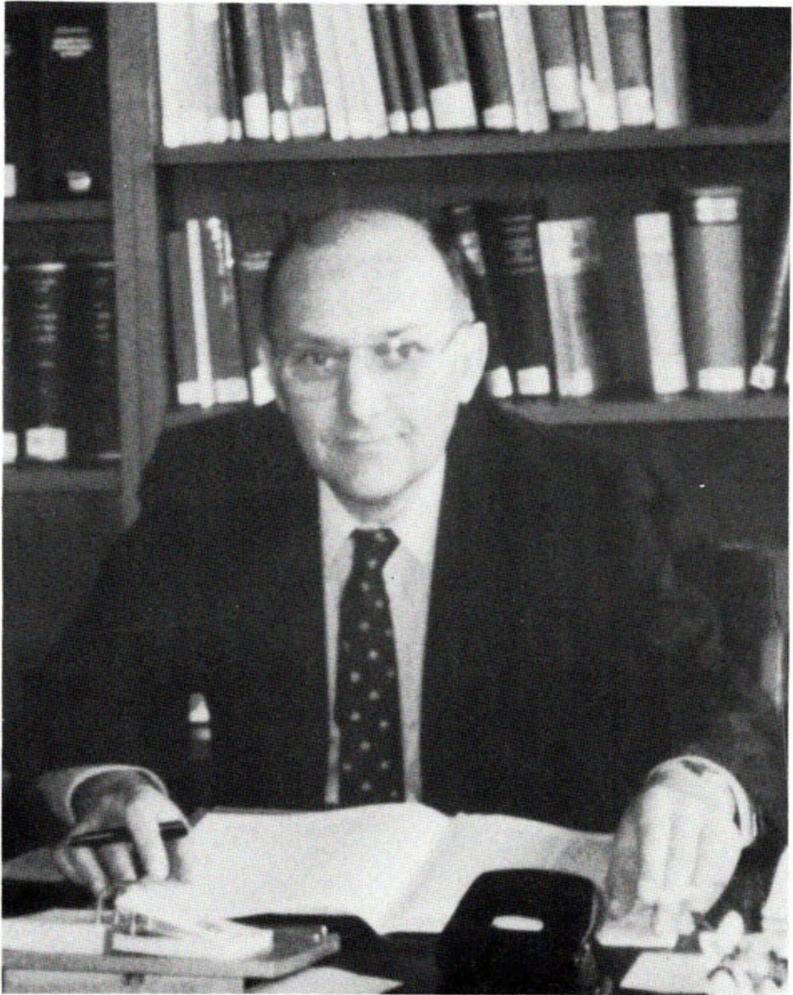


Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens



W. Usher

Gedächtnisschrift für
WOLFGANG MARTENS

herausgegeben

von

Peter Selmer und Ingo von Münch



1987

Walter de Gruyter · Berlin · New York

Gedruckt auf säurefreiem Papier
(alterungsbeständig – pH 7, neutral)

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens / hrsg.
von Peter Selmer u. Ingo von Münch. – Berlin ;
New York : de Gruyter, 1987.
ISBN 3-11-011107-1

NE: Selmer, Peter [Hrsg.]

©

Copyright 1987 by Walter de Gruyter & Co., 1000 Berlin 30.

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

Printed in Germany

Satz und Druck: Saladruck, 1000 Berlin 36

Buchbindearbeiten: Lüderitz & Bauer, Buchgewerbe GmbH, 1000 Berlin 61

Vorwort

Die Herausgeber und Autoren gedenken mit dieser Gedächtnisschrift eines Mannes, dessen früher Tod über sein engeres persönliches Umfeld hinaus alle, die ihn kannten, tief getroffen hat. Wolfgang Martens starb am 22. Juli 1985 im 52. Lebensjahr. Die Trauer über diesen Verlust ist nach wie vor gegenwärtig, die Lücke, die er hinterließ, immer noch schmerzlich im Bewußtsein. Wir wollen die Trauer nicht dämpfen und können die Lücke nicht schließen. Wohl aber können wir einen Beitrag dazu leisten, in einer mehr schnellebigen als auf Bewahrung bedachten Zeit das Andenken an Wolfgang Martens wach und lebendig zu halten. Als ein solcher Beitrag, zugleich als eine ehrende Anerkennung und Würdigung eines rechtswissenschaftlichen Werkes, das weithin Beachtung erfahren hat, möchte die hier vorgelegte Gedächtnisschrift verstanden werden. Dabei mögen die Reden, die auf der akademischen Trauerfeier am 13. November 1985 gehalten wurden und hier dem übrigen Werk als Geleitworte vorangestellt sind, in besonderer Weise dazu angetan sein, das Bild, das Wolfgang Martens als Mensch und Kollege, als Wissenschaftler und akademischer Lehrer von sich vermittelte, vor dem Auge des Lesers wiederum deutlich werden zu lassen.

Die Herausgeber – der eine Wolfgang Martens schon seit gemeinsamer Bochumer Jungprofessorenzeit freundschaftlich verbunden, der andere ihm in den späteren Hamburger Jahren zunehmend menschlich nähergekommen – haben den an der Gedächtnisschrift Beteiligten zu danken. Sie danken den Rednern der Trauerfeier für die Zurverfügungstellung ihrer Worte. Sie danken ferner den Kollegen, die – als langjährige Weggefährten in Fakultät, Fachbereich und Justiz, als verwaltungsrechtliche Mitautoren im Hause de Gruyter oder als Mitberichterstatter vor der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer – der Einladung der Herausgeber gefolgt sind, mit einem Aufsatz zu der Gedächtnisschrift beizutragen. Für das Zustandekommen dieser Schrift gebührt außerordentlicher Dank insbesondere aber dem Verlag Walter de Gruyter, der in großzügiger Weise die verlegerische Betreuung und Herstellung des Werkes übernommen und umsichtig betrieben hat.

Hamburg, im September 1987

Die Herausgeber

Inhalt

Vorwort	V
---------------	---

Geleitworte

GERHARD FEZER, Hamburg: Wolfgang Martens zum Gedächtnis. – Rede, gehalten auf der akademischen Trauerfeier am 13. November 1985	1
HANS-UWE ERICHSEN, Münster: Wolfgang Martens zum Gedächtnis. – Rede, gehalten auf der akademischen Trauerfeier am 13. November 1985	5
CHRISTOPH BUSHART, Hamburg: Praktizierte Humanität. — Rede, gehalten auf der akademischen Trauerfeier am 13. November 1985	19

Deutsches Staatsrecht

PETER BADURA, München: Das normative Ermessen beim Erlaß von Rechtsverordnungen und Satzungen	25
KARL AUGUST BETTERMANN, Hamburg: Bemerkungen zum parlamentarischen Regierungssystem Hamburgs nach der Verfassung von 1952	39
CARSTEN BRODERSEN, Hamburg: Bundesstaatliche Probleme des Art. 80 I GG	57
PETER HÄBERLE, Bayreuth/St. Gallen: Utopien als Literaturgattung des Verfassungsstaates	73
GERHARD HOFFMANN, Marburg/Lahn: Die „kleine Einbürgerung“. – Eine staatsrechtliche Möglichkeit zur Integration ausländischer Mitbewohner in der Bundesrepublik Deutschland	85
HANS PETER IPSEN, Hamburg: Hamburgs Verfassungsentwicklung im Jahrhundert seiner Juristengesellschaft 1886–1985	111

ULRICH KARPEN, Hamburg: Verfassungsgeschichtliche Entwicklung des Gesetzesbegriffs in Deutschland	137
JÖRG LÜCKE, Hamburg: Umweltschutz und Verfassung in der DDR. – Zugleich ein Beitrag zur Diskussion über die Verankerung des Umweltschutzes im Grundgesetz .	153
FRITZ OSSENBÜHL, Bonn: Rechtsschutz im parlamentarischen Untersuchungsverfahren	177
WALTER RUDOLF, Mainz: Meinungs- und Pressefreiheit in der „verwaltungsrechtlichen Sonderverbindung“ der Soldaten, Beamten und Richter	199
WOLFGANG RÜFNER, Köln: Drittwirkung der Grundrechte. – Versuch einer Bilanz	215
EBERHARD SCHMIDHÄUSER, Hamburg: Strafgesetzliche Bestimmtheit: Eine rechtsstaatliche Utopie	231
EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, Heidelberg: Zum staatsrechtlichen Prinzip der Selbstverwaltung	249
KLAUS VOGEL, München: Das ungeschriebene Finanzrecht des Grundgesetzes	265

Deutsches Verwaltungsrecht

JAN ALBERS, Hamburg: Prozeßkostenhilfe als Sozialhilfe	283
HARALD BOGS, Göttingen: Sozialrechtsprechungs-Anpassung. – (Unechte) Anpassung von Sozialleistungsbescheiden an nachträglich abweichende revisionsgerichtliche Rechtsprechung (§ 48 Abs. 2 SGB X) und die allgemeinen Grundsätze der Bestandskraft	297
RÜDIGER BREUER, Trier: Umweltschutz und Gefahrenabwehr bei Anscheins- und Verdachtslagen	317
CARL-EUGEN EBERLE, Hamburg: Zum Verwertungsverbot für rechtswidrig erlangte Informationen im Verwaltungsverfahren	351

DIETHER HAAS, Hamburg: Aufgabenplanung – Stadtentwicklungsplanung. – Versuch eines Rückblicks am Beispiel Hamburgs	369
PETER IPSEN, Hamburg: Arbeitsförderung für Sozialhilfe-Empfänger. – Rechtsfragen zu einem Hamburger Modell	393
HELMUT QUARITSCH, Speyer: Der Verzicht im Verwaltungsrecht und auf Grundrechte	407
JÜRGEN SCHWABE, Hamburg: Fürmöglichhalten und irrige Annahme von Tatbestandsmerkmalen bei Eingriffsgesetzen	419
GUNTHER SCHWERDTFEGER, Berlin: „Leichtigkeit des Verkehrs“ als Grenze der Demonstrationsfreiheit	445
OTFRIED SEEWALD, Passau: Baurecht und Immissionsschutz	461
PETER SELMER, Hamburg: Gedanken zur polizeirechtlichen Verhaltensverantwortlichkeit. – Zugleich ein Beitrag zur angeblichen Dichotomie Störer/Nichtstörer	483
WALTER STIEBELER, Hamburg: Probleme der Organtransplantation in Hamburg	505
WERNER THIEME, Hamburg: Ambulanter Handel und Gemeingebrauch an öffentlichen Straßen	517
ALBRECHT ZEUNER, Hamburg: Rechtsschutz des Arbeitgebers gegenüber den Folgen einer Kurbewilligung im Sinne von § 7 LohnFG. – Gedanken zum Verwaltungsakt mit Drittwirkung	529

Wirtschaftsrecht

JÜRGEN F. BAUR, Hamburg: Das Verhältnis von verwaltungs- und zivilrechtlichem Rechtsschutz gegenüber Immissionen aus der Sicht eines Zivilisten	545
HELMUT GOERLICH, Hamburg: Zwangsvollstreckung und Kirchengut. – Zugleich zu kirchlichem Auftrag, öffentlichen Aufgaben und öffentlichem Interesse	559

GÜNTER HOOG, Hamburg: Die Bürgerschaft und die Tarife der Versorgungsunternehmen	579
PHILIP KUNIG, Heidelberg: „Dritte“ und Nachbarn im Immissionsschutzrecht	599
GÖTZ LANDWEHR, Hamburg: Prinzipien der gemeinschaftlichen Kosten- und Schadenstragung im See- recht und außergewöhnliche Formen der Haverei im 18. Jahrhundert . . .	619
KLAUS-PETER MARTENS, Hamburg: Kompetenzrechtliche Probleme des Gesamthafenbetriebs	637
GERT NICOLAYSEN, Hamburg: Keine Staatshaftung für die Bankenaufsicht? – Eine Korrektur der Recht- sprechung durch den Gesetzgeber	663
FRANZ RULAND, Frankfurt: Recht auf Arbeit – Recht auf Arbeitslosenunterstützung	679
KARSTEN SCHMIDT, Hamburg: Zustandshaftung im Konkurs einer Handelsgesellschaft. – Ordnungs- recht unter der Herrschaft der Insolvenzrechtsdoktrin?	699
HANS HERMANN SEILER, Hamburg: Über verbotswidrige Rechtsgeschäfte (§ 134 BGB). – Eine Bestandsauf- nahme	719
ROLF STÖDTER, Hamburg: Stadt und Bürger	733

Internationales Recht

HERBERT BERNSTEIN, Hamburg: Verfassungsschranken der Personal Jurisdiction in den USA. – Eine Studie aus Anlaß des Asahi-Falles	751
BRUN-OTTO BRYDE, München: Völker- und Europarecht als Alibi für Umweltschutzdefizite?	769
OTTO KIMMINICH, Regensburg: Die Armenier in der Geschichte des internationalen Flüchtlingsrechts . . .	789
RAINER LAGONI, Hamburg: Seerechtswissenschaft	703

JÜRGEN SCHWARZE, Hamburg: Subventionen im gemeinsamen Markt und der Rechtsschutz des Konkurrenten. – Grundzüge und neuere Entwicklungen	819
KARL-HEINZ ZIEGLER, Hamburg: Hugo Grotius als ‚Vater des Völkerrechts‘	851

Juristenausbildung

HANS-JOACHIM KURLAND, Hamburg: Die Bedeutung einer staatlichen Prüfungsordnung für Studium, Lehre und Prüfung – dargestellt mit Blick auf Einzelfragen der hamburgischen Juristenausbildungsordnung	861
HELMUT PLAMBECK, Hamburg: Hamburger Juristenausbildung zwischen gestern und morgen	887
Bibliographie Wolfgang Martens	903
Verzeichnis der Autoren	907

Geleitworte

Wolfgang Martens zum Gedächtnis

Rede, gehalten auf der akademischen Trauerfeier
am 13. November 1985

GERHARD FEZER

Wir versammeln uns heute zum Gedenken an *Wolfgang Martens*, dessen früher Tod uns alle tief erschüttert hat.

Wenn wir in einer Gedächtnisfeier das Leben und Wirken des Kollegen, des Wissenschaftlers und des akademischen Lehrers würdigen, so entspricht dies nicht nur einem akademischen Brauch, sondern ist Ausdruck eines spontanen Bedürfnisses vieler Fachbereichsangehöriger – nicht nur von Kollegen, sondern vor allem auch von Studenten, die ihren Lehrer *Wolfgang Martens* sehr verehrt haben.

An unserem Gedenken nehmen teil:

- Kollegen aus vielen rechtswissenschaftlichen Fachbereichen bzw. Fakultäten aus der ganzen Bundesrepublik, ferner der Universität der Bundeswehr,
- Gerichtspräsidenten und Richter aus der Hamburger Justiz, in der *Wolfgang Martens* ebenfalls wirkte,
- Honorarprofessoren und Ehrendoktoren unserer Fakultät,
- frühere Mitarbeiter und Schüler und persönliche Freunde des Verstorbenen.

Ich darf Sie alle im Namen des Fachbereichs herzlich begrüßen.

Ihrer aller Anwesenheit bedeutet uns viel; wir empfinden sie als Ausdruck der besonderen persönlichen Achtung und Anerkennung, die *Wolfgang Martens* überall zuteil wurden.

Dies zeigen auch die Briefe derjenigen, die heute nicht hier sein können.

Die Anwesenheit des Universitätspräsidenten dokumentiert Rang und Bedeutung, die *Wolfgang Martens* über den Fachbereich hinaus für die gesamte Universität hatte.

Besonders dankbar sind wir aber für die Teilnahme der Familienangehörigen, deren Trauer wir alle teilen.

Jeder von uns, die wir zum gemeinsamen Gedenken zusammengekommen sind, hat *Wolfgang Martens* gekannt und persönlich erlebt, aber jeder doch auf unterschiedliche Weise. Der eine hat ihn auf einer langen Strecke seines Lebensweges begleiten können, der andere hatte

nur kurze Begegnungen, oder er kennt seinen wissenschaftlichen Werdegang nur ausschnittsweise.

Das trifft wohl vor allem für die heute anwesenden Hamburger Studenten zu, die *Wolfgang Martens* bereits auf dem Höhepunkt seiner beruflichen Laufbahn erlebten als einen pädagogisch hochbefähigten, engagierten und beliebten Hochschullehrer.

So sei denn – im Sinne einer Gedächtnisfeier – ein kurzer Rückblick erlaubt:

1934 in Wandsbek geboren, hat *Wolfgang Martens* bis auf wenige Jahre sein ganzes Leben in Hamburg verbracht. Er ging in Hamburg zur Schule, studierte an unserer Fakultät Rechtswissenschaft, wo er auch – 1960 – mit einer hervorragenden Dissertation über den „Verfassungsgehalt der Wehrordnung“ promovierte. Sein akademischer Lehrer, *Hans Peter Ipsen*, weilt heute ebenfalls unter uns. Es war folgerichtig, daß die Fakultät einen so hochbegabten Nachwuchswissenschaftler an sich band.

Die intensiven Assistentenjahre, die nun in Hamburg folgten, bildeten die Grundlage seiner späteren so erfolgreichen Tätigkeit als Staats- und Verwaltungsrechtler in Forschung und Lehre.

1968 habilitierte sich *Wolfgang Martens* an der Universität Münster mit der Abhandlung „Öffentlich als Rechtsbegriff“. Bereits 1969 wurde er zum ordentlichen Professor für öffentliches Recht an die Ruhr-Universität Bochum berufen. Gleichzeitig wurde er zum Richter am Obergerverwaltungsgericht Münster ernannt. Diese richterliche Tätigkeit im Nebenamt hat *Wolfgang Martens* später in Hamburg fortgesetzt, zum großen Nutzen für die Lehre, für die Forschung und auch für die Rechtsprechung, wie ich gerade auch von Richtern weiß.

1973 erfolgte dann der Ruf an unsere Fakultät und damit die Rückkehr in die Heimat.

12 Jahre also hat *Wolfgang Martens* unserem Fachbereich angehört. Mehr als die Hälfte davon habe ich selbst miterlebt, und so möchte ich denn vor allem des Fakultätskollegen *Martens* gedenken. Den Staats- und Verwaltungsrechtler zu würdigen, kommt Herrn Kollegen *Erichsen* als dem Berufeneren zu, und an den akademischen Lehrer und Mentor wird sein langjähriger Mitarbeiter, Herr *Bushart*, erinnern.

Daß *Wolfgang Martens* die Last der Verwaltung und Selbstverwaltung durch die Übernahme der entsprechenden Ämter mitgetragen hat, war für ihn ganz selbstverständlich. So war er vor allem (vor sechs Jahren) Fachbereichssprecher und mehrmals Geschäftsführender Seminardirektor, dies auch bis zu seinem Tode.

Er hat sich aber auch darüber hinaus in die Pflicht nehmen lassen, insbesondere durch die Übernahme des verantwortungsvollen Amtes eines stellvertretenden Vorsitzenden des Justizprüfungsamtes.

Daß gerade *Wolfgang Martens* für das Prüfungsamt und den Fachbereich als besonders glückliche Wahl betrachtet wurde, lag auch daran, daß er als Prüfer in hohem Ansehen stand – übrigens auch bei den Prüflingen. Das rührte nicht etwa daher, daß er zu milde gewesen wäre (er war es wohl nicht), sondern daß er die Kandidaten fair und verständnisvoll behandelte. Die Übernahme dieses Amtes war angesichts der großen Arbeitsbelastung alles andere als eine Selbstverständlichkeit.

Nicht nur in diesem Amt, sondern auch in anderen Ämtern und Funktionen zeigte sich seine besondere Persönlichkeit: er war nüchternpragmatisch, sachbezogen und hilfsbereit, ohne persönliche Eitelkeiten und Ambitionen, gelegentlich trocken-humorvoll, vor allem aufrichtig und geradlinig. So war er jeweils ein sehr wertvolles Mitglied in Kommissionen und Ausschüssen und im Professorenkollegium. Auch wenn er sich nicht zustimmend äußerte, förderte er mit seinen durchaus kritischen Fragen, Bedenken und Gegenthesen viele Beratungen um der gemeinsamen, sinnvollen Lösung willen. Seine hohen Ansprüche an wissenschaftliche Qualität, vor allem auch als Grundlage der akademischen Lehre, wollte er nie aufgeben.

Wer seinen Beruf als Hochschullehrer mit so großem Verantwortungsbewußtsein ausübt, wird von staatlichen Maßnahmen, welche die Gründlichkeit und Effektivität der Lehre in Frage stellen, besonders getroffen. Daher waren bei *Wolfgang Martens* vor allem in den letzten Semestern Anzeichen von Resignation und des Sichzurückziehens zu spüren.

So verzichtete er, der sich sonst keiner Selbstverwaltungsaufgabe entzogen hat, darauf, an der Gestaltung der gesetzlich vorgeschriebenen Zwischenprüfung mitzuwirken, weil er die Mehrbelastung der Professoren angesichts der ständig fortschreitenden Mittel- und Stellenkürzungen für nicht mehr tragbar hielt. Und als ich ihn in unserem letzten Telefongespräch gegen Ende des Sommersemesters von einer weiteren Stellensperre in seinem Seminarbereich unterrichtete, wollte er nicht mehr kämpfen, sondern lehnte jede Verantwortung wegen der schlimmen Folgen ab.

Ich habe diese Haltung bei *Wolfgang Martens* wie bei keinem anderen respektiert, weil sie Ausdruck seiner Aufrichtigkeit und seiner geradezu idealistischen Berufsauffassung war.

Das 12jährige Wirken von *Wolfgang Martens* war für unseren Fachbereich außerordentlich fruchtbar und hat auch nach außen zum Ansehen der Fakultät beigetragen.

Wir haben ihm, dessen besondere Persönlichkeit unvergessen bleiben wird, viel zu verdanken.

Wolfgang Martens zum Gedächtnis

Rede, gehalten auf der akademischen Trauerfeier
am 13. November 1985

HANS-UWE ERICHSEN

Wenn man mit der ehrenvollen Aufgabe einer „akademischen Gedächtnisrede“ für einen verstorbenen Kollegen betraut wird, dann sieht man sich alsbald einer Vielzahl von Fragen gegenüber, deren erste die nach dem Erwarteten und Gesollten ist. Es gibt keine verbindliche Definition des zwar nicht alltäglichen, aber doch auch nicht selten geübten Brauchs. Es besteht indes wohl die Übung, das Werk des Verstorbenen in seiner Gesamtheit in chronologischer Abfolge, eingefangen in Stichworte, die den Inhalt vergegenwärtigen, noch einmal Revue passieren zu lassen und dies alles mit Wertungen zu garnieren. Andererseits klingen in mir Worte *Helmut Schelskys* nach, der seines nahen Todes gewiß über seinen Nachfolger an seine, die Münsteraner Fakultät, die Bitte richtete, ihn in keinem Fall einer Gedächtnisfeier „auszusetzen“, weil „nie mehr gelogen“ werde als dort.

Wolfgang Martens hätte es sicherlich auch in einem Schreiben an einen vertrauten Kollegen zurückhaltender formuliert, daß er indes jeder Lobhudelei abhold und auch entsprechend wohlthuender hanseatischer Tradition nicht darauf erpicht war, das Rampenlicht breiter Öffentlichkeit auf sich gerichtet zu sehen, wissen alle, die ihn gekannt haben. Ich freue mich gleichwohl, daß der Fachbereich sich entschlossen hat, mit der heutigen Feier *Wolfgang Martens'* zu gedenken, und ich möchte versuchen, durch meine Ausführungen dazu beizutragen, daß wir ihm, der nachträglicher Schönfärberei gewiß nicht bedarf, gerecht werden.

Da ich die Bitte um einen Nachruf an den Kollegen und Freund gerichtet sah, habe ich mich aufgefordert gefühlt, die Einheit von Werk und Person, so wie ich sie erfahren habe, zu vergegenwärtigen. Diese Einheit bestand, brachte doch *Wolfgang Martens*, wenn er forschte und lehrte, sich selbst immer ganz ein. Wenn er schrieb, schrieb er mit Herzblut, was die Sparsamkeit seiner literarischen Äußerungen und zugleich den ihnen eigenen Reichtum erklärt. Es geht mir aber – angesichts der hier heute zu verzeichnenden breiten studentischen Beteiligung, die sein Engagement und seine Beliebtheit als akademischer Lehrer dokumentiert – auch um den Versuch, einige der wesentlichen Einsichten *Wolfgang Martens'* noch einmal zu vergegenwärtigen.

Der Bogen der von ihm behandelten Themen spannt sich vom Verfassungsrecht über das allgemeine bis hin zum besonderen Verwaltungsrecht. Ist es hier das Polizei- und Ordnungsrecht mit seinem Ableger, dem Gefahrenabwehr und -vorsorge betreffenden Immissionsschutzrecht, so sind es dort die Grundrechte und inmitten vielerlei Probleme des allgemeinen Verwaltungsrechts, die ihn beschäftigt haben. Auch die Frage der Bindung von Nichtmitgliedern an die Grundsätze der Vereinten Nationen, der Verfassungsstreit um die Bürgerschaftswahl 1978, das Staatshaftungsrecht und der vorläufige Rechtsschutz sind Gegenstand seiner Veröffentlichungen.

Mit „Grundgesetz und Wehrverfassung“, seiner im Sommer 1959 im wesentlichen abgeschlossenen Dissertation begann es. Sie stellt die erste monographische Untersuchung der nachträglich in das zunächst ganz anders gemeinte Grundgesetz¹ eingefügten Wehrordnung dar. Mit dem 1962 in der JuS veröffentlichten Beitrag „Zum Rechtsanspruch auf polizeiliches Handeln“² stellte er die Früchte seiner Hausarbeit im Assessorexamen zur Diskussion. Ich weiß nicht, ob das Bandsägen-Urteil des BVerwG³ im Zeitpunkt seines 2. Examens schon ergangen und publiziert war. Diese damals von *Otto Bachof*⁴ als grundsätzlich und weittragend qualifizierte Entscheidung brach mit einer bisher in Rechtsprechung und Lehre, auch in *Dreows/Wacke*⁵ unangefochtenen Auffassung, derzufolge polizeiliche Untätigkeit zwar unter gewissen Umständen Schadensersatzansprüche Betroffener, nicht jedoch einen Anspruch auf polizeiliches Einschreiten auslösen könne. *Bachof* äußerte angesichts der Leitsätze und Begründung Zweifel, ob das Gericht sich der Tragweite seiner Entscheidung bewußt gewesen sei, und im Schrifttum meldeten sich alsbald einflußreiche Stimmen zu Wort, daß an der bisherigen gefestigten Lehre und Rechtsprechung trotz der Entscheidung des BVerwG und der zustimmenden Besprechung durch *Bachof* festzuhalten und ein Anspruch auf polizeiliches Einschreiten auch weiterhin abzulehnen sei⁶. So gehörte damals sicherlich eine solide Erkenntnisgewißheit gepaart mit Mut dazu, trotz der nahezu geschlossenen gegenteiligen Ansicht in Rechtsprechung und Schrifttum einen Anspruch des einzelnen auf verwaltungsbehördliches Einschreiten in einem stark praxisbezogenen Examen zu bejahen.

¹ Vgl. *Wolfgang Martens*, Grundgesetz und Wehrverfassung, 1961 S. 67 ff, zusammenfassend S. 88.

² JuS 1962 S. 245 ff.

³ BVerwGE 11 S. 95.

⁴ DVBl. 1961 S. 128.

⁵ Allgemeines Polizeirecht, 6. Aufl. 1952 S. 75 ff.

⁶ Vgl. etwa *Karl August Bettermann*, Gewerberechtliche Nachbarklage?, NJW 1961 S. 1097 (1099).

In seinem Beitrag in der JuS stellt *Wolfgang Martens* zunächst fest, daß die grundsätzlichen Rechtsfragen, die durch das Begehren des einzelnen auf ordnungsbehördliches oder polizeiliches Handeln aufgeworfen werden, „in der bisherigen Judikatur entweder gar nicht oder aber in dogmatisch unbefriedigender Weise behandelt worden sind“⁷. Mit dieser radikalen Eröffnung ist allerdings nun keineswegs Art und Methode der Erörterung jener Grundsatzfragen bestimmt, die es nach seiner Auffassung zu diskutieren galt. Vielmehr wird schon hier ein Charakteristikum Martensscher rechtswissenschaftlicher Arbeit deutlich. Es ist die Sorgsamkeit des Umgangs mit dem Überlieferten und die Behutsamkeit der Einführung und Aufnahme neuer Erkenntnisse. In eingehender Würdigung der bisherigen Auffassung und Auseinandersetzung mit den zu ihrer Begründung vorgetragenen Argumenten kommt *Wolfgang Martens* zu dem Ergebnis, daß es für die Antwort auf die später in vielerlei Zusammenhängen – auch von ihm etwa im Zusammenhang mit dem Nachbarschutz – gestellten Frage, ob aus einem Rechtsatz ein Anspruch hergeleitet werden kann, nicht darauf ankommt, ob der Rechtssatz eine gebundene Entscheidung der Verwaltung verlangt oder sie zu einer Ermessensentscheidung ermächtigt, „denn wenn eine Rechtsnorm allein der Wahrung des öffentlichen Interesses dient, erwachsen aus ihr weder Individualansprüche auf ein behördliches Tätigwerden zugunsten eines Dritten, noch erwirbt dieser wenigstens ein Recht auf ermessensfehlerfreie Amtsausübung“⁸. Er erkennt, daß die unterschiedliche rechtssatzmäßige Bindung der Verwaltung allein für den Inhalt des Anspruchs, nicht aber für das Ob seines Bestehens erheblich ist. Diese bis heute immer noch nicht Allgemeingut gewordene, überzeugende Einsicht hat er auch in späteren Publikationen immer wieder betont, insbesondere auch in solchen zum Rechtsanspruch auf polizeiliches Einschreiten.

Dieses Thema hat ihn nämlich nicht losgelassen. Er registriert – wie es in einem 1982 publizierten Vortrag heißt – „krisenhafte Erscheinungen“, die das Bild des Anspruchs auf polizeiliches Einschreiten gegen andere Private trüben⁹. „Der dadurch anerkannte polizeiliche Schutz des einzelnen und mit ihm der innere Frieden steht auf dem Spiel, wenn in größerer Zahl besetzte Häuser nicht geräumt und bei Demonstrationen Schaufenster zertrümmert, Auslagen geplündert und Kraftfahrzeuge beschädigt werden.“ „Die skizzierten Sachverhalte stellen massive Stö-

⁷ *Wolfgang Martens*, Zum Rechtsanspruch auf polizeiliches Handeln, JuS 1962 S. 245 (248).

⁸ *Wolfgang Martens*, Zum Rechtsanspruch auf polizeiliches Handeln, JuS 1962 S. 245.

