Dritter Beratungsgegenstand:

Demografischer Wandel und Generationengerechtigkeit

1. Bericht von Professor Dr. Winfried Kluth, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

Inhalt

		Seite
I.	Einführung	247
II.	Generationengerechtigkeit in der Alterssicherung	253
	1. Die Grundkonstruktion der Gesetzlichen Renten-	
	versicherung	253
	2. Die Verarbeitung des demografischen Wandels durch	
	Anpassung: Das Rentenversicherungs-Nachhaltigkeits-	
	gesetz	256
	3. Familiengerechtigkeit in der Sozialversicherung:	
	Die Verortung des generativen Beitrags	263
	4. Reformperspektiven	268
III.		
	versorgung	270
	1. Die Kosten des Alterns und der Sparzwang im	
	Gesundheitswesen	270
	2. Rationalisierung im Gesundheitswesen	271
	3. Zulässigkeit einer Altersrationierung?	274
IV.	Demografischer Wandel und Gleichwertigkeit der Lebens-	
	verhältnisse	275
	1. Regionale und temporale Unterschiede des demo-	
	grafischen Wandels	275
	2. Auswirkungen auf die regionale Infrastruktur	276
	3. Abschied von der Gleichwertigkeit der Lebens-	
	verhältnisse?	277
V.	Verfassungsfragen einer Nachwuchssicherungspolitik	279
	Verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Nachwuchs-	•==
	sicherungspolitik	279
37 T	2. Ausgestaltung einer Nachwuchssicherungspolitik	279 282
VI	Ausblick	/X/

I. Einführung

Vor einiger Zeit legte das Familienministerium dem Bundeskanzleramt eine Denkschrift mit dem Titel "Die Gründe unseres Geburtenrückgangs" vor. Darin wurde die demografische Bedeutung der Familie aufgezeigt und eine bessere Familienförderung angemahnt. Die Denkschrift wies darauf hin, dass die Geburtenzahl in Deutschland seit fünfzig Jahren abnimmt und dass vorübergehende Stabilisierungen nicht als Trendwende gedeutet werden können. Zwar folge aus demoskopischen Erhebungen, dass sich mehr Menschen Kinder wünschen; sie würden davon aber durch die wirtschaftliche Situation abgehalten. Die Denkschrift mündet in den Satz: "Es kann für die Gemeinschaft nicht gleichgültig sein, wenn das Fundament der Lebenspyramide des Volkes, die Jugendgeneration, dauernd schwächer wird."

Diese Denkschrift datiert vom 17. April 1957 und war Teil der Bemühungen des damaligen Familienministers *Franz-Josef Wuermeling*, Bundeskanzler *Konrad Adenauer* dazu zu bewegen, die anstehende Rentenreform mit einem Maßnahmenpaket zur Familienförderung zu verbinden, um auf diese Weise die demografische Grundlage für die neu konzipierte Rente dauerhaft zu sichern. Die Reaktion von *Konrad Adenauer* ist bekannt. Er wies im Bundeskabinett nach einer kolportierten Information den auch von anderer Seite² unterbreiteten Vorschlag, die Familienförderung in die Rentenreform einzubeziehen, mit dem Hinweis zurück: "Kinder kriegen die Leute sowieso".3

Legt man die Diagnose der Denkschrift⁴ zugrunde und berücksichtigt die weitere Entwicklung bis in die Gegenwart hinein, so haben sich die Prognosen und Befürchtungen von damals mehr als bewahrheitet.

¹ Denkschrift "Die Gründe unseres Geburtenrückgangs", Wuermeling an Adenauer, 17. 04. 1957, BArchK B 136/6134.

² Siehe *W. Schreiber* Existenzsicherung in der industriellen Gesellschaft, 1955; daran anknüpfend *H. Achinger/J. Höffner/H. Muthesius/L. Neuendörfer* Neuordnung der sozialen Leistungen, 1955; zu Hintergrund und Einzelheiten *G. Hardach* Der Generationenvertrag, 2006, 277 ff.

³ H. Butzer Der Generationenvertrag, FS Schnapp, 2008, 377 (386). Die Entscheidung von Adenauer war außerdem von wahltaktischen Überlegungen geprägt, da man sich durch die Rentenreform mehr Zuspruch erhoffte als durch Maßnahmen der Familienförderung.

⁴ Die in der Denkschrift vermittelte Sichtweise und die Thematisierung der demografischen Entwicklung waren für die damalige Zeit nicht singulär; siehe nur *F.-X. Kaufmann* Die Überalterung – Ursachen, Verlauf, wirtschaftliche und soziale Auswirkungen des demographischen Alterungsprozesse, 1960.

Deutschland gehört heute weltweit zu den Staaten⁵ mit den niedrigsten Geburtenraten. Seit 1972 wird die für eine stabile Bevölkerung maßgebliche Marke von 2,1 Kindern pro Frau im gebärfähigen Alter unterschritten.⁶ Die Gesamtbevölkerungszahl ist erstmalig 2005 rückläufig gewesen und dieser Trend hält trotz Zuwanderung weiter an. Im Jahr 2050 wird die Einwohnerzahl auf ca. 70 Millionen gesunken sein.⁷

Der Rückgang der Gesamtbevölkerungsgröße als solcher muss nicht beängstigen.⁸ Auch die "alte" Bundesrepublik war mit ihren 63 Millionen Einwohnern Ende der achtziger Jahre lebens- und funktionstüchtig. Umweltpolitisch orientierte Beobachter haben deshalb nicht ohne Grund den Bevölkerungsrückgang begrüßt.⁹

Derartige positive Bewertungen¹⁰ des demografischen Wandels können aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich die strukturellen Veränderungen in der Alterspyramide und die damit verbundenen wachsenden Belastungen der Erwerbstätigen¹¹ ganz erheblich auf die Gesellschafts-

⁵ Eine Übersicht zur Entwicklung in den Europäischen Staaten liefert S. Kröhnert/ I. Hoßmann/R. Klingholz Die demografische Zukunft von Europa, 2008.

⁶ H. Birg Die ausgefallene Generation, 2. Aufl. 2006, 33. Eine nach Regionen differenzierende Darstellung findet sich bei S. Kröhnert/F. Medicus/R. Klingholz Die demografische Lage der Nation, 3. Aufl. 2007.

⁷ Statistisches Bundesamt, Bevölkerung Deutschlands bis 2050. 11. koordinierte Bevölkerungsvorausberechnung, 2006 (siehe auch www.destatis.de). Diese Studie wird als Datenbasis der nachfolgenden Darstellung zugrunde gelegt, soweit nicht ausdrücklich etwas anderes vermerkt ist. Auf Einzelnachweise zu den Zahlenangaben wird wegen der leichten Zugänglichkeit zu den Daten verzichtet.

⁸ Dramatisierend: *F. Schirrmacher* Das Methusalem-Komplott, 2004; dazu kritisch *F.-X. Kaufmann* Schrumpfende Gesellschaft, 2005, 239 ff.

⁹ Begrüßt wird der demografische Wandel auch aus anderen Gründen; so wird z.B. darin eine Chance gesehen, die gesellschaftliche Stellung der Frauen zu verbessern. Siehe dazu P. A. Berger/H. Kahlert (Hrsg.), Der demographische Wandel. Chancen für die Neuordnung der Geschlechterverhältnisse, 2006.

Das gilt erst Recht für die Leugnung jeglicher relevanter Problematik auf Grund des demografischen Wandels; siehe dazu U. Fachinger/H. Rothgang Zerstört der demografische Wandel die Grundlagen der sozialen Sicherung?, ZSR 1997, 814 (827); K. Hessert Rentenversicherung im System der Bundesrepublik Deutschland, VSSR 2002, 129 (150); A. Müller Die Reformlüge, 2004; dazu kritisch A. Lenze Staatsbürgerversicherung und Verfassung, 2005, 384ff.; Kaufmann, (Fn. 8), 232 ff. Es ist insoweit auch nicht (mehr) angemessen, von einer Schimäre der fachwissenschaftlichen Diskussion zu sprechen, die in der Praxis keine Bedeutung besitzt, wie es Renate Köcher noch 2003 als Ergebnis einer Allensbach-Umfrage formulierte; vgl. R. Köcher Die Schimäre Generationengerechtigkeit, FAZ Nr. 239 vom 15. 10. 2003.

¹¹ Unter Erwerbstätigen werden je nach Kontext entweder nur die Beitragszahler zu den gesetzlichen Sicherungssystem verstanden, zu denen auch die Arbeitgeber gehören, oder alle Erwerbstätigen, insoweit sie direkt oder indirekt (über Steuern) einen Beitrag zu den sozialen Sicherungssystem leisten.

kultur¹², die Wirtschaft¹³, die sozialen Sicherungssysteme sowie die regionale Infrastrukturgewährleistung auswirken werden. Deutschland wird nicht nur zunehmend ergrauen und die Zahl der kleinen Pflegemobile auf unseren Straßen weiter zunehmen. Viele Landstriche werden ihren Charakter verändern und in allen großen Institutionen sozialer Sicherung haben Umbauprozesse begonnen. Das alles reicht so weit, dass von einer sozialen Transformation gesprochen werden muss.

Auf einen griffigen Bezugspunkt gebracht werden diese Entwicklungen aus einer rechtswissenschaftlichen Perspektive durch den Begriff der Generationengerechtigkeit. Her lenkt, nach der Verarbeitung der Herausforderungen des Umweltschutzes mit Hilfe des Prinzips der Nachhaltigkeit fe, ein weiteres Mal die Aufmerksamkeit der Rechtswissenschaft auf Gerechtigkeitsfragen, die nur aus einer Langzeitperspektive zu erfassen und zu bearbeiten sind. Was aber ist mit diesem Prinzip gemeint, wo liegen seine Ursprünge?

Generationengerechtigkeit, wie sie heute allgemein im Anschluss an *John Rawls* und *Hans Jonas* verstanden wird, zielt darauf ab, die historisch zufällige Zugehörigkeit zu einer bestimmten Generation nicht zum

¹² Dazu programmatisch: U. Di Fabio Der Schutz von Ehe und Familie: Verfassungsentscheidung für die vitale Gesellschaft, NJW 2003, 993 ff.; G. Steinmann Kindermangel in Deutschland. Bevölkerungsökonomische Analysen und familienpolitische Lösung, 2007.

 $^{^{13}}$ H. Birg Die demographische Zeitenwende, 4. Aufl. 2005, 160 ff.; Kaufmann, (Fn. 8), 63 ff.

¹⁴ Einführend: Stiftung für die Rechte zukünftiger Generationen (Hrsg.), Handbuch Generationengerechtigkeitm, 2. Aufl. 2003. Speziell zur Kategorie Generation: *B. Weisbrod* Generation und Generationalität in der Neueren Geschichte, APuZ 8/2005, 3 ff.; aufschlussreich zur praktischen Relevanz: *U. Dallinger* Generationengerechtigkeit – Wahrnehmung in der Bevölkerung, APuZ 8/2005, 29 ff.

¹⁵ Dazu exemplarisch *I. Appel* Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge, 2005; *G. Beaucamp* Das Konzept der zukunftsfähigen Entwicklung im Recht, 2001. Siehe auch *S. Mückl* "Auch in Verantwortung für die künftigen Generationen". "Generationengerechtigkeit" und Verfassungsrecht, FS Isensee, 2007, 183 (194ff.).

¹⁶ Dazu eingehend und aus den verschiedenen Wissenschaftsperspektiven die Beiträge in W. Kahl (Hrsg.), Nachhaltigkeit als Verbundbegriff, 2008. Das Prinzip der Nachhaltigkeit weist enge Wechselwirkungen zur intergenerationellen Gerechtigkeit auf, insoweit diese langfristige Beurteilungs- und Gestaltungsperspektiven verlangt. Das wird z. B. bei der Staatsverschuldung deutlich. Es fehlt aber an Bezügen zur intragenerationellen Gerechtigkeit sowie an inhaltlichen Maßstäben für die Ausgestaltung der betroffenen Politikfelder. Siehe dazu auch H. Schulze-Fielitz, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Art. 20a, Rn. 35 f.

¹⁷ Siehe zu dieser Perspektive auch *U. Becker* Die alternde Gesellschaft – Recht im Wandel, JZ 2004, 929 ff.

Anknüpfungspunkt für Benachteiligungen werden zu lassen. ¹⁸ Im Geiste des egalitären Liberalismus geht es um die Gewährleistung von Fairness. ¹⁹ Diese darf nicht von politischen Einzelentscheidungen oder historischen oder biografischen Zufälligkeiten abhängen. ²⁰ Was im Einzelfall der Generationengerechtigkeit entspricht, soll durch ein Gedankenexperiment ermittelt werden. Zu diesem Zweck wird angenommen, dass alle je auf der Erde lebenden Generationen unter einem "Schleier des Nichtwissens" ²¹ eine Vereinbarung treffen, wie allen Generationen

¹⁸ J. Rawls Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1979, 319 ff.; H. Jonas Das Prinzip Verantwortung, 1979, insbes. viertes Kapitel Abschnitte IV u. V. Siehe zu weiteren Grundlegungen und der Einbettung in die Theorien sozialer Gerechtigkeit S. Liebig/P. Scheller Gerechtigkeit zwischen den Generationen, Berl.J.Soziol. 2008, 301 ff. Der pronociert von Hans Kelsen vertretene These, dass eine (rechts-)wissenschaftliche Begründung von Gerechtigkeit nicht möglich ist, wird damit praktisch widersprochen; vgl. H. Kelsen Was ist Gerechtigkeit, 2000 (Reclam Ausgabe, Erstauflage 1953); ders. Die Illusion der Gerechtigkeit, 1985; kritisch dazu M. Kriele Kriterien der Gerechtigkeit, 1963; W. Waldstein Ist das "suum quique" eine Leerformel?, FS Verdroß, 1980, 285 ff. Aus einem anderen Blickwinkel hat Niklas Luhmann konstatiert, die Idee der Gerechtigkeit habe im juristischen Denken ihre operative Bedeutung und ihre Normativität verloren, N. Luhmann Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft, Rechtstheorie 4 (1973), 131 (133). Auch diese Feststellung dürfte inzwischen überholt sein. Sie verkennt zudem, dass mit den Menschenrechten eine neue Form von Gerechtigkeitskriterien Einzug in die rechtswissenschaftliche Diskussion gehalten hat

¹⁹ J. Rawls Gerechtigkeit als Fairneß, 2006, 94, 246ff. Der egalitäre Ansatz zur Konkretisierung der Gerechtigkeit ist aus ganz verschiedenen Gründen auf erhebliche Kritik gestoßen, vgl. R. Dworkin Bürgerrecht ernstgenommen, 1984; R. Nozick Anarchy, State and Utopia, 1974; A. MacIntyre Der Verlust der Tugend, 1987; A. Etzioni Die Verantwortungsgesellschaft, 1997; M. Walzer Sphären der Gerechtigkeit, 1992 (Neuauflage 2006); D. Miller Soziale Gerechtigkeit, 2008; für Deutschland: W. Kersting Theorien sozialen Gerechtigkeit, 2000, insbes. 68 ff.; ders. Kritik der Gleichheit, 2005. Wenn hier gleichwohl das Prinzip der Generationengerechtigkeit in den rechtswissenschaftlichen Diskurs übernommen wird, so beruht dies auf der ganz überwiegenden Zustimmung, die es im deutschen politischen und rechtswissenschaftlichen Diskurs gefunden hat. Zudem ist damit nicht die Anerkennung einer selbständigen normativen Maßgeblichkeit verbunden. Diese gilt es zu ermitteln.

²⁰ Rawls (Fn. 19), 246 ff.

²¹ Diese Argumentationsfigur nutzt auch BVerfGE 101, 158 (218) zur Steuerung des Länderfinanzausgleichs. Dazu näher *H. P. Bull* Der rationale Finanzausgleich – ein Gesetzgebungsauftrag ohnegleichen, DÖV 2000, 305 ff.; *T. Christmann* Vom Finanzausgleich zum Maßstäbegesetz, DÖV 2000, 315 ff. Kritisch zur praktischen Wirkung des Grundsatzes und zur Dominanz des politischen Aushandelns im Föderalismus *W. Kluth* Art. 104 a, b GG – Stärkung der Finanzverantwortung der Ebenen oder Eröffnung von Umgehungsstrategien?, in Henneke (Hrsg.), Kommunen in den Föderalismusreformen I und II, 2008, 20 (41 f).

ein angemessener Gewinn²² zuzubilligen sei. Dabei wüssten sie nicht, welcher Generation sie später angehören würden.²³ Damit wird ein Leitgedanke a-historischer Gleichheit formuliert, der über die klassischen Menschenrechtsgewährleistungen hinausgeht.²⁴

Die spezifisch juristische Diskussion zur Generationengerechtigkeit wurde in den achtziger Jahren aus einem Blickwinkel eröffnet²⁵, bei dem die von Bevölkerungswachstum und Technik ausgehenden Bedrohungen im Vordergrund standen. Die Reichweite politischer Entscheidungen sollte begrenzt werden. Dabei wurde auch der Versuch unternommen, die Generationengerechtigkeit in allgemeinen Verfassungsprinzipien zu verankern: im Demokratieprinzip, weil dem auf beschränkte Zeit legitimierten Parlament irreversible Entscheidungen untersagt seien²⁶, und in den Grundrechten, da sich z.B. grundrechtliche Schutzpflichten auch auf künftige Grundrechtsträger bezögen.²⁷ Beide Ansätze konnten sich jedoch ebenso wenig durchsetzen²⁸ wie die später erhobenen Forderungen nach einer über Art. 20a GG hinausgehenden Einbeziehung der Generationengerechtigkeit in das Grundgesetz durch Verfassungsänderung.²⁹

²² Im Ausgangspunkt ist das Konzept der Generationengerechtigkeit unausgesprochen fortschrittsorientiert. Es ist aber auf Grund seiner neutralen Formulierung auch auf Fälle des "Rückschritts", d.h. der Absenkung von Wohlfahrtstandards, anwendbar. Damit ist zugleich die Erkenntnis verbunden, dass Generationengerechtigkeit nicht auf einen überzeitlichen Standard abzielen kann, sondern immer wieder eine Nachjustierung am Maßstab überschaubarer Entwicklungszeiträume verlangt.

²³ Siehe ähnlich O. Höffe Tauschgerechtigkeit und korrektive Gerechtigkeit: Legitimationsmuster für Staatsaufgaben, in: Grimm (Hrsg.), Staatsaufgaben, 1994, 713 (735f.); den Ansatz von Rawls kritisch weiterführend M. Nussbaum Frontiers of Justice, 2007. Eigenständiger rechtsphilosophischer Begründungsansatz bei F. Eckart Zukunft in Freiheit, 2004, 108 ff.

²⁴ Siehe zu diesem Gesichtspunkt Kersting (Fn. 19), 68 ff., 90 f.

²⁵ Allerdings spielte der Thematik in der Sache bereits lange eine wichtige Rolle, etwa bei der Ausgestaltung des Erb- und Ehegüterrechts; siehe dazu S. Brakensiek/M. Stolleis/H. Wunder (Hrsg.), Generationengerechtigkeit? Normen und Praxis im Erb- und Ehegüterrecht 1500–1985, Beiheft 37 der Zeitschrift für Historische Forschung, 2006.

²⁶ So etwa *U. K. Preuß* Politische Verantwortung und Bürgerloyalität, 1984, 292 f.; ähnlich *P. Saladin/C. Zenger* Rechte künftiger Generationen, 1988, 99. Neuer Ansatz bei *P. Häberle* Ein Verfassungsrecht für künftige Generationen – Die andere Form des Gesellschaftsvertrages: der Generationenvertrag, FS Zacher, 1998, 215 ff.

²⁷ Dazu eingehende Darstellung bei Appel (Fn. 15), 116 ff.

²⁸ Ablehnend u.a. BVerfGE 79, 311 (340 f.); *P. Henseler* Verfassungsrechtliche Aspekte zukunftsbelasteter Parlamentsentscheidungen, AöR 108 (1983), 489 (499 ff.).

²⁹ Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes zur Verankerung der Generationengerechtigkeit v. 09. 11. 2006, BT-Drucks., 16/3399; J. Tremmel Generationengerechtigkeit in der Verfassung, APuZ 8/2005, 18ff. Dazu Mückl (Fn. 15), 202f.

252 Winfried Kluth

Die durch den demografischen Wandel begründete Herausforderung hat Ähnlichkeiten mit der Nachhaltigkeitsdiskussion im Umweltschutz, soweit es um den vernünftigen Umgang mit knappen Ressourcen geht. Sie geht aber zugleich weit darüber hinaus, weil die gegenwärtige "Knappheit" an Menschen nicht irreversibel ist. Der demografische Wandel verlangt in vielen Bereichen die Umorganisation und Umsteuerung komplexer Abläufe in Staat und Gesellschaft und kann aus diesem Grunde nur in enger interdisziplinärer Kooperation bewältigt werden. Die Wissenschaft vom öffentlichen Recht kann und muss³⁰ dazu ihren Beitrag leisten. Sie kann den Reform- und Anpassungsprozess begleiten, indem das Prinzip der Generationengerechtigkeit verfassungsrechtlich verortet, seine normativen Vorgaben entfaltet und aus ihm weiterreichende Steuerungsimpulse für die einzelnen Teilrechtsgebiete abgeleitet werden.

In dieser Situation ist es das Anliegen der nachfolgenden Überlegungen, Grundlagen und Reichweite einer rechtlichen Verortung des Prinzips der Generationengerechtigkeit genauer in den Blick zu nehmen. Ausgehend von der Annahme, dass dafür nur der Rekurs auf allgemeine Grundsätze des Verfassungsrechts in Betracht kommt, die im Zusammenhang mit rechtlich relevanten Beziehungen zwischen Generationen Wirksamkeit entfalten, soll dabei induktiv vorgegangen werden. Dem möglichen rechtlichen Gehalt von Generationengerechtigkeit soll in einigen ausgewählten Rechtsgebieten und Rechtsbeziehungen nachgespürt werden, die besonders intensiv durch den demografischen Wandel betroffen sind.

Als Referenzbereiche für diese Untersuchung werden herangezogen: die Gesetzliche Rentenversicherung, die ausführlich untersucht werden soll, sowie die Gesetzliche Krankenversicherung und die Einrichtungen der regionalen Infrastruktur, bei denen nur einige wenige Punkte beleuchtet werden.³¹ Daran schließen sich Überlegungen zu den verfas-

³⁰ Zur gesellschaftlichen Verantwortung der Wissenschaft bzw. des Forschers *B. Losch* Wissenschaftsfreiheit, Wissenschaftsschranken, Wissenschaftsverantwortung, 1993; *W. Thieme*, Deutsches Hochschulrecht, 3. Aufl. 2004, 95 ff.; *H. H. Trute*, Wissenschaft und Technik, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band 4, 3. Aufl. 2006, § 88, Rn. 8 ff. (aus dem Blickwinkel der Technik). Siehe auch aus dem Blickwinkel der "Politiknähe" *H. Schulze-Fielitz* Staatsrechtslehre als Wissenschaft: Dimensionen einer nur scheinbar akademischen Fragestellung, in: ders., Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Die Verwaltung, Beiheft 7, 2007, 11 ff.

³¹ Nicht behandelt werden: die gesellschaftliche Teilhabe im Alter (vgl. dazu *Becker* [Fn. 17], JZ 2004, 929 [935 ff.]; die Staatsverschuldung und ihr Abbau (*R. Wendt/M. Elicker* Staatsverschuldung und intertemporäre Lastengerechtigkeit, DVBl. 2001, 497 ff.; *F. Kirchhof* Der notwendige Ausstieg aus der Staatsverschuldung, DVBl. 2002, 1569 ff.; *H. Pünder* Gerechte Lastenverteilung zwischen den Generationen, DVBl. 2008,

sungsrechtlichen Rahmenbedingungen und möglichen Ausgestaltungen einer Nachwuchssicherungspolitik sowie ein kurzer Ausblick an.

II. Generationengerechtigkeit in der Alterssicherung

1. Die Grundkonstruktion der Gesetzlichen Rentenversicherung

Über Jahrhunderte war die Alterssicherung in die Großfamilie eingebunden, die als Wirtschafts- und Versorgungsgemeinschaft fungierte. Der Übergang zur individuellen Erwerbstätigkeit und die dadurch verursachte Verselbständigung von Familienleben und Familienökonomie machten Ruhestand und Alterssicherung zu einem expliziten Thema, das zunächst durch Sozialnormen und nach und nach durch Rechtsnormen ausgefüllt wurde.³² Ab diesem Zeitpunkt machte es auch Sinn, von einem Generationenvertrag zu sprechen, den die Ökonomie so deutet, dass in der Jugend die Kinder ein Darlehen ihrer Eltern erhalten, das sie später als Erwerbstätige in Form der Alterssicherung an diese zurückzahlen.³³

Um die trotz des innerfamiliären Generationenvertrages weit verbreitete Altersarmut und den damit verbundenen sozialen Unfrieden zu be-

⁹⁴⁶ ff.); die damit verbundene Forderung nach einer verfassungsrechtlichen Verankerung von "Schuldenbremsen" (Wissenschaftlicher Beirat bei Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Zur Begrenzung der Staatsverschuldung nach Art. 115 GG und zur Aufgabe des Stabilitäts- und Wachstumsgesetzes, 2008; *I. Härtel* Grenzen der Illusion: Schuldenbremse als Regulativ staatlichen Handelns, ZG 2007, 399 ff.; *M. Rossi* Verschuldung in extremer Haushaltsnotlage, DVBl. 2005, 269 ff.); die gezielte Förderung von Zuwanderung und Integration (*J. Henseler* Mobilität und Migration in der Einwanderungsgesellschaft, 2006; Bertelsmann Stiftung [Hrsg.], Demographiemonitor, Band 1, 2006, 282 ff.).

³² Gründliche Aufarbeitung bei *Hardach* (Fn. 2), 41 ff. Einen Überblick zu ausländischen Alterssicherungssystemen liefert *U. Becker* Alterssicherung im internationalen Vergleich, FS 50 Jahre Bundessozialgericht, 2004, 575 ff. Einen instruktiven Vergleich der Sozialmodelle ausgewählter europäischer Staaten findet sich bei *F.-X. Kaufmann*, Varianten des Wohlfahrtsstaats. Der deutsche Sozialstaat im internationalen Vergleich, 2003.

³³ Siehe zu dieser Interpretation *J. Pimpertz* Alterssicherung im Drei-Generationenvertrag, 2005, 14ff. Aus einem anderen Blickwinkel geht es um die Verteilung des "Lebenseinkommens": das vor allem während der Erwerbsphase erwirtschaftete Einkommen muss auch die erwerbsfreien Phasen der Jugend und des Ruhestandes finanzieren. Diese Betrachtungsweise verdeutlicht ebenfalls, dass sich die deutliche Verlängerung der Ruhestandsphase bei gleich bleibenden Erträgen während der Erwerbsphase Auswirkungen auf das Einkommensniveau hat bzw. eine andere Verteilung des Lebenseinkommens verlangt.

kämpfen³⁴ kam es 1891 zur Einführung der Gesetzlichen Rentenversicherung als Kapitalversicherung.³⁵ Der Anfang war bescheiden: die durchschnittliche Rente betrug 6 Mark im Monat, das waren 14% des Durchschnittlohns, und reichte zur Sicherung des Lebensunterhalts nicht aus. Renteneintrittsalter war das siebzigste Lebensjahr, das allerdings nur wenige Arbeitnehmer erreichten, so dass 91% der Renten Invaliden- und keine Altersrenten waren. Erst im Jahr 1916 wurde das Renteneintrittsalters auf 65 Jahre herabgesetzt.³⁶

In dieser wenig komfortablen Ausgestaltung überdauerte die Rentenversicherung das Dritte Reich und den Zweiten Weltkrieg. Im Rahmen der so genannten Großen Rentenreform des Jahres 1957 hat der Bundesgesetzgeber das Umlagefinanzierungsverfahren eingeführt, bei dem die Beiträge zur Finanzierung der laufenden Renten erhoben und verwendet werden.³⁷ Die Höhe der Rente orientierte sich fortan am bisherigen Einkommen und der aktuellen Wohlstandsentwicklung in der Gesellschaft. Es wurde die dynamische Rente mit Lohnersatzfunktion und dem Ziel der Lebensstandardsicherung verwirklicht.³⁸ Diesen Reformvorgang kann man aus heutiger Sicht auch als Verwirklichung von Generationengerechtigkeit interpretieren, sollte doch die Zugehörigkeit zur Vorkriegsgeneration die damaligen Rentenempfänger nicht gegenüber der in deutlich größerem Wohlstand lebenden Generation der Erwerbstätigen benachteiligen.

Die Renten wurden fortan regelmäßig an das gestiegene Lohnniveau angepasst und zudem die Frühverrentung erheblich erleichtert, so dass

³⁴ Den ersten Anstoß vermittelte der rheinische Unternehmer *Kalle* im Jahr 1874, dem Verein für Socialpolitik einen Vorschlag zur Einrichtung einer Rentenversicherung für Arbeitnehmer zu unterbreiten. Diese Rentenversicherung sollte zur "Anbahnung des socialen Friedens" zwischen Arbeitnehmern und Unternehmern beitragen und über ein Umlageverfahren finanziert werden. Um eine ausreichende Höhe der Umlage sicherzustellen sollte eine Versicherungspflicht begründet werden. Die Umlage sollte 5% des Normallohns betragen. Ausreichende Zustimmung fand der Plan jedoch nicht. Siehe näher *L. F. Ludwig-Wolf* Über Alters- und Invaliden-Pensionscassen, Schriften des Vereins für Socialpolitik 5, 1874.

³⁵ Gesetz, betreffend die Invaliditäts- und Altersversicherung vom 22. 06. 1889, RGBl. 1989, 97.

³⁶ Näher zur Entwicklung Hardach (Fn. 2), 163 ff.

³⁷ Gesetz zur Neuregelung des Rechts der Rentenversicherung der Arbeite vom 23. 02. 1957, BGBl. I, 45; Gesetz zur Neuregelung des Rechts der Rentenversicherung der Angestellten vom 23. 02. 1957, BGBl. I, 88; zu Einzelheiten *Hardach* (Fn. 2), 253 ff. Zur Funktionsweise des Umlageverfahrens instruktiv *D. Schewe* Die Umverteilung durch die soziale Rentenversicherung, FS Bogs, 1967, 147 ff.

³⁸ Die Formulierung stammt nach *Butzer* wohl von dem Freiburger Volkswirtschaftslehrer *J. Heinz Müller* vgl. *Butzer* (Fn. 3), 377 (382 mit Fn. 21).

das durchschnittliche Renteneintrittsalter auf ca. 60 Jahre sinken konnte.³⁹ Dadurch und auf Grund der gestiegenen Lebenserwartung verlängerten sich die Rentenlaufzeiten um ca. 60 %.⁴⁰ Die hohen Finanzierungslasten konnten getragen werden, solange die Zahl der Erwerbstätigen im Verhältnis zu den Rentenempfängern in einem günstigen Verhältnis stand und die Einkommen anstiegen.

Bereits in den neunziger Jahren zwang der absehbare demografische Wandel den Gesetzgeber zu ersten Korrekturen.⁴¹ Er hat zunächst in mehreren "kleineren" Rentenanpassungsgesetzen die Zahlungsverpflichtungen der Rentenversicherung und die damit verbundene Beitragslast vermindert; Rentenanpassungen wurden verschoben, die Frühverrentung schrittweise erschwert⁴², die Beitragsberechnung⁴³ mit dem Ziel der Kürzung verändert.⁴⁴ Die gegen ausbleibende Rentenerhöhungen und vorgenommene Kürzungen erhobenen Klagen blieben weitge-

³⁹ Wenn man die Erwerbsunfähigkeitsrenten mit berücksichtigt. Die Altergrenze wurde durch die Rentenreform 1992 ab 1997 wieder schrittweise auf 65 Jahre angehoben. Zudem wurde von der Brutto- auf die Nettoanpassung der Renten umgestellt.

⁴⁰ F. Ruland Gesellschaftliche Veränderungen und Rentenversicherung, FS Zacher, 1998, 835 (836, 838). Es handelt sich um Laufzeiten zwischen 13 und 15 Jahren.

⁴¹ Eine aus heutiger Sicht kuriose Episode stellt dabei die Einführung des so genannten demografischen Faktors durch das (1997 erlassene) Rentenreformgesetz 1999 (BGBl. I, 2998) dar, der nach dem Regierungswechsel durch das Rentenkorrekturgesetz vom 19. 12. 1998 (BGBl. I, 3843) ausgesetzt wurde und nie zur Anwendung kam. Siehe näher *T. Hebeler* Generationengerechtigkeit als verfassungsrechtliches Gebot in der Rentenversicherung, 2001, 66 f. Der demografische Faktor zielte darauf ab, das an einen Rentner ausgezahlte Rentengesamtvolumen beizubehalten, aber die jährlichen Auszahlungen an die längere Rentenbezugszeit anzupassen mit der Folge, dass die monatlichen Renten entsprechend gekürzt werden mussten. Eine solche Vorgehensweise wäre mit dem versicherungsrechtlichen Äquivalenzprinzip vereinbar. Das Rentenniveau wäre auf diesem Wege von 70 % auf 64 % abgesenkt worden. Zur Kritik am demografischen Faktor siehe *E. Eichenhofer* Gleitender Übergang in den später beginnenden Ruhestand – eine Zukunftsperspektive für die Rentenversicherung?, JZ 1998, 808 (812).

⁴² Zu diesem Zweck wurde neben der Anhebung des Renteneintrittsalters auch Abschläge auf die Höhe der Rentenzahlungen in den Fällen der Frühverrentung eingeführt, siehe *F. Ruland* Verfassungs- und europarechtliche Grenzen bei der Umgestaltung des Sozialstaats im Bereich der Alterssicherung, VSSR 1997, 19 (21); *Hebeler* (Fn. 40), 66.

⁴³ Unter anderem die Umstellung von der Orientierung am Bruttolohn auf den Nettolohn durch das Rentenreformgesetz 1992, BGBl. I, 2261. Siehe dazu im Überblick *Hebeler* (Fn. 41), 64f.; vertiefend: *C. Dreger/J. Kolb* Die Zukunft des Generationenvertrags – Aktuelle Reformvorhaben und mögliche Entlastungspotentiale, 1998; *K. Michaelis*, Anpassung der Renten – unverzichtbarer Bestandteil der sozialen Ordnung, DRV 2000. 414 ff.

⁴⁴ *Hardach* (Fn. 2), 375 ff. (zu ersten Ansätzen der Problemwahrnehmung), 429 ff. (zu ersten Schritten der Rentenreform).

hend erfolglos⁴⁵, weil sich im Umlageverfahren der Rentenversicherung der Rentenanspruch nicht auf einen konkreten Geldbetrag bezieht, sondern sich als die mit den entrichteten Beiträgen erworbene Rangstelle des einzelnen Versicherten in Relation zu anderen Versicherten und zum Durchschnittsentgelt im jeweiligen Beschäftigungsjahr darstellt.⁴⁶ Hinzu kommt, dass die eigentumsrechtliche Garantie des Rentenanspruchs und vor allem der Rentenanwartschaft ihre volle Wirkung nur entfaltet, soweit sie auf eigenen Leistungen der Versicherten beruht⁴⁷, zu denen aber auch der Arbeitgeberanteil gehört.⁴⁸ So lange der Eigenleistungsanteil in der Region von 80 % lag, waren auch aus diesem Grunde Anpassungen "nach unten" eigentumsdogmatisch gut zu rechtfertigen.⁴⁹

2. Die Verarbeitung des demografischen Wandels durch Anpassung: Das Rentenversicherungs-Nachhaltigkeitsgesetz

Die seit Mitte der neunziger Jahre zunehmend in das politische Bewusstsein tretenden Auswirkungen des demografischen Wandels auf die im Umlageverfahren finanzierte Gesetzliche Rentenversicherung zwangen den Gesetzgeber (erneut⁵⁰) zu einer weiter reichenden Reform. Dies wird deutlich, wenn man sich die in den kommenden Jahrzehnten zu erwartende Entwicklung des Altenquotienten vor Augen führt: Mussten 100 Erwerbstätige im Jahr 1990 24 Rentenbezieher und 34 Jugendliche finanzieren, so sind es 2030 voraussichtlich 50 Rentenempfänger und

⁴⁵ Übersicht und Einzelnachweise bei *R. Jaeger* Die Reformen in der gesetzlichen Sozialversicherung im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NZS 2003, 225 ff.

⁴⁶ Darauf bezieht sich auch der vom Bundesverfassungsgericht bejahte grundrechtliche Eigentumsschutz. Siehe grundlegend BVerfGE 53, 257 (289ff.); 117, 272ff.; BSGE 90, 11 (19f.). Näher *H.-J. Papier* in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 14 (2002), Rn. 138f.

⁴⁷ BVerfGE 58, 81 (109 ff.); *H.-J. Papier* Alterssicherung und Eigentumsschutz, FS Leisner, 1999, S. 721 (723).

⁴⁸ Papier (Fn. 46), Art. 14, Rn. 141 m.w.N.

⁴⁹ BVerfGE 75, 78 (97): Rechtfertigung durch Gründe des öffentlichen Interesses unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Siehe auch *Papier* (Fn. 45), 721 (734f.); *A. Lenze* Rentenreform zwischen Eigentumsschutz und Gleichheitssatz, NZS 2003, 505 (508); *H. Sodan* Verfassungsrechtliche Determinanten der gesetzlichen Rentenversicherung, NZS 2005, 561 ff.; *I. Ebsen* Das Verfassungsrecht als Steuerungsinstrument für die Balance von Bestandssicherung und Flexibilität in der gesetzlichen Rentenversicherung, FS Ruland, 2007, 81 (94f.); *M. Schuler-Harms* Demografischer Wandel und Generationengerechtigkeit, DVBI. 2008, 1090 (1094).

⁵⁰ Der mit der Aussetzung des demografischen Faktors (siehe Fn. 41) verhinderte Reformschritt wurde durch die Rot-Grüne Bundesregierung damit auf einem anderen Wege und mit weiter reichenden Auswirkungen nachgeholt.

30 Jugendliche sowie 2050 60 Rentenempfänger und 29 Jugendliche.⁵¹ Altenquotient und Gesamtquote steigen demnach um rund ein Drittel. Auf der Basis der bisherigen Regelungen hätte diese Veränderung des Altenquotienten bedeutet, dass die Beiträge in Zukunft bis in eine Region zwischen 28 % und 31 % zu erhöhen gewesen wären um die Rentenauszahlungen zu finanzieren. Dass dies sowohl für die Beitragspflichtigen als auch für den Wirtschaftsstandort Deutschland kaum tragbar wäre, leuchtet ein.

Der Bundesgesetzgeber hat sich 2004 durch Erlass des Rentenversicherungs-Nachhaltigkeitsgesetzes für eine grundlegende Änderung des Leitbildes der Alterssicherung entschieden. Die Rente besitzt keine Lohnersatzfunktion mehr und sichert auch nicht den bisherigen Lebensstandard ab. Das Sicherungsniveau wurde von bislang 67 % auf künftig 52 % abgesenkt und gleichzeitig der Beitragssatz von 19,5 % auf 22 % angehoben. 52 Zum Ausgleich werden private Alterssicherungen, die so genannte Riester-Rente 3 und die betrieblichen Altersversorgungen 4, steuerlich gefördert. In der Reformsprache wird durch dieses Modell der Arbeitnehmer in seiner Eigenverantwortlichkeit aktiviert und die staatliche Verantwortung reduziert.

Der Bundesgesetzgeber hat diese Reform ausdrücklich mit der Generationengerechtigkeit begründet. 56 Überprüft man den Vorgang mit der

⁵¹ Statistisches Bundesamt (Fn. 7), 23 f. (mit Schaubild 9).

⁵² S. Bredt Eigentumsschutz und Generationenausgleich in der Rentenversicherung, DVBI. 2006, 871 (873).

⁵³ Altersvermögensgesetz v. 26. 06. 2001, BGBl. I, 1310. Wenig später wurde für nicht rentenversicherungspflichtige Personengruppen die Rürup-Rente eingeführt: Alterseinkünftegesetz v. 05. 07. 2004, BGBl. I, 1427. Zu beiden Modellen *J. Baur* in: Assmann/Schütze (Hrsg.), Handbuch des Kapitalanlagenrechts, 3. Aufl. 2007, § 20, Rn. 499 ff.

⁵⁴ Rund 60% der Beschäftigten nehmen an der betrieblichen Altersvorsorge teil, vgl. *Bundesministerium für Arbeit und Soziales*, Nationaler Strategiebericht: Sozialschutz und soziale Eingliederung 2006–2008, 2006, 35.

⁵⁵ Siehe zum damit verwirklichten neuen Leitbild E. Eichenhofer Sozialreformen zwischen Vision und Wirklichkeit, NZS 2007, 57 (60f.). Das Leitbild findet sich auch in den Ergebnissen der offenen Methode der Koordinierung für den Bereich der Alterssicherung, siehe dazu Bundesrepublik Deutschland, Nationaler Strategiebericht Alterssicherung 2005, 19 ff.

⁵⁶ BT-Drucks, 15/2562, S. 1: "Richtschnur der Reform ist dabei der Grundsatz der Generationengerechtigkeit. Die Jüngeren dürfen nicht durch zu hohe Beiträge überfordert werden. Nur mit verkraftbaren Beiträgen zur gesetzlichen Rentenversicherung wird der Spielraum geschaffen, der erforderlich ist, um eigenverantwortlich ergänzende Altersvorsorge betreiben zu können. Gleichzeitig muss das Vertrauen der Älteren in das Funktionieren der gesetzlichen Rentenversicherung erhalten bleiben." Der Bundesrat hatte in seiner Stellungnahme (Anlage 2 zu obiger Drucksache) allerdings angemerkt: "Der Bundesrat ist der Auffassung, dass … die Aufnahme des Nachhaltigkeitsfaktors in

Rawls'schen Formel, so leuchtet dies ein, denn in einer Phase radikal veränderter Altenquotienten würde jede Generation der Neujustierung von Sicherungsniveau und Beitragslast zustimmen, um mittel- und langfristig keine gravierenden Unterschiede im Beitragsbelastungs- und Versorgungsniveau entstehen zu lassen.⁵⁷

Kritisiert wird an dieser und den vorausgegangenen Reformen indes, dass sie einen weit reichenden Bestandsschutz gewähren und dadurch die aktuelle Generation der Rentenempfänger nicht oder nur sehr beschränkt belasten. Darin wird ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz gesehen, in den das Prinzip der Generationengerechtigkeit hineininterpretiert wird. ⁵⁸ Zu diesem Zweck wird Art. 3 Abs. 1 GG unter Rückgriff auf die staatstheoretische Interpretation der Verfassung als Gegenseitigkeitsverhältnis in der Zeit ⁵⁹ sowie den Grundsatz der Systemgerechtigkeit⁶⁰ zu einem Anspruch auf Gleichbehandlung in der Zeit erweitert. ⁶¹

Das erste Argument knüpft an die von *Haverkate* entfaltete Interpretation der Verfassung als eines auch generationenübergreifenden Gegenseitigkeitsverhältnisses an.⁶² Dieser Sichtweise liegt ihrerseits das Verständnis der Verfassung als Generationengesellschaftsvertrag zugrunde.⁶³ Dabei wird mit überzeugenden Argumenten aufgezeigt, dass sich der dauerhafte Gewährleistungsanspruch der Verfassung auch in der Zeit und zwischen den Generationen durch die Perspektive des Gegenseitigkeitsverhältnisses verstehen lässt. So wie bei der klassischen

die Rentenformel für sich alleine keine generationengerechte, leistungsgerechte und solidarische Rentenreform ermöglicht. ... Ohne Ergänzung durch eine familienpolitische Komponente bürdet er auch Eltern die Lasten des Geburtendefizits auf. Dies ist ungerecht und verwaltet das demographische Problem lediglich, bessert es aber nicht. Der Bundesrat fordert daher als eine Grundvoraussetzung für eine nachhaltige Rentenreform Verbesserungen für Familien durch Entlastungen bei der Beitragszahlung und eine stärkere Anrechung von Zeiten der Kindererziehung." Damit hat der Bundesrat die Rolle von Familienminister Wuermeling übernommen, allerdings auch mit der gleichen Erfolglosigkeit.

⁵⁷ Der Wechsel des Leitbildes ist aus dem Blickwinkel der Generationengerechtigkeit ebenfalls unproblematisch, da diese nicht verlangt, dass soziale Sicherungsziele dauerhaft auf dem gleichen konstruktiven Weg verwirklicht werden. Da das Drei-Säulen-Modell insgesamt eine angemessene und im Vergleich zum bisherigen Modell annähernd gleichwertige Alterssicherung ermöglicht, bestehen keine Bedenken.

⁵⁸ Hebeler (Fn. 41), 131.

⁵⁹ Anknüpfend an G. Haverkate Verfassungslehre, 1992, 249 ff.; Hebeler (Fn. 41), 131.

⁶⁰ Hebeler (Fn. 41), 140 ff.

⁶¹ Hebeler (Fn. 41), 127 ff.

⁶² Haverkate (Fn. 59), 249 ff.

⁶³ Dazu bereits *H. Schulze-Fielitz* Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988, 218 ff.; *Häberle* (Fn. 26), 215 (228 ff.).

Gesellschaftsvertragstheorie im fiktiven Urzustand in Bezug auf einzelne Güter wie Sicherheit und Freiheit die für alle vorteilhafte Lösung ermittelt wird, könne dies auch in der Zeitdimension zwischen den Generationen erfolgen.

So zutreffend diese Sichtweise in Bezug auf die staatstheoretische Begründung des Geltungsanspruchs von Verfassungen auch sein mag; es ist problematisch, sie zur Begründung der Erweiterung des normativen Geltungsanspruchs des allgemeinen Gleichheitssatzes heranzuziehen. Erkennt man an, dass Art. 3 Abs. 1 GG "für sich" betrachtet dem Gesetzgeber gerade keine allgemeine Pflicht zur Gleichbehandlung in der Zeit auferlegt und stimmt man weiter zu, dass das Modell des Generationengesellschaftsvertrages ein Erklärungs- und Begründungsmuster und kein unmittelbar wirksamer Verfassungsrechtssatz ist, so wird deutlich, dass es sich um einen Fehlschluss handelt: Die fehlende verfassungsrechtliche Wirkkraft des Generationengesellschaftsvertragsmodells⁶⁴ kann die Bindungswirkung des Art. 3 Abs. 1 GG nicht erweitern.65 Gleiche Vorbehalte sind gegenüber dem Rekurs auf den Grundsatz der Systemgerechtigkeit anzubringen.66 Auch alle übrigen Versuche, der Generationengerechtigkeit durch eine Kombination mit anderen Normen einen über deren ursprünglichen Regelungsgehalt hinausreichende Verbindlichkeit zu verleihen⁶⁷, sind aus den gleichen Erwägungen zurückzuweisen.

Anders liegen die Dinge, wenn der Gesetzgeber selbst – wie im Fall des Rentenreformgesetzes 2004 – sich den Grundsatz zu Eigen macht und zur Begründung von Beschränkungen des Eigentumsgrundrechts oder allgemein zur Neugestaltung des Systems der Alterssicherung heranzieht. Soweit das Eigentumsgrundrecht Beschränkungen der im Rentenrecht begründeten Ansprüche und Anwartschaften zugunsten von gewichtigen Gemeinwohlbelangen ohnehin zulässt, kann dabei auch das Prinzip der Generationengerechtigkeit herangezogen werden. Es re-

⁶⁴ Staatstheoretische Erklärungsmodelle sind bereits methodisch nicht geeignet, den normativen Geltungsbereich einzelner Verfassungsnormen zu erweitern, soweit diese durch eine Bereichsdogmatik konkretisiert sind, wie dies bei Art. 3 Abs. 1 GG der Fall ist.

⁶⁵ Schuler-Harms (Fn. 49), DVBl. 2008, 1090 (1092); ähnlich Lenze (Fn. 10), 357 ff.
⁶⁶ Lenze (Fn. 10), 351 ff. m.w.N.; allgemeiner und vorsichtiger F. Ossenbühl Soziale
Gleichheit in der Zeit, FS Zacher, 1998, 673 (682 ff.).

⁶⁷ K. Waechter Umweltschutz als Staatsziel, NuR 1996, 321 (326f.). Wie hier W. Höfling Intergenerationelle Verantwortung und Verfassungsrecht, in: Birnbacher/Brudermüller (Hrsg.), Zukunftsverantwortung und Generationensolidarität, 2001, 107 (108, 1116).

⁶⁸ So auch Schuler-Harms (Fn. 49), DVBl. 2008, 1090 (1094); Papier (Fn. 46), Art. 14, Rn. 138.

präsentiert insoweit einen im allgemeinen Gerechtigkeitsdenken verankerten Gemeinwohlbelang.⁶⁹

Die normative Bedeutung der Generationengerechtigkeit geht in einigen Fällen aber noch weiter. Das wird vor dem Hintergrund der skizzierten Auswirkungen des demografischen Wandels auf die Entwicklung der Beitragspflichten vor der Reform deutlich. Die Belastung der Beitragszahler hätte im weiteren Zeitverlauf eine derartige Höhe⁷⁰ angenommen, dass die Dispositionen der Beitragszahler in allen anderen Lebensbereichen deutlich eingeschränkt worden wären. Vor allem aber konnten sie selbst nicht mehr mit einer vergleichbaren Alterssicherung wie die von ihnen finanzierte Generation der Rentenempfänger rechnen. Damit wäre die bei Art. 2 Abs. 1 GG zu verortende Rechtfertigung der Beitragspflicht nicht mehr gelungen. Die Beitragsbelastung wäre im Hinblick auf das zu erwartende geringe zukünftige Rentenniveau und die geringen Gestaltungsmöglichkeiten bei der zusätzlichen privaten Alterssicherung⁷¹ mit den verbleibenden finanziellen Mitteln unverhältnismäßig und verfassungswidrig geworden. Denn die Belastung mit den gesetzlichen Pflichtbeiträgen ist im Hinblick auf ihre aktuelle Höhe auch auf Grund des versicherungsrechtlichen Äquivalenzprinzips⁷² nur dann verhältnismäßig im engeren Sinne, wenn die Beiträge auf Dauer eine annähernd gleichwertige Sicherung ermöglichen, wie sie auf Grund der gezahlten Beiträge für die heutigen Rentenempfänger verwirklicht wird. Ist dies auf Grund eines Wandels der Rahmenbedingungen nicht mehr möglich, so muss das System entsprechend angepasst werden. In dem durch die Beitragspflicht begründeten Grundrechtseingriff bzw. seiner

⁶⁹ Die Bezeichnung als Gemeinwohlbelang mag auf den ersten Blick irritieren, da es um die Gruppeninteressen der Angehörigen der einzelnen Generationen geht, also um eine Vielzahl von Individualbelangen. Da das Prinzip der Generationengerechtigkeit aber auf die gerechte Zuteilung für die Angehörigen aller Generationen und nicht nur auf die Berücksichtigung der Interessen einer Seite abzielt, ist von einem Gemeinwohlbelang zu sprechen. Hinzu kommt, dass die Verwirklichung der Generationengerechtigkeit mittelbar auch auf die Absicherung des sozialen Friedens abzielt, bei dem es sich ohne Zweifel um einen Gemeinwohlbelang handelt.

⁷⁰ Die Beiträge zur Rentenversicherung wäre bis in eine Höhe von 31 % gestiegen; hinzu wären die ebenfalls steigenden Beiträge zur Gesetzlichen Krankenversicherung gekommen, die heute bereits bei 15 % liegen und ebenfalls weiter steigen werden. Damit wäre fast die Hälfte des Eigentums durch die beiden Versicherungssysteme gebunden gewesen.

⁷¹ Aber auch in Bezug auf die Gestaltungsmöglichkeiten in anderen Bereichen, wie etwa der Krankenversicherung, soweit auch bei dieser das Sicherungsniveau abgesenkt wird.

⁷² Zu seiner verfassungsrechtlichen Verankerung *H. Butzer* Fremdlasten in der Sozialversicherung, 2001, 355 ff. m.w.N.

Rechtfertigung begegnen sich demnach die heutigen Beitragszahler und Rentenempfänger sowie die künftigen Rentenempfänger in einem dreipoligen⁷³ Abwägungsvorgang.⁷⁴ Der Bundesgesetzgeber war vor diesem Hintergrund angesichts des drohenden Anstieges der Beitragslast und ohne Aussicht der Versicherten auf eine annähernd gleiche Alterssicherung verfassungsrechtlich zu einer Anpassung des Rentensystems verpflichtet.

Der sowohl im *alten* System drohende als auch nach dem *neuen* Rechtsrahmen denkbare Fall, dass Rentenansprüche eine negative Rendite⁷⁵ aufweisen, soll hier nur kurz mit dem Hinweis angesprochen werden, dass in einem Umlagesystem negative Renditen keinen unverhältnismäßigen Eingriff in das Eigentumsgrundrecht darstellen, so lange sie sich in Grenzen halten.⁷⁶ Das ist eine Konsequenz der dynamischen Wechselbezüglichkeit von Beitragslast und Rentenanspruch im Umlageverfahren⁷⁷ und spiegelt sich auch in der gesetzlichen Ausgestaltung des

⁷³ Die Bemessung der Beitragshöhe am Maßstab des Versorgungsbedarfs der jetzigen Rentenbezieher muss ins Verhältnis gesetzt werden zum Verhältnis der aktuellen Beitragshöhe zur zukünftigen Höhe der Rentenzahlungen. Das Umlageverfahren verlangt aus dem Blickwinkel der Generationengerechtigkeit demnach eine doppelte, gegenwarts- und zukunftsbezogene Abwägung.

⁷⁴ Die heutigen Beitragszahler können demnach nicht darauf verwiesen werden, zu einem späteren Zeitpunkt als Rentenempfänger gegenüber den dann in der Pflicht stehenden Erwerbstätigen höhere Rentenzahlungen geltend zu machen. Die absehbare Absenkung des Rentenniveaus muss bereits zeitnah im Zusammenhang mit ihrer Heranziehung zur Beitragszahlungen berücksichtigt werden. Darin verwirklicht sich das Prinzip der Nachhaltigkeit in anderer Gestalt als im Umweltrecht. Es geht nicht darum, die schädlichen Wirkungen heutigen Handelns in der Zukunft zu berücksichtigen, sondern darum, die begrenzten Handlungsmöglichkeiten in der Zukunft bei der aktuellen Beitragsgestaltung zu beachten.

⁷⁵ Darunter versteht man den Fall, dass die eingezahlten Beiträge die ausgezahlten Beträge im Durchschnittsfall übersteigen. Dass im Einzelfall bei langer Beitragszeit und kurzer Rentenbezugsdauer eine negative Rendite entsteht, ist rechtlich unerheblich, da eine allgemeine gesetzliche Regelung nur den Normalfall, den sie als den Durchschnittsfall bestimmt, zugrunde legen kann.

⁷⁶ Die Grenze kann auch hier nur durch die Formel der "annähernd gleichen Alterssicherung" umschrieben werden, die Schwankungen in einer Breite von 5 bis 10 % zulassen dürfte. Es ist aber zu beachten, dass die zulässigen Schwankungen umso geringen ausfallen dürfen, je stärker das Gesamtsicherungsniveau abgesenkt wird.

⁷⁷ Im Umlageverfahren nach § 153 SGB VI ist die Höhe der Beiträge an den Ausgaben des jeweiligen Kalenderjahres auszurichten, sie dient ha der Finanzierung der ausgezahlten Renten. Es kommt deshalb darauf an, wie die Höhe der Rentenzahlungen bestimmt wird. Die entsprechenden Maßgaben finden sich in § 64 SGB VI. Danach ergibt sich der Monatsbetrag der Rente aus einer Kombination der persönlichen Entgeltpunkte, des Rentenartfaktors und des aktuellen Rentenwertes. Der Rentenanspruch bezieht sich nicht auf einen konkreten Geldbetrag, der sich aus der Dauer und Höhe der

Rentenanspruchs wider, die eine positive Rendite nicht ausdrücklich garantiert und in § 68 SGB VI im Falle einer negativen Bruttolohnentwicklung Negativanpassungen des monatlichen Rentenanspruchs ausdrücklich vorsieht.⁷⁸

Verfassungsrechtlich relevant ist im vorliegenden Kontext weiterhin, ob eine Kürzung⁷⁹ von Rentenansprüchen nur so weit gehen darf, dass ein ausreichender Abstand zur Sozialhilfe gewahrt ist. Modellhafte Berechnungen zeigen, dass nach der Gesetzesreform Fälle denkbar sind, in denen der Rentenanspruch sich nach langjähriger Beitragsleistung - errechnet werden Beitragszeiten unterhalb von 26 Jahren⁸⁰ – nicht von der im gleichen Fall zustehenden Sozialhilfe unterscheidet.81 Begründet wird die Abstandsforderung damit, dass eine gesetzliche Pflichtmitgliedschaft aus dem Blickwinkel des Gleichheitssatzes nicht gerechtfertigt werden kann, wenn auf Grund von Leistung (langjährige Beitragszahlung) nur Versorgungsansprüche in einer Höhe begründet werden, die andere auf Grund des Bedarfsprinzips aus Steuermitteln erhalten. 82 Mag eine solche Argumentation im Rahmen einer auf Lebensstandardsicherung abzielenden Rente begründet sein, so steht ihr nach der Reform doch entgegen, dass der Gesetzgeber die Altersrente nur noch als Grundversorgung konzipiert hat, die durch steuerlich begünstigte Zusatzversicherungen ergänzt werden kann und soll. Für den Vergleich darf deshalb nur die auf diesem Weg insgesamt erreichbare Alterssicherung herangezogen werden. Deshalb kann ein spürbarer Niveauunterschied von Altersrente und Sozialhilfe zwar schlüssig mit Anreizüberlegungen begründet werden. Ein Verfassungsverstoß liegt bei einer Annäherung der Alterssicherung an das Sozialhilfeniveau in Fällen kurzer Beitragszeiten aber nicht vor.83

Beitragszahlungen ableitet, sondern erweist sich als die mit den entrichteten Beiträgen erworbene Rangstelle des einzelnen Versicherten in Relation zu anderen Versicherten und zum Durchschnittsentgelt im jeweiligen Beschäftigungsjahr bezieht. Darauf bezieht sich auch der vom Bundesverfassungsgericht bejahte grundrechtliche Eigentumsschutz: BVerfGE 53, 257 (289 ff.); 117, 272 ff.; BSGE 90, 11 (19 f.).

⁷⁸ Dazu auch *Bredt* (Fn. 52), DVBl. 2006, 871 (877).

⁷⁹ Das gleiche gilt für gesetzliche Ausgestaltung des Rentenanspruchs als solche.

⁸⁰ Siehe die Berechnung bei *U. Wenner* Rentenniveau und Grundgesetz, FS 50 Jahre Bundessozialgericht, 2004, 625 (640).

⁸¹ Dazu Bredt (Fn. 52), DVBl. 2006, 871 (877).

⁸² Wenner (Fn. 80), 625 (641); ebenso F. Hase Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich, 2000, 248 ff. m.w.N.; K.-J. Bieback Begriff und verfassungsrechtliche Legitimation von "Sozialversicherung", VSSR 2003, 1 (16).

⁸³ So auch Bredt (Fn. 52), DVBl. 2006, 871 (877).

3. Familiengerechtigkeit in der Sozialversicherung: Die Verortung des generativen Beitrags

Eine in das Zentrum der Generationengerechtigkeit führende Problematik betrifft die durch eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur gesetzlichen⁸⁴ und privaten⁸⁵ Pflegeversicherung verschärfte⁸⁶ Kontroverse über die verfassungsrechtliche Pflicht zur Berücksichtigung von Erziehungsleistungen in den einzelnen Sozialversicherungssystemen.⁸⁷

Die Familie ist ein Generationenverbund, in dem Transferleistungen der Eltern an die Kinder erbracht werden. 88 Das Bundesverfassungsgericht interpretiert diese Leistungen in Bezug auf die Pflegeversicherung 89 und die weiteren Sozialversicherungssysteme als generativen Beitrag. 90 Dieser lässt die Investition von Zeit und Vermögen durch die Erziehung

⁸⁴ BVerfGE 103, 242 (263 ff.).

⁸⁵ BVerfGE 103, 271 (293).

⁸⁶ Intensiv diskutiert wurde die Frage bereits zuvor; siehe etwa M. Pechstein Familiengerechtigkeit als Gestaltungsgebot für die staatliche Ordnung, 1994, 317 ff.; R. Gröschner, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. 1, 1. Aufl. 1996, Art. 6, Rn. 60; K.-J. Bieback Verfassungsrechtlicher Schutz gegen Abbau und Umstrukturierung von Sozialleistungen, 1997.

⁸⁷ Siehe im Anschluss an die Entscheidung: J. Borchert Die familienpolitische Strukturreform der Sozialversicherung, in: Hessische Staatskanzlei (Hrsg.), Die Familienpolitik muss neue Wege gehen! Der "Wiesbadener Entwurf" zur Familienpolitik, 2003, 307 ff.; F. Hase Sozialversicherung und Familie zwischen sozialem Ausgleich und staatlicher Verantwortung, DRV-Schriften Bd. 46 (2003), 41 ff.; Lenze (Fn. 10), 232 ff.; P. Axer Die Familie zwischen Privatrecht, Sozialrecht und Steuerrecht, DStJG 29 (2006), 175 ff.; D. Felix Die Familie zwischen Privatrecht, Sozialrecht und Steuerrecht, DStJG 29 (2006), 493 ff.; F. Ruland Berücksichtigung der Kindererziehung bei der Höhe von Sozialversicherungsbeiträgen?, in: Familie und Sozialleistungssystem, SDSRV 57 (2008), 53 ff.; T. Kingreen Familie als Kategorie des Sozialrechts, JZ 2004, 938 ff.; ders. Bestand und Reform des Familienlastenausgleichs in der Sozialversicherung, in: Familie und Sozialleistungssystem, SDSRV 57 (2008), 71 ff.; F.-X. Kaufmann Alterssicherung und Nachwuchssicherung, FS Ruland, 2007, 245 (260 ff.); C. Seiler Grundzüge eines öffentliche Familienrechts, 2008, 148 ff.

