

Verfassung und Verfassungsrechtsprechung

FESTSCHRIFT
ZUM 25-JÄHRIGEN BESTEHEN
DES BAYER. VERFASSUNGSGERICHTSHOFS

HERAUSGEGEBEN
VOM BAYER. VERFASSUNGSGERICHTSHOF

SCHRIFTFLEITUNG:
SENATSPRÄSIDENT DR. HANS DOMCKE,
GENERALSEKRETÄR
DES BAYER. VERFASSUNGSGERICHTSHOFS,
MÜNCHEN



RICHARD BOORBERG VERLAG MÜNCHEN

(1972)

Universitäts-
Bibliothek
München

XP 721 + 086

INHALTSVERZEICHNIS

I

25 Jahre Bayerischer Verfassungsgerichtshof — Ein Geleitwort zu seinem Jubiläum — <i>von Dr. Georg Bäurle, Oberlandesgerichtspräsident und Präsident des Bayer. Verfassungsgerichtshofs, München</i>	15
Fundamentalsätze der Bayerischen Verfassung <i>von Staatsminister a. D., Prof. Dr. Theodor Maunz, München</i>	21
Normenkontrolle und Verfassungsbeschwerde in Österreich — Entwicklung und gegenwärtiger Stand — <i>von Professor Dr. Hans Spanner, München</i>	33
Gleichheitssatz, Wurzel des Willkürverbots? <i>von Dr. Erich Eyermann, Präsident des Bayer. Verwaltungsgerichtshofs, München</i>	45
Zur Geschichte und Bewertung des Willkürverbots <i>von Bundesrichter Karl Schweiger, München</i>	55
Die freiheitliche demokratische Grundordnung und ihre Grenzen <i>von Professor Dr. Heinz Laufer, München</i>	73
Zur sozialen Programmatik der Bayerischen Verfassung <i>von Professor Dr. Hans F. Zacher, München</i>	95
Die Geschäftsbereiche und ihre Abgrenzung nach Bayerischem Verfassungsrecht <i>von Ministerialrat Konrad Kruis, München</i>	133
Das Planungsermessen und die rechtsstaatliche Funktion des Allgemeinen Verwaltungsrechts <i>von Professor Dr. Peter Badura, München</i>	157
Landesverfassungsgerichtsbarkeit als Wesenselement des Föderalismus <i>von Professor Dr. Walter Leisner, Erlangen</i>	183

II

- Zur Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit in Bayern
von Senatspräsident Karl Streicher, München 195
- Berufsrichter und weitere Mitglieder am Verfassungsgerichtshof
von Ministerpräsident a. D., Professor Dr. W. Hoegner, München . . . 213
- Rechtsprechungsübersicht des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs
von 1963—1971
von Oberlandesgerichtsrat Dr. Otto Seidl, München 215
- Die Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs
zum Schulrecht
von Senatspräsident a. D. Dr. Theodor Meder, München 229

III

- Probleme der Vorfragenkompetenz in der Judikatur
des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs
von Professor Dr. Peter Lerche, München 247
- Die Kassation gerichtlicher Entscheidungen durch den
Bayerischen Verfassungsgerichtshof
*von Ludwig Schäfer,
Präsident des Bayerischen Obersten Landesgerichts, München* 259
- Einwirkungen des Bundesrechts auf die Bayerische
Verfassungsgerichtsbarkeit
von Professor Dr. Ekkehard Schumann, Regensburg 281
- Zur Fortgeltung der Grundrechte der Bayerischen Verfassung
von Senatspräsident Dr. Hans Domcke, München 311
- Rechtsverordnungen in der Prüfungszuständigkeit des
Bayerischen Verfassungsgerichtshofs
von Oberstaatsanwalt Dr. Dr. Helmut Kalkbrenner, München 329

HANS F. ZACHER

Zur sozialen Programmatik der Bayerischen Verfassung

Übersicht

- I. Historische und aktuelle Bedeutung
- II. Die Wirtschafts- und Sozialordnung der BV: ein Überblick
 1. Evidentes und Verdecktes, Direktes und Indirektes
 2. Insbesondere die Wirtschafts- und Sozialordnung des Vierten Hauptteils
- III. Die Wirtschafts- und Sozialordnung der BV im Spiegel der Rechtsprechung, insbesondere der Rechtsprechung des VerfGH.
 1. Das Sozialstaatsprinzip
 2. Zum Vierten Hauptteil der BV
 - a) Zum 1. Abschnitt: »Die Wirtschaftsordnung«
 - b) Zum 2. Abschnitt: »Das Eigentum«
 - c) Zum 3. Abschnitt: »Die Landwirtschaft«
 - d) Zum 4. Abschnitt: »Die Arbeit«
 3. Zu einigen Vorschriften in anderen Hauptteilen
 - a) Zu Vorschriften materiellen Rechts
 - b) Zu organisatorischen Normen
- IV. Schlußbemerkungen

Verwendete Abkürzungen:

In dieser Abhandlung werden u. a. folgende *Abkürzungen* verwendet:

- Leisner* = Leisner, Die bayerischen Grundrechte, 1968;
Meder = Meder, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 1971;
BV IV = Nawiasky-Leusser-Schweiger-Zacher, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 2. Aufl. 1963 ff., Teil IV »Die Entwicklung des Verfassungsrechts seit 1946«;
BV V = ebd. Teil V. »Kommentar«;
Sozialstaat = Zacher, Bayern als Sozialstaat, BayVBl. n. F. 8. Jhg. (1962) S. 257 ff.;
Verfassungs-entwicklung = Zacher, Verfassungsentwicklung in Bayern 1946–1964, JbÖR n. F. Bd. 15 (1966) S. 321 ff.

Artikel ohne nähere Bezeichnung sind solche der *Verfassung des Freistaates Bayern* von 1946 [diese in der Regel abgekürzt mit »BV«]. *Entscheidungs-zitate ohne nähere Quellenangabe* beziehen sich auf Entscheidungen des *Bayerischen Verfassungsgerichtshofes* [dieser in der Regel abgekürzt mit »VerfGH«] nach Maßgabe ihres Abdruckes in der *Sammlung von Entscheidungen* des Bayerischen Verwaltungsgewichtshofes mit Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes, des Bayerischen Dienststrafhofes/Dienstgerichtshofes für Richter und des Bayerischen Gerichtshofes für Kompetenzkonflikte – Teil II: Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes –.

I. Historische und aktuelle Bedeutung

Die Verfassungen der Länder der Bundesrepublik Deutschland¹ lassen sich grob in drei Typen einteilen: in die reinen Organisationsstatute (Hamburg, Niedersachsen, Schleswig-Holstein), in die »Vollverfassungen«, die nicht nur die Organisation des Landesstaatswesens aufbauen, sondern darüber hinaus dem Gemeinwesen auch sachliche Grundlage der politischen Entwicklung und Integration sein wollen (Bayern, Bremen, Hessen, Rheinland-Pfalz, Saarland)², und eine dritte Gruppe von Verfassungen, die im wesentlichen Organisationsstatute sind, in begrenztem Maße aber auch Grundrechte und Sachprogramme enthalten (Baden-Württemberg, Berlin, Nordrhein-Westfalen). Die »Vollverfassungen« gehören sämtlich der »ersten Generation« von Nachkriegsverfassungen an, die vor dem Grundgesetz — und also auch ehe ein neues deutsches Staatswesen Gestalt gewinnen konnte —, ja selbst vor der Errichtung leistungsfähiger bi- und trizonaler Organisationen erlassen wurden. Die Verfassungsgeber in den Ländern handelten, indem sie »Vollverfassungen« konzipierten, auf den Verdacht hin, daß den Ländern — abgesehen von Außenpolitik und Verteidigung — alle Aufgaben eines Staates verbleiben würden, könnten oder sollten³. Die Verfassungen sollten dieser Möglichkeit annähernder Allzuständigkeit sachordnend Rechnung tragen.

Die wirtschafts- und sozialpolitische Sachprogrammatik dieser »Vollverfassungen« blieb jedoch weitgehend Papier. Der Gründe sind viele. Da sind zunächst die immanenten Schwächen. Man war zuwenig darauf bedacht, auf welche Weise das Formuliert als Recht gelten könnte⁴. Die konventionellen Sanktionstechniken zur Durchsetzung von Verfassungsrecht sind schon generell kaum geeignet, soziale Verfassungsprogramme zu realisieren, und schon gar nicht dazu, den Mangel an Geltungssorge des Verfassungsgebers zu kompensieren⁵. Um spezifische Sanktionstechniken⁶ hat man sich nicht

1 *Füßlein*, Deutsche Verfassungen, 3. Aufl. 1961ff.

2 In Erinnerung zu rufen sind in diesem Zusammenhang auch die Verfassungen der früheren Länder Württemberg-Baden, Württemberg-Hohenzollern und (Süd-)Baden.

3 Mit besonderem Nachdruck betont in Art. 178, 180, 181.

4 Dazu z. B. *Nawiasky* (*Nawiasky-Leusser*, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 1948, S. 70 = *Nawiasky-Leusser-Schweiger-Zacher*, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 2. Aufl., 1963ff., Teil III S. 54): »... daß ... die Proklamierung allgemeiner Grundsätze einen verhältnismäßig breiten Raum einnimmt, demgegenüber unmittelbar verbindliche Rechtsätze zurücktreten. Man kann auch so sagen: Der Volkswirtschaftler und Sozialpolitiker hat in erster Linie die Feder geführt, der Jurist hat sich mit einer verhältnismäßig bescheidenen Rolle begnügen müssen.« Wie rechtspsychologisch naheliegt, korrespondierte damit aber auch die Blässe und Unausgereiftheit der so »zu Papier gebrachten« wirtschafts- und sozialpolitischen Vorstellungen. Siehe dazu *Schreyer*, Bayern — ein Industriestaat, 1969, S. 73ff.

5 Siehe z. B. *Meder* RdNr. 1 vor Art. 151: »Dem entspricht es, daß der VerfGH auf sie nicht näher einzugehen pflegt, so häufig sich auch Antragsteller und Beschwerdeführer, verlockt durch den Wortreichtum dieser Bestimmungen [scil. des Vierten Hauptteiles der Bayerischen Verfassung], auf sie berufen.« Siehe im übrigen zu Geltungsanspruch und -möglichkeiten der einschlägigen Vorschriften der BV *Zacher* in BV V RdNr. 2ff. vor Art. 151, insbesondere RdNr. 9f., m. w. Nachw.

6 Etwa Bestandsaufnahmen durch unabhängige Sachverständigen-Kommissionen, wie sie z. B. die Europäische Sozialcharta zur Kontrolle der dort vorgesehenen sozialen Standards in den Mitgliedsländern exemplarisch vorsieht.

bemüht. Soweit die wirtschafts- und sozialpolitische Programmatik der Länderverfassungen auf mehr als das äußerste Existenzminimum zielte, fand sie ferner in der extremen Begrenztheit der Ressourcen der ersten Nachkriegsjahre eine feindliche Ambiance. Und als die Not wich, waren ihr die Kompetenzen schon vorangegangen⁷. Nicht die Länder, sondern das Vereinigte Wirtschaftsgebiet und sodann vor allem der Bund sind die politischen Entscheidungseinheiten, denen das »Wirtschaftswunder« zuzurechnen ist. In der Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes und in Wirtschaftsrecht und -politik des Bundes hat sich mittlerweile mancherlei Wandel vollzogen⁸. Aber diese Entwicklungen haben den Ländern als staatlichen Individuen nichts an wirtschafts- und sozialpolitischen Entfaltungsmöglichkeiten und rechtlichen Ordnungsfunktionen zurückgebracht oder gar hinzugefügt. Vielmehr ist – über die Wanderung der Kompetenzen in der Richtung Länder-Bund hinaus – mehr und mehr die Überlagerung der Wirtschafts- und Sozialpolitik des Bundes *und* der Länder durch internationale Instrumente und supranationale Entscheidungseinheiten spürbar⁹.

Wie sehr die wirtschafts- und sozialpolitische Programmatik der »Vollverfassungen« deutscher Länder durch alle diese Entwicklungen an Interesse verloren hat, läßt sich jedenfalls für die BV nicht zuletzt daran ablesen, daß sich nicht einmal die Kritik¹⁰ ihrer Problematik annimmt. Auch praktisch-politische Vorschläge, wie sie seitens der Staatsregierung, der politischen Parteien und so weiter gelegentlich zur mehr oder weniger umfassenden Reform der Verfassung erörtert werden, bezogen und beziehen sich, soweit irgend zu sehen, nicht auf das wirtschafts- und sozialpolitische Programm der Verfassung. Nicht minder zurückhaltend ist seine interpretatorische Entfaltung¹¹.

Dieses Maß an Vernachlässigung ist nicht gerechtfertigt. Das Ringen um die wirtschafts- und sozialpolitische Konzeption der frühen Länderverfassungen ist ein wichtiges Stück allgemein-politischer Geschichte und Verfassungsgeschichte der Nachkriegszeit¹²; und es wird als solches um so wichtiger, als eine Generation von Historikern, die jenes »dunkle Zeitalter« nicht mehr selbst bewußt erlebt hat, sich anschickt, die volle Wirklichkeit auf ideo-

7 Siehe zur Entwicklung der Kompetenzen über den Ländern und außerhalb der Länder allgemein *Zacher* in BV IV RdNr. 5ff.; speziell für den Bereich der Wirtschafts- und Sozialpolitik *dens.* in BV V vor Art. 151, insbesondere RdNr. 10ff.

8 Siehe dazu neuestens »Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft«, herausgegeben und eingeleitet von *Scheuener*, Dokumentationen zum öffentlichen Recht, herausgegeben von *Lerche*, Band 2, 1971.

9 Siehe dazu *Zacher* in BV IV RdNr. 88ff., 91ff.; *dens.* in BV V vor Art. 151 RdNr. 19ff.

10 Siehe *Zacher* in BV IV RdNr. 99ff. m. w. Nachw. (insbesondere S. 62 Anm. 3); *Kalkbrenner*, 25 Jahre bayerische Verfassung von 1946, BayVBl. n. F. 17. Jhg. (1971), S. 445ff.; *dens.*, Bewährung und Reformbedürftigkeit unserer Verfassung, BayVBl. n. F. 18. Jhg. (1972), S. 5ff.

11 Siehe *Meder* RdNr. 1 vor Art. 151.

12 Siehe z. B. *Arndt*, Das Problem der Wirtschaftsdemokratie. SJZ 1. Jhg. (1946) S. 137ff.; *Schüle*, Verfassung und Wirtschaft, o. J. (1948). Speziell zur wirtschaftsgeschichtlichen Seite siehe *Scheyer* a. a. O. (Anm. 4).

logische Schmalspuren – dem Zeitgeist gemäß nicht ungerne marxistischer Provenienz – zu stellen¹³. Die Vernachlässigung der wirtschafts- und sozialpolitischen Programme der Landesverfassungen verbietet sich auch wegen der Sinnlichkeit dieser Verfassungen. Ihre Interpretation kann nicht ursprünglich wesentliche Teile ignorieren, ohne die gesteigerte Gefahr unrichtigen Verständnisses zu laufen. Das gälte selbst dann, wenn Bundes- und Europarecht die wirtschafts- und sozialpolitische Programmatik der Landesverfassungen schlechthin »amputiert« hätte. Aber gerade das ist nicht der Fall. Und darin liegt ein weiterer Grund für die Notwendigkeit, sich mit der sozialen Substanz des Landesverfassungsrechts zu befassen. Bundes- oder sonstiges höherrangiges Recht hebt nicht Landesverfassungsrecht, das – wie im einzelnen das immer gemeint sein mag – als wirtschafts- und/oder sozialpolitisch definiert werden kann, allgemein oder gar vollständig auf. Das Netz der Überlagerungen ist vielmehr reich differenziert; und ebenso sind es die Spielräume, die es der Landesverfassung und ihrem Vollzug durch Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung des Landes beläßt¹⁴. Die Aufgabe, die verbleibenden Wirkungsmöglichkeiten des Landesverfassungsrechts zu ermitteln, ist schwieriger geworden. Und daß sie sehr oft zum Ergebnis rechtlicher oder politischer Unmöglichkeit der Realisation oder auf andere Weise zur praktischen Bedeutungslosigkeit einer Norm des Landesverfassungsrechts führt, mag die Lust an ihr nehmen. Aber daß sie besteht, kann nicht ernstlich in Frage gestellt werden. Hierbei wäre übrigens eine allein statische Betrachtungsweise verfehlt. Bedenkt man, welche Wandlungen die »Wirtschaftsverfassung« des Grundgesetzes etwa in den letzten Jahren erfahren hat¹⁵, so zeigt sich, wie vorschnell etwa die definitive Anpassung des Landesverfassungsrechts an einseitige neoliberale Dogmen gewesen wäre und welche Chancen in der Persistenz des Landesverfassungsrechts über Phasen der Nichtaktualität hinweg liegen können¹⁶. Bemerkenswert ist auch die Überhöhung so manchen sozialen Programms der Landesverfassungen durch die Europäische Sozialcharta und verwandte internationale Dokumente¹⁷. Auch insofern stellen sich immer neue Fragen der Geltung und Aktuali-

13 Exemplarisch etwa *Mey*, Marktwirtschaft und Demokratie, Betrachtungen zur Grundlegung der Bundesrepublik, Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte, 19. Jhg. (1971), S. 160ff.