⁹ Vgl. *Wolfgang Martens*, Wandlungen im Recht der Gefahrenabwehr, DÖV 1982 S. 89 (97).

rungen der öffentlichen Sicherheit dar, durch die – jedenfalls auch – individuelle Rechte betroffen werden. Ob diese Rechte noch stets den gebotenen staatlichen Schutz finden, erscheint zweifelhaft.“¹⁰ Seine dezidierte Ablehnung gilt einem unter Bezug auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip begründeten Vollzugsdefizit, welches „den Verfassungsrang des Eigentums ausblendet“ und den Rechtsbruch in der Hoffnung duldet, weiteren Rechtsbruch verhindern zu können¹¹. Es sind dies – wie alle, die *Wolfgang Martens* begegnet sind, mir sicher abnehmen werden – nicht die Worte und Gedanken eines verbiesterten Reaktionärs. Für ihn geht es darum, daß sich nur durch einen effizienten Rechtsgüterschutz „die Inanspruchnahme des mühevoll erkämpften staatlichen Gewaltmonopols auch durch den demokratischen und sozialen Rechtsstaat auf die Dauer sachlich rechtfertigen und bewahren“ läßt¹². Zum Ausdruck kommt hier die Sicht und Einsicht eines Rechtsgelehrten, der sich mit vielen, darunter auch einem anderen hervorragenden Hanseaten, dem vormaligen Ersten Bürgermeister dieser Stadt, *Herbert Weichmann*, einig in der Sorge um den Bestand und die uneigennützig Durchsetzung des Rechts wußte¹³.

Damit ist ein Thema angesprochen, welches *Wolfgang Martens*, jedenfalls seit wir uns Anfang der 60er Jahre, damals noch als Assistenten, kennengelernt haben, stets bewegte: Die Sorge um die normative Kraft des Rechts, um seine Autorität, seine Durchsetzung gegenüber dem Faktischen, auch gegenüber dem Geist der Zeiten durchzieht als continuum sein gesamtes Werk und schlägt sich in Methode und Ergebnis nieder.

In seiner Dissertation findet sich *Rudolf Smend* mit den Worten, daß die Verfassung als „Integrationssystem die Erfüllung einer sich immerfort wandelnden Aufgabe sicherzustellen hat“¹⁴, von *Wolfgang Martens* mit Zustimmung bedacht, wörtlich zitiert. Ein knappes Jahrzehnt später in seiner 1969 erschienenen Habilitationsschrift „Öffentlich als Rechtsbegriff“ knüpft *Wolfgang Martens* in den ersten Sätzen wiederum an eine Formulierung *Smends* an, der diesen „Kernbegriff des deutschen Staatsrechts“ durch „Formalismus und Positivismus verlorengegangen“ sieht¹⁵. *Wolfgang Martens* referiert die Äußerung *Smends* zu den Begriff-

¹⁰ *Wolfgang Martens*, Wandlungen im Recht der Gefahrenabwehr, DÖV 1982 S. 89 (97).

¹¹ Vgl. *Wolfgang Martens*, Wandlungen im Recht der Gefahrenabwehr, DÖV 1982 S. 89 (97 f.).

¹² *Drews/Wacke/Vogel/Martens*, Gefahrenabwehr, 9. Aufl. 1986 S. 2.

¹³ Vgl. die Bezugnahme auf *Herbert Weichmann* in *Wolfgang Martens*, Wandlungen im Recht der Gefahrenabwehr, DÖV 1982 S. 89 (98).

¹⁴ *Wolfgang Martens*, Grundgesetz und Wehrverfassung, 1961 S. 77.

¹⁵ *Wolfgang Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969 S. 17.

fen öffentlich und Öffentlichkeit, um dann festzustellen, daß die „nicht eben leicht eingängigen und in ihrer Tragweite sicher zu bestimmenden Formulierungen Smends ... das auf breiter Front anhebende wissenschaftliche Gespräch weithin entscheidend beeinflußt und geradezu schulbildend“ mit der Folge gewirkt haben, daß die als begriffswesentlich angesehene Normativität auf beispielsweise die politischen Parteien, die Gewerkschaften und die Kirchen erstreckt wurde. Der Kontrapunkt zu dieser und anderen vorrechtlich ansetzenden, „stipulatorischen“¹⁶ Begriffsbestimmungen wird von *Wolfgang Martens* mit den Worten gesetzt: „Ihnen gegenüber befinden sich solche Fragestellungen, die auf die Interpretations- und Klärungsbedürftigkeit des Wortes »öffentlich« in seiner Eigenschaft als Bestandteil zahlreicher und vielfach eminent wichtiger Vorschriften des positiven Rechts allgemein oder für den Einzelfall abheben, eindeutig im Hintertreffen.“¹⁷ Damit sind Motiv und Ansatz dieses wissenschaftlichen Unternehmens gekennzeichnet, und ist die Methode angedeutet: „Entschiedener Widerspruch ist jedoch anzumelden, wenn zunehmend in schroffem Gegensatz zur herkömmlichen Methode der Norminterpretation jene metajuristisch gebildeten Begriffe von »öffentlich« unvermittelt zugleich in den Rang von Rechtsinhaltsbegriffen erhoben werden. Genau das geschieht nämlich dadurch, daß sie kurzerhand dort eingesetzt werden, wo das positive Recht in bestimmten Zusammenhängen den Terminus »öffentlich« verwendet, dessen Bedeutung auf diese Weise nicht mehr durch Auslegung des Gesetzestextes ermittelt, sondern von außen in die Norm hineingetragen wird. Solche Operationen führen letztlich zur vollständigen Preisgabe jeder Rechtsdogmatik in ihrem tradierten Verständnis zugunsten eines reinen Subjektivismus als Interpretationsmethode. Aus demselben Grunde kann derjenigen modernen Argumentationsweise nicht gefolgt werden, der das im Wege metajuristischer Deduktion verliehene Prädikat »öffentlich« genügt, um mächtige Sozialgebilde an Verfassungsprinzipien zu binden, die nach überkommener Rechtsauffassung an die organisierte Staatlichkeit adressiert sind. Auch insoweit ist an der Verfassung als alleinigem Beurteilungsmaßstab festzuhalten; durch ihre Exegese muß die Rechtslage der fraglichen Erscheinungen (Parteien, Verbände, Presse, Kirchen) bestimmt werden.“¹⁸

In diesen Worten haben wir das methodische Credo, dem *Wolfgang Martens* bis zu seinem unerwartet und unbegreiflich frühen Tode treu geblieben ist. Er war immer zutiefst mißtrauisch gegen die alerten

¹⁶ Vgl. *Wolfgang Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969 S. 18.

¹⁷ *Wolfgang Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969 S. 21 f.

¹⁸ *Wolfgang Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969 S. 39 f.

Fahnenträger des Zeitgeistes, die eifertig und behende neuen Wein in die alten Schläuche der Verfassung gießen wollen.

Auch der These einer „offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“¹⁹ konnte er keinen Geschmack abgewinnen. „Berufsschädigend“ war die lapidare Formulierung, mit der er sie in einem Gespräch bedachte, welches wir nach Erscheinen des gleichnamigen Aufsatzes hatten. Diese Qualifikation muß so in den Raum gestellt und im Hinblick auf Breite, Tiefe und Ernsthaftigkeit der in dieser Abhandlung zum Ausdruck kommenden Gedanken und Überzeugungen als verletzend empfunden werden. Sie war indes keineswegs so gemeint. In ihr wird exemplarisch die Neigung *Wolfgang Martens'* deutlich, Äußerungen so zu verdichten, daß sie der Entfaltung, gelegentlich auch der Entschlüsselung ihres Bedeutungsgehalts durch den Gegenüber bedurften. Sagen wollte er, daß die Interpretation der Verfassung nicht jedermanns Sache sein kann, sondern daß es der erlernten Kunst des Juristen und der darin inbegriffenen geistigen Disziplin bedürfe, um Berechenbarkeit und Durchsetzung ihres normativen Anspruchs zu gewährleisten, daß es der Zunft der Verfassungsinterpreten bedürfe.

Wolfgang Martens hat natürlich nicht die Augen vor der Wirklichkeit, vor ihren Entwicklungen, vor dem Fortschritt der Erkenntnis und vor der Einsicht verschlossen, daß eine Rechtsordnung auch der Akzeptanz bedarf. Die „metajuristische Begriffsbildung“, so führt er in seiner Habilitationsschrift aus, sei nicht etwa „für das Rechtsleben überhaupt bedeutungslos“. „Überzeugen die den so gebildeten Begriffen zugrundeliegenden staatstheoretischen oder soziologischen Erkenntnisse, ohne daß ihnen das geltende Recht entspricht, dann werden insbesondere rechtspolitische Bestrebungen in ihnen eine unentbehrliche und legitime Hilfe finden.“²⁰ In diesen Worten kommt zugleich die Bejahung und der Respekt gegenüber dem durch das Grundgesetz vorgegebenen System der repräsentativen Demokratie zum Ausdruck. Grundsätzlich bedurfte nach seiner Auffassung die Änderung von Verfassung und Recht der besiegelnden Worte des Gesetzgebers.

Der Wandel der Verfassung – ein Thema, das ihn schon in seiner Dissertation beschäftigte²¹ – und der Wandel des Rechts – er publizierte 1982 einen Beitrag „Wandlungen im Recht der Gefahrenabwehr“²² – sind deshalb für ihn eine Herausforderung gewesen, der er sich immer wieder gestellt hat. Eine seiner letzten Veröffentlichungen vom Mai dieses Jahres hat den einerseits bezeichnenden, aber doch auch distanzierenden

¹⁹ Vgl. den Titel des Aufsatzes von *Peter Häberle*, JZ 1975 S. 297 ff.

²⁰ *Wolfgang Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969 S. 40.

²¹ *Wolfgang Martens*, Grundgesetz und Wehrverfassung, 1961 S. 77 f.

²² DÖV 1982 S. 89 ff.

Titel „Tendenzen der Rechtsprechung zum Sofortvollzug der Zulassung von großtechnischen Anlagen“²³. Es geht hier nicht nur um eine Analyse der vorliegenden Rechtsprechung, eine Aufgabe, die *Wolfgang Martens* meisterlich beherrschte und deren Ergebnisse er in prägnanter und raffender Sprache eindrucksvoll zu vermitteln verstand, wie sich aus den von ihm bearbeiteten Teilen des von uns gemeinsam verfaßten Abschnitts über das Verwaltungshandeln im Lehrbuch des Allgemeinen Verwaltungsrechts vielfach belegen läßt. Die Aussage, die Rechtsprechung leiste mit ihren Bemühungen, der Eigenart des trigonalen Rechtsverhältnisses im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes Rechnung zu tragen, „einen wesentlichen Beitrag zur Eingliederung des Verwaltungsaktes mit Drittwirkung in das zur Verfügung stehende Rechtssystem, das diesen zwar häufigen, aber nach der Systematik atypischen Hoheitsakten keine besondere Regelung hat zuteil werden lassen“²⁴, dokumentiert die Einsicht in die Lücke und die Billigung der lückenschließenden Rechtsfortbildung zugleich. Einer Rechtsfortbildung allerdings, die, verfassungsgeprägt, systemimmanente Leitlinien freilegt und das in ihnen zum Ausdruck kommende bis zur Lösung des unregulierten Falles fortdenkt. Auch hier ging es für *Wolfgang Martens* tendenziell um Kognition und nicht um Dezision, Subjektivismen, Beliebigkeit.

Beredetes Zeugnis von seinen methodischen und sachlichen Grundauffassungen gibt sein im Jahre 1971 in Regensburg vor der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer erstatteter Bericht „Grundrechte im Leistungsstaat“. Hier traf er auf seinen „Kontrahenten“ *Peter Häberle*, der im September 1969 in einer Besprechung der Habilitationsschrift seine methodische und sachliche Gegenposition dargelegt und *Wolfgang Martens* einen „bewußt engen Rechts- und Interpretationsbegriff“ vorgehalten hatte, der die Möglichkeit verschließe, „von vornherein spezifisch verfassungsrechtlich nach dem Öffentlichen zu fragen“²⁵. In einer Zeit,

- in der „Nulltarif“ zum geflügelten Wort geworden war,
- in der das BVerwG in seinen Privatschulentscheidungen im 23. und 27. Bande der amtlichen Sammlung²⁶ den Anspruch auf Privatschulsubvention verfassungsrechtlich fundieren zu können glaubte²⁷ und jedenfalls in der ersten Entscheidung darauf hinwies, daß die Privat-

²³ DVBl. 1985 S. 541 ff.

²⁴ *Wolfgang Martens*, Tendenzen der Rechtsprechung zum Sofortvollzug der Zulassung von großtechnischen Anlagen, DVBl. 1985 S. 541 (542).

²⁵ DÖV 1969 S. 653.

²⁶ BVerwGE 23 S. 347; 27 S. 360; vgl. nunmehr BVerwGE 70 S. 290 (292) und BayVerfGH NVwZ 1985 S. 481 (482) und dazu *Ludwig Gramlich*, Privatschulförderung in der Krise – BVerwG, NVwZ 1985 S. 111, und BayVerfGH, NVwZ 1985 S. 481.

²⁷ Kritisch dazu *Menger/Erichsen*, VerwArch Bd. 57 (1966) S. 377 f.; 59 (1968) S. 275 ff m. w. Nachw.

schule eine „öffentliche Bildungsaufgabe“ erfülle und dem Staat dergestalt Ausgaben erspare, die er bei ihrem Fehlen selbst zu tragen hätte – ein im Hinblick auf die Einschätzung der Eigenverantwortung der Gesellschaft und ihrer Bedeutung wahrhaft aussagekräftiger Satz –,

- in einer Zeit, in der viel von Effektivierung bzw. Effektivierung der Grundrechte durch staatliche Leistung die Rede war,
- in der das VG Hamburg in einem Vorlagebeschluß an das BVerfG von einer unbegrenzten verfassungsrechtlichen Verpflichtung des Staates zum Angebot von Ausbildungsstätten ausging²⁸,
- in einer Zeit, deren diesbezügliches Resümee in der Numerusclausus-Entscheidung des BVerfG²⁹ mit dem Leitsatz gezogen wurde: „Aus dem in Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG gewährleisteten Recht auf freie Wahl des Berufes und der Ausbildungsstätte in Verbindung mit dem allgemeinen Gleichheitssatz und dem Sozialstaatsprinzip folgt ein Recht auf Zulassung zum Hochschulstudium“,

in dieser Zeit hält *Wolfgang Martens* vor der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer ein Referat, das zu lesen für jeden heute und künftig um die Dogmatik der Grundrechte Bemühten Pflicht sein sollte.

Wie es seine Art war, legt er zunächst eine subtile, den abwehrrechtlichen Gehalt der Grundrechte im Leistungsstaat entfaltende Analyse vor. Die Untersuchung der Frage mittelbarer oder vermittelter – man sagt vielfach „faktischer“ – Grundrechtsbeeinträchtigung durch Leistungen des Staates mündet in die wenige Jahre später in der Festschrift für Hans J. Wolff, der seine Habilitation in Münster betreut hat, inhaltlich bestätigten Sätze: „Mit dem Verzicht auf Finalität (des Eingriffs) reagieren die Grundrechte auf die Leistungsstaatlichkeit. Nur so wird ihre Wirksamkeit auch gegen solche Bedrohungen gesichert, die erst der Leistungsstaat hervorgebracht hat.“³⁰

Dem grundrechtlich fundierten Teilhabeanspruch nähert *Wolfgang Martens* sich unter Übernahme der durch die abwehrrechtlichen Überlegungen eingeführten rein subjektiv-rechtlichen Betrachtung mit der Unterscheidung von derivativen und originären Teilhabeansprüchen³¹. Er sieht als derivativ jene Teilhabeansprüche an, die aus Art. 3 Abs. 1

²⁸ Beschluß v. 21.8.1970 mitgeteilt bei *Jürgen Schmitt*, Die Rechtsprechung zur Zulassungsbeschränkung an den Hochschulen, DVBl. 1971 S. 383 und BVerfGE 33 S. 303 (315 f.).

²⁹ BVerfGE 33 S. 303.

³⁰ *Wolfgang Martens*, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972) S. 7 (14) und *ders.*, Prinzipien der Leistungsverwaltung, in: Christian-Friedrich Menger (Hrsg.), Fortschritte des Verwaltungsrechts, Festschrift für Hans J. Wolff, 1973 S. 429 (438 f.).

³¹ Vgl. *Wolfgang Martens*, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972) S. 7 (21).

GG als Reaktion auf vorgängiges staatliches Handeln entstehen. Im Hinblick auf den Gesetzgeber „verleiht also das Gebot gleicher Begünstigung grundsätzlich wohl eine Chance, aber keinen Anspruch auf Teilhabe“³². Demgegenüber wird die „anspruchserzeugende Funktion des Gleichheitssatzes gegenüber der im Einzelfall über die Zuteilung von Leistungen entscheidenden Verwaltung“ als „ausgeprägter“ angesehen³³.

Wolfgang Martens wendet sich sodann der „– wie es scheint – ebenso unaufhaltsamen wie revolutionären Umdeutung der Grundrechte zu originären und offensiven Leistungsrechten“ zu. Die kräftigsten Impulse für diesen Wandel des Grundrechtsverständnisses sieht er von einer sozialstaatlich determinierten Grundrechtsauslegung ausgehen, „die sich sowohl des Gleichheitssatzes wie der Freiheitsrechte bemächtigt hat. Sie hat das Gleichheitsprinzip aus seiner Akzessorietät gelöst und entnimmt ihm die staatliche Verpflichtung zum Ausgleich gesellschaftlicher und wirtschaftlicher Ungerechtigkeiten ... Als Korrelat der verfassungsrechtlichen Verpflichtung des Staates zur Beachtung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts (Art. 109 II GG) soll Art. 12 GG dem Arbeitnehmer ein Recht auf Gewährleistung eines hohen Beschäftigungsstandes, Art. 14 GG dem Sparer einen Anspruch auf Währungsstabilität garantieren.“³⁴

Wolfgang Martens bekennt sich zur Aufgabe des modernen Leistungsstaates, aus normativ gewährleisteter Freiheit reale Freiheit werden zu lassen. „Will ein Gemeinwesen nicht lediglich eine Minderheit seiner Bürger in den Genuß seiner Rechte kommen lassen, wird es daher breite Bevölkerungsschichten befähigen müssen, an den Grundrechtsvoraussetzungen zu partizipieren.“³⁵ Daraus folgt für ihn „indes noch nicht, daß um der Grundrechtseffektivität willen die faktischen Grundrechtsvoraussetzungen in die normativen Grundrechtsgewährleistungen einbezogen werden müßten. Die kritische Überprüfung der darauf gerichteten Tendenzen erweist vielmehr, daß ihre Ergebnisse sich mit dem Instrumentarium juristischer Grundrechtsauslegung nicht verifizieren lassen.“³⁶ „Wer angesichts des ... eindeutigen verfassungsrechtlichen Befundes gleichwohl meint, die einzelnen grundrechtlichen Gewährleistungen um eine soziale Dimension erweitern zu sollen, überschreitet die Grenzen der Interpretation der Verfassung und macht sich zu ihrem Herrn.“³⁷ „Soziale Gegebenheiten kann der Staat – zu Ende gedacht – im

³² *Wolfgang Martens*, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972) S. 7 (24).

³³ Vgl. *Wolfgang Martens*, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972) S. 7 (24).

³⁴ *Wolfgang Martens*, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972) S. 7 (25 ff).

³⁵ *Wolfgang Martens*, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972) S. 7 (28).

³⁶ *Wolfgang Martens*, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972) S. 7 (29).

³⁷ *Wolfgang Martens*, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972) S. 7 (32).

Unterschied zu freiheitssichernden Normenkomplexen nur um den Preis der Freiheit garantieren.“ Er sieht den Weg bereitet „von risikobehafteter Freiheit zu gleichheitswidriger Privilegierung“³⁸.

Die sich schon in diesen wenigen wiedergegebenen Sätzen zeigende, vor dem oben skizzierten Hintergrund gegenläufigen Zeitgeistes bewundernswerte Erkenntnisgewißheit hat, wie die Diskussion in Regensburg zeigte, ihren Eindruck nicht verfehlt. Wenn man heute die Frage aufwirft, ob und welche Folgen der Bericht von *Wolfgang Martens* in Regensburg für die weitere Entwicklung gehabt hat, so bleibt zunächst festzustellen, daß das BVerfG in der ihm eigenen Souveränität weder die Ausführungen von *Wolfgang Martens* noch die in ihrer Tendenz gegenläufigen Ansichten von *Peter Häberle* im Numerus-clausus-Urteil eines zitierenden Hinweises für Wert befunden hat. *Wolfgang Martens* hat sich indes in der Entscheidung des BVerfG, wie seine Ausführungen in der Wolff-Festschrift zeigen³⁹, durchaus wiedergefunden. *Ernst Friesenhahn* sah das in seinem 1974 in Hamburg zur Eröffnung des 50. DJT gehaltenen Festvortrag „Der Wandel des Grundrechtsverständnisses“ anders. Es heißt dort: „Was schließlich die Teilhaberechte angeht, so gibt schon der Wortgebrauch Anlaß zu Bedenken. Streng genommen kann man davon nur reden, wenn es um die am Gleichheitssatz ausgerichtete verhältnismäßige und gerechte Teilhabe an Leistungen oder Einrichtungen geht, die vom Staat bereitgestellt sind, die von *Wolfgang Martens* sogenannte »derivativen Teilhabeansprüche«.“⁴⁰ Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die er von *Peter Häberles* „weit ausgreifender Theorie der Grundrechte im Leistungsstaat“ beeinflusst sieht, stößt bei *Ernst Friesenhahn* in ihren generalisierenden Formulierungen auf Bedenken⁴¹. Das BVerwG hat im Jahre 1974 in seiner Entscheidung über die Einführung der 5-Tage-Woche an Hamburger Schulen zwar noch einmal einen Versuch gemacht, aus den Grundrechten des Grundgesetzes ein Recht auf Bildung herzuleiten⁴². Doch das ist Episode geblieben. Der heutige Stand der Erkenntnis wird von *Konrad Hesse* in der kürzlich erschienenen 15. Auflage seiner Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland – übrigens im wesentlichen seit der 1. Auflage unverändert – wie folgt beschrieben:

³⁸ *Wolfgang Martens*, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972) S. 7 (33).

³⁹ Vgl. *Wolfgang Martens*, Prinzipien der Leistungsverwaltung, in: Christian-Friedrich Menger (Hrsg.), Fortschritte des Verwaltungsrechts, Festschrift für Hans J. Wolff, 1973 S. 429 (441 f).

⁴⁰ *Ernst Friesenhahn*, Der Wandel des Grundrechtsverständnisses, Verhandlungen des Fünfzigsten Deutschen Juristentages, Bd. 2, 1974 S. G 29.

⁴¹ *Ernst Friesenhahn*, Der Wandel des Grundrechtsverständnisses, Verhandlungen des Fünfzigsten Deutschen Juristentages, Bd. 2, 1974 S. G 29.

⁴² BVerwGE 47 S. 201 (204).

„Dagegen kennt das Grundgesetz keine Grundrechte, die sich als (»originäre«, also unabhängig von vorhandenen, gesetzlich geregelten Leistungssystemen bestehende) Teilhaberechte im Sinne individueller Rechte auf Beteiligung an staatlichen Leistungen qualifizieren lassen ... An dieser verfassungsrechtlichen Lage kann auch der Versuch einer Umdeutung der in das Grundgesetz aufgenommenen Grundrechte in Teilhaberechte nicht vorbeiführen. ... Anderes gilt für die Frage »derivativer« Teilhaberechte.“⁴³ Dem entspricht es, wenn der Schwerpunkt der Grundrechtsdiskussion sich heute auf die Fragen grundrechtsgeforderter Organisation und Verfahren verlagert hat.

Wolfgang Martens hat in seinem Referat vor den Staatsrechtslehrern in den bereits zitierten Ausführungen von der Bedrohung durch den Leistungsstaat gesprochen⁴⁴. Er hat dieses Thema 1973 in seinen Beitrag in der Festschrift für Hans J. Wolff noch einmal aufgenommen und darauf hingewiesen, daß Wissenschaft und Rechtsprechung aufgerufen seien – und die folgende Formulierung ist in ihrer methodischen Aussage wiederum kennzeichnend –, „normative Prinzipien zu entfalten und sichtbar zu machen, an die auch die moderne Leistungsverwaltung gebunden ist. Diese Aufgabe stellt sich um so dringlicher, als es autonome und autarke Daseinsformen im hochindustrialisierten Staat der Gegenwart nicht mehr gibt. Staatliche Daseinsvorsorge ist damit unentzinnbar geworden; Verteilung und Vorenthaltung öffentlicher Leistungen erscheinen als Emanationen staatlicher Macht, denen gegenüber sich Polizeiverfügung und Steuerbescheid bescheiden ausnehmen.“⁴⁵

Diese im Anschluß an Gedanken *Gehlens*, die später auch von *Schelsky* aufgegriffen werden, formulierte Aufgabe, die Freiheit des einzelnen gegenüber der Macht des Leistungsstaates zu schützen, ist bisher vielfach noch nicht einmal als Problem erkannt, geschweige denn gelöst⁴⁶. Es ist schon eindrucksvoll zu sehen, wie diejenigen, die sich in der Politik als Apostel der Freiheit gegenüber staatlichem Eingriff und Zwang profilieren, nicht die geringsten Bedenken tragen, diesem Staat über die Begründung von Leistungsbeziehungen jene Mittel in die Hand zu geben, die eine höchst effektvolle und geräuschlose Steuerung seiner leistungsabhängigen Bürger ermöglichen.

Wolfgang Martens hat die Gefährdung, die der Freiheit durch den obrigkeitlichen Staat drohen kann, nicht vernachlässigt. Dafür steht u. a.

⁴³ *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 15. Aufl. 1985 Rdn. 289.

⁴⁴ *Wolfgang Martens*, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972) S. 7 (14).

⁴⁵ *Wolfgang Martens*, Prinzipien der Leistungsverwaltung, in: Christian-Friedrich Menger (Hrsg.), Fortschritte des Verwaltungsrechts, Festschrift für Hans J. Wolff, 1973 S. 429 (430 f).

⁴⁶ Vgl. dazu *Hans-Uwe Erichsen*, Freiheit-Gleichheit-Teilhabe, DVBl. 1983 S. 289 ff.

seine Mitwirkung an der Fortführung des *Drews/Wacke*, dessen 9. Auflage in der Bearbeitung von *Klaus Vogel* und *Wolfgang Martens*, der die Arbeit an seinem Teil noch vor seinem Tode abschließen konnte, in diesen Tagen erscheint. Im Mittelpunkt der von ihm bearbeiteten Teile steht der Schutz des einzelnen vor der Polizei und durch die Polizei in rechtsstaatlich durchformter Weise. In der Sorge um eine Disziplinierung der gerade durch die Entwicklung in der Zeit des Nationalsozialismus auf Omnipotenz angelegten Polizei⁴⁷ hat er einer Neubestimmung des Begriffs Gefahrenabwehr, die dahinging, die gesetzlichen Aufgabenzuweisungen an Polizei- und Ordnungsbehörden deckten auch lenkende und leistende, pflegende und vorsorgende Maßnahmen⁴⁸, „entschieden“ widersprochen. „Die unverhüllte Wiederbelebung der alten wohlfahrtspolizeilichen Funktion führt hinter die rechtsstaatlich begrenzte Auslegung des § 10 II 17 Pr. ALR zurück, die wir der Rechtsprechung verdanken – beginnend mit dem Kreuzberg-Urteil des Pr. OVG.“⁴⁹ Die damit verknüpfte Warnung, „tradierte Rechtssatzbegriffe im Wege freier wissenschaftlicher Begriffsbildung zu manipulieren“, war gespeist aus der Besorgnis um die freiheitsgewährleistende Rechtsstaatlichkeit eines das Verhältnis des einzelnen zum Staat und des einzelnen zur Gesellschaft ordnenden Polizeirechts.

Daß es dabei nicht sein Bewenden haben konnte, ist ihm zunehmend klargeworden. „Es ist offenkundig“, so heißt es nunmehr in der 9. Auflage von *Drews/Wacke/Vogel/Martens*, „daß sozialstaatliche Leistungsverwaltung in der frühen Wohlfahrtspolizei einen Vorläufer hat“. Von dort spannt sich für ihn der Bogen zum modernen Recht des Umweltschutzes, welches *Wolfgang Martens* durch „die Zwecke, die Zentralbegriffe und das bewährte herkömmliche Instrumentarium des Rechts der Gefahrenabwehr“ bestimmt, indessen nicht ausreichend gerüstet sieht, um der sozialstaatlich begründeten Aufgabe des Umweltschutzes im hochindustrialisierten Gemeinwesen der Gegenwart zu bewältigen. Die Regelungsstechniken gefahrenabwehrender Verwaltung bedürfen nach seinen im Rahmen der Bestimmung des materiellen Polizeibegriffs dargelegten Überlegungen „der Ergänzung durch Maßnahmen leistender Verwaltung und den Einsatz gestaltender Planungen, abgabenrechtlicher Steuerungsinstrumente sowie der Sanktionen des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts“⁵⁰.

⁴⁷ Dazu in *Drews/Wacke/Vogel/Martens*, Gefahrenabwehr, 9. Aufl. 1986 S. 38, 11 ff.

⁴⁸ Vgl. *Hans-Uwe Erichsen*, Der Schutz der Allgemeinheit und der individuellen Rechte durch die polizei- und ordnungsrechtlichen Handlungsvollmachten der Exekutive, VVDStRL 35 (1977) S. 171 (188).

⁴⁹ *Wolfgang Martens*, Wandlungen im Recht der Gefahrenabwehr, DÖV 1982 S. 89 (90).

⁵⁰ In *Drews/Wacke/Vogel/Martens*, Gefahrenabwehr, 9. Aufl. 1986 S. 41 f.

Schon in seiner Dissertation gewinnt *Wolfgang Martens* dem Sozialstaatsprinzip freiheitsbegrenzende, aus der Einbindung des einzelnen in die Gemeinschaft resultierende Impulse ab⁵¹, ein Ansatz, den das BVerfG in der Numerus-clausus-Entscheidung zehn Jahre später – und heute weitgehend vergessen – wieder aufnimmt⁵². So wie Freiheit den einzelnen nur neben anderen und begrenzt durch sie zusteht, so ist sie andererseits auf die Verantwortung angewiesen – Stichwort: risikobehaftete Freiheit –, Freiheit, die für ihre Folgen nicht einzustehen hat, war nicht seine Sache. Die Grundpflichten, 1982 Thema der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Konstanz, haben ihn schon in seiner Dissertation beschäftigt⁵³.

