

Zeitschrift:	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
Herausgeber:	Schweizerischer Juristenverein
Band:	92 (1973)
Artikel:	Soziale Grundrechte der Verfassung?
Autor:	Müller, Jörg P.
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-895753

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 06.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Soziale Grundrechte in der Verfassung?

Referat von Dr. JÖRG P. MÜLLER

Professor an der Universität Bern

Den Assistenten am Seminar für öffentliches Recht: MONIKA WEISS lic.iur.,
JOST GROSS lic.iur. und MARTIN KELLER lic.iur., die mir neben ihren
Verpflichtungen an der Universität großzügig Hilfe leisteten, danke ich herzlich.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungen	697
Literaturhinweise zu den einzelnen Problemkreisen	699
Einleitung	707
Fragestellung	708
1. Zur gegenwärtigen Funktion der Verfassung	715
1.1 Verfassung als «instrument of government»	715
1.2 Verfassung als materiale Grundordnung	718
1.3 Überanstrengung der Verfassung?	720
1.31 Vorwegnahme politisch «offener» Entscheidungen	720
1.32 Verfassungsstil der Bundesverfassung	724
1.33 Gebotene Zurückhaltung bei Verfassunggebung und Verfassungsauslegung	726
1.4 Die Frage nach der «richtigen» Verfassung	729
1.41 Wendung zum Programmatischen in der Verfassung des Leistungsstaates	729
1.411 Die frühliberale Verfassung	729
1.412 Wandlungen der Verfassung im Leistungsstaat	731
1.42 Kriterien heutiger Verfassunggebung	735
1.421 Zuordnung von Normalität und Normativität	735
1.422 Verfestigung des status quo?	740
1.423 Verfassungsänderung als Antwort auf bestimmte Bedürfnislagen	741
1.424 Problem der Koordination von Verfassungsbestimmungen	742
1.5 Überwindung des Gegensatzes von instrumentalem und materialem Verfassungsbegriff im neuen Grundrechtsverständnis	744
1.6 Aufgabe und Schwierigkeiten der verfassungsrechtlichen Bewältigung des Sozialstaates	745
1.61 Neue Staatsaufgaben	745
1.62 Notwendigkeit sozialstaatlicher Garantien der Verfassung?	746

1.63 Schwierigkeiten der verfassungsrechtlichen Verankerung sozialstaatlicher Aufgaben	747
2. Formen der Verankerung des Sozialstaates in der BV	749
2.1 Bundesstaatliche Kompetenzzuweisung als sozialstaatliche Zielsetzung	749
2.2 Sozialpolitische Bestimmungen in der geltenden BV	752
2.21 Einfache Kompetenzartikel	752
2.22 Kompetenzartikel mit Gesetzgebungsaufträgen und materiellen Direktiven	753
2.23 Kompetenzzuweisungen mit Zielsetzungen	755
2.24 Stillschweigende Bundeskompetenzen	756
3. Die Sozialverfassung	758
3.1 Funktionsabhängigkeit der Grundrechte von ihrem Beziehungsgefüge (Sozialrechte und Sozialverfassung)	758
3.2 Begriff der Sozialverfassung	759
3.3 Gegenüberstellung zur Wirtschaftsverfassung	762
3.4 «Reale» und «normative» Verfassung	765
3.5 Freisetzung eines Bereichs «Sozialverfassung» durch die Wirtschaftsverfassung	766
4. Elemente der Sozialverfassung in der BV	768
4.1 Der Wohlfahrts- und Sicherheitsartikel	768
4.2 Verhältnis zur Handels- und Gewerbefreiheit	769
4.3 Der Zweckartikel der BV	772
4.4 Vergleich mit der Sozialstaatsklausel des BGG	774
4.5 Ermittlung der Faktoren der «realen» Sozialverfassung	776
4.51 Bezug der politischen Wissenschaft	776
4.52 Ermittlung der Entwicklungstendenzen aus den «Richtlinien der Regierungspolitik»	777
4.53 Zur Frage der rechtlichen Qualifikation der «Richtlinien»	778
4.54 Schwerpunkte der «realen» Sozialverfassung nach den «Richtlinien»	780
4.55 Normative Richtunggebung oder faktische Entwicklungstrends als dominierende Faktoren der Sozialverfassung?	783
4.6 Verfahrensrechtlicher und programmatischer Rahmen der formellen Sozialverfassung (Zusammenfassung)	784

5. Die Problematik sozialer Grundrechte im Spannungsfeld politischer Planung	786
5.1 Notwendigkeit der Planung im Leistungsstaat	786
5.2 Herausforderung an die rechtsstaatliche Verfassung	788
5.21 Planungsverfassung	788
5.22 Rückstand der Verfassung und der Verfassungsrechtslehre	788
5.23 Eignung der Verfassung als Planungsinstrument?	789
5.24 Erneuerung und Aktualisierung der rechtsstaatlich-demokratischen Verfassung	790
5.25 Konkurrierende Planungsinstrumente	792
5.26 Materielle Verfassungsdirektiven als Gegengewicht zu «Sachzwängen» und organisierten Interessen?	793
5.261 Notwendige Offenheit verfassungsrechtlicher Direktiven	794
5.262 Schwierigkeiten ihrer Durchsetzung im Planungsprozeß	795
5.263 Bleibendes Schwergewicht des Rechtsschutzes Benachteiligter bei der Planverwirklichung	797
5.3 Regelungsaufgaben der Verfassung im planenden Staat	798
5.31 Vorrang des Verfahrensrechts	798
5.32 Normierung neuer Entscheidungsprozesse	799
5.33 Aufgabenteilung von Parlament und Regierung	800
5.34 Interaktion von Staat und Gesellschaft	802
5.4 <i>Exkurs: Ansätze zur rechtlichen Ordnung der Gesamtplanung des Bundes auf Gesetzesebene: die Finanzplanung</i>	804
5.5 Schlußbemerkungen	806
6. Die klassischen Grundrechte im Leistungsstaat	808
6.1 Ausgrenzung eines freien politischen Prozesses	808
6.2 Sozialstaatliche Zielbestimmungen in klassischen Grundrechten	812
6.3 Anerkennung normativer Teilgehalte der Grundrechte als Voraussetzung ihrer normativen Ausschöpfung	815
6.31 Typologie der Grundrechtsgehalte	817
6.32 Einbezug der Voraussetzungen der Ausübung von Grundrechten in ihren Schutzbereich	818
6.33 Beispiel der Pressefreiheit: Kollision und Koordination von Teilgehalten	822
6.4 Korrektur der «liberalen» Verfassung durch eine Sozialstaatsklausel oder soziale Grundrechte?	823
7. Soziale Grundrechte	825
7.1 Anschluß an den «institutionellen» (sozialgestaltenden) Gehalt klassischer Grundrechte	825

7.2 Begriff und Form der Sozialrechte	828
7.21 Unmöglichkeit, einen Bereich «Sozialrecht» aus der Gesamt- rechtsordnung auszugrenzen	828
7.22 Wandlungen der Sozialpolitik und des Sozialrechts	830
7.23 Exemplarische Umschreibung sozialer Grundrechte	831
7.24 Anlehnung an das individualistische Naturrecht in der Formulie- rung sozialer Grundrechte	833
7.241 Niedergang individualistischen Naturrechts	837
7.242 Hervortreten praktischer Gesichtspunkte bei der Verfas- sunggebung	838
7.25 Justizierbarkeit als entscheidendes Kriterium für die Wahl der Grundrechtsform	839
7.251 Unmittelbarkeit der Grundrechtsgeltung	839
7.252 Ansprüche auf positive Leistungen aus Grundrechten . .	842
7.3 Grenzen richterlicher Verantwortung (das Problem der Justizierbarkeit)	843
7.4 Die normativen Teilgehalte der postulierten Sozialrechte – Mög- lichkeiten und Alternativen ihrer Verwirklichung	846
7.41 Übersicht	846
7.42 Die programmatische Bedeutung von Sozialrechten	847
7.43 Die harmonisierend-justizierbare Schicht der Sozialrechte	847
7.44 Gesetzlich-anspruchsgrundende Schicht	849
7.45 Begründung individueller Ansprüche durch sozialrechtskonforme Auslegung des Gesetzes	851
7.46 Schlußfolgerung	851
7.5 Problematik verfassungsmäßiger Sozialrechte (Zusammenfassung)	852
7.51 <i>Exkurs:</i> Aus der Geschichte des Rechts auf Arbeit in der Schweiz .	857
7.6 Durchsetzung verfassungsmäßiger Sozialleistungsansprüche durch Be- schwerde beim Bundesrat?	859
8. Recht auf Bildung? – Beispiel der Konvergenz klassischer und sozialer Grund- rechte in einem neuen Verfassungsverständnis	864
8.1 Das «Numerus-clausus»-Urteil des Bundesverfassungsgerichts	864
8.11 Grundrechtlicher Anspruch auf gleiche Teilhabe an öffentlichen Leistungen	865
8.12 Beschränkung des Teilhabeanspruchs auf bestehende Ausbil- dungseinrichtungen?	867
8.13 Anspruch auf Kapazitätserweiterung «unter Vorbehalt des Mög- lichen»	868
8.14 Folgen für die Zulässigkeit des «Numerus-clausus»	870
8.15 Lehren aus dem «Numerus-clausus»-Urteil für die Schweiz . .	870
8.2 Die Diskussion um das «Recht auf Bildung» in der Schweiz	872
8.3 Das Recht auf Bildung nach der Europäischen Menschenrechtskonven- tion	874

8.4 Fallanalysen zum «Recht auf Bildung»	875
8.41 Beispiele aus den parlamentarischen Beratungen	875
8.42 Beispiele aus der neuern Gerichtspraxis	876
8.43 Recht auf Vorschulunterricht als Testfall	878
8.5 Zusammenfassung	879
9. Rechtsgleichheit als Gerechtigkeitsmaßstab im Sozialstaat	880
9.1 Sozialer Ausgleich als Voraussetzung rechtlicher Gleichheit	880
9.2 «Chancengleichheit»	883
9.3 Die Teilgehalte der Rechtsgleichheit	885
9.31 Übersicht	886
9.32 Anspruch auf gleiche Teilhabe an öffentlichen Leistungen un- mittelbar aus Art. 4 BV	886
9.33 Maßstäbe sozialer Gerechtigkeit nach Art. 4 BV?	888
9a. Anhang: Hinweise auf weitere Aktualisierungen klassischer Grundrechts- gehalte im Sozialstaat	890
9a.1 Eigentumsgarantie	890
9a.11 Geänderte Formen wirtschaftlicher Existenzsicherung	890
9a.12 Bestandesgarantie für Sozialleistungssysteme?	891
9a.13 Verfassungsrechtlicher Schutz von Pensionsansprüchen	892
9a.2 Begründung von Sozialleistungsansprüchen durch behördliche Zu- sicherung	893
9a.3 Wirtschaftsfreiheit als soziale Freiheit	894
9a.4 Gewährleistet die Bundesverfassung ein «Recht auf Fürsorge»?	896
10. Andere Formen der verfassungsrechtlichen Verankerung des Sozialstaates	899
10.1 Suche nach Alternativen zu Sozialrechten	899
10.2 Imperativer Charakter von Kompetenznormen	900
10.3 Sozialpolitische Richtlinien, Zielbestimmungen, Gesetzgebungsauf- träge	900
10.31 Appellwirkung	901
10.32 Zuordnung von Freiheitsrechten und Gemeinschaftsaufgaben	901
10.33 Ableitung verfassungsmäßiger Individualrechte aus objektiv- rechtlichen Bestimmungen	903
10.4 Insbesondere die Staatszielbestimmungen	904
10.5 Insbesondere die Gesetzgebungsaufträge	906
10.51 Verfassungsbeschwerde wegen Unterlassung von Gesetzge- bungsaufträgen nach dem Verfassungsrecht der BRD	907

10.52 Möglichkeiten und Grenzen der richterlichen Durchsetzung von Gesetzgebungsaufträgen im Bund	909
10.521 Fehlende Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber dem Bundesgesetzgeber	910
10.522 Realisierung von Gesetzgebungsaufträgen gegenüber den Kantonen	912
10.523 Der Bundesrat als Initiator der Erfüllung von Gesetzgebungsaufträgen	912
10.6 Zusammenfassung	913
10a. Anhang:	
Sozialrechte auf der Gesetzesstufe?	914
10a.1 Mangel an Koordination und daraus folgende Unübersichtlichkeit des Sozialleistungsrechts	915
10a.2 Abhilfe durch Schaffung eines allgemeinen Teils des Sozialrechts? .	916
10a.3 Der deutsche Entwurf eines Sozialgesetzbuches mit einem Sozialrechtskatalog als Vorbild für die Schweiz?	916
10a.4 Funktion eines gesetzlichen Sozialrechtskatalogs bei Auslegung und Lückenfüllung	919
11. Verfahrensrechtliche Sicherung des Sozialstaates	921
11.1 Einleitung: Besondere Bedeutung des Verfahrensrechts wegen der Dynamik des materiellen Rechts	921
11.11 Dynamik von Sozialpolitik und Sozialrecht	921
11.12 Wandel der Funktion des Gesetzes und der Verwaltung	922
11.13 Vorrang des Verfahrensrechts – Chance des Verfassungsrechts	923
11.14 Hinweise auf die wissenschaftliche Diskussion über Partizipationsformen im sozialen Leistungs- und Lenkungsstaat	926
11.15 Hinweis auf das Verwaltungsrecht der USA	929
11.2 Die Teifunktionen der postulierten Sozialrechte und ihre Erfüllung durch besondere Verfahrensvorkehren	931
11.21 Das Bezugsschema	931
11.22 Materielle Sicherungen im Sinne der drei Stufen (Zusammenfassung)	932
11.23 Verfahrensrechtliche Sicherungen im Sinne der drei Stufen .	933
11.231 Verfahrensrecht zur Verwirklichung des programmatischen Gehalts postulierter Sozialrechte	933
11.232 Verfahrensrechtliche Sicherung zur Vermeidung von Diskriminierungen	934
11.233 Prozessuale Durchsetzung der gesetzlichen Sozialordnung	934

11.2331 Transparenz gesetzlicher Ordnungen	935
11.2332 Diskrepanz von Rechtssprechung und Verwaltungspraxis als Quelle von Ungleichheiten	936
11.2333 Anforderungen an die Ausgestaltung gerichtlicher Verfahren	937
11.3 Aufwertung des Petitionsverfahrens?	937
11.31 Aktuelle Funktionen des Petitionsverfahrens	937
11.32 Lehre und Praxis zum Petitionsrecht in der Schweiz	938
11.33 Verhältnis zur Institution des Ombudsman	940
11.34 Leistungsträger für Härtefälle?	940
12. Schutz der Sozialrechte im Rahmen internationaler Konventionen	942
12.1 Vorbemerkungen	942
12.11 Verschiedene Sicherungsverfahren für klassische und soziale Grundrechte	942
12.12 Verschiedene Grade der Bindung	943
12.13 Zur Frage der unmittelbaren Anspruchsbegründung durch staatsvertragliche Bestimmungen	946
12.14 Neue Aufgaben des internationalen Sozialrechts	947
12.2 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen vom 10.12.1948	949
12.21 Erklärung von Philadelphia vom 10.5.1944	949
12.22 Vergleich der Menschenrechtserklärung von 1948 mit der Erklärung von Philadelphia	950
12.3 Die Konvention der Vereinten Nationen über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16.12.1966	951
12.4 Internationale Arbeitsorganisation (IAO)	952
12.41 Satzung, Konventionen und Empfehlungen der IAO	952
12.42 Das Sozialrecht der IAO als Gruppen- und Minderheitenschutz	954
12.43 Überblick über das Vertragswerk der IAO	954
12.44 Die Verfahren der Durchsetzung der IAO-Übereinkommen	956
12.441 Das Berichtsverfahren	956
12.442 Das Beschwerdeverfahren gemäß Art.24f	958
12.443 Das Klageverfahren gemäß Art.26	958
12.444 Das Beschwerdeverfahren der IAO zum Schutze gewerkschaftlicher Rechte	958
12.5 Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961	959
12.51 Zielsetzung und Inhalt	959
12.52 Kontrollsystem	961
12.6 Verweis auf weitere internationale Bestrebungen zum Schutz der Sozialrechte	963

Abkürzungen

AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung
AHVG	Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung
AHVV	Vollzugsverordnung zum Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung
Amtl.Bull.NR/StR	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat/ Ständerat
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ASR	Abhandlungen zum schweizerischen Recht
BBI	Bundesblatt
BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
BGG	Bonner Grundgesetz
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BS	Bereinigte Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen
BV	Bundesverfassung
BVerfGE	Entscheidungen des (deutschen) Bundesverfassungsgerichts
Diss.	Dissertation
DöV	Die öffentliche Verwaltung, Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
EDI	Eidg. Departement des Innern
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EVG	Eidgenössisches Versicherungsgericht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GVG	Geschäftsverkehrsgesetz
HGF	Handels- und Gewerbefreiheit
IAO	Internationale Arbeitsorganisation
IV	Invalidenversicherung
JIR	Jahrbuch für internationales Recht
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JZ	(Deutsche) Juristenzeitung

KUVG	Bundesgesetz über Kranken- und Unfallversicherung
MVG	Bundesgesetz über die Militärversicherung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OAS	Organisation der Amerikanischen Staaten
OR	Obligationenrecht
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs
SJIR	Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
SP	Sozialdemokratische Partei
SUVA	Schweizerische Unfallversicherungsanstalt, Luzern
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
UNO	United Nations Organization
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
VvG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
WuR	Wirtschaft und Recht
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZbJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Neue Folge)

Literaturhinweise zu den einzelnen Problemkreisen

Nicht berücksichtigt ist die einschlägige allgemeine staats- und verwaltungsrechtliche Literatur (Lehrbücher, Kommentare u.ä.).

1 Heutige Problematik der Verfassung

BÄUMLIN, RICHARD. *Staat, Recht und Geschichte*, Zürich 1961, S. 9f.

– Was lässt sich von einer Totalrevision erwarten?, in: *Totalrevision der Bundesverfassung – ja oder nein?*, Sonderheft ZSR 87 I, 1968, S. 7ff., bes. S. 9ff.

BURDEAU, GEORGES. Zur Auflösung des Verfassungsbegriffs, in: *Der Staat*, 1, 1962, S. 389ff.

EHMKE, HORST. *Wirtschaft und Verfassung*, Karlsruhe 1961.

– Grenzen der Verfassungsänderung, Berlin 1953.

– Prinzipien der Verfassungsauslegung, VVDStRL 20, Berlin 1963.

EICHENBERGER, KURT. Richtpunkte einer Verfassungsrevision, in: *Totalrevision der Bundesverfassung – ja oder nein?*, Sonderheft ZSR 87 I, 1968, S. 69ff.

GRIMM, DIETER. *Verfassungsfunktion und Grundgesetzreform*, AöR 97, 1972, S. 489ff.

HANGARTNER, Yvo. Soll die St. Gallische Kantonsverfassung durch eine Totalrevision oder durch eine größere Teilrevision den veränderten Verhältnissen angepaßt werden?, in: *Der Kanton St. Gallen heute und morgen*, Nr. 1, St. Gallen 1972, S. 8ff.

HELLER, HERMANN. *Staatslehre*, 4. Aufl., Leiden 1970.

HENNIS, WILHELM. *Verfassung und Verfassungswirklichkeit*, Recht und Staat, Heft 372/374, Tübingen 1968.

HESSE, KONRAD. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 5. Aufl., Karlsruhe 1972, S. 3–33.

HINDERLING, HANS GEORG. *Rechtsnorm und Verstehen*, ASR 407, Bern 1971, bes. S. 170ff.

HOLLERBACH, ALEXANDER. *Ideologie und Verfassung*, in: *Ideologie und Recht*, hg. von W. Maihofer, Frankfurt a. M. 1969, S. 37ff.

HUBER, HANS. Der Formenreichtum der Verfassung und seine Bedeutung für ihre Auslegung, ZbJV 107, 1971, S. 172ff.

KÄGI, WERNER. *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, 2. Aufl., Zürich 1971.

KRIELE, MARTIN. *Theorie der Rechtsgewinnung*, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, Berlin 1967.

KRÜGER, HERBERT. Der Verfassungsgrundsatz, in: *Festschrift für E. Forsthoff*, München 1972, S.187ff.

LERCHE, PETER. Stiller Verfassungswandel als aktuelles Politikum, in: *Festgabe für Th. Maunz*, München 1971, S.285ff.

– Übermaß und Verfassungsrecht, Köln 1961.

LOEWENSTEIN, KARL. Ketzerische Betrachtungen über die amerikanische Verfassung, in: *Der Staat als Aufgabe*, Gedenkschrift für Max Imboden, Basel, 1972, S. 233 ff.

MÜLLER, FRIEDRICH. Juristische Methodik, Berlin 1971, S.19ff.

– Normstruktur und Normativität, Berlin 1966.

SALADIN, PETER. Die Kunst der Verfassungserneuerung, in: *Der Staat als Aufgabe*, Gedenkschrift für Max Imboden, Basel 1972, S.269ff.

2 Zum heutigen Grundrechtsverständnis

BURDEAU, GEORGES. *Les libertés publiques*, 3. Aufl., Paris 1966.

COLLIARD, CLAUDE-ALBERT. *Libertés publiques*, Paris 1968.

DORSEN, NORMAN. *The Rights of Americans*, New York 1971, mit Beiträgen von ROBERT L. CARTER, MICHAEL I. SOVERN, FRANK I. MICHELMAN usw.

FRIAUF, KARL HEINRICH. Zur Rolle der Grundrechte im Interventions- und Leistungsstaat, DVBl 1971, S.674ff.

GALLWAS, HANS-ULRICH. Faktische Beeinträchtigungen der Grundrechte, Berlin 1970.

GRISEL, ANDRÉ. *Droit public non écrit – Droits constitutionnels, principes constitutionnels, règles générales*, in: *Der Staat als Aufgabe*, Gedenkschrift für Max Imboden, Basel 1972, S.139ff.

HÄBERLE, PETER. Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30, 1972, S.43ff.

HANGARTNER, Yvo. Die Freiheitsgarantie der Bundesverfassung, ZBl 70, 1969, S.337ff.

KLEIN, HANS. Die Grundrechte im demokratischen Staat, *res publica* Band 26, Stuttgart usw. 1972.

KLOEPFER, MICHAEL. Grundrechte als Entstehungssicherung und Bestandschutz, München 1970.

LUHMANN, NIKLAS. *Grundrechte als Institution*, Berlin 1965.

MARTENS, WOLFGANG. Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30, 1972, S.7ff.

MÜLLER, FRIEDRICH. Die Positivität der Grundrechte, Berlin 1969.

MÜLLER, JÖRG PAUL. Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, ASR 360, Bern 1964.

RAMM, THILO. Der Wandel der Grundrechte und der freiheitliche soziale Rechtsstaat, JZ 1972, S.137ff.

RHINOW, RENÉ. Der Grundrechtskatalog als Problem des Verfassungsrechts, ZBl 70, 1969, S.225ff.

SALADIN, PETER. Grundrechte im Wandel, Bern 1970.

- Die Funktion der Grundrechte in einer revidierten Verfassung, in: Totalrevision der Bundesverfassung – ja oder nein? Sonderheft ZSR 87 I, 1968, S.161 ff.

SCHAUMANN, WILFRIED. Der Auftrag des Gesetzgebers zur Verwirklichung der Freiheitsrechte, JZ 1970, S.48 ff.

- Soll eine neue Verfassung einen Grundrechtskatalog enthalten?, ZBl 71, 1970, S.33 ff.

SCHEUNER, ULRICH. Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat – Die Grundrechte als Richtlinie und Rahmen der Staatstätigkeit, DöV 1971, S.505 ff.

- Pressefreiheit, VVDStRL 22, 1965, S.31 f.

3 Staatszielbestimmungen und Gesetzgebungsaufträge in der Verfassung

BÖCKENFÖRDE, CHRISTOPH. Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze, Berlin 1966.

GYGI, FRITZ. Die schweizerische Wirtschaftsverfassung, ZSR 89 II, 1970, S.265 ff., bes. S.287 ff.

HUBER, HANS. in: HUBER/TUCHTFELDT, Wirtschaftspolitische Ziele in der Verfassung?, Bern 1970, S.7 ff.

JÜLICHER, FRITZ. Die Verfassungsbeschwerde gegen Urteile bei gesetzgeberischem Unterlassen, Berlin 1972.

RUPP-V. BRÜNNECK, WILTRAUT. Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren?, in: Festschrift für G. Müller, Tübingen 1970, S.355 ff.

SCHEUNER, ULRICH. Staatszielbestimmungen, in: Festschrift für E. Försthoff, München 1972, S.325 ff.

SCHNEIDER, RUDOLF. Rechtsschutz gegen verfassungswidriges Unterlassen des Gesetzgebers, AöR 89, 1964, S.24 ff.

STAHLER, KONRAD. Verfassungsgerichtliche Nachprüfung gesetzgeberischen Unterlassens, München 1966.

WIENHOLTZ, EKKEHARD. Normative Verfassung und Gesetzgebung – Die Verwirklichung von Gesetzgebungsaufträgen des Bonner Grundgesetzes, Freiburg i.Br. 1968.

4 Problematik sozialer Grundrechte

BRUNNER, GEORG. Die Problematik der sozialen Grundrechte, Recht und Staat, Heft 404/405, Tübingen 1971.

- Die Grundrechte im Sowjetsystem, Köln 1963.

HÄBERLE, PETER. Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30, 1972, S.43 ff., bes. S.90 ff.

HUBER, HANS. Soziale Verfassungsrechte?, in: Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, Zürich 1948, abgedruckt auch in: FORSTHOFF (Hg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Darmstadt 1968, S.1–15.

- in: HUBER/TUCHTFELDT, Wirtschaftspolitische Ziele in der Verfassung?, Bern 1970, S.7 ff.

KNAPP, BLAISE. Les droits sociaux et économiques dans une nouvelle Constitution fédérale, *ZBl* 71, 1970, S. 345ff., 369ff.

KORINEK, KARL. Betrachtungen zur juristischen Problematik sozialer Grundrechte, in: *Fragen des sozialen Lebens* 10, hg. von der Katholischen Sozialakademie Österreichs, Wien 1971, S. 9ff.

MARTENS, WOLFGANG. Grundrechte im Leistungsstaat, *VVDStRL* 30, 1972, S. 7ff., bes. S. 26ff.

SALADIN, PETER. Die Funktion der Grundrechte in einer revidierten Verfassung, in: *Totalrevision der Bundesverfassung – ja oder nein?*, Sonderheft *ZSR* 87 I, 1968, S. 161 ff., bes. S. 181–185.

SCHAMBECK, HERBERT. Grundrechte und Sozialordnung, Berlin 1969.

STREIFF, ULLIN. Die Menschenrechte in der modernen Industriegesellschaft, in: *Helvetische Alternativen*, Zürich 1971, S. 109ff.

TOMANDL, THEODOR. Der Einbau sozialer Grundrechte in das positive Recht, Recht und Staat, Heft 337/338, Tübingen 1967.

WILDHABER, LUZIUS. Soziale Grundrechte, in: *Der Staat als Aufgabe, Gedenkschrift für Max Imboden*, Basel 1972, S. 371 ff.

ZACHER, HANS. Das Vorhaben des Sozialgesetzbuches, Percha 1973.

ZELLWEGER, EDUARD. Die Sozial- und Wirtschaftsrechte in einer neuen Bundesverfassung, *ZBl* 71, 1970, S. 321 ff.

5 Bedeutung der Rechtsgleichheit im Sozialstaat

ARIOLI, SILVIO. Das Verbot der willkürlichen und der rechtsungleichen Rechtsanwendung im Sinne von Art. 4 der Bundesverfassung. *Basler Studien zur Rechtswissenschaft*, Heft 84, Basel 1968.

DAX, GÜNTER. Das Gleichbehandlungsgebot als Grundlage positiver subjektiv-öffentlicher Rechte, Bonn 1969.

GYGI, FRITZ. Die schweizerische Wirtschaftsverfassung, *ZSR* 89 II, 1970, S. 265ff., bes. S. 348ff., 383f.

HESSE, KONRAD. Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht, *AöR* 77, 1951/52, S. 167ff.

HUBER, HANS. Die Gleichbehandlung der Gewerbegegenossen (1968), in: *Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht, Ausgewählte Aufsätze 1950–1970*, Bern 1971, S. 288ff.

MARTENS, WOLFGANG. Grundrechte im Leistungsstaat, *VVDStRL* 30, 1972, S. 7ff., bes. S. 20ff., 28ff.

PODLECH, ADALBERT. Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, Berlin 1971.

SCHOLLER, HEINRICH. Die Interpretation des Gleichheitssatzes als Gebot der Chancengleichheit, Berlin 1969.

ZACHER, HANS. Soziale Gleichheit, *AöR* 93, 1968, S. 362ff.
– Zur Rechtsdogmatik sozialer Umverteilung, *DöV* 1970, S. 3ff.

6 Planung im Sozialstaat

BÄUMLIN, RICHARD. Über die Notwendigkeit, für die Freiheit zu planen (erscheint demnächst).

BLÜMEL, WILLI. «Demokratisierung der Planung» oder rechtsstaatliche Planung?, in: Festschrift für E. Forsthoff, München 1972, S. 9ff.

EHMKE, HORST. Planung im Regierungsbereich – Aufgaben und Widerstände, in: NASCHOLD/VÄTH, Politische Planungssysteme, Opladen 1973, S. 311 ff.

EICHENBERGER, KURT. Leistungsstaat und Demokratie, Basel 1969.

GRIMM, DIETER. Verfassungsfunktion und Grundgesetzreform, AÖR 97, 1972, S. 489 ff., bes. S. 517–525; mit weitern Nachweisen.

KAISSER, JOSEPH H. (Hg.). Planung I–V, Baden-Baden 1965 ff.; zur Wirtschaftsplanung insbes. die Beiträge von IPSSEN (S. 35 ff.) und GYGI (S. 169 ff.) in Planung I; ferner insbes. die Beiträge von C. F. OPHÜLS, Die Europäischen Gemeinschaftsverträge als Planungsverfassungen, in: Planung I, S. 229 ff. und H. FISCHER-MENSHAUSEN, Mittelfristige Finanzplanung, in: Planung III, S. 73 ff.

KEWENIG, WILHELM A. Zur Revision des Grundgesetzes: Planung im Spannungsverhältnis von Regierung und Parlament, DöV 1973, S. 23 ff.; mit weitern Nachweisen.

NASCHOLD, FRIEDER/VÄTH, WERNER (Hg.). Politische Planungssysteme, Opladen 1973, mit Beiträgen von STEPHEN COHEN, FRIEDER NASCHOLD, KARL SCHILLER usw.

OLDIGES, MARTIN. Grundlagen eines Plangewährleistungsrechts, Schriften zum Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 1, Bad Homburg usw. 1970.

REIN, MARTIN. Sozialplanung – Auf der Suche nach Legitimität, in: NASCHOLD/VÄTH, Politische Planungssysteme, Opladen 1973, S. 203 ff.

SCHARPF, FRITZ W. Planung als politischer Prozeß, in: NASCHOLD/VÄTH, Politische Planungssysteme, Opladen 1973, S. 167 ff.

– Die politischen Kosten des Rechtsstaats – Eine vergleichende Studie der deutschen und amerikanischen Verwaltungskontrollen, Tübingen 1970.

SCHAUMANN, Wilfried. Staatsführung und Gesetzgebung in der Demokratie, in: Der Staat als Aufgabe, Gedenkschrift für Max Imboden, Basel 1972, S. 313 ff.

SCHWEIZERISCHES JAHRBUCH für politische Wissenschaft 12, 1972, II: Öffentlichkeit und Planung in der Demokratie, S. 64 ff.

WAGENER, FRIDO. Öffentliche Planung und zukünftige politische Entscheidung, in: Demokratie und Verwaltung, Berlin 1972, S. 571 ff.

WERNER, FRITZ. Wandelt sich die Funktion des Rechts im sozialen Rechtsstaat?, in: Festschrift für G. Leibholz, Tübingen 1966, Band II, S. 153 ff.

7 Das Verfahrensrecht des Sozialstaates

BLÜMEL, WILLI. «Demokratisierung der Planung» oder rechtsstaatliche Planung?, in: Festschrift für E. Forsthoff, München 1972, S. 9 ff.; mit weitern Nachweisen.

BROHM, WINFRIED. Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30, 1972, S.245ff., bes. S.279ff.

– Sachverständige und Politik, in: Festschrift für E. Forsthoff, München 1972, S.37ff., bes. S.70–75.

EICHENBERGER, KURT. Leistungsstaat und Demokratie, Basel 1969, bes. S.19ff.

FLEINER, THOMAS. Die Delegation als Problem des Verfassungs- und Verwaltungsrechts, Freiburg i.Ue. 1972.

HÄBERLE, PETER. Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30, 1972, S.43ff., bes. S.86ff., 121ff.

HENKE, WILHELM. Die Rechtsformen der sozialen Sicherung und das allgemeine Verwaltungsrecht, VVDStRL 28, 1970, S.149ff.

MAYNTZ, RENATE. Funktionen der Beteiligung bei öffentlicher Planung, in: Demokratie und Verwaltung, Berlin 1972, S.341ff.

REDEKER, KONRAD. Sozialstaatliche Gestaltung und rechtsstaatliche Bindung, DVBl 1971, S.369ff.

RÜFNER, WOLFGANG. Die Rechtsformen der sozialen Sicherung und das allgemeine Verwaltungsrecht, VVDStRL 28, 1970, S.187ff.

SCHARPF, FRITZ. Die politischen Kosten des Rechtsstaats, Tübingen 1970.

– Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung, 2.Aufl., Konstanz 1972.

SCHAUMANN, WILFRIED. Staatsführung und Gesetzgebung in der Demokratie, in: Der Staat als Aufgabe, Gedenkschrift für Max Imboden, Basel 1972, S.313ff., bes. S.315ff., 323ff.

SCHMITT GLAESER, WALTER. Partizipation an Verwaltungsentscheidungen, VVDStRL 31 (erscheint 1973).

STEINBERG, RUDOLF. Staatslehre und Interessenverbände, Freiburg i.Br. 1971.

WALTER, ROBERT. Partizipation an Verwaltungsentscheidungen, VVDStRL 31 (erscheint 1973).

8 Sozialstaatlichkeit und Sozialpolitik

ACHINGER, HANS. Sozialpolitik als Gesellschaftspolitik, Hamburg 1958.

BACHOF, OTTO. Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL 12, 1954, S.37ff.

BENDA, ERNST. Industrielle Herrschaft und sozialer Staat, Göttingen 1966.

DREITZEL, HANS PETER (Hg.). Sozialer Wandel, Neuwied/Berlin 1967.

FORSTHOFF, ERNST. Der Staat der Industriegesellschaft, 2. Aufl., München 1971.

– Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL 12, 1954, S.8ff.

– (Hg.). Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Darmstadt 1968, mit Beiträgen von HANS HUBER, HANS PETER IPSSEN, ERICH FECHNER usw.

HARTWICH, HANS-HERMANN. Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher status quo, Köln/Opladen 1970; mit weitern Nachweisen.

KAUFMANN, FRANZ-XAVER. Sicherheit als soziologisches und sozialpolitisches Problem, Stuttgart 1970.

KÜLP, BERNHARD/SCHREIBER, WILFRID (Hg.). Soziale Sicherheit, Köln/Berlin 1971.

LIEFMANN-KEIL, ELISABETH. Ökonomische Theorie der Sozialpolitik, Berlin usw. 1961.

MAIHOFER, WERNER. Rechtsstaat und menschliche Würde, Frankfurt a.M. 1968.

MENZEL, EBERHARD. Die Sozialstaatlichkeit als Verfassungsprinzip der Bundesrepublik, DöV 1972, S. 537 ff.

PRELLER, LUDWIG. Sozialpolitik, Theoretische Ortung, Tübingen 1962.

– Praxis und Probleme der Sozialpolitik, 2 Halbbände, Tübingen 1970.

SCHREIBER, WERNER. Das Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes in der Praxis der Rechtsprechung, Berlin 1972.

SCHREIBER, WILFRID. Zum System sozialer Sicherung, Köln 1971.

– Sozialpolitische Perspektiven, Köln 1972.

ZAPF, WOLFGANG (Hg.). Theorien des sozialen Wandels, 2. Aufl., Köln/Berlin 1970.

9 Sozialpolitik und Sozialverfassung in der Schweiz

BENTELE, MAX. Das Recht auf Arbeit, Diss. Zürich 1949.

BIELER, PETER. Albert Steck, 1843–1899, Diss. phil.hist. Bern 1960.

BRATSCHI, PETER J. Die Bedeutung der Verfassungsinitiative in der Sozialgesetzgebung der Schweiz, Diss. Bern 1969.

GILG, PETER. Die Entstehung der demokratischen Bewegung und die soziale Frage, Diss. phil.hist., Bern 1950, Affoltern a. Albis 1951.

GRUNER, ERICH. Die Arbeiter in der Schweiz im 19. Jahrhundert, Bern 1968.

GYGI, FRITZ. Die schweizerische Wirtschaftsverfassung, ZSR 89 II, 1970, S. 265 ff.

HARTMANN, KARL. Subsidiarität und Föderalismus in der schweizerischen Sozialpolitik, Diss. St. Gallen 1971.

HESS, WALTER. Ökonomische Aspekte der Sozialen Sicherung, Berner Habilitationsschrift 1973 (noch unveröffentlicht).

HOLZER, MAX. Die Sozialpolitik, in: Die Schweiz seit 1945, Bern 1971, S. 116 ff.

HUBER, HANS. Grundsätze in der Auslegung der Wirtschaftsartikel, WuR 10, 1958, S. 1 ff.

JUNOD, CHARLES-ANDRÉ. Problèmes actuels de la constitution économique suisse, ZSR 89 II, 1970, S. 591 ff.

RICKENBACH, WALTER. Sozialwesen und Sozialarbeit der Schweiz, 3. Aufl., Zürich 1972.

RUTISHAUSER, HANS. Liberalismus und Sozialpolitik in der Schweiz, Zürich 1935.

SAXER, ARNOLD. Die soziale Sicherheit in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1970.

SCHÜRMANN, LEO. Sozialordnung und Staatsverfassung, WuR 7, 1955, S. 3 ff.

– Die rechtliche Tragweite der neuen Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung, ZBl 49, 1948, S. 33 ff.

SCHWEINGRUBER, EDWIN. Sozialgesetzgebung der Schweiz, Zürich 1955.

WEBER, MAX. Im Kampf um soziale Gerechtigkeit, Bern 1967.

10 Sozialrechte in internationalen Konventionen

FAWCETT, JAMES E.S. Die weltweite Sicherung der Menschenrechte unter Berücksichtigung neuerer Vorschläge, in: Menschenrechte im Staatsrecht und im Völkerrecht, Karlsruhe 1967, S.259ff.

GAMILSCHEG, FRANZ. Internationale Arbeits-Organisation, in: STRUPP/SCHLOCHAUER, Wörterbuch des Völkerrechts, Bd.II, 2.Aufl., Berlin 1961, S.38ff.

GURADZE, HEINZ. Die Menschenrechtskonventionen der Vereinten Nationen vom 16.12.1966, JIR 15, 1971, S.242 ff.

ISELE, HELLMUT GEORG. Die europäische Sozialcharta, Wiesbaden 1967.

JENKS, C. WILFRED. Social Justice in the Law of Nations – The ILO Impact After 50 Years, London usw. 1970.

KHOL, ANDREAS. Der Menschenrechtskatalog der Völkergemeinschaft, Wien/Stuttgart 1968.

– Zwischen Staat und Weltstaat — Die internationalen Sicherungsverfahren zum Schutze der Menschenrechte, Wien/Stuttgart 1969.

KUTZNER, GERHARD. Die amerikanische Menschenrechtskonvention vom 22.11. 1969, JIR 15, 1971, S.274ff.

SCHAMBECK, HERBERT. Grundrechte und Sozialordnung, Gedanken zur Europäischen Sozialcharta, Berlin 1969.

SOHN, LOUIS. The Covenants on Human Rights, in: The United Nations and Human Rights, 18th Report of the Commission to Study the Organization of Peace, New York 1968, S.101 ff.

VALTICOS, NICOLAS. Un système de contrôle international – la mise en œuvre des conventions internationales du travail, in: Recueil des Cours 123, 1968, I, Leyden 1969, S.311 ff.

WALTER, HANNFRIED. Die Europäische Menschenrechtsordnung, Köln/Berlin 1970.

WIEBRINGHAUS, HANS. Jurisprudence du droit social européen, in: Rivista di diritto europeo XII, 1972, S.169ff.

– La Charte Sociale Européenne, in: Annuaire français du Droit International, IX, 1963, S.710ff.

Einleitung

Anlaß, die Frage der Sozialrechte im Rahmen der Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins zu behandeln, gab die Diskussion über eine Totalrevision der Bundesverfassung. Der Fragenkatalog der Kommission WAHLEN vom November 1967 erwähnt unter Ziff. 1.1 auch die Frage: «Sind in den Katalog (der Grundrechte) auch Sozialrechte aufzunehmen und wenn ja, welche (Recht auf Arbeit, auf eine anständige Wohnstätte, auf Ferien und Freizeit, auf Bildung usw.)?» Bei der Drucklegung des vorliegenden Berichts war der Schlußbericht der Kommission WAHLEN, der nicht nur eine zusammenfassende Würdigung der eingegangenen Antworten von Kantonen, Universitäten usw., sondern auch eine eigene Stellungnahme zu den aufgeworfenen Fragen enthalten soll¹, noch nicht der Öffentlichkeit zugänglich, so daß eine Auseinandersetzung mit den Ergebnissen der Kommissionsarbeiten leider noch nicht möglich war. Gerade diese Auseinandersetzung wäre aber fruchtbar; der Referent behält sich vor, am Juristentag im mündlich vorgetragenen Referat auf die Vorschläge der Kommission WAHLEN zur Frage der Sozialrechte in einer neuen BV einzugehen und sie mit den Ergebnissen der vorliegenden eigenen Untersuchung zu konfrontieren.

¹ Vgl. die Richtlinien für das Vorgehen der Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung vom 6.6.1967, **ANTWORTEN** auf die Fragen der Arbeitsgruppe Bd. I, S. 10.

Fragestellung

Die Frage, ob ein Katalog von sozialen Grundrechten in die Bundesverfassung aufzunehmen sei, ist in unserer Zeit nicht Folge einer Herausforderung, die krisenhafte Entwicklungen der sozialen Wirklichkeit an die Verfassung stellen – m.a.W. es ist kein revolutionärer Trend festzustellen, der auf dem angesprochenen Gebiet zuschicksalhafter (geschichtlicher) Verfassungsentscheidung ruft –; die Diskussion wurde vielmehr ausgelöst durch den Aufruf zum Überdenken unseres Verfassungsrechts im ganzen, das in einer Totalrevision ausmünden soll. Die Forderung der Aufnahme sozialer Grundrechte im allgemeinen in die Verfassung erscheint – jedenfalls heute² – nicht mehr als die Artikulation eines drängenden politischen Willens, sondern als eines der Elemente, die latent im Revisionsgespräch mitschwingen, damit aber wohl ein Anliegen zum Ausdruck bringen, an dem kein Verfassunggeber vorbeisehen kann, der eine Generalbereinigung zu unternehmen sich ernstlich anschickt.

Die «Aufnahme» eines Katalogs von Sozialrechten in eine neue oder erneuerte Verfassung kann nicht von der Verfassungsrechtslehre als richtig oder falsch beurteilt werden. Es sind Vorentscheidungen auf der *politischen* Ebene – zunächst völlig unabhängig von der Wünschbarkeit oder Richtigkeit der Aufnahme eines Sozialrechtskatalogs in die Verfassung – zu treffen, konkret etwa zu folgenden Fragen: Soll die Altersvorsorge ganz der öffentlichen Hand überbunden oder soll eine Teilung zwischen privater und öffentlicher Altersvorsorge stattfinden? Ist der Staat zur Sicherstellung

² Unabhängig vom politisch-kämpferischen Charakter, den die Forderung in der Geschichte haben mochte (dazu unten Ziff. 7.24).

der Krankenpflege jedes Menschen zu verpflichten? Soll jedem der Zugang zur Universität offenstehen? Diese Fragen können unmöglich im «Wurf» einer Sozialrechtssetzung auf der Verfassungsebene entschieden werden. Ist dagegen der politische Entscheid etwa für den freien Zugang jedes Abiturienten zu *jedem* Universitätsstudium als verfassungsrechtlicher Grundentscheid gefallen, dann kann wohl die Verfassungsrechtslehre wesentliches dazu aussagen, in welcher Form dieser Verfassungswille auf angemessene Weise zu verwirklichen sei. Es stellt sich dann die Frage nach dem geeigneten verfassungsrechtlichen Mittel, dem Staatsziel, über das im politischen Prozeß grundsätzlich Konsens erzielt ist, Ausdruck zu geben: durch Gesetzgebungsauftrag, durch allgemeinere Staatszielbestimmung oder etwa durch Formulierung eines subjektiven öffentlichen Rechts in der Verfassung. Es wird gerade eines der Hauptziele dieser Arbeit sein, die Kategorie des sozialen Grundrechts mit andern Formen verfassungsrechtlicher Sicherung sozialpolitischer Forderungen zu konfrontieren. Das *Ergebnis* kann vorweggenommen werden: Es hängt unter anderem vom Konkretheitsgrad der im Prozeß der politischen Willensbildung herauskristallisierten sozialpolitischen Forderung, ferner der Verfügbarkeit notwendiger öffentlicher Einrichtungen ab, ob die Formulierung eines unmittelbar anspruchsgrundenden Sozialrechts ohne Schaden für die übrige Verfassung gewagt werden darf oder ob die gewollte Offenheit der Zielsetzung – die deswegen nicht substanzlos zu sein braucht – oder die Berücksichtigung des im Leistungs- und Planungsstaat stets mitdominierenden Zeitfaktors verbieten, durch die Form individueller Versprechung nicht einlösbarer Erwartungen zu wecken (etwa durch ein generelles subjektives Recht auf soziale Sicherheit).

Die Beispiele zeigen bereits, daß die Frage nach der Eignung sozialer Grundrechte zur Verankerung sozialer Forderungen in der Verfassung nur differenziert von Position zu Position und unter Berücksichtigung jeweiliger Leistungsmöglichkeiten des Gemeinwesens verantwortlich beantwortet werden kann, soll nicht sozialpolitisches Wunschdenken die Verfassung verwässern und die Illusion nähren, die soziale Frage sei durch verfassungsrechtliche Zusicherungen glatt zu lösen. Eine individualrechtliche Garantie

unentgeltlicher Krankenpflege oder die Sicherung des Einkommens bei Arbeitslosigkeit durch ein Recht auf Leistung einer staatlichen Arbeitslosenversicherung muß von ganz anderen institutionellen Voraussetzungen ausgehen als die Garantie eines Rechts auf Bildung, dessen Realisierung gemäß den mit seiner Verbürgung erweckten Erwartungen viel eher durch Gesetzgebungsaufträge oder andere Formen der Verpflichtung der politischen Organe in die Wege zu leiten ist als durch verfassungsrechtliche «Gewährleistung» individueller Ansprüche, die – wirklich zu Ende gedacht – zur Zeit unweigerlich am Kapazitätsproblem scheitern müßten (vgl. die Besprechung des Numerus-clausus-Problems unten S. 864ff.). Damit sei zum Vorwurf vorweg Stellung genommen, eine eher kritische und warnende Haltung gegenüber der Aufnahme sozialer Grundrechte in die Verfassung resigniere vor dem *status quo*. Viel mehr geht es darum, im politischen Prozeß unter den angemeldeten und von einem grundsätzlichen Konsens der Rechtsgemeinschaft getragenen sozialpolitischen Forderungen Prioritäten zu setzen und entsprechend die so ermittelten Aufgaben des Gemeinwesens schrittweise zu verwirklichen. Die «Gewährleistung» eines eigentlichen Sozialrechts (im Sinne der Zusicherung der Teilhabe eines jeden an einer öffentlichen Leistung) kann m. E. ehrlicherweise nur «Krönung», nicht Ausgangspunkt des gebotenen Ausbaus des Sozialstaates sein. Für die *Richtunggebung* in der Ausgestaltung sozialstaatlicher Institutionen bieten sich adäquatere Formen verfassungsrechtlicher Normierung als die unzeitliche Fixierung subjektiver Rechte an.

Bei der generellen Fragestellung, ob ein Sozialrechtskatalog in die Bundesverfassung aufzunehmen sei, geht man mitunter auch von einer unhaltbaren Vorstellung von «Sozialstaatlichkeit» aus, die – entsprechend einer als vorgegebene Einheit verstandenen «Rechtsstaatlichkeit» – sich als bestimmtes Normpaket staatlicher Wirksamkeit annehmen, verwerfen, mit herkömmlicher, liberal gedachter Rechtsstaatlichkeit «mischen» ließe³. Die offenen For-

³ Gegen die Vorstellung einer «gemischten» Wirtschaftsverfassung i. S. eines Compromisses reiner Systeme (vollkommene Marktwirtschaft einerseits und perfekte Planwirtschaft anderseits) zutreffend F. GYGI, Die schweizerische Wirtschaftsverfassung, ZSR 89 II, 1970, S. 289.

derungen der Sozialpolitik in der Gegenwart erfassen tendenziell sämtliche Rechtsbereiche⁴, auch wenn man «sozial» nicht in einem verblaßten Sinn als «gesellschaftlich», sondern in einer sachhaltigen, engeren, auch an die historisch gewachsene Aufgabe der Sozialpolitik anlehnenden Bedeutung gebraucht: In Richtung auf die Sicherung einer menschenwürdigen Existenz für jedermann, auf Ausgleich von Wohlstandsdifferenzen und Milderung und Abbau von Abhängigkeiten⁵. Eben diese Offenheit würde zu kurz kommen, wollte man in einer Sozialrechtskodifikation den Sozialgestaltungsauftrag generell auch für die Zukunft materiell normieren⁶.

Der Verfassungsrechtslehre ist nicht nur aufgegeben, der Verwirklichung politischer Entscheidung auf der Verfassungsebene dadurch behilflich zu sein, daß sie zur Frage der sachgerechten Form verfassungsrechtlicher Verbürgungen Stellung nimmt, wobei sie etwa dadurch, daß sie spätere Interpretationsmuster vorwegnehmend auf Konsequenzen gewisser sprachlicher Aussagen innerhalb des ganzen Verfassungskontextes hinweist oder Forderungen der Verfassungssystematik usf. releviert, sondern sie kann Aussagen machen über die Leistungsfähigkeit, die «Realisierungspotenz»⁷ verfassungsrechtlicher Normierung überhaupt, also etwa zur Frage Stellung nehmen: Welche Verwirklichungschance hat die verfassungsrechtliche Verbürgung eines Rechts auf Wohnung? Wie realisiert sich ein Gesetzgebungsauftrag im Gebiet der Mutter-schaftsversicherung? Vermögen Sozialrechte in der Verfassung etwas wesentliches zum Ausbau des Sozialstaates, wie er in jeweiliger geschichtlich-politischer Situation verstanden und vom Konsens der Gemeinschaft als rechtlich gefordert gedacht wird, beizutragen? Die Verfassungsrechtslehre kann auf die Gefahren bloß

⁴ Dazu eindringlich H. ZACHER, Das Vorhaben des Sozialgesetzbuches, Percha 1973; vgl. auch A. EGGER, Über die Rechtsethik des schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Aufl., Zürich 1950, S. 22 ff., 46 ff., 128.

⁵ Umschreibung in Anlehnung an ZACHER, a.a.O.

⁶ Aus ähnlichen Gründen skeptisch gegenüber der Aufnahme sozialer Grundrechte in die Verfassung, R. BÄUMLIN, in: Totalrevision der Bundesverfassung – ja oder nein?, Sonderheft ZSR 87 I, 1968, S. 17.

⁷ D. GRIMM, Verfassungsfunktion und Grundgesetzreform, AöR 97, 1972, S. 49.

deklamatorischer Sätze im Verfassungsgefüge hinweisen, auch aus Sorge um Erhaltung oder Stärkung der gestaltenden Kraft der Verfassung. Für das Überleben oder gar die Aufwertung des Verfassungsgedankens ist die Einsicht wesentlich, daß eine Verfassung nur Bestand hat, wenn sie eine gewisse Relation zur sozialen Wirklichkeit wahrt, die durch Verteilung wirtschaftlicher Güter, soziale Bedürfnisse, weltanschauliche Überzeugung, politische Gruppierungen usw. konstituiert wird. HESSE hat in gewohnter Prägnanz die Frage der normativen Kraft der Verfassung, nämlich ihre Fähigkeit, in der Wirklichkeit geschichtlichen Lebens bestimmend und regulierend zu wirken, auch mit dem Hinweis auf ihre Realisierungsmöglichkeiten beantwortet: «Wo die Verfassung den geistigen, sozialen, politischen oder ökonomischen Entwicklungsstand ihrer Zeit ignoriert, fehlt ihr der unerlässliche Keim ihrer Lebenskraft und vermag sie nicht zu erreichen, daß der Zustand, den sie in Widerspruch zu diesem Entwicklungsstand normiert, eintritt.»⁸ Diese Einsicht ist für unsere Fragestellung nicht nur in der Weise fruchtbar zu machen, daß die Verfassunggebung auf Grenzen des durch gegebene soziale Umstände, politische Kräfte, wirtschaftliche Entwicklungsstufen Möglichen Rücksicht zu nehmen hat, kurz, daß sich nach der Formulierung HERMANN HELLERS Normativität nicht zu weit von Normalität entfernen darf. Aus dem gebotenen Kontakt der Verfassung mit der sozialen Wirklichkeit folgt auch, daß eine Verfassung an der Wirklichkeit des aus verschiedenen⁹ Gründen auf staatliche Für- und Vorsorge angewiesenen Menschen nicht vorbeisehen kann ohne Gefahr zu laufen, daß ihr vom angesprochenen Bürger mit ebensolcher Gleichgültigkeit begegnet wird, wie sie ihm in seinen wirtschaftlichen, sozialen, geistigen Nöten begegnet^{9a}.

⁸ K. HESSE, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 5. Aufl., Karlsruhe 1972, S. 18. Zum Auseinanderklaffen von Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit s. statt vieler auch P. LERCHE, Stiller Verfassungswandel als aktuelles Politikum, in: Festgabe für Theodor Maunz, München 1971, S. 285.

⁹ Am eindringlichsten wohl von E. FORSTHOFF, zuletzt in: Der Staat der Industriegesellschaft, München 1971, S. 75 ff. diagnostiziert.

^{9a} K. LOEWENSTEIN, Verfassungslehre, München 1959, S. 164.

In diesem Sinn hat LOEWENSTEIN¹⁰ den Substanzverlust heutiger Verfassungen auch darin begründet gesehen, daß sich in allen westlichen Ländern die Staatsgesellschaft in stärkerem oder schwächerem Maße, eiligerem oder langsamerem Schritt dem Wohlfahrtsstaat zuwendete, und zwar nicht *durch* die Verfassung, deren Liberalismus ihm zeitweilig entgegenstand, sondern *trotz* und *außerhalb* der Verfassung. Das Heilmittel ist nun nicht in einer neuen Strapazierung der Verfassung durch detaillierte Festlegung wirtschafts- und sozialpolitischer Ordnungsbilder im Wege der Verfassunggebung oder -auslegung zu suchen; es darf nicht – nunmehr mit sozialpolitischer Blickrichtung – der Fehler eines überholten – bewußt oder unbewußt – wirtschaftspolitisch oder sozialphilosophisch motivierten Verständnisses der Verfassung im Sinne des Laisser-faire-Liberalismus wiederholt werden¹¹, das in den Grundrechten die «richtige», gültige Ordnung des Wirtschafts- und Sozialbereichs fixiert sehen wollte. Auch nach LOEWENSTEIN ist selbst die perfekteste Verfassung gar nicht in der Lage, selber das zu erfüllen, was der einzelne und namentlich der kleine Mann in unserem Jahrhundert am sehnlichsten vom Gemeinwesen erwartete, «was immer die anspruchsvollen Kataloge der wirtschaftlichen und sozialen Grundrechte besagen mögen». Er verweist vielmehr auf den politischen und gesellschaftlichen Prozeß, in dem der aufgeklärte Bürger selber seinen Anspruch auf ein Mindestmaß sozialer Gerechtigkeit und wirtschaftlicher Sicherheit zu erheben vermag¹², auch wenn die Verfassung keine Garantie dafür gibt. Sie wäre ja auch gar nicht in der Lage, «Nahrung, Wohnung, Kleidung, Erziehung und Erholung» herbeizubauen¹³. Die Aufgabe der Verfassung auf sozialpoliti-

¹⁰ a.a.O.

¹¹ Siehe die Hinweise bei J.P. MÜLLER, Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, Bern 1964, S. 121 ff.; zur amerikanischen Rechtsprechung vgl. namentlich K. LOEWENSTEIN, Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten, Berlin etc. 1959, S. 512f.; H. EHMKE, Wirtschaft und Verfassung, Karlsruhe 1961, S. 464 ff.

¹² Auch wenn man diesen anthropologischen Optimismus nicht teilt, kann man in der Betonung des Verfahrensrechtlichen als eigentlicher Garantie sozialpolitischen Fortschritts doch Allgemeingültiges erblicken.

¹³ LOEWENSTEIN, Verfassungslehre, S. 164.

schem Gebiet findet ihr Schwergewicht in der Sicherstellung eines offenen politischen Prozesses, der erlaubt, auch geistige und materielle Anliegen nicht nur der großen organisierten Interessengruppierungen, sondern auch schwacher, wenig artikulationsfähiger Gruppen und einzelner zur Geltung zu bringen. Unaufgebar bleibt als Aufgabe der Verfassung die Sicherstellung letzter Bereiche persönlicher und sozialer Lebensverwirklichung, die im Sinne der klassischen Freiheitsrechte vom Recht – durch allfällige Schutzmaßnahmen – freigesetzt werden müssen, nicht aber inhaltlich reguliert werden dürfen.

Der hier aufgestellte Problemkatalog zwingt, zuallererst nach Funktion, Möglichkeit und Grenzen der Verfassung unter den geschichtlichen (sozialen, wirtschaftlichen, psychologischen) Gegebenheiten der Gegenwart zu fragen. Es ist ein Bezugssystem zu gewinnen, innerhalb dessen sich verfassungsrechtlich Relevantes zur Verankerung sozialpolitischer Forderungen in einer heutigen Verfassung sagen lässt.

1. Zur gegenwärtigen Funktion der Verfassung

In der heutigen Verfassungsrechtslehre¹⁴ lassen sich in einer notwendigerweise schematisierenden Gegenüberstellung im wesentlichen zwei Typen des Verfassungsverständnisses herausschälen:

1.1 Verfassung als «instrument of government»

Nach einer ersten Richtung hält die Verfassung im wesentlichen die Grundregeln vor allem prozessualer Art fest, die verbürgen, daß «durch planmäßiges, bewußtes, d. h. aber organisiertes Zusammenwirken» politische Einheit immer wieder entstehen kann¹⁵. Die Verfassung erscheint als Gewährleistung eines freien politischen Lebensprozesses und als Rationalisierung und Beschränkung der Macht¹⁶. Verfassung ist notwendig und soll nicht mehr als hinreichende Regelung eines Prozesses sein, der ermöglicht, daß innerhalb eines bestimmten Gebietes überhaupt verbindliche Ent-

¹⁴ Zum heutigen Stand der Lehre von der Verfassungsfunktion vgl. vor allem: RICHARD BÄUMLIN, Staat, Recht und Geschichte, Zürich 1961, S. 9f.; DIETER GRIMM, Verfassungsfunktion und Grundgesetzreform, AöR 97, 1972, S. 489ff.; ALEXANDER HOLLERBACH, Ideologie und Verfassung, in: Ideologie und Recht, hrsg. von W. MAIHOFER, Frankfurt a.M. 1969, S. 37ff.; ROMAN HERZOG, Allgemeine Staatslehre, Frankfurt a.M. 1971, S. 308 mit weiteren Hinweisen; KONRAD HESSE, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 5. Aufl., Karlsruhe 1972, S. 3–33; WERNER KÄGI, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, 2. Aufl., Zürich 1971; ULRICH SCHEUNER, Artikel «Verfassung» in: Staatslexikon 8, 1963, Sp. 117ff.

¹⁵ HESSE, a.a.O., S. 9; H. HELLER, Staatslehre, 4. Aufl., Leiden 1970, S. 269.

¹⁶ H. EHMKE, VVDStRL 20, 1963, S. 61 ff.

scheidungen getroffen werden können und befolgt werden¹⁷, «daß also ‹Staat› besteht und nicht Anarchie oder Bürgerkrieg»¹⁸. Dieses Verfassungsverständnis geht im wesentlichen zurück auf HERMANN HELLER, der die Verfassung – gerade in Abhebung von ihrem Verständnis als «Gesamtzustand politischer Einheit und Ordnung» bei CARL SCHMITT oder als «Lebenstotalität und Lebenswirklichkeit des Staates» bei RUDOLF SMEND¹⁹ – als die Normierung des Prozesses dauernder politischer Gestaltung sah, dem die Verfassung mit relativer (d. h. doch immer erneuter Aktualisierung durch menschliches Handeln bedürftiger) Objektivität und Dauerhaftigkeit gegenübertritt. Daß die Verfassung nicht «Inhalte», sondern nur Kompetenzen, Verfahren und Grenzen der Politik regeln soll und kann, ist als eine der Kernthesen von HENNIS' «Verfassung und Verfassungswirklichkeit» zu verstehen²⁰. Als Vorbild einer Verfassung, der nicht mehr abverlangt wird, als sie geben kann, schwebt HENNIS die nordamerikanische vor, die über die phantastischen Änderungen der Sozialverfassung hinweg doch ihre Stellung als Zentrum des politischen Lebens zu wahren vermochte. Verfassung ist in den USA nach HENNIS geblieben, was die erste geschriebene Verfassung der Neuzeit war: Ein Instrument of Government, hingeordnet auf «das freie politische Leben eines Gemeinwesens, das sich in seiner Rechtsverfassung seine *notwendigsten Regelungen* gegeben hat»²¹. Die Normen dieser instrumental und fundamental verstandenen Verfassung müssen erfassen²²: Regierungsform, Ämterordnung, überhaupt Regelung der wichtigsten «Verfahrensnormen» der politischen Einheitsbildung, der staatlichen Integra-

¹⁷ So jetzt auch GRIMM, a.a.O., S. 503.

¹⁸ HESSE, a.a.O., S. 6.

¹⁹ Belege bei HELLER, a.a.O., S.274, der beide Verfassungsbegriffe als wissenschaftlich so gut wie unbrauchbar bezeichnet.

²⁰ Insbesondere habe eine Theorie der Verfassung «von der normativen Verfassung (auszugehen), die ja nicht Regeln, anwendende Normen, sondern Regelungen, Kompetenzzuweisungen, Begrenzungen von Kompetenzen ... enthält». – W. HENNIS, Verfassung und Verfassungswirklichkeit, Recht und Staat, Heft 372/374, Tübingen 1968, S.35; vgl. auch S.20 und 23 und die Rezension von K. HESSE in AÖR 96, 1971, S.139.

²¹ HENNIS, a.a.O., S.36.

²² Zum folgenden siehe eingehender HESSE, a.a.O. (Anm. 14), S. 13.

tion: Wahlverfahren, politische Rechte des Bürgers unter Einschluß der verschiedenen Gewährleistungen eines möglichst freien Meinungsbildungsprozesses auch zur Vorformung und Artikulierung politischer Strebungen.

Haben Sozialrechte Platz in einer dermaßen auf «Instrumentales» beschränkten Verfassung? Aus dem vorgetragenen Gedankengang würde sich ergeben, daß auch im Bereich des «Sozialen» die Verfahrensgrundsätze verfassungsrechtlicher Sicherung bedürfen, die es dem Bedürftigen (im weitesten Sinn) erlauben, seine Interessen, Wünsche, Ansprüche in optimaler Weise, d. h. im richtigen Sachzusammenhang zur Geltung zu bringen, d. h. in den politischen Willensbildungsprozeß als maßgeblich einzuwerfen. Ob diesem Anliegen mit dem allgemeinen Wahlrecht bereits Genüge getan sei, muß wohl fraglich bleiben²³; das Problem der Partizipation spezifischer Gruppen an bestimmten Planungsvorgängen in- und außerhalb der Verwaltung²⁴ kann jedenfalls heute nicht mehr umgangen werden. Entscheidend für das Maß der Beteiligung müßten in jedem Fall die beiden Kriterien des Betroffenseins und der Sachkunde sein. Aus dieser Sicht würde sich jedenfalls ein Vorrang prozessual gerichteter Sozialrechte wie Mitbestimmung, Koalitionsfreiheit, Streikrecht, aber auch sämtlicher politisch relevanter Freiheitsrechte und ein Hintantreten materialer sozialer Grundrechte (Recht auf Wohnung usw.) ergeben.

Bedeutet diese Einengung der Verfassungsfunktion auf eine fundamentale Verfahrensordnung des politischen Prozesses nicht eine bedauerliche Verarmung der Verfassung? Man könnte hervorheben, daß in unserer Zeit, wo der Glaube an die sich über die Geschichte erhebenden Ordnungen mit ihren Verwurzelungen in religiösen Welten, ethisch-moralischen Wertsystemen oder sittlich überhöhter Staatsgläubigkeit weithin geschwunden ist, die Verbindlichkeit bestimmter Verfahrensprinzipien wie Anhörung, Partizipation, Unabhängigkeit der Rechtsprechung, Transparenz politischer Entscheidungsvorgänge u. a. die aussichtsreichste Chance für das Überleben der Verfassung als stabilisierender Ordnung

²³ Siehe den Hinweis bei GRIMM, a.a.O., S.493.

²⁴ Dazu unten Ziff. 5.26 und 11.14.

biete. Um Mißverständnissen vorzubeugen, sei bereits hier betont, daß dieser Verfassungsbegriff weder als schlechthin statisch noch als rein formal bezeichnet werden kann: Ein dynamisches Moment wohnt ihm inne, da die in der Tradition von H. HELLER bezeichnete Entscheidungs- und Handlungseinheit stets neue Verfahren fordert angesichts wechselnder Vielzahl der Interessen, Bestrebungen und Verhaltensweisen, die es zur politischen Einheit zu führen gilt; als rein formal erscheint der hier bezeichnete Verfassungsbegriff aus dem Grunde nicht, da das Verfahren der Entscheidungsbildung unausweichlich verbunden ist mit dem Inhalt des Entscheids. Dies zeigt sich gerade daran, daß dem heutigen Leistungsstaat die bewährten rechtsstaatlichen Verfahren und Formen der Eingriffsverwaltung nicht mehr zu genügen vermögen; die Leistungsverwaltung verlangt neue Verfahrensmodi insbesondere zur Bewältigung ihrer Planungsaufgaben. Darauf wird zurückzukommen sein. Hier gilt festzuhalten, daß auch Verfahrensrecht nur in bezug auf bestimmte Ziele hin sachgerecht erscheint²⁵. Es erhält auch von dort her letztlich seine Legitimität. Auf das formelle Bekenntnis der Verfassung zu diesen Zielen kommt es letztlich nicht an.

1.2 Verfassung als materiale Grundordnung

Die als instrumental bezeichnete Verfassung²⁶ kann ergänzt sein durch «materiale» Gehalte. Die Verfassung erscheint dann nicht

²⁵ Damit hebt sich das hier dargestellte Verfassungsverständnis auch gegenüber FORSTHOFFS Rechtsstaat ab, den ein rationalistischer Rechtsformalismus kennzeichnet; E. FORSTHOFF, Der Staat als Industriegesellschaft, S. 61 ff. unter Verweis auf die frühere umfassende Darstellung in: Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938; a.a.O., S. 75 N. 9; kritisch dazu statt vieler: H. EHMKE, Wirtschaft und Verfassung, S. 45–54; H.-H. HARTWICH, Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher status quo, Köln/Opladen 1970, S. 317.

²⁶ Wie bereits ausgeführt, möchte der Verfasser auch die «verfahrenssichernden Grundrechte» eines freien politischen Prozesses (Pressefreiheit, Versammlungsfreiheit usf.), aber auch die Sicherungen eines Kernbereichs persönlicher Lebensgestaltung (im Sinne eines Regulierungsverbots, nicht hingegen eines Schutzgebots oder -auftrags) zu diesem Teil der Verfassung rechnen, da er unverbrüchlich, unabdingbar, für staatliche Existenz schlechthin konstitutiv erscheint.

nur als für den politischen Prozeß fundamentale Verfahrensordnung, sondern darüber hinaus als rechtsethische Grundordnung (KÄGI) mit Sinnprinzipien (HOLLERBACH)²⁷, leitenden Richtpunkten für die Politik mit sachlichen Fixierungen, die «überpersonale Kontinuität» des Staates, Grundlagen staatlichen Wirkens, die «dem ständigen Kampf der Gruppen und Richtungen entrückt» einen festen Bestand dessen sichern sollen, «was nicht mehr in Frage zu stellen ist und was daher nicht neuer Verständigung und Entscheidung bedarf»²⁸. Die Betonung dieses materialen Teils der Verfassung führt oft zu nicht unbedenklichen Verallgemeinerungen und Systematisierungen, so wenn hinter der ganzen Verfassung eine einheitliche Wertordnung gesucht oder ein Wertsystem der Grundrechte aufgezeigt werden soll²⁹. Eine weitere Zuspitzung hat die Betonung des materialen Gehalts der Verfassung dort gefunden, wo gewisse materiale Prinzipien als unabänderlich, der Verfassungsänderung entzogen bezeichnet wurden. Solche materiale Schranken können sich aus positiver Anordnung der Verfassung selbst ergeben (vgl. Art. 79 I GG), aus der Überzeugung der Unabänderlichkeit gewisser materieller Grundwerte des Rechts³⁰ oder dem Gedanken, daß gewisse konstitutive Elemente des demokratischen Gemeinwesens, insbesondere die Sicherungen eines freien politischen Lebens, zur rechtsstaatlichen Verfassung oder Demokratie schlechthin gehören³¹.

Auf die Frage der materiellen Schranken der Verfassungsrevision sei hier nicht weiter eingegangen.

²⁷ HOLLERBACH, a.a.O.

²⁸ HESSE, a.a.O., S.13f.

²⁹ Kritisch zu diesen Versuchen zuletzt U. SCHEUNER, Staatszielbestimmungen, in: Festschrift für E. Forsthoff, München 1972, S.327 mit weiteren Hinweisen; HESSE, a.a.O., S.124.

³⁰ Zur grundsätzlichen Bejahung eines solchen Bestandes materieller Verfassungsschranken in der Doktrin vgl. W. KÄGI, Rechtsfragen der Volksinitiative auf Partialrevision, ZSR 75 II, 1956, S.739aff.; H. HAUG, Die Schranken der Verfassungsrevision, Diss. Zürich 1947. – KÄGI spricht von «Grundnormen der Verfassung» und einem «absoluten Verfassungssystem» (S. 808a). Die Grundrechte werden von beiden Autoren als spezielle Schranke angeführt; KÄGI, S.834aff., HAUG, S.234ff.

³¹ Vgl. H. EHMKE, Grenzen der Verfassungsänderung, Berlin 1953.

Eine wesentlichere Bereicherung und Vertiefung hat die Lehre von den materialen Gehalten der Verfassung aus der Einsicht gewonnen, daß die materialen Verfassungsbestimmungen verschiedene Grade normativer Dichte und Bestimmtheit aufweisen können. Gewisse Lebensbereiche unterwirft die Verfassung nur in einzelnen Beziehungen ihrer Normierung: So ist im BGG die Frage nach der «Wirtschaftsverfassung» weitgehend offengelassen, um der freien Auseinandersetzung, Entscheidung und Gestaltung Raum zu lassen³². Darüber hinaus wurde die Offenheit verfassungsrechtlicher Normierung auch generell mit dem Hinweis auf die Geschichtlichkeit des Lebens, das Gegenstand der Ordnung ist, belegt: «Soll die Verfassung die Bewältigung der Vielfalt geschichtlich sich wandelnder Problemlagen ermöglichen, so muß ihr Inhalt notwendig ‹in die Zeit hinein offen› bleiben.»³³ So läßt die Verfassung auch dort, wo sie unter Verzicht auf festlegende Normierung Richtpunkte politischen Handelns und Entscheidens setzt, Raum für das Wirken der politischen Kräfte, für freie Auseinandersetzung und freie Entscheidung. Daneben sucht die Verfassung in anderen Teilen aber auch einen festen Bestand dessen zu schaffen, was als entschieden anzusehen ist, was stabilisierend und entlastend wirken soll³⁴.

1.3 Überanstrengung der Verfassung?

1.31 Vorwegnahme politisch «offener» Entscheidungen

Die Formen, in denen sich dieses *materiale* Verfassungsrecht präsentiert, können verschieden sein: Grundrechte, Kompetenzbestimmungen, evtl. verbunden mit verbindlichen Gesetzgebungsaufrägen, Staatszielbestimmungen, Zweckartikel u. a. m. Daß sich

³² HESSE, a.a.O., S. 12. Präzisierend dazu U. SCHEUNER, Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft, Frankfurt 1971, insbes. S. 21 ff. zur Ablehnung des Gedankens einer «Wirtschaftsverfassung»; S. 36 ff., 59 ff. zu den Verfassungsprinzipien staatlicher Wirtschaftspolitik.

³³ HESSE, a.a.O., unter Hinweis auf BÄUMLIN, a.a.O. (Anm. 14), S. 27.

³⁴ HESSE, a.a.O., S. 13.

in jeder dieser Kategorien Gehalte der «formalen» Verfassung mit derjenigen «materialen» Charakters verbinden können, wird später zu zeigen sein³⁵. Jetzt geht es vor allem um die Frage, mit besonderem Blick auf die Sozialpolitik, ob oder wieweit es überhaupt die Aufgabe der Verfassung sei, materiale Wertordnung zu sein oder doch sachhaltige Richtlinien für Staats- und Rechtsleben festzuhalten – einmal abgesehen von den unbestrittenen Gewährleistungen eines freien politischen Prozesses³⁶ und bestimmter Kernbereiche persönlicher Entfaltung.

HENNIS³⁷ hat das gegenwärtige Verfassungsverständnis dadurch gekennzeichnet, daß die Verfassung zu allem bisherigen «auch noch eine Kodifikation aller Grundnormen, aller moralisch-politischen Prinzipien und Aufgegebenheiten des Staates sein soll». Man müsse sich fragen, ob es wirklich Sinn der Verfassung sei, die politische Willens- und Meinungsbildung, ihre Konkretisierung in der sozialstaatlichen Gesetzgebung geistig so vorwegzunehmen, wie dies auch nach der gegenwärtigen Staatsrechtslehre den Anschein habe. «Belastet man das Schifflein der Verfassung nicht zu schwer, wenn man aus ihr eine komplette Konzeption der Wirtschaftsverfassung, ja die materiale Wertordnung des ganzen politischen Lebens herauslesen will?»³⁸ Die neueste deutsche Staatsrechtslehre sei allzusehr versucht, die Verfassung als eine Summe von Aufträgen an Regierung und Parlament zu verstehen, den «sozialen Rechtsstaat», «Freiheit», «Menschenwürde» usw. zu «konkretisieren» und zu «aktualisieren». Besonders im Bereich sozialpolitischer Maßnahmen beanstandet HENNIS eine Tendenz, Gesetzesentwürfe nicht nur auf ihre verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit hin zu prüfen, sondern als «Erfüllung eines Verfassungsauftrags» zu empfehlen³⁹.

KONRAD HESSE hat diese Warnung vor einer Überfrachtung der Verfassung als voll berechtigt bezeichnet: «Wenn eine Verfassung

³⁵ Siehe unten Ziff. 6–10.

³⁶ Siehe oben Ziff. 1.1.

³⁷ a.a.O. (Anm. 20), S. 20.

³⁸ a.a.O. mit Hinweis in Anm. 36, daß sich HENNIS der Kritik von EHMKE anschließt.

³⁹ a.a.O., S. 21, N. 37.

wie das Grundgesetz über jene konkreten Aufträge hinaus in Formeln wie der des «sozialen Rechtsstaats» schlechthin als verbindlicher Auftrag zur Verwirklichung eines bestimmten Programms gedeutet wird, dann kann es keinen freien und offenen politischen Prozeß mehr geben, wird Politik auf Verfassungsvollzug oder dessen pflicht- und verfassungswidrige Unterlassung reduziert und wird in letzter Konsequenz freiheitliche Demokratie in ihr Gegen teil verkehrt.»⁴⁰ HESSE schränkt die Aussage jedoch in zweierlei Hinsicht ein: So bezüglich der explizite im positiven Verfassungsrecht statuierten Gesetzgebungsaufträge, z. B. des Art. 6 Abs. 5 GG, und der notwendigen Aktualisierung der Grundrechte im täglichen Leben, ohne die jene Gewährleistungen toter Buchstabe bleiben würden, und er beanstandet weniger die Tendenz, zu viel «Gesetzgebungsaufträge» etwa aus der Sozialstaatsklausel abzuleiten, als diejenige der bewußten Verwendung solcher Deutung als politische Waffe. Auch aus anderer Richtung hat die Warnung HENNIS' Zustimmung gefunden: E.W. BÖCKENFÖRDE weist auf die «Schwächung der Verfassung durch ihre materiale Überanstrengung, das Ausgreifen in eine Art Verfassungstotalitarismus durch die versuchte Vorab-Festlegung der geistigen und politischen Willensbildung und Entscheidung durch eine immer weitere Bereiche ergreifende rechtlich gebotene «Verfassungsverwirklichung»» hin⁴¹. BÖCKENFÖRDE hält die Kritik am materialen Verfassungsbegriff zu Recht nicht für neu und verweist u.a. auf die von FORSTHOFF immer wieder vorgetragene Kritik gegenüber dem materialen Verfassungsbegriff und der geisteswissenschaftlich-wertbezogenen Methode der Verfassungsinterpretation, die jedoch auf einen andern – hier nicht zu diskutierenden – Ansatzpunkt zurückgeht. ULRICH SCHEUNER hat versucht, die Tendenz zu der von HENNIS beanstandeten Überanstrengung der Verfassung als spezifisch deutsches, zugleich aber auch zeitgeschichtlich-allgemeines Phänomen zu deuten: Mit dem Verbllassen der Vorstellung der Nation sei insbesondere in Deutschland in der Gegenwart mit Rück-

⁴⁰ In der Besprechung zu HENNIS, Verfassung und Verfassungswirklichkeit, AöR 1971, S.139.

⁴¹ Der Staat, 1970, S.533 ff.

wirkung auch auf die Staatsrechtslehre «die Ordnung der Verfassung, das in ihr gegebene normative Band, an die Stelle unterliegenden geistiger, nationaler oder traditioneller Verbundenheit getreten»⁴². Aus dieser Situation läßt sich nach SCHEUNER erklären, daß «in einem zuweilen übersteigerten Maße auch die aktuelle politische Entscheidung nicht so sehr als Betätigung selbständiger politischer Richtsetzung» innerhalb des vorgezeichneten verfassungsmäßigen Rahmens, sondern als «Verwirklichung von normativ vorgegebenen Geboten aufgefaßt» wird⁴³. Auch er diagnostiziert⁴⁴ die Neigung, in der Verfassung nach Anhalt und Bindung zu suchen, wo die Verfassung der freien politischen Gestaltung und Entscheidung Raum gelassen hat⁴⁵. (Für den ausländischen Beobachter drängt sich die Frage auf, ob nicht für die große Autorität, die das Grundgesetz in den 20 Jahren seines Bestehens erworben hat, die überragende Qualität der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anzusehen ist, das vom Verfahren her die Grundordnung zu ihrer weithin vorbildlichen Entfaltung brachte. Die übersteigerten Erwartungen, die bei der Lösung politischer Fragen an die Verfassung gestellt werden, könnten von der großen Legitimität genährt sein, die die Verfassungsrechtsprechung für sich und für die Verfassung erworben hat⁴⁶.)

⁴² SCHEUNER, a.a.O. (Anm. 29), S. 326.

⁴³ SCHEUNER, a.a.O. (Anm. 29), S. 326.

⁴⁴ Etwa beim Versuch, die politisch-empirisch entwickelte Form der sozialen Marktwirtschaft als durch das Grundgesetz geboten zu erweisen; a.a.O., S. 327 mit Anm. 7; aufschlußreich auch die Debatte über das Ausmaß verfassungsrechtlicher Bindung der Ausgestaltung von Radio und Fernsehen, a.a.O., mit Hinweis auf P. LERCHE, Rundfunkmonopol 1970, S. 58 ff., 102 ff.

⁴⁵ Vgl. auch R. BÄUMLIN, Was läßt sich von einer Totalrevision erwarten? in: Totalrevision der Bundesverfassung – ja oder nein?, Sonderheft ZSR, 87 I, 1968, S. 12/13. BÄUMLIN plädiert hier für eine Verfassung als «offener Ordnung»: «Verfassungsgebung hat das Gebot der Selbstbeschränkung zu beachten. Wer von der Verfassung – sei es von der gegebenen oder von einer neu zu schaffenden – die perfektionistische Garantie einer bestimmten Ordnung erwartet, überfordert die Idee der Verfassung.»

⁴⁶ Für eine Gesamtwürdigung sei verwiesen auf U. SCHEUNER, Das Grundgesetz in der Entwicklung zweier Jahrzehnte, AöR 95, 1970, S. 353–408.

1.32 Verfassungsstil der Bundesverfassung

Die schweizerische Bundesverfassung ist schon ihrer äußereren Form nach viel weniger darauf angelegt, materiale «Grundordnung» allen staatlichen und rechtlichen Handelns zu sein. Verschiedene Gründe können angeführt werden: Die Lückenhaftigkeit des Katalogs der Freiheitsrechte, die systemlose Aufzählung der Bundeskompetenzen, das Fehlen einer Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen, die wenig fundierte⁴⁷ Verfassungspraxis des Parlaments, das mangels einer Verfassungsgerichtsbarkeit zur Hüterin der Verfassung berufen wäre, ferner das Nebeneinander fundamentaler Normen (Pressefreiheit) neben zweitrangigen polizeilichen Verboten (Absinthverbot). Das Ergebnis ist eine Verfassung, die sich im wesentlichen durch ihre Zuständigkeits- und fundamentale Verfahrensordnung, ferner durch die Verbürgung gewisser Grundrechte legitimiert. All dies würde darauf hindeuten, daß sich die schweizerische Verfassung eher dem «instrumentaleren», formaleren westlichen Verfassungsbegriff⁴⁸ nähert. Das schwächere materiale Verfassungsverständnis zeigt sich zum Beispiel mit aller Deutlichkeit in der mangelnden – von verschiedenen Autoren kritisierten – Bereitschaft auch des Bundesgerichts, bei der Beurteilung zivil- oder strafrechtlicher Fragen die Gestaltungswirkung der Verfassung, vor allem der Grundrechte, auch für die gesamte Rechtsordnung anzuerkennen⁴⁹.

Jedenfalls kann festgehalten werden, daß der schweizerischen Verfassung weniger die Aufgabe politischer Integration vor allem als Ersatz gegenwärtig fehlender geistiger oder traditioneller Verbundenheit der Rechtsgemeinschaft zukommt, wie sie SCHEUNER für die BRD festgestellt hat. «Verfassunggebung als Weg in die Zukunft» oder Ausweg aus dem helvetischen Malaise ist nicht auf

⁴⁷ L. SCHÜRMANN, Rechtliche Grundlegung: Die verfassungsrechtliche Struktur der Schweiz, in: Das politische System der Schweiz, Piper Sozialwissenschaft Bd. 5, München 1971, S. 67.

⁴⁸ HENNIS, a.a.O., S. 24, und vgl. etwa die Bewertung LOEWENSTEINS in Verfassungslehre, S. 163.

⁴⁹ Vgl. insbes. BGE 80 II 26ff.; 91 II 401 ff. (u. meine Bemerkungen dazu in ZSR 86 I, 1967, S. 115 ff., bes. S. 126 ff.); ferner J. P. MÜLLER, Grundrechte, S. 153 ff.

breite Resonanz gestoßen⁵⁰, vielmehr scheint der pragmatische Weg der Partialrevisionen weiterzuführen mit dem Ziel, konkreten Staatsaufgaben mit der Verankerung der Kompetenzbestimmung in der Bundesverfassung eine erste Richtung zu weisen (Beispiel Umweltschutz). Ein instrumentales Verständnis der Verfassung liegt auch darin begründet, daß die Verfassungsinitiative als ein höchst lebendiges Verfassungsinstitut seinem Sinn nach zwar durchaus auf Bereinigung, Korrektur, Erneuerung der Grundordnung bedacht, faktisch doch oft als Vehikel für die Einflußnahme auf die Gesetzgebung verwendet wird⁵¹, und zwar namentlich von Gruppen, die im Parlament ihre Interessen entweder nicht genügend zu artikulieren vermögen oder ihnen doch zusätzliche Stoßkraft verleihen wollen⁵². Diese «Durchgangsfunktion» der Verfassungsinitiative prägt auch wieder das Bild der Verfassung im Rechtsbewußtsein und Verfassungsleben⁵³. Verfassung ist jedenfalls nach schweizerischem Verständnis keine Ordnung der Totalität staatlichen Lebens⁵⁴, und das Wirken des Gemeinwesens ist nicht bloßer Verfassungsvollzug^{55,56}. Die Verfassung erhebt nicht den Anspruch, Grundordnung zu sein, die auf Gesetzes-

⁵⁰ Vgl. etwa R. BÄUMLIN, in Sonderheft ZSR 87 I, 1968, S.19/20.

⁵¹ Vgl. etwa das Volksbegehren für den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigung vom 27.10.1967 (dazu BBI 1970 II, S. 434/435); ferner das Volksbegehren gegen den Überschallknall ziviler Luftfahrzeuge (Überschallknallinitiative) vom 4.3. 1971 (BBI 1971 I, S. 653) — Zur Bedeutung der Verfassungsinitiative als Innovationsfaktor der Sozialgesetzgebung vgl. P. J. BRATSCHI, Die Bedeutung der Verfassungsinitiative in der Sozialgesetzgebung der Schweiz, Bern 1969.

⁵² Vgl. z.B. das Volksbegehren für die Straflosigkeit der Schwangerschaftsunterbrechung vom 1.12.1971 (BBI 1971 II, S. 2034), ferner das Volksbegehren gegen den Überschallknall ziviler Luftfahrzeuge (Überschallknallinitiative) vom 4.3. 1971 (BBI 1971 I, S. 653).

⁵³ Ob zu häufige Verfassungsänderungen oder auch nur zu häufiges Infragestellen der «Grundordnung» durch Verfassungsinitiativen dann die Legitimität der Verfassung beeinträchtigen, bleibt offen; s. die Bemerkung bei GRIMM, a.a.O., S. 504 und 505 mit Anm. 58.

⁵⁴ Warnung vor einer solchen Inflation der Verfassung schon bei HELLER, a.a.O., S.274; vgl. auch GRIMM, a.a.O. (Anm.14), S. 502f.; SCHEUNER in Festschrift für Forsthoff 1972, S.325, HENNIS, a.a.O., S.37.

⁵⁵ HENNIS, a.a.O., S.37.

⁵⁶ HESSE, Grundzüge, S.12.

und nachfolgenden Stufen nur richtig ausgeführt, «aktualisiert» zu werden braucht; sie ist ein Instrument richtiger Ordnung des Gemeinwesens, ein Instrument, das andern Formen der Rechtsbildung mitunter sogar nachhinkt (etwa indem eine auf der Gesetzesstufe bereits verwirklichte Rechtslage sich erst später im Verfassungstext in Folge einer Verfassungsrevision niederschlägt⁵⁷), diese oft begleitet⁵⁸ oder ihnen – der eigentlichen Verfassungsfunktion entsprechend – die Richtung weist⁵⁹.

1.33 Gebotene Zurückhaltung bei Verfassunggebung und Verfassungsauslegung

Die Warnung HENNIS' vor einer Überanstrengung der Verfassung kann sich in ihrem berechtigten Grundanliegen auf zwei Ebenen richtungweisend auswirken: bei der Verfassunggebung und bei der Verfassungsauslegung. Bei der Verfassunggebung würde folgen, daß möglichst wenig materiale Gesichtspunkte in Vorweg-

⁵⁷ Die schweizerische Verfassungspraxis bietet zahlreiche Beispiele dafür. Aus neuester Zeit seien erwähnt: Konjunkturartikel (vgl. BBl 1973 I, S.117ff.); vgl. ferner die von P. SALADIN postulierte Verankerung eines Verfassungsartikels für die Entwicklungshilfe: SALADIN, Entwicklungshilfe als Verfassungsauftrag, ZSR 91 I, 1972, S.121 ff., bes. 134 ff., s. auch Anm. 7 S.123/124 und unten Anm. 174 und 175.

⁵⁸ Die Praxis der Bundesbehörden geht immer mehr dahin, mit dem Entwurf einer Verfassungsrevision zugleich wenigstens die Grundzüge geplanter zukünftiger Ausführungsgesetzgebung bekanntzugeben. Vgl. z.B. die näheren Ausführungen zu den einzelnen vorgesehenen Maßnahmen zur Wohnbauförderung in der Botschaft des Bundesrates betr. die Ergänzung der Bundesverfassung durch einen Artikel 34^{sexies} über die Wohnbauförderung usw. vom 30.6.1971, BBl 1971 I, S.1678–1690. Siehe auch die Botschaft zum Entwurf betr. die Änderung der Bundesverfassung auf dem Gebiete der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge usw. BBl 1971 II, S.1597ff. und die Botschaft über die neuen Bildungs- und Forschungsartikel der Bundesverfassung, BBl 1972 I, S.375 ff., bes. S.435–440, Ziff. 6: «Die Ausführungsgesetzgebung», vor allem die Skizze zur geplanten Ausführungsgesetzgebung zum Forschungsartikel (BV 27^{quater}).

⁵⁹ Mit Erlaß des Umweltschutzartikels wurde im Jahre 1971 eine neue Staatsaufgabe bezeichnet, deren Ausmaß sich seither in ständiger Expansion befindet, da die zu lösenden Probleme auch mit dem Fortschritt technischer Entwicklung und Überhandnehmen des Gefährdungspotentials ständig wachsen. Siehe dazu L. SCHÜRMANN, Fortbildung des Umweltschutzrechts, in: Schweizerisches Umweltschutzrecht, hrsg. von H.-U. Müller-Stahel, Zürich 1973, S. 503 ff.

nahme künftiger Gesetzgebung aufzunehmen seien, bei der Verfassungsauslegung, daß über ihre legitime Normativität hinaus von ihr nicht mehr abverlangt wird, als drin ist; m. a. W., sie ist nicht als «unerschöpflicher Quell von sehr detaillierten Inhalten, die der Gesetzgeber nur ans Tageslicht zu heben» hat⁶⁰, anzusehen.

Die Überbeanspruchung der Verfassung durch angenommene Vorwegnahme gesetzgeberischer Entscheide hat sich nun gerade auch in dem Staat manifestiert, den HENNIS als vorbildlich für sein instrumentales Verfassungsverständnis hinstellt: die USA.

In der Verfassungsgeschichte der USA hat der Supreme Court in einer bestimmten Zeitspanne die due process clause in einer Weise «material» interpretiert, die heute unverständlich erscheint⁶¹. Die due process clause wurde ursprünglich nur als prozessuale Garantie eines rechtsstaatlichen Verfahrens verstanden. Die Entwicklung von der bloßen Verfahrensgarantie zu materiellen Teilinhalten (substantive due process) auf dem Wege der Interpretation war zunächst Ausdruck des legitimen Bedürfnisses, den Grundrechtsschutz des einzelnen zu verstärken – angesichts des staatlichen Machtzuwachses infolge der wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung im Übergang zum 20. Jahrhundert (dieser Übergang zeigte sich insbesondere in der Ausdehnung der police power, der staatlichen Rechtsetzungszuständigkeiten)⁶².

Später wurde aber das aus der due process clause abgeleitete allgemeine Grundrecht auf Entfaltung der individuellen Persönlichkeit, vor allem in wirtschaftlicher Beziehung (economic due process mit den Teilinhalten: freedom of enterprise – Berufs- und Gewerbefreiheit – liberty of contract – Vertragsfreiheit⁶³) von der konser-

⁶⁰ Siehe das Zitat von P. LERCHE bei HENNIS a.a.O., S.21.

⁶¹ Vgl. zum folgenden: WALTER HALLER, Supreme Court und Politik in den USA, Bern 1972, S.30ff.; HORST EHMKE, Wirtschaft und Verfassung, Karlsruhe 1961, S.139ff., 270ff.; KARL LOEWENSTEIN, Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten, Berlin usw. 1959, S.510ff.; ROLF DEPELER, «Due Process of Law», ein Kapitel amerikanischer Verfassungsgeschichte, Diss. Bern 1957, bes. S.82ff.; HEINZ HAUSHEER, Rechtsgleichheit – Due Process und Equal Protection, Diss. Bern 1966, ASR 371, bes. S. 62 ff.

⁶² Vgl. EHMKE, a.a.O., S.310.

⁶³ EHMKE, a.a.O., S.362ff., 344ff.

vativen Mehrheit des Supreme Courts als konstitutionelle Waffe im Kampf gegen die moderne Sozialgesetzgebung verwendet. Durch die Fixierung auf die Wirtschaftsgesinnung des uneingeschränkten Liberalismus und in Überschätzung der eigenen Rolle in der Rechtsgestaltung hat der «Supreme Court einige Eckpfeiler der gesamten Sozialreform des New Deal zertrümmert»⁶⁴. Später hat er – weitgehend unter dem Druck der öffentlichen Meinung – diese Praxis aufgegeben und ist zur tendenziell verfahrensrechtlichen Deutung der due process clause zurückgekehrt^{65, 66}.

Eine ähnliche interpretative Überspannung einer einzelnen Verfassungsaussage ist in einem Teil der schweizerischen staatsrechtlichen Literatur bezüglich der HGF festzustellen. Diesem Grundrecht wurde innerhalb der schweizerischen Wirtschaftsverfassung ein höherer Wert zugeschrieben, an dem alle übrigen verfassungsrechtlichen Wertaussagen im wirtschaftlichen und sozialen Bereich gemessen werden sollten⁶⁷. Auch hier wurde weniger ein immaterieller Wertgehalt konkretisiert, sondern weit mehr ein politisches Vorverständnis (die altliberale Vorstellung des Markt- und Gemeinwohlaufatismus) in den Interpretationsgehalt dieser Bestimmung hineinprojiziert, um sie als konstitutionelle Waffe im Kampf um die wirtschafts- und sozialpolitische Gestaltung ins Feld zu führen.

Heute will eine neuere Richtung in der staatsrechtlichen Literatur die HGF zu Recht auf die bescheidenere Rolle der Berufswahl- und Ausübungsfreiheit zurückführen, der im Verhältnis zu den übrigen Bestimmungen der Wirtschaftsverfassung kein höherer Verfassungsrang mehr zukommt⁶⁸.

⁶⁴ LOEWENSTEIN, a.a.O., S. 416; Zusammenstellung der Rechtsprechung bei HALLER, a.a.O., S. 318; EHMKE, a.a.O., S. 139/142; P. SALADIN, Grundrechte im Wandel, Bern 1970, S. 231/233; J. P. MÜLLER, Grundrechte, S. 125 ff.

⁶⁵ MÜLLER, a.a.O., S. 126/127; SALADIN, a.a.O., S. 233.

⁶⁶ Nach EHMKE, a.a.O., S. 143, zeigt sich in dieser Entwicklung, daß ein Gericht «auf die Dauer nicht an der sozialen und wirtschaftlichen Grundentwicklung eines Landes vorbeijudizieren» kann.

⁶⁷ Vgl. GYGI, Wirtschaftsverfassung, S. 268 ff.

⁶⁸ Vgl. GYGI, a.a.O., S. 360 ff.

