

HASSO HOFMANN

Verfassungsrechtliche Annäherungen an den Begriff des Gemeinwohls

I. Der „lästige Jurist“

Unter dem Grundgesetz auf Rechtsstaatlichkeit und Freiheit eingeschworen, nimmt der Jurist das Wort Gemeinwohl ungerne in den Mund. Nicht, daß ihn die Unbestimmtheit des Ausdrucks als solche besonders schreckte. Für den Umgang mit „unbestimmten Rechtsbegriffen“ ist er gut gerüstet. In der Dogmatik des Verwaltungsrechts gibt es dafür ein eigenes Kapitel.¹ Die Gründe der Reserve liegen tiefer. Sie werden andeutungsweise sichtbar, wenn man sich klar macht, daß und warum die Juristen, scheinbar paradox, von „öffentlichem Interesse“ anders als vom *bonum commune* mit großer Unbefangenheit reden. Nun: öffentliches Interesse, das ist nur eine Sammelbezeichnung für öffentliche Interessen.² Und öffentliche Interessen sind bestimmte einzelne Belange, die – mal mehr, mal weniger – uns alle betreffen. Konkret handelt es sich um Einrichtungen des Gemeinbedarfs, als da sind Schulen, Krankenhäuser, Sportstätten, Parkanlagen, Altersheime, Friedhöfe und – in maßvoller Zahl, versteht sich – Opernhäuser, es sind Dinge wie Verkehrswege, Einrichtungen der Energieversorgung, der Abfall- und Abwasserentsorgung, des Naturschutzes und der Landschaftspflege usw. Mit alledem werden genau definierbare und je für sich begründungsfähige Gegenstände des allgemeinen Interesses bezeichnet. Und als solche können sie untereinander und können konfligierende Privatinteressen mit ihnen von Fall zu Fall argumentativ ins Verhältnis gesetzt werden. „Abwägung“ heißt hier das große Schlag- und Zauberwort.³ Im Baugesetzbuch, das von der rechtlichen Ordnung einer bunten Fülle konkurrierender Raum- und Bodennutzungsansprüche handelt, heißt es prototypisch: „Die öffentlichen und

¹ Siehe statt aller Maurer 1994, S. 111 ff., 121 ff.

² Schon vor über 30 Jahren hat Häberle den Vorgang der Differenzierung, Normativierung, Pluralisierung, Prozeduralisierung und der Ablösung vom Staatsbegriff bei der Verwendung des Begriffs „öffentliches Interesse“ in der ‚Gemeinwohlgesetzgebung‘ beschrieben; vgl. Häberle 1970.

³ Siehe dazu Hoppe 1988, S. 698. Weit über diesen Bereich des Planungsrechts hinaus haben Walter Leisner und Thomas Würtenberger den modernen Staat schlechthin als „Abwägungsstaat“ apostrophiert; vgl. Leisner 1997, Würtenberger 1999, S. 141.

privaten Belange (sind) gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen“ (§ 1 Abs. 6).⁴ Dieses Verfahren soll nach dem Willen des Gesetzgebers u. a. „eine dem Wohl der Allgemeinheit entsprechende sozialgerechte Bodennutzung gewährleisten“ (§ 1 Abs. 5 Satz 1 BauGB). Zur Zufriedenheit *aller* Beteiligten bekommen das die zuständigen Verwaltungsträger eher selten hin. Aber dann kann man vor die Verwaltungsgerichte ziehen, die den Abwägungsvorgang zwar nicht in allen Einzelheiten nachrechnen, aber doch wenigstens dessen Fairneß überprüfen.⁵ Und das hat etwas Beruhigendes.

In einem solchen typisch rechtsstaatlichen Kontext offener Pluralisierung und differenzierter Prozeduralisierung des Gemeinwohlbegriffs hat kein Jurist Schwierigkeiten, jene apostrophierten öffentlichen Interessen auch „Gemeinwohlbelange“ zu nennen, d. h. im Plural über bestimmte Aspekte des allgemeinen Wohls, also dessen, was alle angeht, als Posten konkreter Interessenabwägungen zu sprechen. Charakteristischerweise wird bei diesem Sprachgebrauch keine substantielle Gemeinsamkeit beschworen und keine Solidarität in einem allumfassenden Gemeinschaftsanliegen postuliert. Das entlastet. Aber „das Gemeinwohl“ im Singular, ein *bonum commune* als solches? Das klingt nach apriorischer Vor- und Überordnung, fordert republikanische Bürgertugend ein und scheint Pflichten über die Individualrechte zu stellen.⁶ Das Thema unserer Arbeitsgemeinschaft bestätigt den Verdacht: Spannt es doch wie selbstverständlich „Gemeinwohl und Gemeinsinn“ zusammen – eine Idee der Politikwissenschaft. Der Verfassungsrechtler tritt nur zögernd und zunächst als Kritiker hinzu. Der „lästige Jurist“⁷ macht sich – wie üblich – unbeliebt mit seinem Formalismus, seinen Bedenken, seiner Skepsis, seiner Präferenz für Institutionen und Verfahren. Aber seine Wissenschaft tradiert nun einmal eine Einsicht der neueren Verfassungsgeschichte und ihrer Theorie, daß nämlich Organisationen von Herrschaft wenig taugen, wenn deren Bestand und Funktion von moralischen Qualitäten der Bürger und des Herrschaftspersonals abhängen. Das steht schon im Theologisch-Politischen Traktat des Baruch de Spinoza von 1670. Überhaupt soll das Recht als äußere, friedensstiftende Verhaltensordnung die Moral und mit ihr das Ziel des ethisch guten Lebens der Gemeinschaft aus dem Spiel lassen. Noch vor John Lockes magischem *life, liberty, property*⁸ hatte Spinoza gegen die alten, theologisch dominierten Gemeinwohllehren der Epoche das Motto vorgegeben: *Finis ... reipublicae revera libertas est* – „Der Zweck des Staates ist in Wahrheit die Freiheit.“⁹ Bekannt sind diese Gedanken in der Fassung Kants. In seinem Traktat zum ewigen Frieden hat auch er die Errichtung einer staatlichen Rechtsordnung gerade nicht von der „moralische(n) Besserung der Menschen“ abhängig gemacht, sondern als ein Problem der Ausnutzung menschlicher Naturtriebe bezeichnet, „um den Widerstreit ihrer unfriedlichen Gesinnungen in einem Volk so zu richten, daß es sich unter Zwangsgesetze zu begeben einander selbst nötigen, und so den Friedenszustand, in welchem Gesetze Kraft haben,

⁴ Siehe statt aller Brohm 1997, S. 165 ff.

⁵ Vgl. Brohm 1997, S. 252 ff. Zum Gebot des „fairen Verfahrens“ siehe Lange 1991, S. 14 ff.

⁶ Siehe dazu Hofmann 1995a, S. 91 ff.

⁷ Forsthoft 1964, S. 58 f.

⁸ Vgl. Euchner 1969, S. 202 ff.

⁹ Spinoza 1989, S. 604.

herbeiführen müssen“. Diese Aufgabe aber sei, sagt Kant, selbst für ein „Volk von Teufeln“ lösbar. Sie bräuchten dafür nur etwas „Verstand“. ¹⁰ Von Gemeinsinn ist ganz entschieden keine Rede. Und dieser Emanzipation der Rechtslehre von aller Moral entspricht es, wenn in Kants „Metaphysik der Sitten“, das „Heil“ des Staates gerade nicht in dem „Wohl der Staatsbürger und ihrer Glückseligkeit“ gesucht wird, die möglicherweise „unter einer despotischen Regierung viel behaglicher und erwünschter ausfallen (könnten)“, sondern in der unbedingten, freiheitssichernden Rechtlichkeit der politischen Organisation. ¹¹ Diese Staatsauffassung hat die deutsche Rechtsstaatstradition tief und nachhaltig geprägt.