⁸⁸ Seiler (Fn. 87), 22 ff., 141 ff.

⁸⁹ Der Bundesgesetzgeber hat in § 1 SGB XI für alle Bürger einer Pflicht zur Begründung einer Pflegeversicherung begründet (zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer solchen Volksversicherung BVerfGE 103, 197 ff.). Dabei ist aber zu unterscheiden zwischen den Versicherten der Gesetzlichen Krankenversicherung, die gem. § 1 Abs. 2 S. 1 SGB XI gesetzlich pflegeversichert sind und den privat Versicherten, die nach § 1 Abs. 2 S. 2 SGB XI gesetzlich verpflichtet sind, eine private Pflegeversicherung abzuschließen. Damit ist die Pflegeversicherung hinsichtlich ihrer Organisation und Finanzierung zweigeteilt.

⁹⁰ BVerfGE 103, 242 (265 f). Dazu systematisch vertiefend Seiler (Fn. 87), 141 ff.

der Kinder als den künftigen Beitragszahlern *auch* als Investition in die Infrastruktur⁹¹ der Rentenversicherung erscheinen.

Solange alle oder doch der ganz überwiegende Teil der Versicherten diese Investition tätigen, kann sie gewissermaßen "weggekürzt" werden und in der formalen Beitrags- und Leistungsberechnung außen vor bleiben. Wird die Zahl der Kinderlosen jedoch größer, so dass sie nicht mehr vernachlässigbar ist, so muss nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts ein Ausgleich zwischen Familien und kinderlosen Versicherten erfolgen: "Wird dieser generative Beitrag nicht mehr in der Regel von allen Versicherten erbracht, führt dies zu einer spezifischen Belastung kindererziehender Versicherter im Pflegeversicherungssystem, deren benachteiligende Wirkung auch innerhalb dieses Systems auszugleichen ist. Die kindererziehenden Versicherten sichern die Funktionsfähigkeit der Pflegeversicherung also nicht nur durch Beitragszahlung, sondern auch durch Betreuung und Erziehung von Kindern". Se besteht in dieser Sichtweise eine unauflösbare Verbindung zwischen Generationen- und Familiengerechtigkeit.

Vor dem Hintergrund einer Kinderlosigkeit in Höhe von 30 % hat das Gericht deshalb den Gesetzgeber aufgefordert, die Maßgeblichkeit des generativen Beitrags der Familien für den Fortbestand des auf einem Umlageverfahren beruhenden gesetzlichen Versicherungssystems für alle gesetzlichen Versicherungszweige und damit auch für die gesetzliche Rentenversicherung zu prüfen. Dieser Pflicht ist die Bundesregierung nachgekommen, allerdings mit dem Ergebnis, dass in der Gesetzlichen Rentenversicherung kein Anpassungsbedarf besteht. Sie hat dabei die Unterstützung des Bundessozialgerichts erfahren.

Das Bundesverfassungsgericht stellt auf Art. 3 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 1 GG ab und sieht den Verfassungsverstoß darin, "dass die Betreuung und Erziehung von Kindern bei der Bemessung von Beiträgen beitragspflichtiger Versicherter keine Berücksichtigung findet". 97 Bezogen auf die gesetzgeberische Ausgestaltung der Finanzierung der

⁹¹ Man könnte insoweit von einer auf die Rentenversicherung bezogenen Existenzbedingung sprechen, die funktional die gleiche Aufgabe erfüllt wie eine Verfassungsvoraussetzung.

⁹² Das dürfte auch der tragende Gesichtspunkt gewesen sein, der Konrad Adenauer dazu veranlasste, die Berücksichtigung der Familienförderung bei der Reform der Gesetzlichen Rentenversicherung zurückzuweisen, siehe oben Fn. 3.

⁹³ BVerfGE 103, 242 (266).

⁹⁴ Dazu vertiefend Kaufmann (Fn. 87), FS Ruland, 2007, 245 ff.

⁹⁵ BVerfGE 103, 242 (270).

⁹⁶ BSG NZS 2007, 311 ff.

⁹⁷ BVerfGE 103, 242 (263).

Pflegeversicherung im Umlageverfahren führt der Erste Senat aus: "Wird ein solches allgemeines, regelmäßig erst in höherem Alter auftretendes Risiko durch ein Umlageverfahren finanziert, so hat die Erziehungsleistung konstitutive Bedeutung für die Funktionsfähigkeit dieses Systems. Denn bei Eintritt der ganz überwiegenden Zahl der Versicherungsfälle ist das Umlageverfahren auf die Beiträge der nachwachsenden Generation angewiesen. … [Den] Versicherten ohne Kinder [erwächst] im Versicherungsfall ein Vorteil aus der Erziehungsleistung anderer beitragspflichtiger Versicherter, die wegen der Erziehung zu ihrem Nachteil auf Konsum und Vermögensbildung verzichten."98 Für das Bundesverfassungsgericht ist demnach die ökonomische Basis der Umlagefinanzierung verfassungsrechtlich unmittelbar relevant und die besondere Leistung der Familien deshalb innerhalb des jeweiligen Versicherungssystems zu berücksichtigen.

Das Bundessozialgericht hat der Sichtweise des Bundesverfassungsgerichts in ungewöhnlich deutlicher Form widersprochen⁹⁹ und dabei auch prominente Gefolgschaft in der Literatur¹⁰⁰ gefunden. Seine Kritik lässt sich auf drei Gesichtspunkte kondensieren: Erstens gehe es nicht um "Beiträge zur Sozialversicherung" sondern eine Frage des Familienlastenausgleichs. Dieser stelle aber eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe dar, die durch Steuern zu finanzieren sei. Zweitens führe die Berücksichtigung des generativen Beitrags innerhalb der Rentenversicherung zu einem Verstoß gegen das Äquivalenzprinzip, das seinerseits die Gerechtigkeit der Beitragserhebung begründe. Drittens sei die Steuerfinanzierung auch aus verteilungspolitischen Gründen gerechter. Damit geht es um eine System- und zwei Gerechtigkeitsfragen die grundsätzliche Aspekte sowohl der Generationen- als auch der Familiengerechtigkeit betreffen.

Die nicht zu leugnende "gesamtgesellschaftliche Zuständigkeit für den Familienlastenausgleich" ist keine ausschließliche, die nur im Steuersystem zu berücksichtigen ist und eine Berücksichtigung der besonderen Leistungen der Familien in den Teilsystemen sozialer Sicherung ausschließt.¹⁰¹ Es ist vielmehr eine Folge der die deutsche Sozialrechtsordnung prägenden Subsidiarität und Trägervielfalt, dass auch familienbezogene Gemeinwohlbelange arbeitsteilig verwirklicht werden. Ent-

⁹⁸ BVerfGE 103, 242 (263 f.).

⁹⁹ BSG NZS 2007, 311ff.

¹⁰⁰ Siehe nur *Ruland* (Fn. 87), SDSRV 57 (2008), passim; *Hase* (Fn. 87), DRV-Schriften Bd. 46 (2003), 41 ff.

¹⁰¹ Kingreen (Fn. 87), 71 (82); Lenze (Fn. 10), 297 ff.; zurückhaltend: Schuler-Harms (Fn. 49), DVBl. 2008, 1090 (1095).

scheidend ist deshalb, ob der jeweilige Belang im betreffenden Teilsystem systematisch verortet werden kann.

Daran kann man bei der Gesetzlichen Rentenversicherung in Bezug auf die Erziehungsleistungen der Familien zweifeln, denn das Bundesverfassungsgericht wirft dem Gesetzgeber einen systeminternen Konstruktionsfehler der Gesetzlichen Rentenversicherung vor, der durch die Forderung, den generativen Beitrag im System anzuerkennen, behoben werden soll. Ein generativer Bezug zu den Kindern war vom Gesetzgeber in der Rentenversicherung ursprünglich, wie eingangs gezeigt, ausdrücklich nicht gewollt.¹⁰² Damit scheint sich die Argumentation im Kreise zu drehen.

Diese auf den Zeitpunkt der Einführung des Umlageverfahrens bezogene Feststellung muss heute aber insoweit relativiert werden, als der Gesetzgeber jedenfalls auf der Leistungsseite die Berücksichtigung des generativen Beitrags von Müttern eingeführt und damit die Erziehungsleistung partiell in das System einbezogen hat. Das Rentenversicherungssystem ist deshalb in seiner heutigen rechtlichen Ausgestaltung zumindest ausreichend anschlussfähig, um die Erziehungsleistungen der Eltern zu berücksichtigen.¹⁰³

Der zweite Einwand, der sich auf die Verletzung des Äquivalenzprinzips als zentraler Gerechtigkeitsgrundlage¹⁰⁴ zur Rechtfertigung der gesetzlichen Beitragspflicht bezieht, ist deshalb nicht überzeugend und in gewisser Hinsicht zirkulär, weil er die Ausgestaltungsfreiheit des Gesetzgebers bezüglich der Äquivalenz übersieht. Wird der Rahmen für die Bestimmung des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung durch die Einbeziehung von Erziehungsleistungen gesetzgeberisch neu definiert, so wird dadurch auch der Maßstab der Äquivalenz verändert.

¹⁰² Kingreen (Fn. 87), 71 (83). An diesem normativen Faktum kann auch die Deutung als hinkendem Dreigenerationenvertrag im Hinblick auf die "unterstellte" Geburtenfreudigkeit der Versicherten nichts ändern. So die Deutung von *Butzer* (Fn. 3), 377 (392 f.).

¹⁰³ Der Umstand, dass die Kinderlosen Teile der Erziehung der Kinder über Steuern mitfinanzieren, kann bei der Bemessung der Höhe der Beitragsunterschiede berücksichtigt werden. Gewichtiger ist der Einwand, dass es neben der Gesetzlichen Rentenversicherung zahlreiche weitere Alterssicherungssysteme gibt, die nicht auf dem Umlageverfahren beruhen und deshalb nicht geeignet sind, Erziehungsleistungen zu honorieren. Das hat zur Folge, dass eine auf die Gesetzliche Rentenversicherung beschränkte Regelung Stückwerk bleibt. Rechtlich ist das aber nur problematisch, wenn es dazu zu Ungleichbehandlungen von Familien kommen würde und der Gesetzgeber diese nicht ausgleichen würde, wozu er jederzeit berechtigt wäre. Deshalb steht auch dieser Einwand der Berücksichtigung von Familienleistungen in der Gesetzlichen Rentenversicherung nicht entgegen.

¹⁰⁴ So etwa Ruland (Fn. 87), S. 53 (68); Hase (Fn. 49), S. 46 (71).

Eine verfassungsrechtliche Pflicht zur Beschränkung der Äquivalenz auf finanzielle Beiträge gibt es nicht. Außerdem wird durch die Erweiterung des Beitragsverständnisses, wie sie das Bundesverfassungsgericht vornimmt, lediglich die Funktionsweise des Umlageverfahrens ernster genommen und auch in seinen Voraussetzungen in der Gesetzeskonstruktion mit bedacht. ¹⁰⁵ Generative Beiträge stellen somit die Gerechtigkeit der Beitragserhebung nicht in Frage.

Drittens erweist sich entgegen der Ansicht des Bundessozialgerichts eine Steuerfinanzierung auch nicht hinsichtlich der Verteilungswirkungen 106 als die gerechtere Variante. Im Gegenteil: Auf diese Weise würden die zu begünstigenden Familien selbst zur Finanzierung mit herangezogen, wobei vor allem die indirekten Steuern, für die es keine familienbezogenen Ausgleichsmechanismen gibt, zu berücksichtigen sind. 107

Obwohl damit gute Gründe für die Berücksichtigung des generativen Beitrags in der Rentenversicherung sprechen, gibt es letztlich doch einen anderen Einwand, der Zurückhaltung gebietet. Dieser wird deutlich, wenn man sich die Reaktion des Gesetzgebers im Bereich der Gesetzlichen Pflegeversicherung vor Augen führt: Er hat für Kinderlose der Jahrgänge ab 1940 einen Beitragszuschlag in Höhe von 0,25 % eingeführt um die Erziehungsleistung der Familien angemessen zu berücksichtigen. Das ist auf den ersten Blick ein dürftiges Ergebnis, aber ist es verfassungswidrig?

Dagegen spricht, dass es kaum möglich ist, einen bestimmten Anteil der Aufwendungen für private Erziehungsleistungen speziell der Renten- oder Pflegeversicherung zuzuordnen und diese zudem von den zahlreichen sonstigen Investitionen in das Humanvermögen abzugrenzen, die steuerfinanziert sind. Es dürfte müßig sein, dem Gesetzgeber in

¹⁰⁵ So auch *Becker* (Fn. 15), S. 929 (934f.); *Kingreen* (Fn. 87), S. 71 (87 ff.) mit weiteren Gegenargumenten.

¹⁰⁶ Dem Einwand, dass die Gesetzliche Rentenversicherung anders als die Pflegeversicherung nicht als Volksversicherung ausgestaltet ist, kann dadurch begegnet werden, dass für die Beamten und Personenkreise mit privater Alterversicherung entsprechende Vorgaben eingeführt werden. Diesen Weg hat das Bundesverfassungsgericht auch für den Bereich der privaten Pflegeversicherung beschritten, vgl. BVerfGE 103, 271 (293), wobei es dort sogar auf die freiwillige Berücksichtigung des generativen Beitrags durch die privaten Versicherungsträger vertraut. Indirekt hat das Gericht damit auch für kapitalbasierte Versicherungssysteme die Relevanz eines generativen Beitrags statuiert. Es ist aber zusätzlich zu beachten, dass auch eine nicht völlig lückenlose Regelung (etwa hinsichtlich der Personenkreise mit anderen Formen privater Altersvorsorge) der Berücksichtigung in den gesetzlichen Versicherungssystemen nicht entgegensteht, da diese nahezu 90 % der Bevölkerung erfassen, so dass die Fälle, in denen der generative Beitrag außerhalb des Systems wirksam wird, vernachlässigt werden können.

¹⁰⁷ Kingreen (Fn. 87), S. 71 (89f.).

einem weiteren Verfahren nachzuweisen, dass 0,25 % für die Pflegeversicherung ein zu geringer Betrag für eine "angemessene Berücksichtigung" des generativen Beitrags sind. Die gleiche Problematik stellt sich bei der Rentenversicherung. Würde hier eine ebenfalls geringe Beitragserhöhung für Kinderlose durchgesetzt, so wäre der Vorgabe formal Genüge getan, ohne dass damit ein spürbarer Fördereffekt verbunden wäre. 108

Deutlich wird damit zugleich, dass man ein Dreigenerationenmodell nicht mit Hilfe eines weitgehend kriterienlosen generativen Beitrags verfassungsrechtlich rekonstruieren kann. Der Übergang vom gesetzgeberisch gewollten Zweigenerationenvertrag zu einem ökonomisch und aus dem Blickwinkel der Familiengerechtigkeit vorzugswürdigen Dreigenerationenvertrag bleibt trotz Verletzung der Familiengerechtigkeit im aktuellen Beitragssystem Aufgabe und Privileg des Gesetzgebers, der indes verfassungsrechtlich zum gestaltenden Handeln verpflichtet ist. 110

4. Reformperspektiven

Neben den Vorschlägen zur generationen- und familiengerechten Fortentwicklung des Umlageverfahrens ist die Debatte um die Zukunft der Gesetzlichen Rentenversicherung auch durch grundlegende Reformvorschläge bestimmt. Als generationengerechtere Alternative zur Umlagefinanzierung wird unter anderem¹¹¹ die Einführung eines echten

¹⁰⁸ Gleichwohl auf einer Reform beharrend: *Seiler* (Fn. 87), 148 ff.; ähnlich *Kaufmann* (Fn. 85), FS Ruland, 2007, 245 (262 f.).

¹⁰⁹ Im Ergebnis ähnlich Schuler-Harms (Fn. 42), DVBl. 2008, 1090 (1095 f.).

¹¹⁰ Insoweit zutreffend *Seiler* (Fn. 87), 148 ff. Siehe auch *R. Gröschner*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 6, Rn. 91.

¹¹¹ Der Blick auf alternative Regelungsmodelle sollte nicht vergessen machen, dass auch das Umlageverfahren eine Gestaltungsoption bietet, die aus dem Blickwinkel der Generationengerechtigkeit akzeptabel ist: die erstmalige gesetzgeberische Ausgestaltung eines echten Dreigenerationenvertrags. Ein solches Modell unterscheidet sich nur wenig von dem bereits seit einiger Zeit diskutierten Vorschlag, zur Bündelung der Familienförderung eine Familienkasse einzuführen und diese institutionell im Bereich der Gesetzlichen Rentenversicherung zu verorten, ohne sie dieser vollständig einzugliedern. Dazu Vorschläge bei C. K. Spieß Die Bündelung und Integration familienbezogener Leistungen in einer Familienkasse, in: Althammer/Klammer (Hrsg.), Ehe und Familie in der Steuerrechts- und Sozialordnung, 2006, 55 ff.; Kingreen (Fn. 87), 71 (98 ff.); Siebter Familienbericht. Familie zwischen Flexibilität und Verlässlichkeit - Perspektiven für eine lebenslaufbezogene Familienpolitik, BT-Drucks. 16/1360, 290 ff.; daran anknüpfend M. Schuler-Harms Finanz- und organisationsrechtliche Rahmenbedingungen einer "Familienkasse", in: Scheiwe/Schuler-Harms, Aktuelle Rechtsfragen der Familienpolitik aus rechtsvergleichender Sicht, 2008, 157 ff. Obwohl dieses Modell wie das bisherige Zweigenerationenmodell in seiner Finanzierung stark von der demografi-

Kapitaldeckungsverfahrens vorgeschlagen.¹¹² Eine solche Umstellung würde zwar einen mehrere Jahrzehnte andauernden Übergangszeitraum in Anspruch nehmen.¹¹³ Der Vorteil dieser Lösung liegt vor allem darin, dass die Abhängigkeit von der demografischen Entwicklung vermindert würde.¹¹⁴ Denkbar, wenn nicht sogar europarechtlich zwingend, wäre zudem die (teilweise) Entstaatlichung der Alterssicherung, da bei kapitalgedeckten Alterssicherungssystemen solidarische Elemente nicht zwingend sind, diese alleine aber ein Staatsmonopol rechtfertigen können.¹¹⁵ Dem Staat würde in einem solchen System eine Sicherungs- und Steuerungsfunktion insoweit zufallen, als er die Beitragsgerechtigkeit der Alterssicherungsangebote garantieren und die Anbieter beaufsichtigen muss. Dafür ist der schöne Ausdruck der Vorsorgeregulierung geprägt worden.¹¹⁶

schen Entwicklung abhängig bleibt, hat es den Vorzug, dass es bei geringen Umgestaltungskosten den Gedanken des Generationenvertrages mit der Familienförderung verbinden und auf diese Weise bei einem insgesamt niedrigeren staatlichen Sicherungsniveau die Voraussetzungen für eine Nachwuchssicherungspolitik deutlich verbessern könnte.

¹¹² Diesen wird z.T. allerdings auch eine zu enge Verflechtung mit der Versicherungswirtschaft vorgeworfen; vgl. M. Klundt Von der sozialen zur Generationengerechtigkeit?, 2008, im übrigen mit der These, dass durch die Fixierung auf de Generationengerechtigkeit die Wahrnehmung der vor allem drohenden Kinderarmut verdrängt wird bzw. werden soll, da der demografische Wandel vor allem zur Rechtfertigung von Einsparungen zugunsten der Wirtschaft genutzt werde.

¹¹³ Zu den Übergangsbedingungen näher *F. E. Schnapp/P. Kostorz* Demographische Entwicklung, soziale Sicherungssysteme und Zuwanderung, ZAR 2002, 163 (166ff.).

¹¹⁴ Ganz kann er deshalb nicht aufgehoben werden, weil die Kapitalfinanzierung auch von der allgemeinen wirtschaftlichen Entwicklung abhängig ist, die immer auch demografisch beeinflusst wird. Dazu ausführlicher Kaufmann (Fn. 8), 224 ff. Einen komplexen "Risikovergleich" von umlage-, kapital- und steuerfinanzierten Alterssicherungssystemen liefert R. Hauser Die Verteilung von Zukunftsrisiken als Problem der Alterssicherung, FS Ruland, 2007, 17 ff.

¹¹⁵ Dazu näher R. Pitschas Verfassungsvoraussetzungen für die Entstaatlichung der gesetzlichen Rentenversicherung in Deutschland, FS Ruland, 2007, 99 ff. mit dem Ergebnis, dass dem Staat eine verfassungsrechtliche Mindestsicherungsfunktion zufällt, die aber lediglich die Gestaltung der Privatisierung verlangt, dieser als solche aber nicht entgegensteht. Fragen der Verteilungsgerechtigkeit und damit auch der Familiengerechtigkeit sind in einem solchen System steuerstaatlich zu lösen. Zu den gemeinschaftsrechtlichen Aspekten eines Übergangs zur Kapitalfinanzierung siehe auch Kingreen (Fn. 87), 71 (91 ff.).

¹¹⁶ Zu Einzelheiten Pitschas (Fn. 115), 99 (118 ff.).

III. Generationengerechtigkeit im System der Gesundheitsversorgung

1. Die Kosten des Alterns und der Sparzwang im Gesundheitswesen

Die Wahl der Gesetzlichen Krankenversicherung als zweites Referenzgebiet, dem ich mich nunmehr zuwende, mag auf den ersten Blick überraschen. Die Gesetzliche Krankenversicherung ist konstruktiv nicht durch intertemporale Generationsbezüge geprägt und die Gesundheitsversorgung bezieht sich auch intratemporal nicht spezifisch auf einen Lebensabschnitt. Sie umfasst ohne Unterschied die ganze Spanne des menschlichen Lebens. Hinzu kommt, dass nach heutiger Rechtslage auch die Rentner Beiträge zur Gesetzlichen Krankenversicherung zahlen.¹¹⁷

Einen Ansatzpunkt für eine Betrachtung der Gesetzlichen Krankenversicherung aus der Perspektive der Generationengerechtigkeit kann deshalb nur der nicht überraschende Befund liefern, dass mit steigendem Alter auch die Inanspruchnahme von Gesundheitsdienstleistungen ansteigt. Dies spiegelt sich auch eindrucksvoll in Zahlen wider: nach den aktuellen Statistiken entfallen auf die über 65-jährigen 49,9 % der Kosten für Gesundheitsdienstleistungen, obwohl sie nur 26 % der Versicherten darstellen und lediglich 23 % der Beiträge zahlen.

Der demografische Wandel bewirkt vor diesem Hintergrund, dass sich durch die relative Zunahme der Zahl der Alten und Hochbetagten im Vergleich zu den Jungen und Erwerbstätigen die Finanzierungsgewichte ähnlich wie in der Rentenversicherung weiter zu Lasten der Erwerbstätigen verschieben werden. Zudem werden für die Behandlung der altersbedingten Krankheiten neue, durchweg kostspielige Therapien

¹¹⁷ Vgl. § 255 SGB V. Da es bei Rentnern keinen Arbeitgeberanteil gibt, sind die Beiträge nur halb so hoch wie bei Erwerbsttätigen mit vergleichbarem Einkommen.

¹¹⁸ Ob sich diese Quoten durch die höhere Lebenserwartung ändern werden, ist unklar und anhand bislang vorliegender Erfahrungswerte nicht sicher zu prognostizieren. Die Kompressionsthese nimmt an, dass die Menschen länger gesünder leben und sich schwere Krankheiten in einem festgesetzten Zeitfenster vor dem Tode ereignen. Es soll also nur zu einer zeitlichen Verschiebung, nicht zu einer Vermehrung der Erkrankungen und der damit verbundenen Kosten. Vgl. Statistische Ämter des Bundes und der Länder, Demografischer Wandel in Deutschland: Auswirkungen auf Krankenhausbehandlungen und Pfegebedürftige im Bund und in den Ländern, 2008, 10. Die Expansions- oder Medikalisierungsthese nimmt dagegen eine Kostensteigerung an; siehe zum Ganzen auch P. Kostorz/F. E. Schnapp Der Bevölkerungswandel in Deutschland und seine Auswirkungen auf die sozialen Sicherungssysteme, Gesundheits- und Sozialpolitik 9–10/2006, 26.

entwickelt und im Bereich der Pflege¹¹⁹, die gesondert finanziert wird, sind ebenfalls erhebliche Kostensteigerungen zu verzeichnen.

Die Problematik der Generationengerechtigkeit ist im Gesundheitswesen aber nicht nur schwerer zu erfassen; sie ist vor allem sehr viel schwerer zu steuern. Denn anders als im Bereich der Gesetzlichen Rentenversicherung, die durch das Drehen an vergleichsweise wenigen Stellschrauben finanziell spürbar und dauerhaft entlastet werden konnte, sind im Gesundheitswesen Reformen sehr viel schwieriger zu realisieren. Das hängt vor allem damit zusammen, dass hier nicht nur Geld zu sammeln und auszuzahlen ist, sondern eine Vielzahl von Gesundheitsdienstleistungen in einem komplexen Zusammenwirken durch eine große Zahl von Berufen mit zugehörigen vetostarken Organisationen bereitgestellt werden müssen. ¹²⁰ Vor diesem Hintergrund besteht die nahe liegende Gefahr, dass vor allem verdeckt vorrangig dort Einsparungen vorgenommen werden, wo die Kosten am höchsten und der erwartete gesellschaftliche Nutzen am geringsten ist: bei den Alten und Hochbetagten. ¹²¹

2. Rationalisierung im Gesundheitswesen

Die erste Reaktion auf finanzielle Knappheit bei gesetzlichen Pflichtaufgaben ist die Suche nach Effizienzgewinnen. Diese ist heute in fast al-

¹¹⁹ Dazu Statistische Ämter des Bundes und der Länder (Fn. 112), 21 ff. Danach steigt die Pflegebedürftigkeit vor allem nach dem 75. Lebensjahr rapide an. Während 2005 bei den 70- bis 75-jährigen 5 % pflegebedürftig waren steigt dieser Wert bei den 80-bis 85-jährigen auf 20 % und bei den über 90-jährigen auf 60 %. Die Personengruppe der über 80-jährigen wird von 3,7 Millionen im Jahr 2005 auf 10 Millionen im Jahr 2050 ansteigen. Es handelt sich um ein siebtel der Gesamtbevölkerung. Der stärkste Anstieg der Pflegebedürftigen wird in Brandenburg und Mecklenburg-Vorpommern erwartet.

¹²⁰ Einen ersten Eindruck vermittelt die Darstellung der Leistungserbringer bei *M. Quaas/R. Zuck* Medizinrecht, 2. Aufl. 2008, §§ 12 bis 42. Für jeden Bereich ist ein eigenes Berufsrecht und ein eigenständiges Regime der Leistungserbringung (Anerkennung, Inhaltsbestimmung, Qualitätssicherung, Kostenregime) auszugestalten.

¹²¹ Überblick bei *G. Zitter* Rationierung in der Altersmedizin, 2001. Neben der damit drohenden "Diskriminierung" der älteren Menschen stellt aber auch im Gesundheitssystem die überdurchschnittliche finanzielle Belastung der Erwerbstätigen ein Problem der Generationengerechtigkeit dar, weil ihre aktuellen Lebenschancen durch die hohen Kosten spürbar geschmälert und sie dadurch im Zeitvergleich zur Kostenbelastung der alten Generation während deren Erwerbsleben deutlich benachteiligt werden. Es geht demnach anders als im Falle der Alterssicherung um ein Problem der rückwärts gerichteten Generationengerechtigkeit.

len staatlichen Leistungssystemen ein zentrales Thema bei der Bewältigung des demografischen Wandels.¹²²

Effizienzsteigerungen werden heute auch im öffentlichen Sektor in der Regel von der Implementierung von Wettbewerb oder wettbewerbssimulierenden Verfahren erwartet.¹²³ Diesen Instrumenten haftet im Kontext von Gesundheitsreformen jedoch der Nimbus der Inhumanität und Ungerechtigkeit an.¹²⁴ Die so genannte Ökonomisierung der Medizin gilt vor allem den Vertretern der Ärzteschaft als Kampfbegriff, der ihre überkommenen Berufsziele in Frage stellt.

Geht es, wie im Gesundheitswesen, um die gerechte Zuteilung knapper Güter, so kommt eine Marktsteuerung nur bei der Bereitstellung der entsprechenden Güter und Dienstleistungen, nicht aber bei ihrer Zuteilung in Betracht, denn Märkte selbst erzeugen keine gerechten Ergebnisse, sondern dienen der Optimierung der Allokation. ¹²⁵ Zudem sind Marktprozesse von zahlreichen Zufällen abhängig. ¹²⁶ Wird die Zutei-

¹²² Auch bei den kommunalen und staatlichen Verwaltungen können bei sinkender Bevölkerung und damit einhergehenden Steuerausfällen und höheren Kosten für die alten Menschen, die auch in anderen Bereichen anfallen, bislang übliche Standards nur gehalten werden, wenn die Wirtschaftlichkeit erhöht wird. Das bedeutet einerseits, dass gleich bleibende Leistungsangebote zu geringeren Kosten bereitgestellt werden und andererseits, dass mit vorhandenen Mitteln einen höheres Produkt erzielt werden müssen. Zu beiden Seiten der Wirtschaftlichkeit *C. Gröpl* Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit staatlichen Handelns, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 121, Rn. 13 ff. Unabhängig von diesem objektiven Zwang erscheint es auch sinnvoll, aus dem Blickwinkel des Beitragspflichtigen von einem Anspruch auf Wirtschaftlichkeit auszugehen. Wenn das gleiche Sicherungsniveau in der Gesundheitsversorgung mit geringerer Beitragslast erreicht werden kann, so ist dies ein Gebot der Verhältnismäßigkeit.

¹²³ Siehe dazu grundsätzlich B. Grzeszick Hoheitskonzept – Wettbewerbskonzept, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 78, Rn. 18 ff.

¹²⁴ Differenzierend jetzt aber: Gesundheitspolitische Leitsätze der Ärzteschaft, Ulmer Papier, Beschluss des 111. Deutschen Ärztetages 2008.

¹²⁵ Dazu grundlegend F. A. von Hayek, Recht, Gesetz, Freiheit, 2003 (Bd. 4 der Gesammelten Schriften in deutscher Sprache), 151 ff. insbes. 218 ff. Soweit in Bezug auf einzelne Märkte von "gerechten Preisen" gesprochen wird, betrifft dies nicht die hier in Rede stehende soziale Gerechtigkeit. Gerechte Marktpreise können sozial ungerecht sein, wenn sie bestimmte Bevölkerungsgruppen vom Zugang zu lebenswichtigen Gütern ausschließen.

¹²⁶ Zufälle sind nach dem Katallaxie-Prinzip einerseits erwünscht, da sie Ausdruck der Innovationskraft von Märkten sind. Sie können aber durchaus fehlgehen und zu sozial unerwünschten Ergebnissen. Das hängt damit zusammen, dass notwendig ergebnisoffene Marktprozesse sich strukturell von ergebnisorientierten Prozessen sozialer Gestaltung unterscheiden. Solange daher soziale Gerechtigkeit auf bestimmte Ergebnisse focussiert ist, bleibt es bei der grundsätzlichen Spannung zwischen Markt und Ge-

lung gesetzlich gesteuert, so ist umgekehrt aber im Gesundheitswesen ein Wettbewerb bei der Leistungsbereitstellung zulässig und aus Gründen der Effizienzsteigerung sogar erwünscht. Dieser positive Zusammenhang von Markt und Gerechtigkeit wird durch das Leitbild der effizienten Gerechtigkeit zum Ausdruck gebracht.¹²⁷

Beitragsentlastungen können darüber hinaus vor allem durch Leistungskürzungen erreicht werden. Der verfassungsrechtliche Spielraum dafür ist zunächst durch die Feststellung umrissen, dass der aktuelle Leistungskatalog der Gesetzlichen Krankenversicherung keinem allgemeinen verfassungsrechtlichen Rückschrittsverbot unterliegt, solange eine dem Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit entsprechende Versorgung entsprechend den in Deutschland anerkannten kulturellen Standards gewährleistet ist. 128 Deshalb ist es auch grundsätzlich unbedenklich, wenn einzelne Leistungen gestrichen oder – in der Praxis ebenfalls häufig anzutreffen – eine Selbstbeteiligung an den Kosten vorgeschrieben wird. 129

Das auf den ersten Blick neutrale Instrument der Selbstbeteiligung lenkt die Aufmerksamkeit auf eine weitere Facette der Generationengerechtigkeit. Bei Selbstbeteiligungsregelungen ist nämlich zu beachten, dass diese vor dem Hintergrund der überdurchschnittlichen Inanspruchnahme von Gesundheitsdienstleistungen durch alte oder hochbetagte Versicherte nicht zu einer einseitigen finanziellen Belastung dieser

rechtigkeit; siehe von Hayek (Fn. 125), S. 265 ff. Darin liegt auch der immanente Widerspruch von Marktregulierungskonzepten begründet, der zwar Regulierung nicht ausschließt, aber sehr schwierig werden lässt.

¹²⁷ Kersting (Fn. 18), 106 ff.; weiterführend: D. Shapiro Is the Welfare State justified?, 2007. Eine weitere Anforderung von exemplarischer Bedeutung betrifft die Anpassung des Rechts der Gesundheitsberufe an die Folgen des demografischen Wandels. Im Bereich der Pflegeberufe haben Markt und Gesetzgebung insoweit durch die Reglementierung des Berufsbildes des Altenpflegers reagiert. Darüber hinaus gibt es bei vielen weiteren Gesundheitsberufen einen Anpassungsbedarf der es ermöglicht, bestimmte Gesundheitsdienstleistungen effizienter zu erbringen. Dafür gibt es in anderen Staaten zahlreiche Vorbilder. Ziel ist es dabei, die besonders kostenintensiven Leistungen von Ärzten, soweit sie einfacher Natur sind, durch besser ausgebildete Gesundheitsberufe zu erbringen sowie die Berufsbilder genauer an der Bündelung der nachgefragten Gesundheitsdienstleistungen auszurichten. Eine besser auf die Bedürfnisse des Gesundheitsmarktes angepasste Berufsbildung ist demnach gefragt. Siehe dazu exemplarisch W. Kluth Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Höherpositionierung des Augenoptikers, 2008.

¹²⁸ E. Schmidt-Aβmann Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen, 2001, 31 ff.

¹²⁹ Siehe §§ 61 f. SGB V. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Zuzahlungspflichten nach § 62 SGB V begrenzt sind und schon deshalb die sozialen Auswirkungen beschränkt werden.

Gruppe führen dürfen.¹³⁰ Dabei handelt es sich um einen verallgemeinerungsfähigen Aspekt, denn auch in anderen Bereichen öffentlicher Dienstleistungen können Maßnahmen der Effizienzsteigerung dazu führen, dass ältere Menschen davon stärker betroffen werden als junge. Es ist deshalb ein verfahrensrechtliches Gebot der Generationengerechtigkeit, die "Altersverträglichkeit" von effizienzsteigernden Maßnahmen zu überprüfen.

3. Zulässigkeit einer Altersrationierung?

Kurz zu erwähnen ist der kontrovers diskutierte Vorschlag einer Altersrationierung. Er knüpft an das aus der Rentenversicherung entwickelte Säulenmodell an¹³¹ und sieht vor, dass ab einem bestimmten Lebensalter ein gesetzlich bestimmter Teil der Gesundheitsdienstleistungen nur durch eine private Zusatzversicherung abgedeckt wird. Da das Volumen der nachgefragten Leistungen im Alter besonders hoch ist, soll die Entlastung der Gesetzlichen Krankenversicherung deutlich höher ausfallen als bei den bislang praktizierten und diskutierten Modellen.¹³²

Ein solcher Vorschlag ist mit dem egalitären Ansatz der Generationengerechtigkeit vereinbar, wenn er besitzstandswahrend eingeführt wird. 133 Fraglich ist jedoch, ob er sich aus anderen Gesichtspunkten ebenfalls als gerecht und tragfähig erweist. Im Vergleich zum Modell einer auf den gesamten Lebenszeitraum bezogenen Absenkung der Gesundheitsleistungen der Gesetzlichen Krankenversicherung hat die Altersrationierung den Vorteil, dass für sie eine lange Vorlaufzeit besteht, so dass der Aufwand für die Versicherung geringer zu Buche schlagen kann und damit auch eine sozial verträgliche Ausgestaltung als möglich

¹³⁰ Darauf weisen Kostorz/Schnapp (Fn. 117), S. 27 hin.

¹³¹ Zur allgemeinen Zulässigkeit einer Kombination von gesetzlicher Grundversorgung und freiwilliger Zusatzversorgung im Gesundheitswesen *E. Schmidt-Aβmann* Verfassungsfragen der Gesundheitsreform, NJW 2004, 1689 (1694).

¹³² S. Huster Soziale Sicherung als Zukunftsbewältigung und -gestaltung, in: Sozial-rechtsgeltung in der Zeit, SDSRV 55 (2007), 15 (27 ff.); ders. Sozialstaat oder soziale Gerechtigkei? Zum Spannungsverhältnis von politischer Philosophie und Verfassungsrecht am Beispiel der Altersrationierung im Gesundheitssystem, in: Alexy (Hrsg.), Juristischer Grundlagenforschung, 2005, 202 ff. Siehe auch F. Bryer/C. Schultheiss "Alter" als Kriterium bei der Rationierung im Gesundheitswesen, in: Gutmann/Schmidt (Hrsg.), Rationierung und Allokation im Gesundheitswesen, 2002, 121 ff.

¹³³ Das bedeutet konkret: Das Modell wird erst für zukünftig versicherungspflichtige Erwerbstätige eingeführt. Für heute bereits Versicherte kann allenfalls eine Wahlmöglichkeit eingeführt werden.

erscheint. Es würde auch keine Mindestversorgung vorenthalten oder gar gegen die Menschenwürde verstoßen.¹³⁴

Gleichwohl hat der Vorschlag einen Sturm der Entrüstung ausgelöst¹³⁵, dem hier nur unter einem allgemeinen Gesichtspunkt nachgegangen werden soll: Die kulturell bedingte hohe Sensibilität für ein hohes Niveau der Gesundheitsversorgung in Deutschland hält auf Grund der in der Vergangenheit teilweise auch jenseits des Gesetzes ausgebildeten Gerechtigkeitsstandards das Ergebnis für nicht angemessen und gerecht, auch wenn formalrechtlich keine Einwände zu erheben sind. Kulturell determinierte Standards sozialer Gerechtigkeit können nur langsam und schrittweise verändert werden. 136 Dafür ist eine Politik der kleinen Schritte besser geeignet als eine Grundsatzreform. Weiter gehende Reformen des Gesundheitswesens, die unvermeidlich sind, müssen deshalb darauf abzielen, das neue Leitbild des aktivierenden¹³⁷ oder nachhaltigen¹³⁸ Sozialstaates ausreichend stark im allgemeinen Bewusstsein zu verankern und das Gerechtigkeitsdenken entsprechend zu prägen: als Ausdruck selbstbestimmter Lebensgestaltung, die auch die Entscheidung über private Ressourcenallokation in den sozialen Sicherungssystemen einbezieht.¹³⁹

IV. Demografischer Wandel und Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse

1. Regionale und temporale Unterschiede des demografischen Wandels

In den bisherigen Überlegungen wurde der demografische Wandel auf die deutsche Bevölkerung und die verschiedenen sozialen Institutio-

¹³⁴ Siehe zu entsprechender Kritik z.B. *V. Neumann* Prioritätensetzung und Rationierung in der gesetzlichen Krankenversicherung, NZS 2005, 617 (622 f.); *Schmidt-Aβmann* (Fn. 131), NJW 2004, 1689 (1691).

¹³⁵ Siehe neben den in Fn. 134 genannten Autoren etwa *P. Kirchhof* Das Recht auf Gesundheit, Stimmen der Zeit 1/2004, 3 (5); *J. Taupitz* Ressourcenknappheit der Medizin, in: Wolter/Eibe Riedel/Taupitz, Einwirkungen der Grundrechte auf das Zivilrecht, Öffentliche Recht, Strafrecht, 1999, 113 (128f.); *W. Däubler*, Das Verbot der Ausgrenzung einzelner Bevölkerungsgruppen, NZS 2005, 225 ff.

¹³⁶ Auf diesem Gesichtspunkt historisch und kulturelle geprägter Standards sozialer Gerechtigkeit beruht die Konzeption von *David Miller*, der vor diesem Hintergrund einen abstrakt formulierten egalitären Liberalismus jenseits fundamentaler menschenrechtlich basierter Gerechtigkeitskriterien, die auch er annimmt, ablehnt; siehe *Miller* (Fn. 19), 62 ff. Ähnlich der "Liberalismus sans phrase" von *Kersting* (Fn. 19), 354 ff.

¹³⁷ Eingehend *T. Kingreen* Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund, 2003, 128 ff.

¹³⁸ Dazu M. Kotzur Der nachhaltige Sozialstaat, BayVBl. 2007, 257 ff.

¹³⁹ Exemplarisch ausformuliert u.a. bei Kersting (Fn. 19), 376 ff.

nen insgesamt bezogen. Darin lag eine Vereinfachung, die bei den Versicherungssystemen zulässig war, die aber einen weiteren Gesichtspunkt des Transformationsprozesses überdeckt: die erheblichen Unterschiede des demografischen Wandels in den einzelnen Regionen. Während die Folgen des Schrumpfungs- und Alterungsprozesses vor allem in den neuen Bundesländern bereits heute mit Händen zu greifen sind 141, verzeichnet vor allem der Südwesten auf absehbare Zeit noch eine wachsende Wohnbevölkerung. Diese Ungleichzeitigkeit hat mannigfache Auswirkungen, von denen hier nur diejenigen skizziert und auf ihre rechtlichen Implikationen hin untersucht werden können, die einen spezifischen Bezug zur Generationengerechtigkeit aufweisen. 142

2. Auswirkungen auf die regionale Infrastruktur

"Der Bevölkerungsschwund drückt auf die Nachhaltigkeit. Weniger verbrauchen mehr."¹⁴³ Auf diesen knappen Nenner bringt eine Studie zum Land Brandenburg die Folgen des Bevölkerungsrückgangs auf die dortige regionale Infrastruktur. Dies betrifft vor allem die alten Menschen, da sie weniger mobil sind und vor allem nach der Abwanderung

¹⁴⁰ Alle wesentlichen Einzelheiten in S. Kröhnert/F. Medicus/R. Klingholz (Fn. 6); weitere Nachweise zu den Länderdaten bei H. Seitz Die Demographieabhängigkeit der Ausgaben und Einnahmen der öffentlichen Haushalte. Eine empirische Analyse unter Berücksichtigung der föderalen Verflechtung, 2008.

¹⁴¹ Im Vergleich der Jahre 2005 und 2020 wird in Baden-Württemberg und Bayern mit einem Bevölkerungswachstum von 1 % gerechnet, während z.B. in Mecklenburg-Vorpommern eine Bevölkerungsabnahme in Höhe von 10 % und in Sachsen-Anhalt von 15 % prognostiziert wird; *Statistische Ämter des Bundes und der Länder*, Demografischer Wandel in Deutschland, Heft 1: Bevölkerungs- und Haushaltsentwicklung im Bund und in den Ländern, 2007, 21. Insgesamt sind seit 1990 ca. 1,5 Millionen Bürger abgewandert, das sind ca. 10 % der Bevölkerung. Dabei ist vor allem der Anteil junger Frauen besonders hoch: 63 % aller Personen, die seit 1991 von Ost- nach Westdeutschland gezogen sind waren Frauen. Das Frauendefizit liegt teilweise über 20 %; *S. Kröhnert/ F. Medicus/R. Klingholz* (Fn. 6), 23.

¹⁴² Offen ist damit noch die Frage, welche spezifischen Bezüge diese Veränderungen zur Generationengerechtigkeit aufweisen. Sie ergeben sich deshalb, weil durch die Schwächung der Infrastruktur, vor allen in ländlichen Räumen, die dort "dominierende" ältere Generation stärker betroffen ist, da sie eine geringere Mobilität verfügt und in stärkerem Maße auf eine intakte und ortsnahe soziale Infrastruktur angewiesen ist. Dazu näher H. Bauer/F. Brosius-Gersdorf Die demografische Krise. Verwaltungswissenschaftliche Ansätze zur Bewältigung des demografischen Wandels in den Kommunen, FS Siedentopf, 2008, 385 ff.

¹⁴³ Berlin Institut für Bevölkerung und Entwicklung Gutachten zum demografischen Wandel im Land Brandenburg, 2008, 7. Damit wird zugleich die These widerlegt, dass der Bevölkerungsrückgang aus umweltpolitischer Sicht ohne weiteres zu begrüßen ist.

großer Teile der jüngeren Familienangehörigen in besonderer Weise auf die sozialen Einrichtungen vor Ort angewiesen sind. 144 Es besteht insoweit ein allgemeiner Bezug zur Generationengerechtigkeit, der rechtlich deutlich geringer ausgeprägt ist als in den einzelnen Versicherungssystemen. Gleichwohl entfaltet auch hier das Postulat, dass allen Generationen annähernd gleichwertige Lebenschancen zu gewährleisten sind, seine Wirkung.

3. Abschied von der Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse?

Die Forderung nach Generationengerechtigkeit trifft sich bei der Infrastrukturgewährleistung mit der grundgesetzlich verbürgten Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse. Hier stellt sich die Frage nach den angemessenen Reaktionsmechanismen, um das Absinken der Standards in den von starker Abwanderung betroffenen Gebieten zu verhindern.¹⁴⁵

Da die politische Bereitschaft zu weiteren umfassenden Transferleistungen der (bevölkerungs-) reichen Bundesländer ständig sinkt, steht als Alternative nur die Suche nach neuen Steuerungs- und Gestaltungsformen zur Verfügung. Diese bedingt eine Erhöhung der Gestaltungsautonomie der Länder und Kommunen, für die in der Föderalismusreform I eine gute Grundlage geschaffen wurde, von der aber bislang nur wenig Gebrauch gemacht wird.

Die Thematik hat auch einen kompetenziellen Aspekt: Die Bundespolitik ist gefordert, ihre einzelnen Fachpolitiken neu auszurichten und sie stärker als bislang an ihrem Beitrag für die Bewältigung der Folgen des demografischen Wandels zu orientieren. ¹⁴⁶ Damit ist eine umfassende Restrukturierung zahlreicher Politikfelder weit über die Raumordnung und Infrastrukturplanung hinaus verbunden. Wie bei der Zielsetzung der Regionalförderung der Europäischen Union ¹⁴⁷ sollten

¹⁴⁴ F. Brosius-Gersdorf Demografischer Wandel und Daseinsvorsorge, VerwArch. 98 (2007), 317 ff.; H. Bauer/C. Büchner/O. Gründel (Hrsg.), Demografie im Wandel. Herausforderungen für die Kommunen, 2006

¹⁴⁵ Dazu exemplarisch *Akademie für Raumforschung und Landesplanung*, Gleichwertige Lebensverhältnisse: eine wichtige gesellschaftspolitische Aufgabe neu interpretieren!, 2006.

¹⁴⁶ Siehe auch Schuler-Harms (Fn. 49), DVBl. 2008, 1090 (1097).

¹⁴⁷ Kersten (Fn. 95), 396 (401 ff.). Die Europäische Union hat entsprechende Steuerungsinstrumente entwickelt, in die auch die Mitgliedstaaten eingebunden sind. Siehe exemplarisch Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Nationaler Strategischer Rahmenplan für den Einsatz der EU-Strukturfonds in der Bundesrepublik Deutschland 2007–2013, 2007.

aktivierende Maßnahmen dabei und beim Länderfinanzausgleich verstärkt werden.

Die Landesgesetzgeber haben flächendeckend Gebiets- und Funktionalreformen auf den Weg gebracht, die die Leistungsfähigkeit erhalten sollen. ¹⁴⁸ Dabei ist die grundsätzliche Frage aufgetaucht, welche Rolle dem bürgerschaftlichen Engagement in den Transformationsprozessen zukommen soll und kann, welche ökonomischen und gesellschaftlichen Potentiale damit verbunden sind und wie Anreize für ein solches Engagement gesetzt werden können. Vor allem im Bereich der Verwaltungswissenschaften besteht insoweit ein großer Nachholbedarf.

Der Bundesgesetzgeber hat – nicht nur für die neuen Bundesländer – zur Steuerung des Rückbaus der Infrastruktur die Regelungen zum Stadtumbau und zur sozialen Stadt in das BauGB eingefügt (§§ 171 a ff. BauGB) und dafür finanzielle Förderung bereitgestellt.¹⁴⁹. Diese Normen führen in neuartiger Weise Maßnahmen der Raumordnung mit Maßnahmen zur Reaktivierung der Bürgergesellschaft und der Integration zusammen. Die Beschäftigung mit ihnen lässt erkennen, in welchen interdisziplinären Kontexten viele der anstehenden Aufgaben zu erfüllen sind.

Damit sind für zentrale Problemfelder wichtige Vorkehrungen getroffen, die aber noch keine Problemlösung bedeuten. Auf dieser Ebene sind die Herausforderungen sehr viel größer als bei den Sozialsystemen, weil die Probleme vielfältiger und die Rahmenbedingungen unterschiedlicher sind. In der sozialwissenschaftlichen Forschung wird deshalb die spezifische Wissens- und Bildungskomponente des demografischen Wandels hervorgehoben.¹⁵⁰ Nur durch die vermehrte Suche nach neuen Konzepten und Verfahren soll es möglich sein, die strukturellen Veränderungen angemessen zu verarbeiten. Damit sind auch für die Wissenschaft vom öffentlichen Recht zahlreiche Aufgabenstellungen angesprochen, die sich unter anderem auf die Steuerung der regionalen Entwicklung beziehen. Generationengerechtigkeit wird hier in besonders plastischer Weise auch zu einer Herausforderung für die Wissenschaft: frühzeitig Konzeptionen zu entwickeln, damit zukünftige Generationen unter veränderten Rahmenbedingungen gleichwertige Lebensbedingungen antreffen können.

¹⁴⁸ Exemplarisch C. Appel Die Auswirkungen des demografischen Wandels in Brandenburg und die öffentliche Verwaltung und staatliche Organisationen, LKV 2005, 377 ff.

¹⁴⁹ J. Kersten Nachhaltigkeit und Städtebau. in: Kahl (Hrsg.), Nachhaltigkeit als Verbundbegriff, 2008, 396 ff. m.w.N.

¹⁵⁰ Dazu exemplarisch Kaufmann (Fn. 8), 179 ff.

V. Verfassungsfragen einer Nachwuchssicherungspolitik

1. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Nachwuchssicherungspolitik

Generationengerechtigkeit steuert nicht nur die Verwaltung des Mangels; sie weist als regulatives Prinzip mit einer engen Verbindung zur Nachhaltigkeit auch in die Zukunft und mahnt dabei eine Bildung und Sicherung künftigen Humanvermögens an.¹⁵¹ Mit den Instrumentarien der Generationenbilanzen, die Transfers in der Zeitachse abbilden, kann dabei verdeutlicht werden, dass das Gemeinwesen die rückläufigen wirtschaftlichen Erträge nur zum Teil durch eine Verbesserung von Bildung und Infrastruktur ausgleichen kann.

Obwohl aus historischen Gründen in Deutschland nach wie vor Vorbehalte gegenüber einer Bevölkerungspolitik bestehen¹⁵², dürfen diese nicht verdecken, dass der Förder- und Schutzauftrag in Art. 6 Abs. 1 GG auch in die Zukunft gerichtet ist und eine ausreichende Grundlage für alle staatlichen Maßnahmen der Familienförderung liefert¹⁵³, die als Anreize zu qualifizieren sind und die Wahl einer anderen Lebensform nicht benachteiligen.¹⁵⁴ Auch eine instrumentalisierende Lenkung durch Familienförderung muss vermieden werden. Im Lichte des Art. 6 Abs. 1 GG ist die individuelle Entscheidung für oder gegen Kinder zu respektieren, während diejenige für Kinder spürbar erleichtert werden muss.¹⁵⁵

2. Ausgestaltung einer Nachwuchssicherungspolitik

Die Gründe für einen Verzicht auf Zeugung trotz Kinderwunsch sind vielfältig. 156 Als relevante Rahmenbedingungen werden u.a. die Entlas-

¹⁵¹ Zum "richtigen" Verständnis des umstrittenen Begriffs Humanvermögen bzw. Humankapital *Kaufmann* (Fn. 8), 72 ff. Siehe vertiefend *T. W. Schultz* In Menschen investieren, 1986, 21 ff.; *D. Halpern* Social Capital, 2005.

¹⁵² Kaufmann (Fn. 8), 161 f. In jüngerer Zeit kommt hinzu, dass auf Grund der Herausbildung eines starken Bewusstseins negativer Freiheitsrechte Anreize zur Familiengründung auch als diskriminierende Maßnahmen interpretiert und kritisiert werden. Das hat nicht zuletzt die Diskussion nach Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur Familienbesteuerung gezeigt. Siehe z.B. F. Eckart Familienförderung durch Steuerrecht?, KJ 2004, 116 ff.

¹⁵³ So auch *C. Seiler* Entwicklung der Bevölkerung und Familienpolitik, in: Isensee/ Kirchhof (Hrsg.), HStR IV, 3. Aufl. 2008, § 81, Rn. 9. Ablehnend z.B. *G. Roellecke* Geburtenrückgang, Volk, Recht und Moral, JZ 1990, 877 ff.

¹⁵⁴ Siehe näher Pechstein (Fn. 86), 69 ff.

¹⁵⁵ In Anlehnung an *Di Fabio* (Fn. 12), NJW 2003, 994 (997f.).

¹⁵⁶ Birg spricht von einem demographisch-ökonomischen Paradoxon, weil die steigende wirtschaftliche Prosperität die Fortpflanzung nicht gefördert, sonder gehemmt

280 Winfried Kluth

tung durch die staatliche Alterssicherung, die Möglichkeit der Geburtenplanung, das veränderte Selbstverständnis der Frau sowie die erhöhten Anforderungen an die Flexibilität und Mobilität der Individuen angeführt. All dies soll die Übernahme von langfristiger Verantwortung, die mit der Familiengründung verbunden ist, erschweren.¹⁵⁷ Neben den Schwierigkeiten, Beruf und Familie miteinander in Einklang zu bringen, spielen auch individuelle Präferenzen in Bezug auf die Lebensgestaltung, d.h. private Vorzugsentscheidungen eine wichtige Rolle. Das zeigt sich unter anderem daran, dass in Deutschland, wie in vielen aber nicht allen europäischen Staaten¹⁵⁸, die Kinderlosigkeit mit der beruflichen Qualifikation von 24 % bis in eine Höhe von 42 % ansteigt. Deshalb ist es nicht möglich, alleine durch ökonomische Anreize eine Verhaltensänderung zu induzieren.

Vor diesem Hintergrund muss eine staatliche Förderpolitik sehr offen ausgestaltet werden. Sie sollte darauf abzielen, das vorhandene Potential zugunsten von Kindern und Familie so zu stärken, dass die Entscheidung für Kinder und Familie erleichtert wird und die staatliche Unter-

hat; Birg (Fn. 10), 42 ff.; siehe zu Einzelheiten Institut für Demoskopie Allensbach Einflussfaktoren auf die Geburtenrate, 2004; Seiler (Fn. 87), 4ff.

¹⁵⁷ Birg (Fn. 10), 43 ff., 82; Kaufmann (Fn. 8), 130 ff. Familienminister Wuermeling führte 1957 in der Denkschrift (siehe Fn. 1) mit Blick auf die zurückliegende Zeit folgende acht Gründe an: (1) die veränderte wirtschaftliche Situation der Familie, die nicht mehr Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft war, (2) die Überbewertung des Lebensstandards, (3) die Erwerbstätigkeit der verheirateten Frauen, (4) die Wohnungsnot, (5) Verhütung und Abtreibung, (6) der Frauenüberschuss als Folge der zwei Weltkriege, (7) die Zunahme der Ehescheidungen, (8) mangelndes Vertrauen und allgemeine Lebensangst.

¹⁵⁸ Ein Vergleich mit Ländern, die nach den statistischen Daten demografisch besser positioniert sind als Deutschland, macht deutlich, dass der hohe wirtschaftliche und kulturelle Entwicklungsstand den Geburtenrückgang nicht zwingend zur Folge hat. So sind in Frankreich und den USA die Geburtenraten nach wie vor in der Nähe der Erhaltungsquote. In Frankreich ist zudem auffällig, dass mit steigender beruflicher Qualifikation die Kinderzahl nicht abfällt, sondern steigt. Zu Frankreich näher S. Kröhnert/I. Hoβmann/R. Klingholz (Fn. 5), 116ff. Zum Vergleich: In Deutschland ist die höchste Geburtenrate (in den Regionen Weser-Ems, Detmold mit 1,46) niedriger als die niedrigste Geburtenrate in Frankreich (in der Region Korsika mit 1,63). Insgesamt liegt die Geburtenrate in Deutschland derzeit bei 1,32 und in Frankreich bei 2,0. Allerdings ist auch zu berücksichtigen, dass die Familien- und Gesellschaftsmodelle sich in den Staaten mit einer höheren Geburtenrate deutlich untereinander und von der Situation in Deutschland unterscheiden. So ist die familiäre Situation in den skandinavischen Ländern und in Island sehr viel weniger an der Ehe ausgerichtet als dies in Frankreich und Deutschland heute noch der Fall ist. Auch die familiären Lebensformen sind deshalb kein klarer Indikator für oder gegen die Entscheidung für Kinder.; siehe S. Kröhnert/I. Hoßmann/R. Klingholz (Fn. 5), 174ff.

stützung dieser Entscheidung deutlich spürbar ist. Dies entspricht dem Sinn und Zweck einer qualifizierten Staatszielbestimmung.¹⁵⁹

Zwar enthält Art. 6 Abs. 1 GG mit seiner besonderen Schutzpflicht¹⁶⁰ bereits eine Vorgabe, die in diese Richtung zielt; die Wirkkraft dieser Norm ist aber "verbraucht" und alle Versuche einer Neubelebung¹⁶¹ durch Interpretation sind bislang gescheitert.¹⁶² In einer solchen Situation erscheint die Einführung einer neuen oder besser: die Einrichtungsgarantie des Art. 6 Abs. 1 GG163 ergänzenden Staatszielbestimmung sinnvoll, die sich auf die Gewährleistung von Familiengerechtigkeit konzentriert.¹⁶⁴ Ein entsprechender Impuls könnte dadurch vermittelt werden, dass der Staat in einem neuen Art. 6 Abs. 1 Satz 2 GG verpflichtet wird, die Erziehungsleistung der Familien in den staatlichen Finanzierungsund Sicherungssystemen angemessen zu berücksichtigen. Zugleich sollte die Begründung einer Familienkasse vorgeschrieben werden, die alle Leistungen des Ausgleichs und der Förderung für die Familien erfasst und damit transparent werden lässt. Eine solche Regelung würde wegen ihrer positiven Zielsetzung eine stärkere rechtliche Wirkung entfalten als ein auf einen abgegrenzten Bereich bezogenes verfassungsgerichtliches Verdikt, dem der Gesetzgeber leicht ausweichen kann.

¹⁵⁹ K.-P. Sommermann Staatsziele und Staatszielbestimmungen, 1997, 355 ff. Nicht zielführend ist dagegen die Einführung eines Familienwahlrechts, da es an ausreichenden Anhaltspunkten fehlt, dass von einem solchen Wahlrecht mit dem Ziel der Verbesserung der Lage der Familiengebrauch gemacht wird (dazu allgemein I. Schulze Der Einfluss von Wahlsystemen auf Politikinhalte. Electoral Threat in der Rentenpolitik, 2006). Befürwortend: K. Löw Kinder und Wahlrecht, ZRP 2002, 448 ff.; L. M. Peschel-Gutzeit Unvollständige Legitimation der Staatsgewalt oder: Geht alle Staatsgewalt nur vom volljährigen Volk aus?, NJW 1997, 2861 ff.; F. Reimer Nachhaltigkeit durch Wahlrecht?, ZParl 1999, 563 ff. Wie hier ablehnend W. Schroeder Familienwahlrecht und Grundgesetz, JZ 2007, 917 ff.; W. Schreiber Wahlrecht von Geburt an – Ende der Diskussion, DVBl. 2004, 1341 ff.; R. Wernsmann Das demokratische Prinzip und der demographische Wandel. Brauchen wir ein Familienwahlrecht?, Der Staat 44 (2005), 43 ff. 160 P. Badura in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 6 Abs. 1 (2005), Rn. 75 ff.; Seiler (Fn. 87), 40 ff.

¹⁶¹ Siehe etwa Pechstein (Fn. 86), 167 ff.; Di Fabio (Fn. 12), NJW 2003, 994 ff.

¹⁶² Dabei ist zu berücksichtigen, dass auch Normen auf ein entsprechendes kulturell-politisches Umfeld angewiesen sind, um ihre Direktionskraft zu entfalten. Das Grundgesetz und auch der EG-Vertrag liefern dafür zahlreiche anschauliche Beispiele.