1.4 Die Frage nach der «richtigen» Verfassung

Was bleibt nach der Kritik HENNIS' übrig? – Eine Verfassung im vorhin beschriebenen formalen Sinn, die – einmal abgesehen von den grundrechtlichen, als Ausgrenzung verstandenen Garantien eines freien politischen Entscheidungsprozesses und eines von staatlicher Regulierung ausgesparten Kernbereichs freier PersönlichkeitSENTFALTUNG – nicht Inhalte, sondern nur Kompetenzen, Verfahren und Grenzen der Politik normiert⁶⁹, also die notwendigsten Regelungen für ein freies politisches Leben enthält. HENNIS⁷⁰ visiert mit seiner Warnung vor der Überanstrengung einer material verstandenen Verfassung unzweifelhaft insofern eine Gefahrenquelle jeder Verfassungspraxis an, als er die verfassungsrechtliche Verschleierung einzelner politischer Forderungen meint, die verfassungsrechtlich nicht determiniert sind⁷¹. Beispiele dafür sind in der deutschen wie schweizerischen Verfassungspraxis zu finden⁷². Ist der Verteidigung HENNIS' eines formaleren, «instrumentalen» Verfassungsbegriffs für die Gegenwart auch eine allgemeine Richtlinie für die Verfassunggebung und das Verfassungsverständnis, das sich namentlich bei der Auslegung unwillkürlich bemerkbar macht, zu entnehmen?

Auf den Wandel der Verfassungsfunktion unter den Bedingungen des heutigen Sozialstaates wird später näher einzutreten sein. Hier seien einige Vorfragen der Aufgabe und Leistungsfähigkeit der Verfassung geprüft, die Kriterien richtiger Verfassunggebung und Verfassungsauslegung zu geben vermögen.

1.41 Wendung zum Programmatischen in der Verfassung des Leistungsstaates

1.411 Die frühliberale Verfassung

Die festen rechtlichen Grundlagen des Gemeinwesens wurden in der älteren Zeit im übergeordneten, «göttlichen» Recht gesucht

⁶⁹ HESSE, in der Besprechung zu HENNIS, a.a.O. (Anm. 20), S. 139.

⁷⁰ a.a.O., S. 20/21.

⁷¹ Ähnlich HESSE, a.a.O., S. 139.

⁷² Für die Schweiz vgl. etwa die Diskussion um das Notenbankinstrumentarium im Jahre 1968; Belege für die deutsche Praxis bei SCHEUNER in: Festschrift für Forsthoff, S. 326, LERCHE, Verfassungswandel, S. 297.

und in ererbten Institutionen konkret vorgefunden. Dem entspricht der traditionale und in diesem Sinne irrationale Machtaufbau der politischen Verbände des Mittelalters⁷³. Systematische geschriebene Verfassungen als Grundordnungen des Gemeinwesens treten mit der Ausbildung rationalen staatstheoretischen Denkens im 17. und 18. Jahrhundert auf⁷⁴. Die Tendenz der bürgerlichen Revolutionen mit ihren neuen Verfassungsurkunden ging neben dem Streben nach Rationalisierung des Machtaufbaus auch auf rechtliche und schriftlich verbürgte Beschränkung für die Ausübung der Staatsgewalt⁷⁵; sie waren damit ein Instrument der Abschirmung einer vor obrigkeitlichem Eingriff freien Erwerbs- und Produktionssphäre⁷⁶. Wesentlich ist die Einsicht, daß auch die frühe liberale Verfassung ein bestimmtes Sozialmodell mitkonstituierte⁷⁷, wenn auch nur durch Aussparung eines gesellschaftlichen und vor allem wirtschaftlichen Raumes, in dem sich gerechte Ordnung aus «normativer Abstinenz» automatisch herstellen sollte⁷⁸.

Die politischen Forderungen des Bürgertums und die Bedingungen der kapitalistischen liberalen Wirtschaftsordnung waren so beschaffen, daß sie gerade vom Verfassungsrecht am wirksamsten sichergestellt werden konnten. Da man die gerechte Sozialordnung von der weitgehenden Abwesenheit rechtlicher Bindung im wirtschaftlichen Kräftespiel erwartete, fiel der Verfassung wesentlich die Aufgabe der Schrankenziehung zu; die Erfolgschance einer auf Abwehr gerichteten Verfassungsordnung, die staatliches Handeln nicht positiv anordnen, sondern im wesentlichen negativ begrenzen soll, liegt auf der Hand: Verbote, auch Interventionsverbote gegenüber dem Staat sind hochgradig generalisierbar. Prägnanz der Formulierung ebenso wie Unmittelbarkeit der Durchsetzung sind für die hier relevanten Verfassungssätze von der Aufgabe her gleichermaßen leichter zu erreichen⁷⁹.

⁷³ HELLER, a.a.O. (Anm. 15), S. 271.

⁷⁴ SCHEUNER, Evangelisches Soziallexikon, S. 1286.

⁷⁵ HELLER, a.a.O.

⁷⁶ Statt vieler: H. HELLER, a.a.O., S. 270, GRIMM, a.a.O. (Anm. 14), S. 491.

⁷⁷ Vgl. dazu F. WIEACKER, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., Göttingen 1967, S. 439ff.

⁷⁸ Statt vieler: GRIMM, a.a.O., S. 500.

⁷⁹ In Anlehnung an GRIMM, S. 492.

1.412 Wandlungen der Verfassung im Leistungsstaat

Die heutige Verfassungslage kann stichwortartig dadurch gekennzeichnet werden, daß die Abwehrhaltung gegen den Staat (als ein Produkt der Auseinandersetzung zwischen liberalem Bürgertum und absolutem Fürstenstaat) in eine Anspruchssituation umgeschlagen hat⁸⁰. Dieses Phänomen ist oft und eindringlich beschrieben worden, so vor allem von FORSTHOFF⁸¹; soziale Gerechtigkeit als Aufgabe, Daseinsvorsorge im weitesten Sinn sind die Stichworte, die das heute vom Gemeinwesen erwartete aktive Handeln bezeichnen. Die geforderten positiven Maßnahmen «können durch Verfassungen zwar angeordnet, nicht aber bewirkt werden»⁸². Im Gegensatz zu den bloßen Schrankenziehungen tritt der gewollte Zustand beim sozialstaatlichen positiven Handeln nicht schon mit dem Erlaß einer Norm ein, «sondern ist auf Vermittlung angewiesen»⁸³. Über das Verhältnis von Sozialstaat und Verfassung besteht eine umfangreiche Literatur, mit der eine Auseinandersetzung im Rahmen dieser Arbeit nicht möglich ist⁸⁴. Auch dort, wo die soziale Aktivität des Staates bejaht oder sogar als lebenswichtig bezeichnet wird, melden sich doch Zweifel, ob die Verfassung imstande sei, diesen neuen Aufgabenbereich zu normieren. FORSTHOFF verneint es, zunächst mit dem wohl nicht zu bestreitenden Hinweis, daß der Sozialstaat nicht auf der Ebene der Verfassung, sondern erst mittels Gesetzgebung und Verwaltung realisiert werden könne. Bedenken sind jedoch gegenüber der generellen Feststellung anzumelden, Verfassungen dürften sich überhaupt nicht sozialprogrammatisch festlegen, sondern hätten nur die Sicherheit der staatlichen Form und Existenz und die Rechts-

⁸⁰ Zum folgenden vgl. namentlich auch K. EICHENBERGER, Leistungsstaat und Demokratie, Basel 1969.

⁸¹ Staat und Industriegesellschaft, S. 71 ff.

⁸² GRIMM, a.a.O., S. 493.

⁸³ GRIMM, a.a.O., S. 492, 493, 496.

⁸⁴ Vgl. die zusammenfassende Darstellung der wesentlichsten Beiträge zur Diskussion bei H.-H. HARTWICH, Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher status quo, Köln/Opladen 1970, insbes. S. 281 ff.; und die in FORSTHOFF (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Darmstadt 1968, gesammelten repräsentativen Aufsätze.

sicherheit der Staatsgenossen zu gewährleisten; der Sozialstaat widerspreche der «Logik» des Rechtsstaats und sei daher mit diesem nicht zu verschmelzen. Die Frage der möglichen Fortbildung der Verfassung wird durch die Identifikation mit ihrer liberalrechtsstaatlichen Erscheinungsform abgeschnitten. Die Konsequenzen nimmt FORSTHOFF als historisch unvermeidlich in Kauf: Da Ausgleich und Verteilung heute im Mittelpunkt der Innenpolitik stehen, verliere die (rein rechtsstaatliche) Verfassung ihre zentrale Position und erfasse das staatliche Handeln nur noch fragmentarisch⁸⁵.

Die Tatsache, daß Rechts- und Lebenswirklichkeit heute weitgehend an der materialen, im wesentlichen am wirtschaftsliberalen Sozialmodell orientierten rechtsstaatlichen Verfassung vorbeigehen, haben viele nur noch als Niedergang des Verfassungsgedankens zu deuten gewußt⁸⁶. Der Verfallsstimmung sei die Frage entgegengestellt, welche «Entwicklungspotenz»⁸⁷ der Verfassungsgedanke in der heutigen geistigen und gesellschaftlichen Wirklichkeit besitzt, wie es neuestens GRIMM getan hat. Eine zentrale Position könne die Verfassung heute nach wie vor einnehmen, wenn sie über ihre formal-rechtsstaatliche Statur hinauswachse⁸⁸ und sich namentlich nicht mehr auf die Organisation des Staatsapparats und die Begrenzung der Staatsgewalt beschränke, sondern die Sozialordnung – wenn auch nur entwurfhaft – offenlege, die zu verwirklichen dem Gemeinwesen heute aufgegeben sei. Die Verfassung verliert an eigener Legitimität, wenn sie wichtige Sozialbereiche ausspart, in denen sich die neuartige Verzahnung von Staat und Gesellschaft besonders zeigt, wie im Sozialauftrag des Gemeinwesens, der aufgegebenen Konjunktur-, Ökologie-, Forschungs- und Bildungspolitik usf. Verlust an Legitimität kann im Verlust an faktischer Steuerungsfunktion liegen, indem die Verfahren der herkömmlichen Verfassung nicht ausreichen, die neuen Aufgaben der Sozialgestaltung sachgerecht zu bewältigen. Der

⁸⁵ Zur Auseinandersetzung mit FORSTHOFFS Thesen s. statt vieler: GRIMM, a.a.O., S.497; EHMKE, a.a.O., S.45 ff.; HARTWICH, a.a.O., S.317f.

⁸⁶ Literaturübersicht bei GRIMM, a.a.O., S.494 Anm.15.

⁸⁷ GRIMM, a.a.O., S.494.

⁸⁸ Mit Zitaten a.a.O., S.499 Anm.42.

umfassende Gestaltungsauftrag im Sozialen, der dem Gemeinwesen heute zugewachsen ist, bedarf einer ganz andern Planung des politischen Prozesses, als es der Verwirklichung des wesentlich auf Sicherheit und Ordnung im Sinne der Gefahrenabwehr konzipierten Staatsauftrags des 18. und 19. Jahrhunderts entsprach⁸⁹. Wie später noch zu zeigen sein wird, kann in dieser Aufgabe, neue Prozeduren der Verfassungsverwirklichung (im Sinne der Realisierung konkret aufgegebener Staatsaufgaben) zu schaffen unter Berücksichtigung des Zeitmoments, wie es jede Planung kennzeichnet, wohl das wichtigste verfassungsrechtliche Anliegen der Gegenwart gesehen werden. Daneben mag aber auch die verfassungsrechtliche Verankerung der materiellen Ziele, die es zu verfolgen gilt, der Verfassung neue Legitimität verleihen: Das einzelne Individuum, dessen selbst beherrschter Lebensraum immer kleiner und dessen Abhängigkeit von staatlicher Verwaltung immer größer wird, muß einer Verfassung entfremdet bleiben, die von seinen Nöten nicht – auch nicht in materiellen Zielbestimmungen – Kenntnis nimmt. Dabei liegt es in der Natur der neuen Aufgaben, die oft nicht auf tragfähige Traditionen mit ihrer Entlastungsfunktion zu stützen sind, daß sie auf Verfassungsebene nur programmatisch festzuhalten sind und nicht – wie in geschichtlicher Tradition ausgereifte Grundrechte⁹⁰ – unmittelbarer Anwendung durch Rechtsprechung und Verwaltung zugänglich sind. Das Entwurfshafte der modernen Verfassung muß denn gerade dort bejaht werden, wo es um die neuartigen Gestaltungs-, Forderungs- und Leistungsaufgaben des modernen Staates geht⁹¹. Die

⁸⁹ EICHENBERGER, a.a.O., S. 1 ff. und durchgehend.

⁹⁰ Dabei wird die konstante Aufgabe neuer Aktualisierung auch der klassischen Grundrechte nicht übersehen, anderseits soll doch vor einer juristisch wenig faßbaren «Konkretisierungsaufgabe» des Richters gewarnt werden; Aufgabe juristischer Verfassungsmethodik wäre gerade, die Gesichtspunkte zu erhellen, die bei der Aktualisierung des Verfassungsrechts maßgeblich sein sollen. Ansätze zur Revelierung maßgeblicher Gesichtspunkte bei der gebotenen weiteren Konkretisierung der generalklauselartigen Persönlichen Freiheit im Sinne der neuern Rechtsprechung des Bundesgerichts finden sich z.B. in BGE 97 I 45 ff. Ohne solche inhaltliche Bindung der Konkretisierungsaufgabe könnte der Schritt zu einem Dezisionismus des Verfassungsrichters nahe liegen.

⁹¹ R. BÄUMLIN, Recht, Staat und Geschichte, S. 13, bezeichnet das Recht des wirt-

Überlebenschance der Verfassung in ihrem materialen Teil hängt somit gerade auch davon ab, ob sich die Verfassungs- und damit notwendigerweise die Rechtstheorie (diese jedenfalls partiell) von einem Vollzugsdenken zu lösen vermag, das Verfassungsrecht auf inhaltlich bestimmte und verfahrensmäßig durchsetzbare Normen beschränkt sehen will und der Richtlinie, der Zielbestimmung, dem Zweckartikel trotz ihrer unbestrittenen Reduktionsfunktion im Prozeß der Rechtskonkretisierung⁹² den Rechts- und somit auch den Verfassungsrechtscharakter abspricht. Sozialpolitische, notwendigerweise programmatische Zielbestimmungen für das Gemeinwesen wären damit dem Partei- oder Regierungsprogramm vorbehalten unter Entlastung – wenn nicht materieller Entleerung – der Verfassung.

Eine besondere, weniger zur Gefahr der Erstarrung führende Form inhaltlicher Festlegungen in der Verfassung sind die heute vermehrtem Interesse begegnenden *Staatszielbestimmungen*⁹³. Als Schulbeispiel könnte man auf die Formel vom «sozialen Rechtsstaat» hinweisen⁹⁴. Nach SCHEUNER hat im Bereich der BRD erst die Einführung der wirtschaftspolitischen Zielsetzungen des «gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts» (Art. 109 Abs. 4 GG) in weiterem Maße den Blick für derartige verfassungsrechtliche Zielsetzungen freigemacht⁹⁵. Unter solchen Grundsätzen verbindlichen und richtunggebenden Charakters werden heute auch etwa das Gebot völkerrechtsfreundlicher und friedlicher Außenpolitik, die

schaftspolitischen Interventionismus zu Recht als einen grundsätzlich offenen Normbestand, der das angestrebte staatliche Handeln «nur in Grenzwirkungen» zum voraus bestimmen könne, dem aber gerade deswegen eine «figürliche» Bedeutung für das von der Kategorie der Zeit durchdrungene Recht der Gegenwart zukomme.

⁹² Zur Reduktionsfunktion sozialer Normen vgl. N. LUHMANN, Rechtssoziologie, Bd. 1, Reinbek 1972, S. 38f.

⁹³ Diese sind wissenschaftlich noch wenig erforscht: U. SCHEUNER, Staatszielbestimmungen in: Festschrift für Forsthoff, München 1972, S. 328; vgl. immerhin die Literaturangaben auf S. 329 mit Hinweisen auch auf schweizerische Beiträge.

⁹⁴ Die H.P. IPSEN schon 1950 als «Staatszielbestimmung» angesprochen hat; IPSEN, Über das Grundgesetz, 1950, S. 14, zit. bei SCHEUNER, a.a.O., S. 328 N. 13.

⁹⁵ SCHEUNER, a.a.O., S. 329.

Verweisung auf übernationale Zusammenarbeit u. a. diskutiert⁹⁶. In der weiten Skala auf Sachinhalt gerichteter normativer Aussagen der Verfassung finden sich neben den Staatszielbestimmungen, die mit ihrer Unbestimmtheit gerade am andern Ende im Vergleich etwa zum präzisen Zensurverbot der Pressefreiheit stehen, Verfassungsprinzipien wie exakt formulierte Gesetzgebungsaufträge⁹⁷ oder institutionelle Gewährleistungen⁹⁸, auf die hier nicht einzugehen ist.

1.42 Kriterien heutiger Verfassunggebung

1.421 Zuordnung von Normalität und Normativität

Die geschriebene Verfassung als normative Grundordnung des Staates ist heute ein beinahe universales Phänomen geworden⁹⁹. Jedenfalls ihre Aufgabe als Instrument der Selbstorganisation des Gemeinwesens ist unbestritten – ungeachtet der theoretischen Diskussion über den Verfall der Verfassungsidee¹⁰⁰. Praktisch stellt sich gar nicht die Frage, ob die Verfassung als fundamentaler Teil der Rechtsordnung preiszugeben sei oder nicht – sie ist schlechthin unentbehrlich –, sondern die Frage kann nur lauten, wie die Verfassung in der Wirklichkeit des Sozialstaates weiterzubilden sei.

Wenn wir nach Kriterien der Verfassunggebung – m. a. W. nach Sinn, Formen und Schranken heutiger Verfassungserneuerung vor allem durch Partial- oder Totalrevision fragen¹⁰¹ – so kann sich die Frage zunächst sinnvollerweise nur auf die geschriebene Verfassung beziehen. Der geschriebenen, als formell bezeichneten Verfassung hat HERMANN HELLER und in seiner Folge die herrschende Staatsrechtslehre die materielle Verfassung (i. e. S.) gegenübergestellt, d. h. die Grundordnung, die sich innerhalb der gesamten

⁹⁶ Vgl. diese und weitere Hinweise bei SCHEUNER, a.a.O., S. 328.

⁹⁷ SCHEUNER, a.a.O., S. 333 mit Beispielen.

⁹⁸ SCHEUNER, a.a.O., S. 331f.

⁹⁹ Verfassung sei gerade seit 1945 «Weltgut» geworden: GRIMM, a.a.O. (Anm. 14), S. 494.

¹⁰⁰ Übersicht bei GRIMM, a.a.O., S. 494 Anm. 15.

¹⁰¹ Vgl. zu diesem Problemkreis auch P. SALADIN, Die Kunst der Verfassungserneuerung, in: Der Staat als Aufgabe, Gedenkschrift für Max Imboden, Basel 1972, S. 269ff.

Rechtsordnung als fundamental bewerteter Teilinhalt heraushebt¹⁰². Die Tendenz jedes Verfassunggebers geht dahin, die schriftliche Verfassungsurkunde möglichst in Übereinstimmung zu bringen mit der materiellen Verfassung (i.e.S.). HERMANN Heller hat bereits beobachtet, daß es eine vollkommene Deckung zwischen materieller und formeller Verfassung niemals geben könne, u.a. darum, weil – entgegen dem Glauben des Aufklärungsnaturrechts – eine konkrete historische Verfassung niemals ein abgeschlossenes logisches System darstellen könne¹⁰³. Dies gilt für die Verfassung des Sozialstaates mit seinen offenen Zielsetzungen ebenso wie für die herkömmliche liberale Verfassung des 19. Jahrhunderts¹⁰⁴.

Aus der Gegenüberstellung von formeller und materieller Verfassung ergeben sich im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Bewältigung des Sozialstaates verschiedene Konsequenzen:

Der Entscheid, welchen Rechtssätzen der Gesamtverfassung eine derartige übergeordnete Bedeutung zukommt, daß sie durch Aufnahme in eine Verfassungsurkunde hervorgehoben und mit einer erhöhten Bestandesgarantie im Sinne größerer Stabilität und größerer Dauer versehen werden sollen, obliegt grundsätzlich¹⁰⁵ dem jeweiligen historischen Verfassungsgesetzgeber. Es gibt keinen allgemeingültigen Maßstab richtiger Verfassunggebung¹⁰⁶. Ja, für

¹⁰² HELLER, a.a.O. (Anm.15), S.275. – Dieser Begriff der materiellen Verfassung stellt bei HELLER die *rechtliche* Seite des von ihm beschriebenen sozialwissenschaftlichen Verfassungsbegriffs dar, «der dadurch zustande kommt, daß von einem bestimmten historisch-politischen Standort aus innerhalb der staatlichen Totalität eine Grundstruktur des Staates als fundamental bewertet und als relativ bleibender Aufbau der staatlichen Einheit herausgehoben wird» (S.274).

¹⁰³ a.a.O., S.275.

¹⁰⁴ Deren Lückenhaftigkeit gerade im Grundrechtsteil in der Schweiz durch stets fortschreitende Anerkennung «ungeschriebener» liberaler Grundrechte immer wieder bestätigt wird.

¹⁰⁵ Auf das Problem der materialen Schranken der Verfassungsrevision ist auch hier nicht einzutreten. Siehe dazu oben, S.719.

¹⁰⁶ Vgl. in diesem Sinne auch HESSE, Grundzüge, S.3, und GRIMM, a.a.O. (Anm.14), S.490 mit Anm.4, S.493, wo auf das Fehlen eines auch nur überwiegend anerkannten Verfassungsbegriffs in der Verfassungsrechtslehre hingewiesen wird. – Auch die Verfassungstheorie kann hier offenbar nicht weiterhelfen; GRIMM, a.a.O.

die heutige Verfassungsrechtslehre müßte ein *abstrakter Verfassungsbegriff*, in dem das Gemeinsame aller oder doch zahlreicher geschichtlicher Verfassungen unter Vernachlässigung zeitlicher und räumlicher Besonderheiten erfaßt werden sollte, unvermeidlich substanzlos ausfallen und wäre deshalb «*ungeeignet, ein Verständnis zu begründen, das die Bewältigung praktischer, hic et nunc gestellter verfassungsrechtlicher Probleme zu leiten imstande wäre*»¹⁰⁷. Fehlt es an theoretischen Grundsätzen für eine Bestimmung der «richtigen» Verfassung, sind in der Wirklichkeit doch *typische* Inhalte von Verfassungsurkunden festzustellen¹⁰⁸. Sie können sich aus der besondern Verfassungstradition eines Staates, aber auch aus dem Rechtsbewußtsein eines Gemeinwesens¹⁰⁹ ergeben. Der individuell-konkrete Verfassunggeber sieht sich aber auch Forderungen politischer Zweckmäßigkeit, schließlich bestimmten Machtlagen¹¹⁰ gegenüber, die Möglichkeiten und Grenzen konkreter Verfassunggebung mitbestimmen.

Hervorzuheben oder zu erwähnen, daß die Aufnahme sozialrechtlicher Bestimmungen in eine Verfassung politisches Handeln des Verfassunggebers impliziert, ist wohl nur darum notwendig, weil die sozialen Grundrechte im Anschluß an die naturrechtliche Tradition der klassischen Grundrechte von der Vorstellung mitgeprägt sind, es gehe nur um «*Verdeutlichung*», schriftliche Wiedergabe vorgegebenen, überpositiven, menschlicher Disposition grundsätzlich entzogenen Rechts¹¹¹. Verfassungsrechtliche Aus-

¹⁰⁷ So HESSE, a.a.O. (Anm. 14), S. 3.

¹⁰⁸ LOEWENSTEIN, Verfassungslehre, stellt mit analytisch-historischer Methode einen Katalog von Grundbestandteilen als das unreduzierbare Minimum einer «echten» Verfassung auf. Siehe LOEWENSTEIN, a.a.O., S. 131.

¹⁰⁹ Zur nicht leicht zu fassenden Rolle, die bei HERMANN HELLER die Rechtfertigung der materiellen und formellen Verfassung an sittlichen Rechtsgrundsätzen spielt, vgl. HELLER, a.a.O., S. 278 und statt vieler die Ausführungen G. NIE MEYERS in: HELLER, a.a.O., S. XIV.

¹¹⁰ HELLER, a.a.O., S. 276.

¹¹¹ Vgl. auch den Hinweis bei HELLER, a.a.O., S. 275, wonach für das Aufklärungsnaturrecht der Gedanke einer scharfen Differenzierung von geschriebener und ungeschriebener Verfassung überhaupt kein wesentliches Gewicht haben konnte, «weil es vom Glauben ausging, seine – in Wahrheit historisch-politisch bedingten – Postulate besäßen eine absolute, überpositive Rechtsverbindlichkeit».

formungen des Sozialstaates etwa durch die Sozialen Grundrechte waren aber wohl nie in gleichem Maße vom legitimierenden Glauben an die Überstaatlichkeit der angesprochenen Rechtspositionen getragen; ihre verfassungsrechtliche Verankerung war somit seit jeher viel offensichtlicher eine Frage politischer Grundentscheidung¹¹².

Die materielle Verfassung erhält ihren Sinn erst aus ihrer Verbindung mit der gesamten Rechtsverfassung, also mit der Gesamtheit der Normen, die als Recht gelten¹¹³. Nicht einfach als gesetzte Fundamentalnorm, sondern nur im dialektischen¹¹⁴ Bezug zur gesamten Rechtsordnung und sozialen Wirklichkeit bekommt Verfassungsrecht seinen Sinn. «Als bloß normatives Sinngebilde, ohne Rücksicht auf die positiv bewertete gesellschaftliche Normalität, besagt die Verfassung immer zu wenig.»¹¹⁵ Gerade die wichtigsten ihrer Rechtssätze ergeben erst im Zusammenhang mit den die soziale Struktur ausdrückenden Rechtsgrundsätzen einen praktischen Sinn¹¹⁶. Zur Normalität staatlichen Geschehens, zu der eben gerade auch gesetzlich (noch nicht verfassungsrechtlich) nor-

¹¹² Daran scheitert m.E. auch die auf JENKS zurückgehende Feststellung (vgl. die Hinweise bei WILDHABER, in: *Gedenkschrift für Max Imboden* 1972, S. 391; ZELLWEGER, *ZBl* 1970, S. 327), die sozialen Grundrechte seien Menschenrechte, nicht weil sie als Individualrechte durchsetzbar, sondern weil sie als fundamentale Positionen individueller Lebensbehauptung und gruppenmäßiger Interessenwahrung zu betrachten seien; zwar ist zweifellos jede Bestrebung zu begrüßen, die den Menschen als Maßstab rechtlicher Ordnung – auch sozialstaatlicher Ordnung – hervorhebt. Allein, die klassischen Grundrechte verdanken ihre ungebrochene Aktualität auch ihrer ursprünglich geschichtlich erhärteten Legitimität und ihre aktuelle Bedeutung und Effektivität nicht ihrem Charakter als Menschenrechte, sondern der Unmittelbarkeit ihrer Verbindlichkeit für jede staatliche Gewalt, ferner ihrer Stellung im Rechtsbewußtsein der Rechtsgemeinschaft.

¹¹³ Unter Verfassung im materiellen Sinn versteht HELLER – dessen Terminologie wir hier folgen –, wie bereits ausgeführt, die von einem bestimmten historisch-politischen Standort aus als fundamental bewerteten Rechtsnormen, die ihrerseits wieder in ihrer Gesamtheit einen Teilbereich des Gesamtzustandes, der «Normalität» eines Gemeinwesens ausmachen. – Vgl. a.a.O., S. 259 ff., 274 f.

¹¹⁴ Zu dieser Dialektik immer noch vorbildlich und wegweisend: HELLER, a.a.O., S. 64 und 277.

¹¹⁵ HELLER, a.a.O., S. 257.

¹¹⁶ HELLER, a.a.O.

mierte Normalität gehört, ist die Normativität der Verfassung als qualifizierte Rechtsverfassung somit in Beziehung zu setzen. HELLER hat dies am Beispiel des Gleichheitssatzes besonders anschaulich verdeutlicht: «Seinen Inhalt empfängt der Satz erst von den in der Verfassung selbst nicht oder nur zum kleinen Teil formulierten, lediglich in der gesellschaftlichen Wirklichkeit herrschenden Vorstellungen darüber, was als gleich und was als ungleich gelten soll.»¹¹⁷ Dennoch bestimmt er die Verfassungsstruktur entscheidend mit, besitzt also gegenüber der durch Rechtsbewußtsein, die Gesetzgebung, andere soziale Regelungen bewirkten Normalität gesellschaftlichen Verhaltens doch wieder Autonomie. Ob sozialpolitische Bestimmungen somit in einer bestimmten Staatsordnung «gelten», kann nicht einfach etwa durch die Fixierung bestimmter Sozialrechte in die geschriebene Verfassung entschieden werden. Eine solche Aufnahme kann zwar der Anstoß zu faktischer Geltung sein, indem zum Beispiel der Gesetzgeber zu entsprechender Ausgestaltung der Sozialordnung mobilisiert wird und die entsprechende Gesetzgebung in soziale Wirklichkeit übergeht. Eine hohe Durchsetzungschance wird man sozialpolitischen Verbürgungen eben dann zusprechen können, wenn sich ihr Normgehalt (z.B. Verpflichtung des Staates zu Fürsorgeleistung, zur Arbeitsbeschaffung usf.) in herrschenden gesellschaftlichen Vorstellungen¹¹⁸, im Rechtsbewußtsein¹¹⁹ findet und ihre Verwirklichung von einem stetigen politischen Willen getragen ist¹²⁰.

Damit ist nicht die Auflösung aller Verfassungsfragen in bloße Faktizitäten gemeint, vielmehr sollen Bedingungen in der sozialen Struktur¹²¹, im politischen Bewußtsein, ferner in der gesamten unterverfassungsrechtlichen Normordnung¹²² angesprochen sein,

¹¹⁷ a.a.O.

¹¹⁸ HELLER, a.a.O.

¹¹⁹ HELLER, a.a.O., S.249.

¹²⁰ HELLER, a.a.O., S.267, 269.

¹²¹ Vgl. die ausgezeichnete Darstellung der Dialektik von (Verfassungs-)Recht und sozialer Struktur bei G. RADBRUCH, Rechtsphilosophie, 5. Aufl., 1956, S.112ff., der gerade auch die Dialektik von Grundrechten und diese in konkreten geschichtlichen Situationen tragenden «Klasseninteressen» hervorhebt; a.a.O., S.289 und 106ff.

¹²² PETER HÄBERLE hat diese Bedeutung der Funktion des Gesetzes als Weg der

innerhalb derer eine sozialpolitische Gewährleistung erst ihre Verwirklichungschance oder m.a.W. ihre verfassungsrechtliche Geltung, ihren «Selbststand»¹²³ gegenüber der Gesetzgebung, ihre Normativität gegenüber bestehenden Sozialverhältnissen gewinnt.

1.422 Verfestigung des status quo?

Aus dieser Zuordnung von Verfassungsrecht zur verfassungsmäßigen Ordnung einerseits, der sie mitkonstituierenden sozialen Struktur einer Gesellschaft anderseits, ergeben sich praktische Konsequenzen für die Verfassunggebung: Einerseits kann der Verfassunggeber nie absehen von der Gestaltung des politischen Gesamtzustandes, der eine Verfassung umgibt. Soweit damit die Notwendigkeit eines die Verfassungsnormen tragenden breiteren Konsenses in der Rechtsgemeinschaft gemeint ist, liegt eine gewisse Sicherung gegen «leerlaufendes» Verfassungsrecht bereits in den Vorschriften über die Verfassungsänderung, die durchwegs qualifizierte Mehrheiten erheischen, also einen breiteren Konsens in der Rechtsgemeinschaft verbürgen sollen. Anderseits kann eine Verfassungsbestimmung ins Leere fallen, d.h. keine eigentliche Normativität entwickeln, wenn sie bloß bestehende Normalität im Sinne von HELLER¹²⁴ wiedergibt. Daß in der gebotenen Normativität der Verfassung selbst eine Schranke der Verfassunggebung liegt, hat GRIMM neulich wieder deutlich gemacht: Die Verfassung als normative Grundordnung ist nicht nur als ein Spiegel der bestehenden sozialen Verhältnisse, aber auch nicht als bloßes Konzentrat bestehender rechtlicher Institutionen zu betrachten. Die Verfassung beschreibt nicht Realität, sondern «gibt einen Sollzustand an. Insofern ist sie in die Zukunft gerichtet und fortwährend auf Ausfüllung und Ergänzung in der Wirklichkeit ange-

Ausgestaltung der Grundrechte besonders und zu Recht hervorgehoben; dennoch muß die Verfassung auch gegenüber der Gesetzgebung ihre eigene Normativität bewahren, was bei einer Überbetonung der notwendigen gesetzlichen Ausformung übersehen werden kann (vgl. dazu bei U. SCHEUNER, DöV 1971, S. 510 Sp. 1 und meine Ausführungen in: Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, S. 13 Anm. 2 und S. 176 Anm. 1).

¹²³ P. LERCHE, Stiller Verfassungswandel als aktuelles Politikum, in: Festgabe für Theodor Maunz, München 1971, S. 286.

¹²⁴ HELLER, a.a.O., S. 251.

wiesen.» Verfassung ist nicht Abbild bestehender politischer und rechtlicher Zustände, sondern Rahmen und Richtlinie ihrer permanent gebotenen Aktualisierung (gerade bezüglich des «statischen» Teils der Verfassung) und Weiterbildung. Der Meinung ist daher zuzustimmen, es erübrige sich, Änderungen der politischen und sozialen Wirklichkeit oder der Auffassung von Normen und Institutionen, die zwar von der Verfassung nicht bedacht waren, sie aber auch nicht verletzen, im Wege der Verfassungsanpassung zu registrieren¹²⁵. Sinnvoll sind Verfassungsänderungen, die von einem neuen Normbedarf ausgehen, wie ihn eine geänderte soziale Wirklichkeit aufweist, oder die sich als Reaktionen auf Umweltveränderungen oder als Produkt wesentlicher Änderungen im politischen Bewußtsein und Willen einer Rechtsgemeinschaft¹²⁶ aufdrängen. Eine Verfassung, die etwa im Bereich der Sozialpolitik bloß (im Wege der Gesetzgebung oder sonst außer- oder unterhalb der Verfassung bestehenden Wirklichkeit) bereits Erreichtes «kristallisiert», ohne zugleich Entwurf für die Zukunft zu sein, büßt an eigener Normativität und damit auch Legitimität ein. Daraus ist die ganz praktische *Schlußfolgerung* zu ziehen, daß mit dem normativen Charakter der Verfassung unvereinbar ist, in dieser soziale Grundrechte nur «als Kristallisierungspunkte» bereits verwirklichter Sozialstaatsgesetzgebung zu verankern. Damit wird die Führungsrolle, die der Verfassung im politischen Leben zu kommen soll, preisgegeben.

1.423 Verfassungsänderung als Antwort auf bestimmte Bedürfnislagen

Das Verhältnis Verfassung–Gesetzgebung bedarf weiterer Klärung. Nach HERMANN HELLER und zahlreichen Autoren in seinem Gefolge ist die geschriebene Verfassung der als fundamental bewertete und daher durch politischen Entscheid aus der übrigen Rechtsordnung herausgehobene, in der Regel mit erhöhter Bestandesgarantie versehene Teil des Rechtsbestandes eines Staates¹²⁷. Dadurch wird eine relative Stabilisierung der Grundzüge der

¹²⁵ GRIMM, a.a.O. (Anm. 14), S. 506.

¹²⁶ Vgl. GRIMM, a.a.O., S. 507 unten, 508 oben.

¹²⁷ Statt vieler: HELLER, a.a.O., S. 274.

gesetzlichen Ordnung erreicht, der Grundzüge, die dem unqualifizierten Zugriff des einfachen Gesetzgebers entzogen sein sollen¹²⁸. Es kann durchaus sinnvoll sein, im Verfassungstext einem von unten bereits vollzogenen Wandel der Verfassungswirklichkeit Ausdruck zu geben, nämlich dann, wenn dieser Bestand gefährdet und daher besondere verfassungsrechtlichen Schutzes bedürftig erscheint¹²⁹, oder wenn er sich in Abweichung von der geschriebenen Verfassung entwickelt hat, so daß es gilt, Widersprüche zwischen Grundordnung und faktischem Rechtszustand zu beseitigen. Hingegen ist es nicht verhältnismäßig, den Aufwand von Verfassungsänderungen auf sich zu nehmen, wenn kein Gewinn an Normativität der Verfassung gegenüber der gesetzlichen Ordnung und politischen Wirklichkeit erreicht oder auch nur erstrebt wird¹³⁰.

1.424 Problem der Koordination von Verfassungsbestimmungen

Neben der Gefahr «leerlaufender», bloß registrierender Verfassunggebung besteht die andere der Überanstrengung der Normativität der Verfassung. Gerade weil die Verfassung die Voraussetzungen ihrer Verwirklichung in sich selber tragen muß – was ganz besonders für eine Rechtsordnung ohne Verfassungsgerichtsbarkeit zutrifft –, gibt es Grenzen verfassungsrechtlicher Normierung, die nicht folgenlos überschritten werden dürfen¹³¹. Die Voraussetzungen der Praktikabilität und das Gebot der Beachtung gesellschaftlicher Realitäten sind in diesem Sinn als Schranke der Verfassunggebung beschrieben worden¹³². Dazu sind zwei

¹²⁸ z.B. LERCHE, a.a.O. (Anm. 123), S. 292.

¹²⁹ Zur ursprünglichen Aufgabe der Grundrechte, vom Bürgertum erkämpfte Freiheit zu wahren, vgl. z. B. G. OESTREICH, Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriß, Berlin 1969, bes. S. 57ff., 68ff., 95/96.

¹³⁰ Vgl. GRIMM, a.a.O., S. 507 und 508: Es sei unrationell, Verfassungsänderungen vorzunehmen, wo ein Problem durch Interpretation bewältigt werden könne. Es gelte das Prinzip der Verhältnismäßigkeit der Mittel, und die Verfassungsänderung sei stets das äußerste.

¹³¹ Vgl. GRIMM, a.a.O., S. 501/503 und HESSE, Grundzüge, S. 17.

¹³² K. EICHENBERGER, Richtpunkte einer Verfassungsrevision, in: Totalrevision der Bundesverfassung – ja oder nein?, Sonderheft ZSR 87 I, 1968, S. 82.

Präzisierungen zu machen: Einmal ist die Verfassung stets ein die soziale Wirklichkeit mitgestaltender Faktor, und insofern kann Verfassunggebung, die ihre Ziele nicht zu weit vom Normalzustand setzt¹³³, gesellschaftliche Wirklichkeit auch ändern. Obwohl die Verfassung eines pluralistischen Gemeinwesens notwendigerweise divergierende Zielsetzungen enthält, deren Koordinierung der Verfassungspraxis aufgegeben ist, gibt es doch gesellschafts- und wirtschaftspolitische Ziele, die einander schlechthin ausschließen, die also nicht mehr im Wege der Zuordnung verfassungsrechtlicher Teilinhalte zu harmonisieren sind. So ist die HGF, die nach herrschender Lehre und Praxis vor allem als Garantie eines freien Unternehmertums verstanden wird (ihre Erstreckung auf eine allgemeine, insbesondere auch den Unselbständigerwerbenden betreffende generelle Freiheit der Berufswahl und Berufsausübung ist zu erwägen¹³⁴), schlechthin unvereinbar mit der Durchsetzung eines zu Ende gedachten Rechts auf Arbeit, das die Verfügung des Gemeinwesens über die Arbeitsplätze voraussetzen müßte, oder eines konsequent durchgeföhrten Rechts auf Wohnung, das die mit der HGF wohl kaum zu koordinierende Verstaatlichung der Wohnungswirtschaft voraussetzen würde. So tiefgreifende Änderungen des Wirtschafts- und Gesellschaftssystems sind nicht durch Einzelmaßnahmen, vor allem nicht auf dem Weg individual-rechtlicher Zusicherungen zu erreichen, sondern würden grundsätzliche soziale und wirtschaftliche Neuordnungen voraussetzen¹³⁵. Über solche Schranken könnte sich der Verfassunggeber nur auf Kosten teilweiser Unwirksamkeit der Verfassung hinwegsetzen, was die Verfassung als Ganzes zu diskreditieren vermöchte^{136, 137}.

¹³³ Andernfalls ist der reformierende Weg der Verfassungsänderung zu verlassen und die «systemüberwindende» Neuordnung zu suchen, etwa in Richtung einer umfassenden Planwirtschaft.

¹³⁴ Siehe dazu unten Ziff. 9a.3.

¹³⁵ Vgl. in diesem Sinn auch HARTWICH, a.a.O. (Anm. 25), S. 344 ff. und GRIMM, a.a.O. (Anm. 14), S. 502 ff.

¹³⁶ Siehe dazu auch unten Ziff. 7.

¹³⁷ GRIMM, a.a.O., S. 503.

1.5 Überwindung des Gegensatzes von instrumentalem und materialem Verfassungsbegriff im neuen Grundrechtsverständnis

Aufgabe der Verfassung des demokratischen Staates ist die Konstituierung des Gemeinwesens, bewußte Ordnung der sozialen Wirklichkeit nach einem bestimmten Plan¹³⁸. Die rechtsstaatliche Verfassung der Gegenwart zeichnet sich dadurch aus, daß sie nicht mehr defensiv an der Beschränkung einer vorfindlichen monarchischen Staatsgewalt orientiert, sondern positiv auf die Gestaltung des Gemeinwesens gerichtet ist. Diese staatskonstituierende Funktion der Verfassung im demokratischen Gemeinwesen führt zu einem neuen Verständnis auch der Grundrechte: Sie sind nicht nur individualistische Ausgrenzungen bestimmter Freiheitspositionen, sondern zugleich unerlässliche Richtpunkte zur Organisation eines freien politischen Lebens. Sie lassen sich somit nicht im Sinne der eingangs skizzierten Gegenüberstellung dem instrumentalen oder materialen Teil der Verfassung zuweisen; sie haben zugleich prozessualen (instrumentalen) Charakter als Garantien eines freien politischen Prozesses und einen materialen (finalen), indem sie gerade auch in ihrer individualrechtlichen Komponente mit dem Ziel einer gleichen Chance freier Persönlichkeitsentfaltung für alle Richtpunkte rechtlicher Gestaltung und politischen Handelns setzen. Instrumentale und finale Verfassungsteile bzw. Teilgehalte von Verfassungsbestimmungen sind einander zugeordnet. Dies ist keine neue, jedoch eine lange mißachtete Erkenntnis. HERMANN HELLER hat es bereits eine grundsätzliche und gefährliche Verkenntnung des Verfassungsstaates genannt, wenn Organisationsrecht und Grundrechte als zwei voneinander unabhängige Einrichtungen aufgefaßt würden. «In Wahrheit bedingen sich die Tendenz zur planmäßigen, rechtsstaatlichen Organisation der Staatsgewalt und die auf Freiheitsverbürgung gerichtete Tendenz wechselseitig. ‹Plan› und ‹Freiheit› stehen nur dann zueinander im Gegensatz, wenn sie als wesenlose Abstraktionen begriffen werden. In der gesellschaftlichen Wirklichkeit muß die menschliche Freiheit immer organisiert werden.»¹³⁹

¹³⁸ HELLER, a.a.O. (Anm. 15), S. 272 f.

¹³⁹ HELLER, a.a.O., S. 273.

Neben die formelle Sicherung der in den klassischen Grundrechten angesprochenen Freiheiten tritt heute die Notwendigkeit ihrer materiellen Fundierung, ihrer institutionellen Ausgestaltung als Staatsaufgabe¹⁴⁰. Dabei ist heute notwendig, die Gestaltungsfreiheit vor allem des Gesetzgebers bei der «Verwirklichung» der klassischen Grundrechte zu betonen. Die von ihnen anvisierten Ziele für das Gemeinwesen sind weithin offen¹⁴¹.

1.6 Aufgabe und Schwierigkeiten der verfassungsrechtlichen Bewältigung des Sozialstaates

1.61 Neue Staatsaufgaben

Mit den institutionell verstandenen Grundrechten ist bereits ein Teil der Aufgabe der Sozialgestaltung bezeichnet, die dem heutigen Gemeinwesen schlechthin aufgegeben ist. Zieht man die Voraussetzungen ihrer Ausübung in den Schutzbereich der Grundrechte ein, so ist die kategorische Trennung von liberalem und sozialverpflichtetem Gemeinwesen grundsätzlich überwunden. Dem liberalen Staat kann die Verwirklichung seiner höchsten Rechtsgüter nicht gleichgültig sein. Weite Gebiete der Sozialpolitik können jedoch nur indirekt oder aspekthaft als Maßnahmen zur Verwirklichung menschlicher Freiheiten, wie sie in den Grundrechten angesprochen sind, verstanden werden¹⁴²; Motor der heutigen Sozialpolitik sind vor allem auch das umfassende Schutz- und Sicherungsanliegen des heutigen Menschen, sein Verlangen nach Entfaltungschancen in den verschiedensten Lebensbereichen. Gle-

¹⁴⁰ Ähnlich GRIMM, a.a.O., S.492; zur institutionellen Deutung der Grundrechte s. SALADIN, Grundrechte im Wandel, bes. S.296ff., 309ff.; DERSELBE, Die Funktion der Grundrechte in einer revidierten Verfassung, in: Totalrevision der Bundesverfassung – ja oder nein?, ZSR Sonderheft 87 I, 1968, S.174ff.; und vor allem U. SCHEUNER, in: Festschrift für Forsthoff 1972, a.a.O., S.330.

¹⁴¹ Auch insofern ist die Warnung HENNIS' berechtigt, die Verfassung nicht als «Sozialen und geistigen Eisenbahnfahrplan» zu betrachten; HENNIS, a.a.O., S. 23 und S. 21 mit Anm. 37.

¹⁴² Obwohl ein repräsentativer Teil der Staatsrechtslehre der Tendenz nach den gesamten Auftrag des heutigen Sozialstaates als Grundrechtsverwirklichung verstehen will; dazu unten Ziff. 6.2 und 7.2.

chermaßen meldet sich ein Informations- und Partizipationsbedürfnis, nicht nur als Voraussetzung der Teilhabe am politischen und gesellschaftlichen Prozeß der Entscheidbildung im politischen und gesellschaftlichen Ganzen, sondern zugleich als Anliegen allgemein menschlicher Entfaltungsmöglichkeit¹⁴³. Unter den Gestaltungsaufgaben des Staates wird die «Vermenschlichung» der Gesellschaft schlechthin erwähnt¹⁴⁴ und die Schwelle zur Sinnerefüllung des einzelnen Lebens als Staatsaufgabe scheint in Sicht¹⁴⁵.

Damit sind nicht – weder umfassend noch repräsentativ – die Ziele aufgezeigt, die der politischen Gemeinschaft heute im Rahmen ihrer Sozialgestaltung aufgetragen sind, sondern es ist nur die Weite des Spektrums dieser Aufgaben angedeutet. Die bereits klassischen Gebiete heutiger Innenpolitik – Konjunktur-, Ökologie-, Bildungspolitik – wurden dabei übergangen.

1.62 Notwendigkeit sozialstaatlicher Garantien der Verfassung?

Ist es möglich und sinnvoll, der Fülle sozialgestaltender Aufgaben des heutigen Gemeinwesens auf Verfassungsstufe Ausdruck zu geben? Welche Mittel bieten sich an? Der Sozialstaat kann

¹⁴³ Vgl. den Passus im Bericht des Bundesrates über die Richtlinien der Regierungspolitik in der Legislaturperiode 1971–1975, BBl 1972 I, S. 1048.

¹⁴⁴ So die Richtlinien, a.a.O., S. 1071.

¹⁴⁵ Vgl. etwa S. 1071 der Richtlinien der Regierungspolitik über die Legislaturperiode 1971–1975, wo unter dem Titel «Ausbau des sozialen Rechtsstaates» auch auf Bevölkerungsexplosion, technische Errungenschaften, Reklameflut, Machtballungen aller Art hingewiesen wird, angesichts derer der heutige Mensch vielfach dem Gefühl erliege, «einem Schicksal ausgeliefert zu sein, dessen Bahnen er in keiner Weise zu bestimmen vermag und Zwängen unterworfen zu sein, welche die Entfaltung seiner Persönlichkeit hemmen». – Oder noch eindrücklicher S. 1032, wo unter dem Stichwort «Kulturlücke» auf die Schwierigkeit vieler Menschen hingewiesen wird, «sich der ungeahnten Beschleunigung im technisch-wissenschaftlichen Bereich geistig anzupassen, ihre Funktionen in der sich rasch wandelnden und unübersichtlichen Welt zu verstehen. Die Folge dieses kulturellen Nachhinkens sind Zukunftsangst, gefühlsmäßige Distanz oder Ablehnung der modernen Industriegesellschaft wie auch ein Gefühl der Sinnlosigkeit unseres oft nur an materiellen Zielen orientierten Handelns». – In diesem Sinn den Menschen wieder vermehrt ins Blickfeld zu rücken, wird also unter den Aufgaben des Staates erwähnt, bei denen «eine besondere Anstrengung und politische Leistung» in der Gegenwart nötig ist.

wegen seiner verschiedentlich festgestellten eigenen politischen Zwangsläufigkeit¹⁴⁶ verfassungsrechtlicher Garantien eher entbehren. Verfassungsrechtlich zu verantworten wäre ohnedies nur eine inhaltliche Fixierung der Elemente des Sozialstaates, die nicht nur Gegenwartsprobleme betreffen, sondern als Staatsaufgaben von (relativer) Dauerhaftigkeit und Grundsätzlichkeit anzusprechen sind, die somit notwendigerweise Offenheit, programmatischen Charakter aufweisen¹⁴⁷. Gleichzeitig ist jedoch in Erinnerung zu rufen, daß im heutigen politischen Leben die Verfassung an eigener Legitimität verliert, wenn sie nicht über ihre formal-rechtsstaatliche Struktur hinauswächst und sich über bedeutende soziale Aktivitäten des Staates ausschweigt¹⁴⁸.

1.63 Schwierigkeiten der verfassungsrechtlichen Verankerung sozialstaatlicher Aufgaben

a) Die angedeutete Vielzahl, wenn nicht Uferlosigkeit der sozialgestaltenden Aufgaben des Gemeinwesens macht es notwendig, unter diesen Prioritäten zu setzen; dazu zwingt schon die Knappheit der zur Verfügung stehenden finanziellen Mittel. In einem Wurf ein verfassungsrechtliches Konzept des Sozialstaates zu schaffen, etwa durch einen detailliert formulierten Sozialrechtskatalog mit fest umrissenen Ansprüchen, würde die Verfassunggebung völlig überfordern.

b) Sozialpolitik als zukunftsgerichtete Aufgabe kann nur *planmäßig* verwirklicht werden. Das gilt auch für elementare soziale Forderungen wie die nach sozialer Sicherheit, Bildung¹⁴⁹ oder Arbeitsbeschaffung. Der liberale Staat konnte die von ihm erstrebten Ausgrenzungen gesellschaftlicher Sphären auf Verfassungsebene festlegen und mit Rechtsschutz versehen. Mit dem verfas-

¹⁴⁶ Unten Ziff. 4.4.

¹⁴⁷ Unten a.a.O. und Ziff. 10.

¹⁴⁸ Oben Anm. 88.

¹⁴⁹ Siehe U. SCHEUNER, Bildungsplanung und ihre Rechtsgrundlagen, DöV 1965, S. 541 ff.; vgl. auch F. KNESCHAUREK, Perspektiven des schweizerischen Bildungswesens (Entwicklungsperspektiven der schweizerischen Volkswirtschaft bis zum Jahre 2000, Teil IV), St. Gallen 1971 und unten Ziff. 8.

sungsrechtlichen Entscheid war die Wirklichkeit normiert¹⁵⁰. Anderes gilt für die nur schrittweise zu erreichenden Planungsaufgaben des Sozialstaates. Soweit die verfassungsrechtliche Fixierung sinnvoll, d.h. über den status quo hinausführend, hinausweisend¹⁵¹ sein soll, muß sie Zielbestimmung, Programmsatz für die Zukunft bleiben, auf Kosten unmittelbarer Durchsetzungsmöglichkeit in der Gegenwart.

In den Richtlinien zur Legislaturperiode 1971–1975 werden folgende Kategorien von Aufgaben politischer Planung erwähnt¹⁵²:

1. Traditionelle Aufgaben, die eine neue Ausrichtung und Orientierung erfordern.
2. Aufgaben, bei denen sich Erlasse auf Verfassungs- oder Gesetzesstufe aufdrängen, die in den nächsten Jahren Regierung, Parlament und Stimmbürger vornehmlich beschäftigen werden.
3. Neue Aufgaben, bei denen eine Konzeption zu erarbeiten und rechtsverbindlich zu beschließen ist, um sie zeitgerecht bewältigen zu können.
4. Anliegen, die sich erst am politischen Horizont abzeichnen und die vorerst einer vertieften Prüfung und Abklärung bedürfen.

Die Vielzahl der Planungsschritte, die hier vorgezeichnet sind zur Verwirklichung sozialgestaltender Aufgaben der Gegenwart, können nicht auf Verfassungsstufe vorweggenommen werden. Die Verfassung kann nicht Planung überflüssig machen noch Politik auf der Gesetzgebungsstufe ersetzen. Verfassunggebung muß ihre Grenzen beachten: In der Dynamik des modernen Sozialstaates das Fundamentale, Dauerhafte, Bleibende zum Ausdruck zu bringen und so auch dem Sozialstaat Maß und Richtung zu weisen. Ein von der Staatsrechtswissenschaft noch wenig geklärtes Phänomen liegt darin, daß die großen Sozialgestaltungen unserer Zeit im Rahmen umfassender Planungen in einem vorkonstitutionellen Raum anheben und sich die Frage verfassungsrechtlicher Fixierung bestimmter Planungsziele erst stellt, wenn diese einen bestimmten Konkretheitsgrad angenommen haben, dazu ein Bedürfnis nach breiterem Konsens sich einstellt und außerdem die Struktur der

¹⁵⁰ Dabei wurde häufig übersehen, daß auch der liberale Staat sein Sozialmodell hatte. Die gerechte Ordnung sollte dort aus normativer Abstinenz automatisch entstehen; vgl. oben Anm. 78.

¹⁵¹ Siehe oben S. 733/34 und Ziff. 1.422.

¹⁵² BBl 1972 I, S. 1027.

rechtsstaatlich-bundesstaatlichen Verfassung Grundlagen für notwendige Gesetzgebungsakte fordert.

Es ist nun zu fragen, welche Formen verfassungsrechtlicher Fixierung der Aufgaben des Sozialstaates, wie er oben umschrieben wurde, am besten geeignet sind, der Verfassung in einer geänderten Wirklichkeit ihre Aktualität und vor allem Normativität zu erhalten, ohne sie ihre Leistungsgrenzen überschreiten zu lassen.

2. Formen der Verankerung des Sozialstaates in der BV

2.1 Bundesstaatliche Kompetenzzuweisung als sozialstaatliche Zielsetzung

Die Frage, in welcher Form der Sozialstaat in der Verfassung seinen notwendigen Ausdruck finden soll, kann nur für eine konkrete Verfassung beantwortet werden. Verfassungstradition, Staatsstruktur, institutionelle Sicherungen der Verfassungsdurchsetzung (z.B. die Frage des Bestehens einer Verfassungsgerichtsbarkeit auch zur Durchsetzung von Gesetzgebungsaufrägen) usf. bestimmen die Eignung jeweiliger Formen.

Ein Bundesstaat mit obligatorischer Enumeration der Bundeskompetenzen in der Verfassung (Art. 3 BV) weist Eigentümlichkeiten in diesem Sinn auf. Die Frage, ob die Verfassung überhaupt in dem Sinn «materialisiert» werden soll, daß in ihr die entscheidenden Aufgaben heutiger Sozialgestaltung zum Ausdruck gebracht werden, verliert angesichts der notwendigen verfassungsmäßigen Festsetzung sämtlicher Bundesaufgaben in gewisser Hinsicht ihren Sinn. Entscheidend wird vielmehr die Frage, in welcher *Form* die Verankerung sozialpolitischer Kompetenzen und damit auch Aufgaben erfolgen soll.

Allerdings gibt es auch die jedoch spärliche Kategorie «inhaltsarmer» Kompetenznormen in der BV, die Zuständigkeiten nicht nach Sachmaterien, Zielsetzungen usw. bestimmen, sondern mehr formal nach Rechtsstrukturen (Art. 64 bietet sich als Hauptbei-

spiel an)¹⁵³. Auf diese «formale» Kompetenznorm stützt sich etwa auch das private Arbeitsrecht mit seiner eminent sozialpolitischen Bedeutung¹⁵⁴.

Die aus dem bundesstaatlichen Aufbau folgende Regel der notwendigen Verankerung (auch sozialstaatlicher) Aufgaben des Bundes in der Verfassung muß – einmal abgesehen vom föderalistischen Gesichtspunkt mit seiner eigenen Wertsetzung – nicht nur als unvermeidliche Hürde, als Hemmnis auf dem Weg der Verwirklichung drängender Staatsaufgaben gesehen werden¹⁵⁵; unter einem andern Gesichtspunkt kann darin Positives erblickt werden: Wie oben dargestellt, sind die wesentlichen Sozialaufgaben unserer Zeit schrittweise, planmäßig, unter Setzung von Prioritäten zu verwirklichen, nicht mit einem Wurf großzügiger Sozialrechtssetzung auf Verfassungsstufe. – Dies ergibt sich aus der Offenheit jeder sozialen Forderung, vom Recht auf Bildung bis zum Recht auf soziale Sicherheit. Die Weite und Unbestimmtheit der Prioritäten der Forderungen hängt letztlich mit dem offenen Wesen des Menschen und seinen nicht festlegbaren Bedürfnissen zusammen, die stets auch einen geschichtlichen Charakter haben und auch von jeweilig gegebenen sozialen Verhältnissen mit ihrem dynamischen Charakter abhängen.

Die notwendige Verankerung von Bundesaufgaben in der Verfassung kann nun gerade auch als *Chance einer ersten Konkretisierung und Konsensbildung* in bezug auf zu lösende Staatsaufgaben im sozialen Bereich verstanden werden. Dem zu schaffenden «richtigen» Recht des Sozialstaates wird eine erste Konkretisierungsstufe geboten. Die politische Auseinandersetzung vorgängig und anlässlich der Verfassunggebung führt zu einer ersten Zielformulierung für die «richtige» Ordnung des Soziallebens, die dem modernen Staat schlechthin aufgegeben ist. Aus der Fülle möglicher

¹⁵³ Siehe dazu H. HUBER, Wirtschaft und Recht, Bd. 10, S. 1 ff.; DERSELBE, Der Formenreichtum der Verfassung und seine Bedeutung für ihre Auslegung, ZbJV 107, 1971, S. 172 ff., 189.

¹⁵⁴ Vgl. Entwurf zum rev. Arbeitsvertragsrecht (Art. 319 ff. OR), Ingräß; BBl 1967 II, S. 428.

¹⁵⁵ Mit anderer Begründung nimmt positiv zur Regel des Art. 3 BV Stellung: H. HUBER, Sonderheft ZSR 1968, a.a.O., S. 115.

Gemeinwohlaufgaben sind diejenigen auszusondern, für die besondere Dringlichkeit erkannt und zu deren weiteren Konkretisierung und Verwirklichung ein breiter Konsens gesucht wird.

So kann die Notwendigkeit, im Bundesstaat nach schweizerischem Modell sämtliche Bundeskompetenzen verfassungsmäßig festzuhalten, zu einer Vorklärung dringlich zu erreichender Gemeinschaftsziele führen, bevor die Ausgestaltung im Detail erarbeitet wird. Neben der Umständlichkeit des Verfahrens wird so auch ein Moment der Effizienz sichtbar; der Gesetzgeber tappt nicht völlig im Dunkeln, sondern kann aus dem Verfassungsauftrag gewisse bereits demokratisch und bundesstaatlich legitimierte Richtlinien für seine Arbeit entnehmen. In diesem Licht betrachtet erscheint *der Verfassungsvorbehalt des Art. 3 BV* nicht nur als Hindernis bei der Verwirklichung drängender Gegenwartsaufgaben – soweit sie auf Bundesebene zu lösen sind –, sondern er bietet eine zusätzliche Chance für eine arbeitsteilige, mehrstufige Rechtskonkretisierung, Gemeinwohlverwirklichung und Konsensbildung¹⁵⁶.

Auch wenn man den *jeder* Kompetenzbestimmung innewohnenden mehr oder weniger deutlichen Auftrag zur Wahrnehmung bestimmter Gemeinwohlaufgaben ernst nimmt, darf man doch nicht in die verfehlte Annahme verfallen, die Rechtsetzung sei durch die Verfassung überhaupt rechtlich (bis ins Detail gehend) determiniert. Die Verfassung kann nach ihrer eigentlichen Funktion der Politik nur einen Rahmen geben und Ziele setzen; den politischen Prozeß auf der Stufe der Gesetzgebung kann und darf sie nicht ersetzen.

Hier kann die Frage angeschlossen werden, ob *soziale Grundrechte* (auch wenn sie mit Kompetenzbestimmungen verbunden werden) geeignet seien, den sinnvollerweise gerade beschränkten (d.h. dem demokratischen Gesetzgeber den gebotenen Gestal-

¹⁵⁶ Voraussetzung ist, daß die Verfassungsbestimmungen von «den vielen umständlichen, unschönen, oft allzu zeitgebundenen und aus dem Mißtrauen geborenen Klauseln» frei gehalten würden, mit denen die Ausführungsgesetzgebung zu oft belastet wurde; H. HUBER, a.a.O., S. 122. Beispiele zu solchem Ballast, der in einer revidierten Verfassung abzuwerfen wäre, bietet H. HUBER, a.a.O., S. 122f.

tungsspielraum offen lassenden) Konkretheitsgrad der mit ihnen bezeichneten Gemeinwohlforderungen zum Ausdruck zu bringen, oder ob die Wahl der Grundrechtsform nicht den mitunter irreführenden Gedanken eines durch Tradition, Rechtsprechung oder Rechtsbewußtsein bereits hinreichend konkretisierten, vom Gesetzgeber nur noch «auszuführenden», also vorgegebenen Anspruchs nahelege. Die Frage ist nicht hier zu beantworten, soll aber als wesentliches Kriterium für den Entscheid über die Eignung sozialer Grundrechte zur Bezeichnung verfassungsrechtlicher Ziele sozialer Gestaltung festgehalten sein. Es ist nicht auszuschließen, daß man die Verfassunggebung gerade um ihre spezifische Aufgabe, einer ersten Konkretisierung zunächst völlig offener Gemeinwohlaufgaben, verkürzt, wenn man in ihr eine von axiomatischen Prinzipien bestimmte Grundordnung sieht, die es¹⁵⁷ nur noch «auszulegen», zu «verwirklichen» gelte. Es scheint, daß die Fixierung sozialer Grundrechte dieses Mißverständnis begünstige.

2.2 Sozialpolitische Bestimmungen in der geltenden BV

2.21 Einfache Kompetenzartikel

Als solche werden Verfassungsbestimmungen betrachtet, die ein zu regelndes Sachgebiet nennen, ohne bestimmte Ziele für die inhaltliche Regelung zu bezeichnen. Die reine Kompetenznorm stellt nur fest, daß die und die Zuständigkeit bestehe ohne materielle Direktive für die Ausführung. Auf die Artikel 64 und 64^{bis} BV wurde bereits hingewiesen. Hier könnten unter dem Aspekt des Sozialauftrages des Bundes auch Art. 26 und 36 erwähnt werden, die öffentliche Aufgaben zwar inhaltlich umschreiben, ohne den sozialpolitischen Auftrag auch nur anzudeuten, der mit der Ausführung verbunden ist¹⁵⁸.

¹⁵⁷ – bei Versagen des demokratischen Prozesses der Gesetzgebung eben durch «Ersatzvornahme» durch die Verfassungsrechtsprechung –

¹⁵⁸ Die Gesetzgebungshoheit schließt eben auch die Kompetenz zur Regelung des zugehörigen Personalrechts ein; vgl. E. SCHWEINGRUBER, Sozialgesetzgebung der Schweiz, Ein Grundriß, Zürich 1955, S. 84. – Verfehlt scheint mir, bei der Qualifizierung einer Bestimmung als «reiner» Kompetenznorm auf die oft zufällige, geschichtlich bedingte *Form* der Kompetenzzuweisung abzustellen.

2.22 Kompetenzartikel mit Gesetzgebungsauträgen und materiellen Direktiven

Die Ermächtigungsformel kann imperativ gefaßt sein, nicht lediglich die Bundeskompetenz feststellen, sondern mehr oder weniger deutlich einen Gesetzgebungsautrag enthalten: «Der Bund erläßt...» (Art. 24^{quinquies} Abs. 2), «er wird einrichten...» (Art. 34^{bis}, 34^{quinquies} Abs. 4), «er wird die erforderlichen Bestimmungen treffen» (Art. 46 Abs. 2, Art. 48). In der Praxis hat diese neuere Form der Umschreibung der Bundeszuständigkeit keine besondere verfassungsrechtliche Bedeutung im Sinne verstärkter Verpflichtung des Bundesgesetzgebers erhalten. Die Kompetenznorm kann von materiellen Direktiven über die Art der zukünftigen Gesetzgebung begleitet sein. Eine solche «Direktive» liegt z. B. darin, daß der Bund als zuständig erklärt wird, Vorschriften aufzustellen «über den *angemessenen* Ersatz des Lohn- und Verdienstausfalles infolge Militärdiensts» oder daß er die Kranken- und Unfallversicherung «unter Berücksichtigung der bestehenden Krankenkassen» einrichten soll (BV Art. 34^{ter} Abs. 1 lit. d und Art. 34^{bis} Abs. 1).

Sachhaltiger sind meist die Direktiven, die nach der Erteilung der Zuständigkeit in besonderen Absätzen desselben Verfassungsartikels dem einfachen Gesetzgeber zahlreiche Anweisungen geben, wie er das Ausführungsgesetz zu gestalten habe, was er nicht einführen oder anordnen dürfe¹⁵⁹. Solche Direktiven können entweder lediglich exemplarisch die Gesetzgebungsziele anführen, die mit der neuen Bundeskompetenz besonders verfolgt werden sollen (z. B. Art. 34^{sexies} Abs. 2: «insbesondere») oder durch Vorweg-

Auch wenn der Bund nur zu einer Gesetzgebung als «befugt» erklärt (z. B. Art. 34^{ter} oder 27^{quinquies} BV), etwas als seine «Sache» festgehalten oder er in einer «Kann»-Vorschrift als zuständig erklärt wird (so vor allem Art. 27^{quater} Abs. 1 BV), kann in der angegebenen Materie doch der Hinweis auf ein Regelungsbedürfnis liegen und damit ein stärkerer oder schwächerer Auftrag an den Gesetzgeber zu entsprechendem Handeln umschrieben sein. (Gerade z. B. in Art. 34 BV liegt der Appell zur Gesetzgebung in der Umschreibung der dem Bund übertragenen Regelungsmaterie – «Verwendung von Kindern in den Fabriken und ... die Dauer der Arbeit erwachsener Personen in denselben». – Auf eine «reine» Kompetenznorm, nämlich Art. 64 BV, stützt sich hingegen das private Arbeitsrecht mit seinem eminent sozialpolitischen Gehalt.)

¹⁵⁹ H. HUBER, ZbJV 107, 1971, a.a.O., S. 190.

nahme detaillierter Grundsätze oder gar Einzelnormen (z. B. Art. 34^{quater}, bes. Abs. 2 und 3) der Gesetzgebung Schranken setzen. Eine besondere Frage geht dahin, ob die Befrachtung der Verfassung mit Direktiven an den Gesetzgeber dadurch vermieden werden könne, daß der Verfassunggeber seinen «Willen» anderswie zum Ausdruck bringt, etwa durch Ausarbeitung und Bekanntgabe eines Gesetzesentwurfes vor der Verfassungsabstimmung oder doch durch Bekanntgabe der Grundzüge künftiger Gesetzgebung. HANS HUBER ist zuzustimmen, daß Verfassungsrechtsfortbildung durch solches Festnageln nicht gehindert werden könne und dürfe¹⁶⁰. Abzulehnen sind vor allem auch die Versuche, durch Forderungen, Feststellungen und Zusicherungen in Protokollen, Vernehmlassungen und Eingaben zukünftige Gesetzgebung «mit Marken und Pfählen» abzustecken¹⁶¹.

Daß die Häufung von Direktiven für den Gesetzgeber in Verbindung mit Kompetenzbestimmungen nicht nur «Erzeugnisse des Mißtrauens und der Referendumstaktik»¹⁶² zu sein braucht, sondern auch einfach Folge eines mangelnden Verfassungsverständnisses mit fehlender Einsicht in die notwendige Beschränkung verfassungsrechtlicher Ordnung auf Fundamentales, Richtungweisendes sein kann, zeigt die parlamentarische Beratung über den neuen Tierschutzartikel¹⁶³.

¹⁶⁰ a.a.O., S.190.

¹⁶¹ H. HUBER, a.a.O.

¹⁶² H. HUBER, a.a.O.

¹⁶³ Vgl. vor allem das Votum AUBERT in der Detailberatung des Nationalrats zum neuen Art. 25^{bis} BV. AUBERT beantragte hier die Streichung der Abs. 2 und 3 des vorgeschlagenen Verfassungsartikels: «Die Bundesgesetzgebung stellt insbesondere Vorschriften auf über: a) das Halten und die Pflege von Tieren; b) die Verwendung von und den Handel mit Tieren; c) die Tiertransporte; d) die Eingriffe und Versuche am lebenden Tier; e) das Schlachten und anderweitige Töten von Tieren; f) die Einfuhr von Tieren und tierischen Erzeugnissen. – Der Bundesrat kann Forschungsarbeiten unterstützen, die eine verbesserte Kenntnis der Anforderungen des Tierschutzes bezwecken.» AUBERT hielt diese Aufzählung für überflüssig; die Verfassung sollte nicht dazu mißbraucht werden, um gewissermaßen den Bürger zu informieren: «Ne mésusons pas de la constitution fédérale. La constitution ne sert pas à l'information, au renseignement. La constitution n'informe pas, elle prescrit. La constitution ne renseigne pas, elle dispose. Je suis assurément très sensible au but de trans-

Verfassungsrechtliche Richtlinien für die zukünftige Gesetzgebung in Folge einer Bundeskompetenz können aber auch Ausdruck des Maßes an politischem Konsens sein, der hinter einer Kompetenznorm steht. So sind manche Zusätze der revidierten Wirtschaftsartikel der BV das Ergebnis eines Kompromisses «in einem kräftemäßig sehr offenen Streit darüber, ob man die HGF nicht einem höheren Prinzip (Wohlfahrt, soziale Sicherheit) unterstellen sollte»¹⁶⁴. Diese Unterstellung wurde zwar abgelehnt, dem Anliegen aber durch die Konzedierung verschiedener neuer Interventionsmöglichkeiten, die wiederum mit verschiedenen Kautelen versehen wurden, punktuell Rechnung getragen.

2.23 Kompetenzzuweisungen mit Zielsetzungen

Von besonderem Interesse sind die eher neuartigen Bestimmungen, die eine Gesetzgebungshoheit des Bundes durch eine globale Zielsetzung bestimmen, wie wir sie beispielhaft finden in den Artikeln 34^{sexies} BV («Der Bund trifft Maßnahmen zur Förderung, besonders auch zur Verbilligung des Wohnungsbau...») oder Art. 22^{quater} BV («Der Bund stellt... Grundsätze auf für eine... der zweckmäßigen Nutzung des Bodens und der geordneten Besiedelung des Landes dienenden Raumplanung») oder in der Kompetenz gemäß Art. 31^{bis} Abs. 3 lit. b BV (Erlaß von Vorschriften «zur Erhaltung eines gesunden Bauernstandes»).

Solchen Zielbestimmungen wurde der Vorwurf mangelnder Klarheit, fehlender Schärfe der Formulierung gemacht¹⁶⁵, es wurde bezweifelt, ob sie in der bundesstaatlichen Aufgabenabgrenzung noch eine Grenzfunktion ausüben können¹⁶⁶. Auf die Funktion von Staatszielbestimmungen insbesondere im Verfassungsrecht des Sozialstaates wird in einem folgenden Abschnitt zurückzukommen

parence que le Conseil fédéral prétend poursuivre avec son alinéa. Je dis simplement que le moyen est mauvais. Vous n'avez pas le droit d'utiliser la constitution à des fins d'information du citoyen.» (Amtl. Bull. NR 1973, S. 244, 2. Sp.).

¹⁶⁴ SCHWEINGRUBER, a.a.O., S. 89.

¹⁶⁵ Siehe die verschiedenen Hinweise bei SCHWEINGRUBER, a.a.O. S. 89 mit Anm. 19.

¹⁶⁶ So neuestens wieder H. HUBER, ZbJV 107, 1971, a.a.O., S. 189.

sein¹⁶⁷. Hier sei lediglich angemerkt, daß die Zuständigkeitsbestimmung durch globale Zielsetzung mit der traditionelleren durch Nennung einer Materie oft austauschbar ist: der Artikel über den Umweltschutz¹⁶⁸ hätte ebensogut als Zielbestimmung formuliert werden können. Aufschlußreich ist in diesem Zusammenhang die Tatsache, daß sowohl in der Botschaft als auch in den parlamentarischen Beratungen zum neuen Art. BV 24^{septies}¹⁶⁹ betont wurde, es handle sich hier um einen *obligatorischen* Gesetzgebungsaufrag, obwohl eine rein feststellende Formulierung der Kompetenz als Zuständigkeit in einem bestimmten Sachbereich («Vorschriften über...») gewählt wurde. Aus der Art der Formulierung kann somit nichts Entscheidendes über die Abgrenzungsfunktion einer Norm bei der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung entnommen werden. Hingegen scheint es offensichtlich, daß sich zahlreiche Aufgaben heutiger Sozialgestaltung eher oder ausschließlich von den *Zielen*, weniger von den *Mitteln* her erfassen lassen¹⁷⁰. Will die Verfassung an den dem Staat zugewachsenen Aufgaben «laufender gesellschaftlicher Gestaltung» (HANS HUBER) nicht vorbeisehen, bleibt die Umschreibung der Kompetenzen von der Zielsetzung her mitunter das einzige Mittel angemessener Verfassunggebung im Sozialstaat.

2.24 Stillschweigende Bundeskompetenzen

Gemäß einem materiellen Verfassungsbegriff müssen auch die sog. stillschweigenden Bundeskompetenzen als «Form» verfassungsrechtlichen Ausdruck einer Staatsaufgabe – oder -kompetenz

¹⁶⁷ Siehe dazu unten Ziff. 10.4.

¹⁶⁸ «Der Bund erläßt Vorschriften über den Schutz des Menschen und seiner natürlichen Umwelt gegen schädliche oder lästige Einwirkungen. Er bekämpft insbesondere die Luftverschmutzung und den Lärm.» – Art. 24^{septies} Abs. 1 BV.

¹⁶⁹ BOTSCHEFT des Bundesrates über die Ergänzung der Bundesverfassung durch einen Artikel 24^{septies} betr. den Schutz des Menschen und seiner natürlichen Umwelt gegen schädliche oder lästige Einwirkungen, BBl 1970 I, S. 761 ff., 770, 776; L. SCHÜRMANN, Fortbildung des Umweltschutzrechts, in: Schweizerisches Umweltschutzrecht (hrsg. von H.-U. Müller-Stahel), Zürich 1973, S. 503 ff., 514.

¹⁷⁰ SCHWEINGRUBER, a.a.O., S. 89. Bei den neuen Wirtschaftsartikeln wurde gerade auch bemängelt, daß nur «Ziele», aber keine «Mittel» erwähnt seien. Hinweise bei SCHWEINGRUBER, a.a.O.

– betrachtet werden. Es ist dann eben nicht die formelle Verfassunggebung, sondern wesentlich die Staatspraxis, aus der sich diese Zuständigkeiten ergeben. Sie werden teils mit der Annahme «originärer» Staatsaufgaben, von «implied powers»¹⁷¹ oder mit dem Hinweis auf Gewohnheitsrecht begründet, ohne daß das Verhältnis dieser dogmatischen Konstruktionen völlig geklärt wäre.

Als «implied power» müßte auch die gesamte Planungstätigkeit des Bundesrates und der Bundesverwaltung im Vorstadium entsprechender Verfassung- und Gesetzgebung verstanden werden¹⁷², wo sich Planung nicht auf die in der Verfassung enumerierten Materien bezieht, sondern sich aus der dem modernen Gemeinwesen zugewachsenen Gesamtverantwortung auch für eine möglichst sozialgerechte Gesellschaftsgestaltung im Ganzen aufdrängt. Daß unter diesem Gesichtspunkt die Schaffung von verfassungsmäßigen Kompetenzen des Bundes in bestimmten Sachbereichen nur als einzelne Planungsschritte erscheinen, die entsprechend auch vom Bundesrat als schwergewichtigem Planungsträger initiiert werden, wird an anderer Stelle ausgeführt¹⁷³.

Stillschweigende Bundeskompetenzen hat die Praxis des Bundesrates und des Parlamentes gerade auch im Bereich der Kulturförderung – einem der traditionellsten Zweige der Leistungsverwaltung – angenommen, die als originäre, selbstverständliche Bundesaufgabe betrachtet wurde. So führt der Bundesrat in seiner Botschaft betr. Änderung des «Pro-Helvetia»-Gesetzes aus, das Gesetz lasse sich auf keine ausdrückliche Verfassungsbestimmung stützen. Seit jeher hätten aber Doktrin und Praxis die Kompetenz des Bundesrates zur Wahrnehmung kulturpolitischer Aufgaben «als gewissermaßen zu den Persönlichkeitsrechten des Staates» gehörend betrachtet¹⁷⁴.

Das bisherige Fehlen für die – vom Bund vor allem durch Schaffung und Finanzierung des Schweiz. Nationalfonds betriebene – Förderung der wissenschaftlichen Forschung hat der Bundesrat in seiner Botschaft über die neuen Bildungs- und Forschungsartikel der BV bestätigt¹⁷⁵.

¹⁷¹ Siehe AUBERT, *Traité I* Nos 620ff.

¹⁷² Will man sie nicht aus der «leitenden» Aufgabe des Bundesrates gemäß Art. 95 BV ableiten. Richtigerweise ist Planung aber nicht mit Leitung gleichzusetzen, sondern erscheint als deren Voraussetzung.

¹⁷³ Vgl. unten Ziff. 4.5 und 5.2.

¹⁷⁴ BBI 1965 I, S. 1433 ff.; 1448.

¹⁷⁵ BBI 1972 I, S. 375 ff., 375. – Mit der Annahme des Forschungsartikels – BV 34quater – in der Volksabstimmung vom 4.3.1973 ist nun die Bundeskompetenz ausdrücklich in die BV aufgenommen worden.

3. Die Sozialverfassung

3.1 Funktionsabhängigkeit der Grundrechte von ihrem Beziehungsgefüge (Sozialrechte und Sozialverfassung)

Grundrechte sollen eine Grundordnung konstituieren. Man kann die *klassischen* Grundrechte als die Leitideen einer offenen politischen Gemeinschaft und einer an der Persönlichkeitsentfaltung des einzelnen orientierten – immer wieder aufgegebenen – Ordnung sehen. Entsprechend sollen soziale Grundrechte die Marksteine einer am Gedanken sozialer Gerechtigkeit ausgerichteten Ordnung sein. Die klassischen Grundrechte waren in ihrem Ursprung ein Wagnis, eine kühne Berufung auf überstaatliches, jedem Menschen unabhängig von positiver Satzung innewohnendes Recht, das gerade im Bereich freier politischer Auseinandersetzung bisher Verschlossenes öffnen, von Willkür Gefährdetes sichern, und – im Bereich der geistigen Freiheiten – auch Geist wider Macht eine Durchsetzungschance bieten sollte¹⁷⁶.

Wie sieht das soziale Beziehungsfeld aus, in dem die Sozialrechte Leitlinien, Zeichen des Unaufgebbaren, Zonen letzter persönlicher Sicherung sein sollen, wie es die klassischen Grundrechte zur Zeit ihrer ersten Verbriefung in *ihrem Bereich* waren und wesentlich bis heute geblieben sind?

Die Frage deutet auf die Aufgabe, zunächst nach der Sozialverfassung zu fragen, in deren Rahmen die Sozialrechte ihre Führungsrolle übernehmen sollen. Wie ist die Sozialordnung konstituiert, welche Grundzüge weist sie heute auf, wie ist sie verfassungsrechtlich bereits gesichert, welche Mängel sind zu beheben? Kön-

¹⁷⁶ Die emanzipatorische Kraft der frühen Freiheitsrechte, die sie vor allem aus dem aufklärerischen Naturrecht mitbekamen (s. dazu jetzt HANS MAIER, Die Grundrechte des Menschen im modernen Staat, Osnabrück 1973), ist bei den sozialen Grundrechten in Frage gestellt (genauso wie sie beim Verständnis der klassischen Grundrechte als bloß staatsverliehene, unter Gesetzesvorbehalt stehende positivistisch verstandene Freiheitsrechte verlorengegangen). SCHREIBER, Sozialpolitische Perspektiven, S. 30, verneint, daß die auf staatliche Leistungen («Almosen») zugunsten der Arbeiterschaft gerichtete Sozialpolitik einen emanzipatorischen Effekt haben könne.

nen Sozialrechte die (in Anlehnung an die naturrechtlich begründeten klassischen Grundrechte) erwartete Legitimitätsfunktion für den weiteren Ausbau des Sozialstaates erfüllen? Bedarf der Sozialstaat überhaupt solcher «überpositiver» Rechtfertigung oder sind die eigentlichen und wirksamen Triebkräfte in Richtung vermehrter sozialer Gerechtigkeit in unserer Zeit anderswo zu suchen als im Griff nach den Sternen überstaatlicher Menschenrechte?

Nur aus dem Bezug auf die gegebene Sozialordnung, die geschichtliche Bedeutung der Menschenrechte, die normative Kraft des die Grundrechte ursprünglich tragenden naturrechtlichen Denkens¹⁷⁷ kann die Eignung sozialer Grundrechte in einer heutigen Verfassung richtig gewürdigt werden.

3.2 Begriff der Sozialverfassung

Als Sozialverfassung sei im folgenden die Rechtsverfassung verstanden, soweit sie auf Verwirklichung der Sozialpolitik gerichtet ist.

Sozialpolitik geht tendenziell in Gemeinwohlpolitik über, sie ist jedenfalls mehr als «veredelte Armenfürsorge», mehr als Korrektur eines grundsätzlich staatsfreien Wirtschaftslebens bei besonderen Notlagen^{178, 178a}; sie nähert sich der dem Gemeinwesen aufge-

¹⁷⁷ Wie sehr dieses heute noch die Vorstellung einer unpolitisch gedachten Konkretisierung der Grundrechte, die es «auszuschöpfen» gelte, trägt, wird viel zu sehr übersehen, war aber z. B. in der – auch geschichtlich bedingten – naturrechtlichen Renaissance in Deutschland nach 1945 ganz offenkundig (vgl. die Hinweise in MÜLLER, a.a.O., S. 129ff.); aufschlußreich das «nüchterne» Grundrechtsverständnis, wie es bei der Revision der *schwedischen Verfassung* zum Ausdruck kommt: Vgl. z. B. HANNFRIED WALTER, Die allgemeine Verfassungsrevision in Schweden und die Grundgesetzänderungen von 1965, ZaöRV 26, 1966, S. 59, 67/68: Der Verfassungsentwurf geht von einem Grundrechtsverständnis aus, das sich ausdrücklich von der deutschen Grundrechtslehre abhebt – unter Absage an «naturrechtliche» Gedankengänge. Insbesondere habe man «verschleiernde Erklärungen über die Gleichheit aller vor dem Gesetz, die Unkränkbarkeit der persönlichen Freiheit und dergleichen vermieden und versucht, konkrete Regelungen zu formulieren, von denen angenommen werden kann, daß sie in praktischen Zusammenhängen von Wert sind» (a.a.O., S. 67).

¹⁷⁸ Grundlegend GYGI, Wirtschaftsverfassung, S. 291, 344.

^{178a} Der Begriff «Sozialpolitik» ist heute weithin offen. Einigkeit scheint darüber

gebenen Gesellschaftspolitik schlechthin. Sie stellt keinen abschließend zu bezeichnenden Aufgaben- und Tätigkeitsbereich des Gemeinwesens dar¹⁷⁹. Praktisch können denn auch in jedem Sachbereich staatlichen Wirkens und Ordnens sozialpolitische Ziele mit im Spiel stehen, etwa vom Bankengesetz (Schutz der Kleinsparer) oder Raumplanungsgesetz¹⁸⁰ bis zu den eigentlichen Institutionen der Sozialpolitik wie die Sozialhilfe- und Sozialversicherungswerke.

zu bestehen, daß der «Sozialstaat» nur von seiner Zielsetzung her oder idealtypisch durch Abgrenzung vom liberalen Staat des 19. Jahrhunderts verstanden werden kann, der die soziale, wirtschaftliche und kulturelle Ordnung des Gemeinwesens grundsätzlich autonomen gesellschaftlichen Kräften überlassen wollte, während beim heutigen Sozialstaat offen bleibt, wie weit staatliches Handeln, wie weit das freie Wirken gesellschaftlicher Kräfte Gemeinwohl am besten sicherstellt (KLAUS STERN, Sozialstaat, in: Evang. Staatslexikon, S. 2092). Der traditionelle Begriff der Sozialpolitik umfaßt folgende Bereiche: Arbeiterschutz, Arbeitsrecht, Schutz des einzelnen vor Einbrüchen in seine wirtschaftliche Existenz, die zu Notlagen führen, Beistand an Hilfsbedürftige schlechthin (vgl. statt vieler M. WEBER, Im Kampf um soziale Gerechtigkeit, 1967, S. 275 ff.). Sozialpolitik geht heute aber über die traditionelle Funktion der Abwehr von Notlagen weit hinaus, und es erscheint verfehlt, sie heute noch auf das zu beschränken, was sie vielleicht einmal war: ein System einseitiger Hilfeleistungen an Sozialschwache (W. SCHREIBER, Zum System sozialer Sicherung, 1971, S. 33).

¹⁷⁹ Zum heutigen Stand der wissenschaftlichen Diskussion über Begriff und Inhalt der Sozialpolitik vgl. insbesondere: HANS ACHINGER, Sozialpolitik als Gesellschaftspolitik, Hamburg 1958; GERHARD ALBRECHT, Gesellschaftspolitik, Sozialpolitik – Volkswirtschaftspolitik in: KÜLP/SCHREIBER (Hrsg.), Soziale Sicherheit, Köln/Berlin 1971, S. 46 ff.; ANTON BURGHARDT, Lehrbuch der Allg. Sozialpolitik, Berlin 1966; WALTER EUCKEN, Die Politik der Wettbewerbsordnung: Sozialpolitik, in: Soziale Sicherheit, S. 35 ff.; JOSEPH HÖFFNER, Was ist Sozialpolitik?, in: Soziale Sicherheit, S. 27 ff.; GERHARD KLEINHENZ, Probleme wissenschaftlicher Beschäftigung mit der Sozialpolitik, Berlin 1970; ELISABETH LIEFMANN-KEIL, Ökonomische Theorie der Sozialpolitik, Berlin/Göttingen/Heidelberg 1961; LUDWIG PRELLER, Sozialpolitik, Theoretische Orientierung, Tübingen/Zürich 1962; ARNOLD SAXER, Sozialpolitik, in: HdSchVw (Handbuch der schweiz. Volkswirtschaft) Bd. II, S. 334 ff.; WILFRID SCHREIBER, Zum System sozialer Sicherung, Köln 1971; DERSELBE, Sozialpolitische Perspektiven, Köln 1972; EDWIN SCHWEINGRUBER, Sozialgesetzgebung der Schweiz, Zürich 1955; WALTER WEDDIGEN, Grundzüge der Sozialpolitik und Wohlfahrtspflege, Stuttgart 1957; SIGFRIED WENDT, Bemerkungen über das Verhältnis von Wirtschaftspolitik und Sozialpolitik, in: Soziale Sicherheit, S. 76 ff.

¹⁸⁰ Dieses soll nach dem Zweckartikel – wie er aus der ständigerätlichen Beratung hervorgegangen ist – «die räumlichen Voraussetzungen für die Entfaltung des

Auch innerhalb der Wirtschaftsverfassung ist eine klare Ausscheidung der Sozialverfassung nicht möglich, da die meisten wirtschaftlichen Maßnahmen soziale Wirkungen¹⁸¹, gute oder schlechte, sämtliche sozialpolitische Maßnahmen wirtschaftspolitische Folgen haben (dies gilt für alle sozialpolitischen Maßnahmen mit finanziellen Folgen, aber auch für sozialpolitische Neuerungen polizeilichen Charakters, etwa auf dem Gebiet des Arbeiterschutzes mit seinen Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation des Unternehmers oder der Gesamtwirtschaft gegenüber dem Ausland)¹⁸². Schließlich greift die Sozialverfassung in ihrer Zielsetzung – final – und mit ihren Mitteln – instrumental – über das Wirtschaftliche hinaus.

Als Ziel der Sozialpolitik wird heute generell die Herbeiführung maximalen Wohlbefindens der Gesellschaft und aller Glieder in ihr bezeichnet. Man ist versucht, an den Anspruch auf Glück jedes Bürgers zu denken, den gewisse aufklärerische Verfassungen ins Zentrum ihrer Rechteerklärungen gestellt haben¹⁸³. Die Wirtschaftspolitik befaßt sich im System der Wirtschaftsfreiheit mit den Gütern, die am Markt gehandelt werden können, für die ein skalares Maß¹⁸⁴ definierbar ist, nämlich der in Geld ausgedrückte Tauschwert. Sozialpolitik ist – soweit sie als Teil der Wirtschaftspolitik erscheint – im wesentlichen eine Frage der sozialgerechten (im Gegensatz zur leistungsgerechten) Verteilung des Sozialprodukts. Sozialpolitik ist aber nicht nur ein Problem der Umverteilung, sie umfaßt heute weit mehr als Wirtschaftsgüter: Lebenswerte, die keinen Marktwert haben: Geistesbildung, Kunstgenuß, Gesundheit, Lebenszeit, Sicherheit, Lebenswerte, die sich nur im Bewußtsein der Person vollziehen¹⁸⁵.

persönlichen, sozialen und wirtschaftlichen Lebens schaffen». – Art. 1 Abs. 2; Amtl. Bull. StR 1973, S. 73.

¹⁸¹ Dies wird offensichtlich bei sämtlichen heutigen konjunkturpolitischen Maßnahmen erkannt, gilt aber ebenso für die Abstinenz des Staates des Laissez-faire-Liberalismus.

¹⁸² So G. v. EYNERN, Grundriß der Politischen Wirtschaftslehre, Köln/Opladen 1968, S. 192 oben.

¹⁸³ Vgl. dazu D. STERNBERGER, Das Menschenrecht, nach Glück zu streben, in: Ich wünschte ein Bürger zu sein, Frankfurt a. M. 1967, S. 131 ff., wo sich der Verfasser mit der Formel «pursuit of happiness» der amerikanischen Unabhängigkeitserklärung auseinandersetzt; vgl. insbesondere die Ausführungen S. 142, wonach die Glückseligkeitsformel in einigen Staaten gar zur positiven Rechtsnorm erhoben worden ist und als solche auch die Rechtsprechung beschäftigt hat.

¹⁸⁴ SCHREIBER, Sozialpolitische Perspektiven, S. 16. ¹⁸⁵ a.a.O.

Die Sozialverfassung sprengt also verschiedentlich den Rahmen der Wirtschaftsverfassung¹⁸⁶, ja die heute hervorstechenden Entwicklungen der Sozialpolitik spielen sich gerade in Bereichen ab, wo es um die Beseitigung von Kehrseiten des wirtschaftlichen Wachstums und allgemeiner Wohlstandsvermehrung geht¹⁸⁷, um typische Gestaltungsaufgaben des Gemeinwesens, das «am Übergang einer vorwiegend auf quantitatives Wachstum ausgerichteten Periode zu einem Zeitabschnitt, in welchem humanitäre und qualitative Aspekte des Lebens den Vorrang erhalten müssen», steht¹⁸⁸.

Damit sind auch Leistungen angesprochen, bei denen der wirtschaftliche Charakter zurücktritt: wie bei dem zunehmenden Informations- und Konsensbedürfnis des Menschen in unserer Gesellschaft in Zusammenhang mit der umfassenden Forderung nach realer Entfaltungsmöglichkeit im politischen, gesellschaftlichen und privaten Raum¹⁸⁹.

3.3 Gegenüberstellung zur Wirtschaftsverfassung

GYGI hat die *Wirtschaftsverfassung* als den Teil der rechtlichen Grundordnung aufgefaßt, der «die staatliche Wirtschaftspolitik» betreffe. Es könne sich dabei «um geschriebene oder ungeschriebene Grundsätze, Ziel- oder Kompetenzbestimmungen von Verfassungsrang handeln»¹⁹⁰. Maßgeblich seien dabei «die realen Sy-

¹⁸⁶ Siehe auch unten Ziff. 4.5.

¹⁸⁷ Siehe die Richtlinien der Regierungspolitik in der Legislaturperiode 1971–1975, BBl, a.a.O., S. 1032.

¹⁸⁸ Richtlinien, a.a.O., S. 1032.

¹⁸⁹ Richtlinien, a.a.O., S. 1071 und 1048.

¹⁹⁰ Wirtschaftsverfassung, a.a.O., S.309 im Anschluß an H. ZACHER, Aufgaben einer Theorie der Wirtschaftsverfassung, in: Festschrift für Böhm, S.63ff. – Zum Begriff der Wirtschaftsverfassung vgl. ferner: PETER BADURA, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, Frankfurt a. M. 1971, bes. S.17ff.; HEINZ PETER CHRISTEN, Die Wirtschaftsverfassung des Interventionismus, Diss. St. Gallen 1970, bes. S.123ff.; GERT VON EYNERN, Grundriß der politischen Wirtschaftslehre, Köln/Opladen 1968, bes. S.64, 105, 101ff.; HERBERT SCHAMBECK, Wirtschaftsverfassung und Verfassungsrecht, in: Wirtschaft und Verfas-

steme»¹⁹¹ in Abhebung von wirtschaftstheoretischen Systemen, die immer wieder in die Verfassung hineinprojiziert worden sind. Die rechtlichen Grundzüge, eben den Verfassungsgehalt der Wirtschaftsordnung im normativen Sinn, findet er in den «Rechts-tatsachen»¹⁹², wie sie vor allem in den «Richtlinien der Regie-rungspolitik» niedergelegt sind¹⁹³. Aus ihnen kristallisiert er «die Wirtschaftsverfassung der Wirtschaftspolitik»¹⁹⁴ (in Gegenüber-stellung zu der in der Wirklichkeit überholten Wirtschaftsverfas-sung der HGF). Diese Verfassung findet er im wesentlichen kon-stituiert durch den *Grundentscheid für die Verantwortlichkeit des Staates zur Verwirklichung einer marktorientierten und sozialver-pflichteten Wirtschafts- und Sozialordnung*¹⁹⁵. Dieser Grundent-scheid ist nach GYGI bestimmt genug, um – dem Sinn der Ver-fassung entsprechend – «einem Sozialbereich ein Halt» zu sein¹⁹⁶, wiewohl die Festlegung auf eine bestimmte Ordnung (etwa das neoliberale System der sozialen Marktwirtschaft mit der zugeschach-ten Funktion, «den künftigen Weg auf eine einzige Fährte fest-zulegen»¹⁹⁷) weder möglich noch dem Verfassungscharakter an-gemessen wäre¹⁹⁸; es bleibt somit eine beträchtliche «Unbestimmt-heit», die Wirtschaftsverfassung bietet also mit ihrem Gestaltungs-spielraum für den Gesetzgeber – innerhalb bestimmter Bandbrei-ten¹⁹⁹ – eher einen Orientierungs- und Haltepunkt, der Verwaltung eine «Auslegungshilfe», und kein normatives (Wirtschafts-)Sy-tem, aus dem die einzelnen Maßnahmen abzuleiten wären²⁰⁰.

sung in Österreich, Wien 1972, S. 37 ff.; vor allem auch div. Beiträge in: ULRICH SCHEUNER (Hrsg.), Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft, Frankfurt a. M. 1971, mit reichen Nachweisen in der Bibliographie, S. 667 ff., bes. 669/670.

