

## ABHANDLUNGEN

## Zur »Wesentlichkeitstheorie« des Bundesverfassungsgerichts

Einige Anmerkungen zum Parlamentsvorbehalt

Von Professor Dr. Hans Herbert v. Arnim, Speyer

## 1. Die Standardformel des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht hat seit eineinhalb Jahrzehnten in einer Vielzahl von Entscheidungen die »Wesentlichkeitstheorie« entwickelt, aber auch wieder eingegrenzt. Diese sog. Theorie, die ihren Namen wohl *Oppermann* verdankt<sup>1</sup>, besagt, formelhaft verkürzt, wesentliche Entscheidungen des Staates habe das Parlament durch förmliches Gesetz zu treffen<sup>2</sup>. Wesentliche Entscheidungen stehen danach unter dem Vorbehalt des parlamentarischen Gesetzes oder kürzer: unter Parlamentsvorbehalt<sup>3</sup>. So hat das Gericht z. B. im Schulrecht, auf das sich viele einschlägige Urteile beziehen, verlangt, der parlamentarische Gesetzgeber müsse die Entscheidung über die Einführung einer Sexualerziehung in den Schulen selbst treffen<sup>4</sup>. Die Standardformel lautet: »Das Rechtsstaatsprinzip und das Demokratieprinzip des Grundgesetzes verpflichten den Gesetzgeber, die wesentlichen Entscheidungen . . . selbst zu treffen und nicht der . . . Verwaltung zu überlassen<sup>5</sup>.«

## 2. Ausgangspunkt der Rechtsprechung: Neubestimmung des Gesetzesvorbehalts

Das Abstellen auf das Wesentliche liefert allerdings selbst noch keine Antworten, sondern ist eher als Aufforderung zu verstehen, erst noch Antworten zu entwickeln, ja vielleicht erst einmal die richtigen Fragen zu stellen<sup>6</sup>. Die Wesentlichkeitsformel des Verfassungsgerichts ist deshalb anfangs auch als »Leerformel«<sup>7</sup> oder gar als »dogmatische Bankrotterklärung«<sup>8</sup> kritisiert worden. Der Ausgangspunkt der Rechtsprechung war in der Tat etwas Negatives: Das Bundesverfassungsgericht wollte den Gesetzesvorbehalt von engen überkommenen Vorstellungen befreien und dadurch Raum schaffen für eine Neubestimmung – ohne daß das Gericht diese Neubestimmung aber bereits vorgenommen hätte.

Das Gericht hob als »entscheidenden Fortschritt« seines Ansatzes hervor, »daß der Vorbehalt des Gesetzes von seiner Bindung an überholte Formen (Eingriff in Freiheit und

Eigentum) gelöst und von seiner demokratisch-rechtsstaatlichen Funktion her auf ein neues Fundament gestellt« werde, »auf dem aufbauend Umfang und Reichweite dieses Rechtsinstituts neu bestimmt werden« könnten<sup>9</sup>.

Es wurde also nur ein zu eng gewordenes Kleid abgestreift, ohne daß das neue schon ganz fertig gewesen wäre. Immerhin liegt die Aufforderung an die Rechtswissenschaft auf dem Tisch, sich am Schneidern des neuen Kleides zu beteiligen; inzwischen hat die von Fall zu Fall sich vortastende Rechtsprechung beider Senate des Bundesverfassungsgerichts in gegenseitigem Austausch, aber auch im Austausch mit dem rechtswissenschaftlichen Schrifttum bereits einige Klarheit gebracht. Andere Fragen sind nach wie vor offen.

## 3. Weiteres Vorgehen

Um einen Zugang zur Problematik zu gewinnen, erscheint es sinnvoll, zunächst das Grundgesetz nach direkten Anhaltspunkten durchzusehen (unter 4) und darauf der Frage nach dem Warum, nach der Ratio, nach den inneren Gründen der Parlamentsvorbehalte nachzugehen (unter 5). In einem weiteren Abschnitt sollen die herausgearbeiteten Thesen auf eine Fallgruppe angewendet werden, die bisher noch nicht im Zusammenhang mit der Wesentlichkeitstheorie diskutiert wird (unter 6). Am Schluß werden sodann einige Fragen formuliert, die über die enge Fragestellung der Wesentlichkeitstheorie hinausgehen (unter 7).

## 4. Anhaltspunkte im Grundgesetz

Sieht man das Grundgesetz nach direkten Anhaltspunkten für die Geltung des Parlamentsvorbehalts durch, so stellt man fest, ein allgemeiner Vorbehalt ist im Grundgesetz nirgendwo *expressis verbis* niedergelegt. Art. 20 III GG enthält allein den Grundsatz des *Gesetzesvorrangs*. Das Bundesverfassungsgericht hat zwar versucht, daraus auch einen allgemeinen Vorbehalt des Gesetzes abzuleiten<sup>10</sup>. Aus dem Grundsatz, daß die Exekutive an Entscheidungen des Gesetzgebers gebunden ist, ergibt sich zwingend aber nur eine Vorrangregel für diejenigen Fälle, in denen der Gesetzgeber tätig *geworden ist*, nicht auch eine Antwort auf die Frage, in welchen Fällen er tätig *werden muß*. Immerhin bringt der »Vor-Rang« des Gesetzes bereits zum Ausdruck, daß das Gesetz einen *höheren Rang* besitzt als Akte der Exekutive. Dies bestätigt Art. 80 I GG, wonach der Erlaß von Rechtsverordnungen durch die Exe-

1 *Oppermann*, Nach welchen Grundsätzen sind das öffentliche Schulwesen und die Stellung der an ihm Beteiligten zu ordnen? Gutachten C zum 51. Deutschen Juristentag, 1976, S. 48 ff.