¹⁶³ Dazu U. Mager Einrichtungsgarantien, 2003, 195 ff.

¹⁶⁴ Die besondere Bedeutung der Familiengerechtigkeit im Zusammenhang mit dem demografischen Wandel betont auch *Seiler* (Fn. 87), 26f. Dabei kann an zahlreiche Bestimmungen des Landesverfassungsrechts angeknüpft werden, in denen diese Zielsetzung bereits zum Ausdruck kommt, die ihre Wirkung in der Vergangenheit vor allem deshalb nicht oder nur wenig entfalten konnten, weil die Gesetzgebungsbefugnisse für viele der einschlägigen Rechtsmaterien beim Bund liegen.

VI. Ausblick

Ich komme damit zum Schluss und der Frage, welche verallgemeinerungsfähigen Erkenntnisse die Einzeluntersuchungen zur Generationengerechtigkeit im Kontext des demografischen Wandels ermöglichen.

Bestätigt wurde die zu Beginn der Überlegungen geäußerte Vermutung, dass das Prinzip der Generationengerechtigkeit jenseits des Art. 20a GG¹⁶⁵ keinen Verfassungsrang besitzt und dass dieser auch nicht durch ein "kombinatorisches Hineininterpretieren" in Art. 3 Abs. 1 GG begründet werden kann.

Für den Bereich intergenerationell ausgerichteter Transfersysteme, wie der im Umlageverfahren finanzierten Rentenversicherung, kann das Prinzip der Generationengerechtigkeit im Rahmen der Überprüfung der Rechtfertigung des gesetzlichen Pflichtbeitrags über den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Wirkung entfalten und eine Anpassungspflicht begründen, wenn absehbar ist, dass dem aktuell zu zahlenden Beitrag in Zukunft keine annähernd angemessene Rentenzahlung mehr entsprechen kann. Die Reform der Rentenversicherung im Jahr 2004 war insoweit nicht nur verfassungsrechtlich zulässig, sondern auch als solche 166 geboten.

Als weiterhin ungelöstes Problem hat sich in diesem Kontext die durch das Bundesverfassungsgericht zutreffend analysierte Wechselwirkung zwischen Generationen- und Familiengerechtigkeit erwiesen. Hier ist der Gesetzgeber gefordert.

Für gesetzliche Versicherungssysteme mit nur faktischen intragenerationellen Auswirkungen auf die Generationengerechtigkeit konnten vergleichbar weit reichende Rechtspflichten nicht festgestellt bzw. begründet werden. Herausgearbeitet wurde aber eine enge Wechselwirkung zwischen der Generationengerechtigkeit und dem Effizienzgebot, die in einem Leitbild der effizienten Gerechtigkeit zum Ausdruck gebracht werden kann und verdeutlicht, dass Effizienzsteigerung der Verwirklichung der Generationengerechtigkeit bzw. der sozialen Gerechtigkeit im Allgemeinen dienen. Zudem konnte in diesem Zusammenhang ein verfahrensrechtliches Gebot der Überprüfung von Reformmaßnahmen auf ihre Altersverträglichkeit abgeleitet werden.

¹⁶⁵ Je nach Interpretation kann ergänzend eine bereichsbezogene Verankerung in Art. 115 GG angenommen werden. Siehe dazu *Höfling* (Fn. 67), 107 (108 f.)

¹⁶⁶ D.h. als Anpassung an die sich abzeichnende veränderte Lage, nicht in den Einzelheiten der neuen Ausgestaltung. Insoweit wären auch andere Gestaltungen möglich gewesen, u.a. der Übergang zur Kapitaldeckung oder zur Steuerfinanzierung.

Verdeutlicht wurde in diesem Zusammenhang, dass der Gesetzgeber den zulässigen Übergang von Modellen der "Vollversorgung" in der Renten- und Krankenversicherung zu den flexibleren Modellen des aktivierenden Sozialstaates behutsam und schrittweise ausgestalten muss, da das durch die bisherige Gesetzgebung geprägte und dadurch kulturell verankerte Modell das gesellschaftliche Leitbild sozialer Gerechtigkeit prägt und solche tief verankerten Leitbilder nur langsam verändert werden können.

Im Bereich der regionalen Infrastruktur und der Wahrung der Gleichwertigkeit der Lebensbedingungen ist die Wahrung der Generationengerechtigkeit schließlich mit der Aufgabe der Neuausrichtung zahlreicher Politikfelder aus dem Blickwinkel ihrer aktivierenden Potentiale für die Bewältigung der Folgen des demografischen Wandels und die Bereitstellung bzw. Entwicklung neuer, effizienterer Handlungs- und Organisationsformen verbunden. In diesem Bereich ist die *rechtliche* Wirkung des Prinzips der Generationengerechtigkeit sehr gering, die praktische Bedeutung der von ihr ausgehenden allgemeinen Handlungsimpulse¹⁶⁷ dafür aber umso gewichtiger, insbesondere zur Wahrung des sozialen Friedens in den vom demografischen Wandel besonders stark betroffenen Regionen.¹⁶⁸

Die nachhaltigste Antwort auf die Gefährdung von Generationengerechtigkeit durch die Folgen des demografischen Wandels stellen Bemühungen zur Umkehr seiner Richtung durch eine staatliche Nachwuchssicherungspolitik dar. Diese kann durch die vorgeschlagene ergänzende Staatszielbestimmung verfassungsrechtlich angeleitet werden.

Das Prinzip der Generationengerechtigkeit besitzt damit für den Bereich des demografischen Wandels ein wertvolles Orientierungspotenzial, das es in den einzelnen Teilbereichen weiter zu entfalten gilt. Darin liegt in besonderer Weise auch eine Aufgabe der Wissenschaft vom öffentlichen Recht. 169 Auf Grund ihrer außerordentlich günstigen Altersstruktur ist die Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer für diese Herausforderung bestens gewappnet.

¹⁶⁷ Solche allgemeinen Handlungsimpulse werden durch das Aufzeigen von Zusammenhängen sowie die Entwicklung entsprechender Informations- und Steuerungsinstrumente ausgelöst.

¹⁶⁸ Eingeschlossen ist dabei die Vermeidung der politischen Radikalisierung vor allem junger Menschen, die sich von den Chancen wirtschaftlicher und sozialer Entwicklung ausgeschlossen fühlen – und in gewissem Umfang auch sind.

¹⁶⁹ Dieser Aufgabe ist die Wissenschaft in den letzten Jahren mit steigender Intensität gerecht geworden, wie die zahlreichen Nachweise in den voranstehenden Fußnoten gezeigt haben. Gleichwohl bleibt ein erheblicher Forschungs- und Gestaltungsbedarf in den zahlreichen Einzelfragen, der durch eine Vertiefung der damit verbundenen Grundsatzfragen begleitet werden muss.

Leitsätze des 1. Berichterstatters über:

Demografischer Wandel und Generationengerechtigkeit

I. Basisinformationen

- 1. Generationengerechtigkeit (GeG) thematisiert Fragen sozialer Gerechtigkeit (Interessen- und Anspruchskonflikte in Bezug auf knappe Ressourcen und damit verbundene Lebenschancen) zwischen verschiedenen Generationen innerhalb gleicher Lebenszyklen (intratemporale GeG) sowie in einer Langfristperspektive (intertemporale GeG).
- 2. Demografischer Wandel bezeichnet quantitative und strukturelle Veränderungen (Jugend- und Altersquotienten, regionale Verteilung) der Bevölkerung, die im Wesentlichen durch Veränderungen der Geburtenrate und steigende Lebenserwartung ausgelöst werden. Der Migration kommt (in Deutschland) eine untergeordnete Bedeutung zu.
- 3. Nach den Berechnungen des Statistischen Bundesamtes (11. koordinierte Bevölkerungsvorausberechnung 2006) wird die Gesamtbevölkerung in Deutschland bis zum Jahr 2050 auf ca. 70 Millionen zurückgehen. Auf 100 Erwerbstätige werden 60 "Alte" (heute 32) und 29 "Jugendliche" (heute 33) entfallen (Gesamtquotient: 89), die durch die Erwerbstätigen im Rahmen von familialen und wohlfahrtsstaatlichen Transfersystemen "mitfinanziert" werden müssen. Die Zahl der über 80-jährigen wird bis 2050 von 3,7 Millionen auf 10 Millionen ansteigen. Die durchschnittliche Lebenserwartung steigt von 75,9 / 81,5 Jahren auf 83,5 / 88,0 Jahre, das Medianalter (es teilt eine Population statistisch in zwei gleich große Gruppen) steigt von 37 / 40 Jahren heute auf 53 / 58 Jahre im Jahr 2050. Der (positive) Wanderungssaldo ist schwer prognostizierbar und wird zwischen 100000 und 200000 pro Jahr angenommen.

II. Generationengerechtigkeit in der Alterssicherung

- 4. In der Gesetzlichen Rentenversicherung (GRV) bestehen direkte und weit reichende faktische (finanzielle) und rechtliche Zusammenhänge zwischen demografischem Wandel und Generationengerechtigkeit.
 - 5. Die Alterssicherung wurde ursprünglich in familialen Transfersyste-

men verwirklicht. Die Erwerbsarbeit war (überwiegend) Sache der Männer, die Last von Kindererziehung und Altenpflege ("Familienarbeit") lag vor allem bei den Frauen (doppelter Standardlebenslauf). Durch die Begründung der GRV wurde die Alterssicherung in ein wohlfahrtsstaatliches Transfersystem verlagert. Dadurch wurde der zugrunde liegende "Generationenvertrag" aus dem individuell-personalen in einen kollektiv-institutionellen Kontext überführt.

- 6. Durch die Große Rentenreform des Jahres 1957 wurde die GRV in eine umlagefinanzierte Lebensstandardsicherung überführt (dynamische Rente), die zudem eine Teilhabe der Rentenempfänger am Wohlstandsfortschritt der Erwerbstätigen ermöglichen sollte und insoweit am Prinzip der GeG orientiert war (Sicherung gleicher Lebenschancen der Generationen).
- 7. Der Bundesgesetzgeber hat durch das Rentenversicherungs-Nachhaltigkeitsgesetz 2004 das Leitbild der Rente grundlegend reformiert (Abschied vom Leitbild der Lebensstandardsicherung) und ein Drei-Säulen-Modell (gesetzliche Rente, steuerbegünstigte private und betriebliche Altersvorsorge) eingeführt sowie in die Berechnung des Rentenwertes einen Nachhaltigkeitsfaktor eingeführt (§ 68 Abs. 1 u. 4 SGB VI) der ausweislich der Gesetzesbegründung der Verwirklichung der GeG dient.
- 8. Diese Systemumstellung begegnet keinen grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Bedenken. Umstritten ist aber, inwieweit eine (denkbare) "negative Rendite" mit Art. 14 Abs. 1 GG und eine zu starke Annäherung an das Sozialhilfeniveau mit der Pflichtversicherung vereinbar sind.
- 9. Verfassungsrechtlich kann GeG in der GRV weniger über die Erweiterung von Art. 3 Abs. 1 GG auf einen Anspruch auf Gleichheit in der Zeit, als vielmehr im Rahmen der Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs durch die Beitragspflicht verortet werden. Eine aktuelle Beitragspflicht, die nicht mit der Aussicht verbunden ist, im Alter eine annähernd gleichwertige Altersversorgung zu erlangen (sei es alleine durch gesetzliche oder durch kombinierte gesetzliche und private Absicherung), wäre unverhältnismäßig.
- 10. Der Gesichtspunkt der Familiengerechtigkeit ist (alleine) nicht in der Lage, das bestehende Umlageverfahren von Verfassung wegen in einen Dreigenerationenvertrag zu überführen. Der gebotene angemessene Familienlastenausgleich muss deshalb auf anderen Wegen verwirklicht werden. Das Modell einer organisatorisch bei der GRV verorteten Familienkasse bietet einen guten Ansatz, für den vor allem die größere Transparenz und Zielgenauigkeit sprechen. Leitbild sollte eine aktivierende Familienpolitik sein.
- 11. Durch den langfristigen Übergang zu einer kapitalfinanzierten Alterssicherung oder einer Staatsbürgerversicherung könnte die Abhängigkeit vom demografischen Wandel deutlich gemindert und die GeG gesichert werden. Damit wird aber zugleich das mit dem Generationenvertrag verbundene solidarische gesellschaftliche Leitbild geschwächt.

III. Generationengerechtigkeit im System der Gesundheitsversorgung

- 12. Obwohl die Gesetzliche Krankenversicherung (GKV) nicht auf Transferleistungen zwischen den Generationen beruht, sind auch in diesem Bereich generationenbezogene Auswirkungen des demografischen Wandels zu verzeichnen, die rechtlich aufgearbeitet werden müssen. Im Vordergrund steht dabei die auf Grund der gewandelten Altersstruktur überproportional ansteigende Umverteilung der Finanzierungspflichten zu Lasten der Erwerbstätigen.
- 13. Ähnlich wie bei der Reform der GRV bietet sich auch bei der GKV der Übergang zu einem zweigliedrigen Modell an, bei dem eine abgesenkte gesetzliche Versorgung (auf hohem Niveau nach dem sog. Ergänzungsmodell) durch eine private Zusatzversorgung komplettiert wird. Damit wird den Versicherten angesichts insgesamt steigender Abgabenlasten ein größerer Gestaltungsfreiraum für ihre Lebensgestaltung belassen; eine Minderung der Ausgaben für Gesundheitsleistungen ist damit nicht zwingend verbunden. Ein verfassungsrechtliches Rückschrittsverbot steht einer solchen Reform nicht entgegen.
- 14. Die Nutzung von Marktmechanismen zur Effizienzsteigerung steht nicht im Widerspruch zur (sozialen) Gerechtigkeit. Vielmehr verringern Effizienzsteigerungen die Knappheit von Ressourcen und verbessern die Voraussetzungen für die Verwirklichung von Gerechtigkeit. Dieser Zusammenhang kann im Leitbild der effizienten Gerechtigkeit zum Ausdruck gebracht werden, das in einem engen Zusammenhang mit dem Prinzip der GeG steht.
- 15. Der Vorschlag einer (zukünftigen und besitzstandswahrenden) allgemeinen Altersrationierung in der Gesundheitsversorgung ist zwar mit einem rein egalitären Verständnis von GeG (Gewährleistung formal gleicher Lebenschancen) vereinbar, übersieht aber, dass auch bei der GeG Bedarfsgesichtspunkte zu beachten sind.

IV. Demografischer Wandel und Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse

- 16. Die deutsche Bevölkerung schrumpft regional uneinheitlich. Während vor allem die neuen Bundesländer bereits einen spürbaren Bevölkerungsrückgang als Folge von Geburtenrückgang und Abwanderung (mit einem Übergewicht junger Frauen) zu verarbeiten haben (seit 1990 mehr als 1,5 Millionen), ist in anderen Regionen noch bis nach 2020 ein Wachstum zu verzeichnen.
- 17. Der Bevölkerungsschwund drückt auf die Nachhaltigkeit. Weniger verbrauchen mehr. Das gilt insbesondere für die Einrichtungen der regionalen Infrastruktur. Belastet und herausgefordert werden vor allem die Kommunen.

- 18. Bezüge zur GeG bestehen bei diesem Prozess insofern, als in den neuen Bundesländern der Alterungsprozess besonders dramatisch verläuft und die alten Menschen in besonderer Weise auf die unter Kostendruck stehende regionale Infrastruktur angewiesen sind. Zudem verschlechtern sich die Lebenschancen der heutigen jungen Generation.
- 19. Zur Bewältigung der Folgen des demografischen Wandels bedarf es der Suche nach neuen Steuerungs- und Gestaltungsformen, die eine Erhöhung der Gestaltungsautonomie der Länder und Kommunen voraussetzt. Dabei kann an den in der Föderalismusreform I aufgegriffenen Gedanken des experimentellen Föderalismus angeknüpft werden. An diesem Prozess besteht ein gesamtstaatliches Interesse, da frühzeitig und in überschaubaren Räumen Instrumente zur Bewältigung der Folgen des demografischen Wandels entwickelt und erprobt werden können.
- 20. Für die Bevölkerung in den neuen Bundesländern stellt der zweite Transformationsprozess in kurzer Zeitfolge eine besondere Generationenlast dar, deren rechtliche, wirtschaftliche und politische Bewältigung die größte Herausforderung für den demokratischen Verfassungsstaat in den kommenden Jahrzehnten bedeutet. Die dramatisch sinkende "Akzeptanz" der demokratischen Staatsform und ihrer Fähigkeit zur Sicherung sozialer (Generationen-) Gerechtigkeit, wie sie sich aus neueren Untersuchungen ergibt, machen dies deutlich.

V. Verfassungsfragen einer Nachwuchssicherungspolitik

- 21. Das Grundgesetz steht einer auf Anreizen basierten freiheitsgerechten Nachwuchssicherungspolitik nicht entgegen und leitet sie durch Art. 6 Abs. 1 GG normativ insoweit an, als vor allem die Familienförderung diesem Ziel dienen kann.
- 22. Die im Kontext der Erörterung von GeG und Bildung (Investition in die Humanvermögensbildung) betonte öffentliche Funktion der Familie darf nicht dazu führen, den freiheitlichen Gehalt des Art. 6 Abs. 1 GG und der damit verbürgten privaten Gestaltungsfreiheiten zu vernachlässigen und neue "doppelte Standardlebensläufe" zu prägen.
- 23. Die vom Bundesverfassungsgericht angemahnte angemessene Berücksichtigung der Erziehungsleistungen der Familien sollte durch eine entsprechende Staatszielbestimmung in Art. 6 Abs. 1 S. 2 GG abgesichert werden, um die Förderpflicht an dieser zentralen Stelle zu verdeutlichen und verfassungsrechtlich leichter handhabbar zu gestalten.
- 24. Durch eine gezielte Einwanderungspolitik, deren rechtlicher Rahmen inzwischen durch die Europäische Union vorgegeben wird, kann der Bevölkerungsrückgang in Deutschland nicht nachhaltig ausgeglichen werden, so-

lange das Gesellschaftsmodell vor allem Anreize für die Zuwanderung von Menschen mit geringeren Bildungsstandards setzt.

VI. Institutioneller Reformbedarf

- 25. Obwohl das parlamentarische Regierungssystem auf den seit langem erkennbaren demografischen Wandel sehr spät reagiert hat, besteht kein Grund zu grundlegenden Reformen, da u.a. der internationale Vergleich zeigt, dass es sich nicht um notwendige Systemfolgen handelt. Vorzugswürdig sind Verbesserungen in Details, die sich an den betroffenen Sachthemen bzw. Zielen orientieren und diesen einen stärkeren Einfluss auf politische Entscheidungsprozesse einräumen.
- 26. Von der Einführung eines Familienwahlrechts sind unabhängig von grundsätzlichen demokratietheoretischen Bedenken ebenso wenig spürbare Einflüsse auf die Verwirklichung der GeG zu erwarten wie von einer Erweiterung direktdemokratischer Instrumente.
- 27. Beschränkung und Abbau der Staatsschulden sind nach der zurückhaltenden Rechtsprechung des BVerfG (nur) durch eine Reform des Art. 115 GG zu verwirklichen.

VII. Schlussfolgerung und Ausblick

- 28. Jenseits der expliziten Verankerung in Art. 20a GG stellt die GeG kein eigenständiges Verfassungsprinzip dar. Auch eine Erweiterung des Art. 3 Abs. 1 GG auf einen Anspruch auf Gleichheit in der Zeit erweist sich nicht als tragfähig.
- 29. Innerhalb staatlicher Transfersysteme kann der Leitgedanke der GeG, annähernd gleiche Lebenschancen zu garantieren, im Rahmen der Rechtfertigung des Beitragszwangs zur Geltung gebracht werden. Im Übrigen ist er als Gestaltungsprinzip in Abwägungs- und Rechtfertigungsprozessen als Teil des allgemeinen "Gerechtigkeitsdenkens" (BVerfG) zu berücksichtigen, das neben der Gleichheit auch die Kriterien der Leistung und des Bedarfs in sich trägt.
- 30. Angesichts der Folgen des demografischen Wandels leistet GeG, wie die Gerechtigkeit insgesamt, einen Beitrag zur friedlichen Bewältigung von Kontingenz. Dabei sollte der positive Zusammenhang zwischen Freiheit und Gerechtigkeit ("selbstbestimmte" Gerechtigkeit im Leitbild des aktivierenden Sozialstaates) ebenso stärker betont werden wie der grundsätzlich positive Zusammenhang zwischen Gerechtigkeit und Ökonomie (Leitbild der effizienten Gerechtigkeit).

31. Die Rechtswissenschaft sollte den anstehenden Transformationsprozess zum Anlass nehmen, ihre Zurückhaltung gegenüber Fragen der Gerechtigkeit zu überwinden und dieses Themenfeld nicht der politischen Philosophie und den (übrigen) Sozialwissenschaften überlassen.

Dritter Beratungsgegenstand:

Demografischer Wandel und Generationengerechtigkeit

 Bericht von Professor Dr. Susanne Baer, LL.M., Humboldt-Universität zu Berlin¹

Inhalt

		Seite
[.	"Der demografische Wandel": Politische Arithmetik und	
	Biopolitik	292
II.	Verfassungsvoraussetzungen, Staatsaufgaben, Gestaltungs-	
	fragen	300
III.	Prozedurale Nachhaltigkeit: Demokratie	308
IV.	Materielle Gestaltungsaufgaben: Familie, Migration und	
	Altern	314
	A. Der Nachwuchs: Familie	315
	B. Die Zuwanderung: Migration	327
	C. Die soziale Sicherung: Altersdiskriminierung	338
V.	Die Stärke der Grund- und Menschenrechte	349

¹ Ich bedanke mich bei A. Siehr, A. Blankenagel, C. Bumke, M. Schuler-Harms, auch bei R. Will, K. Sander und K. Kühl, den Kolleginnen und Kollegen in der Fakultäts-"Werkstatt" 2008 und den Promovierenden im Graduiertenkolleg "Verfassung jenseits des Staates" für zahlreiche Anregungen, insbesondere aber für die inspirierende Unterstützung und Mitarbeit bei Johanna Künne und Nahed Samour.

"Kaum ein Tag ohne demografische Prognose"² – und juristisch wird darauf reagiert³. "Der" demografische Wandel ist auch historisch nicht zum ersten Mal Chiffre für kollektivistische Forderungen. Sie sind allerdings mehrfach problematisch. In einer kulturhistorischen Perspektive ist es möglich, das aufzuklären. So lässt sich der Zusammenhang zwischen Demografie und Staatsrecht verdeutlichen, aber auch zeigen, dass anstelle der Großbegriffe – Verfassungsvoraussetzungen, Generationengerechtigkeit – individuelle Grund- und Menschenrechte im Lebensverlauf zu betonen sind, um gerade auch demografische Problemlagen⁴ gerecht zu adressieren; und das gilt insbesondere für die drei großen demografischen Fragen: Familie, Migration und Altern. Es sind die Re-

² S. Simitis KritV 2004, 233. Daten zu Deutschland in Statistisches Bundesamt Bevölkerung Deutschlands bis 2050, 2006; BIB (Bundesinstitut für Bevölkerungsforschung) Daten, Fakten, Trends zum demographischen Wandel in Deutschland, 2008 und Die demographische Zukunft Europas, 2008; für die Schweiz Bundesamt für Statistik Demografisches Porträt der Schweiz, 2007. Das Rostocker Zentrum für demographischen Wandel (http://www.zdwa.de) publiziert jährliche Berichte und global vergleichende Studien gemeinsam mit dem Institut für Demographie der Österreichischen Akademie der Wissenschaften; S. Kröhnert/ I. Hoβmann/ R. Klingholz Die demografische Zukunft von Europa, Wie sich die Regionen verändern, 2008.

³ Allerdings war das lange kein Thema; vgl. *T. Hebeler* ZG 2003, 218 (219). Früh, aber primär ökologisch dachten *P. Saladin/C. Zenger* Rechte zukünftiger Generationen, 1988; auch *H. Kleger* ARSP Beiheft 20 (1986), 147; *G. Roellecke* ZRP 1989, 21. Mit der Zeit haben sich früh befasst *P. Häberle* FS Zacher 1998, 215; *H. Hofmann* Rechtsfragen atomarer Versorgung, 1980; auch *K. Günther* RJ 14 (1995), 13, mit Zukunft *W. Maihofer* Rechtswissenschaft als Zukunftswissenschaft, 1971. Für den jetzigen Stand grds. *F. Welti* KJ 2004, 255; *U. Becker* JZ 2004, 929; *J. Kersten* DV 40 (2007), 309; *ders.* DVBI 2007, 942; *F. Brosius-Gersdorf* VerwArch 2007, 3, und zum Alter der 67. DJT 2008 (dazu ausführlicher unten).

⁴ Umfassendere Analysen bei F.-X. Kaufmann Schrumpfende Gesellschaft, 2005, 163 f. (Bevölkerung sei Nebenbedingung für andere Felder), 16 ff. (zu beachten seien regionale Wirkungen, die Handlungsfelder lebenslanges Lernen, Lebensarbeitszeit und Ehrenamt, Familie und Kinder, Bildung und Erziehung). Kritisch zu Kaufmann aber D. Hummel in: Forum Umwelt und Entwicklung/ genanet (Hrsg.) Anders wirtschaften statt demographischer Demagogie, 2006, 8. Anschaulich für die kommunale Ebene C. Tutt Das große Schrumpfen, 2007. Die EU betont Solidarität für Zuwanderung und Familie, Bildung, Innovation und Integration und internationale Kooperation sowie öffentliche Finanzen; Europäische Kommission Die demografische Zukunft Europas - Von der Herausforderung zur Chance, KOM (2006) 571; auch Kommission der Europäischen Gemeinschaften Grünbuch "Angesichts des demografischen Wandels, eine neue Solidarität zwischen den Generationen", KOM 94 (2005) endgültig, 2005; Bericht zur langfristigen Tragfähigkeit der öffentlichen Finanzen, 2006. Für Deutschland Enquete-Kommission Demografischer Wandel, Herausforderung unserer älter werdenden Bevölkerung an den Einzelnen und die Politik, BT-Drs 14/8800, 2002; Forum Demographischer Wandel des Bundespräsidenten in Zusammenarbeit mit der Bertelsmann-Stiftung, 2005 - www.forum-demographie.de.

ferenzgebiete des juristischen Umgangs mit Demografie, und eben hier zeigen Grund- und Menschenrechte ihre Stärke.

I. "Der demografische Wandel": Politische Arithmetik und Biopolitik

Manches, was heute im Zeichen der Demografie gefordert wird, ist Schlagwort und eher aktionistisch, Vieles wird kollektivistisch und national gerahmt⁵. Gefragt sind demgegenüber adäquate, sachgerechte Reaktionen auf komplizierte Prozesse. Dazu muss verstanden werden, was dieser demografische Wandel eigentlich ist, und wie bei anderen Großthemen – Klima, Sicherheit usw. – stellt sich damit die Frage nach dem Wissen⁶. Nahezu mustergültig zeigen sich bei der Demografie sogar entscheidende Aspekte des Wissensproblems im Staat⁷.

Wissensfragen im Recht sind immer Fragen nach Wissen und Macht. Das wird bei der Demografie nur besonders deutlich. Demografie entstand als Teil der Staatswissenschaft und etablierte mit der "Verdatung" die Macht der Zahl als Zugriff des entstehenden Nationalstaates auf den Kollektivkörper Bevölkerung⁸. "Der demografische Wandel" – da haben

⁵ Ebenso prononciert wie problematisch *H. Birg* Die ausgefallene Generation, 2005; *ders.* in: J. Brunner (Hrsg.) Tel Aviver Jahrbuch für deutsche Geschichte XXXV 2007 ("Was auf Deutschland zukommt – die zwingende Logik der Demographie"); auch *F. Schirrmacher* Das Methusalem-Komplott, 2004; direkt dagegen *A. Schrupp* Methusalems Mütter, 2007.

⁶ Wissen ist Oberbegriff auch für Daten und Information; *M. Albers* Rechtstheorie 2002, 61 (70 ff.); dazu auch *K. Grimmer* Struktur und Innovation, 1997; *P. Collin/T. Horstmann* (Hrsg.) Das Wissen des Staates, 2004.

⁷ Dazu gehört die Explosion des Nichtwissens im Präventionsstaat; *E. Denninger* Der gebändigte Leviathan, 1990, 33, und schon lange das Risiko; dazu mwN *C. Engel* Generating Predictability, 2005; *ders.* in: C. Engel u.a. (Hrsg.) Wissen, Nichtwissen, Unsicheres Wissen, 2002, 305 und in: ders. u.a. (Hrsg.) Recht und Verhalten, 2007, 363; *R. Steinberg* Der ökologische Verfassungsstaat, 1998; *K.-H. Ladeur* Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft, 1995. S.a. *D. Murswiek* Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht, VVDStRL 48 (1990), 207. Ferner *N. Luhmann* Soziologie des Risikos, 1991; *A. Evers/H. Nowotny* Über den Umgang mit Unsicherheit, 1987; aus der Rechtsprechung im Umweltrecht BVerwGE 72, 300 (315) (Whyl).

⁸ Grundlegend *M. Foucault* Wille zum Wissen, 1977, insbes. 161–190. Foucault analysiert Diskurse und Dispositive und geht damit über die reinen Diskursanalysen heraus, da Dispositive auch institutionelle Arrangements sind. Auch *Agamben* thematisiert Bio-Souveränität als Regelfall der Macht, die sich immer im Ausnahmezustand konzipiert, was weniger für Demografie und eher für den Umgang mit Sicherheit Anregungen liefert; *G. Agamben* Ausnahmezustand, 2004; dazu *I. Lorey* in: M. Pieper u.a. (Hrsg.) Empire. Die biopolitische Wende, 2007; auch *S. Schultz* Hegemonie – Gouver-

auch deshalb Viele eine statistische Darstellung vor Augen, eine Art Tannenbaum⁹ oder Verlaufskurven, offensichtlich objektiv, gut nachvollziehbar, plausibel. Diese Zahlen, Statistiken und Schaubilder sind Produkte der Demografie¹⁰. Sie entstanden und entstehen weitgehend als Auftragsforschung für die Exekutive¹¹. Politische Fragen erhalten so das Gewand der objektiven Rationalität und Zwangsläufigkeit, der Sachzwänge.

Demografie besteht zudem aus Zahlen zur Biologie. Daher hat der Kulturhistoriker *Michel Foucault* diese Technik der Verdatung des Kollektiven als Teil von Biopolitik beschrieben¹². Konzentrierte sich, so *Foucault*, auch staatliche Macht lange auf die Disziplinierung des Einzelnen, so wendet sich im Nationalstaat mit der Demografie die Kontrolle dem Gattungskörper zu¹³. So wird das Subjekt zu dem Untertan, der durch

nementalität – Biomacht, 2006. Auch *F.-X. Kaufmann* Schrumpfende Gesellschaft, 2005, 165 spricht von einer "Biologisierung demographischer Prozesse". Um Machtpolitiken im Umgang mit Wissen auch auf Seiten der Akteure zu verstehen, lässt sich zudem das Konzept des Habitus in bestimmten Feldern nutzen, womit auch unterschiedliche Machtpraxen der Akteure zB in Wissenschaft, Politik, Verwaltung usw. fassbar werden; vgl. *P. Bourdieu* Rede und Antwort, 1992; *ders.* Die verborgenen Mechanismen der Macht, 1992.

⁹ Abgedruckt in *H. Bauer/F. Brosius-Gersdorf* FS Siedentopf, 2008, 385 (388, 391).
¹⁰ "Die" Demografie ist natürlich heterogen, aber hegemonial doch mathematisierte

Wissenschaft. Sie ist in Deutschland bestrebt, den Begriff Bevölkerungswissenschaft zu vermeiden, der seit dem Nationalsozialismus einen schlechten Klang hat. Zur Disziplingeschichte *J. Ehmer* Bevölkerungsgeschichte und historische Demographie 1800–2000, 2004; *H. Gutberger* Bevölkerung, Ungleichheit, Auslese, 2006; *R. Mackensen/J. Reulecke* (Hrsg.) Das Konstrukt 'Bevölkerung' vor, im und nach dem 'Dritten Reich', 2005.

¹¹ Das BIB ist ebenso wie das Statistische Bundesamt dem BMI zugeordnet; daneben gibt es wenige Lehrstühle an Hochschulen und außeruniversitäre Forschung zB am MPI Rostock. In Österreich ist Demografie an der Akademie der Wissenschaften platziert, in der Schweiz beim Bundesamt für Statistik. Zur Initiative des Völkerbundes 1939 *D. Hummel* Der Bevölkerungsdiskurs, 2000, 278 ff. Die UN und auch Eurostat legen regelmäßig Zahlen vor. Zur staatlich (statt kirchlich) geführten Statistik *S. Ruppert* Kirchenrecht und Kulturkampf, 2002, 185–187; auch *W. Streeck* in: P. Gruss (Hrsg.) Die Zukunft des Alterns, 2007, 279.

¹² Biopolitik ist nicht nur staatliche Politik, sondern auch politisches Handeln anderer Akteure; dazu *M. Saar* in: S. Krasmann/M. Volkmer (Hrsg.) Michel Foucaults "Geschichte der Gouvernementalität" in den Sozialwissenschaften, 2007, 23; *T. Lemke* in: ebda, 47 (60 ff). Umfassend *D. Hummel* Der Bevölkerungsdiskurs, 2000, 29 ff.; *S. Schultz* Hegemonie – Gouvernementalität – Biomacht, 2006. Foucault hat allerdings die globale Dimension kaum reflektiert, weshalb er in Studien zum Kolonialismus modifiziert wird; dazu die Beiträge in *R. Guha/G. Spivak* (eds.) Selected Subaltern Studies, 1988.

¹³ M. Foucault Wille zum Wissen 1989, 166; bei D. Hummel Der Bevölkerungsdiskurs, 2000, 173. So ziehe der Rassismus in den Staat ein, M. Foucault In Verteidigung der Ge-

Regeln in einen ordentlichen kollektiven Rahmen gebracht werden kann¹⁴, und das trifft auch den Körper, das Biologische selbst. Fertilität ist dann nicht mehr individuell, sondern Fortpflanzung eine gesamtgesellschaftliche Frage¹⁵. Genau das ist auch Thema heutiger bevölkerungspolitischer Debatten.

Die Demografie ist also "politische Arithmetik"16; sie hat eine durchaus ambivalente Geschichte. Weder Platon noch Aristoteles noch Kaiser Augustus waren bevölkerungspolitische Fragen fremd. Aber erst mit der Herausbildung der Nationalstaaten entsteht die wissenschaftliche Demografie, das große Zählen und Klassifizieren. Der ganz frühe Zensus von Florenz von 1632 unterschied bereits Frauen und Männer, weibliche und männliche Dienstboten und Menschen über und unter 15 Jahren Alters. Hier deutet sich an, was Regierende bis heute interessiert. Die kategorisierte Bevölkerung wird aber erst mit der wissenschaftlichen Demografie tragende Säule des Nationalstaates, neben Territorium und Staatsgewalt; der Nationalstaat wird auch demografisch definiert. Nationalökonomisch bedeuteten mehr Menschen mehr Macht; zunächst geht es um Quantität. Was heute Humankapital oder sanfter Humanvermögen¹⁷ heißt, wurde im 16. Jahrhundert als auch mathematischer Faktor entdeckt¹⁸. Das Ziel war "Peuplierung", "Volk-

sellschaft, 1999, 295. Zum Kollektivkörper auch *C. v. Braun* Versuch über den Schwindel, 2001. *S. Breuer* Der Staat, 1998, 298, beschreibt die Veränderung, Erweiterung u.a. durch "Ausbau der repressiven, präventiven und fürsorglichen Apparate".

¹⁴ M. Foucault Geschichte der Gouvernementalität I, 2004, 107. Die Rolle des Rechts ist dabei nicht ganz klar. Es heißt, der Staat setzt Taktiken als Gesetze und Gesetze als Taktiken ein (150). Dazu P. Gehring in: S. Krasmann/M. Volkmer (Hrsg.) Michel Foucaults "Geschichte der Gouvernementalität" in den Sozialwissenschaften, 2007, 157. Zur Konstruktion des Bürgers als Untertan S. Baer "Der Bürger" im Verwaltungsrecht, 2006, 93 ff.

Diese Sozialisierung des Privaten steht in einem Spannungsverhältnis zur Prämisse bürgerlicher Rechtsstaatlichkeit, privat und öffentlich kategorial voneinander zu unterscheiden; dazu die Beiträge in E.-W. Böckenförde (Hrsg.) Staat und Gesellschaft, 1976. Foucault nennt i.Ü. neben der Sozialisierung der Fortpflanzung parallele Prozesse: die Hysterisierung des weiblichen Körpers, die Pädagogisierung des Kindes und die Psychiatrisierung der Perversion, insbesondere auch der nicht-reproduktiven Sexualität, M. Foucault Sexualität und Wahrheit, 1983; dazu D. Hummel Der Bevölkerungsdiskurs, 2000. 176 mwN.

¹⁶ So hieß sie im 17. Jahrhundert auch; W. Petty Political Arithmetic, approx. 1676, pub. 1690. S.a. P. Gehring Statistik in: J. Ritter (Hrsg.) Historisches Wörterbuch der Philosophie X, 1999, 104.

¹⁷ F.-X. Kaufmann Schrumpfende Gesellschaft, 2005, 29, 76f., und *BMFSFJ* (Hrsg.) 5. Familienbericht der Bundesregierung, 1995.

¹⁸ In Italien beschreibt Giovanni Botero 1598, also 200 Jahre vor Malthus und noch im Geiste expansiven Denkens, warum Bevölkerung so wichtig ist; auch Jean Bodin behan-

reichmachung"¹⁹. Dazu diente u.a. die Zwangsverheiratung von Sträflingen, aber auch steuerliche Privilegierung früher Ehen und kinderreicher Familien, Besteuerung von Ledigen, Anerkennung von unehelichen Kindern, Verhinderung von Auswanderung und Förderung der Einwanderung²⁰. Später ging es zudem um Findelhäuser, Gesundheitsversorgung und Hygiene²¹. Vieles, was heute diskutiert wird, ist also überhaupt nicht neu.

Jede Bevölkerungspolitik lebt von Zahlen, wechselt aber durchaus Ziele. So ging es erst, wie heute, um mehr Menschen, dann um weniger, denn Ende des 18. Jahrhunderts belegten die damaligen europäischen Zahlen Überbevölkerung. Leitend wurde das Interesse der Nationalökonomie, ein Gleichgewicht, ein Optimum zu halten²². Bis heute prägt dies die Suche nach "optimalen" Geburtenraten nicht nur in Europa, sondern deutlicher noch in der Bevölkerungspolitik für "Entwicklungsländer". Damals hieß es banal, dass Nahrung und Bevölkerung miteinander zusammen hängen, und Malthus wird so bekannt, weil er das 1798 zum Naturgesetz erklärt²³ und daraus politische Schlüsse zieht - ein Paradebeispiel für Biopolitik. Weniger Armenfürsorge bedeute weniger Kinder, so einfach. Heute ist eher davon auszugehen, dass Gleichberechtigung entscheidend ist²⁴. Jede demografische Kategorisierung kann so auch eine politische und auch juristische Differenzierung werden, die dann Diskriminierung ausmacht. Diese Ökonomik arbeitet jedenfalls mit Zahlen zum Volkskörper²⁵; das Individuum bleibt unsichtbar. Für

delt das Thema in den sechs Büchern über den Staat. Dagegen ausdrücklich *Kaufmann* Schrumpfende Gesellschaft, 2007, 58: Bevölkerung habe nie Eigenwert, sondern nur Bedeutung relativ zu Macht.

¹⁹ Colbert betreibt daher im Frankreich des 17. Jahrhunderts systematisch pronatalistische Bevölkerungspolitik; die kameralistische Staatskunst – ein Beispiel wäre Justi – setzt zudem auf die optimale Nutzung des Raumes. D. Hummel Der Bevölkerungsdiskurs, 2000, 159 ff. (Peuplierung als merkantilistische Politik); zu Colbert D.V. Glass Numbering the people, 1973, 13.

²⁰ Weitere Maßnahmen waren erschwertes Zölibat und Ansiedlung von Kriegsgefangenen; *D. Hummel* Der Bevölkerungsdiskurs, 2000, 158 f. mwN.

²¹ Demografische Daten ermöglichten auch die Entwicklung von Sozialversicherungssystemen in kollektiver Umverteilung; dazu *D. Hummel* Der Bevölkerungsdiskurs, 2000, 164, mwN.

²² P. Mombert Bevölkerungslehre, 1929.

²³ T. Malthus Essay on the Principle of Population, 1798.

²⁴ Mehr unten FN 114.

²⁵ Neben und auch gegen *Malthus* entstehen frühe soziobiologische und human- und sozioökologische Überlegungen zu den sozialen Bedingungen der Fertilität. Die heutige Chicagoer Schule der "new home economics" vertritt *G. S. Becker* A Treatise on the Family, 1992. Kritik daran u.a. von *T. Weiss* Ökonomische Bestimmungsgründe der Fertilität in westlichen Industrieländern, 1986.

die Zahlen ist Aggregation auch wichtig, doch erwächst für die Politik daraus ein erhebliches Problem. Aggregation ist politisch Typisierung, nicht individuelle Anerkennung. So entsteht die Gefahr, dass die Verpflichtung auf das Kollektiv die Freiheit überspielt²⁶.

In der Geschichte der Demografie wird zudem auch typisierende Selektion Thema. Unter dem Einfluss *Darwins* geht es nicht mehr nur um Quantitäten, sondern auch um die Qualität der Bevölkerung²⁷. In der Eugenik wird auf "Degenerationsgefahren" für das Erbgut der Gattung oder Rasse reagiert. In Deutschland legitimieren diese Theorien koloniales Recht²⁸ oder auch nationalsozialistische "Blutschutzgesetze"²⁹. Daneben geht es auch um schichtspezifische Fertilität: diejenigen am Rande der Gesellschaft sollen keine Kinder mehr bekommen³⁰. Bevölkerungspolitik bedeutete in der Vergangenheit eben auch Genozid und Rassismus, benutzte Mittel wie selektive Abtreibung und erzwungene Sterilisation, antinatalistische Kürzung der Armenhilfe oder Ehe- und Adoptionsverbote³¹. Das ist die historische Belastung, mit der wir umzugehen haben.

Kern der Demografie ist auch heute die aggregierte und klassifizierende Zahl, die Verdatung³². Befunde werden dabei mit Vorhersagen

²⁶ F. Welti KJ 2004, 255 ("Schritte zur kollektiven Gerechtigkeit bringen stets die Gefahr, individuelle Gerechtigkeit zu verlieren"). Bevölkerungspolitiken fallen nicht immer derart problematisch aus, doch zielen die in Deutschland populistisch einflussreichen Thematisierungen in diese Richtung.

²⁷ Darwin arbeitete mit dem Konzept der Menschenrassen; C. Darwin Gesammelte Werke, 2006, 833 ff., doch besetzten das andere wie zB C. v. Linné oder auch I. Kant Von den verschiedenen Rassen der Menschen, 1775, deutlicher problematisch. Dazu mwN H. Cremer " ... und welcher Rasse gehören Sie an?", DIMR policy paper 2008.

²⁸ F. El Tayeb Schwarze Deutsche, 2001.

²⁹ Grundlagen lieferte A. Ploetz 1895 mit dem Konzept der "Rassenhygiene". MwN dazu P. Weingart/J. Kroll/K. Bayertz Rasse, Blut und Gene, 2. Aufl. 2001; B. Willenbacher in: D. Auth/B. Holland-Cunz (Hrsg.) Grenzen der Bevölkerungspolitik, 2007, 37.

³⁰ Der Ruf nach Kindern gerade von Akademikerinnen steht in dieser Tradition, ist aber auch Beispiel für die Manipulierbarkeit der Zahl, denn die in Deutschland verbreitete These war empirisch falsch; dazu *D. Auth/B. Holland-Cunz* (Hrsg.) Grenzen der Bevölkerungspolitik, 2007, 7. Präferenzen liegen bei Frauen teils deutlich beim Beruf oder der Familie, für eine absolute Mehrheit aber adaptiv offen dazwischen; *C. Hakim* Work-Lifestyle-Choices in the 21st Century, 2000.

³¹ Vgl. *E. Aufhauser* Bevölkerungspolitik, 2003; *C. Dienel* Kinderzahl und Staatsräson 1995; *M. Fuhrmann* Volksvermehrung als Staatsaufgabe?, 2002; *R. Feucht* Beeinflussung demographischer Tatbestände durch den Staat, 1999.

³² Nur diese Verdatung ermöglicht Politik für Kollektive, im Nationalstaat und darüber hinaus. Sie kategorisiert immer. Als primär gelten zB biologische, als sekundär soziale Merkmale, obwohl Geschlecht oder Alter keineswegs rein biologische Fakten sind. Hier stellt sich das Problem der Merkmale, deren Aufdeckung/ Entdeckung an

verbunden, mehr oder minder differenzierten Mischungen aus Prognose und Projektion³³. Sie sind unsicher, doch wirkt eben die Macht der Zahl. Zahlen suggerieren Klarheit, sind aber Konstruktionen³⁴, und Zahlen sind damit gerade als Prognosen wirkungsreich, aber nicht verlässlicher als andere Aussagen über die Zukunft.

So ist auch das dominante Narrativ, die mehrheitlich erzählte Geschichte "des" demografischen Wandels ebenso plausibel wie problematisch. Manches ist bereits widerlegt, wie die These vom Krieg der Generationen³⁵. Meist wird auch national und damit zu eng gedacht, denn global gibt es nicht "den" demografischen Wandel, sondern sehr heterogene und auch gegenläufige demografische Entwicklungen³⁶. Es werden auch Kausalitäten suggeriert, die sich nicht belegen lassen. Schon gegen das malthusianische Gesetz irgendeiner Zwangsläufigkeit ließ sich sogar für die Biologie mit *Mendel* einwenden, dass Entwicklungen nicht linear, sondern sprunghaft verlaufen³⁷. Heute wird die Lebenserwartung

sich problematisch ist, ausgrenzt, tabuisiert und entsprechend verschämt behandelt wird. Das gilt insbesondere für sexuelle Identität, bestimmte Glaubensformen und -richtungen, Krankheiten, Ethnizität oder "Rasse", soziale Herkunft (vor der "Prekarisierung"). Die Demografisierung der Politik beklagt mit zahlreichen Nachweisen zur öffentlichen Debatte *C. Butterwege* in: P. Berger/H. Kahlert (Hrsg.) Der demographische Wandel, 2006, 53; auch *D. Hummel* ebda., 27.

³³ Genutzt werden Daten zu Geburten, Migration und Lebenserwartung, aber nur letztere sind einigermaßen träge und damit relativ stabil auf Zeiträume von ca. 50 Jahren zu prognostizieren. Ausreißer sind zB USA und NL, aber auch postsozialistische Gesellschaften, nicht vorhersehbar die medizinischen Entwicklungen, die früher entscheidende Weichen stellten (Epidemiologie, Hygiene).

³⁴ Vgl. *M. Dackweiler* in: A. Bauer/ K. Gröning (Hrsg.) Gerechtigkeit, Geschlecht und demographischer Wandel, 2008, 219 mwN. Damit zusammen hängen Repräsentationen als Zugänge zur Welt und Thematisierungen als deren Vermittlung an andere; *N. Luhmann* Das Recht der Gesellschaft, 1993, auch zur "Anschlusskontingenz des Bezugnehmens und Nichtbezugnehmens" (38).

³⁵ Dazu unten FN 83.

³⁶ Im Norden wird das "Aussterben" skandalisiert, aber im Süden ist wenn auch verlangsamtes Bevölkerungswachstum das Problem, mit erheblichen Unterschieden zwischen Entwicklungsregionen. Die Gesamtbevölkerung der Welt steigt von 6,5 Milliarden 2005 auf 9,2 Milliarden 2050, aber die Geburtenrate liegt in Industrieländern bei 1,6 (in Europa bei 0,2), in Afrika bei 3,0, in Asien bei 2,5 und in Lateinamerika bei 1,4. Tabellarische Übersicht bei *D.Hummel* in: P. Berger/H. Kahlert (Hrsg.) Der demographische Wandel, 2006, 27 (30); globale Daten stellt der UNFPA in den Weltbevölkerungsberichten zur Verfügung; in Deutschland die Stiftung Weltbevölkerung im DSW-Datenreport 2008.

³⁷ Ausführlicher *D. Hummel* Der Bevölkerungsdiskurs, 2000, 202 ff., 232 ff. Auch Thesen vom demografischen Übergang erwiesen sich als empirisch unhaltbar, dazu *U. Ferdinand* in: D. Auth/B. Holland-Cunz (Hrsg.) Grenzen der Bevölkerungspolitik, 2007, 19.

als "solide Prognose" gesetzt, obwohl zunehmend fraglich ist, ob wir nicht beispielsweise zivilisationskrank doch viel früher als ausgezählt sterben³⁸. Auch Gründe für mehr oder weniger Geburten oder auch für Migration sind sehr komplex³⁹. Dasselbe gilt für den Zusammenhang zwischen Produktivität und Alter bzw. Altersstruktur einer Gesellschaft, weshalb jede Generationenbilanzierung problematisch ist⁴⁰. Zahlen sind also wichtig, aber nie alles oder zwingend.

Die Macht der Zahl wird zudem durch die Macht der Bilder ergänzt⁴¹. Sie finden sich in den Medien, der Werbung und der Kunst, in der Politik und Regierungsberichten⁴² und in den Köpfen. Bilder fixieren "den Migranten"⁴³ zwischen Asyl, Islamismus und Ingenieur, "das Alter" mit (früh) alten Frauen und (spät) älteren Herren⁴⁴ oder auch "die Fami-

³⁸ Vgl. *P. Gluckman/M. Hanson* Mismatch – Why our world no longer fits our body, 2006. Dazu kommen Klassifikationsprobleme innerhalb der Statistik, zB von Geburten. Früher zählte die Statistik Kinder aus binationalen Ehen als deutsche Geburten, auch wenn sie die deutsche oder eine doppelte Staatsangehörigkeit erlangten. So kam es zum Verschwinden der Spanier nicht aus Deutschland, aber aus der Statistik: deren Kinder wurden als Deutsche berechnet. *E. Beck-Gernsheim* Was kommt nach der Familie?, 1998, 163 f.

³⁹ Dazu ausführlicher unten.

⁴⁰ Beim "generational accounting" geht es um Vermögensverlagerungen, aber Vererbung oder die wichtiger werdenden Schenkungen und Stiftungen werden nicht immer gezählt, der Wert von Kindern ist im historischen Wandel schwer zu beziffern, Seuchen, Katastrophen oder Kriege sind nicht vorherzusehen. Vgl. *A. Blome/W. Keck/J. Alber* Generationsbeziehungen im Wohlfahrtsstaat, 2008, 31 (34), auch 318 ff. mwN ("Ensemble der Austauschmechanismen ist hoch komplex"); ferner *M. Stolleis* Die unvollendete Gerechtigkeit, 2005.

⁴¹ Dazu S. Baer in: K. Scherpe/T. Weitin (Hrsg.) Eskalationen, 2003, 109; dies., in: E. Schmidt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem (Hrsg.) Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, 223; A. Voβkuhle AöR 119 (1994) 35 (53 f.); anders T. Adorno Ohne Leitbild, 1967.

⁴² Es gibt Versuche zur Veränderung des Bildes vom Alter, zB des *BMFSFJ* (Hrsg.) 5. Altenbericht, Potenziale des Alters in Wirtschaft und Gesellschaft, 2006 (BT-DRs 16/2190 v. 6. 7. 2006), denn dort ist "gutes Leben im Alter" verantwortlich, solidarisch, lernend, innovativ; oder der UNO mit dem Jahr des Alters 1999.

⁴³ Rassistische Bilder sind Teil unserer Alltagskultur; vgl. E. Beck-Gernsheim Wir und die Anderen, 2004 und 2007; U. Bielefeldt (Hrsg.) Das Eigene und das Fremde, 1998; N. Räthzel Gegenbilder: nationale Identitäten durch Konstruktion des Anderen, 1997; auch dies. Theorien über Rassismus, 2000; psychoanalytisch und sprachtheoretisch J. Kristeva Fremde sind wir uns selbst, 2001; zur Islamophobie in den Medien J. Leibold/S. Kühnel/ W. Heitmeyer APuZ 1–2/2006, 3; s.a. M. Flacke (Hrsg.) Mythen der Nationen, 1998; vgl. auch J. Habermas Die Einbeziehung des Anderen, 1997, 154.

⁴⁴ S. Simitis KritV 2004, 233 (234: Fixierung auf die Vergreisung und damit ein altes Altersbild); im Überblick in P. Gruss (Hrsg.) Die Zukunft des Alterns, 2007; s.a. C. Tesch-Römer/H. Engstler/S. Wurm (Hrsg.) Altwerden in Deutschland, 2006; Beiträge

lie"45. Bilder sind für juristische Debatten verführerisch, denn sie bringen Dinge auf den imaginierten Punkt. Es ist leichter, ein Stereotyp zu normieren, als Heterogenität in Optionenmodelle zu fassen⁴⁶, aber genau darauf kommt es grund- und menschenrechtlich an.

"Der demografische Wandel" ist also ein Musterbeispiel für die Übersetzung sozialer Prozesse in Zahlen und auch Bilder; das sind nicht irgendwelche Daten, sondern Machttechnologien des modernen Staates. Demografie sorgt für die vereinheitlichende Wahrnehmung von Volk und Bevölkerung, liefert Diagnosen und Prognosen zu Gleichgewicht und Überleben, weist Veränderungen als Krise und Gefahr aus⁴⁷ und

in H. Hartung (Hrsg.) Alter und Geschlecht, 2005; auch S. Sontag The Double Standard of Aging, 1979; H. Hartung u. a. (Hrsg.) Graue Theorie, 2007.

⁴⁵ Tradiert sind Vorstellungen von Vater-Mutter-Kinder, dann auch alleinerziehende Mutter-Kind und "Großeltern" (das ist kein Markennname; BPatG v. 6. 2. 2008, 32 W (pat) 17/07). In der Sozialpolitik verändern sich Leitbilder auch, *A. Blome/W. Keck/J. Alber* Generationsbeziehungen im Wohlfahrtsstaat, 2008, 37. Historisch verläuft das vom "privilegierten Ehemann und Vater als Haupt der bürgerlichen Familie" über die rassistischen Stereotype im Nationalsozialismus bis zur Demontage des Ehemann/Vatervorrangs in den 1950er Jahren und dem Paradigmenwechwsel mit der gemeinsamen elterlichen Sorge 1998 sowie der Individualisierung von Eltern- und Biologisierung von Vaterschaft; dazu *K. Scheiwe* in: M. Bereswil/K. Scheiwe/A. Wolde (Hrsg.) Vaterschaft im Wandel, 2006, 37.

⁴⁶ "Wer das Irrationale schon dort haben möchte, wo de jure noch Klarheit und Herbheit des Verstandes walten muß, der hat Angst, dem Geheimnis an seinem wahren Orte ins Auge zu sehen", *K. Mannheim* Die Bedeutung der Konkurrenz im Gebiete des Geistigen, in: Wissenssoziologie, 1964, 613. Zur "appropriateness" *S. Fish* There is no such thing as free speech and it's a good thing too, 1994, 113.

⁴⁷ In Duktus und Fokus fallen sie eher unterschiedlich aus; zudem ist nicht alles Thema, was uns bewegen sollte. Das überrascht nicht, sondern ist Effekt struktureller Bedingungen für die Möglichkeit, Themen zu setzen. Derzeit dominiert die Wahrnehmung von Veränderungen als Krise; zB BT Drs. 14/8880: Schlussbericht Enquete-Kommission Demografischer Wandel: "Demografischer Wandel - Herausforderung unserer älter werdenden Bevölkerung an den Einzelnen und die Politik.", 2002 und die Zwischenberichte 1994, 1998, der F.-X. Kaufmann Schrumpfende Gesellschaft, 2005, 30f. "demographischen Fatalismus" vorwirft. Aus den Ländern liegen weitere Berichte vor: Landesregierung Nordrhein-Westfalen Den demographischen Wandel in Nordrhein-Westfalen gestalten, 2005; Landesregierung Sachsen-Anhalt Maßnahmen für eine nachhaltige Bevölkerungsentwicklung in Sachsen-Anhalt, 2004; Landesregierung Schleswig-Holstein Zukunftsfähiges Schleswig-Holstein - Konsequenzen des demographischen Wandels, 2004; im Überblick auch W. Walla/B. Eggen/H. Lipinski Der demographische Wandel, 2006. S.a. Forum Demographischer Wandel des Bundespräsidenten mit der Bertelsmann Stiftung in Jahreskonferenzen - www.forum-demographie.de, die sich deutlich an Kaufmann anlehnen: für die Rahmenbedingugen für Nachwuchs und das Humanvermögen, mit AG zu Wirtschaft und Soziales (zu Rente und Gesundheit, Regionale Verwerfungen, Heterogenität und Zusammenhalt, Innovation), Zukunft, Bildung und Wissenschaft, Zukunft Famlie und Kinder (Infrastruktur wichtiger als Prä-

legt zwangsläufig folgerichtige Reaktionen nahe⁴⁸. Das passt zur These von der Erosion von Verfassungsvoraussetzungen, anstatt einen Wandel von Verfassungsstaatlichkeit zu analysieren.

Demografie hat damit eminent politische und juridische Bedeutung, als Technologie der Biopolitik. Damit ist sie aber nicht nur Ideologie. Demografische Entwicklungen wollen beobachtet und auch beschrieben sein, aber vorsichtig, ohne weltanschauliche Vorfestlegung und eingedenk der ambivalenten Macht der kategorisierenden Zahl. Es geht tatsächlich um Reproduktion, Migration und Altern; nur einfach, sicher und zwingend lässt sich das nicht fassen.

II. Verfassungsvoraussetzungen, Staatsaufgaben, Gestaltungsfragen

So wenig demografischer Fatalismus⁴⁹ zu biopolitischen Zwängen führt, so wenig Gründe gibt es auch, bestimmte Politiken zur Sicherung von "Verfassungsvoraussetzungen" zu fordern⁵⁰. Die Annahme, es gebe

mie, Individualisierung von Rechten und Pflichten, Enttraditionalisierung von Rollenbildern).

⁴⁸ Zahlen suggerieren Normalzustände und Krisen zugleich. Die These von der Erosion impliziert begrifflich negativ, kulturpessimistisch und nicht neutral als Veränderung mit Blick auf Risiken eine paradiesische Vergangenheit, obwohl Altersstrukturen schon oft problematisch schienen (nach der Pest, nach Kriegen), obwohl Umstellungen in der Sozialversicherung immer als Enteignung gesehen werden, obwohl jeder Verfassungsstaat eben mit seinen Kontingenzen umzugehen hat, als lernender Verfassungsstaat. Mit *C. Schmitt* lässt sich Erosion denken, während mit *M. Weber* der Staat zur "Durchführung der Ordnungen" (Wirtschaft und Gesellschaft, 1980, 29) im Wandel ist.

⁴⁹ Begriff bei *F.-X.Kaufmann* Schrumpfende Gesellschaft, 2005, 23, auch 165 und 239 ff., u.a. gegen *F. Schirrmacher* ("geradezu autistisch"): "Untergangsszenarien stellen wie Fortschrittsszenarien naïve Extrapolationen und ideologische Übersteigerungen dar, von denen die Sozialwissenschaften tunlichst Distanz halten" sollten.

⁵⁰ Berühmt ist der Satz: "Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von den Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann" von *E.-W. Böckenförde* Der säkularisierte Staat, 2006, 8; auch in Staat Gesellschaft Freiheit, 1976, 42 (69). Als soziokulturelle Voraussetzungen der Demokratie setzt er "Emanzipationsstruktur" im Sinne von Individualität, keine Theokratie, sondern relative Homogenität in Auffassungen und Ausstattung zwecks Solidarität, als ein Mehr im Vergleich zu den Voraussetzungen für den Staat; *E.-W. Böckenförde* HStR II, 3. Aufl. 2004 § 24 Rn. 60 ff. Die Ontologisierung stammt von *P. Kirchhof* FS Isensee, 1998, 51 ff. Verfassungsvoraussetzungen seien "vorgegeben, aber auch aufgegeben" (62), Gegebenes müsse der Staat "freiheitsgerecht pflegen und fördern" (61) und "einheitsstiftend und einheitswahrend" festigen und entfalten; vgl. auch *J. Isensee* Staatseinheit und Verfassungskontinuität, VVDStRL 49 (1990), 39 (58, 68) zu fehlenden Verfassungsvoraussetzungen in der ehemaligen DDR nach der Wende. Die Liste der Verfassungsvoraussetzungen ist jedoch kategorial inkonsistent; nach *P. Kirchhof* FS Isensee, 1998, 51 (56 ff.) sollen zB Geld, gemeinsame Währung und

vorverfassungsrechtliche, vorstaatliche und vordemokratische Dinge, für die der Staat aber dann doch etwas tun müsse, überzeugt, das haben andere ausführlich begründet, so nicht⁵¹. Besonders problematisch ist es, wenn in demografischen Debatten Verfassungsvoraussetzungen ethnisch mit Bezug auf das Volk und die Nation⁵² oder religiös-essentiell mit Be-

Steuern sowohl willentlich geschaffene als auch traditions- und kulturgeprägte Verfassungsvoraussetzungen sein. Generativität und Alter wurden bislang ausdrücklich kaum erwähnt. *H.F. Zacher* HStR II, 3. Aufl. 2004, § 28 Rn. 122 verweist auf die Alterung als zentrales Problem, aber primär für Transferfragen der medizinischen Versorgung und des Pflegebedarfs. S.a. *I. v. Münch* HdbVerfR I, 2. Aufl. 1994, § 9 Rn. 34ff. (Familienlastenausgleich).