Der cantus firmus – um an ein Wort *Dietrich Bonhoeffers* anzuknüpfen – des Werkes *Wolfgang Martens'* war und ist – wie zusammenfassend gesagt werden kann – Freiheit und Bindung des einzelnen im Recht. In dieser thematischen Priorität kommt der Einklang seiner Grundauffassung mit der Struktur unserer heutigen Rechtsordnung zum Tragen, deren Zentrum der in der Gemeinschaft lebende Mensch ist, dessen Würde gem. Art. 1 Abs. 1 GG unantastbar ist und der nicht zum bloßen Objekt staatlicher Entscheidungen gemacht werden darf. Weil die geltende Verfassungs- und Rechtsordnung so sehr seinen Grundüberzeugungen entsprach, hat *Wolfgang Martens* die Sorge um ihren Erhalt motiviert und ist er stets strukturellem Wandel gegenüber zurückhaltend und modischer Anpassung abhold gewesen. Er war stets dem Zeitgeist auf der Spur, ohne ihm indes je verfallen zu sein. Die Beständigkeit und Berechenbarkeit des Rechts sah er durch sein methodisches Grundkonzept gewährleistet, welches dem reinen Subjektivismus eine strikte Absage erteilte, obwohl es – wie er durchaus gesehen hat – nicht voraussetzungslos war. Die Sorge um die Beständigkeit und Berechenbarkeit des Rechts hat ihm juristische Phantasie gelegentlich, sie hat ihm juristische „Spinnereien“ immer verdächtig gemacht; die Sorge um die Beständigkeit und Berechenbarkeit des Rechts hat ihn motiviert, als Richter tätig zu sein. Er hat auf der anderen Seite in der Auseinandersetzung mit den auf Praxisorientierung abstellenden Thesen des Senatspr. i. R. Dr. *Karl Münzel* zur Reform des Rechtsstudiums⁵⁴ den Hochschullehrer davor gewarnt, „den Studenten nur das vorzutragen, was sie – so Münzel – in der Praxis brauchen: die in der Rechtsprechung herrschende Meinung. Denn das wäre das Ende der Jurisprudenz als Wissenschaft.“ Diese Worte, 1969 von dem damaligen Hamburger Privatdozenten

⁵¹ Vgl. *Wolfgang Martens*, Grundgesetz und Wehrverfassung, 1961 S. 125.

⁵² BVerfGE 33 S. 303 (331 f.).

⁵³ *Wolfgang Martens*, Grundgesetz und Wehrverfassung, 1961 S. 32 ff, 124 f.

⁵⁴ Vgl. *Karl Münzel*, Zur Reform des Rechtsstudiums, MDR 1968 S. 633 ff.

formuliert⁵⁵, sind heute, also in einer Zeit, in der das Stichwort „Praxisrelevanz“ gelegentlich den Blick dafür verstellt, daß Rechtsfindung ein diskursiver Prozeß ist, in dem die Gerichte vielfach das letzte Wort, aber nicht immer recht haben, von uneingeschränkter Aktualität.

Möge das in diesen Worten zum Ausdruck kommende Verständnis der Jurisprudenz Ihnen, die Sie heute gekommen sind, um von Ihrem akademischen Lehrer Abschied zu nehmen, Leitbild und Richtlinie bei Ihrem künftigen rechtswissenschaftlichen Studium sein.

An die Hochschullehrer gewendet sei gesagt, daß *Wolfgang Martens* durch die Intensität und Ernsthaftigkeit seines Einsatzes in Forschung, Lehre und Selbstverwaltung Entscheidendes zur Glaubwürdigkeit und Zukunft des uns anvertrauten, mit Freiheit, aber auch mit Verantwortung ausgestatteten Amtes beigetragen hat.

⁵⁵ MDR 1969 S. 108 (109).

Praktizierte Humanität

Rede, gehalten auf der akademischen Trauerfeier
am 13. November 1985

CHRISTOPH BUSHART

„*Wolfgang Martens* gehörte zu denen, die auch unter den anonymen Bedingungen der Massenuniversität noch menschliche Wärme vermitteln konnten“. Mit diesen Worten beginnt der Brief eines Studenten, geschrieben zum Tod von Prof. Dr. *Wolfgang Martens*. „Nach einer Krise in meinem Studium hat er durch seinen Vorlesungsstil, die Art, wie er auf mich als Student einging, dadurch, daß es ihm nicht egal war, ob wir Studenten den Stoff kapierten, meine Entscheidung bestätigt, das Jura-Studium fortzusetzen“ – das sind die Zeilen eines anderen Studenten.

Die beiden Beispiele sind exemplarisch für die Hochachtung, die dieser Mann genossen hat. Wer einmal den Andrang auf seine Seminare und Übungen miterlebt hat, weiß auch, daß diese Hochachtung kontinuierlich bestand und weit verbreitet war; er weiß auch, daß in den Briefen keine Floskeln, keine Phrasen gesprochen worden sind.

Wolfgang Martens genoß nicht nur Wertschätzung bei den Studenten und Doktoranden; er fand sie genauso bei seinen Mitarbeitern, die ihm mehr als den einem Chef geschuldeten Gehorsam entgegenbrachten; er fand sie bei jedem am Seminar Tätigen.

Sicher – besser müßte ich sagen: glücklicherweise – war er kein Heiliger, und sein grimmiger Blick am Montag war genauso Anlaß zum Schmunzeln wie sein geheucheltes Entsetzen über die hohen Teilnehmerzahlen in seinen Übungen und die Beteuerung: „Ich weiß gar nicht, warum die alle zu mir kommen“ (natürlich wußte er es genau, und er war trotz allen Stöhnens stolz darauf; den Stolz zu zeigen, schien er sich jedoch zu schämen). So kamen auch Spötter und Lästerungen auf ihre Kosten. Und doch: im Spott, im Lästern schwang immer ein respekt-, ich möchte fast sagen: ein liebevoller Unterton mit.

Was hat ihm diese Wertschätzung verschafft? Was hat ihm selbst bei Studenten, die dem Fachbereich Rechtswissenschaft im allgemeinen, den Professoren in besonderen kritisch gegenüberstehen, solche Hochachtung eingebracht, daß sie ihm in der „taz“ – einer Zeitung, die sicher nicht zu *Martens'* täglicher Lieblingslektüre zählte – einen Nachruf widmeten, ihm, mit dem sie sich auf politischer Ebene nie verstanden hätten?

Die Studenten haben zunächst seine Vorlesungen und Übungen geschätzt. Die Zahl derer, denen er den Zugang zum öffentlichen Recht eröffnet hat, läßt sich nicht beziffern. Aber ich habe nicht nur von Studenten, sondern auch von bereits fertigen Verwaltungsjuristen in schon fast stereotyper Einmütigkeit den Satz gehört: „Bei *Martens* habe ich endlich verstanden, was öffentliches Recht ist“.

Prof. *Martens* besaß die Fähigkeit zu lehren. Er war nicht nur fachlich hoch qualifiziert, sondern richtete sein Augenmerk immer wieder darauf, daß und wie seine Vorlesung „ankam“. Ich vermute, daß ihm seine Gewissenhaftigkeit das Einarbeiten und das Verarbeiten der Materien nicht einfach gemacht hat und daß er deswegen seinerseits den oft ja wirklich nicht leicht zugänglichen Bereich des öffentlichen Rechts übersichtlich, klar und präzise darbieten konnte.

Präzision, Sorgfalt und minutiöse Planung waren ihm nicht nur in seinen Vorlesungen, sondern noch viel mehr in seinen Übungen unerläßliche Diener. Der Andrang auf die Übungen war entsprechend. Nur wenige (naive) kamen in der Hoffnung auf gute Noten. Die meisten wußten, daß sie in dieser Hinsicht keine Erwartungen zu hegen brauchten. Sie kamen, weil er an sich den Anspruch stellte, gerecht und nachvollziehbar zu korrigieren. Seine früheren Mitarbeiter wissen alle ein Lied zu singen von den Nacht- und Wochenendschichten, die er sich und ihnen auferlegte, um den Anspruch einzulösen. Sie kennen auch seinen Stolz, mit dem er feststellte, daß die Arbeit sich gelohnt hätte, weil Remonstrationen ausblieben.

Wir Doktoranden haben naturgemäß von seinen Stärken als Lehrer, von seinen didaktischen Fähigkeiten nicht in diesem Umfang profitiert. Im Gegenteil: seine hohen Ansprüche, seine Präzision haben ihn einen kritischen Doktorvater sein lassen, der nicht leicht zufrieden zu stellen war.

So sehr jedoch sein wissenschaftlicher Anspruch ihn unerbittlich und unnachtsichtig machte, so sehr hat er auf der anderen Seite Geduld gehabt, für die Nichteinhaltung vollmundig gegebener und anschließend nicht einlösbarer Terminversprechen Verständnis (sicherlich manchmal mit einem leicht spöttischen Unterton) aufgebracht. Er hat während der Durstphasen den Optimismus bewahrt, der uns abhanden gekommen war, und so Hilfestellung gegeben. Die Offenheit, mit der er glaubhaft von seinen Schwierigkeiten erzählte, einen Stoff in den Griff zu bekommen, hat mir mehr als einmal das Gefühl vermittelt, nicht als einziger mit den Phasen gedanklicher Unfruchtbarkeit oder den durch die alltägliche Verwaltungsarbeit im Semester aufgetürmten Hürden kämpfen zu müssen. Für ihn war es selbstverständlich, da zu sein, wenn ein Doktorand seinen Rat suchte; und so sehr er uns unsere Unzuverlässigkeit nachsah, so sehr war er selbst zuverlässig. Es gab gar keine Frage: war

das längst versprochene Exposé endlich da, so hielt er natürlich seinen Termin ein, hatte den Entwurf sorgfältig durchgelesen und brachte fundierte, oft unangenehme, nie aber verletzende Kritik.

Einen „dritten *Martens*“ möchte ich gerne ins Gedächtnis rufen. Es ist der *Martens*, den wir mit gutem Gewissen „die Seele des Seminars“ nennen können, den wir wissenschaftliche und nichtwissenschaftliche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter erlebt haben.

Die tägliche Routine zu bewältigen, die ein Lehrstuhl, das Seminar oder gar der Fachbereich mit sich bringen, ist – hier verrate ich keine Geheimnisse – vielen, nicht zuletzt auch vielen Professoren, ein Greuel. Selbst Staats- und Verwaltungsrechtler haben häufig eine (nachvollziehbare, aber paradoxe) Abneigung gegen die Verwaltungspraxis, die zeitraubend ist, oft kleinkariert erscheint und einen langen Atem verlangt. Prof. *Martens* hat sich auch darum gekümmert, ob es um Räume für neue Kollegen, Stellenpläne, das Vorlesungsangebot oder die Arbeitsbelastung der Schreibkräfte ging. Er konnte sicherlich auf ein natürliches Organisationstalent zurückgreifen, das ihm auch bei seinen Lehrveranstaltungen nützlich war, auf die Fähigkeit zu planen. Ohne die Bereitschaft jedoch, mit Engagement und Kraft diese oft detaillierten und nebensächlich erscheinenden Aufgaben in Angriff zu nehmen, hätte auch *Martens* sich bald aus dem „Geschäft“ zurückziehen müssen.

Seine Persönlichkeit letztlich war es, die ihn als Lehrer, als Doktorvater, als Chef unvergesslich macht. *Wolfgang Martens* wußte um seinen Platz, um seine Stellung als Professor, die ihm mehr bedeutete als die Inhaberschaft einer beamtenrechtlichen Funktion. Er hat diesen Platz ausgefüllt, weniger für sich, als für andere. Sein Verantwortungsgefühl hat sein Handeln wesentlich bestimmt und war in seiner gesamten Tätigkeit präsent.

Viele haben ihn als Gesprächspartner erlebt – in Seminaren, Besprechungen, im persönlichen Gespräch. Überall wirkte er durch seine Offenheit und Gradlinigkeit. Falsche Kollegialität lag ihm genauso wenig wie vorschnelle Solidarisierung. Durch seine Unabhängigkeit hat er sich Freiraum geschaffen – Freiraum, der ihm die eigene, oft nach langem Nachdenken und Abwägen getroffene Entscheidung ermöglichte und ihm erlaubte, zu seiner Entscheidung, zu seinem Wort zu stehen. Ich gestehe, daß ich mich während meiner Tätigkeit am Seminar vor seinen skeptischen und kritischen Fragen manchmal gerne gedrückt und mir gewünscht hätte, daß er einem Vorschlag schneller folgen möge. Aber ich wurde mehr als entschädigt durch seine rückhaltlose Unterstützung, wenn er sich zu einer Entscheidung durchgerungen hatte.

Seine Überzeugung vertrat er in der Sache ohne Ansehen der Person, sein Ton nahm ohne Ansehen der Sache Rücksicht auf den anderen, verriet Sensibilität und Feingefühl. Geduld und Verständnis für die

Situation des anderen, nicht zuletzt auch die Fähigkeit zum Zuhören, ergänzten seine Aufrichtigkeit. Ich glaube, das war ein (wenn nicht sogar: der) Grund, warum er auch zu Menschen fand, die seine Ansichten überhaupt nicht teilten. Er konnte Brücken schlagen, wo andere schon die Gräben aufrissen.

Auch diese Fähigkeit zum Gespräch war umgriffen von seinem beständigen Engagement, das die eigenen körperlichen Kräfte oft überfordert hat, das trotzdem immer wieder selbstverständlich kam. Dieses Engagement für andere war der Grund seiner Anstrengungen in Vorlesungen, im Seminar, als Doktorvater. Es war der Grund für eine Hilfsbereitschaft, die sich nicht aufgedrängt, nie verweigert hat. Trotz seiner eigenen Gradlinigkeit, trotz seiner Konsequenz, seiner Energie hat er immer Verständnis gehabt für andere, die – vielleicht noch selbstverschuldet – die Orientierung, die Hoffnung verloren hatten, die mit sich kämpfen mußten. Das Wort: „Das geht mich nichts an“ hat für ihn nicht gegolten.

Ich habe immer wieder die Konsequenz bewundert, mit der er seinen Weg gegangen ist. Er hat (wie wir alle) die Verantwortungslosigkeit von Studenten erlebt, die für eine Arbeit von vielen anderen ebenfalls benötigte Bücher nach Gebrauch verstellen oder die Seiten herausreißen. Das hat ihn berührt und beschäftigt. Er sah Kollegen, die nach einigen Jahren kapitulierten vor solchen und anderen typischen Erscheinungen der Massenuniversität, die sich zurückzogen und den Anforderungen des Massenbetriebs nur noch im unumgänglich notwendigen Maße stellten. Wie sie hat er unter diesen Erscheinungen gelitten und doch nicht nach einem ähnlich bequemen Rückzug in die Resignation gesucht. Nichts vermag das besser zu belegen als die Energie, mit der er im Wissen um seine Krankheit sein letztes Semester bewältigt hat.

Wolfgang Martens hat mit seinem Verständnis von Verantwortung Mut gemacht. Er hat immer wieder von neuem durch sein Beispiel andere an ihre Verantwortung gemahnt und durch sein wortloses Vorbild verpflichtet. Er hat gezeigt, daß es neben allem unverzichtbaren gesellschaftlichen und politischen Engagement, neben entschiedener Parteinahme auch der Menschlichkeit in allernächster Nähe bedarf, einer Menschlichkeit, die nicht immer anderen den Vortritt läßt. Seine Humanität vertrug weder große Dispute noch flammende Resolutionen. Sie war einfach da.

Ich bin deshalb froh, daß er gelebt hat. Als Glück empfinde ich, daß ich ihn kennenlernen durfte. Dank schulde ich ihm für die Beweise von Menschlichkeit, die er anderen und mir erbracht hat und die immer ermutigten.

Deutsches Staatsrecht

Das normative Ermessen beim Erlaß von Rechtsverordnungen und Satzungen

PETER BADURA

1. Das Gesetz und die abgeleitete Rechtsetzungsbefugnis der Exekutive

Die Verfassung bestimmt durch das Gewaltenteilungsprinzip und den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, ob und in welchem Maße der Exekutive selbständige Entscheidungsbefugnisse bei der Erfüllung ihrer Aufgaben zukommen dürfen. Das Gesetz hat die rechtsstaatlichen und demokratischen Anforderungen an die Verwaltungstätigkeit zu gewährleisten, für die zur Regelung eines Einzelfalles zu treffenden Entscheidungen ebenso wie für die abgeleitete Rechtsetzung der Exekutive¹. Freiheit und Gebundenheit der Exekutive als Verordnunggeber und als Satzungsgeber, Art und Maß ihres normativen Ermessens und Reichweite der gerichtlichen Prüfungsbefugnis gegenüber der administrativen Rechtsetzung sind zuerst vom Gesetz abhängig, das die rechtsetzende Exekutive mit Ermächtigungen versieht und rechtlich bindet².

Die gesetzliche Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen und Satzungen weist der Exekutive zur Regelung eines bestimmten Sachbereichs eine inhaltlich beschränkte, aber eine selbständige Regelungs- und Gestaltungsvollmacht einschließende Rechtsetzungsbefugnis

¹ *M. Zuleeg*, Die Ermessensfreiheit des Ordnungsgebers, DVBl. 1970, 157; *D. Wilke*, Bundesverfassungsgericht und Rechtsverordnungen, AöR 98, 1973, S. 196; *P. Kirchhof*, Rechtsquellen und Grundgesetz, in: Festgabe für das Bundesverfassungsgericht, 1976, 2. Bd., S. 50; *K.-U. Meyn*, Autonome Satzung und demokratische Legitimation, DVBl. 1977, 593; *M. Lepa*, Verfassungsrechtliche Probleme der Rechtsetzung durch Rechtsverordnung, AöR 105, 1980, S. 337; *F. Ossenbühl*, Richterliches Prüfungsrecht und Rechtsverordnungen, in: Festschrift für Hans Huber, 1981, S. 283; *ders.*, Eine Fehlerlehre für untergesetzliche Normen, NJW 1986, 2805; *ders.*, Die Quellen des Verwaltungsrechts, in: *H.-U. Erichsen / W. Martens* (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., 1986, S. 59/78 ff; *E. Schmidt-Aßmann*, Die kommunale Rechtsetzung im Gefüge der administrativen Handlungsformen und Rechtsquellen, 1981; *H. Spanner*, Grenzen des Rechts zum Erlaß von Verordnungen und Satzungen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, BayVBl. 1986, 225; *P. Badura*, Rechtsetzung durch Gemeinden, DÖV 1963, 561.

² *F. Ossenbühl*, Prüfungsrecht aaO, S. 292 ff; *G. Haverkate*, Rechtsfragen des Leistungsstaats, 1973, S. 275; *P. Badura*, Gestaltungsfreiheit und Beurteilungsspielraum der Verwaltung, bestehend aufgrund und nach Maßgabe des Gesetzes, in: Festschrift für Otto Bachof, 1984, S. 169/169 ff.

zu. Die Delegation von Verordnungsgewalt und die Zuweisung von Satzungsautonomie zeigen eine Verschiedenartigkeit, auf die noch einzugehen sein wird. In beiden Formen ist jedoch die gesetzliche Begründung abgeleiteter Rechtsetzungsbefugnisse der Exekutive wesensnotwendig mit der Einräumung normativen Ermessens verbunden³. Der staatsrechtliche Sinn der delegierten oder autonomen Rechtsetzung liegt gerade darin, unter Wahrung der rechtsstaatlichen und demokratischen Garantiefunktion des Gesetzes die der Exekutive eigentümliche Leistungsfähigkeit und deren spezielleren Sachverstand für die Erledigung einer Regelungsaufgabe dienstbar zu machen. Die Rechtsform normativer Regelung gewährleistet überdies einen sachgerechten und die Gleichbehandlung sichernden Gesetzesvollzug⁴. Die Bindung der vollziehenden Gewalt an „Gesetz und Recht“ (Art. 20 Abs. 3 GG) meint – als richtig verstandener Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung – die Bindung an das in die Rechtsordnung und die Rechtsentwicklung eingebettete und im Wege wissenschaftlich durchdachter Auslegung verstandene Gesetz⁵.

Das Gesetz, das eine Rechtsetzungsbefugnis der Exekutive begründet, fügt diese hoheitliche Regelungsgewalt in den verfassungsrechtlich definierten Handlungskreis der vollziehenden Gewalt ein. Die Verfassung hat die Exekutive als „verfassungsunmittelbare Institution und Funktion“ geschaffen und – auf der Grundlage des Gewaltenteilungsprinzips und des Grundsatzes der parlamentarischen Verantwortung der Regierung – einen „Kernbereich exekutivischer Eigenverantwortung“ anerkannt und garantiert⁶. Da die Rechtsetzung in Gestalt der gesetzgebenden Gewalt der parlamentarischen Volksvertretung vorbehalten ist, kann es eine originäre Rechtsetzungsbefugnis der Exekutive im Sinne eines mitgesetzten Bestandteils der verfassungsunmittelbar bestehenden vollziehenden Gewalt im demokratischen Verfassungsstaat des Grundgesetzes nicht geben. Die demnach notwendig „abgeleitete“ Rechtsetzung der Exekutive kann sich nur in einem beschränkten vom Gesetzgeber vorgezeichneten Rahmen vollziehen. Soweit der Exekutive die Befugnis zur Normsetzung übertragen ist, muß sich der Inhalt der

³ E. Schmidt-Aßmann, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz, Art. 19 Abs. IV (1985), Rdn. 217.

⁴ W.-R. Schenke, in: *BonnKomm.*, Art. 19 Abs. 4 (1982), Rdn. 379, 381; E. Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. IV aaO, Rdn. 205.

⁵ Für das konstitutionelle Staatsrecht: G. Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, 1887; G. Anschütz, *Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des königlichen Ordnungsrechts nach preußischem Staatsrecht*, 1900; R. Thoma, *Der Polizeibefehl im Badischen Recht*, 1906, S. 325 ff; W. Jellinek, *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, 1913.

⁶ BVerfGE 49, 89/124 ff; 67, 100/139; 68, 1/87.

abgeleiteten Verwaltungsnorm an dem Willen des Gesetzgebers orientieren und auch orientieren können⁷. Die Bindung der Exekutive an das Gesetz, insbesondere die Bindung des Verordnunggebers an Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung, schließt nicht aus, daß dem Normgeber ein gewisser Spielraum normativer Beurteilung und Gestaltung verbleibt⁸. Das Gesetz kann dem Verordnunggeber einen „politischen Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum“ einräumen, „innerhalb dessen nicht die Gerichte ihr – auf Rechtserkenntnis beschränktes – Urteil an die Stelle der politischen oder wirtschaftlichen Wertungen und Entscheidungen des Verordnunggebers setzen dürfen. Die Gerichte können insoweit nur prüfen, ob die getroffene Maßnahme den Rahmen der Zweckbindung der gesetzlichen Ermächtigung überschreitet, ob sie etwa schlechterdings ungeeignet ist, diesen Zweck zu erreichen, oder ob sie unverhältnismäßig ist“⁹. Was für die Delegation von Verordnungsgewalt gilt, gilt nicht weniger für die Einräumung von Satzungsautonomie, vorbehaltlich der gesetzlich zu sichernden Kautelen gegen einen Fehlgebrauch der Autonomie durch die Selbstverwaltungsorgane. Wie weit der dem normativen Ermessen zugestandene Spielraum der Beurteilung und Gestaltung der Exekutive reicht, ist eine durch Auslegung der gesetzlichen Ermächtigung zu beantwortende Rechtsfrage; das Gewaltenteilungsprinzip und der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung sind allgemeine Leitlinien für die zu suchende Antwort (Art. 20 Abs. 3 GG).

2. *Verordnunggebung kraft Delegation und Satzunggebung kraft Autonomie*

Die Rechtsverordnung ist ein in die Hand der Exekutive gelegtes Werkzeug für die nähere Regelung spezieller, technisch bestimmter und entwicklungs- oder situationsabhängiger Gegenstände. Die verfassungsrechtlich gebotene Bestimmtheit des zur Verordnunggebung ermächtigenden Gesetzes stellt sicher, daß die wesentlichen Entscheidungen, das „Programm“ möglicher Rechtsetzung durch die Exekutive, der gesetzgebenden Gewalt vorbehalten bleiben. Die Delegation gewährleistet den sachlichen Zusammenhang der auf das maßstabgebende Gesetz und das Gesetz ausführende Rechtsverordnung verteilten Regelung des Sachgebiets. Die parlamentarische Volksvertretung und die jeweils berufene Stelle der Exekutive, ggf. auch eine kommunale Gebietskörperschaft

⁷ BVerfGE 34, 52/59 f, für die Verordnunggebung.

⁸ BVerfGE 38, 348/363; 53, 135/145.

⁹ BVerfGE 45, 142/162 f, für das Merkmal der Erforderlichkeit einer getreidemarktordnungsrechtlichen Verordnung auf Grund des § 7 Nr. 2 DurchfG-EWG-Getreide.

sind an der Normgebung mit den ihnen typischerweise eigenen Entscheidungsfähigkeiten und Legitimationsgründen beteiligt.

Die Verordnunggebung kraft Delegation bleibt im Rahmen und Verantwortungsbereich der dem Staat zustehenden Aufgabenerfüllung durch Rechtsetzung, die Satzunggebung kraft Autonomie dagegen basiert auf der – gesetzlich geordneten – politischen Idee der Selbstverwaltung¹⁰. Die Autonomie ist damit zwar weder eine „originäre“ noch eine „unabhängige“ Rechtsquelle, dennoch aber eine im Grundzug auf eigenverantwortlicher Regelung eigener Angelegenheiten der Betroffenen beruhende Rechtsetzungsgewalt. Sie ist organisatorisch und funktional der Exekutive zuzurechnen, zeigt aber ein Element selbständiger und nicht staatsabhängiger politischer Entscheidungsfähigkeit¹¹. Diese der Autonomie eingestiftete politische Gestaltungsfreiheit, die das normative Ermessen des Satzungsgebers prägt, kann „demokratisch“ genannt werden¹², wenn bedacht wird, daß mit diesem Prädikat hier nicht auf die etatistisch ausgeformte Mehrheitsdemokratie der Verfassung, sondern auf das genossenschaftliche und zur Mehrheitsdemokratie unter Umständen in Spannung tretende Lebensprinzip der Selbstverwaltung verwiesen wird. Die Bedeutung dieses Prinzips ist allerdings gerade bei den für die autonome Satzung charakteristischen kommunalen Gebietskörperschaften mit deren fortschreitender Perfektionierung als Leistungsträger der sozialstaatlichen Verwaltung ganz in den Hintergrund gedrängt und bei anderen Selbstverwaltungskörperschaften vielfach vom Interessenstandpunkt des verbändestaatlichen Verteilungskampfes überformt.

Die Abgrenzung und Zuordnung der im öffentlichen Interesse zu erfüllenden Verwaltungsaufgaben zur staatlichen oder im übertragenen Wirkungskreis einer Selbstverwaltungskörperschaft liegenden Erledigung oder zum Kreis der Selbstverwaltungsangelegenheiten ist im Überschneidungsbereich zwischen den notwendig staatlichen Aufgaben und einem Kernbereich der jeweiligen Selbstverwaltung eine Sache der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers. Demgemäß kann in gewissem Umfang von einer „Austauschbarkeit“ der Rechtsformen gesprochen werden¹³. Beispielsweise sieht das neuere Gemeinderecht im Falle der Begründung eines Anschluß- und Benutzungszwangs den Schwerpunkt

¹⁰ *F. Fleiner*, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., 1928, S. 78, 80; *P. Badura*, Rechtsetzung aaO, S. 562 ff.; *F. Ossenbühl*, Quellen aaO, S. 100 f.

¹¹ *P. Kirchhof*, Rechtsquellen aaO, S. 85 f.; *E. Schmidt-Aßmann*, Kommunale Rechtsetzung aaO, S. 11 f.; *H.-J. Papier*, Zur verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte, DÖV 1986, 621/628.

¹² *K.-U. Meyn* aaO, S. 598 ff.

¹³ Vgl. *E. Schmidt-Aßmann* aaO, S. 26 ff.

in der kommunalen Daseinsvorsorge und nicht in den polizeilichen Erfordernissen der Volksgesundheit, so daß die Anordnung im Wege der Satzung erfolgt¹⁴. Hingegen findet sich für die Überwälzung der gemeindlichen Pflichten zur polizeimäßigen Reinigung und zum Winterdienst (siehe § 3 Abs. 3 Satz 2 BFStrG) auf die Anlieger die Regelungsform der Rechtsverordnung (Art. 51 Abs. 4 und 5 BayStrWG). Örtliche Bauvorschriften, für die bis vor kurzem Rechtsverordnungen vorgesehen waren – wenn auch mit der alternativen Möglichkeit der Aufnahme in einen Bebauungsplan (§ 9 Abs. 4 BauGB) –, können nach Landesbaurecht auch der gemeindlichen Satzungsautonomie zugewiesen werden (so Art. 91 BayBauO).

3. Gestaltungsfreiheit und Ermessen

Die Auseinandersetzung der politischen Kräfte über die Macht im Staat und über die Aufgaben des Gemeinwesens gelangt, soweit sie sich auf den Inhalt der Rechtsordnung richtet, in der rechtsstaatlichen Demokratie für bestimmte Interessen und Gegenstände im Gesetz zu einer für jedermann verbindlichen Entscheidung. Der verfassungsrechtlich institutionalisierte Wille der in der parlamentarischen Volksvertretung wirksamen politischen Kräfte und – im Bundesstaat des Grundgesetzes – der föderativ im Bundesrat sich artikulierende Wille der für die Regierung in den Ländern verantwortlichen Kräfte legitimieren die durch das Gesetz getroffene Regelung. Der politischen und rechtlichen Schlüsselstellung des Gesetzes im demokratischen Verfassungsstaat entspricht die Formel von der „politischen Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers“, die im Hinblick auf das Maß der verfassungsrechtlichen Gebundenheit der Legislative und die Grenze der verfassungsgerichtlichen Prüfung des Gesetzes gebildet wurde. Die Verschiedenartigkeit der politischen Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers und des Ermessens der Exekutive, einschließlich des normativen Ermessens des Verordnungs- und Satzungsgebers, ist demgemäß aus den Grundlagen der Verfassungsordnung abzuleiten¹⁵.

Wolfgang Martens hat die dem Gesetzgeber bei der abwägenden und ausgleichenden Verwirklichung des öffentlichen Interesses im Grundrechtsbereich zukommende Gestaltungsbefugnis „legislatorische Qualifikationskompetenz“ genannt¹⁶. Das Grundgesetz räumt dem Gesetzge-

¹⁴ Nach preußischem Recht wurde der Benutzungszwang bei öffentlichen Anstalten der Gemeinden durch Polizeiverordnung eingeführt; siehe *W. Jellinek*, Verwaltungsrecht, 1928, S. 495.

¹⁵ *F. Ossenbühl*, Richterliches Prüfungsrecht aaO, S. 287; *P. Badura*, Das Planungsermessen und die rechtsstaatliche Funktion des Allgemeinen Verwaltungsrechts, in: Festschrift für den BayVerfGH, 1972, S. 157/162 f.