¹⁹¹ GYGI, a.a.O., S. 290.

¹⁹² a.a.O., S. 287.

¹⁹³ So ausdrücklich S. 291.

¹⁹⁴ a.a.O., S. 287.

¹⁹⁵ a.a.O., S. 291 und durchgängig.

¹⁹⁶ S. 290.

¹⁹⁷ S. 290.

¹⁹⁸ So auch U. SCHEUNER, in: Festschrift für E. Forsthoff, 1972, S. 326/327.

¹⁹⁹ GYGI, a.a.O., S. 291.

²⁰⁰ a.a.O.

Nachdem in der Rechtswirklichkeit – zu deren Erhellung die «Richtlinien» in erster Linie beigezogen werden – die Grundentscheidung für den sozialen Rechtsstaat im Sinne eines verfassungsrechtlichen Auftrags diagnostiziert ist, fragt Gygi nach der verfassungsrechtlichen Konformität der aufgegebenen Wirtschaftspolitik und findet, daß sie «verfassungsrechtlich gedeckt ist»²⁰¹. «Damit sollte belegt werden, daß sich der Bundesstaat in Übereinstimmung mit der Verfassung in viel ausgedehnterem Maße für die Wirtschaftsordnung (unter Einschluß einer sozialverpflichteten Gesellschaftsordnung) verantwortlich erachtet und erachten muß, als eine vordergründige Meinung über die ‹staatsfreie Wirtschaft› sich das vorstellt.»²⁰²

Das methodische Vorgehen Gygis bei Bestimmung der Wirtschaftsverfassung ruft nach methodischer Reflexion: Maßgeblich sei weder der von der herrschenden Rechtslehre noch das von der Praxis des Bundesgerichts²⁰³ nahegelegte Konzept der Wirtschaftsverfassung der HGF, sondern die «reale» Wirtschaftsverfassung, «die nach den Richtlinien der Regierungspolitik und nach zahlreichen anderen Verlautbarungen praktizierte Wirtschaftspolitik des Bundes»²⁰⁴; zur Bestimmung ihres Gehalts wird auch maßgeblich auf die praktische Volkswirtschaftslehre abgestellt, die «längst einen Stand der Klärung und Festigung erreicht, der eine Verwertung ihrer Erkenntnisse für das Wirtschaftsverfassungsrecht angezeigt und fruchtbar erscheinen» läßt²⁰⁵.

²⁰¹ S. 342.

²⁰² S. 342.

²⁰³ Die sich nur mit einem Aspekt der Wirtschaftsverfassung befaßt, nämlich mit der individualrechtlichen Bedeutung der HGF gegenüber kantonalen Eingriffen und Maßnahmen. – Gygi, a.a.O., S. 268.

²⁰⁴ Gygi, a.a.O., S. 342.

²⁰⁵ Gygi, a.a.O., S. 273, 305: Da eben aus den Erkenntnissen der Volkswirtschaftslehre auch normative Gehalte für die Wirtschaftsverfassung übernommen oder gefestigt werden, scheint mir die postulierte oder behauptete Werturteilsfreiheit der praktischen Volkswirtschaftslehre und insbesondere ihre Übernahme in den Kontext des Verfassungsrechts – als notwendig normativen Sachbereichs – unhaltbar. Vgl. Gygi, S. 344, 274.

3.4 «Reale» und «normative» Verfassung

Soweit die Grundlagen der Wirtschaftsverfassung der praktizierten Wirtschaftspolitik des Bundes entnommen werden, haben wir es mit einem wirklichkeitsswissenschaftlichen Begriff der Verfassung i.S. HELLERS zu tun. Verfassung in diesem Sinn ist zunächst nicht normativ, sondern deskriptiv. Die so verstandene und analysierte Wirtschaftsverfassung konfrontiert GYGI mit der Rechtsverfassung im formellen Sinn: der (im wesentlichen) geschriebenen Bundesverfassung, und findet, daß diese normativ einfange, was in der wirklichen Wirtschaftsverfassung geschehe. Ja, die formelle Verfassung entfalte gerade neue Gehalte, wenn nicht mit der ideo-logischen Belastung einer altliberalen Vorstellung, mit dem Glau-ben an die Automatik der «staatsfreien» Wirtschaft²⁰⁶, sondern mit dem Vorverständnis der praktizierten und von der praktischen Volkswirtschaftslehre gewiesenen Gesamtwirtschaftspolitik²⁰⁷ an sie herangetreten werde. Dieses Vorgehen erscheint nicht nur me-thodisch gerechtfertigt²⁰⁸, sondern auch praktisch fruchtbar und geeignet, die Glaubwürdigkeit der Verfassung gerade im wirt-schaftlichen und sozialen Bereich in einer gewandelten Wirklichkeit zu erneuern; denn der Blick auf die Rechtswirklichkeit bietet gleichsam die Chance, zu einem neuen Vorverständnis des Verfas-sungstextes zu kommen, dem sich zeitgerechte Interpretationen bestehenden Verfassungsrechts erschließen. Das bedeutet eben nicht Ausschaltung der Verfassung durch die Wirklichkeit, des Sollens durch das Sein, sondern Inbezugsetzen des geregelten Sach-verhalts zur Norm i.S. von FRIEDRICH MÜLLER, der Normalität zur Normativität i.S. von HERMANN HELLER, das Herstellen des dialektischen Bezuges, aus dem die Normativität trotz ihrer unleug-baren Abhängigkeit von der Normalität (der gelebten Staatswirk-lichkeit) ihre relative Eigenständigkeit bewahren kann²⁰⁹. Prak-

²⁰⁶ So z.B. S. 273.

²⁰⁷ S.273.

²⁰⁸ Vgl. H.G. HINDERLING, Rechtsnorm und Verstehen, Abhandlungen zum schweiz. Recht, Heft 407, Bern 1971, S. 201 ff.

²⁰⁹ Siehe HERMANN HELLER, a.a.O. (Anm.15), S.64, zu dialektischen Denkverfah-ren in der Staatsrechtslehre im allgemeinen; S.253 zur Verselbständigung der

tisch wirkt sich dies etwa dahin aus, daß die Befreiung der Frage nach der Wirtschaftsverfassung aus dem Dualismus staatlicher Eingriff (als Ausnahme von der Freiheit) und Wirtschaftsfreiheit (verbunden mit der altliberalen Vorstellung des Markt- und Gemeinwohlaufismus) den Blick für ein neues Verständnis der Wirtschaftsfreiheit öffnet, das der Verfassung neue Lenkungskraft in unserer Wirklichkeit gibt²¹⁰. Es bedeutet nicht zuletzt, daß der Wirtschaftsfreiheit jene normative Substanz erhalten bleibt, die den «Sozialstaat» vor dem Abgleiten in den totalen, d. h. die Lebenstotalität beanspruchenden Wohlfahrtsstaat zu bewahren vermöchte²¹¹.

3.5 Freisetzung eines Bereichs «Sozialverfassung» durch die Wirtschaftsverfassung

Was rechtfertigt die vorgängige Betrachtung der Wirtschaftsverfassung, bevor auf die Sozialverfassung des näheren eingegangen wird? Auf die enge Verwobenheit – wenn auch nicht Deckungsgleichheit – von Wirtschafts- und Sozialverfassung wurde bereits hingewiesen. Entscheidend ist folgendes: Die Vorstellung einer überwiegend an der HGF orientierten Wirtschaftsverfassung hat wie kaum eine andere verfassungsrechtliche Lehrmeinung die Vorstellung einer grundsätzlichen Trennung von Staat und Gesellschaft gefördert. Jenem sollte grundsätzlich die Sicherung von Ruhe und Ordnung, die Friedenswahrung auch durch Zivil- und Strafgerichtsbarkeit obliegen, während sich in dieser im freien Spiel der Kräfte das Gemeinwohl verwirklichen soll. Eine so verstandene Abgrenzung der sozialen Sphären des Staatlichen und des Gesellschaftlichen läßt jede Sozialpolitik als suspekt oder doch durch den Nachweis besonderer sozialer Notlagen zu rechtfertigende Intervention in eine an sich vorgegebene, prästabilierte

Normativität gegenüber der Normalität in den modernen Staatsverfassungen im besonderen und vor allem S. 254.

²¹⁰ Vgl. etwa GYGI, a.a.O., S. 348ff.: «Die soziale Freiheit» und unten Ziff. 9a.3.

²¹¹ Zutreffend P. HÄBERLE, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30, 1972, S. 102, wo die Gefahr des Abgleitens in den totalen Wohlfahrtsstaat markiert ist.

Ordnung erscheinen²¹². Diese Auffassung von der grundsätzlichen staatsfreien Sphäre als verfassungsrechtlich konstituierter Ordnung konnte nur aufrechterhalten werden, weil auch die Praxis des Bundesgerichts zur HGF dem Anschein nach einer solchen Vorstellung folgte²¹³; dabei wurde auch übersehen, daß sich diese Praxis nach dem Gegenstand der Prüfung nicht generell mit der Frage der verfassungsrechtlich gebotenen Wirtschaftsordnung, sondern mit der beschränkteren Frage befaßt, wie weit die *Kantone* in den freien Markt intervenieren dürften. Man müßte also gleichsam vom föderalistischen Element, das zu Recht auf eine möglichst einheitliche Wirtschafts- und Sozialpolitik des Bundesstaates zielte, abstrahieren, um jene Praxis für die Frage nach der verfassungsrechtlich gebotenen Ordnung der Wirtschaft auf Bundesebene wirklich fruchtbar zu machen. Nun hat sich aber selbst für den Bereich zulässiger kantonaler wirtschaftlicher Maßnahmen die Einsicht durchgesetzt, daß polizeiliche Gefahrenabwehr nicht einzige Legitimation zum Eingriff in die freie Konkurrenzirtschaft sein könne und daß sich die Sozialpolitik als selbständiges Element der Wirtschaftsverfassung sogar auf kantonaler Ebene faktisch eine selbständige verfassungsrechtliche Legitimation erworben habe²¹⁴.

Warum auf diese Frage so wesentliches Gewicht gelegt wird, sei gleich vorweggenommen: Wird im Zentrum der Wirtschaftsverfassung des Bundes nicht mehr eine in alt-liberalem Sinn verstandene Wirtschaftsfreiheit, sondern eine verfassungsrechtlich legitimierte Gesamtwirtschaftspolitik, die zugleich wettbewerbsorientiert und sozialverpflichtet ist, gesehen, so braucht es nicht mehr soziale Grundrechte, um die «Macht» der überhöhten Handels- und Gewerbefreiheit zu brechen, wo sozialpolitische Maßnahmen nötig sind. Sozialpolitische Maßnahmen müssen sich in ihrer Eignung

²¹² Siehe J. P. MÜLLER, Grundrechte, S. 121 f.

²¹³ Zu dieser Praxis: GYGI, a.a.O., S. 268; nach dieser Praxis tangieren allerdings Förderungsmaßnahmen im Unterschied zu Beschränkungen (Geboten und Verboten) trotz ihres wirtschaftspolitischen Charakters das Prinzip der Wirtschaftsfreiheit nicht. Kritisch zur Bestimmung der grundsätzlich verpönten wirtschaftspolitischen Maßnahme vom (wirtschaftspolitisch, protektionistisch-privilegierenden) Zweck her: GYGI, a.a.O., S. 269.

²¹⁴ Dazu unten Ziff. 4.2.

zur Erreichung verfassungsrechtlich aufgegebener Gemeinschaftsaufgaben rechtfertigen, nicht als «Ausnahmen» von einer grundsätzlich staatsfernen Wirtschafts- und Sozialordnung. Daß es anderseits Bereiche gibt, wo die durch die HGF gebotene Freiheit des Marktes mit Sozialgestaltungsaufträgen der Verfassung kollidiert und somit dem Verfassungsrechtler die Aufgabe der optimalen Konkordierung verschiedener, aber grundsätzlich gleichwertiger Verfassungsaufträge gegeben ist, wird später zu zeigen sein. Das Problem stellt sich im wesentlichen dort, wo die Grenze zur protektionistischen Strukturpolitik erreicht ist²¹⁵.

4. Elemente der Sozialverfassung in der BV

4.1 *Der Wohlfahrts- und Sicherheitsartikel*

Als einen zentralen Punkt der formellen Sozialverfassung der BV kann man Art. 31^{bis} betrachten, der den Bund beauftragt, «im Rahmen seiner verfassungsmäßigen Befugnisse die zur Mehrung der Wohlfahrt des Volkes und zur wirtschaftlichen Sicherung der Bürger geeigneten Maßnahmen» zu treffen.

Der Wohlfahrts- und Sicherheitsartikel wurde bei den Beratungen der Verfassungsänderung 1947 als eine der «Schicksalsbestimmungen» der Vorlage betrachtet. Die Beurteilung in den Räten sah je nach dem politischen Standpunkt der Redner verschieden aus; die Würdigungen reichten von der Garantie materieller Wohlfahrt als Aufgabe und Verpflichtung des Staates und der Sicherung des Rechts auf Arbeit und der Vollbeschäftigung bis zur bloßen Proklamation, der keine rechtliche Bedeutung zukomme, jedenfalls keine andere als dem Art. 2 BV²¹⁶. SCHWEINGRUBER sieht im Wohlfahrts- und Sicherheitsartikel eine deutliche Direktive oder Richt-

²¹⁵ F. GYGI, Staats- und steuerrechtliche Aspekte des Konjunkturartikels, in: Mitteilungsblatt des Delegierten für Konjunkturfragen, Sonderheft Juni 1972, S. 4ff., S. 7.

²¹⁶ Siehe die Übersicht bei L. SCHÜRMANN, Die rechtliche Tragweite der neuen Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung, ZBl 49, 1948, S. 33ff.; S. 37f. und E. SCHWEINGRUBER, Sozialgesetzgebung der Schweiz, Zürich 1955, S. 87f.

linie für den Gesetzgeber im Sinne einer allgemeinen Wohlfahrtspolitik²¹⁷. HANS HUBER hat später die Bestimmung trotz ihres programmatischen Charakters auch im Sinne einer Auslegungshilfe gedeutet und sie mit Verfassungspräambeln verglichen, die mehr als belanglose Deklamationen seien; es wurde angedeutet, daß auch ein solcher Programmsatz nicht nur der Gesetzgebung, sondern auch der Rechtsprechung Richtschnur sein könne²¹⁸. Es gebreche ihm somit nicht an jeder rechtlichen Substanz.

4.2 Verhältnis zur Handels- und Gewerbefreiheit

Uneinigkeit herrschte darüber, in welchem Verhältnis der neue Artikel zur HGF stehe. In der Linie der alt-liberalen Schule wurde der Wohlfahrtsartikel (Art. 31^{bis} Abs. 1 BV) als ein der HGF grundsätzlich untergeordneter Verfassungsgehalt betrachtet²¹⁹.

Gegen diese Unterordnung ist nicht nur eine wachsende Lehrmeinung in der Staatsrechtslehre anzuführen²²⁰, sondern es kann auch auf die neueste *Rechtsprechung des Bundesgerichts* hingewiesen werden, *nach der soziale und sozialpolitische Maßnahmen des Gemeinwesens als mit der HGF «vereinbar» erklärt werden*²²¹. Sozialpolitik steht nicht im Gegensatz zur staatsfreien Wirtschaft, wie sie ein altliberales Verständnis der HGF postuliert, sondern hat ihren selbständigen Stellenwert innerhalb der Wirtschaftsverfassung *neben* der Verpflichtung zum Wirtschaftssystem des freien Wettbewerbs. Die Verfassungsmäßigkeit sozialpolitischer Staatsintervention ist also nach der klaren Sprache des Bundesgerichts²²²

²¹⁷ a.a.O., S.87f.

²¹⁸ Siehe Wirtschaft und Recht 1958, S.6.

²¹⁹ Daß der Wohlfahrtsartikel der HGF untersteht, wurde seinerzeit u.a. von SCHÜRMANN (ZBl 1948, a.a.O., S.48f.) vertreten, der jedoch bereits darauf hinwies, daß Wortlaut und Stellung des Artikels im System der neuen Wirtschaftsartikel auch einen andern Schluß zulassen könnten. Vgl. auch SCHWEINGERUBER, a.a.O., S.87.

²²⁰ GYGI, Wirtschaftsfreiheit, S.287 und durchgehend; SALADIN, Grundrechte im Wandel, S.241, 346; BÄUMLIN, Recht, Staat und Geschichte, S.13.

²²¹ Vgl. BGE 97 I 499ff.; bestätigt in BGE 98 Ia 395ff.

²²² «Au cours des années cependant, les cantons ont été amenés à prendre, dans

zunächst eine Frage bundesstaatlicher Zuständigkeit, dann der allgemeinen Grundsätze des Rechtsstaates wie Angemessenheit, Wahrung der Rechtsgleichheit, ferner der Gesetzmäßigkeit und der Wahrung öffentlicher Interessen, insbesondere bei Eingriffen in Freiheitsrechte²²³; die Frage der Kollision mit der HGF wird relevant, wenn zur Frage steht, ob eine Wettbewerbsbeeinträchtigung, -verfälschung oder -behinderung stattfinde²²⁴.

Das Bundesgericht stellt im konkreten Fall weiter fest, daß die konkrete Maßnahme nicht dem Arbeiterschutz, sondern dem Schutz der Arbeitgeber, der Geschäftsinhaber diene, deren öffentliches Interesse an einem freien Halbtag gleichermaßen bejaht werden müsse wie das entsprechende Interesse der Arbeitnehmer. Daß mit dem sozialpolitischen (oder hier eigentlich gesellschaftsgestaltenden – es geht ja zweifellos nicht um Abwehr von sozialen Notlagen oder um sozialen Ausgleich im weiteren Sinn –) Ziel zugleich *wirtschaftspolitische* Effekte erreicht werden (nämlich eine Erleichterung der Erfüllung einer Arbeiterschutzwpflicht gemäß Art. 21 Arbeitsgesetz durch Beseitigung möglicher Wettbewerbsvorteile größerer Geschäfte), könnte nun zwar die Frage nach der Kollision mit der HGF aktuell werden lassen; *die Gleichwertigkeit der sozialpolitischen Zielsetzung mit dem Grundsatz des freien Marktes* führt aber zum Schluß, daß – obwohl die angefochtenen Bestimmungen auch einen unter dem alleinigen Gesichtspunkt der HGF an sich verpönten wirtschaftspolitischen Effekt hätten – dies

l'intérêt général et en raison de l'évolution des conditions techniques, économiques et sociales, des mesures qui ne tendaient plus directement – ou du moins plus uniquement – à écarter un danger, mais pratiquement à procurer du bien-être à l'ensemble ou à une grande partie des citoyens ou à accroître ce bien-être par l'amélioration des conditions de vie, de la santé ou des loisirs. Le Tribunal fédéral a déclaré compatibles avec la constitution ces mesures, ressenties par une grande partie de la population comme justifiées. ...il paraît opportun de les qualifier de mesures sociales, ou mesures de politique sociale. Tant qu'elles n'ont pas pour objectif d'intervenir dans la libre concurrence, elles sont compatibles avec l'art. 31 Cst., comme on le reconnaît généralement à l'heure actuelle.» (S. 505/506)

²²³ So ausdrücklich BGE 97 I 506.

²²⁴ Siehe BGE 97 I 505/506.

nicht zu beanstanden sei, solange der sozialpolitische Zweck im Vordergrund stehe²²⁵.

Die Bedeutung dieser Rechtsprechung für die Auslegung nicht nur von Art. 31 Abs. 2, sondern auch für Art. 31^{bis} Abs. 2 ist bisher – soweit ich sehe – noch nicht ausgeschöpft worden. Die zweitgenannte Bestimmung gibt dem Bund u.a. genau die gleich umschriebene Kompetenz, wie sie in Art. 31 Abs. 2 auch den Kantonen vorbehalten ist: nämlich, innerhalb des Grundsatzes der Handels- und Gewerbefreiheit Bestimmungen «über die Ausübung von Handel und Gewerben» zu erlassen. Die Frage sei hier gestellt, ob nach der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht konzenterweise in der Kompetenz des *Bundes* zum Erlaß von Bestimmungen über «die Ausübung von Handel und Gewerben» gemäß Art. 31^{bis} Abs. 2 nicht nur die Zuständigkeit zur entsprechenden polizeilichen, sondern auch *sozialpolitischen* Gesetzgebung zu erblicken sei. Es scheint kein einleuchtender Grund zu bestehen, die vom Bundesgericht in BGE 97 I 504ff. befolgte zeitgemäße Auslegung von Art. 31 Abs. 2 nicht auch beim entsprechenden Wortlaut des Art. 31^{bis} Abs. 2 anzuwenden. Für den hier diskutierten Zusammenhang ist jedenfalls festzuhalten, daß der sozialpolitische Auftrag als selbständiger Normgehalt neben die Verpflichtung auf die Wettbewerbsfreiheit (die mitunter ebenso der Staatsintervention ruft) tritt. Zu Recht wurde das angeführte Urteil als von der größten grundsätzlichen Bedeutung des ganzen Jahrgangs bezeichnet²²⁶. Die Frage der Überordnung oder Unterordnung des Wohlfahrts- und Sicherheitsartikels im Verhältnis zur Wirtschaftsfreiheit scheint mir durch die neue Praxis, die einer zunehmend an Gewicht gewinnenden Staatsrechtslehre folgt, im Sinne der Gleichwertigkeit entschieden.

²²⁵ «Leur but social, reconnu d'intérêt public, suffit à les justifier seul, du moment qu'il n'apparaît pas manifestement secondaire.» (a.a.O., S. 507)

²²⁶ Da es «die moderne Sozialgestaltung von der Gewerbefreiheit» löst (H. HUBER, in der Besprechung des Urteils in ZbJV 107, 1971, S.12); in ähnlicher Richtung F. GYGI, Staats- und steuerrechtliche Aspekte des Konjunkturartikels, a.a.O., S.6f.

4.3 Der Zweckartikel der BV

Die verfassungsrechtliche Praxis hat den Zweckartikel der BV (Art. 2), der stets in Zusammenhang mit dem Wohlfahrtsartikel der neuen Wirtschaftsartikel gesehen wurde, stärker hervorgehoben als diesen. Die «Förderung der gemeinsamen Wohlfahrt» wurde wiederholt beim Erlass von Bundesgesetzen und Bundesbeschlüssen als Grundlage angerufen, namentlich für Subventionserlasse²²⁷. Die Staatsrechtslehre hielt Art. 2 als Kompetenzgrundlage von jeher für ungenügend²²⁸. In der Botschaft zum neuen Artikel 31^{quinquies} der BV²²⁹ wird ausgeführt, auch die Konjunkturpolitik hätte bei ihrer Aufgabe auf das in Art. 2 mit der «Allgemeinen Wohlfahrt» angesprochene übergeordnete Ziel Rücksicht zu nehmen. Zu Recht weist die Botschaft auf den dauernden *Wandel* der mit dem Begriff «Wohlfahrt» verbundenen Zielvorstellungen hin. Noch bis vor wenigen Jahren habe man unter «Wohlfahrt» in erster Linie materiellen Fortschritt mit dem Sozialprodukt als Gradmesser verstanden. Neben der *leistungsgerechten* Einkommens- und Vermögensverteilung sei heute die *sozialgerechte Verteilung* mehr in den Vordergrund gerückt:

²²⁷ So zur Förderung der Wissenschaft, Kunst, der Berufsbildung, des Arbeitsnachweises, der Landwirtschaft, gemeinnütziger Arbeiten, des Handels usw.; s. W. BURCKHARDT, Kommentar BV 3. Aufl., S. 11 f.; vgl. auch die in einer Petition FURRER von 1882 vorgeschlagene Katastrophenhilfe des Bundes, die der Bundesrat aus sachlichen Gründen ablehnte, ohne die angerufene verfassungsrechtliche Grundlage in Art. 2 BV in Diskussion zu ziehen; VON SALIS, Schweizerisches Bundesrecht, 2. Aufl., 1902, 1. Bd., S. 8 f.

²²⁸ W. BURCKHARDT, Kommentar BV, 3. Aufl., S. 10 f.; J.-F. AUBERT, *Traité, Nos 278, 618*, mit dem rechtsvergleichenden Hinweis auf die «welfare clause» der Verfassung der USA, die weit mehr zur Stützung von Wohlfahrtsgesetzgebungen angerufen wurde als der Art. 2 BV; SCHWEINGRUBER, a.a.O., S. 85, vertritt die Meinung, es sei nicht so abwegig gewesen, mangels einer andern Grundlage gelegentlich, bes. bei Subventionserlassen, das in Art. 2 BV enthaltene Bekenntnis zur Wohlfahrtspolitik als Direktive für die eidg. Subventionspolitik anzu rufen (a.a.O., S. 86); vgl. auch A. MOSER, *Der Wohlstand als Postulat der Bundesverfassung*, ZSR 67, 1948, S. 285.

²²⁹ BBI 1973 I, S. 117 ff.

«Danach soll jedermann nicht nur am materiellen Fortschritt, sondern auch an den individuellen Freiheitsgütern, am Geistes- und Kulturleben sowie an den Früchten der Freizeit und Erholung angemessen oder gar gleichmäßig Anteil haben. Zu den Individualansprüchen kommt erst noch das Kollektivbedürfnis nach einer heilen Umwelt – Natur und menschliche Beziehungen umfassend – hinzu, in der sich der einzelne möglichst frei entfalten und verwirklichen kann.»²³⁰

Das Bündel der unter dem Titel der Wohlfahrt gemäß Art. 2 BV angesprochenen verfassungsrechtlichen Zielvorstellungen umfaßt danach den ganzen Bereich sozialpolitischer, sozial- und umweltgestaltender Aufgaben des modernen Staates.

Entsprechend dieser Aktualisierung und damit verbundener Aufwertung des Zweckartikels in der Praxis scheint es gerechtfertigt, wenn neuerdings in ihm in Verbindung mit dem Wohlfahrtsartikel auch eine Bekundung zugunsten einer sozialverpflichteten Gesellschaftsordnung mit bindendem Inhalt gesehen wird²³¹, der zusammen mit dem Bekenntnis zur marktorientierten Wirtschaftsordnung eine «gemeinsame Sinnverbindung für alle staatlichen Befugnisse herstellen könne, die zu der Wirtschafts- und Sozialverfassung gehören und sie konstituieren»²³². Der Vorbehalt, daß Zweck- und Wohlfahrtsartikel nicht kompetenzbegründend seien, wie die einhellige Lehre annimmt, erscheine relativ unwichtig, wenn man die zahlreichen wirtschafts- und sozialpolitischen Kompetenzen und Potenzen bedenke, welche dem Bund im einzelnen verfassungsmäßig zukommen²³³.

Den juristischen Gehalt der Zweck- und Wohlfahrtsartikel kann man nicht danach beurteilen, wie weit sie selber kompetenzbegründend sind: nach diesem Maßstab würden sie praktisch bedeutungslos sein. Ihre Funktion liegt darin, die Förderung der Wohlfahrt der Bürger als Staatszweck zu proklamieren, also als Gemeinschaftsaufgabe, durch die sich der Staat auch heute aktualisiert und legitimiert. Die zitierte Stelle aus der bundesrätlichen Botschaft zu den neuen Konjunkturartikeln macht den Wandel des Wohlfahrtsbegriffes, wie er für das heutige Gemeinwesen charakteristisch ist, deutlich. Nachdem Sozialpolitik über die «negative» Funktion der Abwehr von Notlagen des einzelnen oder ganzer Gruppen durch gelegentliche Intervention weit hinausgewachsen ist und die weithin offene Aufgabe der leistungs- und sozialgerechten Güterverteilung, aber darüber hinaus

²³⁰ BOTSCHAFT, a.a.O., S. 135.

²³¹ GYGI, Wirtschaftsverfassung, S. 312.

²³² a.a.O.

²³³ GYGI, a.a.O., S. 311.

die Sorge des Gemeinwesens für eine möglichst gleiche Chance der Teilhabe an nicht rein wirtschaftlichen Gütern (Bildung, Teilhabe am kulturellen Leben, Informationsbedürfnis usf.) erfaßt hat, kurz, eine grundsätzliche Orientierung staatlichen Handelns an elementaren menschlichen Bedürfnissen des einzelnen und der Gruppen anvisiert, ist mit Sozialpolitik genau der gleich weite und offene staatliche Auftrag wie mit demjenigen der Besorgung gemeinsamer Wohlfahrt bezeichnet.

4.4 Vergleich mit der Sozialstaatsklausel des BGG

In diesem Sinn scheint mir durchaus erwägenswert, ob den Wohlfahrts- und Sicherheitsklauseln der Art. 2 und 31^{bis} Abs. 1 BV nicht eine vergleichbare Bedeutung beizumessen wäre wie der Sozialstaatsklausel der Art. 20 und 28 des Bonner Grundgesetzes. Auch hier handelt es sich nicht um ein genau faßbares Leitbild staatlicher Tätigkeit, sondern ein noch unbestimmtes Programm. Es stellt kein anspruchsbegründendes Individualrecht noch eine neue Zuständigkeiten des Bundes schaffende Norm dar, ist aber dennoch als Verfassungsprinzip²³⁴ anzusprechen, das in der Verfassungspraxis insbesondere als Auslegungshilfe, aber auch als Sicherung derjenigen Rechtsbereiche, die zum Wesen des sozialen Rechtsstaates gehören (Arbeitsschutz- und Arbeitszeitrecht, Sozialhilfe-, Sozialversicherungsrecht usf.), eine wesentliche Rolle spielt. Durch die Sozialstaatsklausel ist «ein planender, lenkender, leistender, verteilender, individuelles wie soziales Leben erst ermöglichernder Staat» von Verfassungs wegen als Aufgabe gestellt²³⁵, ohne aber verbindliche Richtlinien für die Erfüllung dieses Auftrages zu bieten. Insoweit schafft sie nur den verfassungsrechtlichen Rahmen, innerhalb dessen die unterschiedlichen sozialen und wirtschaftlichen Kräfte im Prozeß der politischen Willensbildung ihre Vorstellungen für die Gestaltung der sozialstaatlichen Ordnung zur Geltung bringen können²³⁶.

²³⁴ HESSE, Grundzüge, S. 86; zur Sozialstaatsklausel s. auch unten Ziff. 10.4.

²³⁵ HESSE, a.a.O., S. 86. – Allg. zur Sozialstaatsklausel vgl. HESSE, a.a.O., S. 84, mit weitern Nachweisen in Anm. 25; ferner: H.-H. HARTWICH, Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher status quo, Köln/Opladen 1970, bes. S. 281 ff.; EBERHARD MENZEL, Die Sozialstaatlichkeit als Verfassungsprinzip der Bundesrepublik, DöV 1972, S. 537–546.

²³⁶ HESSE, a.a.O., S. 87.

Verfassungsrechtlich normiert hingegen ist das Ziel der Sicherung menschenwürdiger Existenz, der Gleichheit im Sinne gerechter sozialer Zuordnung, «der Freiheit, die nach der uns von der liberalen Welt das 19. Jahrhunderts trennenden Zeit der sozialen Umbrüche und Inflation nicht mehr nur eine Frage des Schutzes vor staatlichen Eingriffen, sondern zugleich auch einer umfassenden staatlichen Wirksamkeit ist, durch die sie allein Wirklichkeit gewinnen kann»²³⁷.

Von besonderem Interesse ist, daß die Aufnahme der Sozialstaatsklausel in das BGG auch in Zusammenhang mit der bewußten Weglassung sozialer Grundrechte (Ausnahmen finden sich etwa in Art. 5 Abs. 3 oder Art. 6 und 7) gesehen wird. Gerade weil soziale Grundrechte nicht geeignet erscheinen, die sozialen Aufgaben der Gegenwart rechtlich zu bewältigen, sei das Grundgesetz den Weg der Normierung einer Generalklausel gegangen, damit «die Gegebenheiten der modernen technischen, wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung» in sich aufnehmend²³⁸.

Die Wohlfahrts- und Sicherheitsklauseln der Bundesverfassung scheinen mir in ihrem Wortlaut sogar noch besser geeignet, die Aufgaben und Grenzen heutiger Sozialverpflichtung des Gemeinwesens zum Ausdruck zu bringen: Einmal dadurch, daß mit dem Begriff der «*gemeinsamen Wohlfahrt*» auch die Glieder des Gemeinwesens, in Art. 2 ganz konkret die einzelnen Eidgenossen, zur *gegenseitigen* sozialen Verantwortung aufgerufen werden. Soziale Verpflichtungen in privatrechtlichen Verhältnissen (Fürsorge-, Beistands-, Schutzpflichten) können damit ebenso angesprochen sein wie Pflichten zu kollektiver Selbsthilfe. Aber auch die Sozialpflichten einzelner gegenüber dem Gemeinwesen treten hervor: die Pflicht, zu den gemeinsamen Lasten beizutragen, die dem Staat erst die Erfüllung seiner Sozialaufgabe ermöglichen²³⁹.

«*Mehrung der Wohlfahrt des Volkes*» und «*wirtschaftliche Sicherung der Bürger*» bringt schließlich gesamtwirtschaftliche

²³⁷ HESSE, a.a.O., S. 87.

²³⁸ HESSE, a.a.O., S. 34.

²³⁹ Zu der auch in der Sozialstaatsklausel enthaltenen Sozialpflichtigkeit der Bürger untereinander und gegenüber dem Gemeinwesen s. HESSE, a.a.O., S. 86, und die in Anm. 31 zit. Lit.

Aspekte mit dem Anliegen sozialer Sorge für den einzelnen in eine angemessene Beziehung. Indem die weiten Zielsetzungen des Zweck- und Wohlfahrtsartikels der sinngemäßen Umsetzung in einzelne Kompetenznormen und deren Ausführung bedürfen, bleibt die aufgegebene Wohlfahrtspflege nicht ungebunden und gestaltlos, was ein wirksameres Mittel illegitimer Machtausübung sein könnte als Befehl und Zwang²⁴⁰.

Eine vermehrte Ausschöpfung vernachlässigter Klauseln unserer Verfassung, wie sie etwa in der neuen Verfassungspraxis der Verwaltung anklingt, vermag dem Sozialstaat die notwendige programmatische, legitimierende und einheitsstiftende Grundlage besser zu bieten als ein verspätetes Bekenntnis zu sozialen Grundrechten oder die Übernahme einer Sozialstaatsklausel nach dem Muster des BGG²⁴¹.

4.5 Ermittlung der Faktoren der «realen» Sozialverfassung

4.51 Beizug der politischen Wissenschaft

Eine verfassungstheoretische Bewältigung des hier angesprochenen Problems wäre nur durch weite Öffnung zur politischen Wissenschaft möglich, die am ehesten geeignet erscheint, die Faktoren verfassungsrechtlicher Normbildung (im Sinne faktisch richtungweisender Ziele, Kräfte usw.) wissenschaftlich zu sichten und gegebenenfalls zu ordnen, die eine Verfassung im materiellen Sinn, auch als zukunftsweisende Ordnung, heute bestimmen. Damit würde fortgesetzt, wozu HERMANN HELLER wohl in vorbildlichster Weise ansetzte, nämlich wirklichkeitswissenschaftliche und juristische Verfassung in ihrem dialektischen Verhältnis zu begreifen.

²⁴⁰ HESSE, a.a.O., S.87.

²⁴¹ Die Aufnahme einer der Sozialstaatsklausel des BGG entsprechenden Bestimmung in die Bundesverfassung wurde in der Vernehmlassung zum Fragenkatalog der Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung z. B. durch die Arbeitsgruppe des Kantons Thurgau («Generalklausel über die soziale Sicherheit»; *ANTWORTEN* Bd.I, S.820f.), des Kantons Wallis («droit général à la sécurité sociale»; *ANTWORTEN* Bd.I, S.925) und der Universität Freiburg («Sozialstaatsgrundsatz als Staatszielbestimmung»; *ANTWORTEN* Bd.III, S.276f.) befürwortet.

Da uns die Mittel wirklichkeitswissenschaftlicher Analyse zur Ermittlung der Grundzüge dieser Elemente der «realen» Verfassung fehlen, begnügen wir uns mit einem zusammenfassenden Hinweis auf die offizielle Verlautbarung, die beansprucht, «*Gesamtschau einer Entwicklungsfähigen Staatspolitik*»²⁵⁵ zu sein.

4.52 Ermittlung der Entwicklungstendenzen aus den «Richtlinien der Regierungspolitik»

Interessant ist festzustellen, daß Ziel der «Richtlinien» ist, «an die übergeordneten, in der Verfassung niedergelegten politischen Wertvorstellungen anknüpfend» die wesentlichen Aufgaben aufzuzeigen, deren Bewältigung einer besonderen Anstrengung und politischen Leistung insbesondere des Gesetzgebers bedarf, daß thematisch aber bei weitem nicht nur Aufgabenbereiche erfaßt sind, die auch bei weitherziger Interpretation aufgrund bestehenden (formellen) Verfassungsrechts als Bundesaufgaben zu werten sind, sondern gerade auch Anliegen, bei denen sich Erlasse auf Verfassungsstufe erst aufdrängen²⁵⁶, bei denen eine Konzeption erst zu erarbeiten ist²⁵⁷, ja sogar Aufgaben, «die sich erst am politischen Horizont abzeichnen und die vorerst einer vertieften Prüfung und Abklärung bedürfen»²⁵⁸.

Diese über die bestehende (formelle) Verfassung hinausweisenden Anliegen können aus der hier behandelten Thematik nicht mit dem Hinweis darauf weggewiesen werden, daß es sich hier eben um Materien de constitutione ferenda handle; der Bundesrat als oberstes Planungsorgan überschritte seine verfassungsrechtlichen Kompetenzen ja maßlos, würde er Untersuchungen, Planungen, Ausarbeitungen von Verfassungs- und Gesetzesvorlagen in die Wege leiten, die gar nicht in seinen Kompetenzbereich gehören. Gerade die «Richtlinien» enthüllen die Notwendigkeit eines Ver-

²⁴²⁻²⁵⁴ Diese Anmerkungen sind infolge einer Textstreichung nach Fertigstellung des Satzes fortgefallen.

²⁵⁵ Nämlich die Richtlinien der Regierungspolitik in der Legislaturperiode 1971 bis 1975, vgl. BERICHT des Bundesrates BBI 1972 I, S. 1025 ff., 1027, 1080.

²⁵⁶ a.a.O., S. 1027.

²⁵⁷ z. B. durch wissenschaftliche Voruntersuchungen, a.a.O., S. 1027.

²⁵⁸ a.a.O., S. 1027.

fassungsbegriffs, der auch zukünftiges Recht bestimmende Potenzen und das Verfahren ihrer Umsetzung (namentlich im Wege der Planung) in Akte des Verfassungs- und Gesetzgebers oder von Verwaltungsinstanzen zu erfassen erlauben würde.

4.53 Zur Frage der rechtlichen Qualifikation der «Richtlinien»

Die «Richtlinien» werden also im folgenden behelfsweise als Mittel der Analyse der heutigen «realen» Sozialverfassung beigezogen, da insbesondere auch die Zielsetzungen des Gemeinwesens miterfaßt werden sollen und müssen, die faktisch die Planungstätigkeit von Regierung und Verwaltung bereits erheblich bestimmen – und damit auch den Gang zukünftiger Rechtsetzung leiten –, staatliches Verhalten also in einem ganz realen Sinn normieren, die sich aber in der formellen Verfassung noch nicht kristallisiert haben. In Aktualität, Prägnanz und Elastizität in der Anpassung an wechselnde Gemeinwohlbedürfnisse der (formellen) Verfassung voraus, in der beschränkten Durchsetzungschance dem Verfassungsrecht in gewisser Hinsicht vergleichbar, obschon ohne formelle Normativität, in der Legitimation durch demokratischen Konsens der Verfassung hintennach (die Verfassungsnormen zeichnen sich ja gerade dadurch aus, daß sie durch breiten Konsens getragen sind²⁵⁹), treten die «Richtlinien» in ein eigenartiges Konkurrenzverhältnis zur Verfassung, ein Problem, das hier nicht weiter analysiert werden kann. Immerhin sei wenigstens die Frage aufgeworfen, ob die Richtlinien als Instrument der Rechtsplanung nicht virtuell die Verfassung als *materiale* (im Gegensatz zu instrumentaler) Grundordnung oder als Leitbild für die politische Gestaltung in den Hintergrund zu drängen vermögen, da sie viel mehr geeignet sind, dem raschen Wandel der Herausforderungen, Aufgaben, Sachzwänge, Ansprüche, denen das Gemeinwesen heute wohl oder übel antworten muß, zu begegnen. Statt Zerfall kann in dieser angedeuteten Entwicklungsmöglichkeit auch eine gerade dem Sozialstaat angemessene Entlastung und damit verbundene

²⁵⁹ P. LERCHE, a.a.O. (Anm. 8), S. 299. – Die Richtlinien werden in den Räten beraten und sie werden zur Kenntnis genommen – ein Verfahren, das von Gesetzgebung und Verfassunggebung erheblich abweicht.

Aufwertung der Verfassung gesehen werden, indem sie freigesetzt würde, ihre eigenste Aufgabe der *fundamentalen* Organisation der Rechtsgemeinschaft wahrzunehmen.

Haben die «Richtlinien» überhaupt «Rechtscharakter»? Welches ist ihre Rechtsnatur? Der Bundesrat bezeichnet sie selbst als einen «einseitigen planenden Regierungsakt mit beschränkter Durchsetzbarkeit»²⁶⁰. Ferner verweist er darauf, daß sich Schranken der Verbindlichkeit aus der Natur des Planungsaktes ergeben könnten: Jede Planung wird von nicht voraussehbaren Ereignissen durchkreuzt und Sachzwänge können abweichende Entschlüsse verlangen²⁶¹. Die Richtlinien werden veröffentlicht und vom Parlament beraten²⁶², und über ihren Vollzug ist Bericht zu erstatten. «Ein Programm, das von der Regierung als solcher dem Parlament und der Öffentlichkeit vorgelegt wird, muß notwendigerweise bindend und verpflichtend wirken», heißt es in einer Erläuterung des Initiators der «Richtlinien»²⁶³. Es fällt auf, daß es nicht an Kontrollen über die Einhaltung der gesteckten Zielrichtungen fehlt. Gerichtliche Überprüfung oder Verwaltungszwang sind eben gerade im Bereich des modernen Sozialstaates bei weitem nicht die einzigen Formen des Schutzes normativer Weisungen. Es wird im Bereich des internationalen Rechts zu belegen sein, daß die Sicherungen sozialer Forderungen kaum auf gerichtlichem Weg (etwa wie bei den Freiheiten der EMRK), sondern vielmehr durch Berichtsverfahren bewerkstelligt werden; offenbar liegt es auch in der notwendigerweise programmatischen und richtlinienartigen Formulierung insbesondere sozialpolitischer Zielsetzungen und Aufträge, daß sie auf eine «ausgeprägt dynamische Verwirklichung abzielen»²⁶⁴. Ob sie unter diesen Umständen als «Recht» oder «bloß» politische Deklamation bezeichnet werden, hängt vom

²⁶⁰ Richtlinien der Regierungspolitik, a.a.O., S.1026.

²⁶¹ a.a.O., S.1027.

²⁶² Vgl. Geschäftsverkehrsgesetz Art.45^{bis}.

²⁶³ L. SCHÜRMANN, Richtlinien der Politik des schweizerischen Bundesrates, ZBl 1968, S. 411.

²⁶⁴ L. WILDHABER, Soziale Grundrechte, in: Der Staat als Aufgabe, Gedenkschrift für Max Imboden 1972, S.378; im einzelnen zu den internationalen Sicherungen im Bereich der Sozialpolitik vgl. später.

Rechtsbegriff ab, den man voraussetzt. Die Frage kann hier nicht abschließend erörtert werden; es seien lediglich zwei Gesichtspunkte hervorgehoben: Eine neuere Richtung der Rechtstheorie stellt darauf ab, ob bei gesellschaftlichen Normen zentralisierte Institutionen zur Überprüfung ihrer Einhaltung bestehen²⁶⁵, was bei den «Richtlinien» – wie gezeigt – in gewissem Rahmen zu bejahen wäre; für andere ist maßgeblich, ob die Entscheidungslast im Hinblick auf die Lösung konkreter Sozialprobleme reduziert wird²⁶⁶. Auch bloße Programme können Rechtscharakter haben, soweit sie «den Entscheidungsinstanzen einen Rahmen ziehen»; eine solche Reduktionsfunktion erfüllen auch die nicht unmittelbar anwendbaren «Richtlinien», obwohl sie noch der Konkretisierung und Entfaltung bedürfen. Von Verfassungsrichtlinien unterscheiden sie sich vor allem auch durch ihre zeitliche Begrenzung; sie sind nicht auf dauerhafte Richtungweisung wie die Verfassungsgrundsätze angelegt, sondern auf Entlastung des politischen Prozesses in beschränkter zeitlicher Sichtweite, formell in einer Legislaturperiode. Hingegen beanspruchen sie – Verfassungsrichtlinien nicht unähnlich – «Beschränkung auf das Wesentliche», Verpflichtung im Rahmen großer Zusammenhänge ohne Anhäufung von Einzelfragen²⁶⁷.

4.54 Schwerpunkte der «realen» Sozialverfassung nach den «Richtlinien»

Es seien nun die *Sachbereiche* skizziert, in denen sich nach den «Richtlinien» im Rahmen der Sozialpolitik die wesentlichen politischen Gegenwartsaufgaben abzeichnen; wie wir gesehen haben, fallen darunter Anliegen, die im Rahmen der bestehenden formellen Verfassung gelöst werden können, und andere, deren Bewältigung vorerst zu Verfassungsrevisionen Anlaß geben muß, die somit lediglich de constitutione ferenda als Teil der Sozialverfassung betrachtet werden können.

Unter dem Stichwort «*Entwicklung von Gesellschaft und Wirt-*

²⁶⁵ P. TRAPPE, Zur Situation der Rechtssoziologie, Tübingen 1968.

²⁶⁶ D. GRIMM, AöR 1972, S. 498 und oben Anm. 92.

²⁶⁷ Richtlinien der Regierungspolitik, a.a.O., S. 1027.

schaft»²⁶⁸ finden die verschiedenen Sachbereiche Erwähnung, in denen sich drängende sozialpolitische Probleme abzeichnen; exemplarisch seien folgende Gebiete herausgegriffen:

- *Jugendpolitik*²⁶⁹ als neue, noch ungeklärte Staatsaufgabe;
- *Bildungs-, Forschungs- und Kulturpolitik*²⁷⁰: Der Bundesrat betont den erforderlichen gleichwertigen Ausbau des Bildungswesens nach allen Richtungen hin – unter Hervorhebung notwendigerweise verstärkter Bundeskompetenz allein schon wegen des weitgehenden finanziellen Ungenügens der Kantone²⁷¹, ferner die Neukonzeption der Kulturpolitik in Richtung vermehrter Förderung der kreativen Kräfte als Ausgleich zur allgemeinen Technisierung der Lebensbereiche²⁷²;
- *Informationspolitik*²⁷³ als wesentliche Voraussetzung der Demokratie und der Persönlichkeitsentfaltung unter Hervorhebung der auch sozialpolitischen Komponenten der Massenmedien – in ihrer Aufgabe als Vermittler von Information, Bildung und Unterhaltung²⁷⁴;
- *soziale Wohlfahrt*²⁷⁵: Aufgaben und Grenzen staatlicher Sozialpolitik werden am Beispiel der Altersvorsorge verdeutlicht; Zielsetzung dieser Vorsorge sei ein sinnvoller und glücklicher Lebensabend für die Betagten; die Mittel staatlicher Sozialpolitik vermöchten jedoch zur Erreichung dieses Ziels allein nicht zu genügen; es bedürfe hierzu zusätzlich der Anstrengungen jedes einzelnen und der Gesellschaft²⁷⁶; in welchem Rahmen staatliche Sozialpolitik hier etwa denkbar wäre, zeigt die Skizze eines Gesetzgebungsprogramms zur Subventionierung von Bau und

²⁶⁸ BERICHT des Bundesrates über die Richtlinien der Regierungspolitik in der Legislaturperiode 1971–1975, Ziff. 7, S. 1044 ff.

²⁶⁹ Ziff. 71.

²⁷⁰ Ziff. 72.

²⁷¹ a.a.O., S. 1045.

²⁷² a.a.O., S. 1048.

²⁷³ Ziff. 73.

²⁷⁴ a.a.O., S. 1048, 1049, unter Hinweis auf die geplante Revision des Presserechtes und der Verfassungsbestimmung und die Ausführungsgesetzgebung über Radio und Fernsehen.

²⁷⁵ Ziff. 74.

²⁷⁶ a.a.O., S. 1050.

Betrieb von Alters- und Pflegeheimen und zur Ausbildung des nötigen Pflegepersonals; Förderung gezielter Maßnahmen, «um die Betagten solange wie möglich in ihrer gewohnten Umgebung zu belassen»²⁷⁷;

- *Gesundheitspolitik*: Revision des KUVG; Ausbau, vor allem Förderung der Sozial- und Präventivmedizin; Beitrag des Bundes zur Bekämpfung der Suchtkrankheiten, insbesondere des Drogenmißbrauchs²⁷⁸;
- *Entwicklungs- und Raumordnungspolitik*²⁷⁹ unter Einschluß der Förderung des Wohnungsbaus²⁸⁰ und der Probleme des Umweltschutzes, dem in allen staatlichen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Bereichen Nachachtung zu verschaffen sei²⁸¹;
- *Konjunkturpolitik*²⁸²;
- *Arbeitsmarktpolitik*²⁸³, wo u.a. auf den geplanten Ausbau der Arbeitslosenversicherung zu einem arbeitsmarktpolitischen Instrumentarium hingewiesen wird²⁸⁴.

Neben diesem Überblick über die wichtigsten Fragen aus spezifisch sozialpolitischen Bereichen sei auf die sozialpolitischen Richtlinien für den Ausbau traditioneller Rechtsbereiche wie Straf- und Zivilrecht und der zugehörigen Prozeßrechte hingewiesen: So wird unter dem Stichwort «Ausbau des sozialen Rechtsstaates»²⁸⁵ generell die notwendige Anpassung der Rechtsordnung an die gewandelte Gesellschaft unter Einschluß von Privat- und Strafrecht erwähnt²⁸⁶. Im Prozeßrecht sei konkret die Frage abzuklären, wie weit der Zivilrechtsweg wegen tatsächlicher Schranken (Schwefälligkeit des Verfahrens, Kostenrisiko) so ungenügend sei, daß die Privatrechtsordnung als solche gefährdet erscheine; für diese Frage kündigt der Bundesrat eine Tatsachenuntersuchung an²⁸⁷.

²⁷⁷ a.a.O., S. 1051.

²⁷⁸ a.a.O., S. 1051–1053.

²⁷⁹ Ziff. 75.

²⁸⁰ a.a.O., S. 1054.

²⁸¹ a.a.O., S. 1058.

²⁸² Ziff. 761.

²⁸³ Ziff. 78.

²⁸⁴ a.a.O., S. 1069.

²⁸⁵ Ziff. 81.

²⁸⁶ a.a.O., S. 1070. ²⁸⁷ a.a.O., S. 1071/72.

In Zusammenhang mit diesen instrumentalen und institutionellen Fragen hebt der Bundesrat schließlich auch die Rolle der Sozialpartner bei der Lösung von Staatsaufgaben, insbesondere im Bereich der Wirtschaftspolitik, hervor²⁸⁸. Ferner stellt er generell das Ungenügen der herkömmlichen Methoden zur Lösung von Staatsaufgaben angesichts ihrer Zunahme, Komplexität und Interdependenz fest²⁸⁹.

4.55 Normative Richtunggebung oder faktische Entwicklungstrends als dominierende Faktoren der Sozialverfassung?

Nunmehr sei die Frage nach der Art der Faktoren aufgeworfen, die – soweit aus den Richtlinien selbst ersichtlich – die beschriebenen Gestaltungsaufgaben dem Gemeinwesen zukommen lassen.

Es fällt bei den «Richtlinien» auf, daß nicht verfassungsmäßige Aufgaben des Bundes das Thema der zu bewältigenden Anliegen und deren Dringlichkeit bestimmen, sondern einerseits *Sachzwänge*, die sich aus neuen technischen Entwicklungen, Gefährdungen, Möglichkeiten, aus gesellschaftlichen Veränderungen wie der Überalterung der Bevölkerung oder zunehmender internationaler Abhängigkeit auf allen Gebieten ergeben, andererseits *neue Wertvorstellungen*, wie die vermehrte Ausrichtung auf humanitäre und qualitative Lebensaspekte unter Hintansetzung des rein quantitativ verstandenen wirtschaftlichen Wachstums, ferner ein verbreitetes und zunehmendes Ohnmachtsgefühl und zugehöriges Sicherungsbedürfnis gegenüber einer überwältigenden Dynamik des gesellschaftlichen, technischen, wirtschaftlichen Wandels. «Das wachsende Gefühl der Unsicherheit hat zur Folge, daß die Rückversicherung immer mehr beim Staat gesucht und die Gesamtverantwortlichkeit des Staates für die Wohlfahrt immer mehr in den Vordergrund gerückt wird.»²⁹⁰

Wir haben hier also eine wenigstens punktuelle Umschreibung der Faktoren, die nach Ansicht der obersten leitenden Behörde des Bundes den künftigen Gang der Gesetzgebung bestimmen werden. Verfassungsaufträge, wie etwa derjenige des Familienschutzes, fal-

²⁸⁸ a.a.O., S.1076/77.

²⁸⁹ a.a.O., S.1070.

²⁹⁰ a.a.O., S.1033.

len neben den von der Wirklichkeit und einem gewandelten Bewußtsein her gestellten Forderungen abseits, ja finden nicht einmal Erwähnung. Lediglich bei der Prüfung der Realisierungsmittel der dringend betrachteten Anliegen findet die Frage Beachtung, ob bereits verfassungsrechtliche Grundlagen für Maßnahmen auf dem betreffenden Gebiet bestehen oder nicht. Ausgangspunkt der Formulierung der Ziele heutiger Gesellschaftspolitik im weitesten Sinn sind sie jedenfalls nicht. Die Verfassung erscheint also nur noch als Mittel der Verwirklichung von durch Sachzwänge und herrschende Wertvorstellungen bestimmten Zielen, richtungweisend ist sie in diesem materiellen Sinn nicht.

4.6 Verfahrensrechtlicher und programmatischer Rahmen der formellen Sozialverfassung (Zusammenfassung)

Wir haben den Zweck- und Wohlfahrtsartikel mit den zahlreichen Kompetenzbestimmungen, die Anlaß zu sozialpolitischer Gesetzgebung bieten, ferner eine aktualisierte Rechtsgleichheit und ein Verständnis der Grundrechte, das die Verwirklichung der Voraussetzungen ihrer Ausübung mit in ihren Schutzbereich einbezieht, als die konstitutiven Elemente materieller Art der Bundesverfassung für die Sozialverfassung erkannt. Gleichzeitig wurde festgestellt, daß die Verfassung im wesentlichen – formell durch Verfahren und Kompetenzen, materiell durch Generalklauseln, Programme, Zielbestimmungen – den Rahmen bietet, innerhalb dessen sich der Sozialstaat im einzelnen verwirklichen soll. Die Faktoren dieser «Inhaltserfüllung» der Sozialverfassung haben wir anhand der «Richtlinien» zu erhellen versucht.

Es ist nun nochmals nach dem Verhältnis der Verfassung vor allem als Verfahrensordnung des politischen Prozesses zur Wirklichkeit der materiellen Entfaltung des Sozialstaates zu fragen, wie er im allgemeinsten Sinn mit den Zweck-, Wohlfahrts- und Sicherheitsartikeln der Bundesverfassung anvisiert ist.

Nach Art. 95 BV ist der Bundesrat «oberste vollziehende und leitende Behörde» der Eidgenossenschaft. Er hat im Sinne dieser Bestimmung auch zur Aufgabe, der Bundesversammlung diejeni-

gen Maßnahmen zu empfehlen, die er «zur Beförderung gemeinsamer Wohlfahrt für dienlich erachtet» (so ausdrücklich Art. 102 Ziff. 16 BV). Es wurde noch kaum beachtet, daß hier die allgemeine Zielsetzung des Bundes gemäß Zweck- und Wohlfahrtsartikel als Gegenstand der Planungs- und Initiativpflicht des Bundesrates ausdrücklich wiederaufgenommen wird. Es ist beachtlich, daß diese Pflicht zur Anregung wohlfahrtsfördernder Maßnahmen in Zusammenhang mit dem «Zustand der Eidgenossenschaft» im Ganzen erwähnt wird. Man denkt an die Äußerung D. SCHINDLERS sen., wonach die Regierung sich dadurch auszeichne, «das Ganze des Sozialen zu überschauen und zu erkennen, welcher Ergänzung eine gegebene Situation im Hinblick auf dieses Ganze bedarf und, gestützt darauf, zu handeln»²⁹¹. Nicht unbeachtet sei schließlich, daß die Pflicht, Anregungen zur «Beförderung gemeinsamer Wohlfahrt» zu machen, nicht mit dem Gesetzesvorschlagsrecht gemäß Art. 102 Ziff. 4 BV zusammen genannt wird; eine sinnvolle Abgrenzung könnte darin liegen, daß es sich bei jener Pflicht um grundsätzlichere Vorschläge im Sinne der Wohlfahrtsförderung handelt als bei den konkreteren Gesetzesvorschlägen. Man könnte nun sehr wohl die Frage stellen, ob die Vorschlagspflicht des Bundesrates gemäß Art. 102 Ziff. 16 nicht eine gewisse verfahrensmäßige Gewährleistung für die Umsetzung der insbesondere in den Artikeln 2 und 31^{bis} Abs. 1 BV angesprochenen weiten Zielsetzungen in konkrete Planungsziele mit entsprechender Prioritätsordnung in sich schließe²⁹². Zugleich wäre in Art. 102 Ziff. 16 BV das gebotene Zusammenwirken von Regierung und Parlament bei der Sozialplanung angesprochen²⁹³.

²⁹¹ D. SCHINDLER sen., Verfassungsrecht und soziale Struktur, 1944, S. 132, zit. bei SCHÜRMANN, ZBl 1958, S. 413.

²⁹² Vgl. den Wortlaut des rev. Art. 45^{bis} Geschäftsverkehrsgesetz, nach dem der Bundesrat dem Parlament Richtlinien über die Regierungspolitik zu unterbreiten habe, die «insbesondere Auskunft zu geben (haben) über die Ziele, von denen sich der Bundesrat bei Erfüllung seines verfassungsmäßigen Auftrages ... leiten lassen will».

²⁹³ Über die Beratung der Richtlinien in den Räten und die Pflicht des Bundesrates zur Berichterstattung zu Ende der Legislaturperiode vgl. die rev. Artikel 45^{bis} Abs. 2 und 45^{ter} des Geschäftsverkehrsgesetzes.

5. Die Problematik sozialer Grundrechte im Spannungsfeld politischer Planung

5.1 Notwendigkeit der Planung im Leistungsstaat²⁹⁴

Ausgangspunkt der folgenden Ausführungen ist die Tatsache, daß der Sozialstaat – um dessen sachgerechte Konstituierung es bei der Frage der sozialen Grundrechte geht – wesentlich *Leistungsstaat* ist. Leistung²⁹⁵, soweit sie über punktuelle Hilfe in Notlagen hinausgeht, ist im Hinblick auf die Vielzahl der angemeldeten Bedürfnisse und die Knappheit der zur Verfügung stehenden Mittel nur als geplante Leistung möglich, und Planungsaufgaben sind nur schrittweise zu lösen²⁹⁶. Konflikte zwischen verschiedenen Lei-

²⁹⁴ Zur Planung als staatsrechtliches Problem vgl.: JOSEPH H. KAISER (Hrsg.), Planung I–V, Baden-Baden 1965ff. (vgl. zur Wirtschaftsplanung insbes. die Beiträge von: HANS PETER IPSEN, Fragestellungen zu einem Recht der Wirtschaftsplanung, Planung I, S. 35–66; FRITZ GYGI, Wirtschaftsplanung in der Schweiz?, a.a.O., S. 169–187); FRIEDER NASCHOLD / WERNER VÄTH (Hrsg.), Politische Planungssysteme, Opladen 1973, insbes. die Beiträge von: FRITZ W. SCHARPF, Planung als politischer Prozeß, S. 167–202; HORST EHMKE, Planung im Regierungsbereich – Aufgaben und Widerstände, S. 311–334; und spez. zur Problematik der Sozialplanung: MARTIN REIN, Sozialplanung: Auf der Suche nach Legitimität, S. 203–235; PETER BADURA, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, Frankfurt a. M. 1971, insbes. S. 118 mit Nachweisen; DIETER GRIMM, Verfassungsfunktion und Grundgesetzreform, AÖR 97, 1972, S. 489 ff., bes. S. 517–525 – mit weitern Nachweisen; WILHELM A. KEWENIG, Zur Revision des Grundgesetzes: Planung im Spannungsverhältnis von Regierung und Parlament, DöV 1973, S. 23–32 – ebenfalls mit zahlreichen Nachweisen; MARTIN OLDIGES, Grundlagen eines Plangewährleistungsrechts, Schriften zum Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 1, Bad Homburg usw. 1970; FRITZ W. SCHARPF, Die politischen Kosten des Rechtsstaats, eine vergleichende Studie der deutschen und amerikanischen Verwaltungskontrollen, Tübingen 1970.

²⁹⁵ Einen Katalog von Leistungen als gemeinsame Merkmale neuartiger Staatsaktivitäten stellt P. HÄBERLE, VVDStRL 30, 1972 (oben Anm. 211), S. 55 Anm. 46, vor.

²⁹⁶ Zur verfassungsrechtlichen Problematik dieses Sachverhalts s. P. LERCHE, Stiller Verfassungswandel als aktuelles Politikum, in: Festgabe für Th. Maunz, München 1971, S. 299 und KURT EICHENBERGER, Leistungsstaat und Demokratie, Basel 1969; HÄBERLE, a.a.O., S. 52.

stungsansprüchen müssen über Planverfahren geschlichtet werden. Da Planung heute praktisch alle wesentlichen Bereiche staatlicher Tätigkeit umfaßt, wird eine kurz- oder mittelfristige Planung immer mehr als unzulänglich und eine langfristige Planung der gesamten Staatstätigkeit als notwendig erkannt²⁹⁷. Mit der Planung verbindet sich die Aussicht auf einen Gewinn inhaltlicher Rationalität des staatlichen Handelns, vor allem auch die Hoffnung auf wirksamere und gleichmäßige Interessenbefriedigung (also ein eminent sozialrechtliches Grundanliegen) sowie die Erwartung «vollständiger und früher Problemerfassung und der Entwicklung wirksamer Veränderungs- und Gestaltungsstrategien zur Bewältigung neuartiger und zunehmend krisenhafter Problemlagen»²⁹⁸. Nach OLDIGES unterscheidet sich die Lenkungsplanung, wie sie für weite Bereiche der Wirtschafts- und Sozialplanung typisch geworden ist, gerade durch die zeitliche Dimension von der punktuellen Intervention²⁹⁹, wie sie für ein frühes Stadium der Sozialpolitik bei der Abwendung konkreter sozialer Notlagen typisch war. Der Zeitfaktor gewinnt also ganz entscheidende Bedeutung. Schon hier wird der Gegensatz zu den viel weniger Zeit und Planung beanspruchenden Ausgrenzungen privater und gesellschaftlicher Freiheitsräume durch die liberal-rechtsstaatliche Verfassung deutlich.

Der Sozialstaat namentlich als Lenkungs- und Leistungsstaat nimmt an *der allgemeinen Problemlage der hochkomplexen Industriegesellschaft* teil; Recht und Staat können ihrem Ordnungs- und Lenkungsbedarf gar nicht anders als planvoll und arbeitsteilig gerecht werden³⁰⁰. Man hat Planung in diesem Sinn als den Versuch bezeichnet, «unter den Bedingungen der wissenschaftlich-technischen Zivilisation aktive und nicht nur reaktive Politik zu betreiben». Sie strebe an, die gesellschaftliche Entwicklung in Kenntnis ihrer Probleme, aufgrund aller relevanten Daten und in Voraussicht möglicher künftiger Abläufe auf bestimmte Ziele hin optimal zu steuern³⁰¹. Sie sei die auf neue sozio-ökonomische Bedingungen zugeschnittene Form der Staatsführung³⁰².

²⁹⁷ So vor allem KEWENIG, a.a.O., bes. S.28/29.

²⁹⁸ SCHARPF, Planung als politischer Prozeß, a.a.O., S.174.

²⁹⁹ a.a.O., S.63 f.; s. auch SCHARPF, a.a.O., S.169.

³⁰⁰ Vgl. GRIMM, a.a.O., S.495.

³⁰¹ GRIMM, a.a.O., S.518.

³⁰² GRIMM, a.a.O., S.522.

5.2 Herausforderung an die rechtsstaatliche Verfassung

Die Hauptfragen, die der Planungsstaat an die rechtsstaatliche Verfassung stellt, sind materieller und formeller Art: Materiell in bezug auf die Auswahl, Festsetzung, Korrektur von Planungszielen, formell in bezug auf die Fähigkeit der Verfassung, geeignete Träger und Verfahren für komplexe Planungsvorgänge bereitzustellen, insbesondere zur Ermöglichung der «*mitlaufenden*» *Beteiligung des Parlaments an Planungen innerhalb der Verwaltung* und durch Ausbau individueller oder gruppenmäßiger frühzeitiger Mitwirkung am Entscheidungsprozeß.

5.21 Planungsverfassung

Während die klassische Verfassung grundsätzlich statischen, bewahrenden Charakter hat, ist Planung ihrer Natur nach dynamisch. Eine Vereinigung der beiden Elemente hat man in den Europäischen Gemeinschaftsverträgen gesehen, die auch als *Planungsverfassungen* bezeichnet wurden.

Sämtliche wesentlichen Elemente einer dynamischen Planung sieht OPHÜLS in den Gemeinschaftsverfassungen enthalten: Planungsziele, -mittel, -prioritäten, ferner Regelung der Planungsverfahren, Anlaufzeiten und Übergangsphasen erscheinen als Planverwirklichungsphasen³⁰³.

5.22 Rückstand der Verfassung und der Verfassungsrechtslehre

Demgegenüber findet die Planungsaufgabe des modernen Staates in der liberalen Verfassung wenig Halt³⁰⁴. Nach alt-liberaler Vorstellung, die unser Verfassungsdenken noch weitgehend bestimmt, wird die planmäßige Lenkung und Gestaltung der sozialen

³⁰³ Vgl. dazu im einzelnen OPHÜLS, Die Europäischen Gemeinschaftsverträge als Planungsverfassungen, in: KAISER, a.a.O., Planung I, S. 229–245, S. 233ff.; zur Bedeutung des Zeitfaktors im Recht der EWG: IPSEN, Europäisches Gemeinschaftsrecht, Tübingen 1972, S. 1022ff.; daß der Planungscharakter des Vertragswerks nicht nur Übergangsphänomen ist, erhellt aus dem «Verzicht auf ein Terminziel», aus der «nicht vorhersehbare(n) Endlosigkeit des Integrationsprozesses und seiner ebensowenig vorhersehbare(n) Gestaltformung» (a.a.O., S. 1023). Über Ziele, Zielschritte und Zielbedarf im Integrationsprozeß s. IPSEN, a.a.O., S. 988ff.

³⁰⁴ Siehe auch IPSEN in: Planung I, a.a.O., S. 36 N. 43.

und wirtschaftlichen Prozesse durch den Staat grundsätzlich – und, im Hinblick auf die als Folge der Abstinenz des Staates vorausgesetzte Gemeinwohlautomatik, konsequenterweise – abgelehnt. Sie ist somit auch kein Gegenstand verfassungsrechtlicher Grundsätze und Verfahren, ja Plan und Planung ließen bis vor kurzem Gefahr, per se als verfassungswidrige Erscheinungen disqualifiziert zu werden³⁰⁵. Wo sich das öffentliche Recht der Planung angenommen hat, wird beklagt, daß dies unter zu engem Blickwinkel, nämlich dem des Rechtsschutzes des einzelnen vor allem gegenüber bereits beschlossenen Plänen oder bei deren Vollzug³⁰⁶, geschehe. Diese Verkürzung der staats- und verwaltungsrechtlichen Sicht erklärt sich daraus, daß – etwas grob vereinfacht und verallgemeinert betrachtet – praktisch erst Plandurchführungsakte als *Rechtsakte mit Außenwirkung* in Erscheinung treten, während die Vorgänge der früheren Phasen wie Datenermittlung und Zielbestimmung Interna bleiben und auch Koordinations- und Organisationsmaßnahmen nicht oder nur partiell verlautbart werden³⁰⁷.

5.23 Eignung der Verfassung als Planungsinstrument?

Fragen wir zunächst nach der Eignung der herkömmlichen Verfassung, den materiellen Gehalt von Planungen, also Planbereiche, Planziele und Planprioritäten, zu bestimmen. Der phänomenologische Befund anhand der «Richtlinien für die Regierungspolitik für die Legislaturperiode 1971–1975» hat ergeben, daß es in erster Linie nicht materielle Verfassungsbestimmungen etwa in Form von Gesetzgebungsaufträgen sind, sondern gesellschaftliche, wirtschaftliche oder technische Entwicklungstrends³⁰⁸ von teilweise weltweitem Ausmaß, die den Bund zu politischen Grundentscheidungen im Hinblick auf staatliche Planungen nötigen³⁰⁹. Im Leistungsstaat, wie ihn uns die «Richtlinien» vor Augen führen, enthüllt sich eine politische Wirklichkeit, in der die Verfassung als

³⁰⁵ IPSEN in: Planung I, a.a.O., S. 36.

³⁰⁶ Belege bei GRIMM, a.a.O., S. 519; GYGI, Wirtschaftsverfassung, S. 274.

³⁰⁷ IPSEN, a.a.O., S. 55.

³⁰⁸ Der Bundesrat stützt sich bei ihrer Feststellung maßgeblich auf die Perspektivstudie KNESCHAUREK für das Jahr 2000, vgl. BBl 1972 I, S. 1029.

³⁰⁹ Siehe BERICHT über die «Richtlinien», a.a.O., S. 1080.

materiale Grundordnung im wesentlichen nicht Ausgangspunkt und konkretes, inhaltliches Richtmaß für den Gang der Staatsentwicklung in Gesetzgebung und Verwaltung ist³¹⁰, sondern *vielmehr selbst als Gegenstand der Planung* erscheint. Man fragt nicht: Welche Ziele setzt die Verfassung dem Gemeinwesen, sondern: Wann sind Verfassungsänderungen notwendig, um die von der Planung diagnostizierten, herausgehobenen, konkretisierten Ziele zu verwirklichen. Es ist *unverkennbar, daß auf diese Weise die Verfassung selbst gegenüber dem Plan instrumentale Züge annimmt*³¹¹. Die Teilfrage nach der Berechtigung sozialer Grundrechte in einer heutigen Verfassung kann nicht beantwortet werden ohne Hinweis auf diese Problematik, in die die Verfassung im planenden Staat selbst hineingeraten ist. Dies ist noch zu vertiefen.

5.24 Erneuerung und Aktualisierung der rechtsstaatlich-demokratischen Verfassung

Erste Phase jeder Planung ist die Festlegung von Planbereichen³¹². Darauf folgen die Stadien der Problemerperzeption, der Problemübersicht und der Problemauswahl. Planung im engeren Sinn umfaßt dann die Stufen der Planinitiative, die Bestimmung der Planziele, die Aufstellung des Planes, den Beschuß seiner Durchführung, die Plankontrolle und -korrektur³¹³. In staatsrechtlicher Sicht wird es vor allem darum gehen, alle Planstadien geeigneten Planträgern zur verantwortlichen Behandlung zu übertragen, einander zuzuordnen, das Verfahren nach rechtsstaatlichen

³¹⁰ Obwohl verbal immer wieder wenigstens die «Anknüpfung» an die «Richtlinien» hervorgehoben wird.

³¹¹ Vgl. GRIMM, a.a.O., S.520; aufschlußreich etwa auch die BOTSCHAFT des Bundesrates zum BG über die Raumplanung, Separatum S.4: Die neuen Verfassungsbestimmungen über die Eigentumsgarantie und die Raumplanung seien aus einer «*Bedürfnislage*» hervorgegangen; vgl. S.6, wo auf die «*Bedürfnislage*» aus dem unterschiedlichen Stand der kant. Gesetzgebungen hingewiesen wird, ein Zustand, der «angesichts der Dringlichkeit des Anliegens» bezweifeln ließ, ob die kant. Planungsbestrebungen innert nützlicher Frist zu etwas Gesamthaftem führen würden, das an sich und im Blick auf nationale Bedürfnisse zu befriedigen vermöchte.

³¹² J. KAISER, Exposé einer pragmatischen Theorie der Planung, in: Planung I, a.a.O. (oben Anm.294), S.11 ff.; S.28f.

³¹³ Zu den verschiedenen Planungsstadien vgl. auch OLDIGES, a.a.O., S.66ff.

und demokratischen Gesichtspunkten – die der *Effizienz* der Planverwirklichung im Interesse übergeordneter verfassungsmäßiger Interessen allerdings abträglich sein können – zu ordnen. Zukünftige Verfassungsgebung muß sich vor allem daran bewähren, Planung als die Antwort auf die weiter steigenden Leistungsansprüche an den Staat zu regeln. GRIMM³¹⁴ hat diese Aufgabe eindrücklich beschrieben: Der Versuch müsse unternommen werden, Planung in ihrer ganzen Potenz – und nicht nur als Reaktion auf bestehende Phänomene – verfassungsrechtlich zu erfassen. Gelinge das nicht, werde der Verfassunggeber jeweils der Planungsrealität nacheilen³¹⁵; jeder Bedeutungsgewinn der Planung wäre dann ein Legitimitätsverlust für die Verfassung³¹⁶.

Für *Rechtsstaat und Demokratie* wird zur Existenzfrage, ob die sie tragenden Grundsätze auch im Planungsstaat sachgerecht aktualisiert werden können, etwa der Grundsatz des rechtlichen Gehörs im Sinne einer rechtzeitigen Anhörung jeweilig betroffener einzelner und Gruppen, das demokratische Prinzip der Mitwirkung durch sachgemäße Partizipation an Planungentscheiden, der Grundsatz (differenzierter) Öffentlichkeit durch (ebenso differenzierte) Transparenz des Verfahrens, die Kontrolle des Parlaments über die Verwaltung auch durch planbegleitende Einflußnahme in den Frühstadien der Planung usf.³¹⁷ Schließlich zeichnet sich für die *Rechtstheorie* die Aufgabe ab, jeweiligen Planungsstadien angemessene Rechtskategorien zuzuordnen, m. a. W. den juristischen Normbegriff so zu differenzieren, daß die Rechtsregel mit ihren verschiedenen Graden der Offenheit, Bestimmtheit und Dichte imstande bleibt, den Planungsprozeß von der Abgrenzung des Planbereichs über die Zielsetzung bis zur konkreten Planverwirklichung im Einzelfall inhaltlich zu meistern, also Rechtsformen zu finden, die die verschiedenen Stufen der Konkretisierung oder Verdichtung der Planungsziele bis zum Planvollzug inhaltlich einzufangen vermögen. Planungsinstrumente wie die «Richtlinien» rechtlich – ungeachtet ihrer faktischen Normativität – nur als unverbindliche

³¹⁴ GRIMM, a.a.O., S. 521.

³¹⁵ GRIMM, a.a.O., S. 521.

³¹⁶ GRIMM, a.a.O., S. 520.

³¹⁷ Zu diesen Problemen namentlich EICHENBERGER, a.a.O., S. 19 ff.

Programme zu behandeln, sie im Vorfeld der staatlichen Willensbildung anzusiedeln und als eine Art unverbindlicher Ankündigung für Gesetzesinitiativen der Regierung zu betrachten, heißt der Herausforderung ausweichen, die sich an die Rechtstheorie und Staatsrechtslehre mit ihren teilweise fragwürdig gewordenen Abgrenzungen von Recht und Politik, Programm und Rechtssatz, Normsetzung und Normvollzug stellt³¹⁸.

5.25 Konkurrierende Planungsinstrumente

Wir haben oben gesehen, daß *Planungsinstrumente* wie die «Richtlinien des Bundesrates zur Regierungspolitik» mit der Verfassung in eine gewisse Konkurrenz treten können, jedenfalls so weit diese auch die Funktion inhaltlicher Richtunggebung für zukünftige staatliche Tätigkeit übernehmen soll. Die «Richtlinien» sind sachhaltiger, präziser als die gerade im Bereich sozialstaatlicher Normierung meist generalklauselartigen Bestimmungen der Verfassung. Sie legen die gesellschaftliche Entwicklung in die Zukunft hinein fest: Sie umfassen formell zwar nur einen Zeitraum von vier Jahren, während die Entwicklungstendenzen, welche nach den «Richtlinien» aller Voraussicht nach in Zukunft unseren Staat und unsere Gesellschaft prägen werden, sich auf einen bedeutend längeren Zeitraum beziehen³¹⁹.

Aus den «Richtlinien» geht somit selbst hervor, daß der Rahmen einer kurz- oder mittelfristigen Regierungsplanung im Grunde gesprengt ist und sich eine langfristige Planung der gesamten Staatstätigkeit im Sinne eines für den modernen Sozialstaat unentbehrlichen Instruments der rationalen Entscheidungsvorbereitung im Bereich der Gesetzgebung und Regierung praktisch schon abzeichnet oder doch aufdrängt. Die Staatsrechtslehre und Politik darf sich nicht mit Lösungen beruhigen, wie sie nun im revidierten Geschäftsverkehrsgesetz mit der Verankerung des Instituts der Richtlinien Eingang gefunden haben. Die verfassungsrechtliche Bewältigung der Planung stellt ein höchststranges Verfassungsproblem unserer Zeit dar, auch um des sozialgerechten Ausgleichs der Bedürfnisbefriedigung im Sinne der distributiven Gleichheit willen³²⁰.

³¹⁸ Vgl. in diesem Sinn auch GRIMM, a.a.O., S. 520.

³¹⁹ So ausdrücklich BERICHT, a.a.O., S. 1029. Die «Richtlinien» entsprechen einem neueren Verständnis von Regierung, das wieder mehr die Aufgabe politischer Führung betont; vgl. auch GRIMM, a.a.O., S. 522.

³²⁰ Zum Bezug von Planung zur sozialen Gleichheit als Verfassungsziel vgl. auch H. ZACHER, Soziale Gleichheit, AÖR 93, 1968, S. 380ff.

5.26 Materielle Verfassungsdirektiven als Gegengewicht zu «Sachzwängen» und organisierten Interessen?

Es ist nun zu fragen, welche Rolle der Verfassung im Planungsstaat auch als materieller Richtschnur – von ihrer Erneuerung im organisatorischen Teil wird später die Rede sein – zukommen könnte. Haben Staatszielbestimmungen, soziale Grundrechte, Gesetzgebungsaufträge auf Verfassungsebene eine Chance, den im wesentlichen von Sachzwängen und auch durch Extrapolation gegenwärtiger Entwicklungstrends bestimmten Planungsaufgaben Gegengewichte³²¹ entgegenzustellen? M.a.W.: *Ist der politische Mensch gerade durch bewußte Inanspruchnahme der Verfassung eines Gemeinwesens noch fähig, Zukunftsentwicklungen durch bestimmte Wertsetzungen zu lenken?* Solche Steuerung ist aber in einem demokratischen Gemeinwesen, in dem mangels einer Verfassungsgerichtsbarkeit (auf Bundesebene) die Durchsetzung der Verfassung ganz wesentlich dem entschiedenen politischen Willen der Rechtsgemeinschaft und insbesondere des Parlaments anheimgestellt ist, davon abhängig, wie weit und wann Planungsvorgänge der parlamentarischen und auch der weiteren öffentlichen politischen Diskussion, der Kontrolle und Auseinandersetzung geöffnet werden. Jedenfalls genügt es nicht, institutionalisierte parlamentarische Mitwirkung und öffentliche Diskussion im Planungsvorgang auf die Phasen zu beschränken, in denen Gesetzgebungsakte notwendig sind, wie bei dem – am Modell der konstitutionellen Monarchie orientierten – Fall des Eingriffs in Eigentum und Freiheit³²² oder wo aus bundesstaatlichen Gründen Kompetenzzuweisungen durch Verfassungsänderungen sich aufdrängen. Die Realität zeigt, daß schon in einem viel früheren Planungsstadium,

³²¹ Auf die Gefahr, daß empirische Tatsachen außerhalb des engeren Verantwortlichkeitsbereiches eines Planungsträgers unbesehen als Sachzwänge hingenommen werden, obwohl sie prinzipiell politisch veränderbar wären, weist SCHARPF, Planung als politischer Prozeß (oben Anm. 294), S. 177f., hin.

³²² Die Lehre, daß der Gesetzesvorbehalt auf die Fälle des Eingriffs in Freiheit und Eigentum beschränkt sei, muß heute allerdings als überwunden gelten. Statt vieler P. LERCHE, Übermaß und Verfassungsrecht, Köln usw. 1961, S. 107ff.; A. GRISEL, Droit administratif suisse, Neuenburg 1970, S. 161ff., insbes. S. 165 (Leistungsverwaltung).

bei der Problemerperzeption, -auswahl und spätestens bei der Planzielfestsetzung, Alternativen ausgeschieden, Prioritäten gesetzt und damit politisch (d. h. auch verfassungsrechtlich relevante) Entscheidungen getroffen werden. Es geht darum, bereits in diesem Stadium *Allgemein- und Minderheitsinteressen* (deren Schutz vornehmste Aufgabe einer auch als materiale Grundordnung verstandenen Verfassung wäre) zum Zug kommen zu lassen, wo sonst Sachzwänge und antizipierte Berücksichtigung drängender Forderungen organisierter Gruppeninteressen den Ausschlag geben. Richtlinien der Verfassung im Sinne von Gemeinwohlforderungen und des Schutzes von Minderheitsanliegen müssen als konkrete Direktiven nicht nur an den Gesetzgeber, sondern gerade auch an Regierung und Verwaltung für ihre Planungstätigkeit im vorparlamentarischen Stadium formuliert und verstanden werden³²³.

So ist die Verpflichtung des Bundes gemäß Art. 24^{sexies} Abs. 2 BV, bei der Erfüllung einer eigenen Aufgabe die Belange des Natur- und Heimatschutzes zu berücksichtigen, auch als permanente Direktive für sämtliche Planungsvorgänge der Verwaltung zu würdigen.

LERCHE hat in diesem Sinn die Kategorie der Verfassungsdirektiven herausgearbeitet, die stetigen staatlichen Vollzugs bedürfen, die nicht wie einmalige Verfassungsbefehle «erfüllt» oder «eingehalten», sondern fortwährend – im Sinne eines stets neu zu aktualisierenden Verfassungsauftrags – «vollzogen werden»³²⁴. Die Durchsetzungschance solcher Direktiven der Verfassung ist jedoch nicht zu hoch zu veranschlagen, auch wenn man von einer hohen Autorität der Verfassung bei den Planungsträgern ausgeht.

5.261 Notwendige Offenheit verfassungsrechtlicher Direktiven

Verfassungsrechtliche Direktiven sind immer durch eine gewisse Inhaltsarmut gekennzeichnet; sie sollen ja Richtpunkte eines im Ergebnis noch weitgehend offenen Verfahrens der Planfestsetzung, der Planverwirklichung und des begleitenden politischen Prozesses

³²³ Siehe auch unten Ziff. 5.33, 5.34 und 10.3.

³²⁴ P. LERCHE, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 64/65; zur Sozialstaatsklausel und andern typisch sozialrechtlichen Verfassungsdirektiven vgl. a.a.O., S. 64, 230ff., ferner S. 63 und S. 2.

sein. Das formulierte Verfassungsziel bleibt in einer unlösbaren Spannung zur notwendigen Bestimmtheit wirklich operationabler Planungsziele. Darum wird etwa auch das institutionelle Verständnis der Freiheitsrechte³²⁵ oder die «sozial» verstandene Rechtsgleichheit³²⁶ nie die Prägnanz aufweisen können, die solche Verfassungsbestimmungen zu eigentlichen Planungszielen werden ließen. Sozialrechtliche Verbürgungen in der Verfassung werden immer nur eine «notdürftige Antwort»³²⁷ auf die dem planenden Gemeinwesen gestellten Fragen nach der Koordination und den Prioritäten zwischen verschiedenen Zielen bieten. Verfassungsprinzipien im Bereich der Sozialgestaltung sind zumeist zu unbestimmt, um konkrete Leistungsverpflichtungen hinlänglich determinieren zu können. Sie sind ja auch nur schrittweise zu verwirklichen: Der damit notwendig verbundene und zu berücksichtigende Zeitfaktor bedingt auch *laufende Plankontrolle und Plankorrektur*³²⁸. Damit hängt die Unmöglichkeit zusammen, in der auf Dauer angelegten Verfassung Planungsziele über ein gewisses Maß hinaus spezifiziert zu fixieren. Gerade aufgrund dieser Feststellung wurde ja auch die Konsequenz erwogen, ob sich die Verfassung nicht überhaupt der Fixierung von Gegenstand und Ziel der Planung zu enthalten und allein in der Regelung des *Verfahrens* zu bewahren habe³²⁹.

5.262 Schwierigkeiten ihrer Durchsetzung im Planungsprozeß

Die von der Verfassung – wenn auch nur richtlinienartig – aufgestellten Wertsetzungen zum Schutze des Gemeinwohls und von Minderheitsinteressen gegenüber «Sachzwängen» verschiedenster

³²⁵ Dazu unten Ziff. 6.2, 6.3 und 7.1.

³²⁶ Dazu unten Ziff. 9.

³²⁷ HÄBERLE, a.a.O., S. 90/91.

³²⁸ Zur notwendigen Planänderung als Folge der «Lernfähigkeit der Planung» s. auch GRIMM, a.a.O., S. 525, und zum Zeitfaktor bei der Planung u.a. LERCHE, Stiller Verfassungswandel (oben Anm. 8), S. 300 Anm. 31; zur notwendigen Dynamik und Flexibilität jeder Planung und damit zusammenhängender Planänderung s. auch OLDIGES, a.a.O., S. 106–112; IPSEN, in: Planung I (oben Anm. 294), S. 61 Rdnr. 100.

³²⁹ GRIMM, a.a.O., S. 521.

Art bedürfen doch der Menschen, die ihren Appell als Anstoß, Korrektur, Ausgleich im Planungsprozeß wahrnehmen und zur Geltung bringen. Mit dem Hinweis auf die gebotene Verfassungstreue der Planungsträger wird dem Anliegen nicht Genüge getan³³⁰. Die Planungsforschung zeigt, daß bereits mit der Problem-auswahl sich entscheidet, «ob nur die artikulierten oder auch die latenten und künftigen Probleme Beachtung finden»³³¹. Politologische Forschungen bestätigen, «daß in demokratischen Staaten jene Interessen am besten zum Zuge kommen, die von artikulations-starken Gruppen angemeldet werden, während es die Interessen einerseits der Allgemeinheit, andererseits unterprivilegierter Gruppen schwerer haben»³³². Damit sind wir nicht bei einem Marginalproblem der Planung im Rechtsstaat, sondern einem *Zentral-anliegen des Rechtsschutzes* im planenden Sozialstaat angelangt: Wie können die virtuell Betroffenen – und zwar namentlich in verfassungsrechtlich anerkannten Interessen Betroffenen – dann zur Mitwirkung beigezogen werden, wenn die Entscheide fallen, die schließlich über die Bereitstellung von Leistungen in einem be-

³³⁰ Auch verfassungsmäßig verbürgte Prinzipien, Wertsetzungen, Rechtspositionen müssen im Planungsvorgang durch «konfliktfähige» andere Beteiligte im Ent-scheidungsprozeß vertreten werden. SCHARPF, Planung als politischer Prozeß (oben Anm. 294), S. 178.

³³¹ GRIMM, a.a.O., S. 518.

³³² GRIMM, a.a.O., S. 521; vgl. auch a.a.O., S. 493: «Hatte man ehedem aus der freien Konkurrenz von Meinungen und Kräften den Interessenausgleich not-wendig resultieren gesehen, so kennt man heute die Artikulationsschwierig-keiten gerade der elementaren und die Verzerrungen in der Auseinandersetzung selbst der organisierten Interessen» (mit Hinweis auf NARR/NASCHOLD, Theorie der Demokratie, 1971, S. 141, 204 ff. in Anm. 10); zur Schwierigkeit, in den USA die Armen als Interessengruppen zu organisieren, vgl. REIN, a.a.O., S. 225 f.; eindrücklich dazu auch H. FISCHER-MENSHAUSEN, Mittelfristige Finanzplanung, in Planung III, S. 75.

Daß sich die Interessen jedoch auch zu artikulieren vermögen, ohne daß der Anstoß dazu von den direkt Betroffenen oder von organisierten Interessen-gruppen ausgehen muß, zeigt F. SCHARPF, Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung, Konstanz 1970, S. 86/87; er verweist dabei insbesondere auf die Reformen des Strafrechts und des Unehelichenrechts, welche man «weder den Pressionen des organisierten Verbrechertums oder der assoziierten unehe-lichen Kinder noch etwa der Rücksichtnahme der Parteien auf die Stimmen jener Wählergruppen zuschreiben» könne; a.a.O., S. 87.

stimmten Bedarfszeitpunkt entscheiden? Diese spezifischen Rechtsschutzprobleme, die HÄBERLE zu Recht ins Zentrum der Frage nach der Stellung der Grundrechte im Leistungsstaat stellt³³³, sind derart komplexer Art, daß sie hier nur skizziert werden können.

Zur Problematik gehört die Einsicht, daß es, *je allgemeiner die verfolgte Gemeinwohlforderung* (Beispiel: Umweltschutz, Altersfürsorge) ist, *um so schwieriger* ist, die «*Betroffenen*» zu ermitteln und ihnen spezifische Mitwirkungsrechte im Planungsverfahren einzuräumen. Der Ausweg, über generelle Transparenz überhaupt den politischen Meinungsbildungsprozeß ständig zu mobilisieren, kann aus planerischen Gründen³³⁴ nicht sachgerecht erscheinen.

5.263 Bleibendes Schwergewicht des Rechtsschutzes Benachteiligter bei der Planverwirklichung

Auf einen weiteren Problemkreis hat SCHARPF³³⁵ aufmerksam gemacht: *Je langfristiger Planungen sind, um so schwieriger wird es für nicht organisierte Gruppen*³³⁶, *an der Planung zu partizipieren*³³⁷. Sie stellen die Betroffenheit zu spät fest. Die Möglichkeit und Bereitschaft zur aktiven Vertretung eigener Interessen erreicht ihr Maximum im Ausführungsstadium von Entscheidungsprozes-

³³³ HÄBERLE (oben Anm. 211), S. 125: «Grundrechtsschutz ex ante», wobei es im wesentlichen um das sozialstaatliche Anliegen der Verwirklichung der Voraussetzungen klassischer Grundrechte geht.

³³⁴ Man denke an die Problematik bei der Raumplanung, wo Transparenz in Frühstadien der Planung Spekulation anregen und Planung erschweren kann.

³³⁵ Planung als politischer Prozeß, S. 174–180.

³³⁶ Die Großorganisationen sind in ihren eigenen Dispositionen auf Langfristplanung angewiesen und vermögen so die Auswirkungen staatlicher Langfristplanung besser abzuschätzen; SCHARPF, a.a.O., S. 175. Aus ähnlichen Gründen gibt die langfristige Planung auch der Führung der Interessenorganisationen gegenüber den Einzelmitgliedern einen Informations- und Artikulationsvorsprung; SCHARPF, a.a.O., S. 175.

³³⁷ In der langfristigen Planung lassen sich mitunter zukünftige Bedürfnisse auch noch gar nicht ermitteln: als Beispiele seien die Interessen zukünftiger Bewohner einer langfristig geplanten Trabantenstadt oder der Studenten der nächsten Generation genannt; vgl. SCHARPF, a.a.O., S. 174.

sen³³⁸. Die ungelöste Problematik der Mitwirkung virtuell Betroffener in Frühstadien der Planung und die besondere Schwierigkeit für Außenseiter und nicht organisierte Minderheiten³³⁹, ihre (verfassungsrechtlich mehr oder minder spezifisch) anerkannten Interessen rechtzeitig zur Geltung zu bringen, läßt das Schwergewicht des Rechtsschutzes im Sozialstaat schließlich doch wieder auf die Stadien der Planverwirklichung fallen, wo es um «Teilhabe» an bereitgestellten Leistungen geht. Hier können zwar nicht mehr falsch gesetzte Prioritäten geändert, hingegen im Einzelfall gewisse Korrekturen im Sinne gleicher Teilhabe an vorhandenen Leistungsmöglichkeiten vorgenommen werden.

5.3 Regelungsaufgaben der Verfassung im planenden Staat

5.31 Vorrang des Verfahrensrechts

Die bisherigen Darlegungen haben ergeben, daß eigentliche operationable Planungsziele in der Regel zu sehr der Dynamik der Planung unterliegen, als daß sie sich als Verfassungsinhalte anbieten würden; anderseits wurde auf die Möglichkeit von Planungsaufträgen an die Regierung, Verwaltung und Gesetzgebung³⁴³, ferner auf die Verfassungsdirektiven hingewiesen, die im Sinn eines ständigen Appells an die planenden Organe zum Schutze von wenig artikulierten und schwach vertretenen Gemeinwohl- und Minderheiteninteressen eine gewisse korrigierende Wirkung im Planungsprozeß ausüben können. Das Schwergewicht der Verfassunggebung im Planungsstaat liegt jedoch im Verfahrensrecht.

³³⁸ SCHARPF, a.a.O., S. 175.

³³⁹ Zum Problemkreis vgl. außer den bereits genannten (s. oben Anm. 332) auch ZACHER, Soziale Gleichheit (oben Anm. 320), S. 358f.; F. WERNER, Wandelt sich die Funktion des Rechts im sozialen Rechtsstaat?, in: Festschrift für G. Leibholz, Tübingen 1966, Bd. II, S. 160: «Staatliches Recht wird heute weitgehend zu gruppenbegünstigendem Recht, und auch der einzelne steht und fällt als Rechtsgenosse nicht selten mit seiner Gruppe. Indem er sich zu ihr zählt, stellt er Rechtsansprüche. Den ‹Kampf ums Recht› als Gruppenloser aufzunehmen, bedeutet die Ausnahme.»

³⁴⁰⁻³⁴² Diese Anmerkungen sind infolge einer Textstreichung nach Fertigstellung des Satzes fortgefallen.

³⁴³ Zu spezifischen Planungsaufgaben der Verfassung, die sich an den Gesetzgeber richten, vgl. LERCHE, Stiller Verfassungswandel (oben Anm. 8), S. 300.

5.32 Normierung neuer Entscheidungsprozesse

Die Notwendigkeit rechtlicher Regelung von Planungsverfahren auf Verfassungs- oder Gesetzesstufe belegen die «Richtlinien». Sie weisen zu Recht auf das Ungenügen der herkömmlichen Methoden zur Lösung der Staatsaufgaben angesichts ihrer zunehmenden Komplexität und Interdependenz hin und betonen die dringliche Erforschung von Möglichkeiten besserer Methoden zur Erarbeitung von Entscheidungsvarianten und Entscheidungsprozessen. Neben der größtmöglichen Effizienz der Entscheidungsmechanismen sei auch anderen – möglicherweise gegenläufigen – Aspekten, vor allem dem Bedürfnis, die Mitwirkung möglichst vieler Kreise am Entscheidungsprozeß sicherzustellen, Rechnung zu tragen. Vermehrte Öffentlichkeit und verstärkte Mitwirkung virtuell betroffener oder interessierter einzelner oder Gruppen werden als Leitmotive einer Neuordnung des Planungsverfahrens genannt, auch «angesichts der verbreiteten Befürchtung, die Grundsatzfragen würden in kleinen Fachgremien oder unter dem Einfluß von Interessenverbänden entschieden»³⁴⁴. Die Verfahrensfragen³⁴⁵ scheinen zum höchstrangigen Verfassungsproblem des Sozialstaates und zugleich zum vordringlichen Anliegen grundrechtlicher Sicherung des Bürgers im Leistungsstaat zu werden. Die Diskussion darüber, wie das Phänomen der Planung verfassungsrechtlich einzufangen sei, ist noch von großer Orientierungs- und Ratlosigkeit gekennzeichnet³⁴⁶.