14 Zur gebotenen differenzierten Betrachtungsweise siehe insbesondere *Sozialstaat* S. 261ff.; *Zacher* in BV IV RdNr. 21ff.; *dens.* in BV V vor Art. 151 insbesondere RdNr. 10ff., RdNr. 19ff. sowie im einzelnen zu Art. 151ff. (in der Regel in den letzten Abschnitten der Erläuterungen).

15 Am Text des Grundgesetzes etwa ablesbar aus Art. 91 a und b, Art. 104 a, Art. 109 GG. Siehe ferner insbesondere Gesetz über die Bildung eines Sachverständigenrats zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung vom 14. August 1963; Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft vom 8. Juni 1967. — Siehe auch nochmals Anm. 8.

16 Siehe zum Vergleich der normativen wirtschaftspolitischen Ziele der BV und der zentralen Vorschriften des Bundeswirtschaftsrechts *Zacher* in BV V vor Art. 151 RdNr. 14ff.

17 Siehe dazu *Zacher*, Sozialpolitik und Menschenrechte in der Bundesrepublik Deutschland (Beiheft 9 der Zweimonatsschrift Politische Studien), 1968, S. 11ff.

tät des Landesverfassungsrechts. Endlich aber ist die Befassung mit der wirtschafts- und sozialpolitischen Programmatik der Landesverfassungen eine Notwendigkeit der Verfassungsreform. Inwieweit etwa soll sich das Landesverfassungsrecht von »Verheißungen« befreien, die das Land in eigener Zuständigkeit nicht mehr wird einlösen können und die deshalb die Glaubwürdigkeit und den Integrationswert der Landesverfassung gefährden? Wo dagegen erscheint es möglich und geboten, neue Probleme aufzunehmen, die in die Kompetenz der Länder fallen¹⁸? Eine Landesverfassungs-Reform, die diesen Namen verdient, muß sich gerade den Sachprogrammen — sicher mindernd, möglicherweise aber doch auch mehrend — widmen.

II. Die Wirtschafts- und Sozialordnung der BV: ein Überblick¹⁹

1. Evidentes und Verdecktes, Direktes und Indirektes

Wer nach der Wirtschafts- und Sozialordnung der BV fragt, dessen Blick wird zuerst durch den Vierten Hauptteil »Wirtschaft und Arbeit« gefangen. Gleichwohl ist dieser Vierte Hauptteil nur ein Schwerpunkt der Wirtschafts- und Sozialordnung und darf nicht etwa als *die* »Wirtschaftsverfassung« oder »Sozialverfassung« der BV absolut gesetzt werden.

Der *Erste Hauptteil* der BV organisiert den bayerischen Staat und proklamiert seine elementaren Wesenszüge. Er stellt die *Grundsätze* auf, denen die ganze Verfassung verpflichtet ist. Hervorzuheben ist das Sozialstaatsprinzip (Art. 3). Aber auch die Grundprinzipien der Demokratie (Art. 2 ff.), des Rechtsstaats und des Kulturstaats (Art. 3) determinieren je auf ihre Weise Inhalt, Verständnis und Wirklichkeit der Wirtschafts- und Sozialordnung der BV. Bemerkenswert auch die Artikulation des Dienstes am Gemeinwohl (Art. 3 Satz 2)! Er wird hier dem Staat auferlegt, kehrt aber als

¹⁸ Siehe Zacher in BV IV RdNr. 104f.

¹⁹ Siehe zum folgenden insbesondere *Sozialstaat*; Zacher in BV V vor Art. 151 RdNr. 2ff.; je m. w. Nachw. Ergänzend sei auf die einschlägigen Erläuterungen von Meder aufmerksam gemacht. Besonders bedeutsam für das frühe, noch nicht vom Grundgesetz und vom Bundesrecht bestimmte Verständnis der BV — das insofern besonderes Interesse verdient, als es die wirtschafts- und sozialpolitischen Elemente nicht in dem Maße verdrängte wie die spätere Interpretation der Verfassung — sind: *Nawiasky-Leusser*, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 1. Aufl. 1948; *Hoegner*, Lehrbuch des bayerischen Verfassungsrechts, 1949; *Mang* (Herausgeber), Verwaltungsrecht in Bayern, Band I 1951, Band II 1952 [eine viel zu rasch vergessene Fundgrube bayerischer Verwaltungs- und Verfassungsrechtsgeschichte und -gegenwart]. Eine recht fragmentarisch gemischte Reaktion sowohl auf die ersten Jahre der Verwirklichung der BV als auch auf den Einbruch von Grundgesetz und Bundesrecht in diese Entwicklung bietet: *Nawiasky-Lechner*, Die Verfassung des Freistaates Bayern, Ergänzungsband, 1953. Zum gegenwärtigen Rechtsstand siehe schließlich auch *Mang-Maunz-Mayer-Obermayer*, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 3. Aufl. 1968, insbesondere *Mayer*, Bayerisches Verfassungsrecht (ebenda S. 25ff.).

Pflicht sowohl des Staates als auch des einzelnen und gesellschaftlicher Mächte in der Verfassung vielfältig wieder²⁰.

Die weiteren Abschnitte des Ersten Hauptteils geben dem Staat die *Organisation*, mittels deren er die Verantwortung für Wirtschaft und Arbeit zu erfüllen hat, die ihm jene Prinzipien ebenso wie der Vierte Hauptteil aufladen. Diese organisatorische Gestalt des Staates bedingt wiederum die Wirklichkeit, die dieser Staat den wirtschafts- und sozialpolitischen Vorschriften und Programmen verschaffen kann und wird. Näherem Zusehen erschließt sich gerade im Organisationsrecht mehr soziale Problematik, als es den ersten Anschein hat. Die Anordnung des allgemeinen und gleichen Wahlrechts (Art. 14) drückt ihren sozialen Bezug zwar nicht verbal aus. Die gesellschafts- und sozialpolitische Bedeutung kann jedoch nicht hoch genug veranschlagt werden. Analoges gilt für das Nebeneinander von mittelbarer und unmittelbarer Demokratie (zu dieser insbesondere Art. 2 Abs. 2, 4, 5 Abs. 1, 18 Abs. 3, 40, 71 ff., 94). Andere organisatorische Regelungen legen ihre soziale Bedeutung von vornherein offen: so etwa die Vorschriften über die Zusammensetzung des Senats (Art. 34 ff.), über gewisse Kompetenzen der Gemeinden (Art. 83)²¹ oder das auf regionale Wirtschaftspolitik hinauslaufende Gebot, das wirtschaftliche Eigenleben der Gemeindeverbände vor Verödung zu schützen (Art. 10 Abs. 4). Nicht minder symptomatisch für den Zusammenhang zwischen Organisationsrecht und Sozialordnung sind die zahlreichen Sonderregelungen über spezifische Organisationsformen (Art. 154, 155, 160, 164, 176) und Modifikationen der Rechtsetzung (Art. 164 Abs. 2, 169, 177 Abs. 2) und der Rechtsprechung (Art. 177 Abs. 1), die der Vierte Hauptteil bringt²².

Nicht weniger wichtig für die Wirtschafts- und Sozialordnung ist der *Zweite Hauptteil* der BV. Er regelt die Stellung des Individuums durch die Gewährung von *Grundrechten* und die Formulierung von *Grundpflichten*²³. Er macht den Zentralwert aller Wirtschafts- und Sozialpolitik namhaft: die Menschenwürde (Art. 100). Er konstituiert mit Gleichheit und Freiheit wesentliche Grundlagen der Wirtschafts- und Sozialordnung der BV. Aber er

20 Siehe S. 99ff. und S. 103ff.

21 Eine andere Frage, die hier nicht vertieft werden kann, in einer Zeit permanenter Kommunalreform gleichwohl höchst aktuell ist, ist die nach dem wirtschafts- und sozialpolitischen Gehalt der verbal unspezifischen Normen des Kommunalverfassungsrechts (Art. 9 bis 12, 83). Zu der — diese Fragestellung berührenden — Auseinandersetzung um die gemeindliche »Daseinsvorsorge« siehe statt vieler anderer: 10, 113.

22 Siehe ergänzend zu den Vorschriften über den Senat und die besonderen Organisationsformen der Wirtschaft Art. 179. Siehe dazu *Zacher*, Arbeitskammern im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, 1971, S. 51ff. m. w. Nachw. Einen anderen »Durchblick« durch diese Bestimmungen siehe bei *Steger*, Widerspricht eine allgemeine Landwirtschaftsabgabe zugunsten des Bayerischen Bauernverbandes dem Art. 179 der Bayerischen Verfassung? Diss. München 1954.

23 Als grundlegende Arbeit zu den bayerischen Grundrechten sei in Erinnerung gebracht: *Kratzer*, Art. 142 des Grundgesetzes und die Grundrechte in der Bayerischen Verfassung, in: Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit, Festschrift für Wilhelm Laforet, 1952, S. 107ff. Siehe nunmehr statt aller anderen *Leisner*.

nimmt auch das Thema des Dienstes am Gemeinwohl (Art. 3 Satz 2) auf und projiziert es – über die Bindungen der Freiheit und die Konkretisierungen der Gleichheit hinaus – vermittelt der *Grundpflichten* (zentral: Art. 117; s. a. Art. 121 bis 123) auf die Stellung des einzelnen²⁴. Ausnahmsweise finden sich im Zweiten Hauptteil auch schon Elemente sachordnender Entfaltung (z. B. Art. 118 Abs. 3 bis 5 und Art. 119) und sozialer Erfüllung (z. B. Art. 106 Abs. 1 und 2) der Grundrechte, aber auch der Grundpflichten (insbesondere Art. 123)²⁵.

Die Sachordnung des Vierten Hauptteils andererseits besteht – ähnlich der des Dritten Hauptteils – weitgehend darin, Freiheiten zusätzlich zu präzisieren und zu binden, Gleichheit durch Sorge um die gerechte Zuteilung der wirtschaftlichen Güter zu materialisieren und dadurch die Freiheit sozial zu erfüllen. Der Vierte Hauptteil ergänzt den Zweiten Hauptteil vor allem hinsichtlich der Ordnung des Eigentums (Art. 103)²⁶: Enteignung (Art. 159), Sozialisierung, Gemeineigentum (Art. 160) und Unternehmensverfassung (Art. 175) sind geregelt. Spezielle Bindungen des Eigentums sind angebracht (Art. 151 ff.). Das Eigentum an Boden (Art. 161) und das landwirtschaftliche Eigentum (Art. 163 ff.) sind besonderen Ordnungen unterstellt. Die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 101)²⁷ ist vor allem durch die Vertragsfreiheit (Art. 151 Abs. 2 Satz 1), die Freiheit selbständiger wirtschaftlicher Betätigung (Art. 151 Abs. 2 Satz 2) und die Freiheit der Arbeit (Art. 166 Abs. 2 und 3) ergänzt. Der Freizügigkeit (Art. 190)²⁸ ist die Bauernfreiheit hinzugefügt (Art. 163 Abs. 1). Und der Vereinsfreiheit (Art. 114) ist die Koalitionsfreiheit (Art. 170)²⁹ zur Seite gestellt. Diese Vereinigungsfreiheiten³⁰ bilden auch die Grundlage für jene sehr eigentümliche »korporativistische« Konzeption der BV, welche die Verbände durch die

24 Siehe Zacher in BV V zu Art. 117, 121 bis 123.

25 Als zentrales *abgabenrechtliches Programm* wird Art. 123 vor allem ergänzt durch Art. 161 Abs. 2 und Art. 168 Abs. 2.

26 Eine erste Reflexion der »Eigentumsverfassung« der BV stellt dar: *Beyger*, Die Entwicklung der Eigentumsverfassung vom Liberalismus bis zur bayerischen Verfassung von 1946, Diss. München 1947. Siehe dazu ferner unten S. 107.

27 Siehe dazu und zum Folgenden aus der »Frühzeit« noch weitgehend isolierter bayerischer Verfassungsinterpretation: *Kaiser*, Die Entwicklung der Freiheitsrechte in den bayerischen Verfassungen seit 1808, Diss. München 1948; *Przemek*, Das Grundrecht der persönlichen Freiheit in den bayerischen Verfassungen von 1818, 1919 und 1946, Diss. Erlangen 1951.

28 Siehe dazu auch *Wenz*, Die Entwicklung der Gewerbefreiheit in Bayern, Diss. München 1951.

29 Ergänzt vor allem durch die Garantie der »Gesamtvereinbarungen zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden über das Arbeitsverhältnis« (Art. 169 Abs. 2).

30 Vor allem für den karitativen Bereich sozial bedeutsam ergänzt durch die Garantien zugunsten religiöser und weltanschaulicher Gemeinschaften (Art. 142ff.).

Konstruktion des Senats (Art. 34 ff.)³¹ und den Entwurf spezifischer Organisationsformen (Art. 154, 155, 160, 164, 176) auf besondere Weise in öffentliche Verantwortung zu nehmen bereit ist, sie aber durch Art. 179 von spezifisch staatlicher Macht und von zwangsmitgliedschaftlicher Erstreckung fernhält³². Sie erlangen einen weiteren spezifischen Akzent durch die Sympathie, welche die BV dem Genossenschaftswesen entgegenbringt (Art. 153 Satz 2, 155 Satz 1, 164 Abs. 1; s. a. Art. 160 Abs. 1). Vereinigung zur Konzentration wirtschaftlicher Macht aber wird abgelehnt (Art. 156). Garantie des Eigentums (Art. 103) und Freiheit der Kunst und der Wissenschaft (Art. 108) treffen sich im Schutz des geistigen Eigentums (Art. 162). Der Gleichheitssatz (Art. 118)³³ ist durch Art. 168 vor allem in Richtung auf die Lohngleichheit der Geschlechter konkretisiert³⁴. Darüber hinaus präjudizieren nach Maßgabe ihrer Bestimmtheit alle im Vierten Hauptteil enthaltenen Sachordnungen das Urteil über Gleichheit und Ungleichheit, das in Anwendung des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 118 Abs. 1) zu fällen ist. Der Schutz vor Ausbeutung (Art. 151 Abs. 2 Satz 4, 156 Satz 2, 167 Abs. 1 und 2) und das Lebensstandardprogramm für die Landwirtschaft (Art. 164 Abs. 1) substantiieren die Gewährleistung der Menschenwürde (Art. 100), in deren Dienst alles Wirtschaften zu stehen hat (Art. 151 Abs. 1). Der Schutz vor Gesundheitsschädigung und Betriebsgefahren (Art. 167) zielt auf die Sicherung körperlicher Integrität, welche die BV freilich im Gegensatz zum Grundgesetz (Art. 2 Abs. 2 GG) nicht ausdrücklich anspricht³⁵. Der zusätzlichen Gewähr von Freiheit stehen dabei immer wieder zusätzliche Bindungen gegenüber, die das Wirtschafts- und Arbeitsleben auf das Gemeinwohl hin zu orientieren haben³⁶.

Der *Dritte Hauptteil* wendet sich den familiären und kirchlichen Gemeinschaften zu, ferner den öffentlichen Erziehungs-, Bildungs- und Wissen-

31 Siehe *Zacher*, Struktur und Stellung des Bayerischen Senats, BayVBl. n. F. 3. Jhg. (1957), S. 369ff., 4. Jhg. (1958), S. 10ff.

32 Siehe Anm. 22.

33 Dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 118 Abs. 1) unmittelbar benachbart ist — außer der Gleichheit von Mann und Frau (siehe Anm. 35) — die Negation sozialständischer Strukturen (Art. 118 Abs. 3 und 4). Neue — wohl 1946 nicht vorhergesehene — thematische Aktualität hat Art. 119 erlangt: das Verbot des Rassen- und Völkerhasses könnte heute auch in der Gastarbeiterfrage von Interesse sein. — Zu einem historisch-sozialen Aspekt des Gleichheitssatzes siehe *Sedlak*, Die Gleichheit vor dem Gesetz und das Flüchtlingsrecht in Bayern, Diss. Heidelberg 1950.

34 Siehe dazu auch die Gleichheit der Geschlechter hinsichtlich der staatsbürgerlichen Rechte (Art. 118 Abs. 2) und in der Ehe (Art. 124 Abs. 2). Diese lenkt den Blick auch auf die Konzentration sozialer Gleichheitspostulate im *Dritten Hauptteil*: z. B. zugunsten der Familien (Art. 125f.), insbesondere der kinderreichen Familien (Art. 125 Abs. 3), der Mütter (Art. 125 Abs. 1 Satz 1), der unehelichen Kinder (Art. 126 Abs. 2), in Richtung auf gleiche Bildungschancen (Art. 128ff.) usw.