¹⁶ *W. Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969, S. 186 ff.

ber „prinzipielle Gestaltungsfreiheit in der Setzung und Verwirklichung seiner politischen Ziele“ ein. Dies schließt das Recht des Gesetzgebers ein, bestimmte wirtschafts-, sozial- oder gesellschaftspolitische Vorstellungen oder Ziele in den Rang gemeinschaftswichtiger öffentlicher Interessen zu erheben¹⁷. Das Gesetz ist der Ausdruck des allgemeinen Willens; es definiert das öffentliche Interesse.

Die politische Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers ist in der Praxis des Bundesverfassungsgerichts für eine Reihe von Regelungsaufgaben besonders betont worden, so für die Wirtschaftspolitik, für die Leistungsverwaltung und für die Ausgestaltung der Rundfunkordnung. Sie besteht auch für die Art und Weise der organisatorischen Bewältigung öffentlicher Aufgaben. So ist es eine Sache des gesetzgeberischen Ermessens zu entscheiden, welche als legitim anzuerkennende öffentliche Aufgaben der Staat nicht durch seine Behörden, sondern durch eigens gegründete öffentlich-rechtliche Anstalten oder Körperschaften erfüllt; ob die Wahl der Organisationsform zweckmäßig oder notwendig war, ist vom Bundesverfassungsgericht nicht zu prüfen¹⁸. Die Zuerkennung des grundsätzlich weiten Spielraums des Gesetzgebers für die gestaltende und ordnende Verwirklichung der Staatsaufgaben im Unterschied zu der engeren Gebundenheit des Verordnunggebers zeigt ihre Bedeutung bei der Anwendung des allgemeinen Gleichheitssatzes. Der Gestaltungsspielraum des Verordnunggebers ist von vornherein in die Grenzen der gesetzlichen Ermächtigung gewiesen und den damit vorgegebenen Festlegungen und Direktiven unterworfen. Die rechtsetzende Exekutive kann die Ziele des Gemeinwohls nicht frei wählen und bewerten; sie empfängt das Maß der Sachgerechtigkeit ihrer Entscheidung vom Gesetzgeber¹⁹.

Ermessen ist die aufgrund und nach Maßgabe des Gesetzes bestehende Befugnis der Exekutive zu selbständiger Abwägung und Entscheidung. Nach der überkommenden Ordnung der verwaltungsrechtlichen Systembegriffe²⁰ ist Ermessen ein gesetzlich begründeter Handlungsspielraum der Verwaltung: die Verwaltung ist hier ermächtigt, in einem bestimmten Rahmen nach Zweckmäßigkeit – wenn auch „pflichtgemäß“, ohne Willkür – zu handeln. Wird jedoch das Vorhandensein einer gesetzlich begründeten und von der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle

¹⁷ W. Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969, S. 186 (unter Bezugnahme auf BVerfGE 13, 97/107 und 14, 263/282); übereinstimmend ders., Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30, 1972, S. 7/17.

¹⁸ BVerfGE 10, 89/102 ff; BayVerfG NVwZ 1984, 89.

¹⁹ BVerfGE 13, 248/253, 256; 16, 332/339; BVerfGE 26, 305/313; VerfGH RhPfalz DVBl. 1969, 799/801.

²⁰ Vgl. etwa W. Martens, in: Erichsen/Martens (Hrsg.), Allgem. Verwaltungsrecht, 7. Aufl., 1986, § 12. II. 2.

zu respektierenden selbständigen Beurteilungs- und Entscheidungsbefugnis der Verwaltung zum leitenden Systembegriff erhoben²¹, wird das Ermessen zu einem abgeleiteten Begriff. Die Ermessensermächtigung findet neben sich gesetzliche Ermächtigungen (1) für einen „Beurteilungsspielraum“ der Verwaltung bei der Rechtsanwendung, (2) für die Ausübung „planerischer Gestaltungsfreiheit“ bei der raumbezogenen Planung und bei anderen komplexen und zukunftsbezogenen Organisations- und Gestaltungsentscheidungen, (3) für eine selbständige „Normkonkretisierungsbefugnis“ der Verwaltung bei wissenschaftlich-technischen Bewertungen von Risiken und Auswirkungen im Rahmen der Zulassung und Beaufsichtigung von Anlagen und Tätigkeiten und bei hochschulpolitischen Beurteilungen im Kapazitätsrecht.

Das Gewaltenteilungsprinzip, das parlamentarische Regierungssystem und der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung legen für die Aufgabe und die Handlungsmöglichkeiten der Exekutive ein Grundmuster fest. Dennoch ist es notwendig, die Verschiedenartigkeit der staatsleitenden Aufgaben und Verwaltungszwecke, der durch Gesetz geregelten Sachziele der Exekutive und der Rechtsformen des Verwaltungshandelns nicht beiseite zu setzen. Das normative Ermessen und das im Einzelfall auszuübende Ermessen lassen sich nicht im Grundsätzlichen²², sondern nur in den Fällen durch eine gemeinsame Betrachtung erfassen, wo ungeachtet der Konkretheit der Entscheidungsaufgabe im Wege normativer Regelung gehandelt wird, wie bei „Maßnahme-Verordnungen“²³ oder bei den kommunalen Bebauungsplänen²⁴.

4. Planerische Gestaltungsfreiheit

Das „Planungsermessen“ ist eine besonders eingehend durchdachte und in der Rechtsprechung des 4. Senats des Bundesverwaltungsgerichts zu einem eigenen Rechtsinstitut ausgebildete Erscheinungsform des Verwaltungsermessens²⁵. Planungsermessen ist die den Planungsentscheidungen der Verwaltung notwendig innewohnende planerische Gestaltungsfreiheit, die entsprechend der gesetzlichen Rechtsgrundlage

²¹ E. Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 19 Abs. IV (1985), Rdn. 180 ff, bildet auf der Grundlage der von ihm unter Berufung auf BVerfGE 61, 82/111 so genannten „normativen Ermächtigungslehre“ verschiedene Fallgruppen administrativer Letztentscheidungsermächtigungen, in die auch das überkommene Verwaltungsermessen eingeschlossen wird.

²² F. Ossenbühl, Fehlerlehre aaO, S. 2809; anders M. Zuleeg aaO.

²³ F. Ossenbühl, Richterliches Prüfungsrecht aaO, S. 289.

²⁴ Siehe E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, 10. Aufl., 1973, S. 309 ff.

²⁵ Kommunale Bauleitplanung: BVerwGE 34, 301; 45, 309; raumbezogene Fachplanungen: BVerwGE 48, 56; 56, 110; 71, 150; 71, 166; BVerwG DVBl. 1986, 416. – Siehe auch BVerwG DVBl. 1986, 55 (Krankenhausbedarfsplanung).

durch die jeweilige Planungsaufgabe und die einschlägigen Planungsgrundsätze sowie durch die allgemeinen Grundsätze des rechtsstaatlichen Planungsrechts, insbesondere das Abwägungsgebot, gebunden ist. Die Lehre vom Planungsermessen gilt für Planungsentscheidungen, die Rechte einzelner durch eine verbindliche Regelung berühren können, sei es durch Verwaltungsakt (insbesondere Planfeststellungsbeschuß des Fachplanungsrechts), sei es durch normativen Planungsakt (insbesondere durch Satzung festgesetzter Bebauungsplan und durch Rechtsverordnung aufgestellte Ziele der Raumordnung und Landesplanung)²⁶.

Die planerische Gestaltungsfreiheit als Kennzeichen des Verwaltungsermessens bei der raumbezogenen Planung bewahrt ihre Eigenart auch dort, wo sie als Element normativen Ermessens in Erscheinung tritt. Die Rechtsform eines Planes als Norm oder Verwaltungsakt hat bei der parzellenscharfen Planung durch Bebauungsplan oder Planfeststellungsbeschuß keine Verschiedenartigkeit des Planungsermessens zur Folge. Dementsprechend unterscheidet das Bundesverwaltungsgericht²⁷ das Regelungsermessen des kapazitätsrechtlichen Verordnungsgebers von der planerischen Abwägung bei der baurechtlichen Planung und stellt entscheidend darauf ab, daß die Regelungen eines Bebauungsplans – ungeachtet der Möglichkeit gewisser Abstraktion oder Verallgemeinerung – darauf gerichtet seien, konkret-individuelle Verhältnisse zu ordnen. Die planerische Abwägung zielt darauf ab, über das Verhältnis konkurrierender Einzelinteressen einmalig und abschließend zu befinden und sei deshalb stärker der durch die Rechtsprechung zu wahrenen Einzelfallgerechtigkeit verpflichtet als andere normative Regelungen. Die Quintessenz dieser Abgrenzung ist die These, daß der Konkretheit planerischer Abwägung eine intensivere verwaltungsgerichtliche Kontrolle korrespondiere, die auch den Abwägungsvorgang erfasse. Für das normative Ermessen bei „Normen mit abstrakt-generellem Gehalt“ könne das nicht gelten.

Die Rechtsform des Verwaltungshandelns als Norm oder Verwaltungsakt erweist sich damit dem Grundsatz nach doch als Kriterium für eine Verschiedenartigkeit des normativen Ermessens und des am Einzelfall orientierten Verwaltungsermessens. Von diesem Grundsatz können Planungsentscheidungen und Normativregelungen mit planerischem Einschlag – entgegen den Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts²⁸ – nicht schlechthin, sondern nur in dem Bereich ausgenommen

²⁶ Die straßenrechtliche Planfeststellung kann durch Festsetzungen in einem Bebauungsplan ersetzt werden (§ 17 Abs. 3 BFStrG); vgl. *W. Brohm*, Straßenplanung und Bauleitplanung, in: *R. Bartsperger / W. Blümel / H.-W. Schroeter* (Hrsg.), Ein Vierteljahrhundert Straßenrechtsgesetzgebung, 1980, S. 343/373 ff; BVerwGE 38, 152.

²⁷ BVerwGE 70, 318/328 f.

²⁸ BVerwGE 70, 318/329 f.

werden, wo ein normativer raumbezogener Planungsakt eine konkrete Rechtsgestaltung bewirkt. Von den Planungsakten mit konkreter Gestaltungswirkung abgesehen kann das normative Ermessen die Gewährleistung in Anspruch nehmen, die in der Rechtsform der administrativen Rechtsetzung liegt²⁹. Diese Gewährleistung resultiert aus der Gleichbehandlung, die der generell-abstrakten Regelung immanent ist, mit der eine gesetzliche Ermächtigung durch die Exekutive ausgeführt wird.

Planungsentscheidungen beruhen in der Regel auf prognostischen Einschätzungen³⁰. Die hier der Verwaltung zukommende „Einschätzungsprärogative“ für zukünftige Entwicklungen und entscheidungserhebliche Umstände ist von der – auf der Grundlage einer prognostischen Einschätzung auszuübenden – planerischen Gestaltungsfreiheit zu unterscheiden³¹. Bei der Prognose als Hilfsmittel zukunftsgerichteten Entscheidens hat die Verwaltung bestimmte Bedingungen der Gültigkeit vorausschauenden Einschätzens künftiger Verläufe zu beachten. Das ist eine Frage der Ermittlung tatsächlicher Umstände, die ungewiß sind, weil sie in der Zukunft liegen. Die Verantwortung der Verwaltung beschränkt sich hier auf die Beachtung der methodischen und sachlichen Gültigkeitsbedingungen der Prognose. Im Unterschied dazu ergibt sich die begrenzte Nachprüfbarkeit eines komplexen, zukunftsbezogenen Planungs- oder Gestaltungsaktes, wenn und soweit sie besteht, aus einer gesetzlich begründeten, selbständigen Planungs- und Gestaltungsvollmacht der Exekutive. Diese ist bei der Planung und Gestaltung im Wege der abgeleiteten Rechtsetzung durch die Exekutive eine Erscheinungsform des normativen Ermessens.

5. Organisationsermessen

Die Exekutive verfügt über „Organisationsgewalt“, wenn und soweit ihr kraft verfassungsrechtlicher Zuweisung oder aufgrund Gesetzes die Fähigkeit zusteht, durch normative Regelung oder durch konkrete Entscheidung Behörden einzurichten und mit Verwaltungsaufgaben zu versehen³². Organisationsakte der Exekutive fallen – abgesehen von ihrer

²⁹ W.-R. Schenke, Art. 19 Abs. 4 aaO, Rdn. 380, 381; E. Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. IV aaO, Rdn. 205.

³⁰ F. Ossenbühl, Die richterliche Kontrolle von Prognoseentscheidungen der Verwaltung, in: Festschrift für Christian-Friedrich Menger, 1985, S. 731; P. Badura, Gestaltungsfreiheit aaO, S. 178 ff.

³¹ BVerwGE 70, 318/330 ff, 336 f; BVerwG DVBl. 1986, 55; BVerwG DVBl. 1985, 1382/1384.

³² Vgl. A. Köttgen, Die Organisationsgewalt, VVDStRL 16, 1958, S. 154; E.-W. Böckenförde, Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, 1964, S. 78 ff; F. Mayer, Organisationsgewalt, EvStL, 2. Aufl., 1975, Sp. 1693.

etwa gegebenen Bindung an einen organisatorischen Gesetzesvorbehalt – in die Reichweite des materiellen Vorbehalts des Gesetzes („Eingriffsvorbehalt“), wenn sie zu einem über technische Wirkungen hinausgehenden Eingriff in Rechte Dritter führen oder sonst die normativen Grundlagen der Rechtsbeziehungen zu Dritten berühren³³. Eine Fallkonstellation, bei der die organisatorische Maßnahme als solche geeignet ist, Rechte Dritter zu tangieren, ist der staatliche Organisationsakt, durch den der sachliche oder örtliche Aufgabenkreis oder der gebietsbezogene Bestand einer rechtlich selbständigen Selbstverwaltungseinheit, z. B. einer kommunalen Gebietskörperschaft oder einer berufsständischen Kammer unter Beeinträchtigung des Selbstverwaltungsrechts verändert wird. Fragen des Organisationsermessens sind deshalb vielfach im Zusammenhang mit Maßnahmen der kommunalen Neugliederung und der Gebiets- und Verwaltungsreform zutage getreten.

Organisationsakte im Geltungsbereich des materiellen Gesetzesvorbehalts zeigen weithin die Rechtsform der Rechtsverordnung. Nach einer nicht selten vertretenen Auffassung handelt es sich sogar um dem Wesen nach normative Akte; die Gesetzgebung ist dem nicht überall gefolgt³⁴. Das Gesetz, das die Exekutive zu organisationsrechtlichen Rechtsverordnungen ermächtigt, ist zugleich die Grundlage für die Ausübung organisatorischer Gestaltungsfreiheit. Das Organisationsermessen ist hier eine – einen planerischen Einschlag aufweisende – Erscheinungsform des normativen Ermessens³⁵. Die Grundsätze der rechtsstaatlichen Bindung des organisatorisch-planerischen Ermessens sind hauptsächlich im Hinblick auf die kommunale Gebietsreform und in deutlicher Anleh-

³³ BVerwG NJW 1961, 1323; OVG Münster OVGE 34, 201/205 f; *Chr. Degenhart*, Staatsrecht I, 1984, Rdn. 250; *W. Rudolf*, Verwaltungsorganisation, in: *Erichsen/Martens aaO*, S. 555/569.

³⁴ Zu dieser Frage vgl. BayVerfGH DVBl. 1978, 806; OVG Münster OVGE 30, 117/121 f; *H. Spanner*, Organisationsgewalt und Organisationsrecht, DÖV 1957, 640; *R. Groß*, Organisationsgewalt und Organisationsverordnungen, DÖV 1963, 51; *ders.*, Zur originären Rechtsetzung der Exekutive, DÖV 1971, 186; *E. Rasch*, Entstehung und Auflösung von Körperschaften des öffentlichen Rechts, DVBl. 1970, 765/768; *L. Fröhler/J. Kormann*, Gebietsreform und Handwerksorganisation, 1976, S. 23, 38; *J. Kormann*, Änderungen in der Gebietsstruktur von Wirtschaftskammern, GewArch. 1979, 281/284 f; *C. H. Ule*, Verwaltungsprozeßrecht, 9. Aufl., 1987, S. 181 f.

³⁵ Einen Fall legislatorischer Organisationsgewalt behandelt BVerfGE 50, 50. – Die Rechtsverordnungen der bayer. Kommunalreform sind gem. Art. 9 Abs. 2 BayVerf. von der Staatsregierung mit vorheriger Genehmigung des Landtags erlassen worden, schließen also nicht anders wie ein Gesetz eine politische Entscheidung der parlamentarischen Volksvertretung ein. *F. Ossenbühl*, Richterliches Prüfungsrecht aaO, S. 291, spricht derartigen Zustimmungsverordnungen „denselben demokratischen Legitimationswert“ zu, der einem Gesetz zukomme. Das zeigt nur, daß „demokratisch“ oft nichts anderes bedeutet als „politisch“, kann aber diese Verordnungen in dem entscheidenden Punkt der rechtsstaatlichen Garantiefunktion nicht auf die Stufe des Gesetzes heben.

nung an die Grundsätze des Planungsermessens im Bau- und Fachplanungsrecht entwickelt worden³⁶. Die wesentliche rechtsstaatliche Bindung bildet neben dem als Gebot der „Systemgerechtigkeit“ auftretenden allgemeinen Gleichheitssatz³⁷ das organisatorisch-planerische Abwägungsgebot, das die Exekutive dazu verpflichtet, eine sachgerechte Abwägung und Gewichtung aller jener Belange vorzunehmen, die nach Maßgabe der Organisationsaufgabe und angesichts der berührten Umstände und Rechte Berücksichtigung verdienen. Die Entscheidung über organisatorische Gebietsabgrenzungen sieht sich in der Regel einer Fülle von tatsächlichen Feststellungen und Bewertungen gegenüber, auch übergreifenden Gesichtspunkten und Bewertungen. Die gerichtliche Kontrolle des Organisationsaktes reicht so weit, wie rechtliche Maßstäbe im Gesetz oder in den rechtsstaatlichen Grundsätzen des Organisationsrechts zur Verfügung stehen. Sie erfaßt auch die Rechtfertigung des Rechtseingriffs durch überwiegende Erfordernisse des öffentlichen Interesses, kann sich aber nicht auf die Frage beziehen, ob die bestmögliche oder eine in jeder Hinsicht zweckmäßige Organisationsregelung erreicht worden ist.

6. *Selbständige Normkonkretisierungsbefugnis*

Die in neuerer Zeit der Exekutive bei wissenschaftlich-technischen Bewertungen im technischen Sicherheitsrecht³⁸ und bei hochschulpolitischen Beurteilungen im Kapazitätsrecht³⁹ zuerkannte selbständige Normkonkretisierungsbefugnis gilt für die Ausführung der Gesetze sowohl im Einzelfall wie auch im Wege normativer oder quasिनormativer⁴⁰ Regelungen. Die allgemeine Richtschnur bei der Auslegung der Gesetze mit dem Ergebnis, daß sie für bestimmte Regelungen oder Entscheidungen eine Ermächtigung zugunsten einer selbständigen Beurteilungs- und Entscheidungsvollmacht der Exekutive aussprechen, wird dem Gewaltenteilungsprinzip und dem darin verwurzelten Verteilungsprinzip der Aufgaben und der Verantwortung für das Gesetz, die

³⁶ Siehe im einzelnen BVerfGE 50, 195/201 f.; BVerwG DÖV 1973, 169; BayVerfGH DVBl. 1978, 806; BayVerfGH VGHE 27, 14/28 ff.; 31, 99/126; 34, 64/74 f.

³⁷ BVerfGE 50, 50/51, 53; 59, 36/49; 60, 16/43; BayVerfGH VGHE 27, 14/27 f.; 31, 99/137 ff.; StGH Baden-Württemberg NJW 1975, 1205/1212 f.

³⁸ VG Schleswig NJW 1980, 1296 (KKW Stade); BVerwG DVBl. 1986, 190 (KKW Wyhl).

³⁹ BVerwGE 56, 31/37 f.; 60, 25/44 f.; 70, 318/328 ff.; 70, 346/348, 350. – P. Theuersbacher, Probleme der gerichtlichen Kontrolldichte im Kapazitätsrecht, NVwZ 1986, 978/981 ff.

⁴⁰ Die nähere Bestimmung des gesetzlich geforderten Bewertungsmaßstabs für technische Risiken kann im Immissionschutzrecht durch Verordnung oder Verwaltungsvorschrift erfolgen (§§ 7, 48, 51 BImSchG); dazu P. Badura, Gestaltungsfreiheit aaO, S. 173 f., 177, 187 ff.; E. Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. IV aaO, Rdn. 205.

vollziehende Gewalt und dem die Verwaltung kontrollierenden Richter entnommen. Vorausgesetzt wird, daß rechtsstaatliche Grundsätze und Garantien die Möglichkeit derartiger Ermächtigungen beschränken, aber den Gesetzgeber nicht von vornherein hindern, der Exekutive einen selbständigen Bereich der Beurteilung und Entscheidung für technische Risiken und Wirkungen, für die Gestaltung des Hochschulwesens auch unter dem Diktat des Kapazitätserschöpfungsgebots⁴¹ und für vergleichbare Regelungsaufgaben, etwa in der Wirtschaftsverwaltung, einzuräumen.

Das Bundesverwaltungsgericht hat bei der Überprüfung kapazitätsrechtlicher Rechtsverordnungen am Maßstab des Bundesrechts, insbesondere des Art. 12 Abs. 1 GG, das Regelungsermessen des Verordnungsgebers, den ihm zustehenden Regelungsspielraum, in Rücksicht auf die ihm auferlegte hochschulpolitische Verantwortlichkeit gerechtfertigt. Das Kapazitätserschöpfungsgebot hindere es nicht, die Entscheidung darüber, wie kapazitätsbestimmende Faktoren – im Streitfall ein Abzug im Interesse der Fort- und Weiterbildung des Personals in der Krankenversorgung – als Rechengröße in die Berechnung der Ausbildungskapazität der Hochschulen eingehen, dem Regelungsermessen des die Kapazitätsverordnung erlassenden Normgebers zu überlassen⁴². Das Bundesverwaltungsgericht setzt sich damit nicht in Widerspruch zum Bundesverfassungsgericht, das es besonders wegen des Spannungsverhältnisses des Zugangsanspruchs der Studienbewerber und der Wissenschaftsfreiheit für richtig gehalten hatte, dem Gesetzgeber und ggf. auf einer geeigneten gesetzlichen Grundlage dem Verordnungsgeber zu überlassen, für alle Beteiligten die Grenzen des Zumutbaren festzulegen und die damit verbundenen Wertungen zu treffen⁴³.

Die Anerkennung des kapazitätsrechtlichen Regelungsermessens des Verordnungsgebers stellt nicht weniger als die Anerkennung der Normkonkretisierungsbefugnis der Verwaltung im technischen Sicherheitsrecht vor Augen, daß das normative Ermessen der Exekutive durch den staatsrechtlichen Sinn der abgeleiteten Rechtsetzung in ihren verschiedenen Erscheinungsformen zu erklären und zu rechtfertigen ist. In dem

⁴¹ BVerfGE 33, 305/338 ff; 66, 155/177 ff.

⁴² BVerwGE 70, 318 mit zust. Anm. von G. Püttner, JZ 1985, 844, und krit. Anm. von P. Henseler, ZG 1, 1986, S. 76. – Das BVerfG erstreckt das Kapazitätserschöpfungsgebot auch auf die hochschulpolitischen und hochschulverwaltungsrechtlichen „Faktoren“, die die Lehrkapazität beeinflussen, also auf Kapazitätseinbußen, die etwa infolge von Strukturformen oder einer Reduzierung von Lehrverpflichtungen drohen (BVerfGE 66, 155/179 f). Die verwaltungsgerichtliche Nachprüfbarkeit der Kapazitätsberechnungsvorschriften und der Höchstzahlenfestsetzungen schließt Differenzierungen der Kontrolldichte nicht aus.

⁴³ BVerfGE 54, 173/193.

normativen Ermessen äußern sich die durch Gesetz begründeten und gebundenen politischen und fachlich wertenden Entscheidungsbefugnisse der Exekutive. Regierung und Verwaltung verfügen über eine selbständige Verantwortung, die ihre spezifische Leistungsfähigkeit in der gewaltenteilenden Verfassungsordnung engagiert.

Bemerkungen zum parlamentarischen Regierungssystem Hamburgs nach der Verfassung von 1952*

KARL AUGUST BETTERMANN**

Hamburg wird, wie alle anderen Länder der Bundesrepublik und diese selbst, parlamentarisch regiert. Das Parlament, die „Bürgerschaft“, kreiert und kontrolliert die Regierung, den Senat, und es besitzt das im Rechtsstaat wichtigste Instrument des Regierens: die Gesetzgebung, während es sich in das Budgetrecht mit der Regierung teilt.

A.

Bei der *Gesetzgebung* fällt die stärkere Stellung des Senats auf.

1. Er hat nicht nur, wie üblich, das Initiativrecht (Art. 48), sondern auch ein Recht zum Veto, das nicht bloß suspensiv, sondern auch resolutiv wirken kann; denn die Bürgerschaft kann es nur mit absoluter Mehrheit¹ überstimmen, die schon bei der ersten Lesung erreicht werden muß (Art. 50)^{1a}.

Die Heraufschraubung der Mehrheit von der relativen des Art. 19 zur absoluten des Art. 50 darf nicht überbewertet werden. Bei einem Stadtparlament von nur 120 Abgeordneten² ist die Fehlquote gering. Folglich bleibt die relative Mehrheit unter 61 Stimmen in der Regel nur bei einer wesentlichen Zahl von Enthaltungen. Gesetze, die nicht mit absoluter Mehrheit beschlossen werden, dürften selten sein. Sie vor allem werden

* Literaturhinweis: Immer noch aktuell und unerreicht *H. P. Ipsen*, Hamburgs Verfassung und Verwaltung, Hamburg 1956; *Drexelius/Weber*, Die Hamburger Verfassung, 2. Aufl., Berlin 1972; unbrauchbar *Bernzen/Sohnke*, Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, Hamburg 1977. Zur Minderheitsregierung *Klaus Finkelnburg*, Die Minderheitsregierung im deutschen Staatsrecht, Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft Berlin, Heft 74, Berlin 1982.

** Mit Unterstützung von Dr. *Kersten Rosenau*, MdHB.

¹ Die richtigen Begriffspaare sind: einfache – qualifizierte Mehrheit und relative – absolute Mehrheit. Bei der einfachen relativen Mehrheit unterscheidet sich die Mehrheit der Anwesenden, Mehrheit der abgegebenen Stimmen, die meisten Stimmen.

^{1a} Ähnlich Art. 104/123 Verf. Bremen; Art. 119 Verf. Hessen.

² Art. 6 II Verf., § 3 BgschWahlG.

das Veto des Senats herausfordern. Vergleiche aber auch unten sub 6. zur praktischen Bedeutung des Art. 50.

2. a) Die Gesetzesvorlagen des Senats sind geschäftsordnungsrechtlich vor denen der Bürgerschaft bevorzugt: Für diese ist die zweimalige Lesung obligatorisch – jene dagegen können schon in der ersten Lesung mit relativer Zweidrittelmehrheit endgültig angenommen werden. Bei den Parlamentsvorlagen vermag der Senat die Frist zwischen den beiden Lesungen sowohl zu verkürzen als auch zu verlängern (Art. 49 II 4). Das Verlängerungsverlangen kann ein temporäres Veto bedeuten; es wirkt jedenfalls suspendierend, weil retardierend.

b) Nach Art. 49 III Satz 1 darf die zweite Lesung noch am gleichen Tage der ersten folgen, „wenn sich kein Widerspruch erhebt“. Der kann nach Satz 2 „nur von einem Viertel der anwesenden Abgeordneten erhoben werden“. Das „nur“ ist irreführend. Auch der Senat kann widersprechen; denn nach Abs. II Satz 4 Halbsatz 1 darf nur „mit seinem Einverständnis“ die zweite Lesung früher als nach der 6-Tages-Frist des Satzes 2 stattfinden – und nach Halbsatz 2 kann der Senat die Frist auf 1 Monat ausdehnen. Diese Senatsrechte bleiben von Abs. III Satz 2 unberührt. Die Vorschrift betrifft nicht das Verhältnis der Bürgerschaft zum Senat, sondern nur das Verhältnis der Mehrheit zur Minderheit innerhalb der Bürgerschaft. Sie normiert ein Mindestquorum für den Widerspruch, der „aus der Mitte der Bürgerschaft“ erfolgt.

3. Ausschließlich beim Senat liegt die Initiative für den Haushalt³ und für die Gesetze des „Bürgerausschusses“, der ein Ausschuß der Bürgerschaft ist (Art. 26).

a) Dieser kann „auf Antrag des Senats“ „in dringenden Fällen gesetzliche Vorschriften bis zur anderweitigen Beschlußfassung der Bürgerschaft erlassen“ (Art. 31 II Nr. 3). „Dringend“ ist der „Fall“, wenn seine gesetzliche Regelung so wichtig *und* so eilig ist, daß die Beschlußfassung des Plenums nicht abgewartet werden kann. Die Gesetzesbeschlüsse des Ausschusses unterliegen nicht dem Senatsveto des Art. 50, wohl aber diejenigen des Plenums, mit denen Beschlüsse des Ausschusses aufgehoben oder geändert werden. Daß solche Änderung und Aufhebung nicht im Wege förmlicher Gesetzgebung, sondern im Beschlußwege zu erfolgen habe, kann nicht aus der Befristungsformulierung des Art. 31 II Nr. 3⁴ gefolgert werden; denn auch bei der ordentlichen Gesetzgebung spricht die Verfassung von „beschlossen“, „beschließen“ und „Beschlußfassung“ (Art. 50, 51, 52). Also rechtfertigt nicht einmal die

³ Arg. Art. 66 II, vgl. auch unten b).

⁴ „bis zur anderweitigen *Beschlußfassung* der Bürgerschaft.“

Wortinterpretation den Verzicht auf die Anwendung der Verfassungsvorschriften über „Die Gesetzgebung“ (Art. 48 ff) auf die „anderweitige Beschlußfassung der Bürgerschaft“, mit der sie die vom Bürgerausschuß erlassenen „gesetzlichen Vorschriften“ kassiert oder korrigiert.

b) Wohl aber genügt die Beschlußform für die Entscheidung der Bürgerschaft über den Haushaltsplan (Art. 66 II). Er wird nicht, wie im Bund und sonst üblich, durch Gesetz festgestellt. Damit trägt Hamburg der Tatsache Rechnung, daß der „Haushalt“ keine abstrakt-generellen Regelungen, und schon gar nicht solche mit Außenwirkung, enthält, sondern einerseits eine bloße Planung, andererseits die Ermächtigung der Regierung, Einnahmen zu beschaffen (Kreditermächtigungen!) und vor allem Ausgaben über den Rahmen des rechtlich Verbindlichen hinaus zu leisten.