⁵¹ Mehr bei *C. Möllers* Staat als Argument, 2000, 257 ("In all ihren […] Elementen ist diese Konstruktion der Verfassungsvoraussetzung kaum haltbar"); s.a. *C. Hillgruber* Verfassungsrecht zwischen normativen Anspruch und politischer Wirklichkeit, VVDStRL 67 (2008), 7 (20): Verfassungswirklichkeit dürfe weder vernebeln noch in den Status einer Neben- oder Oberverfassung kommen, auch sei es "nicht die Aufgabe des BVerfG und der Staatsrechtslehre, geschichtsphilosophische Spekulationen darüber anzustellen, was morgen sein wird"; so auch *U. Volkmann* Verfassungsrecht zwischen normativen Anspruch und politischer Wirklichkeit, VVDStRL 67 (2008), 57 (85, Fn. 98): "Was bedeutet dies in letzter Konsequenz anderes als die Vorherrschaft der je wechselnden Tageswertungen und des Zeitgeistes?"; *F. Hanschmann* Der Begriff der Homogenität in der Verfassungslehre und Europarechtswissenschaft, 2008, 144. Vorsichtig, aber Zeitlichkeit und damit die Ungeeignetheit von Werteordnungen als Fundamentalgrundlage betonend *E.-W. Böckenförde* Staat Verfassung Demokratie, 1991, 51 f., 63 ff.; s.a. *H. Schulze-Fielitz* AöR 122 (1997), 1 (16ff.).

⁵² Das steht in der unrühmlichen Tradition von C. Schmitt Verfassungslehre, 1928 (1993), 231; auch E.-W. Böckenförde HStR I, 1987, § 22 Rn. 58; mwN dazu F. Hanschmann Der Begriff der Homogenität in der Verfassungslehre und Europarechtswissenschaft, 2008, 43 ff., historisch-empirisch 75 ff.; kritisch auch mit Bezug auf Schmitt S. Benhabib Law & Ethics of HR 2 (2008), 4. Das Schwanken zwischen Ethnie und ethnisierter Konfession wird bei P. Kirchhof deutlich: das Staatsvolk ist Kulturgemeinschaft, Gefahren- und Verantwortungsgemeinschaft (HStR I, 2. Aufl. 1995, § 19 Rn. 57; HStR II 3. Aufl. 2004, § 21 Rn. 73; auch J. Isensee HStR II 3. Aufl. 2004, § 15 Rn. 119-127), dann vorgefundene, bewusste Gemeinschaft, genuin verbunden durch den Willen zur Setzung und Durchsetzung von Recht, Herkunft und Tradition, durch gemeinsame Werte, in existenziellen Gegenwartsanliegen aufeinander verwiesen, weitgehend auch durch Sprache, Kultur und Religion verbunden (P. Kirchhof FS Isensee, 1998, 51, 54ff.); zudem sei es eine "Hochkultur", in der Familie, Kirchen und Wirtschaft spezifische Aufgaben erfüllen und die Fähigkeit zur Freiheit vorhanden ist (52). Diese Charakterisierungen erfolgen unter Verweis u.a. auf das moralische Volksgefühl nach Joseph von Eichendorff; ausdrücklich romantisch-genetisch auch J. Isensee HStR II, 3. Aufl. 2004, § 15 Rn. 134. Staatlichkeit ist dann nicht Governance-Struktur, sondern vorab definiertes, mit der Nation und dem Volk vermischtes Spezifikum. Schwierig ist auch die These, zu den Verfassungsvoraussetzungen zähle "das vorgefundene Staatsgebiet in Mitteleuropa" (P. Kirchhof HStR I, 2. Aufl. 1995, § 19 Rn. 48, 54ff.), doch sei das Gebiet nicht konkret bestimmt. Im Kontext der EU wird zB das "alte Europa" gegen das osmanische Reich, also gegen den Beitritt der Türkei zur EU, konstruiert, was

zug auf das Christentum⁵³ oder aber familialistisch mit Bezug auf fixe Institutionen gefasst werden⁵⁴. Die "haltenden Kräfte und Voraussetzungen für den Bestand und die Lebenskraft des Staates"⁵⁵ sind nicht statisch oder homogen gesetzt. Die Anrufung der Homogenität hat *Lübbe-Wolff* zu Recht als wirksame, aber leere Duftmarke bezeichnet⁵⁶. Wer diesem Duft verfällt, verfällt auch in "strukturellen Konservativismus"⁵⁷, verabschiedet sich aus der europäischen⁵⁸ und globalen⁵⁹ Diskussion.

schon empirisch ungenau ist, vgl. dazu F.C. Mayer/J. Palmowski JCMES 42 (2004), 573 (575). Zur EU kritisch C. Joerges/ F. Rödl KJ 2008, 149 (150ff. mwN). Grds. zu Ethnizität K.-H. Kohl in: A. Assmann/H. Friese (Hrsg.), Identitäten, 1998, 269; zur Grenzziehung zwischen Gruppen R. Brubaker Ethnizität ohne Gruppen, 2007; zu Rassismus S. Gilman Rasse, Sexualität und Seuche, 1992. Ethnische Homogenität befürwortet E. Wiederin Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld von Eigenverantwortung und Fürsorge, VVDStRL 64 (2005), 53 (81) unter Berufung auf US-amerikanische Studien zu Rassismus. Anders F. Müller Wer ist das Volk?, 1997, 37; A. Hense FS Krawietz, 2003, 550f.; zum Volksbegriff im Verfassungsvergleich D. Zacharias IPE II, 2008, § 40, Rn. 62 ff. Eine politisch-dynamische Konzeption zur Nation skizziert G. Roellecke FS Isensee, 2007, 29: "Die Nation ist eine Vorgabe für den Staat" (30); die Rückkehr der Nation in die deutsche Debatte nach 1990 fuße auf der nüchternen Einsicht, "dass der Verfassungsstaat der gesellschaftlichen Grundlagen bedarf"; das Volk sei "natürlich gedachte Menschengruppe", die Nation die "analoge, auf die Politik bezogene Gruppierung", als "offener Prozess" mit evolutionärem Wert (40 f.). Vgl. auch R. Wodak u.a. Zur diskursiven Konstruktion von nationaler Identität, 1998; gegen die ethnische Fundierung von Solidarität E. Denninger KritV 1995, 263 (266); I. Pernice AöR 120 (1995), 100 (107); auch F. Hanschmann Der Begriff der Homogenität in der Verfassungslehre und Europarechtswissenschaft, 2008, 20, 34-39 mwN.

- ⁵³ ZB E. Wiederin, VVDStRL 64 (2004), 53 (81): durch "religiöse Fundamente strukturell bedingt". S.a. E.-W. Böckenförde HStR 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 60 ff.; erklärend und vorsichtiger ders. Der säkularisierte Staat, 2006, 24 ff. Auch wenn Glaube nicht als Voraussetzung, sondern als Bedingung gedacht wird, stellen sich Fragen. Dazu Sacksofsky und Möllers in diesem Band.
 - 54 Dazu ausführlicher unten.
 - ⁵⁵ E.-W. Böckenförde Der säkularisierte Staat, 2006, 9.
- ⁵⁶ G. Lübbe-Wolff ZAR 2007, 121. "Der Auftritt des kleinen Wörtchens "homogen" … nur eine hingetupfte kleine Duftmarke … hat … Sensation gemacht", ist aber wertlos, weil falsch oder steril (126).
 - ⁵⁷ H. Schulze-Fielitz DV 32 (1999), 241 (255).
- ⁵⁸ Art. 49 I 1 EU betont die Vielfalt als Eigenwert der Union, die sich auf dieser Grundlage politisch konstituiert, also genau das Gegenstück zu den Essentialisten: nicht die Homogenität ist Verfassungsbedingung, sondern die Heterogenität ihr Merkmal. Vgl. F. Hanschmann Der Begriff der Homogenität in der Verfassungslehre und Europarechtswissenschaft, 2008. Grds A. v. Bogdandy/J. Bast (eds.) Principles of European Constitutional Law, 2006; P. Dann/M. Rynkowski (eds.) The Unity of the European Constitution, 2006.
- 59 Hier orientiere ich mich teils an Thesen zu einem neoformalistischen Völkerrecht (Koskenniemi), teils an Modellen einer Weltinnenpolitik ohne Weltregierung (Benhabib,

Da Verfassungsvoraussetzungen nicht tragen, ließe sich auf Staatsaufgaben ausweichen, um Zwänge für staatliches Handeln zu begründen. Das sind zwar keine leeren Worte oder Duftmarken, denn einige Staatsaufgaben ergeben sich aus der Verfassung⁶⁰, insbesondere zur Effektuierung der Grund- und Menschenrechte⁶¹ zwecks Daseinsvorsorge⁶².

Brunkhorst, Habermas, Kreide), vgl. R. Kreide/N. Niederberger (Hrsg.) Transnationale Verrechtlichung, 2008. Andere konzipieren die heterarchische Weltgesellschaft nach G. Teubner und das Netzwerk nach K. H. Ladeur, A. M. Slaughter. Zu den ethischen Voraussetzungen der Weltrechtsordnung T. Franck Fairness in International Law and Institutions, 1995. S.a. P. Cheah/B. Robbins (eds.) Cosmopolitics, 1998. Den Weltrechtsgrundsatz kannte allerdings auch R.v. Mohl Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, 1860, 637 ff., i.Ü. G. Teubner/A. Fischer-Lescano Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts, 2006; J. Habermas K.J. 2005, 222; A.-M. Slaughter The New World Order, 2004; H. Brunkhorst Solidarität, 2002; I. Maus in: M. Lutz-Bachmann/J. Bohman (Hrsg.) Weltstaat oder Staatenwelt?, 2002, 276 ff.; J. Habermas Die postnationale Konstellation, 1998; N. Luhmann ARSP 57 (1971), 1 ff.

60 Art. 1 ff., 20 und 20 a, 87 e und f GG, aus den Staatszielbestimmungen. S.a. Art. 2 EG: Aufgabe der Gemeinschaft ist es, "in der ganzen Gemeinschaft eine harmonische, ausgewogene und nachhaltige Entwicklung des Wirtschaftslebens, ein hohes Beschäftigungsniveau und ein hohes Maß an sozialem Schutz, die Gleichstellung von Männern und Frauen, ein beständiges, nichtinflationäres Wachstum, einen hohen Grad von Wettbewerbsfähigkeit und Konvergenz der Wirtschaftsleistungen, ein hohes Maß an Umweltschutz und Verbesserung der Umweltqualität, die Hebung der Lebenshaltung und der Lebensqualität, den wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalt und die Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten zu fördern." Die ökologische Nachhaltigkeit betont auch Art. 6 EG. Für die deutsche Rechtslage exemplarisch BVerwG, NVwZ 1998, 398 m. Anm. *T. Brandner* NJ 1998, 217 (Verbandsklagebefugnis in Sachsen-Anhalt): "... Art. 20 a GG normiert den Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen im Sinne einer Staatszielbestimmung, die sich in erster Linie an den Gesetzgeber wendet. Der Umweltschutz wird damit zu einer fundamentalen Staatsaufgabe."

⁶¹ Dass der Staat auch für die Voraussetzung der Inanspruchnahme von Grundrechten zu sorgen hat, ist im Grundsatz anerkannt, also als Staatsziel, aber hinsichtlich der Ressourcen nur ausnahmsweise als individuelles Recht, da dies unter den Vorbehalt des Möglichen gestellt wird. Zu Problemen vgl. M. Kloepfer Grundrechte als Entstehenssicherung und Bestandsschutz, 1970; auch M. Mahlmann Elemente einer ethischen Grundrechtstheorie, 2008.

62 Soziale Ungleichheiten (dazu Davy und Axer in diesem Band) waren Kern der Weimarer Thesen zu Verfassungsvoraussetzungen, denn H. Heller hat – anders eben als C. Schmitt – in "Demokratie und soziale Homogenität" 1928 jedenfalls kein völkisches, sondern schon damals ein kulturelles Konzept vertreten; in ders. GesSchriften II, 2. Aufl. 1992, 421 (430): radikale formale Gleichheit wird ohne soziale Homogenität zu Ungleichheit; ähnlich D. Schindler Verfassungsrecht und soziale Struktur, 3. Aufl. 1950, 1. Aufl. 1932. Den Staat oder auch die EU trifft hinsichtlich der Staatsaufgaben eine gestufte Gewährleistungsverantwortung; zum Vorschlag einer Regulierungsskala S. Baer Verwaltungsaufgaben in: GVwR I, 2006, § 11 Rn. 717 ("Je eher es um die Sicherung des Staates geht, desto eher muss staatlich organisiert, geregelt, finanziert und erfüllt werden, und je stärker es um offene Zukunftsaufgaben geht, desto mehr wird pri-

Auch bezieht sich Art. 20a GG bereits auf künftige Generationen⁶³. Er fokussiert jedoch primär ökologisch⁶⁴. Zudem nennt die Verfassung zwar Aufgaben und liefert Maßstäbe für staatliches Handeln, steckt aber doch weite Rahmen und setzt nur grundrechtlich Grenzen⁶⁵. Die regulatorisch wichtigen Fragen nach Akteuren und Modi der Erfüllung, nach Verantwortung für Risiken und Fehler oder auch nach Grenzen der Erfüllbarkeit von Aufgaben bleiben seitens der Verfassung offen; sie sind der Demokratie gestellt und vom Gesetzgeber zu beantworten⁶⁶.

vat organisiert, finanziert, gehaftet und definiert.") Die Daseinsvorsorge ist Kern der Sozialstaatlichkeit nach Art. 20 GG; relevant sind aber auch Grundrechte auf das biophysische Existenzminimum Leben und Gesundheit, das materielle Existenzminimum qua Erwerbsarbeit oder analoger Mechanismen, das soziale Existenzminimum der persönlichen Bindungen, das kulturelle Existenzminimum der Bildung und der Mobilität, und das rechtsstaatliche Existenzminimum des Zugangs zum Rechtsschutz. Dazu C. Enders Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld von Eigenverantwortung und Fürsorge, VVDStRL 64 (2005), 7 (13: "wirkliche Chance"). Die Juristenvereinigung Lebensrecht will aus Art. 56 GG (Amtseid) eine Staatsaufgabe Bevölkerungspolitk ableiten, R. Beckmann ZfL 2006, 7, was die Funktion der Vorschrift völlig verkennt. Vgl. i. Ü. T. Hebeler Generationengerechtigkeit als verfassungsrechtliches Gebot in der sozialen Rentenversicherung, 2001; zur Daseinsvorsorge der Kommunen F. Brosius-Gersdorf VerwArch 2007, 317 (324ff.). Für die EU ergeben sich Orientierungen aus Art. 2, 6 EG und 151 Abs. 1, 2, 2. Spiegelstrich EG.

- 63 Dazu H. Schulze-Fielitz in: Dreier GG II, 2006, Art. 20a Rn. 31 ("Verfassung neigt hier dazu, sich ... zu überfordern"); M. Kloepfer DVBl. 1996, 73 (78); K. Lange (Hrsg.) Nachhaltigkeit im Recht, 2003. Ähnliche Verfassungsnormen kennen Italien, Finnland oder auch Südafrika und Thailand; eine seltene Entscheidung dazu Oberster Gerichtshof Philippinen Miners ILM 33 (1994), 173 (zum Recht gegen das Abholzen des Regenwaldes). S.a. Präambel zum EU-Vertrag, Art. 2, 6, 174ff. EGV und dazu C. Calliess DVBl. 1998, 559; M. Kotzur DÖV 2005, 313. Das ökologische Konzept geht zurück, ist aber nicht identisch mit dem Konzept im Brundtland-Bericht von 1987; s.a. Konferenz in Stockholm 1972, Protokoll der Umweltkonferenz der UN in Rio de Janeiro 1992. Gesetzlich geht es um das Vorsorgeprinzip als dogmatische Figur der Nachhaltigkeit, u.a. in § 5 I 2 BImschG, § 7 II 3 AtomG; auch §§ 1 BNatSchG, 1 Nr. 1 BWaldG, 1 S. 1 BBOdschG, 1a I 2 WHG sowie als Planungsgrundsatz in §§ 1 Abs. 5 BauGB, 1 Abs. 2 ROG.
- 64 W. Köck DV 40 (2007), 419; ausführlich I. Appel Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge, 2005, 15 ff., auch zu kritischen Einwänden 26 ff., 528 ff. Er plädiert für "Ökologisierung und Futurisierung" 238, auch 264, 328 ff., also in "intergenerationeller Ausrichtung", 329 f. Zur utilitaristischen, also wirtschaftlich auf die Nutzung von Ressourcen, Allokation von Mitteln und Verteilung von Erträgen bezogenen Deutung J. Huber Nachhaltige Entwicklung, 1995, 12. Ein grundrechtstheoretisches Konzept versucht F. Ekardt Wird die Demokratie ungerecht?, 2007.
- 65 "Wie der Staat öffentliche Aufgaben erledigen will, ist nämlich im Allgemeinen Sache seines freien Ermessens", BVerwG v. 11. 04. 2001, 3 B 198/00.
- 66 Dies betont schon R. Thoma im Handwörterbuch der Staatswissenschaften VII, 4. Aufl. 1926: "Staat (Allgemeine Staatslehre)".

Es wird dennoch gefordert, nun auch die Generationengerechtigkeit⁶⁷ als Staatsaufgabe zu normieren⁶⁸. Auf Generationen bezieht sich bereits die Bundesverfassung der Schweiz (Präambel, Art. 2 II, 73 ff.)⁶⁹. Das ist politisch appellativ und philosophisch interessant⁷⁰, aber es führt uns dogma-

⁶⁷ Generationengerechtigkeit wurde in der Regierungserklärung 2003 zur Agenda 2010 zentral gesetzt, ebenso im Gutachten der sog. Rürup-Kommission des Bundesministeriums für Gesundheit und soziale Sicherung, 2003, das Kaufmann als "demographischen Fatalismus und Schönrechnerei" kritisiert (F.-X. Kaufmann Schrumpfende Gesellschaft, 2005, 31 f.). S.a. Kommission der EG Grünbuch KOM 94 (2005) endgültig, 2005. Zum Konzept juristisch schon G. Jellinek System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1905, 68f.; H. Ehmke Grenzen der Verfassungsänderung, 1953, 128 ff., 137; P. Häberle in: A. Peisl/A. Mohler (Hrsg.) Die Zeit, 1983, 289, ders. FS Zacher, 1998, 215; auch T. Henseler AöR 108 (1983), 489; G. Haverkate Verfassungslehre, 1992, 249 ff., 319 ff. Sehr kritisch C. Butterwege in: P. Berger/H. Kahlert (Hrsg.) Der demographische Wandel, 2006, 62 (65): Es sei eine "perverse Logik", wenn das benutzt werde, um Schutzrechte zu entziehen. 68 BT Drs. 16/3399. Art. 20 b GG soll lauten: "Der Staat hat in seinem Handeln das Prinzip der Nachhaltigkeit zu beachten und die Interessen künftiger Generationen zu schützen." Das soll nicht zuletzt den Maßstab für Verteilungsprobleme in "Generationenverträgen" liefern. Der Vertrag ist mindestens tripolar, denn Generationenbeziehungen sind heute Austauschbeziehungen zwischen Sozialstaat und Familie. Anders S. Mückl FS Isensee 1998, 196ff.; H. F. Zacher H StR II, 3. Aufl. 2004, § 28 Rn. 105; U. Becker JZ 2004, 929 (934). Die "Gegenseitigkeit" betont G. Haverkate Verfassungslehre, 1992, 249ff., 319 ff., die "Solidarität" F. Welti KJ 2004, 255 (261). Derzeit wird ein Rückschrittsverbot dogmatisiert; dagegen F. Welti KJ 2004, 255 (260); vgl. BVerfGE 53, 257 (Rente als Eigentum, in einer Mischung aus festen und dynamischen Ansprüchen §§ 63-68 SGB VI). Das Umlageverfahren wird auch mit Blick auf künftige Generationen thematisiert; BVerfGE 87, 1 (37), auch BVerfGE 103, 242 (264); im Kern aber auf aktuelle Rechte bezogen, BVerfG v. 26. 07. 2005, 1 BvR 782/94, 1 BvR 957/96 (Bestandsübertragung teilweise verfassungswidrig, weil Schutzpflichten aus Art. 2 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG gegenüber Versicherten bestehen). Die dahinter stehende Generationenbilanzierung erweist sich als problematisch (dazu schon oben Fn. 40). S.a. A. Lenze Staatsbürgerversicherung und Verfassung, 2005, 351 ff.; dies. Der Staat 46 (2007), 89 (94); T. Hebeler Generationengerechtigkeit als verfassungsrechtliches Gebot in der sozialen Rentenversicherung, 2001, 21 (Belastungsungleichheiten eigentlich nur als "Kohortengerechtigkeit" zu fassen). 69 Auch die Verfassungen von Italien, Finnland, Südafrika und Thailand normieren eine "ökologische Generationengerechtigkeit".

⁷⁰ J. Rawls Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1971, präsentierte eine vertragstheoretische Gerechtigkeitskonzeption, wo die Altersfrage im Urzustand hinter dem Schleier des Nichtwissens verschwindet und das Sparprinzip gelten müsste, weil niemand das eigene spätere Alter kennt. S.a. D. Birnbacher Bioethik zwischen Natur und Interesse, 2006; O. Höffe in: D. Grimm (Hrsg.) Staatsaufgaben, 1994, 713. Anders H. Jonas Das Prinzip Verantwortung, 1979, 36, der Kants Verantwortungsethik fruchtbar macht; für die angloamerikanische Debatte H. Kleger ARSP Beiheft 20 (1986), 147. Generationengerechtigkeit stellt eine soziale Erweiterung der Nachhaltigkeitsdebatte dar; vgl. I. Appel Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge, 2005, 69 mwN; dort auch zum Schutz des kulturellen Erbes 223 ff., das in Art. 151 Abs. 1 EG anerkannt wird. S.a. M. Kloepfer Umweltgerechtigkeit 2006, 313 ff., auch 26 ff. mit Blick auf strukturellen

tisch nicht weiter, eher sogar auf den falschen Weg⁷¹. Es wäre ein kollektiver Maßstab, der das Individuum vernachlässigt. Zudem: Keine Generation kann entscheidungsleitend fixiert werden⁷², denn sie ist nur "konjunktiver Erfahrungsraum"⁷³, rechtlich also nicht zu gebrauchen. Udo Steiner hat das daher zu Recht als "verfassungsrechtlichen Übermut" bezeichnet⁷⁴.

Produktiver als die Frage nach Verfassungsvoraussetzungen oder, in der sanften Variante, nach den Staatsaufgaben, ist die Frage nach den tatsächlichen Wirksamkeitsbedingungen von Verfassungsstaatlichkeit^{75, 76}.

Rassismus (2f.), also "am Diskriminierungsverbot geschärften" Inhalt (3). Umfassend *L. Meyer* Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2008 Edition), unter http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/justice-intergenerational.

⁷¹ AA. *I. Appel* Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge, 2005, 79 ff.; *T. Hebeler* Generationengerechtigkeit als verfassungsrechtliches Gebot in der sozialen Rentenversicherung, 2001, 23 ff. jeweils mwN; auch BT Drs. 16/3399, 1, 5. *Kersten* liest das Gebot bereits aus der Präambel und Art. 1 Abs. 1 GG ab, spricht sich aber für Art. 20 b GG aus, um den Staat zu zwingen, bestimmte Präferenzentscheidungen zu treffen; *J. Kersten* DV 40 (2007), 315.

⁷² Überblick bei *A. Blome/W. Keck/J. Alber* Generationsbeziehungen im Wohlfahrtsstaat, 2008, 51 f.; als Geschichte der patriarchalen Weitergabe von Eigentum bei *P. Bourdieu* Der Tote packt den Lebenden, 1997, 652.

⁷³ K. Mannheim Das Problem der Generation in: ders.Wissenssoziologie, 1964 (1928), 509: "Es ist überhaupt ein Fehlgriff, den die meisten Forscher begehen, zu meinen, ein wirkliches Generationsproblem gebe es nur dann, wenn man eine Generationenrhythmik mit ein für allemal fixierten zeitlichen Intervallen aufzuweisen imstande ist." Generation ist "konjunktiver Erfahrungsraum" als Fond, der unser Weltbild ausmacht (564). "Es ist eben zum Glück nicht so, wie die meisten Generationstheoretiker wahrnehmen möchten, daß entscheidend etwa die dreißigjährigen Abstände sind; alle Zwischenstufen spielen mit, wirken, wenn auch nicht aufhebend, so doch ausgleichend auf die biologische Generationsdifferenzierung der Gesellschaft ein." (540) Und: "Aus der Anthropologie und Biologie heraus sind nur das Faktum des Lebens und Sterbens, die begrenzte Lebensdauer und die mit dem Altern gegebenen körperlich-geistig-seelischen Wandlungen verstehbar, nicht aber jene Relevanz, die diese Urfakta jeweils für das gesellschaftlich-historische Miteinander bekommen." (527).

⁷⁴ U. Steiner NZS 2004, 505. S.a. U. Köbl FS Söllner 2000, 523 (538 ff.); P. Häberle FS Zacher 1998, 215 (233) ("maßvoll").

⁷⁵ So schon *J. J. Rousseau* Vom Gesellschaftsvertrag oder Prinzipien des Staatsrechtes, 1762 III, 4; *C. de Montesquieu* Vom Geist der Gesetze III, 1748, 2, 3; V, 3–6. Zur Verfassung in der Zeit *K. Hesse* HdbVerfR, 2. Aufl. 1994, § 1 Rn. 20; *ders.* Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 37; auch *S. Kirste* JöR 56 (2008), 35 mwN. Nicht erst seit der Debatte um Europas Verfassung ist bekannt, dass Konstitutionalismus schwieriger wird, je größer und heterogener der personale Bezug ausfällt; *A. Augustin* Das Volk der EU, 2000; vorher *H. Heller* Gesammelte Schriften, II, 2. Aufl. 1992, 463, 467 f.; historisch für das 16. bis 19. Jahrhundert *H. Maier* in: K. Beyme (Hrsg.) Theorie und Politik, 1971, 127.

⁷⁶ Staatsrechtlich interessiert natürlich der Staat selbst, konkret: die Staatsverschuldung. Das beziehen einige Landesverfassungsgerichte auch ganz ausdrücklich auf nach-

Wichtig sind nicht statische Normalvorstellungen, sondern interaktive Konstruktionsprozesse, die sich als "doing constitutionalism" beschreiben lassen⁷⁷.

folgende Generationen; VerfGH NW, NVwZ 2004, 217; LVerfG MV v. 7. 7. 2005 – LVerfG 7/2004. Die Verschuldensgrenze ist tendenziell leer laufendes Verfassungsrecht, denn in der Praxis bewirkt das Überschuldungsverbot in Art. 115 Abs. 1 S. 2 GG bislang wenig; Teil des Problems ist die staatliche Kreditaufnahme als Regelfall. Auch hier fehlen nicht Voraussetzungen, sondern politische Wirksamkeitsbedingungen. Grds. BVerfGE 79, 311 (335, 339) (Kredit-Investitions-Junktim); BVerfG v. 09. 07. 2007, AZ 2 BvF 1/04 (Anforderungen zur Haushaltsgesetzgebung bei Staatsverschuldung). S.a. S. Mückl FS Isensee, 2007, 183 (189 ff.). Diskutiert wird eine Änderung des Art. 109 GG (Haushaltswirtschaft in Bund und Ländern), um Bund und Ländern die Kreditaufnahme zu erschweren. Zur Lage Europäische Kommission Bericht zur langfristigen Tragfähigkeit der öffentlichen Finanzen, 2006; zu Reformoptionen H. Meyer Bemerkungen zum Entwurf einer Verfassungsreform im Bereich Finanzen, Haushalt, Wirtschaft, 2006, Aussschuss des Deutschen Bundestages zur Föderalismusreform; s. a. H. Pünder HStR V, 3. Aufl. 2007, § 123. Heute muss auch Staateninsolvenz reguliert werden; dazu C. Paulus RIW 2003, 401; für die Kommunen ders. ZInsR 2003, 863.

⁷⁷ Der Terminus signalisiert einen ethnomethodologischen Zugriff, der für Analysen von Alltagshandeln entwickelt wurde; E. Weingarten u.a. (Hrsg.) Ethnomethodologie, 1976; zu "doing gender" I. Dölling/B. Krais (Hrsg.) Ein alltägliches Spiel, 1997. Ich will damit auch das diverse Handeln aller beteiligten Akteure betonen. Derartige Fragen fallen für manche nicht in die Rechtswissenschaft als Normwissenschaft; dagegen wendet sich pointiert H. Willke in: H. Brunkhorst (Hrsg.) Demokratischer Experimentalismus, 1998, 13 (28). ("Die Prozesse, die Verfassung und Staat prägen, bleiben sonst eben "Philosophen und Staatsrechtlern verborgen"); i.Ü. auch H. Schulze-Fielitz (Hrsg.) Staatsrechtslehre als Wissenschaft, 2007. Zur Prozesshaftigkeit auch G. F. Schuppert Staatswissenschaft, 2003, 814ff.; T. Herbst Legitimation durch Verfassungsgebung, 2003. U.K. Preuβ Zum Begriff der Verfassung, 1994, 17, 20, 24, verweist auf die USA: "A constitution is that which results from an effort to constitute" (Federalist Papers) und auf Frankreich als Nation des pouvoir constituant, der nach Abbé Sieyes unitarisch repräsentiert ist und sich mit der Verfassung ein Regierungssystem gibt, nicht präexistent also, sondern produziert. Zu Kanada C. Taylor Alberta LR 1992, 429. Das Konzept der Verfassung als Prozess taugt auch für Räume begrenzter Staatlichkeit, "failed states", hybride Organisationen oder auch transnationale Verbindungen, die de facto-Staaten gleichkommen; dazu S. Leibfried/M. Zürn Transformationen des Staates, 2006; B. Kohler-Koch Regieren in entgrenzten Räumen, 1998, 293 f.; auch S. Breuer Der Staat, 1998, 291, unter Hinweis auf P. Virilio 1976: "die Unsicherheit des Territoriums" und B. Badie 1995: das "Ende der Territorien". "Es steht fest, dass kein Staat heute mehr jene aus der räumlichen Existenz erwachsende Undurchdringlichkeit und Ausschließlichkeit für sich in Anspruch nehmen kann, wie sie der Allgemeinen Staatslehre noch um 1900 als völlig selbstverständlich galten". Auch H. Krüger FS Scheuner, 1973, 285, auf den die "Verfassungsvoraussetzungen" zurückgehen, betonte geistig-kulturelle Bedingungen im Sinne von Auffassungen und Haltungen zur Verfassung.

III. Prozedurale Nachhaltigkeit: Demokratie

Soll Verfassungsstaatlichkeit ständig aktiv hergestellt werden, muss die Demokratie dazu in der Lage sein⁷⁸. Erfolgversprechendes "doing constitutionalism" benötigt prozedurale⁷⁹ Sicherungen. Angesichts demografischer Veränderungen wird an diesen gezweifelt. Daher wird einerseits gefordert, das Wahlrecht auch auf Kinder zu erstrecken, andererseits gestritten, ob langjährige Bevölkerung weiterhin nicht wählen soll. Zudem stellt sich insbesondere der Gesetzgebung die Frage nach demografischer Kompetenz.

Verfassungspolitisch wird mit der Behauptung, es drohe die Gerontokratie⁸⁰, für Familienwahlrecht, Kinderwahlrecht oder "Wahlrecht ab Geburt"⁸¹ geworben. Der verfassungsändernde Gesetzgeber, so die ein-

⁷⁸ Zweifelnd W. Kahl /A. Glaser in: K. Lange (Hrsg.) Nachhaltigkeit im Recht, 2003, 9 (16) (deutsche Demokratie sei nicht in der Lage, Nachhaltigkeits-Aufgaben "befriedigend zu lösen"). F.-X. Kaufmann Schrumpfende Gesellschaft, 2005, 163, bezeichnet Demokratie als Nebenbedingung. Die Frage ist keine spezifisch demografische, denn auch ökologische Risiken werfen sie auf; dazu u.a. W. Berg JöR 56 (2008) 23 (26f.). Grds. G. Püttner Staatsverschuldung als Rechtsproblem, 1980; politikwissenschaftlich C. Tilly Democracy, 2007, 78, vertiefend 106; auch G. Lübbe-Wolff Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2000) 246 (265). Kurzsichtigkeiten eines Systems von Macht auf Zeit sind generell problematisch.

⁷⁹ Prozedural verweist auf ein spezifisches Gerechtigkeitskonzept; vgl. *A. Tschentscher* Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, 2000; auch *K. Röhl* ZfRSoz 1993, 1; *A. Bora* ZfRSoz 1993, 55; *A. Epp* Divergierende Konzepte von Verfahrensgerechtigkeit, 1998. MwN aus systemtheoretischer Perspektive insbesondere zur Prozeduralisierung *K.-H. Ladeur* Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft, 1995; kritisch *K. Eder* ZfRSoz 1987, 193; kurz *M. Kloepfer* Umweltgerechtigkeit, 2006, 47 ff.

⁸⁰ Forderungen nach dem demografisch ja ebenfalls nahe liegenden Entzug des Wahlrechts bei Hochaltrigen werden kaum geäußert, rechtlich über das Betreuungsrecht und die begleitete Wahl abgefangen. Zur Gerontokratie populistisch F. Schirrmacher Das Methusalem-Komplott, 2004; s.a. Spectator RuP 2008, 65. Zu Wirkungen auf die Gestaltung der sozialen Sicherung, denn die Struktur der Sozialversicherung fördere korporatistische Klientelpolitik, sei aber im Übrigen auch relativ ungeregelt und intransparent M. Stolleis NJW 1999, 699; auch G. Haverkate DVBI. 2004, 1061. Empirisch K.-P. Wallraven/C. Gennerich Seniorenpolitik aus der Akteursperspektive, 2002.

⁸¹ BT-Drs. 15/1544; seitdem fraktionsübergreifende Initiative SPD, CDU, FDP. Dafür die Lobby der Stiftung für die Rechte zukünftiger Generationen (Hrsg.) Wahlrecht ohne Altersgrenze?, 2008; H. Hattenhauer JZ 1996, 9; L. Peschel-Gutzeit NJW 1997, 2861; K. Löw ZRP 2002, 448; dagegen H. Maurer Staatsrecht, 2. Aufl. 2000, § 13 Rn. 6; I. v. Münch NJW 1995, 3165; G. Roellecke NJW 1996, 2773; E. Zivier RuP 2004, 26; M. Breuer NVwZ 2002, 43; A. Glaser Nachhaltige Entwicklung und Demokratie, 2006, 389, und R. Wernsmann Der Staat 44 (2005), 43 mwN.

hellige Meinung, darf das regeln⁸². Zweifel ergeben sich aber doch daraus, dass tatsächlich Eltern akkumulierte Stimmen erhalten würden, ohne wirklich Kinder vertreten zu müssen. Zudem spricht sachlich nichts für diesen Schritt. Ältere und Jüngere äußern sich durchweg eher solidarisch; der Generationenkonflikt ist "eher Mythos als Realität"⁸³. Wer demografische Probleme im Wahlrecht lösen will, sollte die bestehenden Altersgrenzen im Wahlrecht⁸⁴ und die Bedingungen des Wäh-

⁸² Gesetzliche Kinderwahlrechte wären demgegenüber verfassungswidrig. Eltern dürfen als Eltern für Kinder jedweden Alters nicht mehr eigene Stimmen abgeben, denn das verletzt die Zählwertgleichheit (grdl. BVerfGE 99, 1 (10), 36, 139 (141), st. Rspr.; P. Badura in: BK, GG, Stand 2005, Anh. zu Art. 38 Rn. 37; s.a. BVerfGE 3. 3. 2004, AZ 1 BvR 2378/98 m. Sondervotum R. Jaeger/C. Hohmann-Dennhardt. Gegen ein Familienwahlrecht von Geburt an, in dem Eltern ihre Kinder gesetzlich vertreten, sprechen Unmittelbarkeit und Höchtspersönlichkeit der Wahl, da Vertretung hier überhaupt nicht bindet, sondern de facto eine eigene Stimme ist, vgl. BVerfGE 21, 200 (205 f.) (Briefwahl, Wahl mit Vertrauensperson). Dazu R. Wernsmann Der Staat 44 (2005) 53 (54f., 56) mwN; für lösbar hält die Probleme u.a. J.B. Oebbecke JZ 2004, 987 (990); gegen ein Familienwahlrecht votiert H. Hofman in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG I, 11. Aufl. 2008, Art. 6 Rn. 29 und Art. 20 Rn. 48.

⁸³ Er wird behauptet von F. Schirrmacher Das Methusalem-Komplott, 2004; aufklärend A. Börsch-Supan u.a. (eds.) Health, Ageing and Retirement in Europa, SHARE-Untersuchung, 2005. Politisches Verhalten ist kein Alterseffekt, sondern überindividuell höchstens Generationeneffekt im Sinne der Prägung durch historische Situation; P. Baltes in: P. Gruss (Hrsg.) Die Zukunft des Alterns, 2007, 15 (21 mwN), W. Streeck ebda., 279 (287 f.). S.a. W. Gaiser/M. Gille/J. de Rijke in: B. Hoecker (Hrsg.) Politische Partizipation zwischen Konvention und Protest, 2006, 211 (213) mwN. Politisch wirken sich Ethnizität (und Ethnisierung), dann Klassenzugehörigkeit und ökonomische Lage und nur selten Alter oder Geschlecht aus. Insges. dazu A. Blome/W. Keck/J. Alber Generationsbeziehungen im Wohlfahrtsstaat, 2008, 24, 315 ff., 331 ff.

⁸⁴ Vgl. Art. 38 Abs. 2 GG (seit 1970: 18 Jahre), wie bei Landtagen, Kommunalvertretungen, zur Wahl des Europäischen Parlamentes, zum Betriebs- oder Personalrat, passiv in der Sozialversicherung (§ 51 SGB IV); vgl. BVerfG v. 9. 10. 2000, 2 BvC 2/99. Das aktive Kommunalwahlrecht mit 16 gibt es in Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Schleswig-Holstein, Berlin und Sachsen-Anhalt. Auch die politischen Parteien regeln Altersgrenzen. Bei 35 liegt die Wählbarkeit zum Bundesbeauftragten für die Unterlagen des Staatssicherheitsdienstes der ehemaligen DDR (§ 35 Abs. 2 StasiUnterlG), zur Wehrbeauftragten des Bundestages (§ 14 Abs. 1 WBeauftrG), mit 40 Wählbarkeit ins Bundespräsidialamt (Art. 54 GG) und bayrische Ministerpräsidentenamt (Art. 44 Abs. 2 BayVerf) vor. Das Kanzleramt hat keine Altersgrenze. Des Weiteren sind Wahlrechte zu Gerichten altersgestaffelt: mit dem 25 Wählbarkeit in das Schöffenamt (§ 33 GVG), ehrenamtlich zum Arbeits- oder Sozialgericht (§ 21 AGG; § 16 SGG) oder Verwaltungsgericht (§ 20 VwGO), mit 35 Wählbarkeit an einen Obersten Gerichtshof des Bundes (§ 125 Abs. 2 GVG, § 42 Abs. 2 ArbGG, § 15 Abs. 2 VwGO, § 38 Abs. 2 S. 2 SGG und § 14 Abs. 2 FGO), mit Vollendung des 40. Lebensjahres Wählbarkeit an das Bundesverfassungsgericht (§ 3 BVerfGG). Dazu kommt die Staffelung für kommunale Ämter, u.a. ab dem 22. Geburtstag zum Bürgermeister- und Landratsamt in Bayern (Art. 39

lens überprüfen, also Mittel wie online-Voting oder auch Wahlzettel u.a. barrierefrei auch mit Blick auf ältere Menschen gestalten.

Demografisch liegt es näher, über das Ausländerwahlrecht intensiv nachzudenken. Nicht zuletzt demografische Entwicklungen haben bereits zu Veränderungen im Staatsangehörigkeitsrecht und damit auch Wahlrechten geführt⁸⁵. Nicht wenige Staaten entscheiden sich aber auch dafür, Wahlrechte an langjährigen Aufenthalt zu binden⁸⁶. Rechtlich zwingend ist das nicht, denn so wenig ethnische Homogenität eine Verfassungsvoraussetzung ist, so wenig ist es migrantische Pluralität⁸⁷. Aber

GLKrWG), mit dem 23. zum Bürgermeisteramt in Niedersachsen. Wahlrechte wurden historisch nach Geschlecht, Hautfarbe, Genen und nach "3 Klassen" wie in Preußen unterschieden; heute z.T. nach Wohlverhalten, also strafrechtlicher Verurteilung, was mit der EMRK ohne Weiteres nicht zu vereinbaren ist, EGMR v. 6. 10. 2005, App 74025/01 (Hirst ./. UK).

⁸⁵ Grdl. BVerfGE 63, 37 (Schleswig-Holstein), 63, 60 (Hamburg), kritisch u.a. S. Benhabib Die Rechte der Anderen, 2007 ("ein Schwanengesang auf die verschwindende Ideologie des Nationalen"); auch J. Shaw The Transformation of Citizenship in the European Union, 2006, 299-306; befürwortend wohl M. Heintzen HdbGRe II, 2006 § 50 Rn. 4, 63 (für Sperrwirkung des Art. 20 Abs. 2 GG); auch H. Quaritsch HStR V, 1992, § 120 Rn. 12; G. Robbers in: HbVerfR 1994, § 11 Rn. 73 ff. Das derzeitige Optionsmodell unterscheidet zwischen Kindern von "blutsverwandt" Deutschen und eingebürgerten Deutschen. Das ist eine nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung und Diskriminierung nach der Herkunft i.S.d. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG; aA aber J. Masing Wandel im Staatsangehörigkeitsrecht vor den Herausforderungen moderner Migration, 2001, 52 f., auch 69 ff. mwN; s.a. U. Sacksofsky FS Böckenförde, 1995, 324, ferner N. Dethloff JZ 1995, 64. Partizipation ist vielfältig und nicht auf Wahlen beschränkt, wird aber zB durch Sondervertretungen einerseits aufgewertet, aber auch isoliert und stigmatisiert. Empirisch C. Wiedemann in: B. Hoecker (Hrsg.) Politische Partizipation zwischen Konvention und Protest, 2006, 261, im Vergleich K. Sieveking ZAR 2008, 121 (122) mwN auch zu zahlreichen politischen Vorstößen aus Bundesländern und Fraktionen im Deutschen Bundestag. S.a. R. Keil Kants Demokratieverständnis und Ausländerwahlrecht heute, 2006.

⁸⁶ J. Shaw The Transformation of Citizenship in the European Union, 2006. Die Mitgliedstaaten können Drittstaatsangehörigen Wahlrechte zum Europäischen Parlament einräumen; EuGH, Rs C-145/04 v. 12. 9. 2006 (Spanien/GB – Gibraltar); s.a K. Sieveking ZAR 2008, 121 (124); Venice Commission Code of Good Practice in Electoral Matters, CDL-STD(2003)034.

⁸⁷ Es heißt, gefordert sei keine Identität von Regierten und Regierenden; *H. Dreier* in: Dreier, GG II, 2. Aufl. 2004, Art. 20 Rn. 60; auch *H. Meyer* HStR III, 3. Aufl. 2005, § 46 Rn. 6ff. Die politischen Spitzenämter in Bund und Ländern dürfen Deutschen vorbehalten bleiben, vgl. Art. 54 Abs. 1 S. 2 GG. Der Zugang zu vielen öffentlichen Ämtern lässt sich mit § 4 II BRRG steuern (genauer: öffnen), insofern demografischer Wandel dringende öffentliche Bedürfnisse begründet, Nicht-Deutsche auch Kernaufgaben des Staates übernehmen zu lassen. Vgl. *M. Heintzen* HdbGRe II, 2006 § 50 Rn. 43 ff., restriktiv *H. Quaritsch* HStR V, 1992, § 120 Rn. 60, 122 f.

sachlich spricht viel dafür. Der Staat war ohnehin nie völlig abgeschottet, wohl aber auch noch nie so offen wie heute⁸⁸. Breite Teilhabe ist wichtig⁸⁹. Gegen Wahlrechte von Nicht-Staatsangehörigen steht die nationale Tradition⁹⁰; dafür sprechen aber gewichtige ethische und demokratietheoretische wie auch integrationspolitische Argumente⁹¹.

⁸⁸ J. Kokott Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes – Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung, VVDStRL 63 (2003) 7 (10); und dazu auch T. Vesting VVDStRL 63 (2003) 61; D. Grimm HStR I, 3. Aufl. 2003, Rn. 60, 73, 87; dagegen ausdrücklich G. Roellecke FS Isensee, 2007, 30. Vgl. auch T. Franck AJIL 1996, 359 (Clan und Superclan).

⁸⁹ Dazu die Referate *Holznagel* und *Horn*. Es ist wohl nicht zu unterschätzen, dass hier parteipolitische Interessen eine große Rolle spielen, denn Präferenzen sind deutlich von einem Hoch bei SPD und Grünen zu sehr niedrigen Werten bei CDU und FDP verteilt; *C. Wiedemann* in: B. Hoecker (Hrsg.) Politische Partizipation zwischen Konvention und Protest, 2006, 261 (276). Die im Vergleich sehr geringe Wahlbeteiligung zu Beiräten spiegelt eventuell ein Stigma, da sich Eingebürgerte an Wahlen weit mehr beteiligen.

⁹⁰ Vgl. unter Berufung auf C. Schmitt R. Wernsmann Der Staat 44 (2005) 63.

^{91 &}quot;Wenn Demografie der Versuch ist, die Grenzen des demokratischen Volkes durch Einbezug Einiger und Ausschluss Anderer zu ziehen, dann ist Demokratie die politische Form, die Grenzziehungen herausfordert und reflexive Instabilität in der Definition der Grenzen des Demos einführt", S. Benhabib Law & Ethics of HR 2 (2008), 4. J. Masing Wandel im Staatsangehörigkeitsrecht vor den Herausforderungen moderner Migration, 2001, 24, argumentiert, Mitwirkung könne "einer bestimmten sozialen Gruppe die Herrschaft auf Dauer zugunsten einer wie auch immer definierten Kulturelite" nicht vorenthalten werden, weil - nicht zuletzt! - sonst die Kraft der Verfassung erodiert. In Deutschland habe sich, so Breuer, "eine Diskrepanz zwischen dem Staatsvolk und der auf dem gleichen Territorium existierenden Gesellschaft [gebildet], die sich aus sozial inkludierten und politisch exkludierten Individuen zusammensetzt," was für alle eine Zumutung sei: der Staat müsse Sozialleistungen auch an Nicht-Staatsangehörige geben, die Staatsangehörigen haben weniger exklusiven Zugang, und die Fremden machen ständig Erfahrung als Bürger innen zweiter Klasse; S. Breuer Der Staat, 1998, 292; auch R. Rubio-Marin Integration as a Democratic Challenge, 2000 (zu integrationsmotivierter Wahlrechtspolitik in den USA); philosophisch J. Carens Culture, Citizenship and Community, 2000; W. Kymlicka Multicultural Citizenship, 1995; politisch B. Parekh Rethinking Multiculturalism, 2000; B. A. Corral Der Staat, 2007, 348, und die Beiträge von L. Baccelli, M. Borri und D.E. Cooper RTheorie Beih. 17 (1995). Derzeit gängige Benachteiligungen von Ausländern beim Versammlungs- und Vereinsrecht (§§ 47 AufenthG, 47 AsylVfG, 2 ParteienG) sind verfassungsrechtlich genauer zu prüfen, denn Zweifel ergeben sich auch im Hinblick auf mittelbare Diskriminierung iSv Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG und allgemeine Gleichbehandlung. Vgl. A. Wallrabenstein Das Verfassungsrecht der Staatsangehörigkeit, 1999, 33, 50 f., 160, 205 f.; Quaritsch rechtfertigt das mit der hohen Zahl ausländischer Extremisten; H. Quaritsch HStR V, 1992, § 120 Rn. 107. Versammlungsfreiheit ist in einigen deutschen Landesverfassungen als Menschenrecht garantiert. Zur Mitwirkung in der funktionalen Selbstverwaltung BVerfGE 107, 59.

Der demokratische Verfassungsstaat lebt jedoch nicht von der Wahl allein; er lebt auch von seiner Fähigkeit im Umgang mit Wissen⁹². Das gilt gerade für die Komplexität demografischer Problemlagen und im Wissen um die ambivalente Macht der Zahl und der Bilder. Zur Qualifizierung von Regulierung fordern deshalb manche neue Institutionen⁹³. Der Dauersachverstand in Räten ist jedoch statisch, exklusiv und leicht zu funktionalisieren⁹⁴. Kompetenz lässt sich auch in Organisationen durch Zuständigkeiten (Ressort, Stabsstelle, Beauftragte) oder Kooperationen (Arbeitsstäbe) schaffen, doch stößt das schnell auf faktische Grenzen⁹⁵. Zukunft hat daher wohl die externe unabhängige Beratung durch Folgenabschätzungen bzw. Evaluationen. Sie muss nicht so sehr

⁹² Beratungsunternehmen meinen damit Kenntnis der Daten; H. Seitz Handlungsoptionen, (Bertelsmann-Stiftung), www.2050.de; dazu gehört es, Alltagswissen und Vorverständnisse zu reflektieren. Hier gibt es m. E. noch viel zu tun: Welche Regeln sorgen dafür, dass Alltagswissen eingebaut wird, welche schließen es aus und zwingen zur Reflektion? Wie genau lässt sich dieses Alltagswissen von Fachwissen abgrenzen, und wer entscheidet über solche Abgrenzungen? Welche Rolle spielen dabei zB religiöse Tabuisierungen oder auch Pfade der Rechtsentwicklung? Hier wird interdisziplinäre Rechtsforschung einschließlich der Rechtssoziologie gebraucht. Grdl. J. Esser Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970; K.-D. Opp KJ 1970, 383; G. Winter RTheorie 1971, 171. Dazu auch H. Rottleutner Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft, 1973, 245 ff.; R. Lautmann Soziologie vor den Toren der Jurisprudenz, 1971.

⁹³ M. Kloepfer DVBI 1996, 73, 78; dazu I. Appel Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge, 2005, 87 ff. mwN; R. Steinberg Der ökologische Verfassungsstaat, 1998, 90; Überblick bei H. Bauer/F. Brosius-Gersdorf FS Siedentopf, 2008, 385 (401 ff.); skeptisch zu den Experten F. Welti KJ 2004, 255 (263). Zu Belgien, Frankreich, Österreich und dem – 1997 installierten und dann aufgelösten – Rat in der Schweiz W. Kahl/A. Glaser in: K. Lange (Hrsg.) Nachhaltigkeit im Recht, 2003, 9 (21 ff.). Finnland hat seit 2000 einen parlamentarischen Zukunftsausschuss, der in der Geschäftsordnung des finnischen Parlaments verankert ist. Israel hat 2001 per Gesetz einen parlamentarischen Unterausschuss zum Schutz künftiger Generationen und ein "Kommissariat" geschaffen, die Gesetzesfolgenabschätzungen durchführen.

⁹⁴ IdR geschieht dass in Form von Gremien (Beiräte, Enquete-Kommissionen, Ausschüsse), zB in Frankreich mit dem Rat "pour les droits des génération futurs". Grds. kritisch B.-O. Bryde Zentrale wirtschaftspolitische Beratungsgremien in der Parlamentarischen Verfassungsordnung, 1972; P. Dagtoglou Der Private in der Verwaltung, 1964.

⁹⁵ Die Grenzen sind materielle Ressourcen (Personal, Zeit, Geld, Technologien), aber auch ideelle Ressourcen (Macht, Reputation, Pfadabhängigkeit, Souveränität anstelle von defensivem Ressortegoismus). Die Bertelsmann Stifung bietet für Verwaltungen den "Demografiecheck" oder das "Demografie-Training" an, verbindet damit aber auch Zielvorstellungen; Bertelsmann Stiftung – Aktion Demographischer Wandel: http://www.demographiemonitor.de/. Vgl. auch das Handbuch Demographie des Berlin Instituts für Bevölkerung und Entwicklung http://www.berlin-institut.org/online handbuchdemografie.html.

"domestiziert" werden, denn dann verwischt die Grenze zur Inkorporation, die jeden Sachverstand nur trüben kann. Vielmehr muss externe Beratung transparent und funktional genau bestimmt sein⁹⁶, um Fragen des Nachweltschutzes ebenso wie Technikfolgen oder Gleichstellungseffekte gewinnbringend bearbeiten zu können⁹⁷. Das bedeutet, reflexiv mit Wissen umgehen, also auch wieder mit *Foucault* moderne Machttechnologien wie die Statistik kritisch zu reflektieren. Zudem sind Optionen der Regulierung ("regulatory choice") und der Arrangements der Akteure ("governance") zu analysieren. Derartige, zwingend interdisziplinäre Analysen sind in Deutschland immer noch selten, in der Schweiz schon ausgeprägtere Praxis⁹⁸. Mittlerweile verpflichten Parlamente und

⁹⁶ Das wäre staatlich zu veranlassende, aber extern und interdisziplinär zu erbringende, kritisch reflektierende Beratung. Sie läuft heute oft verdeckt (Lobbyismus, "Forschende" in Ministerien). Grds. A. Voβkuhle HStR III, 2005, § 43 Rn 51 ff. (Gefahren sind heute Expertokratie, Entparlamentarisierung oder Entmachtung des Staates); s.a. R. Schmalz-Bruns Reflexive Demokratie, 1995; J. Ipsen Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht, VVDStRL 48 (1990), 177; L. Hoffmann (Hrsg.) Rechtsdiskurse, 1989; C. Engel in: ders. (Hrsg.) Recht und Verhalten, 2007, 363 (384ff.). Zur Differenzsicherung bei der Öffentlichkeitsbeteiligung im Gentechnikrecht A. Bora Differenzierung und Inklusion, 1999, insbes. 150ff.; s.a. S. Baer "Der Bürger" im Verwaltungsrecht, 2006, 166, auch 225 ff.

⁹⁷ C. Böhret in: Bertelsmann Stiftung Demographiemonitor Band 2, 2006, 60ff.; F. Naschold Technologiekontrolle durch Technikfolgenabschätzung, 1987; auch G. Winter KJ 1992, 389; P. Saladin/C. Zenger Rechte zukünftiger Generationen, 1988, 109 f., 115 ff.; H. Bauer/F. Brosius-Gersdorf FS Siedentopf, 2008, 385 (401) ("sorgfältige Datenerhebung und -analyse, eine demografiespezifische Aufgabenüberprüfung und -anpassung sowie eine kontinuierliche Wirkungskontrolle"). Die Rezepte für Verwaltungen erinnern sehr an die Versuche, die Querschnittsaufgabe der Gleichstellung von Frauen und Männern zu untersetzen (Gender Mainstreaming), dazu S. Baer/S. Lewalter DÖV 2007, 195 mwN.

⁹⁸ C. Böhret/ G. Konzendorf Handbuch der Gesetzesfolgenabschätzung, 2001; BMI Moderner Staat – Moderne Verwaltung, 2002. Dazu auch W. Bussmann LeGes 2005, 97; F. Edinger ZG 2004, 149; R. Fisch FS Böhret, 1998, 283; Beiträge in H. Schäffer (Hrsg.) Evaluierung der Gesetze/Gesetzesfolgenabschätzung (II), 2007; ders. (Hrsg.) Evaluierung der Gesetze/Gesetzesfolgenabschätzung in Österreich und im benachbarten Ausland, 2005; U. Karpen (Hrsg.) Evaluation of Legislation, 2002; U. Karpen/H. Hof (Hrsg.) Wirkungsforschung zum Recht IV, 2003; D. Kettiger (Hrsg.) Wirkungsorientierte Verwaltungsführung und Gesetzgebung, 2000; ders. Gesetzescontrolling, 2000; ders. ZG 2004, 166; I. Unkelbach Die Institutionalisierung der Gesetzesfolgenabschätzung auf Landesebene, 1998. Für die Schweiz insbes. Bundesamt für Justiz (Hrsg.) Wirksamkeit von Bundesmassnahmen, 2004; Finanzdirektion des Kantons Bern Fachhandbuch Wirkungsorientierte Gesetzgebung, 2001. S.a. W. Bussmann ZG 1998, 127, ders. LeGes 1997, 109; A. Balthasar LeGes 2000, 13; W. Bussmann/U. Klöti/P. Knoepfel Einführung in die Politikevaluation, 1997; B. Nideröst LeGes 2002, 39; T. Widmer LeGes 2001, 9.

Verfassungsgerichte die Exekutive sogar manchmal dazu⁹⁹. So können Entscheidungen vermieden werden, die irreversibel sind, und es können Revisionen greifen, sobald es ihrer bedarf¹⁰⁰. Das wäre gute, auch demografisch kompetente Gesetzgebung.

IV. Materielle Gestaltungsaufgaben: Familie, Migration und Altern

Demografische Entwicklungen zwingen also zu nichts, sondern stellen der Demokratie Aufgaben, die möglichst aufgeklärt zu bewältigen sind. Sachlich geht es zentral um Geburten, Zuwanderung und soziale Sicherung, also um die Regulierung von Familien, Migration und dem Altern¹⁰¹. Hier ist jeweils der demografisch-kollektivistischen Versu-

⁹⁹ Beispiel: BVerfGE 108, 186 (218 f., 232) (Steuerrecht). Es geht dabei nicht um experimentelle Gesetze, L. Mader JbRSozRTh 13/1988, 211; W. Hoffmann-Riem FS Thieme, 1993, 563.

¹⁰⁰ U.K. Preuß Politische Verantwortung und Bürgerloyalität, 1984, 292 f.; P. Saladin/C. Zenger Rechte zukünftiger Generationen, 1988, 99; F. Welti KJ 2004, 255 (261); dagegen E.-W. Böckenförde HStR II 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 55; S. Mückl FS Isensee, 2007, 201. S.a. BVerfGE 79, 311 (340 f.).

¹⁰¹ Thema sind daneben Wanderungsbewegungen im Raum, auch dies weithin im Duktus der Krise. "Sterbende Städte" verweist auf die Stadt- und Raumentwicklung, also auf Infrastrukturen des Wohnens, und der Ressourcen in Netzen, aber auch um Bildung oder Kultur. Hier muss Planung anders konzipiert und "gleichwertige Lebensverhältnisse" müssen wie in Art. 2 EG nicht räumlich, sondern solidarisch gedacht werden; es braucht ein differenziertes Konzept auch regionaler, aber auf die Menschen bezogener Gerechtigkeit. Vgl. BIB Daten, Fakten, Trends zum demographischen Wandel in Deutschland, 2008, 68 ff.; Europäische Kommission Die demografische Zukunft Europas, KOM (2006) 571, 4; B. Köppen JbFöd 2007, 279; A. Möller Siedlungsrückbau in den neuen Ländern nach Stadtumbau- und Sanierungsrecht, 2006; J. Kersten DVerw 2007, 309 (339); eher ökologisch W. Frenz Sustainable Development durch Raumplanung, 2000; S. v. Löwis/I. Neumann/M. Wickel ZsfEurUPR 5 (2006) 54; grds. zu Infrastrukturverwaltung zuerst H. Faber Verwaltungsrecht, 1995, 168ff., zum Raum H. Schulze-Fielitz FS Würzburger Fakultät, 2002, 711. Das BauGB von 2004 beginnt damit in §§ 171a - 171d BauGB und "urban governance" in § 171e BauGB; §§ 1 Abs. 2 Nr. 6; 2 Abs. 2 ROG fordern jedoch ausgeglichene wirtschaftliche, infrastrukturelle usw. Verhältnisse. Zu "nachhaltiger Raumplanung" gehört jedoch Flexibilität zugunsten individueller Selbstbestimmung in der Raumgestaltung, Barrierefreiheit, ökologisches Bauen, Flächenschonung (bzw. -verbrauch). § 2 EnWG setzt bereits Ausnahmen. Art. 87e Abs. 4 S. 1 GG verlangt für den Verkehr nur eine Grundversorgung. Im Bereich Kommunikation - Art. 87 f. GG, §§ 78 ff. TKG - fehlen vielfach schnelle Leitungen bzw Funkdienste; zur Sicherung der Infrastrukturaufgabe Post - Art. 87 Abs. 1 GG, §§ 11 ff. PostG - werden mobile Angebote gemacht. Die Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse in Art. 72 Abs. 2 GG ist zwar telos der Kompetenz zur Herstellung "gleichwertiger Lebensverhältnisse" und Grundsatz zur Verteilung der Umsatzsteuer zwischen Bund und

chung zu widerstehen und stattdessen auf individuelle Lebenslagen und Bedürfnisse zu achten, denn das ist es, was die Verfassung und das Völkerrecht zuerst verlangen.