2 BVerfGE 40, 237 (249), 2. Senat.

3 BVerfGE 57, 295 (321); 58, 257 (268, 274); beide: 1. Senat.

4 BVerfGE 47, 46 (1. Senat).

5 BVerfGE 47, 46 (78 m. w. N.).

6 Vgl. auch *Umbach*, Das Wesentliche an der Wesentlichkeitstheorie, Festschrift Faller, 1984, S. 111 (129).

7 *Krebs*, Zum aktuellen Stand der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes, Jura 1979, 304 (308 f.).

8 *Kisker*, Verhandlungen des 51. Deutschen Juristentags II, S. M 82.

9 BVerfGE 47, 46 (78 f.).

10 BVerfGE 40, 237 (248 f.); 49, 89 (126); vgl. auch BVerfGE 48, 210 (221): »Aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG) ergibt sich der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes.« (Die drei Entscheidungen stammen vom 2. Senat.)

kutive einer nach Inhalt, Zweck und Ausmaß bestimmten Ermächtigung durch förmliches Gesetz bedarf. Darüber hinaus finden sich zahlreiche textliche Anhaltspunkte in den speziellen Gesetzesvorbehalten des Grundrechtsteils und des organisatorischen Teils des Grundgesetzes<sup>11</sup>. So können die meisten Grundrechte ausdrücklich nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt, inhaltlich bestimmt oder geregelt werden<sup>12</sup>.

Will man der Frage nähertreten, ob aus diesen grundgesetzlichen Anhaltspunkten auf die Geltung eines *allgemeinen* Parlamentsvorbehalts geschlossen werden kann, so setzt dies – als notwendige, wenn vielleicht auch nicht als hinreichende Bedingung – die vorherige Klärung der inneren Gründe der grundgesetzlichen Vorbehalte voraus; ohne Vergewisserung über die Gründe kann die Frage nach der Verallgemeinerungsfähigkeit der grundgesetzlichen Vorbehalte und nach dem Anwendungsbereich der Wesentlichkeitstheorie nicht sinnvoll diskutiert werden. Im übrigen ist auch dort, wo das Grundgesetz einen speziellen Gesetzesvorbehalt enthält, durchaus nicht immer klar, ob damit ein *Parlamentsvorbehalt* gemeint ist oder ob nicht auch ein sog. Gesetz im materiellen Sinn, also eine Rechtsverordnung oder eine Satzung der Exekutive, genügt; und selbst dort, wo das Grundgesetz mit einem speziellen Gesetzesvorbehalt zweifelsfrei ein *Parlamentsgesetz* meint<sup>13</sup>, muß zur Beantwortung der Frage nach Umfang und Intensität des erforderlichen Gesetzes auf die Gründe zurückgegangen werden. Schließlich stellt sich bei finanziellen Leistungen des Staates noch die weitere Frage, ob nicht auch die Einstellung der Mittel in den Haushaltsplan ausreicht, der nach Art. 110 II 1 GG durch parlamentarisches Haushaltsgesetz festgestellt wird.

### 5. Die inneren Gründe

#### a) Die Freiheits- und Eigentumsformel; grundrechtliche und rechtsstaatliche Vorbehalte

Die Suche nach den eigentlichen Gründen für die Geltung des Parlamentsvorbehalts kann an mehreren Stellen ansetzen. Einmal könnte man von dem ungeschriebenen, auf staatsrechtlicher Tradition beruhenden sog. *allgemeinen Gesetzesvorbehalt* ausgehen, wonach staatliche Eingriffe in Freiheit und Eigentum der parlamentsgesetzlichen Ermächtigung bedürfen<sup>14</sup>, und mit Hilfe der Erkenntnis, daß im modernen Sozialstaat die Teilhabe an staatlichen Leistungen für die einzelnen ebenso wichtig sein kann wie der Schutz vor staatlichen Eingriffen, zu einer Ausweitung des allgemeinen Gesetzesvorbehalts kommen und ihn auch auf finanzielle, organisatorische und verfahrensmäßige staatliche Leistungen, die die einzelnen unmittelbar berühren, erstrecken. Dieser Ansatz, der sich auch in Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts findet<sup>15</sup>, paßt mit

seiner Beschränkung auf Entscheidungen, die Interessen einzelner direkt berühren, aber nur für einen Teil der Gesetzesvorbehalte und gibt im übrigen keine Antwort auf die Frage nach den Gründen. Der Ausgangspunkt der Argumentation, nämlich die Fortgeltung der vorgrundgesetzlichen Freiheits- und Eigentumsformel, bedarf vielmehr selbst der Begründung<sup>16</sup>.

Auch soweit sich ausdrücklich *grundrechtliche* Gesetzesvorbehalte finden, bedarf es doch der Begründung, warum nicht ein materielles Gesetz ausreicht; dies auch deshalb, weil sich nur aus den Gründen Kriterien für die Reichweite und Intensität des Parlamentsvorbehalts gewinnen lassen<sup>17</sup>.

Schließlich kann auch der Hinweis, daß eine gesetzliche Regelung, insbes. wenn sie in Grundrechte eingreift, von Verfassungs wegen bestimmte *rechtsstaatliche* Qualitäten aufweisen muß, insbes. ein Mindestmaß an Bestimmtheit und Generalität, als solcher noch kein schlüssiges Argument für die Vorzugswürdigkeit der parlamentarischen im Vergleich zur exekutivischen Rechtsetzung sein, weil auch die von der Exekutive erlassene Rechtsverordnung als materielles Gesetz in gleichem Maße bestimmt und generell sein muß wie das Parlamentsgesetz.