35 Siehe zur Ausfüllung dieser Lücke durch Art. 100, 101, 102 BV: *Meder* Art. 100, RdNr. 5.

36 Siehe dazu S. 103ff.

schaftsaufgaben sowie dem Anteil des einzelnen an ihrer Erfüllung und an den Bildungs-, Kunst- und Naturgütern. Die BV tritt gerade in diesem Hauptteil wesentlich aus dem Stil elementarer Grundrechtsgewährung, der noch den vorangegangenen Hauptteil kennzeichnet, heraus, um zur Sachordnung überzugehen. Das Verhältnis des Vierten zum Dritten Hauptteil ist deshalb besonders kompliziert. Zum Teil entbehren die hier und dort entfalteten Sachordnungen der unmittelbaren Berührung. Jedoch bestehen zahlreiche Interdependenzen zwischen den jeweils spezifischen Garantien, Ausweitungen, sozialen Erfüllungen und Bindungen der Freiheit und den Materialisierungen der Gleichheit. Aber auch darüber hinaus setzen die Sachordnungen wechselseitig ausstrahlende Daten. Die Vorschriften des ersten Abschnittes über »Ehe und Familie« enthalten nicht nur ein ideelles, sondern mit Nachdruck auch ein materielles soziales Programm der Förderung der Familie, der Mütter und Kinder und der Jugend (Art. 124 bis 126)³⁷. Die eminente soziale Bedeutung des zweiten Abschnittes »Bildung und Schule« mag heute einer breiteren Öffentlichkeit bewußt sein als zur Zeit der Verfassungsgebung. Der Verfassungsgeber trug ihr schon 1946 Rechnung. Er gewährleistete nicht nur die Unentgeltlichkeit des Unterrichts an Pflichtschulen (Art. 129), sondern ein umfassendes Recht auf Ausbildung bis hin zum Besuch von Hochschulen nach Maßgabe von Begabung und Leistung, Neigung und innerer Berufung (Art. 128, 132). Sozialstaat und Kulturstaat treffen sich in der Anordnung der »Unterstützung schöpferischer Künstler, Gelehrter und Schriftsteller« (Art. 140 Abs. 2). Die Normen über Natur und Landschaftsschutz (Art. 141 Abs. 2 und 3) und den Genuß der Naturschönheiten durch jedermann (Art. 141 Abs. 3) mußten sich zwei Jahrzehnte lang von einer »aufgeklärten« gemeindeutschen Öffentlichkeit belächeln lassen, bis sich herausstellte, daß Bayern in seiner historischen Tendenz zur »Ungleichzeitigkeit«³⁸ die Notwendigkeit des — heute nicht selten zur Hysterie geratenden — Umweltschutzes und auch dessen soziale Dimension schon im Jahre 1946 durch einen Verfassungsartikel anerkannt hat³⁹. Endlich ist selbst der 3. Abschnitt »Religion und Religionsgemeinschaften« mit Normen von explizit sozialem Bezug durchsetzt; so etwa gewissen Garantien für kirchliche Wohltätigkeitseinrichtungen (Art. 146), dem Schutz der Sonntage und staatlich anerkannten Feiertage »als Tage der seelischen Erhebung und der Arbeitsruhe« (Art. 147) und wohl auch der Sorge, »daß jeder Verstorbene schicklich beerdigt werden kann« (Art. 149).

37 Siehe Anm. 34.

38 So *Carl Amery* in einem Rundfunkvortrag zur Kennzeichnung des Verhältnisses der politischen und soziokulturellen Entwicklung in Bayern und im übrigen Deutschland.

39 Zu der reizvollen, reichhaltigen, differenzierten, aber auch sehr schwierigen Vorschrift des Art. 141 kann hier nicht im einzelnen Stellung genommen und berichtet werden. Siehe dazu Verfassungsentwicklung, S. 400f.; *Leisner* S. 86ff.; *Meder* zu Art. 141; w. Nachw. siehe dort (ergänzend ist hinzuweisen auf ObLGSt 18, 126 [127f.]; 19, 87 [92f.]; ObLG Beschuß vom 28. September 1971 BayVBl. n. F. Jhg. [1971], S. 478f.; VGH 24, 1 [7f.]).

2. Insbesondere die Wirtschafts- und Sozialordnung des Vierten Hauptteils⁴⁰

Stellt so die BV – immer unter dem Vorbehalt des Bundesrechts und des Rechts der Europäischen Gemeinschaften – *als Ganzes die* Wirtschafts- und Sozialverfassung Bayerns dar, so konzentrieren sich die wirtschafts- und sozialpolitischen Details dennoch im Vierten Hauptteil. Er ist gekennzeichnet von der *Ablehnung unkontrollierter, sich selbstzweckhaft steigernder* (Art. 157 Abs. 1), klassisch-liberaler individueller *Wirtschaftsfreiheit*⁴¹. Gemeinwohlbindung (Art. 3 Satz 2, 117) und Sozialstaatsprinzip (Art. 3 Satz 1) werden mit Nachdruck aufgenommen und schier endlos variiert. Mißbrauch (Art. 158 Satz 2, 161), unsittlicher und gemeinschädlicher Gebrauch der Freiheit (Art. 151 Abs. 2 Satz 4) und Schädigung anderer (Art. 151 Abs. 2 Satz 3 und 4, Art. 156 Satz 2, 167 Abs. 1 und 2) werden abgelehnt. Wirtschaftliches Handeln (Art. 151 ff.), Arbeit (Art. 166) und wirtschaftliche Güter – nicht zuletzt Eigentum (Art. 158 bis 163) und Arbeitskraft (Art. 166 bis 168) – sind auf ein »menschenwürdiges Dasein« (Art. 151 Abs. 1), auf den »Nächsten« (Art. 151 Abs. 2 Satz 3), auf »alle« (Art. 151 Abs. 1), auf »alle Volksschichten« (Art. 151 Abs. 1) auf »alle Bewohner« (Art. 155, 157 Abs. 2), auf die »Bevölkerung« (Art. 152), vor allem auf die »breiten Massen der Bevölkerung« (Art. 156 Satz 2), auf die »Allgemeinheit« (Art. 160 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1, 161 Abs. 2, 166 Abs. 3), auf die »Gesamtheit« (Art. 158 Satz 1, 160 Abs. 2 Satz 1, 163 Abs. 2), auf das »Gesamtinteresse« (Art. 169 Abs. 2), auf das »Gesamtwohl« (Art. 163 Abs. 5), auf das »Gemeinwohl« (Art. 151 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 3) verpflichtet. Andererseits *negiert* die BV auch die totale *Übernahme der Wirtschaft durch den Staat*. Die Ablehnung einer zentralen Verwaltungswirtschaft im Sinne umfassender zwingender Steuerung der Wirtschaftssubjekte ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte⁴². Die Verneinung einer staatskapitalistischen »nationalisierenden« Alternative ist vor allem aus Art. 160 (s. auch Art. 151 Abs. 2, 153 ff., 163 Abs. 5) zu entnehmen. Entsprechendes gilt von einer sozialisierenden Lösung. So will die Verfassung eine Synthese zwischen Gemeinwirtschaft und Privatwirtschaft – eine *staatlich geordnete und überwachte Wirtschaft* (Art. 152)⁴³.

Wirtschafts- und Sozialpolitik haben zunächst für das Existenzminimum, sodann für den den Umständen entsprechenden bestmöglichen Lebensstandard der Bevölkerung zu sorgen. Die Verfassung formuliert das als »Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle« (Art. 151 Abs. 1), »Deckung des notwendigen Lebensbedarfs der Bevölkerung« (Art. 152), »eine auskömmliche Existenz« (Art. 166 Abs. 2), »ein menschenwürdiges Auskom-

40 Siehe dazu nochmals Anm. 19; insbesondere siehe *Nawiasky-Leusser* a. a. O., S. 70ff., 231ff.; *Hoegner* a. a. O., S. 179ff.; *Zacher* in BV V vor Art. 151 und zu Art. 151 bis 162; *Meder* zu Art. 151 bis 177.

41 Siehe dazu insbesondere auch die Entstehungsgeschichte: *Zacher* a. a. O., RdNr. 1 vor Art. 151 und die dortigen Hinweise; s. a. *Schreyer* a. a. O. (Anm. 4), S. 23ff., 45ff., 73ff.

42 Siehe *Zacher* a. a. O., RdNr. 1 und RdNr. 3.

43 Nachw. siehe bei *Zacher* a. a. O., RdNr. 3.

men« (Art. 164 Abs. 1), »möglichst gleichmäßige Befriedigung der wirtschaftlichen Bedürfnisse aller Bewohner (Art. 155; s. a. Art. 157 Abs. 2), »eine den jeweiligen kulturellen Verhältnissen entsprechende Mindestlebenshaltung für sich und seine Familie« (Art. 169 Abs. 1) und die »allmähliche Erhöhung der Lebenshaltung aller Volksschichten« (Art. 151 Abs. 1). In diesem Sinne hat der Staat die Wirtschaft zu ordnen und zu überwachen (s. z. B. Art. 152, 161), die Volkswirtschaft zu entfalten (Art. 157 Abs. 1) und Benachteiligte und Bedrängte zu schützen (Art. 153, 156 Satz 2, 162, 164, 165, 167 ff.).

Als die »privaten Grundfunktionen«, die der staatlichen Ordnung gegenüberstehen, heben sich die Arbeit (Art. 166 ff.), das Wirtschaften (Art. 151 ff.) — teils mehr im Sinne persönlichen wirtschaftlichen Tuns (z. B. Art. 151, 153, 164), teils mehr im Sinne des Haltens und Nutzens von Vermögen (Art. 158 ff.) und zwar im jeweils engeren Sinne ebenso von Kapital (Art. 157) wie von Grund und Boden (Art. 161, 163; s. a. Art. 160) und von unternehmerischen Einheiten (Art. 160, 163) — und der Konsum (s. z. B. Art. 152) heraus —, ohne daß diese Funktionen klar voneinander getrennt werden können.

Arbeit und Arbeitskraft — die primären Themen des 4. Abschnittes »die Arbeit« — sind zentrale Werte des einzelnen und der Gemeinschaft (Art. 166 bis 168). Arbeit ist zugleich Recht und Pflicht (Art. 166 Abs. 2 und 3). Die Arbeitskraft ist gegen Ausbeutung, Betriebsgefahren und sonstige gesundheitliche Schädigungen zu schützen (Art. 167)⁴⁴. Der Arbeitskraft kommt das umfassende und differenzierte Recht auf Erholung zugute (Art. 174)⁴⁵. Der Staat trägt Verantwortung für die Löhne (Art. 168 Abs. 1, 169), obwohl die Gestaltung der Arbeitsbedingungen durch die Koalitionen gewährleistet ist (Art. 170; s. a. 169 Abs. 2). Die BV garantiert die betriebliche Mitbestimmung ebenso wie die überbetriebliche (Art. 175, 176)⁴⁶. Der besonderen Verantwortung des Staates für die Ordnung des Arbeitsrechts entsprechen seine Pflicht zu dessen Kodifikation (Art. 172), zur Unterhaltung einer besonderen Arbeitsgerichtsbarkeit (Art. 177 Abs. 1) und seine Kompetenz zur Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtvereinbarungen und Schiedssprüchen (Art. 169 Abs. 2, Art. 177 Abs. 2). Wer aber arbeitsunfähig ist, wem keine Arbeit vermittelt werden kann oder wer sonst von Wechselfällen des Lebens bedroht ist, hat Anspruch auf soziale Sicherung (Art. 168 Abs. 3, 171)^{46a}. Die BV sieht den Problembereich der *sozialen Si-*

44 Insbesondere zum Schutz der Jugend gegen Ausbeutung siehe Art. 126 Abs. 3.

45 Siehe Näheres unten S. 121. Siehe auch nochmals Art. 141 Abs. 3.

46 Zur Garantie der *betrieblichen Mitbestimmung* (Art. 175) siehe *Rupprecht*, Das Mitbestimmungsrecht der Betriebsräte in der Bayerischen Verfassung, Diss. Erlangen 1949; *Meissinger*, Begriffserklärung zum Mitbestimmungsrecht, *Recht der Arbeit* 3. Jhg. (1950) S. 41 ff.; *Hueck*, Probleme des Mitbestimmungsrechts, 1953, S. 5 ff. — Zur überbetrieblichen Mitbestimmung (Art. 176) siehe nochmals oben S. 99, 100 ff., sowie *Zacher*, Arbeitskammern im demokratischen und sozialen Rechtsstaat.

46a Siehe zur frühen Interpretation des Art. 171 auch *Dersch*, Die Sozialversicherung, in: *Bettermann-Nipperdey-Scheuner*, Die Grundrechte, Bd. III, 1. Halbbd. 1958, S. 501 ff. (517).

berung freilich nicht systematisch⁴⁷. Geht man von der herkömmlichen Einteilung in *Fürsorge* (Sozialhilfe), *Sozialversicherung* und *Versorgung* aus, so findet man die Fürsorge in Art. 168 Abs. 3 und die Sozialversicherung in Art. 171, die Versorgung dagegen nirgends prinzipiell angesprochen. Die beamtenrechtliche Versorgung wird wohl von der Garantie des Berufsbeamtentums umschlossen (Art. 95 Abs. 1), die Versorgung von Kriegs- und Regimeopfern ist nur hinsichtlich der durch die nationalsozialistische Gewaltherrschaft wegen ihrer religiösen oder politischen Haltung oder wegen ihrer Rasse Geschädigten geregelt (Art. 183). Macht man sich mit den neueren Kategorien der *Vorsorge-, Entschädigungs- und Ausgleichssysteme* auf die Suche, so findet man das klassische Vorsorgesystem der Sozialversicherung in Art. 171 garantiert, das Vorsorgesystem der beamtenrechtlichen Versorgung in Art. 95 Abs. 1 allenfalls impliziert, unter den Entschädigungssystemen nur die Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts artikuliert (Art. 183)^{47a} und an Ausgleichssystemen die allgemeine Fürsorge (Art. 168 Abs. 3), daneben den Familienlastenausgleich (Art. 125, 126), Mutterschutz (Art. 125 Abs. 1 Satz 2)^{47b} und Jugendwohlfahrt (Art. 125 Abs. 1, 126) sowie die Unterstützung von Künstlern, Gelehrten und Schriftstellern (Art. 140 Abs. 2), endlich die Befriedigung gewisser besonders schwer zu befriedigender Bedürfnisse wie Wohnung (Art. 106, 125 Abs. 3), sowie schulische und berufliche Bildung (Art. 128, 129, 132, 133, 138, 139, 153 Satz 3, 164 Abs. 1). Stellt man endlich die *soziale Sicherheit im defensiven Sinne* (Hilfe gegen Not, Hilfe gegen Verfall des Lebensstandards und Ausgleich erlittener Schäden) der sozialen Förderung (den *sozialen Entfaltungshilfen*) gegenüber, so bilden Fürsorge (Art. 168 Abs. 3), Sozialversicherung (Art. 171), Beamtenversorgung (Art. 95 Abs. 1), und Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts (Art. 183) den Kern verfassungsrechtlich positiv aufgegriffener sozialer Sicherung (im erwähnten engeren Sinn). Auch die Hilfe zur Befriedigung der Wohnbedürfnisse (Art. 106, 125 Abs. 3) gehört primär hierher. Die Aussagen über den Schutz und die Förderung der Familien, Mütter, Kinder und Jugendlichen (Art. 124 ff.)

47 Siehe zum System sozialer Sicherung und insofern auch zum folgenden *Zacher*, Diskussionsbeitrag zu »Rechtsformen sozialer Sicherung und allgemeines Verwaltungsrecht« VVDStRL Heft 28 (1969) S. 233ff.; Das System der sozialen Sicherheit in der Bundesrepublik Deutschland, Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung 14. Jhg. (1970), S. 293ff.; Zur Rechtsdogmatik sozialer Umverteilung, DOV 23. Jhg. (1970), S. 3ff.; insbesondere S. 6 Anm. 41; Das Vorhaben einer Kodifikation des Sozialrechts in der Bundesrepublik Deutschland, Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung 15. Jhg. (1971), S. 209ff.

47a Siehe dazu *Zacher* in BV V und *Meder* je zu Art. 183. W. Nachw. siehe dort.

47b Der heute immer wieder diskutierte Gedanke einer *Mutterschaftsversicherung* wurde auch in den Verfassungsverhandlungen erwogen (siehe die Abgeordneten Hoegner und Hundhammer, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Verfassungs-Ausschusses der Bayerischen Verfassungsgebenden Landesversammlung Band I S. 240), jedoch — ohne Ablehnung der Sache — für den Verfassungstext wieder fallengelassen, wobei offen blieb, ob die Institution eher auf Art. 125 Abs. 3 oder eher auf Art. 171 zu beziehen wäre.

weisen dagegen in beide Richtungen, während die Hilfen zur Ausbildung (Art. 128 ff., 164 Abs. 1) typische Entfaltungshilfen sind. Soziale Förderung im weiteren Sinne kann schließlich auch der Schutz des arbeitenden Menschen (Art. 166 ff.), die besondere Sorge für die kulturell Schaffenden (Art. 160 Abs. 2, 162), die sektorale Hilfe für die Landwirtschaft (Art. 164), die strukturelle Hilfe für Klein- und Mittelbetriebe und für den Zugang zur selbständigen wirtschaftlichen Existenz (Art. 153)⁴⁸ und die regionale Wirtschaftshilfe (Art. 10 Abs. 4) sein^{49,50}.