II. Die Last der Geschichte

Daß der lästige Jurist dem alten republikanischen Traum vom Gemeinwohl aus Gemeinsinn, wie ihn Rousseau noch einmal geträumt hatte, mit einer gewissen Reserve begegnet, hat freilich noch andere Gründe. Sie liegen in unserer jüngeren Geschichte, deren Last wir noch immer tragen. Zu keiner Zeit haben – ausgehend von Punkt 24 des Parteiprogramms der NSDAP „Gemeinnutz vor Eigennutz“ – Variationen der Parole vom Gemeinwohl in Rechtsetzung, Rechtsauslegung und Rechtsanwendung eine solch’ dominierende Rolle gespielt wie in den Jahren von 1933 bis 1945. Die Skala reichte von „Gemeinwohl“, „Wohl der Volksgemeinschaft“, „Wohl des Reiches“ und „Gemeinnutz“ über „Bestes der deutschen Volkswirtschaft“, „Gemeinschaftsinteresse“, „Deutsche Belange“ und „Bedürfnisse der Volksgemeinschaft“ bis zu „Aufgaben gegenüber Volk und Reich“. Michael Stolleis hat dieses Material eindrucksvoll aufgearbeitet ¹² und der Rest des Textes könnte damit gefüllt werden, die teils reaktionäre, teils terroristische Funktion dieser Gemeinwohlideologie durch das Verwaltungs-, Straf- und Steuerrecht wie durch das Zivil-, Arbeits- und Wirtschaftsrecht jener Zeit zu verfolgen. Doch mögen hier zwei Schlaglichter steuerrechtlicher Art genügen. Anders als man vielleicht vermuten möchte, waren gesellige und unterhaltende Veranstaltungen von Schützen- und Sportvereinen, sogar solche von soldatischen Traditionsverbänden nicht als gemeinnützig anerkannt und damit nicht von der Steuer befreit, wohl aber Dorfabende des Reichsnährstandes zur „Wiederbelebung und Erhaltung des bäuerlichen Brauchtums, bäuerlicher Art und Gesittung“. Aus sicherem Abstand wirkt das heute eher komisch. Aber das Lächeln gefriert beim nächsten Beispiel steuerrechtlich anerkannter Gemeinnützigkeit: Von der Steuerpflicht befreit wurden auch die SS-Tarnorganisationen, denen die Auswahl der Opfer des sog. Euthanasieprogramms und ihr Transport in die Vernichtungsstätten oblag, weil sie durch Tötung von „unnützen Essern“ und durch „Ausmerzungen rassisch Minderwertiger“ dem „allgemeinen Besten“ materiell nutzten!

Freilich muß die Frage erlaubt sein: War das nicht alles bloß ein schauerlicher (vielleicht bisweilen auch nur lächerlicher) Mißbrauch des hehren Gemeinwohlgedankens?

¹⁰ Kant 1977d, S. 224.

¹¹ Kant 1977b, S. 437.

¹² Vgl. Stolleis 1974, S. 76 ff. (über Punkt 24 des Parteiprogramms der NSDAP), S. 282 ff. (zu den steuerrechtlichen Beispielen) sowie Hofmann 1977.

Zeigt sich das nicht am besten daran, daß unser Steuerrecht unverändert auch heute noch in ganz unbedenklicher Weise mit dem steuerbefreienden Merkmal der Gemeinnützigkeit operiert? Gewiß. Aber das historisch informierte Bedenken struktureller Mißbrauchsanfälligkeit aller Gemeinwohlformeln bleibt.

Darüber hinaus ist die Perversion jener Gemeinwohlideologie dadurch noch gesteigert worden, daß man daraus eine schrankenlose Pflichtenlehre folgern konnte und gefolgert hat. Denn der Vorrang des Wohls der sog. Volksgemeinschaft schloß originäre subjektive Rechte des Einzelnen aus. In einer Abhandlung von 1941 hatte Roland Freisler, der spätere berühmte Präsident des sog. Volksgerichtshofs, klargestellt, daß das Regime den Menschen nur um der Erfüllung seiner volksgenössischen Pflichten willen und nur nach Maßgabe dieser Pflichterfüllung als Träger von Rechten anerkannte.¹³ Vollends nach der sog. totalen Mobilmachung infolge der Katastrophe von Stalingrad bedurfte es einer juristischen Monographie – Werner Weber hat sie 1943 geschrieben –, um die schier grenzenlos vielfältigen „Dienst- und Leistungspflichten der Deutschen“ noch zu überblicken.¹⁴

III. Rückkehr zum Verfassungsprinzip der Freiheit

Was Wunder, daß der Parlamentarische Rat 1948/49, traumatisch auf die nationalsozialistische Verachtung des Individuums und seiner Freiheit fixiert, die Verfassungsgewährleistungen für den Schutz des Einzelnen im Grundgesetz auf ein Höchstmaß steigerte.¹⁵ In gewisser Weise tritt das Grundgesetz damit aus der deutschen Verfassungstradition heraus und sucht den Anschluß an die aufklärerisch-vernunftrechtlichen Menschenrechtserklärungen des ausgehenden 18. Jahrhunderts. Anders nämlich als in Weimar 1919 und vordem 1848/49 in Frankfurt ist nicht mehr von den „Grundrechten und Grundpflichten (sic) der Deutschen“ oder den „Grundrechten des Deutschen Volkes“ die Rede, sondern – und zwar an der Spitze des Verfassungswerks – von Würde und unverletzlichen Rechten „des Menschen“. Daß vier der folgenden Grundrechte bloß als Deutschenrechte garantiert sind, ändert an dieser prinzipiellen Orientierung nichts.¹⁶ „Von Aufgaben und Pflichten völlig freigesetzt“, tritt das Individuum dem Staat hier „in reiner Anspruchshaltung gegenüber“.¹⁷ Mit dieser Rückkehr zum Verfassungsprinzip der Freiheit im Sinne des Kantischen Diktums „Das angeborene Recht ist nur ein einziges – Freiheit“¹⁸ werden alle Einschränkungen der Freiheit begründungsbedürftig und die Verhältnisse von Rechten und Pflichten auf Verfassungsebene neuerlich asymmetrisch – aber nun wieder zugunsten der Freiheit. Wenn *sie* das Prinzip der Verfassung ist, dann kann es nicht zugleich, in gleich originärer Weise und mit demselben Gewicht die Verpflichtung des Einzelnen zu etwas sein. Das Freiheitsprinzip der Verfassung

¹³ Vgl. Freisler 1941, S. 32. Siehe hierzu und zum folgenden Luchterhandt 1988, S. 338 ff.

¹⁴ Siehe Weber 1943.

¹⁵ Im folgenden benutze ich einige Formulierungen meiner in Fn. 6 genannten Arbeit.

¹⁶ Siehe dazu jetzt Siehr 2001.

¹⁷ Maier 1974, S. 23.

¹⁸ Kant 1977b, S. 345; siehe dazu Köhler 1994.

schließt jede rechtliche Inanspruchnahme des Menschen für letzte Güter, Ziele, Zwecke oder Werte aus, die ihn übersteigen. Feuerbachs vorläufige Thesen zur Reformation der Philosophie von 1843 paraphrasierend,¹⁹ läßt sich sagen, daß danach von Rechts wegen kein letztes Ziel, kein höchstes Gut mehr zu formulieren ist, dessen Existenz nicht Mensch heißt. In diesem Sinne spricht das Bundesverfassungsgericht wiederholt von der Würde der freien, sich selbst bestimmenden menschlichen Persönlichkeit als höchstem Rechtswert der Verfassung.²⁰ Wenn das so ist, kann dieselbe Verfassung den Menschen nicht auf Leistungen für ein Ziel über dem Menschen in Anspruch nehmen, es heiße Volk, Rasse, Klasse oder – Gemeinwohl.

