten am Verfassungsrecht teilnehmen, dann ist dennoch nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ausgeschlossen, daß sie zu Verfassungsbeschwerden Anlaß geben können.

Mußnug: Ich möchte nur eine konkrete Frage an Herrn *Isensee* richten: Wie steht es mit einem Ausländer, der hier zum Beamten auf Lebenszeit ernannt worden ist, dann aber irgend ein mittelschweres Vergehen begeht (also etwa Verkehrsgefährdung, einen Warenhausdiebstahl, eine Unterhaltspflichtverletzung etc.), das bei einem deutschen Beamten disziplinarisch noch mit einer Laufbahn- oder Gehaltsstrafe geahndet würde? Für Ausländer schaffen solche Delikte jedoch bereits einen Ausweisungstatbestand. Nur verbeamtete Ausländer befinden sich in einer besonderen Lage. Würden sie ausgewiesen, so würde ihnen das den Schutz ihres Beamtenstatus

rauben, der ja in der Verfassung garantiert ist. Oder erlaubt der Gleichheitssatz hier eine disziplinarrechtliche Differenzierung dergestalt, daß die Tat eines inländischen Beamten mit einer Laufbahnstrafe geahndet, die des Ausländers aber, weil er einen Ausweisungstatbestand geschaffen hat, mit der Entfernung aus dem Dienst? Wenn ich es nicht falsch sehe, liefert das die Probe aufs Exempel für Herrn *Isensees* These von den zwei Stufen des Grundrechtsschutzes für Ausländer.

Isensee: Ich darf die vielen Einwände gegen das Zwei-Phasen-Modell an dem Beispiel, das Herr *Mußnug* entwickelt hat, aufgreifen. Es stellen sich zwei Fragen: Wieweit geht die unerläßliche Status-Sicherung durch Gebietszulassung? Welche Grundrechtsverzicht kann der Ausländer erbringen?

Vorweg aber eine Klarstellung: Die Status-Verfestigung des Ausländers im Bereich der Deutschen-Grundrechte bedeutet nicht die unmittelbare Zuweisung eines Deutschen-Grundrechts, sondern nur die materielle Gleichstellung auf der Basis des allgemeinen Gleichheitssatzes. Diese Gleichstellung ist kein Rechtsautomatismus, der aus der Einreise folgt, sondern eine Möglichkeit, die sich mit den staatlichen Zulassungsentscheidungen aktualisiert.

Gegen dieses Gleichstellungs-Konzept wird eingewendet, der Staat erwiese dem Ausländer möglicherweise keine Wohltat, wenn er sich auf die Wahl zwischen Abweisung oder Gleichstellung beschränke. Der Gesichtspunkt der Wohltat ist in dieser Runde übrigens als neuer grundrechtsdogmatischer Topos kreiert worden. Ich weise auf die Geburtsstunde hin.

Ich möchte dagegen die konventionelle Sicht verteidigen, daß der Rechtsstaat um seiner selbst willen zur Rechtsgleichheit verpflichtet ist, ohne Rücksicht auf die individuellen Empfindungen der Betroffenen, mag es sich nun um den Bürger auf Lebenszeit handeln oder (wenn das Reizwort „Untertan“ vermieden werden soll) um den ausländischen *subditus temporarius*. Wenn ein Türke lieber Sklave in Mannheim als Kaufmann in Trapezunt ist und wenn er für den Fall der Einreiseerlaubnis zu jedem Grundrechtsverzicht bereit ist, so mag ein Aufenthaltsrecht mit minderem Grundrechtsstatus in seinen Augen eine Wohltat sein. Aus rechtsstaatlicher Sicht ist es unerträglich. — Wenn der Staat des Grundgesetzes zwischen Steinen und Brot zu wählen hat, so reicht er, wenn er das Brot der Grundrechte nicht teilen kann (oder will), den Stein der Abweisung. Aber er gibt nicht eine Mischung aus Brot und Steinen. —

Nun zu der Probe aufs Exempel — zum Disziplinarfall des ausländischen Beamten: Hier sind die beamtenrechtliche und die aufenthaltsrechtliche Ebene zu unterscheiden. Auf beamtenrechtlicher Ebene ist jeder gleich zu behandeln. Wenn ein Ausländer in den öffentlichen Dienst aufgenommen worden ist, so unterliegt er denselben dienstrechtlichen Regelungen, bis hin zu denen des Disziplinarrechts. Ob ein Ausländer aber verbeamtet werden soll, ist eine freie Entscheidung des Dienstherrn, die durch Art. 33 Abs. 2 und 3 GG nicht eingeschränkt wird. — Nun stellt sich die Frage, ob mit der Verbeamtung nicht notwendig eine Status-Sicherung auf aufenthaltsrechtlicher Ebene verbunden ist. Die Frage ist zu bejahen. Wer zum Beamten auf Lebenszeit ernannt und damit der Residenzpflicht unterworfen worden ist, hat damit auch ein entsprechendes Aufenthaltsrecht erlangt und ist gegen Ausweisung gesichert. Es ist daher ausgeschlossen, daß ein Dienstvergehen neben der disziplinarischen Sanktion auch die Ausweisung nach sich zieht.

Ich möchte das Problem noch an einem anderen Beispiel verdeutlichen. Wenn ein Ausländer, der die Aufenthaltserlaubnis für ein Jahr besitzt, einen Gewerbebetrieb im Bundesgebiet aufmacht und sich so eine grundrechtlich gesicherte Eigentumsposition erarbeitet, so erlangt er damit noch kein Aufenthaltsrecht auf Dauer. Bei der Status-Sicherung ist zu unterscheiden: Bei einem Beamtenverhältnis auf Lebenszeit müssen auch die aufenthaltsrechtlichen Voraussetzungen lebenslänglich gewährleistet sein. Bei freiberuflicher Tätigkeit im Rahmen einer Aufenthaltserlaubnis von einem Jahr ist auch die Berufstätigkeit im Bundesgebiet nur für ein Jahr gesichert. Die beliebte Argumentation, daß dem Ausländer nunmehr ein länger währendes Aufenthaltsrecht zukommen müsse, damit er seine Grundrechtsposition genießen oder über effektiven Rechtsschutz verteidigen könne, ist nicht haltbar. Hier werden Grundrechtsvoraussetzungen und Grundrechtsinhalte durcheinander gebracht.

Scholz: Herr Isensee, Sie haben sich hinsichtlich Ihrer Zweiphasen-Lehre eben etwas in eine defensive Position begeben. Ich möchte Sie dagegen unterstützen; mich hat Ihre Auffassung sehr bestochen.

Andererseits meine ich, daß in der Diskussion über der rechtsstaatlichen und der demokratischen Dimension die sozialstaatliche Dimension der Rechtsstellung des Ausländers etwas zu kurz gekommen ist. Bei der demokratischen Dimension wurden wohl einige Pferde von hinten aufgezümt. Verfassungsrechtlich möchte ich hier vor allem Herrn *Leisner* zustimmen. Die Vorstellung vom Ausländer als Gemeindebürger mit

demokratischem Aktivstatus knüpft doch an kommunalpolitisch längst überwundene Romantik an. Die wirklich zentralen Fragen liegen dagegen — Herr *Zacher* hat vorhin schon darauf hingewiesen — im sozialpolitischen Bereich. Die maßgebenden Stichworte heißen hier: Stellung des Ausländers in den Gewerkschaften, in den Verbänden, Rechtsstellung des Ausländers im Betrieb, in der Betriebsverfassung und im Arbeitskampf. In letzterer Hinsicht darf ich nur an die jüngsten wilden Streiks gerade von ausländischen Arbeitnehmern erinnern. In all diesen Bereichen bedarf es sozialstaatlicher Gesetzesmaßnahmen zur Verbesserung des sozialen Status des Ausländers. Dem Gastarbeiter steht zwar das Grundrecht der Koalitionsfreiheit zu, aber wie steht es um seine aktiven Mitgliedschaftsrechte in den Gewerkschaften? Sie sind faktisch außerordentlich beschränkt. Demgemäß liegen hier die Probleme und nicht etwa bei der Frage nach einem aktiven Bürgerrecht des Ausländers in der Gemeinde.

Ich bedaure es auch ein wenig, daß das Europarecht nicht stärker berücksichtigt wurde. Gerade hier wird deutlich, wo die zentralen Fragen des sozialen Ausländerstatus liegen: in den ökonomischen und sozialen Fragen von Freizügigkeit, Arbeitsplatzwahl und sozialer Sicherheit. Diese sozialstaatlichen Statusfragen bilden die zentrale Problematik der Rechtsstellung des Ausländers überhaupt. Und bei der Lösung auch dieser Fragen bietet Ihre Zweiphasenabgrenzung, Herr *Isensee*, methodisch wirklich wichtiges Rüstzeug.

Vorsitzender: Vielleicht sollten wir den Weg in Richtung der Zwei-Phasen-These Herrn *Isensees* mit Blick mehr auf die konkreteren Sachbereiche weiterverfolgen. Zunächst noch eine Stellungnahme von Herrn *Böckenförde*:

Böckenförde: Ich möchte unmittelbar anknüpfen an Herrn *Scholz*, auch im Hinblick auf das Gemeindewahlrecht. Das Problem scheint mir darin zu liegen, daß der sozialstaatliche Status, von dem Sie, Herr *Isensee*, gesprochen haben, gerade weil seine Realisierung nicht durch Ableitung von Rechtsansprüchen aus Art. 20 GG, sondern nur im Wege politischer Entscheidung erfolgen kann, für die Ausländer einer Absicherung bedarf, also eines status processualis. Wir geben ihnen diese Absicherung ja auch im Rahmen der Koalitionsfreiheit. Die Ausländer können sich gewerkschaftlich organisieren, sie sind Mitglieder der Sozialversicherung und haben dort die Rechte, die die inländischen Mitglieder der Sozialversicherung haben. Das Problem liegt darin, daß die Infrastrukturmaßnahmen, die für die Ausländer wesentlich mit zur Realisierung des sozial-

staatlichen Status gehören, weitgehend auf der Gemeindeebene vollzogen und realisiert werden. Die Frage ist, ob man die Gemeinde hier nicht in ihrer Doppelfunktion sehen muß, einmal als Träger der mittelbaren Staatsverwaltung, um Leistungen der Daseinsvorsorge zu erbringen und den Sozialstaatsauftrag effektiv zu machen, und zum anderen auch, was sicher nicht unterschätzt werden darf, als örtliche Bürger-Gemeinschaft mit demokratisch strukturierter Willensbildung.

Sicher sprechen gewichtige Gründe dafür, das Wahlrecht zu den Gemeindevertretungen nicht auf die Ausländer auszudehnen; die sind schon angeführt worden. Aber dann müssen wir überlegen, ob nicht die Ausländer berechtigt sein sollen — ich denke jetzt insbesondere auch an die statusrechtlichen Verfestigungen in der EWG, also an die Marktbürger, die hier, wenn und solange sie Arbeit finden, ein lebenslanges Niederlassungsrecht haben —, die Belange, die in ihrem sozialstaatlichen Status begründet sind, in einer anderen geeigneten Form verfahrensrechtlich geltend zu machen und sich zu Gehör zu bringen. Es würde zu weit führen, hier im einzelnen durchzuspielen, was da geschehen kann. Vielleicht kann man an eine Funktionsteilung derart denken, daß es im Hinblick auf bestimmte Infrastrukturprobleme eine andere Art von Gemeinde gibt als die politische Gemeinde. Wir haben das auch jetzt schon in Form eigener Schul-Gemeinden, Wasserversorgungs-Verbände und ähnlicher funktional bestimmter und radizierter Quasi-Gemeinden.

Nun noch ein Punkt zu Ihrer These 20, Herr *Isensee*, im Hinblick auf die Meinungsfreiheit. Sie haben — wenn ich Sie recht verstanden habe — die Meinungsfreiheit ausschließlich als rechtsstaatliches Grund- und Freiheitsrecht interpretiert und das demokratische Element, das in diesem Grundrecht enthalten ist, unter die rechtsstaatliche Interpretation strikt unterordnen wollen. Sie haben damit ein sehr wichtiges Problem deutlich gemacht, das sich bei den drei Grundrechten der Art. 5, 8 und 9 immer stellt. Hier haben wir die eine Tendenz, die diese Grundrechte nur oder primär demokratisch interpretieren will mit all den bekannten Folgerungen, die sich aus einer solchen Unterordnung des rechtsstaatlichen unter den Primat des demokratischen Elements ergeben. Sie sind jetzt den umgekehrten Weg gegangen. Ich halte das nicht für möglich. Diese drei Grundrechte müssen in ihrer Doppelfunktion, die sie aus sich selbst heraus haben, gesehen und auch interpretiert werden. Von daher würde ich es für zulässig halten, daß bei politischen Meinungsäußerungen der Ausländer differenziert wer-

den kann, obwohl das ein Jedermann-Recht ist. Von Ihrem Interpretationsansatz kommen Sie zu genau dem gleichen Problem bei Art. 8 und 9 im Hinblick auf die Versammlungsfreiheit und die Vereinigungsfreiheit. Beide sind zugleich ja rechtsstaatliche Freiheits- und demokratisch-politische Mitwirkungsrechte. Wenn Sie allein die rechtsstaatliche Seite sehen und diese pars pro toto setzen, kommen Sie im Sinne ihrer eigenen Thesen vor die Alternative: ganz oder gar nicht, wobei Sie sich durch Leitsätze 7 ff. den Weg zum „gar nicht“ selbst verlegt haben. Mit § 6 II AusländerG und § 14 I VereinsG kommen Sie auf diese Weise in große, kaum überwindbare Schwierigkeiten. Ich meine also, der Doppelcharakter dieser Grundrechte muß wirklich festgehalten werden und auch in der Interpretation eine Differenzierung ermöglichen.

Leisner: Ich möchte noch einmal auf die Bedeutung der Unterscheidung der beiden Phasen, über die schon viel gesprochen worden ist, hinweisen, eine Bedeutung, die weit über das Ausländerrecht hinausgeht und für das Verfassungsrecht von besonderer Wichtigkeit ist. Was hier Herr *Isensee* vor allem ausschalten will, ist doch dies, daß zunächst die Voraussetzung verhältnismäßig leicht bejaht wird, dann aber, wenn es um die Rechtsfolge geht, und wenn man zur Kasse gebeten wird, das Geschenkte mit der anderen Hand wieder zurückgenommen wird. Wie man die Grenzen zwischen den beiden Phasen zieht — darüber mag durchaus diskutiert werden. Bedeutsam ist nur, daß eine strenge Trennung besteht. Wie wichtig diese Erkenntnis für das gesamte Verfassungsrecht ist, zeigt sich an vielen anderen Stellen unserer Grundrechtsdogmatik, wo ähnliche Mißbräuche, wie sie im Ausländerrecht heute festzustellen sind, ebenfalls auftreten, z. B. im Bereich des Art. 14 GG: Es ist etwa problematisch, ob ein bestimmter Eingriff Sozialbindung oder Enteignung ist. Um darüber nicht lange streiten zu müssen, rechnet man ihn mit großer Liberalität der Enteignung zu. Nachher aber sagt man: Wir können das ja gar nicht bezahlen, laßt uns also „bei den Rechtsfolgen einsparen“ und die Enteignungsentschädigung absenken. Mit anderen Worten: Hier wird das bei den Rechtsfolgen wieder aufgehoben, was man vorher bei den Voraussetzungen gegeben hat. Ähnliche Fälle lassen sich aus dem Beamtenrecht und anderen Bereichen anführen. Ich glaube also, daß die strenge Unterscheidung, wie sie hier versucht worden ist, vor allem auch methodisch und dogmatisch für das gesamte Recht von Wichtigkeit ist, gleich, wie man im einzelnen nun die Grenzen zieht.

Vorsitzender: Die Zeit ist jetzt beschränkt. Obwohl die Diskussion nur eine begrenzte Reihe von wichtigen Punkten eingekreist hat, müssen wir nun abbrechen. Wir wollen aber doch den beiden Referenten die Möglichkeit eines Schlußwortes geben. Zunächst Herr *Isensee*.

Isensee (Schlußwort): Ich darf mich auf eine Nachlese der Argumente beschränken. Die Diskussion zeigt eine seltsame Widersprüchlichkeit der Argumentationsrichtungen — eine Widersprüchlichkeit, die gleichsam dem objektiven Rechtsgeist der Siebziger Jahre entspricht. Auf der einen Seite soll das demokratische Prinzip, zumindest auf kommunaler Ebene, über das verfassungsrechtlich Vorgesehene hinaus ausgeweitet werden. Auf der anderen Seite sollen die Grundrechte, die nach dem Verfassungstext jedermann zustehen, im Zeichen desselben demokratischen Prinzips auf Verbandsangehörige beschränkt werden. Dort, wo die Verfassung ein Recht gibt, soll es qua Demokratiegebot zurückgenommen, dort aber, wo es die Verfassung versagt, qua Demokratiegebot eingeräumt werden.

Es war eine Entdeckung, daß in den traditionellen liberalen Grundrechten ein *status activus*, eine demokratische Komponente, ein Integrationsauftrag enthalten sind. Aus diesen verfassungstheoretischen Erkenntnissen werden aber illegitime Folgerungen gezogen, wenn der Verfassungstext über die Verfassungstheorie korrigiert und die rechtsstaatlichen Grundrechtsgehalte von den demokratischen Ideen der Integration und der Öffentlichkeit überwältigt werden. Die Argumente des „politischen“ oder „demokratischen“ Gehalts, des Öffentlichkeitsbezugs oder des Integrationseffekts haben keine normative Trennschärfe. Sie können den Grundrechtsstatus des Ausländers nicht begründen, erweitern oder schmälern.

Wenn die Bereiche der demokratischen und der (rechtsstaatlich-)grundrechtlichen Legitimation nicht auseinander gehalten werden, ist es gleichgültig, wo man die Gemeinde verfassungsdogmatisch einordnet. Die heutige Demokratisierungsbewegung, die auf die Verleihung des Kommunalwahlrechts an ausländische Gemeindeeinwohner drängt, läßt in der Gemeinde eine staatsheterogene, gesellschaftliche, „soziale“ Komponente — ein Legitimationsprinzip des 19. Jahrhunderts — wieder aufleben. Sie macht die Einbindung der Gemeinde in den demokratischen Staat wieder rückgängig. Die Entwicklung der Gemeinde von der gesellschaftlichen Selbstverwaltung zur mittelbaren Staatsverwaltung war in der Weimarer Republik bereits abgeschlossen, wie es Hans Peters Monographie „Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preußen“ zeigt.

Die Verleihung des Wahlrechts an ausländische Gemeindeangehörige wird auch mit dem Argument gerechtfertigt, daß die kommunale Gebietskörperschaft die Sozialstaatlichkeit verwirkliche. Die sozialstaatliche Zuständigkeit der Gemeinde läßt aber keine Folgerung zu auf den Zuständigkeitsträger und sein demokratisches Fundament. Ich darf nur wiederholen, daß weder der status positivus noch der status passivus des Individuums den status activus als Kompensation fordert.

Es heißt, die Sonderstellung des Ausländers im unrichtigen Zusammenhang zur Geltung bringen, wenn ihm auf der einen Seite das Wahlrecht eingeräumt, auf der anderen Seite die grundrechtlich gesicherte politische Freiheit, vor allem die Meinungsfreiheit verkürzt wird. In diese Richtung geht der Vorschlag, den wahlberechtigten Ausländer im Wahlkampf irgendeiner Zensur zu unterwerfen, wie sie das allgemeine Grundrecht des Art. 5 GG an sich nicht zuläßt.

Damit ist das Stichwort „Partizipation“ fällig. Partizipation ist kein Verfassungsbegriff, sondern ein vorrechtlicher Gedanke der in verschiedenen Verfassungsrelationen bedeutsam werden kann. Die Gewährleistung der allgemeinen Meinungsfreiheit, ohne Unterscheidung nach ihrer „demokratischen“ oder „rechtsstaatlichen“ Komponente, ist ein grundgesetzlicher Partizipationstitel für den Staatsfremden. Er erhält damit die Möglichkeit, an der politischen Willensbildung teilzunehmen. Die „demokratischen“ Rechte werden ihm nur vorenthalten, soweit es um das geschlossene, organisierte Entscheidungsverfahren, nicht aber soweit es um den offenen, unorganisierten Prozeß der Vorklärung des politischen Willens geht.

Im übrigen ist es unverständlich, weshalb die stolze Entdeckung der demokratischen Komponente in den Freiheitsrechten zumeist nur zur Restriktion der Meinungsfreiheit führen soll. Der Wirkungszusammenhang des Privaten und des Öffentlichen im politischen Gemeinwesen gilt für jedes Grundrecht. So ist das „liberale“ Elternrecht höchst „politisch“, weil die privatautonome Entscheidung über die Erziehungsziele die Grundlage der demokratischen Differenzierung der künftigen Aktivbürgerschaft bildet. —

Soweit dem Ausländer konkrete sozialstaatliche Ansprüche oder ein verfassungsrechtlicher Einbürgerungsanspruch zugesprochen wird, stellt sich die Frage, wo denn die sedes materiae liegt: im objektiven Geist der heutigen Rechtsgemeinschaft? in einem kosmopolitischen Weltgeist? oder in einem philanthropischen Nebel? — Gerade um des demokratischen Verfassungsprinzips willen ist vor allzu kühnen Verfassungsdeduktionen

und Verfassungsprojektionen zu warnen: Sie spiegeln als längst verfassungsrechtlich fixiert vor, was erst in der demokratischen Diskussion gesucht werden muß. Sie heben die demokratische Auseinandersetzung auf, ehe sie begonnen hat.

Ich möchte mich mit jener Entschuldigung zurückziehen, mit der Kant das Fremdenrechtskapitel seiner Arbeit „Zum ewigen Frieden“ einleitet: daß hier „nicht von Philanthropie, sondern vom Recht“ die Rede sei. So bitte ich um Verständnis dafür, daß die Bemühungen nur dem philanthropischen Minimum gegolten haben, das die Verfassung gewährleistet.

Vorsitzender: Es ist betrüblich, daß wir darüber nicht noch weiter diskutieren können. Bitte, Herr *Doehring*.

Doehring (Schlußwort): Ich möchte die Möglichkeit eines Schlußwortes dazu benutzen, noch einmal klarzumachen, daß ich der wohl nicht überwiegenden Auffassung bin, wonach man mit dem normativen Gefüge der Verfassung im Fremdenrecht ganz gut zurecht kommt. Allerdings, wie gesagt, nehme ich zur Lösung der Probleme das Völkerrecht zu Hilfe. Das will ich noch einmal an einem kleinen Fall erklären, den ich sonst in meinem Referat gebracht hätte. Der Fall beinhaltet eine ganz einfache Frage. Wir haben das Wehrpflichtgesetz mit seinem § 2, wonach Ausländer zum Wehrdienst herangezogen werden können, wenn ihr Heimatstaat das mit Deutschen auch macht. Man kann streiten, ob diese Vorschrift nicht aus mehreren Gründen verfassungswidrig ist; das ist nicht ganz unbestritten, soll aber dahingestellt bleiben. Der deutsche Gesetzgeber hat davon Gebrauch gemacht, hier das völkerrechtliche Recht auf Repressalie einzusetzen. Der andere Staat soll dadurch gezwungen werden, nun das gleiche zu machen und also Deutsche nicht zum Wehrdienst heranzuziehen. Das ist der Sinn des § 2. Der § 2 sagt aber noch etwas anderes aus; er besagt, unter den gleichen Voraussetzungen könnt ihr hier Fremde behandeln, wie der andere Staat es drüben mit Deutschen macht. Jetzt nehmen Sie an, im Ausland wird ein deutscher Geistlicher zum Wehrdienst eingezogen. Die Frage ist: Wir wären hier normalerweise durch § 11 des Wehrpflichtgesetzes gehindert, Geistliche einzuziehen. Im § 2 steht aber, daß die gleichen Voraussetzungen, die im Ausland gelten, auch bei uns beachtet werden dürfen. Was soll sich denn nun durchsetzen, § 11 oder § 2? Ich persönlich bin der Meinung, hier setzt sich die Repressalie im Völkerrecht gemäß Art. 25 auf Verfassungsebene als Rechtfertigungsgrund durch; wir dürfen das. Denn wir haben auf einfacher Gesetzesstufe zwei Vorschriften, die offenbar miteinander nicht in Übereinstimmung zu bringen sind. Das wird

aufgelöst durch die Erlaubnis der Verfassung. Schwieriger wäre die Frage — hier wird der Fall etwas ausgedehnt —: ein Deutscher wird im Ausland eingezogen; er hat keine Möglichkeit zur Verweigerung des Wehrdienstes aus Gewissensgründen. Der Angehörige des anderen Staates hier will sich aber auf Gewissensgründe berufen. Soll der Ausländer unter denselben Voraussetzungen eingezogen werden können, wie der Deutsche drüben und also ohne das Recht zur Wehrdienstverweigerung? Hier meine ich, daß sich Art. 25 nicht durchsetzt. Denn wir haben letzthin auf der gleichen Ebene des Art. 25 auch die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2. Zwar haben wir den Gesetzesvorbehalt bei der Kriegsdienstverweigerung, aber er muß die Wesensgehaltsgarantie als Verfassungsnorm beachten. Also, meine ich, müßte sich der Fremde auch auf Gewissensgründe berufen können. Ich wollte nur noch einmal zeigen, daß man bei diesem Normenkonflikt eine Auflösung durch diesen — wenn man so will — Trick mit dem Art. 25 schlüssig erreicht. Wenn ich Art. 25 so benutze, habe ich gar nicht so große Schwierigkeiten, mit dem Fremdenrecht zurechtzukommen. Alles andere sind politische Fragen für den Gesetzgeber, nämlich wie er die sozialen Fragen regeln will. Ich kann auch zur Zeit nicht sagen, wie das zu regeln ist. Dazu müßte ich Statistiken über die soziale Gestaltung haben und vieles andere mehr. Der Gesetzgeber müßte eingreifen; das sehe ich ein. Nur solange das nicht geschieht, müssen wir mit den Normen fertig werden, die wir hier haben. Ich meine, man wird in meinem Sinne auch damit fertig.

Damit bin ich am Ende meiner Ausführungen. Ich danke allen, die sich an der Diskussion so anregend beteiligt haben.

Vorsitzender: Ich darf damit die Beratungen des heutigen Tages schließen.

Zweiter Beratungsgegenstand

Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht

1. Bericht von Professor Dr. Gunter Kisker, Gießen

Inhalt

	Seite
I. Gegenstand der Untersuchung	150
A. Frage nach Vertrauensschutz = Frage nach Kursbestandsgarantien	150
B. Es werden aus der Untersuchung ausgeklammert . . .	152
1. abstrakter Vertrauensschutz	152
2. positiver Vertrauensschutz	153
C. Präzisierung der Fragestellung	154
D. Bereiche, auf die sich die Untersuchung erstreckt . .	154
II. Verfahren der Rechtsfindung	155
A. Problem: Induktion oder Deduktion	155
B. Rechtsfindung in gesetzlich nicht strukturierten Bereichen (Beispiel: unechte Rückwirkung von Gesetzen) . .	155
C. Rechtsfindung in Bereichen, die bereits vielfältige Detailvorschriften enthalten (Beispiel: Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte)	157
III. Das Schutzgut	161
A. Das Dispositionsschutzinteresse des Bürgers	161
1. Dispositionen auf Grund von Bestandszusagen . . .	163
2. Durch die öffentliche Gewalt veranlaßte Dispositionen	164
3. Ins Werk gesetzte Chancen	166
B. Das Dispositionsschutzinteresse des Systems	167
C. Träger öffentlicher Gewalt als Dispositionsschutzberechtigte	168
IV. Die Gegenargumente	171
A. Dispositionsschutz ./ Flexibilität	171
1. Gesteigertes Bedürfnis für Flexibilität?	171
2. Im einzelnen	174
a) Widerruf rechtmäßiger begünstigender Verwaltungsakte	174
b) Rechtsnormen und Pläne	176

	Seite
B. Dispositionsschutz ./, richtiges Recht	183
1. „echte“ Rückwirkung von Gesetzen	183
2. Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte	186
V. Eigentümlichkeiten des Dispositionsschutzes, die sich aus der Art der abzuändernden Regeln bzw. aus der Art der regelsetzenden Organe ergeben	188
A. Dispositionsschutz gegenüber den Organen der rechtssprechenden Gewalt	188
B. Dispositionsschutz gegenüber Organen von Verwaltung und Gesetzgebung	189
1. Gesetzesvorbehalt	189
2. Unterschiedliche Beurteilung der Kursänderung	189

I. Gegenstand der Untersuchung

A. Die These, berechtigtes Vertrauen stehe unter dem Schutz der Rechtsordnung, hat in den vergangenen zwanzig Jahren einen hervorragenden Platz in Lehrbüchern, Kommentaren und gerichtlichen Entscheidungen erobert. Dieser Platz ist freilich nicht sonderlich sicher. Die Kritik am Vertrauensschutzprinzip nimmt zu. Sie ist von der Sorge getragen, daß uns die Lehre vom Vertrauensschutz in den Dschungel einer Einzelfallgerechtigkeit hineintreibt, bei der alles vom Fürguthalten des letztinstanzlich entscheidenden Richters abhängt. Die Kritiker fürchten, daß damit nicht nur die Kalkulierbarkeit des Rechts (die zu verteidigen man vorgibt) verstärkt in Frage gestellt wird¹⁾, sondern auch der Vorrang des Gesetzes und damit des demokratisch legitimierten Gesetzgebers²⁾. In jüngster Zeit taucht zudem der Verdacht auf, bei dem Institut des Vertrauensschutzes handle es sich um einen jener Tricks, mit deren Hilfe die beati possidentes des „spätbürgerlichen Rechtsstaats“

¹⁾ So z. B. *Ossenbühl*, Die Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte, 2. Aufl. 1965, S. 30 ff.

²⁾ Die Kritik trifft insbesondere den Einsatz des Vertrauensschutzprinzips gegen die Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte. Vgl. dazu insbesondere: *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Vorwort zur 7. Aufl. (1958) sowie 9. Aufl. (1966) S. 253 f.; ferner *Martens*, DVBl. 1968, 324 und *H. H. Rupp*, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 39, Diskussionsbeitrag, S. 184. — Sie trifft freilich auch den Einsatz des Vertrauensschutzprinzips in anderen Fällen. Der Vorrang bzw. Vorbehalt des Gesetzes (und damit des demokratisch legitimierten Gesetzgebers) steht überall auf dem Spiel, wo vage Billigkeitserwägungen oder eine am Einzelfall orientierte Güterabwägung das einfache Gesetz oder gar das Verfassungsgesetz (siehe dazu FN 3) verdrängen oder ergänzen.

tes“ sich eine verfassungsrechtlich nicht gedeckte Sicherung ihres status quo zu erschleichen versuchen³⁾).

Ausgangspunkt solcher Kritik ist zumeist der Hinweis auf die völlig unbefriedigende rechtsdogmatische Aufarbeitung des Vertrauensschutzprinzips⁴⁾. In der Tat: man braucht nicht sehr tief zu bohren, um festzustellen, wie wenig die Formel vom „Schutz des berechtigten Vertrauens“ besagt. Das entscheidende Wort „berechtigt“ ist ja nichts als eine Leerformel. Die rechtsdogmatische Arbeit beginnt erst bei dem Versuch, diese Leerformel inhaltlich aufzufüllen.

Das ist nur dadurch möglich, daß wir herausstellen, bei der Verwirklichung welcher Tatbestände die Rechtsordnung dem Bürger zusichert, den eingeschlagenen Kurs zu halten oder doch für den durch Kursänderung erlittenen Schaden aufzukommen. Sie tut dies, um dem Bürger ein kalkuliertes, sinnvolles Disponieren zu ermöglichen. Sie gewährt Dispositionsschutz⁵⁾. — Solche Tatbestände sind etwa: der Erwerb von Eigentum, der Abschluß eines öffentlich-rechtlichen Vertrages, die Erteilung einer Gewerbeerlaubnis⁶⁾, der Beginn des Studiums unter der Herrschaft einer bestimmten Prüfungsordnung⁷⁾ und die langjährige Ausübung eines (künftig Beschränkungen oder Veränderungen zu unterwerfenden) Berufes⁸⁾.

Diese Frage nach den Regeln, welche (um sinnvolles Disponieren zu ermöglichen) einen bestimmten künftigen Kurs⁹⁾ der

³⁾ W. Schmidt, JuS 1973, 529, 535 ff.

⁴⁾ Ipsen, Widerruf gültiger Verwaltungsakte, 1932, 93 ff.; Kisker, Die Rückwirkung von Gesetzen, 1963, 17 f.; Klein/Barbey, Bundesverfassungsgericht und Rückwirkung von Gesetzen, 1964, 69 ff.; Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965, S. 258, Anm. 474; Witten, NJW 1968, 18; Oldiges, Grundlagen eines Plangewährleistungsrechts, 1970, 193 ff.; Kloepfer, StuW 1971, 277 (282); Ossenbühl, DÖV 1972, 36; W. Schmidt, JuS 1973, 531; Grabitz, DVBl. 1973, 679 f.

⁵⁾ So auch Grabitz, DVBl. 1973, 678.

⁶⁾ §§ 51, 53 GewO.

⁷⁾ Vgl. W. Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1948, S. 143; Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 9. Aufl. 1966, 146; BVerwGE 16, 150; VG Mannheim, RWS 1964, 20.

⁸⁾ Vgl. aus jüngerer Zeit: BVerfGE 32, 2, betreffend Übergangsregelungen im Gesetz über den Beruf des pharmazeutisch-technischen Assistenten. Weitere Hinweise unten FN 66.

⁹⁾ Ebenso W. Schmidt, JuS 1973, S. 531 ff. — Den Ausdruck „Kurs“ und „Kursänderung“ möchte ich hier ganz weit verstanden wissen; so weit, daß er Geltung bzw. Änderung eines Verwaltungsaktes oder eines öffentlich-rechtlichen Vertrages ebenso erfaßt, wie Geltung bzw. Änderung einer Verwaltungsvorschrift oder einer Rechtsverordnung; auch so weit, daß er die Geltung bzw. Änderung einer

öffentlichen Gewalt (notfalls eine Entschädigung) zusichern, ist also als Ausgangsfrage herauszustellen.

B. 1. Mit Vertrauensschutz haben die gesuchten Regeln insofern zu tun, als sie vertrauensvolles, abgesichertes Disponieren möglich machen. Keineswegs setzen sie jedoch alle voraus, daß ein „Disponieren im Vertrauen auf“ nachweisbar ist. In vielen Fällen gewährt die Rechtsordnung *abstrakten* Vertrauens- oder besser Dispositionsschutz; das heißt, sie gewährleistet die Einhaltung z. B. eines gegebenen Versprechens ohne Rücksicht darauf, ob nachgewiesen werden kann, daß Vertrauen in dieses Versprechen vorlag und ins Werk gesetzt wurde. In diesem Sinne kann man mit *Ossenbühl*¹⁰⁾ sagen, die Zusage oder der Vertrag tragen ihre Verbindlichkeit „in sich selbst“.

In anderen Dispositionsschutzvorschriften hingegen ist das Ins-Werk-Setzen von Vertrauen Voraussetzung für die Entstehung eines Anspruches auf Bestandsschutz oder Entschädigung. So insbesondere bei allen Vorschriften, die den guten Glauben in den von anderen zu vertretenden Rechtsschein schützen: von § 179 BGB (Vertreter ohne Vertretungsmacht) bis zu den vom BVerwG¹¹⁾ entwickelten Regeln über die Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte. Die These, Vertrauensschutz sei grundsätzlich „nicht Rechts- sondern Berechnungsgrundlage [des] Entschädigungsanspruches“¹²⁾, halte ich nicht für richtig.

Es scheint angemessen, die Fälle abstrakten Dispositionsschutzes (also vor allem alles, was unter der Formel „*pacta sunt servanda*“ läuft) aus unserer Untersuchung von vornherein auszuklammern, uns also auf die Untersuchung jener Tatbestände zu konzentrieren, die als Voraussetzung für Dispositionsschutz außer einem bestimmten Verhalten der öffentlichen Gewalt (z. B. der Erteilung einer Gewerbeerlaubnis) auch ein vertrauensmotiviertes Disponieren des Bürgers voraussetzen (*kon-*

hoheitlich-verbindlichen Entscheidung (z. B. eines Gesetzes oder eines Bebauungsplanes) ebenso umgreift wie die Geltung bzw. Änderung des etwa in der Regierungserklärung des Bundeskanzlers bekanntgemachten politischen Programms. Auch möchte ich vorläufig keinen Unterschied machen zwischen der Änderung einer rechtmäßig gesteuerten Kurses und der Änderung eines rechtswidrig gesteuerten Kurses.

¹⁰⁾ DÖV 1972, 28. Ebenso *Püttner*, Allgem. VerwR., S. 105: „Zusagen sind ihrem Wesen nach verbindlich“.

¹¹⁾ Einen wertvollen Überblick bringt neuestens *Becker* in DÖV 1973, 379 ff.

¹²⁾ *W. Schmidt*, JuS 1973, S. 534.

kreter Dispositionsschutz)¹³⁾. Für eine solche Beschränkung des Themas kann man den Sprachgebrauch ins Feld führen, der nur die Fälle des konkreten Dispositionsschutzes unter dem Titel „Vertrauensschutz“ anspricht. Freilich dürfen wir nicht so tun, als hätten abstrakter und konkreter Dispositionsschutz nichts miteinander zu tun¹⁴⁾. Es handelt sich um Teilaspekte der umfassenden Aufgabe, sinnvolles Disponieren durch Kursgewährleistung möglich zu machen; und diese Problemverwandtschaft macht eine radikal getrennte Behandlung der beiden Problemaspekte unsinnig¹⁵⁾. Möglich bleibt aber (und so möchte ich verfahren), daß man den Akzent der Untersuchung auf die Frage nach dem konkreten Dispositionsschutz legt.

2. Einen anderen zur Dispositionsschutzproblematik gehörenden Fragenkreis darf ich jedoch wohl ohne weiteres ausklammern, meine allerdings, daß ich ihn (um der Durchsichtigkeit der Problemkonstellation willen) doch wenigstens erwähnen sollte: Ich meine die Fälle des *positiven* Dispositionsschutzes durch die staatliche Gewalt. Dabei geht es nicht um die Frage des Dispositionen schonenden *Verzichts* auf Kurswechsel. Es geht vielmehr um die Frage, ob die öffentliche Gewalt verpflichtet ist, dem Bürger *handelnd* beizuspringen, wenn ihm seine Dispositionen nicht durch einen Kurswechsel der öffentlichen Gewalt, sondern durch unvorhersehbare Ereignisse anderer Art zerschlagen werden. Man denke etwa daran, daß es den Opfern einer Flutkatastrophe heute fast selbstverständlich scheint, daß die öffentliche Hand sich nach Kräften bemüht, den Schaden zu ersetzen, der ihnen durch den „Kurswechsel des Schicksals“ entstanden ist. Ähnliche Fragen wirft das Problem der Sicherung von Arbeitsplätzen auf¹⁶⁾. Es ist gewiß geboten,

¹³⁾ Vgl. auch die Unterscheidung von „absolutem Verkehrsschutz“ und „Vertrauenshaftung“ bei *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 1 f.

¹⁴⁾ So aber wohl *Canaris*, (FN 13) S. 1 f.

¹⁵⁾ So ist etwa bei der Entscheidung darüber, ob einer Partei bei Änderung der Verhältnisse das Festhalten an einem öffentlich-rechtlichen Vertrag „zugemutet“ werden kann (§ 56 I 1 EVwVfG 1973, Btg. Drs. 7/910) u. a. auch zu prüfen, welche Konsequenzen eine Anpassung oder Kündigung für die Dispositionen des Partners haben würde. — Das dürfte verstärkt gelten, wenn die Behörde von ihrem besonderen Kündigungsrecht nach § 56 I 2 („schwere Nachteile für das Gemeinwohl“) Gebrauch macht. Die Kündigung ist hier in das pflichtgemäße Ermessen der Behörde gestellt. Bei der Ermessensausübung hat die Behörde die Dispositionsschutzinteressen des Partners in Rechnung zu stellen.

¹⁶⁾ Man denke etwa an die aktuelle Problematik des Schutzes des Arbeitnehmers bei Konkurs des Arbeitgebers.

daß die politische Gemeinschaft, insbesondere der Gesetzgeber, in solchen Fällen hilft¹⁷⁾). Gegen einen sich in der Ferne abzeichnenden *verfassungsrechtlichen* Anspruch auf allumfassenden positiven Dispositionsschutz sollten wir uns freilich wehren.

C. Ich begnüge mich hier mit diesen abgrenzenden Hinweisen. Unser Thema ist danach der *negative* Dispositionsschutz, und zwar in erster Linie der *konkrete*, negative Dispositionsschutz. Dabei geht es vor allem um die Frage, ob und inwieweit die öffentliche Gewalt verpflichtet ist, bei einer Änderung des Kurses auf jenen Bürger Rücksicht zu nehmen, dessen Dispositionen durch eine solche Kursänderung zerschlagen werden könnten.

D. Ich muß von vornherein um Verzeihung bitten, wenn ich bei dem Versuch, einige Anregungen für die Beantwortung dieser Frage zu geben, nicht immer auf dem Boden des Themas „Vertrauensschutz im *Verwaltungsrecht*“ bleiben kann:

Die Problematik des Dispositionsschutzes, so wie ich sie sehe, nimmt keinerlei Rücksicht auf unsere hergebrachten Problemschubladen (Verwaltungsrecht, Verfassungsrecht bzw. Staatsrecht¹⁸⁾): Die Frage etwa nach dem Schutz „wohlerworbenner Rechte“ stellt sich im Staatsrecht (unter den Stichworten „unechte Rückwirkung“ von Gesetzen und „Legalenteignung“) in vieler Hinsicht¹⁹⁾ ebenso wie im Verwaltungsrecht. Dort zum Beispiel bei der Rücknahme einer ins Werk gesetzten Bauerlaubnis. — Nur ein umfassender Ansatz ermöglicht es auch, den Sitz des Problems richtig zu bestimmen. So wird etwa erst bei der Erörterung der Frage „Dispositionsschutz gegenüber dem Gesetzgeber“ deutlich, daß wir es mit einer Frage des

¹⁷⁾ Zur Frage der Übernahme des „allgemeinen Lebensrisikos“ auf die politische Gemeinschaft vgl. *Rüfners Gutachten zur „sozialen Entschädigung“* (Verh. des 49. Dt. Juristentages, Bd. 1, E.). *Rüfner*, der diese Frage freilich nur streift (a. a. O., S. 45 f.), plädiert de lege ferenda dafür, dem einzelnen „unerträgliche“ Risiken durch Ausbau der Sozialversicherung abzunehmen. Dem würde ich zustimmen und insoweit auch einen aus den Grundrechten und der Sozialstaatsklausel ableitbaren Verfassungsauftrag an den Gesetzgeber bejahen. Vgl. dazu auch BVerfGE 27, 253 (283). Diese Entscheidung betrifft freilich den Sonderfall eines „von der Gesamtheit zu tragenden Schicksals“.

¹⁸⁾ Jüngere, um eine grundsätzliche Klärung der Vertrauensschutzproblematik bemühte Abhandlungen, beschränken sich auch überwiegend nicht auf deren Erörterung für einzelne Sektoren des öffentlichen Rechts. Vgl. etwa *Ossenbühl*, DÖV 1972, 25; *Schmidt*, JuS 1973, 529; *Grabitz*, DVBl. 1973, 675.

¹⁹⁾ Keineswegs in jeder Hinsicht; vgl. dazu unten bei und nach FN 91.

Verfassungsrechts zu tun haben. Wer nur die verwaltungsrechtliche Problematik im engeren Sinne sieht, kann weitgehend auch mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen ohne gesicherten Verfassungsrang, etwa mit der Formel „Treu und Glauben“ auskommen.

II. Verfahren der Rechtsfindung

Bis hierher habe ich versucht, das zu behandelnde Problem zu umreißen und die vorgeschlagene Abgrenzung zu rechtfertigen.

A. Wenden wir uns nunmehr der Beantwortung der aufgeworfenen Fragen zu, so stoßen wir (angesichts beachtlicher Lücken im positiven Recht) alsbald auf das zentrale methodische Problem: Deduktion der gesuchten Regeln aus Generalklauseln (wie dem Gebot, die freie Entfaltung der Persönlichkeit, den Rechtsstaat oder Treu und Glauben zu respektieren²⁰) oder Induktion, d. h. Auffüllen etwa vorhandener Lücken mit Hilfe der Analogie in möglichst enger Anlehnung an einschlägige Vorschriften des positiven Rechts.

Unbestreitbar wäre es erwünscht, induktiv vorzugehen, sich am Leitfaden des positiven Rechts mit Hilfe von Analogien Schritt für Schritt vorwärts zu tasten. Ein solches Verfahren ist am ehesten geeignet, das Abrutschen in eine am Einzelfall orientierte Vertrauensschutzpraxis abzuwenden. Das läge sowohl im Interesse des Dispositionsschutzes selbst (was nützt dem Disponierenden eine Dispositionsschutzpraxis, die unbe-rechenbar bleibt) als auch im Interesse der Erhaltung der Par-lamentssouveränität.

Eine Reihe von Autoren, zu Recht beunruhigt durch das überbordende „Vertrauensschutzgerede“, glaubt diesen Weg einschlagen zu können²¹). Mir scheint jedoch, daß in dieser Weise nicht viel zu erreichen ist.

B. Vor allen Dingen deshalb nicht, weil es in weiten Bereichen, die heute als dispositionsschutzbedürftig anerkannt sind, zu wenig hinreichend detaillierte Rechtsvorschriften gibt. Das gilt insbesondere für den Schutz gegen Kursänderungen des Gesetzgebers und des Planers. Daß das Bundesverfassungsgericht unter dem Stichwort „unechte Rückwirkung von Geset-

²⁰) Zu diesen möglichen Wurzeln des Dispositionsschutzprinzips vgl. unten bei und in FN 45—50.

²¹) So insbesondere K. H. Lenz, Das Vertrauensschutzprinzip, 1968. — Dazu im einzelnen unten bei und nach FN 33.

zen“ eine Rechtsprechung entfaltet, die so gut wie alles offen läßt (stets den Einzelfall beschwört)²²⁾ muß man ihm wohl zum Vorwurf machen. Nicht beanstandet werden kann hingegen, daß das Gericht seine Entscheidungen aus den Generalklauseln der Verfassung deduziert. Da ist eben wenig, an das sich eine dispositionsschutzorientierte Rechtsfortbildung anlehnen könnte. Die Übergangsvorschriften²³⁾, die wir in fast jedem neuen Gesetz finden, können zwar Probleme und Lösungsalternativen aufzeigen, den Gesetzgeber für die Zukunft bindende Maßstäbe vermögen sie aber nicht zu setzen. Aus einem solchen Normendefizit könnte man natürlich folgern, dann müsse das Feld eben dem Gesetz- bzw. Verfassungsgeber überlassen bleiben. Aber erlaubt uns die Verfassung solche Zurückhaltung²⁴⁾?

Gegen diese Situationsanalyse könnte eingewendet werden, vielfach würden einschlägige Vorschriften des positiven Rechts, an die man sich doch anlehnen könne, ignoriert. *Walter Schmidt*²⁵⁾ hat erst kürzlich betont, daß es bei der Frage, die das Bundesverfassungsgericht unter dem Stichwort „unechte Rückwirkung“ diskutiert, ebenso wie bei den Fragen, die unter der Formel „Plangewährleistung“ abgehandelt werden, um Probleme geht, die unter das Dach des Art. 14 GG gehören. Ich halte das für partiell zutreffend und komme noch darauf zurück²⁶⁾. Hier nur zum methodischen Aspekt: Eine Zuordnung des Problems der „unechten Rückwirkung“ zum Problem des Eigentumschutzes bringt möglicherweise wichtige verfassungssystematische Einsichten²⁷⁾. Man darf aber nicht erwarten, daß durch solche Zuordnung auch die klaren Detailregeln positiven Rechts, nach denen wir suchen, bereitgestellt werden können. Das Gegenteil ist zu erwarten: Die Vertrauensschutzargumentation wird sich innerhalb des Art. 14 GG bei der De-

²²⁾ Vgl. etwa BVerfGE 30, 392 (404) und die dort angeführten Entscheidungen. Zur unechten Rückwirkung von Gesetzen siehe auch unten bei und nach FN 93.

²³⁾ Sie sind vielmehr umgekehrt Gegenstand verfassungsrechtlicher Überprüfung unter dem Gesichtspunkt des Dispositionsschutzes (vgl. dazu BVerfGE 31, 275 (Urheberrecht) und 32, 1 (Apothekeranwärter)). Das ändert freilich nichts daran, daß die mit unzähligen Übergangsvorschriften gewonnenen Erfahrungen bei der verfassungsrechtlichen Würdigung hilfreich sein können. Leider fehlt es z. Z. an einer Sammlung und systematischen Auswertung solcher Erfahrungen. Vgl. auch unten nach FN 101.

²⁴⁾ Vgl. dazu unten nach FN 37.

²⁵⁾ JuS 1973, 529 (532 ff.).

²⁶⁾ Vgl. unten bei und nach FN 103.

²⁷⁾ Insbesondere hinsichtlich des Aufeinander-bezogen-Seins von Grundrechten und Rechtsstaatsprinzip. Vgl. dazu unten bei und in FN 67 sowie *W. Schmidt*, JuS 1973, 529 (535).

finition dessen, was zum „Eigentum“ gehört, noch weiter ausbreiten als schon heute nachweisbar²⁸⁾. Die alten Probleme sind also unter dem neuen Etikett weiter zu diskutieren.

C. Freilich stoßen wir nicht in allen Bereichen der Dispositionsschutzproblematik, was die möglichen Anhaltspunkte im positiven Recht angeht, derart ins Leere. Wo es etwa um Kursänderungen durch die Rücknahme begünstigender Verwaltungsakte geht, finden wir eine Fülle von Detailvorschriften. Das gilt sowohl für die Rücknahme rechtmäßiger wie für die Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte²⁹⁾. Es ist aber (vor allem für das zuletzt genannte Problem der „Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte“) bislang noch niemandem gelungen, überzeugend darzulegen, daß hinter solchen Vorschriften eine einheitliche Grundentscheidung stünde, die nur mit Rücksicht auf den jeweils betroffenen Gegenstand zu modifizieren wäre. Vielmehr wechselt die hinter solchen Detailregelungen stehende Konzeption ohne einsichtigen rechtsdogmatischen Grund je nach Ort und Zeit der Verabschiedung.

Sehen wir uns das einmal für die Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte an³⁰⁾: Im Sozialrecht (z. B. §§ 77 SGG und 1744 RVO) und im Steuerrecht (§§ 222/144 AO) finden wir die formell-rechtliche Lösung. Sie läßt den Verwaltungsakt mit der Entscheidung oder nach Verstreichen einer sich daran anschließenden Frist auch der Behörde gegenüber in Bestandskraft erwachsen. Im Polizeirecht (z. B. § 10 II HSOG) und im Baurecht (z. B. § 77 I 1 HBauO) hingegen herrschen Vorschriften vor, die zu rigoroser Rücknahme von rechtswidrig erteilten Erlaubnissen ermächtigen, ohne die Dispositionsschutzinteressen der Bürger für der Erwähnung wert zu halten. Man denkt zunächst, daß da spezifisch ordnungsrechtliche Erwägungen im Spiel sein könnten. Aber das im Bereich des Ordnungsrechts wohl in der Tat besonders gerechtfertigte Insistieren auf die Wiederherstellung eines ord-

²⁸⁾ Vgl. etwa: RGZ 139, 177 (186) = Gefrierfleisch; BGH NJW 1964, 769 = Märchenfilm; BGH NJW 1968, 293 f. = Kfz.-Zubehör; BGHZ 45, 83 (87 f.) = Knäckebrötchen; BGH MDR 1969, 912 = Schlachthof.

²⁹⁾ Vgl. etwa schon die umfassenden Hinweise bei *H. P. Ipsen*, Widerruf gültiger Verwaltungsakte, 1932 mit einer sehr hilfreichen Zusammenstellung von Gesetzestexten im Anhang; für die Gegenwart vgl. die Hinweise bei *H. J. Wolff*, Verwaltungsrecht I., 8. Aufl. §§ 52 und 53.

