

Es ist bedauerlich, daß das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsbeschwerde gegen das OLG-Köln-Urteil nicht zum Anlaß genommen hat klarzustellen, daß auch das Verhältnis zwischen Behinderten und Nichtbehinderten eben diesem Grundrechtsverständnis unterliegt.⁴⁶ Nichtbehinderte haben Behinderte zu dulden, so wie umgekehrt Behinderte Nichtbehinderte zu dulden haben. Gegenseitige Belästigungen, wie etwa Anstarren oder unübliche Kommunikationen, sind – bis zur Grenze der Lärmbelästigung – zu ertragen, durch Kommunikation zu beenden oder durch Sichentfernen zu lösen. Ein Recht Nichtbehinderter auf Ausgrenzung behinderter Menschen aus ihrem Lebensumfeld darf es nicht geben, weil es Behinderte diskriminiert und ihre Menschenwürde verletzt. Dieser Sichtweise folgt erfreulicherweise auch das Amtsgericht Kleve in einer neueren Entscheidung zum Reiserecht.⁴⁷

Petra Helbig Maßstäbe als Grundsätze

Anmerkungen zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 11. November 1999

I. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 11. November 1999 – Geburtsstunde des Maßstäbengesetzes

Im Januar 1999 haben die Landesregierung Baden-Württemberg und die bayerische Staatsregierung, gefolgt von der hessischen Landesregierung, in ihrem Eintreten für eine wettbewerbsföderalistische Umgestaltung der Finanzverfassung eine gerichtliche Front eröffnet, indem sie beim Bundesverfassungsgericht drei Normenkontrollanträge¹ gegen verschiedene Paragraphen des Finanzausgleichsgesetzes² einreichten. Vorangegangen waren zähe politische Verhandlungen unter den Bundesländern um eine Reform des Finanzausgleichs³, die allerdings aufgrund verhärteter Fronten zwischen den Geber- und Nehmerländern ergebnislos geblieben waren.⁴ Die Geberländer hatten sich in diesen Gesprächen mit ihrer Forderung nach einer konsequenten Umsetzung finanzwissenschaftlicher Erkenntnisse – bekannt geworden unter dem Schlagwort »Fiscal Federalism« – nicht durchsetzen können.⁵ Eine derart allokatiospolitisch orientierte Ausgestaltung des Bundesstaates mit einer möglichst genauen Nutzen-Kosten-Zuordnung (fiskalische Äquivalenz), begleitet von einer Sen-

⁴⁶ Daß man die Zulässigkeitsprobleme der Verfassungsbeschwerde auch anders hätte lösen können, verdeutlicht die sorgfältige Begründung der Beschwerde durch Pieroth. Vgl. Landschaftsverband Rheinland. Das Urteil. Dokumentation 4 (Stand 3. 3. 98).

⁴⁷ AG Kleve, Urteil vom 12. 3. 1999, RdL 4/99, S. 172.

¹ 2 BvF 2/98, 2 BvF 3/98, 2 BvF 1/99.

² FAG vom 23. 6. 1993 (BGBl. I S. 944, 977), zuletzt geändert durch Gesetz vom 22. 12. 1999 (BGBl. I S. 2552).

³ Siehe dazu das Modell eines »einfachen, föderalen und gerechten« Finanzausgleichs (vorgestellt in einer Druckschrift des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen, Referat Presse und Öffentlichkeitsarbeit, April 1998; Pressemitteilung 079/98 vom 9. 3. 1998, Internet: <http://www.bayern.de/STMF>), wonach u. a. Überschüsse zur durchschnittlichen Finanzkraft nur noch mit einer Quote von 50% abgeschöpft werden sollen.

⁴ Vgl. zu dieser Diskussion das Zeitgespräch »Reform des Finanzausgleichs?« mit Beiträgen von E. Huber, H. Perschau, H.-W. Arndt, R. Peffekoven, Widi 1998, 71.

⁵ Bayerisches Staatsministerium der Finanzen, Pressemitteilung 079/98 vom 9. 3. 1998, Internet: <http://www.bayern.de/STMF>; E. Huber, Widi 1998, 71 (73); H.-W. Arndt, Widi 1998, 76 (77); R. Koch, S.Z. Nr. 215 v. 16. 9. 1999, S. 5; K. Starzacher, S.Z. Nr. 173, v. 30. 7. 1998, S. 2.

kung des Nivellierungsgrades im Länderfinanzausgleich konnten sie nicht erreichen.⁶ Die Nehmerländer hatten diesen Forderungen die bündische Pflicht zur Solidarität und ein Plädoyer für eine Beibehaltung des seit der Finanzverfassungsreform 1969 im Grundgesetz verankerten kooperativen Föderalismus entgegengesetzt und im übrigen auf den mit Wirkung bis Ende 2004 beschlossenen Kompromiß zum Finanzausgleichsgesetz verwiesen.^{7,8}

Das sogenannte dritte Normenkontrollverfahren zum Finanzausgleich⁹ wurde aufgrund seiner möglichen finanziellen Auswirkungen auf die staatlichen Haushalte von allen Bundesländern mit Spannung begleitet. Die antragstellenden Geberländer hofften sich von dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts eine Stärkung ihrer politischen Position. Diese Erwartung war nicht ganz unberechtigt, waren doch mehrere ihrer Argumentationsansätze den wissenschaftlichen Ausführungen von Paul Kirchhof, der als Berichterstatter im Finanzausgleichsverfahren fungierte, nicht unähnlich.¹⁰ Zudem hatte der Zweite Senat in jüngster Vergangenheit der Finanzverfassung bereits in anderen Bereichen neue, nicht ganz unumstrittene Akzente entnommen und den gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum durch sehr konkrete und genau quantifizierte Vorgaben deutlich verengt.¹¹ Die Nehmerländer ihrerseits befürchteten bedeutende finanzielle Einschnitte bis hin zu einer Gefährdung ihrer wirtschaftlichen Existenzfähigkeit, was drei Landesregierungen – namentlich die Bremische, die niedersächsische und die schleswig-holsteinische – dazu veranlaßte, den Normenkontrollanträgen der Geberländer einen eigenen Normenkontrollantrag¹² entgegenzustellen und einen – im Ergebnis erfolglosen – Antrag auf Richterablehnung gegen Paul Kirchhof¹³ einzureichen.

Zum Erstaunen aller Verfahrensbeteiligten und –beobachter hat sich der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts in seinem Urteil vom 11. November 1999¹⁴ einer abschließenden Würdigung einzelner Regelungen und des Gesamtsystems des Finanzausgleichsgesetzes enthalten.¹⁵ Statt der erwarteten und befürchteten Verengung des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums durch verfassungsgerichtliche Normkonkretisierung hat der Zweite Senat der Verfassung – was die inhaltliche Ausgestaltung des Finanzausgleichs angeht – lediglich einige Definierungs- und Überprüfungsaufträge sowie Begründungspflichten für den Gesetzgeber entnommen.¹⁶ Dar-

6 Grundlegend *Cb. M. Tiebout*, *Journal of Political Economy*, Vol. 64 (1956), 416; *W. E. Oates*, *Fiscal Federalism*, 1972; einführend: *H. Zimmermann/K.-D. Henke*, *Finanzwissenschaft*, 7. Aufl., 1994, S. 174 ff; vgl. dazu auch *Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium der Finanzen*, Gutachten zum Länderfinanzausgleich in der Bundesrepublik Deutschland, 1992; *ders.*, Einnahmenverteilung zwischen Bund und Ländern, 1996; *Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung*, Jahresgutachten 1990/91, BT-Drs. 11/8472 Rn. 435 ff; *ders.*, Jahresgutachten 1998/99, BT-Drs. 14/73, Rn. 396, 399 f.

7 Gesetz zur Umsetzung des Föderalen Konsolidierungsprogrammes v. 23. 6. 1993, BGBl. I 944, insbes. 982.

8 *A. Fugmann-Heesing*, F.A.Z. Nr. 184 v. 11. 8. 1998, S. 13; *H. Perschau*, Widi 1998, 73; *T. Christmann*, »Vom Finanzausgleich zum Maßstäbengesetz«, DÖV 2000, 315 (315).

9 Diesem Verfahren waren eigentlich drei Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Finanzausgleich vorausgegangen (BVerfGE 1, 117; 72, 330; 86, 148).

10 *P. Kirchhof*, Der Verfassungsauftrag zum Länderfinanzausgleich als Ergänzung fehlender und als Garant vorhandener Finanzautonomie, Köln 1982.

11 Zu nennen sind hier die Einheitswert-Beschlüsse (BVerfGE 93, 121; 93, 165) und die Beschlüsse zur steuerlichen Berücksichtigung von Kinderbetreuungskosten und der Gewährung eines Haushaltsfreibetrages (BVerfGE 99, 216; 99, 246).

12 2 BvF2/99. Dabei handelt es sich um den außergewöhnlichen Antrag festzustellen, daß Normen mit dem GG vereinbar sind. Vgl. dazu *E. v. Szczepanski*, »Die verfassungsrechtliche Einseitigkeit der Verfahrensbeteiligung im abstrakten Normenkontrollverfahren«, JZ 2000, 486.