#### b) Formale demokratische Legitimation

Nach dem Grundgesetz bedarf alle Staatsgewalt der demokratischen Legitimation<sup>18</sup>. Da die Wahl des Bundestags und der Landesparlamente direkt durch das Volk den Parlamenten ein besonderes Maß an demokratischer Legitimation gibt, könnte man daran denken, *hieraus* einen Vorrang des Parlaments und eine Begründung des Parlamentsvorbehalts für besonders wichtige Entscheidungen abzuleiten<sup>19</sup>. Diesen Gesichtspunkt hat das Bundesverfassungsgericht in der Kalkar- und in der Nachrüstungsentscheidung aber relativiert und hervorgehoben, in der parlamentarischen Demokratie besitze auch die vom Parlament gewählte und von seinem Vertrauen abhängige Regierung *personelle* demokratische Legitimation<sup>20</sup>. Darüber hinaus

16 Im Schrifttum wird die Fortgeltung der Freiheits- und Eigentumsformel vor allem von Klaus Vogel, VVDStRL 24, 125 (149 ff.), und von Papier, Die finanzrechtlichen Gesetzesvorbehalte und das grundgesetzliche Demokratieprinzip, 1973, 27 ff., bestritten. Vgl. zur Erschütterung der früheren Gründe für den allgemeinen Gesetzesvorbehalt unten Fußn. 22 und den zugehörigen Text.

17 Vgl. auch Staube, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 193 ff. (199).

18 BVerfGE 44, 125 (138 f.); 47, 253 (271 f.).

19 Vgl. z. B. E 33, 125 (159), 1. Senat: »In einem Staatswesen, in dem das Volk die Staatsgewalt am unmittelbarsten durch das von ihm gewählte Parlament ausübt, (ist) vor allem dieses Parlament dazu berufen, im öffentlichen Willensbildungsprozeß unter Abwägung der verschiedenen, unter Umständen widerstreitenden Interessen über die von der Verfassung offen gelassenen Fragen des Zusammenlebens zu entscheiden.« E 40, 237 (249 f.), 2. Senat: »Dem vom Parlament beschlossenen Gesetz (kommt) gegenüber dem bloßen Verwaltungshandeln die unmittelbarere demokratische Legitimation zu, und das parlamentarische Verfahren gewährleistet ein höheres Maß an Öffentlichkeit der Auseinandersetzung und Entscheidungssuche und damit auch größere Möglichkeiten eines Ausgleichs widerstreitender Interessen.«

20 Diese Feststellung wird im übrigen durch die soziologische Beobachtung bestätigt, daß Bundestagswahlkämpfe sich zunehmend auf die Kanzlerkandidaten und die Führungsmannschaften der Parteien zuspitzen und Wahlentscheidungen deshalb häufig in der Sache Entscheidungen für diese

11 Überblick bei Stern, Staatsrecht II, 1980, S. 560 ff.

12 Das Bundesverfassungsgericht (E 49, 89 [127]) sieht in Art. 80 I GG und in den besonderen Gesetzesvorbehalten »Ausprägungen« des allgemeinen Gesetzesvorbehalts.

13 Völlige Klarheit besteht nur in den Fällen, in denen das Grundgesetz ausdrücklich ein »förmliches« Gesetz verlangt, wie in Art. 104 I GG, oder in denen sich die Notwendigkeit eines förmlichen Gesetzes aus sonstigen Gründen zweifelsfrei ergibt, etwa bei Gesetzen, die der Zustimmung des Bundesrats bedürfen.

14 Dazu Klaus Vogel, Gesetzgebung und Verwaltung, VVDStRL 24, 150; Starck, Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes, 1970, S. 83 ff.

15 BVerfGE 47, 46 (78 f.).

komme der Exekutive – ebenso wie der Gesetzgebung und der Rechtsprechung – institutionelle und funktionelle demokratische Legitimation zu, weil der Verfassungsgeber<sup>21</sup> sie als verfassungsunmittelbare Institution und Funktion geschaffen habe<sup>22</sup>. Insofern ist die verfassungsrechtliche Ausgangslage in der parlamentarischen Demokratie des Grundgesetzes eine völlig andere als noch in der konstitutionellen Monarchie, in der staatliche Entscheidungen demokratische Legitimation nur durch den Vorbehalt des parlamentarischen Gesetzes erhalten konnten. Der Umstand, daß in der Demokratie auch die Exekutive demokratische Legitimation besitzt, schließt es – mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts in der Kalkar-Entscheidung – aus, »einen Vorrang des Parlaments und seiner Entscheidung gegenüber den anderen Gewalten als einen alle konkreten Kompetenzzuordnungen überpielenden Auslegungsgrundsatz herzuleiten<sup>23</sup>. Der Grad der formalen demokratischen Legitimation, den einerseits das Parlament, andererseits die Exekutive besitzt, kann also nicht der Schlüssel zur Erkenntnis der Wesentlichkeitstheorie sein, jedenfalls nicht der alleinige.

### c) »Richtigkeit« als Kernfrage

Einen weiterführenden Ansatzpunkt eröffnet eine Stelle im Nachrüstungsbeschluß des Bundesverfassungsgerichts. Dort hebt das Gericht hervor, die Teilung der Gewalten und die Zuweisung verschiedener Funktionen an verschiedene Organe ziele darauf ab, daß staatliche Entscheidungen »möglichst richtig, d. h. von den Organen getroffen werden, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen«<sup>24</sup>. In der Tat scheint die Frage nach der *Richtigkeit* (in einem noch näher zu erörternden umfassenden Sinne) und danach, wie die Richtigkeitschance staatlicher Entscheidungen möglichst groß gehalten werden kann, den Kern der Problematik zu treffen. Bezogen auf die Zuständigkeitsverteilung zwischen Legislative und Exekutive geht die *Kernfrage* somit dahin, über welche besonderen organisatorischen, verfahrensmäßigen und sonstigen Qualitäten der parlamentarische Gesetzgeber verfügt, die erwarten lassen, daß seine Entscheidungen – in bestimmten Bereichen – typischerweise *richtiger* sind als Entscheidungen der Exekutive.

sind. Vgl. auch *Magiera*, Parlament und Staatsleitung in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes, 1979, S. 108; *Staupe*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 170.