³⁰⁾ Zum folgenden vgl. auch *Lenz*, Das Vertrauensschutzprinzip, 1968.

nungsrechtlich korrekten Zustandes, schließt doch nicht aus, daß man die Möglichkeit einer Entschädigung des enttäuschten Bürgers mitbedenkt. Das geschieht ja auch an anderer Stelle im Ordnungsrecht, nämlich im Gewerberecht. Wie ein zwingender Umkehrschluß aus § 53 II GewerbeO³¹⁾ ergibt, kann auch eine rechtswidrig erteilte Gewerbeerlaubnis nur zurückgenommen werden, wenn die zur Rechtswidrigkeit führenden Mängel in der Verantwortungssphäre des Gewerbetreibenden liegen. Ist das nicht der Fall, so kommt zwar eine Untersagung weiterer Gewerbetätigkeit (gemäß § 51 GewO) in Frage. Dem Gewerbetreibenden steht jedoch ein Anspruch auf Entschädigung zu. — Das bürgerliche Recht schließlich hat in jenen Vorschriften, die eine Parallelproblematik zur Problematik der Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte behandeln, eine sichtlich um sorgfältigen Interessenausgleich bemühte, differenzierende Lösung entwickelt³²⁾; so insbesondere in seinen Vorschriften über die Konsequenzen von Irrtumsanfechtung (§§ 119, 122 BGB), von Vertretung ohne Vertretungsmacht (§ 179 II BGB) und von ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 812 ff. BGB).

Die methodische Frage, die uns hier interessiert, lautet: Was soll der Rechtswissenschaftler und Rechtspraktiker, der fest entschlossen ist, wenn irgend möglich induktiv zu verfahren, in dieser Situation eigentlich tun. Wenn er ganz konsequent ist, wird er angesichts des unklaren Befundes, den wir oben präsentiert haben, das positive Recht so hinnehmen, wie er es vorfindet und die Finger von der Rechtsfortbildung lassen; auch von der Rechtsfortbildung mit Hilfe von Analogien.

Die Frage ist nur auch hier, ob ihn die Verfassung nicht zwingt, trotz seiner Bedenken voranzugehen und etwa erkannte Lücken zu füllen. Ist das der Fall, so wird er versuchen, aus den Generalklauseln des Verfassungsrechts wenigstens so etwas wie einen Leitstrahl herauszuziehen, der ihm zeigt, analog zu *welchen* Vorschriften des positiven Rechts er die sich auftuenden Lücken schließen soll. Die einschlägigen Generalklauseln haben demnach auch in jenem Bereich der Dispositionsschutzproblematik eine bedeutsame Funktion, in dem wir eine Fülle von Detailvorschriften vorfinden; nämlich die Funktion

³¹⁾ Vgl. Fröhler in Landmann/Rohmer/Eyermann/Fröhler, Gewerbeordnung Bd. 1, Rdn. 30, 31, 38, 40 und 42.

³²⁾ Vgl. dazu jetzt die ausführliche Darstellung bei Canaris (FN 13). Eine sorgfältige Analyse in der Absicht, die Einsichten des bürgerlichen Rechts für das Verwaltungsrecht fruchtbar zu machen, bringt Lenz (FN 21), 19 ff.

des (die Rechtsfortbildung fördernden) *Antreibens* und die Funktion des (das Suchen nach Analogien lenkenden) *Leitstrahls*.

Es gibt eine interessante kleine Schrift zu der hier erörterten Frage aus der Feder von *Karl-Heinz Lenz*³³). *Lenz* zieht aus, die Zauberformel für die Lösung der Problematik der Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte mit Hilfe von Analogien in Anlehnung an das positive Recht zu finden³⁴). Er endet (wie übrigens auch die Entwürfe zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen³⁵) bei Konzeptionen, die letztlich der Denkwelt des bürgerlichen Rechts entstammen. Nichts gegen dieses Ergebnis. Ich halte es für vertretbar. Nur meine ich: wer solche kühnen Sprünge macht, sollte sich Rechenschaft darüber ablegen, daß man das gewählte Verfahren kaum noch induktiv³⁶) nennen kann. In Wirklichkeit wird doch genauso verfahren, wie ich es oben beschrieben habe: Orientiert an einem aus Generalklauseln (wie Treu und Glauben; Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 GG) hervorgezauberten Leitstrahl wird unter den einschlägigen Vorschriften das Passende herausgesucht und auf die besonderen Bedürfnisse der zu füllenden Lücke zurechtgebogen.

Daß dabei, sowohl bei der Festlegung des Inhaltes wie vor allem auch bei der Fixierung des Stellenwertes (etwa: Dispositionsschutzinteresse hier ./). Änderungsbedürfnisse der politischen Gemeinschaft dort) das Vorverständnis der Welt, in der der Interpret lebt, durchschlägt, ist ebenso unvermeidbar wie legitim. Ich komme darauf noch zurück³⁷).

Hier nur noch eine kurze Anmerkung zu der zuvor schon aufgeworfenen Frage, ob es in solcher Lage nicht richtiger wäre, auf lückenfüllende Aussagen *de lege lata* zu verzichten und — darauf läuft eine solche Einstellung ja letztlich hinaus — das „Güterabwägen“ dem Gesetzgeber zu überlassen. Das

³³) Das Vertrauensschutzprinzip, 1968.

³⁴) Ebend. S. 7 ff.

³⁵) Vgl. § 56 EVwVfG 1973 (Btg. Drs. 7/910); dort insbesondere den Interessenausgleich durch entsprechende Anwendung der Vorschriften des BGB über die ungerechtfertigte Bereicherung (§ 44 II) bzw. durch Ersatz des Vertrauensschadens (§ 44 III). Nach Auffassung von *Lenz* ist der § 37 EVwVfG 1963 (welcher dem § 44 EVwVfG 1973 weitgehend entspricht) freilich nicht konsequent genug an der Konzeption des BGB orientiert.

³⁶) So wertet jedoch *Lenz* (FN 33) S. 7 ff. selbst das von ihm gewählte Verfahren.

³⁷) Vgl. unten bei und nach FN 77.

BVerfG³⁸⁾ hat ja oft genug betont, es sei zuvörderst Sache des Gesetzgebers, den Ausgleich zwischen kollidierenden Schutzgütern der Verfassung zu suchen. Es hat dieses Prinzip des *judicial self-restraint* dann aber doch auch wieder insofern eingeschränkt, als es auf die dem Gesetzgeber durch das Willkürverbot³⁹⁾ und Verhältnismäßigkeitsprinzip⁴⁰⁾ gezogenen Grenzen hinwies. Letztlich hat es dort, wo (gelegentlich der Auslegung der vagen Formeln unserer Verfassung) eine Entscheidung des Gesetzgebers mit dem im BVerfG herrschenden Vorverständnis ernsthaft kollidierte, wenig Bedenken gehabt, seiner Auffassung Geltung zu verschaffen oder durch allmählich anwachsendes Grollen⁴¹⁾ anzukündigen, daß es seiner Auffassung demnächst Geltung verschaffen werde. Die Funktion, die das GG dem BVerfG als dem berufenen Interpreten der unvermeidlich wenig ins Detail gehenden Verfassung zugewiesen hat⁴²⁾, läßt ihm — und uns — m. E. auch keine andere Wahl.

Ist es somit also nicht berechtigt, zu verurteilen, daß Lehre und Rechtsprechung bei der Behandlung des Dispositionsschutzproblems entscheidende Steuerungsimpulse aus den einschlägigen Generalklauseln unter Beigabe von vielerlei rechtslogisch nicht zwingend vorgegebenen Ingredienzien „ableiten“, so bleibt doch eine Forderung. Nämlich die Forderung, daß es bei der sich aus solchem Verfahren zwangsläufig ergebenden Technik der Einzelfalldezsion nicht bleiben darf. Die sich an

³⁸⁾ Vgl. die Übersicht bei K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, 6. Aufl. 1973, 226 f. Speziell zur Problematik des Dispositionsschutzes vgl. etwa BVerfGE 3, 225 (237); 7, 194 (196); 11, 263 (265); 15, 313 (319) betr. die Frage des Abwägens zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit. Die Entscheidungen des BVerfG zur „unechten Rückwirkung“ (vgl. unten FN 93) akzentuieren freilich die Freiheit des wählenden Gesetzgebers *verbal* nicht so stark. In der Sache verfährt das BVerfG aber wohl kaum anders. — Alle erwähnten Entscheidungen betreffen freilich die Vertrauensschutzverpflichtungen des Gesetzgebers. Aus Gründen, die unten (bei und nach FN 137) noch näher darzulegen sind, läßt sich daraus freilich nicht ohne weiteres folgern, daß das Gericht der Verwaltung gegenüber gleich zurückhaltend agieren würde wie gegenüber dem Gesetzgeber. Insofern habe ich Bedenken gegen die mit solcher Gleichsetzung arbeitenden Ausführungen von K. Schmidt, DÖV 1972, 36 (40 f.). —

³⁹⁾ Zur Bedeutung des Willkürverbots beim Ausgleich zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit vgl. etwa BVerfGE 3, 225 (237) sowie 15, 313 (319).

⁴⁰⁾ Ausführlich zur Handhabung des Verhältnismäßigkeitsprinzips insbesondere BVerfGE 30, 292 (315 ff.) = Mineralölbevorratung.

⁴¹⁾ Z. B. BVerfGE 21, 12 (39 ff.) = Umsatzsteuer.

⁴²⁾ Vgl. insbesondere Art. 1 III GG. Dazu auch Ossenbühl, DÖV 1972, 27.

Hand der Einzelfallentscheidungen allmählich herausbildenden Regeln müssen von Wissenschaft und Praxis herausgehoben, kritisch gewürdigt und in ein System gebracht werden. Insofern in der Methode richtig: die Rechtsprechung des BVerwG zur Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte⁴³); enttäuschend jedoch *bislang*⁴⁴) die Rechtsprechung des BVerfG zur „unechten Rückwirkung von Gesetzen“⁴⁵).

III. Das Schutzgut

A. Das Dispositionsschutzinteresse des Bürgers

Wir haben schon gesagt: Bei dem Problem, das (wenig hilfreich) unter dem Stichwort „Vertrauensschutz“ angesprochen wird, handelt es sich letztlich darum, sinnvolles (d. h. gegen Enttäuschungen möglichst abgesichertes) Disponieren nicht unnötig zu behindern. Die verfassungsrechtliche Verpflichtung, das Dispositionsschutzinteresse des Bürgers zu berücksichtigen, folgt vor allem daraus, daß Art. 2 I GG (und seine Ausprägungen in den einzelnen Freiheitsrechten) nicht einfach Handlungsfreiheit, sondern Freiheit zu verantwortlichem, sinnvollem Handeln garantiert⁴⁶). Unter dem rechtsstaatlichen Prinzip der Rechtssicherheit (Art. 20, 28 GG)⁴⁷), aber auch unter dem allge-

⁴³) Vgl. die hilfreiche Übersicht bei *Becker*, DÖV 1973, 379 ff. Die „hohe Differenzierung und allmähliche Fallgruppenbildung“ dieser Rechtsprechung des BVerwG hebt auch *Hüberle* (Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 1970, 552) hervor.

⁴⁴) Zu berücksichtigen ist freilich, daß die mit dem Stichwort „unechte Rückwirkung“ angesprochene Problematik erst in jüngerer Zeit als verfassungsrechtliches Problem erkannt worden ist. Das BVerfG kann deshalb anders als das BVerwG (in seiner Rechtsprechung zur Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte) nicht auf ein durch Rechtsprechung und Lehre bereits intensiv durchgearbeitetes Material zurückgreifen.

⁴⁵) Dazu ausführlich unten bei und nach FN 93.

⁴⁶) Für die Verankerung des Vertrauensschutzes in den Grundrechten vgl. u. a.: *Kisker*, Die Rückwirkung von Gesetzen, 1963, 14; *Grabitz*, DVBl. 1973, 681 f.; *W. Schmidt*, JuS 1973, 529. — *Schmidt* würde freilich den Ausgang von Art. 2 I GG her wohl kaum akzeptieren, da sein Anliegen gerade die Zurücknahme des Vertrauensschutzproblems in die Spezialproblematik des Art. 14 GG ist. Vgl. dazu unten bei und nach FN 103.

⁴⁷) Vom Rechtsstaatsprinzip her geht das BVerfG in vielen Entscheidungen die Problematik der rückwirkenden Gesetzgebung an. Vgl. die Zusammenstellung bei *Klein/Barbey*, Bundesverfassungsgericht und Rückwirkung von Gesetzen, 1964, 28 ff. sowie aus jüngerer Zeit BVerfGE 21, 117 (131); 22, 241 (248); 24, 33 (55); 27, 167 (173); 30, 1 (25); 30, 392 (404); 31, 222 (226).

meinen Rechtsgrundsatz von „Treu und Glauben“⁴⁸⁾ hat der Verfassungsstaat der Neuzeit eine Fülle von Vorkehrungen entwickelt, die vor allem⁴⁹⁾ diesem Ziel dienen⁵⁰⁾.

Geht man solchen Vorkehrungen (bzw. Vorschlägen zu solchen Vorkehrungen) auf den Grund, so stellt sich heraus, daß sich in ihnen immer wieder drei Regeln konkretisieren. Nämlich: zu respektieren sind:

- Bestandszusagen oder zumindest die auf Grund solcher Zusagen gemachten Dispositionen;
- durch die öffentliche Gewalt selbst veranlaßte Dispositionen;
- ins Werk gesetzte Chancen.

Wie gesagt, diese Regeln bedürfen der Konkretisierung. Sie sind vielerlei Einschränkungen unterworfen. So, wie ich sie hier formuliert habe, kann der Praktiker damit nichts anfangen. Aber bei dem Versuch, ein Grundverständnis für die Problematik des Dispositionsschutzes zu erarbeiten, ist es hilfreich, sich gleichsam den Stoff zu vergegenwärtigen, aus dem sich die konkrete Rechtsvorschrift aufbaut.

⁴⁸⁾ „Treu und Glauben“ führt zunehmend das BVerwG gegen die unbegrenzte Rücknehmbarkeit rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte ins Feld. Vgl. dazu die Hinweise bei *Becker*, DÖV 1973, 380 mit Anm. 13—15.

⁴⁹⁾ Nicht nur diesem Ziel. Das Rechtssicherheitsprinzip will nicht nur sinnvolles Disponieren des Bürgers, sondern auch sinnvolles Disponieren der öffentlichen Gewalt ermöglichen.

⁵⁰⁾ Die Frage, in welchem Verhältnis die drei oben erörterten möglichen Rechtsgrundlagen vom Vertrauensschutz zueinander stehen, vermag anscheinend niemanden zu faszinieren. Sie wird (insbesondere in jüngeren Publikationen) recht lustlos diskutiert. Vgl. aber z. B. *Becker*, DÖV 73, 380 mit weiteren Hinweisen; *Ossenbühl*, DÖV 72, 27; *Grabitz*, DVBl. 73, 679 ff. Dieses relativ geringe Interesse scheint seinen Grund u. a. darin zu haben, daß Literatur und Rechtsprechung bislang nicht dargelegt haben, inwieweit es bedeutsam ist, ob wir das Dispositionsschutzprinzip hier oder (und) dort festmachen. Bei näherem Hinsehen zeigt sich freilich, daß der Ort der Verankerung doch relevanter ist als man zunächst glaubt. So wird man der aus dem Privatrecht importierten Forderung nach einem „Treu und Glauben“ entsprechenden Verhalten nicht ohne weiteres Verfassungsrang zusprechen können. Dann läßt sie sich aber auch nicht gegen den Gesetzgeber ins Feld führen. Das ist m. E. bislang auch noch nicht versucht worden. Wichtiger noch scheint mir, daß die Einsicht in die grundrechtlichen Wurzeln des „Dispositionsschutzprinzips“ die Verbindungslinie zwischen Dispositionsschutz und Eigentumsschutz erkennbar werden läßt und dann auch zu der Frage nötigt, ob der Schutz von Vermögensdispositionen nicht durch Art. 14 GG abschließend geregelt ist. Vgl. dazu unten bei und nach FN 103.

1. Bei der ersten Regel (*Bestandszusagen* sind zu respektieren) handelt es sich um eine Basisnorm allen Rechts⁵¹⁾: *pacta sunt servanda*⁵²⁾. Sie verfassungsrechtlich einer bestimmten Vorschrift des GG zuzuordnen, ist unter diesen Umständen überflüssig. Sicher dürfte es sich um einen Rechtssatz mit (zu-)mindest) Verfassungsrang handeln.

Man ist gerade deshalb geneigt, diese erste Regel schnell als selbstverständlich und darum für uns nicht sonderlich interessant abzutun. Damit verschüttet man sich jedoch den Zugang zu einem Ansatz, von dem her eine ganze Reihe aktueller Dispositionsschutzprobleme durchsichtiger gemacht werden könnten. Diese Wirkung läßt sich vor allem dann erzielen, wenn man den Kontrast zu den oben genannten anderen Regeln — veranlaßte Dispositionen bzw. ins Werk gesetzte Chancen sind zu respektieren — im Auge behält.

Gehen wir einmal von diesem Kontrast aus: Daß Dispositionen, die aufgrund einer rechtmäßigen ausdrücklichen Bestandszusage getroffen worden sind (etwa aufgrund eines öffentlich-rechtlichen Vertrages) in der Regel einen intensiveren Bestandsschutz rechtfertigen, als Dispositionen, die nur den Spielraum nutzen, den etwa das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 I GG) gewährleistet, liegt auf der Hand. Das kommt etwa — wie schon oben⁵³⁾ ausgeführt — darin zum Ausdruck, daß bei verwaltungsrechtlichen Zusagen in der Regel abstrakter Vertrauensschutz gewährt wird, der Nachweis eines kapital- und kraftverschlingenden Ins-Werk-Setzens also entbehrlich ist. Die größere Bestandssicherheit der aufgrund öffentlicher Zusagen getroffenen Dispositionen zeigt sich ferner, wenn (etwa wegen Eintritts unerwarteter Umstände) eine Einschränkung des Bestandsschutzes wünschenswert erscheint. Gewiß auch durch öffentlich-rechtlichen Vertrag gesicherte Dispositionen sind in solchen Fällen nicht unantastbar — man denke nur an die *clausula rebus sic stantibus*⁵⁴⁾. Aber, wer sich auf ein gegebenes Wort berufen kann, steht doch ungleich besser da als jener, der nur einen vorgefundenen Spielraum genutzt hat.

⁵¹⁾ Auch dies steckt hinter der (bei FN 10 erörterten) These, daß rechtmäßige verwaltungsrechtliche Zusagen, „den Charakter der Verbindlichkeit in sich selbst“ tragen, so daß es des Rückgriffs auf das Vertrauensschutzprinzip nicht bedarf.

⁵²⁾ Auf den allgemeinen Rechtsgrundsatz „*pacta sunt servanda*“ verweist auch Ossenbühl in DÖV 1972, 28.

⁵³⁾ Bei FN 10.

⁵⁴⁾ Vgl. § 56 I EVwVfG 1973, Btg. Drs. 7/910.

Intensiven Bestandsschutz fordern, meine ich nun, auch einseitige (nicht in einem Vertrag inkorporierte) Zusicherungen der öffentlichen Gewalt. Das ist für die verwaltungsrechtliche Zusage heute nicht mehr strittig⁵⁵⁾. Es dürfte aber auch für Bestandsgarantien des Gesetzgebers gelten. Als Beispiel bietet sich die Berlin-Präferenz-Entscheidung des BVerfG⁵⁶⁾ an. In dieser Entscheidung wertet das BVerfG (in richtiger Deutung der Entstehungsgeschichte des Gesetzes) die Befristung der Geltung bestimmter steuervergünstigender Vorschriften als eine Zusage des Inhaltes, daß diese Vorschriften nicht vor Ablauf der Frist geändert werden würden. Die Dispositionsschutzwürdigkeit der unter einer solchen Zusage getroffenen Maßnahmen wird vom BVerfG ausdrücklich anerkannt⁵⁷⁾. Irritierend bleibt jedoch, daß das BVerfG aus seiner Deutung der Fristsetzung als Zusage keine Konsequenzen zieht. Dabei denke ich weniger daran, daß es den Dispositionsschutz schließlich verweigert — darüber ließe sich durchaus diskutieren — als daran, daß es sich offenbar die besondere Bestandsschutzintensität einer gegebenen Zusage gar nicht klarmacht⁵⁸⁾. Jedenfalls fehlt es an einer Äußerung des Gerichts, aus der erkennbar wird, daß mehr zur Diskussion steht als ein Standardfall des Vertrauensschutzes gegenüber dem Gesetzgeber.

2. Problematischer sind die Fälle, in denen eine Zusage nicht nachweisbar ist, die öffentliche Gewalt jedoch ein Verhalten an den Tag gelegt hat, das beim Bürger die Vorstellung auslösen mußte, man werde ihn nicht im Stich lassen, wenn er sich

⁵⁵⁾ Pfander, Die Zusage im öffentlichen Recht, Diss. Hamburg 1968; Pieper, VerwArchiv 59 (1968), 217 ff.; Ossenbühl, DÖV 1972, 28; W. Schmidt, JuS 1973, 529 f.

⁵⁶⁾ BVerfGE 30, 392.

⁵⁷⁾ BVerfGE 30, 392 (404): „§ 15 Abs. 2 BHG 1959 begründet damit einen Vertrauenstatbestand, auf den sich die begünstigten Steuerpflichtigen grundsätzlich verlassen durften.“ Leider geht das Gericht nicht auf die diese Auffassung verneinende Gefrierfleischentscheidung des RG (RGZ 139, 177) ein. Den bedeutsamen Umschwung betont zu Recht Ossenbühl (DÖV 1972, 30).

⁵⁸⁾ Es hätte doch nahegelegen, die Parallelproblematik der Zusage im VerwRecht beizuziehen. Gewiß lassen sich die dafür vorgeschlagenen Lösungen nicht ohne weiteres auf das Verhältnis Bürger/Gesetzgeber übertragen. Aber wo liegen die Unterschiede und inwiefern rechtfertigen sie eine Abschwächung des zu gewährenden Dispositionsschutzes? Eine solche Abschwächung akzeptiert übrigens auch Ossenbühl (DÖV 1972, 25 [29 ff.]), ohne auf den gerade zuvor (ebend. 28) für die Verbindlichkeit verwaltungsrechtlicher Zusagen rechtfertigend angeführten „allgemeinen Rechtsgrundsatz 'pacta sunt servanda'“ einzugehen. Vgl. zu dieser Frage auch unten bei und nach FN 140.

auf dieses Verhalten einstelle. Das solche Vorstellungen auslösende Verhalten liegt darin, daß die öffentliche Gewalt den Bürger zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen *veranlaßt*⁵⁹⁾, seine Entscheidung also in eine bestimmte Richtung lenkt.

Die aufgeworfene Frage nach dem Entstehen-Müssen der öffentlichen Gewalt für Dispositionsschäden bei Kurswechsel nach solchem Veranlassen stellt sich bekanntlich vor allem in der Diskussion um das Plangewährleistungsrecht⁶⁰⁾. Aber nicht dort allein. Der seit langem in unseren Lehrbüchern zu findende Fall einer Änderung von Prüfungsordnungen⁶¹⁾ gehört ebenfalls hierher⁶²⁾. Auch in diesem Fall wird ja ein Bürger (etwa ein Student) von der öffentlichen Gewalt in eine bestimmte Richtung gelenkt. Er wird veranlaßt, sich in bestimmter Weise auf eine Prüfung vorzubereiten. Steht er nun plötz-

⁵⁹⁾ Diese Fälle sind der Zusage insoweit verwandt, als die Zusage häufig, wenn auch nicht notwendig, eine besonders intensiv wirkende Form von Veranlassung ist. Das zeigt gerade der oben (bei FN 56) erörterte Berlin-Präferenz-Fall. Hier sollten Unternehmer durch eine Bestandszusage zu Investitionen veranlaßt werden.

⁶⁰⁾ Vgl. dazu aus jüngerer Zeit insbesondere: *Simson*, Planänderung als Rechtsproblem, in *Kaiser* (Hrsg.), Planung I, 1965, 405 ff.; *H. P. Ipsen*, Rechtsfragen der Wirtschaftsplanung, in *Kaiser* (Hrsg.), Planung II, 1966, 63 (106 ff.); *Kriele*, DÖV 1967, 531; *Oldiges*, Grundlagen eines Plangewährleistungsrechts, 1970; *Egerer*, Der Plangewährleistungsanspruch, 1971.

⁶¹⁾ Vgl. oben FN 7.

⁶²⁾ Daran zeigt sich, daß die *spezifische* Dispositionsschutzproblematik des Planes sich nicht vom Veranlassungsgedanken her fassen läßt. Diesen Problemaspekt teilt der Plan mit anderen Steuerungstechniken; z. B. mit den oben erwähnten Prüfungsordnungen. Das wirft die Frage auf, ob die Herausarbeitung eines besonderen Instituts der „Plangewährleistung“ eigentlich gerechtfertigt ist. Skeptisch insoweit auch *Ossenbühl*, DÖV 1972, 29. — M. E. ist die Anerkennung eines spezifischen Instituts der „Plangewährleistung“ nur dann gerechtfertigt, wenn man in den Begriff des Planes das dynamisierende Moment der Systemrückkopplung und damit der ständigen anpassenden Veränderung mit hereinnimmt. Erfafßt wird dann freilich zwar die Konjunktursteuerung gemäß den Zielen des § 1 Stabilitätsg., nicht mehr aber die Bauleitplanung nach §§ 1–13 BundesbauG. Das unter dem Gesichtspunkt des Dispositionsschutzes Eigentümliche von Planung in solchem engeren Sinne wäre dann gerade die Zurückdrängung des am status quo orientierten Dispositionsschutzdenkens wegen Unvereinbarkeit mit der auf Flexibilität abzielenden Funktion des Instrumentes „Plan“. Dann wäre es aber (um die Assoziation zum Bauleitplan auszuschalten) besser, die gemeinte Problematik nicht unter dem Stichwort „Plangewährleistung“, sondern unter dem Stichwort „Dispositionsschutz und Rückkopplung“ anzusprechen.

lich vor einer neuen Prüfungsordnung, so muß er feststellen, daß man ihn falsch gesteuert hat.

In Fällen solcher Veranlassung ergibt sich die Verpflichtung der öffentlichen Gewalt, die Dispositionen des Bürgers zu respektieren, aus der Verantwortung, die sie übernimmt, wenn sie ihren Willen an die Stelle der freien Entscheidung des Bürgers stellt. Je mehr die öffentliche Gewalt ihre Entscheidungen an die Stelle der des Bürgers treten läßt, desto mehr wird sie die Dispositionen respektieren müssen, die plankonformes⁶³⁾ Verhalten des Bürgers ausgelöst haben. Den Gedanken, daß der Bürger sich mit der Zerschlagung seiner staatlich veranlaßten Dispositionen durch Kursänderung ebenso abfinden müsse wie der Bauer mit dem Hagel oder der Kaufmann mit den Schwankungen der Konjunktur, kann ich nicht akzeptieren. *Das Risiko muß dort liegen, wo die Entscheidung fällt.*

3. Weniger anspruchsvoll wird man in jenen mehr konventionellen Fällen sein müssen, in denen der Bürger nicht durch Zusagen oder steuernde Maßnahmen zu einem bestimmten Verhalten veranlaßt worden ist, sondern ungesteuert, nach eigenem Plan handelnd, die Chancen ins Werk gesetzt hat, die ihm die Rechtsordnung läßt. Wer etwa von einer ihm erteilten Erlaubnis Gebrauch macht, kann in der Regel nicht behaupten, der Bestand (oder der Bestandwert) der Erlaubnis sei ihm zugesagt worden⁶⁴⁾. Ein solcher Wille zur Gewährung von Bestandsschutz bzw. Entschädigung kann sich natürlich aus dem Gesetz (z. B. aus den Nachfolgevorschriften der §§ 70 II PrPVG, 42 I c und d PrPVG) ergeben⁶⁵⁾. Man darf ihn aber nicht als rechtsnotwendig mit der behördlichen Erlaubnis oder Duldung verknüpft sehen.

Dennoch begründet auch ein solches Ins-Werk-Setzen bloßer Chancen einen Rechtsanspruch auf größtmögliche Schonung. Eine andere Wertung würde das Einräumen grundrechtlicher Freiheiten sinnlos machen. Eine Handlungsfreiheit, deren Produkte durch die öffentliche Gewalt jederzeit zerschlagen werden können, ist wertlos. Art. 14 GG hat diesen Gedanken für den Bereich des Vermögensschutzes positiv-rechtlich fixiert. Er

⁶³⁾ Auf „plankonformes“ Verhalten stellt auch *Oldiges* (FN 4) 247 ab.

⁶⁴⁾ Jedenfalls dann nicht, wenn die Erlaubnis den Charakter einer bloßen Unbedenklichkeitsbescheinigung hat. Vgl. H. J. Wolff, *Verwaltungsrecht I*, 8. Aufl. 1971, § 48 II a 1, S. 350.

⁶⁵⁾ Z. B. Hess. SOG §§ 30 IV, 10 II Nr. 3 und 4; Nds SOG §§ 40 II, 31 I c und d; NW OBG §§ 41 I, 44, 24 I d und e; RhPf. PVG §§ 67 II, 49 I Nr. 3 und 4.

muß jedoch auch für andere Grundrechte gelten. Ich denke etwa an den Dentisten, der befürchten muß, daß man ihn durch strengere Anforderungen an die Ausbildung von Zahnärzten aus dem Beruf drängen wird⁶⁶⁾.

(1) Dispositionen des Bürgers aufgrund von speziellen Zusagen, (2) durch die öffentliche Gewalt veranlaßte Dispositionen und (3) Dispositionen in Ausnutzung belassenen Handlungsspielraums sind bei Kursänderung möglichst zu schonen. Dabei fällt die Intensität der Schutzwürdigkeit mit der hier präsentierten Reihung. Was das im Einzelfall bedeutet, kann freilich nicht entschieden werden, ohne dem Dispositionsschutzinteresse ein etwa ebenfalls schutzwürdiges Kursänderungsinteresse gegenübergestellt zu haben. Darauf wird zurückzukommen sein.

B. Das Dispositionsschutzinteresse des Systems

Bei Beantwortung der Frage nach der Erforderlichkeit des Gewährens von Dispositionsschutz dürfen wir uns nicht auf die bislang präsentierte, am Problem des Individualrechtsschutzes orientierte Betrachtungsweise beschränken. Wie bei jedem Grundrecht entspricht der subjektiven eine objektive, an der Systemfunktion orientierte Betrachtungsweise. In unserem speziellen Falle sind wir der Streitfrage, ob und inwieweit es zulässig ist, auf Individualrechtsschutz zugeschnittene Grundrechte für die Verrechtlichung einer solchen objektiven Betrachtungsweise zu nutzen⁶⁷⁾, deshalb enthoben, weil die Verfassung selbst (Art. 20 III, 28 I) das gesuchte objektive Prinzip durch die Forderung nach rechtsstaatlicher (also auch rechtsicherheitsorientierter) Ordnung herausstreicht. Das fordert eine den individuellen und den objektiven Aspekt umfassende Betrachtungsweise geradezu heraus.

Eine solche das Problem der Systemfunktion mit umfassende Betrachtungsweise muß die (von der sozialwissenschaftlichen Systemtheorie⁶⁸⁾ herausgearbeitete) Einsicht in den Vordergrund stellen, daß der autonome, sich selbst steuernde Bürger das politische System insoweit entscheidend entlastet, als er

⁶⁶⁾ Vgl. dazu BVerfGE 25, 236 (Dentisten). S. ferner BVerfGE 21, 173 (Steuerberater) und 32, 1 (Apothekeranwärter). Vgl. ferner unten bei und nach FN 119.

⁶⁷⁾ Vgl. etwa einerseits Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 6. Auflage, 1973, S. 116 f., 121 ff.; andererseits H. Klein, Die Grundrechte im demokratischen Staat (1972) u. a. S. 23 ff.

⁶⁸⁾ Vgl. dazu insbesondere Luhmann, Grundrechte als Institution, 1967 insbesondere S. 93 und S. 186 ff.

ihm die Feinststeuerung abnimmt und zugleich das System ständig mit der lebenswichtigen Rückkoppelung versorgt. Daß individuelle Freiheit aus diesem Grunde gerade in einer hochtechnisierten, auf Feinststeuerung angewiesenen sozialen Umwelt unentbehrlich, daß also der Ameisenstaat à la *Orwell* nicht nur abstoßend, sondern auf Dauer auch funktionsunfähig ist, scheint mir eine der tröstlichen Einsichten moderner Sozialwissenschaft zu sein.

An dieser Einstufung individueller Freiheit als eines unentbehrlichen Elementes funktionsfähiger sozialer Systeme nehmen Dispositionsschutz und Rechtssicherheit insoweit teil, als ohne sie ein sinnvolles Ausnutzen von Freiheit unmöglich wird. Soziale Subsysteme, deren Feinststeuerungsentscheidungen ungeschützt zur Verfügung der zentralen Steuerungsmechanismen stehen, verlieren ihre systemgeforderte Vitalität.

C. Träger öffentlicher Gewalt als Dispositionsschutzberechtigte

Das BVerwG hat in seiner Rechtsprechung zur Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte mehrfach betont, daß der öffentlichen Gewalt kein Dispositionsschutz gewährt werden könne. „Der Vertrauensschutz sei“, so heißt es, „eine Einrichtung für den Staatsbürger gegenüber dem ihm überlegenen Staat nebst seiner mächtigen Verwaltung“⁶⁹).

Das kann so nicht stehenbleiben: Einmal ist das Problem des Dispositionsschutzes nicht nur ein Problem des grundrechtlichen Individualrechtsschutzes, sondern ein Strukturproblem des ganzen Systems und zum anderen übersieht das BVerwG, daß etwa Art. 14 GG (eine als Dispositionsschutznorm zu deutende Vorschrift unserer Verfassung) ohne durchschlagenden Widerspruch von Rechtsprechung und Lehre auch zugunsten der öffentlichen Hand eingesetzt wird⁷⁰).

Das letztere halte ich, in der undifferenzierten Art, wie es gelegentlich betrieben wird, für einen Fehler. Wir sollten, mehr als bislang, darauf achten, daß die Berufung auf Grundrechte nur den Bürgern und ihren Organisationen, allenfalls noch Einrichtungen, deren Aufgabe die institutionelle Absicherung von Grundrechten ist (Rundfunkanstalten, Universitäten) zugestanden werden kann. Aber auch wenn wir diesen Maßstab anlegen, habe ich keine Bedenken das Subsystem gegen-

⁶⁹) BVerwGE 23, 25 (30); siehe auch BVerwGE 27, 215 (217 f.).

⁷⁰) Vgl. etwa BVerwGE 22, 299 (303 f.) und 23, 18 (19); ferner *Bettermann*, NJW 1969, 1321; *Kröner*, Die Eigentumsgarantie in der Rechtsprechung des BGH, 1969, 139; *Dicke*, DÖV 1969, 556.

über der ihm vorgegebenen öffentlichen Gewalt, also etwa die Länder gegenüber dem Bund oder die Gemeinden gegenüber Bund bzw. Ländern innerhalb des durch Art. 19 II GG gesetzten Rahmens als Grundrechtsträger zu werten⁷¹⁾. Dann dürfte es aber auch statthaft sein, derartige Subsysteme als Schutzberechtigte in Dispositionsschutzsachen anzusehen. Jüngere Entscheidungen des BVerwG⁷²⁾ scheinen auch von der eben erwähnten radikalen Verweigerung von Dispositionsschutz für Träger öffentlicher Gewalt nicht mehr auszugehen.

Hinzu kommt, was oben an erster Stelle genannt wurde: Das Problem des Dispositionsschutzes ist nicht nur ein Problem des grundrechtlichen Individualrechtsschutzes, sondern ein Strukturproblem des ganzen Systems. Der Apparat der öffentlichen Gewalt kann dem Bürger nicht optimal dienen, wenn er wegen Kurswechsels allzu häufig umprogrammiert werden muß. Dies war der Grund für einen der vielen gescheiterten Änderungsvorschläge zu § 79 II BVerfGG⁷³⁾. Danach sollte ein für nichtig erklärtes Gesetz, das für den Einzelnen öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Geldleistungspflichten begründet oder erweitert, grundsätzlich erst mit dem Ablauf des Jahres, das der Entscheidung vorhergeht, „als außer Kraft getreten“ gelten. Dieser Vorschlag wird verständlich, wenn man sich klarmacht, daß Steuerpflichtige bei auch nur schwachem Verdacht der Verfassungswidrigkeit Einspruch gegen Steuer- und Gebührenbescheide einlegen, dadurch die Intention des § 79 II unterlaufen und die öffentlichen Kassen nach etwaigem Obsiegen mit Rückzahlungsansprüchen in Millionenhöhe angehen⁷⁴⁾. Daß

⁷¹⁾ So in etwa auch *Bettermann*, NJW 1969, 1320 ff.

⁷²⁾ Kennzeichnend dafür BVerwGE 36, 108 (111 ff.). Diese Entscheidung wird von *Becker* (DÖV 1973, 381) als konsequente Fortführung der älteren Rechtsprechung gewertet. Zu Unrecht, wie mir scheint: BVerwGE 36, 108 geht anders als BVerwGE 23, 25 (30/31) und 27, 215 (217/218) davon aus, daß sich grundsätzlich auch Gemeinden auf das Vertrauensschutzprinzip berufen können. Freilich betont das Gericht zutreffend (BVerwGE 36, 108 (114); vgl. auch unten bei FN 76, daß der Anspruch von Trägern öffentlicher Gewalt auf Respektierung ihrer Dispositionsschutzinteressen u. a. insoweit abgeschwächt ist, als von solchen Anspruchsberechtigten eine weitgehende Rücksichtnahme auf öffentliche Interessen verlangt werden kann.

⁷³⁾ Siehe Art. 1 Nr. 12 der Regierungsvorlage der 4. Novelle zum BVerfGG, Btg. Drs. V/3816; BR Drs. 594/68. — Vgl. zum folgenden auch *Young Huh*, Probleme der konkreten Normenkontrolle, 1971, 132 f. sowie *Latzel*, Die Wirkung für nichtig erklärter Steuerrechtsnormen auf bestehende Steuerverwaltungsakte, 1971.

⁷⁴⁾ Eine ausführliche Erörterung des Problems bringt *Chr. Böckenförde* (DÖV 1967, 157 ff.) in Auseinandersetzung mit der Umsatzsteuerentscheidung des BVerfG (E 21, 12).

sich dies für die Finanzverwaltung nicht nur lästig, sondern auch ausgesprochen funktionsbehindernd auswirkt, wird man eingestehen müssen. Hier sind gewiß legitime Interessen des Gesamtverbandes im Spiel, die im Rahmen einer an der Funktionsfähigkeit des Systems orientierten Abwägung durchaus berücksichtigt werden sollten. Selbstverständlich kann aber die Berücksichtigung solcher Aspekte der Staatsräson nicht unter Berufung auf Grundrechte gefördert werden. Hingegen scheint mir, wie ausgeführt⁷⁵⁾, das verfassungsrechtliche Gebot der Rechtssicherheit auch eine derartige Systemschutzforderung aufzunehmen.

Meine These ist also: Es gibt verfassungsrechtlich abgedeckte Dispositionsschutzinteressen der öffentlichen Gewalt. — Ob sie freilich durchschlagen, steht auf einem anderen Blatt. Von Trägern öffentlicher Gewalt, die als solche auf die Spielregeln des Systems intensiver eingeschworen sind als der einzelne Bürger, kann man gewiß erwarten, daß sie notfalls ihre Dispositionsschutzinteressen zurückstecken, um erforderliche Kurskorrekturen nicht zu behindern, bzw. die Geltung zentraler Strukturprinzipien des Systems nicht in Frage zu stellen. Das gilt insbesondere für die Berufung auf den selbst verursachten Rechtsschein (etwa eines später für nichtig erklärten Steuergesetzes): Es war wohl nicht nur die Verbandslobby, die den erwähnten Vorschlag zur Novellierung des § 79 II BVerfGG zu Fall gebracht hat. Für diese Ablehnung gab es vielmehr überzeugende verfassungspolitische und, wie mir scheint, auch verfassungsrechtliche Gründe. Einmal wäre es nachgerade leichtfertig, demjenigen, der die Steuergesetze macht, von vornherein zu versichern, daß auch verfassungswidrige Steuergesetze Geld bringen. Zum anderen werden sich alle Träger öffentlicher Gewalt daran erinnern lassen müssen, daß sie als Glieder eines Systems ineinandergreifender öffentlicher Gewalten gehalten sind, das Prinzip der Gesetzmäßigkeit auch unter Opfern hochzuhalten⁷⁶⁾.

⁷⁵⁾ Bei FN 67. — Daß die öffentliche Gewalt sich zur Sicherung ihrer Funktionsfähigkeit auf das Prinzip der Rechtssicherheit berufen kann, setzt das BVerfG dort voraus, wo es die Bestandskraft von Hoheitsakten, welche den Bürger belasten (die Verwaltung jedoch begünstigen), mit jenem Prinzip rechtfertigt; vgl. BVerfGE 7, 194 (195 f.); 11, 263 (265); 15, 313 (319).

⁷⁶⁾ BVerwGE 36, 108 (114). Vgl. auch die vielfach vertretene Ablehnung der Anwendung des Estoppel-Prinzips auf solche innerbundesstaatliche Verwaltungsabkommen, die in Widerspruch zum internen Recht der Partner stehen. Dazu *Grawert*, Verwaltungsabkommen zwischen Bund und Ländern in der Bundesrepublik Deutschland, 1967, 101 (102 ff.).

IV. Die Gegenargumente

Die Problematik des Dispositionsschutzes läßt sich in zwei deutlich voneinander abgrenzbare Fallgruppen gliedern; je nachdem, *welche Güter dem Dispositionsschutzinteresse des Bürgers bzw. des Systems gegenübergestellt werden.*

Einmal ist es die Forderung, subjektive Rechte und objektives Recht der sich ändernden Umwelt anzupassen. Typische dispositionsbeeinträchtigende Eingriffe dieser Art sind in der Regel die Fälle der Rücknahme rechtmäßiger begünstigender Verwaltungsakte. Man denke etwa an die Zurücknahme einer Erlaubnis zur Durchführung eines Schwertransportes (§ 29 III 1 StVO) mit Rücksicht auf den unerwartet starken Straßenverkehr. Auch die Enteignung i. S. des Art. 14 GG fällt regelmäßig in diese Kategorie der an den Bedürfnissen von Gegenwart oder Zukunft orientierten Forderung nach flexibler Anpassung.

Davon zu unterscheiden sind jene Fälle, in denen der Forderung nach Dispositionsschutz die Forderung nach Durchsetzung des „richtigen“ Rechts entgegengestellt wird. So etwa besonders deutlich bei Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte, aber auch (was leider bislang weniger geklärt ist) bei der sogenannten „echten Rückwirkung“ (oder besser „Rückanknüpfung“) von Gesetzen.

A. Dispositionsschutz ./ Flexibilität

Zunächst zu jenen Fällen, die uns mit dem Spannungsverhältnis Dispositionsschutz ./ Flexibilität konfrontieren.

1. Daß ein Versuch, die insoweit vor allem im Bereich der Gesetzgebung bedeutsamen Lücken im positiven Recht zu füllen, nicht ohne den aus den einschlägigen Generalklauseln der Verfassung ableitbaren Leitstrahl auskommen kann, wurde schon gesagt⁷⁷⁾. Verfassungsrechtlich nimmt Art. 2 I GG und dessen Konkretisierung in einzelnen Freiheitsrechten sowie das Rechtssicherheitsprinzip die Forderung nach Dispositionsschutz auf; die Sozialstaatsklausel des Art. 20 I hingegen die Forderung nach Flexibilität.

Es ist offensichtlich, daß durch scharfsinnige rechtslogische Analyse der genannten Verfassungsvorschriften die wünschenswerte Justierung des Leitstrahls nicht zu gewinnen ist. Man kann weitgehend aus diesen Vorschriften nur herausholen, was man zuvor hineingetan hat. Es gehört freilich zu den be-

⁷⁷⁾ Oben nach FN 32.

währten Verfahren derjenigen, die um ihre rechtsdogmatische Unschuld fürchten, beim Hineintun die Augen zu schließen. Dann kann man beim Herausholen mit einigermaßen gutem Gewissen behaupten, man habe mit Hilfe „exakter juristischer Auslegung“ eine fortschrittversprechende juristische „Entdeckung“ gemacht. Ein wissenschaftlicheres Verfahren scheint mir zu sein, die Augen auch beim Hineintun offen zu halten. Wir werden dann freilich unschwer bemerken, daß die eingefüllten Grundwertvorstellungen nichts anderes sind als unsere (im schlimmsten Fall naiven, im besten Fall durch sozialwissenschaftliche Recherchen⁷⁸⁾ abgestützten Meinungen darüber, welche Dosierung „Dispositionen sichernder Stabilität“ einerseits und „Anpassung ermöglichender Flexibilität“ andererseits sich das politische Gemeinwesen Bundesrepublik Deutschland unter den Bedingungen des Jahres 1973 zu leisten vermag.

Unter den Bedingungen des Jahres 1973: das bedeutet unter den Bedingungen einer Gesellschaft, die — angesichts einer rasanten technologischen Entwicklung und einer wohl überwiegend daraus resultierenden Verunsicherung der sozialen Struktur — sehr wohl erkannt hat, daß erhebliche Veränderungen des status quo unvermeidlich sind und auch künftig unvermeidlich sein werden. Erinnert sei etwa an die Aufgabe wirtschaftliches Wachstum einerseits und Ressourcen bzw. Umweltpflege andererseits in ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen. Man denke ferner daran, daß uns die Berufsforschung⁷⁹⁾ darauf hinweist, künftig würden nur noch die wenigsten Bürger damit rechnen können, den einmal erlernten Beruf lebenslanglich ausüben zu dürfen. Auch insoweit heißt die Parole „Flexibilität“, Erlernen der Fähigkeit, sich schnell auf unerwartet Neues einzustellen. Unser Erziehungssystem⁸⁰⁾ schwenkt zunehmend auf diesen Kurs ein, indem es verstärkt von der Akzentuierung der Stoffvermittlung abrückt und statt dessen

⁷⁸⁾ Zur Bedeutung der Rechtssoziologie als Helferin beim Ausfüllen von unbestimmten Rechtsbegriffen und Lücken im Gesetz vgl. aus jüngerer Zeit M. Reh binder, JuS 1973, 272 (274) sowie W. Brohm, VVDStRL 30, 249 ff.

⁷⁹⁾ Der „Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung“ führt dazu aus: „Die zünftlerische Vorstellung von einem Beruf, dem man gleichsam von der Wiege bis zur Bahre verpflichtet ist, wird der Zukunft noch weniger gerecht als der Gegenwart. Immer mehr ist damit zu rechnen, daß Menschen durch die Umstände dazu veranlaßt werden, den ursprünglich erlernten Beruf im Laufe des Erwerbslebens einmal, vielleicht sogar mehrmals zu wechseln.“

⁸⁰⁾ Vgl. etwa die bei Tausch/Tausch, Erziehungspsychologie, 6. Aufl. 1971, 7 f. formulierten Ziele von Erziehung und Unterricht.

das Erlernen des Lernens und der Kooperation in den Vordergrund stellt. Die Zeiten scheinen vorbei zu sein, in denen der Bürger hoffen durfte, daß es ihm gelingen werde, sich innerhalb eines relativ stabilen Faktorenrahmens eine ein für allemal gesicherte Existenz aufzubauen. Der Faktorenrahmen ist eben nicht mehr stabil. Das System ist in Bewegung geraten. Es versucht, sich durch anpassende Veränderung zu erhalten.

Was folgt daraus in rechtlicher Hinsicht? Läßt sich sagen, daß sich der Stellenwert von Kalkulierbarkeit und Planbarkeit gegenüber dem Stellenwert von Anpassung und Umstellung in relevanter Weise verändert hat? Und zwar so stark, daß dieses neue Vorverständnis unvermeidlich bei der rechtlichen Lösung des Konfliktes zwischen Dispositionsschutzinteresse und Flexibilität durchschlägt. Wir werden diese Frage bejahen müssen. Freilich sind erhebliche Einschränkungen zu machen: Die oben beschriebene Neigung mehr zur Flexibilität als zur Stabilität erklärt sich in ihrer gegenwärtigen Aggressivität nicht nur daraus, daß Kalkulierbarkeit und Planbarkeit im Stellenwert gegenüber der Fähigkeit zur Anpassung generell abgesunken sind, sondern vor allem auch aus dem erheblichen Anpassungsrückstand, der abzuarbeiten ist. Dieser Berg von unerledigten Aufgaben provoziert die Vorstellung, daß nur radikale Dynamisierung (ohne Rücksicht auf Dispositionsschutz) weiterhelfen könne. Er rechtfertigt keineswegs die Auffassung, daß die Lebenswelt der hochtechnisierten Industriegesellschaft notwendig dispositionsschutzfeindlich sei.

Daß ein erheblicher Anpassungsrückstand besteht und wächst, erklärt sich übrigens in erster Linie wohl nicht aus einer allzu-sehr am status quo orientierten Grundrechtsinterpretation; zum gewichtigeren Teil vielmehr aus einem von der Verfassung gewiß nicht gebotenen Respekt des Gesetzgebers vor dem Besitzstand der etablierten gesellschaftlichen Gruppen. Verantwortlich ist insoweit also in erster Linie das hinter den verfassungsrechtlich legitimierten Herrschaftsträgern stehende pluralistisch strukturierte Herrschaftssystem. Eine politische Gemeinschaft, die ihren inneren Frieden fast ausschließlich durch ein kompliziertes System von checks and balances zwischen den etablierten gesellschaftlichen Gruppen absichert (eine politische Gemeinschaft also, die es sich um der bestandssichernden Balance willen nicht leisten kann, eine dieser Gruppen nachhaltig zu verärgern), neigt unvermeidlich dazu, die lästi-

gen Fragen nach anstehenden Veränderungen durch Scheinlösungen oder durch Ausklammern zu erledigen⁸¹⁾.

Daß man mit solcher Akzentuierung des status quo der Gruppenmacht das Prinzip des Bestandsschutzes überhaupt diskreditiert, liegt auf der Hand. Die Verärgerung über die Zementierung des gesellschaftlichen status quo könnte bewirken, daß verkannt wird, wie sehr auch die hochkomplexe Industriegesellschaft auf funktionsfähige, also selbständig sinnvoll planende Subsysteme angewiesen bleibt.

2. Im einzelnen

a) Im Verwaltungsrecht präsentiert sich die Aufgabe des Ausgleiches zwischen dem Dispositionsschutzinteresse einerseits und dem Erfordernis der Anpassung an die Bedürfnisse von Gegenwart und Zukunft andererseits besonders eindringlich bei der Problematik des *Widerrufs rechtmäßiger begünstigender Verwaltungsakte*.

Mit dieser Frage beschäftigen sich eine Fülle von allgemeinen⁸²⁾ und speziellen⁸³⁾ Rechtsvorschriften bzw. von Entwürfen zu solchen Rechtsvorschriften. Dabei berührt angenehm, daß wenigstens spezialgesetzliche Vorschriften dieser Art die fatale Klausel vom „schutzwürdigen Vertrauen“ selten verwenden. Man gewinnt den Eindruck, der Gesetzgeber hätte es wenigstens hier fertiggebracht, die vage Vertrauensschutzformel durch konkrete Regelungen zu ersetzen. Das trifft in der Tat partiell zu. Die erwähnten Spezialvorschriften des positiven Rechts stellen selbst klar, unter welchen Voraussetzungen der Bürger vom Bestand eines begünstigenden Verwaltungsaktes ausgehen darf. Sie überlassen es nicht einem Gericht zu prüfen, ob das Vertrauen in den Fortbestand einer bestimmten Art von Erlaubnis schutzwürdig ist oder nicht. So enthalten etwa viele

⁸¹⁾ Vgl. dazu aus der jüngeren Pluralismuskussion u. a. R. P. Wolff, *Jenseits der Toleranz* in Wolff/Moore/Marcuse, *Kritik der reinen Toleranz*, 5. Aufl. 1968, S. 52 ff.; Fraenkel, „Strukturanalyse der modernen Demokratie“, in „Aus Politik und Zeitgeschichte“ 49/1969, S. 21 ff.; Scharpf, *Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung*, 1970, 49 ff. und 73 ff.; Forsthoff, *Der Staat der Industriegesellschaft*, 1971, 74 f., 119 ff.; Eisfeld, *Pluralismus zwischen Liberalismus und Sozialismus*, 1972, 88.