13 BVerfG, Beschluß v. 6. 7. 1999, NJW 1999, 2801.

14 BVerfG, NJW 2000, 1097 = DÖV 2000, 113 = DVBl. 2000, 42. Im Folgenden zitiert nach der Untergliederung des Gerichts.

15 D.

16 C.I.2.

über hinaus weist der Zweite Senat die Erstzuständigkeit bei der Verfassungsinterpretation dem Gesetzgeber zu.^{17, 18}

Scheint dieser »materielle« Teil der Entscheidung Ausdruck richterlicher Zurückhaltung zu sein, so lebt der Zweite Senat diesmal seine der Funktion des Bundesverfassungsgerichts nicht angemessene¹⁹ gestalterische Schöpfungskraft im Hinblick auf das Verfahren der Finanzausgleichsgesetzgebung aus. Gegenwärtig wird der Entwurf zum Finanzausgleichsgesetz – soweit er die Einnahmeverteilung zwischen den Ländern betrifft – von den Bundesländern vorbereitet und danach vom Bundesgesetzgeber verabschiedet.²⁰ Der Bundesgesetzgeber übernimmt in diesem Verfahren die Rolle eines »ehrlichen Maklers«²¹, der darüber wacht, daß die politischen Entscheidungen der Ländermehrheit den normativen Anforderungen des Grundgesetzes genügen.²²

Dieses Verfahren führt zu den in der Praxis leidlich berühmten permanenten Verteilungskämpfen²³, die auch die Ursache dafür bilden, daß das von Kompromissen gezeichnete Finanzausgleichsgesetz heute einem Flickenteppich an Zugeständnissen gleicht. Der Zweite Senat hatte bereits in der mündlichen Verhandlung sein Mißfallen über dieses Verfahren erkennen lassen und verleiht dem nun in seinem Urteil uneingeschränkt Ausdruck. Der Gesetzgeber müsse sich wieder auf seine Aufgabe konzentrieren, gegenläufige finanzielle Interessen festzustellen, zu bewerten und auszugleichen²⁴, statt den Finanzausgleich dem freien Spiel der politischen Kräfte zu überlassen²⁵ und ihn dadurch auf eine rein interessenbestimmte Verständigung über Geldsummen zu reduzieren²⁶.

Der Zweite Senat hat es jedoch nicht dabei belassen, den Bundesgesetzgeber an seine Verantwortung als Treuhänder und ehrlichen Makler der Finanzausgleichsgesetzgebung zu erinnern. Vielmehr entnimmt der Senat der Verfassung formale Vorgaben, die den Finanzausgleichsgesetzgeber in bislang unbekannter Weise disziplinieren sollen.

Der Gesetzgeber soll zunächst die in den unbestimmten Rechtsbegriffen der Finanzverfassung enthaltenen, jedoch nicht unmittelbar vollziehbaren Maßstäbe in einem Maßstäbengesetz durch anwendbare, allgemeine, den Gesetzgeber *selbst bindende* Maßstäbe gesetzlich konkretisieren und ergänzen. Aus diesen *langfristig* anwendbaren Maßstäben sollen dann in einem Finanzausgleichsgesetz die konkreten, in Zahlen gefaßten Zuteilungs- und Ausgleichsfolgen abgeleitet werden können.²⁷

17 C.I.1.c.

18 Zu den inhaltlichen Vorgaben des Gerichts: *H. P. Bull/V. Mehde*, »Der rationale Finanzausgleich – ein Gesetzbauauftrag ohnegleichen«, DÖV 2000, 305; *T. Kroll*, »Das Bundesverfassungsgericht setzt »Maßstäbe« – Wie geht es nun weiter im Finanzausgleich zwischen Bund und Ländern?«, StuW 2000, 45; *T. Christmann* (Fn. 8); *A. Hanebeck*, »Zurückhaltung und Maßstäbengesetz«, KJ 2000, 262 (263 ff.); *W. Renzsch*, »Das Urteil zum Finanzausgleich: Enge Fristensetzung«, Widi 1999, 716. Zur ökonomischen Analyse des Urteils *R. Peffekoven*, »Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Länderfinanzausgleich«, Widi 1999, 709.

19 Diese Einschätzung teilt *B. Pieroth*, »Die Missachtung gesetzter Maßstäbe durch das Maßstäbengesetz«, NJW 2000, 1086 (1086).

20 Vgl. dazu *H. Fischer-Menshausen*, in: I. v. Münch/P. Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 3, 3. Aufl., 1996, Art. 107 Rn. 6. Der Zweite Senat spricht kritisch davon, daß das Finanzausgleichsgesetz faktisch in die Verantwortlichkeit des Bundesrates verschoben wird; vgl. C.I.1.d.

21 *H. Schiedermaier*, Der Härteausgleich im Gesetz über den Finanzausgleich zwischen Bund und Ländern, 1986, S. 7 f.; *G. F. Schuppert/F. Dahrendorf*, Verfassungsrechtliche und finanzwissenschaftliche Aspekte des Länderfinanzausgleichs, 1985, S. 18.

22 BVerfGE 72, 330 (396).

23 *W. Renzsch*, »Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse oder Wettbewerb der Regionen«, StWissStPr. 8 (1997), 87 (95).

24 C.I.1.d.

25 C.I.1.d.

26 C.I.1.c.

27 C.I.1. Einleitung.

Auf diese Weise verspricht sich der Zweite Senat, den Finanzausgleich gegen aktuelle Finanzierungsinteressen, Besitzstände und Privilegien abzuschirmen sowie dem Gesetz wieder seine herkömmliche rechtsstaatliche Funktion als rational-planmäßige und dauerhafte Regel zukommen zu lassen.²⁸

Das Erfordernis eines derartigen Maßstäbengesetzes stützt der Zweite Senat auf den Wortlaut des Art. 107 Abs. 2 S. 2 GG²⁹, der verlangt, daß das den Finanzausgleich regelnde Gesetz die »Voraussetzungen« für die Ausgleichsansprüche und -verbindlichkeiten sowie die »Maßstäbe« für die Höhe der Ausgleichsleistungen bestimmt. Durch diese Interpretation entnimmt der Zweite Senat der Verpflichtung, durch »das Gesetz« (Singular)³⁰ einen angemessenen Ausgleich der unterschiedlichen Finanzkraft der Länder sicherzustellen, einen doppelten Auftrag: Zunächst hat der Gesetzgeber die verfassungsrechtlichen Grundsätze inhaltlich zu verdeutlichen und seine verfassungskonkretisierenden Maßstäbe der Zuteilung des Ausgleichs tatbestandlich zu benennen (Maßstäbengesetz). Sodann hat er aus diesen Maßstäben die konkreten finanzrechtlichen Folgerungen für die jeweilige Ertragshoheit, Zuweisungsbefugnis und Empfangsberechtigung, Ausgleichsberechtigung und Ausgleichsverpflichtung zu ziehen (Finanzausgleichsgesetz i. e.S.).³¹

In einem Handstreich hat der Zweite Senat damit die Gesetzgebungslehre um eine Kategorie bereichert: das Maßstäbengesetz. Offengeblieben ist jedoch, wie dieser neue Typus des Gesetzes in die bestehende Normenhierarchie einzuordnen ist und inwieweit er den Gesetzgeber bei Erlaß des ausfüllenden (Finanzausgleichs-)Gesetzes einer Bindungswirkung unterwerfen kann.

II. Gesetzestechnische Parallele zur Grundsatzgesetzgebung

Die Frage nach dem Rang innerhalb der Normenhierarchie und einer möglichen Bindung des Gesetzgebers stellt sich in verblüffend ähnlicher Weise auch für das Haushaltsgrundsätzegesetz³², das gestützt auf die Grundsatzgesetzgebungskompetenz aus Art. 109 Abs. 3 GG als Bundesgesetz erlassen wurde. Art. 109 Abs. 3 GG ermächtigt den Bundesgesetzgeber zur Aufstellung von »für Bund und Länder gemeinsam geltenden Grundsätzen für das Haushaltsrecht«, die Leitlinien für die Haushaltsordnungen des Bundes und der Länder vorgeben sollen.³³ Die hier vorgesehene gesetzestechnische Stufenfolge von Grundsatzgesetz und ausfüllenden Haushaltsordnungen war offensichtlich Vorbild für die Konstruktion des Maßstäbengesetzes, das seinerseits durch das eigentliche Finanzausgleichsgesetz auszufüllen ist. Anders als die Maßstäbengesetzgebung hat die Grundsatzgesetzgebung im deutschen Verfassungsrecht bereits eine lange Tradition. Sie war in Art. 10, 11 und 12 der Weimarer Reichsverfassung vom 11. August 1919 verankert und verlieh dem Reich eine Gesetzgebungskompetenz, die inhaltlich auf den Erlaß von »Grundsätzen« beschränkt war.³⁴ Zwar gilt heute die Rahmenkompetenz nach Art. 75 GG als Nachfolger der Grundsatzkompetenz³⁵, doch hielt auch die Grundsatzkompetenz

²⁸ C.I.1.d.