IV. Das demokratische Gemeinwohlkonzept des freiheitlichen Verfassungsstaats

Erst das Prinzip der Freiheit macht das Recht zu dem, was wir im Kern darunter verstehen: eine bloß äußerliche, prinzipiell von Moral und d. h. von allen inneren Zumutungen und Nötigungen freie, dafür aber im Blick auf das äußere Verhalten mit äußerer Zwangsgewalt ausgestattete Ordnung, die Grenzen zieht. Kants apriorische Vernunft-Definition des idealen Rechts ist nichts anderes als die Beschreibung einer solchen Rahmenordnung, wenn er sagt:²¹ „Das Recht ist [...] der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann.“

Die gesetzgebende Gewalt kann in einem solchen Rechtssystem prinzipieller Freiheit nirgendwo anders liegen als bei dem zum Gesetzgeber vereinigten Volk. Die Gesetzgebung muß um der Freiheit willen demokratisch sein – ob unmittelbar oder mittelbar, das mag zunächst dahinstehen. Kant hat dafür eine spezifisch juristische Begründung geliefert, deren Wurzeln weit zurückreichen. Das Argument lautet: Wenn das staatliche Gesetz die höchste Form ist, in der das, was Recht ist, verwirklicht wird, dann muß es vollkommen ausgeschlossen sein, daß das Gesetz Unrecht tut. Nun ist es aber niemals denkunmöglich, daß einer Unrecht tut, wenn er über einen anderen entscheidet. Ausgeschlossen ist das nur, wenn man über sich selbst entscheidet: *volenti non fit iniuria* – Wem nach seinem Willen geschieht, dem geschieht kein Unrecht. Demnach müssen, um gesetzliches Unrecht zu vermeiden, alle, also das Volk, über sich selbst entscheiden. Es mögen dann kluge oder unkluge, bessere oder schlechtere Beschlüsse herauskommen – Unrecht können sie auf keinen Fall sein – *volenti non fit iniuria*.²² Allerdings glaubte Kant, absolute Vernunftmaßstäbe des Richtigen für alle die Fälle zu besitzen, in denen es um Freiheitssicherung im Sinne seiner Rechtsdefinition geht. Nur solche Ge-

¹⁹ Feuerbach 1975, S. 240.

²⁰ Vgl. BVerfGE 48, 127 (163). In einer Vielzahl von Entscheidungen wird daneben die Menschenwürde als „oberster Wert“ und das menschliche Leben als „Höchstwert“ bezeichnet; siehe zum einen nur E 6, 32 (41); 96, 375 (398); zum anderen E 39, 1 (42); 46, 160 (164); 49, 24 (53).

²¹ Kant 1977b, S. 337.

²² Ebd., S. 432 f. Zum Problem des Verhältnisses von individueller und kollektiver Autonomie siehe Hofmann 2001a.

setze nannte er „Rechtsgesetze“. Im Hinblick darauf aber, was die jeweils besondere soziale, politische oder wirtschaftliche Situation an Lösungen verlangt, da denken die Menschen, sagt Kant, „gar verschieden“, „so daß ihr Wille unter kein gemeinschaftliches Prinzip, folglich auch unter kein äußeres, mit jedermanns Freiheit zusammenstimmendes, Gesetz gebracht werden kann.“²³ In der Tat ist inzwischen ja sogar mathematisch bewiesen, daß die Präferenzordnungen, also die Wertvorstellungen der Individuen nicht logisch bruchlos in eine kollektive Präferenzordnung überführt werden können.²⁴ Also bleibt insoweit nur die Möglichkeit einer Mehrheitsentscheidung mit ihrer inneren, nicht aufgehobenen Gegensätzlichkeit. Mithin sind Vorkehrungen nötig, daß sie nicht tyrannisch wird. Sie darf die Freiheit nicht vernichten, muß also alle Grundrechtspositionen wahren. Ihre heutige, ganz und gar relativistische Rechtfertigung ist zugleich eine der ältesten. Sie stammt von Spinoza. Er schrieb 1670:²⁵

„[...] bei der Volksherrschaft [imperium democraticum] (die dem Naturzustand am nächsten kommt) verpflichten sich [...] alle, nach gemeinsamem Beschluß zu handeln, nicht aber (auch) so zu urteilen und zu denken. D. h. weil nicht alle Menschen die gleiche Meinung haben können, ist man dahin übereingekommen, daß diejenige Meinung die Kraft eines Beschlusses haben soll, die die meisten Stimmen auf sich vereinigt, vorbehaltlich des Rechts, sie wieder aufzuheben, sobald sich ihnen etwas Besseres zeigt. Je weniger man demnach den Menschen die Freiheit des Urteils zugesteht, um so mehr entfernt man sich von dem natürlichen Zustand und um so gewalttätiger ist infolgedessen die Herrschaft.“

Nimmt man den Umstand hinzu, daß das Mehrheitsprinzip in Demokratien unseres heutigen Verständnisses nicht nur für die Entscheidung von Sachfragen des Gemeinwohls gilt, sondern vor allem schon für die Bestellung des Führungspersonals, so kann man darin den Grund oder jedenfalls den Ausdruck jener sozialen und politischen Unrast erkennen, die für demokratische Gesellschaften auf der Suche nach dem „Gemeinwohl“ charakteristisch ist. In Tocquevilles Buch über die Demokratie in Amerika hat sie schon früh (1835/40) ihre klassische Darstellung gefunden.²⁶ Jedes Entscheidungsprinzip wirkt nämlich zwangsläufig auf das Verfahren der Entscheidungsfindung zurück. So konstituiert das Mehrheitsprinzip im Regelfall einen Prozeß der Konkurrenz. Das rein immanent gedachte, in keiner Weise mehr das Individuum und die Gesellschaft überschreitend vorgestellte Gemeinwohl wird zur Funktion öffentlicher Auseinandersetzungen von Personen, Gruppen, Verbänden und Parteien über Meinungen, Traditionen und Interessen, Sympathien und Antipathien. Und für diesen prinzipiell endlosen Prozeß sind die politischen Kommunikationsgrundrechte, die Medien, ein demokratisches Erziehungs- und Bildungswesen, Verbände und Parteien wichtiger als irgendwelche platonischen Einsichten in das wahre Wesen der Dinge. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist das Problem des Gemeinwohls in der Demokratie aus dem Bereich behaupteter Erkenntnis auf das Feld der Bedingungen, Mittel, Formationen, Verfahren und Institutionen der öffentlichen und der staatlichen Willensbildung verlegt oder genauer: vorver-

²³ Kant 1977c, S. 145; siehe dazu Hofmann 1995b, S. 272 ff.

²⁴ Siehe Arrow 1963; dazu Podlech 1971, S. 204 ff., 274 ff.

²⁵ Spinoza 1989, S. 616/17; siehe dazu Hofmann 2001b, S. 450 ff.

²⁶ Vgl. Tocqueville 1976, S. 483 ff., 517 ff., 638 ff.

legt. In-put-Orientierung hat die Out-put-Orientierung abgelöst.²⁷ Man kann das als relativistische Entsubstantialisierung und Prozeduralisierung des Gemeinwohlgedankens apostrophieren, muß sich dabei aber bewußt bleiben, daß man damit eine hochkomplexe und außerordentlich voraussetzungsreiche Erscheinung bezeichnet.²⁸ Es handelt sich mitnichten nur um etwas Negatives, um ein bloßes Auflösungsphänomen, sondern um das demokratische Gemeinwohlkonzept des freiheitlichen Verfassungsstaats.

Dazu gibt es eine Formulierung des Bundesverfassungsgerichts, die allerdings stützen läßt. „Der Staat“, sagt das Gericht, sei als (parlamentarischer) Gesetzgeber „Hüter des Gemeinwohls gegenüber Gruppeninteressen“.²⁹ Aber was macht das Parlament, wo die Resultante der Meinungs- und Interessengegensätze im Gesetz fixiert wird, zum „Hüter des Gemeinwohls“ gegen die Gruppeninteressen? Existiert da – um mit Hegel zu sprechen – ein Rest von Staatlichkeit als sittlicher Idee?