⁸²⁾ §§ 142–144 LVwO für Thür. v. 10. VI. 1926 in der Fassung der Bekanntmachung v. 22. 7. 1930, hier insbesondere § 143 Ziff. 4 und 5; §§ 88–90 EVwRO Württ. (1931), hier insbesondere § 90; §§ 45 EVwVfG 1973, Btg. Drs. VII, 910, hier insbesondere § 45 II 3 und 4.

⁸³⁾ Z. B.: § 42 II d PrPVG (1931) und dessen Nachfolgevorschriften (s. FN 65); § 88 GÜKVG; § 25 PBefG, §§ 51, 53, 58 GewO.

Polizeigesetze in Nachfolge des § 70 II PrPVG⁸⁴⁾ zwar keine Bestands- aber doch eine Entschädigungsgarantie für polizeiliche Erlaubnisse. Das gleiche gilt für § 51 GewO.

Solche Rechtsklarheit hat freilich ihren Preis. Ohne vom Bürger viel Mitdenken zu fordern, werden die Kosten erforderlicher Anpassung recht mechanisch der öffentlichen Hand auferlegt. Die Gefahr, daß erforderliche Anpassung aus Kostengründen unterbleibt, ist nicht von der Hand zu weisen⁸⁵⁾. Wohl aus solchen Überlegungen heraus kehrt § 45 EVwVerfG 1973 wieder zur Quelle zurück. § 45 IV setzt für die Gewährung von Schadenersatz wegen Widerrufs den Nachweis „schutzwürdigen“ Vertrauens voraus.

Mir scheint diese Rückkehr zum Grundsätzlichen weder wünschenswert, noch erforderlich. In den von § 45 IV angesprochenen Fällen (veränderte Sach- oder Rechtslage, Gefährdung des Gemeinwohls) sollte Schadenersatz ohne Rücksicht auf den Nachweis von ins Werk gesetztem Vertrauen gewährt werden. Vor finanzieller Überforderung und daraus folgender Festschreibung des status quo kann sich die Verwaltung durch Widerrufsvorbehalt und Befristung⁸⁶⁾ hinreichend schützen. Die Flexibilität der Verwaltung durch dieses Instrumentarium zu sichern, hat einen großen Vorteil: Der Bürger weiß, ob sein Ins-Werk-Setzen risikofrei oder risikobeladen ist. Wer eine unter Widerrufsvorbehalt stehende Erlaubnis ins Werk setzt, kann sich schlecht auf Vertrauensschutz berufen. Insoweit hält der Widerrufsvorbehalt den Anpassungsspielraum der Verwaltung offen, ohne den Bürger in die Irre zu führen. Bei der Ausübung des pflichtgemäßen Ermessens gelegentlich der Ausübung des Vorbehaltes sollte das Moment des Dispositionsschutzes deshalb nur noch eine untergeordnete Rolle spielen. Es entspricht keineswegs dem Sinn von Widerrufsvorbehalten, die ganze Vertrauensschutzlehre in die Ermessensausübung einfließen zu lassen⁸⁷⁾. Derartiges kann allenfalls das Gebot ver-

⁸⁴⁾ Vgl. oben FN 65.

⁸⁵⁾ Vgl. dazu die Anmerkung von Quaritsch zur Schweinemästerentscheidung des BGH vom 20. 1. 1966 in JZ 1966, 426 (428).

⁸⁶⁾ Ausführlich zu dieser Frage mit weiteren Hinweisen, Kloepper, DVBl. 1972, 371 f.

⁸⁷⁾ Richtig: OVG Lüneburg in OVGE 2, 139 (140); BGH, E. v. 16. 3. 1970, NJW 1970, 1178. — Anders freilich dort, wo ein venire contra factum proprium vorliegt; vgl. dazu: BGHZ 25, 266 = Ermuntern zu Investitionen; BSGE 7, 227 (229) = unverständliches Herauszögern des Widerrufs; BGH, E. v. 16. 3. 1970 NJW 1970, 1178 (1179) = Widerruf einer Bauerlaubnis elf Jahre nach Erteilung; BVerfGE 32, 1 (27) = Befristung von Ausnahmeerlaubnissen. —

fassungskonformer Gesetzesauslegung erforderlich machen. So etwa, wenn der Gesetzgeber mechanisch (d. h. ohne Rücksicht auf Dispositionsschutzinteressen) den Bauaufsichtsbehörden gestattet, rechtswidrig erteilte Bauerlaubnisse zurückzunehmen⁸⁸⁾.

Man wird einwenden, das Problem werde bei der vorgeschlagenen und ja auch weithin praktizierten Lösung nur verschoben. Die Dispositionsschutzproblematik verlagere sich in die Frage, ob dem begünstigenden Verwaltungsakt ein Widerrufsvorbehalt beigefügt werden dürfe. Dieser Einwand ist durchaus erheblich. Der Gefahr, daß die Verwaltung sich daran gewöhnt, im Zweifel jedem begünstigenden Verwaltungsakt einen Widerrufsvorbehalt anzufügen oder ihn zu befristen und damit das Risiko der Anpassungskosten auf den Bürger zurückzuwälzen⁸⁹⁾, wird man entgegentreten müssen; und zwar durch strikte Handhabung des Grundsatzes, daß Nebenbestimmungen aus dem Sinn des anzuwendenden Gesetzes zu rechtfertigen sind⁹⁰⁾. Ärgerlich für den auf Bestimmtheit des Rechts bedachten Juristen bleibt freilich, daß bei der Prüfung, ob das jeweils der Fall ist, abwägende Überlegungen um das Problem Dispositionsschutzinteresse/Anpassungsbedürfnis unvermeidlich sind. Aber (und das scheint mir wichtig) solche Überlegungen werden angestellt, bevor und nicht erst nachdem die Begünstigung ins Werk gesetzt wurde.

b) Bei Rechtsnormen und Plänen läßt sich das eben dargestellte Verfahren nicht verwenden: Es ist in diesem Bereich nicht möglich, dem Begünstigten Bestandsschutz oder doch Entschädigung bei grundsätzlich jedem dispositionsschädigenden Kurswechsel zu gewähren; auch dann nicht, wenn der Normsetzer zur Technik des Einbauens von Widerrufsvorbehalten greifen würde. Hier zeigt sich, daß die Intensität des möglichen Dispositionsschutzes auch von dem Instrument abhängig ist, um dessen Umprogrammierung es geht⁹¹⁾. Ein einzelner, sich

Als ein Hinweis auf den möglichen Einwand des *venire contra factum proprium* ist wohl auch das Eintreten von v. Münch (JZ 1964, 124) und Kloepfer (DVBl. 1972, 372 mit Anm. 23) für eine (reduzierte) Berücksichtigung des Vertrauensschutzgedankens bei der Entscheidung über die Ausübung des vorbehaltenen Widerrufs zu verstehen.

⁸⁸⁾ So etwa § 77 I 1 HessBauO; § 99 I 1 BWLBO; Art. 96 I 1 Bay-BauO; § 105 I 2 HambBO.

⁸⁹⁾ Diese Gefahr wird zu Recht von Kloepfer, DVBl. 1972, 371 ff. herausgearbeitet.

⁹⁰⁾ Nicht aber durch einen Rückfall in das Operieren mit dem Vertrauensschutzprinzip. Vgl. dazu FN 87.

⁹¹⁾ Dazu im einzelnen unten bei und nach FN 137.

gegen Anpassung sträubender Fall bewirkt in der Regel nicht die Blockierung eines erforderlich erscheinenden Kurswechsels. Wenn jedoch alle von einer abstrakt-allgemein formulierten (mit entsprechender Breitenwirkung ausgestatteten) Norm begünstigten Bürger auf Bestandsschutz pochen könnten, so würde die Funktionsfähigkeit des Gesetzgebers in Frage gestellt. Daß sich aus der Breitenwirkung der abstrakt-allgemeinen Norm ähnliche Konsequenzen für (ich darf mal so sagen) die Rücknahme rechtswidriger begünstigender Gesetze ergeben, wird noch zu zeigen sein⁹²).

Das heißt nicht, daß Schutz gegenüber einer Kursänderung bei Normen oder Plänen überhaupt nicht gewährt werden könnte. Es heißt aber, daß z. B. die bürgerfreundliche Regelung, die wir eben für den korrekt gehandhabten Widerruf des rechtmäßigen begünstigenden Verwaltungsaktes beschrieben haben (im Zweifel Dispositionsschutz, Flexibilitätssicherung durch Widerrufsvorbehalt), hier nicht genügt.

Das BVerfG befaßt sich mit der Frage des Bestandsschutzes gegen Kurswechsel bei Normen unter dem Stichwort „unechte Rückwirkung von Gesetzen“⁹³). Dabei geht es nach den Ausführungen des Gerichtes um den Schutz gegenüber Eingriffen des Gesetzgebers in (bei Inkrafttreten des Gesetzes) „noch nicht abgewickelte“ Tatbestände. Daß damit die hier zu behandelnde Frage „Dispositionsschutz ./ Flexibilität“ angesprochen ist, scheint freilich nicht ganz selbstverständlich.

Die Formel von den bedingt schutzwürdigen „noch nicht abgewickelten Tatbeständen“ entspringt wohl letztlich der Vorstellung, der Eingriff in einen solchen Tatbestand (z. B. in einen noch nicht abgewickelten Vertrag) laufe wie bei der „echten“ (rückanknüpfenden) Rückwirkung⁹⁴) auf eine Neubewertung

⁹²) Unten nach FN 141.

⁹³) BVerfGE 11, 139 (146) = Prozeßrechtsverhältnis; 13, 274 (278) = Steuerrechtsverhältnis; 13, 279 (283) = Steuerrechtsverhältnis; 14, 288 (298) = Versicherungsverhältnis; 15, 313 (324) = nicht rechtskräftig erledigte Fälle; 22, 241 (249) = Altersgrenze; 25, 269 (290 f.) = Verjährungsfrist; 30, 250 (267 f.) = Absicherungsgesetz/Altverträge; 30, 392 (403) = Berlinpräferenz; 31, 222 (225 f.) = Abzahlungsgesetz/Altverträge; 32, 111 (122 f., Diss. *Rupp v. Brünneck* 130) = Österreichfälle; 33, 265 (293) = Erschließungsbeitrag. — Von den (zunehmend kritischen) Äußerungen in der jüngeren Literatur seien hier angeführt: *Kisker* (FN 4) 26 ff.; *Klein/Barbey* (FN 4), 27 f., 30 f., 34, 44 ff., 56 ff.; *Klussmann*, Zulässigkeit und Grenzen von nachträglichen Eingriffen in laufende Verträge, 1970, 135 ff. *Friauf*, BB 1972, 669 ff.; *Ossenbühl*, DÖV 1972, 29—32; *Grabitz*, DVBl. 1973, 676 ff.

⁹⁴) Dazu unten IV B 1, bei und nach FN 121.

vergangener Sachverhalte hinaus⁹⁵). Wäre das zutreffend, so gehörte das ganze Problem der „unechten Rückwirkung“ überhaupt nicht hierher. Es wäre vielmehr unter dem Stichwort „Dispositionsschutz ./.. richtiges Recht“⁹⁶) zu behandeln.

Diese Deutung von Eingriffen in „nicht abgewickelte Tatbestände“ als mildere Form von Rückanknüpfung („echter Rückwirkung“) ist jedoch kaum zutreffend und vermutlich auch nicht der Beweggrund, der das BVerfG veranlaßt hat, Schutz gegen „unechte Rückwirkung“ in Aussicht zu stellen. Hinter dieser Rechtsprechung steht vielmehr die uns hier beschäftigende Problematik des Ausgleichs zwischen Dispositionsschutzbedürfnis und Anpassungsbedürfnis. Das wird belegt durch die Bereitschaft des BVerfG⁹⁷), Dispositionsschutz gegenüber einem Kurswechsel des Gesetzgebers auch dann gemäß den für die Fälle „unechter Rückwirkung“ entwickelten Regeln zu gewähren, wenn der zu regelnde Sachverhalt nicht mehr mit seinem „Schwanzende“ in die Zeit vor Inkrafttreten des Gesetzes hineinragt; also in Fällen, in denen wir es ganz eindeutig mit „gegenwarts- und zukunftsorientierten“ Eingriffen in vorgefundene Rechtspositionen zu tun haben.

Wenn diese Analyse der Rechtsprechung des BVerfG zur „unechten Rückwirkung von Gesetzen“ zutreffen sollte, so ist die unvermeidliche Konsequenz der Vorschlag, diesen Begriff endlich aufzugeben⁹⁸) und sich klar auf den Boden der Fragestellung „status quo ./.. Anpassungsinteresse“ zu stellen.

⁹⁵) Ich behaupte nicht, daß dies die Auffassung des BVerfG wäre. — Die oben formulierte These liegt jedoch nah, wenn man in Rechnung stellt, daß eine letztlich auf *Savigny* zurückgehende Lehre der Meinung ist, bestimmte Rechtsverhältnisse seien derart stark vom Entstehungstatbestand her bestimmt, daß der Eingriff in das bestehende Rechtsverhältnis (etwa in einen „Altvertrag“, BVerfGE 30, 250 [267 f.] und 31, 222 [225 f.]) einer Neubewertung jenes Sachverhaltes gleichkomme, der das Rechtsverhältnis in der Vergangenheit entstehen ließ. So etwa *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 1959, 352 (359 f.).

⁹⁶) Unten IV B 1 bei und nach FN 121.

⁹⁷) So etwa in der Berlinpräferenzentscheidung (BVerfGE 300, 392 [403]). Dort wird zunächst dargelegt (402 f.), daß die Aufhebung von zugesagten Umsatzsteuerbegünstigungen dann nicht einmal als „unechte“ Rückwirkung eingestuft werden könne, wenn nur künftige Lieferungen erfaßt würden. Dann heißt es aber (404): „Das Vertrauen auf den Bestand der durch . . . [die Zusage] geschaffenen Rechtslage genießt grundsätzlich keinen geringeren Schutz als den, der nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur unechten Rückwirkung von Gesetzen besteht“.

⁹⁸) Damit schließe ich mich keineswegs der z. B. von *Grabitz* (DVBl. 1973, 678 f.) vertretenen These an, „echte“ und „unechte“ Rückwirkung unterschieden sich nicht oder doch nur in quantita-

Wie der damit aufgezeigte Konflikt zu entscheiden ist, wann also ein das Dispositionsschutzinteresse verdrängendes Anpassungsinteresse vorliegt, läßt sich kaum abstrakt sagen. In der Regel wird der Verfassungsrechtler die neue *Zielsetzung*⁹⁹⁾, den neuen Kurs des Gesetzgebers zu akzeptieren haben. Seine Aufgabe ist es dann jedoch, zu ermitteln, ob der Eingriff in die aus den oben genannten Gründen rechtlich etwa anzuerkennenden Dispositionsschutzinteressen des Bürgers erforderlich war¹⁰⁰⁾, um das anvisierte Ziel zu erreichen, und ob dem Bürger die Beeinträchtigung seiner Dispositionsschutzinteressen zugemutet werden kann. Von der politischen Gemeinschaft fordert das Verfassungsrecht, daß sie eine gewisse Behinderung des neuen Kurses durch Relikte aus der Zeit des alten Kurses erträgt. Dies insbesondere dann, wenn die stärkeren Formen von Dispositionsschutzgarantie (etwa bei Dispositionen aufgrund gesetzlicher Zusage oder aufgrund von Veranlassung)¹⁰¹⁾ im Spiel sind.

Ich gebe zu, daß die Aufgabe, solche Ansätze in griffige Formeln umzudeuten, ein noch recht mühseliges Geschäft sein dürfte. Tröstlich ist, daß wir keineswegs darauf angewiesen sind, das Normdefizit allein aus der Leere der Generalklauseln heraus aufzufüllen, wie das manchem scheinen mag. Anhaltspunkte in Fülle bieten die unzähligen gesetzlichen Übergangsvorschriften, die sich in der Regel durchaus redlich darum bemühen, einen Ausgleich zwischen Dispositionsschutzinteresse und Anpassungsbedürfnis zu finden. Was fehlt, ist der Versuch, dieses umfangreiche Material zu sichten, systematisch zu ordnen und dann mit Hilfe des Leitstrahls der Verfassung auf Dispositionsschutzregeln von Verfassungsrang abzutasten.

Eben war von den verfassungsrechtlichen Generalklauseln die Rede, die bei der Auswertung des vorhandenen Materials behilflich sein müssen. Daß insoweit Ausgangspunkte Art. 2 I

tiver Hinsicht. Das ist jedenfalls dann nicht zutreffend, wenn man als das für „echte“ Rückwirkung entscheidende Moment das Moment der „Rückanknüpfung“ heraushebt. Vgl. dazu unten bei und nach FN 121. — Mir geht es darum nachzuweisen, daß die relevante Zäsur nicht zwischen „echter“ und „unechter“ Rückwirkung, sondern zwischen „rückanknüpfenden“ und „nicht rückanknüpfenden“ Eingriffen in bestehende Dispositionsschutzinteressen liegt. Dabei sind die Fälle unechter Rückwirkung zumeist der Gruppe der „nicht rückanknüpfenden“ Eingriffe zuzurechnen.

⁹⁹⁾ Vgl. BVerfGE 30, 292 (317) = Bevorratungspflicht.

¹⁰⁰⁾ Das wird etwa (im Rahmen einer Prüfung am Maßstab des Art. 12 I GG) zu Recht verneint in BVerfGE 32, 1 (36 f.) = Apothekeranwärter.

¹⁰¹⁾ Vgl. oben bei und nach FN 51.

GG (bzw. dessen Konkretisierung in den Grundrechten) und die Sozialstaatsklausel des Art. 20 I GG sein müssen, wurde oben¹⁰²⁾ schon gesagt.

Es stellt sich freilich die Frage, ob das GG uns keine konkretere Hilfe bietet. Zu denken ist in erster Linie an Art. 14 GG. *Walter Schmidt* hat den sehr interessanten Versuch unternommen, das ganze Vertrauensschutzprinzip (Dispositionsschutzprinzip) in diesem Art. des GG aufzufangen¹⁰³⁾. Für ihn ist Vertrauensschutz = Vermögensschutz¹⁰⁴⁾. Was unsere Verfassung zum Problem des Vermögensschutzes zu sagen hat, das stehe, so meint er, in Art. 14 GG. Die Versuche, mit Hilfe der Erfindung des Instituts Vertrauensschutz den status quo zusätzlich abzusichern, deutet er als „spätbürgerliche“ Rechtser-schleichung¹⁰⁵⁾.

Gegen diese Auffassung kann man nach allem, was hier gesagt wurde, nicht mehr ins Feld führen, Dispositionsschutz und Eigentumsschutz hätten nichts miteinander zu tun; Dispositionsschutzregeln stellten den Gedanken des Ins-Werk-Setzens legitimer Erwartungen (gleichsam das „Wie“ des Positionserwerbs) in den Vordergrund; Art. 14 GG wolle hingegen Vermögenspositionen als solche schützen¹⁰⁶⁾. Was heißt das schon: „Als solche“. So kann man nur argumentieren, wenn man sich den Eigentumsbegriff des Art. 14 GG vom Privatrecht vorgeben läßt¹⁰⁷⁾ und die Frage nach seiner Funktion im System der Freiheitsrechte nicht bedenkt. Vermeidet man diesen Fehler, versteht man die Eigentumsgarantie von Art. 2 I GG her, so kommt man unvermeidlich zur Deutung des Art. 14 III GG als einer die Früchte planvollen freien Handelns¹⁰⁸⁾ sichernden

¹⁰²⁾ Bei und nach FN 46.

¹⁰³⁾ JuS 1973, 529 (530 ff.).

¹⁰⁴⁾ Ebend. 533: „Die Frage eines 'Vertrauensschutzes' gegen Eingriffe in 'wohlerworbene' Rechtspositionen beschränkt sich somit auf Fälle eines Vermögensschadens, mithin auf den Schutzbereich des Art. 14 GG.“

¹⁰⁵⁾ Vor allem S. 535 ff.

¹⁰⁶⁾ So etwa *Oldiges* (FN 4), 179 ff. (183).

¹⁰⁷⁾ Gerade dagegen wehrt sich *Oldiges* (vgl. FN 106) freilich mit Entschiedenheit.

¹⁰⁸⁾ Diese Deutung des Funktionssinnes von Eigentum gilt m. E. auch noch unter den Bedingungen der Wirtschafts- und Vermögensordnung des Jahres 1973. Einer solchen Deutung steht insbesondere nicht entgegen, daß manches planvolle Nutzen vorgefundener Erwerbsspielräume rechtspolitisch als nicht schutzwürdig erscheint. Man denke etwa an Bodenspekulation und das daraus entstehende Eigentum des Spekulanten. In solchen Fällen ist es Aufgabe des Gesetzgebers die Erwerbsspielräume für die Zukunft so zu korrigieren wie das dem Funktionssinn von Eigentum als „gefro-

Dispositionsschutzvorschrift¹⁰⁹). Das BVerfG¹¹⁰) hat dies in seiner Rechtsprechung zum Eigentumscharakter subjektiver öffentlicher Rechte getan, wenn es dort darauf abstellt, ob der Bürger sich mit Kapital oder Arbeit engagiert hat. Der BGH¹¹¹) stellt bei der Beantwortung der Frage, ob eine bestimmte Chance zum eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gehört, darauf ab, ob der Betroffene auf die Fortdauer dieser Chance (etwa der Chance, Blinkleuchten zu verkaufen)¹¹²) habe vertrauen dürfen. Beides, wie mir scheint, zu Recht. Ich würde allerdings im letzteren Fall die fatale Formel vom „vertrauen dürfen“ vermeiden und statt dessen fragen, ob und mit welcher Intensität die Rechtsordnung dem Betroffenen den Fortbestand der Chance garantiert habe. Dies dann freilich mit der rechtsdogmatisch banalen Folge, daß der Garantieempfänger auf die Einhaltung des gegebenen Versprechens nun auch vertrauen darf.

Trotzdem kann ich *Schmidt* in seinen Konsequenzen nur begrenzt folgen. Dies vor allem deswegen, weil es mir unrichtig zu sein scheint, das Problem des Dispositionsschutzes einseitig aus der Sicht des Vermögensschutzes zu sehen. Weder kann man in einer zunehmend außengesteuerten sozialen Umwelt für Geld alles kaufen, noch ist Geld auch nur in der Regel ein hinreichender Ersatz für zerschlagene Dispositionen. Wir verfehlen häufig das eigentliche essentielle einer schutzwürdig erscheinenden Position, wenn wir an ihr nur beachten, was sie für einen Geldwert hat¹¹³): Für den Studenten, der unerwartet

rener Freiheit“ entspricht. Die institutionelle Garantie des Art. 14 I GG scheint mir derartiges nicht nur zuzulassen, sondern geradezu zu fordern. — Was das anonyme Großkapital betrifft, so sollte man dessen Gleichstellung mit dem Eigentum des einzelnen Bürgers doch noch einmal unter dem Gesichtspunkt des Art. 19 III GG prüfen. — Schließlich gibt die Sozialbindung des Eigentums für notwendige Eingriffe mehr her als bislang erprobt. — Wenn die danach durchaus vorhandenen Möglichkeiten der Institutspflege nicht hinreichend genutzt werden, so spricht das nicht gegen das Institut „Eigentum“ und dessen oben diskutierten Funktionssinn. Es spricht vielmehr gegen diejenigen, die berufen sind „Eigentum“ als einen sinnvollen Baustein freier demokratischer Ordnung zu erhalten und auszugestalten.

¹⁰⁹) Vgl. dazu auch *Kisker* (FN 4), 30 ff. (34) und *W. Schmidt*, JuS 1973, 535 f. mit Anm. 57.

¹¹⁰) Vgl. dazu die Übersicht bei *H. J. Wolff* (FN 29) § 62 III, S. 467.

¹¹¹) Vgl. oben FN 28.

¹¹²) BGH NJW 1968, 293 f.

¹¹³) Bei *W. Schmidt* (JuS 1973, 533) wird nicht recht klar, warum er so herausstreicht, daß „die Fälle ausschließlich immaterieller Nachteile eher selten sein . . . [werden]“. Das ist gewiß richtig, führt

vor einer neuen Prüfungsordnung steht¹¹⁴), für den Dentisten, dem die Verdrängung aus seinem Beruf¹¹⁵) wegen angeblich unzureichender Ausbildung droht¹¹⁶), für den Hochschullehrer, der sich (entgegen dem Gesetz, nach dem er angetreten ist) zunehmend in die Rolle eines Produzenten von akademischem Menschenmaterial versetzt findet; für sie alle mag es auch um Geld gehen, aber weder nur, noch hauptsächlich um Geld. Dispositionsschutz ist also allenfalls partiell Vermögensschutz.

Schmidts These bleibt freilich immer noch überall dort wichtig, wo es wirklich (nur oder doch auch) um Vermögensschutz geht. „Unechte Rückwirkung von Gesetzen“ wäre also insoweit in der Tat Legalenteignung, „Rücknahme rechtmäßiger begünstigender Verwaltungsakte“ wäre Administrativenteignung, wenn sie (nach dem oben Gesagten) schutzwürdige Dispositionen zerschlägt.

Ich halte diese These für richtig, weil sie das Dispositionsschutzproblem von den Grundrechten her angeht und nicht allein vom Rechtsstaatsprinzip her¹¹⁷). Es entspricht auch der Konzeption des GG, daß wir die Problematik des Dispositionsschutzes den jeweils betroffenen Einzelgrundrechten (darunter auch dem Art. 14 GG) zuordnen¹¹⁸). Warnen möchte ich allerdings vor der Illusion, daß sich damit das Problem des Dispositionsschutzes als ein in sich einheitlicher, sinnvoller Gegenstand der Rechtswissenschaft aufgelöst hätte. Es bleibt als eine für alle Grundrechte in ähnlicher Gestalt auftauchende Frage bestehen. Das lästige Geschäft des Ermitteln, ob eine Bestandsgarantie gegeben war, welche Intensität ihr zukommt, und ob sie etwa gegenüber einem stärkeren Veränderungsbedürfnis weichen muß, stellt sich nach wie vor. So ist es z. B. für die Entscheidung darüber, ob und inwieweit der berufliche status quo einer Person geändert werden darf, erheblich, ob dieser Person (Personengruppe) Zusicherungen oder doch Hoff-

aber doch nur dazu, daß der Eingriff sehr häufig *auch*, aber keineswegs ausschließlich an Art. 14 GG gemessen werden muß.

¹¹⁴) Vgl. oben FN 7.

¹¹⁵) Durch Verlust der Zulassung als Kassenarzt.

¹¹⁶) Vgl. BVerfGE 25, 236 sowie oben FN 66.

¹¹⁷) Vgl. oben bei FN 46.

¹¹⁸) Mit der häufig (etwa bei Art. 14 GG) zu ziehenden Konsequenz, daß, soweit es um das grundrechtlich geschützte Rechtsgut geht, für den Rückgriff auf das Vertrauensschutzprinzip kein Raum bleibt. Freilich führt dies, wie oben betont (FN 28) nicht zur Eliminierung der Vertrauensschutzproblematik, sondern nur dazu, daß sich diese Problematik nunmehr im Rahmen der Grundrechtsprüfung stellt.

nungen hinsichtlich der Erhaltung des status quo gemacht worden sind. Wenn sich solche Überlegungen, wie etwa in der Apothekeranwärter-Entscheidung des BVerfG¹¹⁹⁾ in der Frage verstecken, ob überhaupt eine „Berufstätigkeit“ (und nicht nur ein Abschnitt der Berufsausbildung) vorliegt, so ändert dieser Etikettenwechsel nichts an der Art des Problems. Auch bei Art. 14 III GG tritt ja, wie gezeigt¹²⁰⁾, das Dispositionsschutzproblem im Gewand der Frage auf, ob überhaupt in „Eigentum“ eingegriffen wurde. Es scheint mir danach nicht sinnvoll, das seiner Struktur nach einheitliche Problem des Dispositionsschutzes voreilig zu zerhacken. Sinnvolle Lösungen, etwa Lösungen für das Problem der Übergangsregeln, lassen sich nur von einem die einzelnen Grundrechte übergreifendem Ansatz her finden. Freilich müssen die so gewonnenen Ergebnisse dann unter den einzelnen betroffenen Grundrechten „verbucht“ und deren Besonderheiten angepaßt werden.

B. Dispositionsschutz /. richtiges Recht

Wir haben oben das Problem des Dispositionsschutzes aufgliedert nach den unterschiedlichen Argumenten, die *gegen* dessen Respektierung ins Feld geführt werden. Bislang ging es um die Gewährung von Dispositionsschutz gegenüber einer auf Anpassung drängenden Gegenwart und Zukunft; um das Gegensatzpaar status quo hier, anpassende Umgestaltung dort. Davon sind jene Fälle zu unterscheiden, in denen hinter dem Willen zur Kursänderung nicht die Absicht der Anpassung, sondern die Absicht der Wiederherstellung der Herrschaft des „richtigen“ Rechts steht.

1. Daß diese Absicht und deren rechtliche Würdigung dem Dispositionsschutzproblem: „Rücknahme fehlerhafter Staatsakte“ seine spezifische Relevanz gibt, ist jedermann klar. Daß sie jedoch auch die eigentümliche Problematik der sogenannten „echten“ (rückanknüpfenden) Rückwirkung ausmacht, wurde bislang nicht hinreichend erkannt. Deshalb dazu ein paar Hinweise¹²¹⁾.

Das, was uns „echte Rückwirkung“ (Rückanknüpfung) als besonders fragwürdig erscheinen läßt, ist nicht die Tatsache der Beeinträchtigung von Dispositionsschutzinteressen (die haben wir bei nicht rückanknüpfenden Eingriffen in „wohlerworbene

¹¹⁹⁾ BVerfGE 32, 1 (27 f.); siehe auch oben FN 66.

¹²⁰⁾ In und bei FN 28 und 111.

¹²¹⁾ Da ich meine Auffassung zu diesem Thema schon früher zur Diskussion gestellt habe (Kisker, FN 4, S. 3 f., 12 ff.), möchte ich mich kurz fassen.

Rechte“ auch), sondern der hinter solchen Eingriffen stehende rückwärts gerichtete Wille zur rechtlichen Umwertung vergangener Sachverhalte¹²²⁾.

Dies läßt sich an Beispielen verdeutlichen: Die Zerschlagung eines Vertrages (und der damit verknüpften Dispositionen) mit Rücksicht auf zukunftsorientierte wirtschaftspolitische Erfordernisse¹²³⁾ sind wir allenfalls bereit hinzunehmen¹²⁴⁾. Das gleiche dispositionsschädigende Ergebnis, wenn bewirkt durch Rückanknüpfung neuer Formvorschriften an vergangene Vertragsabschlüsse, werden wir jedoch kaum akzeptieren: Ein Eingreifen in bestehende Dispositionsschutzinteressen nur in der Absicht¹²⁵⁾, der Vergangenheit (mit den Maßstäben von heute) „gerecht“ zu werden, widerspricht dem Aufeinander-Bezogen-Sein von Zeit und Recht¹²⁶⁾. Wir haben es bei „echter Rückwir-

¹²²⁾ Kisker (FN 4), 12 ff. — „Die erneute rechtliche Bewertung schon endgültig bewerteter Sachverhalte“ sehen auch Klein/Barbey (FN 4) 39 ff. als „spezifisches Merkmal der [rückanknüpfenden] Rückwirkung“ an.

¹²³⁾ Man denke etwa an einen wirtschaftspolitisch oder währungspolitisch motivierten Eingriff in „Altkontrakte“ wie in BVerfGE 30, 250 (267 f.) = Absicherungsgesetz und 31, 222 (225 f.) = Abzahlungsgesetz.

¹²⁴⁾ Weil hinter dem Eingriff hier das überzeugende Gebot steht, sich an veränderte Umstände anzupassen. — Dieser Gedanke klingt in BVerfGE 30, 250 (268) = Absicherungsgesetz an. Dort heißt es: „nicht abgeschlossene, in der Entwicklung befindliche Sachverhalte“ seien anders als abgeschlossene Sachverhalte „noch einem Risiko ausgesetzt“. Wenn damit das Risiko aller bestehenden Rechtsverhältnisse gemeint sein sollte, der gegenwarts- und zukunftsorientierten, anpassenden Veränderung zum Opfer zu fallen, so würde das mit der hier vertretenen Auffassung übereinstimmen. Es handelt sich dann gleichsam um das Risiko des Lebendigen, mit anderem Lebendigen zu kollidieren. Sollte das BVerfG dies wirklich meinen, so wäre es gut, wenn es dies auch einmal deutlich aussprechen würde. Im Streit um den Rückwirkungsbegriff wären wir dadurch einen Schritt weitergekommen. Freilich sollte auch klargestellt werden, daß das oben erwähnte Risiko alle bestehenden Rechtsverhältnisse, nicht nur jene betrifft, die das BVerfG als „in der Entwicklung begriffen“ anspricht.

¹²⁵⁾ Das ist, wie auch das BVerfG sieht (vgl. BVerfGE 33, 265 [293]), nicht schon überall dort der Fall, wo der Gesetzgeber technisch an vergangene Sachverhalte anknüpft; und umgekehrt gibt es auch Fälle der hinter technischen Kunstgriffen verborgenen Rückanknüpfung. Ob hinter der gewählten Gesetzgebungstechnik wirklich die Absicht zur Neubewertung des Vergangenen steckt, muß aus dem Sinn der beanstandeten Regelung vermittelt werden. Vgl. dazu Kisker (FN 4) S. 20 f. Wer das für unmöglich oder sinnlos hält, muß konsequenterweise die Brauchbarkeit der Figur „echte (rückanknüpfende) Rückwirkung“ bestreiten. Vgl. dazu auch FN 127.

¹²⁶⁾ Vgl. dazu Kisker (FN 4) 15 f. — Klein/Barbey (FN 4) 65 ff. (67) gehen bei ihrer Argumentation gegen rückanknüpfende Gesetze

kung“ also gleichsam mit einem *pervvertierten Fall* des Ausspielens von „richtigem Recht“ gegen Dispositionsschutzinteressen zu tun.

Wenn das zutreffen sollte¹²⁷⁾, so tut das BVerfG gut daran, seine besonders kritische Beurteilung „echter“, rückanknüpfender¹²⁸⁾ Rückwirkung durchzuhalten. Es wäre freilich zu wünschen, daß es sich dazu entschließen könnte, die Gründe für diese Auffassung deutlich beim Namen zu nennen. Dies kann nicht, wie bislang häufig, in der Weise geschehen, daß man erklärt, jedermann dürfe darauf vertrauen, daß sein vergangenes Verhalten nicht umgewertet werde¹²⁹⁾. Sätze dieser Art sind Kostbarkeiten aus dem Zirkelkasten der Vertrauensschutzakrobatik. Die Frage ist ja gerade die, ob (und weshalb) unsere Rechtsordnung solche Umwertung grundsätzlich für unstatthaft hält. Wird diese Frage bejaht, so kann man in einer rechtsstaatlichen Ordnung selbstverständlich darauf vertrauen, daß der Gesetzgeber das Rückwirkungsverbot beachten wird. Das Vertrauensschutzprinzip benötigen wir zur Begründung einer solchen Forderung nach Gehorsam vor dem geltenden Recht nicht.

Ich habe diesen hier kaum befriedigend auszutragenden Streit angesprochen, um deutlich zu machen, daß sich die Va-

von einem „Grundsatz der Unverbrüchlichkeit des Gesetzes“ aus. Dahinter steckt wohl (vgl. ebend. S. 79) die Sorge um Rechtsbewußtsein und Staatsautorität. Zu dieser Frage auch meine Rezension der Schrift von *Klein/Barbey*, DÖV 1967, 178.

¹²⁷⁾ Wer sich dieser oder der von *Klein/Barbey* (vgl. FN 126) vortragenen Ansicht nicht glaubt anschließen zu können, ist nur konsequent, wenn er nicht nur die Unterscheidung zwischen „echter“ und „unechter“ Rückwirkung, sondern auch die Unterscheidung zwischen „rückanknüpfender“ und „nicht rückanknüpfender“ Rückwirkung für irrelevant erklärt. So der Tendenz nach wohl: *Grabitz*, DVBl. 1973, 677 f.; *W. Schmidt*, JuS 1973, 530 in und bei Anm. 17. — Ich halte das hinsichtlich der zweiten Unterscheidung für falsch, jedoch zugleich für wesentlich konsequenter als den Versuch, die Relevanz der erörterten Unterscheidungen mit der angeblich unterschiedlichen Intensität der Beeinträchtigung von investiertem Vertrauen zu rechtfertigen.

¹²⁸⁾ „Echt“ rückwirkende Gesetze sind fast stets auch „rückanknüpfende“ Gesetze. Zur besonders kritischen Würdigung „echt“ rückwirkender Gesetze durch das BVerfG vgl. BVerfGE 30, 250 (268) = Absicherungsgesetz sowie *Grabitz*, DVBl. 1973, 677 mit weiteren Hinweisen.

¹²⁹⁾ Vgl. etwa BVerfGE 25, 269 (290) = Verjährungsfrist sowie 31, 222 (225) = Abzahlungsgesetz. — Zu dem Versuch, die geringere Schutzwürdigkeit des noch nicht abgeschlossenen Sachverhalts aus den Risiken zu erklären, denen dieser Sachverhalt noch ausgesetzt ist (BVerfGE 30, 250 [268] = Absicherungsgesetz), vgl. FN 124.

riationen zum Thema Dispositionsschutz zum großen Teil nicht aus der Bedeutung des zu schützenden Rechtsgutes, sondern aus dem Gewicht der für den Eingriff in dieses Rechtsgut vorgebrachten Argumente ergeben. Die Problematik des rechtswidrigen begünstigenden Verwaltungsaktes ist, das wollte ich zeigen, nicht das einzige Beispiel dafür.

2. Sie ist freilich das uns am stärksten bewußte Beispiel. Auch hier steht Dispositionsschutzinteresse gegen richtiges Recht. Freilich geht es nun nicht um den anmaßenden Versuch, die vergangene Rechtsordnung unseren Ordnungsvorstellungen nachträglich anzupassen, sondern darum, die Autorität des geltenden Rechts zu sichern. Diese Forderung nach „richtigem Recht“ läßt sich sehr wohl gegen Dispositionsschutzinteressen ins Feld führen. Sie hat freilich, verglichen mit der Forderung nach Anpassung an veränderte Bedürfnisse und verglichen auch mit dem ihr früher zuerkannten Rang¹³⁰⁾, in den vergangenen Jahren erheblich an Gewicht verloren. Ich sehe meine Aufgabe nicht darin, das ganze immer wieder präsentierte Für und Wider hier noch einmal auszubreiten¹³¹⁾. Neue Gesichtspunkte, die geeignet wären, Proselythen zu machen, sind (meine ich) nicht in Sicht. Bemerkenswert bleibt aus rechtssoziologischer Sicht, daß (ausweislich nicht nur der Rechtsprechung zur Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte) die Bereitschaft, der Autorität des Rechts Opfer zu bringen, ständig nachläßt. Vielleicht wirkt sich hier aus, daß neue, rechtlich schwer greifbare Techniken der Ordnung und Steuerung gesellschaftlicher Prozesse zunehmend an Bedeutung gewinnen¹³²⁾.

Ein Wort nur noch zu den Versuchen, den Gegensatz zwischen der Forderung nach „Durchsetzung des richtigen Rechts“ und der Forderung nach „Gewährung von Dispositionsschutz“

¹³⁰⁾ Vgl. dazu *Becker/Luhmann*, Verwaltungsfehler und Vertrauensschutz, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 16, 1963, S. 18—20 mit Anm. 7.

¹³¹⁾ Vgl. die Übersicht über die einschlägige Literatur und Rechtsprechung bei *Becker*, DÖV 1973, 379 ff. und *Grabitz*, DVBl. 1973, 675 (679 f.).

¹³²⁾ Die Steuerung mit Hilfe einer Norm, die dem Bürger sagt, was er tun soll oder darf, verliert an Bedeutung gegenüber Steuerungstechniken, die denselben Effekt dadurch bewirken, daß sie den Bürger in eine Situation hineinstellen, in der er aus eigenem Interesse, „freiwillig“ so agiert wie gewünscht. Man denke etwa an Techniken der Globalsteuerung, aber auch an Steuerung durch Dosierung von Gruppeneinfluß im Rahmen von Mitbestimmungsmodellen. Zum letzteren *Kisker*, DÖV 1972, 520 (524).

durch Geld, sprich Entschädigung, aus der Welt zu schaffen. Das ist wohl nur scheinbar das „Ei des Kolumbus“. Dieses Verfahren ist dort ohne erhebliche Konsequenzen, wo es um rechtswidrige Geldleistungen geht. § 44 II EVwVerfG hat daraus die richtige Folgerung gezogen, in solchen Fällen (bei Nachweisbarkeit von ins Werk gesetztem Vertrauen) die Rücknahme des rechtswidrigen Verwaltungsaktes doch gar nicht erst zuzulassen. — Die Lösung über Entschädigung ist andererseits dort problematisch, wo (wie etwa in der Entscheidung des I. Senats des BVerwG vom 14. 12. 1972¹³³) zur Rücknahme einer rechtswidrigen Einbürgerung) Entscheidungen auf dem Spiel stehen, deren Bedeutung für die Betroffenen nicht in Geld ausgedrückt werden kann. Hier kommen wir um die ständig erneute Auseinandersetzung mit der Frage Dispositionsschutz oder richtiges Recht nicht herum. Die Methode: Dispositionsschutz und richtiges Recht versagt insoweit.

Damit will ich den Versuchen, das Problem durch Entschädigung zu entschärfen, keineswegs entgegenzutreten, man sollte nur die davon ausgehende Entlastungswirkung nicht überschätzen. Im übrigen meine ich, daß wir, um diese Entlastungswirkung herbeizuführen, auf die Mitwirkung des Gesetzgebers nicht werden verzichten können. Der Vorschlag von Lenz¹³⁴), den § 122 BGB analog anzuwenden, sprengt (obwohl im Gewand strikter Rechtsanalogie präsentiert) die Befugnis zur richterlichen Rechtsfortbildung. — Wer die *rechtmäßige Rücknahme* eines rechtswidrigen begünstigenden Verwaltungsaktes bei Beeinträchtigung schutzwürdiger Vermögensdispositionen als entschädigungspflichtige Enteignung einstuft, kommt der Junktim-Klausel wegen zur Rechtswidrigkeit der Rücknahme, nicht aber zu einer Entschädigung. Einen Ausweg scheint die Idee von Walter Schmidt¹³⁵) zu bieten, nicht bei der Rücknahme, sondern beim *Erlaß des rechtswidrigen begünstigenden Verwaltungsaktes* anzusetzen. Schmidt wertet diesen Erlaß als rechtswidrigen enteignungsgleichen Eingriff, weil er den Begünstigten auf „trügerischen Sand“ stelle. Die Rücknahme des ins Werk gesetzten rechtswidrigen Verwaltungsaktes wäre dann nur Aktualisierung des Schadens, der „seit Erlaß des rechtswidrigen Verwaltungsaktes in der Vermögenssituation des Begünstigten angelegt ist“. So kämen wir elegant um die

¹³³) DÖV 1973, 417.

¹³⁴) (FN 21) S. 47.

¹³⁵) JuS 1973, 529 (534).

Junktim-Klausel herum¹³⁶⁾ zum Entschädigungsprinzip des Art. 14 III GG. Eine praktikable Lösung de lege lata, wenn die Beweisführung stimmt. Da möchte ich aber doch Zweifel anmelden: Das Zufügen eines latenden Vermögensschadens durch Absetzen des Begünstigten auf „trügerischem Sand“ läßt sich, meine ich, nicht mehr als „Eingriff“ in Eigentum werten.

V. Eigentümlichkeiten des Dispositionsschutzes, die sich aus der Art der abzuändernden Regeln bzw. aus der Art der regelsetzenden Organe ergeben.

Literatur und Rechtsprechung machen die Gewährung oder Verweigerung bzw. die Intensität etwa gewährten Dispositionsschutzes im Ergebnis weitgehend davon abhängig, welche Art von Organen auf Seiten der öffentlichen Gewalt beteiligt sind (gesetzgebende, rechtsprechende, verwaltende) und welche Instrumente (z. B. Rechtsnormen, Verwaltungsakte oder Pläne) zur Änderung anstehen¹³⁷⁾. Was solche unterschiedliche Behandlung rechtfertigt, wird häufig nicht einmal gefragt.

A. Am einleuchtendsten ist die Sonderstellung der rechtsprechenden Gewalt. Hier ist unbestritten, daß ihren Entscheidungen aufgrund des sorgfältig abgesicherten Verfahrens ein besonders intensiver Bestandsschutz (Rechtskraft) zugesprochen werden darf. Umstritten ist jedoch die Gewährung von Dispositionsschutz gegenüber einem überraschenden Kurswechsel der ständigen Rechtsprechung¹³⁸⁾. Auch hier ist man sich jedoch jedenfalls darüber einig, *weswegen* es so problematisch ist, Verfahren, die sich hinsichtlich der Gewährung von Dispositionsschutz gegenüber anderen Gewalten bewährt haben, für die Lösung entsprechender Probleme im Bereich der Rechtsprechung zu übernehmen: Rechtsprechung tritt einmal in der Regel nicht mit dem Anspruch der gesetzesähnlichen Verbindlichkeit auf. Wichtiger noch scheint mir: Ein allzu großzügiges Erfüllen von Forderungen nach vermehrtem Dispositionsschutz gegenüber Kursänderungen der Rechtsprechung würde die Funktionsfähigkeit der Klinik des Rechts in Frage stellen. Ein sol-

¹³⁶⁾ Weil Rechtsprechung und Lehre bei den rechtswidrigen enteignungsgleichen Eingriffen auf die Ermächtigung durch ein „Gesetz, das Art und Ausmaß der Entschädigung“ i. S. des Art. 14 III 1 GG regelt, glauben verzichten zu dürfen.

¹³⁷⁾ Das Thema wird in der Literatur auch dementsprechend jeweils gesondert für die einzelnen Gewalten behandelt. Vgl. etwa die Ausführungen bei *Ossenbühl*, DÖV 1972, 25 ff. und *Grabitz*, DVBl. 1973, 675 ff.

¹³⁸⁾ Ausführliche Hinweise auf Literatur und Rechtsprechung bei *Ossenbühl*, DÖV 1972, 25 (33) mit Anm. 53—64.

ches Nachgeben würde nämlich den wichtigsten Antrieb dieses Systems, das Interesse des Klägers an einer seinem Antrag entsprechenden Entscheidung ausschalten. Wer (von ein paar nicht am Einzelfall, sondern an der generellen Kursänderung interessierten Verbänden abgesehen) würde als Kläger gegen eine ständige Rechtsprechung angehen wollen, wenn von vornherein feststünde, daß seine Klage auch bei Kursänderung deshalb abgewiesen werden wird, weil für die Kursänderung das Rückwirkungsverbot gilt¹³⁹). Die offenkundigen und jedenfalls im Prinzip anerkannten Eigentümlichkeiten des Problems „Dispositionsschutz gegenüber den Organen der Rechtsprechung“ erlaubt uns, diesen Fragenkreis ganz beiseite zu lassen.

B. 1. Weniger klar ist, ob Dispositionsschutz gegenüber der Verwaltung einerseits und gegenüber der Gesetzgebung andererseits unterschiedlich zu handhaben ist. Die Tatsache, daß das GG das Parlament (entsprechend der Verfassungskonzeption der konstitutionellen Monarchie) als den berufenen Wahrer der Freiheitsrechte des Bürgers wertet, spricht dafür. Daraus ist die Konsequenz zu ziehen, daß jede Kursänderung der Verwaltung in der Form der Rücknahme eines rechtmäßigen oder rechtswidrigen begünstigenden Verwaltungsaktes als Eingriff (zumindest in die allgemeine Handlungsfreiheit) einer *gesetzlichen* Ermächtigung bedarf. Daß wir uns in der Praxis mit von den *Verwaltungsgerichten* herausgearbeiteten allgemeinen Regeln¹⁴⁰) begnügen, ist nicht unproblematisch¹⁴¹).

2. Eine weitere auf die Verschiedenartigkeit der handelnden Organe abstellende Rechtstatsache scheint zu sein, daß die Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte anders gehandhabt wird als die (wenn ich einmal so sagen darf) Rücknahme rechtswidriger begünstigender Gesetze (§ 79 II BVerfGG). Man glaubt zunächst, daß auch hier Eigentümlichkeiten der Organfunktion der beteiligten Staatsorgane durch-

¹³⁹) Abhilfe ließe sich insoweit möglicherweise durch eine besondere Behandlung der „Anlaßfälle“ schaffen. Vgl. dazu: *Kisker*, (FN 4) 124; *Knittel*, Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung, 1965, 47 ff.; *Grunsky*, Grenzen der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung, 1970; *Pestalozza*, AöR 96 (1971), 27 (73 ff.).

¹⁴⁰) Etwa den vom BVerwG erarbeiteten Regeln über die Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte.

¹⁴¹) Es wird aber von Rechtsprechung und Lehre auch anderen Orts akzeptiert. Vgl. etwa zu § 14 PrPVG und seinen Nachfolgevorschriften: einerseits *H. H. Rupp*, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965, S. 202 mit Anmerkung 328; andererseits *H. J. Wolff*, Verwaltungsrecht III, 3. Aufl. 1973, § 125 I c 1.

schlagen. Eine Überprüfung bestätigt diese Vermutung freilich nicht.

Die noch genauer zu beschreibende relativ starre Dispositionsschutztechnik im Bereich der Gesetzgebung ist nicht für das Organ (Parlament), sondern für das von diesem vorwiegend verwendete *Instrument*, die abstrakt-allgemeine Norm eigentümlich. Sie gilt deshalb auch für die Verwaltung, soweit diese sich des Instrumentes abstrakt-allgemeine Norm bedient. Für abstrakt-allgemeine Regelungen, gleichgültig, ob es sich um Gesetze, Rechtsverordnungen oder Satzungen handelt, gilt nach heutigem deutschen Recht folgendes: Das Interesse des Bürgers auf Schutz von Dispositionen, die er im Vertrauen auf die Geltung einer (sich später als rechtswidrig und damit nichtig erweisenden) Norm getroffen hat, wird als solches nur schwach geschützt. Den Steuerzahler etwa, der im Vertrauen auf die Geltung des § 10 b EStG (i. d. F. v. 21. 12. 1954) Geld für politische Parteien gespendet hatte, bewahrte keine den Vorschriften über die Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte vergleichbare Regel vor den unerwarteten Konsequenzen der Nichtigserklärung des § 10 b EStG¹⁴²). Eine solche Regel ist im deutschen Recht für die Gesetzgebung bislang nicht anerkannt. Von Spezialvorschriften abgesehen ist ein Schutz des durch die Nichtigserklärung des Gesetzes in seinen Dispositionen bedrohten Bürgers nach geltendem Recht erst möglich, wenn sich die nichtige Norm zu einer Einzelfallentscheidung verdichtet hat. Dann greift z. B. § 79 II BVerfGG ein. Dies aber in einer Weise, die sich ebensowenig um Differenzierung bemüht wie die erwähnte Grundregel (kein Schutz des Vertrauens in die Gültigkeit einer Norm); allerdings mit umgekehrter Tendenz. Jetzt wird nämlich ab Bestandskraft des Verwaltungsaktes Dispositionsschutz gewährt, ohne Rücksicht darauf, ob der Betroffene schutzwürdige Dispositionen nach-

¹⁴²) Vgl. BVerfGE 8, 51. — Ganz wohl scheint sich das BVerfG nicht zu fühlen, wenn es die Folgen der Normnichtigkeit für den auf die Normgültigkeit vertrauenden Bürger bedenkt. Es sagt in BVerfGE 8, 51 (71): „Ob und inwieweit Steuerpflichtigen, die bis zur Verkündung des Urteils im Vertrauen auf die Gültigkeit der Vorschrift Spenden an politische Parteien gegeben haben, der in der für nichtig erklärten Vorschrift vorgesehene Steuervorteil gewährt werden kann, muß die Finanzverwaltung in eigener Zuständigkeit entscheiden.“ Das war wohl als Hinweis auf die Möglichkeit eines Steuererlasses aus Billigkeitsgründen (§ 131 AO) zu verstehen. Die Finanzverwaltungen haben diesen Hinweis aufgenommen. Vgl. etwa dazu Erl. FinMin. NRW S. 2120 e vom 15. 8. 1958, inhaltlich wiedergegeben in FR 1958, 418.

weisen kann (abstrakter Dispositionsschutz)¹⁴³⁾. Der Begünstigte steht hier also günstiger da als sonst bei rechtswidrigen begünstigenden Verwaltungsakten¹⁴⁴⁾.