²⁹ C.I.1.a. Weder die zitierten Art. 107 Abs. 1 S. 4, 2. HS. GG noch Art. 107 Abs. 2 S. 3 GG sprechen von zu erlassenden Maßstäben. In Art. 106 Abs. 3 S. 4 Nr. 1 GG findet sich mit der Berücksichtigung einer mehrjährigen Finanzplanung zumindest noch der Gedanke der langfristigen Planung.

³⁰ Auf den Wortlaut des Art. 107 Abs. 2 S. 2 GG hat schon *B. Pieroth* (Fn. 19), S. 1086 hingewiesen.

³¹ C.I.1.b.

³² HGrG v. 19. 8. 1969, BGBl. I S. 1273.

³³ Vgl. etwa *H. Fischer-Menshausen* (Fn. 20), Art. 109 Rn. 17.

³⁴ Statt aller: *G. Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 12. Aufl., 1930, Art. 10, 11 Anm. 1.

³⁵ *T. Maunz*, in: *T. Maunz/G. Dürig* (Hrsg.), Grundgesetz, Loseblatt-Kommentar, Stand: 36. Ergänzungslieferung, Okt. 1999, Art. 109 Rn. 51.

mittelbar durch die Inkorporierung des Art. 138 Abs. 1 WRV über Art. 140 GG Einzug in das Grundgesetz. Nachdem sie lange nur eine untergeordnete Rolle gespielt hatte, wurde ihr Anwendungsbereich im Zuge der Verfassungsreform von 1969 erheblich ausgeweitet. Bereits durch die 15. Grundgesetz-Novelle vom 8. Juni 1967³⁶ wurde für die Koordination der Haushaltswirtschaft und der Finanzplanung von Bund und Ländern in Art. 109 GG eine weitreichende Form der Grundsatzgesetzgebung statuiert. Die Finanzverfassungsreform von 1969 fügte dem in Art. 91 a Abs. 2 GG mit der Befugnis, allgemeine Grundsätze für die Erfüllung der Gemeinschaftsaufgaben zu erlassen³⁷, und in Art. 109 Abs. 3 GG mit der Ermächtigung, gemeinsam geltende Grundsätze für das Haushaltsrecht einzuführen, zwei weitere Grundsatzkompetenzen hinzu³⁸. Dabei hat der Verfassungswandel zum kooperativen Föderalismus die Fälle der Grundsatzkompetenz nicht nur vermehrt, sondern auch verändert.³⁹ Das verbreitete Bedürfnis nach Kooperation verlangte nach einer Bindung sowohl des Landes- als auch des Bundesgesetzgebers an gemeinsam geltende Gesetzgebungsschemata und konforme materielle Leitlinienbestimmungen.⁴⁰ Dies wurde erreicht, indem die Bindungswirkung der Grundsätze – nicht wie in der Weimarer Reichsverfassung – auf die Länder beschränkt blieb, sondern auf den Bund ausgedehnt wurde.⁴¹

Mit dieser veränderten Form der Grundsatzgesetzgebung entstand ein »völlig neuer Gesetzestyp«⁴². Hatten bisher nur Verfassungsnormen eine Bindung erzeugen können, der sowohl der Bundesgesetzgeber als auch die Landesgesetzgeber unterlagen, so war nun ein einfaches Bundesgesetz entstanden, das auch für den Bundesgesetzgeber Bindungen entfaltet. Ebenso wie der Landesgesetzgeber bei Erlass der Landeshaushaltsordnung, mußte sich der Bundesgesetzgeber von nun an bei Erlass der Bundeshaushaltsordnung an die Grundsätze des Haushaltsgrundsatzgesetzes halten⁴³; eine Neuerung, die gemeinhin als »staatsrechtliches Unikum«⁴⁴ und »Kuriosum«⁴⁵ aufgefaßt wurde.

Was die Bindungswirkung und den Rang des Haushaltsgrundsatzgesetzes betrifft, so war und ist sich die Rechtslehre einig darüber, daß das Haushaltsgrundsatzgesetz keinen Vorrang in rechtlicher Hinsicht beanspruchen kann, mit der Folge, daß eine Kollision mit den ausfüllenden Haushaltsordnungen nicht über die Regel »lex superior derogat legi inferiori« gelöst wird.⁴⁶ Doch wird dem Haushaltsgrundsatzgesetz innerhalb der Rechtskategorie der formellen Gesetze ein funktionaler Vorrang vor der ausfüllenden Bundeshaushaltsordnung zugewiesen.⁴⁷ Dieser bewirkt, daß die bei

36 BGBl. I S. 581. Von dieser Kompetenz hat der Bund mit dem Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft (StWG) v. 8. 6. 1967 (BGBl. I S. 582) Gebrauch gemacht.

37 21. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 12. 5. 1969, BGBl. I S. 357.

38 20. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 12. 5. 1969, BGBl. I S. 359.

39 K. Stern/P. Münch/K.-H. Hansmeyer, Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft – Kommentar, 2. Aufl., 1972, Art. 109 IV 1.

40 B. Tiemann, »Die Grundsatzgesetzgebung des Bundes«, BayVBl. 1971, 285 (285).

41 R. Rausch-Gast, Selbstbindung des Gesetzgebers, 1983, S. 33; vgl. auch die Begründung der Bundesregierung zum 20. Änderungsgesetz zum Grundgesetz, BT-Drs. 5/3040, Tz. 46 sowie die Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 5/3040 S. 73.

42 E. A. Piduch, Bundshaushaltsrecht, Loseblattkommentar, 2. Aufl., Stand Juli 1998, Art. 109 Rn. 31.

43 K. Stern/P. Münch/K.-H. Hansmeyer (Fn. 39), Art. 109 IV 1; E. G. Mahrenholz, in: R. Wassermann (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, 2. Aufl., 1989, Art. 109 Rn. 66; K. Vogel/M. Wiebel, in: R. Dolzer (Gesamthrg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblatt, Stand: 93. Ergänzungslieferung, Dez. 1999, Art. 109 Rn. 172.

44 E. G. Mahrenholz (Fn. 43), Art. 109 Rn. 66.

45 F. Klein »Bundshaushaltsrecht«, DVBl. 1970, 877 (878).

46 T. Maunz (Fn. 35), Art. 109 Rn. 52; K. Stern/P. Münch/K.-H. Hansmeyer (Fn. 39), Art. 109 IV 2f; B. Tiemann (Fn. 40), S. 287; K. Vogel/M. Wiebel (Fn. 43), Art. 109 Rn. 172.

47 Vgl. dazu nur B. Tiemann (Fn. 40), S. 289. Eine a. A. geht von einer »de facto-Bindung« aus. So wohl G. Püttner, »Unterschiedlicher Rang der Gesetze?«, DÖV 1970, 322 (324); E. A. Piduch (Fn. 42), Art. 109 Rn. 35, der von einem HGrG-»Bündnis« spricht.

Kollisionen innerhalb einer Rechtsquellengruppe einschlägige Regel »lex posterior derogat legi priori« nur eingeschränkt anwendbar ist. Denn es würde dem Sinn des Art. 109 Abs. 3 GG widersprechen, wenn der Bund sich durch jegliches spätere Gesetz von den Vorgaben des Haushaltsgrundsatzgesetzes lösen könnte. Dadurch würde nicht nur der Charakter des Haushaltsgrundsatzgesetzes als Planungsgesetz ausgehöhlt, sondern auch das in Art. 109 Abs. 3 GG verankerte Erfordernis der Zustimmung des Bundesrates unterlaufen. Aus diesem Grund wird allgemein davon ausgegangen, daß die »lex posterior«-Regel im Verhältnis von Haushaltsgrundsatzgesetz und Bundeshaushaltsordnung dahingehend beschränkt ist, daß eine Rechtsänderung nur durch ausdrückliche Abänderung des jeweiligen Grundsatzgesetzes erfolgen kann.⁴⁸ Das Haushaltsgrundsatzgesetz entfaltet also eine Bindungswirkung des Inhalts, daß der Gesetzgeber – solange er das Grundsatzgesetz nicht ändert – beim Erlass der Haushaltsordnung daran gebunden ist.

III. Existenzberechtigung und Rechtsnatur des Maßstäbgesetzes

Die offensichtliche gesetzestechnische Parallele zwischen dem Haushaltsgrundsatzgesetz und dem Maßstäbgesetz zum Finanzausgleich verspricht jedoch nicht nur eine Klärung der Rechtsnatur und der Eigenschaften des Maßstäbgesetzes (dazu unter 2. und 3.), sondern wirft auch Zweifel an der Existenzberechtigung dieser Normkategorie auf (dazu unter 1.).