³⁴⁴ BBl 1972 I, S.1070.

³⁴⁵ Siehe unten Ziff. 11.

³⁴⁶ Die Vernehmlassungen zum Fragenkatalog der Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der BV sind diesbezüglich gerade in ihrer geringen Ergiebigkeit aufschlußreich. Ansätze bieten etwa: Universität Zürich: Bd. III, S. 164 (Rdnr. 594–600); Kanton Zug: Bd.I, S. 384–390. Dem im Text diskutierten Problem wird aber bereits im Fragenkatalog nicht eine Stellung eingeräumt, die ihm zukommen müßte (vgl. Fragenkatalog unter 4.2.: Planung der Staatstätigkeit). Der Bezug der Planung zu den Grundrechten, den Aktivbürgerrechten, dem Verhältnis von Staat und Wirtschaft ist nicht hergestellt, die Frage der Öffentlichkeit als Prinzip des Rechtsstaates oder der Partizipation an Entscheidungsprozessen innerhalb der Verwaltung etwa im Sinne eines aktualisierten Grundsatzes des rechtlichen Gehörs oder Demokratieverständnisses wird gar nicht aufgeworfen. Vgl. dazu die differenzierte Stellungnahme

Planungsverfahren werden auf der Ebene von Experimenten im «rechtsfreien» Raum (so haben sich die «Richtlinien» zunächst ohne gesetzliche Grundlage als Planungsinstrument durchgesetzt, bevor sie im revidierten Geschäftsverkehrsgesetz ihren Ausdruck gefunden haben – siehe jetzt Art. 45^{bis} GVG) erprobt oder auf Gesetzesstufe (siehe BG über den Finanzaushalt) wenigstens punktuell geregelt. Angesichts der tiefgreifenden Änderungen für die ganze Staatsstruktur, die mit dem Überhandnehmen des «planenden» Staates vor sich gehen, müßte die Verfassung wenigstens den Rahmen setzen, in dem sich neue Entscheidungsprozesse vollziehen sollen. Es geht auch um Bewahrung der «Einheit der Verfassung» in dem Sinn, daß Grundprinzipien demokratischer und rechtsstaatlicher Entscheidungsbildung im Planungsverfahren neu aktualisiert werden müßten. Jedenfalls verliert die Verfassung ihre Autorität, wenn sich die Normalität des Planungswesens zu weit von der Normativität der liberalen Verfassung weg entfernt.

Einige der spezifischen Aufgaben der Verfassungserneuerung im planenden Staat seien im folgenden kurz erwähnt:

5.33 Aufgabenteilung von Parlament und Regierung

Als erstes Problem sei die Neumschreibung der Aufgabenteilung zwischen Regierung und Parlament genannt. In den Frühstadien der Planung stehen Regierung und Verwaltung als Planungsträger im Vordergrund, vor allem im Hinblick auf den außerordentlich großen Bedarf an Information und Expertenwissen.

Diese leitende Tätigkeit der Regierung erscheint sachgerecht und von der Verfassung legitimiert (bei der Sozialplanung ist in erster Linie an die Bestimmung von Art. 102 Ziff. 16 und Art. 95 BV³⁴⁷ zu denken). Bei der Planinitiative konkurrieren mit der Regierung die Räte, Kantone und die einzelnen Parlamentarier mit

von W. BLÜMEL, «Demokratisierung der Planung» oder rechtsstaatliche Planung?, in: Festschrift für E. Forsthoff 1972, S. 1–36.

³⁴⁷ Die Funktion des Bundesrates als oberster «leitender» Behörde (Art. 95 BV) wird im Entwurf des BG über die Organisation der Bundesverwaltung vom September 1971 besonders hervorgehoben und spezifiziert; s. Art. 3 Abs. 1 lit. a–f und die Ausführungen im Bericht der Expertenkommission unter Ziff. 212.24 und 212.25: Der Bundesrat habe schlechthin und allgemein Initiativen zu entfalten, wobei dieser Begriff nicht nur im rechtstechnischen Sinn des Art. 102 Ziff. 4 der BV zu verstehen sei. «Gemeint ist die Impulsgebung und die Auslösung von Aktivitäten immer da, wo richtigerweise gehandelt werden soll, dies aber aus irgendwelchem Grunde nicht geschieht.» Ferner: «Das Spektrum der Initiativenpflicht ist weit: Auch hier kann sich der Bundesrat erst zufriedengeben, wenn alles vorgekehrt wird, was das Gemeinwohl und die weiteren Staatsziele erheischen und wenn der Staat in seinem Prozeß der dauernden Zusammenführung (Integration) lebendig ist.»

ihrem Initiativrecht (Art. 93 BV). In diesem muß die Möglichkeit eingeschlossen sein, der Regierung bestimmte Planungsaufträge zu erteilen.³⁴⁸

Da sich politische Planung heute weitgehend in einem verfassungs- und gesetzesfreien Raum bewegt und der Regierung wegen ihrer überlegenen fachlichen Qualifikation praktisch ein Übergewicht, wenn nicht gar «Monopol» zugewachsen ist³⁴⁹, geht die Sorge vor allem dahin, dem Parlament in der Planung – auch faktisch – eine angemessene Mitwirkung zu sichern³⁵⁰. Die Beteiligung soll, wenn immer möglich, über bloße Kontrolle und Überwachung hinausgehen. Hauptfrage bleibt, an welchen Stellen des Planungsverfahrens das Parlament sinnvollerweise einzuschalten sei. Maßstab kann nicht allein die Notwendigkeit gesetzlicher Grundlage – vor allem bei Eingriffen in Freiheit und Eigentum³⁵¹ – oder gesetzgeberischer Zustimmung aus finanzrechtlichen Gründen in bestimmten Phasen des Planungsablaufs sein. Das Gesetz erscheint oft nur noch als eine Stufe im Gang der Planverwirklichung. Es nimmt häufiger den Charakter eines *Planungsgesetzes* an³⁵², das nicht mehr selber Normen oder Maßnahmen anordnet, sondern «selbständige Impulse für künftige Entwicklungen» gibt. Durch diese Dynamik unterscheidet sich das Planungsgesetz vom *Normgesetz*, durch seine Zukunftsorientierung vom *Maßnahmen gesetz*, das mehr *reakтив* auf bestimmte gegenwärtige Problemlagen antwortet.

Das *Planungsgesetz*³⁵³ gibt weniger auf gegenwärtige Krisen, sondern prospektiv auf sich abzeichnende Probleme der Zukunft Antwort. Es ist der Gesetzestyp einer

³⁴⁸ Zu diesem Recht des Parlaments vgl. GRIMM, a.a.O., S. 524.

³⁴⁹ Vgl. diesbezüglich KEWENIG, a.a.O., bes. S. 28ff.

³⁵⁰ Die Schaffung einer besonderen vierten Gewalt, der «Plangewalt», erwägt GRIMM, S. 521f., ebenso die Errichtung besonderer Koordinationsorgane zwischen Parlament und Regierung (a.a.O., S. 523f.), was realistischer erscheint; vgl. auch den Hinweis von U. SCHEUNER bei IPSEN, in: Planung I (oben Anm. 294), S. 64.

³⁵¹ Vgl. oben S. 793; zur Feststellung, daß auch das traditionelle Budgetrecht des Parlaments die Beteiligung des Parlaments an der Planung keineswegs sachgerecht abzurunden vermag und zur allgemeinen Abwertung des Budgetrechts vgl. BADURA (oben Anm. 294), S. 50ff.

³⁵² Zu diesem HERZOG, Allg. Staatslehre (oben Anm. 14), S. 328ff.

³⁵³ Wir folgen der Darstellung bei HERZOG, a.a.O.; zum Plangesetz vgl. auch HÄBERLE, a.a.O., S. 49.

Gesellschaft, die nicht nur in ihrer Struktur, sondern auch in ihrem Regelungsbedarf nicht mehr als Konstante vorausgesetzt werden kann. Da Datenermittlung für die Zukunft zeitlich nur beschränkt möglich ist, somit auch die Notwendigkeit von Maßnahmen zeitlich nur begrenzt beurteilt werden kann, darf das Planungsgesetz entweder von vornherein nur für beschränkte Zeit in Kraft gesetzt werden oder zumindest für mehrere Entwicklungsstufen jeweils getrennte Regeln vorsehen, wobei für die einzelnen Phasen eine verschiedene Stringenz der Vorschriften vorgesehen werden kann. Es ist wesentlich eine verfassungsrechtliche Frage, ob oder in welchem Rahmen Planungsgesetze zulässig sein sollen.

Daß das Parlament immer mehr gezwungen sein wird, auf die Setzung detaillierter Normen zugunsten bloßer Richtlinien zu verzichten im Interesse der gebotenen Flexibilität der Verwaltung des Sozialstaates, wird von verschiedenen Autoren als dominierender Trend heutiger Gesetzgebung diagnostiziert³⁵⁴.

Eine Beteiligung des Parlaments an laufenden Planungen wird dort gefordert, wo Transparenz, Kontrolle, Auseinandersetzung mit konkurrierenden Informationsträgern erwünscht oder geboten erscheint. Jede Ausscheidung von Alternativen stellt einen politischen Akt dar, der an sich auch von einem breiteren Konsens getragen sein müßte³⁵⁵. Mit diesen Stichworten sei nur die Komplexität des Zusammenwirkens von Parlament, Öffentlichkeit und Regierung im Planungsverfahren angedeutet; Lösungen können hier nicht auch nur skizziert werden³⁵⁶.

Im Stadium der Planausführung, der Vollstreckung und Kontrolle befinden wir uns auf gesicherterem Boden, da hier bekannte Bestimmungen über die Rechenschaftspflicht des Bundesrates gegenüber dem Parlament relevant werden³⁵⁷.

5.34 Interaktion von Staat und Gesellschaft

Als eine Teilaufgabe der organisationsrechtlichen Bewältigung des Sozialstaates stellt sich auch die – allenfalls verfassungsrecht-

³⁵⁴ Die Beschränkung auf die Richtliniengabe müßte durch verstärkte Kontrollen bei der Planverwirklichung kompensiert werden; vgl. SCHARPF, Politische Kosten, durchgehend; zur notwendigen «Offenheit» und «Anpassungsfähigkeit» des Rechts des Sozialstaates vgl. bes. auch HÄBERLE, a.a.O., S.48.

³⁵⁵ Zum Konsensproblem namentlich bei innovativer Planung vgl. SCHARPF, Planung als polit. Prozeß (Anm.294), bes. S.182ff.

³⁵⁶ Vgl. unten Ziff.11.

³⁵⁷ z.B. Art.102 Ziff.16 BV; in neueren Gesetzen sind besondere Verfahren der Berichterstattung über Planausführungen enthalten, vgl. z.B. den Entwurf für

liche – Regelung der notwendigen Interaktion von staatlichen und gesellschaftlichen Kräften. Den «Leistungsstaat» kennzeichnet gerade ein neues Verhältnis des Staates zu Gruppen und Bürgern, d. h. zur Gesellschaft, die nicht mehr «autonom» ist, sowenig wie der Staat als «autonomes» Wesen in Gegensatz zur Gesellschaft tritt.³⁵⁸

Illustrativ für die Problematik der Interaktion von Staat und Gesellschaft ist das bundesdeutsche Experiment der «konzertierten Aktion» mit der Aufgabe, «die Zielvorstellungen und Strategien des Staates und der autonomen Gruppen im Wirtschaftsprozeß gegenseitig kennenzulernen und soweit aufeinander abzustimmen, daß im Rahmen der marktwirtschaftlichen Ordnung das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht erhalten oder erforderlichenfalls wiederhergestellt wird»³⁵⁹.

Das Rechtsverhältnis Staat–Gesellschaft (Staat–Bürger) ist nicht mehr überwiegend gekennzeichnet durch allgemeines oder besonderes Gewaltverhältnis, sondern – jedenfalls tendenziell – durch Kommunikation und Kooperation zwischen den an Leistungsverhältnissen beteiligten Gruppen und einzelnen.

Formen solcher Kooperation und Kommunikation zeichnen sich etwa ab in den bekannten Erscheinungen der Erfüllung von *Leistungsaufgaben* des Gemeinwesens durch private oder doch privatrechtlich organisierte Träger (Krankenkassen, Nationalfonds usw.), bei der im wirtschafts- und sozialpolitischen Bereich häufig anzutreffenden Pflicht zur Anhörung der interessierten Gruppen (Beispiel: Art. 32 Abs. 3, Art. 34^{sexies} Abs. 5 BV u. a.), bei der Möglichkeit der Mitwirkung beim Erlass von Maßnahmen (Beispiel: Artikel 31^{quinquies} BV) oder beim Vollzug der Gesetzgebung (Art. 32 Abs. 3 BV).

Für das *Vernehmlassungsverfahren* im Vorverfahren der Gesetzgebung, das in hervorragender Weise auf die Kooperation von Staat und interessierten gesellschaftlichen Gruppen ausgerichtet ist, sei auf die Richtlinien des Bundesrates vom 6.5.1970 verwiesen.³⁶⁰

ein BG über die Raumplanung, Art. 66, in der Fassung des Ständerats vom März 1973: «Der Bundesrat hat den eidgenössischen Räten alle zwei Jahre über die Durchführung und den Stand der Verwirklichung der Raumplanung im Bund und in den Kantonen Bericht zu erstatten.» (Amtl. Bull. StR 1973, S. 158, 2. Sp.)

³⁵⁸ Dazu und zum folgenden HÄBERLE, a.a.O., S. 59; HERZOG, a.a.O., S. 131 ff., 133 ff. und durchgehend.

³⁵⁹ Dazu, auch zur Problematik dieser Aktion, statt vieler: BADURA, a.a.O., S. 65.

³⁶⁰ BBI 1970 I, S. 993 ff.

Als eine besondere Form der Mitwirkung besonders interessierter Gruppen bei der richtigen Durchführung von Gesetzen muß die *Einräumung des Beschwerde-rechts an Verbände* gegen Vollzugsakte der Verwaltung, die nicht sie direkt – aber die von ihnen wahrgenommenen, auch ideellen Interessen – betreffen, betrachtet werden, so die Beschwerdelegitimation der privaten Organisationen des Natur- und Heimatschutzes bei der Durchführung des aufgrund von BV Art. 24^{sexies} erlassenen Bundesgesetzes.³⁶¹

5.4 Exkurs: Ansätze zur rechtlichen Ordnung der Gesamtplanung des Bundes auf Gesetzesebene: die Finanzplanung

Es wurde als eine der drängenden Fragen heutiger Verfassungsgebung bezeichnet, ob und wie das Verfahren der Planung im Hinblick auf seine gesamtwirtschaftlichen, gesamtpolitischen und gesamtgesellschaftlichen Konsequenzen verfassungsrechtlich zu regeln sei. Als ein Planungsinstrument von größter Bedeutung erweist sich die mehrjährige Finanzplanung. Sie hat in der Schweiz ihre Ordnung nicht wie in der Bundesrepublik auf Verfassungs-³⁶², sondern auf Gesetzesstufe gefunden.^{363, 364}

³⁶¹ Siehe auch Art. 2 Abs. 3 des BG über den unlauteren Wettbewerb, ferner Art. 67 lit.c des Entwurfes eines BG über die Raumplanung in der Fassung der Expertenkommission vom 14.10.1970, wonach die Beschwerdelegitimation auch «gesamtschweizerischen Organisationen, die sich statutengemäß der Raumplanung widmen», eingeräumt wird; ferner vgl. auch die Praxis des Bundesgerichts zur Legitimation von Parteien und Berufsverbänden zur staatsrechtlichen Beschwerde (Übersicht bei H. MARTI, *Die staatsrechtliche Beschwerde*, Basel/Stuttgart 1967, S. 112 ff. und BGE 97 I 228). Damit wird ein noch kaum beachtetes – weil auch weitgehend verborgenes – Phänomen, nämlich die «Schlüsselfunktion» der Verbände gerade in den öffentlich-rechtlichen Gerichtszweigen des Sozialstaates, berührt, auf das kürzlich F. WERNER, a.a.O. (oben Anm. 339), S. 160 hingewiesen hat. Die Wirklichkeit des Gerichtsbetriebes des Sozialstaates ist nach WERNER ohne die intensive Tätigkeit organisierter Interessen durch Ingangsetzung eines test-cases bei Durchführung und beim Durchstehen eines mehrinstanzlichen Rechtszuges nicht mehr denkbar. «Den Kampf ums Recht» als Gruppenloser aufzunehmen bedeute die Ausnahme; vgl. auch oben Anm. 339.

³⁶² Durch Revision des Art. 109 Abs. 3 GG von 1969; s. dazu vor allem die Kommentierung von MAUNZ in: MAUNZ/DÜRIG/HERZOG, *Grundgesetz*, München 1971 zu Art. 109, insbes. Rdnr. 29.

³⁶³ Vgl. BG über den eidgenössischen Finanzhaushalt (Finanzhaushaltsgesetz) vom 18.12.1968; AS 1969, S. 298 ff.

Nach Art. 85 Ziff. 10 BV obliegt der Bundesversammlung lediglich die Aufstellung des jährlichen Voranschlages, der nach Art. 102 Ziff. 14 BV vom Bundesrat vorbereitet wird. In Abweichung von seiner historischen Herkunft hat bereits der Voranschlag immer mehr «eine positiv gestaltende Funktion der politischen Steuerung» erhalten³⁶⁵. Um die Funktionsfähigkeit der politischen Steuerung im Rahmen des Haushaltstrechts zu bewahren oder zu stärken, hat sich die Institutionalisierung einer *mehrjährigen* Finanzplanung immer mehr als unentbehrlich erwiesen³⁶⁶. Die Aufstellung des Finanzplans liegt nach der neuen Regelung ausschließlich in den Händen des Bundesrates, der ihn dem Parlament lediglich «vorlegt» und jährlich über seine Verwirklichung (Plankontrolle) und die notwendigen Anpassungen (Plankorrektur) berichtet (Art. 29 des Gesetzes). Die Verlagerung der politischen Steuerung zur Exekutive ist auch hier unverkennbar.

Der Finanzplan unterscheidet sich «einerseits von einem Plan, wie er in einer zentral geleiteten Wirtschaft zur Anwendung käme, durch den gewollten Mangel an strenger Vollzugsverbindlichkeit, anderseits von einer üblichen Projektion (Vorausschau) dadurch, daß er nicht bloß hypothetisch ermittelte Entwicklungen *ohne Wertung* darstellt, sondern aus verschiedenen möglichen Alternativen eine oder einige auswählt, um sie als politisch wünschenswert zu bezeichnen – mit der Konsequenz, daß die auf den gewählten Alternativen aufbauenden Schätzungen zu offiziell akzeptierten Orientierungspunkten für die Regierungspolitik» werden³⁶⁷.

Der Klärung bedarf das Verhältnis zum Budgetrecht des Parlaments und zu den «Richtlinien der Regierungspolitik» als einem konkurrierenden Planungsinstrument. Das verfassungsmäßige Budgetrecht wird offensichtlich faktisch eingeengt, wenn nicht ab-

³⁶⁴ Zur Institutionalisierung des mehrjährigen Haushaltplans in der BRD vgl. Art. 110 BGG; zur Rechtsnatur: BADURA, a.a.O., S. 53f. mit weiteren Literaturhinweisen. Der Plan wird durch das *Haushaltsgesetz* festgestellt.

³⁶⁵ BOTSCHAFT zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den eidgenössischen Finanzaushalt vom 21.2.1968, BBl 1968 I, S. 471 ff., S. 477.

³⁶⁶ Zum Ungenügen des bisherigen auf ein Jahr bezogenen Voranschlages eindrücklich die Darlegungen in der BOTSCHAFT, a.a.O., S. 477 ff.

³⁶⁷ F. NEUMARK, zit. in BBl 1968 I, S. 479.

³⁶⁸ Das Budgetrecht des Parlaments hatte ursprünglich die Funktion einer präventiven Kontrolle von Regierung und Verwaltung und wurde rein begrenzend verstanden (so auch BBl 1968 I, S. 477). Die Wendung zur Finanzplanung als

gewertet³⁶⁸. Der Voranschlag, so führt die Botschaft aus³⁶⁹, stehe fortan «nicht mehr isoliert» da, sondern solle unter Auswertung der durch die längerfristige Finanzplanung vermittelten Erkenntnisse als Glied einer Kette gewürdigt und geprägt werden, wiewohl der Voranschlag die verbindliche Richtschnur des politischen Handelns für das betreffende Jahr bleibe. Der Finanzplan soll mit den «Richtlinien» koordiniert werden; der Bundesrat nimmt eine optimale Abstimmung beider Planungsinstrumente in Aussicht, wobei offenbar gerade die «Richtlinien» jene Wertungen liefern sollen, nach denen sich die Dringlichkeitsordnung im Finanzplan beurteilt (s. Art. 2 Finanzhaushaltsgesetz). Das Phänomen der Verfestigung von Planzielen in verschiedenen interdependenten Planungsbereichen und konsekutiven Planungsschritten, deren Bedeutung isoliert betrachtet schwer abzuschätzen ist, ja mitunter verharmlost wird, ist offensichtlich. Der Feststellung des Bundesrates, der Finanzplan habe nur indikative (informative) Bedeutung, er vermittele nur Übersicht und beschränke die Entscheidungsfreiheit des Parlaments nicht, steht die Tatsache gegenüber, daß es in der Natur des Planes, auch des Finanzplanes, liegt, nicht nur Fakten zu registrieren, sondern auch Ziele und Forderungen aufzustellen. «Auch er soll zukunftsgestaltend wirken» und «verwirklicht werden, nicht weil er (rechtlich) verbindlich ist, sondern weil er Ausdruck des politischen Willens ist»³⁷⁰.

5.5 Schlußbemerkungen

Es ist zu fragen: Genügt das heutige Planungsverfahren den rechtsstaatlichen und demokratischen Anforderungen etwa hinsichtlich (differenzierter) Transparenz und davon abhängiger Mitwirkungschancen des Parlaments und der weiten Öffentlichkeit? Soweit die Beteiligung organisierter Interessen in Frage steht, ist diese

einem Instrument prospektiver Planung durch die Regierung und die damit verbundene Abwertung des Budgetrechts bestätigt die politische Gewichtsverlagerung zur Exekutive im Planungsstaat.

³⁶⁹ BBl 1968 I, S. 479.

³⁷⁰ BBl 1968 I, S. 501.

sachangemessen und durchsichtig zu gestalten. Darüber hinaus ist zu fragen, wie weit aus sachlichen und staatspolitischen Gründen eine vermehrte Beteiligung von einzelnen oder nicht organisierten Gruppen geboten sei, die wegen ihrer Sachkunde besonders maßgeblich sind oder wegen ihres virtuellen Betroffenseins tangiert erscheinen. Das Gemeinwohl ist im pluralistischen, demokratischen Staat nie vorgegeben, sondern stets im politischen Prozeß zu ermitteln³⁷¹. Dies gilt auch für die im Planungsprozeß unausweichlichen Wertungen bei der Zielsetzung und Festlegung von Prioritäten. Genügt für eine demokratische Legitimierung einer zeitgemäßen Planung, daß der von Regierung und Verwaltung aufgestellte Plan «indessen letztlich vom Parlament bei der Gesetzgebung und bei der Aufstellung des Voranschlags verwirklicht werden» müsse, und der Hinweis: «In der Demokratie soll sich zudem auch die Öffentlichkeit mindestens dafür interessieren.»³⁷² Zu fragen wäre, wie sich solches Interesse bilden und zur Geltung bringen könne, bevor Alternativen ausgeschieden, also maßgebliche politische Entscheide gefällt und Prioritäten aufgrund bestimmter Wertungen gesetzt werden.

An bloßen Versprechungen fehlt es – auch ohne soziale Grundrechte – in offiziellen Dokumenten nicht. In den «Richtlinien» wird in Aussicht gestellt, «in Zukunft den Wirtschafts- und Sozialprozeß vermehrt an den Idealen des Humanen zu orientieren und die Qualität des Lebens in den Vordergrund zu stellen», «die Disharmonie zwischen materieller und geistiger Entwicklung» auszugleichen³⁷³. Nicht Individualrechtsschutz, sondern höchstens vermehrte Beteiligungschancen sachkundiger einzelner oder Gruppen oder von Personen und Organisationen, die aller Voraussicht nach besonders betroffen sein werden, in bestimmten Planungsstufen auch einer weitern Öffentlichkeit, könnten zu einer vermehrten Berücksichtigung von Interessen und Werten in der angedeuteten Richtung führen.

³⁷¹ Vgl. statt vieler P. HÄBERLE, «Gemeinwohljudikatur» und Bundesverfassungsgericht. Öffentliche Interessen, Wohl der Allgemeinheit in der Rechtsprechung des BVerfG, AÖR 95, 1970, S. 86ff., S. 261f.

³⁷² BBI 1968 I, S. 501.

³⁷³ So der bundesrätliche Sprecher bei der Beratung der «Richtlinien der Re-

Als Ergebnis ist auch im Anschluß an den Blick auf das Planungsverfahren festzuhalten, daß die mit den postulierten Sozialrechten anvisierten Gemeinwohlforderungen ihre Realisierungschance zu Beginn des Planungsverfahrens finden müßten; im Stadium der Planvollstreckung ist sie weitgehend verpaßt.

6. Die klassischen Grundrechte im Leistungsstaat

6.1 Ausgrenzung eines freien politischen Prozesses

Die klassischen Grundrechte als Aussparungen gesellschaftlicher und individueller Rechtspositionen vor staatlichem Zugriff bleiben im Sozialstaat in höchstem Maße aktuell. Sie bezeichnen bestimmte Bereiche persönlicher Lebensgestaltung, Sphären des Privatlebens, körperliche und geistige Integrität des einzelnen als staatlicher Einflußnahme, Kontrolle und Regulierung schlechthin entzogen³⁷⁴; im Verhältnis Staat–Gesellschaft sichern sie Autonomie gesellschaftlicher Prozesse, die gerade Voraussetzung einer fruchtbaren *Zuordnung* von Staat und Gesellschaft insbesondere im politischen, aber auch wirtschaftlichen Bereich sind und damit auch die oben dargestellte notwendige Interaktion von Staat und Gesellschaft ermöglichen, ohne die der demokratische (und damit gebotenermaßen *pluralistische*) soziale Rechtsstaat zum «totalen» Sozialstaat mit einer dominierenden Plangewalt degenerieren müßte. Klassische Grundrechte als Abwehrrechte können das Abgleiten des planenden Rechtsstaates in einen die Lebenstotalität beanspruchenden Leistungs- und Lenkungsstaat verhindern, in dem ein Zustand der Unfreiheit erreicht und die Spannung zwischen Freiheit und Planung zugunsten der letztern aufgelöst wäre.

gierungspolitik in der Legislaturperiode 1971–1975», Amtl. Bull. NR 1972, S. 505.

³⁷⁴ Daß diese Frage mit der andern oft verwechselt wird, wieweit der Leistungsstaat dem einzelnen Hilfe leisten soll und kann, diese Freiheiten sinnvoll zu *nützen*, ist Grund eines der zahlreichen Mißverständnisse heutiger Grundrechtsdiskussion. Der unentgeltliche psychiatrische Dienst der Poliklinik hat nichts mit dem Eingriff des Staates in die psychische Integrität zu tun. Hier ist die Achtungspflicht, dort der Schutzauftrag des Staates angesprochen.

HÄBERLE hat vor dieser Entwicklung mit Realitätssinn besonders gewarnt.³⁷⁵

Daß Grundrechte darüber hinaus auch als Zielbestimmung Aufgaben und Richtungen für das Staatsganze festzulegen vermögen, wird nicht übersehen und ist später besonders zu würdigen. Gerade im sozialen Leistungsstaat der Gegenwart sollen die klassischen Grundrechte stets Appell dafür sein, daß eigentlicher Maßstab staatlichen Handelns menschliche Freiheit ist³⁷⁶. Daß der planende Sozialstaat nur im Kontext eines offenen politischen Prozesses freiheitlich bleibt, wurde oben als eines der Grundanliegen der Verfahrensordnung des Planungsstaates bezeichnet. Nur in seiner ständigen Interaktion mit einem freien politischen Prozeß kann der Planungsstaat die Gemeinwohlforderungen ermitteln, die seine Wertungen im Planungsprozeß eines pluralistisch-demokratischen Gemeinwesens leiten müssen. Die neuere Staats- und Rechtsphilosophie wendet sich zu Recht gegen vor- und nichtdemokratische Gemeinwohlkonzeptionen, die nicht aus offenem Interessenausgleich hervorgegangen und nicht vom Gemeinwohlkonsens getragen sind, wie er durch die öffentlichen Prozeduren und Verfahrenstechniken einer pluralistischen Demokratie – der gerade auch der Minderheitenschutz angelegen sein muß – zu erarbeiten ist³⁷⁷.

Die Funktion der klassischen Grundrechte in der Sicherung einer freien politischen Auseinandersetzung über die Frage, was das allgemeine Wohl fordert, gewinnt auch besonderes Gewicht angesichts der irrgen Hoffnung, «die soziale Frage» sei auf Verfassungsebene z.B. durch Verbürgung bestimmter Leistungsansprüche (etwa sozialer Grundrechte) zu lösen. Auch die richtige Lehrmeinung,

³⁷⁵ HÄBERLE, a.a.O. (Anm. 371), insbes. S. 102. – Zur bleibenden Funktion namentlich der Freiheitsrechte in der Begrenzung staatlichen Handelns auch eindringlich U. SCHEUNER, Staatszielbestimmungen, in: *Festschrift für E. Forsthoff*, München 1972, S. 325ff., S. 330; W. MARTENS, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30, 1972, S. 7ff., 12ff., insbes. S. 14 und die Voten von SCHEUNER und HESSE ebenda, S. 143 und 145.

³⁷⁶ HERZOG in VVDStRL 30, 1972, S. 149 und ebenda ZACHER, S. 151, sowie GECK, S. 158.

³⁷⁷ Statt vieler H. RYFFEL in: *Wohl der Allgemeinheit und öffentliches Interesse*, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 39, 1968, S. 18ff.; DERSELBE, Staats- und Rechtsphilosophie, 1969, S. 468ff.; HÄBERLE, a.a.O. (Anm. 371), S. 86ff., 260ff.

daß den klassischen Grundrechten Direktiven für die bessere «Grundrechtseffektivierung», d. h. die Schaffung effektiver Voraussetzungen für die Grundrechtsausübung, zu entnehmen seien, kann dahin abgleiten, «grundrechtspolitische Wunschvorstellungen als Verfassungsaufträge zu deklarieren, in der Hoffnung, sie seien juristisch ein Ersatz für das, was eigentlich der politische Prozeß ergeben sollte»³⁷⁸.

Es ergibt sich, daß gerade der Leistungsstaat wegen der Komplexität seiner Planungsvorgänge in ganz besonderem Maße der freiheitssichernden, eingriffsabwehrenden Funktion vor allem der auf freie geistige und politische Auseinandersetzung gerichteten Freiheitsrechte bedarf³⁷⁹. Sie haben den persönlichen und gesellschaftlichen Bereich zu gewährleisten, in dem sich die Wertungen herauskristallisieren können, die dem Staatsganzen Legitimität verleihen³⁸⁰. Die klassischen Grundrechte, vor allem die geistigen Freiheiten, sichern die Chancen einzelner und von Gruppen, neue politische Ideen oder Rechtsvorstellungen in das bestehende System hineinwirken zu lassen; sie sind darum auch als *gegenläufige Kraft* zum jeweiligen *status quo* der gegebenen Rechtsordnung³⁸¹

³⁷⁸ P. HÄBERLE, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30, 1972, S. 43 ff., 110 und die Voten von HESSE, HERZOG u.a. a.a.O., S. 142 ff., insbes. S. 146 ff.

³⁷⁹ Dabei wird das heute schwindende Vertrauen in die Legitimation von Verfahren, ebenso der Zweifel an der freien Konkurrenz von Meinungen als Wahrheitsgarant nicht übersehen; vgl. D. GRIMM, Verfassungsfunktion und Grundgesetzreform, AöR 97, 1972, S. 489 ff., S. 493/521 mit weiteren Hinweisen; F. SCHARPF, Planung als politischer Prozeß (s. oben Anm. 294), S. 169; s. auch oben Anm. 332.

³⁸⁰ Daß die angemessene Transparenz der Planung Voraussetzung solcher Legitimierung durch begleitende öffentliche Meinungsbildung ist, wurde bereits oben erwähnt, s. oben Ziff. 5.3; vgl. über die «Öffentlichkeitsarbeit der Regierung» den Entwurf eines BG über die Organisation der Bundesverwaltung vom September 1971, insbes. Art. 7 betr. die Pflicht, die Öffentlichkeit über Absichten, Entscheidungen des Bundesrates, ferner über die Arbeit der Bundesverwaltung *dauernd* zu orientieren. Vgl. dazu auch die Ausführungen im Bericht der Expertenkommission, Ziff. 216, S. 16 f.; zum Öffentlichkeitsproblem s. ferner R. BÄUMLIN, Die Kontrolle des Parlaments über Regierung und Verwaltung, ZSR NF 85 II, 1968, S. 168 ff., 238 ff. u. 274 f.

³⁸¹ Eine ausgezeichnete Charakterisierung der klassischen Grundrechte als «Oasen», etwas «Gegenläufiges» von großer Bedeutung in unserer Rechtsordnung, eine Gegenrichtung der Legalordnung ..., berufen, an vielen Orten zu berichtigen und aufzulockern, die Rechtsordnung, die ohnehin ständig «auf dem Marsch» ist, zu kontrollieren und in der Starrheit aufzuweichen», gibt H. HUBER, ZbJV 1971 (zit. oben in Anm. 148), S. 193.

um jeden Preis zu verteidigen – als Anlaufzonen, in denen sich rechtzeitig soziale Wertungen, Leitbilder künftiger Gestaltung des Gemeinwesens herausschälen können, die gegenüber Sachzwängen, haushaltspolitischen Gegebenheiten, als unabänderlich hingenommenen Bedürfnislagen, durch Extrapolation gegenwärtiger Verhältnisse errechneten Zukunftsprognosen Gegengewichte bieten können. Daß die Freiheitsrechte der Planungseffizienz hinderlich sein können, ist um des Legitimitätsgewinns willen in Kauf zu nehmen, sogar dann, wenn der nicht organisierte, in Frühstadien der Planung nicht «handlungsfähige» Bürger erst im Stadium der Planverwirklichung in ihrem Schutz seine Opposition anmeldet.

Die gegenläufigen Gesichtspunkte seien dabei nicht übersehen: Das Bedürfnis nach rationaler – damit ist auch gemeint: neutraler, möglichst «wertungsfreier» – Planung auch des Sozialstaates wird um so stärker, je mehr die unterschiedlichen Interessen aufeinanderprallen und ihre Koordination und Integration schwieriger wird. Planung bietet sich im Bilde eines «neutralen», relativ unpolitischen, dem Kräftespiel der Interessen enthobenen Weges der Gemeinwohlverwirklichung an. Daß sich darin der Mythos einer «unparteiischen», von «wertfreien», empirisch verfahrenden Sozialwissenschaften gesteuerten Planung verbergen kann, hat REIN aufgewiesen³⁸², ebenso die Gefahr, daß bei der Suche nach Entscheidungsregeln planungstechnologische Überlegungen derart Überhand bekommen, daß sie unsren Blick von den fundamentalen sozial-ethischen rechtspolitischen Fragen ablenken, die gesellschaftliche Analysen stellen³⁸³. REIN fragt daher, ob die Sozialwissenschaften beitragen könnten, «Werte zu klären und zu formulieren» und ob dabei «das Konzept der Sozialwissenschaft nicht um einige Attribute der kritischen Philosophie zu erweitern wäre»³⁸⁴.

In diesem Rahmen kommt gerade auch der *Lehr- und Forschungsfreiheit* größte Bedeutung zu – auch in ihrem politischen Bezug. Ergebnisse wissenschaftlicher Forschung finden in den gängigen offiziellen Verlautbarungen zu Planungsfragen meist nur insofern Beachtung, als sie empirisch ermittelte Daten für die präzise

³⁸² Siehe REIN, a.a.O. (oben Anm. 294), S. 229f.

³⁸³ REIN, a.a.O., S. 231.

³⁸⁴ a.a.O., S. 231f.

Erfassung von «Sachzwängen» unter Einschluß wahrscheinlicher Zukunftsentwicklungen liefern. Den *normativen* Wissenschaften – zu ihnen gehört auch die Verfassungsrechtslehre³⁸⁵ –, die Wertungsfragen im Hinblick auf die Zukunftsgestaltung diskutieren, wird wenig Beachtung geschenkt, da ihre politische Relevanz überhaupt weithin verkannt ist.

Schließlich ist die Ausgrenzungsfunktion der klassischen Grundrechte im Sozialstaat gerade auch im Gegengewicht zu sehen, das sie gegen die stärkere soziale Einbindung des einzelnen, gegen seine Beengung im sozialen Dasein³⁸⁶ zu schaffen vermögen. Eine aktualisierte persönliche Freiheit hat etwa eine spezifische Funktion in der Wahrung der Unverletzlichkeit des Intimbereichs (Arzтgeheimnis als Teil des Grundrechtsschutzes) dort, wo sich der Leistungsstaat der Gesundheitspflege und Krankenfürsorge annimmt³⁸⁷.

6.2 Sozialstaatliche Zielbestimmungen in klassischen Grundrechten

Es entspricht einer heute dominierenden Einsicht der Staatsrechtslehre, daß Freiheit namentlich der wirtschaftlichen und geistigen Entfaltung über die Freistellung von staatlichem Zwang allein nicht zu erreichen ist, daß die Ineffektivität oder Bedrohung der Freiheiten der klassischen Grundrechte durch starke soziale Ungleichheiten zu lange vernachlässigt blieb³⁸⁸ und daß Grundrechten, auch «Prinzipien der Sozialgestaltung»³⁸⁹, ein sozialpolitischer Auftrag an den Gesetzgeber «zur Verwirklichung der Freiheitsrechte»³⁹⁰ zu entnehmen ist³⁹¹.

³⁸⁵ Die ihrerseits nicht ohne Bezug zur Sozialethik und Rechtsphilosophie verantwortlich betrieben werden kann; vgl. aus der Praxis den Hinweis in BGE 97 I 50.

³⁸⁶ U. SCHEUNER, Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat. Die Grundrechte als Richtlinie und Rahmen der Staatstätigkeit, DöV 24, 1971, S. 505 ff., S. 506 1. Sp.

³⁸⁷ Vgl. unten Anm. 426.

³⁸⁸ So für die Schweiz GYGI, Wirtschaftsverfassung, S. 351.

³⁸⁹ SCHEUNER, a.a.O., S. 506 1. Sp.

³⁹⁰ GYGI, a.a.O., S. 374; W. SCHAUMANN, Der Auftrag des Gesetzgebers zur Verwirklichung der Freiheitsrechte, JZ 1970, S. 48 ff.

Die Normbereiche der Grundrechte sind in ihrer gesellschaftlichen Bezogenheit in Zusammenhang mit der sozialen Einbindung und Bedingtheit des Individuums unter den sozialen Gegebenheiten der modernen Industriegesellschaft zu verstehen und ernstzunehmen.

So ist etwa angesichts der modernen Organisation geistiger Kommunikation die Betonung der individuellen Freiheit allein nicht mehr ausreichend, um die Freilichkeit in den Massenkommunikationsmitteln – in anderer Hinsicht auch in den Bereichen der Wissenschaft und Kunst – zu erhalten. Hier hat «ein institutionelles Denken in Verfassungsprinzipien und in Aufträgen an den Staat» Platz zu greifen³⁹², von dem die Problematik der Drittewirkung³⁹³, aber auch die Betonung des Gesetzes als Weg der Ausgestaltung der Grundrechte³⁹⁴ nur einen Teilaспект erfassen. Hier geht es um ein *Verständnis der klassischen Grundrechte* als Bereiche besonderer sozialer Sicherungen, um die Bindung des Gesetzgebers durch Grundrechte «nicht nur als Schranke, sondern auch als Ziel und Auftrag»³⁹⁵.

Diese prinzipielle Umdeutung der Grundrechte im Sinne ihrer konstitutiv-institutionellen Funktion, in einen Gestaltungsauftrag an den Gesetzgeber³⁹⁶, wurde als einer der markantesten Züge der staatsrechtlichen Entwicklungen der letzten zwanzig Jahre beschrieben³⁹⁷. Der Auftrag umschließt den Schutz der Freiheit

³⁹¹ Vgl. GYGI, a.a.O.; SCHAUMANN, a.a.O.; P. SALADIN, Grundrechte im Wandel, Bern 1970, bes. S. 292ff.; R. BÄUMLIN, Staat, Recht und Geschichte, Zürich 1961, S. 11/12; für die deutsche Lit. statt vieler: K. HESSE, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 5. Aufl., Karlsruhe 1972, bes. S. 115ff.; SCHEUNER a.a.O.

³⁹² SCHEUNER a.a.O., S. 506 1. Sp.

³⁹³ Vgl. die Literaturübersicht bei SCHEUNER, a.a.O., S. 508 Anm. 17, oder HESSE, a.a.O., S. 146; SALADIN, a.a.O., S. 307ff. In der schweizerischen höchstrichterlichen Rechtsprechung hat sich die (indirekte) Drittewirkung punktuell durchgesetzt: vgl. insbesondere BGE 91 II 401ff., ferner die Fälle zur Boykott-Praxis, insbes. BGE 82 II 292ff., BGE 86 II 365ff.; s. dazu auch SALADIN, a.a.O. und oben Anm. 49.

³⁹⁴ Es ist hier vor allem an P. HÄBERLE, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, Karlsruhe 1962, S. 140ff., 193ff., gedacht; vgl. meine kritischen Bemerkungen dazu in: Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitschutz des Privatrechts, Bern 1964, Anm. 2 S. 99, Anm. 1 S. 101 und Anm. 2 S. 13; s. auch SCHEUNER, a.a.O., S. 510 mit Anm. 49.

³⁹⁵ So ausdrücklich SCHEUNER a.a.O. (Anm. 386), S. 507 2. Sp.

³⁹⁶ SALADIN, a.a.O., S. 309 und 292ff.

³⁹⁷ So SALADIN, a.a.O., S. 309, und SCHEUNER, a.a.O., S. 507 2. Sp.

gegenüber mächtigen Sozialgruppen³⁹⁸, aber auch die Förderung persönlicher und sozialer Entfaltungsmöglichkeiten in den von den Grundrechten erfaßten Bereichen. Man hat in diesem Sinn von einer «Sozialisierung» grundrechtlicher Freiheit um sozialer Gerechtigkeit willen gesprochen, die freilich um der Freiheit selbst willen ihre Grenzen hat. Der *Sozialpolitik* sei aufgegeben, Grundrechte als Verfassungsziele zu realisieren, sie für alle effektiver zu machen, den Grundrechtsnutzen zu erhöhen³⁹⁹.

Die Wandlung des Grundrechtsverständnisses ist nun vor allem bei den *wirtschaftlichen Freiheiten* zu vertiefen. Hier wirkt sich die veränderte gesellschaftliche Situation wohl auch am stärksten aus. Daß die Freiheit wirtschaftlicher Entfaltung über die Freistellung von staatlichem Zwang allein nicht zu erreichen ist, bezeichnet GYGI als heute einhellige, jedenfalls richtige und durch Erfahrung bekräftigte Auffassung⁴⁰⁰. Aufgabe und Auftrag der Wirtschafts- und Sozialpolitik sei es, die Entfaltungsmöglichkeiten der einzelnen zu verbessern⁴⁰¹. SCHAUMANN hat in ähnlichem Sinn einen Auftrag an den Gesetzgeber zur Verwirklichung der Freiheitsrechte aufgezeigt, und zwar als positiven Verfassungsauftrag, der nicht nur aus den Freiheitsrechten mit spezifischem Grundsatzgehalt, sondern aus allen Freiheitsrechten folge⁴⁰².

Die traditionelle Sicht der Grundrechte ging vom Bild einer Persönlichkeit aus, die Sicherung ihrer wirtschaftlichen Selbständigkeit – wie sie sich vor allem in Sacheigentum und selbständiger Erwerbstätigkeit ausdrückte – in Freiheitsräumen gegen den Staat suchte. Diese Voraussetzung gilt nur mehr für einen kleinen Teil der heutigen Bevölkerung. Die meisten Menschen können ihre Lebensgestaltung nicht mehr aus eigener Sachherrschaft⁴⁰³ oder

³⁹⁸ Zu denken ist etwa an die Sicherung von Grundrechten der politischen Äußerung, wo neben der Abwehr staatlicher Beschränkung die Sicherung vor Gruppenmacht, vor sozialem und geistigem Druck, vor Terror und Beitreiternötigung bedeutsam wird. – SCHEUNER, a.a.O., S. 512 1. Sp.

³⁹⁹ HÄBERLE, VVDStRL 30 (oben Anm. 378), S. 53, unter Hinweis auf ZACHER.

⁴⁰⁰ GYGI, Wirtschaftsverfassung, S. 351, ebenso schon U. SCHEUNER, Pressefreiheit, VVDStRL 22, 1965, S. 31 f.; s. auch unten Ziff. 9a.3.

⁴⁰¹ GYGI, a.a.O., S. 374.

⁴⁰² SCHAUMANN, a.a.O., S. 49 ff.

⁴⁰³ Die Feststellung von FORSTHOFF aus dem Jahre 1938, daß sich der beherrschte Lebensraum in eben dem Maß verenge, wie sich der effektive Lebensraum

wirtschaftlicher Tätigkeit bilden, sondern sind darin durch wirtschaftlich-soziale Abhängigkeit weitgehend bestimmt. SCHEUNER hat diesen Zustand eindringlich diagnostiziert: In der heutigen gesellschaftlichen Wirklichkeit spiele das Sacheigentum (als Eigenheim, Vermögensrücklage) zwar noch eine Rolle, aber die soziale Sicherung obliege in erster Linie der Sozialversicherung, dem Krankenschutz, dem Arbeitsschutz (im weiteren Sinn) und darüber hinaus der staatlichen Konjunkturpolitik einschließlich der Sorge um Arbeitsplatz und Vollbeschäftigung⁴⁰⁴. Der Freiheitsbegriff dürfe heute nicht mehr nur in der Staatsferne und in der Abwehr staatlicher Eingriffe gesucht werden, sondern realisiere sich auch in der Präsentation notwendiger staatlicher Leistungen⁴⁰⁵. Die hohe Stellung, die das Eigentum in den Verfassungen der Neuzeit einnahm, ist längst Gestaltungen gewichen, die stärker die sozialrechtlichen Bindungen betonen⁴⁰⁶.

6.3 Anerkennung normativer Teilgehalte der Grundrechte als Voraussetzung ihrer normativen Ausschöpfung

Die Betonung des institutionellen Charakters der Grundrechte ist nur dann mit ihrer nach wie vor gültigen Funktion der Ausgrenzung von privaten und gesellschaftlichen Sphären⁴⁰⁷ in Übereinstimmung zu bringen, wenn anerkannt wird, daß Grundrechte eben unterschiedliche normative Teilinhalte mit verschiedenem Konkretisierungsgrad, verschiedenen Adressaten und verschiedener Struktur aufweisen können⁴⁰⁸.

ausdehne, hat sich in der Industriegesellschaft beschleunigt bewahrheitet; s. den Hinweis bei HÄBERLE, a.a.O., S. 53 Anm. 39.

⁴⁰⁴ SCHEUNER, a.a.O., S. 511 und DERSELBE, VVDStRL 28, 1970, S. 231 f.; ähnlich GYGI, Wirtschaftsverfassung, S. 344 ff.; so auch der BERICHT des Bundesrates über das Volksbegehren betr. das Recht auf Arbeit vom 24. 6. 1946, BBl 1946 II, S. 785: Danach soll die Vollbeschäftigungspolitik die Voraussetzungen unseres auf Freiheit und Selbstverantwortung gegründeten Wirtschaftssystems schaffen; s. auch unten Ziff. 9a.1.

⁴⁰⁵ SCHEUNER, VVDStRL 28, 1970, S. 231 f.

⁴⁰⁶ SCHEUNER, DöV 1971 (oben Anm. 386), S. 511 1. Sp.

⁴⁰⁷ Daß deren Ausprägung insbesondere bei der wirtschaftlichen Freiheit geschichtlicher Bedingtheit unterliegt, ist unten Ziff. 9a.3 näher auszuführen.

⁴⁰⁸ Zu dieser notwendigen Differenzierung bei der vollen Entfaltung des normativen

So muß man in der Pressefreiheit den höchst konkreten *Individualanspruch* jedes einzelnen auf Freiheit vor staatlicher Vorzensur anerkennen, es liegt darin aber auch der *objektiv*-rechtliche Gesichtspunkt für eine freiheitliche Ausgestaltung des Pressewesens in der Rechtsordnung im ganzen (z. B. durch Beachtung der besonderen Bedürfnisse der Presse bei der Ordnung des Pressestrafrechts⁴⁰⁹ oder schließlich eine noch recht unbestimmte verfassungsrechtliche Richtlinie für den Schutz eines pluralistischen Pressewesens als Aufgabe staatlicher Förderungs- und Stützungsmaßnahmen (z. B. in Verbindung mit Art. 31^{bis} Abs. 3 lit. a BV)⁴¹⁰.

KONRAD HESSE hat auf die wachsende Bedeutung der vielschichtigen Gehalte von Grundrechten als Elementen objektiver Ordnung unter den Bedingungen des Sozialstaates aufmerksam gemacht⁴¹¹.

PETER LERCHE hat exemplarisch bei der Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes die verschiedenen Teileinhalte analysiert, die von der konkreten institutionellen Garantie eines Mindestmaßes vorhandener sozialer Institutionen über den noch offenen Auftrag an den Gesetzgeber zur Beseitigung sozialer Mißstände bis zu der wenig konkretisierten allgemeinen Ermächtigung des Gesetzgebers zur Errichtung neuer sozialer Ordnungen reichen. Damit ist ein Interpretationsmuster für eine differenzierte Interpretation und Aktualisierung auch der Grundrechte gegeben⁴¹².

Es erscheint ganz unerlässlich, in dieser differenzierenden Sicht an die Grundrechte heranzugehen, wenn man aus ihnen Garantien institutioneller Einrichtungen oder Programme für die Gestaltung gesellschaftlicher Wirklichkeit entnehmen will; denn ohne diese Anerkennung von Teilebereichen mit verschiedener «Substanzdichte» (LERCHE) wird die oft mißverstandene *institutionelle Deutung* eben der Tendenz nach zu einem Verlust der nicht preiszugebenden und in einer langen Grundrechtstradition erwähnten Garantie des status negativus führen, auf dessen unverbrüchlichen verfassungsrechtlichen Schutz – wie oben ausgeführt – nicht verzichtet werden darf⁴¹³.

Gehalts von Grundrechten vgl. J. P. MÜLLER, Grundrechte, S. 79 und 167.

⁴⁰⁹ Vgl. Art. 27 StGB und dazu neuestens H. SCHULTZ, Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts, 1. Bd., Bern 1973, S. 241.

⁴¹⁰ Vgl. die Vorschläge der Kartellkommission für staatliche Maßnahmen zum Schutze der Meinungspresse, in: Die Konzentration im schweiz. Pressewesen, Veröffentlichungen der schweiz. Kartellkommission 4, 1969, S. 171 ff., 225 ff., 230 f.

⁴¹¹ HESSE, Grundzüge, a.a.O. (oben Anm. 391), insbes. S. 124.

⁴¹² Vgl. LERCHE, Übermaß und Verfassungsrecht, bes. S. 230 ff.

⁴¹³ SCHEUNER, a.a.O. (oben Anm. 386), S. 509.

Auf den Wandel des Begriffs «institutionell» weist MARTENS, a.a.O. (oben

6.31 Typologie der Grundrechtsgehalte

Es soll im folgenden eine *Typisierung* der verschiedenen Grundrechtsgehalte⁴¹⁴ versucht werden, die sich durch normative «Dichte», Konkretheitsgrad und Möglichkeiten verfahrensmäßiger Durchsetzung unterscheiden.

Es lassen sich in diesem Sinn *drei Schichten von normativen Gehalten* eines Grundrechts herausschälen:

a) Eine *programmatische Schicht*, in der die Freiheitsrechte als generelle Zielsetzungen für Staats- und Rechtsordnung, als objektive Prinzipien einer gerechten demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung erscheinen. Besonders in diesem Sinn, in ihrer institutionellen Bedeutung, sind die Grundrechte aufgegeben, sie bedeuten stets neu zu verwirklichende Direktiven jeglichen staatlichen Handelns. Wegen ihrer «Offenheit» erscheinen sie in dieser Funktion kaum justizierbar. Diese Bedeutungsschicht tritt etwa bei der (postulierten) Radio- und Fernsehfreiheit ganz in den Vordergrund: Es geht um eine vor allem durch den Gesetzgeber (und die Verwaltung) zu gestaltende Ordnung, in der die gemeinte Freiheit erst Wirklichkeit werden kann. Der Verfassungsgehalt lässt der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers beträchtlichen Raum.

In einem weiteren, noch wenig präzisierten Verständnis kann man auch die sog. «Drittirkung» der Grundrechte diesem programmatischen, vor allem durch die Gesetzgebung noch zu verwirklichenden oder bereits realisierten Teilgehalt der Freiheitsrechte zurechnen⁴¹⁵.

b) Ein *normativer Teilgehalt*, der sich *in Anlehnung an bereits*

Anm.375), S.32/33 hin: «Mit der ursprünglichen Konzeption verbindet das neue Denken nicht mehr als der Name. Ging es den Urhebern der Theorie um den Schutz bestimmter verfassungsrechtlich gewährleisteter öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Rechtseinrichtungen vor Beseitigung und Aushöhlung durch den einfachen Gesetzgeber, so zielt die in diesem Zusammenhang in Rede stehende Institutionalisierung auf die Garantie gesellschaftlicher Sachverhalte durch ihre positive Förderung. Sie belegt damit... die erstaunliche Wandlungsfähigkeit wie Problematik des institutionellen Rechtsdenkens.»

⁴¹⁴ Zum Versuch, vergleichbare Teilgehalte bei den (postulierten) Sozialrechten und bei der Rechtsgleichheit herauszuarbeiten vgl. unten Ziff.7.4, insbes. 7.42.

⁴¹⁵ Vgl. J. P. MÜLLER, Grundrechte, S.177.

bestehende *Rechtsinstitute* oder -regeln verwirklicht. Es geht darum, die einzelnen Zweige und Bestimmungen der Rechtsordnung an den objektiven Richtlinien, die in den Grundrechten enthalten sind, auch als einheitsstiftende fundamentale Ordnungsprinzipien für die gesamte Rechtsordnung auszurichten. In diesem Sinn verwirklichen sich die Grundrechte als grundlegende Gesichtspunkte rechtlicher Ordnung vor allem im Rahmen *verfassungskonformer Auslegung der Rechtssätze* oder über die damit in Zusammenhang stehende *Ausfüllung von Generalklauseln*, wie dies am Beispiel des Persönlichkeitsschutzes nach Art. 28 ZGB illustriert wurde⁴¹⁶.

c) *Unmittelbar und selbständig anspruchsgrundend* sind die Freiheitsrechte als Abwehrrechte, Ausgrenzungen von Lebens- und Gesellschaftsbereichen, die wegen ihrer personenbezogenen oder politischen Relevanz im Laufe der Geschichte besonders hervorgetreten sind und sich zu bestimmten verfassungsrechtlich geschützten Rechtspositionen verdichtet haben. Hier liegt die traditionelle und gefestigte Aufgabe auch des Verfassungsrichters in der Konkretisierung und Durchsetzung der Grundrechte.

Obwohl die Grundrechte insgesamt jede staatliche Gewalt binden und auch in die Beziehungen unter den Rechtsgenossen ausstrahlen, sind den verschiedenen Teilgehalten doch besondere Adressaten zugeordnet, an die sie sich in jeweiliger Funktion besonders wenden: an den Gesetzgeber bei der Verwirklichung der «Grundrechtsprogramme», an den Fachrichter (Civil-, Straf-, Verwaltungsrichter usf.) beim Gebot verfassungskonformer Auslegung und schließlich an den Verfassungsrichter dort, wo es um den unmittelbar justizierbaren Abwehranspruch eines Grundrechts geht.

6.32 Einbezug der Voraussetzungen der Ausübung von Grundrechten in ihren Schutzbereich

Es wurde an anderer Stelle nachzuweisen versucht, daß sich die konstitutiv-institutionelle Deutung der Grundrechte auf eine frühe Tradition zu stützen vermag, und daß das einseitige subjektiv-defensive Verständnis mehr eine Deformation des frühen Grundrechtsverständnisses war⁴¹⁷. In den frühen amerikanischen Ver-

⁴¹⁶ SALADIN, Grundrechte im Wandel, S. 108 und MÜLLER, a.a.O., S. 88 ff., 169 ff., 173 ff.

⁴¹⁷ a.a.O. S. 110 ff., 119 ff.

fassungswerken werden Menschenrechte als Grundlage und Rechtsquelle der Staatsordnung, als «the basis and foundation of government» verstanden, als «konstitutive Momente der politischen Ordnung», als umfassend verbindliche Richtlinie für staatliches Handeln⁴¹⁸. Mit dem damals verbreitet anzutreffenden «Recht auf Glückseligkeit» ist generell auch die Wohlfahrtsaufgabe des Staates bereits im Kern angesprochen⁴¹⁹.

Es ist auch für unsere Zeit aufschlußreich, daß immer dort, wo die Freiheitsrechte auf ihre personale Grundbeziehung im Sinne des Schutzes besonderer existenzieller Zonen menschlichen Daseins, kurz auf den Gedanken der Menschenwürde als (allerdings offenes) Leitbild des Grundrechtsgedankens zurückgeführt werden, der *Schutzauftrag* des Gemeinwesens ganz selbstverständlich neben das (bloße) Achtungsgebot tritt⁴²⁰ (s. auch unten 9a.4).

Es sei nur an die Verbürgung der Menschenwürde im Bonner Grundgesetz mit dem folgenden Gebot an jede Staatsgewalt, die Würde «zu achten und zu schützen» erinnert (GG Art. 1 Abs. 1). Schon die frühen Interpretatoren des Grundgesetzes haben das Schutzgebot auch *auf die ökonomischen Lebensbedingungen* bezogen: «Ohne ein Minimum an äußeren materiellen Leibes- und Lebensbedingungen hat der Mensch als solcher nicht das, was seine Würde ausmacht, nämlich die Fähigkeit, sich in freier Entscheidung über die unpersönliche Umwelt zu erheben. Er lebt nicht, er vegetiert ... die Freiheit zur Daseinsentfaltung wird zur Phrase, wenn sie nicht auf der Möglichkeit der ökonomischen Daseinserhaltung aufbaut.»⁴²¹ BACHOF⁴²² hat in ähnlicher Weise schon früh festgestellt, daß mit dem Fortfall der materiellen Grundlagen eines menschenwürdigen Daseins auch die Menschenwürde selbst verloren gehe⁴²³. Der These, daß der Fundamentalsatz des Art. 1 Abs. 1 GG auch die Auslegung aller anderen Grundrechte mitbestimme⁴²⁴, wird heute das

⁴¹⁸ Dazu ausführlich SALADIN, Grundrechte im Wandel, S. 294 ff.

⁴¹⁹ Siehe oben Anm. 183, STERNBERGER, a.a.O., S. 143.

⁴²⁰ Daß die konstitutive Bedeutung der Freiheitsrechte als Grundprinzipien einer freien politischen Gesellschaft zu analogen Ergebnissen führen muß, wird unten (Ziff. 7) zu behandeln sein; s. auch unten Ziff. 9.2.

⁴²¹ MAUNZ/DÜRIG/HERZOG, Kommentar zum Grundgesetz, 3. Aufl., München 1971, N. 43 zu Art. 1 Abs. 1.

⁴²² VVDStRL 12, S. 42.

⁴²³ a. M. BVerfGE 1, S. 104; kritisch dazu bereits DÜRIG, in: MAUNZ/DÜRIG, a.a.O., Rdnr. 43.

⁴²⁴ MAUNZ/DÜRIG, a.a.O., Rdnrn. 15 ff. zu Art. 1 ff.; vgl. nun auch W. MAIHOFER, Rechtsstaat und menschliche Würde, Frankfurt a. M. 1968, S. 35. Das schweizerische Bundesgericht hat den Auslegungsgrundsatz neuestens übernommen (BGE 97 I 49/50; kritisch dazu: HANS HUBER, Die persönliche Freiheit, SJZ

generelle Prinzip beigefügt: Der Achtungsanspruch der Menschenwürde müßte auch *bei der Gestaltung der gesamten Struktur staatlicher Verhältnisse* als rechtsstaatliche, sozialstaatliche und demokratische Verfassungswirklichkeit geachtet und beachtet werden.⁴²⁵

Es ist aufschlußreich, daß das *schweizerische Bundesgericht* in Zusammenhang mit der stärkeren Betonung der personalen Seite der Grundrechte neben ihrer konstituierenden Funktion im politischen und wirtschaftlichen Bereich unweigerlich zu einem «institutionellen» Verständnis der Grundrechte überhaupt kommt⁴²⁶, das auch die Auslegung der andern Grundrechte mitbestimme. Persönliche Freiheit im Sinne der neuen Praxis ist nicht nur als Einzelgrundrecht, sondern als Bezugsmaßstab für die andern Grundrechte zu verstehen und gilt insbesondere «als *notwendige Voraussetzung für deren Ausübung*»⁴²⁷. Der Sprung zum Gedanken, es sei grundrechtlich gebotene Aufgabe, die einzelnen Grundrechte nicht nur zu schützen, sondern sich eben auch die Sicherstellung der «Voraussetzungen» ihrer Ausübung angelegen sein zu lassen, drängt sich unwillkürlich auf. Noch deutlicher in dieser Richtung geht die Praxis des Bundesgerichts zu den «ungeschriebenen Grundrechten» der Bundesverfassung; solche sind nach höchstrichterlicher Praxis dort anzunehmen, wo es darum geht, mit einer Rechtsposition «eine Voraussetzung für die Ausübung anderer Freiheitsrechte» zu schaffen⁴²⁸. Daß damit – jedenfalls dem Wortlaut nach – auch die gesellschaftlichen und ökonomischen Voraussetzungen angesprochen sein könnten, die klassischen

1973, S.113ff., bes. 118ff.; vgl. auch J.P. MÜLLER, ZSR, 91 I, 1972, S.209ff.).

Daß der Interpretation der Einzelgrundrechte aus dem Fundamentalsatz des Art.1 Abs.1 Gehalte zufließen, kann man bejahren, ohne ein «Wertesystem» innerhalb des Grundrechtskatalogs verwirklicht zu sehen.

⁴²⁵ MAIHOFER, a.a.O., S.35ff.; eine unmittelbare Ableitung der Gestaltungsfunktion des Staates aus der Garantie der Menschenwürde befürwortet auch BACHOF, VVDStRL 12, S.42, wenn er Art.1 Abs.1 GG dahin interpretiert, daß die «an den Ausgangspunkt der Grundrechte gestellte Würde des Menschen nicht nur Freiheit, sondern auch ein Mindestmaß an sozialer Sicherheit verlangt» (zit. nach MAIHOFER, a.a.O., S.40).

⁴²⁶ So ausdrücklich BGE 97 I 49; dazu meine Besprechung in ZSR 91 I, 1972, S.209ff.; vgl. jetzt auch HANS HUBER, SJZ 1973, S.113ff.

⁴²⁷ BGE 97 I 50.

⁴²⁸ BGE 96 I 107.

Freiheitsrechten erst eine reale Sinnerfüllung geben, wurde bereits früher angedeutet⁴²⁹.

Zu ähnlichen Schlußfolgerungen gelangt man, wenn neben der personalen die *politische* Komponente der Freiheitsrechte, also ihre Ausrichtung auf die Sicherstellung eines freien, pluralistischen Wettbewerbs der Ideen und Informationen als Voraussetzung einer lebensfähigen Demokratie in den Vordergrund gerückt wird. Als «ungeschriebenes Grundrecht» will das Bundesgericht auch anerkennen, was «unentbehrlicher Bestandteil der demokratischen ... Ordnung des Bundes sei»⁴³⁰. In diesem Sinn hat es die Meinungsäußerungsfreiheit als notwendige Voraussetzung eines freien demokratischen Prozesses wiederholt bestätigt⁴³¹, und es hat daraus zwar nicht auf einen Leistungsanspruch gegenüber dem Staat zur Sicherstellung politischer Äußerungen insbesondere von Minderheiten geschlossen, aber immerhin in Zusammenhang mit dem Initiativrecht in gewissem Umfang einen verfassungsrechtlichen Anspruch (oder richtiger: verfassungsrechtlich geschützte Interessen) auf Benützung des öffentlichen Bodens zur politischen Propaganda anerkannt. Die Perspektive einer Ableitung von Leistungsansprüchen gegenüber dem Staat, soweit diese verfassungsrechtlich gewährleistete Freiheit erst real machen, aus klassischen Grundrechten ist damit immerhin angedeutet.

Dies wird besonders deutlich aus einer Konfrontation mit der früheren Praxis, in der noch daran festgehalten wurde, aus den Freiheitsrechten folge kein Anspruch auf Benützung des öffentlichen Bodens zu deren Ausübung⁴³². Präzisierend muß beigefügt werden, daß das Bundesgericht nicht von einem eigentlichen grundrechtlichen Anspruch auf Benützung des öffentlichen Bodens im genannten Sinn spricht – es will diese Frage noch offen lassen –, sondern lediglich verfassungsrechtlich zu schützende «Interessen» der Initianten einer Verfassungsinitiative feststellt, Interessen, die es allerdings als erheblich – «important» – bezeichnet und im Hinblick auf die Bedeutung der Frage für das Funktionieren einer freien demokratischen Gesellschaft in freier Prüfung mit allenfalls entgegenstehenden Interessen der polizeilichen Ordnung abwägt⁴³³.

Daß die Berücksichtigung der Funktion und inneren Rechtfertigung der Grund-

⁴²⁹ Vgl. ZSR 91 I, 1972, S.225; s. auch unten Ziffern 9 und 9a.

⁴³⁰ BGE 96 I 107.

⁴³¹ Siehe BGE 97 I 893 und dort zit. Entscheide.

⁴³² BGE 97 I 655, E.5 mit Hinweisen auf frühere Entscheide.

⁴³³ BGE 97 I 901.

rechte gerade im freien politischen Prozeß der Demokratie stets auch die Frage nach den tatsächlichen Voraussetzungen ihrer wirksamen Ausübung aufwerfen muß, belegt auch der Entscheid BGE 97 I 731, wo das Bundesgericht – jedenfalls der Sache nach – auch unter den Gesichtspunkten der Erfordernisse eines freien politischen Wettbewerbs⁴³⁴ – die Frage prüft, ob einer Bewegung, die lediglich in einem Kanton tätig ist und die bisher im Parlament nicht vertreten war, der Zugang zu den Werbesendungen im Hinblick auf die Nationalrats- und Ständeratswahlen habe versagt werden dürfen. Das Bundesgericht als Verwaltungsgericht trat jedenfalls auf die Rüge ein, es sei ein Teilhabeanspruch (Teilhabe an der Benützung von Radio und Fernsehen für politische Propaganda) der Bewegung verletzt worden, und zeigte – unter Hinweis auf die Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts – bestimmte rechtliche Grenzen auf, innerhalb derer die *Chancengleichheit* («le principe de l'égalité des chances») der Parteien und Bewegungen im politischen Wettbewerb respektiert werden müsse⁴³⁵.

Zusammenfassend sei festgehalten, daß immer dann, wenn man die Grundrechte aus ihrer Verengung auf prozessual durchsetzbare Abwehransprüche gegen den Staat löst und sie auf ihre innere Legitimität im Sinne personaler oder demokratiebezogener Begründung befragt, die reine Abwehrrichtung nicht aufrechterhalten werden kann, sondern ein Schutzauftrag des Staates zur Schaffung der Voraussetzungen ihrer Entfaltung der Tendenz nach sichtbar wird⁴³⁶.

6.33 Beispiel der Pressefreiheit: Kollision und Koordination von Teilgehalten

Der institutionell verstandenen *Pressefreiheit* kann z. B. nicht eine detaillierte Direktive an den Staat entnommen werden, die Voraussetzungen einer möglichst pluralistischen Presse durch Subventionierung der sog. «Meinungspresse» zu schaffen. In jedem Fall wäre gerade vom negatorischen Aspekt des gleichen Freiheitsrechts her auch die Gefahr staatlicher Lenkung durch Leistung zu erwägen. Hin-

⁴³⁴ Insbes. BGE 97 I 734.

⁴³⁵ BGE 97 I 735. – Zur Chancengleichheit bei der Teilhabe an öffentlichen Einrichtungen vgl. auch G. BURDEAU, *Les libertés publiques*, Paris 1961, S. 86; zum Problem der Chancengleichheit konkurrierender Gruppen und Meinungen im politischen Prozeß der Demokratie beim Zugang zu Fernsehsendungen vgl. auch BGE 98 I a 73ff.; insbes. 79 und 82, wo ausgeführt wird, auch für den Meinungskampf am Fernsehen gelte «das sich aus dem Wesen des demokratisch-freiheitlichen Rechtsstaats ergebende Grundgebot, daß den Meinungen *und* Gegenmeinungen angemessener Raum zu geben ist»; s. auch unten Ziff. 9.2 und Ziff. 9a.4.

⁴³⁶ Vgl. in diesem Sinn auch BGE 97 I 221 ff., bes. 230/231, E. 4d.

gegen wird das Verständnis der institutionellen Voraussetzungen der Pressefreiheit als weithin offener, aber doch aufgegebener Teilgehalt des Grundrechts ausschließen, die Frage der Zulässigkeit der staatlichen Förderung der Meinungspresse allein unter dem Aspekt der HGF und damit am Modell freien Unternehmertums und Wettbewerbs verfassungsrechtlich zu würdigen⁴³⁷.

6.4 Korrektur der «liberalen» Verfassung durch eine Sozialstaatsklausel oder soziale Grundrechte?

Es ist hier die Frage zu prüfen, ob die vorstehend dargestellte Deutung der Grundrechte als Zielsetzungen staatlicher Sozial- und Gesellschaftsgestaltung (unter Einschluß der Wirtschaftspolitik) verfassungsrechtlich besonders zum Ausdruck zu bringen ist (etwa durch Aufnahme einer besondern Klausel über die Sozialverpflichtung des Staates oder eben sozialer Grundrechte), oder ob die angedeutete Grundrechtsinterpretation, die sich auch auf bestehende und weitgehend vernachlässigte Auslegungshilfen stützen kann (wie z. B. Zweck-, Wohlfahrts- und Sicherheitsartikel), sich ohnedies durchsetzt.

Zur Beantwortung der Frage ist zu würdigen, daß Klauseln über die Sozialverpflichtung des Staates entbehrlicher werden, wenn sich die Verfassungsinterpretation von der Illusion⁴³⁸ der staatsfreien Wirtschaft und Gesellschaft befreit, in der sozialpolitische Maßnahmen als störende Faktoren gelten und entsprechende Interventionen nur ausnahmsweise, zur Behebung von Notlagen, zugelassen sind. Wird die Frage der Richtigkeit sozialpolitischer Maßnahmen nicht mehr am Leitbild einer grundsätzlich staatsfreien Gesellschaft orientiert, dann braucht es weder ein Sozialstaatsprinzip noch soziale Grundrechte als Gegengewicht gegen ein Staatsverständnis, das generell in der Abstinenz des Staates das Gemeinwohl am besten garantiert sieht. Das schließt nicht aus, daß konkrete Sozialstaatspostulate als Staatszielbestimmungen sinnvollerweise mit konkretem juristischem Gehalt – neben Kompetenznormen – in die Verfassung aufgenommen werden; aber solche Verbriefungen sind nicht mehr nötig, nur um das verfassungsrecht-

⁴³⁷ Zu diesem Problembereich auch SCHEUNER, VVDStRL 22, 1965, S.17f., 76f.

⁴³⁸ Die Rechtsprechung des Bundesgerichts hat den gebotenen Schritt zur Realität getan: BGE 97 I 499, 505.

liche Hemmnis gegenüber sozialpolitischen Maßnahmen zu beseitigen, wie es immer wieder in der verfassungsrechtlichen Argumentation aus der HGF abgeleitet wurde. Anders verhält es sich, wo um bestimmter Verfassungsziele willen in die eigentliche Gewährleistung der HGF, vor allem Berufswahl-, Zulassungs- und Ausübungsfreiheit im Rahmen einer grundsätzlich marktorientierten Wirtschaft⁴³⁹, eingegriffen werden soll. Dort sind eigentliche Ausnahmen zu statuieren⁴⁴⁰.

Was für das österreichische Verfassungsrecht⁴⁴¹ festgestellt wurde, gilt auch für die Bundesverfassung: daß das Prinzip des *sozialen* Rechtsstaates bereits aus den Grundrechten, gewissen Ziel- oder Programmbestimmungen und sozialstaatlichen Kompetenznormen mit den in ihnen mehr oder weniger deutlich enthaltenen Gestaltungsaufträgen entnommen werden kann. Schließlich ist auch hier wieder daran zu erinnern, daß sich die Grundlinien einer Verfassung nicht immer aus dem Verfassungstext, sondern wesentlich aus der Verfassungswirklichkeit, zu der auch die Vielzahl sozialstaatlich orientierter oder angereicherter Gesetze und Verordnungen gehören, entnehmen lassen.

Der Sozialstaat hat in der *Schweiz* auf Verfassungsstufe (z. B. in schlichten Kompetenznormen), auf Gesetzesebene – etwa in der Verwirklichung wesentlicher Institutionen sozialer Sicherung – und vor allem auch im Rechtsbewußtsein⁴⁴² von «unten» und von «oben» seine legitimierende Bestätigung gefunden, die nicht erst durch verfassungsrechtliche Proklamation geschaffen werden muß.

Der Sozialstaat bedarf ebensowenig einer ausdrücklichen deklatorischen Verankerung in der Verfassung wie der *Rechtsstaat*⁴⁴³; beide sind auf das nämliche Ziel des modernen Gemeinwesens schlechthin ausgerichtet: Herstellung und Sicherung einer gerechten, vor allem auch sozialgerechten Gesellschaftsordnung⁴⁴⁴.

⁴³⁹ GYGI, Wirtschaftsverfassung, S. 360f.

⁴⁴⁰ Grundlagen solcher Ausnahmen bieten Art. 31^{bis} Abs. 3 lit. a–c BV.

⁴⁴¹ Siehe die Besprechung von P. BADURA, AöR 95, 1970, S. 634 zu: L. FRÖHLER, Das Wirtschaftsrecht als Instrument der Wirtschaftspolitik, Wien/New York 1969.

⁴⁴² Vgl. BGE 97 I 504ff. (dazu auch oben Ziff. 3.4 und Ziff. 4).

⁴⁴³ Die sog. «Sozialstaatsklausel» des BGG in der Fassung des Art. 28 garantiert nicht nur den Sozialstaat, sondern auch den Rechtsstaat.

⁴⁴⁴ Zur Gleichwertigkeit von Sozialstaatszielen und der aus Art. 2 Abs. 1 abgeleiteten «Hauptfreiheit» vgl. SCHEUNER, DöV 1971, S. 509 Anm. 33. Versteht man

Wie weit aktive Gestaltung des Staates mit seinem Recht, wie weit das freie Spiel gesellschaftlicher Kräfte im wirtschaftlichen und geistigen, kurz im umfassenden sozialen Bereich zu einer möglichst weitgehenden Annäherung an das genannte Ziel führen, ist immer neu gestellte Aufgabe an das Gemeinwesen. Am wesentlichsten bleibt schließlich die Sorge um die *offene* Gesellschaft, die immer wieder neue Antworten auf die stetig wechselnden Herausforderungen durch die ökonomischen, sozialen und menschlichen Gegebenheiten im geschichtlichen Wandel zu geben vermag, die insbesondere auch Ungleichheiten als soziale Ungerechtigkeit und Benachteiligungen von Minderheiten aufdecken läßt. Offene Gesellschaft schließlich auch darum, weil sie allein der offenen Natur des Menschen gerecht wird, der sich auch in seinen Bedürfnissen und Entfaltungsmöglichkeiten – dem letztverbindlichen Legitimitätsbezug jedes Gemeinwesens – nie abschließend festlegen läßt.

7. Soziale Grundrechte

7.1 Anschluß an den «institutionellen» (sozialgestaltenden) Gehalt klassischer Grundrechte

Nähert man sich dem Problem der sozialen Grundrechte von der Einsicht her, daß bereits bei umfassend verstandenen – d. h. das Gebot ihrer Verwirklichung im sozialen Bereich miteinschließenden – Grundrechten *Zielbestimmungen* vorliegen, die dem Gemeinwesen aufgegeben sind, ist die Frage nach der Bedeutung der Aufnahme oder Auslassung sozialer Grundrechte als Individualrechte in einer Verfassung bereits wesentlich von Ballast befreit; insbesondere ist die ideologische Frontenstellung entschärft, die zeitweise die Diskussion um die sozialen Grundrechte beherrschte;

die Grundrechte auch in ihrem institutionellen Gehalt (nämlich als Gestaltungsprinzipien für das Gemeinwesen), so löst sich die antinomische Gegenüberstellung von Freiheitsrecht und Gemeinschaftsaufgabe, gegen die BÄUMLIN, Staat, Recht und Geschichte, S. 11 f. zu Recht Stellung nimmt. Gegen einen Vorsprung insbesondere der HGF vor andern Verfassungsprinzipien gerade im Bereich der Sozialpolitik auch Gygi, Wirtschaftsverfassung, S. 362 f.

und die sachhaltige Frage nach dem (objektiven) Gehalt des Sozialauftrages des heutigen Gemeinwesens und des adäquaten verfassungsrechtlichen und gesetzgeberischen Instrumentariums zu seiner Bewältigung ist geöffnet. Es bedarf keiner individualistisch formulierter Sozialrechte, um die «Macht» liberaler Grundrechte dort zu kompensieren, wo sich Gemeinwohl mit dem Ziel menschlicher Freiheit nicht in der Abstinenz des Staates verwirklichen kann, sondern aktive Lenkung, Gestaltung und Leistung des Gemeinwesens um des Menschen und seiner Freiheit willen geboten sind.

MARTENS ist in seiner Studie über die Grundrechte im Leistungsstaat zum Ergebnis gekommen, daß institutionell verstandene Grundrechte und eigentliche Sozialrechte in gewissem Sinne austauschbar seien⁴⁴⁵. Es sei «weder zufällig noch bedeutungslos, daß die neuerdings als Inhalt der grundgesetzlichen Freiheits- und Gleichheitsrechte ausgegebenen Ansprüche andernorts wörtlich oder sinngemäß in den Katalogen sozialrechtlicher Verbürgungen erscheinen»⁴⁴⁶.

Es erstaunt auch nicht, daß sich bei der «Umsetzung» sowohl institutionell verstandener Grundrechte als auch der Sozialrechte in konkrete staatliche und rechtliche Gestaltungen ähnliche Problemstellungen zeigen, da eben beide im wesentlichen nur programmatische Zielformeln mit wenig Konkretisierungshilfe aus Tradition, Rechtsvergleichung oder gefestigtem Rechtsbewußtsein darstellen, vielmehr weithin offene politische Zielsetzungen formulieren. Es geht hier wie dort wesentlich um die Sicherung grundrechtlicher Freiheit im sozialen Verband⁴⁴⁷, wobei die klassischen Grundrechte eben außerdem einen unmittelbar anspruchsbegründenden, auf Ausgrenzung gerichteten Teilinhalt aufweisen, der justizierbar und somit individualrechtlich durchsetzbar ist; bei den Sozialrechten trifft dies kaum zu.

Der Unterschied zwischen klassischen und sozialen Grundrechten ist denn in der Tat nur gradueller Art, wenn man jene auch in ihrem Schutzauftrag an den Staat versteht. Hinter der Unverletzlichkeit der Wohnung öffnet sich das sozialpolitische

⁴⁴⁵ MARTENS, VVDStRL 30 (oben Anm. 375), S. 29/30; ebenso HÄBERLE, VVDStRL 30 (oben Anm. 378), S. 91 ff.

⁴⁴⁶ MARTENS, a.a.O., S. 30.

⁴⁴⁷ Statt vieler SCHEUNER, DöV 1971 (oben Anm. 386), S. 513; HERZOG, Staatslehre (oben Anm. 14), S. 394.

Verfassungsprogramm der Verfügung jedes Grundrechtsberechtigten über eine menschenwürdige Wohnung, die Freiheit der Meinungsäußerung schließt die Verantwortung für Bildungschancen des Bürgers ein, die – ganz abgesehen vom menschenrechtlichen Gehalt des Bildungsrechts – ihn optimal befähigen sollten, verantwortlich am demokratischen Gemeinwesen partizipieren zu können. Über Konvergenzen der wirtschaftlichen Freiheiten, wie sie im Lichte sozialer Gleichheit zu verstehen sind, zu Sozialrechten, wurde bereits gesprochen. *Alle Grundrechte sind in diesem Sinn auch soziale Grundrechte*⁴⁴⁸.

HERZOG hat dies für den Gleichheitssatz besonders eindringlich beschrieben: Im Zuge der Prägung des Rechtsbewußtseins im Sinne verstärkter Erkenntnis sozialer Gerechtigkeit *als Aufgabe* ist es nach ihm «fast nach allen Verfassungssystemen der westlichen Welt ... zur zentralen Aufgabe der staatlichen Sozialpolitik geworden, die in den verfassungsrechtlichen Gleichheitsverbürgungen nur ansatzweise enthaltenen dynamischen Komponenten zu ergänzen, ja über sie hinaus die längst fällige Dynamisierung des Gleichheitssatzes vorwegzunehmen. Sozialstaatlichkeit ist m. a. W. auch Gleichheitsverwirklichung»⁴⁴⁹.

Doch ist sowohl hinsichtlich sozial gedeuteter klassischer Grundrechte als auch eigentlicher Sozialrechte wieder davor zu warnen, die in ihnen liegenden Verfassungsaufträge (vor allem an den Gesetzgeber) juristisch als einen Ersatz für das zu sehen, was eigentlich der politische Prozeß ergeben sollte. Verfassungsaufträge – ob aus klassischen Grundrechten, Gesetzgebungsaufträgen, imperativen Kompetenznormen abgeleitet oder in speziellen Sozialrechten verbürgt – können einen aktiven demokratischen Willensbildungsprozeß favorisieren, aber nicht (faktisch) garantieren oder gar ersetzen. Verfassungsaufträge sind keine Sicherungen «für leistungsstaatliche Grundrechtseffektuierung», die Realitäten des Bruttosozialprodukts beiseite schieben könnte⁴⁵⁰.

Zusammenfassend ist festzuhalten: Die Verfassung kann zwar nicht selbst «die soziale Frage» lösen, sondern sie erscheint als wirklichkeitsbezogener Rahmen und Sozialprogramm einer «*res publica semper reformanda*»⁴⁵¹. Zieht man die (ökonomischen, sozialen) Bedingungen der Ausübung grundrechtlicher Freiheit in den Schutzbereich der klassischen Individualrechtsgarantien ein, aus der unumgänglichen Einsicht, daß reale Freiheit nur als soziale

⁴⁴⁸ HÄBERLE, a.a.O. (Anm.378), S.92.

⁴⁴⁹ HERZOG, Staatslehre, S.394.

⁴⁵⁰ HÄBERLE, a.a.O., S.111.

⁴⁵¹ HÄBERLE, a.a.O., S.99.

(d. h. auch durch Beseitigung gesellschaftlicher Hindernisse und Schaffung effektiver Voraussetzungen der Freiheitsausübung ermöglichte) Freiheit denkbar ist, daß sich ferner das vom Laissez-faire-Liberalismus ebenfalls als Ziel gedachte *Gemeinwohl* als Ergebnis eines freien Spiels gesellschaftlicher Kräfte eben nicht automatisch einstellt, ist die *kontradiktorische Gegenüberstellung von liberalem und sozialem Staat* in der politischen Wirklichkeit nicht mehr möglich⁴⁵². Die *Praxis* der Wirtschafts- und Sozialpolitik im Rahmen der Bundesverfassung hat sich schon lange in diesem Sinn entwickelt; die Staatsrechtslehre weist gegenüber der Rechtswirklichkeit einen Nachholbedarf auf⁴⁵³.

Hingegen ist nicht zu übersehen, daß *echte Konflikte*⁴⁵⁴ zwischen wirtschaftlichen Grundrechten und sozialstaatlicher Aktivität auftauchen können, so bei der Frage, wann die (stets mit finanziellen Konsequenzen verbundene) Leistungsverpflichtung des Gemeinwesens die Grenze erreicht, wo die steuerliche Belastung ein Maß annimmt, das die Eigentumsgarantie in Frage stellt⁴⁵⁵.

7.2 Begriff und Form der Sozialrechte

7.21 Unmöglichkeit, einen Bereich «Sozialrecht» aus der Gesamtrechtsordnung auszugrenzen

Die wissenschaftliche Diskussion über die Sozialrechte leidet darunter, daß der Begriff «Sozialrecht» in den verschiedensten Bedeutungen verwendet wird: bald in einem strengen individualrechtlichen Sinn – Sozialrechte als verfassungsmäßig gewährleistete

⁴⁵² Kritik dieser kontradiktorischen Gegenüberstellung auch bei G. STUBY, Bürgerliche Demokratietheorien in der Bundesrepublik, in: Der bürgerliche Staat der Gegenwart, hrsg. von KÜHNL, Reinbek 1972, S.87–130 oder auch bei HOLLERBACH, a.a.O. (oben Anm.14), S.37ff. Eine scharfe Gegenüberstellung von Rechts- und Sozialstaat im Bereich der Verfassung hält dagegen FORSTHOFF, a.a.O. (oben Anm.25), S. 78 aufrecht.

⁴⁵³ GYGI, Wirtschaftsverfassung (oben Anm.3), S.271, 274, 280ff.

⁴⁵⁴ Eine Typologie grundrechtlicher Grenzen leistungsstaatlicher Aktivitäten legt MARTENS, a.a.O. (oben Anm.375), S.12–16, vor.

⁴⁵⁵ Zur Relativierung des Eigentums durch den traditionellen Vorbehalt des Steuerrechts infolge der stark anwachsenden Steuerbelastung vgl. W. RÜFNER, Die Eigentumsgarantie als Grenze der Besteuerung, DVBl 1970, S.881ff.; SALADIN, Grundrechte im Wandel (oben Anm.391), S.140ff.; M. IMBODEN, Die verfas-

subjektive Ansprüche, insbesondere auf Sozialleistungen –, bald in einem sehr weiten Sinn als Inbegriff des objektiven Verfassungsrechts, das sich in direkter oder indirekter Form mit «sozialen» Fragen befaßt.

In letzterem Sinn ist der Begriff «Sozialrecht» unbrauchbar für die wissenschaftliche Diskussion, da es heute wohl kaum einen Bereich staatlicher Tätigkeit und damit materieller verfassungsrechtlicher Regelung gibt, der nicht auch sozialpolitisch relevant ist⁴⁵⁶.

Eine klassifikatorische Abgrenzung des Begriffes «Sozialrecht» läßt sich also nicht von der *Materie* her gewinnen, da einerseits gerade die neuen, heute besonders hervortretenden Staatsaufgaben sämtlich einen sozialen Charakter haben, von der Konjunktursteuerung mit der Vollbeschäftigungspolitik bis zur Raumplanung, und anderseits auch bei den traditionellen Staatsaufgaben die sozialpolitische Komponente weit mehr in den Vordergrund tritt, etwa beim Strafvollzug^{456a}, bei der Zivilrechtspflege⁴⁵⁷ und ganz offensichtlich beim Steuerrecht, das mit dem Anwachsen der

sungsrechtliche Gewährleistung des Privateigentums als Schranke der Besteuerung (1960), in: *Staat und Recht*, Basel 1971, S.537ff.; HESSE, *Grundzüge* (oben Anm. 391), S.180/181 und vor allem MARTENS, a.a.O. (oben Anm. 375), S.15 (mit Übersicht über Lehre und Praxis in Anm.38–43).

⁴⁵⁶ Die Unsicherheit zeigt sich z. B. in den heute im Vordergrund stehenden staatlichen Aufgaben, die umfassende Gemeinschaftsaufgaben bezeichnen und die wegen ihrer weitgespannten gesellschaftlichen Relevanz stets auch sozialpolitische Momente aufweisen (z. B. Staatsaufgaben im Bereich des Umweltschutzes). Vgl. etwa auch M. LENDI, *Die Raumplanungsgesetzgebung und ihre Konsequenzen für die Unternehmung*, in: *Umweltschutz und Wirtschaftswachstum*, Frauenfeld 1972, S.205ff., S.206: LENDI erblickt in der Verfassungsbestimmung über die Raumplanung auch ein wohlfahrtsstaatliches Moment, dessen Inhalt sich aus dem der Verfassung zugrundeliegenden Wertesystem ergebe. – Beim Umweltschutz wurde immer wieder die Frage aufgeworfen, ob er nicht individualrechtlich in der Verfassung zu fixieren sei; vgl. BOTSCHAFT über die Ergänzung der Bundesverfassung durch einen Artikel 24^{septies}... BBl 1970 I, S. 778. Eine gewisse Bedeutung hat in Bayern das Recht auf Naturgenuß als soziale Verbürgung gefunden; vgl. den Hinweis bei SCHEUNER, DöV 1971 (oben Anm. 386), S.506 Anm.9.

^{456a} Vgl. dazu H. MÜLLER-DIETZ, *Verfassung und Strafvollzugsgesetz*, NJW 1972, S.1161ff.

⁴⁵⁷ Vgl. dazu die Ausführungen in den «Richtlinien der Regierungspolitik in der

Staatsaufgaben immer mehr zum dominierenden Umverteilungsfaktor der Sozialpolitik wird⁴⁵⁸.

7.22 Wandlungen der Sozialpolitik und des Sozialrechts

Nicht klassifikatorisch, aber typologisch können Sozialrechte von andern individualrechtlich konzipierten Verfassungssätzen nach ihrem Bezug zu Sachgebieten abgegrenzt werden, die in einem frühen Stadium der Entwicklung der Sozialpolitik als selbständige Bereiche staatlichen Handelns im Vordergrund standen: die Einwirkungen auf das Wirtschaftsleben zum Schutze der im kapitalistischen Produktionsprozeß unterlegenen Arbeiterschaft, vor allem der Lohnarbeiter⁴⁵⁹.

So gehen bis in die zwanziger Jahre dieses Jahrhunderts die meisten Definitionsversuche der Sozialpolitik davon aus, sie als einen Bereich von Bestrebungen abzugrenzen, die auf Arbeiterschutz, allgemeine Minderung der Klassengegensätze oder, allgemeiner, auf die Korrektur gesellschaftlicher Mißstände zielen. Eine Gruppe von Sozialrechten läßt sich daher idealtypisch als grundrechtliche Verbürgungen der Verfassung charakterisieren, die als «Antwort auf die Arbeiterfrage» erscheinen: Recht auf Arbeit, Recht der jugendlichen und weiblichen Arbeitnehmer auf besonderen Schutz, Recht auf Existenzminimum u.a. Sachlich müssen in diesem Zusammenhang auch negatorische Grundrechte wie das Streikrecht oder die Koalitionsfreiheit als typische Sozialrechte verstanden werden. Diese sachliche Abgrenzung vermag zwar heute noch einen Teil der Sozialrechte sinnvoll von andern individualrechtlichen Gewährleistungen abzuheben; in gleichem Maße, wie jedoch die Sozialpolitik in Theorie und Praxis weit über ihre ursprüngliche Bedeutung als Antwort auf die Nöte und Forderungen der Arbeiterschaft im Gefolge der industriellen Revolution

Legislaturperiode 1971–1975», BBl 1972 I, S. 1071/1072, wonach die Zivilrechtsprechung gerade in ihrem sozialen Kontext auf ihre Effizienz hin neu zu überprüfen sei; vgl. oben S.782 mit Anm.287.

⁴⁵⁸ Zur sozialpolitischen Relevanz des Steuerrechts vgl. unten Ziff.9.33.

⁴⁵⁹ Zur Herausbildung dieses engeren Begriffs der Sozialpolitik in der 2. Hälfte des 19.Jahrhunderts vor allem in Deutschland vgl. z.B. ACHINGER (zit. oben in Anm.179), S.161ff. und für weiteres vgl. die oben in Anm. 179 angegebene Literatur.

hinausgewachsen ist, hat sich auch der Begriff des «Sozialrechts» gewandelt.

Während sich die *Wirklichkeit* sozialpolitischer Maßnahmen schon früher entschieden über ihr ursprüngliches Ziel hinaus erstreckt hatte, scheint die wissenschaftliche Sozialpolitik den Gegenstand ihrer Forschung erst nach dem 2. Weltkrieg in einem viel umfassenderen Sinn verstanden zu haben. Umverteilung als dominierendes Problem des Sozialstaates rückt den Zusammenhang zwischen Sozialpolitik und Wirtschaftspolitik in den Vordergrund; die moderne Konjunkturtheorie zieht die Sozialpolitik in umfassendem Sinn in ihre Untersuchungen ein. ACHINGER hat 1958 auch die Staatslehre aufgerufen, sich der Probleme anzunehmen, die die heutige Sozialpolitik aufwirft: vor allem der Umwandlung der Gesellschaftsverfassung infolge einer über alle Lebensbereiche sich erstreckenden Sicherungsapparatur mit einem neuen Kodex von Rechten und Pflichten in der Ambiance eines neuen sozialen Klimas⁴⁶⁰.

ZACHER hat auf die Schwierigkeiten hingewiesen, daß jede Definition von Sozialrecht zwischen den beiden Gefahren sich bewegt, bei der Beschränkung auf gewisse Schwerpunkte (Sicherung einer menschenwürdigen Existenz für jedermann, Ausgleich von Wohlstandsdifferenzen, Milderung und Abbau von Abhängigkeiten usf.) die soziale Zweckhaftigkeit anderer Rechtsbereiche, ja, die soziale Aufgabe des Rechts schlechthin zu unterschätzen oder sogar zu übersehen oder den Begriff «sozial» so allgemein, nämlich im Sinne von «gesellschaftlich» zu fassen, daß er keinen Abgrenzungswert mehr besitzt⁴⁶¹.

7.23 Exemplarische Umschreibung sozialer Grundrechte

Sozialrechte in der heutigen Staats- und Verfassungswirklichkeit lassen sich idealtypisch als individualrechtliche Verfassungssätze beschreiben, die als subjektive Ansprüche auf bestimmte positive Leistungen des Gemeinwesens gerichtet sind; exemplarisch lassen sich folgende Rechte anführen: Recht auf Bildung, Recht auf Woh-

⁴⁶⁰ ACHINGER, a.a.O., S.163.

⁴⁶¹ H. ZACHER, Das Vorhaben des Sozialgesetzbuches, Percha 1973, S.11.

nung, Recht auf soziale Sicherheit, Recht der Familie auf besonderen Schutz.

In der Lehre werden den «wirtschaftlichen» Sozialrechten die «kulturellen» gegenübergestellt (Recht auf Bildung, mitunter auch das Recht auf Information durch staatliche Behörden usw.).