Dem Budgetrecht des Parlaments als seiner ältesten, wenn auch heute keineswegs mehr wichtigsten Kompetenz wird durch die Beschlußform kein Abbruch getan. Der Senat wird nur dann beeinträchtigt, wenn die Bürgerschaft seine „Pläne“ und Anträge ändern will. Deshalb hat er dann nach Art. 69 die gleichen Rechte wie im Gesetzgebungsverfahren: Einfluß auf das Tempo der Bürgerschaftsberatungen nach Art. 49 II und das Vetorecht aus Art. 50. Das ist gewiß vernünftig. Aber hätte man dann nicht lieber, weil einfacher, bei der traditionellen Form des Haushalt-Gesetzes bleiben können und aus Bundestreue sollen?

4. *Verfassungsänderungen* können nur durch Gesetz erfolgen. Ein solches Gesetz muß in einem Abstand von 14 Tagen zweimal mit relativer Zweidrittelmehrheit bei jedesmaliger Anwesenheit von Dreiviertel der Abgeordneten beschlossen werden (Art. 51).

a) Das Präsenz-Quorum von Dreiviertel vermag das Minus der relativen Zweidrittelmehrheit gegenüber der absoluten Zweidrittelmehrheit des Art. 79 II GG nicht zu kompensieren. Die Mehrheit, mit der sich Hamburg in Art. 51 begnügt, erreicht im ungünstigsten Falle nicht einmal die einfache absolute Mehrheit, die Art. 50 für die Überstimmung des Senatsvetos verlangt: Diese Mehrheit beträgt 61 von 120 Abgeordneten⁵ – die verfassungsändernde Mehrheit des Art. 51 dagegen nur

$$\frac{120 \times 3 \times 2}{4 \times 3} = 60^6.$$

b) Schon diese Rechnung spricht dafür, daß der Senat auch gegenüber verfassungsändernden Gesetzen das Vetorecht des Art. 50 besitzt – auch

⁵ Vgl. in und zu Fn. 2.

⁶ Falsch *Berzen/Sohnke*, Art. 51 Nr. 2, daß 61 Stimmen erforderlich seien.

dann, wenn die Verfassungsänderung beide Male mit größerer Mehrheit als 61 beschlossen wurde; denn das Vetorecht ist unabhängig davon, mit welcher Mehrheit die Bürgerschaft das Gesetz beschlossen hat, dem der Senat widerspricht. Bei Verfassungsänderungen kann der „Einspruch“ erst nach dem zweiten Beschluß der Bürgerschaft eingelegt werden, was den Senat nicht hindert, ihn der Bürgerschaft schon in der Zeit zwischen den beiden Beschlußfassungen begründend anzukündigen – so wie er auch bei „einfachen“ Gesetzen die Bürgerschaft vorwarnen darf und sollte.

c) Zweifelhafte ist die Kompetenz des Senats aus Art. 49 II zur Einflußnahme auf den Termin der zweiten Lesung des Antrags auf Verfassungsänderung: Ist die Forderung nach zwei Lesungen noch sinnvoll angesichts der Notwendigkeit zweimaliger Beschlußfassung, die Art. 51 verlangt? Auch wenn man die Frage bejaht, bleibt noch zu überlegen, ob der Senat zweimal von seinem Aussetzungsrecht Gebrauch machen darf. Er könnte dann bei zusätzlichem Gebrauch von seinem Vetorecht aus Art. 50 die Verfassungsänderung um mindestens drei Monate verzögern; die tatsächliche Verzögerung wäre aus technischen Gründen noch viel größer.

d) Das Fehlen einer „Ewigkeitsgarantie“ oder Unantastbarkeit bestimmter Verfassungsprinzipien oder -institute, wie sie Art. 79 III GG verspricht, erscheint mir nicht als Mangel. Insoweit kann sich das traditionell reichstreue Hamburg⁷ auf die Bundesgarantie des Art. 28 III GG verlassen.

5. Kann der Senat auch dann noch sein Veto einlegen, wenn das von der Bürgerschaft beschlossene Gesetz vollständig seiner Vorlage (Art. 48 I) entspricht – auch dann, wenn es mit der relativen Zweidrittel-Mehrheit des Art. 49 I schon „bei der ersten Abstimmung“ *secundum senatus consultum* beschlossen wurde? Ein solcher Einspruch wäre nur dann kein *venire contra factum proprium*, wenn er von einem „neuen“ Senat eingelegt würde. Die Auswechslung einzelner Senatoren würde nur dann genügen, wenn sie von einer entsprechenden Änderung der parlamentarischen Basis des Senats begleitet wäre. In einem parlamentarischen Regierungssystem ist es widersinnig, daß die Regierung einem von ihr initiierten, vom Parlament total akzeptierten Gesetz widerspricht. Ein solcher Widerspruch setzt „systemimmanent“ einen Regierungswechsel voraus.

⁷ Dieser Treue verdankt Hamburg seinen gewaltigen Aufstieg nach der Reichsgründung von 1870/71. Daß sich eine Konflikt-Strategie nicht auszahlt, erfährt es seit der Bonner „Wende“ von 1982/83.

6. Das halte ich für eine auch rechtliche, nicht bloß politische Überlegung. Doch ist generell zu fragen, wie sich die Beteiligung des Senats an der Legislative mit dem parlamentarischen Regierungssystem verträgt und welches Gewicht ihr in der politischen Realität des Stadtstaats Hamburg zukommt.

a) Das Initiativrecht der Regierung ist mit dem parlamentarischen System jedenfalls solange voll verträglich, als Gesetzesvorlagen auch von Abgeordneten eingebracht werden können und diese keinen geringeren Rang haben als die Regierungsvorlagen⁸.

In einem Staat mit Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes kann man nicht ohne Gesetze regieren. Um ihren Erlaß und ihre Änderung – notfalls auch um ihre Abschaffung als überflüssig oder hinderlich – muß daher die Regierung das Parlament ersuchen können – eine parlamentarisch legitimierte Regierung erst recht. Überdies verfügt die Regierung in der Regel über den besseren Apparat und die größeren Ressourcen zur Erarbeitung sach- und fachgerechter Gesetzentwürfe, zumal gegenüber einem „Feierabend-Parlament“, als welches sich die Hamburger Bürgerschaft immer noch mit Recht bezeichnen darf, weil die meisten Abgeordneten keine Berufspolitiker sind und der parlamentarische Hilfsdienst in Hamburg noch längst nicht die Ausmaße des Bonner Bundestags und der Landtage der größeren Flächenstaaten erreicht hat.

b) Problematischer ist das Vetorecht des Senats nach Art. 50. Zu seiner Bewertung muß man unterscheiden, ob der Senat noch eine parlamentarische Mehrheit besitzt oder sie verloren hat.

(1) Das Veto eines Mehrheits-Senats mag selten sein, ist aber nicht unreal. Kämpfe zwischen Koalitionspartnern bei einer Koalitionsregierung oder Flügelkämpfe innerhalb der regierenden Partei können auf diese Weise parlamentarisch und damit öffentlich ausgetragen werden, ohne daß die *res publica detrimenti capit*. Populistische Neigungen können sich austoben: der Senat kalmiert durch sein Veto. Das kann sogar vorher abgesprochen sein. Senat und Mehrheitsfraktion(en) können kolludieren: Die Abgeordneten salvieren sich vor ihren Wählern mit dem Veto des angeblich sturen oder zu ängstlichen oder zu wenig fortschrittlichen Senats – im Falle einer Koalitionsregierung auch damit, daß die guten von der Opposition unterstützten Absichten im Senat am sitzstärkeren Koalitionspartner gescheitert seien; denn im Senat bestimmt die Mehrheit, ob das Veto eingelegt wird (Art. 42 II). Der „Senatspräsident“, der „Erste Bürgermeister“ (Art. 41 I), hat keine

⁸ Diese werden freilich in der geschäftlichen Behandlung durch Art. 49 bevorzugt, vgl. oben 2.

Richtlinienkompetenz, sondern nur den Stichentscheid bei Stimmengleichheit (Art. 42 II 2).

Diese Vorschrift schreibt den Stichentscheid dem „Vorsitzenden“ zu. Das ist nicht notwendig der „Präsident“ des Senats, der „Erste Bürgermeister“ des Art. 41. Der kann an der Sitzungsteilnahme und der Beschlußfassung verhindert sein. Dann leitet sein Stellvertreter, der „Zweite Bürgermeister“ (Art. 41 I), die Sitzung, bei dessen Verhinderung der dienstälteste bzw. lebensälteste Senator, § 2 II Senats-Geschäftsordnung vom 13. 11. 1979.

(2) Weitaus bedeutsamer ist das Vetorecht des Senats als Minderheitsregierung. Mit seiner Hilfe kann er die Mehrheit der Bürgerschaft mindestens zeitweise an einer Gegenregierung durch Gesetzgebung hindern. Andererseits kann auch der Senat, nachdem er die Mehrheit verloren hat, kaum noch ein Gesetz in der Bürgerschaft durchbringen, womit ihm ein wesentliches Instrument des Regierens entzogen wird. Beide Verfassungsorgane blockieren sich hier gegenseitig. Doch sitzt die Bürgerschaft insoweit am längeren Hebel, als sie das Veto des Senats mit absoluter Mehrheit niederstimmen kann, während der Senat weder ohne Bürgerschaft noch gegen den Willen ihrer Mehrheit liefern kann. Das verfassungsrechtliche Übergewicht der Bürgerschaft als Legislative hat der Minderheitssenat nur so lange und soweit nicht zu fürchten, als die Mehrheit heterogen ist: sich nur in der Ablehnung des Senats und seiner Politik einig ist, aber sich auf keinem Sachgebiet zu gemeinsamem Vorgehen zu verständigen vermag. Daß aber auch verfeindete Fraktionen sich in Einzelfragen gegen den Senat und dessen Fraktion verbünden können, hat sich nach der Wahl vom 9. November 1986 gezeigt: Aufhebung der Getränkesteuer, Herabsetzung der Hundesteuer und der Müllabfuhrgebühren. Resigniert hat der Senat nach erfolgloser Aussetzung der zweiten Lesung (Art. 49 II 4 Halbsatz 2) kein Veto mehr eingelegt, dessen Erfolglosigkeit die parlamentarische Schwäche des Senats erneut manifestiert hätte.

7. Der Senat verfügt nach Verlust seiner parlamentarischen Mehrheitsbasis nicht über mehr Rechtsetzungsmacht als vorher.

a) Er hat weder ein Recht zur Notstandsgesetzgebung noch zu Notverordnungen⁹. Der auf den Fall des destruktiven Mißtrauensvotums gemünzte Art. 81 GG, der eine Minderheitsregierung noch für sechs Monate handlungsfähig erhalten soll¹⁰, hat in der Verfassung Hamburgs kein Pendant.

⁹ Die Rechtsetzungsbefugnis im Verteidigungsfall nach Art. 115 i GG gehört nicht hierher.

¹⁰ Bis heute noch nicht aktuell geworden.

b) Dieses Defizit wiegt freilich auf Landesebene weit geringer als im Bund; denn der Schwerpunkt der Gesetzgebung hat sich in den bald 40 Jahren seit Gründung der Bundesrepublik immer stärker zum Bund verschoben. Der den Ländern verbliebene Rest nimmt im Gesamtgefüge der Länderkompetenzen schon lange nicht mehr den ersten Rang ein. Die exekutivischen Kompetenzen der Länder einschließlich der personellen sind auch politisch wichtiger als die legislativen – zumal in einer Stadtrepublik wie Hamburg, wo „staatliche und gemeindliche Tätigkeit nicht getrennt werden“ (Art. 4 I).

Diese Unifikation ist eine „schreckliche Vereinfachung“, eine Fehlkonstruktion der Verfassung von 1952. Sie ist eine wesentliche Ursache für die Schwierigkeiten einer erfolgreichen Politik der Hansestadt und für den Rückfall Hamburgs sowohl in der Rangordnung der Handelsmetropolen und Seehäfen der Welt als auch unter den Ländern der „Bundesrepublik Deutschland“. Staatliche und kommunale Funktionen und Agenden müssen auch in Stadtstaaten unterschiedlich gewertet, geordnet und behandelt werden.

c) Wenig bis nichts hilft dem in die parlamentarische Minderheit geratenen Senat sein Recht zur Mobilisierung des Bürgerausschusses nach Art. 31 II Nr. 3, worüber oben 3 a) berichtet wurde. Abgesehen davon, daß der Senat dort nur solche „gesetzlichen Vorschriften“ einbringen kann, die so „dringlich“, d. h. eilig und wichtig, sind, daß ihre verfassungsmäßige Behandlung durch das Plenum der Bürgerschaft nicht abgewartet werden kann¹¹, scheidet der Senat bei politisch kontroversen Themen in der Regel am Verlust seiner parlamentarischen Mehrheit; denn der Bürgerausschuß spiegelt die Mehrheitsverhältnisse des Plenums (Art. 27).

Gewiß kann die Reduzierung von 120 auf 20 + 1 zu Verschiebungen führen: Die Änderung der Quantität kann in die Qualität umschlagen. Aber daß der Senat im Bürgerausschuß die im Plenum verlorene Mehrheit wiederfindet, ist wenig wahrscheinlich, zumal nach jeder Wahl die Bürgerschaft den neben dem Eingabenausschuß (Art. 25 a) einzigen obligatorischen Ausschuß neu zu bilden hat (arg. Art. 26/27). Diesem Bürgerausschuß widmet die Verfassung sechs teilweise umfangreiche Artikel. Seine praktische Bedeutung ist gering. Als Instrument eines Senats zum Weiterregieren nach Verlust der Bürgerschaftsmehrheit taugt er nicht. Ein Senatsregiment qua Bürgerausschuß ermöglicht die Verfassung nicht.

¹¹ S. o. sub 3 a).

B. Der Einfluß der Bürgerschaft auf Bestand und Besetzung des Senats

I.

Anders als im Bund, dessen Parlament nur den Regierungschef zu wählen hat, wird in Hamburg der gesamte Senat von der Bürgerschaft kreiert. Das geschieht – jedenfalls nach dem Verfassungstext – nicht durch einen Gesamttakt: etwa durch Zustimmung oder Ablehnung eines Kabinetts, das dessen zuvor gewählter Präsident gebildet hat und der Bürgerschaft präsentiert. Das scheitert schon daran, daß der „Präsident“ des Senats, der „Erste Bürgermeister“, nach Art. 41 I nicht von der Bürgerschaft, sondern vom Senat „aus seiner Mitte“ gewählt wird. Die Bürgerschaft wählt nur den Senat, und diesen auch nur derart, daß sie „die Senatoren“ wählt (Art. 34 I).

1. Dies kann nicht nur durch individuellen Akt: durch getrennte Wahl jedes einzelnen Senators, geschehen, sondern auch durch Kollektivakt: durch Wahl des Senats. Diese Form der parlamentarischen Regierungsbildung sieht Art. 35 II neben der Inthronisierung einzelner Regierungsmitglieder ausdrücklich vor. Er regelt das sogenannte konstruktive Mißtrauensvotum, das sowohl dem Senat als ganzem als auch einzelnen Senatoren ausgesprochen werden kann – freilich nur durch Neuwahl eines anderen Senats bzw. eines anderen Senators. Da Art. 35 II offensichtlich das Gegenstück zu Art. 34 I bildet¹² und da kein Grund ersichtlich ist, in diesem Punkt die parlamentarische Regierungsbildung unterschiedlich zu behandeln, muß Art. 34 I von Art. 35 II her interpretiert werden: „Die Senatoren“ können auch kollektiv gewählt werden: auch in Gestalt der Wahl eines kompletten Senats.

2. Die scheinbare Divergenz zwischen Art. 34 I und Art. 35 II läßt nach dem Anwendungsbereich des Art. 34 I fragen. Er setzt offensichtlich eine Vakanz auf der Regierungsbank voraus – sei es eine totale: kein Senat – sei es eine partielle: eine oder mehrere Senatorenstellen sind frei. Diese Situation tritt aber – nach der Bildung des ersten Senats vor vielen Jahrzehnten – nur ein, wenn „der Senat oder einzelne Senatoren zurücktreten“, was sie nach Art. 35 I „jederzeit können“. Können, nicht müssen! Ein Mißtrauensvotum der Bürgerschaft zwingt sie nicht zum Rücktritt, sondern feuert sie, wenn es verfassungskorrekt ausgesprochen wird: Die Neuwahl eines anderen Senats oder anderer Senatoren „ersetzt“ die alten (Art. 35 II). Deren Rücktritt ist weder erforderlich noch möglich; sie sind durch die Neuwahl „zurückgetreten worden“.

¹² Beide Wahlen erfordern die einfache absolute Mehrheit, also 61 Pro-Stimmen.

II.

Keine Rücktrittspflicht des Hamburger Senats wird durch Neuwahlen begründet, im Gegensatz zur Verfassung des Bundes¹³ und der meisten Länder¹⁴, wo das Regierungsamt spätestens mit dem Zusammentritt des neuen Parlaments endet.

Dieses Junktum zwischen Legislaturperiode und Regierungsdauer entspricht dem Diskontinuitäts-Prinzip des Parlamentarismus, das sich auf jede Regierung erstrecken muß, die ihre Existenz parlamentarischer Wahl verdankt, mag auch diese sich auf den Chef der Regierung beschränkt haben. Hamburgs Verfassung läßt die bisherige Regierung im vollen Amt, auch wenn sie durch die Bürgerschaftswahl ihre parlamentarische Basis verloren hat. Das widerspricht dem Prinzip parlamentarischer Regierung nicht, wenn die Neuwahl eine neue – andere – regierungsfähige Mehrheit beschert hat: Die „ersetzt“ dann den alten, von den Bürgern in der Wahl abgelehnten Senat durch einen neuen, den die Mehrheit der Abgeordneten tragen kann und wird und der sich auf sie stützt.

Geschieht das nicht, so bleibt der alte Senat am Ruder. Auch das ist noch systemkonform: Die parlamentarische Regierung setzt die Regierungsfähigkeit des Parlaments voraus. Daran fehlt es, wenn keine Partei die (einfache) absolute Mehrheit besitzt und keine über diese Mehrheit verfügende Koalition zustandekommt. Dann kann sich die destruktive Mehrheit nicht beklagen, daß die bisherige Regierung, obwohl sie im Parlament nur noch von einer Minderheit getragen wird, weiter amtiert; denn regiert werden muß ja das Land! Eine Minderheitsregierung ist im parlamentarischen Regierungssystem legitim, solange und soweit das Parlament zur Bildung einer regierungsfähigen Mehrheit und damit einer Mehrheitsregierung nicht willens oder nicht fähig ist.

III.

Die Größe des Senats ist weder durch die Verfassung festgelegt, noch steht sie, wie im Bund und den meisten Ländern^{14a}, zur Disposition des Regierungschefs, den es ja in Hamburg nicht gibt¹⁵. Vielmehr wird die Zahl der von ihr zu wählenden Senatoren von der Bürgerschaft

¹³ Art. 69 II GG.

¹⁴ Art. 55 Abs. 2 Verf. Baden-Württemberg; Art. 107 Abs. 2 Verf. Bremen; Art. 113 Abs. 2 Verf. Hessen; Art. 24 Abs. 2 Verf. Niedersachsen; Art. 62 Abs. 2 Verf. Nordrhein-Westfalen; Art. 87 Abs. 3 Verf. Saar; vgl. ferner Art. 44 Abs. 1, 5 Verf. Bayern.

^{14a} In der Verfassung ist die Ministerzahl festgelegt in Bayern Art. 49 und in Berlin Art. 40.

¹⁵ S. o. A 6 b) (1).

bestimmt; denn nach Art. 33 II „bestimmt das Gesetz die Zahl der Senatsmitglieder“^{15a}.

1. Dies ist im Senatsgesetz durch Fixierung einer Mindestzahl von zehn und einer Höchstzahl von 15 Senatoren geschehen (§ 1 Abs. I). Die Wahl zwischen diesen sechs Möglichkeiten soll die Bürgerschaft durch Beschluß treffen (§ 1 Abs. II SenatsG). Das verstößt sicher gegen Art. 33 II Verf., der Gesetzesform vorschreibt. Mit Abs. II des § 1 SenatsG fällt aber auch dessen Abs. I; denn wenn für jede Größenbestimmung ein förmliches Gesetz nötig ist, läuft die einfachgesetzliche Fixierung einer Ober- und Untergrenze leer. Sie hat nur Sinn, wenn die Zahlenbestimmung innerhalb dieser Grenze in anderer, einfacherer Form als durch Gesetz erfolgt. Das aber erlaubt Art. 33 II Verf. nicht.

Der Unterschied von Gesetz und Beschluß ist hier nicht deshalb unerheblich, weil für beide die einfache relative Mehrheit genügt; denn Art. 19 gilt auch für Gesetzes-Beschlüsse. Aber nur sie unterliegen den komplizierten Verfahrensvorschriften des Art. 49 und dem Veto des Senats nach Art. 50 – nicht auch die „einfachen“ Beschlüsse¹⁶.

2. Ihr ausschließliches Recht zur Bestimmung der Senatorenzahl setzt die Bürgerschaft in stand, Senatoren zum Rücktritt zu nötigen, indem sie die bisherige Zahl reduziert. Weitergehend ermächtigt Art. 35 III sie zur Entscheidung darüber, welcher Senator als überzählig weichen muß. Nach Art. 35 III kann die Bürgerschaft mit einfacher Mehrheit¹⁷ eine der Herabsetzung der Senatorenzahl „entsprechende Zahl von Mitgliedern“ des Senats „entlassen“.

a) Macht sie davon keinen Gebrauch, so überläßt sie den Senatoren die Entscheidung, wer von ihnen zurücktritt¹⁸. Das Kollegium „Senat“ kann diese Entscheidung nicht treffen, insbesondere nicht durch Mehrheitsbeschluß nach Art. 42 II (1), sondern nur erörtern und beraten, wer geopfert werden oder sich opfern soll. Doch kann der Senat auf seine Verstümmelung – und erst recht auf den gezielten Herausschuß bestimmter Mitglieder nach Art. 35 III – mit seinem Gesamtrücktritt reagieren. Daß er damit die Mehrheit, welche die Verstümmelung und den Herausschuß beschloß, erschreckt, ist wenig wahrscheinlich; meist wird der Gesamtrücktritt den Wünschen der Mehrheit entsprechen, war er ihr Fernziel bei ihren Beschlüssen aus Art. 33 II und 35 III und § 1 II SenatsG.

^{15a} Ebenso Art. 107 I Verf. Bremen.

¹⁶ Über die Haushaltsbeschlüsse vgl. oben A 3 b).

¹⁷ Die Klausel „mit der Mehrheit der Abgeordnetenstimmen“ in Art. 35 III ist angesichts der Generalklausel des Art. 19 überflüssig. Sie bewirkt keinerlei Erschwerung in der Beschlußfassung der Bürgerschaft.

¹⁸ Nach Art. 35 I 1 kann jeder Senator „jederzeit zurücktreten“.

b) Solche Beschlüsse hat der Senat nicht zu befürchten, solange er in der Bürgerschaft über eine Mehrheit verfügt. Gefährlich wird die Doppelkompetenz der Bürgerschaft zur Herabsetzung der Senatorenzahl und zur namentlichen Bezeichnung der überzähligen Senatoren nur gegenüber einer Minderheitsregierung, also insbesondere nach Neuwahlen, die eine destruktive Mehrheit ergeben haben. Eine neue konstruktive Mehrheit bedarf der umständlichen Manipulation der Senatorenzahl nicht, um den alten Senat zu stürzen: Sie wählt einen neuen (anderen) Senat (Art. 34 I, 35 II). Die destruktive Mehrheit vermag dies nicht, kann aber sehr wohl sich verständigen auf die Destruktion des alten Senats durch dessen Verkleinerung. Dabei gibt ihr Art. 35 III die Möglichkeit, die profiliertesten Mitglieder des Senats, insbesondere den Ersten Bürgermeister, abzuschießen. Sie vermag Hamburg in der Tat unregierbar zu machen.

Offensichtlich kollidiert dies mit Art. 35 Abs. II, wonach sowohl der Gesamtsenat als auch seine einzelnen Mitglieder nur durch „Neuwahl ersetzt“, also nicht ersatzlos abgewählt werden können. Aber Abs. III eröffnet ausdrücklich die Möglichkeit zur Abwahl einzelner Senatoren ohne Neuwahl und Ersetzung. Der Gebrauch des Abs. III durch eine destruktive, d. h. zur Regierungsbildung unfähige oder unwillige Mehrheit kann daher nicht als Umgehung des Abs. II disqualifiziert werden¹⁹ – um so weniger, als, wie gezeigt, eine konstruktive Mehrheit den Art. 35 III nicht benutzt, weil nicht benötigt. Praktisch-politische Bedeutung kommt den Kompetenzen der Bürgerschaft aus Art. 34 II²⁰ und vor allem aus Art. 35 III erst und wohl nur zu, wenn der Senat seine parlamentarische Mehrheit verloren hat. Zwar kann die Größenänderung auch vom Senat gewünscht, ja sogar beantragt sein, aber selten eine Verminderung bei Konstanz der parlamentarischen Basis. Mit Sicherheit ist der parlamentarische Abschuß eines Senators nach Art. 35 III erst real denkbar, wenn der Senat nicht mehr die Mehrheit der Bürgerschaft hinter sich hat.

IV.

Die Verfassungsnovelle von 1972 hat das Senatorenamt und das Bürgerschaftsmandat für inkompatibel erklärt: Nach Art. 38 a ruht das Mandat. Das widerspricht dem Prinzip parlamentarischer Regierung, das am reinsten verwirklicht ist, wenn die Regierung nur aus Parlamentariern besteht. Das Prinzip der Gewaltenteilung vermag die Regelung

¹⁹ Nach *Drexelius/Weber*, Art. 35 Nr. 3 hat die verfassungsgebende Bürgerschaft „die Umgehungsgefahr bewußt in Kauf genommen“.

²⁰ Inclusive § 1 II SenatsG.

nicht zu rechtfertigen; denn das parlamentarische Regierungssystem ist eine der markantesten Durchbrechungen der klassischen Gewaltentrennung, indem es Parlament und Regierung aufs engste miteinander verzahnt.

V.

Verunglückt ist auch Art. 36 über die Folgen der Verneinung einer Vertrauensfrage des Senats.

1. Von den²¹ in Abs. I Satz 1 aufgezählten Befugnissen sind diejenigen nach Nr. 1 und 2 selbstverständlich: die Wahl eines neuen Senats und der nachträgliche Vertrauensauspruch. Nur das Selbstauflösungsrecht nach Nr. 3 ist originär und originell. Nur dieses Recht unterliegt der Befristung auf drei Monate nach Eingang des Vertrauensantrags, während das Recht der Bürgerschaft zur Ersetzung des alten Senats durch einen anderen nicht fristgebunden ist, weil es bereits aus Art. 35 II, nicht erst aus Art. 36 I 1 Nr. 1 resultiert. Das Ersetzungsrecht der Bürgerschaft aus Art. 35 II ist weder an eine Frist noch an eine Vertrauensfrage des Senats gebunden.

2. Der Senat bleibt während der dreimonatigen Überlegungsfrist, die Art. 36 I der Bürgerschaft einräumt, im Vollbesitz seiner verfassungsrechtlichen Kompetenzen. Die Verweigerung des Vertrauens schmälert sie nicht²¹. Im Gegenteil werden sie erweitert durch das Recht des Senats, die Bürgerschaft binnen zwei Wochen nach Ablauf der ihr eingeräumten Dreimonatsfrist aufzulösen (Art. 36 I 2).

Diese Frist ist viel zu lang, wie ein Blick auf den Art. 36 HmbVerf. entsprechenden Art. 68 GG zeigt. Der räumt Bundeskanzler und Bundespräsident eine Überlegungsfrist von längstens drei Wochen (!) ein. Und wozu braucht der Senat nach Ablauf der drei Monate noch einmal zwei Wochen zur Entscheidung, ob er ans Wahlvolk appelliert oder ob er trotz Verlust seiner parlamentarischen Basis weiterwurstelt oder diese Basis wiederherzustellen versucht? Denken die Hamburger so viel langsamer als die Bonner Politiker?!

3. Sinn und praktische Bedeutung erlangt Art. 36 nur beim Bruch einer den Senat tragenden Koalition – bei einer Einparteien-Regierung nur bei einem Zerfall der Regierungspartei oder ihrer Fraktion in sich befehrende Flügel²². Beim Koalitionsbruch gibt es die Alternativen einer

²¹ Über Art. 67 II s. u. C II.

²² Dieser Tatbestand ist die Hauptursache der „Hamburger Verhältnisse“, Hamburgs angeblicher Unregierbarkeit und vieler seiner Schwächen trotz natürlicher Stärke: die Zerrissenheit der SPD in mindestens drei Flügel, die ihre Fraktion und ihren Senat führungsunfähig macht.

neuen, anderen Koalition und Neuwahlen. Beide Möglichkeiten versagen beim Bruch des Burgfriedens innerhalb der alleinigen Senatspartei. Deren Streitigkeiten vermag das Wahlvolk nicht zu entscheiden; es kann nur – günstigsten Falls – insoweit Einfluß nehmen, als es sich von der Streitpartei abwendet, sie in die Minderheit versetzt. Diese Gefahr dürfte die Mehrheitspartei vermutlich abschrecken, sie also an der Selbstauflösung der Bürgerschaft nach Art. 36 I 1 Nr. 3 hindern. Es ist wenig wahrscheinlich, daß sie ihren internen Streit der Wählerschaft zur Entscheidung unterbreitet.

C. Die Haushaltswirtschaft der Minderheitsregierung

Ihre verfassungsrechtlichen Kompetenzen sind nicht geringer als die der Mehrheitsregierung, aber ihre reale Handlungsfähigkeit ist reduziert: Ihre Gesetzentwürfe werden regelmäßig, ihr Haushaltsplan immer von der Bürgerschaft abgelehnt werden. Auch die Ermächtigung zur vorläufigen Haushaltsführung nach Art. 67 wird die Bürgerschaft einem Minderheitssenat schwerlich erteilen.

I.

Die Verweigerung dieser Ermächtigung legt den Senat haushaltswirtschaftlich nicht total lahm: Einen wesentlichen Teil der in Art. 67 I aufgezählten Maßnahmen darf²³ der Senat auch ohne parlamentarische Absegnung durch Haushaltsplanfeststellung nach Art. 66 II oder Ermächtigung nach Art. 67 I treffen.