Die heutige öffentliche Diskussion sucht den festen republikanischen Halt hinter dem Relativismus endloser Mehrheitsentscheidungen indes weniger im Staat und in einer Staatsidee als in der Gesellschaft, nämlich im republikanischen Bürgersinn ihrer Mitglieder. „Zivilgesellschaft“ ist das Schlüsselwort.³⁰ Dafür mag das angelsächsische Muster der *civil society* Vorbild sein. Doch darf daran erinnert werden, daß unser Begriff des Bürgers nicht unter dem souveränen, absolutistischen Anstaltsstaat gewachsen ist, sondern aus der Tradition der vormodernen Stadtkommunen mit ihren patrizischen und genossenschaftlichen Haltungen und Lebensformen stammt. Und ideengeschichtlich gibt es nicht nur die Linie von Bodin und Hobbes über Kant zu Hegel, sondern auch die (freilich eher rezessive) Linie Althusius – Spinoza – Rousseau. In der Geschichtswissenschaft hat dieses Moment genossenschaftlicher politischer Selbstorganisation überschaubarer Lebensbereiche erst in jüngster Zeit als „Kommunalismus“ stärkere Beachtung gefunden.³¹

Der Beitrag der Verfassungsrechtslehre zum Thema Republikanismus und Zivilgesellschaft hält sich in Grenzen. Das hat – wie dargelegt – gute Gründe, die mit der Wahrung der freiheitlichen Verfassungstradition zusammenhängen, daneben vielleicht auch nicht ganz so gute, sofern sie aus einer professionellen Fixierung der Juristen auf Herrschaft und Herrschaftsorganisation resultieren, die dem genossenschaftlichen Rechtsdenken abhold ist. Immerhin können hier aber doch fünf, im einzelnen sehr unterschiedliche, teilweise sogar gegenläufige Momente eines gewissen republikanischen Rumorens in der Staatsrechtslehre benannt werden. In der Tradition der Smend'schen Auffassung vom Staat als Integrationsprozeß hat Peter Häberle die viel zitierte Formel von der „offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“ geprägt.³² Damit soll deutlich gemacht werden, daß Gehalt und Bedeutung der fortwährend sich entwickelnden Verfassung nicht nur aus institutionalisierten verfassungsgerichtlichen Entscheidungs-

²⁷ Vgl. Hofmann 1987, S. 233 ff.

²⁸ Siehe dazu Häberle 1970 und Isensee 1988.

²⁹ BVerfGE 33, 125 (159).

³⁰ Siehe dazu Frankenberg 1996, S. 41 ff.

³¹ Grundlegend zum Thema Blickle 1986.

³² Häberle 1975.

verfahren und exklusiven professionellen Interpretationen resultieren, sondern das Ergebnis allen gesellschaftlichen Lebens sind, das sich als Tätigkeit unter der Verfassung und Aktivierung ihres Sinnes versteht. Im Gegensatz dazu hat ein sehr institutionenbewußter Autor wie Ernst-Wolfgang Böckenförde, langjähriger Bundesverfassungsrichter, seinerseits mit Beiträgen zum Ethos der Demokratie so etwas wie einen demokratischen Gemeinsinn, verstanden als Inbegriff vorrechtlicher, nämlich diskursethischer Voraussetzungen des demokratischen Willensbildungsprozesses postuliert.³³ Und der Bonner Staatsrechtler Josef Isensee wird nicht müde, den aus dem Prinzip der Republik, der *res publica*, deduzierten Gemeinwohlbegriff als konstitutives Element für das unverzichtbare republikanische Amtsethos aller Staatsdiener einschließlich der Parlamentarier zu beschwören.³⁴ Breitere Aufmerksamkeit dürfte die namentlich im Zusammenhang mit politischen Richtungsentscheidungen seit Jahren immer wieder (erfolglos) aufflammende verfassungspolitische Diskussion um die Einfügung plebiszitärer Elemente in das ziemlich rigoros repräsentativ-parteienstaatliche Grundgesetz gefunden haben.³⁵ Zuletzt hatte der Geist der ostdeutschen Bürgerbewegung den Forderungen nach Volksbegehren und Volksentscheid auf Bundesebene starken Auftrieb gegeben. Auf diesem Felde sucht sich immer wieder bürgerschaftliches Engagement gegen bürokratische Strukturen Bahn zu brechen. Über die Grenzen der juristischen Fachwelt hinaus fanden und finden auch Theorie und Praxis verwaltungsverfahrenrechtlicher Öffentlichkeitsbeteiligung Beachtung. Beispiel: Ausbau des Flughafens Schönefeld. Die Debatte über diese bürgerschaftliche Mitwirkung bei der Prüfung von Großvorhaben, die einem sog. Planfeststellungsverfahren unterliegen, ist teilweise unter dem Titel „Partizipation“ geführt worden. Wir werden darauf zurückkommen.³⁶

Hier bleibt in den eher traditionellen juristischen Bahnen zunächst noch zu bedenken, daß der Prozeß der Gemeinwohlfindung und Gemeinwohlrealisierung mit den konkurrenzdemokratischen Entscheidungen darüber, welches Konzept jeweils als gemeinwohldienlich zu gelten hat, keineswegs zu Ende ist. Von der Möglichkeit, die politischen Auseinandersetzungen bei Gelegenheit wieder aufzunehmen, ganz abgesehen: Gesetze bedürfen der administrativen Umsetzung. Und der Gesetzesvollzug hat allemal seine besonderen Probleme (Teil V).

Darüber hinaus will natürlich bedacht sein, daß weder das Verfassungsrecht selbst noch Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsrechtslehre bei Begründung, Pflege und Ausbau eines Rechtsstaats im Sinne der Freiheitsphilosophie Kants stehenbleiben konnten und stehengeblieben sind (Teil VI).

³³ Vgl. Böckenförde 1995.

³⁴ Vgl. Isensee 1988.

³⁵ Dazu klärend Jung 1994 und zum folgenden Jung 2000; siehe auch von Arnim 2000.

³⁶ Siehe dazu unten Fn. 40 sowie Fn. 45.

V. Duale Gemeinwohlbestimmung durch Gesetzgebung und Verwaltung

Nach der freiheitlich-demokratischen, gewaltenteilenden Staatsverfassung muß alles „Wichtige“ oder „Wesentliche“, wie das Bundesverfassungsgericht sagt, vom Gesetzgeber, im Klartext: vom Parlament entschieden werden.³⁷ Entsprechend groß ist die Bedeutung des Gesetzmäßigkeitsprinzips, d. h. die Bindung der Verwaltung, also der vollziehenden Gewalt, an die parlamentarischen Vorgaben. Denn diese Determinierung ist ersichtlich systemnotwendig. Andererseits erweist sie sich bei näherer Betrachtung als hoch problematisch. Lassen wir den alten, schon klassischen Einwand gegen die Bindungskraft des Gesetzes beiseite, daß der Schritt von der abstrakten Regel zu ihrer konkreten Anwendung niemals ein logisch zwingender und der Gesetzesvollzug folglich niemals ein bloß mechanischer Vorgang ist. Zwar hat selbst Kant gelegentlich, einer verbreiteten Auffassung folgend, die Rechtsanwendung mit einem Vernunftschluß verglichen, der aus dem Gesetz als Obersatz über die Subsumtion des konkreten Sachverhalts im Untersatz zu dem Schlußsatz führt, „was im vorkommenden Falle Rechtens ist“.³⁸ Doch zeigt seine „Kritik der Urteilskraft“, daß er es besser wußte. Die Gestalt des Problems, mit der wir es heute vor allem zu tun haben, resultiert aus dem Umstand, daß der Gesetzgeber bei komplexen und komplizierten Regelungsgegenständen auch bei bestem Regelungswillen auf offene Determinanten, nämlich allerlei unbestimmte Begriffe wie eben auch auf Gemeinwohlformeln und semantische Äquivalente nicht verzichten kann. Keine Rechtsordnung kann das.