21 Die Schreibweise divergiert. Wir verwenden die vom Grundgesetz in der Präambel verwendete Schreibweise mit Genetiv-s.  
22 BVerfGE 49, 89 (125); 68, 1 (88); unter Bezugnahme auf *Ossenbühl*, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, 1968, 187 ff., und *Böckenförde/Grawert*, Sonderverordnungen zur Regelung besonderer Gewaltverhältnisse, AöR 1970, 1 (25 f.). – Dadurch wird auch die überkommene Grundlage für den allgemeinen Gesetzesvorbehalt (Freiheits- und Eingriffsformel) erschüttert. Dieser beruht vornehmlich auf dem Gedanken, daß Eingriffe der monarchischen Exekutive in die Sphäre der Gesellschaft nicht ohne deren Zustimmung zulässig sein sollten, die durch das Parlament als Repräsentant der Gesellschaft erteilt wurde (*Roellecke*, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Grenzbereich der Gesetzgebung, NJW 1978, 1776/1778: *volenti non fit iniuria*). Sobald die Exekutive aber ebenfalls demokratisch legitimiert ist und in gleicher Weise das Volk repräsentiert wie das Parlament, ist die überkommene Notwendigkeit für den Parlamentsvorbehalt für Eingriffe erschüttert.

23 BVerfGE 49, 89 (125 f.).

24 BVerfGE 68, 1 (86).

### d) Gesetzgebungsverfahren als Charakteristikum der parlamentarischen Entscheidung

Der zentrale Unterschied zwischen parlamentarischer Gesetzgebung und exekutiver Entscheidung liegt letztlich in der Struktur des Verfahrens, eine Erkenntnis, die *Starck* schon vor fast zwei Jahrzehnten herausgearbeitet<sup>25</sup> und die vor allem *Kisker*<sup>26</sup> für das Verständnis der Wesentlichkeitsrechtsprechung nutzbar gemacht hat<sup>27</sup>.

Das parlamentarische Gesetzgebungsverfahren ist – so wie es für den Bund im Grundgesetz und in den Geschäftsordnungen der beteiligten Bundesorgane geregelt ist – durch dreierlei gekennzeichnet: (1) durch die Mitwirkung mehrerer Beteiligter, insbesondere auch der Opposition und des Bundesrats, (2) durch einen tiefgestaffelten Willensbildungsprozeß, der sich in mehrere Lesungen im Plenum, in Ausschußberatungen und sonstige Abschnitte unterteilen läßt, und vor allem (3) durch Diskussion, durch Öffentlichkeit der Verhandlungen im Bundestag (Art. 42 I GG) und im Bundesrat (Art. 52 III GG), durch die allgemeine Zugänglichkeit der als Bundestagsdrucksachen gedruckten Materialien (Gesetzentwürfe, Plenarprotokolle und Ausschußberichte) und durch die Veröffentlichung des Gesetzes im Bundesgesetzblatt (Art. 82 I 1 GG).

Soll dieses aufwendige Verfahren kein Selbstzweck sein, so kann es nur den Sinn haben, den in diesem Verfahren getroffenen Entscheidungen ein besonders Maß an Richtigkeit zu vermitteln<sup>28</sup>.

### e) Maßstäbe für die Richtigkeit: Die Grundwerte des Grundgesetzes

Damit ist die Frage nach den Maßstäben der Richtigkeit aufgeworfen<sup>29</sup>. Üblicherweise kommen hier zunächst das Demokratie- und das Rechtsstaatsprinzip in den Blick, die im Grundgesetz ausdrücklich niedergelegt sind und die das Bundesverfassungsgericht zur Begründung des Parlamentsvorbehalts immer wieder angeführt hat<sup>30</sup>. Beide Prinzipien führen jedoch nicht recht weiter, wie schon die stereotype Formelhaftigkeit ihrer Verwendung durch das Gericht indiziert<sup>31</sup>. Man muß deshalb auf die Grundwerte

25 *Starck*, Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes, 1970, S. 157 ff. – »Verfahren« ist hier in einem weiten, auch die Struktur der zu vergleichenden Organe (Parlament und Exekutive) umfassenden Sinn gemeint.

26 *Kisker*, Neue Aspekte im Streit um den Vorbehalt des Gesetzes? NJW 1977, 1313 (1315). Vgl. auch *Magiera*, Parlament und Staatsleitung in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes, 1979, S. 205 ff., 234 ff., 257 ff.; *Ossenbühl*, Aktuelle Probleme der Gewaltenteilung, DÖV 1980, 545 (549); *Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, 2. Aufl., 1981, S. 384; *Eberle*, Gesetzesvorbehalt und Parlamentsvorbehalt, DÖV 1984, 485 (489 f.); *Sattler*, in: Götz/Klein/Starck, Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterlicher Kontrolle, Göttinger Symposium, 1985, S. 97 f. (Diskussionsbeitrag); H. H. Klein, ebenda, S. 129; *Staupe*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 213 ff.

27 Daß die Bedeutung des Gesetzgebungsprozesses in den einschlägigen Urteilen des Bundesverfassungsgerichts von Anfang an seinen Ausdruck findet, zeigen die in Fußn. 19 wiedergegebenen Zitate.

28 Vgl. auch schon *Magiera*, Parlament und Staatsleitung, S. 84 ff. (90); *Ossenbühl*, DÖV 1980, 545 (548 f.).

29 Zum Begriff der »Richtigkeit« in der rechts- und sozialstaatlichen Demokratie eingehend Hans *Ryffel*, Rechts- und Staatsphilosophie, 1969, S. 203 ff.