Die Härte im ersteren Fall will mit der Großzügigkeit im zweiten Fall nicht recht zusammenpassen. Macht man sich aber klar, daß das Gemeinsame der beiden Fälle in der mechanisch undifferenzierten Lösung liegt, so wird das zentrale Problem des Dispositionsschutzes gegenüber Kursänderungen bei Normen sichtbar: Sie folgt aus der in der Regel ungleich größeren Zahl der durch solche Kursänderungen betroffenen Fälle. Diese Masse von Fällen würde bei einer differenzierenden, am Gedanken des konkreten Dispositionsschutzes orientierten Lösung eine häufig unübersehbare Zahl von Untersuchungen darüber provozieren, ob Vertrauen ins Werk gesetzt wurde oder nicht. Das aber müßte in vielen Fällen dazu führen, daß ganze Gruppen von Bürgern einerseits und die Behörden andererseits über längere Zeit hinweg nicht wissen, woran sie sind. — Hinzu kommt, daß häufig umfassende Komplexe von Normen oder gar ein ganzes Gesetz für nichtig erklärt werden müssen. Eine befriedigende Auflösung des bei Nichtigerklärung zurückbleibenden Knäuels widerstrebender Interessen erweist sich unter diesen Umständen als kaum realisierbar. Der Verzicht auf eine der Rechtsprechung des BVerwG zur Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte entsprechende Lösung, die sorgsam differenzierend auf das jeweils nachweisbare Ins-Werk-Setzen abstellt (konkreter Dispositionsschutz), hat also gute Gründe.

Dies schließt nicht aus, daß in geeigneten Fällen durch Spezialnormen (wie § 131 AO)¹⁴⁵⁾ ein stärker individualisierender Ausgleich erreicht wird. Unsinnig wäre aber wohl der Versuch, für den Dispositionsschutz gegenüber der Rücknahme rechtswidriger Gesetze ähnlich differenzierende Vorschriften zu entwickeln wie für den Dispositionsschutz gegenüber der Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte. Eher kann man auf den Gedanken kommen, den Verzicht auf Differenzierung dadurch mit umgekehrten Vorzeichen auf die Spitze zu treiben, daß man die verfassungswidrige Norm im Interesse der Kalkulierbarkeit

¹⁴³⁾ Wie § 131 AO; vgl. dazu FN 142.

¹⁴⁴⁾ Zu dieser Frage ausführlich *Latzel* (FN 73) S. 81 ff. *Latzel* kommt freilich mit Rücksicht auf die Spezialvorschriften der AO für Steuerverwaltungsakte zu einem anderen Ergebnis als dem von mir oben vorgetragenen.

¹⁴⁵⁾ Vgl. FN 142.

des Rechts nur ex nunc aufhebt¹⁴⁶⁾ oder gar für einen bestimmten Zeitraum über den Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung hinaus weiterwirken läßt¹⁴⁷⁾. Im deutschen Recht hat man sich vor allem deswegen nicht zu dieser Lösung durchringen können, weil sie den Vorrang des Gesetzes (insbesondere des Verfassungsgesetzes) in Frage stellt¹⁴⁸⁾. Dieses Argument überrascht angesichts der Unbefangenheit, mit der das BVerwG (mit weitgehender Billigung der Lehre) bei rechtswidrigen begünstigenden Verwaltungsakten den Vorrang des Gesetzes mit Hilfe des Vertrauensschutzprinzips ausmanövriert. Haben wir es nicht hier wie dort mit dem Problem der Wahrung höher-rangigen Rechts zu tun. Wie kann man, ohne inkonsequent zu sein, *Adolf Arndt*¹⁴⁹⁾ (in bezug auf rechtswidrige Gesetze) zustimmen und *Ernst Forsthoff*¹⁵⁰⁾ (in bezug auf rechtswidrige Verwaltungsakte) die Zustimmung verweigern.

Die scheinbare Aporie löst sich auf, wenn man auch hier das Moment der Breitenwirkung mit in die Überlegung einbezieht. Es ist eben doch ein Unterschied, ob ich Unrecht über die volle Breite einer abstrakt-allgemeinen Norm weiterpraktiziere oder mich ausnahmsweise im Einzelfall nach Prüfung des Vorliegens konkreter Dispositionsschutzinteressen zu einer solchen Lösung entschieße.

Vor dem Hintergrund solcher Überlegungen läßt sich die umstrittene Frage nach dem Dispositionsschutz gegenüber rechtswidrigen Verwaltungsvorschriften¹⁵¹⁾ beantworten. Das Problem wird bekanntlich z. Z. vor allem unter der Fragestellung „Gleichheit im Unrecht“ behandelt. *Randelzhofer*¹⁵²⁾ hat kürzlich zutreffend darauf hingewiesen, daß sich von dieser Fragestellung her keine überzeugende Lösung finden läßt. Er schlägt vor, das Problem vom Gedanken des Vertrauensschutzes (des Dispositionsschutzes) her anzugehen. Diesen Ansatz halte ich

¹⁴⁶⁾ So für den Regelfall: Art. 140 III des Österreichischen Bundesverfassungsgesetzes.

¹⁴⁷⁾ So Art. 1 Nr. 12 der Regierungsvorlage der 4. Novelle zum BVerfGG. Vgl. dazu oben FN 73.

¹⁴⁸⁾ Vgl. für viele Autoren: *A. Arndt*, Das nicht erfüllte Grundgesetz, 1960, 5 f.; *Maurer*, ZRP 1969, 100 (101); Verfassungsrechtsaus-schuß des Deutschen Anwaltvereins, ZRP 1969, 142. Weitere Hinweise bei *Young Huh* (FN 73) S. 126 ff.

¹⁴⁹⁾ Vgl. FN 148.

¹⁵⁰⁾ Vgl. die Hinweise in FN 2.

¹⁵¹⁾ Aus der jüngeren Rechtsprechung vgl. insbesondere BVerwGE 34, 278. — Literatur: *Ossenbühl*, DÖV 1970, 264 ff. sowie DÖV 1972, 25 (29); *W. Schmidt*, JuS 1973, 529 (530); *Randelzhofer*, JZ 1973, 536 (542 ff.).

¹⁵²⁾ JZ 1973, 536 ff.

für richtig. Ich bin auch mit *Randelzhofer*¹⁵³⁾ der Auffassung, daß die Vertrauensschutz verweigernden Ausführungen des BVerwG in seiner Wehrdienstentscheidung nicht überzeugen. Zumindest mißverständlich ist insbesondere die Behauptung¹⁵⁴⁾, das Vertrauensschutzprinzip führe allenfalls zu Schadensersatzansprüchen. Abzulehnen ist auch die wenig reflektierte Art, in der das BVerwG¹⁵⁵⁾ denselben Vorrang des Gesetzes beschwört, den es in seiner Rechtsprechung zur Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte recht unbefangen beiseitegeschoben hat. Freilich meine ich dennoch, daß die Entscheidung des BVerwG im Ergebnis richtig ist. Das Gericht hätte freilich gut daran getan, deutlicher zu machen, daß es die (ich will mich vorsichtig ausdrücken) „normähnliche“ Breitenwirkung von Verwaltungsvorschriften ist, die es geraten erscheinen läßt, rechtswidrige Verwaltungsvorschriften wie rechtswidrige Rechtsverordnungen und nicht wie rechtswidrige Verwaltungsakte zu behandeln.

¹⁵³⁾ JZ 1973, 536 (543).

¹⁵⁴⁾ BVerwGE 34, 278 (284).

¹⁵⁵⁾ Ebend. 283.

Leitsätze des Berichterstatters über:

Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht

I. Worum geht es eigentlich beim „Vertrauensschutz“?

A. Die Formel von der Schutzwürdigkeit „berechtigten Vertrauens“ ist eine Leerformel. Sie läßt die entscheidende Frage, wann Vertrauen „berechtigt“ ist, offen.

B. Die hinter der Vertrauensschutzformel stehende Frage lautet: Bei Verwirklichung welcher Tatbestände sichert die Rechtsordnung zu, den von ihr eingeschlagenen Kurs zu halten bzw. für Kursänderung zu entschädigen.

C. Sinn solcher Zusicherungen ist es, sinnvolles Disponieren zu ermöglichen. Vertrauensschutz ist Dispositionsschutz.

D. In vielen Fällen (z. B. beim Vertrag) gewährt die Rechtsordnung abstrakten Dispositionsschutz. Das heißt, sie macht die Einhaltung ihrer Zusicherungen nicht davon abhängig, daß „Vertrauen ins Werk gesetzt“ wurde (=konkreter Dispositionsschutz). Es trifft jedoch nicht zu, daß das ins Werk gesetzte Vertrauen überhaupt kein anspruchsbegründendes Tatbestandsmerkmal in Dispositionsvorschriften sei.

E. Grundsätzlich zu verneinen ist die Frage, ob die Rechtsordnung außer negativem Dispositionsschutz (= Verzicht auf dispositionsschädigende Kursänderungen der öffentlichen Gewalt) auch positiven Dispositionsschutz (= Hilfe bei nicht durch Handeln der öffentlichen Gewalt bewirkten dispositionsschädigenden „Schicksalsschlägen“) zusichert.

II. Verfahren der Rechtsfindung

A. Die Rechtsprechung zum Vertrauensschutz droht gelegentlich in eine unstrukturierte Einzelfallbehandlung abzugleiten.

B. Um dem abzuhelpen, wäre es erwünscht, die vorhandenen Lücken induktiv im Wege möglichst enger Analogieschlüsse zum vorhandenen Recht zu füllen, aber

1. in weiten Bereichen gibt es kein ausformuliertes, positives Recht, an das Analogien anknüpfen könnten (Beispiel: „unechte Rückwirkung von Gesetzen“).

2. In anderen Bereichen verkörpert das vorhandene geschriebene Recht unterschiedliche, zum Teil widersprüchliche Wertungen. (Beispiel: Rücknahme rechtswidrig begünstigender Verwaltungsakte).

C. In dieser Lage bedarf die Suche nach den Regeln des Dispositionsschutzes (eventuell nach der „richtigen Analogie“) eines aus der Verfassung (Grundrechte, Rechtssicherheit ./. Sozialstaatsgebot) abzuleitenden Leitstrahls.

III. Das Schutzgut

A. Schutzgut ist einmal das sinnvolle Disponieren des Bürgers. Die Regeln, die dieses Gut schützen, fordern mit einer in der hier präsentierten Reihung nachlassenden Intensität: die Respektierung (1) von Bestandszusagen, (2) von durch die öffentliche Gewalt selbst veranlaßten Dispositionen, (3) von ins Werk gesetzten Chancen.

1. Bestandsgarantie (bzw. Entschädigungsanspruch) aus Bestandszusage

a) Sie findet sich nicht nur bei öffentlich-rechtlichen Verträgen. Auch der Gesetzgeber kann sich hinsichtlich seines künftigen Kurses festlegen.

b) Bei Bestandszusagen ist regelmäßig abstrakter Vertrauensschutz zu gewähren.

c) Die aufgrund von Bestandszusagen getroffenen Dispositionen verdienen gesteigerten Schutz.

2. Bestandsgarantie (bzw. Entschädigungsanspruch) aus Veranlassung

a) Sie gewinnt im Zeichen der Steuerung sozialen Verhaltens durch die öffentliche Gewalt ständig an Bedeutung.

b) Sie leitet sich aus der Überlegung ab, daß das Risiko dort liegen muß, wo die Entscheidung fällt.

3. Bestandsgarantie (bzw. Entschädigungsanspruch) für ins Werk gesetzte Chancen

Sie ist die schwächste Form von Bestandsgarantie. Sie leitet sich ab aus dem Sinn der Gewährung von Freiheit. Eine Freiheit, deren Produkte die öffentliche Gewalt jederzeit zerschlagen darf, wird sinnlos.

B. Schutzgut ist stets zugleich auch das Dispositionsschutzinteresse des Systems.

C. Auch Trägern öffentlicher Gewalt ist (sei es als Grundrechtsträgern, sei es zur Sicherung ihrer von der Verfassung geforderten Funktionsfähigkeit) Dispositionsschutz zu gewähren. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, daß sie intensiver als

der Bürger auf die Interessen des Gesamtverbandes (z. B. an der Aufrechterhaltung der Autorität des Rechts) eingeschworen sind.

IV. Die Gegenposition

Die Problematik des Dispositionsschutzes läßt sich in deutlich voneinanderabgegrenzte Fallgruppen gliedern; je nachdem, welche Güter dem Dispositionsschutzinteresse des Bürgers gegenübergestellt werden. Als solche Gegenpositionen sind zu benennen: (A) die Forderung nach Anpassung an die Bedürfnisse von Gegenwart und Zukunft, (B) die Forderung nach Durchsetzung des „richtigen“ Rechts.

A. Dispositionsschutz ./ Flexibilität

1. a) Der für das Aufspüren von Dispositionsschutzregeln unentbehrliche verfassungsrechtliche Leitstrahl wird seinerseits weitgehend von den in der politischen Gemeinschaft vorherrschenden Vorstellungen über den Stellenwert von Dispositionsschutzinteresse einerseits und Anpassungsbedürfnis andererseits bestimmt.

b) Wenn man die Entwicklung seit 1949 überblickt, so wird ein allmähliches Absinken des Stellenwertes von Dispositionsschutzbedürfnissen gegenüber dem Bedürfnis nach Anpassung erkennbar. Das System versucht sich durch anpassende Veränderung zu erhalten.

c) Es besteht die Gefahr, daß im Gegenschlag zur systemwidrigen Überbetonung des status quo in der Vergangenheit nunmehr das Bedürfnis nach anpassender Umgestaltung ebenfalls systemwidrig zu sehr in den Vordergrund geschoben wird.

2. Dispositionsschutz gegenüber der Rücknahme rechtmäßig begünstigender Verwaltungsakte

a) Hier erhält sich die öffentliche Gewalt die erforderliche Flexibilität in der Praxis vor allem durch Beifügung von Widerrufsvorbehalt und Befristung.

b) Dieses Verfahren kann, wenn richtig gehandhabt, dem Bürger über die Bestandssicherheit der gewährten Begünstigung Klarheit verschaffen bevor er diese Begünstigungen ins Werk setzt. Insofern wirkt es dispositionsschützend.

c) Dieser Vorteil entfällt freilich, wenn Widerrufsvorbehalt bzw. Befristung zur Regel werden. Es sollte deshalb entschieden geprüft werden, ob ein Abwägen zwischen Dispositionsschutzinteresse und Flexibilität die Beifügung eines Widerrufsvorbehaltes bzw. einer Befristung zwingend erforderlich macht.

d) Geschieht dies, so brauchen bei der Entscheidung über die Ausübung des Widerrufsvorbehaltes Aspekte des Vertrauensschutzes grundsätzlich nicht mehr geprüft werden.

3. Dispositionsschutz gegenüber Kursänderungen bei Rechtsnormen

a) Dispositionsschutz gegen Normänderungen gewährt das BVerfG vor allem unter dem Stichwort „unechte Rückwirkung von Gesetzen“ = Eingreifen des Gesetzgebers in bei Inkrafttreten des Gesetzes noch nicht abgewickelte Tatbestände.

b) Dieser Begriff der „unechten Rückwirkung“ hat keine Funktion. Er sollte, weil nicht entscheidungsrelevant, aufgegeben werden. „Unecht rückwirkende Gesetze“ sind wie alle Gesetze zu werten, die in bestehende Dispositionsschutzinteressen eingreifen. In der Praxis verfährt das BVerfG auch so.

c) Maßstab für die Beurteilung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit solcher Eingriffe ist vor allem die Erforderlichkeit des Eingriffs zur Verwirklichung des Gesetzeszweckes. Dabei ist unterschiedlich nach Stärke der Dispositionsschutzwürdigkeit (vgl. oben unter III.) eine zeitweilige Behinderung des „neuen Kurses“ in Kauf zu nehmen. Bei der Konkretisierung dieses Maßstabes würde eine wissenschaftliche Aufarbeitung der unzähligen Übergangsvorschriften im geltenden Recht wertvolle Hilfe leisten.

4. a) Das Problem des Dispositionsschutzes gegenüber der auf anpassende Änderung des status quo drängenden politischen Gemeinschaft läßt sich nur partiell unter Art. 14 GG (Administrativenteignung, Legalenteignung) behandeln. Dispositionsschutz ist keineswegs nur Vermögensschutz.

b) Die Einsicht, daß die Beeinträchtigung von Dispositionsschutzinteressen des Bürgers am Maßstab einzelner Grundrechte (z. B. Art. 12 und Art. 14) zu messen ist, darf nicht darüberhinwegtäuschen, daß wir es mit einem Strukturproblem der Gesamtverfassung zu tun haben, das von der Wissenschaft auch in Zukunft als solches behandelt werden sollte.

B. Dispositionsschutz ./ „richtiges“ Recht

Hier geht es nicht darum, das geltende Recht an die Bedürfnisse von Gegenwart und Zukunft anzupassen, sondern darum, dem „wahren“ Recht zur Geltung zu verhelfen.

1. In pervertierter Form wird das mit Hilfe „echter“ (rückanknüpfender) Gesetze versucht. Wegen der in der Neubewertung vergangener Sachverhalte liegenden Anmaßung (nicht wegen einer angeblich besonders intensiven Beeinträchtigung von Dis-

positionsschutzinteressen) ist es notwendig, rückanknüpfende Gesetze ungleich kritischer zu würdigen, als Gesetze, die ohne an Vergangenes anzuknüpfen, vorgefundene Dispositionsschutzinteressen beeinträchtigen.

2. In legitimer Weise wird richtiges Recht durch Rücknahme rechtswidrig begünstigender Verwaltungsakte wiederhergestellt.

a) Wenn Rechtswissenschaft und Rechtsprechung dieser Zielsetzung dennoch einen gegenüber dem Dispositionsschutzinteresse immer geringer werdenden Stellenwert einräumen, so dürfte dies damit zusammenhängen, daß Recht als Mittel der Ordnung und Steuerung gesellschaftlicher Prozesse (gegenüber anderen Steuerungstechniken) an Bedeutung verliert.

b) Die Vorschläge, das Problem „Dispositionsschutz oder richtiges Recht“ mittels Entschädigung in der Formel „Dispositionsschutz und richtiges Recht“ aufzuheben, sind zu begrüßen. Ihre Verwirklichung ist nur durch gesetzliche Regelung möglich. Sie helfen nicht weiter, wo das Dispositionsschutzinteresse sich nicht mit Geld aufwiegen läßt.

V. Eigentümlichkeiten des Dispositionsschutzes, die sich aus der Art der abzuändernden Regeln sowie aus der Art der beteiligten Staatsorgane ergeben
(wird nicht vorgetragen).

A. Eine Sonderstellung kommt dem Problem des Dispositionsschutzes gegenüber der Rechtsprechung zu.

1. Deren besonders sorgfältig abgesichertes Verfahren legitimiert „Rechtskraft“.

2. Die Gewährung von Dispositionsschutz gegenüber einer „ständigen Rechtsprechung“ rührt an die Funktionsfähigkeit der Klinik des Rechts.

B. Die Stellung des auf Dispositionsschutz pochenden Bürgers ist gegenüber der Verwaltung insoweit stärker als gegenüber dem Gesetzgeber, als die Verwaltung auf eine besondere Ermächtigung zur Rücknahme gewährter Vergünstigungen angewiesen ist. Andere ins Auge fallende Unterschiede erweisen sich bei näherer Betrachtung jedoch als nicht für die beteiligten Organe, sondern als für das von diesen verwendete Instrumentarium (Verwaltungsakt, Rechtssatz, Plan etc.) relevant:

1. Der Dispositionsschutz gegenüber Normen wird ungleich weniger differenziert gewährt als der Dispositionsschutz gegenüber Verwaltungsakten.

2. Das erklärt und rechtfertigt sich aus der größeren Breitenwirkung der abstrakt-allgemeinen Norm.

3. Gegenüber Verwaltungsvorschriften ist angesichts von deren (zumindest rechtsnormähnlicher) Breitenwirkung Dispositionsschutz wie gegenüber Rechtsnormen zu gewähren.

Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht

2. Mitbericht von Prof. Dr. Günter Püttner,
Frankfurt am Main/Speyer

Inhalt

	Seite
1. Ausgangspunkt	200
2. Rechtsgrundlagen des Vertrauensschutzprinzips	201
3. Zur Geschichte des Vertrauensschutz-Gedankens	208
4. Der Anwendungsbereich des Vertrauensgrundsatzes	211
a) Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte	211
b) Zusagen	213
c) Verwirkung	213
d) Öffentlich-rechtliche Verträge	214
e) Gleichbehandlung im Unrecht	214
f) Plangewährleistung und Gewährleistung öffentlicher Einrichtungen	215
g) Änderung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften	216
5. Ziel des Vertrauensschutzes: Bestandsgarantie oder Scha- densersatz?	217
a) Das Problem	217
b) Materialien	218
c) Die Rechtsprechung	222
6. Rechtspolitische Folgerungen	225

1. Ausgangspunkt

Die tragenden Grundsätze des Vertrauensschutzprinzips und die verfassungsrechtlichen Zusammenhänge hat Herr Kisker soeben herausgearbeitet. Ich möchte mich stärker dem alltäglichen Verwaltungsrecht¹⁾ zuwenden und zum Grundsätzlichen nur einige Ergänzungen anfügen.

Der Vertrauensgedanke — so sagt *Luhmann*²⁾ wohl richtig — fundiert zwar in Wahrheit das gesamte Recht; denn das Recht dient im Sozialleben dem Schutz des Vertrauens auf einmal abgegebene Willenserklärungen oder behördliche Entscheidungen. Aber in differenzierten Sozialordnungen trennen sich Recht und Vertrauen³⁾; das Recht formalisiert sich und die

¹⁾ Vgl. in diesem Sinne die Übersicht bei *Hans J. Wolff*, Verwaltungsrecht I, 8. Aufl. München 1971, S. 396 f.

²⁾ *Niklas Luhmann*, Vertrauen, 2. Aufl. Stuttgart 1973, S. 37.

³⁾ Vgl. *Luhmann* a. a. O., S. 35 f.

Rechtsbefolgung wird im konkreten Fall von der Vertrauensmotivation unabhängig. Der Rückgriff auf den Vertrauensschutz ist damit gleichsam ein Rückgriff auf die ursprünglichen Grundlagen der Rechtsordnung mit dem Ziel, die vorhandenen, ausgebildeten Rechtsbegriffe und Rechtsprinzipien zu korrigieren, also ein Ausdruck der „ewigen Wiederkehr“ naturrechtlicher Gedankengänge im Recht.

Einer der geistigen Väter der Systemüberwinder hat einmal gesagt: Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser. In der Tat weckt die Vokabel „Vertrauensschutz“ vom Wortsinn her Assoziationen mit „blindem Vertrauen“ oder „naivem Vertrauen“. Vertrauensschutz kann den Schutz desjenigen meinen, der keine Vorsicht walten ließ und unüberlegt Vertrauen schenkte; man kann die Frage stellen, ob eine derartige „Vertrauensseligkeit“⁴⁾ bei „mündigen Bürgern“ schutzwürdig ist. In jedem Falle mutet es etwas eigenartig an, wenn mit dem gleichen Vertrauensschutz unkundige Witwen gegen Rentenentzug und nüchtern kalkulierende Unternehmer gegen Planänderungen gesichert werden sollen.

Warum greift man in beiden Fällen so gern auf den Gedanken des Vertrauensschutzes zurück? Vielleicht deshalb, weil im Begriff „Vertrauen“ so etwas wie eine ethische Haltung tiefmenschlicher Art mitschwingt („Vertrauen zum Mitmenschen“). Der Einsatz des Vertrauens als juristische Argumentation kann auf diesem Hintergrund als der Versuch gelten, das ethische Kapital dieses Begriffs der eigenen Position nutzbar zu machen. Vielleicht liegt darin der Grund, daß die alte Witwe mit dem Vertrauensschutz Erfolg hatte, die auf Plangewährleistung bedachte Wirtschaft dagegen nicht. Und darin liegt, so scheint mir, auch der Grund, warum man trotz der einleuchtenden Argumentation von Herrn Kisker nicht von Dispositionsschutz, sondern immer wieder von Vertrauensschutz spricht.

Diese Feststellungen geben Veranlassung, den rechtlichen Grundlagen des Vertrauensschutzprinzips möglichst genau nachzugehen, zumal sich der Verdacht aufdrängt, daß unter der Chiffre Vertrauensschutz recht heterogene Dinge zusammengefaßt sind.

2. Rechtsgrundlagen des Vertrauensschutzprinzips

Die rechtlichen Grundlagen des Vertrauensschutzes sind höchst unklar. Der Vertrauensschutzgedanke wird aus sehr unterschiedlichen Quellen hergeleitet, teilweise aus Treu und

⁴⁾ Formulierung von Hans Peter Ipsen, Widerruf gültiger Verwaltungsakte, Hamburg 1932, S. 96.

Glauben⁵⁾ oder dem „Estoppel“-Prinzip⁶⁾, teilweise aus dem Rechtsstaatsprinzip, und zwar insbesondere aus dessen Komponente Rechtssicherheit⁷⁾, teilweise auch aus dem Sozialstaatsprinzip⁸⁾, aus dem Gedanken der culpa in contrahendo⁹⁾ und last not least aus Grundrechtserwägungen¹⁰⁾, womit an frühere Erwägungen zum subjektiven öffentlichen Recht angeknüpft wird. Nicht selten werden auch mehrere Herleitungsgesichtspunkte kumulativ nebeneinandergestellt¹¹⁾. Daß es sich bei einem so unterschiedlich eruierten Begriff kaum um mehr handeln kann als um einen allgemeinen Topos der Gerechtigkeit und Billigkeit, ist doch wohl naheliegend.

Legt man nun die einzelnen Ableitungsversuche auf die Goldwaage, so zeigen sich lauter Ungereimtheiten. So leitet das BVerwG im ersten Witwen-Urteil (E 9, 251 ff.) das Vertrauensschutzprinzip einerseits aus Treu und Glauben her, stellt aber andererseits — wörtlich — „nicht auf das Vertrauensinteresse des Bürgers schlechthin, sondern entscheidend darauf ab, ob das Außerachtlassen des Vertrauensinteresses im einzelnen Fall gegen Treu und Glauben verstößt“ (S. 256). Mit anderen Worten: Unter der Hand wird der Vertrauensschutz zu einem starren Schutz, der nicht Treu und Glauben verwirklicht, sondern der seinerseits durch den Grundsatz von Treu und Glauben korrigiert werden muß¹²⁾. Aber letztlich ist dieser Ableitungsversuch wohl nichts anderes als ein Spiel mit Worten¹³⁾.

⁵⁾ BVerwGE 19, S. 188 (190).

⁶⁾ Vgl. *Hans-Peter Ipsen*, a. a. O., S. 99 ff. mit Nachweisen; auch *Karl-Heinz Lenz*, Das Vertrauensschutzprinzip, Berlin 1968, bes. S. 32.

⁷⁾ BVerwGE 13, S. 28 (33); *Johannes Mainka*, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Bonn 1963, S. 21—30 (sozialer Rechtsstaat).

⁸⁾ *Mainka* a. a. O.

⁹⁾ *Joachim Burmeister*, Zur Staatshaftung für Planschäden der Wirtschaft, Die Verwaltung 1969, S. 21 (31).

¹⁰⁾ So insbesondere *Walter Schmidt*, „Vertrauensschutz“ im öffentlichen Recht, JuS 1973, S. 529 (532); *Eberhard Grabitz*, Vertrauensschutz als Freiheitsschutz, DVBl. 1973, S. 675 (681 f.).

¹¹⁾ *Fritz Ossenbühl*, Die Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte, 2. Aufl. Berlin 1965, S. 71 ff. (78); auch BVerwGE 35, S. 159 (162) — ohne sich zu entscheiden.

¹²⁾ Vgl. auch BVerwGE 30, S. 132 ff.: Die Rücknahmegrundsätze gelten nicht, wohl aber Treu und Glauben.

¹³⁾ Das ist übrigens besonders deutlich zu erkennen, wenn man sowohl „Treu“ wie „Glauben“ als auch „Vertrauen“ mit „fides“ ins Lateinische übersetzt; dann wird es sinnlos, eines aus dem anderen abzuleiten.

Mit dem *Rechtsstaatsprinzip* und der *Rechtssicherheit* sieht es kaum besser aus. Das *Rechtsstaatsprinzip* ist überhaupt eine Zauberkiste, aus der findige Köpfe schon alle möglichen Rechtsprinzipien und Ansprüche hervorgezaubert haben. Im Falle der Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte streitet das *Rechtsstaatsprinzip* einerseits qua Gesetzmäßigkeit der Verwaltung für die Rücknahme rechtswidriger Akte und andererseits qua *Rechtssicherheit* für die Aufrechterhaltung einmal gefällter Entscheidungen. Es erscheint mir deshalb unmöglich, den Grundsatz des Vertrauensschutzes aus dem *Rechtsstaatsprinzip* herzuleiten; man kann allenfalls behaupten, daß das *Rechtsstaatsprinzip* unter anderem die Berücksichtigung des Vertrauensschutzgedankens fordert oder nahelegt.

Was das Prinzip der *Rechtssicherheit* betrifft, so ist zwar auf den ersten Blick die Gedanken-Reihe „*Rechtsstaatsprinzip* — *Rechtssicherheit* — *Vertrauensschutz*“¹⁴⁾ naheliegend. Die Aufrechterhaltung einmal gefällter Verwaltungsentscheidungen dient sicherlich der *Rechtssicherheit*, aber nur, wenn es sich um die unbedingte Aufrechterhaltung handelt. Wenn dagegen unter der Devise des Vertrauensschutzes eine Abwägung des öffentlichen Interesses gegen das private Vertrauensinteresse postuliert wird — wie das bei der Rücknahme fehlerhafter Verwaltungsakte und beim Rückwirkungsverbot für Gesetze der Fall ist¹⁵⁾ —, so hat das nicht *Rechtssicherheit*, sondern in hohem Maße *Rechtsunsicherheit* zur Folge. Mit Recht stellt deshalb das Bundesverwaltungsgericht auf das Prinzip der *Rechtssicherheit* und den Grundsatz des Vertrauensschutzes nebeneinander ab¹⁶⁾, und ich vermerke am Rande, daß nach *Karl-Heinz Lenz*¹⁷⁾ der Gedanke des Vertrauensschutzes den Staatsbürger und die fehlgreifende Behörde schützen soll, das Prinzip der *Rechtssicherheit* dagegen nur den begünstigten Bürger, nicht aber die Behörde. In Wahrheit geht es beim Vertrauensschutz also nicht in erster Linie um *Rechtssicherheit*, sondern um Billigkeitserwägungen, die mit der Verfassung insoweit nichts zu tun haben und mehr oder weniger originärer rechtlicher Betrachtung entspringen. Unter diesen Umständen ist die

¹⁴⁾ Vgl. *Fritz Ossenbühl*, Die Bindung der Verwaltung an die höchstrichterliche Rechtsprechung, AöR 92 (1967), S. 478 (484) mit Nachweisen.

¹⁵⁾ Vgl. BVerfGE 14, S. 288 (300).

¹⁶⁾ Entscheidung vom 1. 12. 1972, Kom. Steuer-Zeitschrift 1973, S. 120 f.

¹⁷⁾ A. a. O. S. 41; *Lenz* meint übrigens, mit dem Sichtbarwerden des Vertrauensschutz-Prinzips sei die Rechtslage wieder durchsichtig geworden und die *Rechtssicherheit* wiederhergestellt.

Herleitung des Vertrauensschutzes aus dem Rechtsstaatsprinzip günstigstenfalls schmückender Dekor und schlechtestenfalls eine Vertuschung der wirklichen Entscheidungsgrundlagen¹⁸⁾.

Aus *grundrechtlichen* oder *sozialstaatlichen Erwägungen* kann man ebenfalls sowohl eine Tendenz zum Vertrauensschutz als auch umgekehrt die Forderung nach der Beseitigung gleichheitswidriger Begünstigungen ableiten. Auch wer den Sozialstaat nicht gerade als Hebel zur Überwindung des status quo begreift, wird doch Vorsicht walten lassen müssen, wenn dieses Prinzip dezidiert zur Aufrechterhaltung einer rechtswidrigen oder einer besonderen Begünstigung herangezogen werden soll.

Das von *Grabitz*¹⁹⁾ angeführte Recht der freien Entfaltung der Persönlichkeit, welches die nachträgliche Einschränkung eröffneter Handlungsmöglichkeiten verbieten soll, scheint mir allenfalls für das Verbot der Rückwirkung von Gesetzen genügend fruchtbar zu sein, berührt aber die Probleme der Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte kaum, weil insoweit ja rechtens gerade kein legitimer Handlungsspielraum eröffnet war. Es gibt kein Grundrecht auf den Genuß rechtswidriger Vorteile und Vorzugsstellungen. Die von *Walter Schmidt*²⁰⁾ aufgezeigte Möglichkeit, den Vertrauensschutz als eine besondere Form des *Vermögensschutzes* aus Art. 14 GG zu begründen, ist noch am ehesten durchhaltbar, zumindest wenn man aus dem Vertrauensschutz-Prinzip nur einen Entschädigungsanspruch herleitet. Aber man ist dann gezwungen, die Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte als Enteignung oder genauer „enteignungsgleichen Eingriff“ zu begreifen. Man muß sich also zu einer weiteren uferlosen Ausdehnung des Eigentumsbegriffs bequemen, was ich für verhängnisvoll halten würde. Außerdem geht es auch um die Rücknahme nichtvermögensrechtlicher Begünstigungen, z. B. Einbürgerungen²¹⁾, Statusverleihungen oder Prüfungsentscheidungen; wer insoweit Vertrauensschutz gewähren will, wird sich dafür kaum auf Art. 14 GG beziehen können. Bemerkenswert ist, daß die Rechtsprechung zu Art. 14 GG und zum enteignungsgleichen Eingriff bisher kaum mit dem Vertrauensschutz-Prinzip gearbeitet hat²²⁾.

¹⁸⁾ Kritisch auch *Grabitz* a. a. O., S. 679 f.

¹⁹⁾ A. a. O., S. 681 f.

²⁰⁾ A. a. O., bes. S. 532 f.

²¹⁾ Vgl. BVerwG DÖV 1973, S. 417 f.

²²⁾ Vgl. etwa BGH MDR 1960, S. 1000.

Auch die Anlehnung an das *Estoppel-Prinzip* ist nicht problemlos. Nach diesem Prinzip soll derjenige, der im Vertrauen auf einen Tatbestand rechtsgeschäftlich gehandelt hat, in diesem Vertrauen demjenigen gegenüber geschützt werden, der den Tatbestand gesetzt hat²³). Dieser Grundsatz ist indessen bei näherem Zusehen ein Billigkeitsgrundsatz mit Tendenz zum Strafcharakter, indem er denjenigen, der bestimmte Erwartungen genährt hat, auf das Entstehen für die Folgen festnagelt. Es erscheint mir höchst fraglich, ob man in einem Rechtsstaat den Staat und die Allgemeinheit in dieser Weise an dem fehlerhaften Verhalten einzelner Verwaltungsbeamter oder Verwaltungsstellen festhalten kann und darf. Diese Frage mag aus verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Grundsätzen heraus so oder so beantwortet werden; das *Estoppel-Prinzip* kann dafür bestenfalls einen gedanklichen Ansatz beisteuern, aber nicht die Lösung. Interessanterweise grenzt *Mainka* das Vertrauensschutz-Prinzip gerade gegenüber dem „*venire contra factum proprium*“ ab²⁴).

Ehe ich aus diesem Befund das Resumé ziehe, möchte ich noch auf einen weiteren Umstand aufmerksam machen. Mir ist aufgefallen, daß die verschiedenen Herleitungsversuche auf die Anwendung des Vertrauensschutzgedankens in den praktischen Rechtsfällen nur wenig einwirken. Das gilt vor allem für Treu und Glauben und für das Rechtsstaatsprinzip, aus denen noch niemand den im Vertrauensschutz liegenden Dispositionsschutz einleuchtend abgeleitet hat²⁵). Und die Folgerungen, die gelegentlich gezogen werden, sind höchst problematisch; so wenn etwa *Mainka* wegen der Herleitung aus dem Sozialstaatsprinzip den Vertrauensschutz nur sozial Schwachen zugute kommen lassen will²⁶) oder *Grabitz* wegen des Freiheitsschutzes das Verschulden der Behörde oder den Zeitablauf gänzlich unberücksichtigt lassen will²⁷). Das Bundesverwaltungsgericht greift beispielsweise bei der praktisch so wichtigen Frage, ob es auch Vertrauensschutz zwischen Behörden gebe, zwar ganz am Rande auf § 242 BGB zurück, hebt aber im wesentlichen nur hervor, daß durch den Vertrauensschutz der Bürger gegenüber dem mächtigen Staat geschützt werden solle²⁸), ein

²³) Formulierung in Anlehnung an *Ipsen* a. a. O., S. 100.

²⁴) A. a. O., S. 43 ff.

²⁵) Der § 816 BGB — Gedanke (*Mainka*, a. a. O., S. 32 ff.) ist nicht gleich Treu und Glauben.

²⁶) A. a. O., S. 40.

²⁷) A. a. O., S. 684.

²⁸) BVerwGE 23, S. 25 (30 f.); 27, S. 215 (217 f.).

Gedanke, der vielleicht aus den Grundrechten²⁹⁾ und dem Sozialstaatsprinzip, keinesfalls aber aus Treu und Glauben oder aus dem Rechtsstaatsprinzip ableitbar ist.

Ich komme zum Ausgangspunkt zurück und kann aus den unbefriedigenden Ableitungsversuchen nur den Schluß ziehen, daß sich der Grundsatz des Vertrauensschutzes unabhängig von seinem Inhalt im einzelnen nicht aus einem der genannten Prinzipien ableiten läßt, sondern einen durch verschiedene Elemente geprägten und an verschiedene Prinzipien angelehnten *eigenständigen Rechtsgedanken* darstellt. Das Vertrauensschutzprinzip greift einerseits weiter und andererseits enger als die verschiedenen Prinzipien, mit denen es sich jeweils teilweise deckt. Diese verschiedenen Prinzipien und der Vertrauensschutz sind — bildlich gesehen — sich überschneidende Kreise; der Vertrauensschutzgedanke akzentuiert ein besonderes Anliegen im Anwendungsbereich der genannten Grundsätze. Man kann ebenso gut diese Grundsätze aus dem Vertrauensschutzprinzip ableiten wie umgekehrt.

Daraus sind mehrere Folgerungen zu ziehen:

a) Das Vertrauensschutzprinzip ist kein eindeutig definierbares, klar abgrenzbares Rechtsprinzip, sondern ein allgemeiner, in verschiedener Weise fundierter Rechtsgrundsatz, der regelmäßig die Billigkeit gegenüber stringenteren Rechtsgrundsätzen ins Spiel bringt.

b) Das Vertrauensschutzprinzip ist als solches kein Verfassungsprinzip und hat keinen Verfassungsrang. Nur soweit der Vertrauensgrundsatz im einzelnen Anwendungsfall ein Verfassungsprinzip zum Tragen bringt, hat er am Verfassungsrang Anteil.

Das Vertrauensschutzprinzip rechtfertigt auch keine erweiternde Auslegung der Verfassung in irgendeine Richtung. Ebenso wenig ist der Vertrauensgrundsatz ein bundesrechtliches Grundprinzip, das Vorrang vor dem Landesrecht verdiente.

c) Da für den Grundsatz des Vertrauensschutzes keine besondere Rechtsgrundlage vorhanden ist, verdient er um so größere Anerkennung, je stärker er in einzelnen Rechtsvorschriften zum Ausdruck kommt³⁰⁾ oder vom Gesetzgeber re-

²⁹⁾ Überhaupt sind aus den Grundrechten noch am ehesten konkrete Folgerungen ableitbar, aber auch nicht, wie oben gezeigt wurde, das ganze Spektrum des Vertrauensschutzes.

³⁰⁾ Anwendbar wird das Vertrauensschutz-Prinzip beispielsweise, wenn eine Vorschrift wie § 335 a Abs. 2 LAG ausdrücklich auf die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts verweist.

zipiert ist oder zumindest toleriert wird, und er muß zurücktreten, wenn der Gesetzgeber sich gegen ihn entschieden hat. Hierin liegt auch der rechtfertigende Grund für die verschiedentlich vertretene Subsidiarität³¹⁾ des Vertrauensschutz-Prinzips. Dabei verkenne ich nicht, daß der Vertrauensgrundsatz meistens gerade dann zur Problemlösung benötigt wird, wenn entsprechende positive Vorschriften fehlen. Aber dann besteht auch besonders die Gefahr, daß der zur Rechtsanwendung Berufene eigene Wunschvorstellungen in das Gesetz hineininterpretiert, ein Subjektivismus, dem durch vergleichende Heranziehung vorhandener Vorschriften am besten gesteuert werden kann.

Mit diesen Feststellungen ist das Vertrauensschutz-Prinzip keineswegs entwertet, sondern vielleicht sogar aufgewertet. Es gehört seit jeher zu den vornehmsten Aufgaben der Rechtswissenschaft, in typisierender, systematisierender und vergleichender Betrachtung des Rechtsstoffes Prinzipien im Recht festzustellen, deren abstrakte Herausarbeitung dann wieder auf die Rechtsanwendung zurückwirkt, sie befruchtet und in ihren Zusammenhängen durchschaubar macht. Gleichzeitig werden dem Gesetzgeber Anhaltspunkte für die Begriffsbildung gegeben. Um nichts anderes geht es beim Prinzip des Vertrauensschutzes.

Es kommt dann allerdings entscheidend darauf an, die geltenden Gesetze genau zu durchforsten, ob, in welcher Weise und in welcher Intensität sie dem Gedanken des Vertrauensschutzes Rechnung tragen. Nur so können zuverlässige Verallgemeinerungen gewonnen und fruchtbar gemacht werden. Allgemeines Meditieren über den Rechtsstaat oder über Treu und Glauben führt dagegen zu höchst zweifelhaften und meist so unterschiedlichen Deduktionen, daß ein gesichertes Operieren mit „dem“ Prinzip des Vertrauensschutzes fragwürdig wird.

Bei der Herausarbeitung eines Grundsatzes des Vertrauensschutzes aus dem geltenden Recht stößt man allerdings auf mannigfache Schwierigkeiten, obwohl ein relativ breites Gesetzesmaterial besonders im Gewerbe- und Wirtschaftsrecht sowie im Sozialrecht vorhanden ist. Denn die Rechtsvorschriften zeigen schon in der Diktion kein einheitliches Bild.

Wenn dennoch der Begriff des Vertrauensschutzes einen so gewaltigen „boom“ oder „Siegeszug“ erlebt hat und im Grunde doch recht einhellig in einem bestimmten Sinne verstanden wird, so liegt das sicherlich an der eingängigen Suggestions-

³¹⁾ *Mainka*, a. a. O., S. 35 f.; *Walter Scheerbarth*, Das allgemeine Bauordnungsrecht, 2. Aufl. Köln 1966, S. 89.

wirkung und der „Werbewirksamkeit dieses Schlagwortes“³²⁾. Dergleichen kommt im Rechtsleben sehr häufig vor — man denke nur die berühmte Daseinsvorsorge — und zeigt, daß offenbar ein entsprechender, auch emotional bedingter Bedarf vorhanden ist, vielleicht erklärlich aus der Suche nach Sicherheit, Verlässlichkeit und Stetigkeit in einer sich rasch wandelnden Welt voller Unsicherheit und gesteigerter Abhängigkeit des einzelnen von den Leistungen, Entscheidungen und Regelungen der staatlichen Gemeinschaft. Das Prinzip des Vertrauensschutzes verdankt seine Ausbreitung diesen Bedürfnissen, und alle juristischen Ableitungsversuche sind im Grunde nachträgliche Rechtfertigungskonstruktionen. Um so sorgfältiger sollte das geltende Recht immer wieder darauf überprüft werden, inwieweit es dem Vertrauensschutz-Gedanken tatsächlich Rechnung trägt und inwieweit es sich dabei mehr um eine rechtspolitische Forderung handelt, die man mit Hilfe der Gerichte durchzusetzen sucht. Prinzipien haben im Recht etwas Faszinierendes an sich, sie sind aber auch gefährlich; ich kann die Gefahr nicht besser zum Ausdruck bringen als mit den Worten *Rudolf von Iherings*: „Wer aus der Geschichte den Unfug kennt, den die Prinzipien angerichtet haben und unter unseren Augen noch täglich anrichten, wird es begreifen, daß eine Zeit, die ihrer entbehrte, und sich bloß auf die gesunde, d. i. lediglich den praktischen Zwecken sich zukehrende Vernunft angewiesen sah, dasjenige, was ich nottat, besser zu beschaffen imstande war, als eine hochentwickelte es vermag, deren geistiges Auge durch Prinzipien umflort ist“³³⁾.

3. Zur Geschichte des Vertrauensschutz-Gedankens

Rechtsgeschichtliche Bemerkungen stehen in dem Geruch, nur schmückendes Beiwerk ohne tragende Bedeutung zu sein. Um schmückendes Beiwerk geht es mir indessen nicht, sondern um die Frage, ob es sich beim Vertrauensschutzprinzip um eine Modeerscheinung handelt oder um einen zeitlosen Rechtsgrundsatz innerhalb des Verwaltungsrechts eines Rechtsstaates. Zur Beantwortung dieser Frage nach dem Stellenwert des Vertrauensschutzes kommt es nicht unwesentlich darauf an, wie man es früher damit gehalten hat.

³²⁾ Formulierung von *Ludwig Renck*, *Bestandskraft verwaltungsrechtlicher Verträge*, NJW 1970, S. 737 (739).

³³⁾ Über die Aufgabe und Methode der Rechtsgeschichtsschreibung, zit. aus „*Der Kampf ums Recht*“, Nürnberg 1965 (hrsg. v. *Christian Rusche*), S. 418 f.

Bekanntlich setzte der Siegeszug des Vertrauensschutzprinzips erst nach dem Zweiten Weltkrieg ein. Schon in der Weimarer Zeit verlieren sich seine Spuren sehr rasch, allerdings nicht gänzlich³⁴⁾. Auf dem Gebiet des Widerrufs von Verwaltungsakten, das in diesem Zusammenhang immer im Vordergrund gestanden hat, finden sich durchaus ältere Zeugnisse für das Bemühen, den freien Widerruf durch das Vertrauensschutz-Prinzip einzuschränken. So referiert etwa das Preußische OVG in einem Urteil von 1892³⁵⁾ als Standpunkt des Kreisausschusses: „Es müßte eine außerordentliche Rechtsunsicherheit zur Folge haben, wenn der durch die Ansiedlungsgenehmigung geschaffene Rechtszustand jeden Augenblick und noch Jahre nachher wieder aufgehoben werden könnte, und der Unternehmer, welcher im Vertrauen auf die erteilte Genehmigung seine Häuser gebaut hat, nach Jahresfrist dieselben unbewohnt stehen lassen und niederreißen oder große Summen zur Regelung der Verhältnisse zahlen müßte“. Das OVG hat sich dem im wesentlichen angeschlossen, allerdings betont, daß deshalb nicht das Gesetz außer acht gelassen werden dürfe. Damit ist der Gedanke des Vertrauensschutzes in den wesentlichen Punkten bereits so angesprochen, wie er heute auch ins Feld geführt würde.

Um so auffälliger ist es, daß in anderen Urteilen zum gleichen Problemkreis — insbesondere zur Rücknahme bereits ausgenützter Baugenehmigungen — das Stichwort des Vertrauensschutzes nicht auftaucht³⁶⁾, ebenso wenig bei Kormann, der 1910 in seinem „System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte“ bereits eine eindrucksvolle Bilanz der Diskussion der Widerrufs-Problematik vorgelegt hat³⁷⁾. Kormann ging zwar in Anlehnung an § 18 FGG im Prinzip von der freien Widerruflichkeit der Verwaltungsakte aus, suchte aber gleichzeitig in minutiöser Kleinarbeit die notwendigen Ausnahmen herauszuarbeiten und zu systematisieren. Dabei orientierte er sich zunächst nicht an allgemeinen Prinzipien wie Vertrauensschutz oder Rechtssicherheit, sondern an den einzelnen gesetzlichen Regeln, aus denen er im Wege des Umkehrschlusses oder der Analogie weitere Regeln ableitete. Immerhin kam er nicht ohne Prinzipien aus und verwendete den Grundsatz der „erworbenen“ Rechte und den Grundsatz der „Natur der Sache“,

³⁴⁾ Diese Tatsache ist angesichts der im Referat von Kisker (vorn) aufgezeigten Grundüberlegungen durchaus merkwürdig.

³⁵⁾ ProVGE 22, S. 381 (385).

³⁶⁾ Vgl. besonders ProVGE 24, S. 344 (349); 29, S. 390 ff.; ferner: ProVGE 50, S. 361; 71, S. 428.

³⁷⁾ Berlin 1910, S. 323 ff.

der beispielsweise die Rücknahme einer Erlaubnis verbiete, von der der Begünstigte bereits Gebrauch gemacht habe. Mir scheint, daß Kormann hier nur mit etwas anderen Worten das zum Ausdruck bringt, was wir heute unter dem Stichwort Vertrauensschutz abhandeln würden.

Dennoch war es mehr als eine nur terminologische Entwicklung, wenn im Laufe der Weimarer Zeit allmählich in Rechtsprechung³⁸⁾ und Lehre³⁹⁾ der Gedanke des Vertrauensschutzes an Boden gewann. Denn dieser Gedanke betont etwa gegenüber der „Natur der Sache“ stärker die subjektive Position des Betroffenen und die für ihn sprechenden Billigkeitsargumente, ein Umstand, der die Ursache für *Ipsens* herbe Kritik am Vertrauensschutzprinzip im Jahre 1932 bildete⁴⁰⁾. Dennoch konnte sich in der Folgezeit der Gedanke des Vertrauensschutzes immer mehr in den Vordergrund schieben, und zwar nicht nur in Deutschland, sondern beispielsweise auch in der Schweiz⁴¹⁾.

Ich entnehme aus dieser Entwicklung, daß der Vertrauensschutz zwar durchaus einen *immer* vorhandenen Ansatz zum Tragen bringt, in seiner heutigen Akzentuierung aber nicht unerheblich vom Zeitgeist abhängig ist. Er bietet einen bestimmten Lösungsansatz für ein altes Problem, und es ist nicht etwa so, wie manchmal in Dissertationen zu lesen steht⁴²⁾, daß man früher ohne Sinn für die Problematik von der freien Rücknehmbarkeit der Verwaltungsakte ausgegangen sei und erst die außerordentliche Zunahme begünstigender Verwaltungsakte nach dem Zweiten Weltkrieg die Augen für die Fragwürdigkeit des Prinzips der freien Rücknahme geöffnet habe. Immerhin ist das Problem auf vielen Gebieten der Verwaltung

³⁸⁾ Z. B. PrOVGE 87, S. 136 (141); weitere Nachweise bei *Ipsen* a. a. O. (Widerruf . . .), S. 93 ff.

³⁹⁾ Z. B. *Ernst von Hippel*, Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsaktes, Berlin 1924, S. 120 ff.; auch: *Fritz Fleiner*, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. Tübingen 1928, S. 200; *Walter Jellinek*, Verwaltungsrecht, 1. Aufl. 1928, S. 271 ff.

⁴⁰⁾ A. a. O., S. 93 ff.

⁴¹⁾ Vgl. *Peter Saladin*, Der Widerruf von Verwaltungsakten, Basel 1960, bes. S. 37 ff., S. 138 ff.; *Marcel Baumann*, Der Begriff von Treu und Glauben im öffentlichen Recht, Zürich 1950, S. 123 ff.; aus der neueren Rechtsprechung vgl. BGE 98 I a, S. 377, S. 432 ff., S. 460 ff.; I b, S. 101 ff. — In Österreich ist die Entwicklung durch eine relativ frühe gesetzliche Regelung (§ 68 Allg. Verw. Verf.G vom 21. 7. 1925) fixiert worden. — Weitere rechtsvergleichende Hinweise bei *Franz Becker* — *Niklas Luhmann*, Verwaltungsfehler und Vertrauensschutz, Berlin 1963 (Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 16).

⁴²⁾ Vgl. z. B. *Ossenbühl*, a. a. O. (Rücknahme . . .), S. 10 ff.

sicherlich wichtiger und dringlicher geworden, und die Rechtsprechung hat ihm mehr Aufmerksamkeit gewidmet als früher. Wenn man darüber hinaus unbedingt einen Umstand der Nachkriegszeit für den Siegeszug des Vertrauensschutzprinzips verantwortlich machen will, dann ist es vielleicht die Abstinenz des Gesetzgebers gegenüber dem Problem, des Gesetzgebers, der sich überwiegend auf Einzelfall-Regelungen beschränkte⁴³⁾ und beschränkt⁴⁴⁾ und der, wenn er dem Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes folgt⁴⁵⁾, im Grunde die Entscheidung auf die Gerichte abschiebt, statt selbst die Maßstäbe zu bestimmen.