Zusammenfassend sei festgehalten, daß im folgenden unter Sozialrechten *verfassungsrechtliche Gewährleistungen bestimmter staatlicher Leistungen in der Form individualrechtlicher Verbürgungen* verstanden werden⁴⁶². Der Tendenz nach sind vor allem Lebensbereiche angesprochen, in denen dem Staat in der Folge der industriellen Revolution oder in der Gegenwart umfassende Schutz-, Fürsorge- und Leistungsaufgaben zugewachsen sind.

Ob auch mehr staatsabwehrende, auf den «Prozeß» der Durchsetzung sozialer Forderungen gerichtete Rechte wie Streikrecht und Koalitionsfreiheit als «Sozialrechte» anzusprechen sind, muß hier offen bleiben. Sie gleichen ihrer *Struktur* nach (primärer Abwehranspruch gegen staatlichen Zwang) den klassischen, liberalen Freiheitsrechten, ihr Ethos steht aber ganz in Zusammenhang mit den eigentlichen «Sozialrechten» im Sinne von Schutzansprüchen der im Industrialisierungsprozeß zu kurz Gekommenen, namentlich der Lohnarbeiter. Ihre Anerkennung nimmt nicht an der im folgenden diskutierten Problematik der Rechte auf Leistungen teil, sondern wäre besonders zu untersuchen⁴⁶³.

⁴⁶² Manche als «Sozialrechte» bezeichneten Verbürgungen richten sich nur indirekt auf «Leistungen» des Staates, nämlich auf eine bestimmte Gesetzgebung, die etwa einen minimalen jährlichen Urlaub oder Höchstarbeitszeiten vorschreiben soll. Anspruchsgegner wird über die Gesetzgebung der (meist) private Arbeitgeber, Adressat des Gestaltungsauftrags der Verfassung ist aber doch der staatliche Gesetzgeber. Für die Schweiz sind diese «Sozialrechte» von geringerer Bedeutung, da sie in der privaten und öffentlichen Arbeitsgesetzgebung praktisch verwirklicht sind. Verfassungsrechtliche Grundlage bietet u.a. Art. 34^{ter} BV. Zu entsprechenden «Sozialrechten» in der Europäischen Sozialcharta vgl. z.B. die Art. 2–4.

⁴⁶³ Auszuscheiden ist hier auch die Frage der *Mitbestimmung im Betrieb*; der damit angesprochene Problemkreis kann im Rahmen dieser Arbeit – auch unter Beschränkung auf seine Grundzüge – nicht verantwortlich diskutiert werden; hingewiesen sei statt vieler auf den sog. *Biedenkopfbericht* («Mitbestimmung im Unternehmen», Bericht der Sachverständigenkommission zur Auswertung der bisherigen Erfahrungen bei der Mitbestimmung, Drucksache IV/334), Bonn 1970; E. BENDA, Industrielle Herrschaft und sozialer Staat, Göttingen 1966, S. 368ff., 555ff.; W. R. SCHLUEP, Mitbestimmung? in: Festgabe für W. F. Bürgi, Zürich 1971, S. 311ff.

Wie schwierig selbst bei dieser Begrenzung des Begriffs «Sozialrecht» auf eigentliche Individualrechte die Abgrenzung zu andern Verfassungsgarantien bleibt, zeigt etwa, daß das aus Art.4 BV abgeleitete sog. «Armenrecht» (der Anspruch einer mittellosen Partei, einen nicht aussichtslosen Zivilprozeß unentgeltlich führen zu können) zweifellos als Sozialrecht anzusprechen ist, hingegen der in der Nähe liegende Anspruch auf den verfassungsmäßigen Richter (BV Art.58) kaum als solches qualifiziert werden darf, wenn man nicht die eingebürgerte Terminologie völlig auf den Kopf stellen will. Auch bei BV Art.58 handelt es sich um den Anspruch auf eine der – wohl ursprünglichsten – staatlichen Leistungen: der Wahrung des Rechtsfriedens durch Bereitstellung der staatlichen Gerichtsbarkeit. Hinter dieser Abgrenzungsschwierigkeit verbirgt sich eine grundsätzlichere Frage: nämlich die, ob der Staat nicht von jeher Leistungsträger und die wesentlichen verfassungsrechtlichen Verbürgungen seit der Garantie von *habeas corpus* immer *auch* Leistungsansprüche waren. Damit zusammen hängt die Frage, ob auch der bürgerliche Staat nicht nur Leistungsstaat war, sondern im Interesse des wirtschaftlichen Bürgertums auch eine sehr bestimmte Gesellschaftspolitik betrieb⁴⁶⁴.

Im folgenden ist der Frage nachzugehen, was mit dem Postulat einer Aufnahme von Sozialrechten in die Verfassung verfolgt wird, welche Wirksamkeit Sozialrechte in der heutigen Verfassung haben können und schließlich, welche Bedenken gegen einen weiten Ausbau der Sozialrechtskataloge in der heutigen Verfassung, vor allem der Bundesverfassung, anzumelden sind. Wir halten uns dabei an die oben dargestellte enge Umschreibung des Begriffs «Sozialrecht» im Sinne individualrechtlicher Leistungsansprüche.

7.24 Anlehnung an das individualistische Naturrecht in der Formulierung sozialer Grundrechte

Die klassischen Grundrechte haben geschichtlich ihre Bedeutung aus ihrem Bezug auf ein vorgegebenes, in göttlicher Ordnung vor-

⁴⁶⁴ Vgl. die polemische Fragestellung bei HELLER, Staatslehre (oben Anm.15) S.109ff., insbes. S.112f.; F. WIEACKER, Das Sozialmodell der klassischen Privatgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, Karlsruhe 1953, bes. S.10ff.

gefundenes oder von der Vernunft als evident erkanntes Naturrecht gefunden. Dieses Naturrecht erschien in den großen Revolutionen zu Ende des 18. Jahrhunderts geeignet, bestehendes positives Recht aus den Angeln zu heben und neue politische Ordnungen zu legitimieren⁴⁶⁵.

Es war ein individualrechtliches Naturrecht mit der Betonung der Autonomie der Persönlichkeit im Zentrum. Die *individualrechtliche* Fixierung betraf also nicht lediglich die *Form* der Verbürgung, sondern beruhte in der Essenz ihrer Geltung.

Die Grundrechtsidee hat sich in der Neuzeit mit der Verfassungs-idee schlechthin verbunden⁴⁶⁶; Grundrechte sind dergestalt mit der weltweiten Ausbreitung des Verfassungsgedankens zu einem universalen Instrument der Legitimierung staatlicher Ordnung geworden. Wäre es erlaubt, die Geschichte der sozialen Grundrechte auf einen Nenner zu bringen, könnte man sagen, *sie sei der Versuch, für soziale Forderungen die Legitimitätsfunktion der Grundrechte zunutze zu machen*, m.a.W.: mit der *Form* naturrechtlicher Verbürgungen gleichsam unter Auswechslung ihres Anspruchsgehalts auch etwas von ihrer naturrechtlichen Legitimierungsfunktion in den (postulierten oder teilweise verwirklichten) Sozialstaat hinzüberzunehmen.

Daß die bürgerliche Gesellschaft früher ähnliches versucht und für ihre handfesten Interessen in weitem Maße fruchtbar gemacht hatte, was sich als von Gott oder Vernunft geoffenbartes Recht darstellen ließ, kann hier nicht im einzelnen ausgeführt werden. Die ganze Verkoppelung namentlich der wirtschaftlichen «Freiheitsrechte»: Eigentumsgarantie und Wirtschaftsfreiheit mit den «geistigen» Freiheiten könnte hier angeführt werden, doch bedürfte diese Frage besonderer geschichtlicher Untersuchung. Sie könnte ergeben, daß gerade die übertrieben pathetische Hervorhebung der Eigentumsgarantie in der französischen Erklärung von 1789 mit der besonderen Anrufung des Eigentums als ein «geheiliges und unverletzliches Recht» (Art.17) das schlechte Gewissen dessen verrät, der seine Interessen im Sog des Siegeszuges des Vernunftsrechtes zuvorderst sichergestellt sehen will. Die Diskrepanz zu Art.1 der Erklärung von 1789 ist ja eklatant⁴⁶⁷.

⁴⁶⁵ S. J. P. MÜLLER, a.a.O., S. 105 ff.; G. OESTREICH, Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriß, Berlin 1968, bes. S. 54 ff., 57 ff., 68 ff.

⁴⁶⁶ So programmatisch Art.16 der Deklaration von 1789: «Toute société, dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ... n'a point de constitution.»

⁴⁶⁷ Vgl. insbesondere die Aufnahme des Art.17 in die Verfassung vom 3.9.1791 – in «die Konstitution, die das besitzende und gebildete Bürgertum im Bunde

Dabei hatten die mit den Sozialrechten angesprochenen Postulate von jeher einen überwiegend gesellschaftsbezogenen, sozialgestaltenden, auch klassenkämpferischen Charakter. Die individualrechtliche Form steht in gewissem Gegensatz zu den objektiven oder gruppenspezifischen Ordnungszielen (Vollbeschäftigung, Bildung), die sie anstreben. Die Inanspruchnahme des Gemeinwesens stand von vorneherein im Vordergrund, wie etwa aus der ersten Formulierung eines Rechts auf Arbeit in der Jakobiner-Verfassung von 1793 hervorgeht, wo in Art. 21 die öffentliche Unterstützung der Bedürftigen (insbesondere der Arbeitslosen) als eine «heilige» Pflicht der Gesellschaft erklärt wird⁴⁶⁸. – Die Geschichte der Sozialrechte kann hier nicht im einzelnen nachgezeichnet werden. Es sei auf die Spezialliteratur verwiesen⁴⁶⁹.

Wesentlich ist jedoch für die hier zu behandelnde dogmatische Frage der Sozialrechte, daß ihre *Form* nicht einfach Nebensächlichkeit, sondern spezifisch gewählter Ausdruck des Fundamentalcharakters der mit ihnen erhobenen Forderungen war. Den angesprochenen Sozialpostulaten sollte der gleiche Nachdruck verliehen werden, wie sie die klassischen Grundrechte aus ihrem individualrechtlichen – naturrechtlichen – Charakter zogen⁴⁷⁰. Aufschlußreich ist in diesem Zusammenhang

mit jungen Adligen an der Macht zeigt» (OESTREICH, a.a.O., S. 71). Danach durfte das Eigentum ««als geheiligtes und unverletzliches Recht» nur bei gesetzlich festgestellter öffentlicher Notwendigkeit gegen eine vorherige gerechte Entschädigung angetastet werden» (OESTREICH, a.a.O.). Auch befürchteten bereits in der Nationalversammlung von 1789 manche Abgeordnete, die breite Schicht der besitzlosen Bevölkerung könnte das Recht der Gleichheit zu wörtlich nehmen und die bestehenden Gesellschafts- und Vermögensstrukturen zu zerstören suchen. – Vgl. OESTREICH, a.a.O., S. 68.

⁴⁶⁸ Siehe auch noch Art. 2 der genannten Verfassung. Damit war nach BENTELE (Anm. 469), S. 114, erstmals ein Recht auf Arbeitsbeschaffung in einer geltenden Verfassung festgehalten.

⁴⁶⁹ Vgl. insbesondere: GEORG BRUNNER, Die Problematik der sozialen Grundrechte, Tübingen 1971, S. 5–8; GERHARD OESTREICH (oben Anm. 465), S. 103ff.; HERBERT SCHAMBECK, Grundrechte und Sozialordnung, Berlin 1969, S. 17ff. (mit weiteren Nachweisen); FRANS VAN DER VEN, Soziale Grundrechte (Übersetzung), Köln 1963 (Original Utrecht 1957), S. 13ff. – Für die Entwicklung in der Schweiz s. insbesondere ERICH GRUNER, Die Arbeiter in der Schweiz im 19. Jahrhundert, Bern 1968; ferner: MAX BENTELE, Das Recht auf Arbeit, Diss. Zürich 1949; PETER GILG, Die Entstehung der demokratischen Bewegung und die soziale Frage, Diss. phil. hist. Bern 1950, Affoltern a. Albis 1951; HANS RUTISHAUSER, Liberalismus und Sozialpolitik in der Schweiz, Zürich 1935.

⁴⁷⁰ Die von TARGET und MALOUET geforderte Aufnahme eines Rechts auf Arbeit

die Bewegung des Chartismus im England des frühen 19. Jahrhunderts, der in seiner «Volkscharta für Gerechtigkeit und allgemeine Wohlfahrt» von 1838 analog den «civil liberties» in Anlehnung an JOHN LOCKE gerechten Lohn als ein natürliches Recht forderte⁴⁷¹. Aus der schweizerischen Verfassungsgeschichte sei die Forderung DRUEYS hervorgehoben, in die Waadtländer Verfassung ein Recht jedes Bürgers auf Unterstützung im Falle der Arbeitslosigkeit aufzunehmen⁴⁷². In der Erklärung vom 21. Oktober 1888 forderte der schweizerische Arbeitertag «das allgemeine Recht auf Arbeit ... als Grundlage einer menschenwürdigen Existenz aller Bürger»⁴⁷³. Daß mit dem Postulat von Sozialrechten bewußt die Anknüpfung an die Form der klassischen Grundrechte mit ihrer geschichtlich bewährten Legitimierungsfunktion gesucht wurde, bestätigt etwa auch die Botschaft des Bundesrates zur Initiative «Recht auf Arbeit» von 1943: Indem die Initiative den Wortlaut «Das Recht auf Arbeit ... ist gewährleistet» wähle, stütze sie sich bewußt «auf die überlieferte Sprache der BV», wie sie in der Verbürgung von Freiheitsrechten gebräuchlich sei⁴⁷⁴.

Mit diesen Hinweisen sollte der Beweis erbracht werden, daß der Formulierung sozialer Grundrechte als den Freiheitsrechten nachgebildeten Verbürgungen jedenfalls geschichtlich eine *spezifische* Bedeutung zukommt, die sie von objektivrechtlichen Zielbestimmungen oder Gesetzgebungsaufträgen unterscheidet.

Im Bereich des positiven Verfassungsrechts haben die *Sozialrechte* jedoch nie die gleiche staats legitimierende Funktion erhalten, wie sie den klassischen Grundrechten zukam. Dies hängt wohl auch damit zusammen, daß im Zeitpunkt des maßgeblichen Anschwells sozialpolitischer Forderungen an den Staat infolge der Arbeiternot des 19. Jahrhunderts das naturrechtliche Denken der Aufklärung seine Stoßkraft selber bereits weitgehend verloren hatte und daß andererseits die sozialethischen Ideen des 19. Jahrhunderts weniger individualistisch konzipiert waren, sich also die individualrechtliche Konzeption sozialer Forderungen von Anfang an als etwas «Künstliches» erwies; *sozialethische* Postulate in individualistischen Rechtspositionen schlagwortartig zu formulieren, widersprach gleichsam dem objektiv-gesellschaftsbezogenen Rahmen, in den sie gehörten. Ein gewisser innerer Widerspruch

in die Deklaration von 1789 war gescheitert; BENTELE, a.a.O., S.28, N.44; BRUNNER, a.a.O., S.6 N.4.

⁴⁷¹ Siehe OESTREICH, a.a.O., S.106.

⁴⁷² Siehe GRUNER, a.a.O., S.198 N.21.

⁴⁷³ BBI 1946 II, S.782. ⁴⁷⁴ BBI 1946 III, S.848.

des Begriffs «soziales Grundrecht» kommt hierin zum Ausdruck⁴⁷⁵, wenn man im Grundrechtsbegriff die individualistische Komponente ausschließlich betont sieht, was aber gerade heutigem Grundrechtsdenken nicht mehr entspricht.

7.241 Niedergang individualistischen Naturrechts

Mit dem Niedergang des Glaubens an naturrechtlich vorgegebene Rechtspositionen des Menschen bietet heute die Anlehnung an naturrechtliches, individualistisches Gedankengut durch Formulierung individueller Sozialrechte dem Sozialstaat wenig Halt. Auch die klassischen Grundrechte müssen sich heute anders denn als Ausdruck naturrechtlich evidenter Rechtspositionen legitimieren⁴⁷⁶. Die soziale Einbettung der klassischen Freiheitsrechte ist im übrigen in der Staatswirklichkeit in einem Maße anerkannt, daß es auch nicht mehr sozialer Grundrechte als Gegengewichte zu rein individualistisch verstandenen Freiheitsrechten bedarf, damit das Gemeinwesen seinen Sozialauftrag verfassungsrechtlich legitimiert erfüllen kann. Aufschluß über die Wünschbarkeit oder Richtigkeit der Aufnahme sozialer Grundrechte in die Verfassung

⁴⁷⁵ In diesem Zusammenhang kann auf die Kritik der individualrechtlichen Menschenrechte von KARL MARX hingewiesen werden; vgl. insbesondere KARL MARX, Zur Judenfrage, in: Frühschriften, hrsg. von S. LANDSHUT, Stuttgart 1971, S. 192 ff.: «Keines der sog. Menschenrechte geht also über den egoistischen Menschen hinaus, über den Menschen, wie er auf sein Privatinteresse und seine Privatwillkür zurückgezogenes und vom Gemeinwesen abgesondertes Individuum ist. ... Die Freiheit des egoistischen Menschen und die Anerkennung dieser Freiheit ist aber vielmehr die Anerkennung der zügellosen Bewegung der geistigen und *materiellen* Elemente, welche seinen Lebensinhalt bilden.» (a.a.O., S. 194, 198) – MARX sieht die Lösung der sozialen Frage (im weitesten Sinn) nicht in der Verbürgung von Sozialrechten, sondern in der Politisierung des Menschen: Der egoistische Mensch als eine Art Naturmensch müsse politisch aktiviert werden, und zwar durch eine moralische Anstrengung. Die egoistischen Bedürfnisse müßten mit den gesellschaftlichen in Übereinstimmung gebracht werden. «Erst wenn der wirkliche individuelle Mensch ... Gattungswesen (im Gegensatz zum individuellen, egoistischen Wesen) geworden ist, erst wenn der Mensch seine *forces propres* als gesellschaftliche Kräfte erkannt und organisiert hat ... erst dann ist die menschliche Emanzipation vollbracht.» (a.a.O., S. 198)

⁴⁷⁶ Siehe statt vieler die Ausführungen bei SCHEUNER, DöV 1971 (oben Anm. 386), S. 509 2. Sp.

ist heute auch kaum mehr aus der Fragestellung zu gewinnen, ob es sich bei den entsprechenden Sozialpostulaten um naturrechtlich vorgegebene Rechtsgrundsätze oder (mehr verfassungspositivistisch verstandene) Grundentscheidungen handle⁴⁷⁷.

7.242 Hervortreten praktischer Gesichtspunkte bei der Verfassunggebung

Der Gedanke, mit der individualrechtlichen Formulierung gewisser Sozialpostulate könne ihr naturrechtlicher Charakter betont und ihnen damit Nachdruck verschafft werden, paßt nicht mehr in die heutige Verfassungswirklichkeit. Praktischere Gesichtspunkte treten in den Vordergrund: Eignung der postulierten Rechte, einen breiten Konsens der Rechtsgemeinschaft zum Ausdruck zu bringen, praktische Wegweisung zu wirksamer Erfüllung dringender Gemeinwohlaufgaben zu sein, statt deklamatorischer Versprechungen praktikable Wege zur Realisierung gebotener Sozialaufgaben festzuhalten usf. Entscheidend bei der Formulierung ist aber die verfahrensrechtliche Konsequenz, die aus ihr abgeleitet werden darf und muß: Sollen wirklich subjektive Rechte, vor allem auf Sozialleistung, eingeräumt werden, die individuell durchsetzbar sind, wie es die individualrechtliche Verbürgung verspricht?

Wer die Frage stellt und danach die Richtigkeit der Verankerung von Sozialrechten in der Verfassung zu beantworten sucht, verfällt leicht dem Vorwurf eines platten «Vollzugsdenkens», d. h. einer Rechtsauffassung, die im wesentlichen die zwangsweise Durchsetzung als Wesensmerkmal eines subjektiven Rechts ansieht.

⁴⁷⁷ Zur Unterscheidung von Rechtsgrundsätzen und verfassungsgestaltenden Grundentscheiden s. H. HUBER, Grundsätze in der Auslegung der Wirtschaftsartikel, WuR 1958, S. 9ff.; HUBER rechnet etwa im Bereich der neuen Wirtschaftsartikel sowohl die Gewerbefreiheit als auch den Wohlfahrts- und Sicherheitsartikel zu den Rechtsgrundsätzen, zu den Fundamentalnormen, die «naturrechtlichen Anschauungen entstammen» (a.a.O., S. 9/10). In gewissem Gegensatz dazu hat HUBER noch 1948 festgestellt, daß die ideelle Geltungskraft der Freiheitsrechte, die aus dem Naturrecht herrührt, wieder zunehme; die geforderten Sozialrechte seien jedoch «nicht von dieser Art. Sie zehren nicht von der noch immer lebendigen geistigen Macht des Naturrechts». Es fehle ihnen aber auch das Wesen «einer einheitlichen Gesamtentscheidung und demgemäß auch die sachlich integrierende Wirkung beim Staatserlebnis» (H. HUBER, Soziale Verfassungsrechte?, in: E. FORSTHOFF [Hrsg.], Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Darmstadt 1968, S. 6).

Dem Vorwurf liegt ein Mißverständnis zugrunde: Auch wer die Verankerung allgemeiner Sozialstaatspostulate *in Form von subjektiven Rechtsansprüchen* ablehnt, kann Rechtsprinzipien, Zielbestimmungen, Gesetzgebungsaufträgen usf. Rechtsqualität zusprechen, auch wenn diese nicht unmittelbar vollstreckbar sind⁴⁷⁸.

Es ist also zu fragen: Handelt es sich bei den mit den Sozialrechten anvisierten Grundsätzen sozialer Gestaltung um Rechtspositionen, bei denen es möglich und sachgerecht ist, ihre Verwirklichung der prozessualen Geltendmachung von Ansprüchen einzelner anheimzustellen, oder sind es eher Prinzipien objektiver Rechtsgestaltung, die nicht (wie etwa die Regeln des Nachbarrechts) durch Geltendmachung individueller Ansprüche verwirklicht, sondern vielmehr oder ausschließlich durch verantwortliches Handeln des Gemeinwesens zu realisieren sind. Es ist dann fast eine Frage der Ehrlichkeit, jedenfalls eine solche dogmatischer Konsequenz, nicht in Form subjektiver Rechte auszudrücken, was primär überwiegend als objektiver Grundsatz sozialer Gestaltung gemeint ist.

7.25 Justizierbarkeit als entscheidendes Kriterium für die Wahl der Grundrechtsform

7.251 Unmittelbarkeit der Grundrechtsgeltung

In der Staatsrechtslehre herrscht heute Übereinstimmung, daß die Grundrechte unmittelbar anwendbares, jede staatliche Gewalt verpflichtendes Recht sind. Es sind nicht bloße Programmsätze, die erst nach Konkretisierung durch den Gesetzgeber vollzugsfähig werden⁴⁷⁹. Insbesondere sind Grundrechte für den Verfassungsrichter unmittelbar auch als Maßstäbe zur Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen verbindlich⁴⁸⁰. An dieser Errungenschaft ist festzuhalten. Was als subjektives Recht des einzelnen

⁴⁷⁸ Zur Frage des zugrundeliegenden Rechtsbegriffs s. Ziff.10.4; vgl. auch Ziff.12.12.

⁴⁷⁹ Dabei ist nicht zu übersehen, daß die meisten Grundrechte der rechtlichen Ausgestaltung der Lebensverhältnisse und Lebensbereiche bedürfen, die sie gewährleisten sollen; so statt vieler: K. HESSE, Grundzüge (oben Anm.391), S.127. Das ist nicht gleichbedeutend mit der Ermächtigung zur Begrenzung von Grundrechten. Der ausgestaltende Gesetzgeber bleibt an die grundrechtlichen Normierungen gebunden (HESSE, a.a.O., S. 128). Die Verfassung statuiert mitunter bei gewissen Grundrechten einen ausdrücklichen Regelungsvorbehalt. Zum Verhältnis von Gesetzesvorbehalt und richterlicher Nachprüfung von Grundrechtsbegrenzungen vgl. a.a.O. S.133.

⁴⁸⁰ Für das heutige BGG hält Art.1 Abs.3 ausdrücklich die unmittelbare Geltung und Bindung der Grundrechte für jede staatliche Gewalt fest. Zur fehlenden Prüfungsbefugnis des Bundesgerichts hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit von Bundesgesetzen und allgemein verbindlichen Bundesbeschlüssen vgl. BV Art.113 Abs.3. Zum Streit über die Frage der unmittelbaren Verbindlichkeit

verfassungsrechtlich formuliert ist, was sich als Grundanspruch des einzelnen ausgibt, soll für jede staatliche Gewalt – Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung – unmittelbar verbindlich sein und bleiben. Jede Abweichung von diesem Grundsatz hat eine Aufweichung der Grundrechtsidee überhaupt zur Folge. Will man ein objektives Gestaltungsprinzip des Staates zum Ausdruck bringen – auch wenn es von höchster Bedeutung ist –, das sich seiner Natur nach nicht zu unmittelbarer Anspruchsbegründung eignet, das vielleicht sinnvollerweise überhaupt nicht individualrechtlich konzipiert werden kann, so stehen andere verfassungsrechtliche Formen der Normsetzung zur Verfügung, wie Staatszielbestimmungen, Gesetzgebungsaufträge usf., von denen später die Rede sein wird.

Die Bundesverfassung enthält keine Grundrechtsbestimmung und auch sonst keine individualrechtliche Gewährleistung, die nicht in einem gesetzlich geregelten Verfahren durchsetzbar wäre⁴⁸¹. Daran ist festzuhalten. Es schließt so wenig aus, daß individualrechtlichen Verbürgungen *zugleich* ein objektivrechtlicher Gehalt entnommen, wie daß objektiven Prinzipien der Rechtsordnung aus bestimmten Gründen der gleiche Rechtsschutz wie Grundrechten verliehen wird.

Das Bundesgericht schützt auch gewisse objektive Prinzipien der Verfassung wie verfassungsmäßige Individualrechte: das Verbot der Doppelbesteuerung, die Gewaltentrennung, den Grundsatz: Bundesrecht bricht kantonales Recht⁴⁸².

Die Frage, ob Sozialrechte im oben beschriebenen Sinn (im folgenden Sozialrechte i.e.S. genannt) in die Verfassung aufzunehmen seien, beurteilt sich also

von Grundrechten in der Weimarer Zeit vgl. A. BUSCHKE, Die Grundrechte der Weimarer Verfassung in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, 1930, S.42ff. (zit. nach SCHEUNER, DöV 1971, S.507).

⁴⁸¹ Entweder durch staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht oder an den Bundesrat; eine Ausnahme bildet der erwähnte Ausschluß der Normenkontrolle gegenüber Bundesgesetzen.

⁴⁸² Für die Praxis des Bundesgerichts zum Begriff der «verfassungsmäßigen Rechte» vgl. die Hinweise bei J.-F. AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Bd.II, Neuenburg 1967, N.1647–1649; H. MARTI (oben Anm.361), S.19f. mit Literaturhinweisen; ferner vgl. A. GRISEL, *Droit administratif suisse*, Neuenburg 1970, S.317–322; und vor allem R. BERNHEIMER, *Der Begriff und die Subjekte der verfassungsmäßigen Rechte nach der Praxis des Bundesgerichtes*, Diss. Zürich 1930.

wesentlich danach, ob die mit ihnen bezeichneten Forderungen geeignet seien, mit einem dem Berechtigten zur Verfügung stehenden Rechtsmittel durchgesetzt zu werden. Die Meinung ist abzulehnen, daß auch bei ausdrücklicher verfassungsmäßiger Gewährleistung eines Sozialrechts, z. B. eines Rechts auf Bildung durch den Verfassunggeber ohne ausdrücklichen Hinweis darauf, daß dieses nur nach Maßgabe der Gesetzgebung gewährleistet sei, es dem Bundesgericht immer noch frei stünde, diese Rechtsposition als «verfassungsmäßiges Recht» i.S. von BV Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 zu qualifizieren oder nicht⁴⁸³.

Es sei hier nochmals betont, daß es nicht dem Charakter von Grundrechten entspricht, wenn ihre Verwirklichung von einer vorgängigen Tätigkeit des Gesetzgebers abhängt. Die verfassungsmäßige Verankerung von Individualrechten soll gerade die Durchsetzung von Ansprüchen erlauben, auch wenn der Gesetzgeber untätig bleibt. Will man hingegen lediglich einen Auftrag oder eine Richtlinie für die Gesetzgebung in die Verfassung aufnehmen, so stehen andere Formen als Grundrechtsverbürgungen zur Verfügung.

Anderseits ist nicht zu übersehen, daß auch die Eigentumsgarantie nur nach Maßgabe der Gesetzgebung garantiert ist⁴⁸⁴. Wie im folgenden zu zeigen sein wird, kann es bei den Sozialrechten jedoch nicht in erster Linie⁴⁸⁵ um Bestandessicherung gehen wie bei der Eigentumsgarantie, vielmehr sind soziale Rechte auf Verwirklichung bestimmter Sozialpostulate angelegt. Soweit bloße Bestandessicherung auch im Bereich sozialer Sicherheit in Frage steht, wäre den Sicherheitsforderungen des von Sozialleistungen (Renten, Versicherungsleistungen usf.) Abhängigen durch sinngemäße Ausweitung des Eigentumsbegriffs bzw. der Eigentumsgarantie zu begegnen, wie dies etwa im Bereich des Beamtenrechts mit Bezug auf Besoldungs- und Pensionsansprüche geschehen ist. Die Lehre von den wohlerworbenen Rechten wäre sozialstaatsgerecht auszubauen⁴⁸⁶.

Der spezifische Rechtsschutz für Grundrechte der Verfassung liegt bei der *Verfassungsgerichtsbarkeit*. Mit der Formulierung von

⁴⁸³ Diese Meinung wurde anlässlich der Beratungen in der ständigerätlichen Kommission für die Vorbereitung der neuen Bildungsartikel der BV in der Sitzung vom 31.8.1972 vertreten.

⁴⁸⁴ Statt vieler: P. SALADIN, Die Funktion der Grundrechte in einer revidierten Verfassung, in: Totalrevision der Bundesverfassung – ja oder nein, Sonderheft ZSR 87 I, 1968, S.171; K. KORINEK, Gedanken zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt bei Grundrechten, in: Festschrift für A. MERKL, München 1970, S. 176.

⁴⁸⁵ Zur sozialrechtlichen Bestandsgarantie bestehender Sozialeinrichtungen vgl. MARTENS (oben Anm. 375), S.15; HÄBERLE, a.a.O. (oben Anm. 378), S.111 mit Anm.292 mit weiteren Hinweisen.

⁴⁸⁶ S. auch unten Ziff.9a.1.

Sozialpostulaten in der Form sozialer Grundrechte wird ihr aufgetragen, diese zu verwirklichen. Die Aufgabe des Richters liegt in der Konkretisierung und Anwendung im Einzelfall wie bei andern Grundrechten. Während also der Weg rechtssatzmäßiger Verwirklichung von Gemeinwohlforderungen von der Verfassung über den Gesetzgeber zu den Vollzugsorganen (Rechtsprechung, Verwaltung) geht, soll mit der Verbürgung sozialer Grundrechte i. e. S. auch die unmittelbare Verwirklichung von Sozialpostulaten über die Rechtsprechung als Verfassungsrechtsprechung ermöglicht werden. Es findet also eine gewisse Gewichtsverlagerung vom Gesetzgebungsverfahren auf die Verfassungsrechtsprechung im Bereich des Sozialstaates statt. Ist der Richter geeignet, diese Aufgabe wahrzunehmen? In Frage steht insbesondere die Justizierbarkeit der geltend zu machenden Ansprüche:

7.252 Ansprüche auf positive Leistungen aus Grundrechten

a) Daß es sich bei sozialen Grundrechten in der Regel um Ansprüche auf positive Leistungen des Staates handelt, steht ihrer gerichtlichen Geltendmachung und Durchsetzung an sich noch nicht im Weg. Das belegt aufs deutlichste die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum sog. *Armenrecht*⁴⁸⁷ oder der große Bereich der materiellen Enteignung, der zwar nicht im Rahmen sozialer Ansprüche liegt, aber doch die Ausrichtung staatlicher Leistungen unmittelbar gestützt auf eine verfassungsrechtliche Gewährleistung zum Gegenstand hat⁴⁸⁸. Es wird darauf zurückzukommen sein, warum in diesen Fällen die Justizierbarkeit im Gegensatz zu andern verfassungsrechtlichen Leistungsansprüchen gegeben ist.

b) Es steht dem Verfassunggeber frei, auch im Bereich sozialer Leistungen so konkrete subjektive Rechte der Bürger in der Verfassung zu verankern, daß ihre gerichtliche Durchsetzung keine Schwierigkeiten bereitet.

⁴⁸⁷ Siehe BGE 95 I 409ff.; 95 I 414ff.; weitere Hinweise auf die Praxis z. B. bei AUBERT, *Traité* (oben Anm. 482) II, N°s 1813ff. – Auch das dt. BVerfG leitet aus dem Gleichheitssatz den Anspruch des Unbemittelten auf unentgeltlichen Rechtsschutz ab; s. ZACHER, *Soziale Gleichheit* (oben Anm. 320), S. 365.

⁴⁸⁸ Vgl. den Überblick über die Rechtsprechung bei SALADIN, *Grundrechte im Wandel* (oben Anm. 391), S. 167ff. und BGE 98 I 381ff.

So wurde in der Botschaft des Bundesrates vom 5.4.1892 (BBl 1892 II, S.374ff.) ausgeführt, daß etwa das verfassungsrechtliche Erfordernis der Unentgeltlichkeit des Primarunterrichts in den Kantonen durchaus verfassungsgerichtlicher Kontrolle unterstellt werden könnte, daß der Schulartikel (Art.27 BV) aber auch andere Gehalte aufweise, die «nicht wohl Gegenstand der Untersuchung und Entscheidung durch eine richterliche Behörde sein können ...», die Frage nämlich, ob der Primarunterricht genügend sei, ob die Leitung den Anforderungen der BV entspreche ...»

Wohl können soziale Grundrechte als «Minimalrechte» begriffen und so in der Verfassung verankert werden; in diesem Sinn befürwortet WILDHABER⁴⁸⁹ die Aufnahme von Minimalstandards sozialer Gerechtigkeit in die Verfassung, die das Minimum an sozialer Gleichheit und wirtschaftlicher Sicherheit garantieren, dessen der einzelne um seiner Menschenwürde willen bedarf⁴⁹⁰. Mit diesen «kleinen» Sozialrechten, die im wesentlichen auf bloße Existenzsicherung und minimale Schulung abzielen, ist aber etwas anderes bezeichnet als mit den Rechten, die «eine bloß potentielle in eine aktualisierte Freiheit umwandeln, ... den Menschen von den Hemmnissen befreien sollen, die seine volle Persönlichkeitsentfaltung und freie Selbstverwirklichung behindern»⁴⁹¹. In den so bezeichneten, weitreichenden Sozialrechten liegt ein zukunftsweisender Charakter, der sie als umfassenden Gestaltungsauftrag für das Gemeinwesen, nicht aber als Gegenstand verfassungsgerichtlicher Durchsetzung erfassen läßt⁴⁹².

7.3 Grenzen richterlicher Verantwortung (das Problem der Justizierbarkeit)

Es ist nun grundsätzlich die Frage zu stellen, nach welchen Kriterien sich beurteile, ob eine verfassungsrechtliche Frage justizierbar

⁴⁸⁹ Konkret nennt WILDHABER, Soziale Grundrechte, in: Gedenkschrift für Max Imboden, Basel 1972, S.371ff.; S.389, die Gewährung des Armenrechts, den Anspruch auf Schulbildung und das Recht auf ein Minimaleinkommen.

⁴⁹⁰ WILDHABER, a.a.O., S.380/385.

⁴⁹¹ So zutreffend WILDHABER, a.a.O., S.380; s. auch unten Ziff.9a.4.

⁴⁹² Mit dieser Frage setzt sich WILDHABER, a.a.O., S.388f. auch kritisch auseinander.

sei. Als justizierbar kann man ein Problem dann bezeichnen, wenn genügend Kriterien juristischer Argumentation zur Verfügung stehen, um es in optimal vertretbarer Weise zu lösen. Als nicht justizierbar gelten anderseits Fragen, bei denen die zur Problemlösung notwendigen politischen Grundentscheidungen noch nicht getroffen sind, was z. B. eine unmittelbare richterliche Konkretisierung des Wohlfahrtsartikels der Bundesverfassung ausschließen würde. Der deutsche Bundesverfassungsrichter hat sich z. B. zurückgehalten, Rechtsfortbildung anstelle des Gesetzgebers zu betreiben, wo zahlreiche wirtschaftliche, soziale und politische Faktoren für die Abwägung zwischen den Interessen der Allgemeinheit und der vom einzelnen begehrten Leistung im Einzelfall offen waren⁴⁹³.

Hier ist zu fragen: Sind denn die klassischen Grundrechte justizierbar, obschon auch sie als «Programmsätze», Richtlinien usf. bezeichnet werden, die in weitestem Rahmen der Konkretisierung bedürfen?

M.E. ist zu antworten: Das dem Verfassungsrichter zur Verfügung stehende Instrumentarium rechtlicher Argumentation ist trotz seines Konkretisierungsspielraums bedeutend größer als bei den sozialen Grundrechten. Klassische Grundrechte weisen aus ihrer geschichtlichen Tradition⁴⁹⁴, aus der Rechtsvergleichung, aus ihrem bereits im Rahmen des naturrechtlichen Denkens weitgehend erhärteten Kerngehalt oder ihrer evidenten Funktion im politischen Prozeß einer demokratischen Gesellschaft einen Bezugsrahmen⁴⁹⁵, der bei den sozialen Grundrechten fehlt. Gewiß findet auch hier ständig eine Weiterbildung statt, aber die Anleh-

⁴⁹³ Hinweis und weitere Ausführungen bei HÄBERLE, AÖR 95 (oben Anm.371), S.280 in Anm.186.

⁴⁹⁴ Grundrechte bezeichnen aus geschichtlichen Situationen hervorgegangene Schutzzonen freier, vor allem geistiger Entfaltung, Errungenschaften in der Auseinandersetzung zwischen Individuum, Gesellschaft und Gewalthaber, die zu bewahren sind. Dabei wird nicht übersehen, daß auch die klassischen Freiheitsrechte stets neu zu verwirklichen sind. Vgl. R. RHINOW, Der Grundrechtskatalog als Problem des Verfassungsrechts, ZBl 70, 1969, S.225ff., bes. 230.

⁴⁹⁵ Gerade dieser Bezugsrahmen ginge verloren, wenn man den Einzelgrundrechten als Muttergrundrecht oder als lex generalis ein Hauptfreiheitsrecht voranstellen wollte. Vgl. dazu die aufschlußreiche Kontroverse zwischen Y. HANGARTNER,

nung an bestehende Normgehalte wird stets größer sein als bei den auf Zukunftsgestaltung gerichteten Sozialrechten. Es ist hier nur an die traditionellen Grundrechte in ihrer herkömmlichen Abwehrfunktion gedacht, um die sich die Rechtsprechung bisher vorwiegend bemühte. Sobald den klassischen Grundrechten im Sinne der oben beschriebenen institutionellen Deutung Richtlinien für die positive Gestaltung einer freiheitlichen Gesellschaft entnommen werden (im Sinne der Schaffung der sozialen Voraussetzungen der Freiheit), schlagen auch klassische Grundrechte bald in bloße «Grundrechtsinteressen» um, d. h. in Programme, Richtpunkte für die Rechtsfortbildung vor allem im Wege der Gesetzgebung. Die ungelöste Problematik der Drittewirkung der Grundrechte, wo sich diese nicht in Anlehnung an bereits in die Wege geleitete Konkretisierungen von Generalklauseln des Privatrechts vollzieht und der Weg über die Gesetzgebung ausscheidet, ist dafür symptomatisch⁴⁹⁶. HÄBERLE hat in diesem Sinn zu Recht zwischen Grundrecht und Grundrechtsinteresse unterschieden: Jenes bezeichnet den sachlichen Gehalt, der als subjektives öffentliches Recht justizierbar erscheint, dieses dagegen meint faktische Grundrechtsbezüge, «die jenseits dieser Grenze liegen – Interessen, die nur in nichtgerichtlichen Verfahren optimal geschützt werden können»⁴⁹⁷. Gemeint ist vor allem ein Rechtsschutz nicht a posteriori, sondern ex ante: Rechtsschutz innerhalb der Verwaltung bei Planungsvorgängen, die schließlich sozialstaatliche Leistungen effektiv machen, während der gerichtliche Rechtsschutz in der Nachprüfung des planenden Ermessens ins Leere zu greifen droht⁴⁹⁸.

Die Freiheitsgarantie der Bundesverfassung, ZBl 70, 1969, S.337ff., bes. 341 ff. und R. RHINOW, a.a.O., S.232ff.; ferner J. P. MÜLLER, a.a.O., S.142ff., und ZSR 91 I, 1972, sowie U. SCHEUNER, DöV 1971 (oben Anm.386), S. 508, unter Ziff.3 mit weiteren Hinweisen. – Vgl. auch die differenzierte Praxis des Bundesgerichts zur Annahme ungeschriebener Grundrechte: BGE 98 Ia 421; 97 I 841; 97 I 49; 95 I 359; 91 I 485/86; 90 I 34; 89 I 98; ZBl 62, 1961, S.72.

⁴⁹⁶ Vgl. dazu auch GYGI, Wirtschaftsverfassung (oben Anm.3), S.303/304; SCHEUNER, Pressefreiheit (oben Anm.400), S.59/60; DERSELBE, DöV 1971 (oben Anm. 386), S. 507 2.Sp./508 1.Sp. (Ziff.2).

⁴⁹⁷ HÄBERLE, VVDStRL 30 (oben Anm.378), S.122.

⁴⁹⁸ HÄBERLE, a.a.O., S.121 mit Anm.349 u. 353 (S.122).

7.4 Die normativen Teilgehalte der postulierten Sozialrechte – Möglichkeiten und Alternativen ihrer Verwirklichung

7.41 Übersicht

In Anlehnung an die bei den klassischen Grundrechten festgestellten typischen Teilgehalte mit verschiedener Normdichte lassen sich bei den (postulierten) sozialen Grundrechten im wesentlichen *drei Wirkungsebenen* unterscheiden^{498a}.

a) Sie weisen dem Gemeinwesen Aufgaben gegenwärtiger und zukünftiger Sozialgestaltung zu. So visiert das Recht auf Wohnung einen gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Zustand an, in dem jeder zunächst eine seinen Bedürfnissen, seiner Gesundheit, dann vielleicht auch seiner Lebensfreude entsprechende Wohnstätte hat. Mit der Bedürfnisbefriedigung auf einer Stufe melden sich in der Regel Bedürfnisse höherer Stufe. Man könnte bei diesem normativen Teilgehalt der Sozialrechte von der *programmatischen Schicht* der Grundrechte sprechen.

b) Sie haben eine lückenfüllende Funktion dort, wo der Gesetzgeber bereits die wesentlichen institutionellen Voraussetzungen für die Realisierung bestimmter sozialstaatlicher Forderungen, wie etwa auf dem Gebiet der Altersvorsorge, getroffen hat. Das Sozialrecht gibt in diesem Teilbereich Anspruch auf gleiche Teilhabe an den Einrichtungen der Daseinsvorsorge. Es geht hier um die Korrektur nicht sachgemäßer Benachteiligung einzelner aus bewußter Diskriminierung oder fahrlässiger Mißachtung bestimmter Gruppen oder einzelner innerhalb bestehender Sozialleistungssysteme⁴⁹⁹. Es geht hier im wesentlichen darum, mit dem Gleichheitssatz als Hebel sozialen Fortschrittes eine konsequente Harmonisierung bestehender Sozialleistungssysteme zu erreichen. Stichwortartig könnte man hier von einer *harmonisierend-normativen Schicht* oder einem anhand des Gleichheitssatzes justizialen Gehalt der Grundrechte sprechen.

c) Sie sollen den erreichten sozialstaatlichen Status quo verfassungsrechtlich sichern, d. h. der möglichst gleichmäßigen «richti-

^{498a} Siehe oben Ziff. 6.31.

⁴⁹⁹ Für Beispiele siehe unten Ziff. 7.43, 9.32 und 9.33.

gen» Anwendung bestehender Sozialgesetzgebung dienen. Die Verwaltungs-, insbesondere auch Sozialversicherungsrechtsprechung hat hier ihre eigentliche Funktion. Dieser Teilbereich ließe sich als *gesetzlich konkretisierte Schicht der Sozialrechte* bezeichnen.

7.42 Die programmatische Bedeutung von Sozialrechten

Bei dieser programmativen Schicht kann es sich nur um Grundrechts«interessen»⁵⁰⁰, nicht um klagbare subjektive Rechte handeln. Es ist hier überwiegend Aufgabe des Gesetzgebers, die wirtschaftlichen, sozialen und planerischen Interessen gegeneinander abzuwägen, die zur Zielrealisierung führen können⁵⁰¹. Entgegen dem Wortlaut sind Sozialrechte in diesem Sinn also nicht subjektive Rechte, sondern objektive Richtlinien. Wie weit sie sich als verbindliche Verfassungsaufträge interpretieren lassen, die, von der Verfassungsrechtsprechung konkretisiert, Impulse an den Gesetzgeber abgeben können⁵⁰², bleibt offen. In der Bundesrepublik Deutschland, wo solche Gesetzgebungsaufträge (die aber meist objektivrechtlich formulierten Verfassungsbestimmungen entnommen werden, da es im BGG praktisch keine Sozialrechte gibt) rechtlich in gewissem Umfang durchsetzbar sind⁵⁰³, wird die Meinung vertreten, daß der Richter allenfalls punktuelle Anstöße im «Wachstumsprozeß» des Sozialstaates geben, daß er aber auch die normative Kraft der Verfassung beeinträchtigen könne, wenn sich der Vollzug des Auftrags an der begrenzten Leistungsfähigkeit der Volkswirtschaft⁵⁰⁴ oder an einem unterschiedlichen Prioritäten setzenden Gesetzgeber⁵⁰⁵ stößt. In der Regel wird es also auch bei verbindlichen Gesetzgebungsaufträgen dabei bleiben, daß sie den aktiven demokratischen Willensbildungsprozeß «nur favorisieren, aber nicht (faktisch) garantieren können»⁵⁰⁶.

7.43 Die harmonisierend-justiziable Schicht der Sozialrechte

Hier ist der Bestand eines bestimmten Leistungssystems vorausgesetzt, und das Grundrecht hat im wesentlichen lückenfüllende Funktion, eine Aufgabe, die wohl ebensogut dem Gleichheitssatz wie einem speziellen Grundrecht zugeordnet werden könnte. Als

⁵⁰⁰ Im Sinne der Terminologie von HÄBERLE, VVDStRL 30 (oben Anm. 378) S. 122.

⁵⁰¹ Vgl. HÄBERLE, a.a.O., S. 59 Anm. 64; SCHEUNER, DöV 24, 1971 (Anm. 386), S. 505 ff., 513.

⁵⁰² Vgl. das Numerus-clausus-Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts vom 18.7.1972, unten Ziff. 8.1.

⁵⁰³ Vgl. unten Ziff. 10.5.

⁵⁰⁴ HÄBERLE, a.a.O., S. 110.

⁵⁰⁵ MARTENS, a.a.O. (oben Anm. 375), S. 35.

⁵⁰⁶ HÄBERLE, a.a.O., S. 111.

Beispiel sei auf das Fürsorgerecht verwiesen. Die Justizierbarkeit des von der höchstrichterlichen Rechtsprechung in der BRD unmittelbar aus der Verfassung abgeleiteten Fürsorgeanspruchs konnte vor allem deshalb bejaht werden, weil das damalige Fürsorgerecht bereits das erforderliche Koordinatensystem mit seinen gesetzlichen Regelungen, die vollzugsfähige öffentliche Rechte begründeten, zur Verfügung stellte⁵⁰⁷. Es geht also darum, daß Sozialansprüche justizierbar und damit unmittelbar aus der Verfassung ableitbar werden, weil institutionelle Voraussetzungen vorhanden sind, die dem Richter genügend juristische Gesichtspunkte für die Umschreibung, Abgrenzung und institutionelle «Einbettung» auch gesetzlich nicht vorgesehener Ansprüche zur Verfügung stellen und damit eine Anspruchsbejahung unmittelbar aufgrund der Verfassung erlauben. Das Beispiel des Fürsorgeanspruchs zeigt, daß die hier angesprochene sozialausgleichende Funktion auch vom Gleichheitssatz wahrgenommen werden könnte; das besondere Sozialrecht vermöchte kaum mehr zu leisten als ein für die Bedürfnisse des Sozialrechts aktualisierter Gleichheitssatz⁵⁰⁸.

Ein strukturell typischer Anwendungsfall dieser lückenfüllenden Funktion von Grundrechten mit Leistungsansprüchen ist die *Entschädigungspflicht des Gemeinwesens für rechtmäßig oder rechtswidrig zugefügten Schaden*. Das Bundesgericht hat bei «enteignungsähnlichen Eingriffen» unmittelbar gestützt auf die Verfassung eine Entschädigungs(Leistungs-)pflicht des Staates bejaht, d.h. «eine Verpflichtung, von der auch der Gesetzgeber nicht mehr dispensieren kann und der er selbst für seine eigenen Eingriffe untersteht»⁵⁰⁹. Zu Recht wird bedauert, daß das Bundesgericht bisher ausschließlich in Zusammenhang mit der Eigentumsgarantie

⁵⁰⁷ MAUNZ/DÜRIG/HERZOG, a.a.O. (oben Anm.421), Rdnr. 95 zu Art. 1 Abs. 3 mit Anm. 1 auf S.45; ferner MARTENS, a.a.O., S.31 mit Anm.123. – In ähnlicher Weise hat ZACHER (Soziale Gleichheit, AöR 93, 1968, S.365) darauf hingewiesen, daß das Gericht nur darum mit großer Entschlossenheit für das prozessuale «Armenrecht» eintreten konnte, weil es sich hier auf vertrautem, juristisch abmeßbarem Grund befand.

⁵⁰⁸ Für ein Beispiel aus der neueren Praxis des Sozialversicherungsrechts vgl. unten Ziff.10a.4.

⁵⁰⁹ SALADIN, Grundrechte, a.a.O. (oben Anm.391), S.198 mit Belegen der bundesgerichtlichen Praxis.

die verfassungsunmittelbare Entschädigungspflicht bejaht hat; zu fordern wäre eine Ausdehnung auf andere Grundrechte, insbesondere die Persönliche Freiheit⁵¹⁰. Aufschlußreich ist diese Problemgruppe vor allem darum, weil auch hier bestehende Koordinaten für eine unmittelbare Grundrechtskonkretisierung im Leistungssektor für den Verfassungsrichter verfügbar sind, obwohl auch die Frage, wann der Entschädigungstatbestand (die Aufopferung nach deutschem Recht) gegeben sei, eine weite Abwägung öffentlicher und privater Interessen verlangt. Bei der Frage der Haftung für Impfschäden müßte z. B. die Schwere der Schädigung mit dem verfolgten allgemeinen Interesse abgewogen werden. Gerade im Gebiet der materiellen Enteignung ist schließlich auch das Gesamtopfer der Allgemeinheit trotz grundsätzlicher Bejahung der Entschädigungspflicht mitzuwürdigen. Es kann so hoch sein, daß wichtige öffentliche Aufgaben (Planung!) in Frage gestellt werden.

7.44 Gesetzlich anspruchsgrundende Schicht

In ihr wird sich der Rechtsschutz nicht über die Verfassungsgerichtsbarkeit, sondern über die jeweilige Sondergerichtsbarkeit (Verwaltungsgerichtsbarkeit, insbesondere Sozialversicherungsgerichtsbarkeit, Privatrechtsprechung usf.) abspielen.

Soweit es sich nicht um Durchsetzung individueller Rechtsansprüche aufgrund bestehender gesetzlicher Regelung, sondern um *Sicherungen des status quo der bestehenden Sozialgesetzgebung* handelt, müßte geprüft werden, wie weit nicht auch Institutionen sozialer Sicherung einen selbst für den Gesetzgeber unantastbaren Kerngehalt besitzen (analog der Bestandessicherung bei der Eigentumsgarantie)⁵¹¹. Dabei wäre u.a. zu würdigen, daß die Annahme

⁵¹⁰ In diesem Sinne auch das Votum von IMBODEN an den Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins 1953, Protokoll vom 14. September, ZSR 72, 1953, S. 553a ff.; GUENG, Zum Stand und Entwicklungstendenzen im öffentlichen Entschädigungsrecht, ZBl 69, 1968, S. 351 ff., insbes. 375 ff.; SALADIN, a.a.O., S. 198; ferner O. K. KAUFMANN, Die Verantwortlichkeit der Beamten und die Schadenersatzpflicht des Staates in Bund und Kantonen, ZSR 72, 1953, S. 201a ff., 293a ff., 347a ff., 352a ff.; DERSELBE, Haftung des Staates für rechtswidriges Verhalten seiner Organe, Schweiz, in: Sammelband gleichen Titels (Länderberichte und Rechtsvergleichung), Köln/Berlin 1967, S. 555 ff., 559 ff.

⁵¹¹ Siehe unten Ziff. 9a.12.

einer Bestandessicherung für ganze Sozialleistungszweige auch zu einer Behinderung sachgerechter Fortbildung des Sozialstaates werden könnte, wo neue Formen sozialer Sicherung alte ablösen⁵¹².

Noch drängender scheint die Frage, ob es befriedigend sei, wohlerworbene Rechte im Leistungssektor – also auch der Disposition des Gesetzgebers entzogene Rechtsansprüche – wie bisher bei Besoldungs- und Pensionsansprüchen von Beamten nur aufgrund besonderer Zusicherung durch die Verwaltung oder das Gesetz selber anzunehmen⁵¹³. Es wäre zu überlegen, ob nicht auch der Private, der im Vertrauen auf bestehende Sozialleistungsgesetze private Dispositionen trifft oder unterläßt (z.B. Unterlassung eigener Altersfürsorge im Vertrauen auf die staatliche Leistung), aus dem Gedanken des Vertrauensschutzes genauso entschädigungswürdig erscheint wie der auf behördliche (oder gesetzliche) Zusicherung vertrauende Beamte bezüglich seiner Pensionsansprüche. Ob der Umweg über die Eigentumsgarantie (Annahme wohlerworbener Rechte direkt aufgrund leistungsversprechender Gesetze, sofern das Vertrauen schützenswert erscheint, was insbesondere dann anzunehmen wäre, wenn nachteilige Dispositionen im Hinblick auf die bestehende Rechtslage getroffen wurden) oder ein Entschädigungsanspruch direkt aus Verletzung von Treu und Glauben (Art. 4 BV) in Form des Vertrauensschutzes angenommen wird, bleibt zu prüfen⁵¹⁴.

Die aufgeworfenen Probleme bestätigen, daß die Formulierung eines Sozialrechts wenig zur Lösung der drängenden dogmatischen Fragen des Sozialstaates beitragen könnte und daß es – mit oder ohne Formulierung von Sozialrechten – Aufgabe der Aktualisierung anerkannter Grundsätze und dogmatischer Formen rechtsstaatlicher Sicherung (Vertrauensschutz, Schutz wohlerworbener Rechte, Verbot der Rückwirkung von Gesetzen, vor allem Rechtsgleichheit) sein wird, dem Sozialstaat seinen rechtsstaatlichen Halt zu geben und dem Bürger jene Rechtssicherheit zu gewährleisten, auf die er angesichts der neuen Abhängigkeiten im Leistungsstaat besonders angewiesen ist.

⁵¹² Vgl. zur Illustration den vor kurzem in den USA diskutierten Vorschlag, das komplizierte Sozialfürsorgesystem durch eine generelle Garantie eines Mindesteinkommens für jedermann abzulösen.

⁵¹³ Siehe auch unten Ziff. 9a.13 und 9a.2.

⁵¹⁴ Zu den Gewährleistungsproblemen, die sich – über den Bereich der Wirtschaftsplanung hinaus – bei Entzug der gesetzlichen Grundlagen privater Dispositionen durch unvorhersehbare Änderung bestehender Rechtslagen stellen können vgl. OLDIGES, a.a.O. (oben Anm. 294), S. 87 mit Anm. 184. Siehe auch unten Ziff. 9a.2.

7.45 Begründung individueller Ansprüche durch sozialrechtskonforme Auslegung des Gesetzes

Schließlich ist darauf hinzuweisen, daß das Sozialrecht im Rahmen verfassungskonformer Auslegung⁵¹⁵ dem Richter erleichtern kann, den individual-rechtsschützenden Charakter einer Norm zu beurteilen, was materiell- und prozeßrechtliche Konsequenzen haben kann, so – nach allerdings nicht unbestrittener Lehre und Praxis – z. B. bei der Frage der Beschwerdebefugnis im Verwaltungsstreitverfahren⁵¹⁶. Das Sozialrecht als Individualrecht würde somit die Interpretation seiner Ausführungsgesetzgebung im Sinne einer größeren Bereitschaft individuell anspruchsbegründender Auslegung fördern.

In diesem Sinne könnte Art. 342 OR Abs. 2 (revidiertes Arbeitsvertragsrecht) als Konkretisierung des genannten Auslegungsgrundsatzes im Bereich des Rechts auf Arbeit verstanden werden, indem aus öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen des Arbeitgebers im Bereich des Arbeitsrechts ein zivilrechtlicher Anspruch des Arbeitnehmers auf Erfüllung abgeleitet wird, «wenn die Verpflichtung Inhalt des Einzelarbeitsvertrages sein könnte»⁵¹⁷.

7.46 Schlußfolgerung

Die hier unternommene Analyse des möglichen Sinn- und Normgehalts sozialer Grundrechte zeigt, daß die spezifische verfassungsrechtliche Funktion sozialer Grundrechte in der Regel gerade dort ihr Schwergewicht hätte, wo ihre Justizierbarkeit am meisten verneint werden muß: es sind Zielsetzungen für die Gestaltung des Gemeinwesens in bestimmter Richtung, zukunftsweisende Perspektiven der Rechtsentwicklung, maßgebliche Richtlinien vor allem für den Gesetzgeber, die richtigerweise auch als solche und nicht in der mitunter irreführenden Form subjektiver Rechte verbürgt werden sollten.

⁵¹⁵ Zur verfassungskonformen Auslegung als Modus der Verwirklichung von Sozialrechten vgl. auch WILDHABER, a.a.O. (oben Anm. 489) S. 371 ff., 387.

⁵¹⁶ Vgl. F. GYGI, Verwaltungsrechtspflege und Verwaltungsverfahren im Bund, Bern 1969, S. 105 f.

⁵¹⁷ In diesem Sinne ist auch zu vermuten, daß eine grundrechtliche Formulierung des Umweltschutzartikels, wie sie anlässlich der Aufnahme in die BV auch tatsächlich diskutiert wurde (siehe BBI 1971 I, S. 761 ff., 778), bei der Schaffung und Handhabung der Ausführungsgesetzgebung dem Individualrechtschutz größeres Gewicht verliehen hätte.

7.5 Problematik verfassungsmäßiger Sozialrechte (Zusammenfassung)

Zusammenfassend lassen sich folgende Gesichtspunkte zur Frage der verfassungsrechtlichen Garantie sozialer Grundrechte anführen:

1. Verfassungsmäßige Grundrechte sind Ansprüche des einzelnen, die er jedenfalls gegenüber dem Staat unmittelbar gestützt auf die Verfassung geltend machen kann und für deren Durchsetzung besondere Verfahren bestehen. Die Preisgabe dieses Merkmals der *unmittelbaren Bindung jeder staatlichen Gewalt*, wie sie in der Schweiz unbestritten⁵¹⁸ und im Bonner Grundgesetz in Art. 1 Abs. 3 für alle Grundrechte ausdrücklich statuiert ist, würde einen nicht zu verantwortenden Rückschritt in der Grundrechtsdogmatik bedeuten⁵¹⁹.

2. Soziale Grundrechte können sich zu justizialen subjektiven Rechten verdichten, wenn sie «kleine» Sozialansprüche bezeichnen⁵²⁰ oder wenn sie in der Ausführungsgesetzgebung hinreichend konkretisiert sind. Im letzteren Fall wird nicht die Verfassungsrechtsprechung, sondern die Spezialrechtsprechung ihre Durchsetzung «nach Maßgabe des Gesetzes» – wenn auch nicht ohne Einfluß der verfassungsrechtlichen Verbürgung etwa im Rahmen verfassungskonformer Auslegung – sicherstellen. Mit dem Postulat sozialer Grundrechte sind im wesentlichen und sinnvollerweise aber Gesellschaftsgestaltungen anvisiert, die einen *objektiven, sozialgestaltenden, nicht primär subjektiven, anspruchsgrundlegenden Bezug* haben, so daß individualrechtliche Prozeduren in der Regel gar nicht sachgerecht erscheinen⁵²¹.

⁵¹⁸ Der Ausschluß der Normenkontrolle für Bundesgesetze bedeutet zwar einen Einbruch in diesen Grundsatz; nicht zu übersehen ist jedoch die bleibende Bindung des Gesetzgebers.

⁵¹⁹ Vgl. das Votum OPPERMANN in VVDStRL 30, 1972, S. 168, der eine Schwächung der Verfassungsrechtsprechung im Gebiet der Grundrechte überhaupt fürchtet, wenn die Rolle des Verfassungsrichters überspannt würde.

⁵²⁰ WILDHABER, a.a.O. (oben Anm. 489), S. 388; vgl. auch oben S. 843 mit Anm. 489 und 490. – Vgl. auch unten Ziff. 9a.4.

⁵²¹ HÄBERLE, VVDStRL 30 (oben Anm. 378), S. 133 unter Ziff. 7.

3. Soziale Grundrechte sollen *Leitlinien zukünftiger Politik*, verstanden als «bewußte, willentliche Steuerung des Sozialprozesses durch die Einzelmenschen, ihre Gruppen und die Gesamtautorität der Gesellschaft, genannt Staat», sein⁵²². *Die Rechtsprechung ist ungeeignet, in der mit den sozialen Grundrechten anvisierten Sozialgestaltung die führende Rolle zu übernehmen.* Es fehlen dem Richter die Daten zur sachgerechten Steuerung der Wohnbewirtschaftung, des Bildungswesens, der Vollbeschäftigung usf., und er ist nicht geeignet zur Perzeption und Koordinierung der verschiedenen Kräfte und Interessen im weiten politischen Feld, was zur Setzung von Prioritäten unter den verschiedenen Sozialpostulaten und der Bestimmung der Mittel zu ihrer Verwirklichung in einer demokratisch-pluralistischen Gesellschaft notwendig ist⁵²³. Wenn sich aber im politischen Prozeß Sozialrechte in der Gesetzgebung zu durchsetzbaren Ansprüchen verdichtet haben, löst die Verwaltungs- oder eine andere *Spezialgerichtsbarkeit* den Verfassungsrichter ab, und wir befinden uns dann im wesentlichen nicht mehr im Gebiet des Verfassungs-, sondern des Verwaltungs-, insbesondere im Gebiet des Sozialversicherungsrechts⁵²⁴. Daß anderseits jedoch ein mehr auf die Bedürfnisse des Sozialstaates hin orientierter *Gleichheitssatz* dem Verfassungsrichter als Instrument dienen könnte, der Verwirklichung sozialer Gleichheit *punktuell Anstöße*⁵²⁵ zu geben, wird später zu zeigen sein (Ziff. 9). Der Gleichheitssatz in seinem justizialen Gehalt knüpft an bestehende Institutionen, insbesondere Sozialeinrichtungen (Universitäten, Sozialversicherung usf.), an und trägt mit seiner Garantie des gleichen Zugangs

⁵²² W. SCHREIBER, Sozialpolitische Perspektiven, Köln 1972, S. 16.

⁵²³ Siehe dazu oben Ziff. 1.6, 4.5 und 5.1.

⁵²⁴ Zu WILDHABER, a.a.O., S. 390, wäre in dem Sinn kritisch zu bemerken, daß eben dann, wenn der Bund zur gesetzlichen Garantie eines Mindesteinkommens für alle Bürger kommen sollte, es nicht mehr eine Frage der Verfassungsdurchsetzung, sondern der Verwaltungsrechtsprechung wäre, Rechtsschutz zu bieten.

⁵²⁵ Vgl. HÄBERLE, a.a.O., S. 110, und vor allem ZACHER, Soziale Gleichheit (oben Anm. 320), S. 371 ff. Der Richter kann punktuell Anstöße zum Wachstumsprozeß des Leistungsstaates geben, gerade über die Aktualisierung des Gleichheitssatzes, wenn dieser auch an der Aufgabe der «Verwirklichung» sozialer Gleichheit orientiert wird.

zu Sozialleistungen auch den normativen Anstoß zu ihrer allenfalls gebotenen Ausweitung in sich. Der Gleichheitssatz läßt sich auf die Länge nicht mit dem Maßgabevorbehalt befriedigen⁵²⁶.

Klassische Grundrechte, insbesondere die Freiheitsrechte, knüpfen gerade in ihrem negatorischen Aspekt an Vorgegebenes an: existenzielle Fähigkeiten des Menschen zu bestimmtem Tun – Religionsübung, Meinungsäußerung, Versammlung usf. –, obschon die hier angesprochenen «vorgegebenen» Positionen in vielerlei Hinsicht defizient sein mögen – infolge sozialer Abhängigkeit, gesellschaftlicher Hindernisse, praktischem Unvermögen, mangelnder Bildung oder fehlender wirtschaftlicher Möglichkeiten usf. Hier ist die große Aufgabe einer stärkeren «Verwirklichung» menschlicher Freiheit angesprochen. *Aber es bleibt doch auch dabei, daß Freiheitsrechte jedenfalls punktuell – und wenn auch mitunter nur für Privilegierte – ohne besondere staatliche Vorkehren wirksam sein können, während dies bei den Sozialrechten von vornehmerein ausgeschlossen ist.* Ohne Sozialeinrichtungen ist der Anspruch auf soziale Sicherheit völlig illusorisch, ohne Universitäten der Bildungsanspruch leer. *Die Achtung der Freiheitsrechte vor allem im geistig-politischen Bereich ist notwendige – wenn auch meist nicht hinreichende – Voraussetzung demokratischer Politik, die Verwirklichung sozialer Grundrechte ihr Ziel.*

4. Daß sich Sozialrechte nicht über die Erfüllung individuell gestellter Ansprüche, sondern durch objektive Gestaltungen, die sich nicht am Einzelfall, sondern an gesamtgesellschaftlichen und gesamtwirtschaftlichen Gegebenheiten und Bedürfnissen orientieren müssen, verwirklichen lassen, ergibt sich schon aus der Knappheit der jedem Staat zur Verfügung stehenden finanziellen, organisatorischen und personellen Mittel⁵²⁷. Die Bestimmung von Rang

⁵²⁶ Siehe dazu unten S. 868 f. die Bemerkungen zum Numerus-clausus-Urteil des BVerfG vom 18.7.1972.

⁵²⁷ Es wird auch zu wenig beachtet, daß sich finanzielle Leistungen nur zum Teil als Mittel oder Ersatz für die von den Sozialrechten anvisierten Leistungen anbieten. Die Arbeitslosenunterstützung mag dem Postulat «Recht auf Arbeit» im Notfall Genüge tun, finanzielle Surrogate versagen aber vollständig bei den Rechten auf kulturelle Entfaltung (z. B. Bildung), deren Verletzung nicht durch Geldleistungen an den einzelnen kompensiert werden kann. Daß bei den meisten

und Vorrang angesichts der Konkurrenz der vielfältigen Aufgaben des modernen Leistungsstaates obliegt eindeutig den politischen Instanzen, auch im Rahmen ihrer Verantwortung für die öffentlichen Haushalte⁵²⁸. Daß dabei der Verfassung Wertmaßstäbe für die Setzung von Prioritäten entnommen werden können oder müssen, ist selbstverständlich⁵²⁹.

Da die Realisierbarkeit der sozialen Grundrechte immer auch vom erreichten Stand der ökonomisch-gesellschaftlichen Entwicklung abhängig ist, müßte jedes Sozialrecht jedenfalls unter den *Vorbehalt der aktuellen Leistungsfähigkeit des Staates* gestellt werden⁵³⁰. Die türkische Verfassung von 1961 hält in diesem Sinn im Anschluß an den Abschnitt über soziale Rechte ausdrücklich fest: «Der Staat wird seine Aufgaben zur Erreichung der in diesem Abschnitt aufgezeigten sozialen und wirtschaftlichen Ziele nur soweit durchführen, wie es die wirtschaftliche Entwicklung und die ihm zur Verfügung stehenden Geldquellen erlauben.» Es erheben sich zwei wesentliche Fragen im Anschluß an diese Feststellung:

a) *Könnte ein Verfassungsgericht die wirtschaftlich zumutbare Leistung des Gemeinwesens auf einem bestimmten Sozialbereich beurteilen?*

b) *Besteht nicht die Gefahr, daß die Verdichtung der unbestimmten Sozialrechte zu konkreten Ansprüchen im Wege der Rechtsprechung zu einem Hemmschuh sozialer Entwicklung werden könnte, indem*

sozialen Grundrechten dem Staat die Verfügungsmacht über das Anspruchsobjekt nicht oder nur in sehr beschränktem Maße zukommt, so daß auch positive Anweisungen des Richters vor allem an die Exekutive ins Leere greifen würden, solange nicht der Gesetzgeber die entsprechenden Leistungseinrichtungen geschaffen hat, führt namentlich BRUNNER, a.a.O. (oben Anm.469), S.13 ff., als eines der wesentlichen Argumente gegen die verfassungsrechtliche Verbürgung von sozialen Grundrechten an.

Oft ist die Tätigkeit verschiedener Leistungsträger nötig, um einen Sozialanspruch zu erfüllen: Dem Recht auf Bildung ist noch nicht Genüge getan, wenn das Bundesgericht einen Kanton zur Ausrichtung eines Stipendiums verpflichtet, dem Stipendiaten aber infolge der beschränkten Kapazität an der Universität kein Studienplatz zur Verfügung stehen würde. Die Komplexität der Erfüllung von Ansprüchen aus Sozialrechten wird hier besonders deutlich.

⁵²⁸ So auch MARTENS, a.a.O. (oben Anm.375), S.35.

⁵²⁹ Siehe oben Ziff.5.26 und unten Ziff.10.

⁵³⁰ BRUNNER, a.a.O., S.17.

sich der Richter – jedenfalls bei der Beurteilung gegenwärtiger Leistungsansprüche – am status quo der wirtschaftlichen Entwicklung orientieren müßte und somit als Aussage der Verfassung festlegen würde, was Ausdruck einer höchst zeitbedingten, ja – angesichts der Bedeutung wirtschaftlicher Konjunkturschwankungen – tagesbedingten Leistungsfähigkeit wäre? *Die Verfassungsrechtsprechung und damit unweigerlich die Verfassung selbst würde damit in eine Dynamik – und zugleich Irrtumsanfälligkeit – hineingerissen, die zu einer völligen Denaturierung der Verfassung als stabilisierender Ordnung führen müßte.* Der gleiche Sachverhalt wurde an anderer Stelle mit dem Hinweis darauf zu verdeutlichen versucht, daß die von den Sozialrechten angestrebten Ziele sozialer Gestaltung *Planungsaufgaben* für die politischen Instanzen stellen, bei denen der Zeitfaktor⁵³¹, ferner die Notwendigkeit der Plankorrektur eine wesentliche Rolle spielen. *Die Verwirklichung des Sozialstaates bedarf eines flexibleren und der Korrektur seiner Ergebnisse stärker geöffneten Prozesses, als ihn die Verfassungsrechtsprechung zu bieten imstande ist*, will sie nicht ihre eigene Autorität preisgeben. SCHARPF hat für die Justizkontrolle in den USA aufgezeigt, wie sehr sie darauf angelegt ist, die Verwaltung in der selbständigen und pragmatischen Entwicklung des eigenen Programms so wenig wie möglich zu beeinträchtigen⁵³². Da die Konkretisierungsbedürftigkeit der in den Sozialrechten angesprochenen Programme unbestritten ist, geht die *entscheidende Frage* dahin, *wieweit Gesetzgebung, Verwaltung oder Justiz geeignet und legitimiert seien, das Recht des Sozialstaates in der Konkretisierung der Sozialrechte verantwortlich weiterzubilden*. Die Zuständigkeit der Rechtsprechung kann nicht weiter gehen, als sie – insbesondere auch auf Grund der ihr verfügbaren Daten – geeignet ist, «gutes» Richterrecht zu schaffen⁵³³.

Die mangelnde Eignung der Verfassungsgerichtsbarkeit zur richtungweisenden Konkretisierung des Sozialstaates ergibt sich aus

⁵³¹ Oben S. 787 und dazu insbes. LERCHE, Verfassungswandel (oben Anm. 8), S. 299f.; W. SCHAUMANN, Staatsführung und Gesetzgebung in der Demokratie, in: Der Staat als Aufgabe, Gedenkschrift für Max Imboden, Basel 1972, S. 320.

⁵³² SCHARPF, Die politischen Kosten (oben Anm. 294), S. 30f. und durchgehend.

⁵³³ So die Fragestellung bei SCHARPF, a.a.O., S. 50ff.

einer weiteren Überlegung: Würde der Richter im Einzelfall durch Grundrechtskonkretisierung im noch weithin unbestimmten⁵³⁴ Bereich sozialer Leistung die Markpfähle setzen, entstünde nicht nur erhebliche *Rechtsunsicherheit*, sondern die Folge wären auch *Rechtsungleichheiten*. Nur eine *rechtssatzmäßige* Festlegung von Leistungsansprüchen für einzelne Klassen von Leistungsempfängern vermag die Rechtsgleichheit zu befriedigen. Das gleiche gilt für das Verhältnis zwischen verschiedenen Klassen virtueller Leistungsempfänger. Würde dem Zufall individueller Beschwerdeführung überlassen, ob und auf welchem Sektor im Wege der Grundrechtskonkretisierung Leistungsansprüche gerichtlich anerkannt werden, müßten konstant unsachliche Differenzierungen⁵³⁵ entstehen, jedenfalls bis zum Einschreiten des Gesetzgebers. Der Richter kann eben nicht rechtssatzmäßig, sondern nur punktuell Recht feststellen. *Die von der Rechtsgleichheit geforderte Angemessenheit der Leistungsdifferenzierung kann nicht vom Richter durch einzelfallmäßige Entscheidung von Fragen mit sozialpolitischem und gesamtwirtschaftlichem Charakter erfolgen.*

7.51 Exkurs: Aus der Geschichte des Rechts auf Arbeit in der Schweiz

Daß mit der Forderung sozialer Grundrechte in der Geschichte kaum anderes gemeint war als ein auf die Änderung des objektiven Rechts vor allem auf der Gesetzesstufe zielender Verfassungsauftrag, belegt etwa die Geschichte des Rechts auf Arbeit in der Schweiz.

ALBERT STECK, einer der führenden Politiker bei der ersten Initiative zur Einführung eines Rechts auf Arbeit (1893, verworfen in der Abstimmung von 1894),

⁵³⁴ Die Unbestimmtheit des Leistungsumfangs führt BRUNNER, a.a.O., S. 18ff. als ein weiteres entscheidendes Argument gegen die Aufnahme sozialer Grundrechte in die Verfassung ins Feld.

⁵³⁵ Eine solche Unebenheit kann schon in dem vereinzelten Fall der Bejahung eines verfassungsrechtlichen Leistungsanspruchs, nämlich bei der Anerkennung des Anspruchs auf unentgeltliche Prozeßführung für den Unbemittelten, erblickt werden. Der aus BV hergeleitete Leistungsanspruch ist für den Bereich des Zivilprozesses, nicht aber im Strafprozeß anerkannt (vgl. BGE 85 I 137/138; BGE 83 III 30; anders jedoch der frühe Entscheid, BGE 13, 251ff., 255).

verstand das geforderte Recht durchaus als politische Zielsetzung⁵³⁶: er hoffte, «durch sein Postulat die bürgerlichen Parteien endlich einmal aufmerksam zu machen auf den Ernst der Arbeitslosennot, die sie nie wahrhaben wollten. Und der Staat sollte auf diesem Weg gezwungen werden, sich endlich einmal um die Lohnfrage zu kümmern und diese nicht immer wieder auf die Gesellschaft und Privatwirtschaft abzuwälzen, wenn diese sie doch nicht befriedigend lösen konnten oder wollten»⁵³⁷.

In der Stellungnahme zur Initiative «Recht auf Arbeit» von 1943 weist der Bundesrat auf den ungeklärten Inhalt des postulierten Rechts hin: Es könne sich um den rechtlichen Anspruch jedes arbeitsfähigen Bürgers auf Zuweisung von Arbeit handeln, ein Anspruch, der «nötigenfalls dem Staat gegenüber in einem besonderen Verfahren geltend gemacht werden könnte»⁵³⁸. In diesem Sinn verstanden müsse die konsequente Realisierung des Rechts «zu grundsätzlich unbeschränkten staatlichen Eingriffen in die Wirtschaft und in die Freiheit des Bürgers, an deren Ende die totale Verstaatlichung stehe», führen. «Recht auf Arbeit» könne aber auch als soziales Postulat verstanden werden, d. h. als Pflicht des Staates, durch seine Wirtschafts- und Sozialpolitik für Vollbeschäftigung zu sorgen. Beachtlich ist, wie hier der Umschlag einer als Individualrecht formulierten Verfassungsbestimmung in einen objektiven Auftrag an den Staat erfolgt. Diese Auffassung dominiert auch in der Stellungnahme des Bundesrates zur Initiative «Recht auf Arbeit» der SP von 1946: «Es ist sicher eine der elementarsten Forderungen, daß der Staat jedem arbeitsfähigen und arbeitswilligen Bürger die Möglichkeit verschaffen sollte, einen Arbeitsplatz zu finden ... Diese Forderung, der sich kein Staat entziehen darf, ohne seinen eigenen Bestand zu gefährden, kann aber nur eine Zielsetzung für die Wirtschaftspolitik sein. Macht man daraus eine Rechtspflicht des Staates und gibt dem Bürger ein förmliches Recht auf Arbeit, so läßt sich dies nur verwirklichen, wenn der Staat ... die ganze Wirtschaft selbst an die Hand nimmt.»⁵³⁹

⁵³⁶ Vgl. BENTELE, a.a.O. (oben Anm.469), S.159.

⁵³⁷ PETER BIELER, Albert Steck, 1843–1899, Diss. phil. hist., Bern 1960, S.227f.

⁵³⁸ BERICHT des Bundesrates über das Volksbegehrn betr. das Recht auf Arbeit vom 24.6.1946, BBl 1946 II, S.773ff., 779f.

⁵³⁹ BERICHT des Bundesrats über das Volksbegehrn betr. Wirtschaftsreform und Rechte der Arbeit vom 4.10.1946, BBl 1946 III, S.825ff., 855.

Aber auch dann, wenn man davon ausgeht, es sei mit dem «Recht auf Arbeit» tatsächlich eine Verfügung des Staates über so viele Arbeitsplätze angestrebt worden, daß jederzeit jedem Bürger eine seinen Fähigkeiten angemessene Arbeit angeboten werden könnte – was wohl unbestrittenmaßen nur über eine weitgehende Verstaatlichung der Wirtschaft zu erreichen wäre⁵⁴⁰ –, wäre damit bestätigt, daß primär oder ausschließlich der Gesetzgeber von der als Individualrecht formulierten Bestimmung angesprochen wäre, jedenfalls nicht der Richter, der keinesfalls über Arbeitsplätze verfügen noch Sozialisierungen von Betrieben vornehmen kann.

Ein Gesamtblick auf die Geschichte des «Rechts auf Arbeit» in der Schweiz zeigt, daß mit dem Anspruch die verschiedensten Sozialpostulate im Bereich des Verhältnisses Arbeitnehmer–Arbeitgeber angesprochen wurden und daß – soweit ersichtlich – niemand an eine gerichtliche Durchsetzung des Anspruchs infolge der postulierten verfassungsrechtlichen Fixierung dachte⁵⁴¹.

7.6 Durchsetzung verfassungsmäßiger Sozialleistungsansprüche durch Beschwerde beim Bundesrat?

Bestehen Bedenken hinsichtlich der Eignung der Rechtsprechung vor allem der Verfassungsrechtsprechung, die mit den Sozialrechten verbindlich erklärten Ziele sozialer Gestaltung rechtlich zu konkretisieren und zu verwirklichen⁵⁴², so bleibt noch zu prüfen, ob andere Instanzen und Verfahren zum Schutze unmittelbar

⁵⁴⁰ Vgl. BERICHT des Bundesrates über das Volksbegehren betr. Wirtschaftsreform und Rechte der Arbeit vom 14.10.1946, BBl 1946 III, S.833f. u. BENTLE, a.a.O., S.164, 167.

⁵⁴¹ Zur Arbeitsverfassung als Teil der heutigen Wirtschaftsverfassung vgl. GYGI, Wirtschaftsverfassung (oben Anm.3), S.321ff., 342, 366ff. und den Entwurf des Bundesrats für einen neuen Art.31*quinquies* BV (BBl 1973 I, S.117ff., 179f.), wo dem Recht auf Arbeit mit dem Erfordernis einer Vollbeschäftigungspolitik sachgemäß Rechnung getragen wird. Durch die Einfügung in die Gesamtwirtschaftspolitik hat das Postulat auch seinen klassenkämpferischen Charakter verloren.

⁵⁴² Vgl. oben Ziff. 7.3 und 7.5.

anspruchsbegründender – obgleich weithin konkretisierungsbedürftiger – Sozialrechte geeigneter erscheinen.

Vom heutigen Rechtszustand ausgehend wird man auf Bundesebene in erster Linie an den Weg der Beschwerde an den Bundesrat denken. Ihm ist ja die Beurteilung der wenigen verfassungsrechtlichen Leistungsansprüche der heutigen BV im wesentlichen anvertraut⁵⁴³. Es handelt sich dabei zwar um verfassungsummittelbare Leistungsansprüche, jedoch nicht um große sozialpolitische Zielsetzungen, wie sie mit den klassischen Sozialrechten (Recht auf Bildung, Recht auf soziale Sicherheit usf.) angesprochen sind. Der Grund, daß ihre Verwirklichung dem Bundesrat und nicht dem Bundesgericht anvertraut wurde, liegt in ihrem stark «politischen» Charakter, vor allem ihrem Bezug auf die konfessionellen Spannungen (so namentlich bei den Ansprüchen gemäß Art. 27 Abs. 2 auf genügenden Primarschulunterricht unter Wahrung der Glaubens- und Gewissensfreiheit und Art. 53 Abs. 2 auf schickliches Begräbnis), angesichts derer man von der Intervention des Bundesrates elastischere und jeweiliger politischer (konfessioneller) Konstellation angepaßtere Maßnahmen⁵⁴⁴ erwarten konnte als bei Einschaltung eines nach rein juristischen Gesichtspunkten verfahrenden Gerichts.

Man könnte auch wohl sagen, daß der eidgenössische Konsens, der hinter diesen Gewährleistungen stand, noch zu zerbrechlich erschien, als daß ein Gericht ungeachtet der Konsequenzen für den konfessionellen Frieden und damit auch für die Integration der Eidgenossenschaft als Ganzes den Bestimmungen ihrer klaren juristischen Bedeutung gemäß hätte zum Durchbruch verhelfen dürfen. Ob diese Begründung heute noch tragfähig erscheint, ist allerdings fraglich.

In den offiziellen Verlautbarungen begründeten die Bundesbehörden die Zuweisung der Beschwerden wegen Verletzung der genannten «kleinen» Sozialrechte freilich in erster Linie damit, daß es sich um positive Leistungsansprüche an den Staat handle, deren Verwirklichung nicht dem Bundesgericht übertragen werden

⁵⁴³ Siehe oben Ziff. 7.252.

⁵⁴⁴ Aus Rücksichtnahme auf gewisse Kantone konnten die Bestimmungen denn auch bis heute nicht konsequent durchgeführt werden. Vgl. dazu die Motion ZWYGART, Amtl. Bull. NR 1972, S. 1563.

könne. Bezuglich Art. 27 über das Recht auf unentgeltlichen Besuch der öffentlichen Primarschule führt die Botschaft aus:

«Gerade in diesem Falle, wo es um die Beurteilung einer positiven Leistungspflicht des Staates geht, hat ja doch der Gesetzgeber den staatsrechtlichen Rekurs ausgeschlossen und die Rechtsprechung den Verwaltungsbehörden übertragen. ... Dabei war die Erwägung wegleitend, daß Rechte auf Leistungen sich für die Verfassungsgerichtsbarkeit nicht eignen, da auf diesem Wege wohl Verfassungswidrigkeiten festgestellt, aber nicht wohl Leistungen bemessen werden können.»⁵⁴⁵

Nun gilt es allerdings zu differenzieren: daß Leistungsansprüche, wie sie im Schulartikel in Frage stehen, nicht beim Bundesgericht geltend gemacht werden können, ist nicht einfach damit zu begründen, daß das Bundesgericht überhaupt – infolge der kassatorischen Natur der staatsrechtlichen Beschwerde – nicht positive Ansprüche des Bürgers gegenüber dem Staat feststellen könne. Das Bundesgericht hat etwa in Bausachen im Rahmen der Rechtsprechung zur Eigentumsgarantie auch den positiven Anspruch des Bauwilligen auf Erteilung der Baubewilligung durch den Kanton direkt oder indirekt⁵⁴⁶ anerkannt, also Ansprüche geschützt, oder auch sonst positive Anordnungen getroffen, wo «die verfassungsmäßige Lage nicht schon mit der Aufhebung des kantonalen Entscheides hergestellt wurde»⁵⁴⁷. Allein, bei den typischen Leistungen des Sozialstaates ist es auch nicht mit der positiven Anordnung des Gerichts getan, sondern es bedarf der Schaffung von Einrichtungen durch das zuständige Gemeinwesen, daß der positive Anspruch überhaupt die Chance seiner Erfüllung erhalten kann. Diese Problematik klingt eben bereits beim Schulartikel an, wenn sich der Bundesrat auf den Standpunkt stellt, daß es bei Beschwerden wegen Verletzung von Art. 27 in der Regel nicht darum gehe, Verfügungen aufzuheben (und diese allenfalls mit positiven Weisungen zu versehen), sondern darum, «gegen einen Kanton vorzugehen und denselben durch geeignete Maßnahmen zur Erfüllung der ihm durch Art. 27 auferlegten Verpflichtungen anzu-

⁵⁴⁵ BBI 1946 III, S. 849 N. 1; ähnlich schon BBI 1892 II, S. 379.

⁵⁴⁶ Vgl. BGE 98 Ia 35ff., 38 E.1; BGE 95 I 206ff., 208 E.1; BGE 91 I 409ff., 412.

⁵⁴⁷ BGE 97 I 225f., E.1 b.

halten»⁵⁴⁸. Das erfordert politische Intervention, bei der mehr auf dem Weg der Überzeugung, der Mahnung, mitunter des Compromisses zu erreichen ist als durch juristische Entscheidung und Verfügung. Der Schulartikel bietet so doch ein gutes Beispiel dafür, daß eine verfahrensmäßige Durchsetzung von Leistungsansprüchen letztlich stets am mangelnden politischen Willen des zur Anspruchsverwirklichung zuständigen Gemeinwesens – in concreto der Kantone – scheitern kann. Daß eine letztlich nicht voll einlösbare Leistungsgarantie ein verfassungsrechtliches Mißbehagen hervorrufen und die Legitimität der Verfassung selbst beeinträchtigen kann, zeigt die fortdauernde politische Kritik an der Durchsetzung von Art. 27 BV⁵⁴⁹.

Die relative Ohnmacht auch des Bundesrates gegenüber unwilligen kantonalen politischen Behörden im spezifischen Bereich des Leistungsstaates verdeutlicht nur das generelle Unvermögen jeglicher Rechtsmittelinstanz, Leistungsansprüchen – soweit mehr als der gleiche Zugang zu bestehenden Einrichtungen in Frage steht – Nachachtung zu verschaffen⁵⁵⁰. Würde im Rahmen der *Verwaltungsrechtsprechung* gestützt auf ein verfassungsmäßiges Recht auf Bildung das Ungenügen der Ausbildungsmöglichkeiten an bundeseigenen Hochschulen gerügt und müßte das Bundesgericht eine Verfassungsverletzung feststellen, wäre zunächst der Bundesrat (Art. 102 Ziff. 5) verpflichtet, diese Verfassungsverletzung zu beheben; allein er wäre doch auf die Mitwirkung des Parlaments angewiesen, jedenfalls im Hinblick auf dessen haushaltrechtliche Kompetenzen⁵⁵¹.

Es zeigt sich, daß kein eigentliches Rechtsmittelverfahren dar-

⁵⁴⁸ BBI 1892 II, S. 379.

⁵⁴⁹ Vgl. aus der neuesten politischen Praxis die Motion ZWYGART, Amtl. Bull. NR 1972, S. 1562ff.

⁵⁵⁰ Dies gilt jedenfalls für die Durchsetzung bundesrechtlich begründeter Leistungspflichten gegenüber den Kantonen, soweit besondere institutionelle Vorkehren (Einrichtung von Schulen, Universitäten, Krankenhäusern usf.) nötig sind.

⁵⁵¹ Auf die Gefahr einer Schwächung der Autorität der Verfassungsrechtsprechung infolge der Nichterfüllung von Verfassungsaufträgen, die der Verfassungsrichter konkret feststellt, wurde in der Diskussion an der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer 1971 verschiedentlich aufmerksam gemacht. Vgl. etwa OPPERMANN, a.a.O. (oben Anm. 519).

über hinweghelfen könnte, daß durch Richterspruch oder Verwaltungsentscheid keine Institutionen geschaffen werden können, die Voraussetzung zur Erfüllung sozialer Leistungsansprüche wären. Es ist somit – soweit die Sozialrechte in ihrem weiten sozialgestaltenden Anspruch verstanden werden und nicht auf «kleine» Leistungen verdichtete Einzelansprüche im Rahmen bestehender Einrichtungen gemeint sind – nach Verfahren Ausschau zu halten, die zwar nicht der Durchsetzung individueller Leistungsansprüche, sondern vielmehr der Impulsgebung in Richtung auf die Verwirklichung der in der Verfassung bezeichneten Aufgaben der Sozialgestaltung möglichst wirksam dienen können. Es handelt sich dann nicht mehr um die an Individualrechten orientierte Erzwingung von Sozialleistungen auf der Ebene der Verfassungsrechtspflege, sondern um die Frage wirksamer Verfahren zur Mobilisierung der politischen Instanzen, die zur Schaffung der notwendigen Sozialinstitutionen zuständig sind. Die gleiche Teilhabe an bestehenden Einrichtungen ist durch einen aktualisierten Gleichheitssatz sicherzustellen. Auf Verfassungsebene geht die Schlußfolgerung dahin, soziale Forderungen nicht durch Verbriefung von Individualrechten, sondern in einer Form verbindlicher (und durch sachgerechte Verfahren zu sichernder) Aufträge an den Gesetzgeber zu angemessenem Ausdruck kommen zu lassen.

8. Recht auf Bildung? – Beispiel der Konvergenz klassischer und sozialer Grundrechte in einem neuen Verfassungsverständnis⁵⁵²

8.1 Das «*Numerus-clausus*»-Urteil des Bundesverfassungsgerichts⁵⁵³

Zieht man die faktischen Voraussetzungen der Ausübung klassischer Grundrechte in ihre verfassungsrechtlichen Schutzbereiche ein, kann man ihnen – das haben bisherige Überlegungen ergeben – im Wege der Auslegung Gehalte entnehmen, die sonst durch besondere Sozialrechte angesprochen werden müßten⁵⁵⁴. So wurde

⁵⁵² Zum Recht auf Bildung im allgemeinen vgl.: MANFRED ABELEIN, Das Recht auf Bildung, DöV 1967, S. 375–379; RALF DAHRENDORF, Bildung ist Bürgerrecht, Hamburg 1966; KLAUS-DIETER HEYMANN/EKKEHART STEIN, Das Recht auf Bildung, AÖR 1972, S. 185–232; OTTO K. KAUFMANN, Recht auf Bildung, in: Zukunftsaufgaben in Wirtschaft und Gesellschaft, Zürich/St. Gallen 1963, S. 345–362; HANS PETERS, Elternrecht, Erziehung, Bildung und Schule, in: Die Grundrechte, IV/1, 1960, S. 369ff.; PETER SALADIN, Das Recht auf Bildung, ZSR 90 I, 1971, S. 113–152; vgl. ferner THEODOR MAUNZ, Der Bildungsanspruch in verfassungsrechtlicher Sicht, in: Festschrift für G. Küchenhoff, Berlin 1972, 2. Halbbd., S. 605ff. und unten Anm. 583.

⁵⁵³ BVerfGE vom 18.7.1972 (abgedruckt in: DöV 1972, S. 606ff.; JZ 1972, S. 686ff.), im folgenden zit. nach dem Separatum der Urteilsausfertigung; Besprechungen zum *Numerus-clausus*-Entscheid, in: DöV 1972, S. 729ff. (HÄBERLE) und JZ 1972, S. 696ff. (KIMMINICH); zur früheren Rechtsprechung betr. Zulassungsbeschränkungen zu Hochschulen s. DIETRICH BAHLS, Der Inhalt des Rechts auf freie Wahl der Ausbildungsstätte als Maßstab für die Regelung des Zugangs zur Hochschule, in: Demokratie und Verwaltung, Berlin 1972, S. 629ff.; GÜNTHER BARBEY, Rechtliche Aspekte der Zulassungsbeschränkungen für das Hochschulstudium (*numerus clausus*), JZ 1971, S. 473ff.; HERMANN KRINGS, Zugang zu den Hochschulen – Zur Regelung der Zulassungsbeschränkungen an den wissenschaftlichen Hochschulen, in: Wissenschaftsrecht, Wissenschaftsverwaltung, Wissenschaftsförderung, 1969, Beiheft 3, S. 53ff.; SIEGHART OTT, Verfassungswidriger *Numerus clausus*, DöV 1971, S. 302ff.; JÜRGEN SCHMITT, Die Rechtsprechung zur Zulassungsbeschränkung an den Hochschulen, DVBl 1971, S. 382ff.; BURKHART WUNSCH, Die Zulassungsbeschränkungen an den westdeutschen Hochschulen im Spiegel der Rechtsprechung, in: Wissenschaftsrecht, Wissenschaftsverwaltung, Wissenschaftsförderung 1972, S. 16ff.; ferner vgl. auch die Auseinandersetzungen mit der Rechtsprechung zur Privatschulfinanzierung: CHRISTOPH LINK, Privatschulfinanzierung und Verfassung, JZ 1973, S. 1ff. (mit weiteren Nachweisen).

⁵⁵⁴ Zu dieser Austauschbarkeit institutionell verstandener Freiheitsrechte und eigentlicher Sozialrechte: MARTENS, a.a.O., S. 29ff. und oben Ziff. 632.

das Recht auf Arbeit in der *italienischen Verfassungsrechtsprechung* als Ergänzung zum liberalen Recht der Freiheit der Berufswahl verstanden⁵⁵⁵. Das *deutsche Bundesverfassungsgericht* hat in einem neueren Urteil dem gleichen Freiheitsrecht (Freiheit der Berufswahl und der Wahl der Ausbildungsstätte) das Recht der Teilhabe an öffentlichen Bildungseinrichtungen entnommen. Mit diesem sog. «*Numerus-clausus*»-Urteil, das – soweit ersichtlich – in der wissenschaftlichen Diskussion meist positiv aufgenommen wurde⁵⁵⁶ – ist das Bundesverfassungsgericht zum ersten Mal mitten in das verfassungsrechtliche Spannungsfeld Grundrechte und Leistungsstaat getreten. Es hat seine «funktionell-rechtlichen Grenzen gegenüber dem Gesetzgeber eingehalten, ohne materiell-rechtlich unglaublich zu werden»⁵⁵⁷. *Das Urteil zeigt m.E., daß eine Interpretation der klassischen Grundrechte im Sinne der Einheit der Verfassung, die heute eben die Verfassung des sozialen Rechtsstaates ist, in Verbindung mit dem Gleichheitssatz genügt, das legitime Schutzbedürfnis des von staatlicher Leistung existenziell abhängig gewordenen Bürgers* (in concreto geht es um die Abhängigkeit des Ausbildungswilligen und -fähigen im staatlichen Hochschulwesen, in dem sich der Staat ein faktisches, nicht beliebig aufgebares Monopol geschaffen hat) angemessen zur Geltung zu bringen.