30 Vgl. z. B. BVerfGE 33, 125 (158); 45, 400 (417 f.).

31 Das liegt nicht zuletzt daran, daß die Bedeutung beider Prinzipien nicht abschließend geklärt ist. So ist z. B. umstritten, ob

durchgreifen, die dem Grundgesetz insgesamt und damit auch dem Demokratie- und dem Rechtsstaatsprinzip zugrundeliegen<sup>32</sup>. Auszugehen ist von den Kernnormen des Grundgesetzes: Art. 1 und Art. 20 GG (vgl. Art. 79 III GG). Art. 1 I GG trifft die Grundentscheidung, daß der Staat und alle seine Organe um der Menschen willen da sind (und nicht umgekehrt)<sup>33</sup>. Art. 20 II GG erklärt das Volk zum Ausgangspunkt aller Staatsgewalt. Dies gilt für das Volk als Verfassungsgeber, aber auch für das Volk als periodisch tätig werdendes Wahlorgan. Aus beiden Grundnormen ergibt sich: Das Grundgesetz verlangt nicht nur Entscheidungen *durch* das Volk, sondern ebenso Entscheidungen *für* das Volk<sup>34</sup>. Der Rückbezug auf die Grundnormen des Grundgesetzes macht zweierlei ganz deutlich: Die Zielrichtung der verschiedenen Staatsorgane ist von Verfassungen wegen eine einheitliche. Sie sollen in ihren verschiedenen Rollen doch immer nur dem einen Staatsbürger dienen. Der Bezug auf die Grundnormen zeigt aber auch, daß der vom Bundesverfassungsgericht genannte Begriff der »Richtigkeit« nicht auf inhaltliche Richtigkeit verkürzt werden darf, sondern eine *Mehrheit* von Grundwerten umfaßt<sup>35</sup>. Dazu gehören: (1) Inhaltliche Ausgewogenheit der Entscheidungen, (2) Teilhabe des Volkes an den Entscheidungen und (3) Klarheit darüber, was Rechts ist. Die relativ weitgehende Erfüllung dieser drei Grundwerte dient zugleich (4) der Integration, weil es den Menschen dadurch erleichtert wird, mit »dem Staat« und seinen Entscheidungen einverstanden zu sein<sup>36</sup>.

#### f) Verwirklichung der Grundwerte durch das Gesetzgebungsverfahren

Die Frage, auf welche Weise das parlamentarische Gesetzgebungsverfahren zur möglichst weitgehenden Realisierung dieser Werte beizutragen vermag, kann nicht ohne Rückgriff auf Staatslehre und Politikwissenschaft erörtert werden. Wir greifen zu diesem Zweck zurück auf den Versuch von Staatsrechtslehren wie *Friesenhahn* und Politikwissenschaftlern wie *Hennis*, *Steffani*, *Ritter* und anderen, den Sinn des Parlamentarismus der Bundesrepublik unter

das Demokratieprinzip sich nur auf die Entscheidung der Mehrheit beschränkt oder auch auf inhaltliche Richtigkeit zielt. Dazu v. *Arnim*, Gemeinwohl und Gruppeninteressen, 1977, S. 43–47 m. w. N. – Dazu, daß Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip beim Versuch, die Wesentlichkeitstheorie zu begründen, nicht weiterführen, jetzt insbesondere *Staupe*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 163 ff. m. w. N. – Ebensovienig führt es weiter, wenn man den ausfüllungsbedürftigen Begriff »Richtigkeit« durch das ebenfalls ausfüllungsbedürftige Synonym »Gemeinwohl« ersetzt.

32 v. *Arnim*, Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland, 1984, S. 176 f.

33 Dazu v. *Arnim*, Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland, 1984, S. 127 ff. m. w. N.

34 *Hesse*, Die verfassungsrechtliche Stellung der Parteien im modernen Staat, VVDStRL 17, 11 (19 f.).

35 Dies kommt auch in dem Begriff der »Optimierung« zum Ausdruck: Es geht um die bestmögliche Realisierung einer Mehrzahl von Grundwerten.

36 Der Begriff der »Richtigkeit« als Kriterium für die Aufgabenverteilung zwischen Parlament und Exekutive darf also – entgegen einem gängigen Vorurteil – nicht auf inhaltliche Effizienz verkürzt werden. Der Begriff »Richtigkeit« bezieht sich nicht nur auf den Inhalt, sondern auch auf die Art des Zustandekommens der Entscheidung, nicht nur auf das Was, sondern auch auf das Wie und das Wer. Das folgt daraus, daß die Grundwerte des Grundgesetzes nicht nur inhaltliche, sondern auch modale Grundwerte sind (dazu v. *Arnim*, Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland, 1984, S. 201 ff.).

den heutigen rechtlichen und faktischen Bedingungen zu bestimmen<sup>37</sup>. Die Öffentlichkeit als Kern der parlamentarischen Verhandlungen ist in dieser Sicht kein bloßes Ritual, keine »überflüssige Dekoration, unnützlich und sogar peinlich«, wie Carl *Schmitt* noch gemeint hatte<sup>38</sup>, sondern Kernbestandteil des parlamentarischen Verfahrens. Die Verhandlungsöffentlichkeit gibt vor allem der Opposition die Möglichkeit, die Regierungspolitik zu kritisieren, ihre eigenen, vielleicht besseren Argumente vor der Öffentlichkeit auszubreiten, um Unterstützung zu werben und sich für die nächste Wahl als bessere Alternative darzustellen. Dadurch werden wiederum die Regierung und die Regierungsfractionen, auch wenn sie über eine Mehrheit im Parlament verfügen, die an sich ausreicht, um einfach entscheiden zu können, gezwungen, ihre Initiativen vor dem Forum der Öffentlichkeit zu rechtfertigen und mögliche Kritik gedanklich vorwegzunehmen und zu berücksichtigen.

Die Öffentlichkeit ist es also, die sozusagen als Medium das Gewicht der Opposition stärkt, dadurch die Chance der inhaltlichen Richtigkeit der in diesem Prozeß ergangenen Entscheidung erhöht und gleichzeitig die Mitwirkung der Bürgerschaft vertieft, indem sie es ihr ermöglicht, einigermaßen informiert zwischen Regierungspartei und Opposition bei den periodisch wiederkehrenden Wahlen zu entscheiden. Durch die öffentliche Diskussion und die Publizität der Entscheidung wird zugleich die Klarheit darüber gefördert, was Rechts ist. Das öffentliche Verfahren dient also allen vier Elementen: der inhaltlichen Richtigkeit, der Mitentscheidung des Volkes und der Rechtssicherheit, und durch die Förderung dieser drei zugleich auch der Integration.