Der 4. Abschnitt ist nicht ausschließlich, wohl aber im Schwerpunkt dem abhängig Arbeitenden gewidmet. Der 1. Abschnitt »Die Wirtschaftsordnung« gilt dem selbständig Wirtschaftenden. Die BV bejaht ihn (Art. 151 Abs. 2 Satz 2). Den Aufstieg »aus nichtselbständiger Arbeit zu selbständigen Existenzen« wertet sie als besondere soziale Chance (Art. 153 Satz 3). Der selbständig Wirtschaftende steht unter ihrem gesteigerten Schutz, solange er der Zone der »Kleinbetriebe und Mittelstandsbetriebe« angehört (Art. 153, 155 Satz 1, 156 Satz 2)⁵¹. Dagegen verurteilt die BV die Konzentration und Übersteigerung wirtschaftlicher Macht (Art. 156, 157 Abs. 1).

Die besondere Verfassungsordnung der *Landwirtschaft* (Art. 163 ff.) sieht auch im Bauern vor allem den Selbständigen, dem der Boden gehört (Art. 163, 165). Jedoch findet sich darüber hinaus die »landwirtschaftliche Bevölkerung« zu einer Einheit zusammengefaßt, deren Lebensstandard die Verfassung steigern will (Art. 164). Dieser 3. Abschnitt über »Die Landwirtschaft« enthält auffallend vielerlei: ein reich differenziertes Stück Eigen-

48 Siehe *Schreiber*, Der Mittelstand in der bayerischen Verfassung, Diss. München 1949.

49 Als Instrument sowohl sektoraler als auch regionaler Wirtschaftsförderung, aber auch als Instrument bedarfsbezogener Hilfe kommen — jedenfalls nach der Absicht des Verfassungsgebers — »Bedarfsdeckungsgebiete« im Sinne des Art. 155 in Betracht (siehe dazu *Zacher* in BV V Art. 155 RdNr. 5; dens., Arbeitskammern im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, S. 65ff.).

50 Bemerkenswert ist nicht nur, daß sich die Verfassung keinerlei Mühe gibt, die Probleme sozialer Sicherung — oder gar den weiteren Problembereich sozialer Sicherung, Hilfe und Förderung — in einem systematischen Zusammenhang zu sehen. Vielmehr muß auffallen, welche »weiße Flecken« die Landkarte sozialer Sicherung, welche die BV zeichnet, aufweist. So fehlt nicht nur im Verfassungstext, sondern auch in den Verfassungsberatungen das Stichwort der Kriegsschäden — der Kriegspersonenschäden ebenso wie der Kriegssachschäden — und der Vertreibungsschäden, ja aller Kriegs- und Regimeschäden jenseits der Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts. Zwar wurde bei den Verfassungsverhandlungen an die Flüchtlinge (Vertriebenen) gedacht — so zum Beispiel hinsichtlich ihrer staatsbürgerlichen Stellung (siehe Verhandlungen der Bayerischen Verfassungsgebenden Landesversammlung, Stenographische Berichte, Band IV Seite 86f., 90, 98, 206f., 209, 211 bis 220) und hinsichtlich ihrer Ansiedlung (ebenda S. 131, 139f., 155). U. a. wurden die »Bedarfsdeckungsgebiete« im Sinne des Art. 155 als ein Instrument auch der Hilfe für die Vertriebenen konzipiert (Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Verfassungsausschusses der Bayerischen Verfassungsgebenden Landesversammlung Band III S. 573, 633; Verhandlungen der Bayerischen Verfassungsgebenden Landesversammlung Band IV S. 227). Aber die Verfassung spricht die kriegs- und regimengeschädigten Personenkreise — abgesehen von Art. 183 — nicht als solche an.

51 Siehe Anm. 48.

tumsverfassung für land- und forstwirtschaftlichen Grund und Boden (Art. 163), die auch nicht durch Überschuldung korrumpiert werden soll (Art. 165), ein Programm für einen menschenwürdigen Lebensstandard der landwirtschaftlichen Bevölkerung (Art. 164 Abs. 1) und Wege, dieses durch angemessene Preise und Löhne zu sichern (Art. 164 Abs. 2).

Am aufdringlichsten zeigt sich die systematische Nachlässigkeit des Verfassungsgebers im 2. Abschnitt »Das Eigentum«. Weder enthält er die Eigentumsverfassung der BV, noch enthält er das wirtschafts- und sozialpolitisch Spezifische davon⁵². Jedenfalls Gemeinwohlbindung des Eigentums (Art. 158 und Enteignungsrecht (Art. 159) sind weit darüber hinaus bedeutsam. Das Programm des öffentlichen Eigentums an bedeutsamen Wirtschaftsgütern und Unternehmenstypen (Art. 160 Abs. 1) und die Sozialisierungsklausel (Art. 160 Abs. 2) ergänzen dagegen die im 1. Abschnitt entwickelte Konzeption der staatlich überwachten Wirtschaft, deren privatwirtschaftliches Element um so mehr staatlichem Zugriff unterliegt, je mehr es die machtarme Zone mittelständischer Wirtschaft »nach oben« verläßt. Ähnlich vertieft die Kontrolle des Bodeneigentums (Art. 161 – s. a. nochmals Art. 163 Abs. 1) die Negation übermäßiger Wirtschaftsmacht. Sie ist aber auch im Zusammenhang mit dem Auftrag des Staates zu sehen, den Zugang zu den wirtschaftlichen Gütern möglichst vielen möglichst gleichmäßig offenzuhalten. Die Abschöpfung von Wertsteigerungen (Art. 161 Abs. 2) analog zur Besteuerung »arbeitslosen Einkommens« (Art. 168 Abs. 2) gehört in den Rahmen sozial- und wirtschaftspolitisch verfassungsgerechter Steuergestaltung (Art. 123). Der Schutz geistigen Eigentums (Art. 162) endlich hat sicher in der Wirtschafts- und Sozialordnung seinen legitimen Platz, weist aber doch auch – wie etwa auch Art. 140 – in die Dimension des Kulturstaates.

III. Die Wirtschafts- und Sozialordnung der BV im Spiegel der Rechtsprechung, insbesondere der Rechtsprechung des VerFGH

Dem Anlaß dieses Beitrages entspricht es, insbesondere der Frage nachzugehen, welche Deutung und Bedeutung der VerFGH der Wirtschafts- und Sozialordnung der BV gegeben hat. Der Bericht darüber bezieht die Rechtsprechung anderer Gerichte – vor allem des Bayerischen Obersten Landesgerichts [ObLG] und des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs [VGH] – ein, soweit diese sich unmittelbar auf die Vorschriften der BV und nicht etwa auf parallele Vorschriften des Grundgesetzes bezieht. Auf diese Weise soll versucht werden, die Resonanz der »Wirtschafts- und Sozialverfassung« der BV in der rechtsprechenden Gewalt zusammenfassend zu skizzieren. Auf eine kritische Würdigung und Auseinandersetzung muß dabei grundsätzlich ebenso verzichtet werden wie auf den Vergleich mit der Ausle-

⁵² Siehe dazu unten S. 112ff.; siehe ferner *Zacher* in BV V vor Art. 158 und zu Art. 158 bis 162.

gung, welche die einschlägigen Normen des Grundgesetzes in der Rechtsprechung – vor allem des Bundesverfassungsgerichts – gefunden haben⁵³.

1. Das Sozialstaatsprinzip⁵⁴

Die Interpretation des Sozialstaatsprinzips (Art. 3) steht dadurch vor einer wesentlich anderen Situation als die Auslegung des Sozialstaatsprinzips des Grundgesetzes (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 Satz 1 GG), daß der Sozialstaat »bayerischen Rechts« in einer Fülle von Einzelregelungen der BV Gestalt gewinnt, während das Grundgesetz eine detaillierte soziale Programmatik kaum kennt. Diesen Einzelregelungen gegenüber ist das Sozialstaatsprinzip *lex generalis* (12, 21 [35 f.]; 13, 141 [145]; 21, 164 [169]). Aber das Sozialstaatsprinzip ist nicht nur Generalnenner für die einschlägigen Einzelregelungen der BV; und sein Sinn kann »nicht ausschließlich aus den positiven sozialen Regelungen der Verfassung« erschlossen werden (4, 51 [59]). Er müsse vielmehr auch »aus der allgemeinen Rechtslehre und aus der Idee der Gerechtigkeit erschlossen werden« (ebd.). Während in diesem Zusammenspiel von allgemeinem Sozialstaatsprinzip und sozialstaatlichen Detailregelungen diesen auch die Gewährung subjektiver Rechte vorbehalten ist (z. B. 13, 141 [145]), ist das Sozialstaatsprinzip als ein Satz ausschließlich objektiven Rechts doch verbindlich (12, 21 [35]; 13, 109 [115, 124], 141 [145]; 17, 74 [84]; ObLGSt 6, 232 [236]). Es »verpflichtet den Gesetzgeber, soziale Aktivität zu entfalten und auch zu verhüten, daß einzelne Gruppen oder Schichten wirtschaftlich unterdrückt oder schwer benachteiligt werden. Wie es aber bei der Fülle der sozialen Aufgaben, der Begrenztheit der öffentlichen Mittel und der Schwierigkeit, widerstreitende Interessen auszugleichen, nicht anders sein kann, kommt dem Ermessen des Gesetzgebers ein weiter Spielraum zu« (12, 21 [35]; 13, 109 [124]; 17, 74 [84]; 21, 131 [143], 164 [169]; 22, 57 [61]; 23, 92 [98]; s. a. 15, 59 [66]; ObLGSt 3, 124 [128]). Nichts weniger verpflichtet das Sozialstaatsprinzip »den Staat, . . . gerade auch bei der Gesetzgebung soziale Gesichtspunkte zu berücksichtigen« (24, 1 [27]). Es »soll andererseits nicht zu einem »sozialpolitischen Perfektionismus« führen, der die in der Verfassung verbürgten Freiheitsrechte außer acht lassen und die private Initiative lahmlegen würde« (13, 109 [124]; 15, 59 [65]). Die Subsidiarität der Staatshilfe gegenüber der Selbsthilfe ist im Sozialstaat nicht aufgehoben (VGH 14, 1 [5]).

Gegenüber den Grundrechten könnte das Sozialstaatsprinzip sich auf folgende Weise nachhaltig durchsetzen. Die Grundrechte der BV können eingeschränkt werden, soweit die »öffentliche Wohlfahrt« dieses zwingend erfordert (Art. 98 Satz 2). Dabei ist der Begriff der »öffentlichen Wohlfahrt . . . durch ihren Zweck bestimmt, der in erster Linie die Beseitigung sozialer Mißstände und die Herstellung gesunder sozialer Zustände bezieht (Art. 3:

53 Der Verfasser darf insofern auf seine folgenden Arbeiten hinweisen: Soziale Gleichheit AÖR. Band 93 (1968) S. 341ff.; Das Sozialstaatsprinzip in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, BayVBl. n. F. 15. Jhg. (1969), S. 113ff.

54 Siehe ergänzend vor allem *Sozialstaat*; *Schweiger* in BV V Art. 3 RdNr. 16ff.

Bayern als Sozialstaat« (2, 1 [7]). In der Verfassungswirklichkeit spielt der Gesetzesvorbehalt des Art. 98 Satz 2, da er in der Grundrechtsordnung des Grundgesetzes keine Entsprechung findet, jedoch nur eine geringe Rolle⁵⁵. Jedoch dient das Sozialstaatsprinzip dem VerfGH mitunter zur – verfassungsdogmatisch nicht einwandfrei als notwendig ausgewiesenen⁵⁶ – Motivation von Freiheitsbeschränkungen: »Aus gewichtigen sozialen Rücksichten muß sich in einem Rechts- und Sozialstaat der Bürger gewisse Freiheitsbeschränkungen gefallen lassen« (4, 219 [243]; 5, 287 [293]; 8, 1 [8]; s. auch ObLGSt 3, 124 [128]).

Was die konkrete Anwendung des Sozialstaatsprinzips anlangt, ist zweierlei hervorzuheben. Erstens gibt die Rechtsprechung dem Sozialstaatsprinzip keine aggressive, insbesondere keine die öffentlichen Leistungen ausweitende Tendenz. Als Maßstab, anhand dessen Maßnahmen und Regelungen überprüft werden, führt das Sozialstaatsprinzip – soweit zu sehen – nirgends zur Feststellung eines Verfassungsverstoßes. Nicht selten wird es von vornherein mit der Tendenz in die Argumentation eingeführt, angegriffene Maßnahmen und Regelungen zu rechtfertigen⁵⁷. Zweitens ist festzuhalten, daß sich die Rechtsprechung zum Sozialstaatsprinzip vorwiegend auf Sachfragen bezieht, deren soziale Problematik auch durch speziellere Regelungen der BV angesprochen wird: auf die soziale Sicherung der freien Berufe (4, 219 [243]; 5, 287 [293]; 13, 109 [124]; 15, 59 [66] – s. Art. 171), auf die öffentliche Fürsorge (VGH 2, 14 [19 f.]; 14, 1 [5] – s. Art. 168 Abs. 3), auf die Besserstellung unehelicher Kinder (13, 109 [124] – s. Art. 126 Abs. 2), auf Schulwesen und Bildungsförderung (12, 21 [35 f.]; 21, 164 [169]; 22, 57 [60 f.]; 24, 1 [22, 26 f.] – s. Art. 128, 129, 132), auf das Wohnungswesen (2, 1 [7 f.]; 17, 74 [84]; 23, 92 [98] – s. Art. 106, 125 Abs. 3), auf das Recht auf Arbeit und die Erhaltung von Arbeitsplätzen (13, 141 [145]; ObLGSt 3, 124 [128] – s. Art. 166) sowie auf die Kontrolle wirtschaftlicher Tätigkeit durch Preisbindung (ObLGSt 3, 124 [128] – siehe 151). Jedoch gilt das nicht ausschließlich. So wird die Sonde der Sozialstaatlichkeit auch gelegt an Probleme der Hausratsverteilung (2, 1 [7]), der Pflicht zur Röntgenreihenuntersuchung (8, 1 [8]), der Hilfe für Kriegsbeschädigte (17, 74 [84]), des Lärmschutzes (21, 131 [143]) und des nichtschulischen Ausbildungswesens (ObLGZ 15, 94 [99]).

2. Zum Vierten Hauptteil der BV

Die Aufgabe, das Sozialstaatsprinzip in der Wirtschafts- und Sozialordnung zu entfalten, liegt vor allem beim Vierten Hauptteil der BV. Die Grundrechtsordnung (der Zweite Hauptteil) und die Vorschriften des Vier-

55 Siehe dazu vor allem *Leisner* insbesondere S. 88ff., 100ff., 107ff.; *Verfassungsentwicklung* insbesondere S. 386, 390f., 397f.; *Zacher* in BV V RdNr. 9 vor Art. 151, Art. 159 RdNr. 5; *Meder* Art. 98 RdNr. 2.

56 Siehe auch *Leisner* S. 39.

57 Siehe den vorigen Absatz.

programme könne nicht im Wege der Popularklage nachgeprüft werden (20, 171 [182]; 21, 1 [10], 76 [82 f.], 205 [211]). Sachlich begrenzt die Rechtsprechung Art. 153 auf »den Schutz der Kleinbetriebe und Mittelstandsbetriebe in ihrer Selbständigkeit insbesondere gegenüber den Großunternehmen der Privatwirtschaft« (10, 113, [124]; 18, 16 [26 f.]). Dagegen besage Art. 153 nichts über das Verhältnis der Klein- und Mittelbetriebe »zu den von den Gemeinden auf Grund ihres Selbstverwaltungsrechts betriebenen Versorgungseinrichtungen« (10, 113 [124]). Art. 153 verbiete auch nicht die Errichtung von staatlichen Regiebetrieben (VGH 5, 224 [229]). Jedoch hält es der VerfGH für möglich, Steuergesetze an Art. 153 zu messen, welche die Inhaber von kleineren und mittleren Betrieben zwingen, »ihre Existenz aufzugeben« (23, 10 [16])⁶³. Zum *Konzentrationsverbot* des Art. 156 stellt der VerfGH fest, die Vorschrift sei zunächst unmittelbar geltendes Recht gewesen, mittlerweile »aber durch Bundesrecht überholt« (21, 1 [11]).

b) Zum 2. Abschnitt: »Das Eigentum«⁶⁴

Die Überschrift vor Art. 158 ist irreführend. Die *Eigentumsordnung der BV* ist weit über die Verfassung verstreut. Im Mittelpunkt steht die Garantie des Eigentums in Art. 103 Abs. 1. Ihr stellt die Verfassung die Bindung an das Gemeinwohl (Art. 103 Abs. 2) und an die Gesamtheit (Art. 158 Satz 1) gegenüber (22, 34 [38]). Diese beiden allgemeinen Bindungsklauseln ergänzt die BV durch besondere Bindungsklauseln (Art. 141 Abs. 3, 157, 161, 163 Abs. 2 und 4) und ähnliche Bestimmungen und Programme für »Eigentumsordnung und Eigentumsgebrauch« (Art. 103 Abs. 2; siehe Art. 141 Abs. 1 und 2, 151, 152, 155, 156, 175). Die Gebundenheit des Eigentums findet ihren äußersten Ausdruck in der Möglichkeit der Entziehung konkreten Eigentums. Die BV spricht in Art. 123, 159, 160 Abs. 2, 161 Abs. 2 und 163 Abs. 5 auch diese Möglichkeit an, ohne jedoch den Kreis potentieller Eigentumsentziehungsfälle abschließend zu bewerten und zu ordnen. Andererseits wirft die BV aber auch zusätzliche Garantien des Eigentums aus: teils in Verbindung mit der Ausgestaltung der Eigentumsentziehungsfälle (Art. 159, 160 Abs. 2, 163 Abs. 5), teils darüber hinaus (Art. 146, 162 und 163 Abs. 1 und 3). Sie werden ergänzt durch die Vorschriften zur positiven Förderung gewissen Eigentums (z. B. Art. 153, 164, 165).