4. Der Anwendungsbereich des Vertrauensgrundsatzes

Das Vertrauensschutzprinzip hat sich zu einem allgemeinen Grundsatz im Verwaltungsrecht entwickelt, dessen Anwendungsbereich sich keineswegs mehr auf den Fall der Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte oder des Rückwirkungsverbots bei Gesetzen beschränkt. Der bisher in Literatur und Rechtsprechung feststellbare Anwendungsbereich des Vertrauensschutz-Prinzips ist allerdings außerordentlich heterogen⁴⁶⁾; mir jedenfalls ist es nicht gelungen, die Fallgruppen systematisch unter präzise Oberbegriffe unterzuordnen. Ich kann daher die Anwendungsfälle nur der Reihe nach aufzählen.

a) Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte

Das Problem der Rücknahme fehlerhafter begründigender Verwaltungsakte ist nicht nur der Ausgangspunkt, sondern nach wie vor der Hauptanwendungsfall des Vertrauensschutzprinzips im Verwaltungsrecht. Es gibt inzwischen Beispiele aus allen Zweigen des Verwaltungsrechts⁴⁷⁾, das überwiegende Ma-

⁴³⁾ Als Beispiele können dienen: § 38 Preuß. EisenbahnG von 1838; § 53 GewO von 1869; § 78 RAO von 1919. — Allgemeinere Regelungen finden sich immerhin in §§ 143, 144 Thür. LVO vom 10. 6. 1926, in § 42 PrPVG vom 1. 6. 1931 und in ähnlichen Landesverwaltungsgesetzen.

⁴⁴⁾ Vgl. aus neuerer Zeit etwa § 15 GastG; §§ 17, 18 AtomG; §§ 12, 19c WHG; § 30 AWiG; § 8 BFernStrG; § 44 BBauG.

⁴⁵⁾ So insbesondere das Schleswig-Holsteinische Allg. Verw.-Gesetz vom 18. 4. 1967 (GS S. 131), §§ 116, 117.

⁴⁶⁾ Vgl. die Erfassungsversuche von Fritz Ossenbühl, Vertrauensschutz im sozialen Rechtsstaat, DÖV 1972, S. 25 ff.; Walter Schmidt (a. a. O.) und Eberhard Grabitz a. a. O. sowie aus früherer Zeit von Rudolf Stich, Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, Mainzer iur. Diss. 1954, bes. S. 56 ff.

⁴⁷⁾ Vgl. die Übersicht von Hans Joachim Becker, Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte und Rückforderung ohne Rechtsgrund gewährter Leistungen, DÖV 1973, S. 379 ff.

terial stammt allerdings aus dem Gebiet des sozialen Leistungsrechts⁴⁸⁾. Auf dem Gebiet des Gewerberechts sind trotz zahlreicher gesetzlicher Regelungen genügend Lücken oder Problemfälle übrig geblieben, in denen die Heranziehung des Vertrauensschutzprinzips zumindest gefordert wird⁴⁹⁾. Im einzelnen möchte ich auf die zahlreichen vorhandenen Darstellungen verweisen⁵⁰⁾. Mit dem an den Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes angelehnten Schleswig-Holsteinischen AVG (§ 116) liegt inzwischen eine gesetzliche Regelung vor.

Eng verwandt mit dem Rücknahme-Problem ist die Frage der Grenzen des Widerrufs *rechtmäßiger* begünstigender Verwaltungsakte⁵¹⁾, ferner die Frage der Zulässigkeit einer *nachträglichen Verschärfung belastender Verwaltungsakte*, zum Beispiel die Festsetzung zusätzlicher Auflagen im Gewerberecht. Wenn

⁴⁸⁾ Die wichtigsten Entscheidungen des BVerwG entstammen folgenden Gebieten:

1. LAG (und Abgeltung): BVerwGE 5, S. 312; 6, S. 1; 9, S. 187; 10, S. 12, 64, 244, 305; 13, S. 28, 253; 14, S. 175; 17, S. 325; 19, S. 275; 24, S. 55, 264, 294, 330; 26, S. 201; 29, S. 291; 30, S. 180; 31, S. 67; 32, S. 359; 35, S. 122.
2. Ruhegehalt (insbesondere nach Art. 131 GG und Wiedergutmachung): BVerwGE 8, S. 261, 296; 9, S. 155, 251; 10, S. 158; 11, S. 136, 283; 16, S. 198; 17, S. 204; 18, S. 168; 21, S. 119; 25, S. 348; 28, S. 345; 34, S. 225; 36, S. 108; 40, S. 212.
3. Sonstiges Beamtenrecht: BVerwGE 13, S. 107; 15, S. 15; 19, S. 19; 20, S. 292; 40, S. 65.
4. Wehrdienstbefreiung: BVerwGE 29, S. 153; 34, S. 278; 39, S. 128.
5. Wohngeld, Wohnungsbau: BVerwGE 37, S. 47; 38, S. 290.
6. Erziehungsbeihilfe (Kriegsopfer): BVerwGE 36, 252.
7. Steuervergünstigung: BVerwGE 29, S. 323.
8. Stiftungsgenehmigung: BVerwGE 29, S. 314.
9. Gewerberecht: BVerwG GewArch. 1965, S. 83; BVerwGE 38, S. 209.
10. Einbürgerung: BVerwG DÖV 1973, S. 417.

Die Rechtsprechung des BSG (z. B. E 8, S. 11; 21, S. 35) verstärkt noch das Übergewicht der Sparte soziale Leistungen, während die übrige Rechtsprechung durchaus zur Übernahme des Prinzips in andere Bereiche neigt (vgl. z. B. VG Hannover DVBl. 1972, S. 353 zum Universitätsrecht).

⁴⁹⁾ Vgl. z. B. § 15 GastG, der nach *Michel-Kienzle*, Gaststätten-gesetz, 6. Aufl. Köln 1973, Rdnr. 2 zu § 15 um die allgemeinen Rücknahmegrundsätze erweitert werden muß.

⁵⁰⁾ Vgl. neben *Becker*, a. a. O. (Anm. 47) und in DÖV 1967, S. 729 ff. vor allem *Fritz Ossenbühl*, a. a. O. (Rücknahme); *Karl Schmidt*, Die Vertrauensschutzrechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und das Bundesverfassungsgericht, DÖV 1972, S. 36 ff. — Zur Rspr. des BSG vgl. *Fritz Hauelsen*, Das allgemeine Verwaltungsrecht in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, DVBl. 1969, S. 709 (712).

⁵¹⁾ Vgl. § 117 Schl.-Hst. AVG.

die sonstigen Voraussetzungen vorliegen, ist hier durchaus Raum für die Anwendung des Vertrauensschutzprinzips; das Bundesverwaltungsgericht hat das allerdings im Falle einer Gebührennachforderung abgelehnt und stattdessen auf Treu und Glauben verwiesen⁵²).

Ebenfalls in engem Zusammenhang mit dem Rücknahme-Problem steht die Berücksichtigung des Vertrauensschutzes bei der *Rückforderung überzahlter Beamtengehälter* oder ähnlicher Leistungen⁵³). Daß der Vertrauensschutz auch zur Abgrenzung von nichtigen und anfechtbaren Verwaltungsakten bemüht wird⁵⁴), sei nur am Rande erwähnt.

b) Zusagen

Das Vertrauensschutzprinzip spielt weiter eine Rolle bei behördlichen Zusagen. Das Bundesverwaltungsgericht begründet seit langem die bindende Wirkung von Zusagen mit dem Vertrauensschutz-Prinzip⁵⁵). Wenn aber die Zusage ein Verwaltungsakt ist, wie heute ziemlich einhellig angenommen wird, so ist sie wie jeder Verwaltungsakt bindend und es bedarf eigentlich keiner besonderen Absicherung durch das Vertrauensschutz-Prinzip mehr. Dieses Prinzip kann erst dann eine Rolle spielen, wenn es um die Einhaltung rechtswidriger Zusagen geht. In diesem Falle stellen sich ganz ähnliche Probleme wie bei der Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte⁵⁶).

c) Verwirkung

Gelegentlich wird der Gedanke des Vertrauensschutzes auch zur Stützung des Prinzips der Verwirkung im öffentlichen Recht herangezogen⁵⁷); gedacht ist etwa an Fälle, in denen die

⁵²) E 30, S. 132 (134).

⁵³) Vgl. vor allem BVerwGE 19, S. 188; 23, S. 161; 36, S. 108; 40, S. 147.

⁵⁴) Vgl. *Torsten Quidde*, Zur Evidenz der Fehlerhaftigkeit, DÖV 1963, S. 339 (340).

⁵⁵) Vgl. besonders BVerwGE 3, S. 199 (203); JZ 1964, S. 687 (dazu *F. Mayer*, JZ 1964, S. 677 ff.); DVBl. 1966, S. 857 ff. — Ähnlich operiert der Bundesfinanzhof, vgl. BStBl. III, 1961, S. 562 mit weiteren Nachweisen. — Vgl. weiter *Karl Zeidler* und *Hugo Kellner*, Gutachten bzw. Referat zum 44. Deutschen Juristentag, Tübingen 1962/1964 (bei Kellner bes. These II A); *Hans-Joachim Tittel*, Zum Thema des 44. Deutschen Juristentages, DRiZ 1962, S. 307 ff. (bes. S. 310).

⁵⁶) Vgl. BVerwG DVBl. 1966, S. 857 (859); *Helmut Müller*, Bindung an Auskünfte und Zusagen der Finanzbehörden, Frankfurter iur. Diss. 1973, S. 98 ff.; *Walter Schmidt*, a. a. O., JuS 1973, S. 529.

⁵⁷) Vgl. *Stich* a. a. O., S. 56 ff., der außerdem auf den Vertrauensschutz bei Verletzung öffentlich-rechtlicher Formvorschriften hinweist (S. 76).

Behörde trotz Kenntnis der Verhältnisse und ihres Eingriffsrechts längere Zeit nicht eingreift.

d) Öffentlich-rechtliche Verträge

In dem Bereich der öffentlich-rechtlichen Verträge hat das Vertrauensschutz-Prinzip bislang nicht Fuß fassen können. Die Bindung der Parteien an die Vertragspflichten ergibt sich aus den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts und bedarf nicht der Krücke des Vertrauensschutzes. Man kann daraus entnehmen, daß der Vertrauensschutz des Verwaltungsrechts das Korrelat zur einseitigen hoheitlichen Handlungsmöglichkeit der Behörde bildet. Sobald die Überordnung des Staates in die Verträge hineinzuwirken beginnt, ist deshalb auch wieder Raum für den Grundsatz des Vertrauensschutzes. Beispielsweise wird der Vertrauensschutz-Gedanke bei der Frage, ob sich der Staat unter Berufung auf nachträgliche Gesetzesänderungen seinen vertraglichen Pflichten entziehen kann(Stichwort: Berufungsvereinbarung), wahrscheinlich noch eine Rolle spielen⁵⁸⁾.

e) Gleichbehandlung im Unrecht

Weiter ist vorgeschlagen worden, den Gedanken des Vertrauensschutzes für die Lösung des Problems der „Gleichbehandlung im Unrecht“⁵⁹⁾ heranzuziehen: Wer sich auf rechtswidrige, aber praktizierte Verwaltungsvorschriften oder auf eine rechtswidrige gefestigte Behördenpraxis verlassen hat, soll in gewissen Grenzen kraft Vertrauensschutzes darauf pochen dürfen, auch künftig oder weiterhin nach dieser Praxis behandelt zu werden. Jedoch kann nach Ansicht des BVerwG der Gedanke des Vertrauensschutzes „keinen Anspruch auf ein Verwaltungshandeln gegen das Gesetz begründen“, sondern allenfalls die Frage nach möglichen Schadensersatzansprüchen aufwerfen⁶⁰⁾. Das scheint mir u. a. deshalb richtig zu sein, weil sonst eine Abkehr von einer gesetzwidrigen Praxis kaum noch vollziehbar wäre. Gleiches muß für sog. Selbstbindung der Verwaltung durch eine ständige Ermessensausübung gelten.

⁵⁸⁾ Vgl. zum gesamten Problem *Ludwig Renck*, Bestandskraft verwaltungsrechtlicher Verträge?, NJW 1970, S. 737 (739 f.), sowie zu Berufungsvereinbarungen *Walter Schmitt Glaeser*, Die Fortgeltung von Berufungsvereinbarungen, WissR 1973, S. 219 ff. (bes. S. 223).

⁵⁹⁾ Vgl. *Klaus Stern*, Rechtsfragen der öffentlichen Subventionierung Privater, JZ 1960, S. 557 ff.; *Albrecht Randelzhofer*, Gleichbehandlung im Unrecht?, JZ 1973, S. 536 (542 ff.).

⁶⁰⁾ BVerwGE 34, S. 278 (284). — Zustimmend mit zusätzlichen Argumenten *Fritz Ossenbühl*, Administrative Selbstbindung durch gesetzwidrige Verwaltungsübung?, DÖV 1970, S. 264 (266).

f) Plangewährleistung und Gewährleistung öffentlicher Einrichtungen

Der Vertrauensschutz hat in der Diskussion um die Gewährung von Plangewährleistungsansprüchen von Anfang an eine tragende Rolle gespielt⁶¹⁾. Inzwischen hat sich die Ansicht durchgesetzt, daß ein allgemeiner Anspruch auf Planbefolgung oder Planverwirklichung nicht besteht und daß regelmäßig nur Entschädigungsansprüche in Betracht kommen⁶²⁾. Besondere Entschädigungsansprüche bestehen aber nur gelegentlich: § 44 Abs. 2 BBauG sieht z. B. expressis verbis vor, daß der Eigentümer bei Änderung des Bebauungsplanes für Aufwendungen entschädigt wird, die er im Vertrauen auf den Bestand des bisherigen Planes gemacht hat. Im übrigen ergibt sich ein Entschädigungsanspruch nur nach Maßgabe des allgemeinen Entschädigungsrechts, in dessen Rahmen der Grundsatz des Vertrauensschutzes zwar schon erwähnt wurde⁶³⁾, aber kein entscheidendes Merkmal gebildet hat.

Angesichts der ausgedehnten Debatte über Plangewährleistungsansprüche sollte man vermuten, daß der Vertrauensschutz auch gegenüber der Veränderung öffentlicher Einrichtungen, zum Beispiel gegenüber der Einziehung und Veränderung von Straßen zum Zuge käme. Offenbar ist das bisher aber nicht der Fall, vielleicht deshalb, weil hier in aller Regel nur Entschädigungsansprüche aus dem Gesichtspunkt der Verletzung des Anliegerrechts und des Eigentums geltend gemacht wurden. Aber auch in den neueren Prozessen gegen die Einrichtung von Fußgängerzonen, bei denen es um Abwehransprüche ging, ist Vertrauensschutz offenbar nicht gefordert worden, jedenfalls steht in den Urteilsgründen nichts davon⁶⁴⁾. Der Hessische VGH betont lediglich, die privaten Interessen der Anlieger an der Aufrechterhaltung der Straße im bisherigen Umfang seien im Rahmen der Ermessensentscheidung der Behörde zu berücksichtigen. Auch gegenüber der Schließung, Verlegung oder Änderung öffentlicher Einrichtungen (Schulen, Verkehrsverbindungen usw.) ist bisher anscheinend der Gedanke des

⁶¹⁾ Vgl. *Hans Peter Ipsen*, VVdStRL H. 11, S. 127 und Planung I, S. 63 ff.

⁶²⁾ BVerwG DÖV 1971, S. 751 (752); BVerwGE 35, S. 268 ff.; VGH Mannheim JZ 1973, S. 165 ff.; *Martin Kriele*, Plangewährleistungsansprüche?, DÖV 1967, S. 531 (538); *Martin Oldiges*, Grundlagen eines Plangewährleistungsrechts, Bad Homburg 1970, bes. S. 193 ff., S. 232 ff.; *Joachim Burmeister*, a. a. O., (Die Verwaltung 1969) S. 21 ff.

⁶³⁾ Vgl. BGHZ 45, S. 83 (87).

⁶⁴⁾ Vgl. BayVGH DVBl. 1973, S. 508; HessVGH DVBl. 1973, S. 510.

Vertrauensschutzes nicht in die Debatte geworfen worden. Offenbar ist bei der Ausbreitung des Vertrauensschutzes auf weitere Sach- und Rechtsbereiche auch ein wenig Zufall im Spiel.

g) Änderung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften

Das Verbot rückwirkender Gesetzesänderung ist nicht neu und beispielsweise schon in § 14 Einl. zum ALR enthalten. Auch die Begründung dieses Verbotes mit dem Schutz des Vertrauens in die Herrschaft der bestehenden Gesetze ist alt; sie wurde bereits von *Savigny* in seinem „System des heutigen römischen Rechts“ dezidiert vorgetragen⁶⁵). Die neuere Rechtsprechung hat das Rückwirkungsverbot unter der Devise des Vertrauensschutzes einerseits ausgedehnt, indem auch die sogenannte unechte Rückwirkung erfaßt wird⁶⁶), andererseits aber auch eingeschränkt, indem rückwirkende Gesetze zugelassen werden, mit denen die Betroffenen rechnen mußten, z. B. weil schon zuvor ein entsprechendes ungültiges Gesetz vorhanden war⁶⁷). Ob auch so etwas wie ein „Vertrauen auf die Kontinuität gesetzgeberischer Entscheidungen“⁶⁸) geschützt werden kann, erscheint mir sehr zweifelhaft; m. E. geht es dabei eher um die Pflicht des Gesetzgebers zur systemgerechten Rechtsetzung, die nur in loser Beziehung zum Gedanken des Vertrauensschutzes steht.

Auf der Grenzlinie zwischen Staats- und Verwaltungsrecht bewegt sich die Frage, inwieweit der Vertrauensschutz einer Änderung oder Durchbrechung von Verwaltungsvorschriften Grenzen setzt. Die Frage dürfte allgemein im gleichen Sinne wie bei der Gesetzgebung zu beantworten sein⁶⁹). Je konkreter die Verwaltungsvorschriften gefaßt sind, desto näher liegt allerdings die Anwendung der für Verwaltungsakte geltenden Grundsätze, was in praktischen Fällen regelmäßig zum gleichen Ergebnis führt. Darin zeigt sich, daß die für Verwaltungsakte und Rechtssätze aus dem Vertrauensschutz-Prinzip abgeleite-

⁶⁵) Bd. 8, S. 368 ff. (bes. S. 390).

⁶⁶) Vgl. statt vieler BVerfGE 18, S. 135 (144).

⁶⁷) BVerfGE 13, S. 261 (272); BVerwG vom 1. 12. 1972, Kom.-Steuer-Zeitschrift 1973, S. 120 ff.; auch: BVerwGE 40, S. 286 (291): Mit der Anrechnung ausländischer Entschädigungsleistungen auf Lastenausgleichsansprüche mußte gerechnet werden. — Vgl. ferner BVerwGE 24, S. 55, S. 330; 36, S. 71; 37, S. 252, S. 293; 41, S. 38.

⁶⁸) Vgl. *Werner Hoppe*, Gutachten zur kommunalen Neugliederung im Kreis Unna (Mängel der Begründung und verfassungsrechtliche Konsequenzen), hrsg. vom Kreis Unna, 1973, S. 87.

⁶⁹) Vgl. BVerwGE 35, S. 159 ff. (162 f.); BGH NJW 1963, S. 644; *Walter Schmidt*, a. a. O. (JuS 1973), S. 530.

ten Folgerungen nicht völlig beziehungslos nebeneinander stehen⁷⁰⁾.

Damit kann ich den Überblick über die Anwendungsfälle des Vertrauensschutzprinzips abschließen. Versucht man, gemeinsame Merkmale für alle Fallgruppen zu finden, bei denen das Vertrauensschutz-Prinzip zur Anwendung kommt, so läßt sich allenfalls sagen, daß es immer um die Korrektur obrigkeitlicher Fehler geht, die der Betroffene nicht zu seinen Lasten durchgeführt sehen will. Viel ist aber mit einer so allgemeinen Aussage nicht gewonnen.

5. Ziel des Vertrauensschutzes: Bestandsgarantie oder Schadenersatz?

a) Das Problem

Neben vielen offenen Einzelfragen sind beim verwaltungsrechtlichen Vertrauensschutz vor allem zwei Probleme umstritten, die in einem engen Zusammenhang miteinander stehen, nämlich erstens, ob die Verwirklichung des Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung im Rechtsstaat überhaupt hinter dem Vertrauensinteresse des Betroffenen zurücktreten darf (was vor allem *Forsthoff*⁷¹⁾ verneint), und zweitens, ob der Vertrauensschutz die Korrektur eines fehlerhaften Rechtszustandes verbietet, weil der Betroffene schutzwürdigerweise darauf vertraut hat, oder ob dem Betroffenen nur ein Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens in Geld gewährt werden soll.

Der zweiten Frage soll vor allem Aufmerksamkeit geschenkt werden. Die Anhänger der Schadensersatzlösung⁷²⁾ können mit Recht darauf verweisen, daß bei ihrer Konstruktion der Konflikt mit dem Legalitätsgrundsatz gar nicht auftritt und eine Versöhnung *Forsthoffs* mit der Rechtsprechung erreicht wird.

⁷⁰⁾ Die Beziehungen zwischen dem vom Gesetzgeber gewährten „abstrakten“ Vertrauensschutz zu dem von der Rechtsprechung gewährten „konkreten“ Vertrauensschutz sind anschaulich ablesbar aus BVerwGE 41, S. 38 ff.

⁷¹⁾ Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10. Aufl. München 1973, S. 262 f.

⁷²⁾ Vgl. Zeidler a. a. O.; Lenz a. a. O., S. 42 f.; Jürgen Wirth, Ein neuer Gedanke zur Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte, DÖV 1960, S. 173 ff.; Walter Scheerbarth, Ist im Verwaltungsrecht die Hermeneutik auf Abwegen, DVBl. 1960, S. 185 (186 f.); Carl Hermann Ule, Hat sich der Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg bewährt? DVBl. 1960, S. 609 (614); auch Ulrich Scheuner, Die neuere Entwicklung des Rechtsstaates in Deutschland, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben (Festschrift Deutscher Juristentag), Karlsruhe 1960, Bd. 2, S. 229 (253 f.); Walter Schmidt a. a. O. (JuS 1973), S. 534; Becker-Luhmann a. a. O., S. 116 ff.

Außerdem kann dem Verbot ungleicher Begünstigung (Art. 3 GG) bei dieser Lösung besser Rechnung getragen werden. Auf der anderen Seite sind von Seiten der Betroffenen sehr häufig immaterielle Interessen im Spiel, die nicht ohne weiteres durch eine Geldentschädigung ausgeglichen werden können. Auch ist das Argument von *Becker* und *Luhmann*⁷³⁾ durchaus beachtlich, daß die Korrektur von Fehlern um jeden Preis meistens neuen Schaden anrichte und man deshalb die Fehler in gewissem Umfang besser legalisieren solle.

Für die Beantwortung der Frage, ob Bestandsschutz oder Vertrauensschaden zu gewähren ist, muß auf die erwähnten Grundlagen des Vertrauensschutz-Prinzips zurückgegriffen werden. Wenn dieses Prinzip ein mit zahlreichen Einzelvorschriften und Verfassungsprinzipien in Beziehung stehender allgemeiner Grundsatz ist, so kommt es darauf an, den zugrundeliegenden Vorschriften im einzelnen nachzugehen und zu untersuchen, ob sie mehr dem Bestandsschutz oder mehr dem Schadensersatz den Vorzug geben.

b) *Materialien*

Das *Bürgerliche Recht*, auf das wegen der Herleitung des Vertrauensgrundsatzes aus Treu und Glauben vielfach rekurriert wird⁷⁴⁾, kann im Verwaltungsrecht wegen des Überordnungsverhältnisses und des Vorrangs der öffentlichen Interessen nur sehr bedingt herangezogen werden. Immerhin ist bemerkenswert, daß bei irrtümlich abgegebenen Willenserklärungen die Anfechtung ohne Rücksicht auf das Vertrauensinteresse des Partners zugelassen wird (§ 119 BGB) und dieser nur Ersatz des Vertrauensschadens fordern kann (§ 122 BGB). Im gegenteiligen Sinne könnte man allenfalls die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb, die Ersitzung und die Verjährung zitieren; doch erschiene mir eine solche Argumentation etwas weit hergeholt⁷⁵⁾.

Hält man sich an das *öffentliche Recht*, so kann der am Anfang stehende Grundsatz „Dulde und liquidiere“ (§§ 74, 75 Einl. ALR) im Zeitalter grundrechtlich gesicherter Abwehrrechte gegen staatliche Eingriffe (Art. 19 Abs. 4 GG) allein keine zuverlässige Auskunft mehr geben. Die von *Walter Schmidt* unter der Devise „Vertrauensschutz ist Vermögensschutz“ befürwortete weitgehende Anlehnung an Art. 14 GG⁷⁶⁾ liefert ebenfalls keine klare Antwort, weil sich nach Art. 14

⁷³⁾ *Franz Becker — Niklas Luhmann*, a. a. O. (Anm. 41), S. 9/10.

⁷⁴⁾ *Z. B. Stich* a. a. O., S. 36 f.; *Lenz* a. a. O., S. 16 ff.

⁷⁵⁾ Das gilt besonders für die Ausführungen von *Stich* a. a. O.

⁷⁶⁾ A. a. O. (JuS 1973), S. 532.

Abs. 3 GG der Bürger sowohl gegen die Enteignung wehren als auch, wenn er die Enteignung dulden muß, Entschädigung fordern kann. Entscheidend ist jedoch, daß Art. 14 Abs. 3 GG die Zulässigkeit der Enteignung ausschließlich vom „Wohl der Allgemeinheit“, also von der Intensität des öffentlichen Interesses abhängig macht, nicht aber vom individuellen Interesse des Betroffenen an der Erhaltung seines Eigentums; diesem Interesse wird nur durch die Entschädigung und bei der Bemessung der Entschädigung Rechnung getragen. Entsprechend müßte bei der Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte die Frage der Rücknahme allein vom öffentlichen Interesse abhängig sein, während sich der Vertrauensschutz nur auf die Entschädigung auswirken könnte⁷⁷⁾.

In den *Wirtschaftsgesetzen* findet sich auffälligerweise bis heute keine Bestimmung, welche die Rücknahme einer Erlaubnis oder Konzession vom Vertrauensinteresse des Betroffenen oder einer Abwägung dieses Interesses mit dem öffentlichen Interesse abhängig macht. Allerdings ist die Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte nur selten und dann oft noch unvollständig geregelt⁷⁸⁾; im Vordergrund steht gewöhnlich die Regelung des Widerrufs, der aber auch niemals vom Vertrauensinteresse des Betroffenen abhängig gemacht wird, sondern — wenn auch nur gegen Entschädigung — zulässig ist⁷⁹⁾. Allerdings stehen Rücknahme und Widerruf oft im Ermessen der Behörde, und im Rahmen der Ermessensentscheidung kann sicherlich auch das jeweilige Interesse des Betroffenen berücksichtigt werden.

Im Baurecht finden sich noch immer die starren Regeln der Bauordnungen, die eine Rücknahme fehlerhafter Baugenehmigungen ohne Einschränkung zulassen⁸⁰⁾ und folglich zur hier aufgeworfenen Frage nichts aussagen. Im Bauplanungsrecht herrscht dagegen durchweg der Grundsatz, daß Planänderungen im öffentlichen Interesse unabhängig vom Vertrauensschutz der Betroffenen zulässig sind, aber gegebenenfalls Ersatzansprüche auslösen⁸¹⁾.

Das Sozialrecht ist seit längerem einen anderen Weg gegangen und hat die Rücknahme fehlerhafter Bewilligungen regel-

⁷⁷⁾ So tendiert wohl nicht zufälligerweise *Walter Schmidt* a. a. O. deutlich zur Entschädigungslösung.

⁷⁸⁾ Vgl. z. B. § 30 AWiG oder § 15 GastG (vgl. dazu Anm. 49).

⁷⁹⁾ Vgl. §§ 12, 19c WHG; §§ 17, 18 AtomG; § 53 GewO.

⁸⁰⁾ Vgl. § 77 HessBauO usw.; dazu *Scheerbarth*, a. a. O., S. 89.

⁸¹⁾ Vgl. § 44 BBauG, § 16 HessLandesPlanungsG usw. — Bei der Novellierung des BBauG wird sich diese Tendenz getreu dem Vorbild des StBauFG eher noch verstärken.

mäßig überhaupt nicht zugelassen, sondern sie im Sinne eingetretener Rechtskraft für unabänderlich erachtet⁸²⁾, ein Grundsatz, der inzwischen in § 77 SGG allgemein verankert ist.

Berücksichtigt man noch, daß auch die früheren allgemeinen Verwaltungsgesetze keine Einschränkung der Rücknahme wegen des Vertrauensschutzes vorsahen⁸³⁾, so spricht deshalb — insgesamt gesehen — das Gesetzesmaterial ganz überwiegend gegen die von der Rechtsprechung vorgenommene Berücksichtigung des Vertrauensschutz-Prinzips schon bei der Rücknahme eines fehlerhaften Verwaltungsaktes. Anders regeln die Dinge nur der Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes⁸⁴⁾ und § 116 Schl.-Hst. AVG, immerhin — gegenüber der Rechtsprechung — mit der bemerkenswerten Einschränkung, daß Verwaltungsakte, die keine Geld- oder Sachleistung betreffen, unabhängig vom Vertrauensschutz zurückgenommen werden dürfen, allerdings gegen Ersatz etwaigen Vertrauensschadens⁸⁵⁾.

In welche Richtung deuten nur die allgemeinen Prinzipien, die mit dem Vertrauensschutz-Prinzip in Beziehung stehen? Das *Rechtsstaatsprinzip* streitet qua Gesetzmäßigkeit und Rechtssicherheit gegen die Berücksichtigung des subjektiven Vertrauensschutzes bei der Entscheidung über die Rücknahme eines fehlerhaften Verwaltungsaktes, womit indirekt die Schadensersatz-Lösung nahegelegt wird. In diesem Sinne argumentiert *Forsthoff*⁸⁶⁾, der Rechtsstaat gebe selbst auf, wenn er die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung durch das Vertrauensinteresse des einzelnen relativiere. Diese Argumentation erscheint jedoch problematisch; denn wenn es um die Rücknahme fehlerhafter Verwaltungsakte geht, ist der Fehler, also der Verstoß gegen das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, bereits geschehen und als Faktum in die Welt getreten. Es geht nunmehr, wie *Becker* und *Luhmann* zutreffend hervorheben⁸⁷⁾, um

⁸²⁾ Näheres mit Nachweisen bei *Wolfgang Rübner*, Die Rechtsformen der sozialen Sicherung und das Allgemeine Verwaltungsrecht, VVdStRL H. 28 (1970), S. 187 (208 ff.), bei *Lenz* (a. a. O., S. 1) und bei *Stich* a. a. O. (S. 23 ff.). Vgl. auch §§ 213, 1744 RVO.

⁸³⁾ Vgl. § 143 Thür. LVO von 1926; § 42 PrPVG.

⁸⁴⁾ Frühere Fassung: § 37; inzwischen § 44 des Regierungsentwurfs eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, BT-Drucks. 7/910.

⁸⁵⁾ Die Amtliche Begründung zum Regierungsentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (BT-Drucks. 7/910, S. 68 ff., S. 71 zu § 44) betont ebenso wie die frühere Begründung zu § 37 des Musterentwurfs (2. Aufl. 1963, S. 173), daß dieser Weg des Interessenausgleichs rechtsstaatlichen Anforderungen besser entspreche als die von der Rechtsprechung entwickelte Lösung. Damit wird die im Text vertretene Ansicht gestützt.

⁸⁶⁾ Lehrbuch a. a. O., S. 263.

⁸⁷⁾ A. a. O., S. 9 ff.

die Korrektur des geschehenen Fehlers, um die Rückabwicklung, die nicht immer und ausschließlich in der Rücknahme des fehlerhaften Aktes bestehen muß. So werden nach § 79 BVerf-GG selbst Entscheidungen, die auf verfassungswidrigen Gesetzen beruhen, teilweise aufrecht erhalten⁸⁸⁾. Erst recht wird man bei der Korrektur administrativer Fehler sorgfältig zu prüfen haben, ob dem Rechtsstaat mit der Rückgängigmachung des Verwaltungsaktes oder mit der Legalisierung des Fehlers besser gedient ist. Es bestehen deshalb Bedenken, aus dem Rechtsstaatsprinzip mehr abzuleiten als die Forderung nach einer Fehlerkorrektur, die soweit wie möglich den gesetzmäßigen Zustand herstellt, aber auch den Gedanken der Rechtskraft oder Bestandskraft und den Grundsatz des erworbenen Rechts berücksichtigt. Würde sich aus dem Rechtsstaatsprinzip mehr ergeben, nämlich das Verbot einer Billigkeitsregelung je nach Lage des Einzelfalles, so müßte übrigens § 116 Schl.-Hst. AVG wegen Verstoßes gegen das Rechtsstaatsprinzip teilweise verfassungswidrig sein, was aber noch niemand behauptet hat. Das Rechtsstaatsprinzip richtet sich vor allem an den Gesetzgeber und verlangt, daß dieser mehr als bisher regelnd tätig wird und das Problem der Fehlerkorrektur nicht überwiegend der Rechtsprechung überläßt⁸⁹⁾. Für die im Augenblick zu lösende Frage nach dem Vorrang von Bestandsschutz oder Schadenersatz gibt das Rechtsstaatsprinzip jedoch keinen klaren Aufschluß.

Aus dem *Sozialstaatsprinzip* läßt sich noch weniger Klarheit gewinnen und wohl nur der Grundsatz ableiten, daß die Korrektur von Verwaltungsfehlern und die Änderung von Verwaltungsplänen nicht auf Kosten derer gehen darf, die von diesen Verwaltungsentscheidungen sozial abhängig sind. Auch die Einbeziehung von *Grundrechtserwägungen* trägt nur wenig zur Klärung der Frage bei. Das Prinzip des Freiheitsschutzes streitet vielleicht, insoweit ist *Grabitz* recht zu geben, für eine Begrenzung der freien Rücknahme von Verwaltungsakten, fordert aber keineswegs grundsätzlich die Bevorzugung des Bestandsschutzes vor dem Schadenersatz, wie bereits anhand von Art. 14 Abs. 3 GG gezeigt wurde⁹⁰⁾. Vor allem ist der Grundsatz der Gleichbehandlung nicht ohne Bedeutung für das Problem: Art. 3 GG verbietet anerkanntermaßen auch die ungleiche Begünsti-

⁸⁸⁾ Näheres bei *Maunz-Sigloch-Schmidt-Bleibtreu-Klein*, BVerf-GG, § 79, Anm. 3.

⁸⁹⁾ Insofern ist der im Sommer 1973 beim Bundestag eingebrachte, soeben erwähnte Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes begrüßenswert.

⁹⁰⁾ Vgl. die Bemerkungen eingangs dieses Abschnitts.

gung einzelner⁹¹⁾), und es ist in diesem Sinne keineswegs gerecht, daß jemand eine Begünstigung nur deshalb auf Kosten aller und unter Bevorzugung gegenüber anderen Betroffenen soll behalten dürfen, weil zufällig in seinem Fall ein Fehler bei der Bewilligung unterlaufen ist. Denn alle anderen, die nicht in den „Genuß“ eines Verwaltungsfehlers gekommen sind, müssen sich mit der gesetzlich vorgesehenen Position auch abfinden⁹²⁾). Wohl aber kann der durch einen Verwaltungsfehler Betroffene erwarten, daß ihm der Schaden ersetzt wird, den er durch Dispositionen im Vertrauen auf die Beständigkeit der Bewilligung erlitten hat, wobei eine *compensatio lucri cum damno* angemessen erscheint. Darin liegt dann keine ungleiche Bevorzugung, sondern die adäquate Abwicklung der fehlerhaften Situation.

Insgesamt gesehen sprechen deshalb verfassungsrechtliche und allgemeine Erwägungen nicht gegen, sondern eher für die Berücksichtigung des Vertrauensschutzes durch Ersatz des Vertrauensschadens und nicht durch Aufrechterhaltung gesetzwidriger Akte. Im Ergebnis neige ich deshalb zu der These, daß der Gedanke des Vertrauensschutzes jedenfalls in der Regel nicht die Aufrechterhaltung eines rechtswidrigen Aktes oder einer dem öffentlichen Interesse widersprechenden Rechtslage gebietet, sondern für den Betroffenen nur einen Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens fordert. Allerdings ist das kein Verfassungsgebot, so daß der Gesetzgeber die Dinge je nach der Sachlage und ihrer Beurteilung auch anders regeln darf.

c) Die Rechtsprechung

Nun ist nicht zu übersehen, daß die Rechtsprechung vor allem des Bundesverwaltungsgerichts und die ihr folgende herrschende Lehre, ferner z. T. der Regierungsentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes sowie das Schl.-Hst. AVG grundsätzlich zur Gegenansicht zu zählen sind. Aber diese Gegnerschaft ist bei Lichte besehen nicht so dezidiert, wie sie zunächst erscheint.

Die Rechtsprechung zur Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte bewegte sich bis vor kurzem überwiegend auf dem Felde sozialer Entschädigungs- oder Versorgungsleistungen, bei denen zumindest für den Betroffenen zwischen dem Ersatz des Vertrauensschadens und der Aufrechterhaltung der Begünstigung in Höhe des Vertrauensschadens kein Unterschied be-

⁹¹⁾ Vgl. als besonders deutliches Beispiel OVG Berlin DVBl. 1967, S. 92 ff.

⁹²⁾ So mit Recht Mainka, a. a. O., S. 39.

steht. Die Gerichte konnten also im Grunde ebenso den Entschädigungsgedanken zugrunde legen, und sie haben sich auch — trotz gelegentlicher gegenteiliger Beteuerungen⁹³⁾ — immer wieder am Gedanken des Vertrauensschadens orientiert. Das zeigt nicht nur die Betonung des Prinzips der Teilbarkeit der Rücknahme (nämlich *soweit* das Vertrauen schutzwürdig ist), das zeigen auch der Ausschluß des Vertrauensschutzes, wenn der Begünstigte noch nicht disponiert hat⁹⁴⁾, der Hinweis auf § 818 Abs. 3 BGB als Niederschlag des Vertrauensschutzgedankens⁹⁵⁾ und schließlich die Äußerung eines am Witwenfall beteiligten Richters des OVG Berlin, man habe in diesem Streitfall „den im §§ 119 ff. BGB enthaltenen Grundsatz, daß der Vertrauensschaden zu ersetzen sei und dieser ausnahmsweise die Höhe des Erfüllungsinteresses erreichen könne, entsprechend angewandt“⁹⁶⁾. Die Rechtsprechung hat sich dabei offenbar von dem Bestreben leiten lassen, dem Betroffenen möglichst in dem anhängigen Verfahren vollen Rechtsschutz zu gewähren und ihn nicht auf eine erneute Gegenwehr gegen die Rückforderung erhaltener Leistungen oder auf eine erneute Schadensersatzklage vor dem Zivilgericht zu verweisen.

Damit zeigt sich wieder einmal, welche Folgen die Aufspaltung des Rechtswegs für Abwehr- und Entschädigungsansprüche⁹⁷⁾ im öffentlichen Recht nach sich zieht. Es handelt sich nämlich bei der Aufrechterhaltung des rechtswidrigen Verwaltungsaktes anstelle der Zubilligung von Vertrauensschaden im Grunde um den Versuch einer Verfahrensvereinfachung, die *Walter Schmidt*⁹⁸⁾ jüngst mit dem Grundsatz „*dolo petit, qui petit, quod statim rediturus sit*“ zu untermauern suchte. Ich sehe mich in dieser Betrachtung vor allem durch ein neueres Urteil des Bundesverwaltungsgerichts bestätigt⁹⁹⁾, das die Rücknahme der Bewilligung einer Ausbildungshilfe aufgehoben hat, weil der betroffenen Person die Hilfe im Endergebnis auf jeden Fall zustehe, wenn auch zulasten eines anderen behördlichen

⁹³⁾ Vgl. etwa BVerwGE 9, S. 251 (255).

⁹⁴⁾ Vgl. besonders BVerwGE 17, S. 335 ff. (auch 10, S. 158).

⁹⁵⁾ Vgl. BVerwGE 20, S. 295 (299 f.); 36, S. 108 (113).

⁹⁶⁾ Diskussionsbeitrag in: Wandlungen der rechtsstaatlichen Verwaltung, Berlin 1962 (Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 13), S. 198.

⁹⁷⁾ In diesem Zusammenhang ist zu begrüßen, daß der im Oktober 1973 erschienene Kommissionsbericht „Reform des Staatshaftungsrechts — Entwürfe eines Staatshaftungsgesetzes und einer Grundgesetzänderung mit Begründungen“ unter Änderung von Art. 14 und 34 GG die Zuständigkeit für Abwehr- und Entschädigungsklage zusammenfassen will (§ 24 StHG-Entwurf).

⁹⁸⁾ A. a. O. (JuS 1973), S. 534.

⁹⁹⁾ BVerwGE 36, S. 252 (255).

Kostenträgers; der Zuständigkeitsstreit solle nicht auf dem Rücken des Bürgers ausgetragen werden.

Es kommt hinzu, daß es nach geltendem Recht bisher keinen positivrechtlich geregelten Ausgleichsanspruch gibt, der den Vertrauensschaden mit der nötigen Gewißheit allgemein abdeckt. Die Rechtsprechung zum Entschädigungsrecht hat sich bislang mit dem Gedanken des Vertrauensschutzes fast gar nicht befaßt oder ihn — wie beim Plangewährleistungsanspruch — eher verworfen¹⁰⁰). Unter diesen Umständen ist es verständlich, daß die Verwaltungsgerichte versuchen, das Manko auszugleichen und gleichsam im Wege der Aufrechnung selbst die Entschädigung zu gewähren¹⁰¹).

Wenn aber der rechtswidrige Verwaltungsakt nicht die Bewilligung einer Geldleistung zum Inhalt hat, sondern eine Bauerlaubnis, eine gewerbliche Erlaubnis oder gar eine immaterielle Begünstigung, dann versagt die von der Rechtsprechung entwickelte „Aufrechnungstheorie“. Dennoch hat das Bundesverwaltungsgericht¹⁰²) kürzlich in einem Einbürgerungsfall dem Betroffenen Vertrauensschutz im Sinne der Aufrechterhaltung der deutschen Staatsangehörigkeit zugebilligt, eine höchst problematische Entscheidung, zumal es dem Betroffenen anscheinend im wesentlichen um materielle Belange ging, die durchaus im Entschädigungswege abgeltbar waren. Die Entscheidung steht nicht nur im Widerspruch zu § 44 Abs. 3 Regierungsentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes¹⁰³), sondern zeigt auch besonders deutlich die Gefahren, die sich aus der Aufweichung des Vorrangs des öffentlichen Interesses ergeben: Ob die Einbürgerung eines gefährlichen Politikers zurückgenommen werden kann oder nicht, kann eine Lebensfrage werden; die bloße Entschädigungspflicht läßt diese Probleme nicht aufkommen.

Zusammenfassend kann daher festgestellt werden: Nach dem Gedanken des Vertrauensschutzes ist Bestandsschutz nur ausnahmsweise zu gewähren, wenn das öffentliche Interesse nicht entgegensteht; im übrigen ist nur die Gewährung einer ausgleichenden Entschädigung in Geld gerechtfertigt.

¹⁰⁰) Vgl. BGHZ 45, S. 83 (87 ff.): Nur „besondere Umstände“ rechtfertigen qua Vertrauensschutz eine Entschädigung.

¹⁰¹) In dieser Hinsicht bringt auch der (in Anm. 97 erwähnte) Entwurf eines Staatshaftungsgesetzes keine Wende, wohl aber kann der im Entwurf des Verwaltungsverfahrensgesetzes (BT-Drucks. 7/910, § 44 Abs. 3) vorgesehene Entschädigungsanspruch zur Lösung des Problems führen.

¹⁰²) DÖV 1973, S. 417.

¹⁰³) A. a. O. (Anm. 101); ebenso § 116 Abs. 3 Schl.-Hst. AVG.

6. Rechtspolitische Folgerungen

Ein Bericht über das geltende Recht muß nicht unbedingt in rechtspolitische Überlegungen münden. Aber angesichts der bereits vorliegenden Reformentwürfe¹⁰⁴⁾ sind doch einige kurze Hinweise dazu angebracht, welche Folgerungen Rechtspraxis und Gesetzgebung aus der gegebenen Situation ziehen sollten.

Der Verwaltungsrechtsprechung kann wegen der Schwächen des geltenden Entschädigungsrechts kaum empfohlen werden, ihre Linie aufzugeben. Sie würde damit nur die Betroffenen schutzlos lassen. Der Gesetzgeber müßte eingreifen. Nach den von mir entwickelten Vorstellungen würde sich für das Rücknahmeproblem etwa folgende Regelung¹⁰⁵⁾ empfehlen:

a) Die Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte ist nach Maßgabe des öffentlichen Interesses zulässig, aber nur *uno actu* mit der Zubilligung einer etwa durch den Vertrauensschutz geforderten Entschädigung (Junctim-Klausel in Anlehnung an Art. 14 Abs. 3 GG). Im Streitfalle entscheiden die Verwaltungsgerichte über die Rücknahme und die Entschädigung. (Das bedeutet den Übergang von der versteckten zur offenen Aufrechnung).

b) In bestimmten Fällen, beispielsweise bei gestaltenden¹⁰⁶⁾ und bei solchen Verwaltungsakten, die in einem förmlichen Verfahren ergehen oder von Kollegialorganen erlassen werden, sollte die Rücknahme überhaupt ausgeschlossen und gegebenenfalls nur die Wiederaufnahme des Verfahrens aus schwerwiegenden Gründen zugelassen werden (evtl. nur binnen einer bestimmten Frist).

c) Wenn der Gesetzgeber in Ausnahmefällen doch den Vertrauensschutz bei der Rücknahme selbst beachtet sehen will, sollte er die Rücknahme in das Ermessen der Behörde stellen und vorschreiben, daß im Rahmen der Ermessensausübung das Vertrauen des Betroffenen auf die Gültigkeit des Verwaltungsaktes zu berücksichtigen ist.

Mit einer solchen ausführlichen Regelung würde aller Voraussicht nach auch der Entwicklung des Plangewährleistungsanspruches gedient sein. Nicht zuletzt deshalb sollte der Regierungsentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes noch erweitert und ausführlich erörtert werden.

¹⁰⁴⁾ Neben *Becker-Luhmann*, a. a. O., S. 120 ff. ist vor allem der mehrfach erwähnte Regierungsentwurf eines *Verwaltungsverfahrensgesetzes* (Anm. 101) zu nennen.

¹⁰⁵⁾ In ähnlichem Sinne bereits *Becker-Luhmann*, a. a. O., S. 120 ff.

¹⁰⁶⁾ Vgl. BVerwGE 29, S. 314.

Leitsätze des Mitberichterstatters über:

Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht

I. 1. Mit dem Gedanken des Vertrauensschutzes wird auf allgemeine Grundlagen des Rechts zurückgegriffen.

2. Das Vertrauensschutz-Prinzip im Verwaltungsrecht wird aus sehr unterschiedlichen Grundsätzen hergeleitet, insbesondere aus Treu und Glauben, aus dem Rechtsstaatsprinzip (Rechtssicherheit) und aus den Grundrechten. Diese Ableitungsversuche überzeugen sämtlich nicht.

3. Das Vertrauensschutz-Prinzip ist vielmehr ein eigenständiger Rechtsgrundsatz, der sich mit den genannten Rechtsprinzipien jeweils teilweise überschneidet.

4. Das Vertrauensschutz-Prinzip ist kein Verfassungsprinzip und kann nicht Grundlage einer erweiternden Verfassungsauslegung sein. Es genießt keinen Vorrang gegenüber den Gesetzen, sondern ist von der Anerkennung oder mindestens der Duldung durch den Gesetzgeber abhängig.

II. 1. Das Vertrauensschutz-Prinzip hat seinen „Siegeszug“ zwar erst nach dem Zweiten Weltkrieg angetreten, doch haben Rechtsprechung und Lehre im Zusammenhang mit der Widerrufs- (Rücknahme-) Problematik auf der Grundlage ähnlicher Überlegungen den Gedanken des Vertrauensschutzes schon früher herausgearbeitet.

2. Die Gesetzgebung hat dagegen niemals ausdrücklich an das Prinzip des Vertrauensschutzes angeknüpft.

III. 1. Der heutige Anwendungsbereich des Vertrauensschutz-Prinzips im Verwaltungsrecht ist uneinheitlich und läßt sich nicht unter wenige tragende Oberbegriffe gruppieren. Man kann die Anwendungsfälle nur aufzählen.

2. Das Vertrauensschutz-Prinzip spielt vor allem eine Rolle bei

a) Rücknahme und Widerruf von begünstigenden Verwaltungsakten (mit einigen Randfragen)

b) Zusagen

c) Verwirkung

d) Gleichbehandlung im Unrecht

e) Plangewährleistung

f) Änderung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften

3. Dagegen ist der Vertrauensschutz bisher kaum ins Spiel gebracht worden bei

- a) Öffentlich-rechtlichen Verträgen
- b) Veränderung öffentlicher Sachen und öffentlicher Einrichtungen
- c) Eigentumsschutz und enteignungsgleichen Eingriffen

IV. 1. Eine der wichtigsten Grundfragen beim Vertrauensschutz ist nach wie vor die, ob dieses Prinzip die Aufrechterhaltung rechtswidriger Verwaltungsakte fordert oder nur für einen Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens streitet.

2. Die Gesetzgebung und die Grundprinzipien, die das Vertrauensschutz-Prinzip mittragen, tendieren überwiegend dahin, daß nur der Ersatz des Vertrauensschadens zuzubilligen ist. Auch die Rechtsprechung hat sich im Grunde am Entschädigungsprinzip orientiert, gewährt die Entschädigung jedoch im Interesse der Verfahrensvereinfachung in Form der Aufrechterhaltung des begünstigenden Verwaltungsaktes.

V. Für den Gesetzgeber empfiehlt sich:

- a) Die Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte sollte nur vom öffentlichen Interesse abhängig gemacht werden, aber nur bei gleichzeitigem Ersatz des Vertrauensschadens zulässig sein.
- b) In geeigneten Fällen sollte die Rücknahmemöglichkeit im Interesse der Rechtssicherheit überhaupt entfallen.
- c) Wo der Vertrauensschutz ausnahmsweise Bestandsschutz verlangt, sollte der Behörde ein Ermessensspielraum eingeräumt werden.

3. Aussprache und Schlußworte

Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht

Vorsitzender (Rupp): Ich eröffne die Diskussion. Herr *Bachof* hat sich gemeldet. Ich darf um seinen Beitrag bitten.

Bachof: Ich finde es sehr dankenswert, daß die beiden Referenten nicht in der Fülle des Materials ertrunken sind, sondern daß sie gleich die zentrale Frage gestellt haben: Gibt es überhaupt so etwas wie ein einheitliches Vertrauensschutzprinzip? Ist der Ausdruck Vertrauensschutz mehr als eine Leerformel für eine Fülle heterogenster Erscheinungen? Und *wenn* es ein solches einheitliches Prinzip gibt: woraus ist es herzuleiten und wie ist es dogmatisch zu begründen?

Herr *Kisker* hat in einem Leitsatz an einer etwas versteckten Stelle den m. E. entscheidenden Gesichtspunkt für die Antwort richtig getroffen. Auch Herr *Püttner* hat — zwar nicht in einem Leitsatz, aber im Text des Referats — Ähnliches gesagt. Ich meine Herrn *Kiskers* Leitsatz III A 2 b: Bestandsgarantie aus Veranlassung „leitet sich aus der Überlegung ab, daß das Risiko dort liegen muß, wo die Entscheidung fällt“. Ich meine freilich, das sollte nicht nur für die Bestandsgarantie „aus Veranlassung“ gelten; es gilt vielmehr, vielleicht mit unterschiedlicher Intensität, grundsätzlich auch für die Bestandsgarantien „kraft Zusage“ und „für ins Werk gesetzte Chancen“. Das ist in der Tat der springende Punkt: Die Entscheidungsbefugnis der Verwaltung verlangt die Übernahme des aus der Entscheidung resultierenden Risikos.