A. Der Nachwuchs: Familie

Demografie thematisiert "Kinderarmut" und "Geburtenrückgang"¹⁰², für manche ethnisiert "das Aussterben der Deutschen" oder auch "der Schweiz"¹⁰³. Deshalb ist Familienpolitik in Deutschland seit 2003 offiziell "nachhaltig"¹⁰⁴ und zielt auf mehr Humankapital oder eben Hu-

Ländern nach Art. 106 Abs. 3 S. 4 Nr. 2 GG, aber die Rechtsprechung lässt duchaus Differenzierungen zu, zB BVerfG, 6. 03. 2007, 2 BvR 556/04 (Ballungsraumzulage). Zu Art. 72 Abs. 2 GG grds. BVerfGE 106, 63 (144ff.); 110, 141 (174ff.); 111, 226 (253ff.) mit abw Meinung Lübbe-Wolff, Osterloh 278 ff. Eine Pflicht zur Annäherung der Lebensbedingungen sieht P. Kirchhof HStR II, 3. Aufl. 2004, § 21 Rn. 68, auch 92; auch P. Lerche FS Friauf, 1996, 251 (aber nur Grundversorgung); vgl. J. Kersten DVerw 2007, 309 (335), dagegen jenseits der expliziten Garantien T. Hebeler ZG 2006, 301 (306). In der Gesundheitsversorgung sind regionale Verwerfungen augenfällig und die marktliberalistischen Konzepte des Gesetzgebers nur sehr begrenzt wirksam; dazu §§ 92, 99, 100 SGB V; aus der Rechtsprechung BVerfG, DVBl. 2004, 1161 f.; i.Ü. F. Brosius-Gersdorf VerwArch 2007, 317 (324ff.); G. Hermes Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998, 256 ff. Weiter stellt sich die Frage, ob ein Land die Förderung für ganze Landstriche einstellen darf, um zentrale Orte zu fördern, wie nach Art. 2 Nr. 3, 4 BayLPlg; § 2 Abs. 2 Nr. 2, 4, 6 ROG; dazu J. Kersten DVerw 40 (2007) 309 (338f.) mwN; zur Praxis C. Tutt Das große Schrumpfen, 2007, 140f. Grundrechtlich spielen hier Art. 3 Abs. 1, 3 (Heimat) und 11 GG eine Rolle; etwas anders F. Brosius-Gersdorf VerwArch 2007, 317 (335 f.); ferner BVerfGE 102, 41 (53 f.). Zur Grundversorgung mit Bildung BVerfGE 47, 46 (71); R. Gröschner in: Dreier, GG, 2. Aufl. 2004, Art. 7 Rn. 24ff., 38ff.; aus der Gesetzgebung § 45 a SchulGMV, § 82f. SchulGNW, §§ 19, 23, 30 BbgSchulG.

¹⁰² Gefragt sind auch Reformen im Erbrecht; das BVerfG konzipiert dies aber bislang eher starr; vgl. BVerfG, 1 BvR 1644/00 vom 19. 4. 2005, Abs. 65 ff. (Tradition und Rechtsvergleich), Abs. 71 ff. (Art. 6 GG: "Ausdruck einer Familiensolidarität"). S. A. Röthel (Hrsg.) Reformfragen des Pflichtteilsrechts, 2007, empirisch F. Lettke Swiss Journal of Sociology 2005, 407; ders./A Lange (Hrsg.) Generationen und Familien, 2007; S. Bauszus Der Topos von der Grossfamilie in der familien- und erbrechtlichen Diskussion, 2006. I.Ü. auch F. Welti KJ 2004, 255 (266 ff.).

¹⁰³ F. Schirrmacher FAZ vom 21. 02. 2005 ("Dreißig Jahre nach zwölf – Grundkurs für Staatsbürger", Einleitung zu zehn Lektionen zur Demographie von H. Birg: "Wir müssen erkennen, dass der Autonomen-Satz "Nie wieder Deutschland!" auf unheimliche Weise vollstreckt werden könnte."); Der Spiegel Titel v. 5. 01. 2004: "Der letzte Deutsche – auf dem Weg zur Greisen-Republik", im Hauptteil: "Land ohne Lachen"; O. Tönz Stirbt die Schweiz aus?, 2006.

¹⁰⁴ Prägend *B. Rürup/S. Gruescu* Gutachten für BMFSFJ, 2003; deutlich auch *H. Birg* Die ausgefallene Generation, 2006. Vgl. für die 1980er Jahre *P. Häberle* Verfassungsschutz der Familie – Familienpolitik im Verfassungsstaat, 1984, 33 ff.; für aktuelle Debatten *J. Althammer/ U. Klammer* (Hrsg.) Ehe und Familie in der Steuerrechts- und So-

manvermögen¹⁰⁵. Verfassungspolitisch wird zur Rettung der "vitalen Gesellschaft" aufgerufen¹⁰⁶. Einige deutsche Landesverfassungen statuieren auch eine Staatsaufgabe nachhaltige Familienpolitik¹⁰⁷. Das Grundgesetz hat sich von einer solchen nationalen Pflicht jedoch verabschiedet. Art. 119 WRV normierte den Schutzgrund der "Erhaltung und Förderung der Nation"; das Grundgesetz tut dies nicht¹⁰⁸.

zialordnung, 2006; S. Baer/J. Lepperhoff (Hrsg.) Gleichberechtigte Familien?, 2007; vergleichend G. Wolfgruber u.a. (Hrsg.) Kinder kriegen – Kinder haben, 2006. Demografie hat hier mehr bewirkt als die Forderung nach Gleichberechtigung. Vgl. BMFSFJ 7. Familienbericht, 2006; auch BMFSFJ Monitor Familiendemographie, 1/2005; BMWA Alterung und Familienpolitik, 2005; C. Höhn u.a. Kinderwünsche in Deutschland, 2006; differenzierend H. Bertram u.a. Nachhaltige Familienpolitik, 2005. Zur Entwicklung deutscher Familienpolitik I. Ostner in: P.A. Berger/H. Kahlert (Hrsg.) Der demographische Wandel, 2006, 165; vergleichend H. Bertram ebda; in der Lebenslaufperspektive U. Klammer ebda. Zahlen finden sich in Statistisches Bundesamt Geburten in Deutschland, 2007, 22: Deutschland – speziell früheres Bundesgebiet – ist jedoch weltweit das einzige Land, in dem das niedrige Geburtenniveau von 1,4 Kindern je Frau bereits seit 30 Jahren zu beobachten ist.

¹⁰⁵ F.-X. Kaufmann Schrumpfende Gesellschaft, 2005, 77 ff., 99 (es gehe um das Erwerbspotenzial, Fortpflanzungspotenzial, Zielgruppenpotenziale für öffentliche Leistungen, politische Potenziale); ähnlich *U. Di Fabio* NJW 2003, 994; mit Bezug auf die "Erwartungen" der Verfassung *J. Isensee* HStR V, 2000, § 115 Rn. 211.

106 U. Di Fabio FAZ Nr. 237 vom 12. 10. 2002, 7 ("Am demographischen Abgrund, Der Schutz von Ehe und Familie: eine Wertentscheidung für die vitale Gesellschaft"; ders. NJW 2003, 993; P. Kirchhof FS Isensee, 1998, 51 (Der Staat "sucht die nachfolgende Generation in ihren Freiheitsvoraussetzungen zu schützen (Umweltschutz, Begrenzung der Staatsverschuldung, Bildungs- und Ausbildungsgewähr)"; ders. NJW 2002, 3677 ("unser Rechts- und Wirtschaftssystem so umzuorganisieren, dass die Familien wieder im Mittelpunkt unserer Entwicklung stehen und uns in ihren Kindern Zukunftsperspektiven geben"). Nur allgemein für eine Zukunftsverantwortung des Staates E. Benda HdbVerfR I, 2. Aufl. 1994, 17 Rn. 112ff.; aktivistischer R. Herzog HStR III, 2. Aufl. 1996, § 58 Rn. 88 (Zur "Modernisierung gesellschaftlicher Ablaufschwankungen" sei "unbestritten, dass auch diese Problematik nur mit Hilfe staatlicher Maßnahmen gelöst werden kann"; Geburten und Rentensicherung seien dabei nur Ziele).

¹⁰⁷ Es sind die älteren, nach Verabschiedung des Grundgesetzes insoweit nicht geänderten Landesverfassungen, vgl. Art. 23 Abs. 1, 24 Verf Rh-Pf; Art. 124, 125 BayVerf; Art. 21 BremVerf; Art. 5 Verf NRW; Art. 22 SaarVerf.

108 Freiheitsrechtlich konzipiert das P. Häberle Verfassungsschutz der Familie – Familienpolitik im Verfassungsstaat, 1984, 55 f. (Anerkennung von Vielfalt eingedenk der Grundrechte der Art. 6 und 3 Abs. 2 GG, aber auch der Prinzipien der Art. 20, 28 GG und der Entfaltungsfunktion der Familie). Die GRC enthält das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 7) und koppelt die Ehe an nationales Recht, wollte aber die Familie universell ermöglichen (Art. 9). Zwar betonen zahlreiche Pakte die Funktion der Familie für die Gesellschaft, also die Keimzelle; nach Art. 16 Abs. 3 AEMR ist die Familie als "natürliche und grundlegende Einheit der Gesellschaft" dem Schutz durch Gesellschaft und Staat anvertraut; nach Art. 23 Abs. 1 IPBPR "die natürliche Kernzelle der Gesellschaft". Familie hat Anspruch auf Schutz durch Gesellschaft

Was der Staat für mehr Kinder tun kann, ist auch äußerst zweifelhaft¹⁰⁹. Auf *Malthus* lässt sich nicht zurückgreifen. Klar ist angesichts der Geschichte und internationalen Erfahrungen mit Bevölkerungspolitiken, dass direkte Interventionen die Menschenrechte verletzen, dass kollektivistische Rezepte nicht die erwünschten Erfolge zeigen¹¹⁰ und

und Staat; s.a. Art. 10 IPWSKR, Präambel der Kinderrechtskonvention. Die Europäische Sozialcharta schützt die Familie als Grundeinheit der Gesellschaft, vgl. Teil I Nr. 8, 16, 17, 19; Teil II, Art. 8, 16, 17, 19, aber mit Förderung des wirtschaftlichen, gesetzlichen und sozialen Schutzes des Familienlebens, insbesondere durch Sozial- und Familienleistungen, steuerliche Maßnahmen, Förderung des Baues familiengerechter Wohnungen, Hilfen für junge Eheleute und andere geeignete Mittel jeglicher Art (Teil II Art. 16). Dazu ausführlich M. Schuler-Harms Familienleistungsausgleich als Herausforderung an das Verfassungsrecht (im Erscheinen); zur Entstehungsgeschichte der einschlägigen Garantien R. Wolfrum Die Friedenswarte 58 (1975), 264 (273 ff.). S.a. BVerfGE 6, 5 (71); 24, 119 (149). Doch fixiert das anders als in nationalen Kontexten keine Institution, sondern legitimiert, warum sich Völkerrecht überhaupt des Themas annimmt; sonst gilt gerade Familie als privat, als national und damit den einzelstaatlichen Regeln überlassen. Die Relegation des Privaten an den Nationalstaat bzw. an religiöse Autorität ist weit verbreitet und beinhaltet eine geschlechtsspezfische Diskriminierung, denn damit wird Gerechtigkeit im Privaten relativiert und nicht als universales Menschenrecht gesetzt. Dazu grds. H. Charlesworth in: J. Peters/A. Wolper (eds.) Women's Rights Human Rights, 1995, 103 ff.; D. Sullivan ebda., 126 ff.; K. Engle in: D. Buss/A. Manji (eds.) International Law: Modern Feminist Approaches, 2005, 47 ff., 63 ff.; S. E. Merry Human Rights and Gender Violence, 2006, 72 ff., 134 ff. Ich behandele hier nicht das Klonen oder weitere bioethische Aspekte der Reproduktion; dazu umfassend J. Kersten Das Klonen von Menschen, 2004.

109 Vergleichend A. H. Gauthier The State and the Family, 1999; für die jüngeren Entwicklungen "seit Kairo" M. Macura et al (eds.) The New Demographic Regime, 2005. 110 International war Bevölkerungspolitik als Entwicklungspolitik antinatalistische und regelmäßig sowohl frauenfeindliche wie auch rassistische Politik, die erst seit der UN-Bevölkerungskonferenz von Kairo menschenrechtlich gerahmt wird. Auf Überbevölkerung im Süden wurde mit "Familienplanung" reagiert, u.a. durch Gründung der UNFPA (United Nations Population Fund), dann im Geiste des Kampfes um Ressourcen gegen "Bevölkerungsexplosion" mit "nachhaltiger Entwicklung", bis zur ambivalenten Wende mit der Bevölkerungskonferenz der UN 1994 in Kairo, an der erstmals NGOs beteiligt waren. In der Alternativen Erklärung von Commilla, u.a. von FINRRAGE, werden Kontroversen deutlich. Weltpolitisch ging es in DenHaag 1999 und Kairo+5 1999 eher um die Reduktion der "falschen" Bevölkerung und die globale Polarisierung. Historisch E. Aufhauser Bevölkerungspolitik, 2003; C. Dienel Kinderzahl und Staatsräson, 1995; R. Feucht Beeinflussung demographischer Tatbestände durch den Staat, 1999; M. Fuhrmann Volksvermehrung als Staatsaufgabe?, 2002. Pointiert zu historischen Entwicklungen S. Simitis in: ders./G. Zenz (Hrsg.) Familie und Familienrecht I, 1975, 15 (40): "Mutterkreuze ändern ihre Erscheinungsform". Problematisch zu den Pflichten daher BVerfGE 39, 1 (56); 88, S. 203 (258); dazu D. Oberlies Streit 1992, 38; auch Sonderheft KritV 1993, grds. C. A. MacKinnon Sex Equality, 2001, 565 ff. Zurückhaltend F.-X. Kaufmann Schrumpfende Gesellschaft, 2005, 56 (direkter Steuerung seien wegen der Verfassung sehr enge Grenzen gesetzt).

dass Familie keine Normform ist, sondern familiäres Leben heute zwischen den Beteiligten fortlaufend ausgehandelt wird¹¹¹. Familie war nie nur die Kleinfamilie¹¹² und ist kein ökonomisch rationales Produkt einer simplen Kosten-Nutzen-Erwägung; Entscheidungen für oder gegen Kinder sind von sehr vielen Motiven und Erwägungen geprägt¹¹³. Im in-

¹¹¹ In der Familienforschung ist von "Entgrenzung" die Rede; *M. Schier/K. Jurczyk* APuZ 34 (2007) 10; *K. Gottschall/G. Voβ* (Hrsg.) Entgrenzung von Arbeit und Leben, 2003. Rechtlich übersetzt sich das in die Vertraglichung.

¹¹² H. Steiger Verfassungsgarantie und sozialer Wandel. Das Beispiel von Ehe und Familie, VVDStRL 45 (1987), 55 (58); historisch H. Bertram in: A. Steinbach (Hrsg.) Generatives Verhalten und Generationenbeziehungen, 2005, 27. Demografisch wird oft stereotyp nur auf Frauen, genauer: Mütter geachtet; lange fehlten damit Männer, Männlichkeitsnormen und genauer: Väter. Das war auch Ergebnis im Forum Demographischer Wandel des Bundespräsidenten 2005 – www.forum-demographie.de (für Familie und Kinder sei Infrastruktur wichtiger als Prämien, zudem die Individualisierung von Rechten und Pflichten und Enttraditionalisierung von Rollenbildern); mwN D. Hummel Der Bevölkerungsdiskurs, 2000, 227 f., 237; auch P. Berger/H. Kahlert (Hrsg.) Der demographische Wandel, 2006, 9 (neben "Gebärstreik" eventuell auch "Zeugungsstreik"); zu Kindern A. Leira/C. Saraceno (eds.) Childhood, 2008. Zu eng dagegen P. Kirchhof FS Isensee, 1998, 55, auch in: Die Verschiedenheit der Menschen, 1996: Man solle den "Unterhalt der Mütter durch die Kinder also als Verfassungsbedingung der Demokratie" verstehen. Warum zumindest aktive Väter keinen Unterhalt verdienen, ist mir bereits nicht klar, aber auch weitere Begründungen fehlen.

¹¹³ Ökonomische Kosten-Nutzen-Modelle wie der Value of Children-Ansatz greifen daher so ohne weiteres nicht, sie werden zudem durch Institutionen wie das Recht mit geprägt und sind entsprechend veränderbar; vgl. H. Diefenbach in: A. Steinbach (Hrsg.) Generatives Verhalten und Generationenbeziehungen, 2005, 111 (121) ("Aufgrund der differentiellen institutionellen Einbettung von Mutterschaft und Vaterschaft ist es also plausibel davon auszugehen, dass es unterschiedliche Kosten- und Nutzenterme gibt, die den Kinderwunsch von Frauen und Männern beeinflussen"). Heute haben Kinder in Europa kaum ökonomischen Wert, aber Eigenwert u.a. (u.a. F.-X. Kaufmann Schrumpfende Gesellschaft, 2005, 136f.: "Denn im Regelfalle ist das Aufbringen von Kindern seit dem Verbot der Kinderarbeit und angesichts einer weitreichenden Kollektivierung der sozialen Sicherung ohne jeden materiellen Ertrag"); er betont immaterielle Werte wie Anerkennung durch Gesellschaft, Traditionen, individuelle Sinnstiftung, positive emotionale Erfahrungen, Hoffnung auf Anerkennung durch Kinder, Kinder als Eigenwert, aber auch Rollen, wobei Männer eher an Traditionen festhalten (136); s.a. S. Kröhnert/N. v. Olst/R. Klingholz Emanzipation oder Kindergeld?, 2004; S. Kröhnert/ R. Klingholz Emanzipation oder Kindergeld?, 2008 und zu den ökonomischen Ansätzen J. Huinink KZfSS Sonderheft 31 (1990), 239 (Geburtenraten werden makroökonomisch (demografischer Übergang), mikroökonomisch (neue Haushaltstheorie) oder soziodemografisch (Normentheorie, Rollentheorie, Werttheorien - value of children -) erklärt, jeweils mit Mängeln; jüngere Theorien von Caldwell 1982 oder Linde 1984 untersuchen die Wohlstandsflüsse, die mit Kindern verbunden sein können. Besonders interessant sind heute Opportunitätskosten, aber Berechnungen verstehen bislang weder Kultur noch individuelle Strategien (248). Dazu E. Beck-Gernsheim Das ganz normale Chaos der Liebe, 1984; auch J. Limbach/I. Schwenzer (Hrsg.) Familie ohne Ehe, 1988. So wie

ternationalen Vergleich mehren sich nun die Zeichen dafür, dass Geburtenraten tendenziell hoch genug ausfallen, je leichter sich beide Eltern qualifizieren und Einkommen erzielen können, und zwar im Lebensverlauf¹¹⁴.

Auch im internationalen Recht ist zumindest punktuell eine Wende von kollektiven Bevölkerungspolitiken zu individuellen Grund- und Menschenrechten der Reproduktion, in internationaler Terminologie: zu reproduktiven Rechten, erfolgt¹¹⁵. Hier steht die Freiheit zur Fami-

Kinder als Kosten verhandelt werden, wird auch Pflege als Belastung diskutiert; dazu K. Gröning/A. Kunstmann in: A. Bauer/K. Gröning (Hrsg.) Gerechtigkeit, Geschlecht und demografischer Wandel, 2008, 89. Die Rechtsprechung zeigt dennoch ökonomistische Tendenzen; zB zu einem, generativen Gleichgewichtszustand", BVerfGE 103, 242 (266) (Pflegeversicherung 2001), anders bei der Rente BVerfGE 87, 1 (37f.); 103, 242 (263 ff.).

114 International Union for the Scientific Study of Population 1997 in: H. Presser/G. Sen (eds.) Women's Empowerment and Demographic Processes, 2000, insbes. R. Dixon-Mueller/A. Germain, ebda., 69; auch R. Petchesky/K. Judd (eds.) Negotiating Reproductive Rights, 1998; C. Wichterich Beiträge femThPrax 1994, 145; dies. (Hrsg.) Menschen nach Maß, 1994. Die Lebensverlaufsforschung betrachtet soziale Prozesse in ihren institutionellen und historischen Bedingungen, als Präsenz von Menschen in institutionell definierten Ereignissen wie der Schule und die Verweildauer in bestimmten Zusammenhängen wie Familie, im Zusammenspiel von Handeln und Vorgaben. Vgl. K.-U. Mayer KZfSS Sonderheft 31 (1990), 7; auch F.-X. Kaufmann Schrumpfende Gesellschaft, 2005.

115 Seit 1994 werden mit der UN Weltkonferenz zu Bevölkerungsfragen in Kairo die "reproduktiven Rechte" zunehmend anerkannt; vgl. Internationale Konferenz für Bevölkerung und Entwicklung (ICPD) s. http://www.unfpa.org/publications/detail.cfm? ID=278; allerdings von einigen muslimischen Staaten und dem Vatikan auch aktiv und heftig bekämpft, insbes. die Rechte auf Verhütung und auf Abbruch einer ungewollten Schwangerschaft. Völkerrechtliches Problem sind die Konkordatsverträge zwischen Staaten wie zB Malta und Rom, die menschenrechtskonforme Gesetzgebung in diesen Staaten verbieten, weshalb die Slovakei einen solchen Vertrag 2004 nicht ratifiziert hat; dazu EU Network on Fundamental Rights Opinion No 4 v. 14. 12. 2005. Eine Definition bietet § 7.2 des Aktionsprogramms von Kairo 1994; eine weitere Art. 14 des Protokolls der Frauenrechte zur Afrikanischen Charta oder auch die berufsrechtlichen Regelungen der FIGO von 2003 zu "sexual and reproductive rights". Vgl. R. Cook/ B. Dickens /M. Fathalla Reproductive health and human rights, 2003; R. Petchesky Global Prescriptions, 2003, 7ff.; C. Bowman/A. Kuenyehia Women and Law in Sub-Saharan Africa, 2003, 221 ff.; F. Banda Women, Law and Human Rights, 2005, 159 ff., auch C. Tomuschat AöR 100 (1975), 402 (404 f.) Die Menschenrechtsausschüsse haben in dieser Richtung vorsichtig votiert; u.a. Ausschuss zu IPWSKR in General Comment Nr. 14 (2000) E/C.12/2000/4, Ausschuss zu IPWSKR in General Comment Nr. 16 (2005) E/C.12/2005/4; Ausschuss zur CEDAW in General Recom. 24 (1999) A/54/38/Rev.1, Kapitel I. Auch das Europäische Parlament hat sich geäußert; vgl. Bericht über sexuelle und reproduktive Gesundheit und Rechte 2001/2128 (INI). Kontroversen ergeben sich aus einer Konfliktlage mit dem "right to development"; M. Kirilova Eriksson in: I. Rich-

liengründung und zur Gestaltung von Familie im Geist der Gleichberechtigung¹¹⁶ im Vordergrund, auch hinsichtlich der Kinder und auch durch Kinder selbst¹¹⁷. Dazu kommen individuelle Rechte auf reproduktive Selbstbestimmung einschließlich des Zugangs zu reproduktiver Gesundheit¹¹⁸. Insbesondere die Kinderrechtskonvention erkennt an, dass sich Familie aus Individuen zusammensetzt, die je eigene Rechte haben¹¹⁹.

ter (Hrsg.) Transnationale Menschenrechte, 2008, 203. Die Verletzungsformen der reproduktiven Rechte sind sehr unterschiedlich; sie richten sich meist gegen Mädchen und Frauen, u.a. weibliche Genitalverstümmelung oder "breast-ironing". Eine Schutzmaßnahme ist die Heraufsetzung des Heiratsalters, ähnlich der Heraufsetzung der Altersgrenzen für sexuelle Kontakte im Strafrecht. Hier wird pauschal Alter benutzt, was aber gleichstellungsorientiert zu rechtfertigen sein dürfte (dazu mehr unten).

¹¹⁶ Es gelten gleiche Rechte bei Eingehung, während und nach der Ehe, u.a. nach der AEMR, dazu *C. Tomuschat* AöR 100 (1975), 402 (412f.), der auch demografische Ziele der Geburtenbeschränkung nennt, da Emanzipation und zunehmende Berufstätigkeit ohne drastische Verringerung der Kinderzahl nicht zu bewerkstelligen seien. Desgleichen Art. 12 EMRK mit Art. 5, 7. Zusatzprotokoll v. 22. 11. 1984, in Kraft getreten 1. 11. 1988; zum Schutz vor Diskriminierung EGMR Marcks ./. Belgien, EuGRZ 1977, 454 (455) Nr. 32.

117 Staaten müssen für den Fall der Auflösung der Ehe für den nötigen Schutz der Kinder Sorge tragen; Art. 23 Abs. 4 IPBPR. Entscheidend: "Übereinkommen über die Rechte des Kindes", mit Zustimmungsgesetz vom 20. 11. 1989 abgedruckt in BGBl. II, S. 121 ff. Zum Inhalt *B. Jean d'Heur* Verfassungsrechtliche Schutzgebote zum Wohl des Kindes und staatliche Interventionspflichten aus der Garantienorm des Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG, 1993, 185 f. Vorläufer der Konvention sind die Genfer Erklärung von 1924 über die Rechte des Kindes und die Erklärung der Rechte des Kindes, Generalversammlung der UN am 20. 11. 1959. Zur Konvention *H. A. Stöcker* FamRZ 1992, 245; kritisch *C. Steindorff* FuR 1991, 214 (215).

¹¹⁸ So votiert die Art. 12 AEMR gegen willkürliche Eingriffe in die Familie, Art. 25 Abs. 1 AEMR für den individuellen Anspruch auf ein Leben mit Familie in Gesundheit und Wohlbefinden, also ausreichend Nahrung, Kleidung, Wohnung, Gesundheitsversorgung und soziale Leistungen. Art. 17 und 23 Abs. 2, 3 IPBPR gewährleisten als klassische Freiheitsrechte das Recht jedes Menschen auf Achtung seines Privat- und Familienlebens sowie das Recht der Eheschließungsfreiheit bei Erreichen des Heiratsalters.

119 Auch der EMRK geht es um die Achtung der Familie; deutlich seit EGMR Marcks ./. Belgien, EuGRZ 1977, 454 (455) Nr. 31; seitdem st. Rspr. S.a. EGMR Brüggemann und Scheuten / BRD, EuGRZ 1978, 199; EGMR Abdulaziz ./. Vereinigtes Königreich, EuGRZ 1985, 567 (569) Nr. 67 (zum weiten nationalstaatlichen Ermessen); Johnston ./. Irland, EuGRZ 1987, 313 (316) Nr. 55, 66; Keegan ./. Irland, EuGRZ 1995, 113 (119) Nr. (Väterrechte bei Freigabe des Kindes durch die Mutter zur Adoption); s.a. Evans./. UK, EuGRZ 2006, 389 und NJW 2008, 2013; zu Umgangsrechten EGMR Elsholz ./. Deutschland, EuGRZ 2001, 595; Sommerfeld ./. Deutschland, EuGRZ 2001, 588; Sahin ./. Deutschland, EuGRZ 2002, 25; Kutzner./. Deutschland, EuGRZ 2002, 245; EGMR Boso ./. Italien, Slg. 2002-VII. 43. Aus philosophischer Sicht zur Anerkennung in der Familie A. Honneth DZPhil 43 (1995), 989.

Deutsches Verfassungsrecht lässt sich ähnlich lesen. Ausgangspunkt ist auch hier die individuelle Freiheit der Familiengründung¹²⁰, also ein reproduktives Recht; wird sie genutzt, verdient sie Respekt. Das ist das Schutz- und Fördergebot des Art. 6 Abs. 1 GG¹²¹. Zum Schutz der Familie gehört das Verbot jeder Diskriminierung; die Freiheit zur Ausgestaltung von Familie sollte unabhängig von tradierten Rollenerwartungen gewährleistet werden¹²². Zur Familie gehört auch das Existenz-

¹²⁰ Konsequent BVerfGE 99, 216, Ls. 3a ("Der Gesetzgeber muß bei der gebotenen Neugestaltung des Kinderleistungsausgleichs auch den Erziehungsbedarf des Kindes unabhängig vom Familienstand bei allen Eltern" beachten"). Vgl. auch: BVerfG v. 27. 5. 2008, 1 BvL 10/05; ferner BVerfGE 10, 59 (66); 29, 166 (176); 62, 323 (330); 105, 313 (345); *J. Kersten* DVerw 2007, 318; *T. Kingreen* JZ 2004, 938 (941). S.a. Art. 21 Koordinierte Verfassung Belgien; Präambel der Vierten Republik zur Verfassung der Republik Frankreich; Art. 21 Abs. 1, 2 Verfassung Griechenland; Art. 40 Abs. 3 Nr. 3, 41, 42 Verfassung Irland; Art. 29–31 Verfassung Italien; Art. 11 Abs. 2, 21 Verfassung Luxemburg; Art. 26 Abs. 1, 2, Art. 67–69, 70 Abs. 3 Verfassung Portugal; Art. 39 Spanien. Ausführlicher *M. Schuler-Harms* Familienleistungsausgleich als Herausforderung an das Verfassungsrecht (im Erscheinen), 236ff.; auch *M. Wersig* in: L. Foljanty/ U. Lembke (Hrsg.) Feministische Rechtswissenschaft, 2006, 143; vergleichend *N. Dorsen et al* Comparative Constitutionalism, 2003.

¹²¹ Beispiel: BVerfG vom 01. 04. 2008, 1 BvR 1620/04 (keine Erzwingung des Umgangs). S.a. K. Scheiwe Streit 2005, 51; im Grds. auch H. Sodan Künstliche Befruchtung und gesetzliche Krankenversicherung, 2006, 94 (Recht auf Fortpflanzung aus Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG).

¹²² Grundlegend BVerfGE 6, 55 (80f.); 10, 59 (84); 24, 119 (135); 33, 236 (238); 51, 386 (398); 53, 257 (296); 61, 319 (346); 82, 60 (87). S.a. S. Simitis in: ders./G. Zenz (Hrsg.) Familie und Familienrecht I, 1975, 15 (41): "staatliche Interventionen müssen sich als Beitrag zur Selbstbestimmung der einzelnen Familienmitglieder legitimieren". Bekanntlich ging schon 1949 die Angst um, aus der Gleichberechtigung ergäben sich Veränderungen im patriarchalen Ehe- und Familienrecht, und dass es mehrerer deutlicher Hinweise durch das Verfassungsgericht bedurfte, ehe die demokratisch legitimierte Mehrheit diese Veränderungen in Angriff nahm. Auch heute sind Geschlechterstereotype, und zwar sowohl die eigenen wie auch die eines Partners oder einer Partnerin, die des sozialen Nahbereichs und die gesellschaftlich dominanten Stereotype, ein echtes Handicap auf dem Weg zu mehr Kindern. So erwarten zB viele Männer von sich und viele Menschen von Männern ein solides Einkommen vor Familiengründung, was die Entscheidung für Kinder aufschiebt. Desgleichen wird in der Wissenschaft weithin die insbesondere zeitlich endlose Hingabe an den Beruf erwartet, weshalb wissenschaftliche Karriere und aktive Elternschaft in Deutschland ein ernsthaftes Problem nach wie vor vorrangig für Frauen darstellen. Die Überwindung solcher Rollenfixierungen bezweckt Art. 3 Abs. 2 GG.; Familie und Gleichstellung müssen damit zwingend zusammen gedacht werden. Sie dürfen aber nicht aufeinander reduziert werden; das auch demografische Vorbildland Schweden war nicht auf Geburten, sondern auf Selbstverwirklichung von Frauen und von Männern orientiert; dazu M. Dackweiler in: A. Bauer/K. Gröning (Hrsg.) Gerechtigkeit, Geschlecht und demographischer Wandel, 2008, 219 (229), umfassend W. Kolbe Elternschaft im Wohlfahrtsstaat, 2002.

minimum¹²³ einschließlich des Zugangs zu medizinischer Versorgung¹²⁴, der eigenständigen sozialen Sicherung und damit der Chance auf Erwerbsarbeit, also der Vereinbarkeit zwischen Familien- und Berufsleben¹²⁵. Das Grundgesetz ermöglicht dem Sozialstaat zudem einen Familienlasten- oder -leistungsausgleich¹²⁶.

¹²³ Das folgt m.E. aus Art. 1 Abs. 1, 6 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG. Damit deute ich Grundrechte als Untermaßverbote, nicht generell als Schutzpflichten zB auf Kosten der Schwangeren BVerfGE 88, 203 (254), auch 39, 1 (42), 46, 160; 49, 24 (53). Gegen die gleichheitsrechtliche Deutung votiert *A. Lenze* NZS 2003, 505; *dies.* Der Staat, 2007, 89. Entscheidend ist, den grundrechtlichen Anspruch auf das Minimum ebenso ernst zu nehmen wie den gesetzgeberischen Spielraum hinsichtlich darüber hinausgehender Transferleistungen; dazu u. a. BVerfGE 82, 60 (85); 87, 153 (169 ff.); 99, 216 (Betreuungsbedarf); BFH v. 14. 2. 2007, III B 176/06 (Kein Verfassungsgebot, sondern Gestaltungsspielraum zur Erhöhung des Kindergeldes in §§ 31, 32 EstG.), zum Maßstab des Einkommensteuerrechts BVerfGE 107, 27 (53 ff.). Das Minimum ist ausweislich der Armuts- und Reichtumsberichterstattung nicht durchgängig gesichert, denn Kinderarmut ist weit verbreitet und mehrheitlich die Armut alleinerziehender Mütter, *BMAS* 3. Armuts- und Reichtumsbericht der Bundesregierung, 2008. Das Minimum bezieht sich auch auf die Bildung, Art. 6 Abs. 2 S. 2, 7 Abs. 1, 12 Abs. 1 GG; dazu *J. Kersten* DÖV 2007, 50 (52).

¹²⁴ Dies betont BVerfGE 96, 120 (Bayerische Regelung und Art. 12 GG), Ls. 2a ("zum Schutzkonzept für das ungeborene Leben gehört auch, daß jede Schwangere in der Nähe des Wohnsitzes eine intensive ärztliche Beratung und gegebenenfalls eine kompetente ärztliche Versorgung erlangen kann", dazu *S. Raasch* KJ 1997, 310, auch BVerfGE 115, 25 (45); BVerfG v.29. 11. 2007, 1 BvR 2496/07, Abs. 34; aber auch BVerfG v. 28. 2. 2007, 1 BvL 5/03 Abs. 40 ("auch Art. 6 Abs. 1 GG ist nicht berührt, weil ihm – auch in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip – keine verfassungsrechtliche Verpflichtung des Gesetzgebers entnommen werden kann, die Entstehung einer Familie durch medizinische Maßnahmen der künstlichen Befruchtung mit den Mitteln der gesetzlichen Krankenversicherung zu fördern").

¹²⁵ Die staatliche Gewährleistungsverantwortung für die Chance auf eigenständige Sicherung lässt sich aus Art. 2 Abs. 2 S. 1, 3 Abs. 2 und 6 Abs. 1 und auch Art. 12 GG iVm Art. 20 GG herleiten; vgl. BVerfGE 88, 203 (260f.); 99, 216 (234). Sie findet sich auch in Art. 1 Nr. 2, auch 16 ESC. Die Kinderrechtskonvention verpflichtet unter dem Vorbehalt des Möglichen zum Ausbau von Institutionen, Einrichtungen und Diensten zur Kinderbetreuung (Art. 18 Abs. 2) und zu Maßnahmen, die ein Recht für Kinder berufstätiger Eltern zur Nutzung von Kinderbetreuungsdiensten und -einrichtungen sicherstellen (Art. 18 Abs. 3). Art. 24 verlangt die Sicherstellung der Gesundheitsvorsorge für das Kind, für Mütter vor und nach der Entbindung, Information und Beratung von Eltern, Art. 26, 27 das Recht des Kindes auf Leistungen der sozialen Sicherheit, einen der körperlichen, geistigen, seelischen, sittlichen und sozialen Entwicklung des Kindes angemessenen Lebensstandard, auf Förderung der Bildung (Art. 28) und auf Hilfe und Unterstützung für Mütter und eheliche wie nichteheliche Kinder (Art. 25 Abs. 2).

¹²⁶ Die Legitimation ergibt sich aus Art. 20 Abs. 1 iVm Art. 6 Abs. 1 GG. Vgl. BVerfGE 87, 1 (35 f.), 103, 242 (259). Bei den Transferleistungen ist die pauschale Berechnung diffuser familiärer Leistungen problematisch; auch hier gilt der Vorrang der

So lässt sich rechtlich anerkennen, dass Familie sozial und insbesondere entwicklungspsychologisch unverzichtbar ist, aber eben in jeder Form der Fürsorgegemeinschaft von Erwachsenen mit Kindern¹²⁷, also z.B. keinesfalls zwingend in der Ehe¹²⁸. Selbstverwirklichung oder Au-

individuellen Lastengerechtigkeit. Aber: "Ein Gebot, Familien vollumfänglich von den tatsächlichen ökonomischen und Opportunitätskosten des Aufziehens von Kindern zu entlasten, ist der Verfassung nicht zu entnehmen."; M. Schuler-Harms Familienleistungsausgleich als Herausforderung an das Verfassungsrecht (im Erscheinen); s.a. M. Heintzen HdbGRe II, 2006 § 50 Rn. 57 (Das in Art. 6 Abs. 1 GG statuierte "Fördergebot hat keinen festen Inhalt und lässt dem Gesetzgeber Spielraum"). Auch ein diffuses Prinzip der Generationengerechtigkeit sollte hier nicht zu einem Gebot der Familiengerechtigkeit in einer kommodifizierenden Variante von Leistungsgerechtigkeit gemacht werden. Der Opportunitätskostenansatz, nach dem die Entscheidung für Kinder davon abhängt, wie hoch die Verluste sind, verkürzt den Lebenssachverhalt monetär, wird aber familienpolitisch favorisiert, weshalb die Terminologie von Lasten zu Leistung wechselt. Vgl. B. Rürup/S. Gruescu Gutachten für BMFSFJ, 2003, 66; F. Brosius-Gersdorf NJW 2007, 177; U. Steiner NZS 2004, 505 (507) ("Vorteils-Nachteils-Ausgleich"); U. Becker JZ 2004, 929 (934f.); T. Kingreen JZ 2004, 938 (944ff.) ("Symmetrie des Gebens und Nehmens"); kritischer K. Scheiwe/C. Fuchsloch ZRP 2006, 37; auch I. Gerlach in: J. Althammer/U. Klammer (Hrsg.) Ehe und Familie in der Steuerrechtsund Sozialrechtsordnung, 2006, 13 f. mwN; und differenzierend zur ökonomischen Sicht des Sozialen H.-F. Zacher HStR I, 2. Aufl. 1995, § 25 Rn. 68f. Der sonst betonte Respekt vor individuellen Entscheidungen sollte auch hier gelten, BVerfGE 99, 216 (231 f.) (Der Staat habe "die Familiengemeinschaft sowohl im immateriell-persönlichen als auch im materiell-wirtschaftlichen Bereich in ihrer jeweiligen eigenständigen und selbstverantwortlichen Ausgestaltung zu respektieren (...). Demgemäß dürfen die Eltern ihr familiäres Leben nach ihren Vorstellungen planen und verwirklichen und insbesondere in ihrer Erziehungsverantwortung entscheiden, ob und in welchem Entwicklungsstadium das Kind" von wem erzogen wird.)

¹²⁷ Über die Funktionen von Familie besteht weithin Einigkeit, die endet, wenn Familie dann folgerichtig auch von der Ehe entkoppelt wird (dazu schon oben). Zur Vielfalt der Formen u.a. *R. Nave-Herz* Familie heute, 2007.

128 Das garantiert auch die negative Freiheit, eine Ehe trotz Kinderwunsches nicht zu schließen. Sie wird verletzt durch Zugangsverbote zur Fertilität ökonomischer, berufsrechtlicher oder auch gesetzlicher Art, die heute lesbische, behinderte und ausländische Frauen und Frauen zu geringen oder zu hohen Alters treffen (§ 27 a SGB V: nicht unter 25, Frauen nicht über 40, Männer nicht über 50); BVerfG 28. 2. 2007 1 BvL 5/03 (Beschränkung der GKV-Leistungen auf Ehepaare); BSG SozSich 2003, 66 (Kostenerstattung für künstliche Befruchtung einer verheirateten Frau durch gesetzliche Krankenkasse); BSG v. 07. 01. 2005 Az. B 1 KR 93/03 B (Kostenübernahme für künstliche Befruchtung einer unverheirateten Frau durch die gesetzliche Krankenversicherung), aber BFH, FamRZ 2005, 1990 (kein Abzug von Aufwendungen für künstliche Befruchtungen einer unverheirateten Frau); dazu W. Greite FR 2007, 1124. Väterrechte werden demgegenüber ausdrücklich unabhängig von der Ehe anerkannt; vgl. BVerfGE 92, 158. Zu den Problemen I. M. Iso in: K. Arioli u. a. (Hrsg.) Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht?, 2008, 267; E. Parens/A. Asch (eds.) Prenatal Testing and Disability Rights, 2000; A. Waldschmidt in: S. Graumann/I. Schneider (Hrsg.) Verkörperte Tech-

Anliegen.

tonomie sind dazu keine Antithese, sondern Familie ist idealiter Resultat von Freiheitsgebrauch¹²⁹. Der Staat darf Familien gerade aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht "präformieren"¹³⁰ oder gar instrumentalisieren¹³¹. In der deutschen Verfassungsrechtswissenschaft sind zwar noch einige Hürden zu nehmen, bevor das auch dogmatisch durchgängig gilt. Noch finden sich, wie *Simitis* es nannte, "mehr oder minder offenkundige Hypostasierungen"¹³². So wird der Mythos von der Keimzelle immer noch in eine fixe Institution übersetzt¹³³, in eine

nik – Entkörperte Frau, 2003, 95; *G. Scherer* "Ein solches Kind braucht man heute nicht mehr zu bekommen", 1996; auch *S. Simitis* JZ 2008, 693. I.Ü. *A. Hieb* Die gespaltene Mutterschaft im Spiegel des deutschen Verfassungsrechts, 2005. Anders *P. Kirchhof* NJW 2002, 3677 (3679): Ehe und Familie als "Bedingungen der Freiheitlichkeit". Verfassungsdogmatisch prägend ist aber der Wechsel von Art. 119 WRV ("Die Ehe ... als Grundlage des Familienlebens") zu Art. 6 GG.

¹²⁹ Dagegen G. Roellecke JZ 1990, 877; ders. ZRP 1989, 21 (24); in diese Richtung J. Kersten DV 2007, 309 (318f.); F. Brosius-Gersdorf NJW 2007, 177 (181f.); aus rechtsvergleichender Sicht M. Schuler-Harms in: K Scheiwe/M. Schuler-Harms Aktuelle Rechtsfragen der Familienpolitik aus vergleichender Sicht, 2008, 13. Menschenrechtlich R. Cook/B. Dickens/M. Fathalla Reproductive health and human rights, 2002.

 ¹³⁰ Begriff bei H. F. Zacher in: ders. Abhandlungen zum Sozialrecht, 2008, 555 (571).
 ¹³¹ P. Häberle Verfassungsschutz der Familie – Familienpolitik im Verfassungsstaat,
 1984, 56, auch zu grundrechtlichen Grenzen von legitimen bevölkerungspolitischen

¹³² S. Simitis in: ders./G. Zenz (Hrsg.) Familie und Familienrecht I, 1975, 15 (16, 49), auch mit Hinweisen auf Generalklauseln und offene Begriffe wie Härte oder Kindeswohl als "Duchgangsstationen für Vorurteile". Zur Geschichte mwN H. Steiger, VVDStRL 45 (1987) 65. F.-X. Kaufmann Schrumpfende Gesellschaft, 2005, spricht von der "Verknüpfung von familialen, ökonomischen und politischen Leitbildern männlicher Dominanz"; gerade in Deutschland, das seit der Barockzeit einen ausgeprägten Paternalismus pflege (146). Mit Gleichstellung, die auch Nachwuchs begünstige, stünden "strukturelle Eigenarten unseres Wirtschaftssystems" (152) zur Diskussion: "Wir müssen tief in die Selbstverständlichkeiten unseres gesellschaftlichen Lebens blicken, um die strukturelle Benachteiligung von Menschen zu verstehen, die heute Elternverantwortung übernehmen", weil die Ausdifferenzierung in autopoeitische Teilsysteme für das vormoderne System Familie eben Folgen habe. Familienpolitik müsse Ambivalenzen aushalten: Partner/Elternschaft, Emanzipation/Mutter, Beruf/Familie, Privat/ Öffentlich, Erziehung in/außerhalb der Familie (183). Eine gewisse Neigung zur ideologisierten Aufladung mag neben der tradierten Abwertung des Familienrechts als weichem, weniger interessantem, auch schlecht bezahltem Rechtsgebiet ein Grund dafür sein, dass Art. 6 GG nicht zu den Freiheitsrechten größter Durchdringung gehört; vgl. P. Häberle Verfassungsschutz der Familie - Familienpolitik im Verfassungsstaat, 1984. 133 BVerfGE 10, 59 (66); 53, 124 (145); 62, 323 (330) (Familie sei "in ihrem Kern un-

¹³³ BVerfGE 10, 59 (66); 53, 124 (145); 62, 323 (330) (Familie sei "in ihrem Kern unverändert"); sie wird als schematische Einheit mit anderen verglichen; BVerfGE 82, 60; 87, 1; 94, 241. S.a. BVerfGE 6, 55 (71); 24, 119 (149) (Ehe und Familie als "Keimzelle der Gesellschaft") ohne eine Textbasis. Das Denken in der Institution, nicht für Personen ist das größte Problem; so schon *S. Simitis* in: ders./G. Zenz (Hrsg.) Familie und Famili-

äußerst relative Freiheit im Schatten des Leviathan¹³⁴. Oder Reproduktion wird an die Ehe gekoppelt¹³⁵ und die Ehe wiederum auch privile-

enrecht I, 1975, 15 (18f.): grds. auch B. Rüthers Institutionelles Rechtsdenken, 1970. Hegel und Savigny relativieren damit Kant; dazu mwN H. Steiger, VVDStRL 45 (1987), 55 (66f.). Kritisch M. Schuler-Harms Familienleistungsausgleich als Herausforderung an das Verfassungsrecht (im Erscheinen) (: "Hinter dieser Rechtsprechung scheint erneut das traditionale Familienleitbild der bürgerlichen, d.h. auf Ehelichkeit und Rollenteilung gründenden Familie auf.") Vgl. G. Roellecke FS Isensee, 2007, 29 (33). Die geschlechtsbezogene Diskriminierung hat eine lange Tradition, denn im staatstheoretisch relevanten Leitbild ist der leibliche besitzende Vater Oberhaupt und das Volk die Kinder, die Mutter kommt dienstleistend nicht vor oder ist zum Symbol erstarrt, wie zB bei Aristoteles Nikomachische Ethik, Buch VIII, 12 (das Verhältnis Mann-Frau sei aristokratisch), anders aber neben J.S. Mill auch W. v. Humboldt Idee zu einem Versuch, die Grenze der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen, 1792 (Ehe und Familie als "natürlichste" aller menschlichen Verbindungen, aber doch vertraglich zu regeln); zur Ideengeschichte S. Moller Okin Justice, Gender and the Family, 1989. Heutige Ein- und Vorstellungen sind in Deutschland stark im Fluss; dazu W. Ludwig-Mayerhofer/J. Allmendinger in: I. Leitner/I. Ostner/M. Schratzenstaller (Hrsg.) Wohlfahrtsstaat und Geschlechterverhältnis im Umbruch, 2004, 85 ff.; A. Scheuer/J. Dittmann GESIS-ZUMA, Informationsdienst Soziale Indikatoren, 38 (2007), 4; kulturwissenschaftlich B. Vinken Die deutsche Mutter, 2001; im Vergleich mit Frankreich C. Onnen-Isemann APuZ 44 (2003), 13. Familienrecht ist damit zwar weitgehend im Privatrecht als im Bereich der Freiheit angesiedelt, aber doch von den Eckpfeilern der Hierarchie und Autokratie geprägt; S. Simitis in: S. Simitis/G. Zenz (Hrsg.) Familie und Familienrecht I, 1975, 120 (124). Institutionelles Denken limitiert auch das ansonsten emanzipatorische Lebenspartnerschaftsrecht bei fehlender Anerkennung nichtehelicher oder nicht-verpartneter Lebensgemeinschaften. Hier unterscheiden sich familialistische und defamilialistische Politiken, denn letztere setzen auf Individuen (crowding out) und neue Reziprozität (crowding in); zu den Modellen A. Blome/W. Keck/J. Alber Generationsbeziehungen im Wohlfahrtsstaat, 2008, 41, 43.

¹³⁴ Das wird auch im Kinder- und Jugendhilferecht deutlich, das immer im Spannungsfeld zwischen Bevormundung und Unterstützung steht. Erst im Jahr 2000 ist allerdings die Gewaltfreiheit als Erziehungsprinzip rechtlich anerkannt worden, die staatliche Fürsorge reicht viel weiter zurück. Vgl. § 1631 BGB, mit schwächeren Vorläufern 1979 und 1997; dazu *I. Gerlach* in: J. Althammer/U. Klammer (Hrsg.) Ehe und Familie in der Steuerrechts- und Sozialrechtsordnung, 2006, 8f. Gegen die Lebenspartnerschaft wird aber auch das Institut selbst wieder verteidigt; dagegen *M. Bruns* JZ 2002, 291; *S. Stüber* in: Bruns/Kemper LPartG, 2. Aufl. 2006, Einf.

135 Überzeugend *T. Kingreen* Die verfassungsrechtliche Stellung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, 1995; ferner *M. Dittberner* Lebenspartnerschaft und Kindschaftsrecht, 2004. Problematisch dagegen: BVerfG, NJW 1993, 3058 (Ehe als konstitutives Element der Familie); BFH 21. 4. 2006, III B 153/05 (kein Kindergeld für Kinder der Lebenspartnerschaft); BVerfG v. 28. 2. 2007, 1 BvL 5/03, und LSG Berlin v. 24. 06. 2003, Az. L 9 KR 28/02. (Beschränkung für künstliche Befruchtung auf Ehepaare); auch *M. Burgi* Der Staat 39 (2000), 487; *P. Kirchhof* FPR 2003, 436; *H. Lecheler* HStR VI, 2001, § 133; exemplarisch *G. Robbers* in: v. Mangoldt/Klein/Starck GG I, 5. Aufl. 2005, Art. 6 (Rn. 18: Ehe und Familie als Leitbild der Verfassung, da "positiv empfundene Normali-

giert, wenn es keine Kinder in ihr gibt¹³⁶. Oder es wird gefordert, Nachwuchs schichtspezifisch zu fördern¹³⁷. Doch gibt es Silberstreifen am Horizont – wie die Elternzeit auch für Väter –, und das Verfassungsrecht ist wohl im Zustand der Morgenröte¹³⁸. Wichtiger wird künftig das Eu-

tät", aus Ehen würden "grundsätzlich Kinder hervorgehen"; Rn. 46: Sinn des Art. 6 I sei es auch, "das Weiterleben der Gesellschaft zu sichern"); *H. Hofmann* in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf GG I, 11. Aufl. 2006, Art. 6 Rn. 17, 22 ("Priviligierung von Ehe und Familie durch Art. 6 I GG beruht auf bevölkerungspolitischen Erwägungen"). Ambivalent *R. Gröschner* in: Dreier GG I, 2. Aufl. 2004, Art. 6 Rn. 12 (institutioneller Schutz ehelicher Fortpflanzungsmöglichkeit von individuellen Umständen, Fähigkeiten und Orientierungen unabhängig und daher eine Diskreditierung von Homosexualität nicht möglich; aber Rn. 49 für eine funktionale Auslegung der Ehe mit Blick auf die Reproduktionsfunktion); *H. Sodan* Künstliche Befruchtung und gesetzliche Krankenversicherung, 2006 (aber für Kostenerstattung für Unverheiratete). Beachtlich BVerfGE 49, 300 (Fortpflanzungsfähigkeit keine Voraussetzung für Eheschließung). Für offene Familienbegriffe s.a. *D. Suhr* Der Staat, 1990, 69; *K. Sander* KJ 2006, 303; *N. Dethloff* ZRP 2004, 195.

EStG. Das BVerfG rechtfertigt die Privilegierung der Ehe auch gegenüber Alleinerziehenden; BVerfGE 61, 319 (348ff.), ebenso P. Kirchhof ZRP 2003, 73; der BFH auch gegenüber der Lebenspartnerschaft; BFH v. 19. 10. 2006, III R 29/96, was das BVerfG auch für die Erbschaftsteuer bejaht (BVerfG v. 7. 11. 2007, 1 BvR 2464/07), der BGH für die Altersvorsorge, weil Fortpflanzung die Zukunftsfähigkeit der Gesellschaft sichere, obwohl diese ja eben nicht zwingend erfolgt (BGH IV ZR 267/04 v. 14. 02. 2007, auch BVerwG 25. 7. 2007, 6 C 27/06 zum Kammerrecht). Überzeugend gegen das Splitting F. Vollmer Das Ehegattensplitting, 1998; U. Mückenberger/U. Spangenberg/K. Warncke Familienförderung und Gender Mainstreaming im Steuerrecht, 2007, 48ff., 228f.; auch U. Sacksofsky NJW 2000, 1896 und FPR 2003, 395. Auch ein "Familienzuschlag" lässt sich für die Ehe nicht sachlich begründen, zudem müsste ein solcher auf Partnerschaften ausgedehnt werden, wenn es genügt, dass zwei Erwachsene sich binden; dazu S. Stüber NJW 2006, 1774 zu BVerwG AZ 2 C 43/04 v. 26. 01. 2006; auch BVerfG v. 6. 5. 2008, 2 BvR 1830/06. Die Gerichte argumentieren mit einer rechtlichen Unvergleichbarkeit, damit aber im Zirkelschluss; die entscheidende tatsächliche Vergleichbarkeit zwischen Ehe und Lebenspartnerschaft ist gegeben.

¹³⁷ Diese Tendenz zeigt sich nicht nur argumentativ, sondern auch in den Regulierungstechniken, insofern Steuerprivilegien Kinder relativ zur sozialen Schicht fördern. Oft wird auf "Leistungsträger" abgehoben, was aber dazu führt, dass sich die in Deutschland ausgeprägte Vererbung der Schichtzugehörigkeit verfestigt, wohingegen demografisch eine Durchlässigkeit auch der Schichten weit wünschenswerter ist. Vgl. *U. Di Fabio* NJW 2003, 993 (997 f.) und Die Kultur der Freiheit, 2005, insbes. 131 ff. Er verortet Erziehung unersetzbar in biologisch gedachten Elternhäusern; sieht insbesondere in zu wenig Nachwuchs bei Akademikern, was künftig Wertverlust- und damit auch Integrationsprobleme bringe und markiert die neue soziale Frage als eine nach "generativer Ungerechtigkeit" zwischen Kinderlosen und Eltern.

¹³⁸ Es fehlt die konsequente Entwicklung "from status to contract" (*H. S. Maine* Ancient Law, 1861), d.h. die durchweg vertragliche Gestaltung von Familienbeziehungen; wegweisend *I. Schwenzer* FamRZ 36 (1989), 685; *dies.* in: S. Baer/J. Lepperhoff (Hrsg.) Gleichberechtigte Familien?, 2007, 143; *G. Zenz* KritV 2004, 281. Zeichen für Verände-

roparecht, das mit Teilkompetenzen insbesondere die Gleichberechtigung, die Freizügigkeit und die soziale Sicherung von Menschen mit Kindern betont¹³⁹. Eine systematische Orientierung auf individuelle reproduktive Rechte steht also an.

B. Die Zuwanderung: Migration

Eine weitere Reaktion auf demografisch nationale Krisenszenarien lautet "mehr Zuwanderung". Gründe, Motive und Anlässe von auch zirkulärer Migration sind allerdings ebenso wie Routen, Stationen und Ziele sehr vielfältig und komplex. Darüber täuschen kollektivistische und selbstbezüglich-ethnozentrische Kodierungen der Migration als Sicherheitsproblem, als demografische Krise, als Chance auf mehr Humankapital oder als Chance auf Vielfalt eher hinweg. Für manche ist Migration dann zwingend, für andere gefährlich und ordnend zu kanalisieren¹⁴⁰.

rungen finden sich beim Absehen vom Erfordernis der Ehelosigkeit für Transsexuelle; BVerfG v. 27. 5. 2008, 1 BvL 10/05; zur dort auch sonst weniger geschlechtsfixierten Haltung, mwN *L. Adamietz* KJ 2006, 368.

139 U.a. RL 96/34/EG zu der Rahmenvereinbarung über Elternurlaub; RL 92/ 85/EWG über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen; Richtlinie 79/7/EWG zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit; RL 86/378/EWG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit; RL 86/613/EWG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit; i.Ü. M. Schuler-Harms Familienleistungsausgleich als Herausforderung an das Verfassungsrecht (im Erscheinen), 233 ff. Zur europäischen Familienpolitik bereits H.-G. Krüsselberg/R. Strätling in: H. Gröner/A. Schüller (Hrsg.) Die europäische Integration als ordnungspolitische Aufgabe, 1993, 397; Beiträge in F.-X. Kaufmann u.a. (eds.) Family Life and Family Policies, vol. 1, 1997 und vol. 2, 2002. Die EU hat im September 1989 die "Europäische Beobachtungsstelle für Nationale Familienpolitiken" eingerichtet (KOM (89) 363 endg.). Eher kritisch J. Lewis Social Politics 2001, 152; A. Rüling Zs Frauenforschung und Geschlechterstudien 25 (2007), 22; aus der Perspektive der nordischen Länder A. Pylkkänen Fem Leg Stud 15 (2007), 289 (302). Die Kommission betont, es bedürfe einer Politik, die "i) die Ungleichheit der Chancen von Bürgern mit Kindern und ohne Kinder zu verringern, ii) einen allgemeinen Zugang zu Hilfsleistungen für Eltern zu bieten, insbesondere, was die Erziehung und Betreuung von Kleinkindern betrifft, iii) die Arbeitszeit so zu gestalten, dass Männern wie Frauen bessere Möglichkeiten für lebenslanges Lernen und die Vereinbarung von Privat- und Berufsleben geboten werden."; KOM (2006) 571, endgültig.

¹⁴⁰ Einerseits *G. Frankenberg* Die Verfassung der Republik, 1999, 43; andererseits *J. Isensee* Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, VVDStRL 32 (1974), 58f., 64, 69 und dagegen *B.-O. Bryde* JZ 1989, 257. Zur eu-

"Der Fremde" ist interessant, aber auch gefürchtet¹⁴¹ und nur selektiv begehrt; Zuwanderung i.S.d. Wirtschaftsmigration ist demografisch gewünscht, aber Nation, Volk oder Leitkultur sind es auch¹⁴². Der Gesetzgeber reagiert auf demografische Veränderungen¹⁴³ entsprechend ambi-

ropäischen Debatte *R. Hofmann/T. Löhr* (Hrsg.) Europäische Einwanderungspolitik, 2008. Nur wenige rufen auch demografisch ganz konsequent nach offenen Grenzen, die Staaten in eine echte Standortkonkurrenz versetzen würden; in der EU ist das mit Hilfe der Grundfreiheiten Realität. Vgl. *I. S. Roellecke* Gerechte Einwanderungs- und Staatsangehörigkeitskriterien, 1999.

¹⁴¹ H. Bielefeld spricht von "Mixophobie" in: ders. (Hrsg.) Das Eigene und das Fremde, 1998, 103. Hinweise auf die Ängste finden sich auch bei U. Häußler in: K. Sahlfeld ua (Hrsg.) Integration und Recht, 43. AssÖR, 2003, 53 (64); U. Davy ZAR 2004, 231, negative Annahmen zur Zunahme der Ausländeranteile und des Islam zB bei M. Heintzen HdbGRe II, 2006 § 50 Rn. 60 ("abschreckende" Gleichstellung in der Schule); auch H. Quaritsch HStR V, 1992, § 120 Rn. 109 ("Notwendigkeit der Kanalisierung, Dosierung und Kontrolle"). Zum "fremdenrechtlichen Aktionsspielraum" ders. Rn. 38, 88. Vgl. auch die impliziten Annahmen bei R. Grawert HStR I, 1987, § 14 (vorstaatlich in Rn. 3, rechtlich in Rn. 20, anders dann Rn 34: EU-Wahlrechte "nur eine Funktionsmitwirkung" und "jedenfalls keine Erweiterung des deutschen Volksbegriffes"). Regelungen zur Staatsangehörigkeit haben eine lange durchaus auch problematische Tradition, in der sich Rassismus und Sexismus verschränken. ZB regelte 1904 ein neuer § 5a Reichsgesetz die Nichtigkeit der Ehe mit weißen Frauen und bei Ehen mit weißen Männern die Nichteinbürgerung der Frau; gleichzeitig wurde heftig über die Regelung gestritten, nach der Frauen die deutsche Staatsangehörigkeit bei Heirat mit Ausländern verloren. Trotz liberaler Vorstöße in der Weimarer Republik blieben die Gouverneursverordnungen zum Verbot von Mischehen (Ehen mit weißen Männern führten für diese zum Bürgerrechtsverlust) bestehen. Wesentlich ging es 1913 auch um ein Ende der Einbürgerungen von Polen und Juden. In der DDR war aus ideologischen Gründen die Ehe mit dem Klassenfeind genehmigungspflichtig. Vgl. F. El Tayeb Schwarze Deutsche, 2001, 60 (92 ff., 122); I. v. Münch Die deutsche Staatsangehörigkeit, 2007, 17 ff.