Der Versuch, über die Rechtsprechung zu *allen* diesen Vorschriften im Rahmen dieser Arbeit zu berichten, wäre verfehlt. Er würde zur extremen Ungleichgewichtigkeit des Berichts führen; denn vor allem um Art. 103

63 Ein offenbares Versehen ist dem VerfGH mit folgender Aussage unterlaufen: »Art. 153 handelt nur von Betrieben, nicht von Angestellten, die einen solchen Betrieb später selbständig eröffnen möchten« (5, 287 [294]). Art. 153 Satz 3 spricht ausdrücklich vom »Aufstieg tüchtiger Kräfte aus nichtselbständiger Arbeit zu selbständigen Existenzen«.

64 Siehe ergänzend vor allem *Leisner* insbesondere S. 76ff.; *Meder* zu Art. 103, 141, 158ff.; weitere Nachweise siehe dort. Der *Verfasser* darf vor allem auf *seine* folgende Arbeiten Bezug nehmen: *Verfassungsentwicklung*, S. 396ff.; *BV V* vor Art. 158 und zu Art. 158 bis 162. Siehe ferner oben S. 107.

und Art. 159 rankt sich ein großer Teil der Rechtsprechung zur BV überhaupt⁶⁵.

Ferner müßte der Bericht notwendigerweise in die Dimension der Grundrechtsdogmatik hineinführen⁶⁶, die hier nicht aufgegriffen werden kann. Vor allem aber würde der Bericht mit einer Fülle »technischer« Einzelheiten belastet, die für die spezifische Problematik der »Wirtschafts- und Sozialverfassung« entweder irrelevant sind oder deren wirtschafts- und sozialpolitische Relevanz nur mittels einer Aufbereitung dargestellt werden könnte, die in der gebotenen Extensität hier nicht möglich ist.

Allgemein ist festzuhalten, daß in der Rechtsprechung *prinzipielle Ansätze*, die Einzelregelungen der BV über das Eigentum zu einer Gesamtheit zu fügen, ihnen eine geschlossene materielle, insbesondere wirtschafts- und sozialpolitisch relevante Deutung zu geben und sie so letztlich in ein wirtschafts- und sozialverfassungsrechtliches Sinngefüge hineinzuführen und einzuordnen, fehlen. Abgesehen davon, daß wesentliche Fragen insofern durch das Bundesrecht vorweggenommen sind, mag gerade die Fülle der Einzelregelungen eine pragmatische Zurückhaltung gegenüber der Versuchung des Grundsätzlichen nahegelegt haben. Sentenzen wie diejenige, Art. 103 Abs. 1 schütze das Eigentum gegen sozialstaatswidrige Eingriffe (12, 165 [167]), haben jedenfalls Ausnahmeharakter.

Die in der Verfassung doppelt formulierte *allgemeine Sozialbindung* des Eigentums (*Art. 103 Abs. 2, 158*) wird zwar betont. »Nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs sind dem Grundrecht des Eigentums« die Bindungen nach Maßgabe der Art. 103 Abs. 2 und Art. 158 »von vorneherein zugehörig . . . Eine verfassungswidrige Eigentumsbeschränkung kann demnach nicht vorliegen, wenn der Normgeber lediglich in Ausübung seiner Befugnis, die Eigentumsordnung im Dienst des Gemeinwohls festzulegen, den Inhalt des Eigentums nur allgemeinverbindlich abgrenzt und dabei das Recht in seinem Wesensgehalt nicht antastet« (22, 138 [145])⁶⁷. Die Bindung des Eigentums und die korrespondierende Obliegenheit des Gesetzgebers, »die Eigentumsordnung im Dienst des Gemeinwohls festzulegen«, werden aber auf keine spezifischen Zwecke begrenzt oder auch nur – im Sinne von Schwerpunkten, Prioritäten oder dergleichen – hin orientiert. Mit anderen Worten: »sozial« im Sinne von »Sozialbindung« ist allgemein als »gesellschaftlich« und »gesellschaftszugewandt«, vielleicht als »in die Gesellschaft eingebunden« zu verstehen, nicht aber im Sinne jener wertenden historisch-politischen Einengung, wie sie dem Begriff des »Sozialstaates« zugrunde liegt. Damit schließt die »Sozialbindung« des Eigentums freilich die mit dem Sozialstaatsprinzip und den speziellen Ausprägungen, die es in der BV gefunden hat, erfaßten gesellschaftlichen Interessen und Wertungen ein, nicht aus.

65 Siehe nochmals Verfassungsentwicklung, S. 396ff.; Zacher zu Art. 159; Meder zu Art. 103, 158ff.

66 Siehe dazu insbesondere Leisner.

67 Ältere Rechtsprechung siehe dort sowie in Verfassungsentwicklung, S. 397f.; Meder Art. 103 RdNr. 4.

Diese Offenheit der Eigentumsordnung gegenüber der Vielfalt der gesellschaftlichen Interessen und Wertungen und die Negation eines Vorranges »sozialer« Belange in einem engeren Sinn zeigt sich auch in speziellen Fragen verfassungsrechtlicher Eigentumsdogmatik. So hat etwa in den Kranz der Typen zulässiger Eigentumsentziehung⁶⁸ die zum Grundgesetz gelegentlich erwogene »soziale Umschichtung« keine Aufnahme gefunden⁶⁹. Auch die Bodenreform z. B. wurde als Enteignung qualifiziert (4, 212 [218]; siehe auch ObLGZ 16, 161 [insbesondere 170 ff., 176]). Auch die Grenze zwischen Eigentumsbindung und Enteignung wurde nicht nach – im engeren Sinne – »sozialen« Kriterien gezogen⁷⁰. Entsprechendes gilt etwa für das »Wohl der Allgemeinheit« als Voraussetzung und die »angemessene Entschädigung« als Bestandteil zulässiger Enteignung⁷¹. Eine interessante Ausnahme stellt eine Entscheidung aus dem Jahre 1949 zur sogenannten »Hausratsverordnung« dar (2, 1). Sie postuliert für den konkreten Fall der Hausratsenteilung im Anschluß an Scheidungen unter den damaligen Lebensverhältnissen, »daß die formale Rechtslage der sozialen Notwendigkeit weicht« (S. 8) und »der Begriff der ›Angemessenheit‹ der Entschädigung dabei einer aus sozialen Rücksichten gebotenen Abwandlung unterliegt« (S. 9). Dabei wird jedoch entscheidend auf die »besonderen Pflichten« abgestellt, »die die Auflösung der sozialen Einheit der Familie mit sich bringt« (S. 9), sowie darauf, daß es sich bei dem Hausrat von Ehegatten »um sozial in besonderem Grade gebundenes Eigentum handelt« (S. 8). Die Entscheidung beruht ferner auf zwei fragwürdigen juristischen Prämissen: darauf, daß Art. 159 auch für Eigentumsentziehungen im Rahmen des Privatrechts gilt⁷²; sowie darauf, daß gegenüber den spezifischen Verfassungsgarantien des Eigentums auf Art. 98 Satz 2, insbesondere auf den Vorbehalt zugunsten der »öffentlichen Wohlfahrt« zurückgegriffen werden kann – also auf einem mittlerweile auch vom VerfGH mit Recht aufgegebenen Standpunkt⁷³. Jedoch hat die Entscheidung mit dem Postulat sozialstaatsgerechter Differenzierung im Kern Richtiges getroffen⁷⁴.

Besondere Aufmerksamkeit verdient angesichts einer aktuellen politischen Tendenz, Eigentum möglichst direkt unter Berufung auf Interessen einer mehr oder weniger großen Allgemeinheit in Anspruch zu nehmen, Art. 158 Satz 2: »Offenbarer Mißbrauch des Eigentums- oder Besitzrechts genießt keinen Rechtsschutz.« Das ist wenig problematisch, soweit der

68 Siehe Zacher in BV V Art. 159 RdNr. 4ff.

69 A. a. O. RdNr. 14.

70 Siehe z. B. Meder Art. 103 RdNr. 5ff.; Zacher in BV V Art. 159 RdNr. 19ff., insbesondere 20ff.

71 Siehe dazu Zacher in BV V Art. 159 RdNr. 30ff., 34ff.; Meder Art. 159 RdNr. 4, 7ff.

72 Siehe dazu Zacher in BV V Art. 159 RdNr. 13.

73 Siehe dazu *Verfassungsentwicklung*, S. 386, 397ff.; Meder Art. 98 RdNr. 2, Art. 103 RdNr. 4, Art. 159 RdNr. 3.; je m. w. Nachw.

74 Siehe Zacher in BV V Art. 159 RdNr. 37 m. w. Nachw.

Rechtsschutz einem Eigentumsgebrauch versagt wird, den die Rechtsordnung in sonst zulässiger Weise — etwa durch Normen des Strafrechts (20, 62 [70 ff.]) — unterbindet⁷⁵. Soll aber Art. 158 Satz 2 darüber hinaus auch eine Ausnahme von dem sonst für die Eigentumsordnung geltenden Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes (VGH 4, 5 [8])⁷⁶ zulassen?? Das wäre selbst dann bedenklich, wenn »offenbarer Mißbrauch« nur bei grober Verletzung des Interesses der Allgemeinheit angenommen werden darf und nicht etwa auch dann, wenn Fragen der Zweckmäßigkeit des Eigentumsgebrauchs verschieden beantwortet werden können (BGHZ 14, 294 [299 f.]). Dem kann nur der Gesetzgeber durch eine Eigentumsordnung Rechnung tragen, die den »offenbaren Mißbrauch« des Eigentums spezifiziert und ihm mit adäquaten Maßnahmen entgegentritt (zu zurückhaltend gegenüber einer *Pflicht* des Gesetzgebers, die Eigentumsordnung zu perfektionieren: 18, 43 [48f.]).

Die Vorschrift des Art. 160 — über *Gemeineigentum* und *Sozialisierung* — »stellt lediglich Grundsätze für die künftige Gestaltung der Eigentumsverhältnisse an wichtigeren Bodenschätzen und bestimmten anderen Vermögenswerten auf . . . ; sie besagt auch nur, daß »in der Regel« das Eigentum an solchen Werten Körperschaften oder Genossenschaften des öffentlichen Rechts zustehen soll, läßt also Ausnahmen durchaus zu und verbietet insbesondere dem Staat nicht, im Einzelfall Werte dieser Art, die sich bereits in seiner Hand befinden, wieder zu veräußern« (7, 86 [94]). »Ein Zwang, einmal erworbene Vermögenswerte dauernd zu behalten, kann . . . aus Art. 160 BV nicht hergeleitet werden« (ebenda).

Art. 161 — über *Bodenverteilung* und Abschöpfung von *Wertzuwachs* — enthält nur Programmsätze (Entscheidung des VerfGH vom 20. Juni 1966 Vf. 28 — VI — 66)⁷⁸. Das gilt insbesondere auch für Art. 161 Abs. 2, wonach »unverdiente« Steigerungen des Bodenwerts der Allgemeinheit nutzbar zu machen sind (ObLGZ 17, 148 [169]). Jedoch macht die Vorschrift etwa auf die Notwendigkeit aufmerksam, bei der Bemessung von Enteignungsentschädigungen entsprechende Wertsteigerungen zu berücksichtigen (9, 158 [165]).

75 Eine bemerkenswerte Variante bietet ObLGSt 13, 63 [66f.]. Gegen die Anordnung eines Dirnensperrbezirks wird Eigentumsschutz in Anspruch genommen. Während der VerfGH (20, 62 [69 bis 72]) in diesem Fall ganz auf die Strafbarkeit der Unterhaltung von Bordellen und bordellartigen Betrieben abstellt, von ihr auf den offenbaren Mißbrauch i. S. des Art. 158 Satz 2 schließt und von daher endlich den Rechtsschutz versagt, geht das ObLG anders vor. Es sieht in der Gewerbsunzucht einen Verstoß gegen das Sittengesetz (so auch VerfGH a. a. O. S. 70) und versagt den wirtschaftlichen Interessen daran deshalb den Schutz als »privates Vermögensrecht«, also auch als Eigentum sowohl i. S. des Art. 14 GG als auch i. S. des Art. 103 BV. Diese Argumentation ist in ihrer Direktheit nicht weniger bedenklich als die unmittelbare Inanspruchnahme des Art. 158 Satz 2.

76 Siehe *Zacher* in BV V Art. 158 RdNr. 2 m. w. Nachw.

77 Siehe *Zacher* a. a. O. RdNr. 4.

78 Zitiert nach *Meder* Art. 161 RdNr. 1.

c) Zum 3. Abschnitt: »Die Landwirtschaft«⁷⁹

Die »agrарverfassungsrechtlichen« Regelungen der Art. 163 ff. wurden von der Entwicklung im einzelnen auf recht verschiedene Weise »mitgenommen«. Die Förderungsprogramme (insbesondere Art. 164, 165) erscheinen aktueller denn je. Die Regel »Bauernland in Bauernhand« (Art. 163 Abs. 4) ist zum Anachronismus geworden. Die Gewährleistung der Freizügigkeit des Bauern (Art. 163 Abs. 1 Satz 2) und des bäuerlichen Eigentums (Art. 163 Abs. 3 und 5) haben zumindest an Aktualität eingebüßt. Und die besonderen Bindungen land- und forstwirtschaftlichen Eigentums (Art. 163 Abs. 2 und 4) hinterlassen einen zwiespältigen Eindruck. Dementsprechend fordert auch die Rechtsprechung zu Art. 163 ff. gesteigertes historisches Verständnis ab.

Art. 163 ist teils als Modifikation, teils als Bekräftigung der allgemeinen *Eigentumsordnung* für land- und forstwirtschaftliches Eigentum zu verstehen (9, 1 [8 ff.]; 11, 110 [119 ff., 123]). Daß Grund und Boden frei sind (Abs. 1 Satz 1) soll besagen, daß an sich jedermann der Zugang zu Grund und Boden freistehe (9, 1 [8]). Absatz 2 soll die allgemeine Sozialbindung des Eigentums für land- und forstwirtschaftliches Grundeigentum bekräftigen (9, 1 [8 f.]). Die Vorschrift dient so dazu, die Gemeinnützigkeit der Flurbereinigung und damit ihre Zulässigkeit als Enteignung zu bekräftigen (5, 225 [232]). Absatz 3 bestätigt die allgemeine Eigentumsgarantie für das bäuerliche Eigentum, ohne ihm zusätzlichen Schutz zu gewähren (9, 1 [8]; 22, 34 [39]), der merkwürdigerweise gerade gegenüber jagdrechtlichen Vorschriften gerne in Anspruch genommen würde (22, 34 [35]; ObLGSt 3, 111 [112]). Dagegen legt der Wortlaut des Absatzes 5 nahe, die allgemeinen Voraussetzungen für die Enteignung (Art. 159) für land- und forstwirtschaftlichen Grund als modifiziert anzusehen⁸⁰. Sie stellt außer Streit, daß die Enteignung für landwirtschaftliche Siedlung zulässig ist (4, 212 [218]). Im übrigen freilich können »dringende Zwecke des Gesamtwohls« dem Gegenstand nach alle Zwecke sein, die auch sonst Enteignungen rechtfertigen (VGH 13, 97 [103]). Absatz 4 will den Grundsatz »Bauernland in Bauernhand« etablieren und absichern (9, 1 [9]; ObLGZ 6, 23 [35]). Die Kontrolle im einzelnen zu gestalten, ist Sache des Gesetzgebers. Das gilt sowohl hinsichtlich weiterer materieller Hemmnisse (9, 1 [9 f.]) als auch hinsichtlich des Genehmigungsverfahrens (11, 110 [119]). Der heutigen agrarwirtschaftlichen Diskussion liegt besonders die Forderung fern, den Schutz des Art. 163 Abs. 4 jedenfalls dem zum landwirtschaftlichen Klein- und Mittelbesitz gehörigen Grund und Boden zu sichern (so aber noch OLG München, Beschluß vom 8. Juli 1953 BayJMBI. 1953 S. 11 ff.).

Art. 165 – gegen die *Überschuldung* landwirtschaftlicher Betriebe – ist nur Programmsatz (16, 128 [136]).

⁷⁹ Siehe ergänzend *Meder* zu Art. 163 bis 165.

⁸⁰ A. A. *Meder* Art. 163 RdNr. 5 m. w. Nachw.

d) Zum 4. Abschnitt: »Die Arbeit«⁸¹

Dieser Abschnitt dient dem Schutz des arbeitenden Menschen. Er wird »nur auf die ehrliche Arbeit« bezogen; »mag sich dieses Beiwort auch nur in einer . . . einzelnen Vorschrift dieses Abschnittes – Art. 166 Abs. 1 – finden . . . Bordellwirte und Dirnen verrichten nach allgemeiner Meinung – die schon in den Rechtsordnungen des Mittelalters hervorgetreten ist . . ., aber auch heute noch herrscht – keine ehrliche Arbeit« (20, 62 [72])⁸².