Auf besonders unübersichtlichen Regelungsfeldern, wo eine Vielzahl von Momenten zu berücksichtigen und schlechterdings nicht vorhersehbar ist, in welchen Konstellationen und mit welchen Gewichten diese Momente in den zukünftigen konkreten Problem- und Konfliktfällen auftreten werden, ist der Gesetzgeber dazu übergegangen, die Verwaltung nicht mehr in der traditionellen Weise konditional, also nach dem Wenn-dann-Schema zu programmieren, sondern nur noch final, durch Zielvorgaben. Musterbeispiel ist das eingangs schon erwähnte Planungsrecht.³⁹ Der bereits apostrophierte § 1 Abs. 5 Satz 1 BauGB lautet vollständig:

„Die Bauleitpläne sollen eine geordnete städtebauliche Entwicklung und eine dem Wohl der Allgemeinheit entsprechende sozialgerechte Bodennutzung gewährleisten und dazu beitragen, eine menschenwürdige Umwelt zu sichern und die natürlichen Lebensgrundlagen zu schützen und zu entwickeln.“

Und dann folgt eine ellenlange Liste derjenigen Gesichtspunkte, die dabei „insbesondere“ zu berücksichtigen sind. Sie reichen von den „allgemeinen Anforderungen an gesunde Wohn- und Arbeitsverhältnisse“ (Nr. 1) und der „Vermeidung einseitiger Bevölkerungsstrukturen“ (Nr. 2), über die „sozialen und kulturellen Bedürfnisse der Bevölkerung“ (Nr. 3), die Ästhetik des Orts- und Landschaftsbildes und die Belange des Denkmalschutzes (Nrn. 4 u. 5), über die Erfordernisse der Kirchen und Religions-

³⁷ BVerfGE 61, 260 (275); 88, 103 (116); 91, 148 (162); 101, 1 (34).

³⁸ Kant 1977b, S. 432.

³⁹ Siehe dazu grundlegend Wahl 1978, S. 35 ff.; siehe ferner Erbguth 1981 und Koller 1997, S. 83 ff.

gesellschaften (Nr. 6), die vielfältigen Belange des Umweltschutzes (Nr. 7) und die in sich noch einmal außerordentlich komplexen Interessen der Wirtschaft (Nr. 8) bis zu den Erfordernissen von Verteidigung und Zivilschutz (Nr. 9). Es leuchtet ein, daß die sog. „planerische Gestaltungsfreiheit“ der Verwaltung, die alles das von Fall zu Fall austarieren muß, in dem Maße steigt, in dem der Gesetzgeber die Zahl der Zielvorgaben erhöht. Je detaillierter der Gesetzgeber die teilweise ja gegenläufigen Gemeinwohlbelange auflistet, um so freier wird die sie untereinander und gegeneinander abwägende Verwaltung. Nun gibt es für diesen Bereich des Planungsrechts sozusagen einen demokratischen Trost: die Umsetzung in den örtlichen Bebauungsplänen obliegt den Gemeinden und d. h. den demokratisch gewählten Gemeinderäten und deren Mehrheitsentscheidungen. Und dieser Umstand verleiht zugleich auch der vorgeschriebenen Bürgerbeteiligung besonderes Gewicht.⁴⁰ Aber dieses Remedium fehlt, wo staatliche Behörden zur Implementierung offener gesetzlicher Zielvorgaben berufen sind. Das ist bei der Genehmigung aller raumbedeutsamen Großvorhaben der Fall. Hier verkommt die (gleichfalls obligatorische) Bürgerbeteiligung nicht selten zur lästigen Formalität. Im ganzen folgt daraus, um das Ergebnis vorwegzunehmen, nicht nur eine Parzellierung der Kompetenz zur Bestimmung dessen, was im öffentlichen Interesse liegt, sondern auch eine Verschiebung der Gemeinwohlverantwortung vom Gesetzgeber weg und hin auf die Verwaltung, und das wiederum heißt im Streitfall auf die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Die Unterscheidung von Politik und Recht, von Demokratie und Rechtsstaat verschwimmt.⁴¹

Solche verdeckten Delegationsformeln, die selbstverständlich auch in den auf herkömmliche Weise konditional formulierten gesetzlichen Entscheidungsprogrammen enthalten sein können, erscheinen entweder als regulative Ideen, die man mit Kant auch heuristische Fiktionen nennen kann, oder als Verweisungen auf außerrechtliche Standards. Regulative Ideen bzw. heuristische Fiktionen bezeichnen keinen in realer oder idealer Weise objektiv existierenden Gegenstand.⁴² Nirgendwo existiert beispielsweise die „dem Wohl der Allgemeinheit entsprechende sozialgerechte Bodennutzung“ i. S. des § 1 BauGB als vorgegebene Normalität. Niemand kann und soll sie ein für allemal definieren. Nur um „eine“ solche Bodennutzung geht es nach dem Gesetzeswortlaut. Der Gesetzgeber unterstellt sie lediglich als eine Möglichkeit, die gleichwohl das Handeln der Verwaltung leiten soll. Und sie kann das, insofern sie einen Findungsprozeß in Gang setzt, in dem Lösungsmöglichkeiten in negativer Kasuistik ausgeschieden, die

⁴⁰ So spricht das BVerfG (E 77, 288 [300]) der Bürgerbeteiligung insoweit ausdrücklich die Bedeutung demokratischer Legitimation zu. Klaus Finkelnburg sieht in der frühzeitigen Bürgerbeteiligung bei der Aufstellung der örtlichen Bauleitpläne trotz mangelnder Entscheidungsbefugnis eine „Form unmittelbarer Demokratie“, vgl. Finkelnburg/Ortloff 1998, S. 48. Das ist allerdings nicht die einzige Funktion der Bürgerbeteiligung; es geht auch um Information und Vorverlagerung des individuellen Rechtsschutzes, vgl. Battis 1996, Erl. 1 c und d zu § 3.

⁴¹ Siehe dazu Möllers 1999, S. 200 f.

⁴² Vgl. zum Begriff Kant 1977a, S. 653 ff. (B 799 ff.). Zum „Gemeinwohl“ als regulative Idee Isensee 1988, S. 16 ff. Allerdings wird Kants regulative Idee oder heuristische Fiktion kurzerhand mit dessen Postulaten der reinen praktischen Vernunft (Unsterblichkeit, Freiheit, Dasein Gottes) gleichgesetzt, was natürlich zu anderen Schlußfolgerungen führt; vgl. etwa ebd., S. 44.

verbleibenden verglichen werden und argumentativ die Annäherung an einen Zustand gesucht wird, von dem man eher als von anderen nämlich mit mehr und besseren Gründen sagen kann, daß er dem gesteckten Ziel entspricht. Und diesen Schluß zieht – nur in gewissen Grenzen durch die Verwaltungsrichter kontrolliert – von Fall zu Fall eben die Exekutive.

Noch weiter weg von der Gemeinwohlverantwortung des demokratischen Gesetzgebers führt das andere Beispiel, nämlich das der Verweisung auf Sicherheitsstandards zum Schutz des Wohls der Allgemeinheit im technischen Sicherheitsrecht.⁴³ Was der „Stand der Technik“ oder – schärfer – der „Stand von Wissenschaft und Technik“ jeweils an Gefahrenabwehr und Risikovorsorge zum Schutz der Einzelnen und zum Wohl der Allgemeinheit verlangen, wird de facto von Kommissionen privater Sachverständiger bestimmt. Die Verwaltung übernimmt dafür nur die rechtliche Verantwortung vor den Verwaltungsgerichten. Da diese ihrerseits jedoch nicht über entsprechende Kommissionen gebieten, haben sie sich – vom Bundesverfassungsgericht dazu ermutigt – aus der Kontrolle derartiger Sicherheitsstandards weitgehend zurückgezogen. Derartige „Normkonkretisierung“ heißt es, sei allein Sache der Verwaltung.⁴⁴

Kritisch reflektiert wurde diese Entwicklung unter zwei komplementären Gesichtspunkten: für den einen steht das Stichwort „Steuerungsversagen“, den anderen bezeichnet das schon erwähnte Schlagwort „Partizipation“. Die verwaltungsrechtliche Partizipationsdebatte der 1970er Jahre⁴⁵ spielt heute freilich keine große Rolle mehr. Sie hatte sich an der demokratischen Bedeutung des Gesetzmäßigkeitsprinzips entzündet. Denn dieser Grundsatz soll ja nicht nur rechtsstaatliche Rechtssicherheit im Bereich des Verwaltungshandelns gewährleisten, sondern ist auch als Vermittlung der demokratischen Legitimation des Parlaments in die Verwaltungsentscheidungen hinein gedacht. Offene Zielvorgaben der Gesetze sind daher auch als Defizite demokratischer Legitimation des Verwaltungshandelns thematisiert worden. Und das führte zu dem Gedanken einer gewissen Kompensation dieses Defizits durch eine zusätzliche öffentliche Kontrolle mittels Öffentlichkeitsbeteiligung im Verwaltungsverfahren der Gesetzesanwendung. Manche haben darin sogar eine Art kompensatorischer „Betroffenendemokratie“ gesehen. Heute wird diese „Partizipation“ realistischerweise aber wohl mehr als Informationsmittel für die Verwaltung und für die Betroffenen als Vorverlagerung ihres Rechtsschutzes betrachtet.⁴⁶

Steuerungsdefizite der staatlichen Normsetzung – um das andere Stichwort „Steuerungsversagen“ aufzugreifen –, d. h. Durchsetzungsschwächen der parlamentarischen Gesetze, werden auf vielen Gebieten beklagt und haben unterschiedliche Ursachen.⁴⁷ Da gibt es etwa den „Steuerwiderstand“, erfolgreiches Schwarzbauen, kollektive Mißachtungen der Straßenverkehrsordnung, und es gibt das schon sprichwörtliche „Voll-

⁴³ Siehe dazu Hofmann 2001c, S. 880, 890 und im einzelnen Steinberg 1998, S. 185 ff.