¹⁴² Wer jemals dachte, dass Ethnizität im Sinne kollektiv gebundener Selbstverständnisse von Individuen an Bedeutung verliert, hat sich jedenfalls geirrt. Dazu gehören mehr oder minder deutlich M. Weber, N. Luhmann, T. Parsons; dagegen mwN J. Esser ZSoz 1988, 235; auch N.Glazer/D. Moynihan (eds.) Beyond the Melting Pot, 1976, 75; R. Brubaker Ethnizität ohne Gruppen, 2007. Zur Leitkultur N. Lammert (Hrsg.) Verfassung – Patriotismus – Leitkultur, 2006; juristisch essentialisierend A. Uhle Freiheitlicher Verfassungsstaat und kulturelle Identität, 2004. Andere und offenere kollektive (und damit nicht zwingend kollektivistische) Forderungen richten sich auf Solidarität oder Gemeinsinn, deren Konzeption jedoch ebenfalls auf Vielfalt, nicht auf Einheit zielen müsste. Exemplarisch steht dafür die Debatte um die europäische Identität oder auch den Verfassungspatriotismus; vgl. A.v. Bogdandy Europäische und nationale Identität? Integration durch Verfassungsrecht, VVDStRL 62 (2003) 156. S.a. § 288 Abs. 1 SGB III und zum Problem einer Kollision mit dem GG, die über Art. 2 GG im Rahmen der Abwägung zu lösen sei, M. Heintzen HdBGR II, 2006 § 50 Rn. 45 ff.; A. Siehr Die Deutschenrechte des Grundgesetzes, 2001, 479 ff.

¹⁴³ Auch die Staatsangehörigkeit verliert angesichts der Menschenrechte an Bedeutung. Menschen, die in der EU leben, dürfen sich mit Petitionen beschweren, Art. 194,

valent. Migrationsrecht ist damit als Thema aktuell¹⁴⁴, gesetzgebungskünstlerisch nicht sehr erfreulich, ideologisch kontrovers¹⁴⁵, philosophisch wenig durchdrungen¹⁴⁶, institutionell erst sukzessive erschlossen¹⁴⁷, rechtswissenschaftlich lange vernachlässigt¹⁴⁸. Mit Blick auf

195 sowie 21 EG, Art. 17 GG, und haben ein Recht auf Übersetzung vor Gericht, Art. 6 III e EMRK, Art. 14 III f IPBPR. Recht steuert Migration zudem nur in Maßen, denn viele Menschen wandern relativ unabhängig von geltenden Regeln, die jedoch Wege des Zugangs verändern, zB direkte Einwanderungsoptionen oder Familiennachzug, Zugangsregeln qua Geburt usw. Im Vergleich türkischer Migration A. Böcker/K. Groenendijk FS Thränhardt, 2006, 167 ("dass die Wirkung der unsichtbaren Hand des Marktes viel deutlicher und öfter wahrnehmbar ist als die Effekte der sichtbaren Hand der Ausländerpolitik", 187, auch 192). Demografische Argumente finden sich nicht nur bei H.-O. Henkel ZAR 2003, 124, sondern auch bei R. Grawert HStR I, 1987, § 14 Rn. 54, 66; F. Schnapp/P.Kostorz ZAR 2002, 163; E. Eichenhofer ZAR 2008, 81 (der davon ausgeht, dass mit den EU-Initiativen die allgemeine Staatslehre neu zu schreiben sei, 83, was aber wohl nur für einen essentialistischen Teil derselben gelten dürfte); auch G. Frankenberg Die Verfassung der Republik, 1999, 43; zur Unklarheit mwN D. Thym in: R. Hofmann/T. Löhr (Hrsg.) Europäische Einwanderungspolitik, 2008, 183 (201); G. Steinmann ZAR 2007, 222; K. Barwig/U. Davy (Hrsg.) Auf dem Weg zur Rechtsgleichheit?, 2004.

¹⁴⁴ Auch das ist nicht neu – auch 1913 ging es um "Gewinn für Deutschland" durch Einbürgerungen; *I. v. Münch* Die deutsche Staatsangehörigkeit, 2007, 28 mwN. Damals wie künftig war es Angst vor den "chinesischen Kulis" (Abg. Becker, Ver. des Reichstages). Zur Bedeutung von Antidiskriminierungspolitik heute *O. Schmidtke* FS Thränhardt, 2006, 364 mwN.

¹⁴⁵ K. Schönwalder u.a. (Hrsg.) Politische Steuerung von Integrationsprozessen, 2006; mwN auch J. Masing Wandel im Staatsangehörigkeitsrecht vor den Herausforderungen moderner Migration, 2001, 21.

¹⁴⁶ Zu einer zuwanderungspolitischen Mininalgerechtigkeit, die sich aus einem globalen Prinzip der reziproken Verpflichtung ergibt, mwN A. Märker Europäische Zuwanderungspolitik und globale Gerechtigkeit, 2004; grundlegend auch J. Carens Culture, Citizenship and Community, 2000; J. Rawls in: S. Shute/S. Hurley (eds.) Die Idee der Menschenrechte, 1996, 53; D. Gosewinkel Einbürgern und Ausschließen, 2001.

¹⁴⁷ Es gibt kein Ressort für Migration, in Kommunen Ausländerbeiräte, jüngst einen Nationalen Integrationsplan mit über 400 Selbstverpflichtungen aller Beteiligten aus Staat und Zivilgesellschaft zur Integration als Querschnittsaufgabe, eine Islamkonferenz und einen Integrationsgipfel.

¹⁴⁸ Das war auch Ausgangsbefund der Assistententagung ÖffR Luzern 2003. Materiell und positiv wird Zuwanderung erst im Zuge der demografischen Skandalisierung bzw. ökonomischen Bedarfslage thematisiert. Entsprechend dünn ist die Lage im verfassungsrechtlichen Schrifttum. Grds. A. Wallrabenstein Das Verfassungsrecht der Staatsangehörigkeit, 1999; A. Siehr Die Deutschenrechte des Grundgesetzes, 2001; S. Korioth Europäische und nationale Identität? Integration durch Verfassungsrecht, VVDStRL 62 (2003) 117; früh B.-O. Bryde (Hrsg.) Das Recht und die Fremden, 1994. Auch Kommentierungen werden weithin der Praxis überlassen, Ausnahmen aber G. Renner, K. Hailbronner, R. Hofmann, U. Davy. In den Sozialwissenschaften kanonisch W. Kymlicka Multicultural Citizenship, 1995, im Gegensatz zu S. Huntington Kampf der

demografische Debatten stellen sich zwei Kernfragen: Wie darf ein Staat Zuwanderung steuern und was dürfen dann die, die gekommen sind? Industrieländer regulieren zunehmend Arbeitsmigration¹⁴⁹. Deutschland hat sich zwar lange gegen aktive Einwanderungspolitik gewehrt, bewegt sich jetzt aber¹⁵⁰. Das Aufenthaltsgesetz¹⁵¹ hat die Wende von der Abschottung zur selektiven Anwerbung eingeleitet; betont werden allerdings auch Anpassung, Sicherheit und Kontrolle¹⁵². Völker- und verfas-

Kulturen, 1996; im Überblick S. May/T. Modood/J. Squires in: dies. (eds.) Ethnicity, Nationalty and Minority Rights, 2004, 1; für Deutschland U. Davy/A. Weber (Hrsg.) Paradigmenwechsel in Einwanderungsfragen?, 2006.

¹⁴⁹ Die EU will sich in Migrationsfragen orientieren an Wohlstand (klare, transparente und faire Regeln, besserer Ausgleich zwischen Qualifikationen und Bedarf, Integration); Solidarität (Transparenz, Vertrauen und Zusammenarbeit, effiziente und kohärente Verwendung der verfügbaren Mittel, Partnerschaft mit Drittländern); Sicherheit (eine Visumpolitik im Interesse Europas und seiner Partner, integrierte Grenzverwaltung, verstärkte Bekämpfung der illegalen Einwanderung und Null-Toleranz gegenüber Menschenhandel, wirksame und nachhaltige Rückführungsmaßnahmen); Mittlg. an die Presse 2887. Tagung des Rates, Justiz und Inneres, Brüssel, 24./ 25. 7. 2008. Zur Sicherheit M. Schmid-Drüner Der Begriff der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Einwanderungsrecht ausgewählter EU-Mitgliedsstaaten, 2007; dazu auch W.A. Cornelius et.al. (eds.) Controlling Immigration, 1994. Allerdings haben sich die USA und Kanada, aber auch Großbritannien, Italien oder Griechenland entschiedener und früher auf diesen Weg begeben als wir. Im Überblick Bertelsmann Stiftung/Migration Policy Institute Transationale Perspektiven, 2008. Im internationalen Vergleich sind Regelungen sehr uneinheitlich; das führt auch zu "perversen" Effekten, die Menschen oder auch Staaten ausnutzen können. Beispiele bei R. Bauböck FS Thränhardt, 2006, 129. Diskutiert werden insbesondere unterschiedliche Konzepte von Bürgerschaft, u.a. "interaktive" oder auch "fuzzy citizenship"; auch dazu R. Bauböck Transnational Citizenship, 1994; S. Benhabib Transformation of Citizenship, 2001; S. Baer "Der Bürger" im Verwaltungsrecht, 2006, 7–32.

¹⁵⁰ Der Vorschlag für ein Punktesystem fand im deutschen Gesetzgebungsverfahren bislang keine Mehrheit; die EU "blue card" wurde von deutscher Seite bekämpft bzw. (auf der EU-Ministerkonferenz September 2008) die Kriterien verschärft; vgl. C. Storr/C. Kreuzer in: C. Storr u.a. ZuwR, 2008, vor § 18 Rn. 1 ff. mwN. S.a. Vorschlag für eine RL über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zur Ausübung einer hochqualifizierten Beschäftigung, COM (2007) 637 2007/0228/CNS. Vgl. für Alter, Gesundheitszustand und Vermögensverhältnisse in einem Punktesystem F. Schnapp/P. Kostorz ZAR 2002, 163; die EU Innenministerkonferenz im September 2008 stellt hier die Weichen auf Zuwanderung nach ökonomischen Kriterien.

¹⁵¹ Staatsangehörigkeitsrecht steuert bislang finale Migration, nicht aber die quantiativ bedeutsamere sukzessive Wanderung, *J. Masing* Wandel im Staatsangehörigkeitsrecht vor den Herausforderungen moderner Migration, 2001, 21. Für sukzessive Wanderungen gilt ein komplexes Regelungsgeflecht. Dazu gehört das Zivilrecht, das gegenüber der Migration nicht etwa "blind" ist (so *H. Quaritsch* HStR V, 1992, § 120 Rn. 57), sondern sich im Gesellschafts- und Handelsrecht der Globalisierung aktiv öffnet.

¹⁵² Der große Schritt bestand mit der Süssmuth-Kommission darin, die Tatsache der Einwanderung anzuerkennen; *BMI* (Hrsg.) Bericht der unabhängigen Kommission Zu-

sungsrechtlicher Ausgangspunkt ist weiterhin der abgeschottete, nicht der offene und werbende Staat; individuelle Ansprüche auf Zuwanderung werden grundsätzlich nicht anerkannt¹⁵³. Der Verfassungsstaat ist aber bei der Entscheidung über den Gebietszugang auch nicht frei¹⁵⁴. Er muss rechtsstaatlich handeln¹⁵⁵ und Völker- und Verfassungsrecht ebenso beachten¹⁵⁶ wie Europarecht¹⁵⁷.

wanderung – Zuwanderung gestalten, Integration fördern, 2001; Sachverständigenrat für Zuwanderung und Integration Migration und Integration – Erfahrungen nutzen, Neues wagen, 2004. Die Loslösung vom Nationalstaat ist allerdings überhaupt nichts Neues, sondern war zB Teil der Kolonialpolitik. Vgl. auch auch *U. Di Fabio* Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft, 2001. Heute werden Nicht-Deutsche nach dem GG in Abstufungen grundrechtlich geschützt; seit BVerfGE 49, 168 (184) nach Art. 2 Abs. 1 GG, während andere für Art. 3 Abs. 1 GG plädieren, *H. Quaritsch* HStR V, 1992, § 120 Rn. 114 ff, 120 f.; ich würde Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG stärken. I.Ü. A. Siehr Die Deutschenrechte des Grundgesetzes, 2001.

153 Zu unterscheiden sind Asyl (Art. 33 GFK und Refoulement-Verbot; dazu *M. Foster* International Refugee Law and Socio-Economic Rights, 2007), subsidiärer Schutz (zB Art. 3 EMRK, Art. 3 CAT) und Wirtschaftsmigration; der Familiennachzug liegt dazwischen. Ansprüche auf Gebietszugang können sich aus Art. 12 IPBPR ergeben; vgl. GC Nr. 27 (67) des Ausschusses für Menschenrechte von 1999; *U. Häußler* in: K. Sahlfeld u.a (Hrsg.) Integration und Recht, 43. AssÖR, 2003, 53 (74ff.). S.a. EGMR Abdulaziz ./. UK, EuGRZ 1985, 567. Wer zuwandert, hat auch keinen Anspruch, einzuwandern; differenzierend *A. Wallrabenstein* Das Verfassungsrecht der Staatsangehörigkeit, 1999, 87; *M. Heintzen* HdBGR II, 2006 § 50 Rn. 64. Ausnahmen sind Kinder, falls sie sonst staatenlos werden (Art. 7 III KinderRK). In der Praxis sind unbegleitete Kinder ein großes Problem (ca. 4% aller Asylsuchenden), weil sie große Probleme haben, aber oft nur als Problem wahrgenommen werden; dazu *I. Golden* in: K. Sahlfeld u.a (Hrsg.) Integration und Recht, 43. AssÖR, 2003, 99. Insges. dazu *R. Wolfrum* in: T. Giegerich/R. Wolfrum (Hrsg.) Einwanderungsrecht – national und international, 2001, 19.

¹⁵⁴ Die Freiheit gälte auch nur für die Arbeitsmigration. Dafür *M. Heintzen* HdbGRe II, 2006, § 50 Rn. 34, 53 f.; *J. Isensee*, VVDStRL 32 (1974) 49 (60 ff.). S.a. BVerfGE 76, 1 (68).

155 Daraus folgt die Begründungs- und Rechtsbehelfsbelehrungspflicht.

156 Deutsches Staatsangehörigkeitsrecht war bislang – mit Ausnahme des NS-Rechts – völkerrechtskompatibel, weil es neutral gestaltet war; dazu *G. Renner* ZAR 2004, 130 (133 f.); *M. Silagi* Vertreibung und Staatsangehörigkeit, 1999. Art. 3 GG bietet auch Schutz auch vor mittelbarer rassistischer Diskriminuierung; vgl. *J. Isensee*, VVDstRL 32 (1974) 49 (54); *M. Heintzen* HdBGR II, 2006 § 50 Rn. 61; anders *M. Gubelt* in: von Münch/Kunig GG, 5. Aufl. 2000, Art 3 Rn. 5. Lapidar *H. Quaritsch* HStR V, 1992, § 120 Rn. 10 (die hohe Erwerbslosigkeit von Ausländern sei jedenfalls keine Frage der Grundrechtsgeltung); s.a. Rn. 32. Wichtig sind über Art. 25 GG hier Art. 5 d II iVm 1 III RassismusK; weiter ETS No 166; *U. Häußler* in: K. Sahlfeld u.a (Hrsg.) Integration und Recht, 43. AssÖR, 2003, 53 (59); s.a. *R. Grawert* HStR I, 1987, § 14 Rn. 51; und die EMRK (dazu *U. Davy* ZAR 2004, 231 (234 f.), auch zum Widerstand des BVerwG gegen die Rechtsprechung aus Straßburg.

¹⁵⁷ Ein Leitmotiv ist wie in der EU die Befürchtung, die Wirtschaftskraft und der Lebens- und Versorgungsstandard lasse sich mit eigenen Staatsangehörigen nicht mehr halten. Die EU-Kompetenzen gehen auf Tampere 1999 zurück. Kompetenzen sind in

Welche Kriterien dürfen also demografisch motiviert bei der Zuwanderung als Filter benutzt werden? Menschenrechtlich verbietet sich eine Selektion nach der Religionszugehörigkeit wie auch nach Ethnizität oder Geschlecht¹⁵⁸. Deutsches Recht sortiert u.a. nach der Staatsangehörigkeit, bevorzugt also Angehörige bestimmter Staaten (§ 41 Abs. 1 AufenthaltsV). Das ist ein kollektivistischer Maßstab; grund- und menschenrechtlich geht das, wenn es nicht in rassistische Diskriminierung umschlägt¹⁵⁹. Über diesen Verdacht sind nur Kriterien erhaben, die sachlich orientiert bei Individuen ansetzen. Das wird bei den arbeits-

Art. 61 ff. EGV verankert; dazu A. Weber ZAR 2008, 55. Zu den Zielen: Grünbuch zur Wirtschaftsmigration (KOM (2004) eng.), der Strategische Plan zur legalen Zuwanderung aus Drittstaaten (KOM (2005) 669 endg.); die Entschließung des EP v. 29. 7. 2007 (2006/2251 INI). Instruktiv insbesondere D. Thym in: R. Hofmann/T. Löhr (Hrsg.) Europäische Einwanderungspolitik, 2008, 183; auch K. S. Ziegler in: K Sahlfeld, u.a. (Hrsg.) Integration und Recht. 43, AssÖR Luzern, 2003, 127 (135 ff., insbes. 142); W. Woyke FS Thränhardt, 2006, 295. S.a. RL 2003/109/EG. Ob die Vorgaben im Rahmen des Ermessens ausreichend beachtet werden können, ist umstritten S.a. 2. Jahresbericht Migration und Integration der Kommission und die Mitteilung "Eine gemeinsame Integrationsagenda KOM (2005), 389 endg.) und das praxisorientierte Handbuch zur Integration online. EuGH v. 3. 6. 1986, C-139/85 (Kempf): Teilzeitbeschäftigte haben Anspruch auf Freizügigkeit, auch bei Sozialhilfe; EuGH v. 20. 9. 2001, C-184/99 (Grzelczyk). Vgl. Europäische Kommission Grünbuch: Angesichts des demografischen Wandels, KOM (2005) 94 endg., 7 ("Dazu muss eine wirksame und transparente Verwaltung der Zuwanderung von Drittstaatenangehörigen gewährleistet sein, und es müssen aktive Maßnahmen zugunsten von Integration und Chancengleichheit getroffen werden, die ein Gleichgewicht schaffen zwischen den Rechten und Pflichten der Zuwanderer auf der einen und der sie aufnehmenden Gesellschaften auf der anderen Seite"); B. Rainer in: D. Auth/B. Holland-Cunz (Hrsg.) Grenzen der Bevölkerungspolitik, 2007, 103; auch A. v. Bogdandy JZ 2001, 157 (164 m. Fn. 76); für die USA H. Eglit Elders on Trial, 2004, 1.

¹⁵⁸ Unzulässig ist es also, unter Anrufung einer christlichen Leitkultur zB nur christliche Flüchtlinge aufzunehmen oder in der Wirtschaftsmigration keine Muslime einzubürgern. Ausführlicher *G. Renner* ZAR 2004, 130; *C. Langenfeld* Integration und kulturelle Identität zugewanderter Minderheiten, 2001, 379 f.; s.a. *I. v. Münch* Die deutsche Staatsangehörigkeit, 2007, 205 ff. Gegen geschlechtsdiskriminierende Regeln das Übereinkommen über die Staatsangehörigkeit der verheirateten Frau von 1957, BGBl. 1973 II, S. 1250. Frauenfeindliche Regeln zur Staatsangehörigkeit bestanden dennoch fort und wurden erst 1969 geändert. Dazu *K. Oellers-Frahm* in: A. Zimmermann/T.Giegerich (Hrsg.) Gender und Internationales Recht, 2007, 31. Zu rassistischen Regeln *M. Lake/H. Reynolds* Drawing the Global Colour Line, 2008.

¹⁵⁹ Das mag fernliegend klingen, ist es aber bei Regeln für und gegen Staatsangehörige nicht. Zu achten ist auf das Stigma von Angehörigen bestimmter, nicht über § 41 AufenthV privilegierter Staaten, also zB Regeln, die de facto Menschen dunkler Hautfarben, asiatischer Abstammung (mit den Ausnahme Korea und Japan) oder nichtchristlichen oder jüdischen Glaubens mehrheitlich treffen.

marktbezogenen Kriterien noch wichtiger¹⁶⁰. Auch da wird bislang kollektiv gedacht. Wer zum "Zweck der Beschäftigung"¹⁶¹ einreisen darf, bestimmt sich nicht nach der individuellen Vorleistung oder einer Leistungsprognose, sondern es entscheiden Arbeitgeber mit dem Arbeitsplatznachweis und dann Behörden¹⁶². Der Gesetzgeber hat auch sektorielle Präferenzen, denn er bevorzugt Höchstqualifizierte, z.B. in der Wissenschaft¹⁶³, aber auch bestimmte Geringqualifizierte z.B. im haushaltsnahen Dienstleistungsbereich wie der Pflege¹⁶⁴ oder in Saisonbranchen für den Spargel.¹⁶⁵ Rechtlich ist das so unproblematisch, wieder vorbehaltlich des Verbots auch mittelbarer Diskriminierung¹⁶⁶.

Migration beinhaltet auch Integration. Das ist menschenrechtlich zwingend, da eine systematische Ausgrenzung oder auch die ökonomische Funktionalisierung von "Gastarbeitern" deren Achtungsanspruch verletzt, der über die Menschenwürde, aber auch über das Recht auf

¹⁶⁰ Vgl. § 1 Abs. 1 S. 2 AufenthG, der ökonomisch und damit u.a. demografisch zuwanderungsmotiviert ist. *A. Walter* in: K Sahlfeld u.a. (Hrsg.) Integration und Recht, 43. AssöR Luzern, 2003, 181 ff.; i.Ü. mwN *C. Storr/C. Kreuzer* in: C. Storr u.a. ZuwR, 2008 § 18 Rn. 40 ff.; *U. Birsl* Migration und Migrationspolitik im Prozess der europäischen Integration, 2005.

¹⁶¹ Begründung in BR-Drs. 22/03, 135: "Paradigmenwechsel".

¹⁶² Selbständigkeit ist also ebenso unerwünscht wie Arbeitssuche. Zuständig sind die Arbeitsverwaltung allgemein (§§ 39, 42 AufenthG) oder die Ausländerbehörde im Einzelfall (§ 18 Abs. 4 S. 2 AufenthG); zum Problem *K. Hailbronner* Asylund AuslR, 2006, Rn. 117; zur bundesweiten Bedarfsprognose i.Ü. Rn. 122 ff.

^{163 §§ 18} Abs. 3, 19 AufenthG; zu § 20 AufenthG W. Kluth ZAR 2008, 234; i.Ü. RL 2005/71/EG v. 12. 10. 2005 über ein bestimmtes Zulassungsverfahren für Drittstaatsangehörige zum Zwecke der wissenschaftlichen Forschung, in dem die Forschungseinrichtungen eine zentrale Stellung erhalten, Einreise aber erst nach Bewilligung eines Projektes erfolgen kann, also zB nur besuchsweise im Rahmen der Antragskooperation. Der Gesetzgeber akzeptiert auch Unternehmen, die Mobilität im Management einfordern, aber diese Menschen sollen nur vorübergehend hier und regelmäßig auch allein sein; vgl. U. Davy ZAR 2004, 231 (233).

¹⁶⁴ Dazu *E. Tießler-Marenda* ZAR 2002, 233. Hier gibt es mehrere Probleme. Institutionell prägt § 3 SGB XI mit dem Vorrang häuslicher vor externer Pflege, obwohl viele Menschen diese nicht positiv einschätzen und ca. 1/3 aller Pflegebedürftigen in Heimen lebt. Familie wird als "natürlich" kompetent qualifiziert oder auf das Ehrenamt ohne weitere Qualifikation gesetzt.

¹⁶⁵ Zur EU *D. Thym* in: R. Hofmann/T. Löhr (Hrsg.) Europäische Einwanderungspolitik, 2008, 183 (202 f.).

¹⁶⁶ Das gilt, solange der Staat, der ja auch hier an Grund- und Menschenrechte gebunden ist, nicht de facto Diskriminierungen durch Arbeitgeber legitimiert. Es ist aber nicht unwahrscheinlich, dass Arbeitgeber nach Kriterien wie Alter oder Gesundheitsstatus anwerben; auch das Risiko einer Diskriminierung von Behinderten ist evident. Weitere sachliche Zweifel ergeben sich angesichts der hohen Zahl von Erwerbslosen im Inland.

Entfaltung u.a. in einer Familie garantiert ist¹⁶⁷. Auch in der Sache liegt die Notwendigkeit aktiver Integrationspolitiken auf der Hand¹⁶⁸. Trotzdem gibt es im deutschen Recht zahlreiche Integrationsverbote, u.a. mit Blick auf demokratisches Engagement¹⁶⁹, auf einige Berufe und den Zugang zu Bildung¹⁷⁰, auf ein Hobby wie der Jagd (§ 17 BJagdG) oder

¹⁶⁷ Integration lässt sich als mehrdimensionale, nicht gruppengebundene Präsenz in einer Kultur fassen, die multikulturell, polyethnisch oder auch hybrid (Hall, Bhaba, Gilroy) genannt werden kann. Vgl. N. Yuval Davis in: S. May/T. Modood/J. Squires (eds.) Ethnicity, Nationalism, and Minority Rights, 2004, 214. Verfassungsrechtlich hierzu C. Langenfeld Integration und kulturelle Identität zugewanderter Minderheiten, 2001, 370ff.; A. Siehr Die Deutschenrechte des Grundgesetzes, 2001; E. Denninger KJ 2001, 442. Zum in den Sozialwissenschaften stark kritisierten Konzept O. Schmidtke FS Thränhardt, 2006, 351 (354ff.). Auch politisch bewegt sich das Feld: Die niederländische Stadt Den Haag hat sich entschieden, nicht mehr zu integrieren, sondern diversifiziert und toleriert. Klassisch der britische Innenminister Jenkins 1966: "I define integration ... not as a flattening process of assimilation but as equal opportunity, coupled with cultural diversity, in an atmosphere of mutual tolerance", nach S. Baringhorst FS Thränhardt, 2006, 195 (196). Heute zielt Großbritannien auf weniger Segregation und "managed migration" seit Ende der 1990er Jahre für hoch Qualifzierte, insbesondere in der Medizin, und niedrig verdienende personale Dienstleistende. Grundlage ist ein Punktesystem zur Qualifikation mit abgestuften Aufenthalts-, Bleibe- und Familiennachzugsrechten.

¹⁶⁸ Vgl. analog zur heutigen typsierenden Diskussion um "Parallelgesellschaften" (K. Schönwälder WZB-Mttlg 113 (2006), 21) die Reichstagsdebatten 1913 zu "fremdvölkischen Enklaven" (Abg. Herzog nach I. v. Münch Die deutsche Staatsangehörigkeit, 2007, 31); zur moralphilosophischen Argumentation J. Carens Culture, Citizenship and Community, 2000.

¹⁶⁹ BVerfGE 58, 202 (205 f.); auch H. Meyer HStR III, 3. Aufl. 2005, § 46 Rn. 4-8. ¹⁷⁰ Berufsverbote finden sich für Waffen und Spengstoffhandel nach §§ 8 WaffG, bzw. SpengstoffG; für die Approbation nach § 3 BärzteO - dazu BVerwGE 45, 162 (166), 74, 165 (172) -, was angesichts des steigenden Bedarfs in Abwanderungsregionen zu überdenken ist; für das Meisterprüfungserfordernis u.a., s.a. M. Heintzen HdBGR II, 2006 § 50 Rn. 50 mwN. Daneben stellt auch das Verbot, ein Kopftuch zu tragen, für Muslima ein Berufsverbot dar, und auch hier sind auch grundrechtlich und im Lichte des AGG verhältnismäßige Lösungen zu suchen, die Ausgrenzung nur im Einzelfall rechtfertigen können; dazu kommen Fragen nach Integration im Bildungswesen, vom Religions- und Schwimmunterricht bis zu Gebetsräumen und Kleidungsregeln. Vgl. jüngst VG Düsseldorf 18 K 301/08 (12-Jährige nicht vom koedukativen Schwimmunterricht befreit); BVerfG 15. 3. 2007, 1 BvR 2780/06 (Ethikunterricht auch zur Verhinderung von "Parallelgesellschaften", kein Anspruch darauf, nicht mit "Fremdheit" konfrontiert zu werden); BVerfG 31. 5. 2006, 2 BvR 1693/04 (Schulpflicht verletzt nicht Art. 4 GG). Vergleichend S. Baer/N. Markard in: F. Haug/K. Reimer (Hrsg.) Politik ums Kopftuch, 2005, 151. Zur Praxis im Bildungswesen M. Gomolla/F.-O. Radtke Institutionelle Diskriminierung, 2007; aus juristischer Sicht umfassend C. Langenfeld Integration und kulturelle Identität zugewanderter Minderheiten, 2001; zu den keinesfalls zwingenden Reservierungsquoten in den Hochschulen H. Quaritsch HStR V, 1992, § 120 Rn. 5; zwecks

aber – in Integrationsabsicht – für bestimmte Wohnviertel (§ 19 Abs. 3 AGG). Neben den Verboten stehen auch zunehmend Pflichten zur Assimilation anstelle der Integration. So werden Sprachkenntnisse¹⁷¹ und Landeswissen¹⁷² aus Integrationskursen gefordert, die kostenpflichtig, durchsetzbar zwingend und sanktioniert sind, wenn der Abschlusstest nicht bestanden wird¹⁷³. Sie sind angreifbar, insofern Kurse und Tests diskriminierende Stereotype beinhalten¹⁷⁴ und da für Kosten und Teilnahme Härtefallregeln fehlen. Das Grundgesetz nennt keine Pflicht zur Anpassung, weder für Migranten und Migrantinnen noch als Aufgabe

Austausch zulässig nach BVerfGE 33, 303 (348); s.a. Art. 10 Abs. 1 ESC und die BAföG-Novelle zur Ausbildungsförderung für ausländische Jugendliche.

¹⁷¹ Ausnahmen vom Spracherfordernis aus humanitären Gründen gibt es auch bei Asylberechtigten, bei Behinderten oder Kranken und bei fehlendem Integrationsbedarf (Hochqualifzierte, Ehepartner von Geschäftsleuten u.ä.) sowie für Angehörige von wirtschaftspolitisch privilegierten Staaten (Australien, Israel, Japan, Korea, Kanada, Neuseeland, USA, § 41 AufenthV) und auch ohne Mindestalter bei Hochqualifizierten, Forschern, langfristig Aufenthaltsberechtigten in anderen EU-Staaten, § 30 I 2 AufenthG.

172 Zwingend sind in fast allen Ländern der EU Sprachkurs und Orientierungskurs (§ 43 Abs. 3, 4 Integrationskurs V); Form und Inhalte sind seit 1. 1. 2008 neu gestaltet. In Deutschland nehmen ca. 150000 Menschen an ca. 10000 Kursen im Umfang von zunächst 645, jetzt flexibel von 430 bis 1200 Stunden teil, davon 50 % lange hier lebende und 30% neu zugewanderte Menschen; bislang bestanden 41% die Sprachprüfung (C. Storr in: ders. ua ZuwR 2008, vor § 43). Teilnehmende müssen teilweise Kosten von 1 € pro Stunde tragen, aber für Erfolg wird seit 2007 auch Geld geboten; für Eltern und Frauen sollen gezielt Kurse angeboten werden, sinnvollerweise mit Kinderbetreuung, die allerdings nur mehr in § 9 Abs. 1 BVFG geregelt ist. Für Spätaussiedelnde gilt das BVFG. S.a. den Nationalen Integrationsplan 2007. Kritisch zur parallelen Entwicklung in Österreich M. Pöschl in: K. Sahlfeld ua (Hrsg.) Integration und Recht, 43. AssÖR, 2003, 225 ff., der zwingend evaluiert werden muss (§ 43 Abs. 5 AufenthG). Der erste Erfahrungsbericht wurde 2007 vorgelegt, BT-Drs 16/6043. Im Vergleich I. Michalowski Integration als Staatsprogramm: Deutschland, Frankreich und die Niederlande, 2007; dies. FS Thränhardt, 2006, 79. S.a. die Bundesregierung in der Antwort (16/10066) auf eine Kleine Anfrage (16/10002) von Bündnis 90/Die Grünen im August 2008: Homosexualität muss nicht, darf aber thematisiert werden.

¹⁷³ §§ 44a Abs. 3, 98 Abs. 2 Nr. 4 AufenthG. Kritisch *T. Groβ* ZAR 2007, 315 (319); *U. Davy* ZAR 2004, 23; *D. Thränhardt* Einbürgerung, 2008. Das formale Integrationsangebot ist das Optionenmodell im Staatsangehörigkeitsrecht von 1999; dazu *A. Wallrabenstein* Das Verfassungsrecht der Staatsangehörigkeit, 1999. Sachlich ist das unglücklich, denn aus psychologisch-pädagogischer Sicht stellt Zwang die Weichen in Richtung Versagen.

¹⁷⁴ Es ist Operationalisierung einer Leitkultur. Zur Kritik an süddeutschen Tests wegen Islamophobie *E. Röper* ZRP 2006, 187; *I. v. Münch* Die deutsche Staatsangehörigkeit, 2007, 254f. mwN. Tests dürfen keine innere Überzeugung verlangen; dazu im Anschluss an *Heinemann*: "Ich liebe nicht den Staat, ich liebe meine Frau", zitiert nach *T. Groβ* ZAR 2007, 319.

für den Staat¹⁷⁵. Vielmehr sichern die Grundrechte Vielfalt. In diesem Geist ist der Weg, um Integration wirklich zu fördern, noch nicht gefunden.

Das gilt auch für den Familiennachzug. Die Ambivalenz der Demografie wird hier besonders deutlich, denn Familiennachzug dient der Zuwanderung und dem Nachwuchs¹⁷⁶, sollte also demografisch gewollt sein, ist er aber nicht. Gewollt sind tendenziell nur erwachsene Arbeitskräfte. Familiennachzug ist daher kein Recht, sondern individueller¹⁷⁷ und auch betont wichtiger Abwägungsaspekt¹⁷⁸. Zudem darf nicht immer zusammenwachsen, was zusammen gehört. Ehe ist nicht gleich Ehe, Familie nicht gleich Familie¹⁷⁹. Migrationsrechtlich werden zwar

¹⁷⁵ Ganz deutlich *M. Heintzen* HdBGR II, 2006 § 50 Rn. 29; s.a. *C. Langenfeld* Integration und kulturelle Identität zugewanderter Minderheiten, 2001 ("Dissens ist eine der Konstituanten des pluralistisch-liberalen Staates" (321), "keine Indoktrination eines bestimmten Ethos" (324) unter Hinweis auf *Oppermann*: "ideologisch tolerante Schule" für ein Grundrecht auf ideologische Toleranz).

¹⁷⁶ Er bezieht sich auf den Nachzug zu Kindern und Eltern und auch – begrifflich undifferenziert – auf Nachzug in Ehe und Partnerschaften. Zur Integrationswirkung Erwägungsgrund 8, KOM (2002) 225; BMFSFJ 6. Familienbericht der Bundesregierung, 2000.

¹⁷⁷ BVerfG ZAR 2007, 285 (individuelle Beurteilung der ökonomischen Selbständigkeit); verlangt wird aber keine gemeinsame Wohnung, K. Hailbronner Asyl- und AuslR, 2006, Rn. 216 mwN. Hier wird verlangt, was innenpolitisch als Absicherung der Vereinbarkeit von Familie und Erwerbsarbeit bisher weitgehend fehlt.

¹⁷⁸ BVerfG v. 4. 12. 2007, 2 BvR 2341/06; früher BVerfGE 76, 1 (47); 35, 382; 51, 386. S.a. die RL 2003/86/EG des Rates vom 22. September 2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung. Nach dem 4. Erwägungsgrund dient dies der Integration, nach dem 15. auch durch Individualrechte nach Zerbrechen der Ehe, nach dem 5. muss es ohne Diskriminierung geschehen, darf aber zum Schutz von Frauen und Kindern Mehrehen ausgrenzen, nach Gründen 8 und 9 ist es Sache der Mitgliedstaaten, die Familie weiter als die Kernfamilie zu fassen. S.a. RL 2004/38/EG v. 29. April 2004. Der EuGH hat ein Recht auf eheliches Zusammenleben aus der Dienstleistungsfreiheit gefolgert; EuGH v. 11. 7. 2002, Rs C-60/00 (Carpenter), JZ 2003, 202 m. Anm. U. Mager. Bislang war die Situation in Europa sehr unterschiedlich; vgl. die Liste bei K. S. Ziegler in: K. Sahlfeld u.a (Hrsg.) Integration und Recht, 43. AssÖR, 2003, 144f. und ausführlich mwN D. Thym NJW 2006, 3249. S.a. Art. 4 Dubliner Übereinkommen. Europarechtlich wegweisend EuGH Rs C-540/03, Slg. 2006-I-5769 (kein Recht auf Familiennachzug, sondern Ermessensspielraum); zur Rechtsprechung des EuGH S. Alber FS Ress, 2005, 371. S.a. A. Fischer-Lescano KJ 2006, 236; J. Bast Der Staat 47 (2007) 1; W. Kluth ZAR 2006, 1; umfassend zu Art. 8 EMRK D. Thym EuGRZ 2006, 541.

¹⁷⁹ Die Regelungen unterscheiden sich erheblich. § 26 AsylVerfG nennt Ehegatten und ledige minderjährige Kinder; in Österreich § 10 Abs. 2 AsylG auch Eltern; in der Schweiz Art. 51 AsylG ggf. auch andere Angehörige. Ausnahmen bestehen schon lange für Angehörige des NATO-Militärs, Angehörige assoziierter Staaten u.ä.

ausdrücklich Mütter und Väter anerkannt¹⁸⁰, aber es gilt das Leitbild der Kleinfamilie¹⁸¹ bzw. der monogamen¹⁸², "verweltlicht bürgerlich-rechtlichen Ehe"¹⁸³. Dazu kommen Praxisprobleme: Das BVerfG hat dem Gesetzgeber zwar untersagt, Testphasen gegen Scheinehen zu normieren¹⁸⁴,

182 Offen in BVerwGE 71, 228 (231); BVerfGE 76, 1 (41); s.a. BVerfGE 45, 104 (123) (nichteheliches Kind mit Vater); BVerfGE 61, 319 (342) (Eltern mit Kind); BVerfGE 92, 176 (nichehelicher biologischer Vater) aber nur als aktiver sozialer Vater (BVerfG FamRZ 2004, 1705); nicht ausreichend ist ein Besuch alle 14 Tage, VG Potsdam, Inf-AuslR 2004, 111. S.a. BVerfG FamRZ 2006, 187 (sorgender, aber nicht sorgeberechtigter Vater). S.a. OVG Münster, NWVBI 1997, 91 (keine Einbürgerung bei verschwiegener bigamischer Ehe). Deutlich dafür *G. Britz* Kulturelle Rechte und Verfassung, 2000, 131, aber Schutz aus Art. 2 I iVm 1 I GG; auch *M. Morlok* Selbstverständnis als Rechtskriterium, 1991, 99f. mwN; s.a. *H. Lecheler* DVBl. 1986, 906. Anerkannt werden können auch Stiefeltern. Kinder dürfen nicht einreisen, wenn es zwei Sorgeberechtigte gibt, von denen nur einer im Land lebt. Der Nachzug von Kindern hängt vom Nachzug des zweiten Elternteils ab, § 32 Abs 1 Nr 2 AufenthG.

¹⁸³ BVerfGE 53, 224 (245). Die Ehe muss – anders als zB in Spanien – heterosexuell sein, daher die ausdrückliche Unterscheidung für Eheleute und staatlich anerkannte Lebenspartner in § 27 Abs. 1 und 2 AufenthG. Verbindungen müssen zudem staatlich legitimiert sein, also keine Sinti-Ehe (BVerfG NJW 1993, 3317) oder Imam-Ehe; zur Ehe nach kanonischem Recht BGHZ 169, 240. S.a. BVerfGE 62, 323 (330); mwN *S. Eberle* in: C. Storr u.a. ZuwR 2008, § 27 Rn. 10. Offener UNHCR Empfehlung 24; auch EGMR v. 13. Juni 1979, Serie A 31, Rn. 45 (Marckx/Belgien, zu Großeltern-Enkel); mwN *V. Pfaff* ZAR 2005, 8 (10).

¹⁸⁴ BVerfGE 76, 1 (43 f.) (verfassungswidrige Nachzugsfrist für Eheleute), ab dem Moment der Eheschließung (57–60). Mit Europarecht ist nicht ohne weiteres vereinbar, Menschen nach dem Ende der Beziehung einfach auszuweisen, vgl. Vorlage BVerwG zum EuGH zur Frage, ob das Aufenthaltsrecht eines Ehepartners nach Art. 7 S. 1, 2 Beschluss Nr. 1/80 des Assoziationsrats EWG-Türkei auch im Fall der Scheidung der Ehe mit der stammberechtigten türkischen Ehefrau fortbesteht. Zu Rechten unabhängig vom Bestand der Ehe vgl. EuGH v. 13. 2. 1985, Rs C-267/83 (Diatta). Zugewanderte haben keinen Anspruch auf kollektiven Schutz, denn sie werden juristisch nicht als

¹⁸⁰ Schutz gilt aber für alle Formen von Elternschaft (vgl. § 32 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG), explizit auch von Vätern (§ 33 S. 3 AufenthG).

¹⁸¹ Eltern oder weitere Verwandte dürfen nur in Härtefällen in der persönlichen Beziehung nachziehen (§ 36 AufenthG), zB bei Pflegebedarf, der nur in Deutschland erbracht werden kann, wenn also Rückkehr zwecks Pflege unzumutbar ist. Kinder dürfen nachziehen, wenn sie minderjährig und ledig sind und nur von Stammberechtigten Personensorge ausgeübt wird, wieder mit Abstufungen (§ 32 AufenthG). Beim Familiennachzug gelten Altersgrenzen, denn Eheleute oder Verpartnerte müssen in der Regel älter als 18 Jahre sein, § 30 AufenthG; Art. 4 Abs. 5 RL 2003/86/EG erlaubt ein Mindestalter von höchstens 21 Jahren. Nachziehende müssen deutsch können (§§ 28 I 5, 30 Abs. 1 S. 1 Nr 2 AufenthG; für 16–18 jährige Kinder § 32 Abs. 2 AufenthG). Das soll "Zwangsehen" verhindern, doch sind Sprachtests dazu nicht geeignet und es kommen effektive und mildere Mittel in Betracht, weshalb verfassungsrechtliche Bedenken bestehen; vgl. BR Drs. 224/07, 308 und dazu *N. Markard/N. Truchseβ* NVwZ 2007, 1025 (1026 f.) mwN; *R. Göbel-Zimmermann/M. Born* ZAR 2007, 54.

aber die gesetzlich mandatierte Praxis der Nachforschung zu Motiven der Ehe verleitet zu Grundrechtsverletzungen¹⁸⁵.

Insgesamt ist Migrationsrecht ein Konglomerat der Kompromisse. Demografisch läge es nahe, weniger über Abschottung und intensiver über Gastfreundschaft¹⁸⁶ und Zugehörigkeit¹⁸⁷ nachzudenken.

C. Die soziale Sicherung: Altersdiskriminierung

Neben Migration und Familie ist in demografischen Debatten "die Rente" Thema; eigentlich stellt sich aber die Frage nach dem auch rechtlichen Umgang mit dem Alter¹⁸⁸. Die Schlagworte verweisen auf

Minderheiten im völkerrechtlichen Sinne anerkannt, auch auch wenn die Rede von den "Parallelgesellschaften" sie als solche stigmatisiert. Vgl. *U. Häuβler* in: K. Sahlfeld ua (Hrsg.) Integration und Recht, 43. AssöR, 2003, 53 (76). Individuell geht es um mehr als um Grundrechte mit Kulturbezug (85 ff.); vgl. *U. Davy* (Hrsg.) Die Integration von Einwanderern, 2001.

185 Seit 2007 in § 27 AufenthG. Der Nachzug muss der Herstellung einer intimen Lebensgemeinschaft dienen; BVerfG InfAuslR 2002, 173 ("familiäre Lebensgemeinschaft" als Beistands- oder Erziehungsgemeinschaft gefasst, aber frei von Schemata zu beurteilen), zum Normalfall aber OVG Hamburg InfAuslR 1998, 104. Zu den Problemen ua durch Befragung von Nachbarn AG Tiergarten, InfAuslR 1987, 199; VGH Hessen, InfAuslR 2000, 385; OVG Hamburg InfAuslR 2007, 285; auch *E. v. Weizsäcker* InfAuslR 2003, 300. Rechtlich ist auch nicht akzeptabel, dass individuelle Härten wie Armut, Unzugänglichkeit von Sprachkursen, Lernschwächen usw. nicht berücksichtigt werden; so auch *T. Groß* ZAR 2007, 315 (318); *T. Kingreen* ZAR 2007, 13; *A. Fischer-Lescano* KJ 2006, 336; *N. Markard/N. Truchseβ* NVwZ 2007, 1025 (1026f.).

¹⁸⁶ J. Derrida Politik der Freundschaft, 2000, insbes. 9, 17 ff.

¹⁸⁷ S. Benhabib Die Rechte der Anderen, 2008.

¹⁸⁸ Alter ist 2008 auch Thema des 67. Deutschen Juristentages; dazu *U. Preis* NZA 2008, 922 ("flexicurity"); V. Rieble JZ 2008, 811 (Systemwechsel stehe an); R. Giesen NZA 2008, 905 (auf jedwede Begründung mit dem Lebensalter verzichten); R. Waltermann NJW 2008, 2529 (Bildung zentral); auch C. Rolfs NZA-Beil. 2008, 8. Schlagworte sind die "Alterung der Gesellschaft" oder "der Pflegenotstand"; das markiert kollektive Probleme im Pflege- und Gesundheitssystem; eigentlich stellen sich aber Fragen nach individueller Gesundheit, Pflege und auch dem Sterben angesichts sozial sehr ungleicher Lebenslagen und -verläufe; T. Lampert/T. Ziese Armut, soziale Ungleichheit und Gesundheit, 2005. Zum Sterben Heinrich-Böll-Stiftung (Hrsg.) Die Freiheit zu sterben, 2007; Interdisziplinäre Aspekte und Fragen an der Schwelle zum Tod, Schwerpunkt KritV 2004, 346, verfassungsvergleichend N. Dorsen ua Comparative Constitutionalism, 2003, C.2. Zu Verfassungsfragen der Gesundheit E. Schmidt-Aβmann Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitssystem, 2001. Beim Fachkräftemangel geht es eigentlich um das Erwerbspersonenpotenzial aus Erwerbstätigen, Erwerbslosen und stillen Reserven im Verhältnis zur jährlichen Nettozuwanderung. Prognosen deuten auf ein Absinken von heute 45 Mio. auf circa 32 Mio. Personen im Jahr 2050, je nach Zuwanderung; BIB Daten, Fakten, Trends zum demographischen Wandel in Deutschland, 2008, 68 ff. Die EU fordert daher eine "Anhebung

kollektive Systeme der sozialen Sicherung, ihr Fokus ist monetär und problemorientiert¹⁸⁹, doch insofern soziale Sicherung an Erwerbstätigkeit gekoppelt ist, kommt es wesentlich darauf an, Menschen diese zu ermöglichen. Wer altersbezogene Diskriminierung in der Arbeitswelt verhindert, sichert auch Renten¹⁹⁰. Folglich liegen die Maßstäbe für den

der Beschäftigungsquote" und mehr "Arbeitsproduktivität der Europäer", also integrierte Arbeitsmarkt-, Bildungs-, Antidiskriminierungs- und Gesundheitspolitik. "Die Rente", "die Sicherungssysteme" und "den Generationenvertrag" bewegen strukturell bedingt mehr als die Erwerbslosigkeit, obwohl diese für soziale Sicherungssysteme derzeit das größere Problem ist. Zu wirtschaftlichen Auswirkungen haben Banken früh Studien in Auftrag gegeben, zB für die Hypo A. Niebuhr/S. Stiller Demographischer Wandel in Norddeutschland, 2004; für die Deutsche Bank auch C. Schaffnit-Chatterjee Frauen 2020, 2008. Im Kern geht es auch hier um die Freiheit zur Gestaltung der eigenen Zukunft. Dazu gehört zB der Schutz vor Zwangsmitgliedschaften; F. Welti KJ 2004, 255 (269 f.). Vgl. BVerfG v. 13. 02. 2008, 2 BvL 1/06 (Versicherungsbeiträge als Teil des Existenzminimums) und BVerfGE 100, 1 (39) das Rentensystem ist verfassungsrechtlich nicht vorgegeben. Gegen ein Rückschrittsverbot R.-U. Schlenker Soziales Rückschrittsverbot und Grundgesetz, 1986; instruktiv T. Glootz Alterssicherung im europäischen Wohlfahrtsstaat, 2005 (zu den Altersschutzkonzeptionen Sozialversicherung, dem Hybrid Volksversicherung, der früheren Staatsbürgerversorgung und freiwilligen staatssubventionierte Versicherung); überzeugend M. Schuler-Harms DVBl. 2008, 697; i.Ü. E. Gurlit VSSR 2005, 45 ff.; U. Becker JZ 2004, 929 (934); anders H. Sodan NZS 2005, 561. S.a. J. Kersten DV 40 (2007) 322 ff., M. Stolleis Die unvollendete Gerechtigkeit, 2005.

¹⁸⁹ Das Problem wird im 5. Altenbericht der Bundesregierung von 2006 so beschrieben: "Deutschland hat zusammen mit einigen anderen kontinentaleuropäischen Ländern eine der niedrigsten Beschäftigungsquoten der 55- bis 64-Jährigen, was u.a. Folge der bisher konsensual getragenen Vorruhestandspraxis, einer stark ausgeprägten Frühverrentungsbereitschaft, der nach wie vor hohen Zahl gesundheitsbedingter Frühverrentungen wie auch einer unzureichenden Gleichstellung von Frauen, einer ungenügenden Weiterqualifizierung und nicht zuletzt einer gravierenden betrieblichen Altersdiskriminierung ist." (268). Und weiter: "Nur durch eine Erhöhung der Erwerbsbeteiligung Älterer können künftig die demografisch bedingten Lücken auf dem Arbeitsmarkt geschlossen und wirtschaftliche Prosperität, Beschäftigung und gesellschaftliche Entwicklung gefördert sowie gleichzeitig die Finanzierung der sozialen Sicherungssysteme sichergestellt werden." S.a. P. Schimany Die Alterung der Gesellschaft, 2003; F.-X. Kaufmann Die schrumpfende Gesellschaft 2005, 15 ("Nicht das Altern, sondern der ... Rückgang unserer Bevölkerung ist das zentrale demographische Problem"); vgl. S. Pohlmann KritV 2004, 260 (262); C. Tesch-Römer/H. Engstler/ S. Wurm (Hrsg.) Altwerden in Deutschland, 2006, 519, unterscheiden Bedarfs- und Versorgungsdiskurse von einem Belastungsdiskurs und dem jüngeren Potenzialdiskurs. Zur Sicht der Bundesregierung s.a. den Bericht der sog. Herzog-Kommission, BMGS, Nachhaltigkeit in der Finanzierung der Sozialen Sicherungssysteme, 2003.

¹⁹⁰ Die Bedeutung von Arbeit für die soziale Sicherheit betont R. Pitschas Die Zukunft der sozialen Sicherungssysteme, VVDStRL 64 (2005) 109 (125 f., 127); BLK f. Bildungsplanung und Forschungsförderung (Hrsg.) Materialien Nr. 104/2002. Allerdings wird "Arbeit" dabei nur als Erwerbsarbeit gefasst, womit auch volkswirtschaftlich die

Umgang mit demografischem Wandel auch hier wieder nicht in den allgemeinen und auch nicht in ökonomischen Prinzipien, sondern in den Grund- und Menschenrechten¹⁹¹. Hinsichtlich der zukunftsweisenden Bedeutung des Verbots der Altersdiskriminierung sind sich UN und EU auch einig¹⁹²; in Deutschland entsteht dieses Bewusstsein gerade erst. Unhinterfragte Altersdifferenzierung ist hierzulande sehr weit verbreitet¹⁹³. Das ist wieder ein Effekt von Biopolitik. Schon immer hat die

Arbeitsleistungen mehrheitlich von Frauen in Haushalt und Familie unberücksichtigt blieben; dazu Netzwerk Feministische Arbeitsmarktforschung Volkswirtschaftliche Arbeitsmarktanalysen und -theorien und Frauenarbeit, 2004. Vorschläge zu einem Grundeinkommen zielen dagegen auf die partielle Entkoppelung zwischen Erwerbsarbeit und sozialer Sicherung; zu problematischen Trends vgl. A. Scheele in: P. Berger/H. Kahlert (Hrsg.) Der demographische Wandel, 2006, 267. S. Ruppert Rg 9/2006, 138, eröffnete die Beschreibung seiner Nachwuchsgruppe am MPI so: "Die Menschen jedoch vor dem fünfundfünfzigsten oder sechzigsten Lebensjahr in den Ruhestand zu schicken, scheint mir nicht allzu sinnvoll ..." Und sinngemäß weiter: "Ich beklage mich hier also ... deswegen über die Gesetze, weil sie uns zu lange von der Arbeit abhalten". Wer das gesagt haben könnte? Montaigne im Jahr 1580."

191 Altersdiskriminierung ist junge Norm und steht in der Hierarchie der Diskriminierungsverbote am Ende; L. Waddington/M. Bell CMLR 2001, 610; historisch J. Macnicol Age Discrimination, 2006; für das deutsche Recht U. Rust u. a. (Hrsg.) Altersdiskriminierung und Beschäftigung, 2006; F. Temming Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, 2008; früh auch im öffentlichen Recht P. Häberle FS Lerche, 1993, 189; dann A. Nußberger JZ 2002, 524; F. Hufen NJW 2004, 14 und H. Sodan NJW 2003, 257; K.-J. Bieback Loccumer Protokolle 04/2006, 87. S.a. U. Becker JZ 2004, 929; I. v. Münch JZ 2004, 184; H.-M. Pawlowski JZ 2004, 13; U. Wendeling-Schröder NZA 2007, 1399. In der Schweiz früh anregend P. Saladin/C. Zenger Rechte zukünftiger Generationen, 1988; s.a. C. Tobler Schweiz. Jb.f. EuropaR 2006/07, 2007, 283.

¹⁹² Für die UN gilt das insbesondere seit der UN-Erklärung von Madrid (2002) A/CONF.197/9; s.a. das Generations and Gender Programme (GGP), die Fertility and Family Surveys und den Bericht zur Bestandserhaltungsmigration der Abt. f. Bevölkerungsfragen der UN. Für die EU vgl. Grünbuch Europäische Kommission (KOM (2001) 438 endg). Am 1. 7. 2008 beschloss UNECE (UN Economic Commission for Europe) die Einrichtung einer Arbeitsgruppe zum Altern.

193 Dazu M. Priebe Arbeitsmarkt und demographischer Wandel, 2006; M. Schmitt-Lechner Zukunftsfähiges Personalmanagement, 2007; I. Strotmann Ältere Arbeitnehmer und der demographische Wandel, 2006; C. Dahleke Demographischer Wandel in der Arbeitswelt, 2008; B. Hayn Die Alten bleiben an Bord, 2007; M. Holz/P. Da-Cruz (Hrsg.) Demografischer Wandel in Unternehmen, 2007; H. Buck u. a. Demographischer Wandel in der Arbeitswelt, 2002. Aus rechtlicher Sicht jetzt das Gutachten von Preis für den 67. DJT 2008; auch M. Schmidt KritV 2004, 244; G. Caspers/M. Löwisch/D. Neumann, Beschäftigung und demographischer Wandel, 2003; auch R. Bispinck Elemente qualitativer Tarifpolitik, 2002; für die EU M. Sargeant Age Discrimination in Employment, 2006. Die Akzeptanz von Altersdifferenzierungen ist in egalitären Gesellschaften höher als in liberalistisch-individualistischen Gesellschaften wie zB auch der Schweiz; M. Stolleis in: P. Gruss (Hrsg.) Die Zukunft des Alterns, 2007, 258 (273) und Streeck

Demografie auch nach den Geburtsjahrgängen und damit nach dem chronologischen Alter gezählt, und dazu kommen prägende Bilder irgendwo "zwischen Demenz und Freiheit"¹⁹⁴. Das Recht folgt dieser Verdatung, chronologisches Alter wird soziales Alter als auch juristische Konstruktion¹⁹⁵, und wir werden in institutionalisierte Lebensläufe¹⁹⁶ gesteckt. Weithin gilt Alter so als sachlich legitime Unterscheidung, auch wenn sie Ausgrenzung bedeutet. Zahlen sind Alltags- und Rechtsmaß für Leistungsfähigkeit; Alter ist ein Stereotyp; es erzeugt Unterschiede und auch Ungleichheiten im Lebensverlauf¹⁹⁷.

ebda., 279 (301); auch *J. Keith /A. Glascock/C. Fry* The Aging Experience, 1994 (in Industriegesellschaften andere Altersnormen als in traditionalen).

¹⁹⁴ M. Seidler in: H. Hartung u.a. (Hrsg.) Graue Theorie, 2007, 195 (zu Altersbildern in der Literatur). In der Musik wird das gesamte Spektrum vermarktet, zB mit der Band "The Zimmers", in der durchschnittlich 78 Jahre alte Frauen spielen, die sich nach einer Rollator-Marke benannt haben.

¹⁹⁵ Dominant war früher die Vorstellung einer Lebenstreppe, die allerdings erst im 19. Jahrhundert mit der Schulpflicht, der Festlegung von Arbeitszeiten und dann ganz strukturiert im und mit dem Sozialrecht die Herrschaft des Kalenders und der gemessenen Zeit etablierte. Vgl. *M. Stolleis* in: P. Gruss (Hrsg.) Die Zukunft des Alterns, 2007, 258; *J. Macnicol* Age Discrimination, 2006.

¹⁹⁶ Das Konzept stammt von M. Kohli KZfSS 37 (1985), 1 ff.; s.a. K. U. Mayer KZfSS Sonderh. 31 (1990). Normen prägen Konstruktionen von Alter, Verwandtschaft, Geschlechtern usw.; G. Elwert/M. Kohli/H. Müller Im Lauf der Zeit, Relevanz unbezahlter Arbeit, 1990. Der Siegeszug des kalendarischen über das soziale Alter beginnt etwa 1750. Der Sozialstaat hat "Jugend und Alter zu relativen Größen gemacht"; F. Welti KJ 2004, 255 (258). Das erzeugt "altersnormative Vorstellungen", die attributiert werden, indem wir soziale Bezugsnormen als soziale Standardwerte nutzen, J. Heckhausen KZfSS Sonderheft 31 (1990), 351. Studien bis 1990 zeigen einen hohen Konsens bei altersbezogenen Normen, wobei mit Zunahme des Alters Zunahme an dem, "was alle denken", zu verzeichnen ist. Alter gilt allgemein als negativ, differenziert überwiegen aber Gewinne (360 f.), je nach eigener Erfahrung im Lebensbereich. Besonders wichtig sind Alterserwartungen (look, feel, do und interest ages, die heute stark leistungskodiert sind.

¹⁹⁷ Zur Ungleichheit werden vier Thesen vertreten: Alter als Grund für Ungleichheit, Differenzierung von Ungleichheiten oder Kumulierung von Ungleichheit im Alter sowie – gegenläufig – Homogenisierung im Alter. Strukturmerkmale des Alterns sind zudem in Deutschland derzeit die Feminisierung, denn Frauen leben im Durchschnitt etwas länger als Männer, auch wenn sich das sukzessive angleicht; Singularisierung, denn sehr viele Alte und gerade alte Frauen leben allein; Verjüngung und – paradox immer noch – Entberuflichung, denn Alte sind fitter als früher, aber werden auch früher in den Ruhestand verabschiedet. Daneben steht die Zunahme der Hochaltrigkeit, also derjenigen, die älter als 90 werden. Das vierte Alter erreichen derzeit ca. 5 % einer Alterskohorte; es zeigen angesichts von über 50 % Demenz extrem hohe Negativeffekte. Die in der Werbung gepriesene Vitalisierung des Alters fokussiert primär das Dritte Alter der 60–80jährigen. Auch die Pflege steht vor Herausforderungen, wenn sie differenzielle Bedürfnisse und Rahmenbedingungen adäquat beachten will; dazu B. Blinkert/T. Klie

Mit der Fixierung auf den Jahrgang tun wir Individuen Unrecht. Geburtsjahrgänge sind nur "ein unvollkommenes und unzureichendes Maß für die Produktivität" Einzelner¹⁹⁸. Die selbst junge Alternsforschung zeigt, dass der Jahrgang wenig sagt, sondern Altern ein höchst heterogener Prozess ist, differenzielles Altern¹⁹⁹. Anders als in skandalisierenden Anrufungen Methusalems geht es also nicht pauschal um "die Alten", sondern erneut um komplizierte Gestaltungsfragen in Anerkennung von Individualität.