Daraus ergibt sich schon meine Zustimmung zu Herrn *Püttners* Leitsatz I 3. Das Vertrauensschutz-Prinzip läßt sich in der Tat nicht nur aus Treu und Glauben, Rechtssicherheit und Grundrechten ableiten, sondern ist ein eigenständiger Rechtsgrundsatz. Im Gegensatz zu ihm halte ich diesen Grundsatz aber doch für verfassungsrechtlich abgesichert. Je stärker der von der öffentlichen Gewalt ausgehende Zwang ist, je mehr sie deshalb das Verhalten des einzelnen bindet, je abhängiger der einzelne in seinen eigenen Dispositionen und Entscheidungen von einer Entscheidung der öffentlichen Hand ist, um so stärker ist er darauf angewiesen, auf die Zuverlässigkeit dieser Entscheidung vertrauen zu dürfen. Ich meine deshalb, daß sich bei der Eingriffsverwaltung aus Art. 3 I GG und den übrigen Freiheitsrechten, und daß sich bei der Lei-

stungsverwaltung aus Art. 3 GG ergibt, daß die einseitige Bestimmungsgewalt des Staates (sei es durch Gesetze, sei es durch Verwaltungsmaßnahmen) überhaupt nur erträglich und mit der Rechtsstaatlichkeit verträglich ist, wenn ihr ein Recht des einzelnen auf eine gewisse Beständigkeit staatlicher Maßnahmen korrespondiert. Der existentiell gewordenen Abhängigkeit des einzelnen von Entscheidungen der öffentlichen Gewalt muß ein Vertrauendürfen auf die Beständigkeit solcher Entscheidungen entsprechen; sicher nicht auf eine *absolute* Beständigkeit, wohl aber auf eine *abgestufte* je nach der Interessenlage. Im Prinzip ist das einfach die Kehrseite der staatlichen Entscheidungsgewalt, ihres einseitigen Bestimmendürfens, des Abhängig-machens der Entscheidung des einzelnen von der staatlichen Entscheidung. Insofern ist das Vertrauensschutz-Prinzip doch wohl verfassungsrechtlich abgesichert. Damit sind sicher keine scharfen Konturen dieses Prinzips gegeben, es handelt sich eben nur um einen Grundsatz. Ich stimme Herrn *Püttner* deshalb zu, wenn er meint, es sei Aufgabe der Gesetzgebung, die einzelnen Anwendungsbereiche jenes Grundsatzes in abgestufter und differenzierter Weise näher zu bestimmen.

Abschließend möchte ich noch bemerken: Herr *Püttner* hat ganz am Ende seines Referats mit Recht darauf hingewiesen, daß der Vertrauensschutz nicht immer auf den *Bestand* eines eingeräumten Rechts gehen, sondern möglicherweise nur zur *Entschädigung* führen müsse, dies insbesondere bei *Anpassung* an veränderte Lagen sowie bei der Rücknahme rechtswidriger Maßnahmen. Er hat weiter zutreffend darauf aufmerksam gemacht, daß eine sachgerechte Lösung dieses Problems heute durch den in verschiedene Rechtswege auseinanderlaufenden Rechtsschutz erschwert wird; er hat deshalb einen einheitlichen Rechtsschutz gefordert. Das kann man nur unterstreichen. Ich darf darauf hinweisen, daß eine solche Vereinheitlichung eines der wichtigsten Anliegen der Staatshaftungskommission war, die ihren bereits im Druck befindlichen Entwurf eines Staatshaftungsgesetzes in der kommenden Woche den zuständigen Bundesministerien übergeben wird. Die Kommission ging davon aus, daß die Rechtswegvereinheitlichung eine schlechthin unabdingbare Voraussetzung sei, um überhaupt zu einer vernünftigen Gestaltung der Staatshaftung, der Folgenbeseitigung und des Rücknahmerechts zu kommen.

Wenger: Ich möchte unmittelbar an das anschließen, was Herr *Bachof* ausgeführt hat, nämlich an die Frage der Einseitigkeit der Willensbildung. Im österreichischen Recht haben

wir im allgemeinen eine stärkere Formalisierung des Verwaltungshandelns. Wir haben in unserem Verwaltungsverfahren für Bescheide im formellen Sinn grundsätzlich die Möglichkeit einer späteren Korrektur im administrativen Rechtsmittelverfahren. Nun möchte ich in diesem Zusammenhang an Herrn Püttners These 4 anknüpfen. Wenn man meint, einen gewissen Vertrauensschutz aus dem in Verfassungsrang stehenden Rechtsstaatsprinzip nicht ableiten zu können, dann stellt sich wohl die Frage: Muß man es gewissermaßen einfach hinnehmen, daß der einfache Gesetzgeber bei der Änderung der Rechtsposition der Bürger völlig freie Hand hat oder fordert nicht gerade die Einseitigkeit der hoheitlichen Staatswillensbildung in einer rechtsstaatlichen Demokratie, daß dann eben rechtspolitisch der Verfassungsgesetzgeber bemüht werden muß. Schließlich war die einseitige Bindung an die hoheitliche Staatswillensäußerung im vorkonstitutionellen Staat nur beim gerichtlichen Urteil gegeben. Daher auch dort schon damals die Rechtskraft. Der Übergang zum Verfassungsstaat hatte für das nichtgerichtsförmige Staatshandeln nicht zuletzt eine gerichtsförmige Regelung des Verwaltungsverfahrens und damit die Parteistellung des betroffenen Staatsbürgers zur Folge. Dies vor allem wegen der dem Rechtsstaatsprinzip immanenten Rechtssicherheit. Daher folgerichtig die Einführung der Rechtskraft auch für hoheitliche Verwaltungsakte etwa durch das österreichische AVG, die nur in den durch die §§ 68 ff. gedeckten Fällen, also nur *ausnahmsweise*, durchbrochen werden darf. Das gilt freilich nur für Verwaltungsentscheidungen, auf die das AVG Anwendung findet und die daher als förmliche Bescheide ergehen. Anders dagegen ist die Situation, wenn die Verwaltung z. B. in nicht dem Verwaltungsverfahren unterliegenden Subventions- oder Vergabeangelegenheiten irgendwelche Zusagen macht, die nicht den Charakter eines einklagbaren zivilrechtlichen Vertrages haben. Solche Zusagen gelten dann nach unserer herrschenden Meinung normalerweise als unverbindlich. Dennoch läßt sich nicht leugnen, daß jedenfalls faktisch auch solche rechtlich unverbindliche Zusagen ein bestimmtes Verhalten der betroffenen Bürger zur Folge haben. Wenn es aber dem einfachen Gesetzgeber freisteht, etwa eine Förderungsangelegenheit hoheitlich, das heißt bei uns so zu regeln, daß das AVG Anwendung findet, oder das Förderungsverhältnis privatrechtlich zu gestalten, dann gewinnt unter den gegebenen Umständen die Frage der rechtlichen Handlungsform für die Frage des Vertrauensschutzes eine zentrale Bedeutung. Deshalb habe ich in beiden Referaten ein näheres Eingehen

auf die *Formfrage* vermißt. Gerade wenn, wie im österreichischen Recht, bestimmte Rechtswirkungen einer Äußerung der Verwaltung davon abhängig sind, ob sie zufolge ihrer Formalisierung Bescheidcharakter hat, dann erhebt sich die Frage, ob nicht auch die Vorschrift, daß sie als staatliche Willensäußerung eine bestimmte Form haben *muß*, ein wesentliches Element des Vertrauensschutzes ist? Das gilt sowohl positiv als auch negativ. Negativ insofern, als bei Nichtvorliegen bestimmter Formerfordernisse der Rechtsunterworfene weiß, daß dann der an die Formvoraussetzungen gebundene Vertrauensschutz eben nicht gegeben ist.

Das gilt im übrigen nicht nur für die hoheitliche und für die nichthoheitliche Form individueller Verwaltungsakte, sondern auch für die unterschiedlichen Folgen von individuellen und generellen hoheitlichen Verwaltungsakten. Auch hier gibt es nämlich vereinzelt Austauschmöglichkeiten. Herr *Püttner* kennt, weil wir seinerzeit in Wien darüber diskutiert haben, das Problem von den in unseren baurechtlichen Vorschriften vorgesehenen Flächenwidmungsplänen. Bis zum Jahre 1937 qualifizierte der Verwaltungsgerichtshof den Flächenwidmungsplan als Sammelbescheid, nach einem Festhalten an dieser Judikatur im Jahre 1951 und 1953 übernahm 1954 auch der Verfassungsgerichtshof diese Rechtsansicht. Die rechtliche Folge dieser neueren rechtlichen Qualifikation, die ich für unrichtig halte, ist, daß der betroffene Staatsbürger sich nun gegen Eingriffe in seine Rechtsphäre durch Flächenwidmungspläne nicht mehr oder lediglich über komplizierte Umwege wehren kann, weil er zu Beschwerden gegen gesetzwidrige Verordnungen keine Antragslegitimation besitzt. Auch hier zeigt sich, daß der formalen Qualifikation von Staatsakten eine Schutzfunktion innewohnt. Diese sollte man bei der Erörterung des Vertrauensschutzes im Verwaltungsrecht daher auch entsprechend berücksichtigen. Die stärkere Formalisierung mag zwar auf der anderen Seite der Verwaltungspraxis auch bestimmte Schwierigkeiten bereiten. Diese ändern aber nichts an der entscheidenden Tatsache, daß sich in solchen Fällen das zuständige Staatsorgan über die möglichen Folgen formalisierter Entscheidungen klar sein und unter dem Druck klarer Verantwortung entscheiden muß.

Zuletzt noch ein Hinweis zum Problem Vertrauensschutz — Legalität — Opportunität. Nach § 68 Abs. 2 und Abs. 3 AVG ist die Wiederaufnahme eines Verfahrens nur noch aus ganz schwerwiegenden Gründen zulässig. Damit hat der Verfahrensgesetzgeber dem Umstand Rechnung getragen, daß das praktische Bedürfnis nach strenger Legalität der Verwaltungsent-

scheidungen mit dem Zeitablauf geringer wird. Bei gewissen weniger schwerwiegenden Rechtswidrigkeiten nimmt man es gewissermaßen in Kauf, das „Gras darüber wächst“. Auch darauf sollte man in der Diskussion über Vertrauensschutz und Legalität später vielleicht noch einmal zurückkommen.

Rüfner: Ich war etwas erstaunt darüber, daß Herr *Püttner* die verfassungsrechtliche Fundierung des Vertrauensgrundsatzes so klar abgelehnt hat. Ich meine doch, daß wir die Berechenbarkeit des staatlichen Handelns zu den Grundprinzipien des Rechtsstaats rechnen. Von daher ist m. E. eine Fundierung im Rechtsstaatsprinzip zu finden. Das hat große Bedeutung für das Verhältnis des Vertrauensgrundsatzes zu den einfachen Gesetzen, welchen Herr *Püttner* — von seiner Grundthese aus konsequent — den Vorrang einräumt. Ich will gern zugeben, daß die Rechtsprechung gelegentlich zu weit gegangen ist und gesetzliche Regelungen, welche dem Vertrauensschutz hinreichend Rechnung trugen, noch überspielt hat: Die Beamtenetze schützen den Beamten bereits vor der unberechtigten Rückforderung überbezahlter Dienstbezüge. Es ist nicht vertretbar, die Rücknahme des die ursprüngliche Zahlung deckenden Verwaltungsakts am Vertrauensschutz scheitern zu lassen.

Wichtiger und schwieriger sind die Probleme des Baurechts. Die Gesetze sind eindeutig, besonders eindeutig im Lande Schleswig-Holstein, wo Landesbauordnung und Landesverwaltungsgesetz mit divergierenden Regelungen für die Rücknahme beinahe gleichzeitig erlassen worden sind. Aber ich möchte doch fragen, ob wir die Rücknahmebestimmungen der Bauordnungen ohne weiteres hinnehmen können und wäre Herrn *Püttner* für eine Stellungnahme dazu dankbar.

Ich glaube, die Frage ist nur deshalb bisher nicht zum Schwur gekommen, weil die Interessenlage für die Behörden sehr unterschiedlich ist: Nehmen sie Verwaltungsakte, in denen rechtswidrig Geldleistungen bewilligt wurden, nicht zurück, so droht den handelnden Beamten der Regreß. Im Fall der rechtswidrigen Bauerlaubnis droht dagegen der Regreß gerade bei Rücknahme, denn sie deckt in aller Regel eine Amtspflichtverletzung auf. Die Behörden können darum kaum Neigung zeigen, rechtswidrige bestandskräftige Bauerlaubnisse zurückzunehmen.

H. P. Ipsen: Ist eine Zwischenbemerkung erlaubt?

Vorsitzender: Aber sicher.

H. P. Ipsen: Gestern haben wir im Verlauf unserer Diskussion allmählich festgestellt, wie nützlich es gewesen wäre,

wenn unsere beiden Herren Referenten die Ausländer, mit denen sie sich beschäftigten, ein wenig sortiert hätten nach diesen oder jenen Gruppen. Auch heute scheint mir Differenzierung sehr geboten; nach dem, was Herr *Rüfner* gesagt hat, noch mehr. Ich sehe einen großen Unterschied darin, ob die Frage eines Dispositionsschutzes in Betracht kommt zum Beispiel in dem berühmten Fall unserer Gefrierfleischimporteure aus dem Jahre 1932 — Streitwert 50 Millionen RM — oder in dem Fall, daß die Witwe eines H 3-Professors aus Versehen H 4-Bezüge erhalten hat. Wir hätten also die Lebensbereiche zu differenzieren, in denen es um die Geltung eines Vertrauensschutzes geht. In der ganzen weiteren Unterhaltung hier sollten wir in dieser Beziehung Unterschiede machen, etwa in der Art, wie Herr *Rüfner* das eben andeutete.

Achterberg: Ich möchte zunächst auf den Ausgangspunkt des zweiten Referenten eingehen. Herr *Püttner*, Sie haben bei der Frage nach dem Geltungsgrund oder den Geltungsgründen — Sie wollten wohl mehrere heranziehen — des Vertrauensschutzes bemerkt: Wenn für die Rücknahme eines Verwaltungsakts auf die Rechtsstaatlichkeit unter dem Gesichtspunkt der Gesetzmäßigkeit abgestellt werde, so könne die Rechtsstaatlichkeit nicht auch umgekehrt für die Einschränkung der Rücknahmemöglichkeit herangezogen werden. Ich lasse die innere Schlüssigkeit dieser These einmal dahinstehen; nicht befreunden kann ich mich von diesem Ausgangspunkt aus aber mit Ihrer weiteren These 4, der Vertrauensschutz sei kein verfassungsrechtliches Prinzip, sondern im unterrangigen Normenbereich angesiedelt. Wenn die Rücknehmbarkeit aus Verfassungsrecht folgt, kommen wir nicht umhin, auch ihre Einschränkung im Verfassungsrecht zu verorten. Was diesen Standort im Verfassungsrecht nun angeht, teile ich allerdings die von beiden Referenten vorgetragenen Bedenken gegen den an sich interessanten Lösungsversuch von Herrn *Schmidt* (JuS 73,529). Auch mir scheint die von ihm vorgenommene Verankerung des Vertrauensschutzes in Art. 14 GG auf einem unzulässig verkürzten Denkansatz zu beruhen. Zwar hebt auch der Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes hinsichtlich des Vertrauensschutzes auf Vermögensdispositionen ab, doch kann der in der Rücknahme eines begünstigenden Verwaltungsaktes liegende Eingriff nicht nur ein solcher in vermögenswerte, sondern auch ein solcher in nichtvermögenswerte Rechte sein; beispielsweise ist an Fragen der Staatsangehörigkeit zu denken. Um zu einer lückenlosen Absicherung verfassungsrechtlicher Natur zu kommen, müßte man also schon Art. 14 GG um Art. 2 GG ergänzen und bewegte sich

dann auf der von Herrn *Grabitz* (DVBl. 73,675) vorgezeichneten Linie. Die hiergegen sprechenden Bedenken sind indessen von Herrn *Püttner* schon herausgearbeitet worden. Hinzu kommt, daß auf dem Wege über die Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung gleichsam durch eine Hintertür wieder das Gesetzmäßigkeitsprinzip hereinkäme, auf das abzustellen man „*Forsthoff'schen Rigorismus*“ genannt hat.

Ich selbst neige zu einer anderen Lösung, die im Schrifttum — soweit ich sehe — noch nicht erörtert worden ist und die auch in den Referaten fast bis zum Schluß offengeblieben ist. Wenn ich sage: „fast bis zum Schluß“, dann soll das darauf hindeuten, daß sie bei Herrn *Püttner* am Ende anklang; aber auch Herr *Bachof* kam eben auf sie: nämlich auf die Heranziehung des Gleichheitssatzes. Ich meine — und insoweit stimme ich Herrn *Schmidt* zu —, daß man zur Abwehr der Rücknahme eines begünstigenden Verwaltungsakts, eines Eingriffs also, auf die Grundrechte verwiesen ist. Auch ich sehe mithin im Grundrechtsbereich den verfassungsrechtlichen Standort des Vertrauensschutzes, halte insoweit allerdings weniger den Freiheitsschutz als den Gleichheitsschutz für tragfähig — dies auch, um das Gleichheitsdefizit zu kompensieren, das sich bei einem Verzicht auf die begriffliche Generellität des Gesetzes ergibt. Das bedeutet, daß bei grundsätzlicher Bejahung der Rücknehmbarkeit auf Grund des Gesetzmäßigkeitsprinzips diese dann einzuschränken ist, wenn dem von der Rücknahme betroffenen Staatsbürger durch sie eine Ungleichbehandlung erwächst. Im Rahmen der dabei gebotenen Prüfung, ob Gleiches gleich behandelt wird oder Ungleiches ungleich zu behandeln ist, können alle Kriterien berücksichtigt werden, die für die Rücknahme sprechen — beispielsweise eine Erschleichung des Verwaltungsakts oder eine Einwilligung in die Rücknahme —, wie auch alle, die gegen sie sprechen — beispielsweise getroffene Vermögensdispositionen. Überdies ist es so möglich, anstelle eines starren „Alles oder Nichts“ zu Teilrücknahmen zu kommen: zur Rücknahme insoweit, wie unter Berücksichtigung des Gleichheitssatzes nicht voller, sondern nur teilweiser Fortbestand eines Verwaltungsakts geboten erscheint.

Walter Schmidt: Ich möchte den Zusammenhang von Vertrauensschutz und Grundrechtsschutz — so wie ich ihn sehe — noch etwas verdeutlichen. Ich habe in der Veröffentlichung, die von den beiden Referenten liebenswürdigerweise angesprochen worden ist, die Verbindungslinie zu Art. 14 sehr stark betont und das, was nach meiner Einschätzung vom Vertrauensschutz übrigbleibt, als Vermögensschutz charakteri-

siert. Die berechnete Frage ist: Was machen wir in den Fällen, in denen das nicht paßt, in denen es also nicht um Vermögensschäden geht, sondern um andere Grundrechte. Herr *Kisker* hat dazu einige gute Beispiele genannt. Ich habe versucht, in — wie ich einräume — nachträglich eingeschobenen Sätzen dieser Veröffentlichung auch dazu etwas zu schreiben. Aber das scheint zu knapp geraten zu sein. Knappheit kann mißverständlich werden; diese Erfahrung habe ich Gesprächen am Rande des heutigen Tages wie auch aus dem Diskussionsbeitrag von Herrn *Achterberg* entnehmen müssen.

Die Frage, wie es ist, wenn andere Grundrechte betroffen sind, wird sich nach Herrn *Kiskers* Einschätzung — und darin stimme ich mit ihm durchaus überein — am ehesten ergeben, wenn es um eine Kursänderung des Gesetzgebers geht. In solchen Fällen müssen wir, wenn es um Art. 12 geht oder um sonst ein Grundrecht, die Frage des Freiheitsschutzes messen an dem Gesetzesvorbehalt des betreffenden Grundrechts und werden von dort her zu einer Interessenabwägung kommen. Mein Vorschlag ist — und darin unterscheide ich mich von beiden Referenten —, im Zusammenhang mit dieser Argumentation auf die Vokabeln „Vertrauensschutz“ oder „Dispositionsschutz“ ganz zu verzichten; die brauchen wir dann nicht. Was bleibt, ist der kleine Rest der Vermögensschäden, die wir als Vertrauensschäden charakterisieren können. Wenn wir so unterscheiden zwischen Art. 14 und den Fällen des Vertrauensschadens dort und anderen Grundrechten und deren Gesetzesvorbehalten, dann besteht auch nicht die Gefahr, die die Referenten gesehen haben, daß etwa der Eigentumsbegriff allzu sehr aufgebläht und ausgeweitet werden muß, weil wir nun, koste es, was es wolle, alles unter den Art. 14 bringen müßten. Das ist nicht mein Ziel.

Kisker: Die Frage ist in erster Linie die: Wo können wir dieses Vertrauensschutzprinzip, Dispositionsschutzprinzip oder wie Sie es immer nennen wollen, in der Verfassung verankern und hat dieses Prinzip überhaupt Verfassungsrang? Mir scheint, daß man in der Tat — Herr *Schmidt* sagte es eben schon — in dem Augenblick, in dem es um das Verhalten des Gesetzgebers geht, in Schwierigkeiten kommt, wenn man von einem Prinzip ausgeht, daß unterhalb der Verfassung steht. Auch in bezug auf das Verhalten der Verwaltung stehen wir gelegentlich vor Problemen, die sich mit unterverfassungsrechtlichen Vorschriften nicht lösen lassen. Man denke etwa an § 77 I 1 der HessBauO. Nach dieser Vorschrift kann eine rechtswidrig erteilte Baugenehmigung jederzeit zurückgenommen werden. Das scheint mir verfassungsrechtlich nicht un-

bedenklich. Jedenfalls wäre es dann wohl bedenklich, wenn der Gesetzgeber den § 77 I 1 als „Muß-“ nicht als „Kann-Vorschrift“ ausgestaltet hätte. Die Ausgestaltung als „Kann-Vorschrift“ gewährleistet immerhin, daß sich der Dispositionsschutzgedanke im Ermessensbereich entfalten kann. Diese Fälle machen deutlich, daß wir ohne die Verfassung wohl doch nicht auskommen.

Wenn ich richtig sehe, so war es Herr *Achterberg*, der angeregt hatte, daß ich den Gleichheitssatz ins Gespräch bringen sollte. Dazu wäre zu sagen: Mein zentraler Gedanke ist — Herr *Bachof* hat das ja auch schon vorgetragen —, daß das Dispositionsschutzprinzip eine Art Ergänzung zur allgemeinen Handlungsfreiheit ist, eine Ergänzung, die sich dann freilich in den einzelnen Grundrechten konkretisiert. Ich möchte sehr betonen, daß ich in diesem Punkt völlig auf der Linie von Herrn *Schmidt* liege. Also: Die Grundrechte als Ausgangspunkt. In welcher Weise nun aber gerade das Grundrecht auf Gleichbehandlung dem Dispositionsschutz dienen könnte, sehe ich noch nicht.

Zwei weitere wichtige Bemerkungen, die ich sehr ernst nehme, sind gemacht worden: Herr *Wenger* hat auf die Bedeutung der Form des Dispositionen auslösenden Hoheitsaktes hingewiesen. Herr *Ipsen* hat betont, daß man nach Lebensbereichen differenzieren müsse. Beides scheint mir in der Tat völlig richtig zu sein. In die unstrukturierte Masse von Vertrauensschutzaspekten sollten allmählich gewisse Konturen hineingebracht werden. Dabei sind Differenzierungen wie die nach der Form und Lebensbereich sicherlich außerordentlich wichtig. Ich habe mich in meinem Referat übrigens um solche Differenzierungen bemüht. So etwa, wenn ich darauf hingewiesen habe, daß Dispositionsschutz gegenüber dem Gesetz etwas anderes ist als Dispositionsschutz gegenüber dem Verwaltungsakt.

Püttner: Vielleicht zunächst zu Herrn *Wenger* ein Wort: Formalisierung fehlt in der Tat im deutschen Recht etwas. Ich habe aber in meiner Schlußthese, die sich mit der Frage der Gesetzgebung beschäftigt, an sich einen gewissen Akzent darauf gelegt, daß man vielleicht auch bei uns die Dinge stärker formalisieren könnte und in einigen Punkten stärker formalisieren sollte. Die zeitliche Abgrenzung, wie Sie sie mit drei Jahren nennen, würde ich auch bei uns für angebracht halten; aber über Zahlen läßt sich natürlich streiten.

Nun aber zum Grundsätzlichen. Ich habe — und darauf möchte ich noch einmal hinweisen — nicht dartun wollen, daß das Verfassungsrecht völlig außer Betracht bleibt. Ich habe

nur gesagt, daß der Vertrauensgrundsatz als solcher — und da meine ich die Ausformung, die er in der Rechtsprechung gefunden hat — nicht in seiner vollen Breite aus der Verfassung entnommen werden kann, sondern daß man in jedem Einzelfall auf die konkreten Verfassungsvorschriften, die zitiert werden, zurückgreifen muß. Um ein Parallelbeispiel aus dem Strafrecht zu bringen, so darf man sich nicht einfach mit Hilfe von allgemeinen Grundsätzen die Lektüre des § 242 StGB ersparen, wie das ja vielfach geschieht. Ebenso muß man unmittelbar auf Art. 3 oder auf Art. 14 GG zurückgreifen und auf die Auslegung, die man allgemein diesen Artikeln zukommen läßt. Das Vertrauensschutzprinzip darf nicht den Anlaß bieten, einige Verfassungsartikel zu umgehen und mit dem allgemeinen Grundsatz in andere Artikel mehr hineinzudeuten, als in ihnen steckt, eine Gefahr, die Herr *Kisker* sehr deutlich in seinem Referat hat anklingen lassen.

Nun zu Herrn *Rüfner* und der Frage der Bauordnung: Ich habe mir die Fälle einmal überlegt und ich würde gern auch Herrn *Ipsen* entgegenkommen. Man müßte in der Tat differenzieren — das ist ein weites Feld —, man müßte mehr Fälle aufzählen, als das in Referatsform möglich ist. Ich darf aber zu der Bauordnungsfrage Stellung beziehen: Wenn wir einmal annehmen, daß ein Haus baufällig ist und sich hinterher herausstellt, daß die Baugenehmigung gegeben wurde, die statischen Berechnungen aber falsch waren, dann beruht die Rücknahme auf der Erwägung, daß das Haus jeden Moment zusammenfallen könnte. Es ist doch einzusehen, daß zumindest in diesem Fall der Vertrauensschutz keine Rolle spielen darf, sondern nur Entschädigung in Frage kommt, und zwar nicht die Frage der Rücknahme, weil ein Haus, das baufällig ist, wohl nicht von den Bewohnern wird bezogen werden können. Das ist eine Frage der Sicherheit. Ich wollte das nur einmal in allgemeiner Form vorbringen, um zu zeigen, daß die Situation durchaus von den jeweiligen Lebensbereichen her verschieden sein könnte; bei der Frage des Lastenausgleiches ist es zum Beispiel anders. Niemandem entsteht eine polizeiliche Gefahr, wenn nicht geschuldete Lastenausgleichleistungen erbracht werden. Insofern ist in der Tat zu differenzieren.

Zu Herrn *Achterberg* und der Frage der Gleichbehandlung muß ich auch sagen, daß es mir etwas schwer wird, das unmittelbar zu übernehmen. Für meine Begriffe ist dieser Grundsatz der Gleichbehandlung nur einer der vielen Grundsätze, die zur Konstituierung des Vertrauensgrundsatzes beitragen, aber so absolut könnte ich ihn nicht in den Vordergrund stellen.

Grabitz: Ich kann mich ganz kurz fassen, weil das meiste vorweggenommen ist. Meine Ausführungen möchte ich zunächst mit einem kleinen tiefenpsychologischen Aperçu einleiten. Ich weiß nicht, ob das von ungefähr ist, daß bei Herrn *Püttner* in der These IV 2 auf Seite 2 steht: „Auch die Rechtsprechung hat sich im Grunde am Entschädigungsprinzip orientiert, indem die Entschädigung doch im Interesse der Verfassungsvereinfachung (!) in Form der Aufrechterhaltung des begünstigenden Verwaltungsaktes erfolgt.“

Püttner: Ich muß mich entschuldigen, das ist ein kleiner Druckfehler.

Grabitz: Wir wissen von Freud her, daß Druckfehler auch tiefenpsychologische Dimensionen haben. — Nun haben Sie aber eben durch Ihren Beitrag richtiggestellt, daß die Anbindung des Vertrauensschutzes an Grundsätze unterhalb der Verfassung wohl doch nicht so ganz im Sinne Ihrer Intentionen lag. Ich wollte zunächst auch nur darauf hingewiesen haben, daß, wie Sie ja selbst sagen, sich dieses Prinzip mit verschiedenen verfassungsrechtlich verankerten rechtlichen Positionen überschneidet. Wenn dem aber so ist, dann muß das Prinzip selbst auch irgendwo verfassungsrechtlich verankert sein.

Ich möchte ferner noch auf ein Argument eingehen, daß Sie gegen die Verortung des Vertrauensschutzes in Art. 2 Abs. 1 GG oder auch bei anderen Grundrechten, die — soweit einschlägig — dann selbstverständlich anzuwenden sind, vorbrachten. Sie sagten, Grundrechte könnten deswegen nicht auf die Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte angewandt werden, weil gegenüber rechtswidrig erworbenen Positionen kein Grundrechtsschutz gegeben sei. Das halte ich nun allerdings nicht für stichhaltig; denn die ganze Frage, ob Vertrauensschutz oder als was immer man das auch bezeichnen mag, gegeben werden muß, entsteht doch nur deswegen, weil auch ein rechtswidriger Verwaltungsakt Wirkungen zeitigt, und zwar dadurch — worauf auch Herr *Kisker* hingewiesen hat —, daß gewisse Positionen, die in Zusagen, in Chancen und dergleichen bestehen, zunächst einmal verbindlich für den Bürger in die Welt gesetzt sind. Und das ist, so meine ich, genauso Anlaß, daran einen Grundrechtsschutz zu knüpfen wie an rechtmäßig eingeräumte Rechtspositionen.

Ein allerletztes Wort zur Frage der Differenzierung. Gerade die Anbindung der Problemlösung an die Grundrechte erlaubt, ja gebietet sogar eine solche Differenzierung. Ich will nur eins dazu nennen: Im Rahmen der Grundrechtsanwendung muß stets der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz geprüft werden, wobei das Gewicht der öffentlichen Interessen und das Gewicht

der privaten Interessen gegeneinander abzuwägen sind. Dieses Verfahren erlaubt es, der verschiedenen Gewichtigkeit der Interessen, die bei Gewährung von Vertrauensschutz zu beachten ist, auf methodisch einwandfreie Weise gerecht zu werden.

Kisker: Es ist mehrfach gesagt worden — bei Herrn *Schmidt* kam das wohl besonders deutlich heraus, und Herr *Püttner* ist noch einmal darauf eingegangen — daß man doch die Ausdrücke „Vertrauensschutz“ und „Vertrauensschutzprinzip“ fallen lassen solle. Man solle sich statt dessen an den einzelnen konkret angesprochenen Verfassungsvorschriften orientieren. Das halte ich nicht für empfehlenswert. Es ist doch so, daß sich bei den einzelnen Grundrechtsvorschriften überall dasselbe Problem stellt. Das Problem nämlich, was geschieht, wenn jemand durch die Rechtsordnung oder auch durch eine Verwaltungsmaßnahme in eine bestimmte Rolle eingewiesen oder in einer bestimmten Rolle geduldet wird und sich nun plötzlich durch Kurswechsel der öffentlichen Gewalt in einer völlig neuen Situation findet. Das gibt es im vermögensrechtsrechtlichen Bereich ebenso wie im beruflichen Bereich. Ich meine, wir sollten das Gemeinsame, das hinter allen diesen Fällen steht, nicht vergessen. Wir sollten es systematisch aufarbeiten. Das schließt natürlich nicht aus, daß man danach weiter differenziert und feststellt, daß Dispositionsschutz im Rahmen des Art. 14 in dieser oder jener Hinsicht anders zu behandeln ist als Dispositionsschutz im Rahmen des Art. 12.

Hans Schneider: Herr *Püttner*, Sie hatten dankenswerterweise auf einige Entscheidungen des Preussischen Obergerverwaltungsgerichts hingewiesen. Weitere verwaltungsgerichtliche Judikatur konnten Sie ja nicht berücksichtigen, weil es da noch keine Verwaltungsgerichte gab. Im frühen 19. Jahrhundert begegnen wir aber auch dieser Frage, wenn auch nicht unter dem Stichwort „Vertrauensschutz“; dabei handelt es sich regelmäßig um den Respekt vor wohlerworbenen Rechten, die einem überwiegenden öffentlichen Interesse, etwa gegen Entschädigung, weichen mußten.

Ja, ich behaupte sogar, daß der gesamte Vertrauensschutz, der Schutz von Verhaltenserwartung eine ewige Kategorie ist. Im kanonischen Recht und in der Geschichte des kanonischen Rechts begegnen wir solchen Fällen schon vor rund 1000 Jahren. Damals, im Jahre 896, ist ein Papst nachträglich deposediert worden, nämlich der Papst Formosus durch ein Leichengericht. Der Zweck dieser Aktion war, die von diesem Papst vorgenommene Kaiserkrönung an Arnulf von Kärnten rückwirkend zu vernichten. Dabei stellte sich dann heraus, daß

alle sonstigen Akte des Papstes in Mitleidenschaft gezogen wurden, da er eigentlich ein Laie auf dem päpstlichen Stuhl war. Und damit tritt eine Kettenreaktion ein, da die von ihm inthronisierten Bischöfe ja auch ihrerseits Jurisdiktion ausgeübt hatten und dann alles hinfällig gewesen wäre. In der Diskussion, die damals von Kanonisten geführt worden ist, kommt auch schon der Gedanke zum Vorschein, daß man einen Vertrauensschutz walten lassen müßte. Das hat dazu geführt, daß im kanonischen Recht wenigstens teilweise Regeln ausgebildet worden sind, und zwar für solche Akte, die einen Rechtsstatus begründen. Das scheint mir in der Tat ein Ansatzpunkt zu sein in dem Sinne, den auch Herr *Ipsen* gefordert hat, nämlich daß man differenziert. Man könnte sagen, daß bei solchen Akten, die einen Rechtsstatus begründen (nicht bloß eine schlichte Erlaubnis enthalten), man einen stärkeren Grad von Vertrauensschutz berücksichtigen muß als bei sonstigen Akten.

Ossenbühl: Ich möchte entgegen der Replik von Herrn *Kisker* dafür eintreten, die Vorstellung eines einheitlichen allgemeinen Vertrauensschutzprinzips zu verabschieden. Das gilt nicht für den Begriff sowie das Phänomen und die Institution des Vertrauensschutzes.

Das Thema unserer Tagung heißt „Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht“. Vom Vertrauensschutzprinzip als einem allgemeinen Prinzip ist dort nicht die Rede. Ich würde es für richtig halten, den Begriff des Vertrauensschutzes als charakteristischen Begriff beizubehalten, die Vorstellung eines allgemeinen Vertrauensschutzprinzips dagegen aufzugeben. Herr *Püttner* hat uns im einzelnen dargelegt, daß in das von ihm angenommene Vertrauensschutzprinzip verschiedene Rechtsgedanken einströmen, daß verschiedene rechtliche Pfeiler den Vertrauensschutzgedanken und das Vertrauensschutzprinzip tragen. Aber dieser Pluralismus von Gedankenströmen hat ihn dann etwas gestört, und er hat deshalb die verschiedenen Gedankenströme gebündelt und ist von einem *eigenständigen Rechtsgrundsatz* in Gestalt des Vertrauensschutzprinzips ausgegangen, ohne uns allerdings zu sagen, wie es mit diesem einheitlichen Rechtsgrundsatz aussieht und zwar erstens hinsichtlich seiner Begründung und zweitens hinsichtlich seiner Geltung. Die von Herrn *Püttner* vorgenommene Bündelung drängt aus folgenden Gründen wieder zur Entflechtung: Rechtsdogmatisch ist es von erheblichem Gewicht, auf welchen Rechtsgrundsatz man den Vertrauensgrundsatz abstützt, aus welchem Rechtsgrundsatz man den Vertrauensschutz deduziert. Dies gilt zunächst einmal für die Ausbildung des Tatbestandsprofils. Wenn man Vertrauensschutz als Dispositionsschutz

versteht, dann kann man ihn nur aus dem Rechtssicherheitsprinzip deduzieren, nicht aus dem Grundsatz von Treu und Glauben. Zweitens ist die rechtliche Grundlage des Vertrauensschutzgedankens wichtig für den Rang des Grundsatzes des Vertrauensschutzes im Rechtsquellenystem. Das Rechtsstaatsprinzip hat Verfassungsrang, dagegen nicht der Grundsatz von Treu und Glauben. Stützt man den Vertrauensschutzgedanken auf den Grundsatz von Treu und Glauben, dann befindet man sich jedenfalls nicht auf der Verfassungsebene. Herr *Püttner* hat versucht, sich aus dieser Klemme zu befreien und gesagt, man müsse im Einzelfall feststellen, auf welchem Element der Vertrauensschutz basiert. Wenn es dann ein verfassungsrechtliches Element ist, dann hat auch der Vertrauensschutz Verfassungsrang, im übrigen aber nicht. Das ist wiederum eine differenzierende Lösung, die dazu führt, daß der einheitlich vorgestellte Vertrauensschutzgrundsatz verschiedenen Rang haben soll. Ich meine also, daß wir hier differenzieren müssen nach der Herkunft des Gedankens des Vertrauensschutzes, daß wir den Vertrauensschutz als Phänomen, als charakteristischen Begriff, als Denkanstoß — mehr nicht — beibehalten. Dann kämen wir zu einer Linie, die etwa auf der Ebene läge, die Herr *Ipsen* angedeutet hat und die in einer sorgfältigen Differenzierung besteht; aber ich würde die Differenzierung nicht in erster Linie nach Lebensbereichen, sondern nach der Herkunft der Rechtsgedanken vornehmen. Zum Teil dürfte das wahrscheinlich kongruent sein mit der Differenzierung nach Lebensbereichen. Die Aufgabe der Differenzierung bestünde dann darin, daß wir Vertrauensschutztatbestände herausmeißeln, und das habe ich, offen gestanden, in den Vorträgen von heute morgen vermißt, und daß wir ferner sehr differenziert die Rechtsfolgen herausstellen, die sich an den Vertrauensschutz anknüpfen sollen. Das scheint mir die eigentliche Aufgabe der Vertrauensschutzproblematik zu sein.

Kisker: Herr *Schneider* hat dankenswerter Weise darauf hingewiesen, daß in der Rechtsgeschichte das Dispositionsschutzproblem in immer neuen Verkleidungen auftaucht. Ebenso konkretisiert sich dieses Prinzip auch im Verfassungsrecht in unterschiedlicher Gestalt. Meine These, daß es sich um ein einheitliches Problem handelt, wird nicht dadurch widerlegt, daß dieses Problem im Zusammenhang mit verschiedenen Vorschriften der Verfassung auftaucht. Es stellt sich eben sehr häufig, insbesondere im Zusammenhang mit fast allen Grundrechten, die Frage, ob die Rolle, in die der Bürger hineingestellt worden ist, plötzlich geändert werden darf.

Herrn *Ossenbühl's* Bemerkung zum Dispositionsschutzprinzip habe ich nicht verstanden. Vielleicht könnte Herr *Ossenbühl* das noch einmal etwas deutlicher machen. Gerade im Witwen-Fall wird ja vom Dispositionsschutzgedanken her argumentiert. Man hat doch damals gesagt: Die Witwe hat sich darauf eingestellt, daß sie ihre Rente auch in Zukunft weiterbeziehen kann; sie hat entsprechend disponiert. Deswegen muß ihre Rente auch in Zukunft weitergewährt werden.

Ossenbühl: Es gibt auch Fälle, in denen ohne Rücksicht auf Vertrauensschutzdispositionen bis zum Lebensende die Rente weiter gewährt worden ist. Und das ist ein Ergebnis, das man nicht mit Hilfe des Rechtsstaatsprinzips begründen kann.

Püttner: Eine ganz kleine Bemerkung, Herr *Ossenbühl*. Der Vorwurf, man hätte vielleicht im Referat mehr herausmeißeln sollen, daß es einzelne Bereiche gibt, den habe ich mir in Vorwegnahme Ihrer Gedanken durchaus vorgestellt. Aber ich muß Ihnen ganz offen sagen: Dazu bräuchte ich Jahre. Ich sage das offen; bitte greifen Sie mich an, wenn das unberechtigt ist, weil man es doch hätte schneller schaffen können. Aber ich habe das Material immer wieder durchgesehen, auch das ältere Material mit berücksichtigt, und muß sagen: Da liegt eine Sisyphus-Arbeit vor, die ich mir nicht in so kurzer Zeit zutraut habe.

Bachof: Es ist bezweifelt worden, daß die Grundrechte etwas für den Vertrauensschutz hergeben. Deshalb noch einige Worte zur Erläuterung meiner vorherigen Äußerungen: Wenn ich auf Art. 2 Abs. 1 GG und die übrigen Freiheitsrechte abgestellt habe, so insbesondere im Hinblick auf den daraus entwickelten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Bei Art. 3 GG habe ich vornehmlich an das Willkürverbot gedacht. — Ich meine damit: Wenn der Staat durch eine Entscheidung — sei es der Gesetzgebung, sei es der Verwaltung — das Verhalten des Bürgers steuert, dann schickt er ihn gewissermaßen auf einen Weg. Er darf dabei nicht sagen: „Nun lauf mal diesen Weg, du wirst dann später ja sehen, ob er zum Ziel führt oder ob das ein Holzweg wird; ich, der Staat, behalte mir vor, nachdem du den Weg bis zur Hälfte gelaufen bist, ein Sperrschild aufzustellen und zu sagen: Reingefallen, mit diesem Weg war es nichts.“ Das also ist, in ein Bild gebracht, meine Vorstellung; ein solches Verhalten der öffentlichen Hand wäre unverhältnismäßig und willkürlich. Die einseitige staatliche Entscheidungsbefugnis wird rechtsstaatlich erträglich nur dadurch, daß in die Entscheidung ein Minimum an Vertrauensdürfen auf ihre Beständigkeit von vornherein mit hineingenommen wird. Es macht freilich einen Unterschied, ob der

Staat den Bürger *zwingt*, einen Weg zu gehen, oder ob er es ihm nur *empfiehlt*, oder schließlich ob er den Weg einfach *öffnet*, ohne darüber hinaus etwas zu tun. Je nachdem muß der Vertrauensschutz in seiner Intensität abgestuft sein.

Vorsitzender: Es haben sich noch eine Reihe von Kollegen zu dieser Frage, die ja grundsätzlicher Art ist, zu Wort gemeldet. Ich meine nur, wir sollten dann, wenn die Kollegen gesprochen haben, uns nicht mehr mit der abstrakten Frage, wo dieser Vertrauensschutz als Basisprinzip in der Verfassung seinen Standort hat, befassen, sondern uns der Frage zuwenden, wie der Vertrauensschutz eigentlich institutionell in der geltenden Rechtsordnung aussieht. Aber zunächst Herr *Blümel*.

Blümel: Ich möchte im Anschluß an Herrn *Ipsen* und Herrn *Ossenbühl* noch einmal darauf hinweisen, daß wir stärker differenzieren müssen. Herr *Ossenbühl* hat den Grundsatz von Treu und Glauben hier schon genannt. Herr *Püttner* meint, daß das Vertrauensschutzprinzip aus dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht abgeleitet werden könne. Das führt natürlich dazu — wenn Sie den ganzen Fragenkomplex aus unserem Generalthema ausklammern —, daß Sie weite Bereiche weglassen, in denen der Vertrauensschutz eine erhebliche Rolle spielt. Man kann den Grundsatz von Treu und Glauben auch nicht damit abtun, daß man sagt, er sei zu allgemein. Sie wissen selbst, daß dieser Grundsatz im Zivilrecht inzwischen eindeutige Präzisierungen erfahren hat, wie etwa die unzulässige Rechtsausübung. Das sind Grundsätze, mit denen wir im Verwaltungsrecht durchaus in Einzelfällen arbeiten können. Und diese Einzelfälle gehören auch hierher. Dazu nur ein kurzer Hinweis. Herr *Püttner* hat zum Beispiel unter III 3 gesagt: „Dagegen ist der Vertrauensschutz bisher kaum ins Spiel gebracht worden bei öffentlich-rechtlichen Verträgen.“ Das kann so nicht stehenbleiben. Der Grundsatz von Treu und Glauben gilt natürlich auch bei öffentlich-rechtlichen Verträgen.

Lassen Sie mich noch einem anderen Thema im Zusammenhang mit öffentlich-rechtlichen Verträgen zuwenden. Auch insoweit scheint es mir nicht richtig zu sein, daß diese Frage hier nicht diskutiert wird. Nehmen Sie das letzte Heft des „Deutschen Verwaltungsblatts“^{*)}. Dort ist eine Entscheidung des OVG Münster abgedruckt, deren zweiter Leitsatz lautet: „Der Rücktritt kann bei einem öffentlich-rechtlichen Vertrag nur nach den Regeln über die Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte erfolgen“. Also auch hier haben

^{*)} Vgl. DVBl. 73, 696.

Sie das Problem. Man kann daher nicht ganze Komplexe aus dem Generalthema ausscheiden; darauf hat auch Herr *Ossenbühl* dankenswerterweise schon hingewiesen.

Zum Schluß noch ein Beispiel zur Frage der Problemkreise. Herr *Püttner* meinte, man brauche Jahre dazu, bis man das alles überblicke. Aber ich würde meinen, es gibt natürlich auch neuere Probleme. Wir brauchen uns nicht immer nur mit der Rücknahme fehlerhafter Verwaltungsakte zu befassen. Herr *Püttner* hat an einer Stelle seines Referats gesagt, in der Mehrzahl der Fälle gehe es um die Korrektur fehlerhafter Zustände. Ich würde meinen, der Vertrauensschutz spielt auch in anderen Fällen eine Rolle. Nehmen Sie etwa das Verhältnis zwischen staatlicher und kommunaler Planung. Zu diesem Thema hat Herr *Kisker* unter III C ausgeführt: „Auch Trägern öffentlicher Gewalt ist Dispositionsschutz zu gewähren“. Er schränkt das dann aber ein, indem er sagt, dabei sei jedoch zu berücksichtigen, daß die Gemeinden intensiver als der Bürger auf die Interessen des Gesamtverbandes eingeschworen seien. Ein konkreter Fall: Aufgrund staatlicher Planung wird ein kleines Dorf zu einer mittleren Stadt entwickelt. Durch eine neue Planung wird diese Entwicklung abrupt abgebrochen, und zwar einfach dadurch, daß ein anderer staatlicher Planungsträger eine widersprechende Planung vornimmt. Wie wollen Sie diesen Fall lösen? Hier geht es um die Anwendung des Vertrauensschutzprinzips. Kann sich die Gemeinde gegen diese neue Planung unter Berufung auf das Vertrauensschutzprinzip in materieller Hinsicht wehren? Ich muß sagen, das sind Fragen, deren Beantwortung mir selbst noch unklar ist. Aber das sind ganz wichtige Probleme, die in Zukunft auf uns zukommen werden.

Böckenförde: Ich möchte auch noch einmal einen Versuch in Richtung auf die Differenzierung unternehmen. Der Vertrauensschutz hat sich als ein Institut des *Verwaltungsrechts* entwickelt und ist auch von daher näher konturiert und umgrenzt worden. Als solcher war er bezogen auf konkrete, durch Verwaltungshandeln geschaffene Positionen oder Erwartungstatbestände. Die Ausweitung dieses Rechtsinstituts hatte in der ersten Stufe eingesetzt, als der Gesetzgeber im Wege mehr oder minder ausgeprägter Maßnahmen in Gesetzesform vergleichbare Tatbestände schuf, indem er Zusagen in Gesetzesform, Aufforderungen zu Investitionen oder sonstige Erwartungspositionen begründete. Von daher lag es nahe, das einzubeziehen und den Vertrauensschutz als Rechtsinstitut auch gegenüber der Normsetzung des Gesetzgebers in Anwendung

zu bringen. Herr *Kisker* hat ja die Frage in dieser Richtung ausgeweitet und sich ausführlich dazu geäußert, wieweit gegenüber gesetzgeberischem Verhalten Vertrauensschutz oder Dispositionsschutz Anwendung finden soll.

Ich meine, wir sollten hier doch unterscheiden; Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht und gegenüber dem Gesetzgeber sind zwei Dinge, die zwar insofern einem gleichen Problemkreis angehören, als sie letztlich Schutz vor Willkür intendieren, die aber in ihrer konkreten Ausformung unterschiedlich sind und auch unterschiedlich gehalten werden müssen. Das Problem, das sich als Vertrauensschutz gegenüber dem Gesetzgeber stellt, scheint mir im wesentlichen ein Problem von Übergangsregelungen zu sein. Dem Gesetzgeber muß ja grundsätzlich zugebilligt werden, daß er über den hergebrachten Rechtszustand hinausgehoben ist, daß er, neues Recht setzend, darüber hinwegschreiten kann. Das unterscheidet ihn von der Verwaltung prinzipiell, ungeachtet gewisser Verwischungen, die wir erleben. Der Gesetzgeber kann also, soweit er nicht durch die Eigentumsgarantie oder andere grundrechtliche Absicherungen begrenzt ist, rechtlich frei gestalten und auch über bisherige rechtliche Positionen hinweggehen. Aber dann kommt das Problem der Übergangsregelung. Das 19. Jahrhundert hat es sehr zahlreich mit solchen Übergangsregelungen zu tun gehabt. Anlaß dieser Regelungen war der gewollte rechtliche Übergang von der feudalen Gesellschaft in die bürgerliche Gesellschaft hinein, wobei sehr viele alte Rechtspositionen dem Grunde nach beseitigt wurden bzw. werden mußten und dann durch Übergangsregelungen der Übergang in den neuen Rechtszustand ermöglicht wurde, ohne daß in individuellen Fällen Existenzverlust oder ähnliches eintrat bzw. eintreten mußte. Diese Kunst der Übergangsregelungen ist bei den gesetzgeberischen Regelungen heute ziemlich verlorengegangen. Es besteht immer das Bestreben, alles unmittelbar in Wirksamkeit treten zu lassen. Ein Beispiel dafür ist die Umstrukturierung im Hochschulbereich. Dort haben wir ja als ein wesentliches Problem die Notwendigkeit von Übergangsregelungen; Herr *Salzwedel* hat darauf hingewiesen. Dieser Ansatzpunkt führt dann aber auch zu anderen Konsequenzen und zu einer anderen Ausformung und Konturierung von „Vertrauensschutz“. Auf diese Weise sind wir durchaus in der Lage zu differenzieren, einerseits den Vertrauensschutz als umgrenzendes Rechtsinstitut festzuhalten, das im Bereich des Verwaltungshandelns seinen Ort hat, und andererseits gegenüber dem Verhalten des Gesetzgebers entsprechende, angemessenen ausgeformte Rechtsinstitute zu entwickeln.

Püttner: Ganz kurz, Herr Böckenförde, ich bin mit Ihnen der gleichen Ansicht. Darum habe ich ja auch versucht, diese Fälle nach Möglichkeit nicht zu sehr unter der einen Klammer zusammenzufassen, sondern zu betonen, daß der Vertrauensgrundsatz ein allgemeiner Begründungstopos ist, der in allen genannten Bereichen als Wort, als Vokabel, als Argument eine Rolle spielt, der aber nicht identisch ist, so daß man in sehr differenzierter Betrachtung darauf achten muß, was jeweils vorliegt. Es ist richtig, daß die Änderung, die der Gesetzgeber vornimmt, auf einem anderen Gleis liegt als die Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte, wenn ich das auch nicht näher ausführen konnte.

Ich möchte noch ein Wort zu Herrn Blümel sagen: Die Frage der Umplanung auch gegenüber Gemeinden ist im Hessischen Landesplanungsgesetz in der Weise geregelt, daß derartige Umplanungen möglich sind, aber entschädigt werden müssen, wobei noch Untergrenzen für die Entschädigung genannt sind (erst ab 500 DM wird eine Entschädigung gewährt). Ich frage mich ernstlich — ich möchte das betonen —, ob es ohne eine solche gesetzliche Regelung allein aus dem Vertrauensschutzprinzip heraus zwischen Staat und Gemeinden eine solche Regelung geben kann.