I. Abschließender Kanon der Gesetzgebungskompetenzen

Diese Zweifel an der Existenzberechtigung des Maßstäbgesetzes beruhen nicht nur darauf, daß der Zweite Senat dem Art. 107 Abs. 2 S. 2 GG eine bis dato noch unbekannte Form der inhaltlichen Restriktion des Gesetzgebers entnimmt. So fällt auf, daß eine gesetzestechnische Differenzierung zwischen Maßstäbe- und Finanzausgleichsgesetz sowohl in der Rechtslehre als auch in der Rechtsprechung desselben Senates bislang unbekannt war oder zumindest unerkannt blieb.⁴⁹

Die Zweifel werden vielmehr hauptsächlich dadurch genährt, daß der Verfassungsgeber eine gesetzestechnische Figur zur inhaltlichen Beschränkung des Gesetzgebers in Form der Grundsatzgesetzgebung kannte. Er hat sie aber im Jahre 1955, als die Grundzüge des Finanzausgleichs geregelt wurden und der Gesetzgeber erstmals den Auftrag zur Bestimmung von »Maßstäben« erhielt⁵⁰, nicht in Art. 107 GG verankert. Auch als im Zuge der Finanzreform von 1969⁵¹ die Anzahl der Grundsatzkompetenzen als Ausprägung des kooperativen Föderalismus stark erweitert wurde und die Grundsatzkompetenz mit einer Bindungswirkung auch gegenüber dem Bundesge-

⁴⁸ T. Maunz (Fn. 35), Art. 109 Rn. 51 f.; H. D. Jarass, in: H. D. Jarass/B. Pieroth, Grundgesetz, 5. Aufl., 2000, Art. 109 Rn. 4; E. G. Mahrenholz (Fn. 43), Art. 109 Rn. 66; H. Fischer-Menshausen (Fn. 20), Art. 109 Rn. 17; K. Vogel/M. Wiebel (Fn. 43), Art. 109 Rn. 171 ff.; R. Rausch-Gast (Fn. 41), S. 64; H.-W. Rengeling, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 4, 1990, § 100 Rn. 295; G. Kisker, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 4, 1990, § 89 Rn. 11; R. F. Heller, Haushaltsgrundsätze für Bund, Länder und Gemeinden, 1998, S. 7; R. Breuer, »Selbstbindung des Gesetzgebers durch Programm- und Planungsgesetze«, DVBl. 1970, 101 (104 f.); G. Püttner (Fn. 47), S. 324; H. Maurer, »Vollzugs- und Ausführungsgesetz«, in: R. Bartlsperger u. a. (Hrsg.), Rechtsstaat – Kirche – Sinnverantwortung, FS für K. Obermayer, 1986, S. 95 (100). a. A. offensichtlich H. Siekmann, in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 2. Aufl., 1999, Art. 109 Rn. 38.

⁴⁹ So judizierte der Zweite Senat im Jahr 1986: »An Verfahrensregelungen enthält Art. 107 Abs. 2 GG nur, daß das erforderliche Bundesgesetz mit Zustimmung des Bundesrates ergehen muß.« Vgl. BVerfGE 72, 330 (396).

⁵⁰ Finanzverfassungsgesetz v. 23. 12. 1955, BGBl. I S. 817.

⁵¹ 20. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 12. 5. 1969, BGBl. I 357 und Finanzreformgesetz v. 12. 5. 1969, BGBl. I S. 359.

setzgeber ausgestattet wurde, hat der Verfassungsgeber Art. 107 Abs. 2 S. 2 GG nicht in diesem Sinne geändert. Statt den Gesetzgeber zu beauftragen, in einem Gesetz »Grundsätze« für die Ausgleichsansprüche und -verbindlichkeiten sowie die Höhe der Ausgleichsleistungen zu bestimmen, verpflichtete er ihn zur Festlegung von »Voraussetzungen« und »Maßstäben«.

Die Annahme, daß hiermit im Umkehrschluß zu den allgemein zu haltenden Grundsätzen konkretere Vorgaben gemeint sind, liegt wohl näher als die Annahme, daß mit dem Wort »Maßstäbe« eine ähnliche inhaltliche Restriktion gemeint sein könnte wie mit dem Wort »Grundsätze«. Diese Interpretation widerspräche vor allem der vom Verfassungsgeber bislang sorgfältig eingehaltenen Absicht, die Fragen der Kompetenzabgrenzung klar und durch einen numerus clausus abgesichert zu regeln.⁵² Außerdem verwundert, daß eine ganze Generation von Juristen wie selbstverständlich davon ausgegangen ist, die 1969 eingefügten Grundsatzkompetenzen mit Bindungswirkung auch gegenüber dem Bundesgesetzgeber seien ein »staatsrechtliches Unikum«, wenn doch in dem seit 1955 in dieser Hinsicht unverändert gebliebenen Art. 107 Abs. 2 S. 2 GG schon immer eine derartige Bindungswirkung verankert gewesen sein soll. Es entsteht vielmehr der Verdacht, daß der Zweite Senat Art. 107 Abs. 2 S. 2 GG in Umgehung des numerus clausus der Kompetenzbestimmungen in eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz umgedeutet hat.

2. *Zeitwirkung der Gesetze – Rückkehr zu einem materiellen Gesetzesbegriff?*

Beweggrund für diese eigenwillige Umdeutung des Art. 107 Abs. 2 S. 2 GG in eine quasi-Grundsatzgesetzgebungskompetenz ist das Bestreben des Zweiten Senats, den Gesetzgeber zu disziplinieren. Er soll sich selbst und der Öffentlichkeit Rechenschaft geben, die rechtsstaatliche Transparenz der Mittelverteilung soll gesichert werden, und die haushaltswirtschaftliche Planbarkeit und Vorausssehbarkeit der finanzwirtschaftlichen Autonomiegrundlagen für den Bund und jedes Land sollen gewährleistet werden.⁵³ Dabei sieht der Zweite Senat diese Ziele vor allem durch die Interessenbestimmtheit der Verhandlungspositionen im Verfahren der Finanzausgleichsgesetzgebung in Gefahr.⁵⁴ Der Senat ist daher redlich bemüht, das Finanzausgleichsgesetz unter Rückgriff auf unterschiedliche rechtsphilosophische Quellen von diesem Makel zu befreien.

a. *Eliminierung von Partikularinteressen aus dem Gesetzgebungsverfahren – John Rawls' Theorie der Gerechtigkeit*

Dabei zeigt sich der Zweite Senat offensichtlich fasziniert von der formalen Gerechtigkeitstheorie John Rawls⁵⁵. Rawls sieht die Interessenbefangenheit der entscheidenden Personen als maßgebliches Problem der Normfindung, das er durch eine künstliche Eliminierung der Interessen zu lösen versucht. Er überzieht die Mitglieder der Gesetzgebungsorgane mit einem »Schleier des Nichtwissens«, der sie hinsichtlich ihrer persönlichen Umstände in Unkenntnis läßt.⁵⁶ Mit Hilfe

⁵² Statt aller: P. Kunig, in: I. v. Münch/P. Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 3, 3. Aufl., 1996, Art. 70 Rn. 28; H.-W. Rengeling (Fn. 48), § 100 Rn. 268.

⁵³ C.I.1.e.

⁵⁴ C.I.1.e.

⁵⁵ J. Rawls, Theorie der Gerechtigkeit, 1. Aufl., 1975.

⁵⁶ J. Rawls, (Fn. 55), S. 226.

dieses Informationsdefizits blendet Rawls jede Individualität und Partikularität aus.⁵⁷

Rawls Gerechtigkeitstheorie ist vielfach unter dem Gesichtspunkt kritisiert worden, daß die hehre Idee, sich von den eigenen Interessen zu lösen, in der Realität schwerlich umgesetzt werden kann⁵⁸. Die Richtigkeit dieser Kritik bestätigen bereits die nach Verkündung des Urteils neu aufgebrochenen Verteilungskämpfe zwischen den Bundesländern, deren Forderungskataloge zur Vorbereitung der Konferenz der Länderfinanzminister vom 4. Mai 2000 auch nicht ansatzweise ein Außerachtlassen der jeweiligen Partikularinteressen im Sinne Rawls erkennen ließen.⁵⁹

Das mag seinen Grund vor allem darin haben, daß bislang mit der Interessenbefangenheit der Entscheider unter dem Grundgesetz anders umgegangen wird. Statt Partikularinteressen zu eliminieren, werden die bestehenden Interessengegensätze, die im Parlament als Interessenvertretung der Bevölkerung widerspiegelt werden, herausgearbeitet, und es wird in einem kooperativen Verfahren der Einigung ausverhandelt, welche Rechte und Zugeständnisse der jeweils anderen Seite gewährt werden sollen.⁶⁰ Es entspricht gerade dem Sinn einer Demokratie, in einem möglichst breiten Diskurs, welcher der Entscheidung vorausgeht, die für die Gerechtigkeit des Ergebnisses relevanten Interessen pointiert zutage treten zu lassen und gegeneinander abzuwägen.⁶¹ Die Entscheider sollen nicht in ein künstliches Informationsdefizit versetzt werden; Individualinteressen werden vielmehr in den Gesetzgebungsprozeß eingebunden, indem die Bürger durch Petitionen oder organisiert als Verbände in Anhörungen ihre Interessen kundtun.⁶² Nicht zuletzt die Entscheidung des Grundgesetzes für einen Parteienstaat belegt das Bedürfnis nach einer Zuspitzung und Vorklärung von Interessenkonflikten.⁶³