Rechtlich wird diese Herausforderung hierzulande eher zögerlich angenommen²⁰⁰; es ist allerdings Vieles im Fluss. Die Praxis und auch das vertragliche und gesetzliche Arbeits- und Bildungsrecht haben deutlichste Diskriminierungsstrukturen ausgebildet²⁰¹. Das belegen zahlrei-

ApuZ 12–13 (2008), 25. Insgesamt zum Altern C. Tesch-Römer/H. Engstler/S. Wurm (Hrsg.) Altwerden in Deutschland, 2006, 29, auch 519ff.; A. Blome/W. Keck/J. Alber Generationsbeziehungen im Wohlfahrtsstaat, 2008; A. Börsch-Supan in: Herbert-Quandt-Stiftung (Hrsg.) Gesellschaft ohne Zukunft? Bevölkerungsrückgang und Überalterung als politische Herausforderung, 2004, 81 ff.; interdisziplinär im Überblick auch P. Gruss (Hrsg.) Die Zukunft des Alterns, 2007; J. Grimley Evans in: S. Fredman/S. Spencer (eds.) Age as an equality issue, 2003, 11; ferner M. Reichert/E. Gösken/A. Ehlers (Hrsg.) Was bedeutet der demografische Wandel für die Gesellschaft?, 2008. 198 J. W. Vaupel./K. v. Kistowski in: P. Gruss (Hrsg.) Die Zukunft des Alterns, 2007, 51 (75); C. Tesch-Römer/H. Engstler/S. Wurm (Hrsg.) Altwerden in Deutschland, 2006, 521 mwN. S.a. K.-U. Mayer KZfSS Sonderh. 31 (1990), 7 (10f.): "Altersnormen und kulturell vermittelte Vorstellungen über biographische Ordnungen dienen als sozialisatorische Verstärker dieser auch unabhängig davon wirkenden Regelungsmechanismen. Sie können dazu aber auch im Widerspruch stehen und müssen dann als eigenständig wirksame Wissensrepertoires verstanden werden".

199 "Altern ist gekennzeichnet durch Plastizität (Formbarkeit), Variabilität zwischen Funktionen und Personen und ein hohes Maß an biografischer Individualität"; *P. Baltes* in: P. Gruss (Hrsg.) Die Zukunft des Alterns, 2007, 15 (16). Forschung zum Altern begann in den 1970er Jahren mit dem National Institute on Ageing in den USA, dann am Deutschen Zentrum für Altersfragen Deutschland 1974, heute nicht zuletzt interdisziplinär zB in der MPG.

200 S. Simitis verweist auf die Skrupel, die wohl auch hinter § 75 Abs. 1 BetrVG stünden, KritV 2004, 233 (236); ders. vergleichend RdA 1994, 257; CLLJ 1994, 321. Für die Entwicklungen im Familienrecht G. Zenz KritV 2004, 281 mwN; S. Fredman/S. Spencer (eds.) Age as an equality issue, 2003; L. A. Frolic (ed.) Aging and the Law, 1999; auch A. Fenske Das Verbot der Altersdiskriminierung im US-amerikanischen Arbeitsrecht, 1998. Rechtspolitisch votiert das Europäische Parlament für mehr Maßnahmen gegen Altersdiskriminierung, Resolutionen v. 16. 9. 1982, 14. 5. 1986, 16. 3. 1989; auch Entschließung des Rates v. 30. 6. 1993 zum Rentenalter; dazu M. Schmidt/D. Senne RdA 2002, 80 und M. Schmidt KritV 2004, 244 mwN.

²⁰¹ Es entspricht dem Interesse von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite, gut geschützte Ältere zu entlassen und heute latent prekarisierungsgewohnte Junge einzustellen; vgl. S. Simitis KritV 2004, 233. Dazu kommt die Bestandsorientierung von Gewerkschaften; Übereinkommen Nr. 111 der ILO sieht denn auch vor, dass altersge-

che altersbezogene Zugangs- und Abgangsregeln wie die Altersgrenzen bei Einstellung oder Verbeamtung und Ruhestand, Rente oder Pensionierung oder die Altersregeln zur Bildung als Grenzen für Stipendien oder wissenschaftliche Preise²⁰². Dazu kommen tatsächlich altersbezogene Befristungen von Arbeitsverträgen, automatische Altersboni bei Entgelt oder auch Urlaub und in der Praxis der altersstereotype Umgang mit Aufgaben oder Chancen auf Fort- und Weiterbildung. Normal ist zudem die barrierenreiche Gestaltung von Arbeitsmitteln und Arbeitsplätzen²⁰³; sie wird bislang nur als Schutz für Behinderte thematisiert und noch kaum mit Blick auf differenzielle Behinderungen wahrgenommen.

Grund- und menschenrechtlich stehen alle Regeln unter Diskriminierungsverdacht. Die Kernfrage lautet: Ist eine Unterscheidung anhand des Jahrgangs zu rechtfertigen, die den Freiheitsgebrauch der Betroffenen einschränkt, ihre Chancen auf ein selbstbestimmtes Leben mindert und so zu Nachteilen führt? Die Antwort lautet im Regelfall nein. Das hat die EU mittlerweile im Grundsatz normiert²⁰⁴. Ausdrücklich sagt es

rechte Maßnahmen in Kooperation mit den Arbeitnehmerorganisationen gerade nicht als Diskriminierung gelten.

²⁰² Altersgrenzen von 32 Jahren gibt es bei der Studierendenförderung der Konrad Adenauer-Stiftung; formal nicht oder nicht mehr bei der Friedrich Ebert-Stiftung, Friedrich Naumann-Stiftung, Heinrich Böll-Stiftung. Eine Altersgrenze von 28 Jahren setzen das Stiftungskolleg für internationale Aufgaben, die Robert Bosch-Stiftung und das Carlo-Schmid-Programm für Praktika in Internationalen Organisationen und EU-Institutionen. Für den Gottfried Wilhelm Leibniz-Preis der DFG soll "das Alter des Förderungsempfänger … deutlich niedriger sein als das Durchschnittsalter der etablierten Vertreter ihres Fachgebietes"; der Albert Maucher-Preis für Geowissenschaften der DFG wird vergeben "bis etwa 35 Jahre".

²⁰³ Vgl. *F. Frerichs* Loccumer Protokolle 04/2006, 31, zu institutionellen Rahmenbedingungen *W. Eichhorst* ebd. 55.

²⁰⁴ Auf der Grundlage von Art. 13 EG stellt RL 2000/78/EG die Altersdifferenzierung grundsätzlich unter Diskriminierungsverdacht, macht sie also rechtfertigungsbedürftig. Daneben waren Altersfragen als typische Formen der geschlechtsbezogenen Diskriminierung Thema, u.a. Art 6 RL 86/378 EG (Rentenalter). Die EU hat aber den wirklichen Bruch mit der Altersfixierung auch noch nicht realisiert; vgl. *L. Friedman* in: S. Fredman/S. Spencer (eds.) Age as an equality issue, 2003, 175 (188 ff.) (RL sei "wishy-washy".). Aus der Rechtsprechung EuGH v. 22. 11. 2005, C-144/04 (Mangold); EuGH v. 16. 10. 2007, C-411/05 (Palacio de la Villa: Altersgrenze 65 ist zulässig, weil sie Teil eines nationalen Beschäftigungsplanes ist und die Rente gesichert), kritisch *K. Bertelsmann* AiB 2007, 689; *D. Schiek* Industrial Law Journal 2006, 329; *J. Swift* New Law Journal 157 (2007) 532; *J.-H. Bauer/S. Krieger* NJW 2007, 3672; *G. Annuβ* BB 2006, 325; *U. Preis* NZA 2006, 401; *T. v. Roetteken* ZTR 2008, 350. Vgl. auch EuGH v. 11. 9. 2007, C-227/04 P (Lindorfer). I.Ü. *M. Sprenger* Das arbeitsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung nach der Richtlinie 2000/78/EG, 2006; *D. Senne* Auswirkungen des

auch die schweizerische Verfassung²⁰⁵; in Deutschland ist das 1994 versäumt worden²⁰⁶. In der offenen Liste des Art. 14 EMRK wird Alter bereits als sonstiger Status behandelt, ist also suspekt²⁰⁷. Auch die Kinderrrechtskonvention ist als altersbezogene Menschenrechtsverbürgung zu verstehen. Besonders zukunftsweisend scheint mir allerdings die junge Konvention für die Rechte von Personen mit Behinderungen, denn sie etabliert Rechte gegen Behinderungen, die für alle Menschen gelten, die sich aufgrund einer inadäquat gestalteten Umgebung nicht entfalten können²⁰⁸.

europäischen Verbots der Altersdiskriminierung auf das deutsche Arbeitsrecht, 2006; M. Scholz Das Verbot der Altersdiskriminierung, 2006.

207 Der EGMR hatte regelmäßig Altersgrenzen im Strafrecht zu überprüfen, die z.T. auch weitere Diskriminierungen beinhalteten, zB hinsichtlich der sexuellen Orientierung bzw. des Geschlechts. Dazu EGMR v. 22. 10. 1981, Nr. 7525/76, Dudgeon v. UK (Strafbarkeit homosexuellen Verhaltens von Männern). Der EGMR rechtfertigt allerdings einige Altersgrenzen bislang pauschal, dazu J. Frowein/W. Peukert EMRK, 2. Aufl. 2006, Art. 14 Rn. 51; R. Schweizer in: Karl EMRK, 2007, Art. 14 Rn. 105–117; C. Grabenwarter EMRK, 2. Aufl. 2005, § 26 Rn. 7f.; D. König/A. Peters EMRK/GG, 2006, 1195ff.; auch C. Tomuschat FS Human Rights Committee, 2004, 225; R. Wintemute EHRLR 2004, 366 und 484 (495); F. Temming Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, 2008, 67 ff. mwN. Der Ausschuss zum IPWSKR bedauerte 1995, dass Altersdiskriminierung in der Allgemeinen Menschenrechtserklärung und in den beiden Internationalen Pakten aus zeitgeschichtlichen Gründen keinen expliziten Widerhall gefunden habe, meint jedoch, das Verbot sichere die Menschenrechte aller Mitglieder der Gesellschaft und gelte implizit. General Comment Nr. 6 (1995) E/ 1996/22 ("The economic, social and cultural rights of older persons").

²⁰⁸ Die Präambel, Art. 8, 16 und 23 der Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (BRK) v. 1. 12. 2007 nennen ausdrücklich Diskriminierungsverbote aufgrund des Alters; die Konvention fordert von Staaten altersgerechte Unterstützung und Maßnahmen zur Einbeziehung altersspezifischer Bedürfnisse. Behinderung wird demgegenüber traditionell pathologisiert und als Merkmal von Personen behandelt; die Konvention fokussiert Behinderungen, die Menschen Teilhabe unmöglich machen oder erschweren; vgl. die Beiträge in *A. Lawson/C. Gooding* (eds.) Disability Rights in Eu-

²⁰⁵ Art. 8 Abs. 2 Bundesverfassung, eingefügt ob einer Intervention des Parlaments bei der Nachführung 1999; s.a. Art. 112 Verfassung Kanton Zürich (Pflicht zur Förderung der Lebensqualität im Alter). Ähnliche Regelungen finden sich in Art. 6 Abs. 2 Finnisches Grundgesetz; Art. 59 Abs. 1 Portugiesische Verfassung.

²⁰⁶ Zur Entstehungsgeschichte M. Sachs Der Staat 23 (1984) 549ff. Rechtlich stellt zumindest für den öffentlichen Dienst Art. 33 Abs. 2 GG mit dem Leistungsprinzip eine wichtige Weiche, denn danach dürfte Alter als pauschaler Indikator nicht gelten. In Österreich beinhaltet das Verfassungsgesetz selbst Altersgrenzen, Art. 88, 147 Abs. 6. Menschenrechtlich sollten Art. 21, 25 GRC die Alterdiskriminierung ausdrücklich verbieten; dazu S. Fredman in: S. Fredman/S. Spencer (eds.) Age as an equality issue, 2003, 21. Desgleichen fordert Art. 11 CEDAW die Beseitigung von Diskriminierungen, die Frauen gerade im hohen Alter treffen kann. Ausführlicher F. Temming Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, 2008, 64.

Diese Anregungen lassen sich auch im deutschen Verfassungsrecht nutzen. Bislang werden hier Altersdiskriminierungen – auch nach dem deutschen AGG oder dem österreichischen Gleichstellungsgesetz – nur als allgemeine Ungleichbehandlung geprüft²⁰⁹. In vielen Fällen ließe sich jedoch auch das besondere Diskriminierungsverbot wegen der Behinderung aktivieren²¹⁰. Gleichheitsrechtlich sind Altersregeln allgemein aber auch dann unzulässig, wenn sie pauschal für körperliche Leistungsfähigkeit stehen²¹¹. Das wurde bei Prüfingenieu-

rope, 2005; insbes. A. Lawson ebd., 265; international vergleichend T. Degener ZaöRV 65 (2005) 887 und grds. dies. in: P. Lutz (Hrsg.) Der (im)perfekte Mensch, 2003, 448; D. Schiek/L. Waddington/M. Bell (eds.) Non-Discrimination Law, 2007, 127 ff.; s.a. R. Pitschas in: B.v. Maydell u.a. (Hrsg.) Behinderung in Asien und Europa, 2003, 389. ²⁰⁹ Anwendung finden §§ 8, 10 Abs. 1 S. 1, 2 AGG; dazu M. Schmidt in: Schiek AGG, 2007, § 10 Rn. 1ff.; ferner J.-H. Bauer/B. Göpfert/S. Krieger AGG, 2007, § 10 Rn. 1ff.; C. Brors in: Däubler/Bertzbach AGG, 2. Aufl. 2008, § 10 Rn. 1 ff., C. Nollert-Borasio/ M. Perreng AGG, 2. Aufl. 2008, § 10 Rn. 1 ff. Im Verfassungsrecht findet Art. 3 Abs. 1 GG Anwendung (zB M. Böhm JZ 2008, 324 (326) mwN auch zu den Fachgerichten; G. Manssen in: v. Mangoldt/Klein/Starck GG, 5. Aufl. 2005, Art. 12 Rdn. 231. Grundlegend A. Nußberger JZ 2002, 524; s.a. BVerfGE 78, 155 (164). Dabei gilt ein strenger Maßstab, ähnlich dem skalierenden Modell der "scrutiny" in den USA, da hier Unterschiede zwischen den ungleich behandelten Gruppen "von solcher Art und Gewicht sind, dass sie eine Ungleichbehandlung rechtfertigen können"; und: "Strengere Anforderungen an eine an die Zugehörigkeit zu einer Personengruppe anknüpfende Unterscheidung sind auch dann zu stellen, wenn der einzelne das Vorliegen des Differenzierungsmerkmals nicht durch eigenes Verhalten beeinflussen kann." BVerfG, NVwZ 2005, 201.

210 Behinderung iSd Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG bedeutet "die Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden Funktionsbeeinträchtigung, die auf einem regelwidrigen körperlichen, geistigen oder seelischen Zustand beruht"; vgl. BVerfGE 99, 341 (356f.); L. Osterloh in: Sachs GG, 3. Aufl. 2003, Art. 3 Rn. 309. Nach W. Heun in: Dreier GG, 2. Aufl. 2004, Art. 3 Rn. 135, werden alterstypische Beeinträchtigungen nicht erfasst, doch ist das ein kategoriales, kein sachliches Argument. Offen lässt dies C. Starck in: v. Mangoldt/Klein/Starck GG, 5. Aufl. 2005, Art. 3 Rn. 418. Daneben ließe sich Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG zukunftsoffen und deshalb nicht als abschließende Liste interpretieren, wie es bei Art. 14 EMRK und in zahlreichen anderen Verfassungsstaaten anerkannt ist (ausdrücklich zB in Sec 15 Canadian Charter of Rights and Freedoms). Dagegen aber ausdrücklich H. Jarass in: Jarass/Pieroth GG, 9. Aufl. 2007, Art. 3 Rn. 120; auch BAGE 61, 151 (161). Altersdifferenzierungen unterfielen dann immer einer hohen Rechtfertigungslast, während sie jetzt im Wege der allgemeinen Prüfung der Verhältnismäßigkeit auch streng beruteilt werden können, aber kein rechtskulturell wichtiges Signal der grundsäzlichen Skepsis gesetzt wird.

²¹¹ Das ermöglichen auch die RL 2000/78/EG und das AGG; vgl. *M. Schmidt* KritV 2004, 249. Im angloamerikanischen Sprachraum geht es hier um die Bona Fide Occupational Qualifications, BFOQ; dazu gleichheitsrechtlich *C.A. MacKinnon* Sex Equality, 2001, 277. Als Ausnahme ist das sehr eng auszulegen, EuGH v. 15. 5. 1986, C-222/84 (Johnston), v. 26. 10. 1999, C-273/97 (Sirdar), v. 11. 1. 2000, C-285/98 (Kreil), vgl. § 10 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 AGG. Nach der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG sind Alters-

ren²¹², Piloten²¹³ oder im Militär²¹⁴ und der Medizin²¹⁵ bisher anders gesehen. Auch das Notariat endet mit 70, um die Rechtspflege funktionstüchtig zu halten²¹⁶. Ist das zwingend?²¹⁷ Wieder zählt der Jahrgang. Das chronologische Alter ist jedoch nur erfahrungsbasierter Anhaltspunkt für körperliche Fitness und mag als Typisierung im Sport taugen, aber

grenzen unwiderlegliche Vermutungen der Dienstunfähigkeit, BVerfGE 9, 338 (345); 71, 255 (268). Der Gesetzgeber habe einen weiten Gestaltungsspielraum und könne auf der Grundlage von Erfahrungswerten generalisierende Regelungen dazu treffen, bis zu welchem Zeitpunkt er die körperliche und geistige Leistungsfähigkeit der jeweiligen Beamtengruppe noch als gegeben ansieht; BVerfGE 4, 219 (222); auch BVerfG v. 23. 5. 2008, 2 BvR 1081/07, Abs. 25.

²¹² BVerfGE 64, 72 (83).

²¹³ Verkehrspiloten und -pilotinnen müssen medizinisch tauglich sein, aber in Europa mit 65, in den USA mit 60 Jahren gehen; Luftfahrtgesellschaften unterschreiten dies z.T. mit Regeln für 53 Jahre. Fluglotsen müssen mit 53 bzw. 56 gehen. Zuletzt dazu BVerfG v. 26. 1. 2007, 2 BvR 2408/06. Nach BAGE 102, 65 (71) sei es zulässig, Kabinenpersonal anderen Regeln zu unterwerfen. Vgl. auch den Zirkelschluss in Menschenrechtsausschuss v. 28. 4. 2003, Beschwerde Nr. 983/2001, Love et al. v. Australia (Altersgrenze für Piloten mit 60 gerechtfertigt, da dies internationalen Standards und den Vorgaben der International Zivilen Luftfahrtorganisation entspreche).

214 § 45 SoldatenG normiert die Altersgrenze allgemein bei vollendetem 62. Lebensjahr, mit Ausnahmen der Offiziere des Sanitätsdienstes, des Militärmusikdienstes und des Geoinformationsdienstes der Bundeswehr, zudem nach Dienstgrad bzw. Rang. De facto sind sie zB im Soldatenrecht zum Teil auch eher Lohn für Leistungen als Altersgrenze, doch müssen sie dann auch als solche bestimmt und gerechtfertigt werden.

²¹⁵ Auf die abnehmende körperliche Leistungsfähigkeit stützt sich BVerfGE 9, 338 (346f.) (Hebammen) und auch für die Unterscheidung zwischen Hebammen und Gynäkolog_innen BVerfGE 75, 108 (157) ("Wie bei allen Altersgrenzen, die die Berufsausübung im höheren Alter einschränken, dienen die angegriffenen Regelungen auch dazu, den Gefährdungen, die von älteren, nicht mehr voll leistungsfähigen Berufstätigen ausgehen, einzudämmen."). Alter schadet also bei bestimmten, aber nicht bei allen medizinischen Berufen, zB außerhalb der gesetzlichen Krankenversorgung oder bei Praxisvertretungen, wo auch sehr Alte tätig werden dürfen; BSG GesR 2004, 488. S.a. BVerfGE 64, 72 (85 f), 103, 172 (184), vgl. BVerfGE 13, 97 (122 f); 20, 283 (295); BVerfG NJW 1998, 1776 (1779); NJW 1993, 1575 (1576). Grds. kritisch S. Simitis KritV 2004, 233 (336 f.).

²¹⁶ §§ 6 Abs. 1 S. 2, 48a BNotO. Die Einstiegsgrenze hat das BVerfG v. 30. 1. 2008, 1 BvR 76/08, mit der "Funktionsfähigkeit der vorsorgenden Rechtspflege und damit durch ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut" gerechtfertigt, zudem "soll einem häufigen Wechsel der Amtsträger entgegengewirkt werden"; zur Höchstgrenze auch BVerfG, NJW 1993, 1575. Weitere Beispiele sind das Schöffenamt mit 70 (§ 33 GVG); Sachverständige meist mit 68, in der Politik zB Niedersachsens mit 65 (§ 61 Abs. 3 nds. GO).

²¹⁷ In den USA entscheiden die Judges des Supreme Court selbst, wann sie gehen – verschlechtert genau das die Rechtsprechung? Am BVerfG liegt die Altersgrenze bei 68, § 4 Abs. 3 BVerfGG. Allg. zu Altersgrenzen noch *G. Thüsing* Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, Rn. 434ff.; ferner *H. Kerscher* DRiZ 2007, 42.

es ist ein zu grobkörniges Raster für eine Ausgrenzung aus dem Arbeitsmarkt. Das gilt auch für Altersstufen beim Entgelt²¹⁸. Sie müssten gleichheitsrechtlich passé sein²¹⁹; die neuen "Erfahrungsstufen" dürfen auch in der Praxis nicht mittelbar altersbezogen benachteiligen.

Altersgrenzen sind zudem diskriminierend, wenn sie auf Sozialsysteme rekurrieren, die so gestaltet sind, dass ältere Menschen mittelbar benachteiligt werden, weil sie nicht die Normalbiographie leben²²⁰. Bislang wird Ausgrenzung akzeptiert, wenn die zu erwartende Beschäftigungsdauer die darauf bezogenen Sozialleistungen oder eine Ausbildungsinvestition nicht trägt²²¹. Das muss aber zunächst einmal stimmen. Lohnen sich die Bildungskosten bei Menschen über 30, über 40 oder über 50 tatsächlich nicht mehr? Das Ausbildungsförderungsrecht und einige Stipendienprogramme suggerieren es²²²; die Argumente für lebenslanges Lernen und einige ökonomische Überlegungen stehen dagegen²²³. Normalität entsteht durch Normalisierung, muss aber so nicht sein²²⁴. Anstatt nun weiter pfadabhängig zu leiden, wäre es rechtlich ak-

²¹⁸ Es ist ein Zirkelschluss, das Alter selbst als Grund für Entgelt zu sehen. Bedenken auch bei *M. Schmidt* KritV 2004, 250; *W. Linsenmaier* RdA, Sonderbeil. H. 5 (2003), 22 (29); *W. Däubler* FS Gnade, 1992, 95 (106): "Entlohnung, aber erst recht Aufstieg nach Seniorität verletzen das Leistungsprinzip und führen zu einer suboptimalen, im Extremfall völlig kontraproduktiven Personalpolitik"; a.A. *H. Wiedemann/G. Thüsing* NZA 2002, 1234 (1241); differenziert: *F. Temming* Altersdiskriminierung im Altersleben, 2008, 120 ff.

²¹⁹ §§ 27, 38 BBesG; in mehreren Tarifverträgen für den öffentlichen Dienst einschließlich § 27 BAT. Zu den alten Berliner Regeln LAG Berlin v. 11. 9. 2008, 20. Kammer (Rechtswidrige Staffelung nach Lebensalter im BAT).

²²⁰ Das ähnelt dem Fall der Teilzeitarbeit, der das klassische Beispiel geschlechtsbezogener mittelbarer Diskriminierung ist; vgl. BVerfG v. 18. 6. 2008, 2 BvL 6/07 (Nichtigkeit des Versorgungsabschlags bei Teilzeit wegen Diskriminierung); auch abw. Meinung *Gerhardt* in BVerfG v. 19. 09. 2007, 2 BvF 3/02 (Teilzeit) zu weiteren Teilzeitregelungen aus familien- und arbeitsmartkpolitischen Gründen, aber auch BGH v. 15. 11. 2007, RiZ (R) 3/06 (keine Diskriminierung bei erschwerter Teilzeit).

²²¹ Vgl. § 10 Abs. 1 S. 3 Nr. 3, 4 AGG und VG Koblenz, 5. 6. 2008, 2 K 1721/07.KO (Regelmindestalter 35 in der Bundeswehrverwaltung kein Verstoß gegen das AGG). Die Ausnahme für versicherungsmathematische Erwägungen ist Aufforderung zur diskriminierenden, weil generalisierend pauschalisierenden Diskriminierung.

^{222 § 10} Abs. 3 BAFöG ermöglicht Ausnahmen wie zweiter Bildungsweg, Berufstätige ohne formelle Hochschulzugangsberechtigung, persönliche (zB Krankheit) oder familiäre (zB Kindererziehung) Gründe. Begründet wird das oft mit dem Ziel der Beschleunigung von Qualifizierungsphasen, trägt aber gleichheitsrechtlich als diskriminierender Automatismus nicht.

²²³ Zweifelnd *D. Neumark/W.A. Stock* J of Political Economy 107 (1999) 1081; *J. Macnicol* Age Discrimination, 2006, 43 ff.

²²⁴ Die Rechnungsgrößen müssten zwingend sein, waren es aber keineswegs immer, sondern sind sozial auch stereotypsierend konstruiert. Im Zentrum des institutionali-

zeptabler und auch demografisch interessanter, soziale Sicherungssysteme zu verändern.

Gleichheitsrechtlich kompliziert ist schließlich die Frage nach Altersdifferenzierungen zur Förderung der Gleichstellung, die auch die EU akzeptiert²²⁵. Beispiele sind Höchstaltersgrenzen in der Wissenschaft²²⁶, um Jüngeren auf dem begrenzten Stellenmarkt eine Chance zu geben, oder auch die Privilegierung Älterer in der Sozialauswahl beim Kündigungsschutz, die vor Altersarmut schützen und die Personalstruktur erhalten soll²²⁷. Dürfen Menschen aber "für bevölkerungs- und arbeitsmarktpolitische Maßnahmen frei verwertbare Verfügungsmasse" sein?²²⁸ Nicht alle Alten sind arm oder schwer vermittelbar. Der EuGH hat zur Frauenförderung entschieden, sie müsse sachlich gut begründet sein und dürfe nie automatisch wirken, sondern die Einzelfallgerechtigkeit beachten²²⁹. Auch das BVerfG hat betont, dass rechtlich niemand an tradierte Stereotype gebunden werden darf²³⁰. Genau das steht hier an.

Was es bedeutet, ist kaum zu überschätzen. Es geht um den Abschied von der Typisierung²³¹ und um ungestörte Parität im demografischen

sierten Alters stand historisch der erwerbstätige Mann; andere Lebensverläufe wurden als weibliche Devianz behandelt, S. Ruppert Rg 2006, 138 (143).

²²⁵ Art. 7 RL 2000/78/EG; zum Seniorenpass Menschenrechtsausschuss v. 9. 8. 2001, Beschwerde Nr. 855/1999 (Schmitz de Jong ./. Niederlande). Einen Förderauftrag haben deutsche Betriebs- und Personalräte nach § 80 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, § 67 Abs. 1 BPersVG und entsprechendem Landesrecht.

²²⁶ Eine Altersgrenze von 65 Jahren findet sich in § 41 Abs. 1 S. 1 BBG. Das Aufschieben der Emeritierung im Hochschulbereich ist bislang ebenfalls begrenzt, ändert also am Grundproblem nichts. Auch die Debatte an den Universitäten in den USA um 1970 lebte weitgehend von Stereotypen, *L. Friedman* in: S. Fredman/S. Spencer (eds.) Age as an equality issue, 2003, 175 (190f.).

²²⁷ § 1 Abs. 3 KSchG, dazu BAG NZA 2008, 405 (Grund ist die Sicherung der bisherigen Personalstruktur); LAG Hannover v. 13. 07. 2007 (Karmann). Nach dem AGG hat das KSchG Vorrang; § 10 Abs. 1 S. 3 Nr. 6 und 7 AGG verpflichten aber zur Einzelfallprüfung. Zu Recht kritisch *M. Schmidt* KritV 2004, 244. Problematisch pauschal auch § 10 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 AGG. Vgl. *B. Gaul/A. Bonanni* BB 2008, 218; *F. Oelkers* NJW 2008, 614.

²²⁸ S. Simitis KritV 2004, 233 (237). Gemischte "Diversity"-Teams deuten darauf, dass die Mischung der Innovationsfaktor ist, nicht aber die Jugend.

²²⁹ Entscheidend wohl EuGH v. 11. 11. 1997, C-409/95 (Marschall). Zudem genügt hier keine Formalität, sondern Regeln müssen effektiv sanktioniert und durchgesetzt werden; EuGH v. 8. 11. 1990 C-177/88 (Dekker).

²³⁰ BVerfG E 85, 191 (Nachtarbeit), auch BVerfGE 48, 346 (Witwenrente).

²³¹ Das BVerfG ermöglicht typisierende Regelungen bislang, wenn "die aus der Typisierung folgenden Härten und Ungerechtigkeiten nur unter Schwierigkeiten vermeidbar wären, verhältnismäßig wenige Personen betreffen und der Gleichheitssatz nicht sehr intensiv beeinträchtigt ist", BVerfG v. 1. 3. 2004, 1 BvR 2099/03, Abs. 6, unter Hinweis auf BVerfGE 100, 59 (90) mwN. Der Gesetzgeber müsste diese Ungerechtigkeiten je-

Verhältnis²³². Angesichts des Alterns müssen wir also über die Grundlagen unser Zivil- und Wirtschaftsordnung intensiv nachdenken. Die Altersgrenzen in Bildung und Erwerbsarbeit sind ja nicht nur keine Lösungen, sie sind auch Ursache für das starre Lebenszeitregime, das sich als Kern zahlreicher Probleme auch im Kontext der demografischen Entwicklungen entpuppt²³³. Wenn Altersgrenzen weiter höchst pauschal akzeptiert werden, verkennt das nicht nur die gerontologische Lage²³⁴, sondern auch die demografischen Herausforderungen. Dafür fehlen gute juristische und demografische Gründe. Es geht hier nicht um einfache Regeln, sondern um komplizierte Regulierung von Individualität im Gemeinwesen. Die Veränderungen, die sich bereits zeigen, müssen an diesem Maßstab gemessen werden.

V. Die Stärke der Grund- und Menschenrechte

Die rechtlichen Gestaltungsaufgaben, die sich aus demografischen Entwicklungen ergeben, sollten keine alten oder neuen kollektivistischen Prinzipien auf den Plan rufen, sondern lassen sich mit den

doch selbst erkennen und mit Hilfe angemessen flexibler Regulierungstechniken verhindern.

²³² Zum Zivilrecht *M. Roth* AcP 208 (2008) 451; zur Parität *G. Britz* Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, VVDStRL 64 (2005) 355 (265 f.); skeptisch *M. Jestaedt* Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, VVDStRL 64 (2005) 298 (339 ff.); *U. Di Fabio* Recht offener Staaten, 1998, 79, 155 f.; grds. auch *S. Emmenegger* Feministische Kritik des Vertragsrechts, 1999; *D. Schiek* Differenzierte Gerechtigkeit, 2000. Thema sind eigentlich Normalitätsvorstellungen, und Beispiele sind technische Normen für Räume und Produkte, Kennzeichnungspflichten für Lebensmittel oder Regeln zu Dienstleistungen für die, die keinen PC besitzen oder bedienen können, also online nicht banken oder handeln.

²³³ Dazu *C. Klenner/S. Pfahl* WSI-Diskussionpapier 158 (2008); *Deutsche Gesellschaft für Zeitpolitik* Zeit ist Leben, 2005; *U. Meier-Gräwe/U. Zander* in: A. Mischau/ M. Oechsle (Hrsg.) Arbeitszeit – Familienzeit – Lebenszeit – Balance? ZsFamForsch Sonderh. 2005, 92; *U. Mückenberger* in: C. Henry-Hutmacher (Hrsg.) Politik für Familien, 2006, 213; *F.-X. Kaufmann* Schrumpfende Gesellschaft, 2005, u.a. 255 ff.: Spät heiraten Menschen, weil sie lange im Bildungsverlauf hängen (aber entgegen der deutschen Alltagsthese: Frauen unabhängig vom Bildungsstand, während Männer ohne Bildung Familie aufschieben).

²³⁴ Die öffentliche Debatte schwenkt daher auch um: ARD-Themenwoche zum demografischen Wandel, 20.–26. April 2008: "Chancen einer alternden Gesellschaft", http://www.themenwoche.ard.de/; *Die Welt* vom 29. 06. 2008: "Hurra, die Alten kommen": bessere Chancen auf dem Arbeitsmarkt für Ältere; auch *Spiegel Spezial* 8 (2006): Jung im Kopf – Die Chancen der Alternden Gesellschaft, und *Schlussfolgerung der Europäischen Kommission* Von der Herausforderung zur Chance, 2006, 15.

Maßstäben der Grund- und Menschenrechte und durch die Qualifizierung der Gesetzgebung bewältigen. Das ist ein Paradigmenwechsel.

Im Zentrum steht der Freiheitsgebrauch eingedenk des ebenso individuellen wie multidimensionalen Phänomens der persönlichen Bindungen, der Wanderungen und des Alterns. Solidarität ist gefragt, um den Schutz vor Risiken, also mit Blick auf Lebenslagen und Grundbedürfnisse zu vermitteln²³⁵. Das bedeutet auch die individuelle, diskriminierungsfreie Sicherung eines Existenzminimums, auch für Kinder, und gleiche Chancen auf Selbstentfaltung. Das ist kein "Rückzug des Verfassungsrechts" beispielsweise aus den Bereichen, die zivilrechtlich geregelt werden²³⁶, sondern die Besinnung auf seine vorhandenen maßstäblichen Stärken.

Die Betonung der individuellen Grund- und Menschenrechte scheint mir auch zunehmend wichtig. Auch demografische Debatten werden im Licht (oder im Schatten) der globalen Auseinandersetzungen um mehr oder minder freiheitliche Gesellschaftsordnungen geführt²³⁷. "Der" demografische Wandel wird benutzt, um kollektivistische Forderungen aufzustellen, die jedoch das Erbe von Freiheit, Gleichheit und Menschenwürde überspielen, das demokratischen Konstitutionalismus prägt, oder doch prägen sollte. Biopolitik lebt hier von einem demografischen Fatalismus, der zwingt, aber nichts mehr ermöglicht. Das bringt kaum zufällig den Nationalstaat ganz regulierungsmächtig zu einem Zeitpunkt zurück, zu dem er oft totgesagt worden ist. Wo gerade noch Pessimismus regiert, lässt sich dann regulatorisch wieder aufatmen: Der Nationalstaat habe doch noch etwas zu tun²³⁸, er müsse sich ganz mas-

²³⁵ Das bestätigt zB auch das deutsche Sozialrecht. Es orientiert sich gerade nicht an Generationen, sondern an jeweiligen Lebenslagen, die teilweise durch das Alter oder bestimmte Stufen des Alterns vermittelt werden; *F. Welti* KJ 2004, 255 (256, 261); *F. Ruland* FamRZ 2004, 493. Sozialwissenschaftlich wird zwischen funktionaler, affektiver und assoziativer Solidarität unterschieden; meist ist sie erzwungen; *A. Blome* in: A. Blome/W. Keck/J. Alber Generationsbeziehungen im Wohlfahrtsstaat, 2008, 29 (42); grds. *U. Volkmann* Solidarität – Programm und Prinzip der Verfassung, 1998.

²³⁶ Vgl. U. Di Fabio Recht offener Staaten, 1998, 79, 155 f.

²³⁷ Diese Debatten werden im Anschluss an *S. Huntington* (Kampf der Kulturen, 1996) gern in bellistischer Metaphorik gefasst, die aggressive Abgrenzung setzen, anstatt sie zu überwinden; vgl. *A. Sen* Die Identitätsfalle, 2007. Das gilt insbesondere für Auseinandersetzungen mit religiöser Pluralität (dazu *Sacksofsky* und *Möllers*). Hier wirken sich demografische Prozesse über die Migration auf weltanschaulich-religiöse Mehrheitsverhältnisse aus. Es gilt aber auch für die Frage nach der sozialen Gleichheit (dazu *Davy* und *Axer*), insofern die Polarisierung zwischen Wohlstand und Prekariat zunehmend Thema wird, dazu mit Blick auf das Altern *C. Tesch-Römer/H. Engstler/S. Wurm* (Hrsg.) Altwerden in Deutschland, 2006, 519 ff., 532 f.

²³⁸ D. Auth/B. Holland-Cunz (Hrsg.) Grenzen der Bevölkerungspolitik, 2007, 8.

siv in ganz Privates einmischen, obwohl er doch immer behauptet, dieses vom Öffentlichen kategorial zu unterscheiden²³⁹. Regulierung hat bislang zu Lebensverläufen zwar nicht das beste Verhältnis, weder hinsichtlich der Reproduktion noch der Migration noch des Alterns. Das lässt sich jedoch ändern. Die Evaluation ist ein Mittel, um kompetent zu regeln, und Grund- und Menschenrechte sind gute Maßstäbe, um es gerecht zu tun.

²³⁹ Die Trennung zwischen Privat und Öffentlichkeit ist geschlechtlich kodiert, insoweit das Private die Domäne des Weiblichen, das Öffentliche die des Männlichen war und repräsentativ auch weithin ist. Das hat juristisch Folgen, insoweit das Private nicht unter Gerechtigkeitsvorbehalt steht, sondern als Sphäre der Freiheit fern jeder Regulierung behauptet wird. Das verkennt, wie sehr das Recht selbst diese Freiheit schafft, allein durch die Anerkennung von Willenserklärungen. Dazu historisch *K. Hausen* in: W. Conze (Hrsg.) Sozialgeschichte der Familie in der Neuzeit Europas, 1976, 363; aktuell *B. Sauer* Die Asche des Souveräns, 2001, 176 ff.; ideengeschichtlich *S. Moller Okin* Justice, Gender and the Family, 1989; philosophisch *B. Rössler* Der Wert des Privaten, 2001; auch *J. Cohen* Regulating Intimacy, 2002.

Leitsätze der 2. Berichterstatterin über:

Demografischer Wandel und Generationengerechtigkeit

- 1. Demografischer Wandel findet statt, ist aber ein funktionalisierter Topos, weder neu noch Anlass für Erosionsängste, und er ist mit den Mitteln eines aufgeklärten Konstitutionalismus zu adressieren. An die Stelle kollektivistischer Setzungen treten dann individuelle Rechte.
- 2. Soll juristisch auf demografische Entwicklungen adäquat reagiert werden, bedarf es auch einer kulturhistorisch aufgeklärten Analyse. Das Wissensproblem im Recht tritt gerade hier besonders scharf hervor. Demografie entwickelte sich als Teil der Staatswissenschaft; der Staat wird auch demografisch definiert und Bevölkerungspolitik wird Teil seiner Rationalität. Die demografische Statistik wird zum Herrschaftsinstrument, eine Machttechnologie der Moderne; sie formt den Kollektivkörper. Mit Hilfe der Arbeiten von M. Foucault lässt sich dieses Phänomen als "Biopolitik" beschreiben. In ihr wirken auch heute die Macht der Zahl und die Macht der stereotypen Bilder. Rechtspolitisch wird das Thema in dieser Tradition "politischer Arithmetik" tendenziell fatalistisch und als Sachzwang besetzt.
- 3. So wenig jedoch demografischer Fatalismus zu biopolitischen Zwängen führt, so wenig Gründe gibt es auch, bestimmte Politiken zur Sicherung von "Verfassungsvoraussetzungen" zu fordern. Ebenso wenig trägt hier ein Bezug auf Staatsaufgaben, weder auf Art. 20a GG noch auf eine neue Aufgabe der Sicherung von "Generationengerechtigkeit". Beide fördern eine Tendenz, nicht zuletzt weltanschaulich geprägte Kontroversen dem demokratischen Diskurs und den Maßstäben der Grund- und Menschenrechte zu entziehen. "Der" demografische Wandel zwingt den Gesetzgeber oder andere Akteure im demokratischen Verfassungsstaat insofern zu nichts. Verfassungsstaatlichkeit wird vielmehr ständig hergestellt. Nicht Verfassungsvoraussetzungen sind entscheidend, sondern Faktoren der Wirksamkeit von Recht. Die Herausforderung liegt in einem "doing constitutionalism".
- 4. Soll Verfassungsstaatlichkeit ständig aktiv hergestellt werden, muss die Demokratie dazu in der Lage sein. Die verfassungspolitischen Vorschläge zur Staffelung des Wahlrechts nach Alter oder Familienkonstellation sind abzulehnen; die Frage nach Wahlrechten und Partizipation in Zeiten der Migration ist weiterhin zu stellen. In institutioneller Hinsicht wird vorgeschlagen, Beiräte zu installieren, doch birgt das alle Risiken statischer Expertise. Nachhaltiger wirkt es, das Wissen der Parlamente zu qualifizieren. Hier sind

interdisziplinär aufgeklärte Analysen, also insbesondere die Evaluation von Regelungen (Wirkungsforschung, Folgenabschätzungen) auch zu Optionen der Regulierung ("regulatory choice") und zu denkbaren Arrangements der Akteure ("governance") gefragt. Das wäre gute und auch demografisch kompetente Gesetzgebung.

- 5. Die Gestaltung demografischer Entwicklungen lässt sich dann mit Blick auf drei Referenzgebiete genauer fassen. Im Kern geht es um die Regulierung von Familie, Migration und Alter, genauer: dem Altern.
- a) In demografischen Krisenszenarien "mehr Nachwuchs", "wir sterben aus" wird die Familie als "Keimzelle" angesprochen, die Geburten sichern soll. Das intendiert das Grundgesetz jedoch nicht; es wird heutigen Bedürfnissen und Lebenswirklichkeiten auch nicht gerecht. Im internationalen Recht hat sich auch deshalb ein Konzept individueller "reproduktiver Rechte" entwickelt, das hier weiter führt. In diesem Sinn lässt sich auch deutsches Verfassungsrecht lesen; auch wenn Teile der Verfassungsrechtswissenschaft noch einige Hürden nehmen müssen, bevor durchgängig Individuen als Teile von Familien anerkannt werden. Da wird zu stark institutionell gedacht oder Familie an die Ehe gekoppelt. Letztlich überzeugend ist nur die grund- und menschenrechtliche Kohärenz.
- b) Demografisch soll Migration zumindest teilweise kompensieren, wenn nationale Geburtenraten zu niedrig ausfallen. Die politischen Debatten sind aber ebenso wie bisherige Weichenstellungen des Gesetzgebers ambivalent, "der Fremde" gewollt und gefürchtet zugleich. Vieles ist allerdings ganz aktuell im Fluss. Die beiden Kernfragen lauten: Wie darf ein Staat Zuwanderung steuern und was müssen oder dürfen die, die gekommen sind? Antworten sind wieder grund- und menschenrechtlich bestimmt. Die Regulierung der Arbeitsmigration darf bestimmte, aber nicht alle Auswahlkriterien nutzen. Die Integration darf nicht in Assimilation umschlagen und muss den Familiennachzug ebenso ernst nehmen wie andere Formen des Freiheitsgebrauchs.
- c) Schließlich ist demografisches Thema "die Rente"; in der Sache geht es aber vorrangig um das Altern. Auch hier ist Vieles in Bewegung. Bislang ist hierzulande jedoch die Fixierung auf den Jahrgang und damit auf das chronologische Alter weit verbreitet, obwohl Menschen je unterschiedlich, also "differenziell" altern. Gerade Regeln zur Erwerbsarbeit, die an Jahrgänge anknüpfen, sind daher grundsätzlich suspekt. Das besagt auch das zunehmend rechtlich verankerte Verbot der Altersdiskriminierung; wichtig sind daneben z.B. Gebote der Barrierefreiheit. Was das bedeutet, ist kaum zu überschätzen. Auch hier geht es um den Abschied von ungerechter Typisierung.
- 6. Die Gestaltungsaufgaben, die sich aus demografischen Entwicklungen ergeben, sollten keine alten oder neuen kollektivistischen Prinzipien auf den

354 Susanne Baer

Plan rufen, sondern lassen sich mit den Maßstäben der Grund- und Menschenrechte bewältigen. Das ist ein Paradigmenwechsel. Er wird nicht zuletzt im Licht (oder im Schatten) der globalen Auseinandersetzungen um mehr oder minder freiheitliche Gesellschaftsordnungen auch zunehmend wichtig; Demografie sollte nicht dazu verleiten, das Erbe von Freiheit, Gleichheit und Menschenwürde aufs Spiel zu setzen, das demokratischen Konstitutionalismus prägt. Auch bedarf es keiner Krisenszenarien, um den Staat als Akteur zu retten. Regulierung hat bislang zu Lebensverläufen zwar nicht das beste Verhältnis, weder hinsichtlich der Reproduktion noch der Migration noch des Alterns. Das lässt sich jedoch ändern. Die Evaluation ist ein Mittel, um kompetent zu regeln, und Grund- und Menschenrechte sind gute Maßstäbe, um es zu gerecht zu tun.

3. Aussprache und Schlussworte

Demografischer Wandel und Generationengerechtigkeit

Holoubek: Niemand wusste, wieso das Rezept so gut ist. Man hat dann einmal am Sterbebett die Tante Jolesch gefragt: Was war das Geheimnis an Deinen Krautfleckerln? Die Antwort war: "Es war immer ein bisschen zu wenig." Wenn Sie das bitte für Ihre Diskussionsbeiträge sich zu Herzen nehmen könnten, dann kommen wir jetzt ganz gut durch.

Volkmann: Herr Vorsitzender, dass Sie mich als ersten reden lassen, bringt mich in eine gewisse Verlegenheit, weil der erste Redner ja, glaube ich, immer zunächst das Lob für die Referenten auszusprechen hat. Das ist aber keine sachliche Verlegenheit, sondern das mache ich gern: Also tolle, brillante Vorträge. Aber natürlich habe ich einen Einwand bzw. eine kritische Nachfrage an Frau Baer, der ich ansonsten sehr gerne zugehört habe. Ich frage mich nur, Frau Baer, und das ist eine nachdenkliche Frage, ob Sie sich nicht bei Ihren Darlegungen in eine Art performativen Selbstwiderspruch verwickelt haben und damit denselben Fehler machen, der schon Ihrem Gewährsmann Foucault unterlaufen ist. Das Verdienst von Foucault war es ja, die fortbleibenden, die Zeiten überdauernden Strategien des Staates als Machtstrategien aufgezeigt zu haben, und zwar über den Wechsel aller Systeme hinweg. Die "Biopolitik" ist bekanntlich die eine, das "Sicherheitsdispositiv" die andere dieser Strategien. Das Problem von Foucault liegt aber darin, dass er in diesem Aufzeigen der Kontinuitäten die gravierenden Unterschiede übersieht, die sich im Wechsel der Systeme vollzogen haben und darin liegen, dass es eben schon einen Unterschied macht, ob ein absoluter oder frühliberaler Staat eine bestimmte Politik betreibt oder ein demokratischer Staat. Das führt notwendig dazu, dass am Ende alles unter Verdacht gerät: Migrationspolitik erscheint dann etwa als kollektivistische Politik der Zwangsassimilierung, Familienpolitik als Fortsetzung einer Malthus'schen "Peuplierungspolitik" mit anderen Vorzeichen. Wenn man das aber so macht, dann sieht man im Grunde selber alles aus der Großperspektive, also aus einer kollektivistischen Perspektive, die den Blick weg von den Einzelphänomen immer schon hin zum Großen und Ganzen wendet. Und das ist im Grunde genau die Perspektive, gegen die Sie an sich anrennen und die Sie bekämpfen wollen. Gerade aus dieser Perspektive beobachten Sie aber. Ist da nicht doch ein Widerspruch?

Kotzur: Erlauben Sie bitte eine Nachfrage zur Generationengerechtigkeit. Herr Kluth hat in seinem Vortrag die Generationenperspektive sehr stark auf Art. 20a des Grundgesetzes verengt und Frau Baer hat in ihrem faszinierenden, kritischen Überblick den Aspekt auch eher vorsichtig behandelt. Er klang in einer ihrer einleitenden Thesen an und wurde nicht als Perspektive für die Staatsaufgaben weitergehend ausgeformt. Meine Frage wäre daher: Ist der Generationengerechtigkeit nicht vielleicht doch eine größere Bedeutung zuzumessen, da die Verfassung immer auch ein Zukunftsentwurf ist, der künftige Generationen ganz nachhaltig einbezieht? Ist die Generationengerechtigkeit nicht letztlich älter als Art. 20a GG, schon im tradierten Sozialstaatsprinzip mit angelegt, nämlich in der Idee, dass der starke Staat sich um die Schwachen zu kümmern hat, dass gerade die Schwachen eines starken Staates bedürfen? Dass der Staat deshalb sehr sorgfältig mit seinen Ressourcen umgehen, eine nachhaltig ressourcenschonende Politik betreiben muss gerade was Grenzen der Staatsverschuldung mit anbetrifft. Bietet die Generationengerechtigkeit nach alldem nicht doch so etwas wie eine Diskursfolie, über Möglichkeiten nachzudenken, den von Frau Baer so charakterisierten "doing constitutionalism" in concreto zu aktivieren? Denn gewiss, wo immer Herrschaftswissen instrumentalisiert wird, wo immer Alternativlosigkeit impliziert wird, ist der demokratische Diskurs gefährdet. Es kommt auf ein reflektiertes Vorverständnis an, und vielleicht kann insbesondere die Generationenperspektive einen gleichermaßen zukunftsoffenen wie kritischen Diskurs zu ermöglichen helfen.

Pieroth: Wenn ein Staatsrechtslehrer oder eine Staatsrechtslehrerin sich dieses Themas annimmt, ist natürlich immer doch auch die Frage: Was ist eigentlich die verfassungsrechtliche Verankerung, die Verortung der Generationengerechtigkeit? Und da haben wir heute Morgen, denke ich, gewissermaßen eine (frei nach Robert Musil) k.u.k.-Parallelaktion erlebt. Das Referat von Frau Baer war klar, aber karg bei der Frage der verfassungsrechtlichen Verortung – bei Herrn Kluth war es umgekehrt. Klar, aber karg war das Referat von Frau Baer insoweit, als sie nur Grund- und Menschenrechte als Maßstab genannt hat. Was Grund- und Menschenrechte für die vielen klar analysierten Probleme dann jeweils konkret bedeuten, ist relativ karg beantwortet worden. Herr Kluth war an dieser Stelle expliziter, wortreicher. Er hat der Frage mindestens drei seiner Thesen gewidmet, aber sie – wie ich finde – nicht besonders klar

beantwortet. Er hat zunächst bei These 9 schön entwickelt, dass Art. 3 Abs. 1 GG nicht in Frage kommt und auch andere Normen eigentlich als verfassungsrechtliche Verortung sich nicht anbieten, sondern auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip verwiesen. Und da hätte ich jetzt gedacht, wenn der Gesetzgeber die Generationengerechtigkeit fördert, dann ist das sicher ein verfassungslegitimer Zweck, und damit ist insofern die verfassungsrechtliche Verortung da. Dann sagte er aber, das sei ein Gemeinwohl-Belang, und damit schien mir die Argumentation von der bloßen Zwecksetzung des Gesetzgebers auf die verfassungsrechtliche Ebene erhoben, weil in dem Zusammenhang nämlich auch noch von einem Einschleusen in verfassungsrechtliche Prinzipien gesprochen wurde. Und dieser Einschleusungsprozess zeigt sich dann in den Thesen 25 und 26. Auch da heißt es zunächst: nicht Art. 20a, nicht Art. 3 Abs. 1 GG und wiederum Berücksichtigung nur im Rahmen der Rechtfertigung. Aber dann heißt es, Generationengerechtigkeit sei ein Gestaltungsprinzip in Abwägungs- und Rechtfertigungsprozessen, und da frage ich mich: Wer gestaltet hier? Gestaltet nur der Gesetzgeber? Dann wäre das konform zu meiner Überlegung der verfassungslegitimen Zwecksetzung durch den Gesetzgeber. Oder gestaltet dann vielleicht doch der Verfassungsrichter am Maßstab der Generationengerechtigkeit in der ins Rechtsstaatsprinzip eingeschleusten Form? Das ist ein großer Unterschied!

Kahl: Der Vorstand hat einen wichtigen Beitrag zur Enttabuisierung eines wichtigen und zukunftsweisenden Themas, nämlich des demographischen Wandels geleistet. Die Referate haben - jedenfalls teilweise einen Beitrag zu einer sachlichen und differenzierten Diskussion der Ursachen und der Folgen dieses Themas geleistet. Bei dem zweiten Referat geht es mir ähnlich wie Herrn Volkmann. Es hat mich etwas gestört, dass hier meines Erachtens zu sehr mit Generalverdachten, Unterstellungen und Verallgemeinerungen - auch mit zweifelhaften, sprunghaften historischen Bezügen gearbeitet wurde, was dem Ganzen am Ende doch stärker den Charakter einer Polemik verliehen hat. Meines Erachtens ist es völlig richtig, das Bevölkerungsrecht als eines der zukunftsweisenden wesentlichen Referenzgebiete, als Teil einer übergreifenden Bevölkerungswissenschaft im interdisziplinären Dialog mit anderen Fachdisziplinen zu begreifen, als ein Querschnittsrechtsgebiet mit vielfältigen Bezügen. Es ist auch richtig, eine Staatsaufgabe Nachwuchssicherung zu bejahen, deren zentraler Ansatzpunkt - insoweit Zustimmung zu Herrn Kluth – nur Art. 6 Abs. 1 GG und die Familie sein kann. Dies hat auch Frau Schuler-Harms in ihrem Begleitaufsatz zur diesiährigen Tagung zu Recht ausgeführt. Herr Kluth hat weiter zu Recht dar-

gelegt, dass das geltende Verfassungsrecht unter einem Generationengerechtigkeitsdefizit leidet, und er hat dies am Sozialversicherungssystem exemplifiziert. Man könnte auch auf den Bereich der Staatsverschuldung, also der finanziellen Nachhaltigkeit hinweisen, der von einem eklatanten Versagen der Politik und einem Verlust der Steuerungsfähigkeit der Verfassung kündet. Wenn man die Generationengerechtigkeit siehe These 25 von Herrn Kluth - nicht als ein geltendes, übergreifendes Verfassungsprinzip sieht, sollte man dann nicht doch überlegen, ein Staatsziel Nachhaltigkeit in einem Art. 20b GG aufzunehmen, das man dann stufenweise verfassungsrechtlich und gesetzlich konkretisieren müsste, etwa durch einen geänderten Art. 6 Abs. 1 GG, wie Herr Kluth dies vorschlägt, aber auch durch eine Schuldenbremse in einem geänderten Art. 115 Abs. 1 Satz 2 GG nach dem Vorbild der Schweizer Bundesverfassung, möglicherweise durch einen geänderten Art. 109 Abs. 2 GG sowie durch geänderte Landesverfassungen und Kommunalordnungen. Daher meine Frage an Herrn Kluth: Wo sähen Sie den richtigen Regelungsstandort für ein solches Staatsziel und welche Wirkungen würden Sie diesem Staatsziel beimessen? Der Alternativweg, den Frau Baer uns aufgezeigt hat, nämlich nur zu vertrauen auf die Grund- und Menschenrechte und auf die Demokratie, scheint mir keine wirkliche Lösung zu bieten. Er erscheint mir eher kapitulativ und auch viel zu einseitig. Es gibt Fragen - und dazu gehört möglicherweise der demographische Wandel - die sich durch die Diskriminierungsbrille dann wohl doch nicht hinreichend erfassen lassen.

Hillgruber: Ich kann in vielerlei Hinsicht anknüpfen an das, was an Kritik bereits geäußert worden ist. Sehr geehrte Frau Baer, bei Ihnen habe ich zunächst einmal gelernt – und dafür bin ich dankbar – was "aufgeklärter Konstitutionalismus" bedeutet. Es bedeutet, dass man einen Begriff in denunziatorischer Absicht verwendet, nämlich das, was Herr Kollege Volkmann mit Recht genannt hat, Familienförderungspolitik im demokratischen Verfassungsstaat, als ethno-zentrierte, um nicht zu sagen, rassistische Biopolitik auszuweisen. Das fand ich schon einigermaßen bemerkenswert.

Ich glaube, Herr Kahl hat völlig Recht. Die Antwort, die Sie geben, ist keine Antwort. Natürlich haben Sie Recht. Biopolitik – wie alle Politik – wird im Verfassungsstaat begrenzt durch Grund- und Menschenrechte, aber eben begrenzt. Die Grund- und Menschenrechte selbst sind noch keine Antwort auf das Problem. Sie haben Recht, der demographische Wandel zwingt für sich genommen wie alle tatsächlichen Entwicklungen und Phänomene rechtlich betrachtet, verfassungsrechtlich betrachtet zunächst einmal zu gar nichts. Aber ob man im Ergebnis es beim

Nichtstun belassen kann, ist doch eine offene Frage. Herr Pieroth hat mit Recht darauf hingewiesen, dass Ihr Rekurs auf die Grund- und Menschenrechte außerordentlich blass geblieben ist. Es war immer nur dieses Stichwort, ohne dass klar, wirklich klar geworden wäre, was denn das für Grund- und Menschenrechte eigentlich sein sollen. Bei einigen – ich denke etwa an Ihre reproduktiven Rechte, auch das blieb nebulös – handelt es sich, glaube ich, um Rechtsbehauptungen interessierter Kreise, die sich aber weder völkerrechtlich verdichtet haben noch verfassungsrechtlich nachweisen lassen.

Nein, es sind nicht nur ein paar kleine Hürden, die es sportlich zu nehmen gälte, um Ihren Rechtsstandpunkt einnehmen zu können. Da müssten ganze Eckpfeiler unseres Verfassungsrechts erst einmal abgeräumt werden, denn die kollektivistischen Prinzipien, die Sie verdammt haben - dazu gehört offensichtlich auch das Institut der Ehe und Familie – die stehen nun leider in unserer Verfassung drin. Das ist natürlich für Ihre Argumentation ein Problem. Und mit Recht hat Herr Kahl auch darauf hingewiesen, dass Ihre Perspektive die einer Antidiskriminierung ist. Alles, was der Staat regelt, wird unter den pauschalen Verdacht, ja sogar unter eine Vermutung, die widerlegt werden müsste, unter die Vermutung der - wenn auch vielleicht nur mittelbaren - Diskriminierung gestellt. Ich glaube, auch das ist keine Antwort auf das Problem. Und die kollektiven Prinzipien, die Sie so verdammen - das will ich nicht verschweigen - die kennen Sie natürlich sehr wohl auch. Die schleusen Sie übrigens - ich darf nur das Stichwort Geschlechterparität nennen - die schleusen Sie selbst allerdings dann in die eigentlich individuell konzipierten Grund- und Menschenrechte ein.

Hoffmann-Riem: Herr Hillgruber ist ja dafür bekannt, dass er Beiträge von denunziatorischer Qualität formulieren kann. Ich werde mich aber nicht provozieren lassen, sondern gehe direkt auf den Beitrag von Frau Baer ein. Dabei greife ich ihre Formulierung auf, dass es darum gehe, Heterogenität in Optionenmodelle zu fassen. In diesem Sinne möchte ich dafür plädieren, dass das Recht sich stärker umstellt auf ein Optionenrecht auch im Hinblick auf die Förderung sozialer Innovationen. Die demografische Entwicklung fordert solche Innovationen in verstärktem Maße. An dem Bereich der Bevölkerungspolitik hat Frau Baer sehr schön illustriert, dass Bevölkerungspolitik bei uns bisher vorrangig als Wachstumspolitik verstanden wird – also aus dem Blickwinkel der Wirtschaft auf Humankapital ausgerichtet. Das ist als Zukunftsvorsorge zu wenig. Gleiches gilt, wenn Bevölkerungspolitik als Mittel der Technologiepolitik genutzt wird, wie etwa an der Bevorzugung von Ingenieuren bei der Förderung von Immigration deutlich wird. Allein auf solche

Weise können die Zukunftsprobleme aber nicht angemessen bewältigt werden. Es muss vielmehr darum gehen, Bevölkerungspolitik auch als Politik nachhaltiger Förderung von Lebensqualität zu verstehen und insbesondere zu fragen: Wie kann Recht dazu beitragen, dass die Lebensqualität der in Deutschland Lebenden - selbstverständlich auch der Zugewanderten - verbessert wird? Das geht nur dadurch, dass wir uns stärker auch um die Förderung entsprechender sozialer Innovationen bemühen, auch solcher, die zur Begleitung technologischer Innovationen notwendig sind, die für die Zukunftsbewältigung eingesetzt werden. Wichtig ist insofern der Ausbau bestimmter sozialer Kompetenzen, aber auch die Nutzung von Möglichkeiten sozialen Lernens und darauf ausgerichteter institutioneller Vorkehrungen. Das Recht hat schon viele Vorarbeiten geleistet. Denken Sie nur an die rechtliche Förderung der Vereinbarkeit von Arbeit und Familie, der Vereinbarkeit von Arbeit, Familie und Pflege Älterer, neuerdings auch der Vereinbarkeit von Pflege und Pflege, nämlich die Ermöglichung der Pflege durch Alte, die ihrerseits pflegebedürftig sind. Hier bestehen viele Ansätze zum Einbau zivilgesellschaftlicher Aktivitäten auch Älterer in die Bewältigung von sozialen Problemen. Ich kann das hier nicht vertiefen und auch das Zusammenspiel von sozialen und technologischen Innovationen nicht behandeln - etwa im Gesundheitsbereich bei der Ferndiagnostik oder Telekardiologie. Die betroffenen technologischen Innovationen brauchen soziale Begleitung: damit man lernt, wie man mit solchen Technologien umgeht. Auch die Erfüllung der Forderung von Frau Baer, dass bei der Migration auf eine Integration ohne Assimilation umgestellt werden muss, setzt viele soziale Innovationen voraus. Gleiches gilt, wenn im Arbeitsleben nicht das physische, sondern das soziale Alter zählen soll. Wir müssen verstärkt nach Arrangements suchen, wie das Recht und die rechtlichen Akteure dafür genutzt werden können, um die Lebensqualität durch Veränderung in unserem sozialen Umfeld zu fördern. Dazu gibt es Möglichkeiten, aber ihre Nutzung setzt voraus, dass man diese Aufgabe auch als Aufgabe des Rechts ernsthaft aufgreift.