1. Mit Sicherheit muß der Senat „die rechtlich begründeten Verpflichtungen der Freien und Hansestadt Hamburg erfüllen“²⁴ und die rechtlich begründeten Forderungen der Stadt bei Fälligkeit einziehen, insbesondere die der Stadt rechtens zustehenden öffentlichen Abgaben²⁵ erheben²⁶. Aber auch die Ausgaben zur Erhaltung „bestehender Einrichtungen“²⁷ zu leisten, dürfte der Senat in jedem Fall berechtigt und in den meisten Fällen verpflichtet sein. Zweifelhaft ist die parlamentsfreie Kompetenz des Senats für „Ausgaben“ zur Durchführung „beschlossener Maßnahmen“²⁸; sie dürfte zu bejahen sein für die Maßnahmen, welche die Bürgerschaft beschlossen oder gebilligt hat. Auch bei den Ausgabezwecken und -objekten des Art. 67 I Nr. 1 lit. c) muß m. E.

²³ Meist sogar *muß* er.

²⁴ Art. 67 I Nr. 1 lit. b).

²⁵ „Steuern und andere Abgaben, die auf Gesetz beruhen“, Art. 67 I Nr. 3.

²⁶ Vgl. Art. 67 I Nr. 2 und Nr. 3.

²⁷ Art. 67 I Nr. 1 lit. a).

²⁸ Art. 67 I Nr. 1 lit. a) zweite Alternative.

differenziert werden: Begonnene „Bauten“ „fortzusetzen“ ist wirtschaftlicher als ihre Unterbrechung – und ist demokratisch unbedenklich, wenn „bereits“ im parlamentarisch abgesetzten Haushaltsplan des „Vorjahres“ „Mittel“ für diese „Bauten“ bewilligt waren, wie es Art. 67 I Nr. 1 lit. c) verlangt. Für die in dieser Vorschrift ferner angeführten „Beschaffungen“ kann das bei den „Bauten“ verwendete Argument der Wirtschaftlichkeit ebenso zutreffen – ob auch für die „sonstigen Leistungen“, weiß ich mangels Vorstellung über diesen Begriff nicht. „Beihilfen für diese Zwecke weiter zu gewähren“²⁹ halte ich den Senat ohne parlamentarische Ermächtigung nicht für berechtigt – vielleicht mit Ausnahme von Beihilfen zu bereits begonnenen „Bauten“. Daß „für diese Zwecke“ „durch den Haushaltsplan eines (!) Vorjahres bereits Mittel bewilligt waren“³⁰, genügt nicht für einen Senat, dem die Bürgerschaft die Ermächtigung „zur Fortführung des Haushaltsplans“³¹ verweigert hat.

2. Soweit der Senat auch ohne die Ermächtigung des Art. 67 I Ausgaben leisten darf, muß er zur Aufnahme von „Kassenkrediten“ im gleichen Umfange wie nach Art. 67 I Nr. 3 berechtigt sein: „soweit nicht der Geldbedarf durch Steuern und andere Abgaben, die auf Gesetz beruhen, oder aus sonstigen Einnahmen gedeckt werden kann“.

a) „Kassenkredite sind Mittel zum Ausgleich kurzfristiger Liquiditätsschwankungen“³². Sie dienen „zur Aufrechterhaltung einer ordnungsmäßigen Kassenwirtschaft“, § 18 II Nr. 2 Landeshaushaltsordnung [LHO], die sie als „Kassenverstärkungskredite“ bezeichnet. Ihnen stellt sie die Kredite „zur Deckung von Ausgaben“ (§ 18 II Nr. 1) gegenüber. Zur Aufnahme solcher „Deckungskredite“ ist der Senat bei nicht verabschiedetem Haushaltsplan nicht einmal dann befugt, wenn ihm die Bürgerschaft die Ermächtigung des Art. 67 II erteilt hat. Für die Deckungskredite bleibt es in jedem Falle bei Art. 72, der für die Beschaffung von „Geldmitteln im Wege des Kredits“ einen Beschluß der Bürgerschaft verlangt.

b) Diese Vorschrift findet nach dem oben zitierten Urteil des Landesverfassungsgerichts keine Anwendung auf Kassenkredite. Art. 72 soll nach Ansicht dieses Gerichts³³ ferner nicht für Umschuldungskredite gelten, insbesondere nicht für Tilgungskredite, d. h. für neue Schulden,

²⁹ Letzte Alternative von Art. 67 I Nr. 1 lit. c).

³⁰ Art. 67 I Nr. 1 lit. c).

³¹ Art. 67 II ultimo.

³² HambVerfG 1/84 v. 30. 5. 1984 sub B II 1 der Entscheidungsgründe, veröffentlicht in HmbJVBl. 1984, 169 ff; auszugsweise in DÖV 1985, 456.

³³ AaO sub B I 1 lit. b).

mit denen alte Schulden bei Fälligkeit erfüllt werden, sondern nur für Kredite, mit denen neue Fehlbeträge gedeckt werden – nur Kredite, welche die bisherige Schuldenlast, das „Schuldenniveau“ erhöhen, nicht bloß, wie angeblich die Tilgungskredite, die „Schuldenstruktur“ verändern. Dem korrespondiert die Auslegung – richtiger: die Durchbrechung – des Art. 66 I, der verlangt, daß „alle Einnahmen und Ausgaben in den Haushaltsplan eingestellt werden müssen“. Das Verfassungsgericht läßt genügen, daß nur die Neuverschuldung dokumentiert wird, wie es § 15 I LHO in der Neufassung durch das Haushaltsbegleitgesetz 1984³⁴ vorschreibt. Der dort vorgenommene Übergang von der Brutto- zur Nettoveranschlagung ist bundesrechtlich ermächtigt durch § 12 I 2 Haushaltsgrundsätze-Gesetz 1969. Das wiederum beruht auf der Grundgesetznovelle vom 12. 5. 1969 über die Finanzreform. Deren Väter hingen dem „Nettokreditprinzip“ an in dem Irrglauben, daß nur die Neuverschuldung der öffentlichen Hand volkswirtschaftlich erheblich sei³⁵.

c) Vom Boden dieses Nettokreditprinzips, das in die Neufassung des § 15 I LHO übernommen und vom Landesverfassungsgericht abgesegnet wurde, wird die Umschuldung von Krediten³⁶, die Aufnahme neuer Kredite zur Tilgung alter Kredite bei deren Fälligkeit, nicht vom Budgetrecht des Parlaments erfaßt. Sie steht dann weder unter Gesetzesvorbehalt noch unter dem Vorbehalt eines zustimmenden oder ermächtigenden Beschlusses der Bürgerschaft. Zur Aufnahme reiner Tilgungskredite bedarf daher der Senat weder der bürgerschaftlichen Ermächtigung des Art. 67 II noch der des Art. 72.

d) Das gilt nicht für die Umwandlung von Kassenkrediten in Deckungskredite, wozu Art. 2 Haushaltsbegleitgesetz 1984 für die Fehlbeträge der Haushaltsjahre 1982 und 1983 ermächtigte³⁷. Daß diese „Umwandlung“, diese „Altlastenfundierung“, unter „Netto“, nicht unter „Brutto“ verbucht werden muß, also an Art. 72 zu messen ist, hat das Verfassungsgericht³⁸ zutreffend festgestellt. Im Geltungsbereich des Art. 72 aber ist für parlamentsfreie Entscheidungen des Senats kein Raum.

3. Weitere Kreditkompetenzen des Senats ergeben sich aus § 18 II und III LHO.

³⁴ GVBl. 1984, 343.

³⁵ Ausführlich dazu und dagegen meine dissenting opinion zu Teil I des zitierten Urteils des Landesverfassungsgerichts, mitveröffentlicht aaO.

³⁶ Ausgenommen die Umwandlung von Kassenkrediten in Deckungskredite, s. u. d).

³⁷ Wen es ermächtigte, sagte das Gesetz nicht.

³⁸ AaO sub B II der Entscheidungsgründe.

Abs. III handelt von Kreditermächtigungen, die im alten verabschiedeten Haushaltsplan erteilt, aber im alten Haushaltsjahr nicht voll ausgenutzt wurden. Wenn der Haushalt für das neue Jahr „nicht rechtzeitig festgestellt“ wird, gelten die nicht ausgenutzten Ermächtigungen weiter:

- bei den Deckungskrediten bis längstens zum übernächsten Haushaltsjahr,
- bei den Kassenkrediten bis zur Feststellung des Haushaltsplans für das nächste Jahr.

Die dadurch eröffneten Möglichkeiten zur Aufnahme von Krediten stehen auch dem Minderheitssenat offen – genauso wie das Recht zur Aufnahme neuer Kassenkredite nach Rückzahlung der alten (§ 18 II Nr. 2 Satz 2 LHO).

II.

Eine seltsame Regelung trifft Art. 67 Abs. II für den Fall, daß der Senat seinen Antrag auf Erteilung einer Ermächtigung nach Abs. I mit der Vertrauensfrage des Art. 36 verbindet, dafür aber nicht die (einfache) absolute Mehrheit findet³⁹. Dann soll der Senat, wenn die Bürgerschaft in der Dreimonatsfrist des Art. 36 I untätig bleibt, auch ohne ihre Zustimmung im Umfange des Art. 67 I „zur Fortführung des Haushaltsplans“, d. h. zur Haushaltsführung ohne parlamentarisch festgestellten Haushaltsplan, berechtigt sein. Er soll es schon vor Ablauf der Dreimonatsfrist sein, wenn vorher das neue Rechnungsjahr beginnt.

1. Diese Fristenregelung ist unverständlich, die Dreimonatsklausel neben dem „Beginn des neuen Rechnungsjahres“ überflüssig. Im alten Rechnungsjahr ist der Senat durch den von der Bürgerschaft verabschiedeten Haushaltsplan ermächtigt. An dessen Ausführung kann der Senat nicht durch Verneinung der Vertrauensfrage gehindert sein; denn diese Frage wird für die Ermächtigung zur Haushaltsführung im „neuen Rechnungsjahr“ gestellt, nicht für die Haushaltswirtschaft im alten Jahr, worüber die Bürgerschaft längst durch Verabschiedung des alten Haushaltsplans entschieden hat. Die Ermächtigung des Art. 67 I wird nur und erst für das „neue Rechnungsjahr“, „für das folgende Jahr“, benötigt, für das der Haushaltsplan noch „nicht festgestellt worden ist“. Für dieses neue Jahr aber wird die Ermächtigung mit seinem Beginn benötigt. Dem trägt Art. 67 II mit seiner „spätestens“-Klausel Rechnung. Aber das „spätestens“ ist verfehlt; im Gegenteil gewinnt der Senat das parla-

³⁹ Diese Voraussetzung fehlt im Tatbestand des Art. 67 II, ist aber notwendig und vom Gesetzgeber stillschweigend mitgedacht.

mentsfreie Recht zur Haushaltsfortführung frühestens mit dem Beginn des neuen Haushaltsjahres. Die Dreimonatsklausel des Art. 67 II läuft also leer; sie kann ersatzlos gestrichen werden.

2. Wie, wenn der Senat für seinen Antrag auf Ermächtigung nach Art. 67 I nicht die Vertrauensfrage stellt, aber nicht einmal die einfache relative Mehrheit des Art. 19 findet? Dann ist er zur vorläufigen Haushaltsführung nur in dem unter I. dargestellten Umfange ermächtigt, nicht im vollen Umfang des Art. 67 Abs. I. Dessen Abs. II ist nicht anwendbar; aus ihm ist ein Umkehrschluß, nicht ein Analogieschluß zu ziehen. Der Unterschied, ob der Senat seinen Ermächtigungsantrag mit oder ohne Vertrauensfrage gestellt hat, ist wesentlich. Daß der Senat sich über das negative Votum der Bürgerschaft hinwegsetzen darf, ist oder erscheint nur dann vertretbar, wenn die Bürgerschaft von ihren Möglichkeiten aus Art. 36 I keinen Gebrauch gemacht hat. An dieser Herausforderung der Bürgerschaft durch die Vertrauensfrage des Senats fehlt es bei der schlichten Ablehnung eines Senatsantrags. Dieser Ablehnung muß sich der Senat beugen; gegen sie kann er nicht, wie bei verweigerem Vertrauen, nach von der Bürgerschaft ungenutztem Ablauf der Dreimonatsfrist des Art. 36 durch Auflösung der Bürgerschaft ans Volk appellieren.

III.

Das zu I. und II. Ausgeführte zeigt: Weit wesentlicher für die Regierungsfähigkeit, für die politische Gestaltungskraft des Senats, als das Fehlen einer parlamentarischen Ermächtigung zur Haushaltsfortführung nach Art. 67 ist das Fehlen eines parlamentarisch abgesetzten Haushalts nach Art. 76.

1. Die Differenz zwischen den Senatsbefugnissen bei Vorliegen und bei Fehlen dieser Ermächtigung ist weit geringer als die Differenz zwischen einer Senatsregierung mit und ohne verabschiedeten Haushalt. Auch der nach Art. 67 ermächtigte Senat ist auf die Aufrechterhaltung einer geordneten Staatswirtschaft, auf die Fortführung des schon vom Parlament Beschlossenen oder Gebilligten⁴⁰, beschränkt. Zu neuen Projekten legitimiert die Ermächtigung des Art. 67 den Senat nicht. Sie ist konservierend, nicht progressiv und nicht innovativ orientiert. Eine „neue“ Politik ermöglicht sie dem Senat nicht. Die bedarf in einem konsequent parlamentarischen Regierungssystem der parlamentarischen Fundierung. Soweit sie Geld kostet, muß es vom Parlament vorher bewilligt

⁴⁰ „zur Fortführung (!) des Haushaltsplans ermächtigt“, Art. 67 II ultimo.

sein⁴¹. Das aber geschieht dadurch, daß die Bürgerschaft den ihr vorgelegten Haushaltsplan des Senats – sei es mit, sei es ohne Änderungen – „feststellt“ (Art. 67 II).

2. Art. 67 regelt zwei politisch grundverschiedene Sachverhalte: Das von ihm vorausgesetzte Manko eines „Haushaltsplans für das folgende Jahr“ kann mehrere Ursachen haben. Politisch wichtig und in unserem Zusammenhang bedeutsam ist, ob der Etatentwurf des Senats von der Bürgerschaft abgelehnt oder noch nicht verabschiedet worden ist. Der Tatbestand des Art. 67 I deckt sowohl die Verzögerung in der Vorlage und Verabschiedung des Haushaltsplans als auch dessen parlamentarische Verweigerung. Die aber kann nur einem Minderheitssenat widerfahren. Spätestens wird er durch solche Verweigerung zum Minderheitssenat.

⁴¹ Diese Bewilligung schließt nicht aus, sondern ein, daß das Parlament die richtige Verwendung der von ihm bewilligten Gelder und damit die so finanzierte Politik der Regierung kontrolliert.

Bundesstaatliche Probleme des Art. 80 I GG

CARSTEN BRODERSEN

I.

Charakteristisch für die Rechtsetzung durch Rechtsverordnung unter dem Grundgesetz ist, daß sie „durch Art. 80 GG in demokratisch-rechtsstaatlichen Bahnen kanalisiert“¹ wird. Ursprünglich vor allem gegen einen Mißbrauch des Ordnungsrechts in der Weimarer Zeit gerichtet, hat diese Betonung der demokratisch-rechtsstaatlichen Komponente für die Verordnungsgebung nach verbreiteter Auffassung² auch unter sich wandelnden Verhältnissen und insbesondere einer geänderten Staatspraxis nichts an Aktualität verloren. Kaum weitergehende Beachtung gefunden hat demgegenüber bisher, daß die Rechtsetzung durch Rechtsverordnung auch bundesstaatliche Aspekte aufweist. Gerade auf sie näher einzugehen, wird indes in jüngerer Zeit aus doppeltem Anlaß nahegelegt: Zum einen macht, so scheint es, die Staatspraxis nicht nur vermehrt von der Möglichkeit Gebrauch, durch Bundesgesetz auch die Landesregierungen³ zur Rechtsetzung zu ermächtigen, vielmehr dürften nicht wenige dieser Anwendungsfälle auch qualitativ, wie unten an einigen Beispielen aufgezeigt werden soll, Aufmerksamkeit verdienen. Zum anderen haben derartige Ermächtigungen der Landesregierungen auch im Rahmen der politischen Bestrebungen, dem Kompetenzverlust der Länderparlamente entgegenzuwirken, zu der unlängst erhobenen Forderung⁴ geführt, Art. 80 GG dahin zu ergänzen, daß in Fällen, in denen Landesregierungen bundesrechtlich ermächtigt werden, Rechtsverordnungen zu erlassen, „die Länder zu einer Regelung auch durch Gesetz befugt“ seien⁵.

¹ *Stern*, Staatsrecht, Bd. 2, 1980, § 38 I 5, S. 656. Allg. zu Art. 80 GG vgl. neben den einschlägigen Kommentaren aus jüngerer Zeit vor allem *Lepa*, AÖR 105 (1980), 337.

² Vgl. nur *Stern* (o. Fn. 1), § 38 III 3, S. 670; *Bryde*, in: *v. Münch*, GG, Bd. 3, 2. Aufl. 1983, Art. 80 Rdn. 1 ff, 20.

³ Das entsprach bereits unter der WRV (der allerdings eine Parallele zu Art. 80 GG fehlte) der Staatspraxis; vgl. *Jacobi*, HdbDStR, Bd. 2, 1932, S. 248.

⁴ Entschließung einer von den Fraktionsvorsitzendenkonferenzen von CDU/CSU, SPD und FDP berufenen interfraktionellen Arbeitsgruppe, ZParl. 1985, 179; dazu bereits *Rudolf*, in: *Festg. f. Gesellschaft für Rechtspolitik*, 1984, S. 343 (349 ff).

⁵ Vgl. ferner etwa bereits *Martin*, ZParl. 1984, 278, sowie ZParl. 1983, 357.

Diese bundesstaatlichen Aspekte sollen hier de constitutione lata erörtert werden. Auch bei dieser Beschränkung wird die Blickrichtung indes gerade durch derartige politische Forderungen mitgeprägt; denn sie verdeutlichen nachdrücklich, daß die Ermächtigung einer Landesregierung nicht nur eine Auswahlentscheidung unter mehreren möglichen Ermächtigungsadressaten bedeutet, vielmehr auch in Bezug zu setzen ist zu einem Tätigwerden des Landesgesetzgebers: Es geht dann darum, welche Formen landesrechtlicher Normsetzung der Bund in einem seinem Zugriff offenen Kompetenzbereich ermöglichen kann. Zentraler Ausgangspunkt für eine derartige Betrachtung ist das Bestehen einer Bundeskompetenz zur Gesetzgebung. Ist sie gegeben, kann der Bund nicht nur durch die Auswahl des Ermächtigungsadressaten die Rechtsetzung auf die Landesebene verlagern; neben einer Einschaltung der Landesregierung nach Art. 80 I 1 GG kommt vielmehr für den Bund auch in Betracht, über Art. 71, 72 GG die Voraussetzungen zu schaffen, daß der Landesgesetzgeber tätig wird. Die Frage ist dann, ob diese möglichen Alternativen ganz zur Disposition des Bundes stehen oder ob es bereits de constitutione lata Vorgaben gibt, die der Bund in einer derartigen Entscheidungssituation zu berücksichtigen hat.

Diese Thematik kann im vorliegenden Rahmen zwar aufgegriffen, indes auch nicht annähernd umfassend erörtert werden; hier ist nur ein bescheideneres Programm in Angriff zu nehmen: Anknüpfend an Art. 80 GG soll im folgenden zunächst die Situation näher erläutert werden, die eine derartige Fragestellung aktuell erscheinen läßt (II). Ein Überblick über bisherige Stellungnahmen in Rechtsprechung und Literatur schließt sich an (III). Abschließend soll versucht werden, einige weiterführende Überlegungen und Ansätze zu skizzieren (IV).

II.

1. Ausgangspunkt seien hier zunächst die erwähnten verfassungspolitischen Forderungen. In der seit langem geführten Diskussion um die föderative Ordnung der Bundesrepublik bildet gerade der Terrainverlust der Länderparlamente einen zentralen Aspekt. Die vielfach betonte innere Verschiebung dahingehend, daß sich die föderative Struktur weniger in regionaler Eigenart als in stärkerer gliedstaatlicher Teilnahme an der gesamtstaatlichen Entscheidung ausprägt⁶, hat vor allem zu einer Schwächung der Länderparlamente geführt – eine Situation, zu deren

⁶ So die vielzitierte Formulierung von *Stern*, Staatsrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 1984, § 19 IV 1, S. 749. Allg. zum „Abstieg des Föderalismus im Sozialstaat“ auch *Schmitt Glaeser*, AÖR 107 (1982), 337 (355 ff).

Kennzeichnung Schlagworte wie „Deposidierung der Landtage“⁷ oder „Vollzugsföderalismus der Länderregierungen“⁸ bzw. „gouvernementale Bundesstaatlichkeit“⁹ verbreitet sind und zu deren Erklärung oft u. a. darauf hingewiesen wurde¹⁰, die öffentliche Meinung nehme wesentliche Leistungs- und Belastungsunterschiede als Folge einzelstaatlich unterschiedlicher Lösungen nicht mehr hin. Einen besonderen Ausdruck und Kulminationspunkt dieser Entwicklung bildeten Einsetzung und Ergebnisse der Enquete-Kommission Verfassungsreform¹¹. Auch wenn sich seitdem im Schrifttum vermehrt Hinweise auf gegenläufige Tendenzen¹² finden und gelegentlich angesichts eines Rückgewinns an politischer Substanz in den Ländern bereits eine neue „Phase“ in der Entwicklung des Föderalismus diagnostiziert wird¹³, sind gerade Reformüberlegungen nicht verstummt, in deren Mittelpunkt eine Stärkung der Länderparlamente steht. Neben einer weiteren Einschaltung der Landtage in Bundesratsangelegenheiten¹⁴ geht es dabei insbesondere auch um die Gesetzgebungsbefugnisse der Länder. Anknüpfungspunkte sind hier nach wie vor eine Verschärfung der „Bedürfnisklausel“ für den Bundesgesetzgeber bzw. eine (Rück-)Übertragung von Gesetzgebungszuständigkeiten an die Länder. In diesem Zusammenhang ist auch die bereits oben erwähnte Forderung erhoben worden, durch Änderung des Art. 80 GG bei bundesrechtlicher Ermächtigung der Landesregierungen zur Verordnunggebung auch die Möglichkeit landesgesetzlicher Regelung zu schaffen.

Ein derartiger Therapieversuch war – als bereits *de constitutione lata* zu verwirklichen – schon 1970 von *Konow*¹⁵ gemacht worden; auch von

⁷ So bereits *Bilfinger*, *Der Einfluß der Einzelstaaten auf die Bildung des Reichswillens*, 1923, S. 108; vgl. auch *Kisker*, NJW 1977, 1313 (1316). Allg. dazu auch *Leisner*, DÖV 1968, 389; *Lenz*, DÖV 1977, 157.

⁸ *Miller*, DÖV 1986, 140 (146); zum „Beteiligungsföderalismus“ vgl. *Kisker*, in: *Probleme des Föderalismus*, 1985, S. 29 ff.

⁹ *Stern* (o. Fn. 6), § 19 IV 2, S. 755.

¹⁰ Charakteristisch etwa die Begründung zum Regierungsentwurf des Finanzreformgesetzes 1969, BT-Drs. V/2861, S. 11 Tz. 10. Prononciert in diesem Sinne auch später etwa *Rottmann*, DVBl. 1981, 439 (442).

¹¹ BT-Drs. 7/5924. Dazu vgl. statt aller *E. W. Böckenförde/K. Stern*, *Die Ergebnisse der Enquete-Kommission Verfassungsreform ...*, 1977.

¹² *Kretschmer*, in: *Verfassung und Verfassungswirklichkeit* 9 (1974), 97 (118); *Kisker* (o. Fn. 8), S. 34 ff; auch *Stern* (o. Fn. 6), § 19 IV 1, S. 749.

¹³ So namentlich *Klatt*, *Reform und Perspektiven des Föderalismus in der Bundesrepublik Deutschland*, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte*, 1986, B 28, S. 3 ff; vgl. aber auch z. B. *H. P. Schneider*, in: *Wassermann/Rasehorn/Benseler*, *Lebendige Verfassung – das Grundgesetz in Perspektive*, 1981, S. 91 (103 ff, 113 ff).

¹⁴ Dazu vgl. etwa *Heyen*, *Der Staat* 1982, 191 ff m. w. Nachw.

¹⁵ DÖV 1970, 22 (26 f).

anderer Seite¹⁶ wurde später die Auffassung vertreten, die Landesgesetzgeber könnten mehr als bisher gesetzgeberisch tätig werden, wenn der Bundesgesetzgeber die Rechtsetzung weniger an die Verordnunggeber als vielmehr an die Landesgesetzgeber delegieren würde. Und *Konow* konnte auch bereits auf ein einschlägiges Beispiel aus dem geltenden Recht verweisen¹⁷: Nach § 9 V WeinG 1969¹⁸ treffen die Landesregierungen der weinbautreibenden Länder bestimmte Regelungen „durch Rechtsverordnung, sofern nicht eine Regelung durch Landesgesetz getroffen wird“.

2. Gerade im geltenden Recht besteht jedoch auch eine weitere, im gewissen Sinne gegenläufige Tendenz: Auf den zunehmenden Einsatz und das wachsende politische „Gewicht“ durch Rechtsverordnung getroffener Regelungen ist für das Bundesrecht oft hingewiesen worden¹⁹; besondere Aufmerksamkeit haben etwa die Verordnungen im Bereich des Straßenverkehrsrechts²⁰ bzw. des Post- und Fernmeldewesens²¹ gefunden. Erwähnt sei weiter der nicht seltene Einsatz von Verordnungsermächtigungen als „Drohgesetz“²², wie z. B. bei der Werbung für Tabakerzeugnisse in § 22 LMBG oder im Hinblick auf die Abfallvermeidung bei Verpackungen in § 14 AbfG. Eher unbemerkt sind demgegenüber Entwicklungen geblieben, die die Verordnunggebung durch Landesregierungen betreffen und die auf eine Stärkung des Landeseinflusses hinzielen: Gerade in der neueren Praxis ist etwa ein vermehrtes Gebrauchmachen²³ von Ermächtigungsformen zu verzeichnen, die, wie es im Schrifttum²⁴ genannt wird, auf eine „Art konkurrie-

¹⁶ *Kretschmer* (o. Fn. 12), S. 120, der allerdings dem konkreten Vorschlag *Konows* skeptisch gegenübersteht. – Auf der Basis einer politischen Entscheidung für eine restriktive Inanspruchnahme der Kompetenzen des Bundes plädiert jetzt auch ausdrücklich für diese Möglichkeit *Friedrich Vogel*, in: Festschr. f. Gesellschaft für Rechtspolitik, 1984, S. 493 (503). Rechtspolitische Vorschläge zur „Auslastung“ der Landtage z. B. auch bei *Kisker*, NJW 1977, 1313 (1316); v. *Pestalozza*, NJW 1981, 2081 (2084).

¹⁷ DÖV 1970, 22 (28).

¹⁸ Weingesetz vom 16. 7. 1969 BGBl. I, 781; jetzt – sachlich insoweit unverändert – § 10 V des Gesetzes i. d. F. vom 27. 8. 1982, BGBl. I, 1196.

¹⁹ Vgl. nur *Lepa*, AÖR 105 (1980), 338 ff; ferner etwa *Brugger*, VerwArch 1987, 1 (19). Kritik an der Handhabung in einem konkreten Einzelfall z. B. bei *Wagner*, StuW 1986, 89.

²⁰ Dazu vgl. etwa *Jekewitz*, in: Festschr. f. *Blischke*, 1982, S. 111 m. w. Nachw.

²¹ Vgl. BVerfG (Vorprüfungsausschuß), NJW 1984, 1871.

²² *Kloepfer*, VVDStRL 40 (1982), 76. – Zu derartigen Eingriffskompetenzen als Voraussetzung informalen Verwaltungshandelns vgl. zuletzt etwa *Becker*, DÖV 1985, 1003 m. w. Nachw. – Dem korrespondiert die bemerkenswerte Feststellung bei *Stern* (o. Fn. 1), § 38 II 1, S. 662, die Verordnunggebung erlaube „schließlich ... eine Rechtsetzung, die den Interessenkonstellationen vielköpfiger Parlamente entzogen“ sei.

²³ Insbesondere ist hier etwa das neue Pflanzenschutzgesetz vom 15. 9. 1986, BGBl. I, 1505, zu nennen.

²⁴ So – zu § 23 II BImSchG – *Jarass*, BImSchG, 1983, § 23 Rdn. 9.

render Gesetzgebung im Bereich der Rechtsverordnungen“ hinauslaufen. Wesentlicher ist indes, daß der Bundesgesetzgeber gerade auch in politisch gewichtigen Sachfragen zunehmend²⁵ eine Regelung nur durch Landesverordnung vorsieht:

So ist etwa unlängst der politische Kompromiß über eine Änderung der Ladenschlußzeiten derart „umgesetzt“ worden, daß die Entscheidung über das Gebrauchmachen von den neu geschaffenen Ausnahmen auf Landesebene getroffen wird, allerdings nicht vom Landesparlament, sondern von der Landesregierung²⁶. Und wenn etwa §§ 30 ff BBergG den Landesregierungen eine weitgehende Einflußnahme auf die Erhebung der Feldes- und Förderabgaben und insbesondere deren Höhe einräumen, so illustriert allein schon der durch die Frage ihrer Einbeziehung (mit-)ausgelöste Streit um den Länderfinanzausgleich²⁷ das politische Gewicht dieser wiederum zwar auf die Landesebene, nicht aber den Landesparlamenten übertragenen Entscheidungsbefugnisse. Die Vielzahl der nach der bundesgesetzlichen Vorgabe des § 32 II BBergG für die Entscheidung der Landesregierung in Betracht kommenden Aspekte, die bis zur Abwehr einer Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts reichen, spiegeln zugleich den hier dem Verordnungsgeber eingeräumten Gestaltungsspielraum wider. Nicht zuletzt dürfte aber gerade dieses Beispiel der bergrechtlichen Abgaben auch verdeutlichen, welche Tragweite es haben kann, wenn dem Verordnungsgeber – wie hier – auch die Möglichkeit eröffnet wird, in bestimmten Fällen diese Abgaben nicht zu erheben²⁸.

Hinzuweisen ist schließlich auf die bemerkenswerte Rechtslage, auf der zur Zeit die Erhebung der sog. Fehlbelegungsabgabe beruht. Für diese auf den Abbau der Fehlsubventionierung im Wohnungswesen zielenden Ausgleichszahlungen wurde 1981 zunächst eine ausführliche bundesgesetzliche Regelung²⁹ geschaffen, in deren Rahmen allerdings die Entscheidung über die Einführung der Abgabe jeweils Verordnungen der Landesregierungen übertragen wurde. Eine 1985 vorgenommene Änderung des Bundesgesetzes³⁰ behielt diese Lösung zwar hinsichtlich der Verordnungsermächtigung des § 1 IV des Gesetzes³¹ bei, stellte die

²⁵ Als älteres Beispiel kann das Recht der Zweckentfremdung von Wohnraum genannt werden; dazu vgl. BVerfGE 38, 348.