8.11 Grundrechtlicher Anspruch auf gleiche Teilhabe an öffentlichen Leistungen

Das Bundesverfassungsgericht hatte konkret zu beurteilen, ob nach Erschöpfung der gesamten Ausbildungskapazitäten nötig gewordene Zulassungsbeschränkungen für Studienanfänger einer bestimmten Fachrichtung vor der Verfassung standhalten. Das Gericht fand, daß aus der in Art. 12 Abs. 1 GG gewährleisteten *Freiheit der Berufswahl* (also einem auch der BV vertrauten Gehalt

⁵⁵⁵ G. SCIASCIA, Die Entwicklung der italienischen Verfassung 1959–1966, in: JöR 1967, S. 236; Art. 35 Abs. 1 und 2 ital. Verfassung.

⁵⁵⁶ Vgl. die Hinweise bei HÄBERLE, a.a.O., S. 729 Anm. 1; a. M. z. B. KIMMINICH, a.a.O., der das Urteil als ein «Dokument der Hilflosigkeit» (S. 699), das die ganze Ausweglosigkeit der heutigen Situation widerspiegle, bezeichnet.

⁵⁵⁷ HÄBERLE, a.a.O., S. 729.

freiheitsrechtlicher Sicherung⁵⁵⁸⁾ und insbesondere der freien Wahl der Ausbildungsstätte ein Recht auf Zulassung zum Hochschulstudium folge. «Je stärker der moderne Staat sich der sozialen Sicherung und kulturellen Förderung der Bürger zuwendet, desto mehr tritt im Verhältnis zwischen Bürger und Staat neben das ursprüngliche Postulat grundrechtlicher Freiheitssicherung vor dem Staat die komplementäre Forderung nach grundrechtlicher Verbürgung der Teilhabe an staatlichen Leistungen.»⁵⁵⁹ Zwar verwirkliche sich die Berufsfreiheit gegenwärtig vorwiegend im Bereich der privaten Berufs- und Arbeitsordnung und sei hier vornehmlich darauf gerichtet, die eigenpersönliche, selbstbestimmte Lebensgestaltung abzuschirmen, also Freiheit *von* Zwängen oder Verboten im Zusammenhang mit Wahl und Ausübung des Berufes zu gewährleisten. «Demgegenüber zielt die freie Wahl der Ausbildungsstätte ihrer Natur nach auf freien Zugang *zu* Einrichtungen; das Freiheitsrecht wäre ohne die tatsächliche Voraussetzung, es in Anspruch nehmen zu können, wertlos.»⁵⁶⁰ Zu den tatsächlichen Voraussetzungen, Berufsfreiheit in Anspruch nehmen zu können, gehören in der heutigen Wirklichkeit des Leistungsstaates aber gerade öffentliche Einrichtungen, und die «leistungsstaatliche Seite» des klassischen Grundrechtes, der Teilhabeanspruch gegenüber freiheitsermöglichen öffentlichen Einrichtungen, gewährleistet den gleichen Zugang aller.

Selbst dann, wenn grundsätzlich daran festzuhalten sei, daß es auch im modernen Sozialstaat der nicht einklagbaren Entscheidung des Gesetzgebers überlassen bleibe, ob und wieweit er im Rahmen der darreichenden Verwaltung Teilhaberechte gewähren wolle, so könnten sich doch, wenn der Staat gewisse Ausbildungseinrichtungen geschaffen habe, aus dem Gleichheitssatz in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 (freie Wahl der Ausbildung) und dem Sozialstaatsprinzip Ansprüche auf Zutritt zu diesen Einrichtungen

⁵⁵⁸ Die Freiheit der Berufswahl ist mit der Zulassung zu einer Berufsausübung auch als Bestandteil der schweiz. HGF zu betrachten, jedenfalls für die freien Berufe; CHRISTEN, a.a.O. (Anm. 190) S. 248; AUBERT, *Traité* (oben Anm. 482), Nos 1883 ff.; GYGI, *Wirtschaftsverfassung* (oben Anm. 3), S. 361.

⁵⁵⁹ BVerfGE, a.a.O., S. 34.

⁵⁶⁰ a.a.O., S. 34.

ergeben. «Hier kann es in einem freiheitlichen Rechts- und Sozialstaat nicht mehr der freien Entscheidung der staatlichen Organe überlassen bleiben, den Kreis der Begünstigten nach ihrem Gutdünken abzugrenzen ... Hier folgt vielmehr daraus, daß der Staat Leistungen anbietet, ein Recht jedes hochschulreifen Staatsbürgers, an der damit gebotenen *Lebenschance* prinzipiell gleichberechtigt beteiligt zu werden.»⁵⁶¹

Bis zu diesem Passus des Urteils ist die «leistungsstaatliche» Dimension klassischer Grundrechte nur insoweit angesprochen, als der *gleiche* Zugang aller zu *bestehenden* Einrichtungen garantiert wird. Mit dem «*Teilhaberecht*» wird nur in neuerer, angemessener Terminologie zum Ausdruck gebracht, was der *Gleichheitssatz* – wenn man ihn nicht auf das Willkürverbot verkürzt – im Leistungsstaat zu bieten imstande ist. Die vor allem auch von ZACHER betonte Bedeutung des Gleichheitssatzes als «Garantie sozialer Gleichheit»⁵⁶² im Sinne der Angleichung oder Mehrung individueller Lebenschancen muß hier gar nicht bemüht werden. Die schweizerische Rechtsprechung bietet denn auch Beispiele, daß der traditionelle Gleichheitssatz nach Art. 4 BV tendenziell geeignet ist, den gleichen Zugang zu vorhandenen staatlichen Leistungseinrichtungen sicherzustellen⁵⁶³.

8.12 Beschränkung des Teilhabeanspruchs auf bestehende Ausbildungseinrichtungen?

Die Frage drängt sich auf, ob man beim Anspruch auf gleichmäßige Teilhabe an den vorhandenen Ausbildungseinrichtungen

⁵⁶¹ Beachtlich ist, daß die subjektiven Zulassungsvoraussetzungen (Hochschulreife) als immanente Grenze des Zulassungsrechts verstanden sind. Darauf weist auch HÄBERLE, a.a.O., S. 730, 2. Sp., zu Recht hin.

⁵⁶² ZACHER, Soziale Gleichheit, S. 341 ff.

⁵⁶³ Vgl. BGE 92 I 503 ff. und unveröffentlichter BGE vom 24.2.1971 betr. den Widerruf eines regierungsrätlichen Beschlusses über die Bewilligung eines Stipendiums; dazu unten Ziff. 8.42 und 9.32. – Zu beachten ist auch, daß nach schweizerischer Praxis die Frage der Ungleichbehandlung von der Frage der Willkür zu trennen ist, wenn die Praxis auch nicht immer hinreichend deutlich ist. Vgl. z. B. BGE 96 I 624: verfassungswidrige Ungleichbehandlung kann auch vorliegen, wo nicht willkürlich diskriminiert wurde (bes. S. 629).

stehen bleiben dürfe oder ob verfassungsrechtlich mehr gefordert sei. Dies wird vom Bundesverfassungsgericht als Problem anerkannt: «Würde sich die verfassungsrechtliche Betrachtung von Anfang an auf die Teilhabe am Vorhandenen verengen, ginge sie daher am Kern der Schwierigkeiten vorbei.»⁵⁶⁴ Es folgt dann ein Hinweis darauf, daß sich dort, wo Umverteilungsprobleme im Vordergrund stehen (Teilhabe an finanziellen Begünstigungen), es relativ leicht erscheinen mag, die Kapazität staatlicher Leistungen zu erhöhen, da Geldmittel umdirigiert und durch Erschließung neuer Einnahmequellen vergrößert werden können. Im Bildungswesen hingegen stellt sich das Problem anders:

«Während im Normalfall sozialstaatlicher Teilhabegewährung, nämlich bei finanziellen Begünstigungen, die nachteiligen Folgen einer Beschränkung auf vorhandene Mittel durch Umverteilung einigermaßen eingefangen werden können, führt der absolute numerus clausus zu der krassen Ungleichheit, daß ein Teil der Bewerber alles und der andere Teil – zumindest für eine mehr oder weniger lange und für die weitere Lebensentscheidung möglicherweise ausschlaggebende Dauer – nichts erhält.»⁵⁶⁵

Zur Erschwerung des Problems trägt bei, daß eine Erweiterung der Bildungseinrichtungen aus vielen Gründen (z.B. Dauer und erschwerte Lenkbarkeit der Nachwuchspflege im Lehrpersonal) nicht von einem Tag auf den andern möglich ist. Auch die Folgen einer Bedarfsschwankung sind grundlegend verschieden: Nicht beanspruchte Geldleistungen werden eingespart, nicht genutzte Bildungseinrichtungen stehen leer und kosten Geld. In dieser Spannungslage spitzt sich nun die Frage zu, ob der Staat zu einer *Erweiterung der Ausbildungskapazität* von Grundrechts wegen verpflichtet sei⁵⁶⁶.

8.13 Anspruch auf Kapazitätserweiterung «unter Vorbehalt des Möglichen»

Das Bundesverfassungsgericht findet, die Frage sei jetzt (noch) nicht zu entscheiden, da sich die beurteilende Regelung selbst bei

⁵⁶⁴ a.a.O., S. 36.

⁵⁶⁵ a.a.O., S. 36/37.

⁵⁶⁶ Für eine Übersicht der Stellungnahmen in Rechtsprechung und Lehre zur Frage, ob ein Grundrechtsanspruch auf Schaffung neuer Studienplätze bestehe, wenn die vorhandene Kapazität erschöpft sei, s. MARTENS, a.a.O., S. 25 und 28.

Bejahung eines Individualanspruchs auf Schaffung neuer Studienplätze jedenfalls noch im Rahmen, wenn auch «am Rande des verfassungsrechtlich Hinnehmbaren»⁵⁶⁷ bewege:

«Auch soweit Teilhaberechte nicht von vornehmerein auf das jeweils Vorhandene beschränkt sind, stehen sie doch unter dem Vorbehalt des Möglichen⁵⁶⁸ im Sinne dessen, was der einzelne vernünftigerweise von der Gesellschaft beanspruchen kann.»⁵⁶⁹

Dies habe aber in erster Linie der Gesetzgeber in eigener Verantwortung zu beurteilen, der bei seiner Haushaltswirtschaft auch andere Gemeinschaftsbelange zu berücksichtigen und den Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts von Verfassungen wegen Rechnung zu tragen habe⁵⁷⁰. Der Gedanke sozialer Gleichheit verbiete auch, die nur begrenzt verfügbaren öffentlichen Mittel unter Vernachlässigung anderer wichtiger Gemeinschaftsbelange bevorzugt einem privilegierten Teil der Bevölkerung zu gute kommen zu lassen. Im Ergebnis läuft nach dem verfassungsgerichtlichen Urteil die Pflicht des Staates zur Kapazitätserweiterung darauf hinaus, «im Rahmen des Möglichen beschleunigt das Notwendige zu tun»⁵⁷¹. Sicher hat sich das Bundesverfassungsgericht damit nicht mit dem status quo bloßer «Teilhabe am Vorhandenen» abgefunden. Im Urteil liegt nach HÄBERLE⁵⁷² ein Warnsignal an die Adresse insbesondere der Parlamente. Zumindest sei als Frage formuliert, ob daraus nicht ein objektiver Verfassungsauftrag zur Bereitstellung ausreichender Ausbildungskapazitäten für die verschiedenen Studienrichtungen folge und ebenso, ob aus diesem Verfassungsauftrag ein einklagbarer Individualanspruch des Staatsbürgers auf Schaffung von Studienplätzen sich herleiten ließe. Die im Urteil ausgedrückte «Offenheit nach vorn»

⁵⁶⁷ Urteil SA S.37.

⁵⁶⁸ Mit diesem Vorbehalt des Möglichen wird nach HÄBERLE, a.a.O., S.731, versucht, das einzelne Teilhaberecht in das Ganze der Verfassung, ihrer Kompetenzen, Aufträge, Direktiven und Grundrechte einzubetten; s. auch daselbst Anm.23 und S.732, 2. Sp. unten.

⁵⁶⁹ Urteil SA S.37.

⁵⁷⁰ Urteil SA S.38.

⁵⁷¹ Urteil SA S.39.

⁵⁷² a.a.O., S.732 1. Sp.

sei kaum zu überschätzen⁵⁷³. Das Verfassungsgericht habe sich damit die Möglichkeit bewahrt, in andern Urteilen festzustellen, was für die Grundrechte in Zukunft zu leisten sei.

Die Auswertung des Urteils wird die wissenschaftliche Diskussion noch lange beschäftigen. Es zeichnet sich aus durch die Zurückhaltung in der Vorwegnahme von Entscheidungen, die im offenen politischen Prozeß vor allem der Gesetzgebung zu treffen sind, und durch die Offenheit zu zukünftiger Konkretisierung der Rechtsprechung.

8.14 Folgen für die Zulässigkeit des «numerus clausus»

Halten wir die klaren verfassungsrechtlichen Grenzen fest, die das Verfassungsgericht für die Anordnung eines absoluten numerus clausus für Studienanfänger feststellt:

1. Ein solcher numerus clausus darf nur in den Grenzen des unbedingt Erforderlichen unter erschöpfender Nutzung der vorhandenen, mit öffentlichen Mitteln geschaffenen Ausbildungskapazitäten angeordnet werden.
2. Die Verteilung der Studienplätze muß nach sachgerechten Kriterien mit einer Chance für jeden an sich hochschulreifen Bewerber und unter möglichster Berücksichtigung der individuellen Wahl des Ausbildungsortes erfolgen.
3. Soweit Einschränkungen zulässig sind, dürfen sie nur durch ein Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes erfolgen⁵⁷⁴. Die allgemein an Einschränkungen des Grundrechts der Berufsfreiheit gestellten Anforderungen sind hier ganz besonders ernst zu nehmen, da – im Sinne der vom Verfassungsgericht entwickelten Stufen-Theorie⁵⁷⁵ – die Freiheit der Berufswahl berührt ist und sich außerdem «vom am Gleichheitssatz orientierten Gedanken des Teilhaberechts her gesehen» eher noch strengere Anforderungen ergeben, «da Zulassungsbeschränkungen der in Rede stehenden Art *Verteilung von Lebenschancen* bedeuten können»⁵⁷⁶.

8.15 Lehren aus dem «Numerus-clausus»-Urteil für die Schweiz

Als allgemeine – und auch für die schweizerische Rechtslage maßgebliche – Lehre kann man festhalten:

Die eigentlichen Grundrechtsprobleme des Sozialstaates scheinen sich durch eine vorsichtige Erschließung der «leistungsstaat-

⁵⁷³ a.a.O., S. 732.

⁵⁷⁴ Dazu besonders ausführlich S. 42 f. des Urteils.

⁵⁷⁵ BVerfGE 7, S. 401 ff.; 30, S. 315 ff.

⁵⁷⁶ S. 43.

lichen» Seite der Freiheitsrechte und durch ein soziales Verständnis des Gleichheitssatzes im Sinne des Ausgleichs staatlich dargebotener Lebenschancen lösen zu lassen. Dabei wird sich vor allem die Trennung zwischen objektiver Verpflichtung des Gesetzgebers und individualrechtlichem Anspruch auf Erfüllung dieses Auftrags als Aufgabe der Grundrechtsdogmatik erweisen⁵⁷⁷. Dieses Problem mit einem Schlag durch die generelle Verbürgung individueller Sozialansprüche lösen zu wollen, scheint verfehlt, jedenfalls verwirrlich, solange es sich nicht um ganz bestimmte, ab schätzbare Leistungen (z. B. auf unentgeltliche Prozeßführung usf.) handelt. *Zu Recht wurde aus dem Numerus-clausus-Urteil der Schluß gezogen, daß erst dann, wenn partielle Teilhabeordnungen vom Gesetzgeber geschaffen und als Normenkomplexe und soziale Institutionen genügend verdichtet seien, das Verfassungsgericht über die Hebelwirkung des Gleichheitssatzes Konsequenzen ziehen könne, z. B. i. S. der Bejahung gleicher individueller Teilhabeansprüche*⁵⁷⁸. Zu fragen bleibt, gerade mit Bezug auf die schweizerische Rechtsordnung, ob neben der «Verdichtung» des Verfassungsauftrags zu einem justizialen Individualanspruch auch die Möglichkeit verfassungsgerichtlicher Feststellung einer evidenten objektiv rechtlichen Verfassungsverletzung geöffnet werden sollte, die nicht (bereits) Verletzung bestimmter Individualansprüche bedeutet⁵⁷⁹. Die Frage wirft das allgemeine Problem auf, welche Rolle das

⁵⁷⁷ Darauf hat besonders eindringlich SCHEUNER, VVDStRL 30, 1972, S. 143f. hingewiesen. Das Bundesverfassungsgericht hat im Numerus-clausus-Urteil die beiden entscheidenden dogmatischen Figuren für die Verwirklichung der Grundrechte im Leistungsstaat genannt: Verfassungsauftrag und Individualanspruch. Das Verhältnis zwischen objektivem Auftrag und Teilhaberecht ist jedoch nicht mit letzter Schärfe geklärt, wie HÄBERLE, a.a.O., S. 733, 2. Sp., m. E. zu Recht feststellt.

⁵⁷⁸ HÄBERLE, a.a.O., S. 734; die Kennzeichnung der den Studenten und Studienbewerbern aus Art. 12 GG (Freiheit der Berufswahl) zustehenden Rechte als «Teilhaberechte» ist völlig neu in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts; vgl. in diesem Sinn KIMMINICH, a.a.O. (Anm. 553), S. 696 2. Sp. Ansätze zu Teilhaberechten finden sich in der bundesgerichtlichen Praxis; s. unten Ziff. 9.32.

⁵⁷⁹ HÄBERLE, a.a.O., S. 734 mit Anm. 44.

Verfassungsgericht im Verhältnis zum demokratischen Gesetzgeber einnehmen soll und darf⁵⁸⁰, ohne seine funktionellen Grenzen zu überschreiten.

Daß das Bundesgericht als Verfassungsgericht im Schutz des Teilhaberechts weiter gehen könnte, als es das deutsche Bundesverfassungsgericht getan hat (etwa indem es den numerus clausus schlechthin, ohne Vorbehalt des «Möglichen», als unzulässig erklären würde), scheint mir ganz ausgeschlossen; und zwar nicht wegen des Fehlens einer Sozialstaatsklausel⁵⁸¹, sondern namentlich auch deswegen, weil sich die staatsrechtliche Beschwerde nach heutigem Recht ausschließlich gegen die Kantone richtet. Das Bundesgericht könnte – wenn es auf dem Boden der politischen Wirklichkeit bleiben wollte – nur Kantone und Bund gemeinsam ansprechen⁵⁸², da die Kantone im Gebiet des Hochschulwesens ja finanziell ohne Bundeshilfe eines wesentlichen Ausbaus ihrer Institutionen nicht fähig sind. Die (wenn auch nur indirekte) Aufruforderung an den Bundesgesetzgeber würde neue staatsrechtliche Probleme aufwerfen.

8.2 *Die Diskussion um das «Recht auf Bildung» in der Schweiz*

In der schweizerischen Literatur⁵⁸³ hat namentlich SALADIN die Meinung vertreten, daß einem verfassungsmäßigen Recht auf Bildung neben seiner Funktion als Abwehrrecht gegenüber staatlicher Lenkung individueller Ausbildung und über die Bedeutung eines Diskriminierungsverbots im Bildungswesen hinaus die Rolle eines «eigentlichen» Sozialrechts als subjektives öffentliches Recht zu kommen könne. SALADIN weist jedoch ebenfalls auf die Proble-

⁵⁸⁰ Vgl. a.a.O., S. 729, 2. Sp.

⁵⁸¹ Der Sozialauftrag des Staates ist in der Schweiz dem ungeschriebenen Verfassungsrecht zuzurechnen, er kommt aber auch in verschiedenen Kompetenz- und Zielbestimmungen zum Ausdruck; vgl. oben Ziff. 4.1–4.

⁵⁸² So wird auch im Numerus-clausus-Urteil des Bundesverfassungsgerichts die gemeinsame Aufgabe von Bund und Ländern angesprochen; Urteil S. 65 ff., bes. 67; HÄBERLE, a.a.O., S. 737 unter Ziff. 4.

⁵⁸³ Zur Diskussion eines Rechts auf Bildung im schweizerischen Verfassungsrecht, insbesondere zu den jüngsten Bestrebungen, im Rahmen der Revision der Bil-

matik einer richterlichen Konkretisierung dieses behaupteten Individualanspruchs hin, der aus dem Recht auf Bildung zu ziehen wäre, und meint, die Konkretisierung durch den Richter sollte jedenfalls *die Ausnahme* bleiben⁵⁸⁴, und der Schwerpunkt des Rechts auf Bildung würde in seiner Funktion als *objektivem Leitsatz* staatlichen Handelns liegen⁵⁸⁵.

Die Argumentation SALADINS findet sich im wesentlichen wieder in einer Äußerung Bundesrats TSCHUDIS anlässlich der parlamentarischen Beratungen des neuen Bildungsartikels. Es wurde ausgeführt, das Recht auf Ausbildung werde «in erster Linie den Gesetzgeber verpflichten, daneben aber freilich auch Verwaltung und Richter». Die Position des einzelnen gegenüber dem Staat werde verstärkt. «Er kann sein Recht notfalls durch staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht durchsetzen.»⁵⁸⁶ Das Verhältnis der Teilstufen von Gesetzgebung und Rechtsprechung zueinander hat dabei aber keine Klärung gefunden.

Wesentlich zurückhaltender hat sich später der Gutachter des EDI, K. EICHENBERGER, geäußert. Er bezeichnete es als völlig offen, ob das Bundesgericht bereit sein werde, im Recht auf Bildung oder Ausbildung ein verfassungsmäßiges Recht im Sinne von Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 zu erblicken⁵⁸⁷. Auf die Ungeklärtheit der Frage, ob das Bundesgericht als Staatsgerichtshof das Recht auf Bildung konkretisieren könne und solle, wies in der ständerätlichen Diskussion vor allem MUNZ hin. Er hob die Schwierigkeit oder Unmöglichkeit hervor, einen Kanton durch bundesgerichtlichen Entscheid zu zwingen, ein Stipendiengesetz bestimmten Inhalts

dungsartikel der BV auch das Recht auf Bildung ausdrücklich aufzunehmen, vgl.: BOTSCHAFT des Bundesrates über das Volksbegehren für Schulkoordination, BBI 1971 II, S. 1001 ff.; BOTSCHAFT des Bundesrates über die neuen Bildungs- und Forschungsartikel der Bundesverfassung, BBI 1972 I, S. 375 ff.; KURT EICHENBERGER, Revision des Artikels 27 BV, Frage der Klagbarkeit einer Grundrechtsbestimmung, Rechtsgutachten zuhanden des EDI vom 23.8.1972; THOMAS FLEINER, Die konkreten Auswirkungen eines Rechts auf Bildung in der Schweizerischen Bundesverfassung, Manuscript, Freiburg 1972; YVO HANGARTNER, Soll die St. Gallische Kantonsverfassung durch eine Totalrevision den veränderten Verhältnissen angepaßt werden? Gutachten, in: Der Kanton St. Gallen heute und morgen, Nr. 1, St. Gallen 1972, S. 8 ff.; FRANZ KNESCHAUER, Perspektiven des schweiz. Bildungswesens (Entwicklungserspektiven der Schweizerischen Volkswirtschaft bis zum Jahre 2000, Teil IV), St. Gallen 1971; PETER SALADIN (oben Anm. 552); DERSELBE, Zur Formulierung des «Rechts auf Bildung», Rechtsgutachten zuhanden des EDI vom 25.7.1972.

⁵⁸⁴ ZSR, a.a.O. (Anm. 552), S. 134, 121 f.

⁵⁸⁵ a.a.O., S. 134.

⁵⁸⁶ Amtl. Bull. StR 1972, S. 132, 1. Sp. Mitte.

⁵⁸⁷ Gutachten, a.a.O., S. 7.

zu erlassen. «Wenn nachher der kantonale Gesetzgeber oder das Volk dieses Gesetz verwirft, macht dann das Bundesgericht⁵⁸⁸ eine Exekution in diesem Kanton?»⁵⁸⁹ In einer späteren Debatte hat MUNZ nochmals darauf hingewiesen, daß man sich zu wenig Rechenschaft gebe, was die Einfügung eines solchen Rechts eigentlich bedeute⁵⁹⁰. Tragweite und Effektivität eines solchen Verfassungsrechts blieben denn auch in den Beratungen der eidgenössischen Räte im Grunde offen⁵⁹¹.

Die schweizerische Lehre tendiert im übrigen stark dahin, den psychologischen Effekt, die edukatorische Wirkung einer individualrechtlichen Formulierung hervorzuheben. In diesem Sinn haben sich namentlich KAUFMANN⁵⁹² und HANGARTNER⁵⁹³ und neuestens auch H. HUBER⁵⁹⁴ geäußert.

8.3 Das Recht auf Bildung nach der Europäischen Menschenrechtskonvention

Art. 2 Abs. 1 des 1. Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention stellt fest: «Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction.» Diese Formulierung war seinerzeit der positiven Formulierung eines Rechts auf Bildung vorgezogen worden⁵⁹⁵. Auf den negativen Charakter der Bestimmung hat sich namentlich Belgien im Verfahren um den belgischen Sprachenstreit⁵⁹⁶ berufen. Der Gerichtshof spricht sich in seinem Urteil grundsätzlich für ein Recht auf Unterricht mit positiven Wirkungen aus⁵⁹⁷, obwohl ihm die entgegengesetzten Auslegungsgesichtspunkte aus der Entstehungsgeschichte nicht entgehen. Wichtig sei jedoch, daß bereits zur Zeit der Formulierung des Artikels in allen Vertragsstaaten ein öffentliches Unterrichtssystem bestanden habe. Es handle sich somit nicht darum, die Staaten zu verpflichten, ein solches System erst zu schaffen, sondern es gehe bloß noch um die Garantie, daß die einzelnen grundsätzlich an den be-

⁵⁸⁸ Praktisch käme nur eine Intervention des Bundesrates in Frage, der mit dem Vollzug der Urteile des Bundesgerichts beauftragt ist (Art. 102 Ziff. 5 BV).

⁵⁸⁹ Amtl. Bull. StR, 1972, S. 126, 1. Sp.

⁵⁹⁰ Amtl. Bull. StR 1972, S. 580, 2. Sp., 581, 2. Sp. Mitte.

⁵⁹¹ Was besonders die Debatte um die Formulierung «Recht auf ‹Bildung›» oder «Recht auf ‹Ausbildung›» zeigt; vgl. dazu vor allem Amtl. Bull. NR 1972, S. 1050 1. Sp. Mitte ff., ferner Amtl. Bull. StR 1972, S. 573, 1. Sp. ff.

⁵⁹² a.a.O., S. 357.

⁵⁹³ a.a.O., S. 22.

⁵⁹⁴ H. HUBER, Wirtschaftspolitische Ziele in der Verfassung, Verfassungsrechtliche Aspekte, Bern 1970, S. 40.

⁵⁹⁵ L. WILDHABER, Der belgische Sprachenstreit vor dem europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, in: SJIR XXVI, 1969/70, S. 9 ff., S. 21, mit weiteren Hinweisen.

⁵⁹⁶ ANNUAIRE de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, Vol. 11, S. 837.

⁵⁹⁷ ANNUAIRE, a.a.O., S. 859/861.

stehenden Unterrichtsmitteln *teilhaben* können⁵⁹⁸. Im weitern sei der Zugang zu den bestehenden Unterrichtseinrichtungen nur einer der Aspekte des Rechts auf Unterricht. Hinzu komme noch, daß der einzelne auch Nutzen aus dem Unterricht ziehen und insbesondere nach dem maßgeblichen Recht des Staates in irgendeiner Form die offizielle Anerkennung seiner Ausbildung erhalten könne⁵⁹⁹. Die Europäische Menschenrechtskonvention garantiere die Rechte nicht bloß nach Maßgabe der historischen Situation bei der Vertragsunterzeichnung, sondern berücksichtige den wirtschaftlichen und sozialen Wandel⁶⁰⁰.

Der Entscheid hat in der schweizerischen Literatur im Zusammenhang mit der Diskussion eines «Rechts auf Bildung» verschiedene Interpretationen hervorgerufen: Nach der Ansicht von SALADIN geht gemäß dem Gerichtsentscheid die Bedeutung von Art.2 Abs.1 Satz 1 Zusatzprotokoll nicht über ein Diskriminierungsverbot hinaus⁶⁰¹. Anderseits sieht WILDHABER die konkrete Bedeutung des Rechts auf Unterricht sowohl im «Anspruch auf Zulassung zu den jeweils existierenden Unterrichtsstätten» als auch im «Anspruch auf einen *sinnvollen* und *nützlichen* Unterricht» mit der Folge, daß die Schüler ein Recht darauf haben, in ihrer Nationalsprache unterrichtet zu werden und für ihr Studium eine offizielle Anerkennung zu erhalten⁶⁰².

8.4 Fallanalysen zum «Recht auf Bildung»

Die Wirksamkeit individualrechtlicher Verfassungsgewährleistungen muß sich am Einzelfall bewähren; denn mit der Grundrechtsform soll ja eben gerade nicht lediglich ein Programm, sondern ein justizierbarer Anspruch begründet sein.

Im folgenden ist anhand einer Reihe von Fällen aus der parlamentarischen Diskussion um ein Recht auf Bildung im Jahre 1972 sowie illustrativen Gerichtsurteilen zu zeigen, daß ein verfassungsrechtliches «Recht auf Bildung» in der Praxis kaum mehr zu leisten vermöchte als ein aus dem Gleichheitssatz abgeleitetes Recht gleicher Teilhabe an bestehenden Institutionen.

8.41 Beispiele aus den parlamentarischen Beratungen

Es sollen hier Fälle analysiert werden, die von den Befürwortern eines verfassungsmäßigen «Rechts auf Bildung» zur Illustration

⁵⁹⁸ ANNUAIRE, a.a.O., S.859.

⁵⁹⁹ ANNUAIRE, a.a.O., S.861.

⁶⁰⁰ a.a.O. S.861.

⁶⁰¹ ZSR a.a.O. (Anm.552), S.126.

⁶⁰² WILDHABER, a.a.O., S.22.

der Bedeutung eines Rechts auf Bildung oder Ausbildung angeführt wurden:

a) In der erweiterten Expertenkommission zur Vorberatung der Bildungsartikel⁶⁰³ wurde das Beispiel eines Mädchens genannt, dem die Zulassung zu einer Knabenschule verweigert wird. In der Nähe befindet sich keine andere analoge Ausbildungsmöglichkeit für Mädchen. – Offensichtlich kann hier mit einem im Sinne des Diskriminierungsverbots aktualisierten Gleichheitssatz die Verweigerung der Zulassung aufgehoben und damit indirekt das Teilhaberecht des Mädchens an der bestehenden öffentlichen Bildungseinrichtung sichergestellt werden.

b) Von anderer Seite wurde die Subventionierung der Erwachsenenbildung auch in Fällen, wo sie nicht der beruflichen Weiterbildung dient, genannt, oder der Anspruch eines gebrechlichen Kindes auf musischen Unterricht⁶⁰⁴. – Es erscheint unmöglich, aus einem Grundrecht auf Bildung in einem justizförmigen Verfahren abzuleiten, welche Zweige und Formen der Erwachsenenbildung subventionswürdig und -bedürftig sind und welche nicht. Gerade in diesem Bereich gehen Bildung, Freizeitbeschäftigung, Spiel usw. notwendigerweise ineinander über. Ferner wäre zu fragen, ob die Veranstalter von Erwachsenenschulungen legitimiert sein sollen, sich auf das Recht auf Bildung zu berufen. Der Anspruch des gebrechlichen Kindes auf Bildung ist eine Frage der Gleichbehandlung im Verhältnis zu gesunden Kindern, des weitern eine Frage der gesetzlichen Ausgestaltung der Fürsorge für Gebrechliche. Die Probleme sind nicht auf der Ebene der Verfassung, sondern des Gesetzes und der Verwaltungspraxis zu lösen.

8.42 Beispiele aus der neuern Gerichtspraxis

Zum gleichen Ergebnis führt die Analyse einiger exemplarischer Fälle aus der neueren Gerichtspraxis im Bereich des Bildungswesens, die unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit entschieden wurden:

a) In einem nicht publizierten Entscheid vom 24. Februar 1971 hat das Bundesgericht den Widerruf des Beschlusses des Regierungsrates über die Bewilligung eines Stipendiums als gegen Art. 4 BV verstößend betrachtet, weil die Behörde den angeblichen Irrtum über die finanzielle Lage des Beschwerdeführers bzw. dessen Eltern selbst zu vertreten habe. In der Vernehmlassung der Regierung war ferner zum Ausdruck gekommen, daß nicht die in der Verfügung genannten, sondern andere, in der Entscheidung verschwiegene Gründe (nämlich eine angebliche Staatsgefährlichkeit des Stipendiaten, der Dienstverweigerer war) den Widerruf der Stipendienbewilligung motiviert hatten. Das Bundesgericht fand, daß sich somit

⁶⁰³ Vgl. PROTOKOLL der erweiterten Expertenkommission zur Vorbereitung einer Revision der Art. 27 und 27^{bis} BV, Sitzung vom 1.10.1971, S. 7.

⁶⁰⁴ UCHTENHAGEN, Amtl. Bull. NR 1972, S. 1058, 1. Sp.

der Entscheid nicht auf sachliche Gründe stütze und damit willkürlich sei. Außerdem liege ein Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben vor, was ebenfalls zur Aufhebung des Widerrufs-Entscheids führe. – Der Stipendienanspruch, den der Beschwerdeführer aus der kantonalen Stipendienordnung und der darauf gestützten Verfügung ableitete, fand also im Ergebnis Rechtsschutz im Rahmen allgemeiner Grundsätze des Verfassungs- und Verwaltungsrechts. Ein Recht auf Bildung hätte keine zusätzlichen Entscheidungskriterien liefern können. (Wie hätte es sich verhalten, wenn die angebliche Staatsgefährlichkeit vom Regierungsrat ohne Willkür, in einem rechtsstaatlich zulässigen Verfahren geltend gemacht worden wäre? Das Bundesgericht hätte im Rahmen von Art.4 BV und den daraus abgeleiteten Grundsätzen des Verwaltungsrechts eine Wertabwägung vornehmen müssen, die auch bei Berücksichtigung eines Rechts auf Bildung kaum wesentlich anders ausfallen dürfen.)

b) In einem weitern Entscheid⁶⁰⁵ hat das Bundesgericht aus der Bestimmung:

«Die Stipendienkommission beschließt über die Höhe der Staatsstipendien nach folgenden Grundsätzen:

1. Das staatliche Stipendium beträgt im Jahr im Rahmen der normalen Studiendauer und nach Maßgabe der Auslagen für den Besuch
a) von Hochschulen Fr. 400.– bis Fr. 4000.–...»

(§ 5 des Gesetzes vom 21.12.1964 über die Staatsstipendien und Studien-darlehen des Kantons Basel-Landschaft)

den *Rechtsanspruch* eines Stipendiaten auf Ausrichtung eines Stipendiums im gesetzlichen Rahmen grundsätzlich anerkannt⁶⁰⁶, die Auslegung des kantonalen Rechts jedoch nach gewohnter Praxis nur auf Willkür überprüft. – Das Bundesgericht wäre wohl kaum zu einem andern Ergebnis gelangt, wenn der Beschwerdeführer die Verletzung eines verfassungsmäßigen Rechts auf Bildung, als dessen Ausführung die Stipendienordnung erschienen wäre, gerügt hätte. Bekanntlich prüft das Bundesgericht in der Regel kantonale Gesetze, die als Ausführungen verfassungsmäßiger Rechte gelten, lediglich auf Willkür⁶⁰⁷.

c) Die Praxis des Bundesgerichts, daß Kinder mitunter – d.h. bei günstigen wirtschaftlichen Verhältnissen der Eltern – einen Rechtsanspruch auf eine Universitätsbildung haben⁶⁰⁸, hat sich unabhängig von einem Recht auf Bildung entwickelt. Sie könnte als eine Form der Dritt-wirkung des (hypothetischen) Rechts

⁶⁰⁵ Unveröffentlichter BGE vom 13.9.1967; Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Basel-Land vom 1.2.1967, ZBl 1968, S.348ff.

⁶⁰⁶ BGE a.a.O., S.12.

⁶⁰⁷ Zu dieser Praxis und ihren Ausnahmen vgl. H.P. MOSER, Die Kognition des Bundesgerichts bei der Beurteilung staatsrechtlicher Beschwerden, ZBl 1971, S.185ff., bes. 188; kritisch, F. GYGI, Mittelbare Verfassungsverletzung als Beschwerdegrund im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren, in: Der Staat als Aufgabe, Gedenkschrift für Max Imboden, Basel 1972, S.159ff.

⁶⁰⁸ Vgl. BGE 98 III 37 und dortige Hinweise; in Frage steht der Rechtsanspruch gegenüber den Eltern.

auf Bildung verstanden werden, als seine Konkretisierung im privatrechtlichen Raum.

d) Anderseits ist fraglich, ob die bundesgerichtliche Feststellung, die Aufwendungen für das Universitätsstudium volljähriger Kinder gehören nicht zum Notbedarf des Schuldners, mit Rücksicht auf ein allfälliges verfassungsmäßiges Recht auf Bildung geändert werden müßte. Die Abwägung der Interessen von Schuldner und Gläubiger bei Bestimmung des Notbedarfs gemäß SchKG Art. 93 besitzt ihre eigene Problematik⁶⁰⁹: Wie verhielte es sich, wenn der Gläubiger seine Kinder nicht ausbilden lassen könnte ohne die Leistung des Schuldners?

8.43 Recht auf Vorschulunterricht als Testfall

Um die Problematik einer verfassungsrechtlichen Konkretisierung des Rechts auf Unterricht und Bildung etwas drastisch – wenn auch an einem fast trivial erscheinenden Beispiel – zu erhellen, sei auf die Diskussion hingewiesen, ob auch das *Recht auf den Besuch eines Kindergartens* im Rahmen des Rechts auf Bildung und Unterricht verfassungsrechtlich gewährleistet sein soll. Das sachliche Problem ist in seiner ganzen Tragweite im Hinblick auf die heutigen Erkenntnisse der Bedeutung der Vorschulbildung für die spätere schulische und berufliche Entwicklung ernstzunehmen. Die verfassungsrechtliche Problematik, die dieses einfache Beispiel aufwirft, wurde am Symposium über «Bundesverfassungsgericht im dritten Jahrzehnt»⁶¹⁰ ausführlich zur Sprache gebracht. – Was kann der Verfassungsrichter auf die entsprechende Klage eines Betroffenen hin tun angesichts der Tatsache, daß heute offenbar nur 40% aller Kinder in der BRD die Möglichkeit haben, einen Kindergarten zu besuchen⁶¹¹?

FRIESENHAHN stellte die kühne Erwägung an, ob in einem solchen Fall nicht aus sozialer Benachteiligung im Einzelfall ein individueller Anspruch auf Tätigwerden des Gesetzgebers erhoben werden könnte. Primäres Ziel der Verfassungsbeschwerde wäre nicht die Herstellung von Gleichheit und Gerechtigkeit für den individuellen Antragsteller, sondern die generelle Erfüllung des Anliegens, für das er eintrete, nämlich konkret die Verpflichtung

⁶⁰⁹ Vgl. SJZ 68, 1972, S. 180.

⁶¹⁰ Bundesverfassungsgericht im dritten Jahrzehnt. Symposium zu Ehren von E. Friesenhahn anlässlich seines 70. Geburtstages, Frankfurt a. M. 1973.

⁶¹¹ Vgl. die Äußerungen von FRIESENHAHN, ZULEEG, RINCK u.a.

des Gesetzgebers, mehr Geldmittel für Kindergärten oder für die Erhöhung der Bildungschancen bereitzustellen⁶¹². Die individuelle Benachteiligung, die ihren Niederschlag auch in einer Popularbeschwerde finden könnte, wäre so nur der Anlaß für den Verfassungsrichter, den Gesetzgeber auf die vermehrte Berücksichtigung bestimmter Gemeinwohlforderungen hin zu verpflichten⁶¹³. SCHEUNER sieht die Möglichkeiten und Aufgaben des Verfassungsgerichts dagegen in einem viel bescheideneren Rahmen⁶¹⁴, ohne zu erkennen, daß auch im Gleichheitssatz eine soziale Tendenz steckt⁶¹⁵ und daß die Linie der Verfassungsrechtsprechung «künftig stark auf die Betonung des Gesamtinteresses im wirtschaftlich-sozialen Bereich ausgerichtet sein wird» – daß sie «in Zukunft stärker das Allgemeininteresse betonen und damit in einem gewissen Sinn auch gewisse Modifikationen einer rein liberalen Auslegung der Grundrechte vornehmen wird»⁶¹⁶.

8.5 Zusammenfassung

Die Beispiele zeigen, daß der Sozialstaat auch im Unterrichts- und Bildungswesen schwerlich vom Verfassungsrichter im Einzelfall weiterentwickelt werden kann; in den *Einzelfällen* sind jedesmal

⁶¹² Kritisch gerade zu diesem Punkt: OPPENHEIMER, a.a.O. (Anm. 610), S. 58: Wenn das Bundesverfassungsgericht drängen sollte, immer noch mehr zu geben, ohne Kenntnis von den Haushaltsmitteln, die es ja nicht übersehen könne, dann laufe es Gefahr, «ins Blaue hinein (zu) judizieren».

⁶¹³ Siehe insbesondere das Votum FRIESENHAHN, a.a.O., S. 50.

⁶¹⁴ Vgl. a.a.O. insbesondere S.51; instruktiv für die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit generell die Feststellung von SCHEUNER, daß mit einer so weiten Zulassung der Unterlassungsklage gegen den Gesetzgeber der gebotene self-restraint des Verfassungsrichters überschritten wäre; er könne nur auf bestehende Mängel und Lücken in einem bestehenden Sozialleistungssystem hinweisen, z. B. ein Gesetz aufheben, das zu hohe Gebühren für den Besuch entsprechender Einrichtungen vorsehe; hingegen könne er nicht positiv den Gesetzgeber zwingen, bestimmte soziale Maßnahmen zu treffen (a.a.O., S.51); vgl. auch GEIGER, a.a.O.: Der Verfassungsrichter könne zwar feststellen, was mit dem Gleichheitssatz *nicht* vereinbar sei, hingegen könne er nur selten sagen, was er an konkreter sozialer Gestaltung durch den Gesetzgeber fordere.

⁶¹⁵ Siehe insbesondere a.a.O., S. 54 und unten Ziff. 9.

⁶¹⁶ a.a.O., S.38.

bereits die großen Zusammenhänge der Verteilung verfügbarer Haushaltsmittel und der Prioritäten unter den verschiedenen Gemeinwohlforderungen und allgemein die gesamtplanerischen Aufgaben und Wirklichkeiten des heutigen Gemeinwesens – einschließlich der steuerlichen Belastungen der Bürger – angesprochen, so weit mehr als *gleiche* Zulassung zu bestehenden Einrichtungen in Frage steht.

Erst wo soziale Institutionen genügend verdichtet sind, der Gesetzgeber also Gleichheit (etwa im Bildungswesen) genügend «*vor-konkretisiert*» hat, kann der Verfassungsrichter über den Gleichheitssatz Konsequenzen im Sinne des Gebots gleicher Teilhabe ziehen⁶¹⁷, dabei allerdings auch punktuell Anstöße zu konsequenterem Ausgleich von Teilhabechancen geben. Die Problemlage des Rechts auf Bildung ist im Detail des Einzelfalles, mit dem sich der Verfassungsrichter allenfalls wird beschäftigen müssen, zu erhellen; die Schwierigkeiten und Grenzen verfassungsrichterlicher Grundrechtseffektivierung können nicht mit dem generellen Hinweis auf den notwendigen Ausbau individueller Bildungschancen als vordringlicher Gemeinwohl- und programmatischer Gleichheitsforderung übergangen werden.

9. Rechtsgleichheit als Gerechtigkeitsmaßstab im Sozialstaat

9.1 Sozialer Ausgleich als Voraussetzung rechtlicher Gleichheit

Das Gleichheitsgebot steht seit jeher im Zentrum des Gerechtigkeitsgedankens. «*Iustitia est perpetua et constans voluntas ius suum cuique tribuendi.*»⁶¹⁸ Das Bundesgericht hat schon am Anfang seiner Rechtsprechung im Gleichheitssatz neben dem Gebot der formellen Gleichbehandlung die Forderung der materiellen Gleichheit, der Angemessenheit oder Proportionalität erblickt⁶¹⁹. Die Verkürzung des Gerechtigkeitsgebots auf das Willkürverbot

⁶¹⁷ In diesem Sinn auch zutreffend HÄBERLE, a.a.O., S. 54f.

⁶¹⁸ UPIAN, D. 1.1.1.10.

⁶¹⁹ Belege bei J. P. MÜLLER, Grundrechte, S. 71f.

in der Verfassungsrechtsprechung ist nicht qualitativer, sondern quantitativer Natur⁶²⁰. Es fordert nicht nur formell gleiche, sondern angemessene, gerechte Behandlung des Menschen im Recht. Es bedeutet mitunter auch Beachtung tatsächlicher Ungleichheit in der sozialen Wirklichkeit, der Macht- und Ohnmachtstellungen des einzelnen. Die Forderung sozialer Gerechtigkeit geht auf «Stützung sozialer Ohnmacht und Beschränkung sozialer Übermacht»⁶²¹; an die Stelle des liberalen Gedankens der (abstrakten) *Gleichheit* tritt der soziale Gedanke der (konkreten) *Ausgleichung*; soziale Gleichheit bringt neben der kommutativen die distributive Gerechtigkeit zur Geltung⁶²².

Es ist im Laufe dieser Arbeit immer wieder deutlich geworden, daß die heutige Verfassungsrechtslehre bei der Auslegung der Grundrechte immer mehr die sozialen Bedingungen, unter denen sich Grundrechte verwirklichen, in den Normbereich miteinbezieht, damit auch nach den Voraussetzungen effektiver Freiheitsausübung, aber auch nach dem Verhältnis (formeller) Rechtsgleichheit zu (faktischen) Ungleichheiten fragen muß⁶²³.

Daß gerade die Rechtsungleichheit der Bundesverfassung in ihrem *sozialen* Gehalt vermehrt zu aktivieren sei, hat GYGI mit Nachdruck vertreten: Als «soziale Gleichheit» soll sie «ökonomische Ungleichheiten abbauen und Chancen der Entfaltung in vernünftig angezeigtem Maße bieten»⁶²⁴. Die geforderte Verbesserung und Angleichung der Bedingungen sozialer Freiheit und wirtschaftlicher Entfaltung sind in erster Linie durch den Gesetzgeber zu verwirklichen und nicht unmittelbar über den in Rechtsbegehrungen

⁶²⁰ Hinweise bei S. ARIOLI, *Das Verbot der willkürlichen Rechtsanwendung...*, Basel 1968, S. 27ff., 44ff.

⁶²¹ RADBRUCH, a.a.O. (Anm. 121), S. 227.

⁶²² Zur Entwicklung des Gedankens kommutativer und distributiver Gerechtigkeit seit Aristoteles H. NEF, *Gleichheit und Gerechtigkeit*, Zürich 1941, S. 91.

⁶²³ Auf diesen methodisch noch wenig verarbeiteten Wandel in der Grundrechtsauslegung hat besonders überzeugend SCHEUNER, *Funktion der Grundrechte im Sozialstaat* (Anm. 386), S. 512f., hingewiesen, gerade auch mit Bezug auf den Gleichheitssatz als Willkürverbot und Gebot der Chancengleichheit; vgl. zur «folgeorientierten» Verfassungsinterpretation auch HÄBERLE, DöV 1972, S. 737 mit Anm. 73.

⁶²⁴ GYGI, *Schweizerische Wirtschaftsverfassung*, S. 353.

faßbaren Gleichheitssatz durchzusetzen. «Die Rechtsgleichheit wird zur obersten Leitmaxime und zur Obliegenheit, auf soziale Gleichheit hin zu wirken und zu arbeiten, wo andere Zuständigkeiten die Gelegenheit dazu bieten.»⁶²⁵ Soziale Gleichheit zu fördern oder besser soziale Diskrepanzen zu vermeiden, trifft als verfassungsrechtliche Anweisung aber nicht nur den Gesetzgeber, sondern Verwaltung und Regierung in all ihren Funktionen, namentlich auch in ihrer Funktion der wirtschafts- und sozialpolitischen Planung⁶²⁶.

⁶²⁵ GYGI, Schweizerische Wirtschaftsverfassung, S. 354; zur «materiellen Gleichheit» als «Aufruf zur Verbesserung der Voraussetzungen sozialer Gerechtigkeit» vgl. auch GYGI, a.a.O., S. 383f.

⁶²⁶ In der BRD besteht eine umfangreiche Literatur zur Frage, ob aus dem Gleichheitssatz materielle Direktiven zur Sozialgestaltung im Sinne der Behebung von faktischen (vor allem ökonomischen) Ungleichheiten entnommen werden können. H. ZACHER vermißt in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Feststellung von Wertmaßstäben über die vom Gesetzgeber zu verwirklichende soziale Gleichheit; das Gericht habe sich unter dem Gesichtspunkt von Art. 3 I GG tendenziell auf die Prüfung innerer Folgerichtigkeit in der Durchführung des vom Gesetzgeber jeweils gewählten Wertansatzes beschränkt. ZACHER betont die Notwendigkeit der materiellen ökonomischen Erfüllung des Gleichheitssatzes und deren rechtlicher Sicherung (ZACHER, Soziale Gleichheit [oben Anm. 320], S. 351 ff., 360). R. HERZOG sieht im Gleichheitssatz auch das Gebot «Dynamischer Gleichbehandlung» (Gleichbehandlung mit dem Ziel der Beseitigung bestehender Ungleichheiten; R. HERZOG, in: Evangelisches Staatslexikon, 1966, S. 696 ff., 698, 700f.). Vor allem in Verbindung mit der Sozialstaatsklausel messen auch RINCK und IPSEN dem Gleichheitssatz sozialgestaltende Funktion bei, die auf die Beseitigung faktischer Ungleichheiten ziele (H. J. RINCK, Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Gleichheitssatz, in: JÖR 1961, S. 269 ff., 325; H. P. IPSEN, Gleichheit, in: Die Grundrechte, Bd. II, 1954, S. 111 ff., 181). K. HESSE stellt unter dem Gesichtspunkt sozialer Gleichheit eine Tendenz «von der schematisch-formellen Gleichheit im Recht zur schematisch-materiellen Gleichheit durch das Recht» fest, ohne dem Gleichheitssatz selbst Kriterien über die zu verwirklichende Gleichheit zu entnehmen (K. HESSE, Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht, in: AöR 77, 1951/52, S. 167 ff., 181).

Eine andere Gruppe von Autoren mißt dem allgemeinen Gleichheitssatz keine selbständige Normativität im Sinne der Forderung sozialer Gleichheit zu; entsprechende Wertmaßstäbe seien allenfalls dem Sozialstaatsprinzip oder den speziellen Gleichheitssätzen zu entnehmen. Vgl. in diesem Sinn H. SCHOLLE, Die Interpretation des Gleichheitssatzes als Willkürverbot oder als Gebot der Chancengleichheit, Berlin 1969, S. 15. In ähnlicher Richtung geht J. SALZ-

9.2 «Chancengleichheit»

Man kann dieses Verständnis des Gleichheitssatzes als Forderung sozialer Gleichheit mit dem Begriff «Chancengleichheit» kennzeichnen, wenn es gelingt, ihn von den ideologischen Vorverständnissen zu befreien, mit denen er belastet ist⁶²⁷. Der Begriff der «Chancengleichheit» ist in der schweizerischen Rechtsprechung vor allem in Zusammenhang mit der Gleichheit der wirtschaftlichen Wettbewerbschancen verwendet worden⁶²⁸. In der höchstrichterlichen Rechtsprechung in Deutschland hat der Begriff bei der Stellung der politischen Parteien und der Wähler bei der Ausübung ihrer politischen Rechte zuerst Bedeutung erlangt⁶²⁹. Der Begriff ist heute vieldeutig und seine Verwendung oft verworren. Er ist zum sozialpolitischen Schlagwort geworden, das ihn in der staatsrechtlichen Diskussion fast unbrauchbar macht. Dennoch soll darauf hingewiesen werden, daß die Vorstellung der Chancengleichheit als Teilgehalt der Rechtsgleichheit gerade für die Verwirklichung sozialer Gleichheit im oben beschriebenen Sinn Treffendes zu bezeichnen vermag: Es geht darum, die tatsächlichen Voraussetzungen auszugleichen, unter denen von den rechtlich garantierten Freiheiten Gebrauch gemacht werden kann. Nicht tatsächliche Gleichheit der Menschen in ihrem Denken, Tun, Unterlassen, Erscheinen und Besitzen kann und darf Ziel des Rechts sein, sondern

WEDEL, Gleichheitsgrundsatz und Drittirkung, Festg. H. Jahrreis, Köln etc. 1964, S. 339ff., 342. – G. DAX, Das Gleichbehandlungsgebot als Grundlage positiver subjektiv-öffentlicher Rechte, Bonn 1969, S. 99, 102, bezeichnet den Gleichheitssatz als «wertoffen».

⁶²⁷ Man hat vorgeschlagen, den Begriff «Chancengleichheit» durch «Chancenverbesserung» oder «Chancenangleichung» zu ersetzen, was realistischer erscheine. Dem ist grundsätzlich zuzustimmen. Damit würde jedoch eher der *Weg* als das *Ziel* bezeichnet. Chancengleichheit hat – wie im folgenden zu zeigen ist – ohnedies einen programmatischen, utopischen Charakter und bezeichnet eine stets bleibende Aufgabe rechtlicher Gestaltung, ein nie ganz zu verwirklichendes Ideal gesellschaftlicher Ordnung. Siehe auch oben Anm. 435.

⁶²⁸ Siehe dazu kritisch H. HUBER, Die Gleichbehandlung der Gewerbegenossen, Festschrift für W. Hug, Bern 1968, Neudruck in: H. HUBER, Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht, Ausgewählte Aufsätze 1950–1970, Bern 1971, S. 288ff., 295ff.

⁶²⁹ Vgl. Art. 38 Abs. 1 GG.

Angleichung der Chancen, insbesondere von den grundrechtlichen Freiheiten Gebrauch zu machen: Jeder soll zuallererst gleichen Anspruch auf Zuteilung lebensnotwendiger Güter und Leistungen durch die Gemeinschaft haben. Diesen «sozialen» Aspekt des Gleichheitssatzes hat KONRAD HESSE schon 1951 klar herausgearbeitet⁶³⁰. Das Recht auf Fürsorge wird in dieser Arbeit in gleichem Sinn der Existenzsicherung als Voraussetzung der Ausübung irgendwelcher verfassungsrechtlich gewährleisteter Freiheiten verstanden⁶³¹. Soziale Grundrechtserfüllung verlangt darüber hinaus einen Spielraum freier Persönlichkeitsentfaltung, die der Freiheit der Berufswahl, der Meinungsäußerung, der Ehefreiheit usf. realen Sinn gibt⁶³². Es geht bei der sozialen Gleichheit letztlich um gleiche «Lebenschancen», auf die das Bundesverfassungsgericht zur Begründung des Rechts auf gleiche Teilhabe an den Bildungsinstitutionen hinweist⁶³³.

Der Begriff der Chancengleichheit hat nach diesem Verständnis auch einen begrenzenden Gehalt: *Recht schlechthin, auch «soziales» Recht kann nicht mehr als Chancen sinnvoller Lebensverwirklichung bereitstellen*. Deshalb wurde zu Recht gerade in Auseinandersetzung mit der Existenzphilosophie vom notwendigen «Rahmencharakter des Rechts» gesprochen, vom «rechtlichen Gehege», innerhalb dessen sich menschliche Vielfalt erst soll verwirklichen können⁶³⁴. Sinnerfüllung menschlichen Lebens bleibt

⁶³⁰ HESSE, AÖR 77, 1951/52 (Anm. 626), S. 167 ff., insbes. 220 f. – Vgl. auch die Feststellung des Bundesgerichtes, im Gleichheitssatz sei ein allgemeiner Anspruch auf freie Betätigung der geistigen und sittlichen Individualität und eine allgemeine Pflicht des Staates enthalten, die Persönlichkeit zu achten (BGE 45 I 119 ff.). Diese Aussage ist auch in Hinblick auf die Voraussetzungen der Verwirklichung solcher Persönlichkeitsentfaltung hin mit Sinn zu erfüllen.

⁶³¹ Siehe unten Ziff. 9a.4.

⁶³² Vgl. statt vieler: HÄBERLE, Grundrechte im Leistungsstaat (Anm. 387), S. 84 f., 96 f.: «Gleichheit gewährleistet, daß Freiheit nicht Gruppenprivileg wird. Freiheit durch Gleichheit ist nicht die Folge gesellschaftlicher Selbstregulierung, sondern bedarf leistender und leitender Staatstätigkeit. Soziale Gleichheit ist eine Form der Freiheit – bei allen Vorbehalten angesichts der Gefahr, daß totale Gleichmacherei in Unfreiheit umschlägt.»

⁶³³ Siehe oben Ziff. 8.11.

⁶³⁴ H. HUBER, Das Menschenbild des Rechts, 1961, Neudruck in: H. HUBER, Ausgewählte Aufsätze (Anm. 628), S. 76 ff., 87 f.

dem Recht entzogen. Wo es diesen Anspruch erhebt und damit Lebenstotalität beansprucht, wird es totalitär, macht den Menschen zum Objekt seiner Zielsetzungen und Verfahren. Beschränkung auf Chancengleichheit als programmatischer Richtlinie sozialer Gleichheit schließt grundsätzlich egalitäre Tendenzen aus: Es geht um Schaffung möglichst breiter Entfaltung menschlicher Individualität und vielfältiger Formen der Soziabilität, nicht um Herstellung tatsächlicher Gleichheit oder gesellschaftlicher Uniformität, die totale Unfreiheit bedeuten müßte. Es wird in einem folgenden Abschnitt noch zu verdeutlichen sein, daß der Gleichheitssatz von Art. 4 BV im Sinne der sozialen Gleichheit, der Angleichung in den Voraussetzungen insbesondere der Grundrechtsausübung kein justizierbarer Rechtssatz, sondern programmatischer Verfassungsgehalt mit geringer Normdichte ist. Es ist primär Aufgabe des politischen Prozesses, die Lebensbereiche herauszuheben – unter Anlehnung an die in den Grundrechten enthaltenen Zielsetzungen – und die Maßnahmen zu formulieren, die zu einem Zustand optimaler sozialer Gleichheit und damit möglichst gleicher Freiheit führen sollen. Auch in der ausländischen Literatur steht der Begriff der Chancengleichheit als Teilgehalt der Rechtsgleichheit im Vordergrund verfassungsrechtlicher Diskussion⁶³⁵.

9.3 Die Teilgehalte der Rechtsgleichheit

Will man die verfassungsrechtliche Bedeutung der Rechtsgleichheit in ihrer ganzen Potenz erfassen, gilt es, nach verschiedenen Teilgehalten zu differenzieren und diese in ihren typischen Merkmalen zu erfassen. Dabei kann eine Anlehnung an frühere Bezugs-schemata erfolgen⁶³⁶.

⁶³⁵ SCHOLLER, a.a.O. (Anm.626), S.14, 16, versteht die Chancengleichheit als «Verdichtung des Gleichheitssatzes im Sinne einer «égalité des conditions»». Einen personalen Bezug schafft er, wenn er sie inhaltlich als «Recht auf Glück», als gleiche «Möglichkeit der Selbstverwirklichung zu einer harmonischen Lebensgestaltung» deutet. G. BURDEAU, *Les libertés publiques*, 2. Aufl., Paris 1961, S.82, betrachtet das Gebot der «égalisation des conditions» als der Rechtsidee der Rechtsgleichheit inhärent. Er präzisiert sie als «égalité des chances» und «des moyens»; vgl. auch oben Anm.626.

⁶³⁶ Siehe oben Ziff.6.31; 7.41.

9.31 Übersicht

Der Gleichheitssatz ist zunächst unmittelbar anwendbarer Rechtssatz, der gleichmäßige Anwendung des Gesetzes fordert.

In einem zweiten Teilgehalt erscheint der Gleichheitssatz als Garantie minimaler Gerechtigkeit, Verbot der Willkür, Verpönung groben Unrechts⁶³⁷. Die Normdichte oder Normgewißheit ist auf dieser Stufe der Konkretisierung des Gleichheitssatzes schon geringer als beim Gebot der Gleichbehandlung. Was grobes Unrecht ist, hängt auch von den Rechtsauffassungen einer Zeit, dem Gesamtzustand der Rechtsordnung ab und ist so dem geschichtlichen Wandel anheimgestellt. Die Rechtsordnung gerecht zu *gestalten*, ist primär Aufgabe des Gesetzgebers im Kontext des offenen politischen Prozesses der pluralistischen Demokratie. Die Beschränkung der Verfassungsrechtsprechung auf die Beseitigung *groben* Unrechts ist auch aus dieser Sicht gerechtfertigt.

In einer letzten Stufe hat die Rechtsgleichheit programmatischen Charakter und erscheint nicht mehr unmittelbar justizierbar. Es geht hier eben um das Verfassungsziel einer gerechten, auch sozialgerechten Ordnung im Ganzen. Hier ist die Chancengleichheit als Aufgabe und Ziel des Rechts schlechthin anzusiedeln.

9.32 Anspruch auf gleiche Teilhabe an öffentlichen Leistungen unmittelbar aus Art. 4 BV

Formelle Gleichheit im Leistungsstaat verlangt gleiche Teilhabe des Bürgers an den Einrichtungen des Sozialstaates, insbesondere an seinen Leistungsinstitutionen⁶³⁸. Das Bundesgericht hat unmittelbar aus dem Gleichheitssatz von Art. 4 BV Grundsätze für die Beziehung zwischen öffentlichen Versorgungsbetrieben und

⁶³⁷ Und zwar auch im Rahmen der «sozialen Gerechtigkeit». Daß über den Gleichheitssatz immer wieder neue Maßstäbe der Gerechtigkeit in das positive Recht eindringen, dieses korrigieren und auch fortbilden können, wurde bereits früher dargestellt; s. J.P. MÜLLER, Grundrechte, S. 69–73 und oben Anm. 626.

⁶³⁸ Daß der Gleichheitssatz im Leistungsstaat v. a. bedeutet, daß niemand, gleichgültig aus welchen Gründen, von der Teilhabe an Leistungen der Daseinsvorsorge ausgeschlossen werden darf, insbesondere soweit lebensnotwendige Güter und Leistungen in Frage stehen, hebt auch HESSE, Gleichheitsgrundsatz (Anm. 626), S. 220f., hervor; vgl. auch DAX, a.a.O. (Anm. 626), S. 73.

ihren Benützern abgeleitet und gefunden, daß sich das Gemeinwesen «hierin an gewisse unmittelbar aus der Verfassung fließende Mindestanforderungen zu halten hat». Dazu gehöre vor allem der Grundsatz, «daß die Zulassungs- und Benutzungsbedingungen unter gleichen tatsächlichen Verhältnissen für alle Bürger gleich sein müssen»⁶³⁹. Des weiteren prüfte das Bundesgericht, ob dem vom Gemeinwesen eingeführten Benutzungzwang einer öffentlichen Anstalt notwendigerweise ein Benutzungsrecht entspreche; diese Frage ließ das Gericht offen mit dem Hinweis, daß eine solche verfassungsrechtliche Verpflichtung des Gemeinwesens jedenfalls dort ihre Grenze finde, wo das Leistungsvermögen der Anstalt aufhöre. Diese Grenze sei dann erreicht, wenn die Anstalt nicht mehr in der Lage sei, den ihr gesetzten Zweck zu erfüllen⁶⁴⁰. Der Entscheid steht einer gewissen Generalisierung für die Stellung des Bürgers gegenüber dem leistenden Gemeinwesen offen. Der erste Grundsatz – gleiche Teilhabe im Rahmen bestehender Leistungsgrenzen – findet gewöhnlich seine Konkretisierung im Gebot rechtssatzmäßiger Regelung des Zugangs zu den öffentlichen Leistungen. Das Gebot ist verletzt, wenn Träger öffentlicher Leistungen (z.B. öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Körperschaften, die öffentlich-rechtliche Aufgaben der Ausbildungs-, Forschungs-, Kulturförderung wahrnehmen) nur einzelfallmäßig und nicht rechtssatzmäßig, d.h. nach allgemein-abstrakten Richtlinien, die den Interessierten zugänglich sein müssen, ihre Leistungen verausgaben. Der Entscheid bringt die schon früher festgestellte notwendige Begrenzung des Anspruchs auf positive Leistung gegenüber dem Gemeinwesen zum Ausdruck: Rechtsgleichheit als Recht gleicher Teilhabe an Leistungen stößt wegen der Knappheit verfügbarer Ressourcen notwendigerweise früher oder später auf Grenzen. Ob diese im angeführten Entscheid richtig gezogen seien, steht hier nicht zur Diskussion. Das Numerus-clausus-Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts hat jeden-

⁶³⁹ BGE 92 I 503 ff., 510 E.2b.

⁶⁴⁰ Vgl. auch die kritischen Bemerkungen zum Entscheid bei IMBODEN, Schweiz. Verwaltungsrechtsprechung, 3. Aufl., Bd. II, Basel/Stuttgart 1969, Nr. 452, S. 574 ff., 577 f., unter II.

falls den «Maßgabe»-Vorbehalt differenzierter formuliert⁶⁴¹. Beide Urteile zeigen jedoch, daß im Leistungsstaat auch der Anspruch auf gleiche Teilhabe bald in eine programmatische Zielsetzung der Verfassung umschlägt: die verfassungsrechtlich gebotene Gleichheit der Bildungschancen (der gleiche Zugang zu den Bildungseinrichtungen) ist bei Erschöpfung vorhandener Kapazitäten nicht mehr unmittelbar anspruchsbegründender und justizierbarer Grundrechtsgehalt, sondern der Verfassungsrichter kann höchstens das – weit hin offene – Verfassungsziel gleicher Bildungschancen feststellen und mitunter an den Gesetzgeber appellieren, ohne seiner Mahnung Sanktionen folgen zu lassen.

Gleiche Teilhabe an staatlichen Leistungen garantiert auch der *Armenrechtsanspruch*, den das Bundesgericht aus Art. 4 BV ableitet⁶⁴². Das Gericht zieht in die Garantie des gesetzlichen Gerichtsverfahrens faktische (ökonomische) Voraussetzungen der Verwirklichung der Garantie ein. Es erfüllt damit in einem spezifischen Bereich staatlicher Leistung eine Forderung, die sonst nur im Bereich programmatischer Verfassungsdirektiven bleiben muß: die Forderung, die Voraussetzungen faktischer Grundrechtsausübung in den Schutzbereich des Grundrechts einzubeziehen⁶⁴³.

9.33 Maßstäbe sozialer Gerechtigkeit nach Art. 4 BV?

Mit dem *Willkürverbot*, dem auch das Verbot grober Mißachtung sozialer Gerechtigkeit zu entnehmen ist⁶⁴⁴, ist die Grenze dessen erreicht, was auch im Sozialstaat dem Verfassungsrichter

⁶⁴¹ Siehe oben Ziff. 8.13.

⁶⁴² Siehe dazu oben Anm. 487.

⁶⁴³ Auf die Gründe, warum es sich hier um einen unmittelbar aus der Verfassung abgeleiteten justizierbaren Leistungsanspruch handelt, wurde an anderer Stelle bereits hingewiesen (oben Ziff. 7.43); vgl. auch ZACHER, Soziale Gleichheit, S. 365.

⁶⁴⁴ Vgl. oben Ziff. 9.33. HESSE, Gleichheitsgrundsatz, S. 220f., entnimmt dem Gleichheitssatz (in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG) einen Anspruch jedes einzelnen auf die «lebensnotwendigen Güter und Leistungen». – In der Verkürzung der Forderung sozialer Gerechtigkeit auf den Fürsorgeanspruch kann eine gewisse Parallelität zur allgemeinen Beschränkung der Gerechtigkeitsprüfung im Rahmen des Gleichheitssatzes auf die Willkürprüfung – also die Beseitigung groben Unrechts – gesehen werden.

in der Gestaltung der Rechtsordnung, insbesondere der Sozialgestaltung, sachgerecht zugeordnet werden darf. *Die Schwierigkeiten für den Verfassungsrichter, justiziable Maßstäbe für die Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit zu finden, hat sich in der schweizerischen Praxis weniger im Sozialleistungsrecht als in seiner Entsprechung auf der Einnahmeseite des Leistungsstaates, dem Steuerrecht, gezeigt.*

Die gerechte Ausgestaltung eines Steuersystems ist eine Frage sozialer Gerechtigkeit erster Ordnung. Der Umfang, in dem der Verfassungsrichter justiziable Kriterien zur Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit eines Steuergesetzes findet, kann Maßstab für die Eignung des Verfassungsrichters zur Sozialgestaltung überhaupt sein. Die Praxis des Bundesgerichts zeigt, daß es gerade im Gebiet des Steuerrechts besonders zurückhaltend ist, selbst im beschränkten Rahmen des Gleichheitsprinzips und des Willkürverbots nach Art. 4 BV, justiziable Kriterien für das, was die Gerechtigkeit fordert, aufzustellen.

In BGE 96 I 560/567 wurde ausgeführt, die Frage, ob ein Steuergesetz den Anforderungen des Art. 4 BV genüge, «kann nicht aufgrund formaler Kriterien entschieden werden und fällt letztlich zusammen mit der Frage, ob das Gesetz gerecht sei, d. h. mit der Frage des ‹richtigen Rechts›... Die Gerechtigkeit aber läßt sich nicht näher umschreiben. Sie ist jedenfalls ein relativer Begriff, der sich mit den politischen, sozialen und wirtschaftlichen Verhältnissen wandelt. Das gilt insbesondere auch, soweit es um die Verteilung der Steuerlasten und um die Ausgestaltung der Steuern geht. Hiefür lassen sich in der Regel aus dem in Art. 4 BV enthaltenen Gleichheitssatz nur ganz allgemeine Gesichtspunkte und Richtlinien gewinnen»⁶⁴⁵.

Dem demokratischen Gesetzgeber wird also im Bereich sozialer Umverteilung, an dem die Ausgestaltung des Steuersystems in ganz hervorragender Weise teilnimmt, ein besonders weiter Gestaltungsspielraum eingeräumt. Die Schwierigkeiten, die sich der Rechtsprechung bei der Aufstellung von Kriterien zur gerechten Beurteilung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit von Personen bieten⁶⁴⁶, müßten sich auch beim Bemühen, materielle Maßstäbe zur Beurteilung der Bedürfnislagen verschiedener Gruppen von Leistungsempfängern im Sozialstaat festzusetzen, ergeben. Auch hier wird dem Gesetzgeber die wesentliche Wert- und Prioritätensetzung zukommen und sich das Verfassungsgericht auf eine *grobe*

⁶⁴⁵ Vgl. zur analogen Zurückhaltung des Bundesverfassungsgerichtes: ZACHER, Soziale Gleichheit, S. 351 ff.

⁶⁴⁶ Illustrativ dazu BGE 96 I 560ff., 567ff.

Prüfung der sachlichen Vertretbarkeit geschaffener Lösungen, insbesondere auch des Grades zulässiger Typisierungen im Leistungsrecht, beschränken müssen⁶⁴⁷.

Das will nicht heißen, daß der Verfassungsrichter nicht auch punktuell bestimmte Maßstäbe sozialer Gerechtigkeit feststellen und ihre krasse Verletzung im Einzelfall als grobes Unrecht, als Willkür bezeichnen kann. Diese Chance hat das Bundesgericht m.E. im Entscheid 96 I 53 verpaßt, als es keinen Verstoß gegen die Rechtsgleichheit in einer kantonalen Regelung sah, die Adoptivkinder einer viermal höheren Erbschaftssteuer unterwarf als natürliche Kinder. Der Hinweis darauf, daß das damals noch geltende Bundesrecht leibliche und adoptierte Kinder in wesentlichen Beziehungen ebenfalls ungleich behandelte, genügt nicht, eine so krasse Diskriminierung zu rechtfertigen. Das Urteil erscheint um so unverständlicher, als sich das Bundesgericht des gewandelten sozialen Rechtsbewußtseins gerade im Adoptionsrecht durchaus bewußt war und sogar auf die im Zuge befindliche Revision des Adoptionsrechts auf Bundesebene Bezug nahm. Dem Bundesgericht hätte hier offen gestanden, eine Führungsrolle in der Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit zu übernehmen, ohne den gebotenen Rahmen der Gestaltungsfreiheit des kantonalen Gesetzgebers zu mißachten.

9a. Anhang:

Hinweise auf weitere Aktualisierungen klassischer Grundrechtsgehalte im Sozialstaat

Ähnliche Probleme sozialstaatlicher Aktualisierung wie bei der Rechtsgleichheit stellen sich bei andern Grundrechten, gerade im wirtschaftlichen Bereich. Es seien exemplarisch einige Fragen herausgegriffen, die weiterer wissenschaftlicher Bearbeitung bedürfen und die den Rahmen der vorliegenden Problemstellung sprengen.

9a.1 Eigentumsgarantie

9a.11 Geänderte Formen wirtschaftlicher Existenzsicherung

Unter den konstitutiven Elementen der Sozialverfassung spielt die Eigentumsgarantie eine entscheidende Rolle. Das Eigentum hat seine Bedeutung wesentlich als eine Form wirtschaftlicher Existenzsicherung des einzelnen gewonnen, und sein personaler

⁶⁴⁷ Zu Recht betont HESSE, Grundzüge, S.176f., die Beschränkung auf Willkürprüfung ändere nichts an der Verpflichtung des Gesetzgebers, Gesetze zu schaffen, die nicht bloß nicht-willkürlich, sondern die in jeder Hinsicht sachgemäß und gerecht sind, auch wenn er nur in den äußersten Grenzen des Willkürverbots *richterlicher* Kontrolle unterliegt.

Zug wird auch heute darin gesehen, daß es sich als Voraussetzung freier und selbstverantwortlicher Lebensgestaltung erweise⁶⁴⁸.

Als wirtschaftliche Sicherung individueller Lebensgestaltung hat das Sacheigentum aber wesentlich an sozialer Bedeutung verloren. Grundlage privater Existenzsicherung und Lebensgestaltung ist weit mehr die eigene Arbeit (die Freiheit zum und am Arbeitsplatz⁶⁴⁹) und die Teilhabe an den Leistungen staatlicher Daseinsvorsorge und Fürsorge⁶⁵⁰. Lohnforderungen oder Gesellschaftsanteile, Gehaltsansprüche der Beamten und Sozialversicherungsansprüche haben weitgehend die früher durch das Sacheigentum erfüllte Aufgabe der Existenzsicherung übernommen.

Das Bundesgericht hat in seiner Praxis der gewandelten gesellschaftlichen Situation insofern Rechnung getragen, als es auch andere als dingliche Rechte, namentlich obligatorische Rechte, aber auch Besoldungs- und Pensionsansprüche von Beamten dem Schutz der Eigentumsgarantie unterstellt. Die Praxis ist hier nicht erneut darzustellen, da auf andere Darstellungen verwiesen werden kann⁶⁵¹.

9a.12 Bestandsgarantie für Sozialleistungssysteme?

Eine Frage, die sich infolge der gewandelten Formen sozialer Sicherung des Menschen aufdrängt, geht dahin, ob mitunter auch Sozialleistungssysteme (Einrichtungen der Altersfürsorge, der Krankenversicherung u.a.) einen gewissen Bestandesschutz genießen in dem Sinn, daß auch der Gesetzgeber sie nicht beseitigen oder in ihrem «Wesensgehalt» angreifen dürfte. Es ginge also um eine der Institutsgarantie beim Eigentumsschutz⁶⁵² vergleichbare verfassungsrechtliche Sicherung.

⁶⁴⁸ Dazu und zum folgenden: HESSE, Grundzüge (oben Anm. 14), S. 178 ff.; SALADIN, Grundrechte im Wandel (oben Anm. 391), S. 130 f., 391 ff.; P. BADURA, Verwaltungsrecht im liberalen und sozialen Rechtsstaat, Tübingen 1966, S. 26/27; zur Wandlung des Eigentumsbegriffs vor allem E. STEIN, Zur Wandlung des Eigentumsbegriffs, in: Festschrift für G. Müller, Tübingen 1970, S. 503 ff.

⁶⁴⁹ HÄBERLE, Grundrechte, S. 85, mit weiteren Hinweisen.

⁶⁵⁰ HESSE, a.a.O., S. 179; s. auch oben Ziff. 6.2 am Ende.

⁶⁵¹ M. IMBODEN, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bd. I, 3. Aufl., Basel/Stuttgart 1968, Nr. 341 S. 210–217; SALADIN, a.a.O., S. 125 ff., 391 ff.; H. HUBER, Öffentlich-rechtliche Gewährleistung, Beschränkung und Inanspruchnahme privaten Eigentums in der Schweiz (1960) in: Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht, Bern 1971, S. 197 ff., bes. 209 ff.

Zur Beantwortung der Frage, ob auch gesetzlich vorgesehene Sozialleistungen (Alters-, Invalidenunterstützung usf.) zu einem bestimmten Grad dem Zugriff des Gesetzgebers entzogen seien, könnte auf die Praxis des Bundesgerichts zur Frage des Schutzes von Pensionsansprüchen des Beamten verwiesen werden. Eine Verbindung beider Problemkreise scheint um so mehr Berechtigung zu erhalten, als der Leistungsstaat dem einzelnen immer mehr die Daseinsvorsorge für das Alter, für den Fall der Invalidität und andere Existenzsorgen abnimmt⁶⁵³. Besonders dann, wenn die gesetzlich vorgesehene Leistung zum Teil auch auf früheren Beiträgen des Empfängers beruht⁶⁵⁴, entsteht zwischen Sozialleistungsträger und -empfänger eine rechtliche Sonderverbindung, die dem Verhältnis des Beamten zu seiner Pensionskasse nicht unähnlich ist.

9a.13 Verfassungsrechtlicher Schutz von Pensionsansprüchen

Im Entscheid BGE 70 I 10 hat das Bundesgericht für Pensionsansprüche des Beamten einen dreifachen verfassungsrechtlichen Schutz festgestellt:

a) Sofern das Gesetz selber gewisse Pensionsansprüche als unabänderlich erklärt, bindet sich der Gesetzgeber selber, er schafft wohlerworbene Rechte, die «als zugesicherte Leistungen von bestimmter Höhe jeder späteren Herabsetzung, auch durch die Gesetzgebung, entzogen sind»⁶⁵⁵.

b) Bestimmte, individuell abgegebene Zusicherungen hinsichtlich des Betrages finanzieller Leistungen können ebenfalls wohlerworbene Rechte begründen, *die der Disposition durch den Gesetzgeber entzogen sind*⁶⁵⁶. In der Praxis wurde mitunter angenommen, daß schon «darin eine Unabänderlichkeits-Zusicherung zu erblicken sei, daß weder in einem Rechtssatz noch in der Pensionsverfügung die spätere Anpassung der Rente vorbehalten wurde»⁶⁵⁷. Der Grundsatz läßt sich nicht unbedenkenlos auf das Sozialversicherungsrecht übertragen; er konkurriert mit dem gegen-

⁶⁵² Statt vieler: SALADIN, Grundrechte im Wandel, S.122 mit Anm.42; zum Problemkreis s. auch oben Ziff.7.44.

⁶⁵³ H. KRÜGER hat schon 1956 (VVDStRL 15, 1957, S.109ff.) darauf hingewiesen, daß sich heute die Rechtsstellung des Bürgers im Leistungsstaat mit seinen vielfältigen Für- und Vorsorgefunktionen immer mehr dem Status nähert, wie er früher für sog. besondere Gewaltverhältnisse typisch war. – Allgemeines und besonderes Gewaltverhältnis (das Bundesgericht spricht jetzt vom besonderen und allgemeinen «Rechtsverhältnis» – vgl. BGE 98 Ia S.365) durchdringen sich im Leistungsstaat zusehends; s. auch oben Ziff.7.44.

⁶⁵⁴ Vgl. den Hinweis in BGE 70 I 23.

⁶⁵⁵ BGE 67 I 27.

⁶⁵⁶ BGE 70 I 10.

⁶⁵⁷ ZBI 59, 1958, S.410, zit. bei IMBODEN, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung (oben Anm.651), Nr.341, S.215 unter IV.

läufigen Prinzip, daß der Bürger – innerhalb der Grenzen des Rückwirkungsverbots – mit der Revision der Gesetze und Verordnungen rechnen muß⁶⁵⁸.

c) Liegt weder eine Selbstbindung des Gesetzgebers noch eine individuelle Zu-
sicherung vor, so darf der Pensionsanspruch nur unter Wahrung des Willkür-
verbots, d.h. nicht ohne ausreichenden Grund gekürzt werden. «Auch einseitige
Eingriffe zu Lasten einzelner Berechtigter oder bestimmter Gruppen wären vor
Art. 4 BV nicht haltbar, soweit sie sich nicht besonders rechtfertigen sollten.»⁶⁵⁹

Es ist zu prüfen, wie weit sich dieser Grundsatz für bestimmte
Bereiche sozialer Sicherung insbesondere im Gebiet der öffent-
lichen Alters- und Krankenvorsorge verallgemeinern ließe, in dem
Sinn, daß nach Art. 4 BV jedenfalls nur *besondere öffentliche Interessen* gestatten, dem Vertrauen des Bürgers auf Fortbestand
einer ihm günstigen Sozialleistungsgesetzgebung den Schutz zu
versagen. Die Frage kann hier nicht abschließend beantwortet
werden.

9a.2 Begründung von Sozialleistungsansprüchen durch behördliche Zusicherung

Der angeführte Entscheid BGE 70 I 10 wirft ferner die Frage
auf, wie weit behördliche Zusagen im Rahmen des Leistungsrechts
unter dem Gesichtspunkt des Schutzes von Treu und Glauben als
Teilgehalt von Art. 4 BV verfassungsrechtlich gewährleistete In-
dividualansprüche zu begründen vermögen. Das Problem der Ver-
bindlichkeit verwaltungsbehördlicher Zusicherungen wurde bisher
vorwiegend für den Bereich der Eingriffsverwaltung untersucht⁶⁶⁰.
Die gewonnenen Ergebnisse sind auch für die Leistungsverwaltung
in angemessener Weise fruchtbar zu machen.

Das Sozialversicherungsgericht hat in einem Entscheid aus dem Jahre 1967
anerkannt, daß grundsätzlich auch Zusicherungen von Leistungen der Invaliden-
versicherung in Abweichung von der gesetzlichen Ordnung Ansprüche des Bedürf-
tigen begründen können, wenn er im Vertrauen auf die vorbehaltlose Auskunft
der Invalidenversicherungskommission eine Disposition traf, die nicht rückgängig
gemacht werden kann⁶⁶¹.

⁶⁵⁸ Vgl. dazu U. GUENG, Zur Verbindlichkeit verwaltungsbehördlicher Auskünfte
und Zusagen, ZBl 71, 1970, S. 497 ff., S. 504 mit dort zit. Lit., insbes. in
Anm. 217.

⁶⁵⁹ BGE 70 I 10ff., insb. 23.

⁶⁶⁰ Vgl. die Übersicht bei GUENG, a.a.O., S. 473 ff.

⁶⁶¹ EVGE 1967, S. 35 ff., insbes. Ziff. 4a S. 40/41. – Im vorliegenden Fall hatte die

In ähnlicher Richtung geht der bereits angeführte Entscheid des Bundesgerichts vom 24. Februar 1971⁶⁶², in dem der Widerruf einer Stipendienzusage an einen Universitätsstudenten als gegen Art. 4 BV und insbesondere den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßend aufgehoben wurde, u.a. mit der Begründung, daß die Behörde den in der Widerrufsbegründung angeführten Fehler in der Sachverhaltsermittlung selbst zu verantworten habe.

Im Rahmen des Leistungsrechts wird die Verbindlichkeit gesetzwidriger behördlicher Zusagen besonders auch unter dem Gesichtspunkt problematisch, daß es sich bei Sozialleistungen wie Stipendien und Renten meist um Tatbestände von einer gewissen Dauer handelt. Ungelöst ist auch das Problem, wann öffentliche Interessen so stark ins Gewicht fallen, daß sie das Interesse des Vertrauenschutzes des Bürgers in den Hintergrund stellen⁶⁶³. Wenn auch zu Recht fiskalische Interessen in aller Regel gegenüber dem rechtsstaatlichen Gebot des Vertrauenschutzes als unterlegen betrachtet werden⁶⁶⁴, ist doch nicht auszuschließen, daß wirtschaftliche Krisenzeiten zu differenzierteren Lösungen zwingen würden.

9a.3 Wirtschaftsfreiheit als soziale Freiheit

Ein ähnlicher oder noch stärkerer Wandel des Bedeutungsgehalts wie bei der Eigentumsgarantie ist bei der Handels- und Gewerbefreiheit festzustellen. Sie behält ihre individualrechtliche Funktion, vor allem als Freiheit des Unternehmertums und anderer selbständiger Erwerbstätigkeit⁶⁶⁵. Für den größten Teil der

IV-Kommission dem Petenten mitgeteilt, er könne damit rechnen, daß die Invalidenversicherung die Studiengelder, die notwendigen Kosten für Unterkunft und Verpflegung sowie die Reisespesen für das geplante Hochschulstudium übernehme. Die Zusicherung widersprach der gesetzlichen Regelung. Während das Gericht das Erfordernis der «nachteiligen Disposition» in der Tatsache der Aufnahme des Studiums im Vertrauen auf die Zusage als gegeben zu betrachten schien, hielt es die Voraussetzung der vorbehaltlosen Zusage als nicht erfüllt, da in der Auskunft darauf hingewiesen worden war, daß erst die Verfügung den «Anspruch auf diese Leistungen begründen» werde. Ferner stellte es die Kausalität zwischen behördlicher Zusage und Studienaufnahme in Frage (a.a.O., S. 40).

⁶⁶² Siehe oben Ziff. 8.42.

⁶⁶³ Eine ähnlich gelagerte Problematik zeigt sich heute bei der Frage der Plangewährleistung; vgl. diesbezüglich die aufschlußreiche Abwägung in BGE 98 Ia 377 und 379; zur Plangewährleistung vgl. insb. OLDIGES (Anm. 294) und SCHEUNER (Anm. 190), S. 45 ff.

⁶⁶⁴ Vgl. GUENG, a.a.O., S. 508 mit Anm. 238; GRISEL, a.a.O. (oben Anm. 482), S. 171 und auch BGE 70 I 10ff.

⁶⁶⁵ So GYGI, Wirtschaftsverfassung, S. 361; s. auch oben Ziff. 6.2.

Bevölkerung, der Angestellten und Arbeiter bleibt Wirtschaftsfreiheit als individualrechtlich verstandene Rechtsposition jedoch ohne Folge⁶⁶⁶. Arbeitnehmer und Konsumenten bleiben verfassungsrechtlich in der Handels- und Gewerbefreiheit weitgehend unberücksichtigt⁶⁶⁷. Das hat zur Folge, daß sich die wesentlichen Fragen der heutigen Wirtschaftsordnung außerhalb dieses wirtschaftlichen Grundrechts abspielen⁶⁶⁸.

Ob der Einbezug der Arbeitnehmer als Subjekte der Handels- und Gewerbefreiheit in der neuern Praxis des Bundesgerichts⁶⁶⁹ Ansatz für eine tiefgreifende Umdeutung im Sinne einer ausgesprochen personenbezogenen Wirtschaftsfreiheit namentlich unter Hervorhebung der Freiheit der Berufswahl (und der Wahl des Arbeitsplatzes, evtl. auch der Ausbildungsstätte) sein wird, bleibt abzuwarten⁶⁷⁰. Vorerhand ist die wesentliche verfassungsrechtliche Aussage zur Rechtsstellung des Arbeitnehmers in Art. 34^{ter} zu erblicken; die Bestimmung wurde auch als «Sozialartikel» bezeichnet. Sie gilt heute als Grundlage der Arbeitsverfassung und steht nach richtiger Auffassung als solche gleichwertig neben der Wirtschaftsfreiheit⁶⁷¹. Es liegt in ihr auch die Grundlage für die gesetzliche «Regelung betrieblicher und beruflicher Angelegenheiten», also z. B. auch die Statuierung von Anhörung und Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Unternehmen⁶⁷².

In seiner programmatischen Bedeutung fordert der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit in der heutigen sozialen Wirklichkeit mehr

⁶⁶⁶ So SCHEUNER, Funktion der Grundrechte im Sozialstaat, S. 512; SALADIN, Grundrechte im Wandel, S. 408f.

⁶⁶⁷ GYGI, Schweiz. Wirtschaftsverfassung, S. 361f.

⁶⁶⁸ So vgl. zu Art. 12 GG SCHEUNER, a.a.O., S. 512; zu BV 31 GYGI, a.a.O., S. 361f.; SALADIN, a.a.O., S. 406ff.

⁶⁶⁹ BGE 84 I 18ff., S. 20, E. 2; vgl. die abweichende frühere Praxis zit. bei AUBERT, *Traité* (Anm. 482), Bd. II, N. 1877 Anm. 2, S. 671. Vgl. zu dieser Praxis auch CHRISTEN, a.a.O. (oben Anm. 190), S. 248; SALADIN, a.a.O., S. 278.

⁶⁷⁰ SALADIN, a.a.O., scheint die Frage eher zu bejahen (S. 278, 408f., 410); für GYGI, a.a.O., S. 361f., hat die Handels- und Gewerbefreiheit dem Arbeitnehmer rechtlich nach wie vor «nichts zu bieten».

⁶⁷¹ So GYGI, a.a.O., S. 367: Hinter der Verfassungsbestimmung von BV 34^{ter} sei «mehr und anderes zu suchen als Ausnahmen von der Handels- und Gewerbefreiheit, nämlich die Arbeitsverfassung».

⁶⁷² GYGI, a.a.O., S. 367f. Auf das Problem der Mitbestimmung im Betrieb, namentlich die Frage des Verhältnisses zur Eigentumsgarantie, kann hier nicht eingegangen werden; vgl. statt vieler: SCHLUEP, a.a.O. (oben Anm. 463), S. 341ff.; 346ff.; Jahrbuch der Neuen Helvetischen Gesellschaft, Jg. 44, 1973, Mitbestimmung im Beruf und im Betrieb, mit Beiträgen verschiedener Autoren.

als Freiheit von staatlicher Intervention. Gerade hier gilt, daß «die natürliche Freiheit, die die Grundrechte ihrer historischen Idee nach gewähren wollten, irreal geworden und in eine rechtliche Freiheit umzubilden» ist⁶⁷³.

GYGI hat die wesentlichen Richtlinien dieser im Lichte sozialer Gleichheit programmatisch verstandenen Wirtschaftsfreiheit wie folgt skizziert⁶⁷⁴: Es gehe im wesentlichen um «Beseitigung der wirtschaftlichen und sozialen Hindernisse oder Machtstellungen, die der wirtschaftlichen Entfaltung des einzelnen entgegenstehen, anderseits um die Überwindung ökonomischer Insuffizienzen»⁶⁷⁵. Soziale Gleichheit «soll ökonomische Ungleichheit abbauen und Chancen der Entfaltung in vernünftig angezeigtem Maße bieten»⁶⁷⁶. Der Sozialpolitik gemäß der Bundesverfassung muß es letztlich darum gehen, «soziale Gleichheit zu fördern ... im Hinblick auf die Verbesserung der Bedingungen sozialer Freiheit *und* wirtschaftlicher Entfaltung»⁶⁷⁷.

9a.4 Gewährleistet die Bundesverfassung ein «Recht auf Fürsorge»?

Es fragt sich, ob zu den «kleinen» Sozialrechten der heutigen Bundesverfassung⁶⁷⁸ nicht auch das Recht auf Fürsorge zu zählen sei – im Sinne einer existenzsichernden Sozialhilfe in Notlagen für

⁶⁷³ K. STERN, Der Rechtsstaat, Krefeld 1971, S. 18f.

⁶⁷⁴ a.a.O., S. 351 ff.

⁶⁷⁵ a.a.O., S. 352.

⁶⁷⁶ a.a.O., S. 353.

⁶⁷⁷ a.a.O., S. 354. Nach SALADIN, a.a.O., S. 409 ff., 411, empfiehlt sich eine ausdrückliche verfassungsrechtliche Garantie eines besonders persönlichkeitsnahen Aspekts der Wirtschaftsfreiheit: des Rechts, Beruf und Arbeitsort frei zu wählen. Daneben stelle sich die Frage der *Ergänzung* der umgedeuteten Handels- und Gewerbefreiheit durch besondere Sozialrechte.

⁶⁷⁸ Zu ihnen sind namentlich auch folgende positive Leistungsansprüche zu zählen, die sich unmittelbar aus der Verfassung ergeben: der Anspruch auf das prozessuale «Armenrecht» (Art. 4 BV); der Anspruch auf ein schickliches Begegnen (Art. 53 Abs. 2 BV, der 1874 in die BV aufgenommen worden ist; er wird ausdrücklich als «Minimalgarantie» staatlicher Leistung bezeichnet: s. BGE 97 I 221 ff.; ZBl 31, 1930, S. 174f.); der Unterstützungsanspruch der Wehrmänner gemäß Art. 18 Abs. 2 BV (zur gesetzlichen Ausgestaltung dieses Anspruchs vgl. BG über die Militärversicherung vom 20. 9. 1949 und BG über die Erwerbsausfallentschädigungen an Wehr- und Zivilschutzpflichtige [Erwerbsersatzordnung] vom 29. 5. 1952) und den Anspruch auf unentgeltliche Ausrüstung der Wehrmänner (BV Art. 18 Abs. 3); auf die Garantie gemäß Art. 27 Abs. 2 wurde bereits oben Bezug genommen, s. oben Ziff. 7.252.

Wohnung, Nahrung, Kleidung und Hilfe bei Krankheit. Diesem Sozialrecht käme nicht die programmatische Bedeutung künftiger Sozialgestaltung im Gemeinwesen zu, sondern die Sicherung minimaler Voraussetzungen eines menschenwürdigen Daseins⁶⁷⁹.

Die Bundesverfassung geht an verschiedenen Stellen vom Anspruch auf «Armenunterstützung» aus, ohne eine entsprechende Pflicht des Gemeinwesens ausdrücklich zu erwähnen⁶⁸⁰. Das Konkordat über die wohnörtliche Armenunterstützung vom 16.12.1960⁶⁸¹, dem sämtliche Kantone beigetreten sind, bringt die zunehmende Verschiebung zur *wohnörtlichen* Armenunterstützung zum Ausdruck. Das Konkordat schließt ausdrücklich einen Rechtsanspruch des einzelnen auf wohnörtliche Unterstützung aufgrund des Konkordats aus. Es bringt jedoch ein gewandeltes und gefestigtes Rechtsbewußtsein hinsichtlich der Fürsorgepflicht der Wohnortsgemeinde und des Wohnortskantons zum Ausdruck.