⁴⁴ BVerwGE 72, 300 (319).

⁴⁵ Bezeichnend dafür die Verhandlungen auf der Jahrestagung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer 1972; Walter/Schmitt Glaeser 1973, S. 147 ff., 179 ff.

⁴⁶ Vgl. die Angaben in Fn. 40. Den Legitimationsgesichtspunkt betont dagegen neuerlich Würtenberger 1996, S. 99 ff.

⁴⁷ Siehe dazu Lange 1991 und Grimm 1990.

zugsdefizit“ im Umweltrecht.⁴⁸ Rechtsstrukturell bedingt sind solche Steuerungsschwächen, wo sie aus der besprochenen Offenheit gesetzlicher Zielvorgaben resultieren. Inzwischen glaubt die moderne sozialwissenschaftlich inspirierte Verwaltungsrechtswissenschaft jedoch herausgefunden zu haben, daß wir es im Umweltrecht nicht einfach mit einem Verlust an gesetzlicher Steuerungskraft, sondern mit einem Übergang zu anderen und komplizierteren Formen von Steuerung und Gemeinwohlverwirklichung bis hin zur Teilung der Gemeinwohlverantwortung zwischen öffentlichen und privaten Akteuren zu tun haben.⁴⁹ So spricht man etwa von kooperativer oder auch von struktureller oder „Kontextsteuerung“⁵⁰. Gemeint ist damit hauptsächlich eine indirekte Steuerung, etwa durch Kostenbelastungen, oder der Rückzug des Staates auf die Überwachung der Selbstüberwachung der Wirtschaftssubjekte. Ein hervorragendes Beispiel für den neuen sog. „Wirkungsmix von Selbstregulierung und staatlicher Steuerung“⁵¹ bietet die sog. Altauto-Verordnung von 1997 (BGBl. I, 1997, 1666) betreffend die Zusammenarbeit von staatlichen Aufsichtsbehörden, Autoeigentümern, sog. anerkannten Verwertungsbetrieben, privaten Sachverständigen und Sachverständigenverbänden sowie dem Verband der Automobilindustrie bei der umweltverträglichen Beseitigung von Altautos.⁵² Die Verwaltungsrechtswissenschaft will nun „die Gemeinwohlfähigkeit komplexer Regelungsstrukturen von staatlichen und privaten Akteuren“⁵³ erforschen. Ergebnisse stehen noch aus. Jedenfalls hat der Gemeinwohlbegriff auf diesem Felde seit einigen Jahren eine bemerkenswerte Konjunktur. Wahrscheinlich wird er im ausufernden Prozeß partikularistischer Privatisierungen administrativer Funktionen als eine Art semantische Bremse gebraucht.⁵⁴

VI. Das Sozialstaatspostulat

Kehren wir nach diesem Ausflug in das Verwaltungsrecht abschließend noch einmal zum Verfassungsrecht zurück. Unbeschadet der nach schrecklichen Erfahrungen verständlichen und wichtigen Betonung der individuellen Freiheit hat der Grundgesetzgeber im Grundrechtsteil zweimal ausdrücklich an das „Wohl der Allgemeinheit“ gedacht, und zwar – im Anschluß an die Weimarer Reichsverfassung – bei der Eigentumsgarantie. Nach Art. 153 WRV (Abs. 3) sollte der Gebrauch des Eigentums „zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste“ und eine Enteignung „nur zum Wohle der Allgemeinheit“ stattfinden dürfen (Abs. 1). Art. 14 des Grundgesetzes übernimmt in Abs. 2 diese sog. Sozialbindung des Eigentums: „Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem

⁴⁸ Stichwortgebend war der Band Mayntz 1978.

⁴⁹ Vgl. Trute 1999 und besonders materialreich Schuppert 2000, S. 408 ff., 810 ff.

⁵⁰ Steinberg 1998, S. 165 ff., 399 f.; siehe ferner Schuppert 2000, S. 429 f.

⁵¹ Schuppert 2000, S. 414 und über solchen „Steuerungsmix“ S. 430.

⁵² Siehe dazu Schmidt-Preuß 1999, S. 204 f.

⁵³ Trute 1999, S. 22 f.

⁵⁴ Siehe dazu Trute 1996, S. 210 ff.; ders. 1997, S. 269 ff.; Pitschas 1997, S. 160; Wahl 1997, S. 333 ff.

Wohle der Allgemeinheit dienen.“⁵⁵ Und auch nach dem Grundgesetz (Art. 14 Abs. 3 Satz 1) ist eine Enteignung „nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig“. Die Gemeinwohlbindung des Eigentums wird vor allem als Richtschnur für den Gesetzgeber verstanden, der ihr hauptsächlich durch das Boden- und öffentliche Baurecht Rechnung getragen hat, wovon hier schon die Rede war. Außerdem dient jene Klausel den Gerichten als Auslegungsrichtlinie bei der Anwendung der Gesetze, die Inhalt und Schranken des Eigentums bestimmen. Und der für – übrigens allemal entschädigungspflichtige – Enteignungen verfassungsrechtlich geforderte Gemeinwohlgrund wird in bewährter juristischer Technik durch negative Kasuistik erfaßt: Eine Enteignung ist danach unzulässig, wenn sie allein aus fiskalischen Gründen oder bloß zum Nutzen Privater erfolgen soll. Wegen des möglichen mittelbaren Nutzens für Arbeitsmarkt und Wirtschaftsstruktur bezeichnen Enteignungen von Bodeneigentum zugunsten eines Industrieunternehmens den kritischen Grenzfall. Deshalb hat der Prozeß um die Enteignung zugunsten einer von Daimler-Benz im württembergischen Boxberg geplanten Teststrecke seinerzeit die Öffentlichkeit so lebhaft beschäftigt.⁵⁶

Über den Bereich der Eigentumsfreiheit hinaus hat es in Theorie und Praxis des Verfassungsrechts der frühen Bundesrepublik Versuche gegeben, dem Individualismus der Grundrechtsgarantien dadurch zu begegnen, daß man für alle Grundrechtsausübungen einen ungeschriebenen Gemeinschafts- oder Sozialverträglichkeitsvorbehalt behauptete. Insbesondere bei den Grundrechten der Versammlungs- und Berufsfreiheit wie bei der Unverletzlichkeit der Wohnung sind ausdrücklich „Gemeinwohlvorbehalte“ diskutiert worden. Doch konnten sich derartige Auffassungen gegen das oben dargelegte Konzept der Freiheit als Prinzip nicht durchsetzen.⁵⁷ Danach bedürfen eben alle Einschränkungen einer speziellen normativen Grundlage. Die Aufgabe, Grundrechte zu koordinieren, zwischen Grundrechtsausübungen zu vermitteln und sie mit anderen Gütern der Rechtsordnung verträglich zu gestalten, kommt folglich primär dem demokratischen Gesetzgeber zu. Entsprechendes gilt für die im Grundgesetz zwar nicht ausdrücklich benannten, aber durchaus angelegten „Grundpflichten“ zu Gesetzesgehorsam, Abgaben, Wehrdienst, Eigentumsopfern und Schulbesuch, deren man sich Anfang der 1980er Jahre in der öffentlichen Diskussion erinnerte.⁵⁸

Das verfassungsrechtliche Gemeinwohlproblem liegt heute ganz woanders, nämlich bei der Neubestimmung des Sozialstaatspostulats unserer Verfassung in einer politisch, sozial, wirtschaftlich und demographisch veränderten Lage, in der das Problem der Güterverteilung zudem längst eine internationale Dimension hat. Was bedeutet „soziale Gerechtigkeit“ in dieser Situation? Denn um nichts weniger geht es ja. „Soziale Gerech-

⁵⁵ Hierzu und zum folgenden statt aller mit weiteren Nachweisen Wieland 1996.