Blümel: Es geht hier doch nicht um die Kosten oder um die Entschädigung.

Püttner: Wenn Sie im positiven Gesetz eine Regelung haben, daß Umplanung möglich sei — so steht es positiv im Hessischen Landesplanungsgesetz — oder daß Entschädigung gewährt wird, könnte man dann behaupten, daß aus übergeordneten Gesichtspunkten (was bei Treu und Glauben nur sehr vage Gesichtspunkte wären) oder gar aus dem Rechtsstaatsprinzip folgen dürfte, daß diese Regelung des § 16 Hessisches Landesplanungsgesetz nichtig sei? Da habe ich meine Zweifel.

Hans Schneider: Das Bundesverfassungsgericht hat in einer Entscheidung vom 30. Januar 1973 einen solchen Fall behandelt. Es drehte sich darum, daß eine Stadt, der im Coburger Staatsvertrag im Jahre 1920 die Kreisfreiheit zugesichert worden war, durch die bayerische Gebietsreform die Kreisfreiheit verlor. Das Bundesverfassungsgericht hat angenommen, daß durch veränderte Umstände ein Fall der *clausula rebus sic stantibus* eingetreten sei. Gleichwohl hat das Bundesverfassungsgericht Bayern eine Entschädigung von 6 Millionen DM auferlegt, obwohl die Stadt ein entsprechendes Begehren, geschweige denn einen Antrag auf Entschädigung nicht gestellt hatte.

Kisker: Zu dem Diskussionsbeitrag von Herrn Böckenförde: Ich meine, daß es sich im Verhältnis Bürger/Gesetzgeber doch um dasselbe Grundproblem handelt wie im Verhältnis Bürger/Verwaltung; nämlich darum, daß der Bürger in eine bestimmte Rolle eingewiesen wurde und nun plötzlich vor eine völlig neue Situation gestellt wird. Richtig ist allerdings, daß der Dispositionsschutz, der im Ergebnis gegenüber der Verwaltung zu gewähren ist, anders aussehen wird, als der Dispositionsschutz, der gegenüber dem Gesetzgeber zu gewähren ist. Das hängt, wie ich ausgeführt habe, u. a. damit zusammen, daß die Norm eine größere Breitenwirkung entfaltet als der Verwaltungsakt. Deshalb können wir uns gegenüber der Norm keine so differenzierende Lösung leisten wie gegenüber dem Verwaltungsakt.

Zu der Frage von Herrn Blümel: Ich habe Sie, Herr Blümel, eben so verstanden, als wollten Sie sagen, man sollte sich nicht darauf einlassen, mit dem Bundesverwaltungsgericht die Dispositionsschutzinteressen der Gemeinden geringer zu werten als die Dispositionsschutzinteressen des Bürgers. Ich weiß nicht, ob man das durchhalten könnte. Die Überlegung, daß Glieder einer umfassenden Verwaltungsorganisation an das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung stärker gebunden sind als der Bürger, und deshalb eventuell auch größere Opfer im Interesse der Erhaltung dieses Prinzips auf sich zu nehmen haben, taucht ja auch an anderer Stelle auf. Ich erinnere mich, etwa daran, daß häufig gesagt worden ist, innerbundesstaatliche Verwaltungsabkommen, die einer Landesverfassung widersprechen, seien rechtswidrig und nichtig. Eine Berufung auf das Vertrauensschutzprinzip komme nicht in Frage, weil alle Beteiligten Glieder einer umfassenden, auf das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung eingeschworenen, Verwaltungsorganisation seien.

Dürig: Ich glaube nicht, daß die bisherige Diskussion dem Auftrag des Themas und insbesondere auch *Forsthoff* in allen Fällen gerecht geworden ist. Man muß hier doch wohl grundsätzlich und rechtstheoretisch werden. Ausgangspunkt ist auch für mich sicher die dynamische Entfaltungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1. Aber dies bezeichnet doch zunächst einen reichlich diffusen, ziellosen, treibenden und getriebenen Vorgang. Und nun kommt die Entzeitung und Strukturierung dieses Vorgangs, die der Gleichheitssatz bewirkt. Er bringt in diesen freiheitlichen Beliebigkeitskomplex Maße hinein, etwa durch Fristen, Termine, Rechtskraftregelungen, die Gnade des Vergessens, usw. Und er brachte eben früher idealtypisch als Produkt vor allem auch das abstrakte, generelle, auf Dauer ge-

richtete Gesetz ein. So doch das Programm vom Gesetz im 19. Jahrhundert und daher war in der Tat die Vokabel Vertrauensschutz nicht nötig, die Sie heute nachträglich für damals vermissen. Denn was wir jetzt Vertrauensschutz nennen und so groß herausstellen, kompensiert eigentlich nur den Verlust auf der Ebene der Gesetzesmaterie. Wir haben den Kampf gegen das Maßnahmegesetz wahrscheinlich zu schnell abgebrochen. Und es ist doch kein Zufall, daß *Forsthoff*, als er eben diese Gesetzeskategorie bekämpfte, dann gleichzeitig für das Verwaltungsrecht sagte: Es ist unzulässig, wenn wir auch einen begünstigenden rechtswidrigen Verwaltungsakt nicht zwingend zurücknehmen. Durchaus folgerichtig eben des Gesetzes und seiner Bindungswirkung wegen; und er half dann bekanntlich mit dem Amtshaftungsrecht. Und ich möchte strengste Verwahrung dagegen einlegen, daß man hier gelegentlich das Ad-hoc-Gesetz, das Punktgesetz, das Maßnahmegesetz als den Gesetzestyp des Sozialstaats herausstellt, wenn man dies nicht einmal in einer Gegenprobe aus der Sicht der Bevölkerung hinterfragt, wie das auf neudeutsch heißt. Schaut man nämlich auf den gesetzgeberischen *contrarius actus*, dann legt der Bürger genau an dieses angeblich ad hoc nötige, jederzeit änderbare Punktgesetz den Qualitätsmaßstab des klassischen Normgesetzes an und beruft sich auf Bestandsschutz. Und es wird zum Schwur kommen, wenn wir einerseits das Maßnahmegesetz wie bisher schlucken und andererseits der Meinung sind, daß steuer- und abgabenrechtliche Gesetze nicht unter den Art. 14 fallen. Beides mag per se betrachtet richtig sein. Aber beides zusammen, d. h. Maßnahmegesetze auf dem Abgabensektor hält keine Volkswirtschaft aus und wir werden unsere großzügige Rechtsprechung zum Maßnahmegesetz spätestens dann korrigieren müssen.

Ich würde also nach wie vor die große Forderung nach einer Aufwertung des Gesetzes stellen. Wir müssen dem Gesetz wieder jene Würde und Qualität geben, daß die Wenn-dann-Formel wieder funktioniert, die in der Tat einen unklaren Vertrauensschutz personeller Art unnötig machte. Wenn ich das Autofahren gleichsam als Freiheitsvorgang nehme, dann bringt der Gleichheitssatz gleichsam jetzt die Maße hinein; jeder weiß, daß er vor dem 15. November nicht mit Spikes fahren darf und daß er es von da ab darf, ohne Rücksicht auf verschiedene Behörden, die es konkret verbieten oder dulden. Wenn solche gesetzliche Verlässlichkeit nicht zu erreichen ist, dann sollten wir — das ist der Gedanke von Herrn *Böckenförde* — wenigstens dafür sorgen, daß die gesetzliche Überleitung, und das ist ja ein ewiges Problem von alt und neu,

in Formen vor sich geht, die Art. 2 Abs. 1 Rechnung tragen, d. h. den Menschen nicht überfahren und überraschen. Wir müssen in der Tat eine Typologie entwickeln zwischen dem Gleichheitssatz, der zur Statik neigt, der aber nichts Neues inhibieren darf und der Freiheit des Bürgers, nicht — und das ist doch der Inhalt meiner Objektthese zu Art. 1 — überraschend normativ überfahren zu werden. Das würde in meiner Sicht etwa bedeuten: Noch viel strenger gesetzliche Rückwirkungen ablehnen. Ich würde mich am liebsten überhaupt nicht darauf einlassen, auch nicht bei der sogenannten unechten Rückwirkung und auch nicht bei rückwirkenden Begünstigungen. Das alles stößt in der Rechtsgemeinschaft stets auf Verständnislosigkeit, bei der rückwirkenden Belastung natürlich völlig, aber auch bei der begünstigenden Rückwirkung, die ja Begünstigungen für die Nichtbegünstigten spiegelbildlich ungleich in die Vergangenheit transponiert. Wir müssen ein Instrumentarium entwickeln etwa für Übergangsrecht, wonach es z. B. möglich sein muß, daß zwei Rechtsregelungen, etwa Prüfungsordnungen alter und neuer Art, noch wahlweise für eine gewisse Zeit nebeneinander gelten. Wir müssen ein Ankündigungs- und Publikationsverfahren entwickeln, etwa für einen Rechtsprechungswandel, damit man sich auf das Neue einstellen kann. Und das Ganze wiederholt sich eigentlich nur auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts, nämlich das grundrechtliche Verbot, den Menschen zu überfahren, ihn rechtlich zu überraschen. Ich würde in der Tat meinen, daß wir hierbei keine gesonderte Kategorie Vertrauensschutz als Kategorie des Verwaltungsrechts abtrennen können. Sie ist bloß ein Surrogat, das mühsam versucht, den Qualitätsverlust des Gesetzes aufzufangen. So sehe ich jetzt hier improvisiert die Dinge.

Fritz Münch: Was Herr *Schneider* in seiner ersten Intervention gesagt hat, erinnert an einige andere Erscheinungen ähnlicher Art. Die Verwaltungsakte oder Verwaltungsentscheidungen eines Beamten, der zu Unrecht ernannt ist, sind ja nicht ungültig. Noch stärker ist der Schutz des Publikums beim Standesbeamten. Der Standesbeamte, der sich als solcher ausgibt, schließt gültige Ehen, und aus den Ehen hervorgegangene Kinder sind ehelich. Wenn man in dieser Betrachtung weitergeht, dann kommt man zum Prinzip der Effektivität der Staatsgewalt, zum Recht der siegreichen Revolution, zum Recht der erfolgreichen Sezession und zur Lehre von den effektiven Vorgängen im Völkerrecht. Schließlich käme man zur normativen Kraft des Faktischen. Sie ist ein Schlagwort, hinter dem sich in Wirklichkeit sehr viele andere Dinge verbergen. Ich versuche alle die Erscheinungen, die Nichtabwälzung von Män-

geln auf die nächste Stufe der Rechtsschöpfung und des Rechtslebens bedeuten, und das Effektivitätsprinzip selbst mit einem Vertrauensschutz zu erklären. Man kann dem Publikum, insbesondere bei Revolutionen, nicht zumuten, die Rechtsfragen, die Legitimität der Regierungsakte, überhaupt der Staatsverwaltung zu prüfen. Der einzelne muß sich zunächst einmal darunter beugen, denn er verliert sonst den Schutz des aktuellen Rechts. Wenn ich aber als Motiv unter all diese Erscheinungen den Vertrauensschutz des Publikums lege, dann ist das keine Erweiterung des Vertrauensschutzes in dem Sinne, wie wir ihn hier diskutieren. Alles das ist schon in festen Grundsätzen des öffentlichen Rechts niedergelegt; das Motiv verschwindet und ist gewissermaßen aufgeschluckt in dem Prinzip. Wo ist nun die Abgrenzung — und deswegen hatte ich mich an dieser Stelle zu Wort gemeldet —, der von den Referenten diskutierten Probleme zu den Erscheinungen, die auch auf Vertrauensschutz beruhen, die sich aber soweit konkretisiert haben, daß man sie selbst schon als Sätze des öffentlichen Rechts ansieht?

H. P. Ipsen: Herr Kisker hat dankenswerterweise an einer, wie ich glaube, entscheidenden Stelle seines Referats unter IV „Die Gegenposition“ gewisse Differenzierungen vorgeschlagen. Er hat darauf hingewiesen, daß in bestimmten Fallgruppen die Problematik des Dispositionsschutzes besonders deutlich werde (seine Disposition ist etwas unübersichtlich, für später darf ich vorschlagen, sie durchzuzählen). Wenn ich recht begreife, ist es IV A 1 a b c; das habe ich nun geschafft. Er hat die Spannweite zwischen Dispositionsschutz und Flexibilität dargetan in der Schilderung der Anpassungsbedürftigkeit auf der einen Seite, auf der anderen Seite in der Bemühung, den status quo zu sichern. Wenn ich mir diese Fragestellung, die ich für sehr wichtig halte, verdeutliche in Bezug auf Lebensbereiche oder andere Gruppierungen, dann trifft sie etwa gesetzgeberische Maßnahmen, die Umverteilungseffekte haben, z. B. auf dem Gebiet des Abgabenrechts, der Abschöpfungen. Sie mag zutreffen bei größeren gesetzgeberischen Maßnahmen der Raum- und Bodenordnung und Bodenplanung, in manchen Aktionen gesetzgeberischer Art zur Intensivierung des demokratischen Prinzips; denken wir nur an das Universitätswesen und ähnliche Depossidierungen.

Die Spannungssituation trifft aber nicht zu in anderen Bereichen, die vorwiegend wohl dem Verwaltungsrecht angehören, also auf Sozial- oder Besoldungsleistungen, die überzahlt sind und sich fragt, ob der Empfänger in seinem Vertrauen geschützt wird, das Überzahlte behalten zu dürfen oder

nicht oder ob jemand im Besitz einer Erlaubnis bleibt, die nicht in legaler Weise erteilt wurde. Das wird von dieser Fragestellung nicht betroffen, und das bestärkt mich in meiner Auffassung, daß man Gruppierungen bilden muß.

Herr *Püttner*, wenn ich Ihnen dies entgegenhalten darf zu dem Zeitmaß, das Sie nennen: Es muß sich schaffen lassen, solche Positionen zu treffen. Wenn Sie mir 24 Stunden Zeit geben, will ich sie Ihnen liefern.

Sie sollten sich aus den verschiedensten Ansätzen ergeben, die unsere Referenten dankenswerterweise gegeben haben. Einen Faktor darf ich noch einbringen. Das ist bei Herrn *Kisker* III A 2 mit dem Stichwort „Bestandsgarantie aus Veranlassung“ gekennzeichnet worden. Man kann solche Gruppierungen bilden unter der Fragestellung: Worauf ist es zurückzuführen, daß diese Position des einzelnen entstanden ist, aus der heraus er sich auf Vertrauensschutz beruft? Die Lage ist anders für einen Wirtschaftler, der disponiert aus Wirtschaftsfreiheit heraus, der in seinen Dispositionen enttäuscht wird, weil der Gesetzgeber in einer Normierung (die kein Maßnahmegesetz zu sein braucht) abspringt und den Plan ändert. Das Veranlassen kann darin bestehen, daß jemand einen Antrag gestellt hat, ihm eine bestimmte Erlaubnis zu erteilen. Und so können Sie danach, woraus es zu erklären ist, daß es zu dieser Vertrauensposition gekommen ist, also aus der Veranlassungsfrage heraus sehr schöne Gruppierungen bilden.

Kisker: Herr *Ipsen*, ich brauche keine vierundzwanzig Stunden, sondern kann Ihnen gleich sagen, daß Sie einen meiner Versuche, Typen zu bilden, übersehen haben. Ich meine die Gegenüberstellung von Fällen, in denen es um das Gegeneinander von Dispositionsschutzinteresse und Flexibilität einerseits und um das Gegeneinander von Dispositionsschutzinteresse und richtigem Recht andererseits geht. Ich habe unter der zweiten Fallgruppe die Probleme der „Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte“ und die Problematik echter „Rückwirkung von Gesetzen“ erfaßt.

Die Gegenüberstellung scheint mir deshalb wichtig zu sein, weil gerade in bezug auf die Autorität des richtigen Rechts eine Veränderung im Stellenwert stattgefunden zu haben scheint. Eine rechtssoziologisch interessante und wichtige Frage. Anscheinend war es ja bis zum 1. Weltkrieg keineswegs so, daß man stets gesagt hätte, das Gesetz muß durchgesetzt werden, komme was wolle. Davon kann überhaupt keine Rede sein, das haben gerade Sie, Herr *Ipsen*, nachgewiesen. Aber der Gedanke der Autorität des Gesetzes hatte damals doch offenbar einen höheren Stellenwert als heute und meine Frage

ist: Warum ist das so? Warum wird die Autorität des Gesetzes weniger betont als früher? Bei der Beantwortung dieser Frage wird zu überlegen sein, ob das Sinken des Stellenwertes der Autorität des Gesetzes seinen Grund nicht u. a. darin haben könnte, daß die Rechtsnorm gegenüber anderen Steuerungstechniken, die sich allmählich herausbilden, zurücktritt.

H. P. Ipsen: Das wollte ich auch noch fragen: Was sind die anderen Steuerungstechniken?

Kisker: Zum Beispiel konzertierte Aktion.

Vorsitzender: Die Forderung war nun Differenzierung nach Typen. Dazu wollten Herr *Badura* und dann Herr *Zacher* sprechen.

Badura: Bevor Herr *Ipsen* 24 Stunden gearbeitet hat — und das hat er ja in dieser Frage noch nicht — müssen wir uns mit dem zufrieden geben, was wir bisher gehört haben.

Nach meinem Eindruck ist die Frage, aus welchem Rechtsgrund das Vertrauensschutzprinzip sich überhaupt ableitet, bisher nicht befriedigend beantwortet. Das Bundesverfassungsgericht hat im Zusammenhang seiner Rechtsprechung über die Rückwirkung von Gesetzen gesagt, daß Rechtssicherheit für den Bürger in erster Linie Vertrauensschutz sei. Dieser Satz bezieht sich doch offenbar darauf, daß nach der Auffassung des Gerichts in diesem Zusammenhang der Rechtsstaatsgedanke die Basis ist, der dann subjektiv über Art. 2 Abs. 1 GG auftreten könnte. Das heißt aber weiter, daß diesem Gedanken sowohl eine objektive als auch eine subjektive Seite innewohnt. Eine objektive Seite mit Rechtssicherheit, Plangewährleistung oder dem, was Herr *Kisker* etwas kurz unter III B genannt hat, nämlich mit dem etwas mißverständlichen Ausdruck „Schutzgut ist stets . . . das Dispositionsschutzinteresse des Systems“. Das ist — mit einer systemtheoretischen Formel bezeichnet — das Interesse der Planung und zugleich die rechtsstaatliche Forderung nach einer folgerichtigen Planung, was zunächst eine objektive Bedingung einer sachgerechten Planung ist.

Auf der anderen Seite heißt es: für den Bürger ist Rechtssicherheit Vertrauensschutz. Das muß doch wohl bedeuten, daß eine subjektive Position aufgefunden werden muß. Diese aber wird, wenn man sie nur aus dem Rechtsstaatsprinzip — allein nach Art. 2 Abs. 1 GG einschließlich der Wirtschaftsfreiheit — ableiten würde, meiner Ansicht nach eine hinreichende Differenzierung oder Typologie auch noch nicht zulassen. Denn, wie Herr *Ipsen* eben schon erwähnt hat, gerade in dem Ausdruck „Bestandsgarantie aus Veranlassung“ (III A 2)

steckt doch eigentlich die Hauptschwierigkeit. Die meisten problematischen Fälle sind ja gerade die, wo es sich fragt, inwieweit man überhaupt von einer „Veranlassung“ sprechen kann, abgesehen von den beiden anderen Fällen, die Sie genannt haben, nämlich dem ersten und dem dritten (III A 1 und 3). Eine „Veranlassung“ allein, auf die ich mich einlasse, kann doch offenbar nicht genügen, um mir eine solche schutzwürdige Position zu verschaffen. In der Knäckebrot-Entscheidung des Bundesgerichtshofs ist die Rede davon, daß eine Entschädigung eine besondere Vertrauensposition voraussetze, eine Zusage etwa. Mehr ist da nicht gesagt. Was soll das eigentlich sein? Darüber hätte man doch eigentlich mehr erfahren müssen, ganz speziell auch im Zusammenhang mit der Frage der Plangewährleistung, einem Problem, das vielleicht eine größere Bedeutung gewinnen müßte, als das Problem der Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte. Mit dem Ausdruck „Veranlassung“ allein wird zunächst die Typologie gewissermaßen verschüttet. Wir werden jetzt also etwas ratlos zurückgelassen bei der Frage, worin diese „Veranlassung“ denn nun eigentlich besteht.

Der Art. 14 GG bedeutet doch nichts anderes, als daß eine verkörperte Disposition — um das Wort von Herrn *Kisker* aufzugreifen — existieren muß. D. h. ich brauche eigentlich nicht mehr direkt von „Vertrauen“ zu sprechen, sondern ich kann sagen: man kann nur in dem geschützt werden, was existiert. Das muß eine vorhandene, also eine verkörperte Disposition sein. Und erst dann, wenn das geklärt ist, kann ich die Frage der Abwägung mit dem öffentlichen Interesse anknüpfen, also inwieweit aus der Fehlerhaftigkeit staatlichen Handelns ein Naturalanspruch verlangt werden kann oder eine Entschädigung.

Es ist von Herrn *Kisker* in seiner These IV A 3 c ein solcher Maßstab der Abwägung bezeichnet. Ich glaube aber, daß dieser Maßstab insofern die moderne Fragestellung der Planung nicht erfaßt, als hier einfach von der Erforderlichkeit des Eingriffs die Rede ist. Es ist die Eigentümlichkeit von Planungsentscheidungen, daß sie mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip allein nicht erfaßt werden können; sie werden damit überhaupt nicht erfaßt werden können, weil die Planung im Wege einer Abwägung und Ausgleichung der verschiedenen Interessen auf bestimmte private Interessen stößt. Also kann der Maßstab der Erforderlichkeit allein noch nicht ein sehr hinreichender Leitstrahl oder „Laserstrahl“ sein, der dem Juristen und dem Richter in dieser Angelegenheit Berechenbarkeit verschafft.

H. P. Ipsen: Die Verdichtung, die Sie in der Knäckebröt-Entscheidung vermissen, ergibt sich nach meiner Meinung gerade aus dem Vergleich mit der Gefrierfleisch-Entscheidung. Denn die Knäckebröt-Entscheidung stellt ja genau auf die Situation ab, die bei richtiger Entscheidung im Gefrierfleisch-Fall zu einer Entschädigung geführt hätte.

Zacher: Von Gefrierfleisch und Knäckebröt zurück zur alten Witwe! Zur Kontroverse zwischen Herrn *Kisker* und Herrn *Ossenbühl* folgendes. Es gibt — wenn ich mich recht erinnere — drei typische „alte-Witwen-Fälle“, die in unseren Zusammenhang gehören. Der erste Fall ist der der geschützten Disposition; daß man sagt, die Witwe hat sich in ein Altersheim eingekauft und auf die Rentenleistungen müsse sie nun vertrauen können. Der zweite Fall ist der einer „Fristenlösung“; daß man sagt, die Witwe hat die Rente so und so lange bezogen, und dabei soll es bleiben. Das ist die Frage, von der Sie, Herr *Wenger*, vorhin gesprochen haben, die auch im Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes eine Rolle spielt. Der dritte Fall ist schlicht der Mitleidsfall — man kann hier auch von „Gebrechlichkeitspflege“ sprechen —; daß man sagt, man kann einem so alten Menschen nicht noch eine solche grundlegende Veränderung seiner Lebensverhältnisse wie den Wegfall der Rente zumuten, wobei die Unmöglichkeit einer Um disposition der Sicherung — er kann sich eine andere Sicherung gar nicht mehr verschaffen — auch eine gewichtige Rolle spielt. Das ist eine zurückgerechnete Dispositionsmaxime, aber keine echte. So viel zur Typologie des Witwenfalls.

Aber nun zu einigen anderen typologischen Problemen. Zunächst finden wir unter allen Dingen, die hier angesprochen worden sind, die Gegenseite zum Verwaltungshandeln nicht, nämlich des Rechtshandeln Privater. Was geschieht dort, wo sich der Private unterwirft, wo er zwischen verschiedenen Formen des Zusammenwirkens mit der öffentlichen Gewalt wählt, wo er entscheidet, ob er sich überhaupt mit der öffentlichen Gewalt einläßt? Dafür gibt es sehr viele Beispiele. Inwieweit *da* der Vertrauensschutz wirkt, das ist auch ein Problem des Vertrauensschutzes im Verwaltungsrecht und zwar einerseits dergestalt, inwieweit die Verwaltung auf das Rechtshandeln des Privaten vertrauen kann; andererseits aber auch, inwieweit der Private darauf vertrauen kann, daß die Rechtsfolgen eintreten, mit denen er gerechnet hat.

Drei weitere Aspekte möchte ich kurz skizzieren, die Ansätze für die Typologie bieten könnten. Den ersten Punkt möchte ich umschreiben mit der Vertretbarkeit der Position.

Wo immer die Bereinigung der Interessenkollisionen und Rechtsverletzungen nicht dadurch hergestellt werden kann, daß die ursprüngliche Situation wieder hergestellt wird, tritt die Frage auf: Wie kann das kompensiert werden? Und da erstaunt mich, daß Herr *Püttner* so rigoros sagt: Da muß eben entschädigt werden. Die entscheidende Frage ist doch: Kann überhaupt durch eine Entschädigung kompensiert werden? Und sollen Positionen, bei denen durch Entschädigung nicht kompensiert werden kann, generell wegnehmbar sein oder sollen sie gar nicht wegnehmbar sein? Was soll hier geschehen? Selbst im Vermögensrecht haben wir ja große Differenzierungen. Es ist ein Unterschied, ob man eine so maximal teilbare und vertretbare Sache, wie das Geld, wieder hergeben muß oder ob man etwas, was man sich individuell angeeignet hat, z. B. ein Haus, das man sich gebaut hat, wieder verlieren soll. Es ist etwas anderes, ob man Vermögen verliert, oder ob man eine Gestaltungschance, Freiheit auszuüben, verliert usw. Also, Vertauschbarkeit der Position gegenüber der Einmaligkeit scheint mir ein Topos zu sein. Gleich daneben liegt die Frage der Umkehrbarkeit von Prozessen. Es ist etwas anderes, ob man die Erlaubtheit von Handeln umzukehren trachtet oder ob man erworbene Positionen oder ähnliche verkörperte Dispositionen oder so etwas wieder preisgeben soll.

Nun zum zweiten Topos, den ich gern noch erwähnen möchte, der hier schon vielfach angeklungen ist, zu dem ich aber doch einiges sagen möchte: nämlich zur Notwendigkeit, das Problem stark unter verfahrensrechtlichen Aspekten zu sehen. Herr *Wenger* hat das Formelement angesprochen. In einem Leitsatz von Herrn *Kisker* ist das Problem des Zustandekommens der Entscheidung angesprochen. Ich halte das für einen ungemein wichtigen Topos; der erklärt nämlich gerade viele Besonderheiten. Und da bin ich gar nicht damit einverstanden, wenn Sie gesagt haben, es gibt keine rationalen Hintergründe, etwa die Spanne zwischen § 1744 RVO und dem SGG aufzuklären. Hinter dem § 1744 RVO steht nämlich, daß — als die Reichsversicherungsordnung erlassen wurde — das Verfahren so intensiv geregelt war, daß die Entscheidung einem Gerichtsurteil gleich kam, so daß am Schluß die Entscheidung nur noch unter den gleichen Voraussetzungen wie ein Gerichtsurteil sollte angefochten werden können. Ein Gerichtsurteil wird nicht nach Maßgabe seiner inhaltlichen Richtigkeit, sondern nach Maßgabe der Richtigkeit des Verfahrens angegriffen, ob die Zeugen richtig ausgesagt haben, ob sie Meineide geschworen haben usw. Das findet man in § 1744 RVO wieder.

Bachof: Doch nicht nur, Herr *Zacher*, ein Urteil wird doch auch wegen seines Inhalts angegriffen.

Zacher: Ich meine hier natürlich nur den Angriff auf die Rechtskraftwirkung der Entscheidungen. Ich möchte deshalb etwa auch plädieren für eine Unterscheidung zwischen den ersten Verwaltungsakten und den Verwaltungsakten, die im Widerspruchsverfahren bereits überprüft sind. Ich sehe das primär unter dem rechtsstaatlichen Gebot des Rechtsfriedensschutzes. Dessen Problematik hängt mit dem Vertrauensschutz eng zusammen.

Ein anderer verfahrensrechtlicher Aspekt ist schon angesprochen worden. Ihn hätte ich eigentlich auch von Herrn *Kisker* erwartet, nachdem ich schon einmal ein sehr schönes Buch von ihm besprochen habe, wo er auf die „due process of law-Klausel“ gerade im Zusammenhang mit dem Vertrauensschutz sehr intensiv eingegangen ist. Wir sehen darin, daß es gerade darauf ankommt, ob und wie lange man auf eine Rechtsänderung vorbereitet ist, daß wir also solche Techniken schonender Rechtsänderung brauchen und daß wir den Abbau der Positionen auch unter einem verfahrensrechtlichen Aspekt sehen müssen.

Die dritte Kategorie, die ich hier gern angebracht wüßte, wäre, daß wir das Problem in der konkreten Ordnungseinheit, der Situation sehen: Sie kann komplex geschlossen sein, sie kann offen sein, sie kann allgemein sein und beliebig viele Betroffene haben. Das eine identifizieren wir gemeinhin mit der Ordnungseinheit, die durch Verwaltungsakte und durch Gerichtsurteile hergestellt wird; das andere ist die Ordnungseinheit, wie sie durch Gesetz und Verordnung hergestellt wird. Dazwischen steht der Plan, steht der Verwaltungsakt mit vielen Betroffenen. Je konkreter die Ordnungseinheit, je geschlossener die Situation ist, desto besser ist es möglich, die Ermittlungen und die Absicherungen so durchzuführen, daß eine stabile, feste Position zugeteilt werden kann. Aber auf der anderen Seite muß man wieder sagen: Je singulärer die Situation ist, desto besser ist es möglich, von einzelnen Formen im individuellen oder im allgemeinen Interesse abzuweichen. Je allgemeiner sie ist, um so schwieriger ist es, eine Situation wieder zu verändern.

Nun noch eine Schlußbemerkung, und zwar im Anschluß an das, was ich zu Herrn *Kisker* über die „due process of law-Klausel“ gesagt habe. Ich hätte an sich erwartet, daß man in eine solche Materie, die von Hekatomben deutschen Juristenbluts bereits durchflutet und stockig überflutet ist, nämlich den Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, hier sehr viel mehr an

Rechtsvergleichung hätte hineinbringen können. Dabei hätten wir vielleicht gesehen, daß die deutsche Ängstlichkeit in bezug auf den Vertrauensschutz keineswegs überall geteilt wird, im Gegenteil, daß wir hier an der Spitze des Fortschritts, wenn das einer ist, marschieren. Ich hätte auch gedacht, daß wir das Europarecht, das ja zum Vertrauensschutz einiges gebracht hat, gerade auch aus der Sicht der Rechtsvergleichung hätten heranziehen müssen und hier vielleicht gerade für die Typologie neue Zugänge hätten gewinnen müssen.

Damit zwei Worte in das Ohr des neuen Vorstands: Zunächst habe ich das Rechtshandeln Privater vermißt. Ich glaube, das wäre ein Thema für einen der nächsten verwaltungsrechtlichen Teile der Tagungen unserer Vereinigung.

Und das zweite: Ich habe es mir gestern versagt zu monieren, daß wir das Ausländerrecht nicht mehr ohne das Europarecht diskutieren können. Ich habe mir schon gedacht, daß der Vorstand dahintersteckt und die Referenten entschuldigt sind. Ich glaube aber, daß man ganz grundsätzlich sagen muß: Wir können diese Fragen nicht mehr ohne Europarecht diskutieren. Wir diskutieren sonst ein unechtes Recht, wenn wir solche Fragen — auch wie die heutigen — ohne Europarecht zu erörtern versuchen.

Dürig: Mich interessiert diese Nahtstelle, die Sie auf die berühmte „logische Sekunde“ bei Stichtagsregelungen zusammendrängen können, zwischen dem status quo und der Flexibilität gegenüber der Zukunft. Und dieses Abrupte möchte ich eben gern vermieden wissen durch ein Instrumentarium, das man entwickeln sollte, etwa — der Phantasie sind keine Grenzen gesetzt — in Form von Gleitklauseln oder von Ankündigungen. Wie ja auch das Bundesverfassungsgericht bei §§ 78, 79 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes aus der Kassation mit Rückwirkung glatt eine Verpflichtung für die Zukunft gemacht hat. Und dann könnte man hier doch einmal ansprechen, wie das *Kelsen* für Österreich mit Art. 140 des österreichischen Verfassungsgesetzes gemacht hat: „Die Aufhebung tritt am Tage der Kundmachung in Kraft, wenn nicht der Verfassungsgerichtshof für das Außerkrafttreten eine Frist bestimmt. Die Frist darf ein Jahr nicht überschreiten.“ Ich habe den Normlogiker *Kelsen* zitiert, weil er eben genau wußte, was man anrichtet, wenn man z. B. einen Bebauungsplan als Norm mit Rückwirkung kassiert, so daß man eben im Wortsinne nicht „darauf bauen“ kann. Da wird also die ex-tunc-Nichtigkeit, diese Rückwirkung, dieses Überfahrenwerden hinwegfingiert und dem Gericht die Befugnis gegeben, ein nichtiges Gesetz noch weiter in Geltung

zu lassen, genauer den Termin seiner Unanwendbarkeit für die Zukunft zu bestimmen. Und derartiges muß auch bei uns zu schaffen sein; etwa wenn ich in der Rechtsprechung als obiter dictum ankündige, ich werde die Rechtsprechung ändern, oder als Vorwarnung einer Änderung der Verwaltungspraxis. Darum, um solche Nahtstellen zwischen alt und neu, geht es mir. Und hier ein Instrumentarium der Entzerrung zu entwickeln, ist doch unsere ureigenste Aufgabe, wozu wir uns etwas einfallen lassen müssen.

Kisker: Herr *Zacher* hat das Europarecht erwähnt. Herr *Püttner* und ich haben auch ein schlechtes Gewissen, daß wir rechtsvergleichende Gesichtspunkte so wenig oder gar nicht einbezogen haben. Nur: Ich nehme an, um das zu tun, hätte selbst Herr *Ipsen* nicht 48, sondern 49 Stunden gebraucht.

Zu der Frage, was für ein Gedanke hinter § 1744 RVO steckt: Ich weiß nicht, ob Sie die These, hier sei ein besonderes Verfahren im Spiel, auch für das geltende Recht noch aufrechterhalten würden. M. E. kann man das nicht sagen.

Nun zu den Fragen, die Herr *Badura* aufgeworfen hat: Was ist eigentlich „Veranlassung“. Knäckebrot gegen Gefrierfleisch. Herr *Badura* scheint da keinen Unterschied zu sehen. Ich glaube aber, daß es einen solchen Unterschied gibt: In der Gefrierfleisch-Entscheidung stand ebenso wie in der Berlin-Präferenz-Entscheidung das Problem der Zusage zur Diskussion. Das war bei der Knäckebrot-Entscheidung nicht der Fall. Wir haben es also mit verschiedenen Fallgruppen zu tun.

Leisner: Bei der Behandlung der Frage nach einer möglichen Grundlegung eines Vertrauensgrundsatzes in der Verfassung muß die Staatsformbestimmung der Demokratie noch bemüht werden. Denn als „demokratische Staatsrechtslehrer“ sind wir ja „immer im Dienst . . .“ Die allgemeine Frage lautet: Inwieweit ist ein Grundsatz des Vertrauensschutzes staatsformneutral? Weiter ist zu fragen, ob die Demokratie eine oder die mögliche Grundlegung eines Vertrauensschutzes abgibt. Wenn das nicht der Fall ist, wozu ich neigen würde, käme die weitere Frage, ob die Demokratie als Staatsform generell vertrauensverstärkend, vertrauensgünstig oder vertrauensabschwächend ist. Für die Vertrauensgünstigkeit könnte immerhin geltend gemacht werden, daß der Solidaritätsgedanke der Demokratie zugrunde liegt und damit ein gewisses Vertrauen angesprochen ist. Auf der anderen Seite könnte betont werden, daß der organisierte Volkssouverän eben im plébiscite de tous les jours jeden Tag neu entsteht und daß es infolgedessen ein Vertrauen in diese Demokratie entweder gar nicht oder nur

sehr abgeschwächt geben kann. Oder sollte vielleicht das Vertrauen so völlig staatsformneutral sein, so daß man dann formulieren könnte: Demokratie vergeht, Vertrauen besteht?

Wenger: Ich wollte gerade im Hinblick auf das Demokratieprinzip auf *Kelsen* verweisen. In seiner Schrift „Vom Wesen und Wert der Demokratie“ hat er den Vertrauensgrundsatz in der verfassungsrechtlichen Dimension gesehen. Die Demokratie verlangt nach *Kelsen*, daß differenziert wird zwischen Grundentscheidungen, die nicht der zufälligen Mehrheit des einfachen Gesetzgebers überantwortet werden dürfen, und Entscheidungen, in denen der Gesetzgeber Spielraum hat. Diese Unterscheidung wäre meiner Meinung nach auch in unserem Zusammenhang zu beachten. Dann freilich stellt sich die Frage nach der Formalstruktur der Rechtsordnung und damit die zu Beginn meiner ersten Intervention aufgeworfene Frage, ob man überhaupt rechtspolitisch sinnvoll ein Konzept zu unserem Problem entwickeln kann, wenn man gewissermaßen das bestehende Verfassungsrecht als gegeben hinnimmt, oder ob man, wenn die Dinge schon so unsicher sind, nicht mögliche bessere Entscheidungen des *Verfassungsgebers* von vornherein in die Diskussion einbeziehen muß.

Selmer: Ich darf noch einmal zurückkommen auf die vorhin ausgetragene Kontroverse zwischen Herrn *Ipsen* und Herrn *Badura*. Hier ist meines Erachtens in der Tat eine ganz entscheidende Frage angeschnitten worden, nämlich die Frage: Wann hat sich in concreto schützenswertes Eigentum gebildet? Ich meine, die These aufstellen zu können, daß wir in diesem Zusammenhang sehr wohl auf den Vertrauensschutzgedanken verzichten können. Ich glaube, Herr *Kisker*, bei Ihnen kam das schon andeutungsweise zum Ausdruck.

Lassen Sie mich hier die beiden folgenden Fälle bilden: Einmal den Fall der verbindlichen Zusage. Hier können wir auf den Vertrauensschutzgedanken verzichten, weil sich eine Lösung der Eigentumsfragen über die Problematik des durch eigene Leistungen eigentumsartig angereicherten subjektiven öffentlichen Rechts ergibt, ohne daß wir irgendwie den Vertrauensschutzgedanken heranziehen müssen.

Die zweite Fallgruppe möchte ich einmal bezeichnen als die Konstellation des kooperativen oder quasi-imperativen Planbefolgungszwanges. Hier habe ich etwa folgende Fälle vor mir: Unternehmen werden Vergünstigungen in Aussicht gestellt und diese Vergünstigungen von einem planorientierten Verhalten abhängig gemacht; Stichwort vielleicht: Steinkohle-Anpassungsgesetz. Auch in diesem Fall kann man, wie ich meine, auf

den Vertrauensschutzgedanken verzichten; denn dort, wo ich aufgrund der Konkurrenzsituation — wenn auch nicht rechtlich, so doch psychologisch-wirtschaftlich — zu dem planorientierten Verhalten gezwungen werde, kann nur schwer noch von einem investierten Vertrauen gesprochen werden. Jedenfalls kann auf diesen Gesichtspunkt meines Erachtens verzichtet werden. Das scheinen mir doch die Hauptfälle im Wirtschaftsrecht zu sein, bei denen man auf den Vertrauensschutz ganz verzichten kann. Wenn man (im Falle der Kurskorrektur) Entschädigung noch über diese beiden Fälle — also die Fälle der Zusage und des quasi-imperativen bzw. kooperativen Planbefolgungszwanges — hinaus gewähren will — und das ist eine Frage, die an Sie gerichtet ist, Herr *Kisker* —, dann muß man es wohl mit *Oldiges* halten und sagen: Ich gestalte den Rechtssicherheitsgedanken subjektiv-rechtlich aus, reichere ihn vermögensrechtlich an und gewähre Entschädigung für jedes planorientierte Verhalten; ein Gedanke, den *Oldiges* ja in seiner Schrift vertreten hat, mit dem er aber bisher — wenn ich es recht sehe — nicht durchgedrungen ist, dies meines Erachtens mit Recht.

Püttner: Herr *Selmer*, Sie bestätigen aber im Grunde meine These, daß man bei der Auslegung und Anwendung der einzelnen Verfassungsvorschriften — auch Art. 14 GG — vorsichtig damit sein sollte, ohne Not zu der üblichen Auslegung immer noch den Vertrauensschutz als Mittler zu bemühen. Man sollte den unmittelbaren Zugang zu den Vorschriften, wo es irgend geht, offenhalten.

Selmer: Insoweit stellen meine Ausführungen eine Bestätigung Ihrer These dar.

Püttner: Herr *Leisner*, ich möchte noch eines zum Gesichtspunkt Demokratie sagen: Mir scheint, daß vielleicht in der Demokratie die Solidarität teilweise als Ersatz für Vertrauensschutz (auf der Verfassungsebene) in Frage käme, insofern nämlich, als sich jeder Bürger auf eine gewisse Solidarität der anderen Bürger bei allen Entwicklungen sollte verlassen dürfen. Wenn das so ist, dann brauche ich in der Tat den konkretisierten, aus dem Verwaltungsrecht stammenden Vertrauensgrundsatz auf der Verfassungsebene insoweit nicht. Für die Anpassungsregelungen und für die Übergangsregelungen müßte man vielleicht auch — man müßte das aber noch mehr durchdenken — mit der Solidarität arbeiten.

Bachof: Darf ich eine Frage an Herrn *Selmer* richten?

Vorsitzender: Ja bitte.

Bachof: Herr Selmer, besteht praktisch ein Unterschied, ob ich frage: Wann verdient eine Zusage Vertrauensschutz?, oder ob ich frage: Wann reicht eine Zusage in eigentumsrelevanter Weise eine Rechtsposition an?

Selmer: Ich darf an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erinnern. Der Bundesgerichtshof hat ja in der Knäckebrot-Entscheidung von einem durch bestimmtes Verhalten der Exekutive begründeten Vertrauenstatbestand gesprochen. Er hat aber in einer neueren Entscheidung ausdrücklich ausgeführt, daß ein eigentumsrechtlich relevanter Schutz nur dann entstehen soll, wenn es sich um eine verbindliche Zusage handelt. Und hier, so meine ich und darauf wollte ich hinaus, können wir auf die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum Schutz von subjektiven öffentlichen Rechten zurückgreifen. Nehmen wir an, daß ein Unternehmen eine verbindliche Zusage erhält und aufgrund dieser Zusage investiert und aufbaut; in diesem Augenblick, meine ich, daß aufgrund der eigenen investierten Leistung die Position eigentumsartig angereichert ist und daß bei einer Kursänderung — unbeschadet der zweiten Fallgruppe — die Entschädigung bei Überschreiten der Opfergrenze auf jeden Fall zu gewähren ist.

Vorsitzender: Ich will mich hier nicht in die Diskussion einschalten, aber dann wird das Problem nur von einer Stelle auf die andere Stelle verlagert; dann liegt nämlich eine Zusage vor. Der Gesetzgeber macht ja keine Zusagen, sondern bietet nur Chancen, die dann ausgenutzt werden, und die Frage ist doch, ob diese Ausnutzung reversibel ist.

Selmer: Beim Gesetzgeber würde der Fall im wesentlichen eintreten — also der Fall einer ausdrücklichen Zusage — etwa im Fall der befristeten Vergünstigung, wie er sich bei der umsatzsteuerlichen Berlinhilfe mit dem vorzeitigen Abbruch dieser befristeten Stützungsaktion ereignet hat. Hier würde ich von einer ausdrücklichen Zusage sprechen. Im übrigen kann es sich auch um Zusagen der Exekutive handeln; es muß sich ja nicht nur um Zusagen des formellen Gesetzgebers handeln. Ich glaube, z. B. im Falle der Gefrierfleisch-Entscheidung handelte es sich nicht um eine Zusage des Gesetzgebers, sondern um eine solche, die die Exekutive gegeben hat. Ich bin sicher, und da möchte ich Herrn Ipsen zustimmen, daß heute der Gefrierfleischfall anders entschieden würde.

Kisker: Der Fall würde sicher anders entschieden werden. Die Berlin-Präferenz-Entscheidung wiederholt ja eigentlich die Problematik des Gefrierfleischfalles.

Aber zu der anderen These, die ja immer wieder auftaucht. Sie lautet: Laßt uns doch den Streit um das vage Vertrauensschutzprinzip begraben, laßt uns die Lösung der Vertrauensschutzproblematik in einzelnen Vorschriften wie Art. 12, Art. 14 etc. suchen. Ich glaube, Herr *Bachof* hat mich da vorhin schon aus der Pfanne gehauen. Im Grunde genommen ist es doch wohl so, daß Sie das Problem mit diesem Verfahren nur an einem anderen Ort unterbringen. Wir sehen das doch deutlich in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. In mehreren Entscheidungen prüft der Bundesgerichtshof im Zusammenhang mit der Definition des Begriffes „Eigentum“ (i. S. des Art. 14 GG), ob der betroffene Bürger darauf vertrauen durfte, daß seine Position gegen Kurswechsel gesichert sei. Mit anderen Worten: Das alte Vertrauensschutzproblem, von dem ich nach wie vor meine, daß es eine systematische und einheitliche Behandlung verdient, taucht jetzt innerhalb des Art. 14 auf. In der Sache ändert sich dadurch überhaupt nichts.

Bachof: Es gibt eine neuere Entscheidung des BGH, daß man den gleichen Wein nicht unter verschiedenen Etiketten verkaufen dürfe!

Badura: Ich bin nicht so sicher, daß das stimmt, was Herr *Kisker* eben gesagt hat. Denn je nach dem, in welchem Normenzusammenhang dieser „*Topos*“ — das haben Sie ja selbst so genannt — verwendet wird, um so unterschiedlicher kann doch die Abwägung und können die Maßstäbe sein. Es kann doch nicht sein, daß man sagt: Na ja, das ist eben immer Vertrauen, ob das in Art. 2 Abs. 1 oder in Art. 14 oder bei Treu und Glauben oder woanders vorkommt. Das glaube ich eben gerade nicht. Daß hier überhaupt darauf Bezug genommen wird, hängt damit zusammen, daß zunächst einmal dieser Ausdruck gewissermaßen frei schwebend ist und nicht ein Bestandteil des positiven Rechts und daß man als Jurist die Aufgabe hat, zu überlegen, in welchen Normenzusammenhängen dieser Ausdruck eine Rolle spielen kann. Und je nachdem, ob ich nach Art. 2 Abs. 1 — wie vorhin Herr *Dürig* — oder nach Art. 14 oder nach dem Rechtsstaatsgedanken vorgehe, um so verschiedener müßten nach meiner Ansicht wegen der Funktion der Normen die Maßstäbe und die Abwägungsgesichtspunkte sein. Also halte ich das nicht für eine gleichgültige Frage.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Badura*. Ich bin ein bißchen betrübt, daß wir in diesen abstrakten Themata, in denen sich ja gut diskutieren läßt, verharren. Wir sind eigentlich noch nicht weit gediehen und müßten beispielsweise die Fragen beantworten, die Sie, Herr *Dürig*, oder Sie, Herr *Böckenförde*,

meiner Ansicht nach mit Recht gestellt haben. Sie haben das angesprochen als Technik der Überleitungsregelungen, die Altes mit Neuem verbinden; oder die Frage der Rücknahmeproblematik, echte und unechte. Das sind Bereiche, bei denen man wieder wird unterscheiden müssen. Dazu sind wir noch nicht gekommen.

Dürig: Vielleicht darf ich doch noch eine Arbeitsthese aufstellen: Belastender Rückgriff überhaupt nicht, es sei denn Kompensation durch Entschädigung; und für die Zukunft eine Technik, ein Verfahren, beginnend im Instrumentarium etwa mit der Ankündigung der kommenden Belastung.

Tomuschat: Ich wollte nur einige kurze Ausführungen zur Frage des Plangewährleistungsanspruches machen und bemerken, daß die Rechtsentwicklung ziemlich deutlich zu der Position tendiert, die Herr *Wenger* beschrieben hat, nämlich zum Formalismus. Wir unterscheiden die Einräumung einer Position einerseits aufgrund Verwaltungsakts, andererseits aufgrund einer abstrakten, generellen gesetzlichen Regelung. Meine These zum Vertrauensschutz gegenüber Gesetzen lautet ganz undifferenziert zunächst einmal: Verluste zu tragen gehört zu den Freiheiten des Bürgers. Das klingt vielleicht im ersten Moment etwas überraschend. Wenn wir aber den Vertrauensschutz zu weit ausbauen und in zu weitem Maße Entschädigungsansprüche gewähren aufgrund von Plangewährleistungen, dann rufen wir auf der anderen Seite die Forderungen auf den Plan, daß doch auch die Gewinne und Chancen, die durch eine planende Gesetzgebung eingeräumt werden, vergemeinschaftet werden, daß es nicht Sache der Gemeinschaft sein kann, Verluste zu tragen, während andererseits der Private die Gewinne für sich verbucht. Hier besteht ein ganz offensichtliches Korrelationsverhältnis. Das logische Endresultat wäre, daß neben dem allgemeinen Finanzverbund noch ein zweiter Verbund entsteht, sozusagen eine riesige Ausgleichskasse, in die auf der einen Seite alle chancenhaften Gewinne eingezahlt werden, alles das, was man per Zufall bekommt; aus der Ausgleichskasse würden dann auf der anderen Seite sämtliche außerordentlichen Belastungen ausgeglichen. Im Bereich der Wirtschaft läßt sich der untrennbare Zusammenhang von Risikobelastung und Gewinnchancen recht klar erkennen. Der Unternehmer muß üblicherweise die natürlichen Bedingungen des Marktes hinnehmen. Diese natürlichen Marktbedingungen werden in unserer reglementierten und global gesteuerten Wirtschaft mehr und mehr abgelöst durch staatliche Regelungen. Nun stellt sich die Frage, ob es richtig sein kann, daß der Unternehmer auf

der einen Seite zwar einen Versicherungsschutz erhält, den er normalerweise gegenüber den natürlichen Bewegungen des Marktes nicht hat, daß er aber auf der anderen Seite die staatlichen Gewinne, genauer: die Gewinne, die ihm aufgrund staatlicher Gesetzgebung zufallen, für sich allein vereinnahmt. Das Schlagwort von der Sozialisierung der Verluste besitzt nicht nur politischen Aussagewert.

H. P. Ipsen: Hier ist gelegentlich von „Plangewährleistung“ die Rede gewesen. Ich möchte klarstellen, daß nach meiner Meinung dieses Stichwort überhaupt nur diskutabel und anwendbar erscheint auf eine Gesetzgebung, die Plancharakter hat und nicht, Herr *Tomuschat*, auf irgendwelche Feld-Wald-und-Wiesen-Gesetzgebung, auf die sich jemand einrichtet. Es muß sich handeln um Gesetzgebung, die wesentliche Elemente des Plans enthält.

Kaiser: Genau in der Argumentationsrichtung von Herrn *Ipsen* würde ich aus dem, was Herr *Tomuschat* gesagt hat, einige Folgerungen ziehen für den Komplex der Plangewährleistung. Mir scheint, daß die große Diskussion, die darüber geführt worden ist und auf die ja auch Herr *Püttner* angespielt hat, vielleicht etwas zu wenig bedacht hat, daß manches ja gar keinen Bestand haben sollte und vielleicht sogar aus Rechtsgründen nicht einmal haben darf. Das ist das Problem der sogenannten Rückkoppelung bei jeder Art von Planung, also die Rückkoppelung veränderter Umstände in den Plan selbst. Mit dieser Bemerkung, daß vielleicht dem Argument der Beständigkeit und des Vertrauens auf die Beständigkeit in dieser Diskussion ein etwas zu großer Raum zugemessen worden ist, möchte ich nun aber keineswegs die Bedeutung des Vertrauensschutzes einschränken, sondern ich möchte im Gegenteil für die erweiterte Anwendung dieses Prinzips eintreten. Und so komme ich also mit einigen Bemerkungen zu dem, was Herr *Tomuschat* angeschnitten hat. Sicher wird man dem Gesetzgeber Gestaltungsfreiheit zugestehen müssen und gewiß hat die Wirtschaft so wie die Chancen auch entsprechende Risiken zu tragen. Aber ich möchte doch glauben, daß auch dem Gesetzgeber gegenüber das in Anspruch genommen werden kann, was von Herrn *Badura* als folgerichtiges und folgenderechtes Planungsverhalten angesprochen worden ist.