Das Grundrecht auf Fürsorge im beschriebenen Sinn erscheint justizierbar. Es fehlt nicht an Gesichtspunkten und Richtlinien juristischer Entscheidfindung, um im Einzelfall den subjektiven und objektiven Umfang des Anspruchs zu konkretisieren. Anhaltspunkte bieten: die von der Schweizerischen Konferenz für öffentliche Fürsorge periodisch veröffentlichten Richtsätze⁶⁸², die kantonale und eidgenössische Gesetzgebung über Ergänzungsleistungen zur AHV und IV, mit der erstmals ein bestimmtes Existenzminimum an AHV- und IV-Rentner gewährt wird, weiter die zeitgemäßen kantonalen Fürsorgegesetze⁶⁸³. Anhaltspunkte für die Konkretisierung des Fürsorgeanspruchs könnten sich ferner aus der Praxis zur Verwandtenunterstützungspflicht gemäß Art. 328 ZGB, weiter aus der Praxis zu Art. 92ff., bes. 93 SchKG, ergeben, wobei die unterschiedliche Problemlage des Vollstreckungsrechts gegenüber dem Fürsorgerecht selbstverständlich beachtet

⁶⁷⁹ Die öffentliche Einzelfürsorge ist die Nachfolgerin der Armenpflege oder Armenfürsorge als ursprünglichster Form organisierter Sozialhilfe. Früher von der Kirche getragen, ist sie in der Neuzeit in die Hand des Gemeinwesens (Kanton, Gemeinde) übergegangen. Im Laufe der letzten Jahrzehnte ist sie infolge des Ausbaus der modernen Sozialeinrichtungen (Sozialversicherung, Ausgleichssysteme usf.) zusehends in den Hintergrund getreten. Für ihre bleibende Bedeutung sei auf die Spezialliteratur verwiesen (vgl. A. SAXER, Die soziale Sicherheit in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1970; W. RICKENBACH, Sozialwesen und Sozialarbeit in der Schweiz, 3. Aufl., Zürich 1972, bes. S. 161 ff.).

⁶⁸⁰ Vgl. Art. 45 Abs. 3: «angemessene Unterstützung» durch die Heimatgemeinde; Art. 45^{bis} Abs. 2: «Unterstützung» der Auslandschweizer; Art. 48: «Kosten der Verpflegung ... armer Angehöriger eines Kantons, welche in einem andern Kanton krank werden ...» u.a.

⁶⁸¹ AS 1961, S. 3ff.

⁶⁸² Siehe RICKENBACH, a.a.O., S. 163.

⁶⁸³ Vgl. auch BERICHT der Studienkommission für die Neuordnung der Fürsorge im Kanton Zürich vom 27.10.1971.

werden muß (was etwa die analoge Anwendung von Art. 92 Ziff. 3 SchKG im Fürsorgerecht wohl ausschließen würde). Konkretisierungsmaßstäbe sind ferner den international anerkannten Standards sozialer Fürsorge⁶⁸⁴ zu entnehmen.

Es geht hier nicht darum, den Inhalt des Fürsorgeanspruchs in Anlehnung an genannte Konkretisierungsmaßstäbe abschließend festzulegen, sondern aufzuzeigen, daß sich dieser Anspruch in ein institutionell gefestigtes Koordinaten- system einbetten ließe. Dies gilt auch für die Frage, wer Anspruchsgegner sein soll. Nach Art. 15 Abs. 2 des Konkordats über die wohnörtliche Unterstützung kommt in erster Linie «die wohnörtliche Behörde» in Frage. Für die Erledigung der finanziellen Konsequenzen bestehen bereits die Institutionen des inner- und interkantonalen Finanzausgleichs bzw. die Kostenteilung gemäß Art. 15ff. des Konkordats.

Die Frage soll hier offen bleiben, ob das Recht auf Fürsorge als besonderes ungeschriebenes Grundrecht, als Teilgehalt der persönlichen Freiheit oder als besonderer Ausfluß der Rechtsgleichheit (etwa in Anlehnung an das prozessuale Armenrecht) eingeordnet werden soll. Entscheidend ist jedenfalls der verfassungsrechtliche Grundsatz der Sozialverpflichtung des Staates, der dem ungeschriebenen Verfassungsrecht zugerechnet werden muß⁶⁸⁵ und der vom Konsens der Rechtsgemeinschaft getragen ist. Maßgeblich für die Anerkennung des Rechts auf Fürsorge dürfte schließlich der Grundsatz der Menschenwürde sein, der neuerdings vom Bundesgericht als Grundlage sämtlicher geschriebener und ungeschriebener individueller Verfassungsrechte anerkannt wird⁶⁸⁶. Wenn das Bundesgericht erklärt, als ungeschriebenes Grundrecht seien «Befugnisse und Freiheiten» anzuerkennen, die «Voraussetzung für die Ausübung anderer Freiheitsrechte» bilden oder sonst als unentbehrlicher Bestandteil der demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung des Bundes erscheinen⁶⁸⁷, so verlangt

⁶⁸⁴ Vgl. Art. 12 Europäische Sozialcharta, Übereinkommen Nr. 102 der Internationalen Arbeitsorganisation u.a.

⁶⁸⁵ Vgl. oben Anm. 581.

⁶⁸⁶ BGE 97 I 50. – Zur Anerkennung eines unmittelbar aus der Verfassung fließenden Fürsorgeanspruchs in der BRD vgl. oben Ziff. 6.32 mit Anm. 421 und HESSE, Gleichheitsgrundsatz (oben Anm. 626), der schon 1952 schrieb: «Denn soweit es sich um lebensnotwendige Leistungen handelt, greift der Gesichtspunkt des gleichen Eigenwertes aller Menschen als solcher ein, wie er in Art. 1 Abs. 1 GG positiviert und in Art. 79 Abs. III GG jeder Änderung durch den Gesetzgeber entzogen ist.» (S. 220/221).

⁶⁸⁷ BGE 96 I 107; 96 I 224; vgl. oben Ziff. 6.32.

eine minimale soziale Sinnerfüllung dieser Formel, daß der Anspruch auf ein Existenzminimum durch staatliche Leistungen für jeden Menschen sichergestellt sei. M.E. ist daher das Recht auf Fürsorge heute schon als ein ungeschriebenes Grundrecht der geltenden Bundesverfassung anzuerkennen.

10. Andere Formen der verfassungsrechtlichen Verankerung des Sozialstaates

10.1 Suche nach Alternativen zu Sozialrechten

Daß es sich bei den Sozialrechten in der Regel trotz des erweckten Anscheins nicht um eigentliche subjektive Rechte handeln kann, wird auch von Befürwortern ihrer verfassungsrechtlichen Verankerung erkannt⁶⁸⁸; zu fragen bleibt, ob die Diskrepanz von Form und Inhalt nicht sowohl der «Sache» der *Sozialrechte* (nämlich den mit ihnen bezeichneten sozialpolitischen Forderungen) als auch dem Ansehen der Verfassung überhaupt abträglich sei⁶⁸⁹. Es wurden verschiedene Gesichtspunkte aufgezeigt, die für eine Bejahung der Frage sprechen. Als Schlußfolgerung drängt sich auf, daß eigentliche Sozialrechte – nimmt man sie als individualrechtliche Verbürgungen ernst – als verfassungsrechtlicher Ausdruck sozialpolitischer Grundentscheidungen des Verfassungsgewalters weitgehend ausscheiden. Es ist nach andern Formen zu suchen, die dem Sozialstaat den gebotenen verfassungsrechtlichen Rahmen zu geben vermögen.

⁶⁸⁸ So etwa E. ZELLWEGER, Die Sozial- und Wirtschaftsrechte in einer neuen Bundesverfassung, ZBl 71, 1970, S. 321 ff., 326 f.; jetzt auch H. HUBER, Wirtschaftspolitische Ziele in der Verfassung (oben Anm. 594), S. 39 ff. – ZELLWEGER stellt fest, daß die mit den Sozialrechten verbundene Vagheit zwar dem schweizerischen Verfassungsrecht nicht angemessen, jedoch unschädlich sei, da genügend politische Sicherungen im demokratischen Gesetzgebungsverfahren vorhanden seien, um diese zu kompensieren.

⁶⁸⁹ Vgl. statt vieler BRUNNER, a.a.O. (oben Anm. 469), S. 12.

10.2 Imperativer Charakter von Kompetenznormen

In einem Bundesstaat, dessen Kompetenzen in der Verfassung enumeriert sein müssen (Art. 3 BV), sind schlichte *Kompetenznormen* das Minimum dessen, was der Sozialstaat zu seiner Verwirklichung auf Bundesebene bedarf. Der normative Gehalt von Kompetenznormen kann sich nicht in der Abgrenzungsfunktion erschöpfen. Hinter der Zuweisung von Zuständigkeiten an den Bund liegt ein bestimmter politischer Wille. Jede Kompetenznorm trägt – weil sie von einem verfahrensmäßig ermittelten breiten Konsens der bundesstaatlichen Rechtsgemeinschaft getragen sein muß – auch ein imperatives Element in sich, einen Auftrag an den Bund – bei Gesetzgebungskompetenzen an den Gesetzgeber –, auf dem betreffenden Gebiet etwas vorzukehren. Jeder Kompetenznorm kommt somit auf einem spezifischen Gebiet ein gewisser Appellcharakter zu⁶⁹⁰, weshalb die Unterscheidung zwischen «fakultativen» und «obligatorischen» Kompetenznormen, wie sie in neueren Verlautbarungen anklingt⁶⁹¹, problematisch erscheint; sie ist höchstens quantitativer, nicht qualitativer Natur.

10.3 Sozialpolitische Richtlinien, Zielbestimmungen, Gesetzgebungsaufräge

Angesichts der Vielzahl der dem modernen Staat zukommenden Aufgaben kann es wünschbar erscheinen, bereits auf Verfassungsebene einem Anliegen, dessen Verwirklichung gesetzgeberischer Maßnahmen bedarf, besondern Nachdruck zu verleihen oder zukünftiger Gesetzgebung durch bestimmte Zielsetzungen die Richtung zu weisen. Diese Aufgabe können besondere *Gesetzgebungsaufräge, Staatszielbestimmungen, Programmsätze oder andere For-*

⁶⁹⁰ Dies gilt sogar für die «schlichten» Kompetenznormen wie Art. 64 BV, der gerade in seinem Aufbau die verschiedenen geschichtlichen Stufen eines wachsenden Bedürfnisses und daraus fließenden Auftrags der Vereinheitlichung des Privatrechts zum Ausdruck bringt; zum Problemkreis s. oben Ziff. 2.1.

⁶⁹¹ Botschaft des Bundesrates zum Umweltschutzartikel der Bundesverfassung (Art. 24^{septies} BV) vom 6.5.1970, BBl 1970 I, S. 761 ff., 776.

*men verfassungsrechtlicher Prinzipien wahrnehmen*⁶⁹². Ihre Funktion im Bereich der Wirtschafts- und Sozialpolitik ist näher zu untersuchen.

10.31 Appellwirkung

Es kann ihnen eine Appellwirkung vor allem an den Gesetzgeber, indirekt auch an die Organe, Instanzen und Personen, die im Gesetzgebungsverfahren ein Initiativrecht besitzen, zukommen. Ob oder wie weit Gesetzgebungsaufträgen im Rahmen der Verfassungsbeschwerde eine besondere Durchsetzungschance gesichert werden kann und soll, wird besonders zu prüfen sein.

10.32 Zuordnung von Freiheitsrechten und Gemeinschaftsaufgaben

Sie können die Einheit der Verfassung in dem Sinn zum Ausdruck bringen, daß sie die Zuordnung von Gemeinschaftsaufgaben des Gemeinwesens und Freiheitsrechten (namentlich des wirtschaftlichen Bereichs) in einer der heutigen Staatswirklichkeit angemessenen Weise zum Ausdruck bringen.

Lenkungs- und Leistungsaufgaben des modernen Gemeinwesens können oft ebenso dem wohlverstandenen liberalen wie dem Sozialstaat zugerechnet werden, so etwa Maßnahmen zur Konjunkturlenkung (Inflationsbekämpfung, Vollbeschäftigungspolitik usf.), die ebenso das Funktionieren des «freien» Marktes sichern wie sozialpolitischen Zielen dienstbar sein können. Liberaler und intervenierender Staat begegnen sich etwa auch in Maßnahmen zum Schutze der Presse⁶⁹³. Es geht um Stützung eines Wirtschaftszweiges mit dem Ziel eines optimalen Wettbewerbs der Meinungen im politischen Prozeß.

⁶⁹² GRIMM, a.a.O. (oben Anm. 7), S. 499, weist m. E. jedoch zu Recht darauf hin, daß der Sozialstaat besonderer verfassungsrechtlicher Garantien eher entbehren kann als anderer Staatsziele. Der politische Druck in Richtung der Erfüllung erweckter Erwartungen auf Leistungen und Förderungen wirke stärker als jede verfassungsrechtliche Garantie. (Problematisch bleibt, ob sich wirklich die Bedürftigsten auch in angemessener Weise im politischen Prozeß zu artikulieren vermögen. Wie weit die sozial interpretierte Rechtsgleichheit gerade auch dem Ausgleich unter verschiedenen Gruppen im Leistungsstaat dienstbar gemacht werden kann, ist an anderer Stelle zu prüfen; s. oben Ziff. 9 und ZACHER, AöR 93, S. 341 ff., 358 f.).

⁶⁹³ Es ist aufschlußreich, daß die Kartellkommission empfiehlt, allfällige Maßnahmen im genannten Sinn auf den «sozialpolitischen» Artikel 31^{bis} Abs. 3 lit. a

Nicht nur soziale Grundrechte, sondern auch andere Formen sozialpolitischer Proklamationen scheinen in eben dem Maße entbehrlich zu werden, als die Auslegung insbesondere der wirtschaftlichen Freiheitsrechte von einem defensiven Staatsdenken im Sinne des Laisser-faire-Liberalismus befreit und auch in den klassischen Grundrechten die Ansätze zu bestimmten Gestaltungsaufgaben des Gemeinwesens gesehen werden.

In der herrschenden Staatsrechtslehre ist das Gebot der Auslegung der Verfassung als Einheit anerkannt⁶⁹⁴. Es schließt die Zuordnung von organisatorischem und grundrechtlichem Teil der Verfassung in sich, insbesondere das Prinzip «einer wechselbezüglichen Konkretisierung von Grundrechten und Kompetenznormen» als Richtlinie der Verfassungsauslegung⁶⁹⁵.

In diesem Prinzip spiegelt sich die wiederholt erwähnte Änderung im Verständnis von Grundrechten und Kompetenznormen wider: Diese beinhalten nicht nur formale Zuständigkeitsabgrenzungen, sondern zugleich verfassungsrechtlich gestellte materielle Aufgaben; jene sind über ihren Charakter subjektiver Berechtigungen hinaus auch als objektive Gestaltungs- und Strukturprinzipien der Gesamtverfassung zu verstehen. Diese Konzeption wird zu Recht nicht nur im Falle der Kollision von Grundrecht und Kompetenznorm, sondern generell als Auslegungsrichtlinie verstanden⁶⁹⁶.

Wenn materielle Richtlinien zur Betonung oder Richtungweisung des Sozialgestaltungsauftrags des Staates nicht nötig sind, um eine angeblich verfassungsrechtlich geforderte grundsätzliche Abstinenz des Staates im wirtschaftlichen und sozialen Bereich zu kompensieren oder zu überwinden, können aus andern Gründen

zu stützen; Veröffentlichungen der schweizerischen Kartellkommission, 4. Jg., 1969, Die Konzentration im schweiz. Pressewesen, S. 171 ff., 225 ff., 230 f. Die Konvergenz zur institutionell verstandenen «liberalen» Pressefreiheit ist unverkennbar.

⁶⁹⁴ So besonders deutlich und wegweisend HESSE, a.a.O. (oben Anm. 8), S. 12, 28; BÄUMLIN, Recht, Staat und Geschichte, S. 11, 27.

⁶⁹⁵ So F. MÜLLER, Juristische Methodik, Berlin 1971, S. 159, mit Hinweisen auf P. SCHNEIDER, EHMKE, OSSENBÜHL.

⁶⁹⁶ So zutreffend F. MÜLLER, a.a.O., S. 159 f.; in gleichem Sinne bereits EHMKE, VVDStRL 20, 1963, S. 91 f., und neuestens wieder besonders eindringlich und überzeugend SCHEUNER, Staatszielbestimmungen, S. 325 ff., 338 f.

materielle Direktiven für die Konkretisierung der Sozialverpflichtung des Gemeinwesens – über schlichte Kompetenznormen hinaus – doch wünschbar oder geboten sein⁶⁹⁷. Es sollen im folgenden daher die zwei Kategorien solcher Direktiven, die Staatszielbestimmungen und die Gesetzgebungsaufräge, als Alternativen zur Verankerung von – als subjektive Rechte doch kaum realisierbaren – Sozialrechten diskutiert werden.

10.33 Ableitung verfassungsmäßiger Individualrechte aus objektivrechtlichen Bestimmungen

Es ist nicht auszuschließen, daß der Verfassungsrichter auch aus objektiv formulierten Bestimmungen der Verfassung einzelne subjektive Rechte ableiten wird.

Daß sich mitunter aus objektiven Verfassungsnormen (Kompetenzbestimmungen oder Verfassungsprinzipien) unmittelbar verfassungskräftige Individualrechte entwickeln lassen, hat das Bundesgericht anerkannt, so in seiner Praxis zum Doppelbesteuerungsverbot oder bei der Handhabung des Grundsatzes «Bundesrecht bricht kantonales Recht»⁶⁹⁸. Der Bundesrat hat in einer Botschaft aus dem Jahre 1946 darauf hingewiesen, daß gerade auch im Bereich des Sozialrechts denkbar ist, daß aus objektiv formulierten Verfassungsbestimmungen verfassungsmäßige Individualrechte entnommen werden könnten⁶⁹⁹. Als Kriterium für den individualrechtsschützenden Gehalt einer Norm des objektiven Rechts wäre neben den bisher entwickelten Grundsätzen über die Ausscheidung verfassungsmäßiger Individualrechte⁷⁰⁰ auch darauf abzustellen, wie weit die Norm auf die Sicherung individuellen Daseins abzielt, insbesondere ob sie eine elementare Erscheinungsform menschlicher Entfaltung (Bildung, Gesundheit usf.) sichern will⁷⁰¹.

Mit dem Entscheid, objektive Prinzipien sozialstaatlicher Ordnung anstelle subjektivrechtlicher Sozialrechte in die Verfassung aufzunehmen, ist somit nicht ausgeschlossen, daß der Verfassungsrichter dennoch aus den objektiven Normen unmittelbar und gerade mit Rücksicht auf ihren unmittelbaren Bezug zur Daseins-

⁶⁹⁷ Vgl. dazu oben Ziff. 2.22 und 2.23.

⁶⁹⁸ Zur Praxis zum Begriff des «verfassungsmäßigen Rechts», vgl. oben Anm. 482 und unten Ziff. 10.5.

⁶⁹⁹ Siehe Bericht des Bundesrats über das Volksbegehren betr. Wirtschaftsreform und Rechte der Arbeit, vom 14.10.1946, BBl 1946 III, S. 825ff., 848f.

⁷⁰⁰ Vgl. oben Anm. 698.

⁷⁰¹ Vgl. dazu oben Anm. 424.

sicherung und gleichen Entfaltungschance jedes Menschen subjektive Berechtigungen ableiten wird. Er wird dies dort tun, wo die Voraussetzungen der Justizierbarkeit eines Anspruchs⁷⁰² gegeben sind, und wird so seiner eigenen Überforderung vorbeugen können.

10.4 Insbesondere die Staatszielbestimmungen

Die Staatsrechtslehre hat sich erst in jüngster Zeit in besonderem Maße des normativen Charakters von *Staatszielbestimmungen*⁷⁰³ angenommen, wie sie modernen Verfassungen in zunehmendem Maße eigen sind. Es handelt sich um verbindliche Richtsätze des politisch-sozialen Lebens⁷⁰⁴. Solche leitenden Prinzipien der Staatsgestaltung mit grundlegender normativer Kraft⁷⁰⁵ sichern nicht bestehende Einrichtungen, sondern weisen vielmehr der staatlichen Politik verbindlich den Weg⁷⁰⁶. Mit ihrem Richtliniencharakter, ihrer relativen Offenheit im Gestaltungsauftrag für das Gemeinwesen stehen sie den «institutionell» verstandenen Grundrechten nahe.

Staatszielbestimmungen im genannten Sinn können auch mit Kompetenzbestimmungen verbunden sein, wofür die Wirtschafts- und Wohlfahrtsartikel der BV Beispiele bieten (Art. 31^{bis}, Abs. 1, 31^{bis} Abs. 3; s. oben Ziff. 2.22). Die «Mehrung der Wohlfahrt des Volkes und der wirtschaftlichen Sicherung der Bürger» kann als zukunftsgerichtete Zielweisung, die «Erhaltung gefährdeter Wirtschaftszweige und Berufe» als speziellere Staatsaufgabe betrachtet werden. Als Zielbestimmungen im genannten Sinn sind Kompetenznormen insbesondere auch anzusprechen, wenn sie auf staatliche «Förderung» hinweisen (Art. 22^{quater} Abs. 2, Art. 27^{quinquies} Abs. 2) oder etwas als «Sache» des Gemeinwesens erklären (Art. 22^{bis} u. a.). Als Beispiele von Staatszielbestimmungen wären aus dem Bereich der BV weiter zu nennen: Art. 34^{ter} (Schutz der Arbeitnehmer, angemessener Ersatz

⁷⁰² Dazu oben Ziff. 7.25.

⁷⁰³ Dazu v. a. SCHEUNER, Staatszielbestimmungen; DERSELBE, in: Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft (Hrsg. und Einleitung), Frankfurt a. M. 1971, S. 9ff.; DERSELBE, Das Grundgesetz in der Entwicklung zweier Jahrzehnte, AÖR 95, 1970, S. 353ff.

⁷⁰⁴ U. SCHEUNER, Pressefreiheit, VVDStRL 22, Berlin 1965, S. 58.

⁷⁰⁵ SCHEUNER, Pressefreiheit, S. 58.

⁷⁰⁶ SCHEUNER, Pressefreiheit, S. 58.

des Lohn- und Verdienstausfalls bei Militärdienst, Arbeitslosenfürsorge usf.); Art. 31^{quinquies} (Maßnahmen zur Verhütung von Wirtschaftskrisen, Bekämpfung eingetretener Arbeitslosigkeit); Art. 32^{bis} (Verminderung des Verbrauchs von Trink- branntwein); Art. 34^{quinquies} (Familienschutz).

Während derartige wirtschafts- und sozialpolitische Zielbestimmungen in der deutschen Staatsrechtslehre der Weimarer Verfassung noch als bloße Programmsätze ohne bestimmten normativen Gehalt rechtlich abgewertet wurden⁷⁰⁷, hat gerade die neuere juristische Methodenlehre den Weg dazu geöffnet, auch in solchen Prinzipien, die nicht nach dem Modell des klassischen Rechtsatzes (Tatbestand–Rechtsfolge) aufgebaut sind, einen spezifischen juristischen Gehalt zu erblicken⁷⁰⁸. Gemeinsam ist den Staatszielbestimmungen, daß sie Konkretisierungen des Gemeinwohlauftrages des Gemeinwesens darstellen, aber doch nur allgemein Ziele oder Aufgaben umschreiben und dem Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum offen lassen.

Als solche Zielbestimmung erscheint auch die Sozialstaatsklausel des BGG (Art. 20, 28)⁷⁰⁹. Gerade weil das Sozialstaatsprinzip keine festumrissene, bis in Einzelheiten zu entfaltende Aussage enthält⁷¹⁰, sondern generell auf staatliche Aktivität zur Förderung sozial schwächerer Kreise, auf Ausgestaltung der egalitären und vorsorgenden Bestrebungen der Gemeinschaft hinweist, wird es nicht als justiziable Verhaltensanweisung für einzelne oder für Staatsorgane betrachtet, sondern im Sinne einer Auslegungshilfe oder Richtungsbestimmung für den Gesetzgeber als eine juristisch relevante Richtlinie der Staatsgestaltung verstanden. *Der Umfang der Bindung politischer Funktionen durch solche Verfassungsprinzipien ist daher nicht zu überschätzen*⁷¹¹. Der Gesetzgeber bleibt in einem pluralistischen

⁷⁰⁷ Vgl. die Hinweise bei SCHEUNER, Staatszielbestimmungen, S. 338 mit Anm. 49.

⁷⁰⁸ Die verschiedenen Richtungen, die zu der im Text erwähnten Neuorientierung führten, können hier nicht einzeln erwähnt werden; repräsentativ erscheinen: J. ESSER, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956, insbes. S. 93 ff.; TH. VIEHWEG, Topik und Jurisprudenz, München 1953; K. LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1969, S. 465 ff.; ferner die zusammenfassenden Bemerkungen bei GRIMM, a.a.O. (oben Anm. 7), S. 489 ff., 498; HESSE, Grundzüge (oben Anm. 8), S. 27 mit Anm. 26.

⁷⁰⁹ Dazu zusammenfassend SCHEUNER, a.a.O., S. 336 f. und oben Ziff. 4.4.

⁷¹⁰ So auch P. LERCHE, Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven, AÖR 90, 1965, S. 341 ff., 348 ff.

⁷¹¹ SCHEUNER, Staatszielbestimmungen, S. 339.

Gemeinwesen in der Abwägung sozialpolitischer Faktoren, von Anliegen der Förderung einzelner Gruppen oder von Zielen gesellschaftsstruktureller Änderungen weitgehend frei. Die Bindungswirkung der auf Gestaltung gerichteten Prinzipien bleibt so wesentlich hinter der Bestimmtheit der traditionellen *Ausgrenzungen* der klassischen Grundrechte zurück⁷¹².

10.5 Insbesondere die Gesetzgebungsaufträge

Eine stärkere Bindung als von den Staatszielbestimmungen geht von den als eigentliche Gesetzgebungsaufträge formulierten Verfassungsbestimmungen aus. Manche dieser Gebote namentlich im organisatorischen Teil der Verfassung sind für das Verfassungslife derart wichtig, daß der Gesetzgeber die entsprechenden Normen unbedingt erlassen muß⁷¹³.

Auch der Auftrag zur Schaffung eines interkantonalen Kollisionsrechts in Art. 46 Abs. 2 BV erscheint als Gesetzgebungsauftrag, den der Bundesgesetzgeber jedoch bis heute nicht wahrgenommen hat⁷¹⁴; das Bundesgericht als Verfassungsgerichtshof ist an seine Stelle getreten, indem es mit seiner Rechtsprechung ein differenziertes Kollisionsrecht schuf. Als Motor dieser Rechtsprechung muß wohl das intensive Rechtsschutzbedürfnis des Bürgers gegen Doppelbesteuerung gesehen werden; ferner ist zu würdigen, daß die Eignung des Verfassungsrichters zur Aufstellung von Normen des Kollisionsrechts in ganz anderem Maße gegeben ist als bei der Konkretisierung sozialgestaltender Verfassungsprogramme. Das Bundesgericht hat seine Rechtsprechung aufgrund der Annahme entwickelt, Art. 46 Abs. 2 enthalte – obwohl als Kompetenznorm oder Gesetzgebungsauftrag formuliert – ein verfassungsmäßiges Individualrecht; der grundrechtliche Bezug lag auch deshalb nahe, da das Verfassungsgericht früher Doppelbesteuerungsfälle im Rahmen der Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 45 BV behandelt hatte. Damit ist belegt, daß erstens Gesetzgebungsaufträge an den Bundesgesetzgeber unserem Verfassungsrecht nicht fremd sind und daß zweitens bei Aufträgen, die auf individualisierbare Interessen bezogen sind und die insbesondere eine gewisse Affinität zu grundrechtlichen Gewährleistungen (wie etwa zur Niederlassungsfreiheit im Falle des

⁷¹² So auch SCHEUNER, Staatszielbestimmungen, S. 340; dies gilt auch für die Handels- und Gewerbefreiheit, sofern sie auf ihren legitimen Anwendungsbereich namentlich in der freien Zulassung und Ausübung im selbständigen Berufswesen beschränkt wird. (Die Frage der Erstreckung auf unselbständige Erwerbstätigkeit wäre besonders zu prüfen, vgl. oben Ziff. 9a.3.)

⁷¹³ Beispiele: Art. 72 Abs. 3, Art. 73 Abs. 2, Art. 107 Abs. 2 BV.

⁷¹⁴ Hinweis auf die verschiedenen Anläufe bei E. BLUMENSTEIN, System des Steuerrechts, 3. Aufl., Zürich 1971, S. 76ff.

Art. 46 Abs. 2 oder zur Glaubens- und Gewissensfreiheit bei Art. 49 Abs. 6 BV) beinhalten, das Bundesgericht bereit ist, anstelle des säumigen Gesetzgebers die gebotenen Anordnungen im Einzelfall auf Individualbeschwerde hin aufzustellen.

10.51 Verfassungsbeschwerde wegen Unterlassung von Gesetzgebungsaufträgen nach dem Verfassungsrecht der BRD

Dieser Art der Konkretisierung von Gesetzgebungsaufträgen in der schweizerischen Praxis ist die Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts vergleichend gegenüberzustellen, das bei Gesetzgebungsaufträgen, die auf Individualinteressen eines bestimmten geschützten Personenkreises bezogen sind – was z.B. bei den grundrechtlichen Gesetzgebungsaufträgen der Art. 3 Abs. 2 oder Art. 6 Abs. 5 des GG angenommen wird –, die Verfassungsbeschwerde wegen Unterlassung des Gesetzgebers zuläßt. Die Verfassungsbeschwerde wegen Unterlassen der Rechtsetzung ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zulässig, «wenn der Beschwerdeführer sich auf einen ausdrücklichen Auftrag des Grundgesetzes berufen kann, der Inhalt und Umfang der Gesetzgebungspflicht im wesentlichen umgrenzt hat»⁷¹⁵.

LERCHE bezeichnet die Umschreibung der Voraussetzungen der Verfassungsbeschwerde wegen Unterlassen der Rechtsetzung durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes als zu eng⁷¹⁶. Er betrachtet als Gesetzgebungsauftrag jede «verbindliche Direktive der Verfassung an den Gesetzgeber jeden Inhalts»⁷¹⁷

⁷¹⁵ z. B. BVerfGE 11, S. 255ff., 261; LEIBHOLZ/RUPPRECHT (unten Anm. 716), N. 43 zu § 90; LERCHE (Anm. 716), S. 350.

⁷¹⁶ Zur Verfassungsbeschwerde wegen Unterlassung der Gesetzgebung vgl. insbes. PETER BADURA, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, Frankfurt a.M. 1971, S. 95–99; FRIEDRICH JÜLICHER, Die Verfassungsbeschwerde gegen Urteile bei gesetzgeberischem Unterlassen, Berlin 1972; LEIBHOLZ/RUPPRECHT, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Rechtsprechungskommentar, Köln-Marienburg 1968; PETER LERCHE, Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven, AÖR 90, 1965, S. 341 ff.; WILTRAUT RUPP-V. BRÜNNECK, Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren? Festschrift für Gebhard Müller, Tübingen 1970, S. 355ff.; KONRAD STAHLER, Verfassungsgerichtliche Nachprüfung gesetzgeberischen Unterlassens, München 1966; RUDOLF SCHNEIDER, Rechtsschutz gegen verfassungswidriges Unterlassen des Gesetzgebers, AÖR 89, 1964, S. 24ff.

⁷¹⁷ LERCHE, Verfassungsdirektiven (Anm. 716), S. 341. – Zu den «Kategorien» von Verfassungsdirektiven allg. LERCHE, a.a.O., S. 346ff.; zu den Fallgruppen, in

und plädiert für Zulassung der Verfassungsbeschwerde, wenn immer «irgendeine erkennbare Verfassungspflicht auf irgendein gesetzgeberisches Tun als bestehend und verletzt behauptet werden kann»⁷¹⁸.

Von besonderem Interesse ist in unserem Zusammenhang, daß Lehre und Praxis im Verfassungsprogramm des Sozialstaates grundsätzlich keine Anspruchsgrundlage als Voraussetzung der Verfassungsbeschwerde gesehen haben, und zwar nicht deshalb, weil die Sozialstaatsklausel nicht auf Individualinteressen bezogen sein könnte, sondern nur, weil im Regelfall ihr geringer normativer Gehalt Art und Zeit sozialstaatlicher Gesetzgebung nicht festlegt⁷¹⁹. Es ist für die Rechtsvergleichung nun von besonderm Interesse, daß es der deutsche Bundesverfassungsrichter mit der Gewaltentrennung und der Achtung der Gestaltungsfreiheit des demokratischen Gesetzgebers nicht für vereinbar hält, an seiner Stelle Regelungen aufzustellen⁷²⁰. Gemäß diesem gebotenen self-restraint der Verfassungsgerichtsbarkeit hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, daß nur eine gerichtliche Feststellung, hingegen weder eine Korrektur des gesetzgeberischen Unterlassens noch eine Verpflichtung zum Erlaß einer bestimmten Regelung

denen die materiellrechtlichen Voraussetzungen für einen verfassungsrechtlichen Individualanspruch auf ein bestimmtes Tätigwerden des Gesetzgebers bejaht wurden, vgl. Übersicht bei BADURA, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung (oben Anm. 716), S.96f.; LEIBHOLZ/RUPPRECHT, a.a.O. (Anm. 716), N.43 zu § 90.

⁷¹⁸ LERCHE, Verfassungsdirektiven, S.350f. Zu unterscheiden ist zwischen «teilweisem» und «absolutem» Unterlassen des Gesetzgebers (JÜLICHER, a.a.O. [Anm. 716], S.102f.). Wir beschränken uns in diesem Zusammenhang auf die zweite Fallgruppe, bei der der Gesetzgeber überhaupt keine positive Regelung getroffen hat, also untätig geblieben ist. Der Modellfall «teilweiser» Unterlassung gebotener Rechtsetzung ist der gleichheitswidrige Nichteinbezug einer bestimmten Personengruppe in eine begünstigende Regelung (der der ausdrückliche Ausschluß gleichzustellen ist); CHR. BÖCKENFÖRDE, Die sog. Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze, Berlin 1966, S. 83 ff., 83; dazu vgl. ferner: G. DAX, Das Gleichbehandlungsgebot als Grundlage positiver subjektiv-öffentlicher Rechte, Bonn 1969, S. 104ff.; ZACHER, Soziale Gleichheit, S.346ff.

⁷¹⁹ So BADURA, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, S.97.

⁷²⁰ Vgl. BVerfGE 1, 97ff., 100f.: «Das Bundesverfassungsgericht ist keine gesetzgebende Körperschaft, und es ist sicher nicht seine Sache, sich an die Stelle des Gesetzgebers zu setzen.»

möglich sei⁷²¹; dem verfassungsgerichtlichen Urteil komme trotzdem mehr Bedeutung als die einer theoretischen Deklaration zu: «Im verfassungsgerichtlichen Verfahren, das ohnehin wegen der beschränkten Vollstreckungsmöglichkeiten die loyale Zusammenarbeit der verschiedenen staatlichen Gewalten geradezu voraussetzt, darf angenommen werden, daß die ‹moralische› Wirkung auf den Gesetzgeber dem Spruch des höchsten und gerade zur Auslegung der Verfassung berufenen Gerichts in erhöhtem Maße zukommen wird.»⁷²² Gelegentlich ist das Verfassungsgericht jedoch trotz seines Respekts vor dem demokratischen Gesetzgeber, bei dem sich wirtschaftliche, politische und weltanschauliche Erwägungen im offenen politischen Prozeß gegenüberstehen, die koordiniert werden sollen⁷²³, doch einen Schritt weiter gegangen und hat dem Gesetzgeber eine bestimmte Frist für den Erlaß der verfassungsrechtlich geforderten Gesetzgebung gesetzt⁷²⁴ oder sogar angedroht, falls der Gesetzgeber bis zu einer bestimmten Frist die durch die Verfassung versprochene Reform (z. B. des Unehelichenrechts) nicht durchführe, erlange der Verfassungsbefehl (des Art. 6 Abs. 5 GG) derogierende Kraft gegenüber dem geltenden einfachen Recht, so daß nach diesem Zeitpunkt die Gerichte stellvertretend das Gebot der Verfassung durchführen müßten⁷²⁵.

10.52 Möglichkeiten und Grenzen der richterlichen Durchsetzung von Gesetzgebungsaufträgen im Bund

Sind solche Appelle des Bundesgerichts als Verfassungsgericht auch in der Schweiz denkbar? Zunächst wäre zu bemerken, daß die gesetzliche Grundlage, auf die sich das Bundesverfassungsgericht stützt, nicht erheblich von der Verfahrensordnung der staatsrechtlichen Beschwerde abweicht. § 90 des Bundesverfas-

⁷²¹ Siehe dazu v.a. BVerfGE 6, S. 257ff., 265f.; vgl. auch BADURA, a.a.O., S. 96; LEIBHOLZ/RUPPRECHT, a.a.O. (Anm. 716), N. 43 zu § 90; STAHLER, a.a.O. (Anm. 716), S. 131f.

⁷²² BVerfGE 6, S. 257ff., 266; vgl. dazu v.a. RUPP-VON BRÜNNECK, a.a.O. (Anm. 716), die das Feststellungsurteil als Appell an den Gesetzgeber kennzeichnet.

⁷²³ BVerfGE 1, S. 97ff., 101.

⁷²⁴ So z. B. in BVerfGE 16, S. 130ff., 141ff.

⁷²⁵ BVerfGE 25, S. 167ff., 178ff., 184ff.; vgl. auch das neueste Urteil vom 4. 3. 1972

sungsgerichtsgesetzes setzt für die Aktivlegitimation die Verletzung in einem Grundrecht voraus, und § 95 Abs. 2 stellt die kassatorische Funktion der Verfassungsbeschwerde fest⁷²⁶. Das schweizerische Bundesgericht hat jedenfalls dort, wo es anstelle des von der Verfassung berufenen Gesetzgebers selbst Normen aufstellte, wie im Doppelbesteuerungsrecht, tiefer in das Gewaltenteilungsschema der Verfassung eingegriffen als dies mit der Feststellung einer verfassungswidrigen Unterlassung des Gesetzgebers oder mit einem – selbst ultimatischen – Appell zur Gesetzgebung geschehen wäre. – Einem Feststellungsurteil nähern sich im Ergebnis die Entscheidungen der staatsrechtlichen Kammer, in denen ausnahmsweise auch ohne aktuelles Interesse des Beschwerdeführers eine Verfassungsverletzung festgestellt wird⁷²⁷; diese Feststellungen richten sich jedoch in der Regel gegen Anordnungen der Verwaltungen, nicht des Gesetzgebers. Immerhin hat das Bundesgericht namentlich in seinen *obiter dicta* oft den kantonalen Gesetzgebern mehr oder weniger detaillierte Anweisungen erteilt⁷²⁸.

10.521 Fehlende Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber dem Bundesgesetzgeber

Die Durchsetzung von Gesetzgebungsaufrägen der Bundesverfassung gegenüber dem Bundesgesetzgeber scheidet in der Schweiz schon wegen des Ausschlusses der Normenkontrolle gegenüber Bundesgesetzen aus. Eine Auslegung von Art. 113 Abs. 3 BV in der Richtung, daß nur von der Bundesversammlung *erlassene* Gesetze für den Verfassungsrichter unantastbar seien, daß ihm dagegen freistünde, Unterlassungen auch des Bundesgesetzgebers als verfassungswidrig zu rügen⁷²⁹,

(NJW 1972, S. 811ff.) mit der Aufforderung an den Gesetzgeber, ein Strafvollzugsgesetz innert bestimmter Frist zu erlassen. – Eine ausgezeichnete Übersicht über die wissenschaftlichen Stellungnahmen zur Praxis des Bundesverfassungsgerichts findet sich bei RUPP-V. BRÜNNECK, a.a.O., S. 355ff., insbes. 360ff.

⁷²⁶ § 95 Abs. 1 schreibt vor, es sei in der Entscheidung festzustellen, «welche Vorschrift des Grundgesetzes und durch welche Handlung oder Unterlassung sie verletzt wurde».

⁷²⁷ Vgl. z. B. BGE 97 I 731ff., 734 E.2.

⁷²⁸ Vgl. z. B. BGE 96 I 560ff., 580 E.4e.

⁷²⁹ Das Argument, die Feststellung einer Unterlassung durch den Gesetzgeber stelle einen geringeren Eingriff in die Entscheidungs- und Gestaltungsfreiheit

wäre wohl wenig tragfähig. Nach heutiger Gesetzeslage ist die staatsrechtliche Beschwerde außerdem nur gegen *kantonale Erlasse und Verfügungen* gegeben, und die Verwaltungsgerichtsbeschwerde richtet sich nur gegen *Verfügungen* im Sinne von Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes. Eine Verfügung kann allerdings auch die Feststellung des Nichtbestehens von Rechten oder Pflichten zum Gegenstand haben (Art. 5 Abs. 1 lit. b VvG), also implizite auch Unterlassungen des Gesetzgebers feststellen.

Nach heutiger Rechtslage bleibt es wohl beim Ergebnis, daß weder mittels staatsrechtlicher Beschwerde noch durch Verwaltungsgerichtsbeschwerde Gesetzgebungsaufträge der Bundesverfassung der Verwirklichung näher gebracht werden könnten, von den besondern Fällen abgesehen, in denen das Bundesgericht selber zur Rechtsfortbildung anstelle des Bundesgesetzgebers schritt⁷³⁰.

des Gesetzgebers dar als die (inhaltliche) Korrektur eines erlassenen Gesetzes, ist immerhin zu hören; vgl. zum Problemkreis auch BVerfGE 6, S. 257ff., 265: «Bedenken gegen die Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde gegen ein solches Unterlassen lassen sich auch nicht daraus herleiten, daß Gesetze in einer parlamentarischen Demokratie nur durch das Zusammenwirken mehrerer Verfassungsorgane zustande kommen und daß der Gesetzgeber wegen der Notwendigkeit freier Abstimmung und des weiten Spielraums parlamentarischen Ermessens wohl zum Erlass bestimmter Gesetze, nicht aber zum Erlass von Gesetzen eines ganz bestimmten Inhalts verpflichtet werden könne.»

⁷³⁰ Eine Art Rechtsetzung in Konkurrenz zum Bundesgesetzgeber (nämlich Aufstellung allgemein-abstrakter Normen des Bundesrechts) betreibt das Bundesgericht auch dort, wo es in Konkretisierung bestimmter Grundrechte detaillierte Grundsätze, an die die Kantone gebunden sind – ungeachtet abweichenden kantonalen Rechts – aufstellt, so im Bereich des rechtlichen Gehörs, der Garantie des verfassungsmäßigen Richters oder des prozessualen Armenrechts (s. F. GYGI, Mittelbare Verfassungsverletzung als Beschwerdegrund im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren, in: Der Staat als Aufgabe, Gedenkschrift für M. Imboden, Basel/Stuttgart 1972, S. 159ff., 163 mit Anm. 13; J. P. MÜLLER, Die Garantie des verfassungsmäßigen Richters, ZBJV 106, 1970, S. 258ff.). Der letztere Bereich ist wegen seines Bezuges zum Leistungsrecht besonders aufschlußreich.

10.522 Realisierung von Gesetzgebungsaufträgen gegenüber den Kantonen

Gegenüber Kantonen hat das Bundesgericht praktisch die Möglichkeit, den Gesetzgeber zu mobilisieren⁷³¹, indem es etwa bei Grundrechtseingriffen auf die fehlende gesetzliche Grundlage hinweist und so indirekt den Gesetzgeber zum Handeln zwingt, falls das Gemeinwesen das von ihm verfolgte Ziel nicht preisgeben will oder kann. Dieses Vorgehen ist aber auf die Eingriffsverwaltung zugeschnitten und könnte schwerlich für die Bedürfnisse des Leistungsstaates fruchtbar zu machen sein⁷³².

Praktisch wird auf dem Gebiet der Sozialleistungen der kantonale Gesetzgeber kaum durch justiziable Verfahren zum Handeln motiviert werden können; im Vordergrund stehen finanzielle Aspekte, und die eigentlich wirksamen Mittel der Durchsetzung bundesrechtlicher Leistungspflichten – soweit sie durch die Kantone zu erfüllen sind – liegen auf dem Gebiet der *Subventionen*. Dies wird ja etwa im Gebiet der Ausbildungsförderung besonders deutlich. Soweit es sich anderseits um *Gesetzgebungsaufträge an den Bundesgesetzgeber* handelt, sind dem schweizerischen politischen System nichtjudizielle Verfahren zur Durchsetzung von Verfassungsaufträgen wohl angemessener: parlamentarische Initiativen, Petitionen, allenfalls die Gesetzesinitiative (de constitutione ferenda).

10.523 Der Bundesrat als Initiator der Erfüllung von Gesetzgebungsaufträgen

Noch wenig Beachtung hat bis heute der Art. 102 Abs. 1 Ziff. 2 der BV gefunden, nach dem der Bundesrat «für Beobachtung der

⁷³¹ Zur «Hebelwirkung» der Rechtsgleichheit bei der Ausweitung sozialstaatlicher Leistungen auf rechtswidrig benachteiligte Gruppen vgl. oben Anm. 718 und Ziff. 9.

⁷³² Nach MARTI, Die staatsrechtliche Beschwerde (oben Anm. 361), S. 44, hat das Bundesgericht in BGE 60 I 374 zu Unrecht verneint, daß mit der staatsrechtlichen Beschwerde auch eine Untätigkeit des Gesetzgebers gerügt werden könne, der es z. B. unterläßt, die zur Realisierung eines Grundrechts auf staatliche Leistung nötigen Rechtssätze zu erlassen. Das Bundesgericht sollte den kantonalen Gesetzgeber in einem solchen Fall auffordern, ein Gesetz zu erlassen.

Verfassung» zu wachen und «zur Handhabung derselben von sich aus oder auf eingegangene Beschwerde, soweit die Beurteilung solcher Rekurse nicht nach Art. 113 dem Bundesgericht übertragen ist, die erforderlichen Verfügungen» zu treffen hat. In der Literatur wird die Meinung vertreten, es handle sich hier um ein bloßes «Petitionsrecht»⁷³³. Wäre mit «Anzeige» gemäß Art. 102 Ziff. 2 nicht mehr gemeint, erschiene die Bestimmung überflüssig, da sie bereits in der Gewährleistung des Petitionsrechts gemäß Art. 57 BV enthalten wäre. Um einen förmlichen Rechtsbehelf handelt es sich bei Art. 102 Ziff. 2 anderseits auch nicht. Die Bestimmung ist wohl dahin zu verstehen, daß den Bundesrat bei Eingaben betreffend die Verletzung von Verfassungsbestimmungen eine erhöhte Prüfungs- und wohl auch Erledigungspflicht trifft.

Liest man Art. 102 Ziff. 2 in Verbindung mit den Ziffern 4 und 16 (letzter Halbsatz), so ergibt sich, daß dem Bundesrat gerade auch die besondere Pflicht obliegt, gegenüber dem Parlament die Initiative zu ergreifen, um Gesetzgebungsaufträge der Verfassung zu realisieren⁷³⁴.

10.6 Zusammenfassung

Zusammenfassend sei festgehalten, daß soziale Grundrechte als generelle Zusicherungen auf Sozialleistungen nicht unmittelbare subjektive Rechte begründen können, daß sie jedoch allenfalls als Verfassungsprinzipien im Sinne von Auslegungshilfen und Gesetzgebungsaufträgen zu interpretieren wären. Stehen aber im wesentlichen Aufträge an den Gesetzgeber in Frage, so sind die entsprechenden Prinzipien auch als solche zu formulieren, und es ist von der Form subjektiver Rechte abzusehen. Adressat solcher Aufträge ist primär der Gesetzgeber, indirekt sind aber von der Verfas-

⁷³³ MARTI, a.a.O., S. 31.

⁷³⁴ Anstoß zur Initiative des Bundesrats gemäß Art. 102 Abs. 1 Ziff. 4 und 16 kann die Eingabe einzelner Bürger oder Bürgergruppen auch unabhängig von Art. 102 Abs. 1 Ziff. 2 sein, dessen Anwendung BURCKHARDT auf Maßnahmen gegenüber Kantonen beschränken will (Kommentar der schweizerischen BV, 3. Aufl., Bern 1931, S. 735 unter lit.d). Zu dieser Einschränkung bietet der Verfassungstext freilich keinen Anlaß.

sung auch die Instanzen, Organe und Personen (z. B. Parlamentarier) angesprochen, denen die Möglichkeit der Gesetzesinitiative zusteht. Die heutige BV ist nicht taub für die hervorragende *Verantwortung, die dem Bundesrat für die Realisierung von Gesetzgebungsaufträgen gerade auf dem Gebiet der «Wohlfahrt» zukommt*. Dem Bürger stehen – mangels der Gesetzesinitiative – informelle Verfahren wie die Anzeige gemäß Art. 102 Ziff. 2 BV offen, um unerfüllten Gesetzgebungsaufträgen eine gewisse Nachachtung zu verschaffen. *De constitutione ferenda wäre zu überlegen, ob bei einer allfälligen Ausdehnung der Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundesgerichts auf Akte des Bundesgesetzgebers die Verfassungsbeschwerde nicht auch der Feststellung verfassungswidriger Unterlassungen des Bundesgesetzgebers dienstbar gemacht werden könnte*. Die gebotene und im schweizerischen politischen System besonders hochgehaltene Gestaltungsfreiheit des demokratischen Gesetzgebers würde dadurch weniger betroffen als durch die verfassungsgerichtliche Korrektur von Einzelanordnungen der Legislative im konkreten oder abstrakten Normkontrollverfahren. Das eigentliche Problem würde jedoch in der Frage der Effektivität einer solchen Verfassungsrechtsprechung liegen, da dem Gericht keine Möglichkeiten des Zwangs gegenüber dem untätigen Gesetzgeber (außer der Androhung der «Ersatzvornahme» unter Durchbrechung der Gewaltentrennung) zur Verfügung stehen.

Solange die Überprüfung der Bundesgesetzgebung dem schweizerischen Verfassungsgericht jedoch grundsätzlich entzogen bleibt, wird sich die Verfassungsbeschwerde wegen Unterlassen des Gesetzgebers im sozialpolitischen Bereich kaum wesentlich auswirken können, da die hauptsächlichen Entscheidungen über sozialpolitische Gestaltungen der Zukunft auf der Ebene der Bundesgesetzgebung fallen.

**10a. Anhang:
Sozialrechte auf der Gesetzesstufe?**

Erheben sich gegen die Verankerung sozialer Grundrechte auf der Ebene der Verfassung Bedenken, so ist nun noch die weitere Frage zu erwägen, ob die Formulierung von Sozialrechten auf Gesetzesstufe sinnvoll oder geboten sei. Das Problem soll im folgenden mit besonderer Berücksichtigung des Sozialversicherungs-

rechts als eines exemplarischen Bereiches des Sozialleistungsrechts erörtert werden. Die Frage erhält aus folgenden Gründen eine gewisse Aktualität:

10a.1 Mangel an Koordination und daraus folgende Unübersichtlichkeit des Sozialleistungsrechts

Die Sozialgesetzgebung ist in der schweizerischen Rechtsordnung punktuell und über eine große Zeitspanne zerstreut gewachsen. Die einzelnen Zweige etwa der Sozialversicherung wurden weitgehend pragmatisch durch Einzelgesetze geregelt, die beträchtliche Altersunterschiede aufweisen⁷³⁵ und durch eine Vielzahl von Revisionen gekennzeichnet sind. Das hat zu einer erheblichen Unübersichtlichkeit des bestehenden Sozialrechts geführt, was insbesondere für den begünstigten einzelnen Nachteil mit sich bringt; er kann nur schwer überblicken, welche Ansprüche ihm zustehen, welche Verfahren er jeweils für ihre Durchsetzung einzuschlagen hat, wie die Zuständigkeiten liegen. Aber auch in der Rechtsprechung ergeben sich erhebliche Schwierigkeiten bei der Rechtsanwendung des in vielen Einzelgesetzen zerstreuten Sozialrechts. MAURER⁷³⁶ hat kürzlich darauf aufmerksam gemacht, daß der Ausbau der Sozialversicherung bei uns später als in andern west-europäischen Ländern einsetzte, dann aber um so stürmischer verlief, was auch zur Folge hatte, daß die Gesetze in vielen Punkten nicht aufeinander abgestimmt sind. Es fehlt an einem einheitlichen Gesamtplan; der Mangel an Koordination wirft das Lückenproblem häufiger auf, weil es unbefriedigend ist, analoge Fragen bei verschiedenen Sozialleistungen (etwa aufgrund der Gesetze und Verordnungen im Bereich des AHVG, des MVG, des KUVG u.a.) ohne sachlich haltbaren Grund verschieden gelöst zu sehen⁷³⁷.

⁷³⁵ A. MAURER, Rechtsfortbildung durch die sozialgerichtliche Rechtsprechung, SZS 16, 1972, S. 179 ff., 180.

⁷³⁶ a.a.O., S. 181 ff.

⁷³⁷ Vgl. die instruktiven Beispiele aus der Rechtsprechung bei MAURER, a.a.O., S. 188 ff., insbes. 193.

10a.2 Abhilfe durch Schaffung eines allgemeinen Teils des Sozialrechts?

Der Mangel an *Koordination* zwischen den verschiedenen Gesetzgebungen, vor allem im Bereich der Sozialversicherung⁷³⁸ hat in der Schweiz die Frage nach der Wünschbarkeit eines Allgemeinen Teils für das Sozialversicherungsrecht aufkommen lassen, der im wesentlichen eine Koordination der isoliert entstandenen Einzelgesetze mit ihren Revisionen zum Gegenstand hätte⁷³⁹. Würde eine solche Kodifikation den geeigneten Rahmen bieten, einen auf die geregelten Sachmaterien ausgerichteten Sozialrechtskatalog auf Gesetzesstufe zu formulieren? Könnte dadurch mehr Übersichtlichkeit und Rechtssicherheit in die Materie gebracht und nicht nur dem Richter oder der Verwaltung die Rechtskonkretisierung erleichtert, sondern gerade auch dem Bürger das Sozialrecht durchschaubar gemacht werden?

10a.3 Der deutsche Entwurf eines Sozialgesetzbuches mit einem Sozialrechtskatalog als Vorbild für die Schweiz?

Eine positive Beantwortung hat diese Frage in einem Dokument gefunden, das in diesem Zusammenhang Beachtung verdient. In der Bundesrepublik hat eine Sachverständigenkommission in den Jahren 1969–1972 einen Entwurf für einen Allgemeinen Teil eines

⁷³⁸ Der Mangel manifestiert sich in einer oft unsachlichen Differenzierung in der Umschreibung des Kreises der Anspruchsberechtigten (vgl. das krasse Beispiel bei MAURER, a.a.O., S. 193), aber auch in einer uneinheitlichen Begriffsbildung (vgl. MAURER, a.a.O., S. 186 mit Anm. 20).

⁷³⁹ MAURER (a.a.O., S. 181 ff., 196 mit Anm. 47) weist zwar eindringlich auf die Notwendigkeit einer Koordination hin, glaubt aber, die Harmonisierung könnte durch die Einschaltung einer besonderen Koordinationskommission gelöst werden, die bei sämtlichen hängigen Revisionen im Bereich der Sozialversicherung für eine einheitliche Umschreibung der Begriffe und Ausbildung der Institutionen sorgen würde, soweit sich nicht aus sachlichen Gründen Differenzierungen aufdrängen. – Zur Frage der Schaffung eines allgemeinen Teiles des Sozialversicherungsrechts vgl. ferner die Hinweise in MAURER, a.a.O., S. 181 Anm. 7. – Eine beachtliche Harmonisierung hat ferner die Praxis des Eidgenössischen Versicherungsgerichtes (EVG) durch einheitliche Begriffsbildungen bereits zustande gebracht; Belege bei MAURER, a.a.O., S. 186 mit Anm. 20.

Sozialgesetzbuches ausgearbeitet⁷⁴⁰. Dieser ist seither von der Regierung verabschiedet, dem Bundesrat zur Stellungnahme vorgelegt⁷⁴¹ und am 12. September 1972 dem 6. Bundestag⁷⁴² unterbreitet worden. In das geplante Gesetzbuch sollten «alle auf Dauer angelegten Sozialleistungsbereiche»⁷⁴³ einbezogen werden, neben der Sozialversicherung auch das Gebiet sozialer Entschädigung (Entschädigung für Gesundheitsschäden, insbesondere Impfschäden, Häftlingshilfe u. a.), ferner die Bereiche der Sozialhilfe wie Jugendwohlfahrtsrecht, Wohngeldrecht und die Ausbildungsförderung. Der Zweck des neuen Gesetzes wird im Entwurf der Bundesregierung wie folgt umschrieben: «Das bisher in zahlreichen Einzelgesetzen unübersichtlich geregelte Sozialrecht soll vereinfacht werden, um das Rechtsverständnis des Bürgers und damit sein Vertrauen in den sozialen Rechtsstaat zu fördern, die Rechtsanwendung der Verwaltung und Rechtsprechung zu erleichtern und die Rechtssicherheit zu gewährleisten.»⁷⁴⁴ Der Kodifikationsversuch soll «der ständig sich wandelnden Masse des Sozialrechts einen Rahmen geben, der Bestand haben kann»⁷⁴⁵. Als Rahmenordnung ist der Entwurf darauf angelegt, weder selbst durchgreifende Reformen des Sozialleistungssystems durchzuführen noch bestehendes Sozialrecht irgendwie auf den Status quo festzulegen⁷⁴⁶.

Neben dem rechtssystematischen Anliegen begrifflicher und ver-

⁷⁴⁰ Eine umfassende Literaturübersicht zu den Arbeiten an einem Sozialgesetzbuch bietet H. ZACHER, Das Vorhaben des Sozialgesetzbuches, Percha/Kempfhausen 1973, S. 9 Anm. 1.

⁷⁴¹ Die Stellungnahme des Bundesrats ist abgedruckt in ZACHER, Sozialgesetzbuch, S. 126ff.

⁷⁴² Gemäß dem Grundsatz der Diskontinuität gilt die Vorlage mit der Auflösung des 6. Bundestages als erledigt. Über die Chancen einer erneuten Vorlage und Behandlung beim 7. Bundestag orientiert ZACHER, Sozialgesetzbuch, S. 17 und v. a. S. 30f.

⁷⁴³ Gesetzesentwurf eines Sozialgesetzbuches, Allg. Teil (Deutscher Bundestag, Drucksache VI/3764), in: ZACHER, Sozialgesetzbuch, S. 39ff., insbes. 39.

⁷⁴⁴ Entwurf eines Sozialgesetzbuches, Allg. Teil, in: ZACHER, Sozialgesetzbuch, S. 39.

⁷⁴⁵ ZACHER, Sozialgesetzbuch, S. 14.

⁷⁴⁶ ZACHER, Sozialgesetzbuch, S. 14f.

fahrensmäßiger Harmonisierung wird als Zweck der geplanten Kodifikation gerade auch genannt, Gerichten, Verwaltungsstellen, aber auch dem rechtsuchenden Bürger das Auffinden der Regelungen und das Erkennen der Zusammenhänge zu erleichtern⁷⁴⁷. Damit sind Funktionen angesprochen, die ja gerade auch im Sinne einer Verbriefung sozialer Grundrechte angeführt werden, und so erstaunt nicht, daß in der geplanten Kodifikation eine *Formulierung sozialer Grundrechte am Anfang des Gesetzes* erscheint⁷⁴⁸. In den §§ 3–10 finden sich soziale Grundrechte wie das Recht auf Ausbildung, das Recht auf eine angemessene Wohnung, auf Jugendhilfe u. a. in neuen, ausgewogenen Formulierungen. § 2 stellt jedoch den gesamten Sozialrechtskatalog unter den Vorbehalt seiner Ausführung durch die besondern Teile des Sozialgesetzbuches⁷⁴⁹. In der Begründung des Regierungsentwurfes findet sich der Hinweis, der Gesetzgeber mache mit der Aufstellung des Sozialrechtskatalogs deutlich, «daß er das von ihm geschaffene Sozialrecht nicht als zufälliges Ergebnis heterogener Regelungen, sondern als Verwirklichung bestimmter sozialpolitischer Vorstellungen versteht», ferner daß er sich nicht von abstrakten Zielsetzungen, sondern von den Bedürfnissen des einzelnen leiten lasse. Der Sozialrechtskatalog bringe die Stellung des Bürgers im sozialen Rechtsstaat angemessen zum Ausdruck; er erleichtere die Anwendung der Einzelvorschriften durch die Verwaltung und Rechtsprechung bei Auslegung, Lückenfüllung und Ermessensausübung⁷⁵⁰.

Gerade dies stellt ZACHER – der im Ganzen den Gesetzesentwurf positiv bewertet – in Frage: Für den behördlichen und gerichtlichen Rechtsanwender werde der Sozialrechtskatalog mit seinem Vorbehalt spezialgesetzlicher Ausgestaltung

⁷⁴⁷ ZACHER, Sozialgesetzbuch, S. 27.

⁷⁴⁸ Der Bundesrat, dem der Entwurf bereits zur Stellungnahme vorlag, hat gegen die Formulierung von Sozialrechten im ersten Teil des Gesetzes keinen Einwand erhoben; siehe im einzelnen: Stellungnahme des Bundesrats, in: ZACHER, Sozialgesetzbuch, S. 126 ff., 129 f.

⁷⁴⁹ Der Vorbehalt der Spezialgesetzgebung wird in den §§ 30 und 39 weiter ausgeführt.

⁷⁵⁰ Begründung zum Entwurf eines Sozialgesetzbuches, Allg. Teil, in: ZACHER, Sozialgesetzbuch, S. 79 ff., 84 f.

wohl kaum Bedeutung haben, und für den rechtsuchenden Bürger dürfte sich der vom Gesetzgeber beabsichtigte Vorteil einer Orientierungshilfe mit dem Nachteil aufwiegen, daß doch nicht unmittelbar aus dem allgemeinen Teil der Kodifikation hervorgehe, welche gesetzlichen Sozialleistungen nun mit dem proklamierten Sozialrecht korrespondieren⁷⁵¹. Sozialrechte, die doch keine subjektiven Rechte mit einem fest umrissenen Inhalt sind, können den Bürger auch verwirren und über die mit Sozialleistungen verbundenen Pflichten hinwegtäuschen⁷⁵²; sie sind im Ergebnis, weil von spezialgesetzlicher Ausgestaltung abhängig, «leerlaufend»⁷⁵³. Wesentlich ist, daß ZACHER anderseits gerade den instanzen- und verfahrensklärenden und -vereinheitlichenden Bestimmungen des Gesetzesentwurfs entscheidende Bedeutung beimißt.

10a.4 Funktion eines gesetzlichen Sozialrechtskatalogs bei Auslegung und Lückenfüllung

Wo sich Widersprüchlichkeiten und Lücken bei der gesetzlichen Regelung von Sozialleistungen zeigen, hat der Richter oder die Verwaltung nach den anerkannten Methoden der Auslegung und Lückenschließung zu verfahren, wobei auch Grundsätze der Rechtsgleichheit, sozialen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit gegeneinander abzuwägen sind. Es ist denkbar, daß ein Sozialrecht auf Gesetzesstufe den *telos* einer Regelung prägnant zum Ausdruck bringt und damit die sinn- und zweckgemäße Auslegung (oder ausnahmsweise richterliche Ergänzung) des Gesetzes erleichtert. Allein, die individualrechtliche Formulierung könnte eben doch den falschen Eindruck erwecken, die anspruchsgewährende Gesetzesbestimmung sei im Zweifel zu Gunsten des Ansprechers auszulegen, es bestehe gleichsam eine Vermutung für extensive Interpretation von Leistungsansprüchen. In der Rechtsanwendung kann jedoch nicht eine Anspruchsvermutung die Aufgabe richtiger Auslegung des Sozialgesetzes ersetzen oder erleichtern: Die Frage etwa, ob auch beim Fehlen einer expliziten gesetzlichen Regelung die grobfahrlässige Herbeiführung des Versicherungsfalles in der

⁷⁵¹ Siehe im einzelnen ZACHER, Sozialgesetzbuch, S.31.

⁷⁵² So ZACHER, Sozialgesetzbuch, S.32.

⁷⁵³ ZACHER, Sozialgesetzbuch, S.33. Immerhin trägt die subjektivrechtliche Formulierung von Sozialrechtspositionen zur Entscheidung der Frage bei, wie weit dem objektiven Sozialrecht individuelle Ansprüche des einzelnen zu entnehmen sind; vgl. Entwurf eines Sozialgesetzbuches, Allg. Teil, § 37.

Krankenversicherung die Reduktion der Leistungen rechtfertige oder nicht, kann nicht aus dem Sozialrecht auf Krankenfürsorge und einer daraus entnommenen Vermutung für den Anspruch abgeleitet werden, sondern ist nach Sinn und Zweck des Gesetzes unter dem Leitbild sozialer Gerechtigkeit zu ermitteln⁷⁵⁴. Dabei sind neben den Interessen des Kranken auch diejenigen der Mitversicherten zu berücksichtigen, deren Mitbelastung infolge schwer schuldhaften Verhaltens eines einzelnen Versicherten problematisch erscheinen kann⁷⁵⁵.

Die stoßende Praxis, nach der Pflegekinder in der obligatorischen Unfallversicherung gemäß Art. 85 KUVG keinen Anspruch auf Hinterlassenrenten haben – während in sachlich vergleichbaren Bestimmungen anderer Erlasse⁷⁵⁶ Renten für Pflegekinder ausdrücklich vorgesehen sind –, könnte durch eine grundrechtsbewußtere Rechtsprechung nach dem Maßstab sozialer Gleichheit korrigiert werden; der Zivilrichter hat nicht kühner gehandelt, als er dem altruistisch handelnden Beauftragten entgegen dem Wortlaut des Gesetzes (Art. 402 Abs. 2 OR) in Analogie zur Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 422 Abs. 1 OR) den Entschädigungsanspruch als Forderung der Gleichheit und Billigkeit zusprach⁷⁵⁷. Die auch am Gedanken der sozialen Gerechtigkeit orientierte Rechtsgleichheit kann hier wie dort den Analogieschluß rechtfertigen, und es bedarf keines *sozialen Grundrechts des Pflegekindes*, um ihm nicht die stoßende Ungerechtigkeit widerfahren zu lassen, die die SUVA offenbar selber im Ergebnis ihrer Entscheidung erblickt⁷⁵⁸. Wie die Rechtsanwendung das Sozialrecht interpretiert und ob allenfalls eine festgestellte Lücke geschlossen werden darf, beurteilt sich nach den allgemeinen Grundsätzen der Auslegung und Lückenfüllung, wobei der Gedanke sozialer Gerechtigkeit und Gleichheit in den Vordergrund tritt⁷⁵⁹. Eine Anspruchsvermutung kann nicht über die Interpretationsaufgabe oder die Problematik allfälliger Lücken schließung hinweghelfen.

Zusammenfassend ergibt sich: Soziale Grundrechte – auch auf Gesetzesstufe formuliert – täuschen mitunter eine Eindeutigkeit

⁷⁵⁴ Vgl. das Urteil des EVG vom 24.1.1972, in «Rechtsprechung und Verwaltungspraxis» (Krankenversicherung) 1972, S. 51, zit. bei MAURER, a.a.O. (Anm. 735), S. 201, Anm. 64; zu diesem Urteil MAURER, a.a.O., S. 200f.

⁷⁵⁵ Vgl. die in Anm. 584 zitierte Entscheidung des EVG; dazu MAURER, a.a.O., S. 200f. mit Anm. 64.

⁷⁵⁶ Art. 49 AHVV in Verbindung mit Art. 28 AHVG, Art. 31 lit.e MVG.

⁷⁵⁷ BGE 48 II 487ff.; 61 II 95ff.

⁷⁵⁸ Bei MAURER, a.a.O., S. 194, angeführter nichtpublizierter Entscheid der SUVA.

⁷⁵⁹ Vgl. die Hinweise bei MAURER, a.a.O., S. 184 Anm. 13, 185, 187.

und Weite der Leistungsberechtigung vor, mit denen die spezielles gesetzlichen Bestimmungen dann nicht korrespondieren. Damit ist der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit im Sozialstaat wenig gedient.

11. Verfahrensrechtliche Sicherung des Sozialstaates

11.1 Einleitung: Besondere Bedeutung des Verfahrensrechts wegen der Dynamik des materiellen Rechts

11.11 Dynamik von Sozialpolitik und Sozialrecht

Als typische Aufgaben heutiger Sozialpolitik lassen sich anführen: Sicherung menschenwürdiger Existenz, Ausgleich von Wohlstands differenzen, Milderung und Abbau von Abhängigkeiten in den verschiedenen Gebieten. Jedes dieser Ziele unterliegt einer eigenen Dynamik. Die Befriedigung elementarer Bedürfnisse lässt qualifiziertere Bedürfnisse hervortreten. Für den Wandel der Sozialpolitik in der Gegenwart ist kennzeichnend der Übergang von der (negativen) sozialen Sicherung gegen Einbrüche von Notlagen in individuelle Lebensläufe zu den positiven Hilfen zur Entfaltung der Persönlichkeit und ihrer beruflichen und wirtschaftlichen Möglichkeiten durch Förderungsmaßnahmen.

Das Sozialrecht als Antwort auf die Forderungen der Sozialpolitik wird von dieser Dynamik ebenfalls erfaßt. Es ist stetem Wandel unterworfen, abhängig von den sich ändernden ökonomischen Verhältnissen, sozialen Strukturen und andern wechselnden gesellschaftlichen und technologischen Gegebenheiten und sozialen Erwartungen. ZACHER sieht das heutige Sozialrecht gekennzeichnet durch einen beständigen Wechsel zwischen «Einzelfall und allgemeinem Prinzip, zwischen exemplarischem Vorgriff, partikularer Korrektur und umfassender Regelung»⁷⁶⁰. Daraus entsteht ein konstanter Widerspruch zwischen den Forderungen aus der Wirklichkeit der zu regelnden Materie und der Aufgabe der rechtsetzenden Organe, dauerhafte Regelungen festzulegen.

⁷⁶⁰ ZACHER, Sozialgesetzbuch, S. 13.

Im Laufe dieser Arbeit wurde immer wieder deutlich, daß sich diese Spannung besonders auch darin auswirkt, daß sich die brennenden sozialpolitischen Anliegen nicht auf der Stufe der Verfassung – die in hervorragendem Maße dauerhafte Ordnung sein soll – sachgerecht verwirklichen lassen⁷⁶¹. Für die meisten sozialstaatlichen Aufgaben, die sich uns heute stellen, ist daher nüchternen Kompetenznormen und verbindlichen Gesetzgebungsaufträgen an den Bundesgesetzgeber der Vorrang zu geben vor sozialen Grundrechten, die auch in der Aussageform von «Gewährleistungen» kaum anderes zu bewirken vermögen als schlichtere Zielformeln, die die Offenheit verfassungsrechtlicher Normierung auf Verfassungsstufe angemessen zum Ausdruck bringen⁷⁶². Erst auf der Stufe des Gesetzes, ja weithin erst auf der Stufe der Verwaltung läßt sich das hinreichend konkretisieren und verwirklichen, was mit den sozialstaatlichen Forderungen angestrebt wird⁷⁶³.

11.12 Wandel der Funktion des Gesetzes und der Verwaltung

Nicht nur die Verfassung, auch das einfache Gesetz scheint in weiten Bereichen namentlich des Sozial- und Wirtschaftsrechts nicht mehr imstande, die konkreten sozialen Aufgaben durch allgemein-abstrakte, auf (relative) Dauer angelegte Ordnungen vorweg lösen zu können. Das Schema Norm–Normvollzug paßt nur noch für beschränkte Teile des Verwaltungsrechts: z. B. das Steuerrecht, Besoldungsrecht und Sozialversicherungsrecht. In andern Bereichen des Leistungs- und Lenkungsrechts beschränkt sich der Gesetzgeber darauf, der Verwaltung *Aufträge* zur Verwirklichung bestimmter Gemeinwohlforderungen zu stellen; sie hat gesetzliche Zielsetzungen in konkreter Planung, Förderung und Vorsorge rechtskonkretisierend und rechtsgestaltend weiterzuführen⁷⁶⁴.

⁷⁶¹ Dazu oben Ziff. 1.3, 1.6., 7.4, 10.

⁷⁶² So auch BÄUMLIN, in: Sonderheft ZSR 1968, S. 17 und oben Ziff. 10.3.

⁷⁶³ BÄUMLIN, a.a.O.

⁷⁶⁴ Vgl. dazu v. a. U. SCHEUNER, Das Gesetz als Auftrag der Verwaltung, DöV 22, 1969, S. 585–593; W. SCHAUMANN, Staatsführung und Gesetzgebung in der Demokratie, in: Der Staat als Aufgabe, Gedenkschrift für M. Imboden, Basel 1972, S. 313–332, insbes. S. 318f. – Eine der Grundthesen der Arbeit von

In der neueren Staatsrechtslehre finden neben dem herkömmlichen *Normen-* und dem neueren *Maßnahmengesetz* auch *Plan-, Lenkungs- und Rahmengesetze* zunehmend Beachtung⁷⁶⁵. Auf die Typologie der Gesetze des Leistungs- und Lenkungsstaates kann nicht näher eingegangen werden. Der Funktionswandel des Gesetzes geht einher mit einer *gewandelten Funktion der Verwaltung im Leistungsstaat*. Sie ist nur (noch) ausnahmsweise auf den bloßen Vollzug eindeutiger Rechtsregeln beschränkt; sie trägt nicht nur die Hauptlast der Arbeit der Gesetzgebung im Vorbereitungsstadium, ihr obliegt vielmehr auch weithin die spätere Konkretisierung der Gesetze. «Das ist weitgehend eine schöpferische, gestalterische Tätigkeit, nicht bloß Anwendung vorgegebener Regeln. Das Gesetz gibt die Kompetenz, setzt die Schranke und nennt das Ziel. Das ist der Rahmen, in dem die gestalterische Freiheit der Verwaltung zum Zuge kommt.»⁷⁶⁶

Die Arbeiten am neuen *Umweltschutzgesetz* lassen deutlich diese Tendenz erkennen, mit dem Gesetz wesentlich Zielsetzungen und Verfahren zu fixieren, die materiellen Maßstäbe (etwa zulässiger Emissionen) aber – vor allem im Hinblick auf den raschen Wandel der Gefährdungen und der naturwissenschaftlichen Erkenntnisse – der Exekutive zu weiterer Konkretisierung und verbindlicher Festlegung zu überlassen.

11.13 Vorrang des Verfahrensrechts – Chance des Verfassungsrechts

Um so dringlicher erscheint es, von der verfahrensrechtlichen Seite her die Dynamik des Sozialrechts in relativ dauerhafte und

TH. FLEINER, *Die Delegation als Problem des Verfassungs- und Verwaltungsrechts*, Freiburg 1972, geht dahin, insbesondere das Verwaltungsrecht des modernen Wirtschaftslenkungs- und Sozialstaates gerade auch im Bereich des Delegationsrechtes nicht als Grenze (freien Ermessens) für die Verwaltung, sondern als einen vom Gesetzgeber gelenkten Auftrag zur Rechtskonkretisierung, vor allem als Richtlinie an die Regierung zu verstehen.

⁷⁶⁵ HERZOG, *Allgemeine Staatslehre* (oben Anm.14), S.323 ff., 327 ff.; HÄBERLE, *Grundrechte im Leistungsstaat*, S.49–52.

⁷⁶⁶ B. MÜLLER, *Die Aufgabe des Juristen in der Verwaltung*, ZBl 73, 1972, S.465 ff., 466 f. – Daß der hier behandelte Funktionswandel der Verwaltung in den Rahmen einer an den Bedürfnissen des modernen Wirtschaftslenkungs- und Sozialstaates erneuerten Gewaltenteilungslehre zu stellen ist, betont zu Recht FLEINER, a.a.O., S.67.

übersichtliche Formen zu bringen, den Wandel zu «kanalisieren», bewährte rechtsstaatliche Forderungen wie Rechtssicherheit, Rechtsgleichheit, rechtliches Gehör usf. für die Bedürfnisse des Sozialrechts zu aktualisieren.

Wir kommen also zum Ergebnis, daß *vom Ausbau des Verfahrens her kompensiert werden muß, was an rechtsstaatlich geforderter Stabilität im Bereich materieller Regelung weithin verloren gegangen ist*. Mit dem teilweisen Funktionsverlust des Gesetzes als maßgeblichem Regelungsfaktor und der beobachteten Gewichtsverlagerung zur gesetzesvorbereitenden und -konkretisierenden Verwaltung im Leistungs- und Lenkungsstaat ist auch ein *Verlust an demokratischem Konsens* verbunden⁷⁶⁷; es ist zu prüfen, wie neue Formen der Beteiligung besonders betroffener oder berufener Bürger oder der weitern Öffentlichkeit auch außerhalb des Gesetzgebungsverfahrens im engern Sinn gesichert werden können⁷⁶⁸. Auch die *Chance des Verfassungsrechts* als einer dauerhaften Ordnung scheint gerade auf verfahrensrechtlichem Gebiet

⁷⁶⁷ Daß von den politisch gesetzten Bedingungen, die heute unsere Lebenschancen bestimmen, die große Mehrzahl gar nicht zur aktuellen politischen Disposition steht, sondern auf frühere Festlegung zurückgeht, die kurzfristig oft nur unter Preisgabe erheblicher Investitionen verändert werden könne, betont neuerdings wieder SCHARPF, Demokratietheorie (oben Anm. 332), S.61. Vgl. auch S.58ff., 58, wo die postulierte Beteiligung aller Bürger «am diskutant aufzuhellenden politischen Entscheidungsprozeß» mit dem Hinweis auf die «Diskrepanz zwischen der Zahl und Komplexität politischer Entscheidungen und der Informationsaufnahme- und -verarbeitungskapazität des einzelnen Bürgers und die Konkurrenz des politischen Interesses mit anderen relevanten Individualinteressen» zu Recht in Frage gestellt wird. – Zum Konsensproblem im planenden Sozialstaat vgl. insbesondere auch SCHARPF, Planung als politischer Prozeß, S.167ff. und oben 5.2 und 5.3.

⁷⁶⁸ Vgl. den Hinweis bei SCHARPF, Demokratietheorie, S.61, daß sich Politik heute wegen ihren gegenständlichen und zeitlichen Differenzierungen v.a. in Planungsprozessen dem Zugriff aktiver politischer Partizipation des Bürgers entzieht und daß sich sein Engagement daher von vornherein auf Teilbereiche der Politik beschränken muß, die jeweils nur einen engen Ausschnitt der für ihn relevanten Lebensbedingungen verändern können. Daß jedoch eine große Zahl von Entscheidungsschritten überhaupt nicht zur politischen Diskussion gestellt werden, sondern sich innerhalb der Verwaltung abseits der Öffentlichkeit, auch der engeren Öffentlichkeit virtuell betroffener Bürger, vollziehen, wurde bereits oben (Anm. 767) festgestellt.

zu liegen; sie hat das Allgemeingültige dem wechselnden Inhalt sozialstaatlichen Forderns und Gebens entgegenzusetzen, dem Prozeßhaften einen verlässlichen Rahmen zu bieten, die Kommunikation zwischen Bürger und Leistungsstaat sicherzustellen, aber auch Grenzen rechtlicher Gestaltung zu bewahren oder neu mit Sinn zu erfüllen und den politischen Prozeß auch des Sozialstaates auf den verschiedensten Stufen der Rechtsverwirklichung nach dem Leitbild einer offenen Gesellschaft zu institutionalisieren.

Die Fülle der Probleme im Umkreis der Planungs-, Verteilungs- und Rechtsschutzverfahren des Sozialstaates kann hier nicht dargelegt und diskutiert werden. Entsprechend der grundrechtlichen Fragestellung der ganzen Arbeit soll hier die nähere Bestimmung des *status processalis* des Bürgers im Leistungsstaat, d. h. *die grundrechtliche Sicherung der Teilhabe des einzelnen und von Gruppen an den Verfahren, die schließlich über die Verfügbarkeit und Zuweisung von Leistungen oder die konkrete Gestaltung sozialer Prozesse entscheiden*, ins Zentrum gerückt werden. Kommunikation aller Beteiligten bereits im Vorverfahren der Rechtsgestaltung, nicht erst im Nachverfahren verwaltungsgerichtlicher Überprüfung von Leistungs- und Lenkungsmaßnahmen liegt nicht nur im Individualinteresse der Betroffenen, sondern entspricht auch einem möglichst sachgerechten Ausbau des Leistungsstaates⁷⁶⁹.

Es soll hier gerade der Mahnung HÄBERLES Rechnung getragen werden, die Diskussion um soziale Grundrechte nicht zu sehr auf materielle Ansprüche zu fixieren mit der Folge, daß sie wegen der ökonomischen Grenzen des Leistungsstaates, aber auch mit dem Hinweis auf die funktionellrechtlichen Grenzen der Rechtsprechung vorzeitig abgebrochen wird oder in Utopien des totalen Leistungsstaates mündet. Nach HÄBERLE wären Sozialrechte vor allem als Rechte auf differenzierte verfahrensmäßige Partizipation am Vorgang der Staatsleistung zu deuten⁷⁷⁰.

⁷⁶⁹ Dazu v. a. SCHARPF, Die politischen Kosten des Rechtsstaats (oben Anm. 294), S. 70ff. und durchgehend. – Zum «leistungsstaatlichen Grundrechtsverfahren», das sich von der Initiative bis zur konkreten Leistung erstreckt, vgl. ausführlich HÄBERLE, Grundrechte im Leistungsstaat, S. 86–90. Vgl. auch ZACHER, Sozialgesetzbuch, S. 29.

⁷⁷⁰ HÄBERLE, Grundrechte im Leistungsstaat, S. 89.

11.14 Hinweise auf die wissenschaftliche Diskussion über Partizipationsformen im sozialen Leistungs- und Lenkungsstaat

Die Notwendigkeit einer Vorverlegung der verfahrensmäßigen Beteiligung der Betroffenen auf frühere Stufen der Entscheidung in allen Bereichen staatlicher Lenkung, Steuerung, Subventionierung, die Planungsmechanismen voraussetzen, ist in der in- und ausländischen Literatur in weitem Maße anerkannt. In diesem Sinn betont BLÜMEL, es gehe nicht um «demokratische» Mitwirkung oder gar Mitbestimmung, sondern ausschließlich um den «effektiven und rechtzeitigen Rechtsschutz der von der Planung Betroffenen bzw. um die Gewährung des rechtlichen Gehörs»⁷⁷¹. BROHM fordert den Ausbau von Verfahrensgrundsätzen als Ausgleich für das Rechtsschutzdefizit gegenüber Gestaltungsbefugnissen der Verwaltung, insbesondere in ihrer «planenden» Funktion, die sich nicht genügend juridifizieren lassen. Die dogmatische Begründung liegt für BROHM im Grundsatz des rechtlichen Gehörs, ferner dem Demokratiegebot der Transparenz und der Konsensherstellung⁷⁷².

Besonders intensive Bearbeitung hat die verfahrensrechtliche Beteiligung des einzelnen an den Gestaltungsaufgaben der modernen Leistungsverwaltung in den Referaten von SCHMITT-GLAESER und ROBERT WALTER anlässlich der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer 1972 gefunden⁷⁷³. Bei SCHMITT-GLAESER ist das pluralistische Gemeinwohlverständnis wesentlicher Legitimierungsgrund für bürgerliche Partizipation an staatlichen Entscheidungsverfahren. Je mehr die Verwaltung als sozialer Gestaltungsfaktor an Bedeutung gewinnt, und je mehr sie sich auch gegenüber Parlament und Regierung verselbständigt, um so mehr hat die bürger-schaftliche Partizipation (einzelner oder von Gruppen) auch eine demokratische Funktion zu erfüllen. Es handelt sich um unmittelbare, nicht über gewählte Volksvertreter vermittelte Teilhabe. Partizipation darf nicht nur punktuell und vor allem nicht nur beschlußorientiert sein, sondern muß phasendifferenziert gesehen werden. Allgemein kann nicht gesagt werden, in welcher Phase die Entscheidung fällt. Darum muß Partizipation grundsätzlich in einem möglichst frühen Zeitpunkt des Entscheidungsprozesses einsetzen. Neben die demokratische Legitimierung der Partizipation tritt die rechtsstaatliche Funktion: Das in der gestaltenden Verwaltung oft diagnostizierte Gerichtsschutzdefizit kann z.T. kompensiert werden durch stärkere Beachtung des Verwaltungsverfahrens, indem es eine Beteiligung der

⁷⁷¹ W. BLÜMEL, «Demokratisierung der Planung» oder rechtsstaatliche Planung?, in: *Festschrift für E. Forsthoff*, München 1972, S. 23. – Zur Notwendigkeit der Vorverlegung der verfahrensmäßigen Beteiligung Betroffener vgl. BLÜMEL, a.a.O., S. 27.

⁷⁷² W. BROHM, *Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung*, VVDStRL 30, Berlin 1972, S. 245 ff., 279 f.

⁷⁷³ Da die schriftlichen Berichte noch nicht gedruckt vorliegen, kann nur auf die in DöV 25, 1972, S. 783 ff. veröffentlichten Thesen verwiesen werden.

betroffenen Bürger(gruppen) als Rechtsschutz nicht-judizieller Art nahelegt. Schließlich geht es auch darum, den einzelnen vor der Degradierung zum bloßen Objekt staatlicher Verfahren zu bewahren, ihn nicht zum austauschbaren Leistungsempfänger denaturieren zu lassen. Dieser Gefahr kann begegnet werden «durch Beteiligung der Bürger(gruppen) am Verwaltungsverfahren mit der Chance, eigengeartete Individualität zur Geltung zu bringen». Individualisierung sozialstaatlicher Aktivität wird also erstrebt, ein «individualisierendes Korrektiv kollektiver Leistungsausschüttung». Die konkrete Ausgestaltung der anvisierten Partizipation erscheint als künftige Aufgabe des Gesetzgebers. Richtlinien ergeben sich aus dem Gedanken, das Partizipationsverfahren müsse auf den personellen Einzugsbereich des jeweiligen Leistungszweiges mit seinen spezifischen Problemen ausgerichtet sein. Als entscheidende Kriterien für die Ausgestaltung der Partizipation kommen somit in Frage: Betroffenheit, Interesse, Erfahrung, Sachverstand. Die verschiedenen Verwaltungsbereiche sind verschieden partizipationsgeeignet. Aus den Grundrechten können sich auch Partizipationsverbote ergeben (so z. B. der Ausschluß der Akteneinsicht, wenn dadurch Persönlichkeitsrechte Dritter verletzt würden⁷⁷⁴).

In der Schweiz wurde das Problem vor allem im Bereich des Raumplanungsrechts diskutiert. BASCHUNG/STÜDELI⁷⁷⁵ plädieren für das Eingreifen des Rechtsschutzes im Zeitpunkt der Entscheidfindung, nicht erst beim formellen Entscheid. Eine Voraussetzung ist die frühzeitige Information der Betroffenen. Dem Bedürfnis hat der Entwurf zum Raumplanungsgesetz teilweise Rechnung getragen⁷⁷⁶.

Als Mitwirkungsformen im Sinne der beschriebenen Partizipationspostulate kommen in Frage: Information⁷⁷⁷, Akteneinsicht⁷⁷⁸, Anhörung, Mitberatung, Mitentscheidung; aber auch mit Bezug auf andere Verfahrensgrundsätze – wie die Einhaltung der Bestimmungen über die behördlichen Zuständigkeiten, die Mit-

⁷⁷⁴ Weitere Beispiele in These 18: Hinweis auf die Art. 4 Abs. 1, 2; 5 Abs. 3 GG.

⁷⁷⁵ M. BASCHUNG/R. STÜDELI, Probleme des Rechtsschutzes im Planungsrecht, in: WuR 1971, S. 124ff.

⁷⁷⁶ Vgl. Art. 9 Abs. 2, 3 gemäß Entwurf des Bundesrats, BBl 1972 I, S. 1537. Zur Anhörung privater Eigentümer vor Erlaß eines *Planes* vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 11.9.1963, in: ZBl 65, 1964, S. 218: «Die Anhörung der Grund-eigentümer erfüllt insofern im Planungsverfahren eine Sicherungsaufgabe, welche die demokratische Willensbildung bei der Planfestsetzung allein nicht in gleichem Ausmaß lösen könnte (...)» (zit. bei IMBODEN, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bd. I, 3. Aufl., Basel 1968, Nr. 212, unter IIa, S. 55f.).

⁷⁷⁷ Zur Auskunftspflicht als Voraussetzung der Partizipation Betroffener vgl. SCHMITT-GLAESER, a.a.O., These 15.

⁷⁷⁸ Einen interessanten Ansatzpunkt findet man in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Rechtlichen Gehör: Akteneinsicht kann u. U. auch mit Bezug auf ein bereits abgeschlossenes Verfahren gefordert werden, wenn es zur Initiierung eines neuen Verfahrens dienen kann (z. B. wenn ein Verurteilter Revision verlangen und zu diesem Zweck die Akten des abgeschlossenen Strafverfahrens einsehen will). Vgl. BGE 95 I 103ff., 107f. E.2a.

wirkung anderer Behörden oder die Unparteilichkeit und Unbefangenheit der Amtsträger⁷⁷⁹ – wird die vermehrte Ausgestaltung im Sinne des Individualrechtschutzes Betroffener gefordert, weil solche rechtlichen Verfahrenssicherungen in gewissem Maße auszugleichen vermögen, was der gerichtliche Rechtsschutz a posteriori derzeit nicht leisten kann, da die Verwaltung bei der Planung in zeitlicher und faktischer Hinsicht die Vorhand hat.

Die Vorschläge zur Stärkung der Mitwirkung Betroffener⁷⁸⁰ und kompetenter Sachverständiger außerhalb der Verwaltung⁷⁸¹ auch in Frühstadien des Entscheidungsprozesses haben in Theorie und Praxis noch wenig faßbare Konturen angenommen, obwohl das Problem weit und einhellig anerkannt ist. Man befindet sich heute offensichtlich in einem Experimentierstadium⁷⁸². Die Möglichkeiten, die Beteiligung Betroffener an Verwaltungsverfahren zu aktivieren, werden auch oft überschätzt⁷⁸³; es sind auch die Schwierigkeiten zu beachten, die sich etwa

⁷⁷⁹ So BROHM, Dogmatik des Verwaltungsrechts, S. 279.

⁷⁸⁰ Daß damit auch eine gewisse «Politisierung» der Verwaltung mit einhergeht, ist nicht zu bestreiten; wesentlich ist, daß dort, wo «gesellschaftspolitische Interessengegensätze» auch noch bei der Rechtskonkretisierung in der Verwaltungspraxis auszutragen sind – was bei jeder pluralistischen Gemeinwohkkonkretisierung in stärkerem oder geringerem Maße zutrifft –, dies durch angemessene *Transparenz* der Einflußnahme geschieht. TH. FLEINER, a.a.O. (Anm. 764), S. 61, 66f. und durchgehend, plädiert für eine (vollständige) Entpolitisierung der Verwaltung, was m.E. aber schwerlich mit der zutreffenden Betonung der notwendig schöpferischen und gestaltenden Tätigkeit der Verwaltung namentlich im Leistungssektor in Einklang zu bringen ist. Rechtskonkretisierung in diesem Sinne ist stets auch Harmonisierung verschiedener Gruppen- und Interessengegensätze und damit auch politische Aufgabe. Zu fordern wäre m.E. eher die Offenlegung politischer Prozesse bei der Gesetzesanwendung als deren «Entpolitisierung». Zu einer Form der Beteiligung interessierter Gruppen an der Rechtskonkretisierung durch die Verwaltung vgl. die «Richtlinien über das Vorverfahren der Gesetzgebung», vom 6.5.1970, BBl 1970 I, S. 993 ff., insbes. Art. 24–27 über das Vernehmlassungsverfahren vor dem Erlaß von *Verordnungen*.

⁷⁸¹ Für deren Partizipation v.a. W. BROHM, Sachverständige und Politik, Rechtsfragen der Beratung in der Wirtschafts- und Sozialpolitik der BRD, in: *Festschrift für E. Forsthoff*, München 1972, S. 37ff. plädiert.

⁷⁸² Vgl. die verschiedenen Versuche, den Bürger in Planungsforen an frühen Stadien der Planung, namentlich der Städteplanung, teilnehmen zu lassen; solche Versuche werden in verschiedenen größeren Städten der Schweiz unternommen; zu deutschen Experimenten vgl. HÄBERLE, Grundrechte im Leistungstaat, S. 89, Anm. 199.

⁷⁸³ Kritisch zur Beteiligung Betroffener in Frühstadien der Planung auch BLÜMEL, a.a.O. (Anm. 771), S. 27f. – Vgl. auch oben Ziff. 5.26. – SCHARPF, Demokratie-

für die Raumplanung aus einer zu früh einsetzenden Transparenz des Planungsvorgangs ergeben können⁷⁸⁴, oder es ist an die Schwierigkeit rechtzeitiger Ermittlung der schließlich von Leistungen oder Lenkungen Betroffenen angesichts der zunehmenden Mobilität der Bevölkerung zu erinnern.

11.15 Hinweis auf das Verwaltungsrecht der USA

Ein Vergleich mit einigen besonderen Institutionen des amerikanischen Verwaltungsrechts soll belegen, daß die Art, wie der Bürger zur Rechtsverwirklichung in der sozialgestaltenden Verwaltung beigezogen wird, auch wesentlich vom traditionell gewachsenen System der Verwaltung und ihrem Verhältnis zur Gesetzgebung abhängen kann. Das amerikanische Modell mit seinen viel weitergehenden Mitwirkungsrechten Betroffener bei der Rechtskonkretisierung in der Verwaltung zeigt im übrigen gerade auch die Schattenseiten weit getriebener Partizipation: Der verstärkten Verhandlungs- oder Mitwirkungsposition des Bürgers steht der erhebliche finanzielle, personelle und zeitliche Aufwand des Verfahrens gegenüber, und es ist nicht zu übersehen, daß der betroffene Bürger oft nur mit der Hilfe hochbezahlter Anwälte seine Mitwirkungschancen voll ausschöpfen kann. In der Massenverwaltung und gegenüber dem kleinen Mann könne das amerikanische Verwaltungsverfahren auf eine Rechtsverweigerung hinauslaufen, stellt ein ausgewiesener Kenner fest⁷⁸⁵.

Der entscheidende Unterschied zwischen dem amerikanischen und dem deutschen Modell rechtsstaatlicher Sicherung (dem die Schweiz wesentlich folgt) liegt vor allem darin⁷⁸⁶, daß hier der

theorie (oben Anm. 332), S. 61, verweist auf die beschränkte Bereitschaft des Bürgers, auch dort, wo sich seine Beteiligung auf Teilbereiche des politischen Entscheidungsspektrums beschränkt, den Aufwand an Zeit und Energie auf sich zu nehmen, «während die Wahrscheinlichkeit, daß gerade seine aktive Beteiligung das politische Ergebnis beeinflussen könnte, relativ niedrig angesetzt werden muß und mit einer wachsenden Zahl von Beteiligten noch weiter abnimmt».

⁷⁸⁴ Praktisch ist an die Rückwirkung von publizierten Planungsabsichten der Verwaltung auf die Entwicklung der Bodenpreise zu denken; ihr Emporschneilen kann Planung gerade verunmöglichen.

⁷⁸⁵ SCHARPF, Die politischen Kosten des Rechtsstaats (oben Anm. 294), S. 23f.; vgl. auch F. MORSTEIN MARX, Amerikanische Verwaltung, Berlin 1963, S. 165.

⁷⁸⁶ Wir folgen der stark schematisierenden Darstellung bei SCHARPF, a.a.O.,

Rechtsschutz in erster Linie als verwaltungsgerichtlicher Schutz ausgestaltet ist, dort jedoch das Schwergewicht auf dem von der Verwaltung selbst anzuwendenden rechtsförmlichen Verfahren beruht⁷⁸⁷. Dementsprechend ist *das amerikanische Recht vor allem Verfahrensrecht*, im Gegensatz zum Vorherrschen des materiellen Verwaltungsrechts in Deutschland und bei uns⁷⁸⁸. Das Verwaltungsverfahren der USA hat sich aus dem Gerichtsverfahren entwickelt, und es mußte sich wie dieses seine Legitimität vor einer am verfassungsrechtlichen «due process» orientierten öffentlichen Meinung sichern⁷⁸⁹.