Zwar haben auch diese Vorstellungen etwas Modellhaftes und dürfen nicht verabsolutiert werden, sondern verlangen ihrerseits immer wieder kritische Überprüfung<sup>39</sup>. Vor allem schließt die Betonung der relativen Richtigkeit des Gesetzgebungsverfahrens die Möglichkeit (und Notwendigkeit) nicht aus, das Gesetzgebungsverfahren durch Reformen weiter zu verbessern<sup>40</sup>. Dennoch scheinen mir die dargestellten Überlegungen derzeit am besten geeignet, den besonderen Wert des parlamentarischen Verfahrens, dessen Kern die Öffentlichkeit darstellt, zu begründen und dadurch das Verständnis des parlamentarischen Gesetzesvorbehalts und damit auch der Wesentlichkeitstheorie zu fördern.

Obwohl damit natürlich noch keine Patentformel für die Ermittlung der Bereiche gefunden ist, die dem Parlamentsvorbehalt unterliegen, sondern manche Fragen

37 *Friesenhahn*, Parlament und Regierung im modernen Staat, VVDStRL 16 (1957), 9 (31 f.); *Hennis*, Parlamentarische Opposition und Industriegesellschaft (1956), in: Schumann (Hrsg.), Die Rolle der Opposition in der Bundesrepublik Deutschland, 1976, S. 88–113; *ders.*, Zur Rechtfertigung und Kritik der Bundestagsarbeit (1967), in: *ders.*, Die mißverständene Demokratie, 1973, S. 121–134; *Steffani*, Parlamentarische Demokratie. Zur Problematik von Effizienz, Transparenz und Partizipation, in: *ders.* (Hrsg.), Parlamentarismus ohne Transparenz, 1971, S. 17 ff.; *Gerhard A. Ritter*, Die Kontrolle staatlicher Macht in der modernen Demokratie, in: *ders.* (Hrsg.), Vom Wohlfahrtsausschuß zum Wohlfahrtsstaat, 1973, S. 69 (80 ff.).

38 Carl *Schmitt*, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus (1923), 3. Aufl., 1961, S. 10 f.

39 Dazu v. *Arnim*, Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland, 1984, S. 322 ff.

40 Dazu unter 7.

offenbleiben<sup>41</sup>, kann die Herausstellung des Gesetzgebungsverfahrens als zentraler Eigenheit der parlamentarischen Entscheidung doch in Zweifelsfällen durchaus Hinweis geben, so z. B. auch darauf, was *nicht* dem Parlamentsvorbehalt unterliegt, nämlich solche Arten von Entscheidungen, für die das Gesetzgebungsverfahren nicht primär geeignet erscheint, etwa weil es zu langwierig und zu schwerfällig ist, um in rasch wechselnden, schwer durchschaubaren Situationen eine zügige und sachgerechte Reaktion oder Vorsorge sicherzustellen. So hat das Bundesverfassungsgericht die grundsätzliche Zuordnung der Außenpolitik zur Regierung und damit deren Zuständigkeit für die Zustimmung zum Nachrüstungsbeschluß mit der Begründung bejaht, allein die Regierung verfüge »in hinreichendem Maße über die personellen, sachlichen und organisatorischen Möglichkeiten . . ., auf wechselnde äußere Lagen zügig und sachgerecht zu reagieren«, und damit über die Voraussetzungen für eine »bestmöglich(e)« Wahrnehmung der auswärtigen Angelegenheiten<sup>42</sup>.

Umgekehrt läßt sich positiv die Geltung des Gesetzesvorbehalts und seiner Reichweite nicht nur mit der Bedeutung der Materie<sup>43</sup>, sondern auch damit begründen, daß ein gesteigertes Bedürfnis für die Regelung gerade im Gesetzgebungsverfahren besteht<sup>44</sup>. Das soll im folgenden an einer Fallgruppe aufgezeigt werden, die bisher in der Literatur noch nicht mit der Wesentlichkeitstheorie in Verbindung gebracht worden ist: finanzielle Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache.

## 6. Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache

### a) Diätenurteil

Hauptfall einer Entschädigung des Parlaments in eigener Sache ist die Regelung der Abgeordnetenentschädigung. Hier beschließen die Parlamentarier über finanzielle Leistungen, die sie selbst erhalten<sup>45</sup>. Derartige Entscheidungen

stehen im Bund nach Art. 48 III 1 GG zwar ausdrücklich unter Gesetzesvorbehalt<sup>46</sup>. Damit ist aber noch nichts über die Intensität der erforderlichen gesetzlichen Regelung gesagt, insbesondere über die Zulässigkeit einer möglichen Entscheidungsdelegation, und auch noch nichts darüber, ob ein Gesetzesvorbehalt auch in den Bundesländern gilt, in denen die Landesverfassung keinen ausdrücklichen Gesetzesvorbehalt enthält, wie z. B. im Saarland.

Das Bundesverfassungsgericht hat sich im Diätenurteil von 1975 mit diesen Fragen an zwei Stellen befaßt. Die *eine* Bemerkung betraf eine Regelung im Abgeordnetengesetz, welche die Höhe der Entschädigung mit der Beamtenbesoldung verband. Dies hatte dazu geführt, daß Anhebungen der Beamtenbesoldung automatisch und ohne viel Aufhebens eine Erhöhung auch der Abgeordnetenentschädigung nach sich zogen. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Koppelung für verfassungswidrig erklärt, weil sie das Parlament der Notwendigkeit enthebe, »jede Veränderung in der Höhe der Entschädigung im Plenum zu diskutieren und vor den Augen der Öffentlichkeit darüber als einer selbständigen politischen Frage zu entscheiden«. Das Verfassungsrecht verlange eine *selbständige* Entscheidung des Parlaments über die Höhe der Entschädigung<sup>47</sup>.