Isensee: Im Hause der deutschen Staatsrechtslehre sind viele Wohnungen. Die zwei Referate zu demselben Thema bringen völlig unterschiedliche Perspektiven, Maßstäbe, Thesen – ein jedes auf seine Weise lehrreich. Das erste bietet die Froschperspektive des positiven Rechts und führt so zu den konkreten Problemen unserer Alterssicherungssysteme und zu den rechtlichen Aspekten ihrer Lösung. Das zweite schwingt sich auf zur Vogelschau, aus der die Details in wesenlosem Scheine verschwimmen, Zahlen und Fakten ihren Sinn verlieren und nur noch ein visionäres kosmopolitisches Ganzes aufscheint. Dieses braucht keine

Verfassungsnormen und kennt keine Verfassungsvoraussetzungen. Hier gelten nur noch Menschenrechte, aber auch diese nicht in einer ihrer nationalen oder übernationalen Positivierungen, sondern eigentlich nur noch als Idee, freilich Idee, wie die Referentin sie versteht. Sensibel kritisiert sie manchen brutalen Sprachgebrauch, so das "Humankapital". Diese falsche Begriffsmünze dient freilich manchem Verfassungsinterpreten dazu, die grundgesetzlichen Grenzen der Staatsverschuldung zu unterlaufen, indem er Bildungsausgaben als investive Ausgaben deklariert. Doch das ist ein anderes Thema. Frau Baer liebt die humanen Vereinfachungen. Ihr Rechtssystem, so schlicht wie ihr Weltbild, besteht eigentlich nur aus den drei Prinzipien Freiheit, Gleichheit, Mitmenschlichkeit. Würden diese verwirklicht, so wäre die barrierefreie Erde hergestellt und mobile, überall wahlberechtigte Migranten füllten die demographischen Lücken. Im kosmopolitischen Universum lösten sich alle Verteilungsprobleme von selbst. Frau Baer klagt über die vorhandenen Barrieren, die der Kollektivismus errichtet habe: die staatlichen Grenzen oder den partikularen Zuschnitt der Solidargemeinschaften wie der deutschen Sozialversicherung, an denen Herr Kluth sich abarbeitet. Das Verdikt des Kollektivismus trifft den Sprachtest für Migranten ("Assimilation"); es trifft auch das Sinnverständnis der Ehe von der Familie her ("Keimzellenideologie"). Derartige Betrachtungen bewegen sich unendlich fern von der Realität der Staatenwelt und vom Inhalt eines wo auch immer geltenden Rechts. Das Recht ist nun einmal seinem Wesen nach Barriere: Begrenzung von Rechten und Pflichten, von Zuständigkeit und Verantwortung, von Selbstbestimmung und Solidarität. Wo es der Grenzen und Prioritäten nicht bedarf, in der barrierefreien Welt Frau Baers, ist das Recht überflüssig, letztlich auch unsere heutige Diskussion.

Kingreen: Heute vor 18 Jahren haben wir 18 Millionen Mitbürger hinzugewonnen, die wir – wenn ich die Zahlen von Herrn Kluth richtig deute – im Laufe dieses Jahrhunderts alle wieder verlieren werden. Es stimmt, Herr Klein, es sind nicht ganz dieselben, sondern es ist etwas gerechter über Ost und West verteilt. Herr Kluth, Sie stellen sich diesem Problem mit einem letztlich eher etatistischen Ansatz: Es gibt ein demografisches Problem und das muss der Staat lösen. Sie plädieren für eine Familienkasse, die fiskalisch finanziert werden müsste, sie stützen das steuerfinanzierte System des Familienlastenausgleichs und Sie treten sogar ein für eine aktive staatliche Nachwuchssicherungspolitik, die ja immer so ein bisschen die Gefahr birgt, dass da wieder Leitbilder über das richtige Leben mit untergeschoben werden. Eine Versuchung, der übrigens auch Susanne Baer trotz ihres mir sympathischen liberalen

Ansatzes mit ihrem Engagement für die Vätermonate beim Elterngeld erlegen ist. Auch hier definiert doch der Staat wieder, was ein guter Vater ist, ebenso wie er bis vor wenigen Jahren bestimmt hat, was eine gute Mutter ist und alles getan hat, damit diese gute Mutter bloß nicht auf die Idee kommt zu arbeiten. Dieser Ansatz, dass der Staat alles bestimmen, lösen und finanzieren muss, führt doch nicht weiter. Er beschreibt ja auch nur den Ist-Zustand einer milliardenschweren Finanzierung des Familienlastenausgleichs, die letztlich dazu geführt hat, dass Kinderlose und Familien gleichermaßen das Gefühl haben, permanent benachteiligt zu werden. Die Kinderlosen sagen: Wir zahlen schon genug für die Kinder anderer Leute und werden noch für unsere, vielleicht nur unfreiwillige, Kinderlosigkeit bestraft. Und die Familien verweisen, ebenso zu Recht, darauf, dass Kinder nach wie vor ein Armutsrisiko sind. Diese 100 Milliarden €, die Jahr für Jahr in den Familienlastenausgleich gepumpt werden, sind ein völlig falsches Signal: Die Familie ist ein Sozialfall, für den der Steuerzahler (und damit auch die Begünstigten selbst) aufkommen muss oder, noch schlimmer, die Kinder, deren zukünftige Gestaltungsmöglichkeiten durch Staatsschulden für die Familie ruiniert werden. Ich meine daher, dass man hier etwas grundlegender nach den Fehlsteuerungen fragen muss, die uns haben vergessen lassen, dass die Familie eigentlich ein leistungsfähiges System ist, das in vielen Bereichen auch ohne den Staat ganz gut zurecht käme. Konkret: Die 11 Milliarden € für die Kindererziehungszeiten in der Rente könnte man sich sparen, wenn die Rentenversicherung konsequent als Drei-Generationen-Verbund konstruiert werden würde. Dann müsste, dies als zweites von vielen anderen Beispielen, auch nicht darüber gestritten werden, ob die Kinder oder der Staat für den Elternunterhalt herangezogen werden. Wenn die Rechtsordnung dieses Geben und Nehmen über die Generationen hinweg nicht permanent torpedieren würde, hätten wir diese Diskussion jetzt nicht, jedenfalls nicht in diesem Maße. Man kann diesen Generationenverbund durchaus im Rahmen einer Familienkasse organisieren, wie Sie, Herr Kluth, das vorschlagen, allerdings nicht im Rahmen der bestehenden Sozialversicherung, denn hier haben Sie ja das Problem, dass nicht alle Mitglieder sind. Auch darf er nicht steuerfinanziert sein, sondern muss auf dem Prinzip der Gegenseitigkeit beruhen und damit durch Beiträge finanziert werden: Leistungen werden erbracht, weil Leistungen empfangen werden, und Leistungen werden empfangen, weil sie erbracht werden. Die Familie ist in diesem Verbund kein fürsorgebedürftiger Sozialfall, sondern die Schaltstelle für die intergenerationelle Verteilung. Familien sorgen auch durch eigene Kinder vor. Kinderlose müssen und können das auch auf andere Weise tun.

Steiger: Eine Vorbemerkung: Wenn man sich zur Diskussion meldet, hat man eine gewisse Vorstellung darüber, was man sagen will. Inzwischen ist die Diskussion einen gewissen Gang gegangen und da möchte man eventuell auf das eine oder das andere Gesagte reagieren. Ich bitte also, dass Sie mich nicht auf mein gemeldetes Stichwort "Verfassungsvoraussetzungen" festlegen. Es ist ja nicht zum ersten Mal, dass wir uns mit dem Thema des sozialen Wandels und der Verfassung beschäftigen. Wir haben das schon vor ein paar Jahren einmal getan. Seitdem ist der soziale Wandel weitergegangen. Ich würde daher, Frau Baer, mein Referat von 1986 heute durchaus anders halten. Es ist meines Erachtens richtig, wenn Sie die Individualisierung, die Grund- und Menschenrechte gegenüber dem Kollektivistischen ins Vorfeld rücken. Aber gegen eine zu starke Individualisierung habe ich im Bereich von Ehe und Familie nach wie vor vor allem anthropologisch begründete Vorbehalte. Das heißt nicht, dass ich Ihnen in Ihrem Grundansatz nicht folge. Ich finde Ihre Kritik an dem Begriff der Demographie bzw. seiner Verwendung völlig gerechtfertigt. Natürlich, Herr Volkmann, ändert sich das Bezugsfeld der demographischen Argumentation unter gewissen Verfassungsänderungen. Aber wenn man auf die Begründungen schaut, mit denen auch bei uns heute das demographische Problem in die Politik eingeführt wird, dann muss ich gestehen, habe ich manches Mal nicht den Eindruck, dass sich das gegenüber der Verfassungslage in früheren Situationen Deutschlands so sehr geändert hat. Das heißt also insofern, denke ich, ist das durchaus richtig gesehen.

Ich hatte mich eigentlich zu den Verfassungsvoraussetzungen gemeldet und möchte dazu jetzt doch noch mal ein Wort sagen, auch in Bezug auf gestern. Ich habe weder gestern noch heute eine klare Vorstellung gewonnen, was eigentlich mit Verfassungsvoraussetzungen gemeint ist. Das Wort kann - wenn Sie's sprachlich sehen - Voraussetzungen der Verfassung heißen, aber auch Voraussetzungen in der Verfassung. Das ist mit der Wortbildung nicht eindeutig klar. Inhaltlich können es juristische Voraussetzungen sein, aber auch historische, anthropologische, kulturelle, gesellschaftliche etc. Dies sind diejenigen, die sich wandeln. Ich meine, das müsste konkreter gesagt werden. Gestern war bei Herrn Möllers vom "Idealtyp" die Rede. Das ist aber m.E. mit "Verfassungsvoraussetzungen" gar nicht gemeint, ich glaube auch nicht bei Herrn Böckenförde. Sondern das Grundgesetz ist eine konkrete verfassungsrechtliche Antwort auf eine konkrete geschichtliche und gesellschaftliche Situation im Jahre 1948/49. Es ist deswegen ja sehr offen formuliert worden. Da steht nur was vom Sozialstaat und sonst nix und mit guten Gründen. Inzwischen sind wir weiter geschritten. Man muss eine Verfassung historisch begreifen, in ihrem historischen allgemeinen Zusammenhang, und dann ergeben sich die Anforderungen an die Wandlungen ihrer historischen Voraussetzungen.

Waechter: Warum streiten wir heute anders als gestern über Kollektivismus? Weil wir zum ersten Mal über Verfassungsvoraussetzungen reden. Ich möchte versuchen, das anhand einer Systematik der Bedeutung der Grundrechte im vorliegenden Zusammenhang darzulegen. Wie ich die Themenstellung verstanden habe, können "Verfassungsvoraussetzungen" als faktische Bestände an gelebten Verhaltensweisen und gesellschaftlichen Strukturen begriffen werden.

Diese faktischen Bestände sind normalerweise freiheitsrechtlich geschützt durch die Abwehrrechte. Wir haben von Herrn Kluth gehört – als Beispiel –, dass früher z.B. das "sozialverträgliche Frühableben" statistisch die Regel war. Das Leben ist natürlich abwehrrechtlich geschützt. Es war auch freiheitsrechtlich geschützt, eine Religion auszuüben, sich dadurch in einer bestimmten Weise motivieren zu lassen oder dies nicht zu tun. Das ist die Abwehrebene der Ebene der Grundrechte.

Wenn man jetzt diese Verhaltensweisen als Verfassungsvoraussetzungen betrachtet, weil nämlich das Lebensalter, die Lebensdauer entscheidend ist für die Funktionsfähigkeit der Versicherungssysteme, dann wechselt man die Perspektive. Leben und Religion sind dann nicht mehr selbstzweckhafte Freiheit, sondern Funktion innerhalb des Systems. Das würde sich dogmatisch widerspiegeln dadurch, dass man hier nicht mehr von selbstzweckhafter Freiheit, sondern von objektiv-rechtlichen Grundrechtswerten innerhalb eines funktionalen Zusammenhanges spricht. Dieser Perspektivenwechsel wird sich auf der folgend zu benennenden Einschränkungsebene auswirken.

Jetzt kommt die staatliche Reaktion auf zweierlei Arten. Erstens: Stop der Erosion der Voraussetzungen, zweitens: Wenn das nicht geht, Folgenbewältigung der stattgehabten Erosion.

Auf der ersten Ebene werden wieder die Grundrechte als Abwehrrechte wirksam. Gegen was sie sich richten, wird von den staatlichen Versuchen bestimmt, die Erosion aufzuhalten. Dies kann durch Eingriffe geschehen, z.B. Zwang zur Unterlassung oder Ausübung religiösen Verhaltens, um eine bestimmte Motivationsstruktur, die der Staat zu brauchen meint, zu bewirken. Das geht aber nicht, gerade in den Bereichen von "Verfassungsvoraussetzungen" wirken die Abwehrrechte sehr stark. Herr Kluth ist ja auch auf das "Frühableben" nicht eingegangen. Ein Zwang dazu wäre offenkundig verfassungswidrig. Das Problem wird transformiert in die Ressourcenverteilungen der Gesundheitsversorgung und damit in Gleichheitsprobleme. Gestern haben wir über "Ver-

fassungsvoraussetzungen" nicht gesprochen, weil der Untertitel des ersten Themas sagte, die Gefahr kommt von der Religion, also hat der Titel gerade bestritten, dass eine Erosion insoweit vorliegt. In diesem Thema war die Nichtbefassung mit "Verfassungsvoraussetzungen" also verständlich und beim zweiten Thema haben wir nicht darüber gesprochen, weil man gesagt hat, soziale Gleichheit sei keine Verfassungsvoraussetzung, was die politische Philosophie übrigens über Jahrhunderte immer anders gesehen hat. Egal.

Eingriffe zur Wahrung von "Verfassungsvoraussetzungen" sind also weithin verboten. Das war ja auch das Problem von Herrn Böckenförde. Wenn man Eingriffe akzeptieren würde, würde die Verhältnismäßigkeit zum Problem. Denn die Wahrung einer "Verfassungsvoraussetzung" scheint ein stets überwiegendes Gewicht zu haben: Die Funktionsfähigkeit eines Systems steht gegen die Interessen eines Individuums.

Zweite Stufe: Man kann natürlich statt einzugreifen fördern, das hat Herr Kluth gezeigt. Fördernde Bevölkerungspolitik wirft nicht die Probleme von Eingriffen auf. Ein solches staatliches Verhalten transformiert das Problem letzten Endes auch wieder in ein Gleichheitsproblem. Und was wird für den Gleichheitssatz der entscheidende Differenzierungspunkt? Dieser Punkt liegt darin, dass nach der "Leistung", die der Bürger für den Staat erbringt, differenziert werden soll. Ob dieser Beitrag für die Funktionsfähigkeit der verschiedenen Systeme verschuldet oder unverschuldet ist, ist gleichgültig: Kinderlosigkeit etwa ist oft biologisch verursacht. Solche Differenzierungen sind für eine moderne Gesellschaft problematisch, weil sie an indisponible Eigenschaften anknüpfen. Differenziert wird danach, ob die Existenz und Eigenschaft des Individuums für den Staat günstig ist oder eine Last. Ein solches Differenzierungskriterium darf jedenfalls nicht in Sphären übertragen werden, wo es nichts zu suchen hat, z.B. in den status activus - Wahlrecht für Eltern – oder in den Bereich des Lebens – verkapptes Frühableben durch Ressourcenverteilungen im Gesundheitswesen.

Schließlich tauchen ähnliche Probleme auf der Ebene der Folgenbewältigung nach stattgehabter Erosion auf. Hier geht es schlicht um Lastenverteilung und auch hier liegt die Versuchung nahe, die Lasten nach der objektiven Bedeutung des Individuums für die Funktionsfähigkeit der Systeme zu verteilen.

Jenseits dieses Schemas zur Bedeutung der Grundrechte möchte ich bemerken, dass es unwahrscheinlich ist, dass ein Staat überhaupt Verfassungs-"Voraussetzungen" sichern kann. Es handelt sich um langfristige Strukturverschiebungen. Und in aller Regel wird auch eine flexible Anpassung von Systemen wie Alters- und Krankenversorgung möglich sein. Man könnte es dadurch vielleicht vermeiden, den Einzelnen nach

seinem Stellenwert für die Funktionsfähigkeit in – zugegeben wichtigen – Systemen zu "würdigen".

Bauer: Bei aller Unterschiedlichkeit haben die beiden Vorträge doch eines gemeinsam: Sie haben gezeigt, dass der demografische Wandel eine der großen Herausforderungen unserer Zeit ist und keineswegs nur die sozialen Sicherungssysteme betrifft, sondern alle Politikbereiche und administrativen Handlungsfelder. Herr Kluth hat die Rückwirkungen auf die regionale Infrastruktur in den Thesen 17 ff. angesprochen, konnte dies in der zur Verfügung stehenden Zeit im Vortrag aber nicht näher ausführen. Ich möchte die Auswirkungen auf die Kommunen an zwei Beispielen aus der Daseinsvorsorge verdeutlichen. In diesem Verwaltungssegment sind etwa Abwasserentsorgungsanlagen auf eine bestimmte Menge an Schmutzwasser ausgelegt, die wegen der abnehmenden Bevölkerung vielerorts bald nicht mehr erreicht wird; die Anlagen müssen dann mit hohem finanziellen Aufwand zurückgebaut werden, weil andernfalls Ablagerungen von Schmutzfracht in den Abwassernetzen mit entsprechenden Seuchengefahren drohen. Ganz ähnlich verhält es sich mit Anlagen zur Trinkwasserversorgung, bei denen die bevölkerungsbedingte Abnahme des Wasserverbrauchs ebenfalls zu Sicherheitsrisiken führt; hier erhöhen nämlich überdimensionierte Anlagen die Gefahr der Trinkwasserverkeimung, die ebenfalls kostenintensive Rückbaumaßnahmen notwendig macht. All diese Kosten sind von einer Bevölkerung mit abnehmenden Einwohnerzahlen zu schultern, verschlechtern die Lebenschancen der Jungen und thematisieren das Problem der Generationengerechtigkeit.

In diesen und ähnlichen Konstellationen setzt das geltende Recht für die Bewältigung des demografischen Wandels nur einen äußeren Rahmen und belässt den Akteuren einen entsprechend großen Gestaltungsspielraum. Deshalb sollten die juristischen Debatten verstärkt staatsund verwaltungswissenschaftliche Aspekte einbeziehen, wie dies ja auch in den beiden Berichten vorgeschlagen wird. Die damit verbundene Perspektivenerweiterung erleichtert nämlich die Generierung von Optionen für den Umgang mit dem demografischen Wandel. Insoweit ist wegen der zentralen Bedeutung der Bevölkerungsentwicklung namentlich an die bereits wiederholt geforderte Einführung eines "Demografiechecks" zu denken. Der "Demografiecheck" verfolgt das Anliegen, alle politischen Entscheidungen von gewisser Erheblichkeit einer Art "Demografieverträglichkeitsprüfung" zu unterziehen. Für die parlamentarische Gesetzgebung ließe sich dies einrichten etwa durch die Verpflichtung, bei jedem Gesetz nicht nur - wie schon bisher - ausdrücklich die Kosten der jeweiligen gesetzlichen Regelung darzustellen, sondern auch auf die Bedeutung für die Bevölkerungsentwicklung einzugehen. Und auf der kommunalen Ebene kommt neben anderem die Errichtung einer auf demografische Fragen spezialisierten Organisationseinheit in Betracht, deren Aufgabe es ist, bei allen kommunalpolitischen Entscheidung auf die intensive Berücksichtigung der Bevölkerungsentwicklung hinzuwirken. Eine Vorreiterrolle hat in diesem Zusammenhang die Stadt Bielefeld mit einer schon vor Jahren eingerichteten "Stabsstelle für demografische Entwicklungsplanung" übernommen. Die Stabsstelle hatte zumindest anfangs allerdings erhebliche Schwierigkeiten, sich in den Fachämtern und -ausschüssen hinreichendes Gehör zu verschaffen. Solche Abkapselungs- und Immunisierungsversuche der Fachverwaltungen belegen, dass in der Praxis die Brisanz des demografischen Wandels noch nicht überall angekommen, geschweige denn in ihrer weit über die sozialen Sicherungssysteme hinausreichenden, sämtliche Segmente des Regierungs- und Verwaltungshandelns erfassenden Bedeutung erkannt ist.

Klein, E.: Ich möchte etwas zu dem von Frau Baer so bezeichneten Paradigmenwechsel sagen. Der Begriff scheint mir zu hoch gegriffen, denn wir haben die hier behandelte Problematik ja doch auch schon bisher, jedenfalls partiell, unter der Perspektive der Grund- und Menschenrechte betrachtet. Das vollständige Abstellen auf dieses Gleis scheint mir jedoch übertrieben. Vor einigen Jahren – und deswegen ist mir an sich die stärkere Akzentuierung dieses Ansatzes durchaus sympathisch – haben wir in Potsdam eine Konferenz durchgeführt über globalen demographischen Wandel und Menschenrechte (Globaler demographischer Wandel und Schutz der Menschenrechte, 2005), und natürlich ist uns dabei auch bewusst geworden, wie wichtig dieser Ansatz ist. Aber ich warne doch davor, ihn zu überdehnen und sich zuviel Hilfe, gerade von den internationalen Menschenrechten, bei der Problembewältigung zu erwarten, wobei nicht alles über einen Leisten zu schlagen ist.

Zwei Beispiele: Einerseits, die Diskriminierung aus Gründen des Alters. Ich glaube, da ist in der Tat die internationale Diskussion bereits sehr viel weiter als wir in Deutschland sind, und Sie haben insoweit manches erwähnt, nicht aber Art 21 Abs. 1 der Europäischen Grundrechte-Charta, die ausdrücklich ein solches Diskriminierungsverbot vorsieht. Nun wissen wir alle, die Charta ist noch nicht in Kraft und hat noch nicht einen unmittelbaren normativen Wert, aber das ist eine Frage der Zeit. Ich glaube deshalb – um das nur in Parenthese zu sagen – dass der kürzliche Angriff auf die Rechtsprechung des EuGH durch den Alt-Bundespräsidenten Herzog, der seine eigene Grundrechte-Charta dabei nicht berücksichtigt hat, ziemlich neben der Sache lag (vgl. FAZ v. 8. 9.

2008). Also insofern ja, aber wenn wir uns andererseits die Begriffe Familie und Ehe in den internationalen Konventionen ansehen, da kommen wir, wie ich meine, mit unserer liberalen Ehe- und Familienauffassung nicht weiter, zumindest können wir von daher keine Unterstützung erwarten. Das erscheint mir völlig klar und geht auch aus den Entscheidungen der einschlägigen internationalen Menschenrechtsgremien hervor. Wir müssen also schon versuchen, von der allgemeinen Menschenrechtsidee, von der Herr Isensee sprach, die von Ihnen vielleicht doch zu stark als solche zugrunde gelegt wurde, herunter zu kommen, und sehen, welche Rechte in concreto wir vernünftigerweise zugrundelegen können. Der totale Paradigmenwechsel, glaube ich, geht zu weit und lässt sich im Einzelnen nicht begründen.

Welti: Herr Kluth hat das Rawls'sche Modell als einen Begründungszusammenhang für eine Theorie der Generationengerechtigkeit genannt. Ich bezweifle, dass dieses Modell hier weiterführend ist aus Gründen, die auch von Frau Baer angesprochen worden sind, denn das Rawls'sche Modell ist nicht dynamisch, es beinhaltet nicht, dass es Fortschritt in Freiheit gibt und dass wir es auch zu den Aufgaben der heute lebenden Menschen zählen, dass es künftigen Generationen besser gehen möge. Wenn wir das so sehen, dann würde jeder im Rawls'schen Modell lieber später leben wollen als früher, denn wenn es mit der Menschheit vorwärts geht, dann auch in der Lebenserwartung und im Wohlstand. Gerade weil die Zukunft offen ist, ist die Frage, ob wir der Verfassung eine demographische Norm voraussetzen oder unterschieben können. Können wir, wie es das Bundesverfassungsgericht in einer Entscheidung gemacht hat, z.B. die Bestandserhaltung, wie Sie sie auch zitiert haben, als Norm setzen, die wir als Verfassungsvoraussetzung ansehen? Ich glaube das eher nicht. Folgt nicht aus der Zukunftsoffenheit ein weiterer Spielraum des demokratischen Gesetzgebers, als ihn das Bundesverfassungsgericht in der Sozialpolitik gelassen hat? Natürlich ist der demographische Wandel primär eine Herausforderung an die demokratischen Prozesse - woran denn sonst? Wenn wir unsere Systeme gestalten, können wir wissen, wen wir im Jahr 2050 überhaupt für alt und bedürftig halten und halten müssen? Können wir wissen, welchen Rentenbeitrag unsere Enkel im Jahre 2050 für zumutbar halten werden? Es könnte Hybris sein, wenn wir meinen, das schon zu wissen. Demokratie versöhnt Individualismus und kollektive Lösungen gerade dann, wenn es um Solidarität der Generationen geht, um Solidarität der Menschen miteinander. Wir reden auch über uns selbst, wenn wir darüber sprechen, wie wir Gesundheit und Pflege im Alter regeln. Dann fragen wir, was wollen wir heute geben für die, die bedürftig sind, und was wollen wir bekommen, wenn wir selbst in der Bedarfslage sind? Darum ist Solidarität der weitergehende, der weiterführende Begriff als die Generationengerechtigkeit.

Zacher: Ich beginne mit dem Vortrag von Frau Baer. Meine Kritik gegenüber dem Referat von Frau Baer ist so grundsätzlich, dass die Aufgabe, sie auszusprechen eine endliche ist. Dagegen wäre meine Kritik und wären meine Ergänzungsvorschläge zu dem Referat von Herrn Kluth beliebig vermehrbar. Da bin ich ohnedies auf die Grenze meiner Redezeit verwiesen.

Frau Baer, zunächst aber zu einer Position, in der ich Ihnen nachdrücklich zustimme. Sie haben das Problem des Wissens angesprochen. Mein wissenschaftliches Leben gehörte - ich weiß nicht, ob Sie das wissen - dem Sozialrecht. Nicht nur, aber doch weitgehend. Und damit auch der Sozialpolitik. Wer in der Sozialpolitik arbeitet, weiß auf besondere Weise, wie die Demokratie und wie auch alle Sachentscheidungen von den Fakten und also vor allem vom Wissen über die Fakten abhängen und wie sie durch die Verfügung über dieses Wissen beeinflusst werden. Hier wird Macht ausgeübt und missbraucht. Aber nicht nur durch - und hier möchte ich dem, was Sie gesagt haben, einen Akzent hinzufügen - die positive Manipulation von Wissen, sondern gerade auch dadurch, dass die Widerlegung falschen Wissens verhindert wird. Falsche Evidenzen sind in der sozialpolitischen Auseinandersetzung Kapital. Von diesem Schatz lässt man sich nicht abbringen. Ich kämpfe seit langem für eine institutionelle Verbesserung: für eine Institution, die eigenständig die Tatsachen sammelt, aufbereitet und bewertet und der Politik, der Verwaltung, vor allem aber auch der Öffentlichkeit andient. Ich möchte das Projekt hier nicht weiter ausbreiten. Was ich hier sagen möchte, ist dieses. Ich habe immer wieder erleben müssen, dass dieses Projekt alle zum Feind hat, die auch nur die Möglichkeit sehen, dass die Herrschaft über die Darstellung der Tatsachen jetzt oder später Ihren Interessen dienen könnte. Zunächst kriegt man, wenn man eine unabhängige und objektive Tatsachen-Pflege einfordert, Anlaufbeifall. Aber wenn die Leute merken, dass dadurch vielleicht irgendwann einmal der Fall eintreten könnte, dass durch eine bessere Information auch ihre Ziele gefährdet werden könnten, dann hört die Unterstützung sofort auf. Da haben Sie einen ganz wichtigen Punkt angesprochen. Aber ich glaube, Sie sollten ihn noch offener, alltäglicher sehen. In der Alltäglichkeit des Phänomens liegt eine wichtige Dimension seiner Gefährlichkeit.

Im Übrigen ist mir bei Ihrem Referat heiß und kalt geworden: bei der Leidenschaft Ihrer Einseitigkeiten. Meine Zeit ist zu Ende. Lassen Sie mich nur noch das Folgende sagen. Ich glaube, dass Sie, Frau Baer, das

Potential an Verantwortung und Bindungsfähigkeit, das mit Ehe und Familie einhergeht, unterschätzen. Vor allem das Potential an Privatheit. Die Gesellschaft braucht dieses Potential. Ich weiß nicht, ob das Wort "Privatheit" bei Ihnen hier überhaupt vorkommt. Eine in sich geordnete, selbsttragende Privatheit ist jedoch ein hohes Gut. Und Ehe und Familie sind nicht nur im Glücksfall, sondern auch im Normalfall Horte von Privatheit. Und das glaube ich, darauf kann eine Gesellschaft nicht verzichten.

Lege: Beide Referate waren, das ist schon angeklungen – ich glaube bei Herrn Kingreen -, insofern von Gemeinsamkeit geprägt, als sie den Staat sehr staatsbejahend als den großen Problemlöser angesehen haben. Ich habe dazu drei Punkte.

Erstens eine Kritik an Herrn Kluth. Wenn ich es richtig verstanden habe, haben Sie bei These 14 gesagt: "Märkte erzeugen keine gerechten Ergebnisse, sie führen nur zu einer Optimierung der Allokation von Ressourcen". Das halte ich für Unsinn, Märkte sind, wenn sie funktionieren, eine wunderbare Institution zur Herstellung von Gerechtigkeit. Das sieht man vor allem daran, dass mit Märkten, mit funktionierenden Märkten, die alte philosophische Frage nach dem gerechten Preis, dem pretium iustum, schlicht aufhört. Märkte führen zu gerechten Preisen durch Angebot und Nachfrage, und das Recht kann sich auf Korrekturen wie das Verbot von Wucher oder die Verhinderung von Oligopolen beschränken.

Zweiter Punkt: Ich habe in beiden Referaten, aber auch schon in den gestrigen Referaten zur sozialen Gleichheit, eine Institution gänzlich vermisst, nämlich den Arbeitsmarkt. Der Arbeitsmarkt hat bei Ihnen überhaupt keine Rolle gespielt, obwohl er diejenige Institution ist, die ganz wesentlich darüber entscheidet, ob Menschen in Würde ihren Lebensunterhalt verdienen können und damit übrigens auch die so oft beschworene Eigenverantwortung wahrnehmen können. (Die Rede von Eigenverantwortung hat ja oft etwas von Schwarzem Peter.) Außerdem ist ein funktionierender Arbeitsmarkt diejenige Institution, die dazu führt, dass ein jeder tut, was er leidlich oder gar am besten kann, und dadurch mehr oder weniger glücklich wird. (Das ist übrigens in etwa Platons - den Sie, Frau Baer, genannt haben - Definition von Gerechtigkeit.)

Im Anschluss daran zwei Dinge: Es gibt heute die Unterscheidung von Erstem und Zweitem Arbeitsmarkt. Nur der Erste Arbeitsmarkt erwirtschaftet diejenigen Beiträge, die in der Sozialversicherung dann verteilt werden können – und das wird immer knapper. Zudem gibt es beim Zugang zum Ersten Arbeitsmarkt eine große Generationen ungerechtigkeit, die Sie ebenfalls nicht erwähnt haben, nämlich die sog. "Generation Praktikum", das ist die jetzige Generation junger Akademiker, die es sehr schwer hat, feste Arbeit zu finden. Frage an Sie beide: Spielt der Arbeitsmarkt wirklich keine Rolle für die Überlegungen zur Generationengerechtigkeit? Oder sind nicht, anders gewendet, viele Fragen der "Generationengerechtigkeit" in Wahrheit Fragen eines nicht funktionierenden und dadurch ungerechten Arbeitsmarkts? Und muss der Staat ein Nichtfunktionieren des Ersten Arbeitsmarkts wirklich wie ein unabwendbares Schicksal hinnehmen?

Als dritten Punkt eine sehr kurze Frage an Frau Baer: Sie haben immer wieder die Grund- und Menschenrechte genannt. Welche Generation meinen Sie damit: die Generation der Freiheitsrechte oder die Generation der Ansprüche?

von Coelln: Frau Baer, ich habe eine Frage an Sie. Ich kann's ganz kurz machen, weil Herr Kingreen den Gedanken schon im Nebensatz angesprochen hat. Ich stimme Ihnen vollständig zu, dass die Abhängigkeit bestimmter staatlicher Gewährleistungen, oder überhaupt staatlicher Regelungen, von tradierten Rollenbildern problematisch ist. Dann haben Sie darauf hingewiesen, dass Freiheit, gerade im Bereich der Familie, unabhängig von derartigen Rollenerwartungen gewährleistet werden sollte. Zugleich haben Sie jedoch die Elternzeit für Väter als "Silberstreif am Horizont" bezeichnet. Da habe ich nun doch große Zweifel. Wenn man Freiheit im Bereich der Familie ernst nimmt, dann sind tradierte Rollenbilder problematisch. Aber vom Staat vorgegebene moderne oder vielleicht nur vermeintlich moderne - Rollenbilder sind es auch. wenn und weil sie nämlich mit tradierten Rollenbildern gemeinsam haben, dass sie staatlicherseits oktroviert werden. Wer Freiheit im Bereich der Familie ernst nimmt, muss - um es ganz konkret zu machen - bei der Kinderbetreuung alle Entscheidungen akzeptieren, die in der Familie getroffen werden. Die Aufteilung der Betreuungszeiten zwischen den Eltern ist vom Staat genauso zu akzeptieren wie eine Betreuung allein durch die Mutter oder eine Betreuung allein durch den Vater. Alles andere läuft dem grundrechtlichen Freiheitsanliegen nach meinem Dafürhalten fundamental zuwider.

Meyer: Ich möchte auf einen zusätzlichen Aspekt kommen, der in der Debatte kurz angesprochen, aber nicht thematisiert worden ist. Dessen Volumen ist größer, als in den Gebieten, die hier behandelt worden sind. Die regierende Generation, nämlich meine, hat die Belastung der schrumpfenden Generation maßlos erhöht. Wir sind bei 1,5 Billionen Staatsschulden; eine Billion hat 12 Nullen, vor dem Komma. Wie kam

es dazu? Der erste Fehler bestand darin, mit der Finanzverfassungsreform 1969 den Staatskredit zu einem normalen Finanzierungsinstrument des Staates gemacht zu haben. Das war ein großer, ein kapitaler Fehler. Ich halte das auch für demokratiewidrig, denn das Problem des Staatskredits besteht darin, dass die Handelnden, die den Kredit aufnehmen, keine politische Verantwortung dafür zu übernehmen haben. Der zweite Fehler bestand darin, dass der Staat seine Schulden gar nicht zurückzahlt, sondern revolviert und dass diese Revolvierung unter dem Beifall der Literatur, auch aus diesem Kreise, selbst in einer sehr dicken Habilitationsschrift, nicht als Kreditaufnahme angesehen wird. Auf diese Weise sind die Schulden Jahr für Jahr gestapelt worden. Nur deshalb hat der Bund zurzeit über 900 Milliarden Schulden und konnte sie nur haben. Bei einer sinnvollen Auslegung von Art. 115 GG war das unzulässig. Die Konsequenz ist, dass der Bund im Jahre 2007 vierzig Milliarden allein für den Zinsdienst aufgewandt hat, bei zweiundzwanzig Milliarden für Investitionen. Vierzig Milliarden! Und dass der Bund jeden Monat über zwanzig Milliarden Schulden revolvieren muss. Wenn er die Schulden in diesem Jahr zurückzahlen würde oder zurückgezahlt hätte, die fällig geworden sind, hätte er seine Tätigkeit nicht nur völlig einstellen, sondern seine Beamten und Angestellten entlassen müssen. Das ist der Zustand, den wir heute haben. Die Föderalismuskommission II wird vermutlich ein Kreditregime beschließen, wenn sie überhaupt etwas zustande bekommt. Aber dieses Kreditregime wird, wie mittlerweile bekannt ist, dazu führen, dass der Bund weiterhin bis zu 10 Milliarden im Jahr aufnehmen kann. Es gibt kein Verbot der Stapelung dieser Schulden, d.h. der Schuldenberg wird weiter wachsen. Die Belastung des Haushalts durch den Zinsdienst wird also weiterhin steigen. Dies ist ein Problem, vor dem vielleicht das eine oder andere Problem, das hier angesprochen ist, erheblich verblasst.

Röben: Ich denke auch, dass auch die Bewältigung des demographischen Wandels und der Generationengerechtigkeit ein zentrales Problem für das Völkerrecht ist. Aber im Schwerpunkt sind das Instrumente der klassischen, zwischenstaatlichen Kooperation, die Anwendung finden, etwa bei der Steuerung von Migration. Hingegen – und da schließe ich mich an das an, was Herr Klein gesagt hat – darf insofern der Regelungsanspruch der Menschenrechte nicht überschätzt werden, denn diese ziehen vielleicht einzelstaatlichem Handeln äußere Grenzen, lassen jedoch zentrale Fragen zumeist unbeantwortet. Ein Beispiel dafür ist die Rassendiskriminierungskonvention, die in einer vertretbaren Auslegung auf Migration Anwendung findet, aber eben nur sagt, Staaten

dürfen nicht aus Gründen der Staatsangehörigkeit diskriminieren, während es der Entscheidung der Staaten überlassen bleibt, ob und in welchem Umfang sie Migration zulassen wollen.

Häberle: Ich fühle mich zu einem kleinen Votum nur berechtigt, weil sich Frau *Baer* für einen differenzierten Altersbegriff ausgesprochen hat, von dem ich profitiere. Außerdem ist sie zum Glück nicht der Gesetzgebung von Kaiser Augustus gefolgt, wonach diejenigen, die keine ehelichen Kinder haben, Steuern bezahlen müssen. So bin ich frei und kann vorweg feststellen, dass mir die sozialwissenschaftliche Befundnahme, die Ihrem Referat zugrunde liegt, durchaus gefallen hat.

Eine Kritik an beiden Referaten darf ich jedoch anmelden, teilweise auf den Spuren von Herrn Kotzur, nur mit anderer Begründung. Die "Generationengerechtigkeit" steckt für mich weniger, oder jedenfalls nicht nur im Sozialstaatsprinzip, sondern vor allem in der genialen Formel "Gesetz und Recht" (Art. 20 Abs. 3 GG). Die Gerechtigkeit ist ein immanentes Verfassungsprinzip unseres Grundgesetzes, also auch die Generationengerechtigkeit. Wir können die Idee des Gesellschaftsvertrags von Kant bis Rawls und H. Jonas - "Nachwelt" - in die Zeitdimension erstrecken. Der Gesellschaftsvertrag wird zum Generationenvertrag, verbunden mit dem kategorischen Imperativ. Überdies hilft uns die Verfassungsvergleichung: Die neuen Regionalstatute in Italien, etwa Apuliens und der Marken, sprechen immer wieder von der Verantwortung für die künftigen Generationen bzw. vom Umweltschutz. Wir erkennen die Herausbildung von gemein-europäischem Regionalismusrecht. Ich erwähne auch den Bayreuther Band von Herrn Kahl, den "homo novus heidelbergensis" zur Nachhaltigkeit als Verbundbegriff. In ihm zeigen sich viele Textstufenformen und Varianten zum Thema künftige Generationen bzw. Nachhaltigkeit. Auch in den spanischen Regionalstatuten von Katalonien und Andalusien wird man fündig. In der Schweiz gibt es die "Schuldenbremse" schon seit einigen Jahren. Dies zum geltenden Recht. Jetzt zur Ebene der Verfassungspolitik. Wem unsere Argumentation zu Art. 20 Abs. 3 und Art. 20a GG nicht ausreicht, der möge in viele neue Präambeln von Verfassungen blicken: In ihnen und an vielen anderen Textstellen im Rahmen einer weltweit ansetzenden vergleichenden Verfassungslehre findet sich vielfältiges Material. Man denke auch an die Erziehungsziele. So habe ich kürzlich der entsprechenden Enquete-Kommission des Bundestages auf deren Bitte hin vorgeschlagen, die Aufnahme von Nachhaltigkeit bzw. der Generationengerechtigkeit in den Kanon der Erziehungsziele der Länderverfassungen anzuregen.

Baer: Das Thema barg ja nicht nur sehr viele Probleme, sondern die Vorträge geben wohl auch gezielt Anlass zu sehr vielen Fragen, für die ich mich bedanke.

Herr Meyer, ich hatte fast ein schlechtes Gewissen, die Staatsverschuldung hier nicht zu behandeln. Ich ahnte ja, dass Sie kommen würden. Es handelt sich ja da um leerlaufendes Verfassungsrecht und das gibt schwer zu denken. Es gibt Anlass zu einer Auseinandersetzung mit Wirksamkeitsbedingungen von Verfassungsstaatlichkeit, und das fiel der Kürzung zum Opfer, und ich muss leider auf Fußnoten verweisen. Herr Häberle, dasselbe gilt für die Rechtsvergleichung, an der ich ja sonst sehr hänge; auch sie musste einem gewissen Kürzungsprozess zum Opfer fallen. Natürlich ist sie auch hier durchaus fruchtbar zu machen.

Ich möchte die Gelegenheit nutzen, kurz auf zwei Punkte einzugehen, die viele von Ihnen angesprochen haben, um das Hintergründige auch hinter meinem Vortrag ein bisschen mehr in den Vordergrund zu ziehen, soweit ich das kann. Der erste Punkt, den ich mit meinem Beitrag hier stark machen wollte, ist ein letztlich wissenschaftstheoretischer Punkt. Es geht mir um eine interdisziplinäre Öffnung, die ich sogar für zwingend halte - natürlich nicht nur bei diesem Thema, aber bei diesem Thema lag sie derart auf der Hand, dass es nicht zu vermeiden war. Das ist der Punkt des Umgangs mit dem Wissen und den Wissenspolitiken. Damit wollte ich keine pauschale Verdammung des kollektivistischen, des zahlenbasierten oder des irgendwie demographischen Denkens erzeugen, aber ich wollte doch ein deutliches Plädover der Skepsis vortragen, denn mehrheitlich – sowohl medial als eben auch verfassungspolitisch und in der Staatsrechtslehre - fallen Plädoyers hier durchaus weltanschaulich präformiert aus, letzten Endes damit eben auch ideologisch, und das halte ich doch für sehr problematisch. Herr Steiger, insofern wende ich mich deutlich gegen die Aufladung und Funktionalisierung von Daten.

Man betont natürlich auch die Dinge, von denen man annimmt, dass sie nicht schon zum Allgemeingut gehören. Insofern lag hier die Emphase. Herr Zacher, sie richtete sich gegen falsche Evidenzen. Wenn ich diese Begrifflichkeit vorher gekannt hätte, hätte ich sie im Referat verwendet. Falsche Evidenzen ist wohl das, worauf ich es abgesehen hatte. Das betrifft auch Begriffe wie Humankapital und Humanvermögen, die ich ausgesprochen kritisch verwende. Humanvermögen ist der zur Zeit in der Familienpolitik benutzte Begriff; er fällt in Regierungsberichten, Familienberichten, Erklärungen. Meines Erachtens ist das die sanfte Variante des Humankapitals und signalisiert die ebenso problematische Reduktion auf ein ökonomistisches Modell, auf Verwertungslogiken, die dieser Sache überhaupt nicht angemessen sind.

Mein Punkt hier war also und das richtet sich an Herrn Volkmann, eine durchaus aufgeklärte Perspektive präsentieren zu wollen. Natürlich fehlte da ein wenig die politisch-historische Kontextualisierung, denn Demographie heute ist nicht Demographie von gestern und schon gar nicht die Demographie des Nationalsozialismus. Die deutsche Demographie grenzt sich da ja mittlerweile auch explizit von dieser ab, aber die Erblasten bleiben und können in Begrifflichkeiten durchaus noch in einer Art und Weise mitschwingen, dass ich es nicht für überflüssig hielt, hier diese Genealogie auszuweisen. Ich wollte extrapolieren, welche problematischen Gehalte, also welcher historische Ballast noch an der einen oder anderen Stelle mitgeschleppt wird, aber dann im Gegenzug doch auch deutlich betonen, dass das nicht alternativlos ist. Demographische Aufgeklärtheit zwingt eben zu nichts, sondern demographische Aufgeklärtheit stärkt Gestaltungsfreiheit. Das ließe sich allerdings sicherlich ausbauen.

Verfassungstheoretisch und rechtsphilosophisch gab es dann die Aufforderung, mich mit Generationengerechtigkeit auseinanderzusetzen, eine Gerechtigkeit gewissermaßen anders zu konturieren; Herr Häberle und auch Herr Kotzur haben auf gewisse Weise danach gefragt. Ich isoliere Gerechtigkeit dabei nicht als übergeordnetes Prinzip, sondern plädiere dafür, Gerechtigkeit konsequent individuell zu verankern. Ob das radikal individualistisch ist, weiß ich nicht, denn es konzipiert Individualität in sozialer Verantwortung, andere würden sagen: als Mitmenschlichkeit, die ich hier stark machen wollte.

Herr Klein und Herr Röben haben dann die Menschenrechte und die internationale Entwicklung angesprochen. Ich wollte diese nicht als verbindlich vorstellen, habe aber auch deshalb die Grundrechtecharta nicht genannt, sondern als durchaus inspirierend. Gerade im Bereich der reproduktiven Rechte ist ja sehr umstritten, was sich dort entwickelt. Ich habe die internationale Entwicklung als Anregung benutzt, um für die deutsche oder die schweizerische oder die österreichische Verfassungsrechtsdogmatik ein wenig Fundament zu eruieren. Die völkerrechtliche Debatte dient doch als Inspiration, um hier weiter zu kommen.

Herr Pieroth und wohl auch Herr Kahl und Herr Hillgruber haben angesprochen, dass das trotzdem doch dürftig oder, um Herrn Pieroth zu zitieren, karg geblieben ist. Ich bin geneigt zu sagen: So karg ist die Verfassung, so reich ist der Gesetzgeber. Ich habe sicherlich nicht in den dogmatischen Feinheiten ausgebreitet, was die Grund- und Menschenrechte hier sagen, denn ich habe einen anderen Schwerpunkt gesetzt. Die Grund- und Menschenrechte besagen ganz sicher mehr als das, was ich hier gesagt habe. Aber sie sagen doch nicht so viel – weder in der Aufgabenformulierung noch in der Formulierung von Voraussetzun-

gen – wie manche hier meinen. So reich und fruchtbar ich den demokratischen Prozess setzen möchte, so karg muss ich die verfassungsrechtliche Vorgabe halten. Das ist mir an dieser Stelle besonders wichtig. Auch Herr Isensee hatte danach gefragt, was ich ganz genau meine und auf welche Rechtsprechung ich mich da beziehe. Auch da muss ich auf die Fußnoten verweisen. Aber es ist mir wichtig, dass grundrechtliche Emphase mit grundrechtlicher Zurückhaltung einhergehen muss, um die Spielräume eines demokratischen Gesetzgebers zu markieren.

Solche Spielräume hat Herr Hoffmann-Riem angesprochen und wohl auch Herr Bauer. Es ist geradezu zwingend, hier über Optionen-Modelle nachzudenken, oder aus verwaltungswissenschaftlicher Sicht: über Regulierungstechniken, die Freiheit in andere Gewänder gießen als wir das bislang gewohnt sind. Ich glaube, der Gesetzgeber ist heute viel kompetenter, als viele ihn in der Staatsrechtslehre wahrnehmen. Das Hintergründige meines Vortrags, was da mitschwang, bezieht sich auf sehr viel differenziertere Angebotsmodelle zugunsten von Möglichkeiten der Selbstentfaltung, die weniger auf die Typisierung oder auf Institute und institutionelle Garantien Wert legen, als das bislang der Fall war. Ja, das ist ein gewisser Abschied von der Typisierung, und nein, das ist kein radikaler Paradigmenwechsel, aber doch vielfach eine Umstellung.

Den Begriff Paradigmenwechsel habe ich gewählt, um insbesondere den Abschied von den chronologischen Altersfixierungen zu markieren, die in Deutschland auch im internationalen Vergleich ausgeprägter sind als andernorts. Der Auftrag für diesen Vortrag war, und Herr Isensee hatte auch in diese Richtung gefragt, für mich mit der Frage verknüpft: Wie halte ich's denn mit den individuellen Absicherungsgarantien in dieser Verfassung. Das hängt nicht davon ab, wie individualistisch oder wenig individualistisch ich das fasse, sondern wie ich das Subjekt konstruiere. Was macht dieses Individuum aus? Ich denke hier nicht in einer Dichotomie zwischen dem Kollektiv und dem Individuum. Vielmehr ist ein Hintergrund meines Vortrags, das Individuum auf eine ganz bestimmte Art und Weise zu fassen. Ich will das mit zwei Beispielen verdeutlichen.

Das beste Beispiel ist Art. 6 Abs. 1 GG. Das ist ein Recht des Individuums, in seiner sozialen Verankerung, in seiner verantwortlichen Bindung, in all den Dimensionen, die mehr sind als das alleinige autarke autonome nur rational gedachte Individuum, das eine lange Tradition hat. Gerade Art. 6 GG fordert doch dazu auf, Individualität eben mitmenschlich oder solidarisch oder, so ließe sich rechtsphilosophisch sagen, relational verbunden zu denken. Das bedeutet natürlich, Vätern nicht vor-

zuschreiben, was sie zu tun oder zu lassen haben, genauso wenig wie Müttern, und das hat ja die längere Geschichte. Es bedeutet auch in der Familie, und hier knüpfe ich wieder an Herrn Hoffmann-Riem an, Optionen-Modelle so auszugestalten, dass die Entscheidungsfreiheit in der individuellen Ausgestaltung von Familienleben eine ernsthafte Entscheidungsfreiheit ist. An diesem Punkt sind wir ja noch lange nicht. Ich habe die Väter genannt, weil auffällt, dass die Väter zum Beispiel im Aufenthaltsrecht und auch in der familienrechtlichen Debatte überhaupt einmal vorkommen; das ist ja ein radikales Novum, das die Republik geradezu durchzuckte. Der Punkt ist aber nicht, damit pauschal eine gesetzgeberische Entscheidung zu verteidigen, die an anderen Stellen u.a. ob der schichtspezifischen Privilegierungen erhebliche Probleme aufwirft. Der Punkt ist vielmehr, zu markieren, dass Familie heute zunehmend mit Blick auf alle Familienmitglieder, also mit Blick auf vielfache Entscheidungen zur Übernahme von Verantwortung gedacht wird. Insofern Väterregeln nicht als Vätervorschriften, sondern als Optionen aktiver Vaterschaft konzipiert werden, ist das wegweisend, und für viele noch lange keine realistische Option, weder im Arbeitsleben noch andernorts, weil gesellschaftliche Traditionen entgegenstehen. Ich würde da, so hoffe ich, mit Thorsten Kingreen in ein Horn stoßen. Nur die Details der gesetzgeberischen Ausgestaltung sind noch nicht das Gelbe vom Ei.

Das weitere Beispiel sind die Regelungen zur Sprache mit Blick auf die Migration. Vielleicht habe ich mich missverständlich ausgedrückt, aber es geht mir gerade nicht darum, von Sprachanforderungen zugunsten der Integration Abstand zu nehmen. Ganz im Gegenteil: Das Kommunikative und Partizipative im öffentlichen Prozess kann nicht ernst genug genommen werden. Nur ist es doch ein Unterschied, ob ich Sprache als Assimilationsanforderung oder als Befähigung zur Partizipation konstruiere. Derzeit wird hier eher repressiv eine Anforderung gestaltet und nicht die Befähigung erzeugt, um hier zu bleiben und sich auch noch politisch artikulieren zu können. Die Studien, die den Debatten nicht zuletzt um das Ausländerwahlrecht zugrunde liegen, belegen zudem recht eindeutige parteipolitische Präferenzen der dann eventuell partizipierenden Ausländerinnen und Ausländer. Es gibt also partikulare Interessen, sie mit Sprachanforderungen zu konfrontieren, aber gleichzeitig nicht am politischen Geschehen teilhaben zu lassen. Auch deswegen habe ich gesagt, Migrationsrecht: Konglomerat der Kompromisse.

Ich wollte also auch hier nicht sagen, dass alles Bisherige schlecht ist, sondern bin eher eine derjenigen, die dafür eintritt, z.B. von Kant zu lernen, aber durchaus nicht alles zu übernehmen. Ich orientiere mich an einem Gerechtigkeitsbegriff, der auf Anerkennung orientiert ist, also

sich an Arbeiten von Axel Honneth oder Seyla Benhabib orientiert. Das halte ich für gewinnbringend, aber das ist auch wieder nur eine kurze Bemerkung, und fast die letzte, da Herr Schulze-Fielitz winkt: Am Schluss steht der Dank an den Vorstand für die Chance, mich in dieses Feld einzuarbeiten. Das meine ich ernst. Zudem danke ich allen, die sich an der Diskussion beteiligt haben, für die Anregungen. Das war sehr hilfreich.

Kluth: Dem Dank kann ich mich unmittelbar anschließen und kurz die wichtigsten Punkte in der Diskussion, für die ich auch sehr herzlich danke, ansprechen. Zunächst noch einmal zu der Frage, inwieweit durch den demografischen Wandel eine Verfassungsvoraussetzung wegbricht. Die Verfassung ist nicht auf eine bestimmte Bevölkerungsgröße und auch nicht unbedingt auf eine bestimmte Bevölkerungsstruktur angewiesen, d.h. es ist eben weder eine bestimmte numerische Größe noch eine bestimmte Struktur strikte Verfassungsvoraussetzung. Es ist aber so, dass im Hinblick auf die soziale Gerechtigkeit und die Generationengerechtigkeit erhebliche Veränderungen in der Bevölkerungsstruktur schwer zu bewältigende Folgen auslösen. Mit den rechtlichen Maßgaben für diesen Transformationsprozess habe ich mich in erster Linie beschäftigt und in diesem Kontext auch gesagt, die Gewährung von sozialer und auch von Generationengerechtigkeit fällt leichter, wenn dieser Transformationsprozess langsamer verläuft. Die beschriebenen Transformationsprozesse erzeugen Steuerungs- und Anpassungsbedürfnisse, gerade weil sie Verschiebungen in den Systemen der sozialen Sicherung und damit auch in der Generationengerechtigkeit erzeugen können.

Zweitens war meine Ausgangsüberlegung, dass eine explizite Verankerung der Generationengerechtigkeit jenseits des Art. 20a GG aus dem Grundgesetz nicht abzuleiten ist und dass der zutreffende Bezug, Herr Kotzur, Herr Häberle, auf das Denken in einem Generationengesellschaftsvertrag einen Kontext bereitstellt, der aber noch nicht in der Lage ist, unmittelbare Rechtswirkungen zu erzeugen. Diesen Kontext, und da bin ich bei Herrn Pieroth, liefert auch das allgemeine Gerechtigkeitsdenken, wie es das Bundesverfassungsgericht zur Konkretisierung des allgemeinen Gleichbeitssatzes heranzieht. Wir brauchen über das formale Gleichbehandlungsgebot hinausgehende Kriterien des allgemeinen Gerechtigkeitsdenkens, die zur Steuerung solcher Prozesse durch den Gesetzgeber entwickelt werden müssen. Primär ist also der Gesetzgeber gefordert. Die Verfassungsgerichtsbarkeit kann das anmahnen, wenn absehbar ist, dass es ansonsten zu Verstößen oder zu allzu großen Spannungslagen kommt.

Damit sind wir bei dem allgemeinen Problem, dass soziale Gerechtigkeit und auch Generationengerechtigkeit nicht genau gemessen werden kann. Wir können, wie auch der Blick in die Literatur zeigt, immer nur sehen, dass ab einer bestimmten Größe von Spannungslagen Ungerechtigkeit und damit auch Handlungsbedarf entsteht. Das ist für den Juristen manchmal unbefriedigend, aber mit einer größeren Konturierung würden wir die Verfassung überladen. Und an dieser Stelle habe ich versucht, deutlich zu machen, dass in Rechtssystemen, die unmittelbar auf intergenerationelle Beziehungen gerichtet sind, die Ableitung konkreter Maßgaben leichter ist, und dass für die übrigen Felder Impulse, Aufmerksamkeitshinweise aus dem Prinzip der Generationengerechtigkeit abgeleitet werden können und dass sich dort Arbeitsfelder eröffnen, die, wenn man diesem Gerechtigkeitsprinzip Raum und Bedeutung schenken will, durch Politik und Wissenschaft in Angriff genommen werden müssen.

Damit auch zu dem Punkt von Herrn Welti. Ist John Rawls hier der richtige Anknüpfungspunkt? Ich denke, er hat einen grundsätzlichen Orientierungspunkt gegeben, der sich dann weiter entwickelt hat sowohl in der politischen Philosophie als auch in den rechtlichen Diskursen. Ich habe in meinen Überlegungen in engeren historischen Dimensionen argumentiert. Ich habe auf Maßgaben der Generationengerechtigkeit in überschaubaren generationellen Zusammenhängen abgestellt. Das ist wiederum auch die empirische Situation, der empirische Kontext, innerhalb dessen sich Generationengerechtigkeit als konkrete Herausforderung an politische Gestaltung erzeugt. Hier spielen natürlich andere Zeiträume eine Rolle, als das bei dieser prinzipiellen, explizit a-historschen Überlegung, wie sie John Rawls entwickelt hat, relevant sind.

Sollte man ein eigenes Staatsziel einführen? Da bin ich zurückhaltend, weil die Hauptkonsequenz eines solchen "Artikels 20b" eine Lastenverschiebung von der Gesetzgebung auch zur Verfassungsgerichtsbarkeit sein könnte. Mein Eindruck – es gibt ja in der Literatur viele Stellungnahmen, die sagen, wir sind noch im demographischen Schlaf begriffen, wir haben uns den Problemen gar nicht gewidmet – mein Eindruck aus der intensiven Beschäftigung ist, dass sich Politik und Wissenschaft sehr wohl der Bearbeitung und Verarbeitung dieser Thematik widmen und dass der Impuls zur Beschäftigung, zur Auseinandersetzung mit diesem Thema sowohl in der Wissenschaft als auch in der Politik mittlerweile recht groß ist, so dass wir eine zusätzliche Steuerung durch ein weiteres Verfassungsziel meines Erachtens nicht unbedingt benötigen, sondern dass das, was auch Herr Steiner in einem Aufsatz angemerkt hat, gilt: Wenn wir mehr Verfassungsrechtsprechung zu dem Thema wollen, so mögen wir es in die Verfassung hineinschreiben, ansonsten sollten wir es

in wissenschaftlichem und sonstigem Diskurs immer wieder thematisieren. Die Sensibilisierung, das ist meine Überzeugung, ist da und sie ist auch differenziert.

Insofern möchte ich noch mal das betonen, was Herr Hoffmann-Riem gesagt hat. Es geht um die Entwicklung von größeren Beweglichkeiten, von Systemen, die sich auf die demografische Veränderung einstellen. Die Pflicht des Gesetzgebers ist es, wenn Änderungen absehbar sind, dort auch angemessene, nämlich flexible und auch differenzierende Reaktionsmechanismen zu schaffen. Etatismus, Herr Kingreen, ist nicht meine Absicht gewesen, sondern mehr Transparenz. Ich bin jetzt nicht für ein konkretes Modell der Familienkasse eingetreten; es geht mir vor allem um die Bündelungsfunktion, um deutlich zu machen, wie und in welchem Kontext Familiengerechtigkeit gewährleistet ist. Das hängt auch damit zusammen, dass es aufgrund der alten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wo man in allen möglichen Zusammenhängen Familienförderung, Familiengerechtigkeit zusammenmixen konnte, wenn nur das Ergebnis stimmte, dass die gerade in diesem Bereich zu einer großen Intransparenz geführt hat, so dass also niemand so recht weiß, was ist jetzt eigentlich Familiengerechtigkeit und was ist Familienförderung, und was passiert oder wird passieren, oder geschehen diese Dinge an der richtigen Stelle. Die Zuordnung zu einem Sozialversicherungssystem ist ja nicht zwingend. Das wäre außerdem nur organisatorisch, weil Sie völlig Recht haben, dass ja da eben nicht die ganze Bevölkerung organisiert ist, so dass das auch berücksichtigt werden müsste.

Als letzter Punkt zur Kritik von Herrn Lege. Meine Bemerkung, dass Märkte nicht gerecht sind, stammt von Friedrich August von Hayek. Ich denke, das ist jemand, der sich mit Märkten auskennt, und wir sollten vielleicht im Privatgespräch den Kontext eruieren, in dem er das gemeint hat. Er weist auch darauf hin, dass es bei funktionierenden Märkten so etwas wie Preisgerechtigkeit geben kann, aber darüber hinausgehende Steuerungsleistungen hat er – gerade als Befürworter der Wirkung von Märkten – doch stärker in Frage gestellt, als wir uns manchmal bewusst sind.

Meine Damen und Herren, ich danke Ihnen für Ihre Geduld, für Ihre Anregungen und wünsche Ihnen und uns allen, dass das Thema uns noch viele – nicht nur wie mir – schlaflose Nächte, sondern auch viele Impulse für die weitere wissenschaftliche Arbeit gibt.