Gerade im Gebiet der Wirtschaftsregulierung beschränkte sich die frühe Gesetzgebung des Kongresses in ihrem materiellen Teil auf Generalklauseln, die sich von den aus dem Common Law entwickelten Entscheidungsmaximen der Gerichte kaum unterscheiden: Erteilung von Lizzenzen nach Maßgabe des «öffentlichen Interesses», «unfaire Praktiken im Arbeitskampf» usf.⁷⁹⁰ Das Verfahren der Konkretisierung dieser Zielsetzungen ist darauf angelegt, den Betroffenen ein Maximum an Informations- und Mitwirkungschancen zu eröffnen. Sogar bei Normsetzungen durch die Verwaltung ist diese in der Regel verpflichtet, die zu regelnde Materie bekanntzugeben, um allen Interessierten die Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Das Verfahren, in dem die Betroffenen Gelegenheit haben, Tatsachen, Argumente und Gegenvorschläge vorzutragen, kann hier nicht im einzelnen beschrieben werden⁷⁹¹, ebensowenig das förmliche Institut des Hearings mit seinen verschiedenen Funktionen. Wesentlich ist, daß das Vorbild der frühen Regulierungsgesetze allgemeine Praxis geworden ist: Die Mehrzahl gerade der wichtigen Verwaltungsgesetze statuieren nicht Konditionalprogramme im Sinne der LUHMANNschen Unterscheidung, sondern Zweckprogramme⁷⁹², die schrittweise durch Einzelfallentscheidung mit begrenzter Präjudizienwirkung weiter konkretisiert werden⁷⁹³. Dies erlaubt, unter kontinuierlicher Verwertung der gewonnenen Erfahrung praktikable Lösungen weiter zu entwickeln. Dem Bürger oder

S. 14ff.; vgl. auch die Darstellungen der Grundzüge des Verwaltungsrechts der USA bei R. PARKER, *Das öffentliche Recht der Vereinigten Staaten von Amerika*, Wien 1963, und MORSTEIN MARX, a.a.O.

⁷⁸⁷ Dazu vor allem auch FLEINER, a.a.O. (Anm. 764), S. 55f.

⁷⁸⁸ SCHARPF, *Die politischen Kosten des Rechtsstaats*, S. 14.

⁷⁸⁹ SCHARPF, *Die politischen Kosten des Rechtsstaats*, S. 16f.

⁷⁹⁰ Weitere Beispiele bei SCHARPF, *Die politischen Kosten des Rechtsstaats*, S. 17.

⁷⁹¹ Siehe SCHARPF, *Die politischen Kosten des Rechtsstaats*, S. 17ff.; PARKER, a.a.O., S. 121.

⁷⁹² SCHARPF, *Die politischen Kosten des Rechtsstaats*, S. 20.

⁷⁹³ SCHARPF, *Die politischen Kosten des Rechtsstaats*, S. 21.

interessierten Gruppen eröffnet sich ein weites Mitwirkungsfeld, ein Verfahren, das allerdings heute nicht ohne Kritik bleibt⁷⁹⁴.

Ein Vergleich mit dem amerikanischen System führt SCHARPF zur Erwägung folgender Nachteile unseres Verwaltungsverfahrens: Die weitgehend vorwegnehmende rechtliche Fixierung des Verwaltungsprogramms vermindert die Qualität und Quantität der für Entscheidungen verwertbaren Informationen. «Zugleich vervielfacht der Zwang zur vorwegnehmenden und generellen Regelung auch die zu befürchtenden Konsequenzen möglicher Fehlentscheidungen und erhöht darum das Gewicht der Beweislast, die die Befürworter von Innovationen zu tragen haben.»⁷⁹⁵

11.2 Die Teifunktionen der postulierten Sozialrechte und ihre Erfüllung durch besondere Verfahrensvorkehren

11.21 Das Bezugsschema

Oben⁷⁹⁶ wurde versucht, das Postulat einer Verankerung von sozialen Grundrechten auf seine legitimen Einzelanliegen zurückzuführen und alternative Wege aufzuzeigen, diese auf angemessene Weise als durch «Gewährleistung» subjektiver Rechte zu erfüllen. Es wurde namhaft gemacht:

- a) die zukunftsweisende Funktion der Sozialrechte, die sie als Leitlinien eines zu schaffenden gesellschaftlichen Soll-Zustandes erfüllen (*programmatische Funktion*) ;
- b) die lückenfüllende Funktion in einem punktuell gewachsenen, unübersichtlich gewordenen Sozialleistungssystem, wie es sich heute jedenfalls der Tendenz nach abzeichnet. Vom Gesetz mit seinen Einzelregelungen «vergessene» Härtefälle sollen durch den generell gewährten Anspruch ausgefüllt werden (*justiziabel-harmonisierende Funktion*) ;
- c) die Funktion der Sicherung bestehender Sozialeinrichtungen.

⁷⁹⁴ Siehe die Bemerkungen bei SCHARPF, Die politischen Kosten des Rechtsstaats, S.23f.

⁷⁹⁵ SCHARPF, Die politischen Kosten des Rechtsstaats, S. 70, 72.

⁷⁹⁶ Siehe oben Ziff. 7.4.

In diesem Sinn erscheinen Sozialrechte als Kristallisierungspunkte bestehender, d.h. auf dem Wege der Gesetzgebung bereits geschaffener Sozialgesetzgebung (*gesetzlich-anspruchsgrundende Funktion*).

11.22 Materielle Sicherungen im Sinne der drei Stufen (Zusammenfassung)

11.221 Es wurde oben⁷⁹⁷ gezeigt, daß jedes der drei Grundanliegen, die mit der Forderung sozialer Grundrechte angestrebt werden, durch spezifischere Mittel als generelle Grundrechtsgewährleistungen erfüllt werden kann. Der Sozialplanung und Gesetzgebung des Leistungsstaates kann von der Verfassung her durch Staatszielbestimmungen, Gesetzgebungsaufträge, aber auch schlichte Kompetenzbestimmungen sachgerechter der Weg gewiesen, die programmatische Funktion also besser erfüllt werden als durch Gewährleistung subjektiver Ansprüche.

11.222 Zur harmonisierenden Funktion wurde ausgeführt, daß es hier ausschließlich um Gleichheitsverwirklichung im Leistungsstaat gehe, so daß *die sozialstaatlich aktualisierte Rechtsgleichheit die Aufgabe gebotener Harmonisierung der Sozialleistungssysteme übernehmen kann*. ZACHER bezeichnetet als eines der permanenten Probleme bei der Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit «die richtige objektive und subjektive Abgrenzung von Tatbeständen, die angesichts der Vielfalt sozialer Zustände vor allem als die Frage nach den Grenzen zulässiger Typisierung auftaucht»⁷⁹⁸. Wo die Typisierung den Grad rechtsungleicher Behandlung erreicht (unsachliche Differenzierung), ist nach der Rechtsprechung zu BV Art. 4 die Grenze der Verfassungswidrigkeit erreicht, und die Korrektur kann bei kantonalen Erlassen durch den Verfassungsrichter erfolgen.

Anders stellt sich de lege lata das Problem bei unsachgemäßer objektiver und subjektiver Abgrenzung durch den Bundesgesetzgeber. Unsachliche Differenzierungen in der Gesetzgebung, die in Unachtsamkeit des Gesetzgebers⁷⁹⁹ oder in der zeitlichen Distanz der Einzelgesetzgebungen begründet sein können, führen mitunter zu derart stoßenden Konsequenzen, «daß der Richter, aus Achtung vor dem Geist der Rechtsordnung, eine andere Lösung finden muß als die an sich

⁷⁹⁷ Siehe oben Ziff. 7.4, 10.

⁷⁹⁸ ZACHER, Soziale Gleichheit (oben Anm. 320), S. 377. – Zum Problem der «atypisch Armen», an denen das Gesetz mit seiner naturgemäßen Typisierung gern vorbeigeht, vgl. ZACHER, Sozialgesetzbuch (Anm. 740), S. 28. – Eine ähnliche und der schweizerischen Verfassungsrechtsprechung vertrautere permanente Spannung zwischen (zulässiger) Typisierung und (unzulässiger) unsachlicher Nichtgleichbehandlung zeigt sich bei der Umschreibung der objektiven und subjektiven Steuerpflicht; vgl. statt vieler BGE 96 I 45 ff., 51.

⁷⁹⁹ Dazu ZACHER, Sozialgesetzbuch, S. 28; MAURER, a.a.O. (oben Anm. 735), S. 180ff.

vorgeschriebene»⁸⁰⁰. Solche Korrektur kann allenfalls durch Feststellung einer echten (mitunter auch einer unechten) Lücke und deren Schließung erfolgen⁸⁰¹.

11.223 Zur dritten, gesetzlich-anspruchs begründenden Schicht vgl. oben Ziffer 7.44.

11.23 Verfahrensrechtliche Sicherungen im Sinne der drei Stufen

Es sei hier zur Diskussion gestellt, ob nicht jede der genannten Teilstufen der postulierten Sozialrechte durch besondere sozialstaatliche Verfahrenssicherungen ersetzt oder jedenfalls besser verwirklicht werden kann als durch materiellrechtliche «Gewährleistungen» auf Verfassungsebene. M.a.W.: Es ist zu prüfen, ob nicht durch Verfahrenssicherungen erreicht werden könne, was die sozialen Grundrechte auf Verfassungsebene nicht zu leisten imstande sind: eine möglichst bedürfnisgerechte, ausgeglichene, nicht diskriminierende Sozialordnung nach wechselnden Bedürfnissen und sozialen Gegebenheiten und Möglichkeiten ständig neu zu verwirklichen.

11.231 Verfahrensrecht zur Verwirklichung des programmatischen Gehalts postulierter Sozialrechte

Soweit die Sozialrechte allgemein der Entwicklung des Sozialstaates Richtung weisen sollen, sind Verfahren zu relevieren, die der möglichst bedürfnisgerechten und rechtsgleichen Weiterbildung sozialstaatlicher Einrichtungen auf Verfassungs- und Gesetzesstufe dienen. Sämtliche Verfahren des politischen Prozesses sind hier bedeutsam, die der Vermittlung individueller, gruppen-

⁸⁰⁰ EVGE 1968 S. 108, zitiert bei MAURER, a.a.O., S. 185.

⁸⁰¹ Vgl. oben Ziff. 7.43, 10a. – Zur «Schubkraft des Gleichheitssatzes im Sozialstaat» vgl. HÄBERLE, Grundrechte im Leistungsstaat, S. 87 Anm. 189 und 96ff. Weil die Rechtsgleichheit generell möglichst *gleichmäßige* Befriedigung sozialer Bedürfnisse fordert, wird sie ständig zum Motor der Anpassung und Änderung des Sozialrechts. Sobald auf einem Gebiet Bedürfnisse befriedigt sind, entstehen Ungleichgewichtslagen zu andern Bereichen. Die Grenze zwischen der Rechtsgleichheit als Postulat (programmatische Schicht) und justiziablem Grundrecht ist oft schwierig zu bestimmen; siehe dazu oben Ziff. 9.3.

spezifischer oder allgemeiner Bedürfnisse mit den Planungen, Regelungen und Leistungen des Sozialstaates dienen.

Hier ist in erster Linie an die dem schweizerischen Recht eigentümlichen Institutionen der *Verfassungsinitiative*, ferner an die übrigen Verfahren zur Initiierung von Verfassungs- und Gesetzesänderungsverfahren zu denken (vgl. BV Art. 93, Art. 102 Abs. 1 Ziff. 16, Abs. 1, 2. Halbsatz). Über die Mittel des Bundesrates zur Mobilisierung des Parlaments für den sachgerechten Ausbau des Wohlfahrtsstaates (Art. 102 Ziff. 16, Abs. 1, 2. Halbsatz) wurde bereits referiert⁸⁰². Der Auftrag schließt auch die Vorbereitung allfällig notwendiger Verfassungsänderungen ein. Die Frage der verfahrensmäßigen Sicherung bestimmter Gesetzgebungsaufträge der Verfassung etwa im Wege der Verfassungbeschwerde wurde bereits erörtert. Als weitere Verfahren, in denen sich der Bürger in Richtung der Verwirklichung sozialer Postulate durch Eigeninitiative betätigen könnte, wäre neben der bestehenden Verfassungsinitiative und der verschiedentlich postulierten Gesetzesinitiative⁸⁰³ auch das *Petitionsrecht* in Betracht zu ziehen, dessen Aufwertung bedacht werden muß⁸⁰⁴.

11.232 Verfahrensrechtliche Sicherung zur Vermeidung von Diskriminierungen

Korrektur bestehender Sozialleistungsinstitutionen nach den Erfordernissen der Rechtsgleichheit wird in erster Linie Aufgabe der Justiz, vor allem der Verfassungsrechtspflege sein. Daneben ist an die Möglichkeit richterlicher Rechtsfortbildung auch mittels Lückenschließung zu erinnern⁸⁰⁵. Als naheliegendstes, wenn auch praktisch wohl schwerfälligstes Mittel bleibt die Gesetzesrevision zur Behebung von Ungleichheiten. Auf die entsprechenden prozessualen Gesichtspunkte ist nicht näher einzutreten.

11.233 Prozessuale Durchsetzung der gesetzlichen Sozialordnung

Verfahrensrechtlicher Sicherung bedarf die gleichmäßige und «richtige» Verwirklichung des vom Gesetzgeber erlassenen Sozial-

⁸⁰² Siehe oben Ziff. 10.523.

⁸⁰³ Vgl. auch BROHM (Sachverständige und Politik [Anm. 781], S. 70–75; Dogmatik des Verwaltungsrechts [Anm. 772], S. 303 f.).

⁸⁰⁴ Dazu ausführlich unten Ziff. 11.3.

⁸⁰⁵ Dazu oben Ziff. 9.3.

rechts. Im Bereich des Sozialleistungsrechts ist vor allem die Verantwortung der Leistungsträger, dann diejenige der Verwaltungsgerichte angesprochen. Ihnen obliegt die Aufgabe richtiger Konkretisierung und Anwendung des Sozialrechts. Aber auch der Bürger ist an der Rechtsverwirklichung beteiligt, nicht nur als Leistungsträger, sondern gerade auch als Verfahrensbeteiligter. Indem er ein Verfahren durch Anspruchserhebung in Gang setzt, kann er zur Rechtskonkretisierung beitragen. Aus diesem Bereich der Durchsetzung gesetzlich normierter Sozialleistungssysteme (oder anderer Bereiche des Sozialrechts) seien einige Probleme herausgegriffen:

11.2331 Transparenz gesetzlicher Ordnungen

Wahrung der Gleichheit in der Vergabe gesetzlich vorgesehener Leistung setzt Rechtskenntnis der rechtsanwendenden Behörden und des berechtigten Bürgers voraus. Die schwere «Lesbarkeit» des rasch und oft zusammenhanglos gewachsenen Sozialrechts – namentlich des Sozialversicherungsrechts – wird auch in der Schweiz beklagt⁸⁰⁶. Unzukämmlichkeiten können sich auch aus der Spezialisierung der an Gesetzesrevisionen arbeitenden Kommissionen ergeben⁸⁰⁷.

In jedem differenzierten Sozialleistungssystem wird es zu einem besonderen Anliegen, für den einzelnen durchschaubar zu machen, welche Rechte und Pflichten sich für ihn ergeben, insbesondere, welche Ansprüche auf Sozialleistungen er hat. Der Entwurf eines Sozialgesetzbuches in der BRD widmet dem Anliegen der Aufklärung der Bevölkerung über Sozialleistungen und über zuständige Leistungsträger besondere Bestimmungen⁸⁰⁸. Information und Beratung wird als besondere Dienstleistungspflicht der Leistungsträger statuiert. Damit durch die institutionelle Aufgliederung des Sozialleistungssystems nicht Nachteile für einzelne ent-

⁸⁰⁶ Siehe oben Ziff. 10a.1.

⁸⁰⁷ HÄBERLE, Grundrechte im Leistungsstaat (oben Anm. 378), S. 128 Anm. 376, verweist auf das Sozialversicherungsrecht als Beispiel eines im höchsten Maße nicht transparenten Rechts.

⁸⁰⁸ Siehe die §§ 13–15 mit den entsprechenden Kommentierungen in der Begründung des Entwurfs bei: ZACHER, Sozialgesetzbuch (oben Anm. 740), S. 45, 94 ff.

stehen, wird den Stadt- und Landkreisen sowie den Trägern der gesetzlichen Krankenversicherung eine Auskunftspflicht auferlegt⁸⁰⁹. Auf die Vorschriften ist im einzelnen nicht einzugehen, das Problem stellt sich jedoch im Hinblick auf eine möglichst rechtsgleiche Verwirklichung des Sozialrechts auch für uns.

11.2332 Diskrepanz von Rechtsprechung und Verwaltungspraxis als Quelle von Ungleichheiten

Die rechtsgleiche Durchsetzung des materiellen Sozialrechts, namentlich des Sozialversicherungsrechts, kann wegen seiner Dynamik auf besondere Schwierigkeiten stoßen. Ein Problem sei herausgegriffen, auf das MAURER kürzlich hingewiesen hat:

Das Sozialversicherungsrecht wird nicht nur durch den Gesetzgeber, sondern auch durch die – namentlich höchstrichterliche – Rechtsprechung und die Verwaltungspraxis fortgebildet. Die Entscheide des eidgenössischen Versicherungsgerichts können durch die Publikation in der Amtlichen Sammlung eine gewisse Publizität erreichen, während die *Verwaltungspraxis* eher verborgen bleiben dürfte. Nur ein winziger Bruchteil aller Fälle, die in der Praxis der Sozialversicherung entschieden werden, gelangen zu höchstrichterlicher Entscheidung. Die Erfahrung zeigt offenbar auch die Tendenz von Sozialversicherungsträgern, wegen ihrer besonderen Sachnähe eine von der höchstrichterlichen Rechtsprechung abweichende Praxis zu entwickeln; diese Diskrepanz zwischen Rechtsprechung und Verwaltung kann eine besondere Quelle von Rechtsungleichheiten sein. Um solche zu mindern, wird für die Sozialversicherungsträger eine *Offenbarungspflicht* postuliert: Die Verwaltung soll verpflichtet werden, dem Adressaten einer Verfügung kundzutun, wenn sie im Einzelfall von der Rechtsprechung des EVG abweicht⁸¹⁰. Dadurch könnte die Wahrscheinlichkeit, daß der Betroffene den Richter anruft, erhöht werden⁸¹¹. Die Offenbarungspflicht ist aus dem Grundsatz der Rechtsgleichheit gerechtfertigt und gefordert.

⁸⁰⁹ Siehe §§ 15 und 14, die die Beratung in sozialrechtlichen Fragen als eigentliches «Sozialrecht» statuieren; vgl. dazu die Kommentierung in der Begründung des Entwurfs bei: ZACHER, Sozialgesetzbuch, S. 94.

⁸¹⁰ Ein konkretes Beispiel führt MAURER in: Recht und Praxis, S. 107, N. 36, an (zit. bei MAURER [Anm. 735], S. 205 Anm. 81).

⁸¹¹ MAURER, a.a.O., S. 205, in Anschluß an GYGI.

11.2333 Anforderungen an die Ausgestaltung gerichtlicher Verfahren

Die «richtige», d.h. auch möglichst *gleichmäßige* Anwendung des Gesetzes ist generell durch ein dem Sozialleistungsrecht angepaßtes *gerichtliches Verfahren* sicherzustellen.

Art. 121 KUVG schreibt den Kantonen für die obligatorische Unfallversicherung einen möglichst einfachen und raschen Prozeßweg vor. Der rev. Art. 30^{bis} KUVG geht in den Regeln, die die Kantone in Krankenversicherungssachen einzuhalten haben, viel weiter: Es ist die Pflicht zu einem einfachen, raschen und für die Parteien grundsätzlich kostenlosen Verfahren statuiert; ferner wird der Untersuchungsgrundsatz als verbindlich erklärt (Art. 30^{bis} Abs. 3 lit. c). Das eidgenössische Versicherungsgericht hat in seiner neuesten Praxis diesen Grundsatz auch für die Gerichtsverfahren in den andern Zweigen der Sozialversicherung als maßgeblich erklärt⁸¹².

11.3 Aufwertung des Petitionsverfahrens?

11.31 Aktuelle Funktionen des Petitionsverfahrens

Als ein Weg der Teilhabe des Bürgers am Entscheidungsprozeß des Sozialstaates bietet sich das Petitionsverfahren an. Es kann in ihm die Möglichkeit nicht-judiziellen Rechtsschutzes des einzelnen wie auch die Chance der Einflußnahme auf politische Entscheidung im Stadium politischer Planung des Sozialstaates gesehen werden.

Es mag sowohl der Initiierung sozialstaatlicher Maßnahmen dienen als auch der individualbezogenen Korrektur von «Fehlern» des Leistungssystems dienstbar gemacht werden. Das Petitionsrecht könnte gerade für Bürger(gruppen), die praktisch kaum Zugang zur politischen Willensbildung über Parteien, Massenmedien,

⁸¹² In BGE 96 V 95f. faßt das EVG seine Praxis wie folgt zusammen: «Der Sozialversicherungsprozeß ist ein verwaltungsgerichtliches Verfahren und als solches von der Untersuchungsmaxime beherrscht (...).» Der Untersuchungsgrundsatz verlangt, «daß der Sozialversicherungsrichter den Sachverhalt von Amtes wegen, also aus eigener Initiative und ohne Bindung an die Vorbringen oder Beweisanträge der Parteien feststellt (...).» – «Die Untersuchungsmaxime schließt die Beweislast i.S. einer Beweisführungslast begriffsnotwendig aus.» (In diesem Sinne schon EVGE 1968, S.23 ff., 25; EVGE 1969, S.193 f.)

Presse und Interessengruppen haben, die anderseits auch nicht über Protestmärsche und Großversammlungen ihre Anliegen verbreiten wollen oder können, ein adäquates Mittel der Einflußnahme auf die politische Willensbildung außerhalb der Wahl- und Abstimmungsverfahren mit ihren beschränkten Entscheidungsvarianten sein.

Auf Geschichte, Rechtsvergleichung und Darstellung des traditionellen Wirkungsbereichs dieses Grundrechts kann hier verzichtet werden, da neuere ausführliche Darstellungen vorliegen⁸¹³. Aus der Geschichte des Grundrechts ist für unsren Zusammenhang von Interesse, daß es gerade auch die Anrufung der Obrigkeit in sozialen Notlagen sicherstellen sollte. Das Petitionsrecht hat im Dickicht einer vielschichtigen, weitgefächerten und undurchsichtigen Leistungsverwaltung neue Aktualität erlangt⁸¹⁴, als Mittel unformeller Kommunikation zwischen Bürger und staatlichen Organen⁸¹⁵.

11.32 Lehre und Praxis zum Petitionsrecht in der Schweiz

In der *Schweiz* haben sich Wissenschaft und Rechtsprechung noch wenig um eine Aktualisierung des Petitionsrechts bemüht⁸¹⁶.

⁸¹³ Vgl. vor allem H. SEIDEL, Das Petitionsrecht, Grundlagen, Verfahren, Reformen?, Frankfurt a. M. 1972, zum historischen Ursprung bes. S.17; G. DÜRIG, in: MAUNZ/DÜRIG/HERZOG, a.a.O. (oben Anm. 421) zu Art.17 GG; zum Petitionsrecht in Frankreich s. die Darstellung bei C.-A. COLLIARD, Libertés publiques, Paris 1968, S.131ff.

⁸¹⁴ Das Petitionsrecht scheint nach einer Untersuchung in der BRD gerade in der Anregung zur Beseitigung bestehender Härten durch Änderung unvollkommener Sozialleistungsgesetze besonders erfolgreich zu sein (SEIDEL, a.a.O., S.39f.).

⁸¹⁵ DÜRIG, a.a.O., Rdnr. 12 zu Art.17 GG. Die Bedeutung unformeller Kommunikation zwischen Bürger und Verwaltung im amerikanischen Recht betont MORSTEIN MARX, a.a.O., S.165ff. DÜRIG sieht im Petitionsrecht ein *politisches Anregungsrecht* (a.a.O., Rdnr. 11); unzutreffend ist dagegen, es als eigentliches Mitwirkungsrecht des Staatsbürgers zu bezeichnen (s. die Belege bei SEIDEL, a.a.O., S. 24 mit Anm.49).

⁸¹⁶ Siehe W. GISIGER, Das Petitionsrecht in der Schweiz, Diss. Zürich 1935, und vor allem H. BRÜHWILER, Die Petitionspraxis der Bundesversammlung, ZBl 63, 1962, S.201–213; AUBERT, Traité (oben Anm. 482), Bd.II, No.2010 behandelt das Petitionsrecht als eine Erscheinungsform der Meinungsäußerungsfreiheit auf politischem Gebiet.

Es wird verstanden als die Freiheit, ungehindert Bitten, Vorschläge, Kritiken oder Beschwerden an die Behörden zu richten, ohne deswegen Belästigungen oder Rechtsnachteile irgendwelcher Art befürchten zu müssen⁸¹⁷. Es wird noch in der neuesten Praxis als «bloßes Freiheitsrecht, das keinerlei positiven Anspruch verleiht», bezeichnet⁸¹⁸. Aus dem verfassungsrechtlichen Inhalt des Petitionsrechts folgt nach dem Bundesgericht immerhin die Pflicht der Behörde, von der Petition Kenntnis zu nehmen, sie einzusehen; der einzelne muß die Möglichkeit haben, gehört zu werden⁸¹⁹. Die *Praxis* namentlich der *Bundesversammlung* geht freilich weiter, indem Petitionen in der Regel auch geprüft und beantwortet werden⁸²⁰. Einen diesbezüglichen Rechtsanspruch hat das Bundesgericht in einem neuesten Entscheid wiederum verneint, allerdings nicht ohne die Frage aufzuwerfen, «ob diese traditionelle, stark einschränkende Auffassung von Inhalt und Tragweite des Petitionsrechts den gewandelten Verhältnissen und Anschauungen noch gerecht wird»⁸²¹. Eine Ausweitung des Petitionsrechts müsse indessen dem *Gesetzgeber* vorbehalten bleiben.

Die verfassungsrechtliche Bedeutung des Petitionsrechts bedarf neuer Prüfung. Zu fragen ist insbesondere, ob in gewissem Rahmen nicht auch eine Pflicht der angerufenen Behörde zu *Prüfung und Beantwortung* der Petition⁸²² oder sogar zur *Begründung des Bescheids*⁸²³ bejaht werden müsse. Weiter wäre zu prüfen, wie weit das Petitionsrecht, soweit das Parlament als Adressat der Petition erscheint, auch Informationsansprüche und Überweisungsrechte des Parlaments gegenüber andern Staatsorganen begründet, da

⁸¹⁷ BGE 98 Ia S. 488 mit Hinweisen auf die schweiz. Lit.

⁸¹⁸ BGE a.a.O., S. 488 unter Bezugnahme auf GISIGER, a.a.O., S. 81, 82, 92.

⁸¹⁹ BGE, a.a.O., S. 488/489. – Aufschlußreich zur Frage, wieweit das Anhörungsrecht gegenüber einem Parlament besteht: E. 6 des erwähnten BGE (S. 489–491).

⁸²⁰ Zu dieser Praxis BRÜHWILER, a.a.O., S. 201 ff.; zur entsprechenden Praxis des Bundesrates vgl. den Geschäftsbericht 1972, S. 5.

⁸²¹ BGE 98 Ia 489.

⁸²² So die h. L. in der BRD: Belege bei DÜRIG, a.a.O., Rdnrn. 4 ff. zu Art. 17; weitere Belege bei SEIDEL, a.a.O., S. 19 Anm. 23.

⁸²³ Eine gesetzliche Begründungspflicht besteht in einigen deutschen Bundesländern, s. den Hinweis bei SEIDEL, S. 36 Anm. 57. Auch im Rahmen des Art. 17 BGG muß die Begründung als Normalfall gelten; DÜRIG, a.a.O., Rdn. 77.

solche Rechte zur sachgerechten Erledigung von Petitionen oft unerlässlich sind⁸²⁴. Analoge Fragen wären mit Bezug auf andere Petitionsadressaten zu stellen.

11.33 Verhältnis zur Institution des Ombudsman

Im angeführten bundesgerichtlichen Urteil zur Petitionsfreiheit wird auch auf das allmähliche Eindringen der Institution des «Ombudsman» in den Kantonen hingewiesen, ohne daß daraus Folgerungen für ein neues Verständnis des Petitionsrechts gezogen würden⁸²⁵. Der naheliegende Schluß aus dem Hinweis müßte m. E. sein, daß gerade wegen des Fehlens eines Ombudsmans auf Bundesebene eine Aufwertung des Petitionsverfahrens geboten sei.

SEIDEL hat darauf hingewiesen, daß der Ombudsman z. T. Funktionen ausübt, die in andern Ländern von den Petitionskommissionen der Parlamente wahrgenommen werden⁸²⁶. Bei den Ländern, die in der Schaffung eines Amts «Ombudsman» vorangegangen sind, also vor allem bei den skandinavischen Ländern, ist ein verfassungsmäßig verankertes Petitionsrecht offenbar unbekannt und dementsprechend fehlen auch Petitionskommissionen der Parlamente⁸²⁷. Es wäre zu prüfen, ob bei uns die in der Diskussion um den Ombudsman aufgeworfenen Anliegen nicht durch eine Aufwertung des Petitionsrechts⁸²⁸ und eine Neuordnung der Bestimmungen über die Petitionskommissionen der Räte⁸²⁹ wenigstens teilweise befriedigt werden könnten.

11.34 Leistungsträger für Härtefälle?

Neue Perspektiven für die Ausgestaltung der parlamentarischen Petitionskommissionen zeigt ein vom Petitionsausschuß des deutschen Bundestages im Jahre

⁸²⁴ Zu diesen sog. parlamentarischen Annexrechten des Petitionsrechts ausführlich DÜRIG, a.a.O., Rdnrn. 70ff.; SEIDEL, a.a.O., S.64, 73ff. Zur Überweisungspraxis der Petitionskommissionen der Bundesversammlung vgl. BRÜHWILER, a.a.O., S.208–210, mit z. T. eindrücklichen Beispielen.

⁸²⁵ S.489.

⁸²⁶ Vgl. SEIDEL, a.a.O., S.56 mit Anm.59.

⁸²⁷ So SEIDEL, a.a.O., S.57.

⁸²⁸ DÜRIG, a.a.O., Rdn.41, bezeichnet das Petitionsrecht als «durch und durch unrentables Grundrecht», das «zum Betriebsluxus» der freiheitlichen Demokratie gehöre. Er warnt aber davor, zu unterschätzen, was das Petitionsrecht für das Integrationsverhältnis Bürger–Staat bedeutet.

⁸²⁹ Für die jetzige Regelung vgl. Art.34 Ziff.5, 46 und 49 Ziff.5 des Geschäftsreglementes des Nationalrates vom 2.10.1962 und Art.37 Ziff.5 und 46 Ziff.10

1970 dem Bundestag vorgelegter Entwurf über die Schaffung eines Fonds für Härtefälle auf: Der Fonds soll erlauben, Lücken des Lastenausgleichsgesetzes auf möglichst unkonventionelle Weise zu regeln: Er soll ermöglichen, die ärgsten Härtefälle, die durch Lücken der Gesetzgebung entstanden sind, zu beheben. Gedacht wird vor allem an Einzelfälle oder Fallgruppen mit ein oder zwei Betroffenen im ganzen Bundesgebiet, in denen nach den bestehenden Gesetzen keine Entschädigungen möglich sind, die dem persönlichen Schicksal und den erlittenen Verlusten gerecht würden.

Der Entwurf ist in zweierlei Hinsicht aufschlußreich: Erstens zeigt er, daß eine Petitionskommission aufgrund mehrjähriger Konfrontation mit Hilfesuchen einzelner Bürger zu konkreten gesetzlichen Vorschlägen kommen kann⁸³⁰. Zweitens macht der Vorschlag deutlich, daß der Gesetzgeber heute bei der Verzahnung der verschiedenen Leistungsgesetze gar nicht mehr in der Lage ist, bei seinen Normierungen in den großen sozialen Problembereichen alle denkbaren Fälle vorherzusehen und zu regeln⁸³¹. Nach REDEKER ist der Entwurf eine Reaktion auf die allgemeine Tatsache, daß sich die großen Probleme heutiger Planung und Sozialgestaltung in den Formen der generell-abstrakten Norm nur unvollkommen lösen lassen⁸³².

des Geschäftsreglementes des Ständerates vom 27.9.1962. – Diese Bestimmungen beschränken sich darauf, die Petitionskommissionen unter den ständigen Kommissionen der Räte aufzuzählen und allgemein ihre Pflicht zur Berichterstattung in den Räten über die eingegangenen Petitionen festzuhalten.

⁸³⁰ Diesen Aspekt hebt SEIDEL, a.a.O., hervor, ohne die verfassungsrechtliche Problematik der Schließung von Lücken der Gesetzgebung durch Errichtung eines Fonds zu übersehen; S. 81.

⁸³¹ Diesen Aspekt releviert K. REDEKER in seinem Aufsatz «Sozialstaatliche Gestaltung und rechtsstaatliche Bindung», DVBl 1971, S. 369ff.

⁸³² REDEKER, a.a.O., S. 370, 2. Sp. – Daß sich auch bei unsren Petitionskommissionen das Bedürfnis nach lückenfüllender Intervention zugunsten einzelner Entschädigungsbedürftiger stellen kann, hat der Fall *Nyfeler* gezeigt, wo das Parlament ex aequo et bono eine Entschädigungsleistung zugesprochen hat, deren Höhe anschließend von den Petitionskommissionen festgesetzt wurde (vgl. dazu Amtl. Bull. NR 1968, S. 661ff.; BGE 89 I 483ff. und auch unveröffentlichtes Urteil der staatsrechtlichen Kammer des Bundesgerichts vom 12.9.1967; die Ausrichtung einer Entschädigungsleistung wurde in der Septembersession 1969 der Räte beschlossen).

12. Schutz der Sozialrechte im Rahmen internationaler Konventionen

12.1 Vorbemerkungen

Ziel der folgenden Ausführungen ist nicht eine umfassende Darstellung des Sozialrechtsschutzes auf völkerrechtlicher Ebene, sondern die Hervorhebung einiger für die Rechtsnatur, die Struktur und Wirkungsmodalitäten von Sozialrechten im allgemeinen relevanten Gesichtspunkte aus dem Bereich des internationalen Rechts. Für eine detaillierte Beschreibung des Sozialrechtsschutzes im Völkerrecht, insbesondere des Rechts der internationalen Organisationen, sei auf die Spezialliteratur verwiesen⁸³³.

12.11 Verschiedene Sicherungsverfahren für klassische und soziale Grundrechte

Ein Blick auf die internationalen Verbürgungen bestätigt die Einsicht, daß klassische und soziale Grundrechte in ihren Wir-

⁸³³ Vgl. vor allem: JAMES E. S. FAWCETT, Die weltweite Sicherung der Menschenrechte unter Berücksichtigung neuerer Vorschläge, in: Menschenrechte im Staatsrecht und im Völkerrecht, Karlsruhe 1967, S. 259 ff.; FRANZ GAMILLSCHEG, Internationale Arbeits-Organisation, in: STRUPP/SCHLOCHAUER, Wörterbuch des Völkerrechts, Bd. II, 2. Aufl., Berlin 1961, S. 38 ff.; HEINZ GURADZE, Die Menschenrechtskonventionen der Vereinten Nationen vom 16.12.1966, JIR 15, 1971, S. 242 ff.; HELLMUT GEORG ISELE, Die europäische Sozialcharta, Wiesbaden 1967; ANDREAS KHOL, Der Menschenrechtskatalog der Völkergemeinschaft, Wien/Stuttgart 1968; DERSELBE, Zwischen Staat und Weltstaat, Die internationalen Sicherungsverfahren zum Schutze der Menschenrechte, Wien/Stuttgart 1969; GERHARD KUTZNER, Die amerikanische Menschenrechtskonvention vom 22.11.1969, JIR 15, 1971, S. 274 ff.; HERBERT SCHAMBECK, Grundrechte und Sozialordnung, Gedanken zur Europäischen Sozialcharta, Berlin 1969; LOUIS SOHN, The covenants on human rights, in: The United Nations and Human Rights, 18th Report of the Commission to Study the Organization of Peace, New York 1968, S. 101 ff.; NICOLAS VALTICOS, Un système de contrôle international: la mise en œuvre des conventions internationales du travail, in: Recueil des Cours 123, 1968, I, Leyde 1969, S. 311 ff.; HANS WIEBRINGHAUS, Jurisprudence du droit social européen, in: Rivista di diritto europeo XII, 1972, S. 169 ff.; DERSELBE, La Charte Sociale Européenne, in: Annuaire français de Droit International IX, 1963, S. 710 ff.; vgl. ferner C. WILFRED JENKS, Social Justice in the Law of Nations, The ILO Impact After Fifty Years, Oxford etc. 1970.

kungsmodalitäten verschieden sind und daher auch verschiedene Verfahren zu ihrer Durchsetzung bereitgestellt werden müssen. Justizielle oder quasi-justizielle Prozeduren sind nur bei klassischen Freiheitsrechten⁸³⁴ (Hauptbeispiel: Europäische Menschenrechtskonvention) festzustellen, während bei allen Sozialrechtsgewährleistungen höchstens *Berichtsverfahren* (Hauptbeispiel: Sozialcharta) zur Kontrolle ihrer Verwirklichung vorgesehen sind. So weit Sozialrechte (wie das Recht auf Unterricht gemäß Art. 2 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK) justizförmigen Schutz genießen, handelt es sich im wesentlichen um Teilhabe an bereits bestehenden, meist traditionellen staatlichen Institutionen⁸³⁵. Insofern kann der Sozialrechtsschutz mit der Garantie gleicher Teilhabe an den verschiedenen Institutionen staatlichen Rechtsschutzes verglichen werden (vgl. z. B. Art. 6 EMRK).

12.12 Verschiedene Grade der Bindung

Für die internationalen Verbürgungen ist typisch, daß die in einer Konvention garantierten Grund- und Sozialrechte für verschiedene Staaten mitunter einen verschiedenen Grad der «Verbindlichkeit» aufweisen, je nachdem, ob sich die Vertragspartner besonderen Sicherungsverfahren unterwerfen, wie sie in Fakultativklauseln oder Zusatzprotokollen enthalten sein können⁸³⁶. Die so erreichte abgestufte Verbindlichkeit der völkerrechtlich garantierten Grund- und Sozialrechte scheint oft die einzige Möglichkeit zu sein, überhaupt eine repräsentative Beteiligung an den Vertragswerken zu erreichen⁸³⁷.

Aus der Vielfalt der Sicherungsverfahren ergibt sich das große Spektrum möglicher Bindungswirkungen. Es zeigt sich ferner, daß es gerade im Gebiet des Schutzes der Menschenrechte nicht möglich ist, den Rechtsnormcharakter im Sinne der KELSENSCHEN

⁸³⁴ Die auf Abwehr staatlicher Eingriffe oder gerechte Teilhabe an den traditionellen Gerichtsverfahren gerichtet sind.

⁸³⁵ Vgl. den Fall des Belgischen Sprachenstreites vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (s. die Ausführungen oben unter Ziff. 8.3).

⁸³⁶ Vgl. z. B. UNO-Konvention über bürgerliche und politische Rechte vom 16.12. 1966, Art. 41 und Fakultativprotokoll dazu vom 16.12.1966.

⁸³⁷ Vgl. KHOL, Weltstaat, S.48.

Definition von der Sanktionierung, also von der zwangsweisen Durchsetzung abhängig zu machen⁸³⁸. Wann ist eine in einer Konvention zugesicherte Rechtsposition des einzelnen «erzwingbar», so daß sie als völkerrechtliches Individualrecht angesprochen werden könnte⁸³⁹? Beginnt die eigentliche Rechtsnatur einer Gewährleistung dort, wo zentralisierte Kontrollen der Einhaltung geschaffen sind (etwa mittels eines Untersuchungs- oder Berichtsverfahrens) oder erst dort, wo justizförmiger Schutz der Norm vorgesehen ist? Oder ist auch ein Apparat zur zwangsweisen Durchsetzung eines allfälligen Urteils notwendig? Die Vielfalt der internationalen Sicherungsverfahren zum Schutze der Menschenrechte lehrt, daß nicht die Bejahung oder Verneinung des *Rechtscharakters* einer menschenrechtlichen Verbürgung eigentlichen Erkenntniswert hat (denn die Beantwortung hängt von der vorgängigen Definition des Begriffs «Recht» ab), sondern entscheidend scheint die Beantwortung der Frage nach der effektiven Bindungswirkung, die von einer Verbürgung ausgeht, von ihrer Chance, sich in der Wirklichkeit kraft ihrer Normativität durchzusetzen, von ihrer effektiven «Geltung». Diese kann begründet sein in ihrem Appellcharakter, in der Autorität der internationalen Instanz, von der sie ausgeht, in ihrem Realitätsbezug, in ihrer Funktion als Ausdruck eines übergreifenden Rechtsbewußtseins, ihrer Eignung, als Maßstab nationaler Gesetzgebung zu dienen, dann selbstverständlich auch wesentlich durch die Kontrollverfahren, die zu ihrer Einhaltung vorgesehen sind und die auch nicht judizieller Art sein können. So ist die «Geltung» der Menschenrechtserklärung der UNO von 1948 mit ihren zahlreichen Sozial-

⁸³⁸ Die Frage nach der Rechtsnatur im Bereich des Menschenrechtsschutzes kann sich auf ganz verschiedenen Ebenen stellen. So kann man sich fragen, wie weit Bestimmungen eines formell verbindlichen Staatsvertrages dem einzelnen eigentliche Rechtspositionen einräumen (z. B. Art. 6ff. der UNO-Konvention über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte), oder es kann sich die Frage nach der Rechtsnatur eines Instruments wie der Empfehlungen der Arbeitskonferenz innerhalb der IAO stellen. Die Frage der «Rechtsnatur» der Menschenrechtserklärung der Vereinten Nationen von 1948 wird in der internationalen Literatur seit langem diskutiert, ebenso bei andern Menschenrechts-erklärungen.

⁸³⁹ Dieses Problem wird diskutiert bei Khol, a.a.O., S. 4ff.

rechten auch nach ihrem faktischen Einfluß auf die Gestaltung der Grundrechtskataloge zahlreicher, vor allem neuer Staaten, zu beurteilen, ferner nach dem Anstoß, den sie zu regionalen Pakten zum Schutze der Menschenrechte gegeben hat, oder der allgemein legitimierenden Wirkung, die auf zwischen- oder innerstaatliches Handeln von ihr ausgeht⁸⁴⁰. Anderseits kann die «Wirksamkeit» einer Norm trotz formeller staatsvertraglicher Bindung und der Einrichtung von Sicherungsverfahren wegen bestimmter Faktoren außerjuristischer Natur klein sein⁸⁴¹.

Wenn das *Bundesgericht* etwa beim Grundrecht der Persönlichen Freiheit auch auf Menschenrechtserklärungen internationaler Organisationen als Richtlinien der Konkretisierung verweist – und dies sogar ungeachtet der Frage, ob die Schweiz diesen Konventionen formell beigetreten sei –, so liegt darin eine virtuelle Durchsetzungschance für Menschenrechte, die auch in juristisch nicht bindenden Erklärungen (Menschenrechtsdeklaration der UNO von 1948) oder nicht ratifizierten Übereinkommen (z. Zt. noch die EMRK) enthalten sein können⁸⁴².

In diesen Zusammenhang gehört die seit langem geführte Diskussion um die *Rechtsnatur* der «Empfehlung» im Recht der internationalen Organisationen⁸⁴³. Für KHOL ist die Empfehlung der Ausdruck dafür, daß der Konsens unter den Staaten, der zu einem

⁸⁴⁰ Zur Menschenrechtserklärung der UNO vom 10.12.1948 als präpositive Leitlinie «mit bestimmendem Einfluß auf viele Verfassungen der neuen Staaten und auf völkerrechtliche Schutzverträge» vgl. KHOL, Menschenrechtskatalog, S. 26; ferner SCHAMBECK, a.a.O., S. 45; WILDHABER, Soziale Grundrechte (oben Anm. 489), S. 376. Zur «Durchsetzung» bloß deklarierter Menschenrechte des Völkerrechts auf dem Wege ihrer Einwirkung auf die Rechtsprechung verschiedener Staaten, aber auch die Verfassunggebung zahlreicher Staaten vgl. die eindrückliche Darstellung bei SOHN, a.a.O.

⁸⁴¹ So auch KHOL, Weltstaat, S. 584.

⁸⁴² Vgl. z. B. BGE 97 I 45ff., 50f., E. 3 und 4: Der Verfassungsrichter hat bei der Umschreibung der Persönlichen Freiheit «nötigenfalls Grundsätze zu berücksichtigen, wie sie den von überstaatlichen Organisationen aufgestellten Normen innewohnen». Aufschlußreich ist der folgende Hinweis auf Art. 4 Ziff. 2 der EMRK (der die Schweiz im Zeitpunkt der Urteilsfällung noch *nicht* beigetreten war) zur Beantwortung der Frage, ob ein Untersuchungsgefangener zur Arbeit gezwungen werden dürfe.

⁸⁴³ Vgl. die Literaturübersicht bei J. P. MÜLLER, Vertrauensschutz im Völkerrecht, Köln/Berlin 1971, S. 251 Anm. 65.

verbindlichen Vertrag führen würde, nicht besteht oder daß die betreffende Organisation politisch oder rechtlich nicht in der Lage ist, verbindliche autonome Rechtsakte zu setzen. Sie ist also «ein Zeichen der Schwäche und mangelnden Verpflichtungswillens»⁸⁴⁴. Anderseits konstatiert KHOL dann doch, daß die Praxis zeige, «daß eigenartigerweise *juristisch* nicht bindende Empfehlungen von Sicherungsorganen aus mannigfaltigen *soziologischen* Gründen von den Staaten so befolgt und eingehalten werden, als wenn sie verpflichtend wären»⁸⁴⁵. Er führt dieses Phänomen auf den *politischen* Wirkungsgrad der Empfehlungen zurück⁸⁴⁶. Ist angesichts dieser diagnostizierten Wirklichkeit die Gegenüberstellung von rechtlicher und politischer Wirkung einer Norm noch sinnvoll? Müßte nicht mit Blick auf die Realität der Rechtsbegriff differenzierter gefaßt werden? Die Empfehlungen gewisser völkerrechtlicher Organe, insbesondere etwa Empfehlungen der internationalen Arbeitskonferenz⁸⁴⁷, sind in ihrer faktischen Wirkung unbestritten. Sie sind in der Regel viel konkreter gefaßt als entsprechende Bestimmungen eigentlicher Staatsverträge. Es zeigt sich hier ein umgekehrt proportionales Verhältnis zwischen Konkretheitsgrad eines Postulats und der Möglichkeit, es als verbindliche Norm zu fixieren.

12.13 Zur Frage der unmittelbaren Anspruchsgrundung durch staatsvertragliche Bestimmungen

Die Frage, wann eine Staatsvertragsbestimmung *self-executing* sei, kann hier nicht ausführlich behandelt werden. Es sei auf die Spezialliteratur verwiesen⁸⁴⁸. Die Zuerkennung präzis gefaßter⁸⁴⁹ subjektiver Rechte an Einzelpersonen in Staatsverträgen ohne Vor-

⁸⁴⁴ Weltstaat, a.a.O., S.48.

⁸⁴⁵ Weltstaat, a.a.O., S.480; S.481: «... die unverbindlichen Empfehlungen haben Wirkungen, die ihnen den Anschein geben, als wären sie verbindlich.»

⁸⁴⁶ a.a.O., S.481ff.

⁸⁴⁷ Vgl. Art.19 Ziff.1 Satzung der IAO.

⁸⁴⁸ P. GUGGENHEIM, *Traité de droit international public*, 2.Aufl., Genf 1967, S.70ff.; L. WILDHABER, *ZSR* 1969 I, S.537ff., 542ff., 545f. (BGE Frigerio vom 22.4.1968); DERSELBE, *Treaty-making Power and Constitution*, Basel/Stuttgart 1971, S.226ff.; A. KOLLER, *Die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge und des EWG-Vertrages im innerstaatlichen Bereich*, Bern 1971.

behalt gesetzlicher Ausführung deutet jedenfalls darauf hin, daß der einzelne direkt aus dem Staatsvertrag soll Rechte ableiten und vor den Behörden seines Landes – mitunter auch vor internationalen Gremien – geltend machen können⁸⁵⁰. Grundsätzlich ist aber davon auszugehen, daß auch im Gebiet des Schutzes der Menschenrechte das Völkerrecht den Staaten überläßt, wie sie ihre staatsvertraglichen Pflichten erfüllen⁸⁵¹. Auf die Frage der Anerkennung des einzelnen Menschen als Völkerrechtssubjekt in der neueren Völkerrechtsentwicklung kann hier nicht eingegangen werden, obwohl sie wesentlich Bedingungen und Grenzen des Grundrechtsschutzes im Rahmen des internationalen Rechts mitbestimmt.

12.14 Neue Aufgaben des internationalen Sozialrechts

Eine weitere Vorbemerkung sei beigefügt: Die Entwicklung des Schutzes der Sozialrechte namentlich im Rahmen der Internationalen Arbeitsorganisation zeigt, daß der *Zusammenhang zwischen Sicherung von Sozialrechten und allgemeiner wirtschaftlicher Produktivitätssteigerung* vermehrt erkannt wird. Dies bedeutet, daß sich die Tätigkeit der Internationalen Arbeitsorganisation vermehrt auch gesamtwirtschaftlichen Problemen, auch solchen der Änderung von entwicklungshemmenden Sozialstrukturen und der technischen Zusammenarbeit zwischen mehr und minder ent-

⁸⁴⁹ Zur Abgrenzung präzis gefaßter Normen, die self-executing sind, und allgemeiner Grundsätze, die der Ausführung durch landesrechtliche Vorschriften bedürfen, vgl. auch die diesbezüglichen Ausführungen im Bericht des Bundesrates zur 52. Tagung der Internationalen Arbeitskonferenz, BBI 1969 I, S. 713 ff., 721.

⁸⁵⁰ Die Komplexität und Tragweite der Frage, wieweit formelle Individualrechtsverbürgungen in Staatsverträgen self-executing sind, kommt im BERICHT des Bundesrates über die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 9.12.1968, BBI 1968 II, S.1057ff., Separatum S.13–19, insbes. S.18f., hinsichtlich der unmittelbaren Anwendbarkeit des Art.13 der Konvention zum Ausdruck. Andere Staaten haben die unmittelbare Anwendbarkeit der Bestimmungen des I. Abschnittes der Konvention (Art.2–18) anerkannt (s. die Literaturhinweise im BERICHT des Bundesrates, a.a.O., S.13f.).

⁸⁵¹ Aber auch dies wird in der neueren Entwicklung in Frage gestellt; vgl. KHOL, Weltstaat (oben Anm.833), S.2ff.

wickelten Ländern, zuwendet mit dem Ziel, das Sozialgefälle zwischen armen und reichen Nationen auszugleichen, während früher die Aufstellung internationaler Normen für den Arbeiterschutz dominierte⁸⁵².

Schließlich zeigen die Bestrebungen zum Schutze sozialer Grundforderungen mittels internationaler Konventionen den Zusammenhang zwischen zunehmenden internationalen Interdependenzen namentlich auf wirtschaftlichem Gebiet und der Notwendigkeit der Harmonisierung sozialpolitischer Institutionen und Maßnahmen in den verschiedenen Ländern⁸⁵³. Ja, man kann die Intensität wirtschaftlicher und politischer Integration im internationalen Bereich in der Vereinheitlichung der Sozialpolitik widergespiegelt sehen⁸⁵⁴.

⁸⁵² BERICHT des Bundesrates zur 52. Tagung der Internationalen Arbeitskonferenz, BBI 1969 I, S.719: «Der Grund für die Ausweitung des Tätigkeitsgebietes liegt vor allem darin, daß die von der IAO aufgestellten Normen für viele junge Nationen als fernes Ziel erscheinen, das nur zu erreichen ist, wenn durch internationale Zusammenarbeit die Sozialstruktur geändert und ihre Produktion vergrößert werden kann. Die technische Zusammenarbeit nimmt deshalb unter den neuen Tätigkeitsgebieten der IAO den ersten Rang ein.»

⁸⁵³ Vgl. G. SAVELSBERG, Internationale Sozialpolitik, in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd. 9, Tübingen/Göttingen 1956, S. 568.

⁸⁵⁴ Über die Sozialpolitik im Rahmen der EWG orientiert zusammenfassend IPSSEN, Europäisches Gemeinschaftsrecht (oben Anm. 303), S. 931–949. Er beanstandet im EWG-Vertrag einen im Verhältnis zum Integrationsprinzip abwegigen Zug von Konservatismus, der auch darauf zurückzuführen ist, daß die verschiedenen nationalen Sozialsysteme eine große technische Starrheit ausgebildet haben (a.a.O., S. 935).

Die sogenannten Sozialvorschriften finden sich in den Art.117–122 EWG-Vertrag. Art.117 Abs.1 enthält die sozialpolitische Zielbestimmung, Art.123ff. Statut und Verfahrensregelung für den Europäischen Sozialfonds, Art.128 die Grundsätze für die Berufsausbildung; innerhalb der Regelung der Freizügigkeit der Arbeitskräfte haben vornehmlich Art.49 und 50 sozialpolitische Bedeutung. Zur Reform des Sozialfonds seit 1970 vgl. IPSSEN, a.a.O., S.940f. und das Communiqué zur Pariser Gipfelkonferenz vom 19./20.10.1972, wonach Maßnahmen im sozialen Bereich dieselbe Bedeutung erhalten sollen wie diejenigen im Bereich der Wirtschafts- und Währungsunion (Europäische Gemeinschaft, Heft 12, 1972, S.III nach S.16); vgl. auch den Aktionsplan der EWG für die 70er Jahre, der die Vorlage eines Aktionsprogramms für eine gemeinsame europäische Sozialpolitik auf den 1.1.1974 vorsieht mit einer Erweiterung des Sozialfonds der Gemeinschaft, der Verbesserung der Arbeits-

12.2 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen vom 10.12.1948

Die Präambel der Charta der Vereinten Nationen nennt feierlich als Zielsetzung der Organisation die Förderung des sozialen Fortschritts und die Sicherung der Grundrechte des Menschen. Diese sind in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948 näher ausgeführt. Zahlreiche *soziale* Programmpunkte sind darin enthalten: Recht auf Arbeit, ausreichender Lohn für einen befriedigenden Lebensstandard, Arbeiterschutz, Schutz für Mutter und Kind, soziale Sicherheit usw.

12.21 Erklärung von Philadelphia vom 10.5.1944

Gerade in ihrem sozialrechtlichen Teil ist die Menschenrechts-erklärung wesentlich beeinflußt von der sogenannten *Erklärung von Philadelphia*, die zu Recht als «Weltcharta der Arbeit» bezeichnet wurde⁸⁵⁵, die – zwar an die naturrechtliche Tradition der Verbürgung individueller Rechtspositionen anknüpfend (s. Art. II a) – ganz überwiegend auf die Erklärung konkreter sozialpolitischer Programme gerichtet ist, zu deren Verwirklichung die Staaten und die internationalen Organisationen beitragen sollen. Als leitende Grundsätze werden in Art. I hervorgehoben:

- «a) Arbeit ist keine Ware.
- b) Freiheit der Meinungsäußerung und Vereinigungsfreiheit sind wesentliche Voraussetzungen beständigen Fortschritts.
- c) Armut, wo immer sie besteht, gefährdet den Wohlstand aller.
- d) Der Kampf gegen die Not muß innerhalb jeder Nation und durch ständiges gemeinsames internationales Vorgehen unermüdlich weitergeführt werden, wobei die Vertreter der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber sich gleichberechtigt mit den Vertretern der Regierungen in freier Aussprache und zu demokratischen Entscheidungen zusammenfinden, um das Gemeinwohl zu fördern.»

und Lebensbedingungen benachteiligter Gebiete, der Schul- und Berufsausbildung besonders in ländlichen Regionen und der Beteiligung der Sozialpartner an den wirtschaftlichen und sozialen Entscheidungen usw. (Europäische Gemeinschaft, Heft 12, 1972, S. VI nach S. 16).

⁸⁵⁵ ISELE, a.a.O. (Anm. 833), S. 56.

Hier interessiert vor allem der objektive, prospektive Charakter der einzelnen sozialpolitischen Zielsetzungen; ferner die Betonung *verfahrensrechtlicher* Elemente (lit. d des zit. Art.) in Anknüpfung an Grundforderungen eines offenen politischen Prozesses: Die Freiheit der Meinungsäußerung und der Vereinsfreiheit. Die Erklärung von Philadelphia bildet seit 1944 integrierenden *Bestandteil der Verfassung der Internationalen Arbeitsorganisation* und bringt programmaticch die zu Ende des 2. Weltkrieges erweiterte Zielsetzung der Internationalen Arbeitsorganisation zum Ausdruck: Der frühere Auftrag des Ausbaus des internationalen Arbeiterschutzes wurde ergänzt durch die Aufgabe der Förderung sozialgerechter staatlicher Ordnung^{856, 857}.

12.22 Vergleich der Menschenrechtserklärung von 1948 mit der Erklärung von Philadelphia

Der Vergleich der beiden Dokumente legt die Schlußfolgerung nahe, daß die Formulierung sozialpolitischer Forderungen in subjektiven Rechtspositionen leicht den Anschein vorgegebener Ordnungen und Leistungsmöglichkeiten erweckt, die es nur in Rechtsansprüche umzusetzen oder zu bekräftigen gelte; die sozialgestaltenden, volkswirtschaftlichen und strukturverändernden Aufgaben zur Zielerreichung werden leicht im Pathos der menschenrechtlichen Verbürgung übersehen. GURADZE hat von einer «optischen Täuschung» gesprochen, die durch die Aufnahme sozialprogrammatischer Forderungen in der Form von subjektiven Menschenrechten in Erklärungen und Verträgen bewirkt werde⁸⁵⁸.

⁸⁵⁶ Vgl. etwa SAVELSBERG, a.a.O., S. 566.

⁸⁵⁷ Zur bleibenden Aktualität der Erklärung von Philadelphia vgl. SCHAMBECK, a.a.O. (Anm. 833), S. 45; ISELE, a.a.O., S. 56.

⁸⁵⁸ GURADZE, a.a.O. (Anm. 833), S. 245. Es sei zu fragen, ob die notwendigen Vorbehalte, die subjektivrechtlichen Gewährleistungen beigefügt werden, nicht von der *Aufgabe* prospektiver Wohlstandsförderung ablenken und im Grunde den status quo verfestigen. Vgl. etwa Art. 22 der UNO-Menschenrechtserklärung: «Jeder Mensch hat ... Recht auf soziale Sicherheit; er hat Anspruch darauf, ... unter Berücksichtigung der Organisation und der Hilfsmittel jedes Staates in den Genuss der ... wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte zu gelangen.»

Positiv tritt in der Menschenrechtserklärung von 1948 die gegenseitige Bezogenheit der Freiheitsrechte und der Sozialrechte hervor, indem beide Rechtspositionen in einem Dokument vereinigt sind. Auch in einzelnen Bestimmungen kommt zum Ausdruck, daß ein Mindestmaß sozialer Sicherheit erst die Voraussetzungen für eine effektive Betätigung der Freiheitsrechte schafft⁸⁵⁹.

12.3 Die Konvention der Vereinten Nationen über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16.2.1966⁸⁶⁰

Die Vollversammlung der UNO hat am 16.12.1966 die beiden Konventionen über wirtschaftliche, soziale und kulturelle sowie über politische und bürgerliche Rechte einstimmig angenommen. Sie liegen zur Unterzeichnung und Ratifikation auf. Über Entstehungsgeschichte und Inhalt der beiden Konventionen sei auf die Spezialliteratur verwiesen⁸⁶¹. Die hier vor allem interessierende Konvention über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, die im wesentlichen Sozialrechte der Erklärung von 1948 wieder aufnimmt und weiter konkretisiert, verbindet den Gedanken sozialer Menschenrechte mit der Verpflichtung der Teilnehmerstaaten, geeignete Maßnahmen zu ihrer Verwirklichung zu treffen. Nach Art. 2 Abs. 1 verpflichtet sich jeder Vertragsstaat, «mit allen ihm zur Verfügung stehenden Kräften Schritte zu unternehmen, um *schrittweise* die volle Verwirklichung der ... Rechte durch alle geeigneten Maßnahmen, besonders solcher gesetzgeberischer Natur, zu erreichen»⁸⁶². Die Rechte zielen also nicht auf unmittel-

⁸⁵⁹ Vgl. z. B. Art. 22 (zit. in Anm. 858) und auch Art. 26 Ziff. 2, wo die Ausbildung als Voraussetzung «voller Entfaltung der menschlichen Persönlichkeit und der Stärkung der Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten» genannt wird.

⁸⁶⁰ In: BERBER, Dokumentensammlung I, S. 943 ff., deutsch in: SCHWEITZER/ RUDOLF, Friedensvölkerrecht, Bad Homburg 1970, S. 43 ff.

⁸⁶¹ GURADZE, a.a.O. (Anm. 833), S. 242 f., 250–254; Khol, Menschenrechtskatalog, S. 33 ff.; SOHN, a.a.O., S. 10 ff.; BERICHT des Bundesrates über das Verhältnis der Schweiz zu den Vereinten Nationen vom 16.6.1969, BBl 1969 I, S. 1449 ff., Separatum S. 162.

⁸⁶² Man hat die Sozialrechte der Konvention daher auch «programme rights» genannt; so FAWCETT, zit. bei GURADZE, a.a.O., S. 244 Anm. 13.

bare Anspruchsbegründung beim einzelnen und sind – mit Ausnahme des Art. 8 – nicht justizierbar.⁸⁶³

Dem Recht auf Arbeit folgt die Verpflichtung der Staaten, die geeigneten Schritte zu seiner Verwirklichung zu unternehmen, wobei diese sozialprogrammatischen Anweisungen zum Teil recht detailliert ausgefallen sind (vgl. etwa die Vorschriften über die Konkretisierung des Rechts auf Bildung in Art. 13). Mitunter ist die *Pflicht zur Planung* von Institutionen statuiert, die erst die Ausübung der Rechte sicherstellen können (Art. 14; vgl. auch Art. 15).

12.4 Internationale Arbeitsorganisation (IAO)

12.41 Satzung, Konventionen und Empfehlungen der IAO

In der IAO haben die Bestrebungen, den Stand der nationalen Sozialordnungen durch internationale Anstrengungen zu heben und zu harmonisieren, ihren unmittelbarsten und verbindlichsten Ausdruck gefunden.⁸⁶⁴ Die Satzung der IAO⁸⁶⁵ enthält im wesentlichen nur organisatorische und verfahrensrechtliche Bestimmungen. Die materiellen Zielsetzungen der IAO ergeben sich aus der programmatischen Erklärung von Philadelphia⁸⁶⁶, die konkreten Verpflichtungen der Staaten aus den Vertragswerken, die im Rahmen der IAO ausgearbeitet werden. Ferner übt die IAO durch die *Empfehlungen*⁸⁶⁷ der Arbeitskonferenz Einfluß auf die Sozial-

⁸⁶³ GURADZE, a.a.O., S. 251, der jedoch nicht ausschließt, daß später nach ihrer Umsetzung in Landesrecht darin verbindliche – und justiziable – Gesetzgebungsaufträge erblickt werden könnten.

⁸⁶⁴ Der Organisation gehören über 100 Staaten an; ein Abriß der Geschichte der Organisation findet sich im BERICHT des Bundesrates zur 52. Tagung der Internationalen Arbeitskonferenz, BBl 1969 I, S. 717f.; vgl. weiter SAVELSBERG, a.a.O. (Anm. 853), S. 554–566, und BERICHT des Bundesrates über das Verhältnis der Schweiz zu den Vereinten Nationen, BBl 1969 I, S. 1449ff., Separatum S. 86f.

⁸⁶⁵ Vom 11.4. 1919 / 9.10.1946, in: BERBER, Dokumentensammlung I, S. 212ff.

⁸⁶⁶ Siehe oben Ziff. 12.21.

⁸⁶⁷ Die (rechtlich nicht verbindlichen) Empfehlungen haben meistens die Funktion, die Bestimmungen der Übereinkommen weiter zu konkretisieren, also die Verpflichtungen der Staaten in einem Grad zu konkretisieren, bei dem ein Konsens in der Form rechtlicher Verpflichtung nicht mehr möglich war. Immerhin sind die Mitgliedstaaten verpflichtet zu prüfen, wieweit sie die Empfehlungen anwenden wollen (Art. 19 Ziff. 6 Satzung der IAO).

gesetzgebung der verschiedenen Staaten aus. Ursprüngliches Ziel der rechtsetzenden Tätigkeit der IAO war die «Ausarbeitung von internationalen Normen für den Schutz der Arbeiter»⁸⁶⁸. Im Zuge der fortschreitenden Verwirklichung dieser Zielsetzung ist im Laufe der Jahrzehnte ein immenses Vertragswerk entstanden, das als große «internationale Arbeitsrechtskodifikation»⁸⁶⁹ angesehen werden muß. Die *Form* der staatsvertraglichen Verpflichtung in den einzelnen Bestimmungen der IAO-Konventionen ist uneinheitlich: individualrechtliche Verbürgungen finden sich neben objektiven Pflichten der Staaten, bestimmte Gesetze zu erlassen oder den Ausbau von Institutionen zu fördern. Daß die individualrechtlich formulierte Gewährleistung bestimmter Rechtspositionen auch ein Indiz für den Self-executing-Charakter einer Bestimmung ist (für deren Durchsetzung in der Schweiz namentlich auch die staatsrechtliche Beschwerde gemäß Art. 113 Absatz 1 Ziff. 3 den einzelnen Berechtigten offen steht), wurde bereits oben⁸⁷⁰ angedeutet.

Die IAO hat nicht nur materiell eine umfassende Sozialrechtskodifikation hervorgebracht, die ständig dem sozialen Wandel angepaßt wird, sondern auch neue Verfahren der Rechtsetzung, der Kontrolle und der Durchsetzung ihrer Inhalte entwickelt. Am Verfahren der Rechtsetzung im Rahmen der Internationalen Arbeitskonferenz sind die Sozialpartner (Delegierte der Arbeitgeber und Arbeitnehmer) neben den Delegierten der Regierung (Dreigliedrigkeit) gleichberechtigt beteiligt⁸⁷¹.

⁸⁶⁸ BERICHT des Bundesrates, BBI 1969 I, S. 719.

⁸⁶⁹ SCHAMBECK, a.a.O. (Anm. 833), S. 43.

⁸⁷⁰ Ziff. 12.13; vgl. WILDHABER, ZSR 1969 I, S. 545. Ein Beispiel für ein unmittelbar anspruchs begründendes und vor dem schweizerischen Richter durchsetzbares Individualrecht wäre das Verbot der Zwangsarbeit gemäß Übereinkommen Nr. 29 über Zwangs- und Pflichtarbeit von 1930 (z.B. Art. 11; das Übereinkommen ist von der Schweiz am 30.4.1940 ratifiziert worden; BS 14, S. 38ff.). Ein weiteres Beispiel wäre Art. 6 Abs. 1 des Übereinkommens Nr. 106 über die wöchentliche Ruhezeit in Handel und Büros (BBI 1958 I, S. 541 ff.), der einen individuellen Anspruch auf eine wöchentliche Ruhezeit von bestimmter Dauer einräumt.

⁸⁷¹ Zum Verfahren der Ausarbeitung von Konventionen und Empfehlungen im Rahmen der IAO s. BERICHT des Bundesrats zur 52. Tagung der Internationalen

12.42 Das Sozialrecht der IAO als Gruppen- und Minderheitenschutz

Die Rechtsetzung der IAO ist auf den Schutz sozialbenachteiligter Gruppen und Minderheiten ausgerichtet. Die soziale Sicherung des Arbeitnehmers war Ausgangspunkt dieser Rechtsetzung. Später hat sich die IAO mit dem sozialen Status von Minderheiten wie Frauen, Müttern, Schiffsleuten, Gast- und Wanderarbeitern, landwirtschaftlichen Arbeitern und Angehörigen von Kolonien beschäftigt. Die subjektiv-rechtlich formulierten Bestimmungen der Übereinkommen erscheinen demgemäß als Sozialrechte benachteiligter Gruppen und Minderheiten. Auch das in zahlreichen Konventionen der IAO enthaltene Diskriminierungsverbot zielt regelmäßig auf Gleichstellung einer bisher benachteiligten mit einer begünstigten Gruppe (z.B. der Ausländer mit den Inländern, der Frauen mit den Männern usw.⁸⁷²).

12.43 Überblick über das Vertragswerk der IAO

Einen exemplarischen Einblick in das Gesetzgebungswerk der IAO vermittelt die folgende, nach Sachbereichen zusammengestellte Auswahl von Übereinkommen aus den Jahren 1947–1972, wobei das soziale Organisationsrecht (Mitbestimmung, Koalitions-

Arbeitskonferenz, BBl 1969 I, S. 718; H. HUBER, Die internationale Quasilegislative, in: SJIR 1971, S. 9ff., 28; I. SEIDL-HOENVELDERN, Das Recht der internationalen Organisationen ..., Köln etc. 1967, Nr. 1231; ferner Art. 3 Ziff. 1 Satzung der IAO.

⁸⁷² Vgl. etwa das Übereinkommen (Nr. 121) über Leistungen bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten, Art. 27: «Jedes Mitglied hat innerhalb seines Staatsgebietes Ausländern in bezug auf Leistungen bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten Gleichbehandlung mit seinen eigenen Staatsangehörigen zu gewähren.» (BBl 1965 I, S. 716ff.). Ferner: Übereinkommen (Nr. 70) über die soziale Sicherheit der Schiffsleute, Art. 6 und 7 (BBl 1948 I, S. 99ff.); Übereinkommen (Nr. 97) über die Wanderarbeiter (Neufassung 1949), Art. 6 (BBl 1950 II, S. 928ff.); Übereinkommen (Nr. 102) über die Mindestnormen der Sozialen Sicherheit, Art. 68 (BBl 1953 III, S. 1020ff.); Übereinkommen (Nr. 130) über ärztliche Betreuung und Krankengeld, Art. 32 (BBl 1970 II, S. 192ff.). – Die Ausgestaltung des Gebotes der Gleichbehandlung als positive Anspruchsgrundlage auf soziale Leistungen des Staates im Sozialrecht der IAO könnte wegweisend sein für eine ähnliche Konkretisierung im innerstaatlichen Bereich.

freiheit usw.) ausgeklammert bleibt. Nicht berücksichtigt sind ferner die Empfehlungen der Organisation⁸⁷³.

a) *Wirtschafts- und Sozialpolitik*

Ziele und Normen der Sozialpolitik (Übereinkommen Nr. 117, BBl 1963 I 525 ff.);

Beschäftigungspolitik (Übereinkommen Nr. 122, BBl 1965 I 737 ff.);

b) *Allg. Arbeitsrecht*

Bezahlter Jahresurlaub (Übereinkommen Nr. 132, BBl 1971 II 1547 ff.);

Mindestlöhne (Übereinkommen Nr. 131, BBl 1971 II 1553 ff.);

c) *Arbeits- und Sozialrecht einzelner Gruppen von Arbeitnehmern*

Schiffssleute (Übereinkommen Nr. 70, 71, 91, 109);

Wanderarbeiter (Übereinkommen Nr. 82, 97);

Landwirtschaftliche Arbeiter (Übereinkommen Nr. 99, 101);

Handel, Büro (Übereinkommen Nr. 106);

d) *Schutz anderer sozial benachteiligter Gruppen*

Mutterschutz (Übereinkommen Nr. 103, BBl 1953 III 1052 ff.);

zum Schutz weiterer Minderheiten vgl. unten unter lit. f.

e) *Soziale Sicherheit*

Mindestnormen (für die Bereiche: Ärztl. Betreuung, Krankengeld, Leistungen bei Arbeitslosigkeit, Alter, Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten, Familienleistungen, Leistungen bei Mutterschaft, Invalidität, Leistungen an Hinterbliebene) (Übereinkommen Nr. 102, BBl 1953 III 1020 ff.);

Leistungen bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten (Übereinkommen Nr. 121, BBl 1965 I 716 ff.);

Leistungen bei Invalidität und Alter und an Hinterbliebene (Übereinkommen Nr. 128, BBl 1968 I 1367 ff.);

Ärztliche Betreuung und Krankengeld (Übereinkommen Nr. 130, BBl 1970 II 192 ff.);

f) *Gebot der Gleichbehandlung*

Gleichwertigkeit des Entgeltes männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit (Übereinkommen Nr. 100, BBl 1952 III 844 ff.);

Verbot der Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf (Übereinkommen Nr. 111, BBl 1960 I 29 ff.);

Gleichbehandlung von Inländern und Ausländern in der Sozialen Sicherheit (Übereinkommen Nr. 118, BBl 1963 I 535 ff.).

⁸⁷³ Eine Übersicht über die von der Schweiz ratifizierten Übereinkommen vermittelt Beilage II zum Bericht des Bundesrats zur 52. Tagung der Internationalen Arbeitskonferenz, BBl 1969 II, S. 729–731.

12.44 Die Verfahren der Durchsetzung der IAO-Übereinkommen

12.441 Das Berichtsverfahren

KHOL hat in seinem Werk über die internationalen Sicherungsverfahren zum Schutz der Menschenrechte das Verfahren zur Durchsetzung der IAO-Normen ausführlich dargestellt⁸⁷⁴, so daß hier eine Beschränkung auf einige Besonderheiten geboten ist: Die rechtsetzende Tätigkeit der IAO erfolgt durch das oberste Organ, die Arbeitskonferenz⁸⁷⁵. Die Verfassung der IAO enthält die eigentümliche Verpflichtung der Regierungen, die von der Konferenz ausgearbeiteten Übereinkommen *und* Empfehlungen, auch wenn ihre Ratifikation oder Anwendung nicht in Erwägung gezogen wird, der zuständigen nationalen gesetzgebenden Behörde innert Jahresfrist vorzulegen⁸⁷⁶. Die Entscheidung der gesetzgebenden Behörde über Zustimmung oder Ablehnung ist dem Generaldirektor des Internationalen Arbeitsamtes – des Verwaltungsorgans der Organisation – mitzuteilen. Findet ein Übereinkommen *nicht* die Zustimmung des Gesetzgebers, so ist der Mitgliedstaat doch verpflichtet, dem Generaldirektor in angemessenen Zeitabständen über den Stand seiner Gesetzgebung und über seine Praxis bezüglich der Fragen zu berichten, die den Gegenstand des Übereinkommens bilden. Dabei ist näher anzugeben, «in welchem Umfange den Bestimmungen des Übereinkommens durch Gesetzgebung, Verwaltungsmaßnahmen, Gesamtarbeitsverträge oder auf andere Weise entsprochen wurde oder entsprochen werden soll», und es sind die Schwierigkeiten darzulegen, welche die Ratifikation eines solchen Übereinkommens verhindern oder verzögern⁸⁷⁷. Bezuglich der *ratifizierten Übereinkommen* gilt die Regel, daß jedes

⁸⁷⁴ KHOL, Weltstaat (oben Anm.833); vgl. ferner FAWCETT, a.a.O. (Anm.833), S.259 ff.

⁸⁷⁵ Sie setzt sich zusammen «aus je vier Vertretern jedes Mitgliedes. Von diesen sind zwei Regierungsdelegierte; von den zwei andern vertritt je einer die Arbeitgeber und Arbeitnehmer jedes Mitgliedes» (Art. 3 Ziff. 1 der Satzung der IAO).

⁸⁷⁶ Art. 19 Ziff. 5 und 6 der Satzung der IAO. Der Bundesrat erfüllt diese Pflicht, indem er dem Parlament jährlich einen Bericht über die Tätigkeit der IAO mit dem Text der neuen Übereinkommen und Empfehlungen vorlegt.

⁸⁷⁷ Art. 19 Ziff. 5 lit.e der Satzung der IAO.

Mitglied verpflichtet ist, dem Internationalen Arbeitsamt jährlich einen *Bericht* über seine Maßnahmen zur Durchführung vorzulegen. Die Berichte werden von einem unabhängigen Expertenausschuß geprüft⁸⁷⁸ und in einer Zusammenfassung der allgemeinen Konferenz vorgelegt⁸⁷⁹, die davon in einer Entschließung – die von «Empfehlungen» begleitet sein kann – Kenntnis nimmt⁸⁸⁰. Das Berichtssystem der IAO gilt nach unbestrittener Meinung als in höchstem Maße wirksam. Nach einer Ermittlung von Khol wurde in 32% der Fälle, in denen die Konferenz bisher zu Länderberichten Bemerkungen («comments», «observations») abgab, diesen in der Folge von den betroffenen Staaten vollumfänglich Rechnung getragen; in 30% wurden sie teilweise berücksichtigt⁸⁸¹. Dieses Resultat erscheint höchst erstaunlich, besonders wenn man bedenkt, daß bisher über tausend Empfehlungen im genannten Sinn ergingen. Die Gründe für diese hohe Effizienz werden darin gesehen, daß das Verfahren auf einer einwandfreien Rechtsgrundlage beruht, daß der Maßstab der Prüfung präzis ist, daß die Kontrollen periodisch und innerhalb kurzer Fristen erfolgen und daß sie sich in langer Übung eingelebt haben; ferner wird in der weitgehenden Öffentlichkeit des Berichtssystems ein oft entscheidendes politisch-moralisches Mittel zur Kontrolle und Durchsetzung erblickt⁸⁸². Auch das Kontrollverfahren ist durch den Dreigruppencharakter – namentlich durch die gesicherte paritätische Beteiligung der Sozialpartner – der IAO gekennzeichnet: Die vorgelegten Berichte werden von den unmittelbar Interessierten in einem kontradiktionsfreien Verfahren auf Vollständigkeit und Wahrheitsgehalt geprüft, was eine sichere Grundlage späterer Entscheidung ermöglicht⁸⁸³. Die Wertung des Berichtes obliegt einem politischen Organ, dem Berichtsprüfungs-

⁸⁷⁸ Khol, Weltstaat, S. 154ff.

⁸⁷⁹ Art. 23 der Satzung der IAO.

⁸⁸⁰ Khol, Weltstaat, S. 161f.

⁸⁸¹ Khol, Weltstaat, S. 162f.; zur Gesamtwürdigung Khol, a.a.O., S. 164.

⁸⁸² Vgl. Khol, Weltstaat, S. 163.

⁸⁸³ Khol, Weltstaat, S. 162.

ausschuß, in dem sich die Interessen wiederum ausgewogen gegenüberstehen⁸⁸⁴. Dieser Ausschuß erstattet der Konferenz Bericht.

12.442 Das Beschwerdeverfahren gemäß Art. 24f.

Nach Art. 24 Satzung der IAO können Berufsverbände von Arbeitnehmern und Arbeitgebern Beschwerden bezüglich der Durchführung eines Übereinkommens an das Internationale Arbeitsamt richten. Der Verwaltungsrat als oberstes Exekutivorgan der Organisation kann die Beschwerde der betreffenden Regierung übermitteln mit der Einladung, «sich in einer ihr geeignet erscheinenden Weise zur Sache zu äußern»⁸⁸⁵. Da das Verfahren kaum praktische Bedeutung erlangt hat, ist darauf nicht näher einzugehen.

12.443 Das Klageverfahren gemäß Art. 26

Von eher geringer Bedeutung ist auch das *Klageverfahren* gemäß Art. 26 geblieben⁸⁸⁶. Es kann durch Klage eines Mitgliedstaates, eines zur Konferenz entsandten Delegierten oder vom Verwaltungsrat der IAO von Amtes wegen eingeleitet werden. Das Verfahren hat quasi-justiziellen Charakter⁸⁸⁷. Obwohl es sich hier der Konzeption nach um ein Prozedere von «höchster Durchführungs-wirksamkeit»⁸⁸⁸ handelt, das sich weitgehend vor unabhängigen, quasi-richterlichen Instanzen abspielt, hat sich in der Praxis das informellere Berichtsverfahren (oben Ziffer 12.441) als bedeutend effizienter erwiesen⁸⁸⁹.

12.444 Das Beschwerdeverfahren der IAO zum Schutze gewerkschaftlicher Rechte

Dieses Verfahren hat sich außerhalb der Satzung der VN und der Satzung der IAO herausgebildet, aufgrund der eigenen satzungsmäßigen Rechtssetzungskompetenz der Organisation⁸⁹⁰. Es ist ein quasi-gerichtliches Verfahren mit dem Zweck des Schutzes der gewerkschaftlichen Rechte, also der sozialrechtlichen Organi-

⁸⁸⁴ KHOL, Weltstaat, S. 162f.

⁸⁸⁵ Art. 24 der Satzung der IAO.

⁸⁸⁶ Nach KHOL, Weltstaat, S. 192, sind bisher erst drei Fälle in diesem Verfahren erledigt worden.

⁸⁸⁷ Siehe im einzelnen die Art. 26–34 der Satzung der IAO, und KHOL, Weltstaat, S. 191 ff.

⁸⁸⁸ KHOL, Weltstaat, S. 198.

⁸⁸⁹ KHOL, Weltstaat, S. 198f.

⁸⁹⁰ Vgl. zur Entstehung und – nicht unbestrittenen – Rechtsgrundlage im einzelnen KHOL, Weltstaat, S. 200ff.

sationsfreiheit, des Rechtes auf kollektives Verhandeln, des Streiks und der Freiheitsrechte mit besonderem gewerkschaftlichem Bezug. Khol nennt dieses Verfahren neben demjenigen der EMRK das bedeutsamste internationale Verfahren zum Schutz von Grundrechten. Wegen seiner weltweiten Wirksamkeit erscheint es als universellstes individualrechtliches Sicherungsverfahren⁸⁹¹. Zur Beschwerdeerhebung sind Staaten sowie Arbeitnehmer- und Arbeitgeberorganisationen berechtigt⁸⁹². Für die Verfahrensordnung im einzelnen kann auf die Darstellung bei Khol⁸⁹³ verwiesen werden.

12.5 Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961⁸⁹⁴

12.51 Zielsetzung und Inhalt

Die Satzung des Europarates vom 5.5.1949 nennt als eines der Ziele des Rates die Förderung des sozialen und wirtschaftlichen Fortschritts und den Schutz und die Fortentwicklung der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Präambel und Art. 1). Bereits bei der Ausarbeitung der EMRK war man entschlossen, auch eine Konvention zum Schutze der wirtschaftlichen und sozialen Rechte aufzustellen⁸⁹⁵. Interessant ist, daß bei der Ausarbeitung der Sozialcharta auch bereits eine gewisse inhaltliche Koordination mit

⁸⁹¹ Khol, Weltstaat, S. 201.

⁸⁹² Vgl. im einzelnen Khol, Weltstaat, S. 206.

⁸⁹³ Weltstaat, S. 200–217.

⁸⁹⁴ Text der Sozialcharta: BERBER, Dokumentensammlung I, S. 1270ff.; die Sozialcharta ist 1965 in Kraft getreten und ist bis 1971 von neun Mitgliedern des Europarates ratifiziert und von fünf weiteren unterzeichnet worden.

⁸⁹⁵ Vgl. die Botschaft des Ministerkomitees vom 20.5.1954, Doc. Nr. 238: «Notre Comité s'efforcera d'élaborer une Charte Social Européenne ayant pour objet de fixer les objectifs sociaux que les membres s'efforceront d'atteindre et de guider l'action du Conseil dans le domaine social. Cette Charte constituerait dans ce domaine le pendant de la Convention Européenne des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales.» (Zitat bei H. WIEBRINGHAUS, Jurisprudence du droit social européen [oben Anm. 833], S. 170).

den von der IAO gewährleisteten sozialen Standards gesucht wurde⁸⁹⁶.

In der Präambel werden als Ziel der Charta zugleich ein statisches und dynamisches Element erwähnt: Sicherung der Ausübung sozialer Rechte ohne Diskriminierung einerseits und die Verpflichtung, «alle Anstrengungen zu unternehmen, um durch geeignete Einrichtungen und Maßnahmen den Lebensstandard» und das soziale Wohl zu fördern, anderseits. Der erste Teil der Charta ist bewußt *programmatisch* gehalten: Er enthält neunzehn Grundsätze, die Richtlinien der Sozialpolitik der Mitgliedstaaten werden sollen. Es handelt sich hier um deklaratorische Zielbestimmungen, die jedoch – offensichtlich im Bemühen, an die naturrechtliche Tradition der Menschenrechtserklärungen anzuknüpfen und auch den Zusammenhang mit der Menschenrechtserklärung der UNO von 1948 zu wahren – in der Form von Individualrechten gefaßt sind. Teil II zählt die eigentlichen *Verpflichtungen* der Mitgliedstaaten auf, die zur Verwirklichung der im ersten Teil proklamierten Ziele führen sollen. Stereotyp kehrt in den 19 Artikeln dieses Teils die Wendung wieder: «Um die wirksame Ausübung (dieses Sozialrechts) zu gewährleisten, verpflichten sich die Vertragsstaaten...». Die menschenrechtliche Proklamation wird also hier gleichsam auf ihren objektiven juristischen Gehalt der Verpflichtung zu bestimmten staatlichen Maßnahmen im Sinne der Förderung sozialer Wohlfahrt zurückgeholt. Die Bestimmungen dieses Teils sind inhaltlich von sehr unterschiedlichem Gewicht und unterschiedlicher normativer Dichte: Im gleichen Artikel findet sich die Pflicht zur Förderung des Rechts des Arbeiters, seinen Lebensunterhalt durch frei übernommene Tätigkeit zu verdienen, und die Verpflichtung zur Einrichtung der Berufsberatung (Art.1). Im gesamten überwiegt die inhaltliche Offenheit der sozialpolitischen Zielsetzungen, entsprechend dem Auftrags- oder Appell-

⁸⁹⁶ Man konfrontierte die Vorarbeiten mit den IAO-Standards, und unter dem Vorsitz der IAO wurde 1958 eine gemeinsame Arbeitskonferenz abgehalten. Der endgültige Text der Charta lag 1960 vor. Vgl. im einzelnen: H. SCHAMBECK, a.a.O. (oben Anm. 833), S. 51–55; M. COTTIER, Die arbeitsrechtlichen Bestimmungen der Europäischen Sozialcharta, Diss. Freiburg i. Ue. 1967, S. 36–41; H. WIEBRINGHAUS, La Charte Sociale Européenne (oben Anm. 833), S. 710–713.

charakter, der die ganze Charta kennzeichnet. Art. 20 statuiert die generelle Verpflichtung, die genannten Ziele «mit allen geeigneten Mitteln» zu verfolgen.

Teil III normiert den *Umfang* der von einem Mitgliedstaat besonders zu übernehmenden Bindungen. Die rechtliche Verpflichtung zur Gewährleistung bestimmter Rechtspositionen erfolgt nach einem Verfahren der Auswahl bestimmter Artikel und der schrittweisen Anerkennung weiterer Artikel der Sozialcharta⁸⁹⁷ gemäß der Formel des «double noyau flottant minimal»⁸⁹⁸. Es kommt darin eine gewisse Freiheit der Vertragspartner in der Setzung der Prioritäten bei der Verwirklichung sozialstaatlicher Postulate zum Ausdruck. Im einzelnen sei auf Art. 20 Abs. 1 lit. b und c der Charta und die Spezialliteratur verwiesen⁸⁹⁹. Das Verfahren verbindet die Garantie eines sozialen Minimalstandards mit der Ausrichtung auf eine sich schrittweise fortentwickelnde Sozialpolitik.

12.52 Kontrollsyste

Das Sicherungsverfahren der Sozialcharta ist dem Berichtsverfahren der IAO⁹⁰⁰ nachgebildet, das sich als wirksam erwiesen hatte⁹⁰¹. Die Mitgliedstaaten haben alle zwei Jahre dem Generalsekretär des Europarates einen Bericht über die Anwendung der von ihnen angenommenen Bestimmungen des Teils II der Charta zu übermitteln. Art. 22 sieht eine analoge Berichterstattung, jedoch in größeren, im einzelnen noch zu bestimmenden Zeiträumen bezüglich der nicht ratifizierten Bestimmungen vor. Bestimmte Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen des Berichtslandes sind über die Rapporte zu informieren (Art. 23) und können ihre

⁸⁹⁷ H. G. ISELE, a.a.O. (oben Anm. 833), S. 60. – Dieses Verfahren der Auswahl und schrittweisen Anerkennung hat auch die IAO verwendet (z. B. im Übereinkommen Nr. 102, 1952, über die Mindesteinkommen der sozialen Sicherheit); ISELE, a.a.O.

⁸⁹⁸ WIEBRINGHAUS, La Charte Sociale Européenne, S. 715.

⁸⁹⁹ Siehe insbesondere die in Anm. 833 und 896 zit. Lit.

⁹⁰⁰ Siehe oben Ziff. 12.441.

⁹⁰¹ ISELE, a.a.O. (Anm. 833), S. 72.

Stellungnahme den Berichten der Regierungen beifügen. Die Prüfung der Berichte erfolgt zunächst durch einen *Sachverständigenausschuß*, dem höchstens sieben Experten «von höchster Integrität und anerkannter Sachkenntnis in internationalen sozialen Fragen» angehören. Sie werden vom Ministerkomitee aus einer von den Regierungen aufgestellten Vorschlagsliste gewählt. Die Stellungnahme der Experten wird an ein politisches Organ weitergeleitet: den *Regierungsausschuß*, der im wesentlichen aus fachkundigen Regierungsvertretern gebildet wird und der Experten beziehen kann. Die Ergebnisse der Beratungen des Regierungsausschusses gelangen mit dem Bericht des Expertenausschusses an das *Ministerkomitee*. Dieses kann schließlich mit Zweidrittelmehrheit nach Anhörung der Beratenden Versammlung an jede Vertragspartei alle notwendigen *Empfehlungen* richten (Art. 29). Die entscheidende Funktion kommt im Kontrollverfahren also dem Ministerkomitee zu. Beachtenswert ist, daß dieses nicht wie bei andern wichtigen Fragen nur einstimmig, sondern mit *Zweidrittelmehrheit* beschließen kann (vgl. Art. 20 Statut des Europarates von 1949). Gegenüber dem Kontrollverfahren des Paktes der VN über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte von 1966 zeichnet sich dasjenige der Sozialcharta dadurch aus, daß nicht nur Empfehlungen allgemeinen Charakters erlassen, sondern Empfehlungen auch an einzelne Staaten gerichtet werden können⁹⁰².

Die *erste Berichtsperiode* umfaßt die Jahre 1966–1968. Der Sachverständigenausschuß arbeitete im Jahre 1969 einen äußerst gründlichen Bericht aus, der wegen seiner hervorragenden Qualität den Arbeiten des Expertenausschusses innerhalb des Kontrollverfahrens der Sozialcharta eigene Autorität zu geben verspricht⁹⁰³. Der Ausschuß hat in großer Detailarbeit die weithin offenen Bestimmungen der Charta zu konkretisieren gesucht und dabei z.T. auch quasi-gerichtliche Aufgaben der Auslegung und Weiterbildung der Vertragsbestimmungen er-

⁹⁰² WIEBRINGHAUS, Jurisprudence (oben Anm. 833), S. 173.

⁹⁰³ Vgl. die Würdigung bei WIEBRINGHAUS, a.a.O., bes. S. 175 ff.; der Bericht der Expertenkommission ist veröffentlicht als Dokument: Council of Europe, Committee of Independent Experts on the European Social Charter, Conclusions I, Straßburg 1969/70.

füllt. Die Ergebnisse seiner Arbeiten stehen jedoch z.T. in Konflikt mit den Prüfungsergebnissen des Regierungsausschusses, der mehr die Tendenz einer restriktiven Interpretation der Charta zeigt. Wohl im Hinblick auf diese Konfliktlage hat das Ministerkomitee im November 1971 bei Abschluß der ersten Berichtsperiode beschlossen, den Bericht des Ausschusses unabhängiger Experten und denjenigen der Regierungsvertreter den Vertragsstaaten zur Information zuzustellen, ohne Empfehlungen auszusprechen. Ob die z.T. unerwartet extensive Interpretation der Sozialcharta durch den Expertenausschuß den Konsens der Mitgliedstaaten findet, insbesondere entsprechende Sozialmaßnahmen auslösen wird, bleibt abzuwarten⁹⁰⁴.

WIEBRINGHAUS hat das Ergebnis der ersten Berichtsperiode dahin kommentiert, daß es den Nachteil, daß die Kontrolle zu sehr in den Händen der Regierungen liege, deutlich mache. Er regt eine Revision der Sozialcharta hinsichtlich Ersetzung des Ministerkomitees durch eine richterliche Instanz an und schlägt einen Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte im wirtschaftlichen und sozialen Bereich vor⁹⁰⁵.

Die heutige Unsicherheit über die Auslegung der Sozialcharta, wie sie aus den divergierenden Ergebnissen der Prüfungen durch den Expertenausschuß und den Regierungsausschuß in der ersten Berichtsperiode hervorgegangen ist, dürfte den Beitritt der Schweiz zur Sozialcharta, für den sich der Bundesrat bereits 1969 grundsätzlich ausgesprochen hat⁹⁰⁶, eher verzögern. Abklärungen darüber, ob die Schweiz die Voraussetzungen für einen Beitritt zur Charta heute erfüllen würde, sind in der Bundesverwaltung im Gang.

12.6 Verweis auf weitere internationale Bestrebungen zum Schutz der Sozialrechte

Aufgabe der bevorstehenden Ausführungen war, einen *exemplarischen* Einblick in Inhalt und Verfahren des internationalen Schutzes von «Sozialrechten» zu geben. Übergangen wurden insbesondere die sozialrechtlichen Bestimmungen in den Friedens-

⁹⁰⁴ Die zweite Berichtsperiode umfaßt die Jahre 1968–1970, über die bereits der Bericht des Expertenausschusses vorliegt; vgl. Council of Europe, Committee of Independent Experts on the European Social Charter, Conclusions II, Straßburg 1971.

⁹⁰⁵ H. WIEBRINGHAUS, Die Europäische Sozialcharta, Vortrag am Jahreskongreß der Europa-Union Schweiz 1971 in Lausanne, Protokoll (Maschr.), S. 14.

⁹⁰⁶ Vgl. Amtl. Bull. NR 1971, S. 305.

verträgen nach dem ersten Weltkrieg⁹⁰⁷, in der Satzung und den Konventionen der UNESCO⁹⁰⁸ und die Bestrebungen im Rahmen der Organisation der Amerikanischen Staaten (OAS)⁹⁰⁹.

⁹⁰⁷ SCHAMBECK, a.a.O. (Anm.833), S.42f.

⁹⁰⁸ Vgl. BERBER, Dokumentensammlung I, S.120ff.; KHOL, Weltstaat (oben Anm. 833), S. 94ff. mit Nachweisen.

⁹⁰⁹ Der Impuls zu zwischenstaatlicher Festlegung sozialer Grundsätze innerhalb des inneramerikanischen Systems geht im wesentlichen auf die sog. *Chapultepec-Konferenz* von 1945 zurück. Gleichzeitig mit dem Auftrag an das Interamerikanische Juristische Komitee, eine Menschenrechtserklärung zu entwerfen, legte die Konferenz einen Katalog sozialer Grundsätze fest und beauftragte dasselbe Komitee in Zusammenarbeit mit dem Internationalen Arbeitsamt, eine Interamerikanische Charta sozialer Garantien auszuarbeiten (vgl. KUTZNER, a.a.O. [oben Anm.833], S.285 mit weiteren Hinweisen). 1948 nahm die Konferenz der Amerikanischen Staaten die *Amerikanische Menschenrechtserklärung* an. Konkretere Schritte zum Schutze der Menschenrechte brachte die Errichtung der *Interamerikanischen Menschenrechtskommission* (1959) und die Ausarbeitung einer *Amerikanischen Menschenrechtskonvention* (1969). – Zu dieser und zur Amerikan. Menschenrechtserklärung vgl. im einzelnen KUTZNER, a.a.O., und die dort zit. Lit.