»Art. 166 Abs. 1 nennt die *Arbeit* die »Quelle des Volkswohlstands« und stellt sie unter den besonderen Schutz des Staates. Er enthält ein Bekenntnis zu ihrer grundlegenden Bedeutung für das Wirtschaftsleben«, hat »aber nur die Bedeutung eines Programmsatzes. Er begründet für den einzelnen keine subjektiven Rechte« (13, 141). Gleiches gilt auch für das Recht, sich durch Arbeit eine auskömmliche Existenz zu schaffen (*Art. 166 Abs. 2*: 4, 78 [89 f.]; 13, 141 [144 f.]; 16, 32 [45]; 20, 62 [72]; 21, 211 [216]; 22, 1 [11]). Dementsprechend sieht die Rechtsprechung in der Vorschrift auch kein Grundrecht (2, 127 [141 f.]; 5, 161 [166]; Bayerisches Landesarbeitsgericht, Urteil vom 17. Februar 1954 – AP § 611 BGB – Beschäftigungspflicht Nr. 1 [Blatt 1 Rückseite]). Einmal freilich läßt der VerfGH dies dahingestellt, weil sich die fragliche Einschränkung – eine Altersgrenze für Hebammen –, wenn Art. 166 Abs. 2 ein Grundrecht wäre, auch durch Art. 98 Satz 2 rechtfertigen ließe (3, 90 [94]). »Welche Arbeit gewählt werden kann und in welcher Art sie auszuüben ist, kann durch einfaches Gesetz oder durch Rechtsverordnung bestimmt werden« (5, 148 [158]). Die sich anbietende Möglichkeit grundrechtlichen Schutzes vermittelt Art. 101 und der Materialisierung der allgemeinen Handlungsfreiheit durch Normen nach Art. 166 bleibt aber auch hier ungenutzt. Objektiv ergibt sich wie Art. 166 Abs. 2, »daß der Staat geeignete wirtschafts- und sozialpolitische Maßnahmen . . . treffen soll, damit nach Möglichkeit jedermann durch Arbeit eine auskömmliche Existenz findet« (13, 141 [144]). Auch wirtschaftslenkende Vorschriften können durch Art. 166 Abs. 2 (relevant?) motiviert werden (OBLGSt 3, 124 [128]).

Art. 166 Abs. 3 – über Recht und Pflicht zu freier, aber individuell adäquater *Berufswahl* – wurde zunächst als verfassungsmäßiges Recht anerkannt (1, 16 [17]). Alsbald wird aber der Grundrechtscharakter negiert (2, 127 [141]; später noch einmal dahingestellt in: 4, 150 [161]). Die Vorschrift habe »den Charakter eines Programmsatzes, nicht den eines verbindlichen Rechtssatzes« (4, 30 [38]; 13, 10 [19], 141 [146]; 16, 32 [45]; 21, 59 [66]; 211 [216]; 22, 1 [11]; VerfGH Beschluß vom 4. Januar 1968 BayVBl n. F. 14. Jhg. [1968] S. 202). Die Vorschrift gelte nur nach Maßgabe der Gesetze (4, 79 [90]; 8, 80 [89]; 16, 32 [45]; 21, 59 [66]). Insbesondere gelte das Recht auf Berufswahl nicht uneingeschränkt, sondern nur nach näherer Bestimmung der Gesetze (5, 161 [166]). Zur Reichweite

81 Siehe ergänzend *Leisner* S. 72f.; *Meder* zu Art. 166 bis 177.

82 Siehe auch Anm. 75.

des Art. 166 Abs. 3 ist die Rechtsprechung widersprüchlich. Einmal nimmt sie an, die Vorschrift schütze nur die freie Berufswahl, nicht auch die Freiheit der Berufsausübung (5, 148 [158]). Ein anderes Mal stellt sie fest, auch als Grundrecht würde die Vorschrift »nicht ohne weiteres eine gesetzliche Regelung der Berufsausübung ausschließen« (4, 150 [161]). Ob auch die Wahl des Arbeitsortes geschützt ist, bleibt dahingestellt (13, 10 [19]). Daß für bestimmte Berufe die Ablegung von Prüfungen gefordert wird, wenn dies im öffentlichen Interesse geboten ist, um die ordnungsgemäße Ausübung der Berufstätigkeit zu gewährleisten, ist zulässig (21, 59 [66 f.]). Auf den Zugang zu öffentlichen Ämtern, der in Art. 116 und 94 Abs. 2 Satz 1 speziell geregelt ist, findet Art. 166 Abs. 3 ohnedies keine Anwendung (12, 91 [111]). Auf keinen Fall ergibt sich ein subjektives Recht des einzelnen »auf staatliche Leistungen . . ., besonders nicht auf die Beschaffung einer von ihm gewünschten Arbeit oder gar eines von ihm angestrebten Arbeitsplatzes« (13, 141 [146]; VerfGH Beschluß vom 4. Januar 1968 a. a. O.).

In den Vorschriften über den *Schutz der Arbeitskraft* (Art. 167) werden nur Programmsätze gesehen (21, 1 [10]; 22, 1 [11]). Art. 168 Abs. 1 Satz 1 erkennt jeder ehrlichen Arbeit den gleichen sittlichen Wert und Anspruch auf angemessenes *Entgelt* zu. Auch diese Vorschrift wertet der VerfGH als Programmsatz (12, 91 [112]; 14, 4 [17]; 18, 1 [7]), aus dem sich subjektive Rechte nicht herleiten lassen (15, 49 [53]). Und auch als Programm gilt sie – angesichts der speziellen Vorschriften in Art. 94 ff. – nicht für Beamte (14, 4 [17]; siehe auch ObLGZ 9, 102 [114]). Entsprechendes gilt für den Grundsatz des *gleichen Lohns für Männer und Frauen* (Art. 168 Abs. 1 Satz 2). Auch er ergibt nicht unmittelbar subjektive Rechte (4, 79 [90]) und gilt nicht für Beamte (13, 89 [93]). Jedenfalls ist die beamtenrechtliche Beihilfe kein »Lohn« im Sinne der Vorschrift (11, 203 [212]). Keine »Arbeit« im Sinne des Art. 168 wird in der Indienstnahme von Unternehmern bei der Abführung von Steuern gesehen (VGH 16, 25 [31]).

Wie im Text der Verfassung, so fehlen auch in der Rechtsprechung Versuche, Probleme und Regelungen *sozialer Sicherung* im systematischen Zusammenhang zu sehen⁸³. Die Rechtsprechung befaßt sich jeweils mit den einzelnen einschlägigen Regelungen. So wird etwa das Sozialstaatsprinzip ohne Rückgriff auf die Gesamtheit der Vorschriften über soziale Sicherung, soziale Entschädigung oder dergleichen zum Verfassungsgebot der Kriegsopferversorgung (17, 74 [84]) konkretisiert.

Lediglich für die Anerkennung eines subjektiven Rechts auf öffentliche Fürsorge wird die Zusammenschau des Rechts- und Sozialstaatsprinzips mit Art. 125 und Art. 168 Abs. 3 nutzbar gemacht (VGH 2, 11 [19 f.])⁸⁴.

83 Siehe nochmals oben S. 104ff.

84 15, 49 [57] bringt außerdem Art. 168 Abs. 3 und Art. 106 Abs. 3 zueinander in Beziehung.

Die Auslegung des *Rechts auf Fürsorge* (Art. 168 Abs. 3) ist beherrscht von dem Standort der Vorschrift: im Abschnitt über »Die Arbeit« und nach zwei Absätzen über den Wert der Arbeit. Daraus wird nicht nur geschlossen, daß die Vorschrift niemanden begünstigt, der arbeitsfähig ist und eine ihm vermittelte Arbeit ohne Grund ablehnt (VGH 14, 1 [5]). Daraus wird auch eine gegenständliche Beschränkung abgeleitet. Art. 168 Abs. 3 meine Arbeitslosenfürsorge und -unterstützung (VGH 2, 1 [19]), ja gewähre sogar ein Recht auf Arbeitslosenunterstützung (5, 273 [277]). Dagegen sei zweifelhaft, inwieweit die Vorschrift sich auch auf die allgemeine Fürsorge (VGH a. a. O.) oder auf die Unterhaltshilfe nach dem Soforthilfegesetz erstrecke (5, 273 [277]). Für die Beamtenversorgung freilich wird unabhängig davon angenommen, sie habe mit dem »Recht auf Fürsorge . . . nichts zu tun« (ObLGZ 9, 102 [114]). Jedenfalls enthalte Art. 168 Abs. 3 kein »eigenständiges, von den einzelnen Fürsorgegesetzen losgelöstes Recht auf Fürsorge . . . ; wie das Recht auf Fürsorge ausgestaltet ist, bemißt sich vielmehr nur nach den einschlägigen, die Fürsorgeleistungen regelnden Gesetzen« (5, 273 [277]; 15, 49 [58]). Damit ist denn auch eher der Charakter eines Programmsatzes vereinbar, aus dem sich subjektive Rechte nicht ableiten lassen (15, 49 [53, 58]).

Der »Anspruch auf Sicherung gegen die Wechselfälle des Lebens durch eine ausreichende *Sozialversicherung*« (Art. 171) ist als »verfassungsmäßige Gewährleistung der Sozialversicherung im Sinne einer sogenannten institutionellen Garantie zu werten . . . , d. h. als verfassungsmäßige Garantie, daß eine Sozialversicherung nach näherer Bestimmung der Gesetze überhaupt besteht« (7, 1 [3]). Dagegen begründet die Vorschrift nicht unmittelbar subjektive öffentliche Rechte der einzelnen (7, 1 [3]; 13, 109 [123]; 15, 49 [53], 59 [67]). Die Verfassung hat nur einen Grundsatz aufgestellt, dessen Ausgestaltung dem Gesetzgeber überlassen ist (7, 1 [3]; 13, 109 [123]; 15, 59 [67]). Dem VerfGH diene die Vorschrift zunächst vor allem dazu, die mit dem zwangsweisen Einbezug in berufsständische Versorgungseinrichtungen verbundenen Freiheitsbeschränkungen und Gleichbehandlungsprobleme zu rechtfertigen (so für die Ärzteversorgung: 4, 219 [242 f., 245]; 16, 117 [124 f.]; für die Apothekerversorgung: 5, 287 [293]). Als sich dann aber Antragsteller auf Art. 171 berufen, um eine nach ihrer Ansicht bessere soziale Ausgestaltung der Ärzteversorgung zu erzielen, zieht der VerfGH in Zweifel, ob die Vorschrift überhaupt für die Angehörigen freier Berufe gilt (13, 109 [112 f.]; 15, 59 [66 f.]). Hier wird — parallel zur Auslegung des Art. 168 Abs. 3 — für Art. 171 bedeutsam, daß sich Art. 171 in dem Abschnitt über »Die Arbeit« findet. Doch rechtfertigt das die Einengung nicht. In anderer Weise beschneidet der VerfGH die Aussage des Art. 171 durch folgenden merkwürdigen Satz: »Der Begriff einer »Sozialversicherung« für Ärzte würde — unterstellt, daß Art. 171 BV sie fordern sollte — nicht zwingend voraussetzen, daß sie auch ein Altersruhegeld im engeren Sinn erhalten« (15, 59 [66 f.]). Plausibel erscheint, daß der VerfGH es ablehnt, aus Art. 171 die Notwendigkeit abzuleiten, uneheliche Kinder männlicher Versicherter mit deren ehelichen Kindern gleichzustellen (13, 109 [123 f.]). Indem der VerfGH die angegrif-

fene Regelung aber auch gegenüber Art. 126 Abs. 2, und zwar mit dem Argument verteidigt, die Ärzteversorgung gewähre den Hinterbliebenen »im voraus erbrachte Leistungen der Ärzte für ihre nächsten Angehörigen«, nicht dagegen »öffentliche Jugendpflege- oder öffentliche Jugendfürsorgemaßnahmen« (ebd. S. 118), wird deutlich, welche Gefahr für die Richtigkeit der Ergebnisse in der isolierten Interpretation der Verfassungsnormen über soziale Sicherung und Förderung durch den VerfGH liegt⁸⁵.

Die Verfassungsvorschriften über die *Mindestlöhne* (Art. 169 Abs. 1) und über *Gesamtvereinbarungen* zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden (Art. 169 Abs. 2) gelten nicht für Beamte (zu Abs. 1: 12, 91 [112]; zu Abs. 2: 8, 11 [20]). Das entspricht ebenso den Implikationen des »Berufsbeamtentums« (Art. 95 Abs. 1 Satz 2) wie der einseitigen Regelung der Beamtenverhältnisse und insbesondere der Alimentation der Beamten durch Gesetz (ebd. Satz 1). Die Frage, ob Tarifverträge der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle unterliegen⁸⁶, hat der VerfGH verneint, ohne sich mit Art. 169 Abs. 1 auseinanderzusetzen (24, 72). In einer »abweichenden Ansicht« (24, 85 [88 f.]) wird dagegen aus Art. 169 Abs. 2 geschlossen, Tarifverträge hätten eine öffentliche Legitimation, die über die bürgerlich-rechtliche Vereinsautonomie hinausgehe.

Die *Koalitionsfreiheit* (Art. 170)⁸⁷ ist ein Grundrecht und gilt als solches – in Übereinstimmung mit Art. 9 Abs. 3 GG – fort (4, 30 [38 f.]; 18, 51 [55, 58]). Mehr Aufmerksamkeit denn als Garantie der positiven Vereinigungsfreiheit hat Art. 170 jedoch als Gewährleistung der negativen Koalitionsfreiheit (4, 30 [39]) gefunden. Die negative Koalitionsfreiheit wurde zu einem beliebigen Argument, den zwangsweisen Einbezug in öffentlich-rechtliche Organisationen abzuwehren. Der VerfGH (4, 30) hat demgegenüber für die Zwangsmemberschaft bei Rechtsanwaltskammern wie folgt argumentiert: ihre Aufgaben seien weder sozialer noch wirtschaftlicher noch kultureller Art; sie seien deshalb auch keine Körperschaften im Sinne des Art. 34 und des Art. 179 (S. 38). Demzufolge – offenbar weil Art. 170 »die Vereinigungsfreiheit zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen . . . gewährleistet« – seien sie auch keine Vereinigungen im Sinne des Art. 170 (S. 39). Für die ärztlichen Standesorganisationen geht der VerfGH (4, 150; bestätigt in 15, 92 [103]) davon aus, daß die Ärzte selbst bereits keine wirtschaftliche Tätigkeit ausübten (S. 162). Demzufolge hätten auch die Standesorganisationen keine wirtschaftliche Aufgabe (S. 162 f.). Die Wahrung und Förderung der Arbeitsbedingungen sei nicht Selbstzweck der Standesorganisationen; diese seien deshalb keine Organisationen im Sinne des Art. 170 (S. 163). Ebenso handle es sich bei der kassenärztlichen Vereinigung nicht um eine Vereini-

85 In weiteren Entscheidungen zur Ausgestaltung berufsständischer Versorgungseinrichtungen greift der VerfGH ausschließlich auf andere Verfassungsnormen, nicht dagegen auf Art. 171 zurück: 6, 107 [112]; 12, 14 [19f.].

86 Siehe dazu auch Zacher in BV IV RdNr. 44f.

87 Siehe dazu ergänzend Leisner S. 75; Zacher, Arbeitskammern im sozialen und demokratischen Rechtsstaat, S. 72ff.; Meder zu Art. 170; w. Nachw. siehe dort.

gung zur Wahrung und Förderung der Wirtschafts- und Arbeitsbedingungen (ebd. S. 176). Die Zwangsmitgliedschaft bei der Bayerischen Ärzteversorgung sei schon deshalb nicht durch die negative Koalitionsfreiheit ausgeschlossen, weil die Ärzteversorgung keine Personenvereinigung, sondern eine Anstalt sei (4, 219 [246]; entsprechend zur Apothekerversorgung: 5, 287 [294]). Diese Rechtsprechung ist nur unter der Voraussetzung verständlich, daß die negative Vereinigungsfreiheit nur für Art. 170, nicht auch für die allgemeine Vereinigungsfreiheit (Art. 114) vorausgesetzt wird (4, 30 [39]). Darüber hinaus ist die aufgezeigte Rechtsprechung ein weiteres Beispiel für die eigentümliche Einstellung des VerfGH gegenüber den freien Berufen⁸⁸.

Für die Verwirklichung des programmatisch verkündeten »*Rechts auf Erholung*« (Art. 174 Abs. 1 Satz 1)⁸⁹ sieht die BV drei — nebeneinander zu beschreibende — Wege vor: Erstens das freie Wochenende (Art. 174 Abs. 1 Satz 2), insbesondere den Schutz des Sonntags (Art. 147); zweitens den Schutz der Arbeitsruhe an Feiertagen (Art. 147), insbesondere auch am 1. Mai (Art. 174 Abs. 2), unter Vergütung des Lohnausfalls (Art. 174 Abs. 1 Satz 4); drittens den Jahresurlaub unter Fortbezug des Arbeitsentgelts (Art. 174 Abs. 1 Satz 2)⁹⁰. Unter diesen Vorschriften gilt allein (noch) Art. 174 Abs. 2 unmittelbar und aktuell (6, 78 [98]). Die Anordnung der Vergütung des Lohnausfalles bei Feiertagen (Art. 174 Abs. 1 Satz 4) ist als aktuelles Recht mittlerweile durch Bundesrecht überholt (BVerfG 2, 232 [235 f.]; VerfGH 6, 78 [98 ff.]; siehe auch 21, 67 [75]). Art. 147 hat sich als bedeutsam erwiesen, um die Legitimität religiöser Feiertage gegenüber anderen Verfassungsnormen darzutun (21, 67 [72 f., 75])⁹¹. Welche Feiertage im einzelnen bestimmt werden, ist jedoch sowohl nach Art. 147 als auch nach Art. 174 Abs. 1 Satz 4 Sache des einfachen Rechts (6, 78 [98]).