Die offensichtliche Faszination des Zweiten Senats für die Rawls'sche Gerechtigkeitslehre geht nicht soweit, daß das Gericht den »Schleier des Nichtwissens« im Verfahren der Finanzausgleichsgesetzgebung einsetzen will. Vielmehr scheinen auch dem Zweiten Senat die Schwächen in der praktischen Umsetzung zu groß.⁶⁴ Der Senat akzeptiert, daß er eine Ausblendung der Partikularinteressen nicht wird erreichen können. Umso bestimmter fordert er dann eine Ausblendung des Wissens um den konkreten Anwendungsfall im Zeitpunkt des Erlasses des Maßstäbengesetzes. Die Maßstäbe sollen entwickelt werden, ohne daß die Entscheider dabei den konkreten Anwendungsfall schon voraussehen können.⁶⁵ Damit verdeutlicht der Zweite Senat die Zeitwirkung der von ihm ausgemachten drei aufeinander aufbauenden Rechtskenntnisquellen. Das Grundgesetz gibt in der Stetigkeit des Verfassungsrechts die allgemeinen Prinzipien für die gesetzliche Steuerzuteilung und den gesetzlichen Finanzausgleich vor; der Gesetzgeber leitet daraus langfristige, im Rahmen konti-

57 O. Höffe, »Kritische Einführung in Rawls' Theorie der Gerechtigkeit«, in: ders. (Hrsg.), *Über John Rawls' Theorie der Gerechtigkeit*, 1977, S. 11 (35); H.-J. Kühn, *Soziale Gerechtigkeit als moralphilosophische Forderung*, 1984, S. 42 f.; H. G. v. Manz, *Fairness und Vernunftrecht*, 1992, S. 23 f.

58 G. Haverkate, *Verfassungslehre. Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung*, 1992, S. 276; T. Kroll (Fn. 18), S. 72. Diese Bedenken teilt auch der Zweite Senat, C.I.1.c.

59 F.A.Z. Nr. 94 v. 20. April 2000, S. 13.

60 A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, 2. Aufl., 1997, S. 275; J. Habermas, *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, 1. Aufl., 1983, S. 76 f.; G. Haverkate (Fn. 58), S. 274, 278; W. Schmitt Glaeser, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. 2, 2. Aufl., 1998, § 31 Rn. 2.

61 T. Raiser, *Das lebende Recht: Rechtssoziologie in Deutschland*, 2. Aufl., 1995, S. 241; W. Schmitt Glaeser (Fn. 60), § 31 Rn. 2. So betont auch der Zweite Senat, daß der Gesetzgeber gegenläufige Interessen festzustellen, zu bewerten und auszugleichen hat; vgl. C.I.1.d.

62 H. Hill, *Einführung in die Gesetzgebungslehre*, 1982, S. 44, 86; N. Lubmann, *Legitimation durch Verfahren*, 2. Aufl., 1989, S. 188; K. von Beyme, *Der Gesetzgeber*, 1997, S. 207 ff.

63 BVerfGE 52, 63 (82 f.) m. N.

64 C.I.1.c.

65 C.I.1.c.

nuierlicher Planung fortzuschreibende Zuteilungs- und Ausgleichsmaßstäbe ab; in Anwendung dieses, den Gesetzgeber selbst bindenden maßstabgebenden Gesetzes entwickelt das Finanzausgleichsgesetz sodann kurzfristige, auf periodische Überprüfung angelegte Zuteilungs- und Ausgleichsfolgen.⁶⁶

Der Zweite Senat entnimmt dem Art. 107 Abs. 2 S. 2 GG damit nicht nur den doppelten Gesetzgebungsauftrag von Maßstabgesetz und ausfüllendem Finanzausgleichsgesetz, sondern auch eine verbindliche Zeitenfolge des Erlasses dieser beiden Gesetze. Das Maßstabgesetz muß dem Finanzausgleichsgesetz vorausgehen⁶⁷ und bis zum 1. Januar 2003 in Kraft treten. Nach Erlass des Maßstabgesetzes muß der Gesetzgeber dann auf dessen Grundlage das Finanzausgleichsgesetz bis zum 31. Dezember 2004 neu regeln.⁶⁸ Die Strenge dieser zeitlichen Abfolge von Maßstabgesetz und Finanzausgleichsgesetz erstaunt gerade deshalb, weil selbst die Praxis der Grundsatzzesetzgebung und der sie ausfüllenden Gesetzgebung laxer gehandhabt wird. So sind etwa das Haushaltsgrundsätzgesetz und die Bundeshaushaltsordnung beide am 19. August 1969 erlassen worden.⁶⁹

*b. Langfristige und dauerhafte Maßstabgebung – Gerhart Husserls
Zuordnung der Staatsgewalten zur dreidimensionalen Struktur der Zeit*

Bei der Beschreibung des zeitlichen Verhältnisses von Maßstabgesetz und ausfüllendem Finanzausgleichsgesetz greift der Zweite Senat auch auf die Ausführungen von Gerhart Husserl⁷⁰ zu Recht und Zeit zurück. Husserl ordnet in einem typisierenden Vergleich die Dreiteilung der Staatsgewalt der dreidimensionalen Struktur der Zeit zu. Dabei beschreibt er die Tätigkeit der Exekutive als gegenwartsbezogen, die der Judikative als vergangenheitsbezogen. Der Gesetzgeber repräsentiert in diesem Konzept die Zukunft. Er ist Planender insofern, als die Zukunft seinem gestaltenden Zugriff offensteht und er sie in gedanklichem Vorgriff antizipiert.⁷¹ Genau diese Aufgabe soll das Maßstabgesetz in der Vorstellung des Zweiten Senats erfüllen. Die aus Art. 107 Abs. 2 S. 2 GG herausgelesene Pflicht zur langfristigen gesetzlichen Maßstabsbildung soll den rechtsstaatlichen Auftrag eines gesetzlichen Vorgriffs in die Zukunft erfüllen. Mit dem Erfordernis eines auf Planung und Dauerhaftigkeit angelegten Gesetzes will der Zweite Senat dem Gesetz wieder seine »herkömmliche rechtsstaatliche Funktion« zuweisen: Das Gesetz soll in seiner formellen Allgemeinheit rational-planmäßig die Zukunft gestalten, es soll sich durch eine gewisse Dauerhaftigkeit der Regel auszeichnen und in seiner Anwendung auf eine unbestimmte Vielzahl künftiger Fälle erstrecken.⁷²

Der Zweite Senat scheint mit diesen Ausführungen zu einem materiellen Gesetzesbegriff zurückzukehren, von dem sich die Rechtslehre zugunsten des formellen Gesetzesbegriffs verabschiedet hatte.⁷³ So geht die allgemeine Meinung heute davon aus, daß jeder in einem verfassungsmäßigen Gesetzgebungsverfahren zustande gekommene Willensakt der Gesetzgebungsorgane ohne Rücksicht auf seinen Inhalt ein Gesetz ist.⁷⁴

66 C.I.1.b.

67 C.I.1.c.

68 D.

69 BGBl. I S. 1273; 1284.

70 G. Husserl, *Recht und Zeit. Fünf rechtsphilosophische Essays*, 1955, insbes. S. 10 ff.

71 G. Husserl (Fn. 70), S. 10 (42, 52, 54 ff).

72 C.I.1.c.

73 Vgl. zum dualistischen Gesetzesbegriff R. Thoma, in: G. Anschütz/R. Thoma (Hrsg.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Bd. 2, 1932, S. 108 (126 ff); P. Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Bd. 2, 5. Aufl., 1911, § 54, insbes. S. 2 ff.