²⁶ §§ 8, 9 LSchlG i. d. F. des Änderungsgesetzes vom 25. 7. 1986, BGBl. I, 1169 (1173).

²⁷ Dazu vgl. nur BVerfGE 72, 330.

²⁸ Zu diesem Aspekt etwa *Ossenbühl*, Verfassungsrechtliche Grundfragen des Länderfinanzausgleichs gem. Art. 107 II GG, 1984, S. 75 f.

²⁹ Vgl. das Gesetz über den Abbau der Fehlsubventionierung im Wohnungswesen vom 22. 12. 1981, BGBl. I, 1523, 1542.

³⁰ Durch § 16 des Änderungsgesetzes vom 11. 7. 1985, BGBl. I, 1276.

³¹ Das gilt weiter auch für § 10 II-IV des Gesetzes.

Anwendung der übrigen Vorschriften des Bundesgesetzes aber unter den Vorbehalt eigener Abgabengesetze der Länder³², so daß es zu einem sich ergänzenden Nebeneinander auch von Landesgesetz und bundesrechtlich dirigierter Landesverordnung kommen kann. Auf diesen besonderen Fall wird an späterer Stelle näher einzugehen sein.

III.

1. Lenkt man nach diesem Befund den Blick auf Rechtsprechung und Schrifttum, so zeigt sich, daß im Hinblick auf Art. 80 GG die hier interessierenden Landesverordnungen in den meisten wichtigen Fragen den entsprechenden Bundesverordnungen gleichgestellt werden. Das gilt zunächst schon für die Rechtsprechung des *BVerfG*. In ihr nimmt namentlich die zentrale Frage der hinreichenden Bestimmtheit der gesetzlichen Ermächtigung breiten Raum ein; die zahlreichen Entscheidungen spiegeln mittelbar auch den Wandel im Einsatz des Rechtsetzungsinstruments Verordnung wider. Es geht nicht (mehr) darum, daß Verordnungen „administrative oder technische Detailvorschriften ohne sachliches oder politisches Gewicht“ bildeten, sie werden vielmehr als Mittel flexibler Anpassung an sich ändernde Verhältnisse gesehen³³ und eingesetzt, um insbesondere Wandlungen und Entwicklungen wirtschaftlicher Verhältnisse zügig normativ lenken zu können³⁴. Dem tragen die an die Bestimmtheit der Ermächtigungsnorm gestellten Anforderungen Rechnung, wenn diese einerseits zwar der Grundrechtsrelevanz der Regelung zu entsprechen hat, zu der ermächtigt wird, andererseits aber auch „ausreichend Raum für eine sachgerechte und situationsbezogene Lösung bei der Abgrenzung von legislativen und exekutiven Kompetenzen“ bleiben soll³⁵. Im einzelnen braucht darauf hier indes ebenso wenig eingegangen zu werden wie auf in der neueren Wesentlichkeits-Rechtsprechung des *BVerfG* zu verzeichnende Tendenzen, deutlicher als bisher zu unterscheiden³⁶ zwischen dem Parlamentsvorbehalt und der über Art. 80 GG ermöglichten Funktion einer Verordnung als „gesetzlicher Grundlage“.

Denn ungeachtet aller insoweit verbleibenden inhaltlichen Zweifelsfragen ist für den hier interessierenden Zusammenhang festzuhalten, daß

³² Dazu sind inzwischen Gesetze ergangen z.B. in Bayern (vom 21.11.1985, GVBl. 1985, 678) und in Bremen (vom 19.11.1985, GBl. 211).

³³ *BVerfGE* 55, 207 (228, 241 ff). Allg. dazu auch *Stern* (o. Fn. 1), § 38 I 5, S. 656, auch S. 662.

³⁴ *BVerfGE* 42, 191 (203).

³⁵ *BVerfGE* 58, 257 (278).

³⁶ So – im Vergleich etwa zu *BVerfGE* 55, 207 (225) – *BVerfGE* 58, 257 (268, 274 ff); vgl. dazu auch die Anm. von *Wilke*, *JZ* 1982, 758; ferner z. B. *Wabl*, DVBl. 1985, 822 (826).

derartige Begründungen für den Einsatz von Verordnungen nicht nach dem Adressaten der Ermächtigung differenzieren³⁷. Soweit Gründe für die Einschaltung der Landesregierungen überhaupt angesprochen werden, pflegen etwa die Verschiedenheit der örtlichen Verhältnisse bzw. die regionale Differenzierung und eine daraus folgende Sachnähe der Landesregierung angeführt zu werden³⁸. Ebenso wenig wird hinsichtlich der Konsequenzen, die sich aus der Ermächtigung ergeben, nach deren Adressat differenziert. Für den Umfang des Gestaltungsspielraums des Verordnungsgebers³⁹ und insbesondere die ihm auch – vorbehaltlich abweichender Bestimmung durch den Gesetzgeber – eingeräumte Befugnis, darüber zu entscheiden, ob und wann von der Ermächtigung Gebrauch gemacht werden soll⁴⁰, ist nicht die Auswahl des Adressaten der Ermächtigung entscheidend. Noch in einer neueren Entscheidung des *BVerfG*⁴¹ findet sich die lapidare Feststellung, entschieße sich der Bundesgesetzgeber in Wahrnehmung seiner Kompetenzen zu einer Verordnungsermächtigung, so stehe es ihm innerhalb des von Art. 80 I 1 GG abgesteckten Adressatenkreises frei, wen er zum Verordnungsgeber berufen wolle.

Unter ausdrücklichem Hinweis auf eine gebotene „föderalistische Auslegung“⁴² des Art. 80 I 1 GG wird demgegenüber in *BVerfGE* 11, 77 (86) entschieden, welche Stelle als „Landesregierung“ i. S. des Art. 80 I 1 GG anzusehen ist. Weitere spezifisch bundesstaatliche Aspekte der Rechtsetzung durch die Exekutive betreffen Entscheidungen zur Tragweite des Art. 80 I 2 GG für den Landesgesetzgeber insbesondere bei Schweigen der Landesverfassung⁴³ sowie zur Mitwirkung des Bundesrates beim Erlaß von Verordnungen gem. Art. 80 II GG⁴⁴. Und schließlich ist die bejahende Stellungnahme des Gerichts zu der zuvor lebhaft umstrittenen Frage zu nennen, ob derartige Landesverordnungen aufgrund bundesgesetzlicher Ermächtigung Landesrecht sind – mit der ausdrücklichen Konsequenz auch einer dann bestehenden Bindung der Landesregierung an Landesverfassung⁴⁵ und -gesetze. Gerade die dafür

³⁷ Vgl. etwa nur *BVerfGE* 38, 348 sowie *BVerfGE* 55, 207.

³⁸ So etwa *BVerfGE* 18, 407 (417); 42, 191 (203).

³⁹ Vgl. wiederum nur *BVerfGE* 38, 348 (363), gerade eine Ermächtigung der Landesregierungen betreffend; ferner z. B. *BVerfGE* 53, 1 (21) und 135 (145). Für die besonderen Aspekte des Art. 3 I GG vgl. *BVerfGE* 69, 150 (159 f).

⁴⁰ Nachw. bei *Wilke*, AÖR 98 (1973), 196 (234); vgl. etwa auch *BVerfGE* 42, 191 (200); allg. dazu auch *H. Schneider*, Gesetzgebung, 1982, S. 145.

⁴¹ *BVerfGE* 56, 298 (311).

⁴² Angesprochen ist damit also (nur) die Rücksichtnahme auf die landesverfassungsgesetzliche Organisation.

⁴³ Vgl. die Nachw. bei *Bryde* (o. Fn. 2), Art. 80 Rdn. 2a.

⁴⁴ *BVerfGE* 24, 194.

⁴⁵ Dazu vgl. auch *BVerfGE* 38, 139 (147) sowie *BayVerfGH*, *BayVBl.* 1984, 398.

einschlägige Entscheidung *BVerfGE* 18, 407⁴⁶ dürfte bislang auch die einzige sein, die Rechtsprobleme der Landesverordnungen ausführlicher anspricht; neben der Diskussion des Ergebnisses haben indes diese inhaltlichen Äußerungen als solche wenig Beachtung gefunden, ihre Tragweite dürfte noch nicht voll ausgelotet⁴⁷ sein. Insgesamt spielen damit die hier interessierenden Aspekte bislang in der Rechtsprechung des *BVerfG* kaum eine Rolle; der Blick ist jeweils nur auf die konkrete vom Bundesgesetzgeber getroffene Entscheidung gerichtet, deren Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz geprüft wird⁴⁸, ohne daß Anlaß bestanden hätte bzw. gesehen würde, dabei etwaige alternative Entscheidungsmöglichkeiten⁴⁹ einzubeziehen.

2. Ein ähnliches Bild ergibt sich, betrachtet man das einschlägige Schrifttum⁵⁰. Bestimmend für die Problemsicht sind durchweg die Verhältnisse auf Bundesebene. Das gilt etwa für die vielfach neben der „Bestimmtheit“ der Ermächtigung im Mittelpunkt stehende Abgrenzung zu den Verwaltungsvorschriften, aber gleichermaßen auch, soweit es gerade um die Abgrenzung zum Gesetz geht. Neuere Untersuchungen⁵¹, die etwa vorbehaltene parlamentarische Mitentscheidungsrechte als Formen der Zusammenarbeit zwischen Parlament und Regierung thematisieren und damit gerade „gewichtige“ Fälle des Einsatzes von Rechtsverordnungen erfassen, gehen dabei, wie es die Fragestellung nahelegt, vom Verhältnis Bundestag/Bundesregierung aus. Aber auch Untersuchungen, die allgemeiner dem Einsatz von Verordnungen im Hinblick auf eine „Stufengerechtigkeit“⁵² der Normsetzung nachgehen, pflegen bundesstaatliche Aspekte dabei auszuklammern⁵³. Nicht untypisch und zugleich diese Sicht erklärend dürfte eine Feststellung von

⁴⁶ Bezugnahme darauf auch in *BVerfGE* 24, 167.

⁴⁷ Z. T. ist das Gericht später von ihnen in der Sache abgerückt, vgl. *Wilke*, AÖR 98 (1973), 196 (215), der auch S. 235 Fn. 324 weitere Ausführungen des Gerichts in dieser Entscheidung als widersprüchlich und unklar bezeichnet.

⁴⁸ Zur ganz anders gelagerten Frage einer Wahlfreiheit des Gesetzgebers unter dem Aspekt des Rechtsschutzes vgl. demgegenüber etwa *BVerfGE* 10, 89 (105); 70, 35 (56).

⁴⁹ Von einem generellen Bestimmungsrecht des Bundesgesetzgebers auch zwischen Landesregierung und Landesgesetzgeber scheint *BVerfGE* 24, 155 (167) jedenfalls für die dort gegebene Konstellation auszugehen.

⁵⁰ Zum Fehlen einer umfassenden Monographie in diesem Bereich vgl. *Ossenbühl*, in: Festschr. f. *Hans Huber*, 1981, S. 283 f; *ders.*, NJW 1986, 2805 (2806).

⁵¹ So z. B. *Mößle*, Regierungsfunktionen des Parlaments, 1986, S. 173 ff; vgl. auch *Kisker*, NJW 1977, 1313 (1319 f).

⁵² Allg. dazu *Karpen*, ZG 1986, 5 (19).

⁵³ So *Georg Müller*, Inhalt und Formen der Rechtsetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung, 1979, S. 5.

*Bullinger*⁵⁴ aus dem Jahre 1970 sein, Ermächtigungen an die Landesregierungen stünden denen an die Bundesregierung und die Bundesminister an Bedeutung nicht unerheblich nach und seien wenig geeignet, die Länder als politische Gemeinwesen zu aktivieren, mit dem erläuternden Zusatz, „überwiegend werden wohl nur Bundesregierung oder Bundesminister zu sachlichen Regelungen ermächtigt“.

Bundesstaatliche Aspekte werden demgemäß eher am Rande berührt. Anknüpfungspunkt ist die Regelung der Ermächtigungsadressaten in Art. 80 I 1 GG, die indes nicht ausdrücklich in Bezug zu Art. 71, 72 GG gesetzt wird. Auch die Auswahlentscheidung als solche pflegt zumeist nicht näher angesprochen zu werden, allenfalls wird die Auswahlfreiheit des Bundesgesetzgebers betont⁵⁵. Im Anschluß an Überlegungen in *BVerfGE* 11, 77 (88) werden allerdings die „Kombinationsmöglichkeiten“ des Bundesgesetzgebers eingeschränkt; so wird namentlich eine „föderative Sperre“⁵⁶ angenommen, die es ausschließe, eine Landesregierung gemeinsam⁵⁷ mit der Bundesregierung zu ermächtigen oder von deren Zustimmung abhängig zu machen. Bereits früh wurde aber auch gelegentlich betont⁵⁸, eine Ermächtigung der Landesregierung entfalte zugleich eine Sperrwirkung für das Landesparlament, andererseits aber auch die Frage aufgeworfen⁵⁹, ob das Landesparlament eine derartige Landesverordnung aufheben dürfe. Damit sei hier dieser Überblick abgeschlossen.

IV.

1. Der Gedanke, die Verfassung eröffne dem Bundesgesetzgeber einen Dispositionsspielraum, innerhalb dessen er über die Abgrenzung der Regelungsbefugnisse zwischen Regierung und Gesetzgeber auf Landesebene frei entscheiden könne, mag auf den ersten Blick nicht ganz

⁵⁴ DÖV 1970, 761 (765 mit und in Fn. 36). – Im einschlägigen Schrifttum anzutreffende statistische Hinweise pflegen auch nur Angaben zu Bundesverordnungen zu enthalten, so etwa bei *Bryde* (o. Fn. 2), Art. 80 Anh.; *H. Schneider* (o. Fn. 40), S. 98. Auch *Hasskarl*, DÖV 1968, 558, bezieht seine Übersicht für 1949 bis 1965 auf Bundesrecht, führt aber S. 562 in Fn. 22 a an, etwa 8 % der Ermächtigungen seien in diesem Zeitraum den Landesregierungen erteilt worden.

⁵⁵ So *Stern* (o. Fn. 1), § 38 III 1, S. 667; *Wilke*, in: *v. Mangoldt/Klein*, GG, 2. Aufl. 1974, Art. 80 Anm. V 5 b.

⁵⁶ *Wilke* (o. Fn. 55), Art. 80 Anm. V 5 b, 6 d; ihm folgend z. B. *Lepa*, AÖR 105 (1980), 338 (358 f); vgl. ferner *Bryde* (o. Fn. 2), Art. 80 Rdn. 16, 18; auch *H. Schneider* (o. Fn. 40), S. 150 f.

⁵⁷ Vgl. aber auch *BVerfGE* 24, 184 (202).

⁵⁸ So *Haas*, DVBl. 1954, 241 (242); *Zippelius*, NJW 1958, 445 (447); im Anschluß daran *BayVerfGH NF* 14 (1961), 71 (74), dem *H. P. Schneider*, Landesverfassungsgerichtsbarkeit, 1983, Bd. 3, S. 126 folgt. So auch die Argumentation in *BVerfGE* 18, 407.

⁵⁹ *Wilke*, AÖR 98 (1973), 196 (235 Fn. 324).

fernliegen. Unter dem Aspekt demokratisch-rechtsstaatlicher Anforderungen wird im Schrifttum⁶⁰ zu Art. 80 GG die Auffassung vertreten, das Grundgesetz kenne – außerhalb eines Bereichs des „Parlamentsvorbehalts“ – keine generelle Trennung zwischen den Aktionsräumen des Gesetzgebers und des Ordnungsgebers, die Rechtsverordnung sei als Rechtsetzungsinstrument in den genannten Grenzen ebenso funktions-tüchtig wie das Gesetz. Eine derartige Sicht könnte die Annahme nahelegen, daß der Bundesgesetzgeber in dem seinem Zugriff offenen Kompetenzbereich auch grundsätzlich frei wählen dürfe, ob er in Fällen, in denen er die Möglichkeit einer ergänzenden Regelung auf Landesebene eröffnen will, über Art. 80 I GG die Landesregierung oder über Art. 72 GG⁶¹ den Landesgesetzgeber einschaltet⁶². Eine Regelung wie § 9 V WeinG 1969⁶³ scheint überdies darauf hinzudeuten, daß diese beiden Wege nach Auffassung des Bundesgesetzgebers gleichwertig und deshalb insbesondere auch derart „kombinierbar“ sind, daß die Landesregierung vorbehaltlich eines Tätigwerdens des Landesgesetzgebers ermächtigt wird. Unter derartigen Prämissen mag es dann naheliegen, den Versuch zu unternehmen, angesichts der angeblichen Wahlmöglichkeit des Bundes Direktiven für deren Ausübung zu entwickeln und dem Bund etwa aufzuerlegen, dem Gedanken einer „Stärkung der Länderparlamente“ durch einen entsprechenden Vorbehalt Rechnung zu tragen.

Solche Überlegungen würden indes auf einem grundlegenden Mißverständnis beruhen und die Anforderungen außer acht lassen, die sich neben der Berücksichtigung der demokratisch-rechtsstaatlichen Komponente im Bundesstaat ergeben. Wie im folgenden zu zeigen sein wird, eröffnet das Grundgesetz dem Bundesgesetzgeber keine so geartete Wahlmöglichkeit. Zudem bestehen gegen Regelungen nach Art des § 9 V WeinG 1969 verfassungsrechtliche Einwände, die so gravierend sind, daß auch gegen eine Verwirklichung der Forderung, derartige Hand-

⁶⁰ *Lepa*, AÖR 105 (1980), 337 (339).

⁶¹ Für diesen Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung soll die Problematik im folgenden behandelt werden; Art. 71 und 75 GG bleiben ausgeklammert. Zu Art. 71 GG grundlegend *Rudolf*, AÖR 88 (1963), 159.

⁶² Ob der Bundesgesetzgeber im Rahmen des Art. 72 GG über die unstrittig gegebene Möglichkeit eines Vorbehalts zugunsten landesgesetzlicher Normierung hinaus (dazu vgl. nur BVerfGE 20, 238, 251) den Landesgesetzgeber auch – wie den Ordnungsgeber (Nachw. oben Fn.40) – zum Erlaß einer Regelung verpflichten kann, ist allerdings zweifelhaft; vgl. dazu die Nachw. unten in Fn. 77.

⁶³ Oben bei Fn. 18. – Diese Vorschrift soll hier nur als „Modell“ einer möglichen Regelung herangezogen werden; auf etwaige Besonderheiten des Weinrechts, die den Anlaß für eine derartige Gestaltung des § 9 V gegeben haben könnten, ist deshalb nicht einzugehen.

lungsalternativen durch Ergänzung des Art. 80 GG im Grundgesetz zu verankern, verfassungspolitische Bedenken⁶⁴ anzumelden wären.

2. Für Anforderungen, die der Bundesgesetzgeber zu beachten hat⁶⁵, wenn er in Ausübung seiner Kompetenzen auch Raum für landesrechtliche Normsetzungen schafft, gilt es, das Verhältnis zwischen Art. 80 und Art. 72 GG zu klären. Hierbei geht es zunächst um die Frage, inwieweit eine den Landesregierungen erteilte Rechtsverordnungsermächtigung als Kriterium für ein fehlendes Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Regelung⁶⁶ i. S. des Art. 72 II GG gedeutet werden kann. Zweifelsfrei ist eine solche Wertung als generelle Regel nicht vertretbar: Denn in diesem Fall würde Art. 80 GG insoweit im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung leerlaufen. Die Vorschrift setzt nämlich das Bestehen einer Bundesgesetzgebungskompetenz voraus, knüpft also an die Art. 70 ff GG an; wenn sie gleichwohl, ohne zwischen den verschiedenen Kompetenzarten zu differenzieren, auch die Möglichkeit einer bundesgesetzlichen Ermächtigung der Landesregierung vorsieht, folgt daraus zwingend, daß dem Einsatz dieses Instruments nicht schon von vornherein und generell ein fehlendes Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Regelung i. S. des Art. 72 II GG entgegengehalten werden kann. Im Schrifttum⁶⁷ ist allerdings betont worden, hier zeige sich, daß die Einbeziehung der Landesregierungen in den Kreis der Ermächtigungsadressaten des Art. 80 I 1 GG „nicht bis ins letzte mit den Vorschriften über die Verteilung der Gesetzgebungszuständigkeiten abgestimmt worden“ sei. Auch eine derartige Feststellung bleibt indes fraglich. Denn das Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Regelung könnte – wofür möglicherweise die Änderung des Ladenschlußgesetzes⁶⁸ ein Beispiel ist – gerade darin bestehen, dem Bund die grundsätzliche Entscheidung über die Zulassung von Ausnahmen bzw. Experimenten vorzubehalten. Dann würde insbesondere die

⁶⁴ Vgl. dazu auch bereits *Rudolf* (o. Fn. 4), S. 352 f.

⁶⁵ Landesverfassungsrecht scheidet insoweit als Maßstab ersichtlich aus. Art. 80 GG gehört zudem zu den den Ländern außerhalb des Art. 28 I GG vorgegebenen Bestimmungen des Bundesverfassungsrechts, vgl. BVerfGE 18, 407 (419); 36, 342 (361). Allerdings kann, worauf *Wolfrum*, DÖV 1982, 674 (679) in anderem Zusammenhang hingewiesen hat, Art. 28 I GG gerade auch bei der Auslegung der Art. 70 ff GG Bedeutung erlangen; das kann hier nicht weiterverfolgt werden.

⁶⁶ Dazu, daß dieses Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Regelung i. S. des Art. 72 II GG – entgegen BVerfGE 18, 407 (415) – nicht stets auf eine bundeseinheitliche Regelung abzielen muß, vgl. *v. Münch*, GG, Bd. 3, 1983, Art. 72 Rdn. 16; *Bothe*, AK-GG, 1984, Art. 72 Rdn. 11.

⁶⁷ *Wilke*, AÖR 98 (1973), 196 (211).

⁶⁸ Oben bei Fn. 26.

Maunz'sche „Formel“ nicht greifen⁶⁹, die Voraussetzungen bundesgesetzlicher Regelung fehlten schon, „weil der eigene Inhalt des Gesetzes dagegen spreche“. Insgesamt kommt also ein derartiger generalisierender Lösungsansatz nicht in Betracht. Auf einem anderen Blatt steht allerdings, daß an dieses „Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Regelung“ möglicherweise im konkreten Einzelfall gerade dann besondere Anforderungen zu stellen sind, wenn der Bundesgesetzgeber den Weg der Ermächtigung der Landesregierung beschreiten will⁷⁰.

Eine ebenfalls offenkundig nicht vertretbare Regel ist die in *BVerfGE* 18, 407 (417) geäußerte Ansicht⁷¹, in Fällen einer Ermächtigung der Landesregierung mache der Bundesgesetzgeber zwar von seiner Gesetzgebungszuständigkeit i. S. des Art. 72 I GG keinen abschließenden Gebrauch⁷², das bedeute jedoch nicht, daß anstelle der Landesregierung auch der Landesgesetzgeber die ergänzende Regelung treffen könne, weil nämlich die bundesgesetzliche Regelung dem Verordnungsgeber des Landes die Regelungsbefugnis zugewiesen habe. Nach der Grundregel des Art. 72 I GG sind, (solange und) soweit der Bund von seiner Kompetenz keinen Gebrauch macht, die Länder kraft Verfassung aus eigenem Recht zuständig. Damit ist die Vorstellung unvereinbar, der Bund könne auch zwar von seiner Kompetenz i. S. des Art. 72 I GG keinen Gebrauch machen, gleichwohl aber die Anordnung treffen, daß nicht der Landesgesetzgeber, sondern nur die Landesregierung eine (ergänzende) Regelung treffen dürfe. Eine derartig eingeschränkte „Sperrwirkung“ ist Art. 72 I GG nicht zu entnehmen; für die (isolierte) Anordnung, daß anstelle des Landesgesetzgebers die Landesregierung tätig werden solle, kann im bundesstaatlichen Kompetenzgefüge ein „Bedürfnis“ i. S. des Art. 72 I GG nicht anerkannt werden. Es kann insbesondere nicht aus Art. 80 GG abgeleitet werden, denn dieser setzt Bestehen und Inanspruchnahme der Bundeskompetenz voraus, womit insoweit wiederum die Regel des Art. 72 I GG eingreift. Anhaltspunkte dafür, daß gerade Art. 80 GG diese Grundentscheidung über das Kompetenzgefüge modifizieren und dem Bund die weitergehende Befugnis

⁶⁹ *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 72 (Stand 1984), Rdn. 16. – Auch i. S. von *BVerfGE* 34, 9 (28) dürfte in derartigen Fällen im übrigen eine „Regelung“ des Bundes vorliegen.

⁷⁰ Dazu vgl. auch *Maunz* (o. Fn. 69), Art. 72 Rdn. 11; Art. 80 (Stand 1978), Rdn. 12.

⁷¹ Ihr dürfte auch bereits die spätere Entscheidung *BVerfGE* 34, 9 (28) insoweit entgegenstehen. – Im übrigen muß damit der Streit um das Ergebnis, zu dem *BVerfGE* 18, 407 gelangt, nicht wiederaufgenommen werden.

⁷² Ein „Gebrauchmachen“ des Bundes i. S. des Art. 72 I GG nehmen für diesen Fall auch an *Haas*, DVBl. 1954, 241 (242); *BayVerfGH* NF 14 (1961), 71 (74). Im Ergebnis so auch *Zippelius*, NJW 1958, 445 (448), dessen weiterer Differenzierung (kein „Gebrauchmachen“ demgegenüber bei bloßer Ermächtigung der Bundesregierung) allerdings nicht zu folgen ist.

zusprechen könnte, in dem den Ländern verbleibenden Bereich jedenfalls auch den Landesgesetzgeber zugunsten der Landesregierung zurückzudrängen, sind nicht ersichtlich. Art. 80 GG betrifft vielmehr nur die Modalitäten, wie der Bundesgesetzgeber die ihm im Rahmen der konkurrierenden Zuständigkeit zustehende Gesetzgebungsbefugnis im einzelnen einsetzen kann.

3. Damit ist nicht nur der Rahmen umrissen, innerhalb dessen die weitere Klärung zu erfolgen hat, sondern zugleich auch eine wichtige Aussage über den Stellenwert gemacht, der dem Art. 80 GG dabei zukommt. Ein gewisses „Unbehagen“ mag durchaus verständlich sein, daß etwa Entscheidungen über Erhöhung bzw. Senkung des Förderzinses nach dem BBergG⁷³ von der Landesregierung und nicht vom Landesparlament getroffen werden⁷⁴. Gleichwohl wäre es verfehlt, eine Lösung auf der Ebene des Art. 80 GG anzusiedeln und Abhilfe in Regelungen nach Art des § 9 V WeinG 1969 suchen zu wollen, die dem Landesgesetzgeber die Möglichkeit eröffnen, an die Stelle der Landesregierung zu treten. Mit einem derartigen Ansatz wird nämlich verkannt, daß Art. 80 GG (nur) die Verlagerung von Rechtsetzungsbefugnissen von der Legislative auf die Exekutive betrifft. Kann man insoweit die Einschaltung der Bundesregierung oder der Landesregierung als prinzipiell gleichwertig ansehen, so wird eine ganz andere Dimension erreicht, wenn Normsetzungsbefugnisse in dieser Weise auf Landesregierung und Landesgesetzgeber verteilt werden sollen. Denn ein Vorgehen nach Art. 80 GG setzt voraus, daß der normsetzenden Exekutive eine nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmte Ermächtigung durch den Bundesgesetzgeber erteilt wird. Eine derartige „Vorgabe“ für ein Tätigwerden des Landesgesetzgebers wäre indes mit dessen Stellung unvereinbar:

Zwar mag es noch in der Konsequenz des Art. 72 I GG liegen, daß der Bund durch die Art und Weise, wie er seine Gesetzgebungskompetenz ausübt, auch „den verbliebenen Freiraum des Landesgesetzgebers näher definiert“⁷⁵; man mag dann weiter davon sprechen können, daß das Bundesgesetz „Ausführungsvorschriften durch Landesgesetz vorsieht“⁷⁶. Auch wird man über das Ausmaß, in dem derartige „Bindun-

⁷³ Oben bei Fn. 27, 28. – Gerade dieses Beispiel zeigt im übrigen, daß es in der Praxis oft eher darum gehen dürfte, ob Bundes- oder Landesregierung ermächtigt werden sollen: Der Regierungsentwurf zum BBergG sah eine Ermächtigung an den Bundesminister für Wirtschaft vor, die Einschaltung der Landesregierungen erfolgte erst als späterer, wohl wesentlich durch den Bundesrat mitbestimmter politischer Kompromiß; vgl. dazu die bei Zydek, Bundesberggesetz, 1980, abgedruckten Gesetzesmaterialien.

⁷⁴ Namentlich unter Berücksichtigung der Öffentlichkeitsfunktion parlamentarischer Entscheidungen; vgl. dazu *Kisker*, NJW 1977, 1313 (1314).

⁷⁵ *Bothe* (o. Fn. 66), Art. 72 Rdn. 5.

⁷⁶ *Bothe* (o. Fn. 66), Art. 72 Rdn. 5.

gen“ des Landesgesetzgebers zulässig sind, nicht zuletzt wegen des „Selbsteintrittsrechts“ des Bundes streiten können⁷⁷. Gleichwohl ändert das nichts daran, daß der Landesgesetzgeber auch in derartigen Fällen stets „von seiner ursprünglichen – nämlich konkurrierenden – Gesetzgebungsbefugnis Gebrauch“⁷⁸ macht. Im Einzelfall mag sich das zwar, wie etwa das Beispiel des § 47 I Nr. 2 VwGO zeigt, auf die Frage verengen, ob der Landesgesetzgeber von einer bestimmten, im Bundesrecht geregelten Möglichkeit – hier der Einführung der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle für untergesetzliches Landesrecht – Gebrauch macht oder nicht. Auch bei einer derart reduzierten Entscheidungsbefugnis ist der Landesgesetzgeber indes nicht gehalten, bei seiner Entscheidung ein nach Inhalt, Zweck und Ausmaß bestimmtes „Programm“ des Bundesgesetzgebers zugrunde zu legen⁷⁹.

Diesen Überlegungen kann nicht entgegengehalten werden, daß der Bund im hier interessierenden Bereich auch die Befugnis zur eigenen „Vollregelung“ habe, im Vergleich zu der es immerhin ein „schonenderes“ Vorgehen wäre, dem Landesgesetzgeber Bindungen i. S. des Art. 80 GG aufzuerlegen. Ein derartiger Schluß a maiore ad minus kann im Verhältnis von Legislative und Exekutive im Rahmen des Art. 80 GG zulässig sein und ist vom *BVerfG*⁸⁰ herangezogen worden, um Mitwirkungsbefugnisse des Bundestages bei (Bundes-)Verordnungen zu rechtfertigen. Bei der hier diskutierten „Einschaltung“ des Landesgesetzgebers geht es aber nicht mehr um die Ausgestaltung des Verhältnisses von Legislative und Exekutive, sondern um die Frage der Zuordnung zweier eigenständig zur Normsetzung befugter Gesetzgeber, für deren Beantwortung Art. 72 GG einschlägig ist.