Ich möchte gern — da Herr *Rupp* bedauerte, daß das ganze zu abstrakt diskutiert würde — mit einem Beispiel dienen. Ich könnte mir doch folgendes denken, daß sich eine staatliche Konjunkturpolitik schwerer Versäumnisse schuldig macht und

daß dann, um diese Versäumnisse zu korrigieren und bei der mangelnden Griffigkeit der zur Verfügung stehenden Instrumente, eine einzelne Branche in den Griff genommen wird, sagen wir einmal: die Bauwirtschaft; und in dieser Branche wird es nun also zu Zusammenbrüchen kommen. Bitte, wer das für eine Umschreibung der gegenwärtigen Konjunkturpolitik halten sollte, dem würde ich sagen: Etwaige Ähnlichkeiten sind rein zufällig; das war nur theoretisch gemeint. Ich finde, in einer solchen Situation bestünde Anlaß, die Frage des Vertrauensschutzes zu stellen. Ich habe für die Lösung keine fertigen Rezepte und würde auch mit Herrn Böckenförde wünschen, daß es dafür besondere Institute gäbe und man den Vertrauensschutz den Verwaltungsrechtlern sollte überlassen dürfen. Aber solange es die besonderen Institute nicht gibt, wäre ich doch dafür, das Rechtsprinzip des Vertrauensschutzes auch hier in einer möglichst ausgedehnten Weise anzuwenden.

Durig: Wie wäre es denn wieder mit dem guten alten Haushaltsplan wenigstens für ein Jahr? Es ist ja geradezu eine Planeuphorie hochgekreiselt worden. Es hat doch alles wieder Sehnsucht nach dem guten alten 08/15-Haushaltsplan, worauf man sich ein Jahr lang wenigstens einstellen und verlassen kann.

Vorsitzender: Darf ich fragen: Ist zu diesem von mir nicht genau ausmachbaren Thema noch etwas Wesentliches zu sagen?

Hans Meyer: Ich habe zu der These IV A 2 von Herrn Kisker „Dispositionsschutz gegenüber der Rücknahme rechtmäßig begünstigender Verwaltungsakte“ und ihren Unterthesen Bedenken. Wenn ich Herrn Kisker richtig verstanden habe, so hat er sich an § 45 des Entwurfs eines Verwaltungsverfahrensgesetzes angelehnt. Dieser kennt allerdings in noch drei weiteren Fällen die Möglichkeit des Widerrufs, nämlich bei der Veränderung der tatsächlichen Umstände mit Rechtsfolge, bei Veränderung der Rechtslage und bei schwerem Nachteil für das Gemeinwohl.

Herr Kisker meint, es sei ein sauberes Verfahren, wenn Widerrufsvorbehalt oder Befristung dem Verwaltungsakt beigelegt werden. Das ist sicherlich der Fall. Nur: praktikabel scheint mir das Verfahren nicht zu sein. Zunächst zur These II b: Es ist sicher richtig, daß Klarheit geschaffen wird, wenn einem begünstigenden Verwaltungsakt ein Widerrufsvorbehalt beigelegt wird. Der Nachsatz in der These müßte aber m. E. nicht heißen: „Insofern wirkt es (das Verfahren) dispositions-schützend“, sondern: „Insofern wirkt es dispositionsverhin-

dernd“. Herr *Kisker* hat weiter gesagt, es bestehe die Gefahr, daß die Verwaltung den Widerrufsvorbehalt regelmäßig beifüge und daher müsse geprüft werden, „ob ein Abwägen zwischen Dispositionsschutzinteresse und Flexibilität die Beifügung eines Widerrufsvorbehaltes bzw. einer Befristung zwingend erforderlich macht“. Ich fürchte, die Konsequenz der Verwaltung wird sein, daß sie im Zweifel einen Widerrufsvorbehalt beifügt, wenn sie z. B. nicht sicher ist, ob Sachverhaltsänderungen mit Rechtsfolgen oder Rechtsänderungen zu erwarten sind. Die Folge wird sein, daß alle oder die meisten oder zumindest im Zweifel die Verwaltungsakte mit Widerrufsvorbehalten versehen werden.

Und dann tritt das, was Herr *Kisker* zur These 2 d gesagt hat, nicht ein, daß nämlich bei der Prüfung eines Widerrufs Aspekte des Vertrauensschutzes grundsätzlich nicht mehr einzubeziehen sind, wenn ein Widerrufsvorbehalt beifügt war. Der Betroffene wird nämlich sagen, der Vorbehalt sei für einen ganz bestimmten Fall gedacht gewesen. Werde er jetzt ausgeübt, dann für einen Fall, für den er nicht gedacht gewesen sei. Folglich liege unter Vertrauensschutzgesichtspunkten eine ermessensfehlerhafte Ausübung des Widerrufs vor.

Ich glaube, daß man diesem Dilemma nicht enttrinnen kann und daß die Lösung des Entwurfs eines Verwaltungsverfahrensgesetzes löblicher ist, der die drei genannten weiteren Fälle eines möglichen Widerrufs vorsieht. Wir müssen, glaube ich, diese Offenheit für die Verwaltung bewahren, allerdings mit der Folge, daß sie in Konsequenz der Entschädigungsverpflichtung bei Vertrauensschaden — ich denke etwa an § 45 Abs. 4 des Entwurfs — in solchen Fällen zur Kasse gebeten wird.

Kisker: Bisher geht die Tendenz eigentlich dahin, die Bedeutung des Begriffes „schutzwürdiges Vertrauen“ möglichst einzuschränken. Sie, Herr *Meyer*, möchten ihn in den genannten Fällen doch wieder einführen. Ich würde das bedauern. Selbstverständlich muß bei Beifügung des Widerrufs genau geprüft werden, ob eine solche Beifügung angemessen ist oder nicht. Ist das aber geschehen, so sollte man sich bei Ausübung des Widerrufs doch die Frage sparen können, ob Vertrauen enttäuscht wurde oder nicht.

Wenger: Es ist die Frage, ob solche Übergangsklauseln, von denen Herr *Dürig* gesprochen hat und die ich für richtig halten würde, nur beim Gesetz im formellen Sinn oder auch bei Verordnungen notwendig sind. Die Verordnung spielt ja bei Planungen eine mindestens ebenso große Rolle wie das formelle Gesetz.

Vorsitzender: Sind noch weitere Wortmeldungen? Wenn das nicht der Fall ist, möchte ich den beiden Referenten die Möglichkeit geben, sich in einem Resümee oder Schlußwort noch einmal zu äußern.

Püttner (Schlußwort): Die Debatte hat mich eigentlich darin bestärkt, daß die Unsicherheit auf diesem Gebiet noch sehr groß ist. Die verschiedenen Gedanken, die hier quer durcheinander gingen, zeigen mir eigentlich, daß ich wahrscheinlich, wenn ich versuchen wollte, in Differenzierung der Sachverhalte ganz kurz eine Gruppierung vorzunehmen, etwas vortäuschen würde, was noch nicht da ist. Darauf möchte ich mich beschränken.

Kisker (Schlußwort): Mir scheint, die Debatte hat ergeben, was Herr *Dürig* besonders unterstreicht: Es geht darum, zu verhindern, daß der auf eine bestimmte Rolle eingespielte Bürger überrollt wird, sei es vom Gesetzgeber, sei es von der Verwaltung. Das Problem stellt sich in vielerlei Zusammenhängen und in sehr unterschiedlicher Form. Insoweit sind Differenzierungen geboten. Aber wir täten der Rechtswissenschaft keinen Dienst, wenn wir das hinter solchen Differenzierungen stehende umgreifende Problem nicht sehen würden.

Ein wenig bedauert habe ich, daß in der Diskussion die Frage: Unterschiedliche Behandlung des Dispositionsschutzinteresses gegenüber dem Gesetzgeber einerseits und der Verwaltungsbehörde andererseits nicht recht herausgekommen ist. Das hätte uns auf die von Herrn *Wenger* mehrfach angesprochene Frage gebracht, inwieweit auch die Form der hoheitlichen Maßnahme eine Rolle spielt. Aber dafür war die Zeit allzu knapp. Wir werden die Diskussion in der Literatur weiterführen können.

Vorsitzender: Ich darf den Referenten im Namen des Vorstandes und der ganzen Vereinigung sehr herzlich danken. Wenn die Referate erzielt haben, unsere Skepsis gegenüber einem allgemeinen Vertrauensschutz zu vertiefen, dann haben beide Referate meines Erachtens ihr Ziel erreicht. Nochmals herzlichen Dank dafür.

Damit ist der offizielle Teil der Staatsrechtslehrertagung geschlossen.

Verzeichnis der Redner

Achterberg S. 233
Bachof S. 124, 125, 128, 228, 242, 256, 260, 261, 262
Badura S. 252, 262
Blümel S. 243, 246
Böckenförde S. 134, 135, 142, 244
Doehring S. 7, 112, 126, 132, 135, 147
Dürig S. 115, 247, 257, 263, 265
Erbel S. 132
Frowein S. 127
Grabitz S. 238
Herzog S. 118, 122
Ipsen H. P. S. 232, 250, 252, 254, 264
Isensee S. 49, 113, 123, 125, 128, 132, 140, 145
Kaiser S. 264
Kewenig S. 107
Kisker S. 149, 235, 239, 241, 247, 251, 252, 258, 261, 266, 267
Leisner S. 130, 132, 144, 258
Lerche S. 107, 115, 118, 122, 124, 142, 145, 147, 148
Merten S. 137
Meyer, Hans S. 136, 137, 265
Münch, Fritz S. 138, 249
Mosler S. 113
Mußnug S. 139
Oppermann S. 129, 137
Ossenbühl S. 240, 242
Püttner S. 200, 236, 238, 242, 246, 260, 267
Rüfner S. 232
Rupp S. 228, 232, 243, 252, 260, 261, 262, 265, 267
Saladin S. 133
Schmidt, Walter S. 234
Schneider, Hans S. 239, 246
Scholz S. 141
Selmer S. 259, 260, 261
Tomuschat S. 120, 263
Vogel S. 115
Wenger S. 229, 259, 266
Zacher S. 117, 118, 254, 256
Zuleeg S. 110

Verzeichnis der Mitglieder der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer

Stand: April 1974

Vorstand

1. *Ipsen*, Dr. Hans-Peter, o. Professor,
3141 Raven über Lüneburg, Haus Opferberg,
Tel. (041 72) 6 70 (Universität Hamburg)
2. *Vogel*, Dr. Klaus, o. Professor,
69 Heidelberg, Zeppelinstr. 39, Tel. (06 221) 4 53 70
3. *Ossenbühl*, Dr. Fritz, o. Professor, 5309 Meckenheim,
Bergstr. 15, Tel. (02 225) 26 28 (Universität Bonn)

Mitglieder

1. *Abelein*, Dr. Manfred, o. Professor, 53 Bonn, Rheinweg 12,
Tel. (02 221) 2 56 92 (Universität Regensburg)
2. *Abendroth*, Dr. Wolfgang, Professor, 355 Marburg,
Wilhelm-Roser-Str. 53, Tel. (06 421) 50 77
3. *Achterberg*, Dr. Norbert, o. Professor, 4401 Roxel,
Breslauer Str. 15, Tel. (02 50 34) 74 22
(Universität Münster)
4. *Adamovich*, Dr. Ludwig, Universitätsdozent,
A 1090 Wien, Roosevelt-Platz 4, Tel. 42 73 95
5. *Antoniolli*, Dr. Walter, o. Universitätsprofessor,
A 2344 Maria Enzerdorf, Ottensteinstr. 35
Tel. (02 236) 4 99 45 (Universität Wien)
6. *Armbruster*, Dr. Hubert, o. Professor, 65 Mainz,
An der Allee 69, Tel. (06 131) 3 19 50
7. *Arnold*, Dr. Rainer, Privatdozent, 8702 Zell am Main,
Küsterbergstr. 22, Tel. (0931) 59 62 79
(Universität Würzburg)
8. *Baade*, Dr. Hans W., Professor, University of Texas,
6002 Mountain Climb Drive, Austin/Texas, USA. 78 731
Tel. (512) 452-5071 und 471-5151

9. *Bachof*, Dr. Dr. h. c. Otto, o. Professor, 74 Tübingen,
Auf dem Kreuz 3, Tel. (07 122) 6 11 44
10. *Badura*, Dr. Peter, o. Professor, 8 München 40,
Habsburgerstr. 2, Tel. (089) 34 24 57
11. *Barbey*, Dr. Günther, Privatdozent, 1 Berlin 12,
Hardenbergstr. 32
12. *Barfuß*, Dr. jur. Dr. rer. pol. Walter, Universitätsdozent,
A 1010 Wien, Tegetthoffstr. 3, Tel. (02 22) 52 68 41
13. *Bartlsperger*, Dr. Richard, o. Professor,
6901 Leutershausen, Johann-Sebastian-Bach-Str. 3,
Tel. (062 01) 5 11 33 (Universität Mannheim)
14. *Bäumlin*, Dr. Richard, o. Professor, CH 3073 Gümlingen
b. Bern, Schubertweg 12, Tel. (031) 52 01 07
15. *Bayer*, Dr. Hermann-Wilfried, Professor, 463 Bochum 7,
Nußbaumweg 25, Tel. (023 21) 71 57 24 (Universität
Bochum)
16. *Becker*, Dr. jur. Dr. phil. Erich, o. Professor, 672 Speyer,
Philipp-Melanchthon-Str. 10, Tel. (062 32) 34 39
17. *Berchtold*, Dr. Klaus, Universitätsdozent, A 1010 Wien,
Köllnerhofgasse 5/43, Tel. (0222) 5 20 90 52
18. *Bernhardt*, Dr. Rudolf, o. Professor, 69 Heidelberg,
Gustav-Kirchhoff-Str. 2a, Tel. (062 21) 4 36 99
19. *Bettermann*, Dr. Karl August, o. Professor, 2 Hamburg 63,
Alte Landstr. 173, Tel. (0411) 5 36 20 64
20. *Bleckmann*, Dr. Albert, Professor, 69 Heidelberg 1,
Baden-Badener Str. 3, Tel. (06 221) 3 31 96
21. *Blümel*, Dr. Willi, o. Professor, 4801 Großdornberg,
Wulfsbreede 12, Tel. (05 21) 72 01 91
(Universität Bielefeld)
22. *Blumenwitz*, Dr. Dieter, o. Professor, 8011 Zorneding,
Albrechtstr. 26, Tel. (0 81 06) 26 82
23. *Böckenförde*, Dr. jur. Dr. phil. Ernst-Wolfgang,
o. Professor, 48 Bielefeld, Graf-von-Stauffenberg-Str. 7,
Tel. (05 21) 7 25 04
24. *Böckstiegel*, Dr. Karl-Heinz, o. Professor, 404 Neuss,
Thywissenstr. 27, Tel. (02 101) 40 02 79

25. *Bogs*, Dr. Harald, Wiss. Oberrat, Privatdozent,
208 Pinneberg, Quellenweg 10
Tel. (040) 4 41 97/30 40 (dienstl.), (Universität Hamburg)
26. *Böhmert*, Dr. Viktor, o. Professor, 23 Kiel,
Graf-Spee-Str. 9, Tel. (04 31) 4 77 77
27. *Brohm*, Dr. Winfried, o. Professor, 48 Bielefeld,
Melanchthonstr. 45, Tel. (05 21) 7 96 83
28. *Brunner*, Dr. Georg, o. Professor, 8702 Lengfeld über
Würzburg, Sonnleite 3, Tel. (09 31) 2 36 36
29. *Bülck*, Dr. Hartwig, o. Professor, 69 Heidelberg,
Bergstr. 139a (Hochschule Speyer)
30. *Bull*, Dr. Hans Peter, Professor
2 Hamburg 55, Friedrich-Legahn-Str. 18, Tel. (040) 86 81 98
31. *Bullinger*, Dr. Martin, o. Professor, 78 Freiburg/Br.,
Sundgaullee 46, Tel. (07 61) 8 22 29
32. *Frhr. v. Campenhausen*, Dr. Axel, o. Professor,
8 München 19, Volpinistr. 54, Tel. (089) 15 53 31
33. *Carstens*, Dr. Karl, o. Professor, 5309 Meckenheim,
Dechant-Kreiten-Str. 43, Tel. (02 225) 24 55
34. *Dagtoglou*, Dr. Prodromos, o. Professor, 84 Regensburg,
Postfach 397, Tel. (0941) 94 32 65 4/5
(Universität Regensburg)
35. *Delbrück*, Dr. Jost, o. Professor, 34 Göttingen,
Leuschnerweg 7, Tel. (05 51) 2 14 45
36. *Denninger*, Dr. Erhard, Professor, 6374 Steinbach/Taunus,
Rossertstr. 10, Tel. (06 171) 7 17 78
(Universität Frankfurt/M.)
37. *Doehring*, Dr. Karl, o. Professor, 69 Heidelberg,
Bergstr. 58, Tel. (06 221) 4 58 80
38. *Drath*, Dr. Martin, Professor, 75 Karlsruhe,
Dragonerstr. 9, Tel. (07 21) 5 77 12
(Universität Darmstadt)
39. *Dreier*, Dr. Ralf, Wiss. Rat und Professor,
34 Göttingen, Wilhelm-Weber-Str. 4—6, Tel. (05 51) 5 91 14
40. *Dürig*, Dr. Günter, o. Professor, 74 Tübingen 9,
Staufenstr. 9, Tel. (07 122) 21 29 66

41. *Ehmke*, Dr. Horst, o. Professor, 534 Rhöndorf/Rhein,
Konrad-Adenauer-Str. 19, Tel. (02 224) 61 08
42. *Eichenberger*, Dr. Kurt, o. Professor,
CH 4144 Arlesheim bei Basel, Bärenbrunnenweg 4,
Tel. (061) 72 33 86
43. *Erbel*, Dr. Günter, Privatdozent, 53 Bonn-Bad Godesberg,
Jahnstr. 3, Tel. (02 221) 6 35 13
44. *Erichsen*, Dr. Hans-Uwe, o. Professor, 463 Bochum,
Cranachstr. 44, Tel. (02 321) 43 29 70
45. *Erler*, Dr. Georg, o. Professor, 34 Göttingen,
Schlegelweg 11, Tel. (05 51) 5 93 43
46. *Ermacora*, Dr. Felix, o. Universitätsprofessor,
A 1010 Wien I, Karl-Lueger-Ring, Universität,
Tel. (02 222) 42 76 11
47. *Evers*, Dr. Hans-Ulrich, o. Universitätsprofessor,
A 5020 Salzburg, Wolfsgartenweg 30,
Tel. (00 43/62 22) 20 78 67
48. *Fleiner*, Dr. Thomas, o. Professor, CH 1723 Marly FR,
Le Riedelet 9, Tel. (037) 46 12 61
(Universität Freiburg/Schweiz)
49. *Folz*, Dr. Hans-Ernst, Professor (Wiss. Rat),
66 Saarbrücken, Rotenbühlerweg 72, Tel. (06 81) 3 69 25
50. *Forsthoff*, Dr. Dr. h. c. Ernst, o. Professor,
69 Heidelberg-Schlierbach, Wolfsbrunnensteige 13,
Tel. (06 221) 2 67 83
51. *Friauf*, Dr. Karl Heinrich, o. Professor,
506 Bensberg-Frankenforst, Eichenhainallee 17,
Tel. (02 204) 6 19 84 (Universität Köln)
52. *Friesenhahn*, Dr. Dr. h. c. Ernst, o. Professor,
53 Bonn, Wegeler Str. 2, Tel. (02 221) 65 75 38
53. *Fröhler*, Dr. Ludwig, o. Hochschulprofessor,
A 4010 Linz-Urfahr, Altenberger Str. 39
54. *Fromont*, Dr. Michel, Professeur de droit public,
F 21 Dijon, 44 Rue des Marmuzots, Tel. (80) 32 68 35
55. *Frowein*, Dr. Jochen A., o. Professor,
4801 Hoberge-Uerentrup ü. Bielefeld, Wasserfuhr 1,
Tel. (05 21) 72 03 11

56. *Fuß*, Dr. Ernst-Werner, o. Professor, 8702 Zell am Main, Küsterbergstr. 8, Tel. (09 31) 59 71 16
(Universität Würzburg)
57. *Gallwas*, Dr. Hans-Ulrich, Wiss. Rat und Professor, 8 München 23, Hans-Leipelt-Str. 16, Tel. (089) 32 83 66
58. *Geck*, Dr. M. A. Wilhelm Karl, o. Professor, 6671 Oberwürzbach-Reichenbrunn, Tel. (06 894) 73 26
(Universität des Saarlandes)
59. *Gerber*, D. Dr. Hans, o. Professor, 78 Freiburg/Br., In der Röte 5, Tel. (07 61) 5 33 06
60. *Glum*, Dr. Friedrich, o. Professor, 8 München 19, Südliche Auffahrtsallee 24, Tel. (089) 6 34 56
61. *Görg*, Dr. Hubert, Professor, 5062 Hoffnungsthal-Ellersberg, Tel. (02 205) 25 40
62. *Götz*, Dr. Volkmar, o. Professor, 34 Göttingen, Nikolausberger Weg 56, Tel. (05 51) 4 31 19
63. *Grabitz*, Dr. Eberhard, Privatdozent, 2 Hamburg 52, Waitzstr. 59, Tel. (089) 82 42 71
64. *Grawert*, Dr. Rolf, Privatdozent, 4805 Brake bei Bielefeld, Am Friedhof 273, Tel. (05 21) 3 65 59
65. *Grewe*, Dr. Wilhelm G., o. Professor, Deutsche Botschaft, CPO Box 955, Tokyo/Japan
66. *Gröll*, Florian Dr., a. o. Universitätsprofessor, A 9020 Klagenfurt, Babenberger Str. 10
67. *Gygi*, Dr. Fritz, o. Professor, CH 3006 Bern, Beatusstr. 28, Tel. (031) 44 86 38
68. *Häberle*, Dr. Peter, Professor, 355 Marburg/Lahn, Universitätsstr. 6 (Savignyhaus), Tel. (06 421) 31 25 oder 31 28
69. *Häfelin*, Dr. Ulrich, o. Professor, CH 8049 Zürich, Müseliweg 1, Tel. (051) 56 84 60
70. *Hahn*, Dr. Hugo J., o. Professor, 87 Würzburg, Alte Universität, Domerschulstr. 16, Tel. (09 31) 3 13 10
71. *Haller*, Dr. Walter, Privatdozent, CH 8122 Pfaffhausen-Zürich, Gättenhusenstr. 8, Tel. (01) 85 36 71

72. *Hamel*, Dr. Walter, Professor, 355 Marburg/Lahn,
Calvinstr. 21, Tel. (06 421) 28 62
73. *Heckel*, Dr. Martin, o. Professor, 74 Tübingen,
Lieschingstr. 3, Tel. (07 122) 6 14 27
74. *Hellbling*, Dr. Ernst C., o. Universitätsprofessor,
A 1130 Wien 13, Volksgasse 12
75. *Henke*, Dr. Wilhelm, o. Professor, 8501 Rückersdorf,
Strengenbergr. 47, Tel. (09 123) 27 85
(Universität Erlangen)
76. *Herzog*, Dr. Roman, o. Professor, 53 Bonn-Röttgen,
Eichenweg 18, Tel. (022 21) 25 19 74 (Hochschule Speyer)
77. *Hesse*, Dr. Konrad, o. Professor, 7802 Merzhausen ü.
Freiburg/Br., Schloßweg 29, Tel. (07 61) 40 38 11
78. *Hettlage*, Dr. Karl Maria, o. Professor, 532 Bad Godesberg,
Friedrich-Ebert-Str. 83, Tel. (02 229) 6 43 61
79. *Frhr. v. d. Heydte*, Dr. Friedrich August, o. Professor,
8702 Gerbrunn über Würzburg, Gieshügeler Str. 45,
Tel. (09 31) 70 69 14
80. *v. Hippel*, Dr. Ernst, o. Professor, 6531 Perscheid ü. Bingen,
Tel. (06 744) 5 20 (Universität Köln)
81. *Hoegner*, Dr. Wilhelm, Honorarprofessor, 8 München 9,
Am Blumengarten 17, Tel. (089) 43 42 41
82. *Hoffmann*, Dr. Gerhard, Professor, 355 Marburg/Lahn,
Friedrichstr. 31, Tel. (06 421) 6 32 74
83. *Hofmann*, Dr. Hasso, Universitätsdozent,
8521 Uttenreuth, Breslauer Str. 6/B, Tel. (09 131) 5 26 43
84. *Hollerbach*, Dr. Alexander, o. Professor,
7801 March-Hugstetten ü. Freiburg/Br., Parkstr. 8,
Tel. (07 665) 22 51
85. *Hoppe*, Dr. Werner, o. Professor, 44 Münster/Westf.,
Von-Ossietzky-Str. 41, Tel. (02 51) 79 55 00
86. *Huber*, Dr. Ernst Rudolf, o. Professor,
78 Freiburg-Zähringen, In der Röte 2, Tel. (07 61) 5 37 13
87. *Huber*, Dr. Dr. h. c. Hans, o. Professor,
CH 3074 Muri b. Bern, Mannenriedstr. 5, Tel. (Bern 031)
52 09 25

88. *Ipsen*, Dr. Hans-Peter, o. Professor, 3141 Raven über Lüneburg, Haus Opferberg, Tel. (041 72) 6 70 (Universität Hamburg)
89. *Ipsen*, Dr. Knut, Privatdozent, 23 Kiel 16, Richthofenstr. 31, Tel. (04 31) 3 73 51
90. *Isensee*, Dr. Josef, o. Professor, 66 Saarbrücken 3, Akazienweg 12, Tel. (06 81) 81 38 97
91. *Jaenicke*, Dr. Günther, Professor, 6906 Leimen b. Heidelberg, Waldstr. 13, Tel. (06 224) 35 71 (Universität Frankfurt/M.)
92. *Jahrreis*, Dr. jur. Dr. h. c. Dr. h. c. Dr. h. c. LL. D. h. c. Hermann, o. Professor, 5 Köln/Rhein 41, Nasse-Str. 30, Tel. (0221) 41 35 53
93. *Kaiser*, Dr. jur. Dr. rer. pol. h. c. Joseph H., o. Professor, 7813 Staufen, Rothofweg, Tel. (07 633) 57 28 (Universität Freiburg/Br.)
94. *Kewenig*, Dr. Wilhelm, o. Professor, 23 Kiel, Schillerstr. 16, Tel. (04 31) 5 58 29
95. *Khol*, Dr. Andreas, Universitätsdozent, Europarat F 67006 Strasbourg CEDEX, Tel. (88) 35 70 35
96. *Kimminich*, Dr. Otto, o. Professor, 84 Regensburg, Killermannstr. 6, Tel. (09 41) 2 41 75
97. *Kipp*, Dr. Heinrich, o. Universitätsprofessor, A 6080 Kurort Igls, Lanserstr. 61, Tel. (05 222) 72 09 (Universität Innsbruck)
98. *Kisker*, Dr. Gunter, Professor, 6301 Leihgestern ü. Gießen, Albert-Schweitzer-Str. 3, Tel. (06 403) 31 30
99. *Klecatsky*, Dr. Hans R., o. Universitätsprofessor, A 6020 Innsbruck, Reithmannstr. 20, Tel. (05 222) 52 21 44
100. *Klein*, Dr. Hans-H., o. Professor, 34 Göttingen 23, Kalklage 22, Tel. (05 51) 2 10 32
101. *Kloepfer*, Dr. Michael, Universitätsdozent, 8 München 22, Veterinärstr. 5, Tel. (089) 21 80 33 36
102. *Knemeyer*, Dr. Franz-Ludwig, o. Professor, 87 Würzburg 7, Unterdürrbacher Landstr. 83, Tel. (09 31) 5 91 18

103. *Knies*, Dr. Wolfgang, o. Professor, 66 Saarbrücken 1, Sonnenweg 4, Tel. (06 81) 5 41 80
104. *Knöpfle*, Dr. Franz, o. Professor, 89 Augsburg 22, Birkenstr. 39
105. *Koja*, D. Dr. Friedrich, o. Universitätsprofessor, A 5020 Salzburg, Lederwaschgasse 22, Tel. (06 222) 22 27 12
106. *König*, Dr. jur. Dr. rer. pol. Klaus, o. Professor, 672 Speyer, Wimpelingstr. 5, Tel. (06 232) 59 01
107. *Kopp*, Dr. Ferdinand O., Privatdozent, 8033 Planegg b. München, Liesl-Karlstadt-Str. 24, Tel. (089) 89 86 62
108. *Korinek*, Dr. Karl, o. Universitätsprofessor, A 1130 Wien, Auhofstr. 225—227, Tel. (02 22) 8 20 91 53 (Universität Graz)
109. *Krause*, Dr. Peter, Assistenzprofessor, 6604 Göttingen/Saar, Bühler Str. 70, Tel. 87 82 72
110. *Kriele*, Dr. Martin, o. Professor, 509 Leverkusen-Wald, Richard-Wagner-Str. 10, Tel. (02 172) 5 15 64 (Universität Köln)
111. *Kröger*, Dr. Klaus, Professor, 63 Gießen-Wieseck, Hölderlinweg 14, Tel. (06 41) 5 22 40
112. *Krüger*, Dr. Herbert, o. Professor, 2 Hamburg 50, Philosophenweg 14
113. *Küchenhoff*, Dr. Erich, Wiss. Rat und Professor, 44 Münster, Kanalstr. 403, Tel. (02 51) 2 13 06
114. *Küchenhoff*, Dr. Günther, o. Professor, 87 Würzburg, Seinsheimer Str. 13, Tel. (09 31) 7 83 34
115. *Lange*, Dr. Klaus, Privatdozent, 34 Göttingen, Weserstr. 36, Tel. (05 51) 7 28 56
116. *Laun*, Dr. jur. Dr. rer. pol. h. c. Rudolf, o. Professor, 207 Ahrensburg b. Hamburg, Voßberg 2, Tel. (04 102) 5 02 81
117. *Leibholz*, Dr. jur. Dr. phil. Gerhard, o. Professor, 34 Göttingen, Herzberger Landstr. 57, Tel. (05 51) 5 70 40
118. *Leisner*, Dr. Walter, o. Professor, 852 Erlangen, Kochstr. 2, Tel. (09 131) 8 70 71 — 356
119. *Lerche*, Dr. Peter, o. Professor, 8035 Gauting b. München, Junkersstr. 13, Tel. (089) 8 50 20 88

120. *Liermann*, D. Dr. Hans, o. Professor, 852 Erlangen,
Am Meilwald 18, Tel. (09 131) 2 27 60
121. *Link*, Dr. Heinz-Christoph, o. Universitätsprofessor,
A 1170 Wien, Dornbacher Str. 25, Tel. (00 43 222) 46 89 42
122. *Lorenz*, Dr. Dieter, Universitätsdozent, 8 München 45,
Eberwurzstr. 87, Tel. (089) 3 13 68 07
123. *Mallmann*, Dr. Walter, Professor, 63 Gießen, Arndtstr. 14,
Tel. (06 41) 7 74 88
124. *v. Mangoldt*, Hans, Privatdozent, 69 Heidelberg 1,
Berliner Str. 48, Tel. (06 221) 4 21 33
125. *Martens*, Dr. Wolfgang, o. Professor, 2 Hamburg 50,
Hohenzollernring 23, Tel. (040) 8 80 68 00
126. *Marti*, Dr. Hans, ao. Professor, CH 3000 Bern,
Schwanengasse 9, Tel. (031) 22 16 83
127. *Maunz*, Dr. Theodor, o. Professor, 8032 Gräfelfing b.
München, Hartnagelstr. 3, Tel. (089) 85 16 30
128. *Maurer*, Dr. Hartmut, Professor, 3551 Wehrda,
Freiherr-vom-Stein-Str. 20, Tel. (06 421) 6 60 21
(Universität Marburg)
129. *Mayer*, Dr. Franz, o. Professor, 84 Regensburg,
Maximilian-Aschenauerstr. 22, Tel. (09 41) 5 42 17
130. *Mayer-Tasch*, Dr. Peter Cornelius, Wiss. Rat und
Professor, 8919 Utting am Ammersee, Zur Ludwigshöhe 7,
Tel. (08 806) 5 27 (Universität München)
131. *Meder*, Dr. Walter, o. Professor, 1 Berlin 33,
Buchseweiler Str. 20, Tel. (030) 8 31 12 89
132. *Meessen*, Dr. Karl Matthias, Privatdozent, 53 Bonn,
Am Wichelshof 16, Tel. (02 221) 65 07 11
133. *Meissner*, Dr. Boris, o. Professor, 5 Köln,
Kleine Budengasse 1, Tel. (02 21) 23 97 54
134. *Melichar*, Dr. Dr. h. c. Erwin, o. Universitätsprofessor,
A 1010 Wien I, Schulerstr. 20, Tel. (02 222) 52 88 83
135. *Menger*, Dr. Christian-Friedrich, o. Professor,
44 Münster/Westf., Vredenweg 14, Tel. (02 51) 5 13 20
136. *Menzel*, Dr. Eberhard, o. Professor, 23 Kiel-Schulensee,
Am See 8, Tel. (04 31) 6 52 51

137. *Merten*, Dr. Dr. Detlef, o. Professor, 672 Speyer,
Freiherr-vom-Stein-Str. 2, Tel. (06 232) 7 20 71
138. *Meyer*, Dr. Hans, Professor, 53 Bonn,
Alfred-Bucherer-Str. 20, Tel. (02 221) 62 20 02
139. *Morscher*, Dr. Siegbert, Universitätsdozent,
A 6020 Innsbruck, Allerheiligenhöfe 31 k,
Tel. (05 222) 31 53 33
140. *Mosler*, Dr. jur. Dr. jur. h. c. Hermann, o. Professor,
69 Heidelberg, Mühlthalstr. 117, Tel. (06 221) 4 00 82
141. *Müller*, Dr. Friedrich, o. Professor, 69 Heidelberg,
Gaisbergstr. 51, Tel. (06 221) 2 53 91
142. *Müller*, Dr. Jörg P., o. Professor, CH 3032 Hinterkappelen,
Kappelenring 42 a, Tel. (031) 55 42 69 (Universität Bern)
143. *Münch*, Dr. Fritz, apl. Professor, 69 Heidelberg,
Zur Forstquelle 2, Tel. (06 221) 3 35 99
144. *v. Münch*, Dr. Ingo, o. Professor,
2 Hamburg 52, Hochrad 9, Tel. (040) 86 92 24
145. *Mußnug*, Dr. Reinhard, o. Professor, 1 Berlin 33,
Bitterstr. 17, Tel. (030) 8 32 71 87
146. *Naumann*, Dr. Richard, o. Professor a. D., Honorar-
professor, 314 Lüneburg, Wittenkamp 1,
Tel. (04 131) 4 47 15 (Universität Hamburg)
147. *Nicolaysen*, Dr. Gert, Professor, 2 Hamburg 52,
Sohrnhofkamp 11, Tel. (040) 82 18 50
148. *Novak*, Dr. Richard, o. Universitätsprofessor, A 8020 Graz,
Thadd.-Stammel-Str. 8/4
149. *Obermayer*, Dr. Klaus, o. Professor, 852 Erlangen,
Niendorfstr. 25, Tel. (09 131) 8 76 06
150. *Oberndorfer*, Dr. Peter, o. Hochschulprofessor,
A 4020 Linz, Wolf-Huber-Str. 2, Tel. (04 37 222) 34 96 94
151. *Öhlinger*, Dr. Theo, Universitätsdozent,
A 6020 Innsbruck, Mittlerweg 63, Tel. (05 222) 20 23 05
152. *Oppermann*, Dr. Thomas, o. Professor, 74 Tübingen,
Melancthonstr. 24, Tel. (07 122) 2 66 55
153. *Ossenbühl*, Dr. Fritz, o. Professor, 5309 Meckenheim,
Bergstr. 15, Tel. (02 225) 26 28 (Universität Bonn)

154. *Papier*, Dr. Hans-Jürgen, Privatdozent, 1 Berlin 42, Furkastr. 74 a, Tel. (030) 7 41 17 73
155. *Partsch*, Dr. Karl Josef, o. Professor, 53 Bonn, Lennéstr. 53 (Gartenhaus), Tel. (02 221) 65 54 53
156. *Pernthaler*, Dr. Peter, o. Universitätsprofessor, A 6020 Innsbruck, Philippine-Welser-Str. 27, Tel. (05 222) 93 22 83
157. *Graf v. Pestalozza*, Dr. Christian, Privatdozent, 8 München 22, Veterinärstr. 5/I, Tel. (089) 21 80 33 36
158. *Pirson*, Dr. jur. Dr. theol. Dietrich, o. Professor, 5038 Rodenkirchen (Bez. Köln), Moritz-von-Schwind-Str. 1, Tel. (02 21) 30 24 98
159. *Podlech*, Dr. phil. Dr. jur. Adalbert, Universitätsdozent, 6902 Sandhausen, Am Forst 28, Tel. (06 224) 34 82 (Technische Hochschule Darmstadt)
160. *Püttner*, Dr. Günter, Professor, 6 Frankfurt 50 (Niederursel), Krautgartenweg 30, Tel. (06 11) 58 26 55
161. *Quaritsch*, Dr. Helmut, o. Professor, 6749 Niederschlettenbach über Bad Bergzabern, Bergstr. 23, Tel. (06 221) 2 24 (Hochschule Speyer)
162. *Randelzhofer*, Dr. Albrecht, Universitätsdozent, 8 München 90, Wirtstr. 10, Tel. (089) 69 25 53
163. *Rasenack*, Dr. Christian, Privatdozent, 1 Berlin 37, Dahlemer Weg 63 a, Tel. (030) 7 73 38 96
164. *Rauschning*, Dr. Dietrich, o. Professor, 3401 Rodetal über Göttingen, Tel. (05 594) 3 31
165. *Ridder*, Dr. Helmut, Professor, 6301 Biebertal I — Ortsteil Vetzberg, Krofdorfer Str. 43, Tel. (06 409) 5 23 (Universität Gießen)
166. *Rill*, Dr. Heinz Peter, o. Hochschulprofessor, A 1180 Wien, Peter-Jordan-Str. 145/2, Tel. (0222) 4 75 76 15
167. *Ringhofer*, Dr. Kurt, o. Universitätsprofessor, A 5020 Salzburg, Anton-Behacker-Str. 9
168. *Roellecke*, Dr. Gerd, o. Professor, 75 Karlsruhe 41, Kreuzackerstr. 8, Tel. (07 21) 4 51 81 (Univers. Mannheim)
169. *Rudolf*, Dr. Walter, o. Professor, 65 Mainz-Lerchenberg, Rubensallee 55, Tel. (06 131) 74 21

170. *Rüfner*, Dr. Wolfgang, o. Professor, 23 Altenholz über Kiel, Dreiangel 21, Tel. (04 31) 32 12 22
171. *Rühland*, Dr. Curt, o. Professor, 33 Braunschweig, Dürerstr. 26, Tel. (05 31) 33 21 16
172. *Rumpf*, Dr. Helmut, Honorarprofessor, 53 Bonn-Bad Godesberg, Bismarckstr. 27, Tel. (02 221) 6 81 48
173. *Rupp*, Dr. Hans Heinrich, o. Professor, 65 Mainz-Bretzenheim, Am Marienpfad 29, Tel. (06 131) 3 45 88
174. *Saladin*, Dr. Peter, o. Professor, CH 3084 Wabern b. Bern, Looserstr. 6, Tel. 44 80 06 (Universität Basel)
175. *Sasse*, Dr. Christoph, Professor, 6301 Villingen Kr. Gießen, Altes Pfarrhaus, Tel. (06 402) 91 54
176. *Salzwedel*, Dr. Jürgen, o. Professor, 53 Bonn — Holzlar, Siebengebirgsstr. 11, Tel. (02 221) 48 17 10
177. *Sattler*, Dr. Andreas, Wiss. Rat u. Professor, 34 Göttingen, Ludwig-Beck-Str. 11, Tel. (05 51) 2 23 40
178. *Schack*, Dr. Friedrich, o. Professor, 8 München 19, Hubertusstr. 7, Tel. (089) 13 17 69
179. *Schäffer*, Dr. Heinz, Universitätsdozent, A 1140 Wien, Linzer Str. 352/3/6, Tel. (02 22) 9 41 88 34
180. *Scheuner*, Dr. Ulrich, o. Professor, 53 Bonn-Bad-Godesberg, Beethovenstr. 77, Tel. (02 221) 603/61 72 (dienstlich)
181. *Schick*, Dr. Walter, o. Professor, 85 Nürnberg, Karolinenstr. 51/III, Tel. (09 11) 20 31 92—93
182. *Schindler*, Dr. Dietrich, o. Professor, CH 8702 Zollikon ZH, Alte Landstr. 44, Tel. (01) 65 41 40 (Universität Zürich)
183. *Schlaich*, Dr. Klaus, o. Professor, 5205 St. Augustin 2 (Niederberg), Rheinstr. 39, Tel. (02 241) 2 75 09 (Universität Bonn)
184. *Schlochauer*, Dr. Hans-Jürgen, Professor, Institut für ausl. u. internat. Wirtschaftsrecht, 6 Frankfurt/Main, Senckenberganlage 31, Tel. (06 11) 7 98 31 92
185. *Schmid*, Dr. Carlo, Professor, 53 Bonn, Adenauer-Allee 120 (Universität Frankfurt)

186. *Schmidt*, Dr. Reiner, o. Professor, 8901 Gessertshausen, Bachwiesenstr. 4, Tel. (08 238) 71 31 (Universität Augsburg)
187. *Schmidt*, Dr. Walter, Professor, 6 Frankfurt/Main, Senckenberganlage 31, Tel. (06 11) 7 98 21 89
188. *Schmidt-Aßmann*, Dr. Eberhard, o. Professor, 4630 Bochum, Königsallee 63, Tel. (02 321) 3 44 21
189. *Schmitt-Glaeser*, Dr. Walter, Professor, 355 Marbach, bei Marburg/Lahn, Höhenweg 54, Tel. (06 421) 2 43 57
190. *Schneider*, Dr. Hans, o. Professor, 69 Heidelberg, Ludolf-Krehl-Str. 44, Tel. (06 221) 4 03 81
191. *Schneider*, Dr. Hans-Peter, Privatdozent, 7809 Denzlingen b. Freiburg/Br., Schwarzwaldstr. 24, Tel. (07 666) 26 05
192. *Schneider*, Dr. Peter, o. Professor, 65 Mainz, Goldenluftgasse 23/10, Tel. (06 131) 2 32 73
193. *Schnorr*, Dr. Gerhard, o. Universitätsprofessor, A 6020 Innsbruck, Franz-Fischer-Str. 40, Tel. (05 222) 23 63 94
194. *Schnur*, Dr. Roman, o. Professor, 7407 Rottenburg 5, Lindenstr. 49, Tel. (07 472) 2 22 24 (Universität Tübingen)
195. *Scholler*, Dr. Heinrich, apl. Professor, 8 München 71, Zwenggauer Weg 5, Tel. (089) 79 64 24
196. *Scholz*, Dr. Rupert, o. Professor, 1 Berlin 33, Thielallee 52, Tel. (030) 8 38 30 14
197. *Schwerdtfeger*, Dr. Gunther, Privatdozent, 2 Hamburg 67, Gussau, Tel. (040) 6 03 87 91
198. *Scupin*, Dr. Hans Ulrich, o. Professor, 44 Münster/Westf., Robert-Koch-Str. 46, Tel. (02 51) 49 07 09
199. *Seidl-Hohenveldern*, Dr. Ignaz, o. Professor, 5072 Schildgen b. Köln, Klutstein 31, Tel. (02 202) 89 10
200. *Selmer*, Dr. Peter, o. Professor, 22 Elmshorn, Nibelungenring 21, Tel. (04 121) 7 41 41 (Universität Hamburg)
201. *Siedentopf*, Dr. Heinrich, Professor, 6721 Gommersheim, Gartenstr. 200, Tel. (06 327) 8 92 (Hochschule Speyer)

202. *v. Simson*, Dr. Werner, o. Professor, 78 Freiburg/Br., Luisenstr. 3, Tel. (07 61) 3 58 63
203. *Smend*, D., Dr. jur. Dr. jur. h. c. Dr. rer. pol. h. c. Dr. rer. pol. h. c. Rudolf, o. Professor, 34 Göttingen, Am Goldgraben 13, Tel. (05 51) 5 65 07
204. *Soell*, Dr. Hermann, o. Professor, 8411 Etterzhausen/Nittendorf, Domspatzenstr. 34, Tel. (09 404) 2 09 (Universität Regensburg)
205. *Söhn*, Dr. Hartmut, Privatdozent, 8 München 23, Rheinstr. 39/VI, Tel. (089) 33 55 48
206. *Spanner*, Dr. Hans, o. Professor, 8 München 90, Candidstr. 24/VII, Tel. (089) 65 21 41
207. *Suhr*, Dr. Dieter, Assistenzprofessor, 1 Berlin 41, Hänelstr. 2, Tel. (030) 8 52 19 10
208. *Staff*, Dr. Ilse, Professorin, 6233 Kelkheim, Am Forum 4, Tel. (06 195) 33 08 (Universität Frankfurt)
209. *Starck*, Dr. Christian, o. Professor, 34 Göttingen-Geismar, Unter den Linden 20, Tel. (05 51) 7 13 44
210. *Steiger*, Dr. Heinhard, Wiss. Rat u. Professor, 44 Münster/Westf., Mierendorffstr. 37, Tel. (02 51) 7 32 46
211. *Stein*, Dr. Ekkehart, o. Professor, 7750 Konstanz, Jakob-Burckhardt-Str. 49, Tel. (07 531) 6 32 57
212. *Steinberger*, Dr. Helmut, o. Professor, 68 Mannheim, Schloß West 140, Tel. (06 221) 4 21 47 oder 3 69 54
213. *Steiner*, Dr. Udo, o. Professor, 4801 Niederdornberg-Deppendorf, Waldweg 11 (Universität Bielefeld)
214. *Stern*, Dr. Klaus, o. Professor, 5 Köln-Lindenthal, Gyrhofstr. 8 c, Tel. (02 21) 4 70 22 89
215. *Stödter*, Dr. Rolf, Professor, 2057 Wentorf b. Hamburg, Golfstr. 7, Tel. (04 11) 7 20 26 46
216. *Stolleis*, Dr. Michael, Universitätsdozent, 8 München 40, Schraudolphstr. 8, Tel. (089) 28 12 32
217. *Thieme*, Dr. Werner, o. Professor, 2 Hamburg 63, Am Karpfenteich 58, Tel. (040) 59 49 92

218. *Tomuschat*, Dr. Christian, o. Professor, 5205 St. Augustin-Hangelar, Graf-Zeppelin-Str. 36, Tel. (02 241) 2 75 41 (Universität Bonn)
219. *Tsatsos*, Dr. Dimitris, Wiss. Rat u. Professor, 53 Bonn, Mittelpfad 150, Tel. (02 221) 5 06 50
220. *Uber*, Dr. Giesbert, o. Professor, 4403 Hilstrup Kr. Münster/Westf., Roseneck 5, Tel. (02 501) 31 59 (Universität Münster)
221. *Ule*, Dr. Carl Hermann, o. Professor, 69 Heidelberg, Oberer Gaisbergweg 9, Tel. (06 221) 2 78 32 (Hochschule Speyer)
222. *v. Unruh*, Dr. Georg Christoph, o. Professor, 2305 Kiel-Kitzeberg, Steenkamp 2, Tel. (04 31) 23 14 59
223. *Vogel*, Dr. Klaus, o. Professor, 69 Heidelberg, Zeppelinstr. 39, Tel. (06 221) 4 53 70
224. *Voigt*, Dr. Alfred, o. Professor, 852 Erlangen, Burgbergstr. 58, Tel. (09 131) 8 82 99
225. *Wacke*, Dr. Gerhard, o. Professor, 2 Hamburg 52, Ordinger Weg 14, Tel. (040) 82 64 37
226. *Wagener*, Dr. Frido, o. Professor, 672 Speyer, Otto-Mayer-Str. 7, Tel. (06 232) 7 91 65 (Hochschule Speyer)
227. *Wagner*, Dr. Heinz, o. Professor, 1 Berlin 33, Trabener Str. 33, Tel. (030) 8 86 48 00
228. *Walter*, D. Dr. Robert, o. Hochschulprofessor, A 1190 Wien 19, Iglaseegasse 72 / 1—2, Tel. (02 22) 32 14 13
229. *Weber*, Dr. Werner, o. Professor, 34 Göttingen, Wackenroder Weg 1, Tel. (05 51) 5 94 03
230. *Wehrhahn*, Dr. Herbert, o. Professor, 66 Saarbrücken 15, St.-Johannes-Stadtwald, Tel. (06 81) 3 02 31 88
231. *Weides*, Dr. Peter, o. Professor, 5 Köln-Lindenthal 41, Albertus-Magnus-Platz 1, Tel. (02 21) 47 01
232. *Wenger*, Dr. jur. Dr. phil. Karl, o. Universitätsprofessor, A 1130 Wien, Meytensgasse 18, Tel. (00 43 222) 8 22 72 44
233. *Wengler*, Dr. jur. Dr. rer. pol. Wilhelm, o. Professor, 1 Berlin 37, Werderstr. 15, Tel. (030) 84 65 35

- 234. *Wertenbruch*, Dr. Wilhelm, o. Professor, 5353 Katzvey (Post Mechernich), An der Rodung 44, Tel. (02 256) 318 (Universität Bochum)
- 235. *Wildhaber*, Dr. Luzius, o. Professor, CH 3065 Bolligen/Bern, Gerenstr. 14, Tel. (031) 58 55 49
- 236. *Wilke*, Dr. Dieter, Wiss. Rat u. Professor, 463 Bochum, Hustadtring 81, Nr. 309, Tel. (02 321) 70 10 97 (Universität Bochum)
- 237. *Wimmer*, Dr. Norbert, Universitätsdozent, A 1060 Wien, Esterhazygasse 9 a/23, Tel. (02 22) 5 66 54 02
- 238. *Winkler*, Dr. Günther, o. Universitätsprofessor, A 1010 Wien I, Hafnersteig 5/I/7
- 239. *Wolff*, Dr. Hans J., o. Professor, 44 Münster/Westf., Görresstr. 26, Tel. (02 51) 2 31 96
- 240. *Zacher*, Dr. Hans F., o. Professor, 8134 Pöcking (bei Starnberg), Starnberger Weg 7
- 241. *v. Zezschwitz*, Dr. Friedrich, Professor, 65 Mainz, Im Münchfeld 9, Tel. (06 131) 3 16 52
- 242. *Zieger*, Dr. Gottfried, Professor, 34 Göttingen, Leuschnerweg 10, Tel. (05 51) 2 22 55
- 243. *Zippelius*, Dr. Reinhold, o. Professor, 852 Erlangen, Niendorfstr. 5, Tel. (09 131) 5 80 53
- 244. *Zuleeg*, Dr. Manfred, Wiss. Rat u. Professor, 5 Köln 51, Novalisstr. 9, Tel. (02 21) 38 83 43 (Universität Bonn)

Satzung

(Nach den Beschlüssen vom 21. Oktober 1949, 19. Oktober 1951,
14. Oktober 1954, 10. Oktober 1956, 13. Oktober 1960,
5. Oktober 1962 und 1. Oktober 1971)

§ 1

Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer stellt sich die Aufgabe:

1. wissenschaftliche und Gesetzgebungsfragen aus dem Gebiete des öffentlichen Rechts durch Aussprache in Versammlungen der Mitglieder zu klären;
2. auf die ausreichende Berücksichtigung des öffentlichen Rechts im Hochschulunterricht und bei staatlichen und akademischen Prüfungen hinzuwirken;
3. in wichtigen Fällen zu Fragen des öffentlichen Rechts durch Eingaben an Regierungen oder Volksvertretungen oder durch öffentliche Kundgebungen Stellung zu nehmen.

§ 2

Mitglied der Vereinigung kann werden, wer auf dem Gebiet des Staatsrechts und mindestens eines weiteren öffentlich-rechtlichen Fachs

- a) seine Befähigung zu Forschung und Lehre durch hervorragende wissenschaftliche Leistung nachgewiesen hat und
- b) an einer deutschen oder deutschsprachigen Universität oder an der Hochschule für Verwaltungswissenschaften in Speyer als Forscher und Lehrer tätig ist*).

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.

§ 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.