⁵⁶ Vgl. BVerfGE 74, 264.

⁵⁷ Das Bundesverfassungsgericht hat allen derartigen Überlegungen ein Ende gemacht, indem es sich in ständiger Rechtsprechung gegen die Auffassung wandte, die Einschränkung des Art. 2 Abs. 1 (Persönlichkeitsentfaltung) Halbsatz 2 GG („[...] soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt“) bezeichne einen „Gemeinschaftsvorbehalt“ für alle individuellen Grundrechte: BVerfGE 30, 173 (192 f.) u. ö.

⁵⁸ Das veranlaßte die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, auf ihrer Jahrestagung 1982 über „Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension“ zu diskutieren; vgl. VVDStRL 41 (1983).

tigkeit“ respektive „eine gerechte Sozialordnung“ verlangt das Sozialstaatsprinzip nach den Worten des Bundesverfassungsgerichts.⁵⁹ Auf der europäischen Tagesordnung steht das Thema in wechselnden Konstellationen seit dem Revolutionsjahr 1848. Damals ist der philosophiegeschichtlich neuartige Begriff der sozialen Gerechtigkeit in einer frappierenden Koinzidenz von aristotelisch-scholastischer Tradition und humanistisch-liberaler Denkungsart in Italien⁶⁰ und in England⁶¹ geboren worden, während Marx und Engels im Kommunistischen Manifest noch deutsch-idealistisch die Freiheit des Proletariats als Ziel der Geschichte beschworen.⁶² Als Folge von Industrialisierung und Proletarisierung verlangte die sog. soziale Frage neue Antworten. Und worin besteht das Problem heute? Ich bin versucht zu sagen: darin, daß bei allen wirtschaftlichen Aktivitäten nur nach der Steigerung der Produktion, aber nicht nach den Auswirkungen auf die Menschen gefragt wird. Das wäre dann ein Zitat – freilich nicht, wie man vielleicht meinen möchte, aus einer aktuellen Quelle. Der Nationalökonom Gustav Schmoller hat es 1872 bei den Vorbereitungen zur Gründung des Vereins für Sozialpolitik so ausgedrückt.⁶³

Natürlich ist „soziale Gerechtigkeit“ nicht mehr als eine regulative Idee oder eine heuristische Fiktion in dem besprochenen Kantischen Sinne. Aber das immerhin ist sie und als solche ist sie uns von der Verfassung vor- und aufgegeben. Mit dem notwendigen Prozeß der Annäherung müssen wir freilich nicht bei Null beginnen. Es gibt ja längst eine Sozialstaatstradition mit gesicherten Ergebnissen, als da sind Sozialversicherung und Sozialhilfe, Arbeits- und Mieterschutz, Arbeitsvermittlung und Ausbildungsförderung, Vermögensbildung usw.⁶⁴ Was Not tut, ist Anpassung und Fortentwicklung. Folglich brauchen wir eine „adäquate Richtschnur [...] für die Weiterentwicklung eines bestehenden Rechtssystems mit dem Ziel, es gerechter zu machen“. Diese Richtschnur können freilich nicht objektive Prinzipien der Gerechtigkeit bilden, aus denen sich das vollständige System einer „gerechten Sozialordnung“ i. S. der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts einfach deduzieren ließe. Indes bleibt die Möglichkeit einer negativen, einer Ungerechtigkeitsprüfung von Fall zu Fall. Und die ist – wiewohl ausgelöst durch das Empfinden einer Anstößigkeit – nicht notwendig bloß eine Angelegenheit des Gefühls, sondern eine Frage der Vereinbarkeit mit anerkannten Prinzipien unserer Ordnung und eine Sache der diskursiven Argumentation, wie sich das für die Verfolgung einer regulativen Idee gehört.

„Die Tatsache, daß es verschiedene Vorstellungen darüber gibt, was gerecht ist, schließt nicht die Möglichkeit aus, daß die negative Ungerechtigkeitsprüfung eine objektive Prüfung sein kann, die mehrere verschiedene, aber nicht alle Systeme solcher Regeln bestehen können.“

Die damit bezeichnete Aufgabe ist groß und schwer. Akademievorträge lösen sie nicht und nehmen sie uns nicht ab. Aber wir dürfen uns dem Verfassungsgebot nicht entzie-

⁵⁹ BVerfGE 22, 180 (204); 59, 231 (263); 69, 272 (314).

⁶⁰ Vgl. Rosmini-Serbati 1848.

⁶¹ Vgl. Mill 1965.

⁶² Siehe dazu Hofmann 2000, S. 193 ff.

⁶³ Vgl. Lexis 1910, S. 805; siehe auch Schmoller 1904, S. 85 und passim.

⁶⁴ Siehe Hofmann 2000, S. 197 ff.

hen. Und daß wir es zu erfüllen suchen, dagegen können – trotz mancherlei Geschrei – nicht einmal eingefleischte Neo-Liberale etwas haben. Denn die beiden letzten Zitate stammen paradoxerweise vom Erzvater des Neo-Liberalismus, nämlich von Friedrich August von Hayek aus dessen Kampfschrift gegen „Die Illusion der sozialen Gerechtigkeit“ von 1981.⁶⁵

Literatur:

- von Arnim, H. H. (Hg., 2000), Direkte Demokratie: Beiträge auf dem 3. Speyerer Demokratieforum vom 27. bis 29. Oktober 1999 an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Berlin.
- Arrow, K. J. (1963²), *Social Choice and Individual Values*, New York.
- Battis, U. (1996⁵), Erläuterung zu § 3, in: Baugesetzbuch, erl. v. U. Battis, M. Krautzberger und R.-P. Löhr, München.
- Blickle, P. (1986), Kommunalismus, Parlamentarismus, Republikanismus, in: HZ 242, S. 529 ff.
- Böckenförde, E. W. (1995²), Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Handbuch des Staatsrechts, hg. v. J. Isensee und P. Kirchhof, Bd. I, Heidelberg, S. 887–952.
- Brohm, W. (1997), *Öffentliches Baurecht*, München.
- Erbguth, W. (1981), Zur Rechtsnatur von Programmen und Plänen der Raumordnung und Landesplanung, in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.), S. 557 ff.
- Euchner, W. (1969), *Naturrecht und Politik bei John Locke*, Frankfurt/M.
- Feuerbach, L. (1975), Vorläufige Thesen zur Reformation der Philosophie (1843), in: Werke in 6 Bänden, hg. v. Erich Thies, Bd. 3, Frankfurt/M., S. 223 ff.
- Finkelburg, K./Orloff, K.-M. (1998⁵), *Öffentliches Baurecht*, Bd. 1, München.
- Forsthoff, E. (1964), Der lästige Jurist, in: ders., *Rechtsstaat im Wandel*, Stuttgart, S. 57 ff.
- Frankenberg, G. (1996), *Die Verfassung der Republik – Autorität und Solidarität in der Zivilgesellschaft*, Baden-Baden.
- Freisler, R. (1941), *Grundlegende Denkformen des Rechts im Wandel unserer Rechtserneuerung*, Berlin.
- Grimm, D. (Hg., 1990), *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungskraft des Rechts*, Baden-Baden.
- Häberle, P. (1970), *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, Bad Homburg.
- Häberle, P. (1975), Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und prozessualen Verfassungsinterpretation, in: *Juristenzeitung (JZ)*, S. 297–305.
- von Hayek, F. A. (1981), Die Illusion der sozialen Gerechtigkeit, aus d. *Amerik. v. M. Suhr*, Landsberg am Lech.
- Hofmann, H. (1977), Über Gemeinwohlformeln im NS-Recht, in: *Die Verwaltung* 10, S. 375 ff.
- Hofmann, H. (1987), Das Verfassungsprinzip der Freiheit, in: *Recht und Rechtbesinnung. Gedächtnisschrift für Günther Küchenhoff*, hg. v. M. Just, Berlin, S. 231 ff.
- Hofmann, H. (1995a), Grundpflichten und Grundrechte, in: ders., *Verfassungsrechtliche Perspektiven*, Tübingen, S. 73 ff.