74 Vgl. zum formellen Gesetzesbegriff N. Achterberg, *Parlamentsrecht*, 1984, S. 706; ders., »Kriterien des

Es ist sicher ein Zeichen guter gesetzgeberischer Handfertigkeit, wenn ein Gesetz nicht Gegenstand regelmäßiger Nachbesserung und Änderung ist. Der dauerhafte Bestand von Gesetzen gewährleistet Rechtssicherheit; er erleichtert die Rechtskontrolle durch die Judikative und die Einzelfallanwendung durch die Exekutive. Trotzdem erscheint die Forderung nach Langfristigkeit der Planung und Dauerhaftigkeit der Regelung nicht in allen Bereichen wünschenswert und durchsetzbar. Das trifft für alle diejenigen Regelungsbereiche zu, die nicht von annähernd gleichbleibenden gesellschaftlichen Vorstellungen geprägt werden, sondern die dem Diktat eines technischen und wirtschaftlichen Strukturwandels unterworfen sind. Beispiele für derart kurzlebige Regelungsmaterien sind etwa das Umweltrecht oder das Steuerrecht. Mit Blick auf diese Regelungsbereiche relativiert Husserl seine Aussage über die Antizipation der Zukunft durch den Gesetzgeber noch in demselben Aufsatz. Diese Passage wird jedoch vom Zweiten Senat geflissentlich überlesen, zumindest jedoch nicht für zitierwürdig befunden. Husserl schreibt – und dem ist zuzustimmen –: »Alle Zukunft ist, was sie ist, gesehen vom Boden einer bestimmten Gegenwart. Ein Hinübergreifen in die Zukunft (wie das der Gesetzgeber tut) heißt, Wertungen und Stellungnahmen der Gegenwart zeitlich nach vorwärts zu projizieren. Wesentliche Strukturwandlungen der sozialen Wirklichkeit, auf deren Boden stehend der Gesetzgeber handelt, entziehen seinem Werk die Grundlage. Der Arm des Gesetzgebers, mit dem er in die Zukunft vorgreift, hat eine endliche Länge.«⁷⁵ Zu den Regelungsbereichen, in denen eine zuverlässige gesetzgeberische Planung und Prognose nur für einen überschaubaren Zeitraum möglich ist, gehört auch die bundesstaatliche Finanzverteilung. Finanzkraft und Finanzbedarf sind in besonderem Maße abhängig von äußeren, einem ständigen Wandel unterliegenden wirtschaftlichen Rahmendaten. Steuerquellen können versiegen, Geldbedarf kann sich verändern, Wirtschaftskraft kann sich verschieben.⁷⁶ Für den Finanzausgleich bedeutet das: Die immerwährende Anpassung an den Wandel von Finanzbedarf und Finanzkraft macht es unmöglich, langfristig geltende Aussagen über die Finanzverteilung im voraus zu treffen.⁷⁷ Die Voraussetzungen für die Ausgleichsansprüche und Ausgleichsverbindlichkeiten sowie die Maßstäbe für die Höhe der Ausgleichsleistungen im Länderfinanzausgleich können vernünftigerweise nur für einen begrenzten Zeitraum antizipiert werden. Zwar könnte der Gesetzgeber sich bei Erlass des Maßstäbengesetzes auf abstrakte Aussagen zurückziehen, um eine Langlebigkeit seiner Planung zu garantieren, doch würden sich diese Aussagen vermutlich in einer formelhaften Wiederholung des Verfassungstextes oder einer Übernahme der Verfassungsrechtsprechung zu einzelnen unbestimmten Verfassungsbegriffen erschöpfen.⁷⁸ Die Hoffnung, auf diesem Wege eine Disziplinierung des Gesetzgebers zu erreichen, wäre trügerisch.

Gesetzesbegriffs unter dem Grundgesetz«, DÖV 1973, 289; F. Ossenbühl, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, 2. Aufl., 1996, § 61 Rn. 9 ff, insbes. 13; H. J. Wolff/O. Bachof/R. Stober, Verwaltungsrecht I, 11. Aufl., 1999, § 24 Rn. 34. Diese Einschätzung teilt auch J. Linck, »Das ›Maßstäbengesetz‹ zur Finanzverfassung – ein dogmatischer und politischer Irrweg«, DÖV 2000, 325 (328). Die Entscheidung für einen formellen Gesetzesbegriff fiel seinerzeit vor allem, weil jede wie auch immer geartete inhaltliche Anreicherung des Gesetzesbegriffs die Rechtsetzungsprärogative und damit den Kompetenzbereich des Parlaments unzulässigerweise beschränken würde (N. Achterberg (Fn. 74), S. 736).

75 G. Husserl (Fn. 70), S. 10 (27).

76 F. Kirchhof, »Grundsätze der Finanzverfassung des vereinten Deutschlands«, VVDStRL 52 (1993), 71 (76 f.).

77 R. Prokisch, Die Justiziabilität der Finanzverfassung, 1993, S. 27, 57.

78 Bedenken in dieser Hinsicht hat auch H. H. Rupp, »Länderfinanzausgleich«, JZ 2000, 269 (270).

Die von Gerhart Husserl hervorgehobene Zeitwirkung der Gesetze dient dem Zweiten Senat auch als Überleitung zu der Forderung, daß die klassische Zeitwirkung von »Vor-Rang« und »Vor-Behalt« des Gesetzes in den bundesstaatlichen Gesetzesvorbehalten zur Wirkung zu bringen ist⁷⁹; spricht: im Verhältnis von Maßstäbgesetz und Finanzausgleichsgesetz. Dieser Vergleich komplettiert die verfassungsrechtlichen Ver(w)irrungen des Zweiten Senats. Er verleitet zu Fehlschlüssen in zwei Richtungen: Zum einen spiegelt er eine Nähe des Finanzausgleichsgesetzgebers zur Staatsgewalt »Exekutive« vor, und zum anderen scheint er dem Maßstäbgesetz innerhalb der Normenhierarchie einen verfassungsähnlichen (Vor-)Rang gegenüber dem Finanzausgleichsgesetz zu verleihen.

a. Finanzausgleichsgesetzgebung als materielle Verwaltungstätigkeit

Ebenso wie Husserl die Planungsfunktion und damit die Zeitwirkung der Gesetze im Verhältnis der Legislative zur Exekutive betrachtet, kennt auch das Grundgesetz den Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes im Verhältnis dieser beiden Staatsgewalten, nicht jedoch mit Wirkung gegenüber dem Gesetzgeber selber. Die in Art. 20 Abs. 3 GG verankerte Gesetzmäßigkeit der Verwaltung umfaßt nach dem hergebrachten, von Otto Mayer⁸⁰ begründeten Sprachgebrauch die Bindung der Verwaltung an die vom Gesetzgeber abstrakt getroffenen Entscheidungen (Vorrang des Gesetzes vor der Entscheidungskompetenz der Verwaltung) und den Ausschluß eines selbständigen Vorgehens der Verwaltung (Vorbehalt des Gesetzes zumindest für bestimmte Tätigkeitsbereiche der Verwaltung).⁸¹ Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes gehören gewissermaßen zum Urgestein des konstitutionellen Gedankengutes. Dabei ist die ursprüngliche Begründung, daß nämlich die Gesetze durch Zusammenwirken der das Staatsleben bestimmenden Kräfte Monarch, Adel und Bürgertum besonders legitimiert sind, nur insoweit zu aktualisieren, daß die besondere Legitimation in der heutigen parlamentarischen Demokratie vom Parlament herrührt, das sich auf ein unmittelbares Mandat des Staatsvolkes als des demokratischen Souveräns berufen kann.⁸² Dieser »rechtliche Mehrwert«⁸³ des in der Form des Gesetzes geäußerten Staatswillens rechtfertigt die Steuerungsfunktion und Bindungswirkung des Gesetzes gegenüber der vollziehenden Gewalt.⁸⁴

Wenn der Zweite Senat mit dem Maßstäbgesetz den »Vor-Rang« und »Vor-Behalt« des Gesetzes erneut zur Wirkung bringen will, so ist dies sicher in erster Linie als Versuch zu sehen, dem Maßstäbgesetz die zur Disziplinierung des Gesetzgebers erforderliche Bindungswirkung gegenüber dem Finanzausgleichsgesetz zu verleihen. Als (möglicherweise unbeabsichtigte) Nebenfolge rückt der Zweite Senat durch diesen Vergleich jedoch den das Maßstäbgesetz »vollziehenden« Finanzausgleichsgesetzgeber in eine gefährliche Nähe zur Exekutive, die traditionell Adressat der rechtsstaatlichen Prinzipien des Vorrangs und Vorbehalts des Gesetzes ist. Diese

79 C.I.L.C.

80 O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1924, S. 68 ff; G. Meyer/G. Anschütz, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 7. Aufl., 1919, S. 29.

81 R. Herzog, in: T. Maunz/G. Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Loseblatt-Kommentar, Stand: 36. Ergänzungslieferung, Okt. 1999, Art. 20 Abschnitt VI Rn. 33.

82 R. Herzog (Fn. 81), Art. 20 Abschnitt VI Rn. 35; F. Ossenbühl (Fn. 74), § 62 Rn. 1.

83 O. Mayer (Fn. 80), S. 65.

84 R. Herzog (Fn. 81), Art. 20 Abschnitt VI Rn. 45; K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 2. Aufl., 1984, § 20 IV 4 b.