Die *andere* Stelle im Diätenurteil betraf eine Regelung des saarländischen Abgeordnetengesetzes, die das Landtagspräsidium ermächtigte, bestimmte Teile der Entschädigung betragsmäßig festzulegen. Das Gericht hat diese Delegation bemängelt, weil dadurch die Festsetzung von Teilen der finanziellen Ausstattung der Abgeordneten der Kontrolle der Öffentlichkeit entzogen werde. In einer parlamentarischen Demokratie lasse es sich zwar nicht vermeiden, daß das Parlament in eigener Sache entscheide, wenn es um die Abgeordnetenentschädigung gehe. Gerade in einem solchen Fall verlange aber das demokratische und rechtsstaatliche Prinzip, daß der gesamte Willensbildungsprozeß für den Bürger durchschaubar sei und das Ergebnis vor den Augen der Öffentlichkeit beschlossen werde. Denn dies sei die einzige wirksame Kontrolle<sup>48</sup>.

Die Intention des Bundesverfassungsgerichts liegt auf der Hand: Dem Parlament und seinen Mitgliedern soll die Flucht aus der für sie vielleicht unbequemen öffentlichen Diskussion über die Höhe der Entschädigung versperrt werden. Worauf es ankommt, ist das Ermöglichen realer Öffentlichkeit, die die Entscheidung für die Öffentlichkeit merklich macht und möglichen Gegendruck und einen gewissen Zwang zur Begründung entstehen läßt.

Das Diätenurteil ist kritisiert worden. *Seuffert* hat in seinem Minderheitsvotum argumentiert, das Grundgesetz verlange an keiner Stelle eine *selbständige* Entscheidung des Parlaments über die Höhe der Diäten; das Grundgesetz und erst recht die Verfassung des Saarlandes enthielten auch nirgendwo ein Delegationsverbot, insbesondere lasse sich ein solches Verbot nicht aus dem Demokratieprinzip ableiten<sup>49</sup>.

Bonner Kommentar, Zweitbearbeitung des Art. 48 GG (1980), Rdnrn. 85 ff. m. w. N.; *Häberle*, Freiheit, Gleichheit und Öffentlichkeit des Abgeordnetenstatus, NJW 1976, 537 (542 f.); *Schenke*, Der Umfang der bundesverfassungsgerichtlichen Überprüfung, NJW 1979, 1321 (1326).

46 Art. 48 III 1 GG: »Das Nähere regelt ein Bundesgesetz.« Ähnlich z. B. Art. 17 III 2 Verf. Nds.: »Das Nähere bestimmt ein Gesetz.«

47 BVerfGE 40, 296 (316 f.).

48 BVerfGE 40, 296 (327).

49 *Seuffert*, Abweichende Meinung, BVerfGE 40, 330 (344, 349 f.).

41 Ungeklärt bleibt z. B., ob Grundrechtseingriffe nur dann dem Parlamentsvorbehalt unterliegen, wenn sie gewichtig sind oder ob sie ihm stets unterliegen, was z. B. dadurch begründet werden könnte, daß Eingriffe eben wegen ihres Eingriffscharakters stets als der parlamentarischen Entscheidung bedürftig und deshalb als wesentlich angesehen werden. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bietet insoweit kein einheitliches Bild (Überblick bei *Schlink*, Die Amtshilfe, 1982, S. 125 ff.; vgl. auch *Ossenbühl*, Göttinger Symposium, S. 23 f.; dazu *Martens*, ebenda, S. 89 f.; *Bachof*, ebenda, S. 90; *Klein*, ebenda, S. 128).

42 BVerfGE 68, 1 (87). Vgl. hinsichtlich eines anderen Falles auch BVerfGE 49, 89 (139 f.).

43 Vgl. *Starck*, Gesetzesbegriff, S. 169 ff.: »Proportionalität zwischen Erzeugungsverfahren und Wichtigkeit der Regelung.« Vgl. auch schon *Krüger*, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., 1966, 285.

44 Vgl. auch *Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, 2. Aufl., 1981, S. 384: »Damit wird die alte Wechselbeziehung von Gesetzesform/-verfahren und Inhalt des Gesetzes wieder aufgenommen, freilich im umgekehrten Bezugsverhältnis: Was ursprünglich die Folge eines bestimmten Inhalts und Gehalts des Gesetzes (generelles Gesetz) war, wird nun zum Ausgangspunkt für die Zuordnung bestimmter Bereiche und Materien zum Gesetzesbegriff. Nicht der Inhalt sucht sich seine Form, sondern die über der inhaltlichen Entleerung des Gesetzesbegriffs erhalten gebliebene Form sucht sich (wieder) den ihr angemessenen Inhalt.« Ähnlich *Hill*, in: Göttinger Symposium, S. 236 (238): »organ- bzw. funktionsgerechte« Aufgabenzuordnung. A. A. *Barbey*, Bundesverfassungsgericht und einfaches Gesetz, 1986, S. 20 f., Fußn. 34.

45 v. Arnim, Die Abgeordneten diäten, 1974, S. 41 f.; *ders.*, Abgeordnetenentschädigung und Grundgesetz, 1975, 70–74; *ders.*,

Das Koppelungsverbot und das Delegationsverbot werden in der Tat verfassungsrechtlich erst begründbar, wenn man sie in den größeren Zusammenhang der Wesentlichkeitsrechtsprechung stellt. Aus der Wesentlichkeitsrechtsprechung hatten wir vier Thesen ableiten können:

1. Das Charakteristikum der parlamentsgesetzlichen Entscheidung liegt nicht so sehr darin, daß das Parlament entscheidet, sondern *wie* es entscheidet, nämlich in einem bestimmten Verfahren, dem förmlichen Gesetzgebungsverfahren.