Welche Tragweite die gegenteilige Auffassung hätte, kann gerade an einer Regelung nach Art des § 9 V WeinG 1969 illustriert werden. Soweit es dort nämlich nicht lediglich um Zuständigkeits- und Verfahrensfragen geht, zielt die Ermächtigung darauf ab, „das Nähere“ zu regeln⁸¹, und nimmt dabei, wie es auch Art. 80 I 2 GG fordert, Bezug auf ausführliche Regelungen in den vorangehenden Absätzen des § 9 WeinG 1969. In eine derartige Regelung „des Näheren“ alternativ auch den Landesge-

⁷⁷ Vgl. m. w. Nachw. *Fastenrath*, BayVBl. 1985, 423 (425 bei und in Fn. 21, von Art. 75 GG ausgehend); ferner (zu Art. 71 GG) *Bothe* (o. Fn. 66), Art. 71 Rdn. 7.

⁷⁸ So *BVerfGE* 35, 65 (74); auch v. *Münch* (o. Fn. 66), Art. 72 Rdn. 8. Vgl. ferner etwa *BVerfGE* 62, 354 (369): „Raum eigener Gestaltung“ für die Länder.

⁷⁹ Auch bei Berücksichtigung des Gestaltungsspielraums des Verordnungsgebers (vgl. oben bei Fn. 39) liegt hierin der entscheidende Unterschied. – Allg. zur „Freiheit“ des Landesgesetzgebers vgl. im übrigen auch *BVerfGE* 49, 343 (359).

⁸⁰ *BVerfGE* 8, 274 (321); *Bryde* (o. Fn. 2), Art. 80 Rdn. 17; vgl. ferner bereits die Nachw. oben in Fn. 51.

⁸¹ Vgl. § 9 V Nr. 2 WeinG 1969.

setzgeber einzubeziehen, wie es § 9 V WeinG 1969 tut, bedeutet aber, ihn unter die Vorgaben zu stellen, die der Bundesgesetzgeber im Rahmen des Art. 80 I GG (nur) der Landesregierung stellen darf und muß. Das läuft darauf hinaus, den Landesgesetzgeber an eine „Ermächtigung“ zu binden; i. S. des Art. 72 I GG fehlte es dann aber an zu fordernder „Substanz“ für ein Landesgesetz, wenn das Bundesgesetz derart das eigentliche Programm festlegt. Gerade in diesen Fällen müßte im übrigen auch der Versuch scheitern, zur Vermeidung dieses Ergebnisses die Regelung dahin zu interpretieren, sie wolle dem Landesgesetzgeber (nur) dessen Handlungsspielraum nach Art. 72 GG (wieder-)eröffnen.

Wie demgegenüber ein solches Ziel, den Geltungsanspruch einer bundesgesetzlichen Regelung zugunsten des Landesrechts zurückzunehmen, in verfassungskonformer Weise mit der Sicherung entscheidenden Bundeseinflusses verbunden werden kann, zeigt – allerdings, wie zu betonen ist, wiederum nur als Modell⁸² – die gegenwärtige Rechtslage bei der Erhebung der sogenannten Fehlbelegungsabgabe⁸³. Durch § 16 S. 1 des Änderungsgesetzes von 1985 hat der Bundesgesetzgeber einerseits angeordnet, daß das einschlägige Bundesrecht nicht mehr anzuwenden sei, soweit landesrechtliche Vorschriften an seiner Stelle erlassen werden. Von diesem Vorbehalt zugunsten des Landesgesetzgebers wird in Satz 2 der Vorschrift dann § 1 IV des Gesetzes ausgenommen, der den Landesregierungen die Befugnis überträgt, nach seiner Maßgabe durch Verordnung zu entscheiden, in welchen Gemeinden diese Abgabe überhaupt erhoben werden soll. Damit wird hier einerseits i. S. des Art. 72 I GG eine regional differenzierende Normsetzung nach den Vorstellungen des Landesgesetzgebers ermöglicht, andererseits aber in einem zentralen Punkt auch bei einer Regelung auf Landesebene über Art. 80 GG die Einhaltung der Direktiven des Bundes sichergestellt. Eine derartige Lösung mag auf den ersten Blick zwar umständlich erscheinen; sie ist indes in der Sache konsequent.

Widerspricht nach allem die in § 9 V WeinG 1969 zum Ausdruck kommende Vorstellung einer „Austauschbarkeit“ von Regelungen durch Landesverordnung und durch Landesgesetz dem geltenden Verfassungs-

⁸² I. S. klarer Trennung der Regelungsbereiche von Landesregierung und Landesgesetzgeber. Ob die Vorschriften in ihrer konkreten Ausgestaltung mit der Verfassung vereinbar sind, muß hier dahinstehen. Das OVG Münster hält § 1 IV des Gesetzes (der die Verordnungsermächtigung enthält) mit gewichtigen Argumenten insbesondere zum Parlamentsvorbehalt für verfassungswidrig; vgl. den Vorlagebeschuß vom 28. 2. 1986 – 14 A 2517/85 –, KStZ 1986, 131.

⁸³ Vgl. die Nachw. oben in Fn. 29–32.

recht⁸⁴, so begegnet darüber hinaus auch die Forderung nach einer entsprechenden Erweiterung des Art. 80 GG grundlegenden Bedenken. In der Sache enthält sie letztlich einen Angriff auf die Souveränität der Landesparlamente; statt zu der intendierten Stärkung würde sie also zu deren wesentlicher Schwächung führen.

Nicht auf der Ebene des Art. 80 GG, sondern auf der vorgeschalteten Stufe einer Entscheidung im Rahmen des Art. 72 GG sind deshalb Lösungen zu entwickeln. Gerade für die hier interessierende Konstellation mag es weiterführen, im Schrifttum⁸⁵ unternommene Versuche aufzugreifen, den „Schutz der Landesgesetzgebung“ als einen der leitenden Gesichtspunkte der Auslegung in diesem Bereich stärker herauszuarbeiten. Auch soweit neuere Tendenzen in der Wesentlichkeits-Rechtssprechung⁸⁶ Anlaß geben mögen, in derartigen Fällen neben dem Bundesgesetzgeber den Landesgesetzgeber einzuschalten, hätte dies unter den Bedingungen des Art. 72, nicht unter denen des Art. 80 GG zu erfolgen.

⁸⁴ Gegen eine derartige Austauschbarkeit spricht schließlich der vom BVerfG in anderem Zusammenhang betonte Aspekt, daß „die Zuständigkeitsgrenzen zwischen Bund und Ländern . . . den formalen Rahmen der Gesetzgebung im Bundesstaat (bilden) und . . . als solche in hohem Maße der Festigkeit und Berechenbarkeit (bedürfen)“; BVerfGE 61, 149 (175; vgl. ferner S. 203).

⁸⁵ Vgl. *Bullinger*, DÖV 1970, 797 (799); *Scholz*, Festg. BVerfG, Bd. 2, 1976, S. 270 f.

⁸⁶ Vgl. insoweit auch den Ansatz des OVG Münster in dem bereits erwähnten Vorlagebeschluß (oben Fn. 82). Ob dieser Vorlagebeschluß zu einer grundsätzlichen Stellungnahme des BVerfG führen wird, bleibt abzuwarten.

Utopien als Literaturgattung des Verfassungsstaates

PETER HÄBERLE

I. Problem

„Utopien“¹ sind bislang weder als Literaturgattung noch in ihren Inhalten grundsätzlich in deutschen Staats- oder Verfassungslehren *integriert* worden². Gewiß, sie werden von der Disziplin „Allgemeine Staatslehre“ bald erklärtermaßen ausgeklammert³ oder vor allem aus bildungs- bzw. „geistesgeschichtlichen“ Gründen mitgeführt⁴, bald sind

¹ Ein Klassiker der wissenschaftlichen „Sekundärliteratur“ zu Utopien ist *K. Mannheim*, *Ideologie und Utopie* (1928/29), 4. Aufl., 1964. – Siehe ferner *A. Neusüß* (Hrsg.), *Utopie*, 1968; aus der jüngeren Literatur: *W. Vosskamp* (Hrsg.), *Utopieforschung*, 3 Bde., 1982. – „Primärliteratur“ aus unserer Zeit bildet *E. Bloch*, *Geist der Utopie* (1918/1923), Neuauflage 1964; klassische Utopien bündelt das Taschenbuch: *Der utopische Staat. Morus, Utopia, Campanella, Sonnenstaat, Bacon, Neu-Atlantis*, übersetzt und mit einem Essay hrsg. von K. J. Heinisch, 1960. Zu großen Friedensutopien der frühen Neuzeit (z. B. *Dantes „Monarchia“*) jetzt: *K. Garber*, *Das höchste Gut auf Erden*, FAZ Beilage vom 31. 1. 1987.

² Symptomatischerweise fehlt im Evangelischen Staatslexikon (1. Aufl. 1966) ein selbständiges Stichwort „Utopie“; es erscheint nur im Rahmen der christlichen „Sozialethik“ als negatives Abgrenzungskriterium („chilastischer Utopismus“), vgl. Sp. 2048 ff. Auch die 3. Aufl. 1987 (2 Bde.) verzichtet auf einen Artikel „Utopie“.

³ Charakteristisch *G. Jellinek*, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl., 6. Neudruck, Darmstadt 1959, S. 140: „Ausgeschlossen aber bleiben jene zahlreichen Lehren, die überhaupt nicht den gegebenen Staat zum Inhalt haben, sondern Idealtypen des Staates jedweder Form. Weder Utopien noch politische Ideale irgendwelcher Art sind Gegenstand theoretischer Staatswissenschaft . . . Denn das Recht ist stets positiv, d. h. ein allgemein anerkannter Maßstab des Bestehenden, während der Idealtypus des Staates nach Anerkennung ringt, ohne sie jemals erreichen zu können.“ – Anschaulich berichtet *R. Zippelius*, *Allgemeine Staatslehre*, 9. Aufl., 1985, S. 7 ff unter dem Stichwort „Leitbilder der Politik“ von Utopien als „politischen Wunschvorstellungen zu umfassenden Entwürfen eines besseren Staates“; *Fehlanzeigen* aber: *R. Herzog*, *Allgemeine Staatslehre*, 1971, kennt den Begriff der Utopie nicht. Er fehlt auch bei *K. Loewenstein*, *Verfassungslehre*, 2. Aufl., 1969; *H. H. von Arnim*, *Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland*, 1984.

⁴ Vgl. etwa auch *R. Zippelius*, *Geschichte der Staatsideen*, 1971, S. 75 ff („Utopische Modelle“); ergiebig insofern auch *M. Stürmer*, *Die Suche nach dem Glück: Staatsvernunft und Utopie*, in: *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, Band 2, 1983, S. 1 ff.

sie primär kritisch mitbehandelt⁵. Auch finden sich spezielle Arbeiten, die ein besonderes verfassungspolitisches Problem unter die Utopie-Frage stellen, etwa „Europa“⁶. Indessen fehlt, soweit ersichtlich, ein Versuch, die Literaturgattung und Wissenschafts- bzw. Kunstform der „Utopie“ als solche vor dem Forum der Verfassungslehre *grundsätzlich* zu diskutieren, und zwar in ihrer *Ambivalenz*: Einerseits haben Utopien eine positive (legitimierende und kritisierende) Funktion, auch und gerade für den Typus „Verfassungsstaat“, andererseits liefern sie warnende (Gegen)Modelle, schafft gerade der Verfassungsstaat einen Rahmen, der die Gefahren von (nicht nur „negativen“) Utopien erkennbar macht, kann er sich wie kein anderer Staatstypus Utopien „leisten“. Das sei im folgenden näher skizziert.

II. Beispiele in Geschichte und Gegenwart, „Einteilungen“

1. Beispiele in Geschichte und Gegenwart

Eine Verfassungslehre, die kulturwissenschaftlich arbeitet⁷, muß sich der Utopie als Wissenschafts- und „Kunstform“ schon deshalb stellen, weil diese Literaturgattung seit *Thomas Morus'* „Utopia“ von 1516 *kulturgeschichtlich* überkommen ist. Mögen sich im Rückblick ältere Entwürfe über den „idealen Staat“ wie etwa solche von *Platons* „Politeia“ ebenfalls als „Utopie“ darstellen: erst zu Beginn der Neuzeit hat sich mit *Morus* diese Literaturgattung als solche und zugleich mit diesem Namen etabliert. Indes verlangt nicht allein die Geschichte des Denkens über Staat und Recht, Gerechtigkeit und Gemeinwohl, *auch* „Utopien“ als mögliche „Materialien“ für verfassungsstaatliche Fragen heute auszuwerten: In der Gegenwart gibt es einen eigenen Wissenschaftszweig „Utopieforschung“, der Literaturwissenschaftler, Historiker, Soziologen, Philosophen und Theologen zusammenführt⁸ – die (Verfassungs-)Juristen sind bislang bezeichnenderweise daran *nicht* beteiligt. Die Utopie als interdisziplinärer Gegenstand der Teilwissenschaften läßt sich freilich im letzten nur *kulturwissenschaftlich* auf einen integrierenden Nenner bringen, und die Verfassungslehre hat hier ihren spezifischen Beitrag zu leisten, so „fern“ das juristische Denken *prima facie* dem utopischen *Denken* zu stehen scheint. Utopien erweisen sich indes als

⁵ So bei *H. Krüger*, Allgemeine Staatslehre, 1964, S. 654 ff, 658 ff: von seinem „Staatlichkeitskonzept“ her konsequent. – Siehe auch die Behandlung der „Utopisten“ bei *C. J. Friedrich*, Der Verfassungsstaat der Neuzeit, 1953, S. 577.

⁶ Vgl. z. B. *H. P. Ipsen*, Utopisches im Parlamentsentwurf einer Europäischen Union, FS Carstens, 1984, S. 155 ff; *G. Nicolaysen*, Europa und Utopia, ebd. S. 231 ff.

⁷ Ein Programm in meiner „Verfassungslehre als Kulturwissenschaft“, 1982.

⁸ Dazu die Nachweise bei *Nicolaysen*, aaO, S. 237 f.

kulturelle Kategorie, auf der Themen zur Sprache gebracht werden und in der „Kristallisationen“ zum Ausdruck kommen, die die „Verfassung als Kulturzustand“ und „Kulturprozeß“ nicht ausklammern kann, will sie sich nicht selbst um unentbehrliches Innovationsmaterial und Kritikpotential bringen. Eine bestimmte Zeit grundiert sich auch durch „visionäre“ Utopien, mögen sie noch so sehr Raum und Zeit transzendieren oder sonst „utopisch“ sein oder scheinen.

Das herkömmlich einseitig negative Ausgrenzen statt (auch) positive Integrieren von Utopien in das verfassungsjuristische Denken überrascht um so mehr, als der „Traum von einer besseren Welt einem Archetyp menschlicher Vorstellung zu entsprechen“ scheint, er „sich durch die überlieferte Geschichte von Anbeginn“ zieht und „zu allen Zeiten in immer neuen Formen“ wiederkehrt⁹. Eine Verfassungslehre, die *anthropologisch* ansetzt und menschliche Grundformen wie das „Vertragen“ bzw. den Vertrag, die „Würde des Menschen“ als Natur *und* Kultur oder das Emotionale neben dem Rationalen als „Konsensquelle“ sowie „Bedürfnisse“ nach Religion wie nach individuellem Wissen-Wollen, d. h. Wissenschaft, in ihr Koordinatensystem „einzubringen“ versucht, sollte sich konsequenterweise auch der Utopie „stellen“: denn sie scheint mit menschlichem Denken und Fühlen, Wollen und Handeln „gegeben“ zu sein. So ist es also der *kulturwissenschaftliche bzw. anthropologische* Ansatz, der die Verfassungslehre notwendig zum Thema „Utopie“ führt.

Hinzu kommt ein Weiteres: Schon ein erster erfahrungswissenschaftlicher Blick in die Geschichte der Utopien zeigt, daß diese nicht nur jenseits der realen Staats- oder Verfassungsgeschichte geblieben sind. M. a. W.: Es gibt Beispiele dafür, daß utopische Entwürfe nach Jahrhunderten von der politischen bzw. Verfassungsgeschichte „eingeholt“ wurden, jedenfalls in *Teil-Elementen*. So war der Verfassungsstaat zur Zeit von *John Locke's* „Two Treatises on government“ (1690) noch weitgehend „(konkrete) Utopie“, und so galt *Coudenhove-Kalergi's* Aufruf zur Bildung einer paneuropäischen Union (1922)¹⁰ als Utopie, und doch wurde *Locke's* Entwurf in den amerikanischen Kolonien, den späteren USA, in vielem zum gelebten Verfassungsstaat, ist Europa im Europarat (seit 1949) und in der EG (seit 1957) auf den Weg gebracht worden. Auch *Theodor Herzls* „Judenstaat“ wurde als Utopie (1896) geboren und mit der Gründung des Staates Israel (1948) Wirklichkeit. Es ist diese *Zukunftsdimension*, die nicht wenige Utopien umreißen, die sie zum

⁹ So mit Recht *Nicolaysen*, aaO, S. 235.

¹⁰ Siehe auch den Textentwurf einer europäischen Bundesverfassung (1951), der unter dem Vorsitz von *Coudenhove-Kalergi* erarbeitet wurde (Text bei *P. C. Mayer-Tasch*, Die Verfassungen der nicht-kommunistischen Staaten Europas, 2. Aufl. 1975, S. 832 ff).

Denk- und nicht nur „Spielmaterial“ für eine Verfassungslehre macht (als Kategorie von „Zeit und Verfassung[skultur“])¹¹, und es ist die Unverzichtbarkeit des „Möglichkeitsdenkens“ (bzw. des „fabelnden“, „experimentierenden“ und „Alternativen-Denkens“) als einer von drei juristischen Denkformen (neben dem Wirklichkeits- und Notwendigkeitsdenken)¹², das feine Sensibilität und grundsätzliche Offenheit der Verfassungslehre für Utopien, freilich auch die Fähigkeit zu Kritik und wachem Sinn für ihre Gefahren verlangt.

Der demokratische Verfassungsstaat baut schon de constitutione lata den „Werk- und Wirkbereich“ von Utopien in seine Entwicklungsprozesse positiv ein: indem er von der Grundrechtsseite her die notwendigen *kulturellen Freiheiten* bereits textlich garantiert. Die Verfassungslehre muß dem wissenschaftlich entsprechen. Utopien können „Kunst“ und „Wissenschaft“, oft auch beides, sein und sie werden insofern positivrechtlich durch die Grundrechte der Kunst- und Wissenschafts-freiheit geschützt. Auch wenn, wie zu zeigen sein wird, auf dem Forum einer Verfassungslehre dezidiert (freilich auch irrtumsbehaftet) zwischen „negativen“ und „positiven“ Utopien zu unterscheiden ist, auch wenn die *Gefahrenmomente* beim Namen genannt werden müssen: Das Entstehen-Können von neuen Utopien bzw. das Weiterverbreiten der „klassischen“ zeichnet den Verfassungsstaat als *Typus* aus. Seine „Verfassung der Freiheit“ und seine „Verfassung des Pluralismus“ nimmt Utopien wie andere Arten kritischer Literatur¹³ und Wissenschaft nicht bloß widerstrebend hin, sondern bedenkt sie sogar mit einem positiven Prädikat: weil Utopien ein belebendes, kulturschaffendes, sogar selbst im Negativen kulturgrundierendes, fermentartig wirkendes „Medium“ für Entwicklungen der offenen Gesellschaft sind, die ihnen keine andere Literaturgattung und Wissenschafts- bzw. Kunstform abnehmen kann, so sehr „Utopien“ in offenkundigen Zusammenhängen mit anderen kulturellen „Emanationen“ der jeweiligen Zeit, etwa der Architektur oder der (nicht nur surrealistischen) Malerei stehen können.

Ein Zitat von *Heinrich Mann* mag das Gemeinte speziell für *Europa* belegen, auch wenn Utopie hier „Fernes“, „Beliebiges“, nicht Einholbares bedeutet, was sie im Koordinatensystem der Verfassungslehre begrifflich gerade nicht von vorneherein ist. *H. Mann*¹⁴ formuliert 1923: „Entweder wir einen Europa, hören auf, das geeinte Europa für Utopie, Liebhaberei und fernes Zukunftsbild zu halten, erfassen seine dringliche Lebensnotwendigkeit, – oder dieser Ausläufer Asiens, der so viel lär-

¹¹ Dazu mein gleichnamiger Beitrag, in: *Die Zeit*, hrsg. von *A. Peisl/A. Mohler*, 1983, S. 289 ff.

¹² Dazu *P. Häberle*, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 1978, S. 17 ff.

¹³ Näheres in meiner Studie: *Das Grundgesetz der Literaten*, 1983.

¹⁴ Zit. nach *Nicolaysen*, aaO, S. 233.

menden Aufruhr gewagt hatte, wird still zurückgeholt von der großen Mutter“.

2. „Einteilungen“

Der „Stoff“, aus dem die „Träume“ der Utopien sind, und die Formen, in denen sie Gestalt annehmen, können hier nicht im einzelnen erforscht werden. Während die Verfassungslehre bei vielen ihrer klassischen und neueren Themen „erstes“ Anschauungsmaterial in den *Verfassungstexten* „vorfindet“, tut sie sich bei den Problemfeldern schwerer, zu denen es keine direkten Texte dieser Art gibt, wo sie sich also wie bei den „Utopien“ die „Texte“ erst wissenschaftlich integrieren muß. Im folgenden seien anhand von utopierelevanten Beispielen erste orientierende „*Einteilungen*“ vorgeschlagen, die sich im Rahmen einer Verfassungslehre als hilfreich erweisen können. Immer schon mitgedacht ist die These, daß Utopien als „Kulturgut“ in einem fernerer oder näheren (in der Zeit auch insofern wandelbaren) Bezug zur Gestaltung von Staaten bzw. Verfassungen stehen: selbst wenn sie in rein dichterische Form wie etwa *Daniel Defoes* „Robinson Crusoe“ (1719) gebracht sind¹⁵.

(1) Die Unterscheidung nach den Inhalten

Unterscheiden lassen sich, ungeachtet der historisch schwierigen Abgrenzung von Staat und Gesellschaft *Staatsutopien* („Staatsromane“) wie *Campanellas* „Sonnenstaat“ (1620) und *F. Bacons* „Nova Atlantis“ (1638)¹⁶. „Staatsbezug“ – wenngleich im negativen Sinne – haben auch die Utopien, die Anarchien gelten¹⁷. *Marx/Engels'* bislang *nicht* Wirklichkeit gewordene Thesen vom „Absterben des Staates“ bzw. von der „klassenlosen Gesellschaft“ gehören in der Sache ebenfalls hierher.

Das 19. Jahrhundert gilt als Zeitalter der „*Sozialutopien*“ (z. B. von *Proudhon* und *Bakunin*); im 20. Jahrhundert tritt die *wissenschaftlich-technische Utopie* in den Vordergrund, greifbar in Science-Fiction-Romanen; Namen wie *Jules Verne*, *Aldous Huxley*, *Orwell* stehen für die Sache. Die wissenschaftlich-technischen Entwicklungen werden zum

¹⁵ Erwähnt auch bei *Nicolaysen*, aaO, S. 236.

¹⁶ An des Schwaben *J. V. Andreae* utopischen Staatsroman „Christianopolis“ (1619) erinnert jüngst *K. Reumann* mit den Worten „Tugenden ohne Maß sind schrecklich“ (FAZ vom 28. 8. 1986, S. 8). – Bemerkenswert jetzt *G. Lanczkowski*, Die Inseln der Seligen und verwandte Vorstellungen, Eine religions- und geistesgeschichtliche Interpretation des Inselmotivs von seinen mythischen Ursprüngen bis zu seinem Fortleben in Dichtung und Utopie, 1986. – Umfassend in Methoden und Inhalt zum „Schiff als Gleichnis“: *H. Quaritsch* in seinem gleichnamigen Beitrag in: FS R. Stödter, 1979, S. 251 ff.

¹⁷ Beispiele bei *Nicolaysen*, aaO, S. 235. – Siehe auch *J. Cattepoel*, Der Anarchismus, 3. Aufl. 1979.

– gewandelten – Inhalt der Literaturgattung „Utopie“, die sich so als „kulturelles Gefäß“ eigener Art erweist. Damit wird eine weitere Klassifizierungsmöglichkeit erkennbar.

(2) *Die Unterscheidung nach der „Tendenz“:
positive und negative Utopien*

„Positive Utopien“ sind solche, die im Rahmen der „besten aller Welten“ etwa den „besten Staat“ (so Platons „Politeia“) oder Augustins „Gottesstaat“ entwerfen¹⁸. „Negative Utopien“ malen hingegen „Schreckensbilder“: etwa Orwells „1984“. Beide Utopie-Arten bleiben nicht wirkungslos, „platonisch“. Die positiven Utopien können bereits in der Absicht geschrieben sein oder doch im Ergebnis zu der Anschauung führen, daß die „bessere“ Zukunft anzustreben sei – daran liegt dann auch *Kritik* an der jeweiligen Gegenwart, die man häufig vielleicht nur in der Kunstform der „Utopie“ formulieren durfte¹⁹. Die „negative Utopie“ will bzw. soll abschreckend wirken: Sie „warnt“ – mögliche Zukunft vorwegnehmend. Orwells „1984“ hat, etwa in der politischen Datenschutzdiskussion, in der Ausmalung des sogenannten „Überwachungsstaates“ schon vor 1984 eine Rolle gespielt, und heute läßt sich entgegnen, daß die Schreckensvisionen von Orwell bisher in *keinem* Verfassungsstaat, auch nicht im deutschen des GG, Gestalt angenommen haben. Das macht eine „negative“ Utopie nicht „überflüssig“ oder fragwürdig. Der Roman von Orwell ist zum Stichwort geworden, das als Negativbeispiel Warnsignale gerade vom Boden des Verfassungsstaates aus anschaulich, ja suggestiv werden läßt²⁰. Dasselbe gilt für die „Brave New World“ (von Aldous Huxley) oder den Film „Fahrenheit 451“.

¹⁸ T. Morus formuliert ausdrücklich: „Bericht ... über die beste Staatsverfassung“, Ausgabe Heinisch, aaO, S. 48; bemerkenswert auch Bacons Vorwort in: Nova Atlantis, zit. nach der Ausgabe Heinisch, aaO, S. 175: „Der Verfasser hatte übrigens im Sinne, in dieser Fabel ein Buch über die Gesetze oder die beste Staatsverfassung zu schreiben. Da aber ...“

¹⁹ T. Morus wagt gegen Ende seiner Utopia ausdrücklich eine „Kritik der bestehenden Staaten“, Ausgabe Heinisch, aaO, S. 107.

²⁰ Vgl. z. B. F. Hufen, Das Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts und das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung – eine juristische Antwort auf „1984“?, JZ 1984, S. 1072 ff (=Vortrag aus Anlaß des „dies academicus“ der Universität Augsburg 1984, der unter dem Leitthema „Orwell 1984“ stand): In Orwells Staat, einer „Anti-Verfassung“, werde nicht zufällig die amerikanische Unabhängigkeitserklärung durch die Arbeit der Sprachverunstalter unübersetzbar (ebd. S. 1073). – S. im Blick auf die neue Notstandsverfassung im GG (1968): G. Dürig, Ein Orwellsches Experiment, ZRP 1968, S. 175 f.

(3) Die Differenzierung nach der Zeitdimension

Utopien können *vorwärts* oder *rückwärts* gewandt sein. Diese Unterscheidung nach der Blickrichtung bzw. in der Zeitachse bietet sich als weitere Einteilung an. Beispiele sind in einem inhaltlich allgemeinsten Sinne das „Goldene Zeitalter“ in der *Vergangenheit* – spezifisch staatsphilosophisch der berühmte „Naturzustand“ des Vernunftrechts, sei er als Fiktion oder als gewesene Realität konzipiert, der freilich eine eher optimistische (*J. Locke*, auch *J.-J. Rousseau*) und pessimistische Variante hat und den gesellschaftlichen „Zivilstand“ entsprechend preist (*T. Hobbes*) oder tadelt. Andererseits verweist die Vorwärts-Utopie in die *Zukunft*: in einem allgemeinen Sinne als endzeitliche Verheißung i. S. des Chiliasmus; das Reich Gottes auf Erden wird in einem spezielleren, auch rechtlich relevanten Sinne, z. B. in Gestalt von *I. Kants* „Zum ewigen Frieden“ (1795) oder in der „klassenlosen Gesellschaft“ von *Marx/Engels* greifbar. Die Intensitätsstufen, in denen Utopien „konkret“ sind oder werden, differieren.

(4) Die Unterscheidung nach Formen und Methoden

Diese Klassifizierung des überkommenen „Utopie-Materials“ umfaßt die ganze Bandbreite der Erscheinungsformen von Utopien: Sie reicht von „biblischen Geschichten“ („Das Gelobte Land“) über „Märchen“ (meist auf Inseln), klassisch das *Robinson-Paradigma*, bis zu philosophischen Entwürfen (*Kants* „Zum Ewigen Frieden“) oder politischen Theorien (dem idealisierten „Naturzustand“ *Rousseaus*) und bis zu verfassungsrechtlichen und -politischen Abhandlungen im Stile von *Nicolajsens* „Europa und Utopia“. M. a. W.: *Alle* Literaturgattungen und Wissenschaftsformen sowie Wissenschaftsmethoden vermögen sich als Utopie zu präsentieren.

(5) Utopien als Wissenschafts- oder Kunstform

Utopie kann teils „Wissenschaft“ sein, ihr Schöpfer vermag somit verfassungsstaatlich gesprochen die „Wissenschaftsfreiheit“ in Anspruch zu nehmen: das gilt für den *Marxismus* ebenso²¹ wie für europapolitische Arbeiten. „Utopien“ können aber auch primär „Kunst“ sein, man denke an „Science-Fiction“- oder andere „Romane“²². Schließlich dürfte es „Mischformen“ geben. Ein Werk wie *Thomas Morus’* „Utopia“, selbst schon *der* Klassiker des hier für die Verfassungslehre aufbereiteten Themas „Utopie“, ist *sowohl Kunst als auch Wissenschaft!* Und Utopien

²¹ Vgl. BVerfGE 5, 85 (145 f.). – Zur Wissenschaftsfreiheit im Verfassungsstaat in vergleichend kulturwissenschaftlicher Sicht: *P. Häberle*, AöR 110 (1985), S. 329 ff.

²² An die „utopische Architektur“ eines *Leonardo da Vinci* („Ideale Stadt“) erinnert zu Recht *Nicolajsen*, aaO, S. 237.