Fehlleitung legt den Schluß nah, daß der Gesetzgeber bei Erlaß des Finanzausgleichsgesetzes auch an die für die Exekutive geltenden Grundsätze gebunden sein könnte.⁸⁵ So ist es verständlich, daß Alexander Hanebeck eine Parallele zwischen dem Phänomen der Selbstbindung der Verwaltung und einer möglichen Selbstbindung des Gesetzgebers an das Maßstäbengesetz konstruieren will.⁸⁶

Selbst wenn der Gesetzgeber jedoch vom Zweiten Senat verpflichtet wird, durch das Finanzausgleichsgesetz das zuvor erlassene Maßstäbengesetz zu vollziehen, mutiert das Finanzausgleichsgesetz selbstverständlich nicht zu einem Verwaltungsakt in Gesetzesform und sein Erlaß nicht zur materiellen Verwaltungstätigkeit.⁸⁷ Vielmehr ordnet die Verfassung ausdrücklich an, daß sowohl die Maßstäbe als auch der konkrete Finanzausgleich in der Form eines Gesetzes zu erlassen sind und damit zum originären Aufgabenbereich des Gesetzgebers gehören. Damit ist der Gesetzgeber aber beim Erlaß beider Gesetze auch nur denjenigen Bindungen unterworfen, denen er üblicherweise unterworfen ist.⁸⁸

b. Bindung des Gesetzgebers an das Maßstäbengesetz

Üblicherweise ist der Gesetzgeber hingegen keiner Bindung an das einfache Gesetz unterworfen. Art. 20 Abs. 3 GG bindet den Gesetzgeber beim Erlaß von Gesetzen allein an die »verfassungsmäßige Ordnung«. Darunter wird – anders als in Art. 9 Abs. 2 GG und Art. 2 Abs. 1 GG – einmütig nur die Verfassung im formellen Sinne verstanden.⁸⁹ Damit legt das Grundgesetz eine Normenhierarchie zugrunde, die den Normen der Verfassung Vorrang gegenüber dem formellen Gesetz gewährt. Dieser Vorrang kommt in der Kollisionsregel »lex superior derogat legi inferiori« zum Ausdruck. Innerhalb der Rechtsquellengruppe der formellen Gesetze ist der Verfassung dagegen eine (Selbst-)Bindung des Gesetzgebers an bestehende Normen grundsätzlich fremd. Vielmehr kann der Gesetzgeber gemäß dem Prinzip »lex posterior derogat legi priori« den älteren Normbefehl jederzeit durch einen neuen aufheben.⁹⁰

Diese Kollisionsregeln gründen ihre Logik auf den unterschiedlichen Grad demokratischer Legitimation der Rechtsnormen.⁹¹ Im Falle der »lex superior«-Regel besteht dieser Unterschied in einer stärkeren demokratischen Legitimation. So tritt im Kollisionsfall das mit einfacher Mehrheit legitimierte Parlamentsgesetz hinter der mit qualifizierter Mehrheit (Art. 79 Abs. 2 GG) legitimierten Verfassungsnorm zurück; und die im Parlamentsgesetz einfach mediatisierte Staatsgewalt des Volkes verdrängt die doppelt mediatisierte Staatsgewalt in Form der Rechtsverordnung.⁹² Im Falle der

85 So C. H. Ule, »Zwangseingemeindungen und Verfassungsgerichtsbarkeit«, *VerwArch.* 60 (1969), 101 (119); C.-F. Menger, »Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht«, *VerwArch.* 50 (1959), 271 (283 ff) für das Verhältnis von Gemeindeordnung und Eingemeindungsgesetz. R. Breuer (Fn. 48), S. 104 spricht kritisch von gleichnishafter, administrativer Gebundenheit.

86 A. Hanebeck (Fn. 18), S. 268 ff.

87 Vgl. C.-F. Menger (Fn. 85), S. 283 ff; C. H. Ule (Fn. 85), S. 112 für das Verhältnis von Gemeindeordnung und Eingemeindungsgesetz. Kritisch H. Maurer (Fn. 48), S. 95 f.

88 G. Püttner (Fn. 47), S. 323.

89 F. E. Schnapp, in: I. v. Münch/P. Kunig (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 1, 4. Aufl., 1992, Art. 20 Rn. 35; R. Herzog (Fn. 81), Art. 20 Abschnitt VI Rn. 9.

90 R. Zippelius, *Juristische Methodenlehre*, 7. Aufl., 1999, 40 f; L. Enneccerus/H. C. Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Bd. 1.1, 15. Aufl., 1950, § 45; K. Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, 5. Aufl., 1971, S. 158 f; F. Ossenbühl (Fn. 74), § 61 Rn. 70 f; R. Herzog (Fn. 81), Art. 20 Abschnitt VI Rn. 23, 36. Dagegen galt sowohl in der Römischen Jurisprudenz als auch im deutschen Mittelalter das Prinzip, daß altes (bewährtes) Recht jüngerer Recht bricht. Vgl. dazu T. Württemberg, *Staatsrechtliche Probleme politischer Planung*, 1979, S. 347.

91 H. Quaritsch, *Das parlamentslose Parlamentsgesetz*, 2. Aufl., 1961, S. 7; K. Vogel, *Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm*, 1965, S. 266, Fn. 113.

92 H. Quaritsch (Fn. 91), S. 7.

»lex posterior«-Regel ergibt sich der unterschiedliche Grad demokratischer Legitimation aus einem zeitlichen Moment, nämlich aus der größeren zeitlichen Nähe der jüngeren Norm zum gegenwärtigen Wahlvolk.⁹³ Die »lex posterior«-Regel drückt damit die Selbstverständlichkeit aus, daß alles gesetzte Recht zur Verfügung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers steht und daß jede Zeit in der Lage sein muß, ihr Recht selbst zu bestimmen.⁹⁴ Jede andere Lösung würde dazu führen, daß veränderte Mehrheiten im Parlament normativ gehindert wären, ihren demokratischen Auftrag zu erfüllen.⁹⁵

Ein Parlamentsgesetz mit Bindungswirkung gegenüber dem Gesetzgeber erscheint in diesem System zunächst als Fremdkörper. Mit seinen Ausführungen zu den drei aufeinander aufbauenden Rechtserkenntnisquellen sowie zu »Vor-Rang« und »Vor-Behalt« des Maßstäbengesetzes unternimmt der Zweite Senat den Versuch, dem Maßstäbengesetz die Aura eines besonderen Ranges innerhalb der Normenhierarchie und damit eine Bindungswirkung gegenüber dem ausfüllenden Finanzausgleichsgesetz zu verleihen.

aa. Maßstäbengesetz keine lex superior

Dabei deutet vor allem die Stufenfolge der »drei aufeinander aufbauenden Rechtserkenntnisquellen«⁹⁶ darauf hin, daß der Zweite Senat dem Maßstäbengesetz einen bislang in der Normenhierarchie noch unbekanntes Rang zwischen der Verfassung und dem einfachen Finanzausgleichsgesetz zuweisen möchte. Das hätte zur Folge, daß dem Maßstäbengesetz als einer Art »Supergesetz«⁹⁷ bei Erlass des Finanzausgleichsgesetzes gegenüber dem Gesetzgeber kraft des »lex superior«-Grundsatzes eine Bindungswirkung zukäme. Allerdings läßt sich eine derartige Erweiterung der Normenhierarchie nicht verfassungsrechtlich stichhaltig begründen, orientiert sich die Normenpyramide doch am Grad der demokratischen Legitimation der Rechtsnormen⁹⁸. Sowohl beim Maßstäbengesetz als auch beim Finanzausgleichsgesetz handelt es sich jedoch um Parlamentsgesetze, die im Verfahren des Art. 77 GG beschlossen werden. Ihre Nähe zum demokratischen Souverän weist keinerlei Unterschiede auf, so daß sie derselben Rechtsquellengruppe, nämlich den förmlichen Gesetzen, zuzuordnen sind.⁹⁹ Eine andere Interpretation ergibt sich auch nicht daraus, daß der Gesetzgeber im Maßstäbengesetz die verfassungsrechtlichen Zuteilungs- und Ausgleichsprinzipien konkretisieren und ergänzen soll.¹⁰⁰ Derartige Verfassungskonkretisierungen nimmt der Gesetzgeber typischerweise in seiner Gesetzgebung – und übrigens auch in dem das Maßstäbengesetz ausfüllenden Finanzausgleichsgesetz – vor, ohne daß sie damit am Rang der Verfassung teilhaben.¹⁰¹

93 K. Vogel (Fn. 91), S. 266 Fn. 113; M. Kloepfer, Vorwirkung von Gesetzen, 1974, S. 57 f.; H. Quaritsch (Fn. 91), S. 7.

94 L. Enneccerus/H. C. Nipperdey (Fn. 90), § 45 I; T. Würtenberger (Fn. 90), S. 347 f.

95 G. Püttner (Fn. 47), S. 323; T. Würtenberger (Fn. 90), S. 351; J. Linck (Fn. 74), S. 327.

96 C.I.1.b.

97 S. Cassese, »Organe, Verfahren und Instrumente der Planung in Italien«, in: J. H. Kaiser (Hrsg.), Planung II, 1966, S. 209 (222) verwendet diesen Begriff in seiner rechtsvergleichenden Arbeit für Plangesetze, die der weiteren gesetzlichen Ausfüllung bedürfen.

98 H. Quaritsch (Fn. 91), S. 7; K. Vogel (Fn. 91), S. 266 Fn. 113.

99 Das wird für das Verhältnis von Haushaltsgrundsatzgesetz und Bundeshaushaltsordnung ebenso gesehen, siehe R. Rausch-Gast (Fn. 41), S. 103 m.w.N.