Die Garantie der *betrieblichen Mitbestimmung* (Art. 175) wurde als aktuell geltendes Grundrecht anerkannt (12, 37 [41 f.]; 13, 153 [159]; 22, 43 [46]), das auch unter dem Grundgesetz fortgilt (12, 37 [42]). Gewährleistet sind »die Grundzüge des Mitbestimmungsrechts der Arbeitnehmer« (12, 37 [41]; 13, 153 [159]). Art. 175 Satz 1 unterscheidet zwischen dem Mitbestimmungsrecht der Arbeitnehmer in den sie berührenden Angelegenheiten, das bei allen wirtschaftlichen Unternehmungen zu verwirklichen ist, und einem unmittelbaren Einfluß auf die Leitung und die Verwaltung der Betriebe in Unternehmungen von erheblicher Bedeutung. Zur ersten Alternative meint der VerfGH, sie bedeute »zumindest eine Garantie des Inhalts, daß in wirtschaftlichen Unternehmungen die die Arbeitnehmer berührenden Angelegenheiten nicht ohne deren Mitwirkung gere-

88 Siehe dazu auch S. 111, 127ff.

89 Siehe dazu *Herschel*, Das Arbeitsrecht, in: *Bettermann-Nipperdey-Scheunert*, Die Grundrechte, Band III 1. Halbband, 1958, S. 325ff. (351).

90 *Rühl*, Der Jahresurlaub des Arbeitnehmers als Grundrecht und seine Ausgestaltung durch das Bayerische Urlaubsgesetz, Diss. München 1950.

91 Weitere Nachweise siehe dort sowie bei *Meder* zu Art. 147.

gelt werden dürfen« (ebd.). »Mitbestimmungsrecht« ist in einem sehr allgemeinen, nicht dagegen in dem engeren technischen Sinn zu verstehen, der in der »Mitbestimmung« ein stärkeres Recht gegenüber der bloßen »Mitwirkung«, »Einflußnahme« oder dergleichen sieht (13, 153 [168]). Hier wie sonst hat der Gesetzgeber Spielraum, die Einzelheiten zu gestalten (13, 153 passim). So steht es in seinem Ermessen, die Wahldauer der Betriebsräte zu bestimmen und ausnahmsweise auch zu verlängern (12, 37 [43]). »Der Verfassungsvorschrift ist allerdings zu entnehmen, daß die Betriebsräte nach dem Willen der sie »bildenden« Arbeitnehmer zusammengesetzt werden müssen und daß diesen nicht eine Vertretung aufgezwungen werden darf, die dem Willen der Mehrheit nicht oder nicht mehr entspricht« (ebd.). Besonders betont wird das Ermessen des Gesetzgebers hinsichtlich der Gestaltung (der Zusammensetzung, der Organisation, des Verfahrens usw.) der Betriebsräte schon in Art. 175 Satz 2 (13, 143 [163 f.]). Auch die Ausgestaltung des Mitwirkungsrechts der Betriebsräte bei Entlassungen (Art. 175 Satz 3) ist dem gesetzgeberischen Ermessen überlassen (5, 85 [99]). »Wirtschaftliche Unternehmen« im Sinne des Art. 175 Satz 1 können »auch solche der öffentlichen Hand« sein (12, 37 [43]). Jedoch erfaßt Art. 175 nur privatrechtlich Bedienstete (»Arbeiter und Angestellte«) und betrifft »die Beamten überhaupt nicht. Er ordnet weder an, daß Beamte in das Betriebsräterecht einzubeziehen seien, noch untersagt er es« (10, 31 [42]; 12, 37 [42]; 13, 153 [162]). Welche Vertretung ihrer Interessen den Beamten einzuräumen ist, muß aus Art. 95 entnommen werden (10, 31 [42 f.]). Aus dem demokratischen Prinzip des Art. 2 kann »ein Recht der Arbeitnehmer, Betriebsvertretungen zu bilden, überhaupt nicht abgeleitet werden« (13, 153 [165]). Art. 2 »befaßt sich mit der Ausübung der Staatsgewalt und der Wahl der wichtigsten Organe der Demokratie, die hierbei als Beauftragte des Volkes tätig werden. Hierher können die Personalvertretungen der öffentlichen Bediensteten nicht gerechnet werden« (13, 153 [169]). Nicht Art. 2 »gibt den Arbeitnehmern die Befugnis, Betriebsvertretungen zu bilden, verfassungsrechtliche Grundlage ist vielmehr allein ... Art. 175 BV« (12, 37 [44]). Dementsprechend sind auch Betriebsräte keine »Organe der staatlichen Verwaltung, sondern bloße Interessenvertretungen gewisser Bevölkerungskreise, denen zwar große politische und wirtschaftliche Bedeutung zukommt, die jedoch weder im eigenen noch im übertragenen Wirkungskreis Funktionen ausüben, die der Staatsverwaltung als solcher zugerechnet werden könnten« (2, 98 [101 f.]). Weder Betriebsräte noch Wahlausschüsse im Verfahren der Betriebsratswahl sind daher Behörden im Sinne des Art. 120 (ebd.; siehe aber das bemerkenswerte Sondervotum ebd. S. 102 f.).

Eine merkwürdige Verbindung wird zwischen Art. 175 Satz 3 (Mitwirkung der Betriebsräte bei Einstellung und Entlassung) und *Art. 177 Abs. 1 (Garantie der Arbeitsgerichtsbarkeit)* gesehen. Einerseits rechtfertigt Art. 175 Satz 3, den Kündigungsschutz je nach dem Vorhandensein oder Nichtvorhandensein eines Betriebsrates verschieden zu gestalten (5, 85 [98 ff., insbesondere 99]). Andererseits darf dem Betriebsrat im Hinblick auf Art. 177 Abs. 1 keine »gerichtsähnliche« Kompetenz gegeben werden (ebd. S. 101).

Die Zulässigkeit des Rechtsweges darf nicht dadurch ausgeschlossen werden, daß der Betriebsrat die Rechtsgrundlagen eines geltendgemachten arbeitsrechtlichen Anspruches verneint (ebd. S 102). Deshalb war er verfassungswidrig, daß das bayerische Betriebsrätegesetz die Anrufung des Arbeitsgerichts durch den Arbeitnehmer dann ausschloß, wenn der Betriebsrat den Einspruch des Arbeitnehmers gegen die Entlassung ablehnend verbeschieden hat (ebd. S. 103).

3. Zu einigen Vorschriften in anderen Hauptteilen

a) Zu Vorschriften materiellen Rechts

Welche eminente Bedeutung für Konzeption, Verständnis und Verwirklichung der »Wirtschafts- und Sozialverfassung« den Grundrechten – insbesondere also den Vorschriften des Zweiten Hauptteils – zukommt, ist offensichtlich. Gleichwohl ist es hier nicht möglich, diesen meist nur in konkreten Problemzusammenhängen zu erschließenden Fragen nachzugehen⁹². Vielmehr seien einige Vorschriften hervorgehoben, die ähnlich wie die Verfassungsbestimmungen des Vierten Hauptteiles direkt Probleme von konkreter wirtschafts- und sozialpolitischer Relevanz ansiewieren.

Das gilt etwa für Art. 106, wo dem Freiheitsrecht der Wohnung (Abs. 3) ein soziales Recht auf *angemessene Wohnung* (Abs. 1) und das Postulat der Förderung des Wohnungsbaus durch Staat und Gemeinden (Abs. 2) vorangestellt sind. Art. 106 Abs. 1 und 2 begründet jedoch kein subjektives Recht auf Verschaffung von Wohnraum, Förderung des Wohnungsbaus oder ähnliches (15, 49 [52 ff., insbesondere 56]). Die wesentliche Aussage ist die in Art. 106 Abs. 2 formulierte objektive Förderungspflicht (ebd. S. 56). Sie verdichtet oder lockert sich je nach der Lage auf dem Wohnungsmarkt (ebd. S. 56 f.). In mehreren Entscheidungen befaßt sich übrigens der VerfGH mit der sozialen Problematik des Wohnungswesens, ohne auf Art. 106 einzugehen (2, 1 [7], 74 [84]; 23, 92 [98]).

Ein recht eigentümliches Kapitel der Sozialstaatslehre schreiben die *Grundpflichten* (Art. 117, 121 bis 123)⁹³. Sie erinnern an die Schizophrenie der gegenwärtigen Gesellschaft, die überquillt von Forderungen nach sozialen Leistungen und Veränderungen aller Art, deren Urheber aber die daraus hervorgehenden Lasten nur in den seltensten Fällen voll auf sich beziehen. Die Grundpflichten sind ein Versuch, dem Bürger vorzustellen, daß das Gemeinwesen die an es gerichteten Erwartungen nur erfüllen kann,

92 Der Verfasser darf hierzu auf *seine* folgenden Arbeiten Bezug nehmen: Aufgaben einer Theorie der Wirtschaftsverfassung, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift für Franz Böhm, 1965, S. 63ff. (= Scheuener [Herausgeber], Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft, 1971, S. 548ff.), insbesondere Abschnitt IV 2 und 3; Sozialpolitik und Menschenrechte in der Bundesrepublik Deutschland (siehe Anm. 17); Zur Rechtsdogmatik sozialer Umverteilung (siehe Anm. 47), insbesondere S. 8ff.; insbesondere zur Grundrechtsordnung der BV: Sozialstaat; BV V vor Art. 151 RdNr. 2ff.; insbesondere RdNr. 7, 11.

93 Siehe dazu S. 99f. und Anm. 24; siehe ergänzend Meder zu Art. 117, 121, 122, 123.

wenn die Bürger sich in Pflicht nehmen lassen. Aber mit ihnen spiegelt die Verfassung in gewisser Weise selbst jene Schizophrenie der von ihr verfaßten Gesellschaft wider. Während die Sicherungen der Freiheit und der gleichheitsrechtliche Schutz gegen Benachteiligung als harte verfassungsrechtliche Münze ausgeworfen werden können und werden, sind die Grundpflichten Deklamation und Appell, allenfalls Programm und Interpretationshilfe. Auch die Rechtsprechung zu den Grundpflichten der BV⁹⁴ hat aus ihnen mitnichten mehr gemacht. Zudem ist ihr nicht nur jede Neigung fremd, den Grundpflichten eine im engeren Sinne »soziale« Tendenz zu geben⁹⁵. Sondern sie ist auch dort, wo die Ausführlichkeit einer Grundpflicht zu positiv-rechtlichen Konsequenzen nötigt, bemüht, diese einzuschränken. Ein Beispiel für die erstgenannte Tendenz ist die alternierende Rechtfertigung von Grundrechtsschranken entweder aus Art. 117 oder aus dem Sozialstaatsprinzip (Art. 3)⁹⁶. Beispielhaft für die zweitgenannte Tendenz ist die Auslegung der unübersehbar – auch – im engeren Sinne »sozialen« Grundpflicht, zu den öffentlichen Lasten beizutragen (Art. 123). Die Rechtsprechung hat ihren Anwendungsbereich unter Rückgriff auf jedes nur denkbare Argument minimalisiert⁹⁷.

Die Vorschriften der BV über »Ehe und Familie« (Art. 124 ff.) reichen nach Ansicht und Tragweite weit über das hinaus, was man als »Wirtschafts- und Sozialverfassung« ansprechen könnte. Trotz der großen Bedeutung der familien- und jugendpolitischen Konzeption der Verfassung für die Sozialpolitik muß deshalb grundsätzlich darauf verzichtet werden, über die Rechtsprechung zu diesen Verfassungsbestimmungen zu berichten⁹⁸. Nur einige Akzente der Rechtsprechung seien ihrer besonderen sozialen Bedeutung wegen referiert.

So wurde für Art. 124 Abs. 1 anerkannt, der besondere Schutz der Ehen und Familien durch den Staat schließe »zwar auch dessen Aufgabe, sie durch geeignete Maßnahmen zu fördern, mit ein . . .; es trifft ferner zu, daß nach der wertentscheidenden Grundsatznorm des Art. 124 Abs. 1 BV . . ., die auch eine Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art. 118 Abs. 1 BV enthält . . ., im Bereich staatlicher Förderungsmaßnahmen Verheiratete nicht allein deshalb, weil sie verheiratet sind, weniger erhalten dürfen als Ledige. Das besagt aber nicht, daß sie immer und in jedem Zusammenhang mehr oder mindestens gleich viel erhalten müßten als diese. Es bedarf indessen einleuchtender Sachgründe, die erkennen lassen, daß eine

94 Siehe Anm. 24 und 93.

95 Siehe dazu oben S. 99f.

96 Siehe dazu *Sozialstaat*, S. 258 mit Anm. 6; *Verfassungsentwicklung* S. 390. Eine eingehendere Untersuchung hätte auch noch die Berufung auf speziellere soziale Verbürgungen wie Art. 171 (siehe oben S. 105, 119f.) oder auch auf die »öffentliche Wohlfahrt« im Sinne des Art. 98 Satz 2 (siehe oben S. 108f.) ins Bild rücken.

97 Siehe *Verfassungsentwicklung*, S. 402; Zacher in BV V Art. 123 RdNr. 3 bis 7; Meder Art. 123 RdNr. 1 bis 5; nachzutragen ist: 23, 47 (50f.).

98 Siehe dazu Meder zu Art. 124ff.; siehe auch *Verfassungsentwicklung*, S. 389, 395f.

für Ehegatten verhältnismäßig ungünstige Regelung den Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft nicht widerstreitet und deshalb nicht als Diskriminierung der Ehe angesehen werden kann« (23, 126 [133]). Art. 125 wird in allen Teilen nur als Programmsatz gewertet: Abs. 1 Satz 1 über den Wert gesunder Kinder für das Volk (23, 23 [30]), Abs. 1 Satz 2 über den Mutterschutz (9, 27 [39 f.]; 23, 23 [30]), Abs. 2 über die soziale Förderung der Familie durch Staat und Gemeinden (23, 126 [133]; Art. 125 Abs. 2 »bestimmt weder, in welchem Ausmaß Förderungsmaßnahmen erbracht werden sollen, noch untersagt er Differenzierungen, die aus sachlichen Gründen gerechtfertigt sind«), und Abs. 3 über die Wohnungsfürsorge für kinderreiche Familien (15, 49 [58]). Das *Elternrecht* (Art. 126 Abs. 1) hat in der sozialpolitischen Diskussion dadurch eine einseitige Funktion bekommen, daß es als Abwehrrecht verstanden wurde (15, 49 [58]; 16, 10 [41]). So kann es zwar der heute nicht selten (offen oder verdeckt) mit Mitteln der Sozialpolitik betriebenen Desintegration der Familie entgegenwirken (s. auch Art. 126 Abs. 3 Satz 2). Aber eine aggressive soziale Tendenz entfaltet es nicht. So geht es nicht auf staatliche Fürsorgeleistungen (15, 41 [59]) und auch nicht auf die Errichtung bestimmter Schulen, auf Schulgeld- und Lernmittelfreiheit und auf die Expansion der Begabtenförderung (12, 21 [35]; 21, 164 [168]). Den »gleichen Anspruch« der *unehelichen* und der ehelichen *Kinder* auf Förderung (Art. 126 Abs. 2) hat die Rechtsprechung als bloßes Programm interpretiert, das nicht auf volle Rechtsgleichheit, insbesondere nicht im Erzeuger-Kind-Verhältnis zielt (9, 27 [39 f.]; 13, 99 [99 ff., 109, 117]; 16, 10 [14 f.]). Die Vorschrift beziehe sich auf staatliche und gemeindliche Maßnahmen der Jugendförderung im Sinne von Art. 125, 126 (13, 99 [100 f.], 109 [117]; 16, 10 [14 f.]). Schon die Leistungen berufsständischer Versorgungseinrichtungen würden von ihr nicht betroffen (13, 109 [118 ff.]).