⁶⁵ von Hayek 1981, S. 66 und S. 80. Vgl. auch ebd., S. 178, 232 f.; siehe dazu Hofmann 2000, S. 211 ff.

- Hofmann, H. (1995b), Das Postulat der Allgemeinheit des Gesetzes, in: ders., Verfassungsrechtliche Perspektiven, Tübingen, S. 260 ff.
- Hofmann, H. (2000), Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie, Darmstadt.
- Hofmann, H. (2001a), Menschenrechte und Demokratie, in: Juristenzeitung (JZ), Jg. 56, S. 1 ff.
- Hofmann, H. (2001b), Das Politische in Spinozas „Politischem Traktat“, in: Verfassung – Philosophie – Kirche. Festschrift für Alexander Hollerbach, hg. v. J. Bohnert, Berlin, S. 429 ff.
- Hofmann, H. (2001c), „Umweltstaat“: Bewahrung der natürlichen Lebensgrundlagen und Schutz vor den Gefahren von Wissenschaft und Technik in staatlicher Verantwortung, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, hg. v. P. Badura, Tübingen, S. 873 ff.
- Hoppe, W. (1988), Planung, in: Handbuch des Staatsrechts, hg. v. J. Isensee und P. Kirchhof, Bd. III, Heidelberg.
- Isensee, J. (1988), Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat, in: Handbuch des Staatsrechts, hg. v. J. Isensee und P. Kirchhof, Bd. III, Heidelberg, S. 3–82.
- Jung, O. (1994), Grundgesetz und Volksentscheid: Gründe und Reichweite der Entscheidungen des Parlamentarischen Rats gegen Formen direkter Demokratie, Opladen.
- Jung, O. (2000), Aktuelle Probleme der direkten Demokratie in Deutschland, in: ZRP 2000, S. 440 ff.
- Kant, I. (1977a), Kritik der reinen Vernunft, Werkausgabe, hg. v. W. Weischedel, Bd. 3 und 4, Frankfurt/M.
- Kant, I. (1977b), Die Metaphysik der Sitten, Werkausgabe, hg. v. W. Weischedel, Bd. 8, Frankfurt/M.
- Kant, I. (1977c), Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, in: I. Kant, Werkausgabe, hg. v. W. Weischedel, Bd. 11, Frankfurt/M., S. 125–172.
- Kant, I. (1977d), Zum ewigen Frieden, in: I. Kant, Werkausgabe, hg. v. W. Weischedel, Bd. 11, Frankfurt/M., S. 193–251.
- Köhler, M. (1994), Das angeborene Recht ist nur ein einziges ..., in: Vielfalt des Rechts – Einheit der Rechtsordnung? Hamburger Ringvorlesung, hg. v. K. Schmidt, Berlin, S. 61–84.
- Koller, P. (1997²), Theorie des Rechts, Wien.
- Lange, K. (1991), Staatliche Steuerung durch offene Zielvorgabe im Lichte der Verfassung, in: Verwaltungs-Archiv 82, S. 1 ff.
- Leisner, W. (1997), Der Abwägungsstaat – Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit, Berlin.
- Lexis, W. (1910³), Art. Kathedersozialismus, in: Handwörterbuch der Staatswissenschaften, hg. v. J. Conrad u. a., V. Bd., Jena, S. 804 ff.
- Luchterhandt, O. (1988), Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, Berlin.
- Maier, H. (1974²), Die Grundrechte des Menschen im modernen Staat, Osnabrück.
- Maurer, H. (1994⁹), Allgemeines Verwaltungsrecht, München.
- Mayntz, R. u. a. (Hg., 1978), Vollzugsprobleme der Umweltpolitik, Wiesbaden.
- Mill, J. St. (1965), Principles of Political Economy, in: Collected works, ed. J. M. Robson, vol. II, Toronto/London, S. 199 ff.
- Möllers, C. (1999), Braucht das öffentliche Recht einen neuen Methoden- und Richtungsstreit?, in: Verwaltungsarchiv, S. 187–201.
- Pitschas, R. (1997), Organisationsrecht als Steuerungsressource in der Sozialverwaltung, in: Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, hg. v. E. Schmidt-Abmann und W. Hoffmann-Riem, Baden-Baden, S. 151–206.
- Podlech, A. (1971), Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, Berlin.

- Rosmini-Serbati, A. (1848), *Progetto di costituzione secondo la giustizia sociale*, Mailand.
- Schmidt-Preuß, M. (1999), Duale Entsorgungssysteme als Spiegelbild dualer Verantwortung, in: *Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat. Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor*, hg. v. G. F. Schuppert, Baden-Baden, S. 195–219.
- Schmoller, G. (1904²), *Über einige Grundfragen der Sozialpolitik und der Volkswirtschaftslehre*, Leipzig.
- Schuppert, G. F. (2000), *Verwaltungswissenschaft. Verwaltung, Verwaltungsrecht, Verwaltungslehre*, Baden-Baden.
- Siehr, A. (2001), *Die Deutschenrechte des Grundgesetzes – Bürgerrechte im Spannungsfeld von Menschenrechtsidee und Staatsmitgliedschaft*, Berlin.
- Spinoza, B. de (1989²), *Tractatus theologico-politicus, Opera. Werke*, lat. u. dt., hg. v. G. Gawlick und F. Niewöhner, Bd. 1, Darmstadt.
- Steinberg, R. (1998), *Der ökologische Verfassungsstaat*, Frankfurt/M.
- Stolleis, M. (1974), *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*, Berlin.
- Tocqueville, A. de (1976), *Über die Demokratie in Amerika*, aus dem Frz. v. H. Zbinden, hg. v. Jacob – P. Mayer, Th. Eschenburg und H. Zbinden, München.
- Trute, H.-H. (1996), Wechselseitige Verzahnungen zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht – anhand ausgewählter Beispiele, in: *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, hg. v. W. Hoffman-Riem und E. Schmidt-Aßmann, Baden-Baden, S. 167–224.
- Trute, H.-H. (1997), Funktionen der Organisation und ihrer Abbildung im Recht, in: *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource*, hg. v. E. Schmidt-Aßmann und W. Hoffmann-Riem, Baden-Baden, S. 249–295.
- Trute, H.-H. (1999), Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor, in: *Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat. Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor*, hg. v. G. F. Schuppert, Baden-Baden, S. 13–45.
- Wahl, R. (1978), *Rechtsfragen der Landesplanung und Landesentwicklung*, Bd. I, Berlin.
- Wahl, R. (1997), Privatorganisationsrecht als Steuerungsinstrument bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, in: *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource*, hg. v. E. Schmidt-Aßmann und W. Hoffmann-Riem, Baden-Baden, S. 301 ff.
- Walter, R./Schmitt Glaeser, W. (1973), Partizipation an Verwaltungsentscheidungen, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL)*, Bd. 31, S. 147 ff., 179 ff.
- Weber, W. (1943), *Die Dienst- und Leistungspflichten der Deutschen*, Hamburg.
- Wieland, J. (1996), Kommentierung Art. 14, in: *Grundgesetz-Kommentar*, hg. v. Horst Dreier, Bd. I: Art. 1–19, Tübingen.
- Württemberg, T. (1996), *Die Akzeptanz von Verwaltungsentscheidungen*, Baden-Baden.
- Württemberg, T. (1999), *Rechtliche Optimierungsgebote oder Rahmensetzungen für das Verwaltungshandeln*, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL)*, Bd. 58, S. 141 ff.