100 C.I.1.e.

101 T. Würtenberger (Fn. 90), S. 352 ff.; J. Linck (Fn. 74), S. 326 f.

bb. »Lex completa derogat legi complenti«

Ist eine Bindungswirkung des Maßstäbengesetzes nicht über die »lex superior«-Regel zu begründen, könnte sie sich – wie im Fall der Haushaltsgrundsätzegesetzgebung nach Art. 109 Abs. 3 GG – als Einschränkung zum »lex posterior«-Grundsatz ergeben. Zweck und Charakter der Haushaltsgrundsätze als allgemeine Leitlinien für die Bundes- und Landeshaushaltsordnungen hatten die ganz h. M. dazu bewegt, von einem »funktionalen Vorrang« des Haushaltsgrundsätzegesetzes auszugehen.¹⁰²

Auch für das Maßstäbengesetz wäre eine strikte Anwendung des »lex posterior«-Grundsatzes unbefriedigend, denn dadurch würde die vom Zweiten Senat vorgesehene Stufenfolge der Rechtserkenntnisquellen durchbrochen und das Ziel einer übergreifenden, langfristigen Planung des Finanzausgleichs ausgehöhlt.¹⁰³

Angesichts der Vergleichbarkeit der Ausgangslage ist es überzeugend, auch dem telos des Art. 107 Abs. 2 S. 2 GG eine Beschränkung des »lex posterior«-Prinzips zu entnehmen und damit die im Verhältnis von Haushaltsgrundsätzegesetz und ausführender Haushaltsordnung geltende Regel »lex completa derogat legi complenti« auf das Maßstäbengesetz zu erweitern¹⁰⁴. Nach dem Vorbild des Art. 109 Abs. 3 GG würde das bedeuten, daß eine Änderung der Maßstäbe nur durch ausdrückliche Abänderung des jeweiligen Maßstäbengesetzes und nicht durch ein inhaltlich widersprechendes späteres Gesetz erfolgen könnte. Die dadurch vermittelte Bindungswirkung des Maßstäbengesetzes begründet jedoch keine echte, inhaltliche (Selbst-)Bindung des Gesetzgebers. Er bleibt befugt, sich jederzeit, d. h. auch parallel zum Verfahren der konkreten Finanzausgleichsgesetzgebung, von den eigenen Maßstäben zu lösen. Er ist nur verpflichtet, jede Änderung oder Aufhebung von Maßstäben als Änderung oder Aufhebung des Maßstäbengesetzes zu beschließen. Es handelt sich also um eine relative Bindungswirkung¹⁰⁵, die dem Gesetzgeber ein Rechtsformgebot auferlegt, ähnlich dem Verbot der Verfassungsdurchbrechung nach Art. 79 Abs. 1 S. 1 GG.¹⁰⁶ Die Änderung oder Aufhebung der Maßstäbe- und Grundsatzgesetze wird also lediglich formalisiert¹⁰⁷ und dadurch inhaltlich weder erschwert noch ausgeschlossen. Dem Gesetzgeber bleibt die Verfügungsbefugnis über alles gesetzte Recht – als Grundbedingung des demokratischen Staates – erhalten.

IV. Ergebnis

Im Ergebnis erweist sich damit der Versuch des Zweiten Senates, den Finanzausgleichsgesetzgeber durch eine Umdeutung des Art. 107 Abs. 2 S. 2 GG in eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz zu disziplinieren, als untauglich. Die disziplinierende Wirkung der nach Maßgabe des Senates zu erlassenen langfristigen, den Gesetzgeber selbst bindenden Maßstäbe ist in zweierlei Hinsicht zu relativieren. Zum einen

¹⁰² S. o. II.

¹⁰³ T. Würtenberger (Fn. 90), S. 346 f.

¹⁰⁴ Verschiedene Autoren sehen hierin eine eigenständige Kollisionsregel, die sie auf alle Planungs- und Programmgesetze im Verhältnis zu der entsprechenden ausführenden Gesetzgebung anwenden wollen. Sie soll auch für die Landesplanungsgesetze der Länder und die in der Form des Gesetzes erlassenen Landesplanungen oder die auf der Basis der Gemeindeordnungen ergangenen Eingemeindungsgesetze oder Gebietsänderungsgesetze gelten. Vgl. H. Maurer (Fn. 48), S. 101; H. J. Wolff/O. Bachof/R. Stober (Fn. 74), § 26 Rn. 13; N. Achterberg (Fn. 74), S. 293; ähnlich H. Quaritsch (Fn. 91), S. 18 ff. Kritisch dazu T. Würtenberger (Fn. 90), S. 344 ff.; G. Püttner (Fn. 47), S. 322 f.; R. Breuer (Fn. 48), S. 105; S. Cassese (Fn. 97), S. 209 (222).

¹⁰⁵ G. Püttner (Fn. 47), S. 323.

¹⁰⁶ B. Pieroth (Fn. 19), S. 1086; G. Püttner (Fn. 47), S. 323.

¹⁰⁷ R. Breuer (Fn. 48), S. 105.

erschöpft sich die Bindungswirkung der Maßstäbe – ähnlich der des Haushaltsgrundsatzgesetzes – in einer Formalisierung der Maßstabsänderung. Die Maßstäbe entfalten also keine absolute, inhaltliche Bindung für den Gesetzgeber, sondern nur eine relative, formalisierte Bindung. Zum anderen bleibt auch die langfristige Geltung der Maßstäbe, die eine Eliminierung der Partikularinteressen im Verfahren der Finanzausgleichsgesetzgebung gewährleisten soll, eine relative, da die Prognose von Finanzkraft und Finanzbedarf für den Gesetzgeber nur für einen überschaubaren Zeitraum – und damit letztlich nur kurzfristig – möglich ist. Dadurch verliert das Maßstäbengesetz jedoch gerade die Eigenschaften, die es – in den Augen des Zweiten Senats – zu einem wirkungsvollen Instrument zur Disziplinierung des Finanzausgleichsgesetzgebers gemacht haben.

Monika Frommel Gewalt ist kein Schicksal*

Einleitung

Am 13. März 2000 legte das BMJ in Umsetzung des Aktionsplans zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen einen Referentenentwurf zur Verbesserung des zivilrechtlichen Rechtsschutzes betroffener Frauen, im folgenden *GewaltschutzG* genannt, vor¹. Es handelt sich um ein Artikelgesetz, dessen §§ 1–4 im Anhang abgedruckt sind. Nicht abgedruckt werden die zahlreichen verfahrensrechtlichen und familienrechtlichen Einzeländerungen. Sie können aber nachgelesen werden, da die verschiedenen Netzwerke² gegen häusliche Gewalt ausführliche Kommentierungen veröffentlicht haben. Im folgenden soll der Kontext dieser bislang nur Experten näher bekannten Debatte beleuchtet werden. Die Verfasserin versucht aufzuzeigen, daß die zur Zeit verfügbaren zivil- und strafrechtlichen Präventionsstrategien³ nur kombiniert Erfolg

* So der Titel des von Birgit Schweikert verfaßten Buches über »Ausgangsbedingungen, Praxis und Möglichkeiten einer rechtlichen Intervention bei häuslicher Gewalt gegen Frauen unter besonderer Berücksichtigung von polizei- und zivilrechtlichen Befugnissen«, Baden-Baden (Nomos-Verlag, Schriften zur Gleichstellung der Frau Bd. 23) 2000.

Ich danke Dirk Hoffmann aus Bremen und seinem wissenschaftlichen Lehrer und meinem Redaktionskollegen Peter Derleder für vielfältige Anregungen zum Verständnis der oft komplizierten zivilrechtlichen Regelungen, die ich als Strafrechtlerin erst mühsam wieder erlernen mußte. Dirk Hoffmann hat im Auftrag des von der Autorin in Trägerschaft der Universität Kiel betreuten Interventionsprojekt KIK-Schleswig-Holstein Experteninterviews durchgeführt, diese ausgewertet und auf der Basis der von der Praxis bemängelten aktuellen Problemen zum Gesetzesvorhaben der Bundesregierung Stellung genommen. Ohne diese Ergebnisse wäre dieser Überblicksartikel nicht zustande gekommen.

¹ www.bmj.bund.de/inhalt.htm

² Stellvertretend für die unterschiedlichen in Deutschland existierenden *Interventionsprojekte* gegen häusliche Gewalt, die sich um die Institutionalisierung von Kooperationen zwischen staatlichen Institutionen und nicht-staatlichen Hilfsangeboten bemühen, seien hier das Berliner Interventionsprojekt gegen häusliche Gewalt, das seit Oktober 1995 vom Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend gefördert wird, sowie das Ende 1999 als Nachfolgeprojekt des Kieler Interventionskonzepts begonnene Kooperations- und Interventions-Konzept des Landes Schleswig-Holstein gegen häusliche Gewalt an Frauen (KIK-Schleswig-Holstein), das in Trägerschaft des von mir geleiteten Kriminologischen Instituts der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel vom Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend gemeinsam mit dem schleswig-holsteinischen Frauenministerium finanziert wird und erstmalig ein entsprechendes Kooperationskonzept in einem Flächenland installiert, genannt; zu bundesdeutschen Interventionsmodellen gegen häusliche Gewalt vgl. auch Schall/Schirmmayer, FPR 1995, 284, 285 ff.; zu vergleichbaren Interventionsmodellen in den USA und in Australien siehe Baer/Schweikert, FPR 1995, 278 ff.

³ Eine Novellierung der polizeirechtlichen Befugnisse ist zur Zeit ebenfalls Gegenstand von bundesrechtlichen und landesrechtlichen Reformdebatten.