So wie in Art. 3 Satz 1 Sozialstaatsprinzip und Kulturstaatsprinzip einander ergänzen und überschneiden, konstituieren auch die Vorschriften über »*Bildung und Schule*« (Art. 128 ff.) die »Sozialverfassung« der BV mit, ohne daß sie ausschließlich in deren Rahmen gesehen werden dürften. Auch über die Rechtsprechung zu diesen Vorschriften⁹⁹ soll daher nur an Hand einiger sozialpolitisch evident bedeutsamer Beispielsfälle berichtet werden. Zusammen mit Art. 129 Abs. 2 und Art. 132 ist vor allem Art. 128 (Abs. 1: *Anspruch auf Ausbildung*; Abs. 2: *Begabtenförderung*) darum bemüht, für den Bereich des Schulwesens das Sozialstaatsprinzip zu realisieren (22, 57 [61]). »Vor allem ein Bildungsmonopol oder eine Privilegierung gesellschaftlich gehobener oder begüterter Schichten oder bestimmter politischer Gruppen« würde »dem Grundgedanken des Art. 128 BV strikt« widersprechen (24, 1 [27]). Niemand darf »wegen seines Standes, seiner Herkunft, seiner finanziellen und wirtschaftlichen Verhältnisse vom Zugang zu den staatlichen Bildungseinrichtungen ausgeschlossen werden« (ebd.; siehe auch 17, 30 [39, 41 f.]). Der »Anspruch darauf, eine seinen erkennbaren

⁹⁹ Siehe Meder zu Art. 128ff.; siehe auch *Verfassungsentwicklung* S. 402f.; *Leisner* S. 69f.

Fähigkeiten und seiner inneren Berufung entsprechende Ausbildung zu erhalten« (Art. 128 Abs. 1) geht zwar nicht soweit, daß der Staat so viele und so vielartige Ausbildungsstätten errichten muß, daß jedermann die ihm entsprechende Ausbildung zu erhalten vermag (17, 30 [38]; 21, 59 [66]; 24, 1 [25]). Die vorhandenen Ausbildungsstätten müssen aber nach den Kriterien des Art. 128 Abs. 1 zugänglich sein (17, 30 [39]; 21, 59 [66]). Sind Ausbildungsstätten überfüllt, so sind diese Kriterien zwar nicht alleiniger, aber zulässiger Maßstab (17, 30 [41 f.]; 24, 1 [26]). Andere Kriterien können hinzukommen, müssen jedoch sachgerecht sein (ebd.). Mit besonderer Intensität trägt das Prinzip der Begabtenförderung dem Sozialstaatsprinzip Rechnung (21, 164 [169]; 22, 57 [61]; VGH 22, 72 [74]). Die Vorschrift »bestimmt nicht, in welchem Ausmaß die Begabtenhilfe zu gewähren ist. Sie schließt . . . Differenzierungen nach den einzelnen Schularten nicht aus, wenn sie auf sachlichen Erwägungen beruhen« (21, 164 [169]). So kann etwa zwischen dem Besuch von Privatschulen und öffentlichen Schulen unterschieden werden (ebd.). »Die Hilfe der Allgemeinheit will . . . nicht jedes Opfer und jede Entbehrung abnehmen, sondern diese nur mindern und erleichtern. Die Begabtenförderung verteilt keine Geschenke und befreit nicht die Eltern von ihrer Fürsorgepflicht . . . Die für den Zweck der Begabtenförderung bereitgestellten Mittel der Allgemeinheit rechtfertigen die Erfüllung besonderer Voraussetzungen« (VGH a. a. O.). Die Notwendigkeit, Schulgeldfreiheit über Art. 129 Abs. 2 hinaus zu gewähren, ergibt sich aus Art. 128 Abs. 2 nicht; allenfalls kann durch Erlaß oder Gewährung aus öffentlichen Mitteln geholfen werden (5, 243 [261]). Insgesamt muß das Recht der Gebühren für den Besuch von Schulen nicht nur Art. 128 Abs. 2 und Art. 129 Abs. 2 Rechnung tragen, sondern auch dem Sozialstaatsprinzip und dem Gleichheitssatz (5, 243 [261 f.]; 12, 21 [33]). Weder in Absatz 1 noch in Absatz 2 gewährt Artikel 128 übrigens subjektive Rechte, geschweige denn Grundrechte; als Programm (24, 1 [26]: »Verfassungsauftrag«) wird der Vorschrift von der Rechtsprechung jedoch ein relativ hoher Grad von Verbindlichkeit auch gegenüber dem Gesetz zuerkannt (s. zuletzt etwa 17, 30 [38 f.], 46 [58]; 20, 36 [45], 159 [163]; 21, 59 [66], 164 [169]; 23, 181 [185]; 24, 1 [25 ff.]; VGH 22, 72 [74]). Artikel 128 wird ergänzt durch den Grundsatz der *Unentgeltlichkeit des Unterrichts* an Pflichtschulen (Art. 129 Abs. 2). Damit meint die Verfassung weder einen allgemeinen Grundsatz der Schulgeldfreiheit (5, 243 [260 f., 265]; 12, 21 [33]) noch einen allgemeinen Grundsatz der Lernmittelfreiheit (22, 57 [61]). Der Staat, insbesondere der Gesetzgeber, ist jedoch frei, über den Minimalstandard des Art. 129 Abs. 2 hinauszugehen. Und – wie schon vermerkt – Art. 128 Abs. 2 kann ihn zu weiteren Leistungen verpflichten. Art. 132 greift mit dem Grundsatz, daß »für« die Aufnahme eines Kindes in eine bestimmte Schule . . . seine Anlagen, seine Neigung, seine Leistung und seine innere Berufung maßgebend sind, »nicht aber die wirtschaftliche und gesellschaftliche Stellung der Eltern« noch einmal – evident sozialstaatsgemäße (12, 21 [35 f.]; 21, 164 [169]; 22, 57 [61]; siehe auch 24, 1 [27]) – Grundsätze auf, die auch schon in Artikel 128 formuliert oder doch angedeutet sind (zum Verhältnis zu Art. 128

Abs. 2, 129 Abs. 2 s. 5, 243 [261]). Die Vorschrift begründet kein Recht auf Aufnahme in eine bestimmte Schule (21, 164 [168]), auch nicht in eine Privatschule (12, 21 [33]), ist jedoch bei der Gewährung von Ausbildungs- und Erziehungsbeihilfen für den Besuch privater Schulen zu berücksichtigen (12, 21 [34]; siehe auch 21, 164 [168]). Art. 133 verpflichtet Staat und Gemeinden, die für die Bildung der Jugend notwendigen öffentlichen Anstalten zu errichten. Die Vorschrift zielt ausschließlich auf die sachlich notwendigen Vorkehrungen. Sie meint weder die den Besuch der Anstalten ermöglichende soziale Förderung (12, 21 [34]) noch eine subjektive Komponente derart, daß Lehranstalten überall nach den Wünschen der Erziehungsberechtigten eingerichtet werden müßten (ebd.). »Vielmehr kann es . . . dem Staat nur obliegen, im Zusammenwirken mit den Gemeinden die höheren Schulen sinnvoll aufgegliedert über das Land zu verteilen« (ebd.).

b) Zu organisatorischen Normen

Einen eigentümlichen Komplex organisatorischer Normen bilden die Art. 34, 35, 36, 154, 155 und 164¹⁰⁰. Die Klammer, die sich um alle diese Vorschriften schließt, ist Art. 179. Er besagt, daß die »sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Körperschaften, Selbstverwaltungsorgane der Wirtschaft und Organisationen der Erzeuger, Verteiler und Verbraucher«, die in den Senat wählen (Art. 34 bis 36), die Selbstverwaltungsorgane der Wirtschaft nach Art. 154 bilden, »Bedarfsdeckungsgebiete« im Sinne der Art. 155 tragen und ernährungswirtschaftliche Marktordnungen vereinbaren (Art. 164), nicht auf Zwangsmitgliedschaft beruhen, keine öffentlichen Behörden sein und keine staatlichen Machtbefugnisse ausüben dürfen. Art. 179 wurde nie im Hinblick auf die Art. 154, 155 oder 164, mehrfach aber im Hinblick auf die Wahlen zum Senat und auf die Zwangsmitgliedschaft bei Körperschaften des öffentlichen Rechts aktuell¹⁰¹.

Dabei hat der VerfGH sich nicht damit begnügt, den Gesetzgeber vor die Alternative zu stellen, den fraglichen Organisationen die Wahlfähigkeit zum Senat oder die durch Art. 179 interdiizierten Eigenschaften vorzuenthalten¹⁰². Vielmehr glaubte er, den Tatbestand der »sozialen, wirtschaftlichen oder kulturellen Körperschaft« unmittelbar auf den Tatbestand anwenden zu sollen, der sich aus der rechtlichen und sozialen Realität jener Organisationen ergibt (4, 30 [38]; 9, 86 [94]). Um nun die »Senatsfähigkeit« oder auch die Zwangsmitgliedschaft für eine Reihe von Organisationen zu »retten«, sah der VerfGH sich zu Abgrenzungen veranlaßt, denen nicht unbeschränkt zugestimmt werden kann. Um so aufschlußreicher erscheinen sie für das Sozialbild des VerfGH. Zunächst stellte er für die Rechtsanwaltskammern fest, ihre Aufgaben seien »weder sozialer noch wirtschaftlicher,

100 Siehe oben S. 99, 101, die Hinweise in Anm. 22 sowie Zacher in BV V zu Art. 154, 155, 164, 179; Meder zu den vorgenannten Art. sowie zu Art. 179.

101 Siehe dazu nochmals Zacher in BV V Art. 179 RdNr. 4ff; dens., Arbeitskammern im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, S. 51ff.

102 Zutreffend dazu auch Meder Art. 179 RdNr. 1.

nach kultureller Art« (4, 30 [38]). Ausführlicher ist er dann zu den Ärztekammern und ärztlichen Bezirksvereinen geworden. »Die ärztliche Tätigkeit ist keine wirtschaftliche Tätigkeit. . . die Berufsordnung hat die ärztlichen Pflichten lediglich unter dem Gesichtspunkt zu regeln, daß die Ärzte ihre Berufsaufgabe erfüllen, nämlich der Gesundheit des einzelnen und des gesamten Volkes zu dienen, und sich dabei durch ihr Verhalten in und außer dem Beruf der Achtung, die der Beruf erfordert, würdig zu erweisen.« Soweit die Ärztekammern die Aufgabe haben, die »beruflichen Belange der Ärzte« zu wahren, »ist dadurch die Wahrung der wirtschaftlichen Interessen der Ärzteschaft als Selbstzweck ausgeschlossen. Mögen die Aufgaben der ärztlichen Berufsvertretungen zum Teil auch den wirtschaftlichen Belangen der Ärzteschaft förderlich sein, so ist doch der Zweck . . . nicht auf eine solche Förderung gerichtet. Hierin liegt aber der entscheidende Gesichtspunkt bei Beantwortung der Frage, ob die ärztlichen Bezirksvereine oder die Landesärztekammern eine wirtschaftliche Tätigkeit zu erfüllen haben. Auch die Schaffung von Wohlfahrtseinrichtungen für Ärzte und deren Angehörige . . . ist keine eigentlich wirtschaftliche Tätigkeit, sondern dient der Wahrung der beruflichen Belange der Ärzte«. Sie »sind deshalb keine Organisationen im Sinne des Art. 170 BV. . . die ärztlichen Bezirksvereine, bei denen allein die Zwangsmitgliedschaft besteht, sind keine ›Selbstverwaltungsorgane der Wirtschaft‹ (Art. 154 BV), keine ›Körperschaften des öffentlichen Rechts auf genossenschaftlicher Grundlage‹ im Sinne des Art. 155 BV und keine ›Organisationen der Verteiler, Erzeuger und Verbraucher‹ (Art. 164 BV). Sie sind auch keine ›sozialen, wirtschaftlichen, kulturellen oder gemeindlichen Körperschaften des Landes‹ im Sinne des Art. 34 (36) BV. Dem steht schon ihr örtlich beschränkter Wirkungskreis entgegen. . . überdies verfolgen sie ebensowenig wie die Landesärztekammer soziale, wirtschaftliche oder kulturelle Zwecke. . . die Sorge für die Gesundheit des einzelnen und des gesamten Volkes ist Selbstzweck; seine Verwirklichung durch die Berufstätigkeit der Ärzte und ärztlichen Berufsvertretungen ist zwar sozial, wirtschaftlich und kulturell bedeutsam, nicht aber unmittelbar auf ein soziales, wirtschaftliches oder kulturelles Ziel gerichtet« (4, 150 [162 bis 164]). Und nach entsprechender Anknüpfung an die genannten Normen der BV heißt es zur kassenärztlichen Vereinigung, sie sei »Trägerin der Beziehungen der Kassenärzte zu den Trägern der Krankenversicherung. Sie hat die ärztliche Versorgung in der Krankenversicherung sicherzustellen. Damit ist ihr Zweck auf die gesundheitliche Betreuung der Versicherten ausgerichtet. Die Verwirklichung dieses Zweckes hat zwar mehrfach soziale, wirtschaftliche und kulturelle Auswirkungen, macht aber die Körperschaft selbst nicht zu einer sozialen, wirtschaftlichen oder kulturellen im Sinne des Art. 179 BV« (ebd. S. 176). Später wird noch einmal für die Landesärztekammer mit ähnlichen Argumenten eingehend begründet, daß sie weder sozialen, noch wirtschaftlichen, noch kulturellen Zwecken wesentlich dient (9, 86 [94 bis 96]).

Bemerkenswert ist endlich die Rechtsprechung dazu, welche Organisationen als »Gewerkschaften« und als »Wohltätigkeitsorganisationen« (Art. 35 Nr. 4 und Nr. 8) aktiv wahlfähig zum Senat sein sollen (Art. 34, 36). Zum Begriff der *Gewerkschaften* führt der VerfGH aus, diese sollten

»die Repräsentation für alle Arbeitnehmer, das heißt für alle im abhängigen Arbeitsverhältnis Stehenden, darstellen. Durch ihre Aufnahme als Wahlkörperschaften sollten alle Personen eine Berücksichtigung finden, denen die gleiche soziale Stellung – Verdienst des Lebensunterhalts durch Hingabe der Arbeitskraft in abhängiger Tätigkeit – gemeinsam ist« (8, 11, [22]; 13, 182 [189]). Auf die Tariffähigkeit und Streikwilligkeit komme es dabei nicht an. »Denn die Verfassung wollte . . . im Senat das gesamte Volk in seinen natürlichen Gliederungen vertreten sein lassen und stellte keineswegs darauf ab, ob einer bestimmten Organisation eine besondere wirtschaftliche Machtposition zukommt und sie – eher als ein anderer Teil der gleichen Gruppe – ihren Willen im Arbeitskampf durchzusetzen in der Lage ist« (8, 11 [23]). Nicht anzukommen habe es auch »darauf, welche Tätigkeit die vertretenen Arbeitnehmer ausüben, ob sie eine schwierige geistige Leistung, die besondere Kenntnisse voraussetzt und besonders wertvolle Erfahrungen vermittelt, zu erbringen oder nur eine einfache Handarbeit zu verrichten haben« (13, 182 [189]). Zum Begriff der »Wohltätigkeitsorganisation« gehöre, »daß auf freiwilliger Grundlage Kräfte und Mittel zusammengeschlossen sind, die aus einer bestimmten geistigen Grundhaltung heraus selbstlose, uneigennütige Nächstenliebe zum Wohl der Allgemeinheit üben wollen. Ihren Nährboden finden diese Bestrebungen regelmäßig in einer gemeinsamen Weltanschauung, auf religiöser oder humanitärer Grundlage. Dagegen läßt sich eine Abgrenzung nach dem Tätigkeitsbereich schwieriger finden; . . . Es ist aber jedenfalls mit dem Wesen der Wohlfahrtspflege nicht vereinbar, daß eine Organisation ihre Hilfstätigkeit auf ihre eigenen Mitglieder beschränkt, denn das stände mit dem erwähnten Erfordernis der Selbstlosigkeit als Beweggrund des Tuns nicht im Einklang. Ein solcher Zusammenschluß wäre ein Interessenverband, eine Selbsthilfeeinrichtung, könnte aber nicht der freien Wohlfahrtspflege zugerechnet werden« (8, 69 [72]).

IV. *Schlußbemerkungen*

Dieser Bericht hat eine Frage bewußt vernachlässigt: die Frage nach der Fortgeltung der einschlägigen Verfassungsnormen unter dem Grundgesetz, unter dem sonstigen Bundesrecht und unter dem Europarecht¹⁰³. Er hat damit in Kauf genommen, Rechtsgegenwart und Rechtsgeschichte ineinander zu sehen. Konzeption und Deutung der BV sollten in sich dargestellt werden. Und das ist nicht möglich unter Verzicht auf ihren ursprünglichen integralen Normbestand – ja um so weniger, je mehr Überlagerungen ihn wirklich oder scheinbar gerodet haben. Gehört die – heute so gerne vernachlässigte – historische Dimension ohnedies zu jedem rechten Rechts- und Normverständnis, so geht es bei der »Vergegenwärtigung« des ursprünglichen Normbestandes der BV noch um mehr: um das mögliche Fortwirken

103 Siehe nochmals Anm. 14.

der in ihrer aktuellen Geltung überlagerten Landesverfassungsvorschriften als Bestandteile ausschließlich der Grundordnung des Landesrechts¹⁰⁴ und um die Notwendigkeit, auch die von »außen« und »oben« her aufgehobenen, überlagerten oder auch in andere Rechtsschichten übernommenen – und nicht etwa durch interne, autonome Entwicklungen des bayerischen Verfassungsrechts derogierten – Elemente der BV im Blick zu behalten, wo die Sinneinheit der Landesverfassung ermittelt und – auch auf fortgeltende Einzelregelungen hin – entfaltet werden muß.

104 Siehe gerade auch dazu nochmals die Hinweise in Anm. 14.