2. Was das Gesetzgebungsverfahren vor anderen Verfahren der staatlichen Willensbildung vornehmlich auszeichnet, ist seine Öffentlichkeit<sup>50</sup>.

3. Welche Entscheidungen »wesentlich« (i. S. der Wesentlichkeitsrechtsprechung) sind, richtet sich nicht nur nach der inhaltlichen Bedeutung des jeweiligen Entscheidungsbereichs, sondern auch danach, inwieweit ein Bedürfnis für eine Entscheidung im Wege des öffentlichkeitsorientierten Gesetzgebungsprozesses besteht. – Ein solcher Bedarf ist bei Diätenregelungen aber besonders ausgeprägt, weil hier die Entscheidungsträger – einschließlich der Opposition – befangen sind, die Kontrolle der Regierungsmehrheit durch die Opposition nicht funktioniert, alternative Kontrollen kaum greifen und deshalb mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts die Öffentlichkeitskontrolle in der Tat praktisch die einzige wirksame Kontrolle darstellt.

4. Stellt die Öffentlichkeit aber ein wesentliches Element des parlamentarischen Gesetzgebungsprozesses dar und soll damit eine öffentliche Teilhabe und Kontrolle ermöglicht und eine öffentliche Rechtfertigung erzwungen werden, dann müssen (jedenfalls bei Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache) solche Verfahrensweisen unterbunden werden, die diese Funktion durchkreuzen wie die Ankoppelung an eine andere Regelung und die Entscheidungsdelegation an das Parlamentspräsidium. In Fällen dieser Art gilt ein Totalvorbehalt des parlamentarischen Gesetzes.

Diese Grundsätze dürften auch auf andere Fälle der Entscheidung des Parlaments (bzw. der das Parlament beherrschenden Parteien) in eigener Sache übertragbar sein, etwa auf Regelungen über die Finanzierung der Parteien, der Fraktionen und der politischen Stiftungen<sup>51</sup>, und zwar auch dann, wenn sich kein ausdrücklicher Gesetzesvorbehalt im Grundgesetz oder in den Landesverfassungen findet. Dabei handelt es sich z. T. um verfassungsrechtlich bisher ganz ungeklärte Fragen. Die Parteienfinanzierung ist grundsätzlich durch Gesetz geregelt. Insoweit kommt die Frage also nicht zum Schwur. Zwei Fallgruppen erscheinen allerdings verfassungsrechtlich anfechtbar.

#### b) Wahlkampfkosten

Die *eine* betrifft die Wahlkampfkostenerstattung für Landtagswahlkämpfe. In 9 von 11 Ländern ist die Höhe der

Erstattung gesetzlich nicht auf eine bestimmte Summe fixiert. Die Landesgesetze verweisen vielmehr auf den im Parteiengesetz für Bundestagswahlen festgesetzten Betrag<sup>52</sup>. Das waren bis 1983 3,50 DM pro Wahlberechtigten. Diese Pauschale wurde für Bundestagswahlen (und für Europawahlen) mit Wirkung ab 1984 auf 5 DM angehoben. Die landesgesetzlichen Verweisungen führen nun dazu, daß auch für Landtagswahlen der erhöhte Betrag von 5 DM ausgezahlt wird, ohne daß die Landesparlamente darüber im öffentlichen Gesetzgebungsverfahren eine selbständige Entscheidung hätten treffen müssen. Damit ergibt sich eben die Konstellation, um deretwillen das Bundesverfassungsgericht eine Koppelung der Abgeordnetenentschädigung an die Beamtenbesoldung für verfassungswidrig erklärt hatte.

#### c) Zahlungen an Fraktionen und politische Stiftungen

Die *zweite* Fallgruppe betrifft staatliche Zahlungen an Bundestagsfraktionen und an die politischen Stiftungen von vier (und bald wohl von allen fünf) im Bundestag vertretenen Parteien. Hier fehlt es gänzlich an einer gesetzlichen Grundlage. Abseits von der Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit und relativ unbelastet von effektivem Rechtfertigungsdruck haben sich die Zahlungen an die Bundestagsfraktionen<sup>53</sup> erhöht, schneller als irgendwelche möglichen Vergleichszahlen. Eine ähnliche Zuwachsraten weisen auch die sog. Globalzuschüsse an politische Stiftungen auf<sup>54</sup>.

#### d) Einstellung in den Haushaltsplan reicht nicht aus.

Die Einstellung der Mittel in den Haushaltsplan reicht m. E. nicht aus. Das Bundesverfassungsgericht konnte die Frage, »ob es zur Vergabe der Globalzuschüsse neben deren Bereitstellung und den dazu gegebenen Erläuterungen im Bundeshaushaltsplan ... noch einer besonderen gesetzlichen Grundlage« bedarf, in seiner Entscheidung vom 14. 7. 1986 zwar noch ausdrücklich offen lassen<sup>55</sup>. Vor dem Hintergrund der Wesentlichkeitsrechtsprechung einschließlich des Diätenurteils muß man diese Frage m. E. aber bejahen. Gewiß, auch die Bewilligung der Mittel im Haushaltsplan enthält in formaler Sicht eine Entscheidung des Parlaments, weil der Haushaltsplan nach Art. 110 II 1 GG durch Haushaltsgesetz festgestellt wird. Gerade bei Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache kommt es aber nicht so sehr darauf an, daß das Parlament entscheidet, sondern, *wie* es entscheidet, nämlich öffentlichkeitswirksam. Hinsichtlich der Öffentlichkeitswirkung ist die Einstellung und Erläuterung von finanziellen Beträgen im Haushaltsplan und seine Beratung und Verabschiedung im Haushaltsverfahren einer besonderen gesetzlichen Regelung aber in gar keiner Weise gleichwertig: Während Gesetze im Bundesgesetzblatt verkündet werden müssen (für den Bund: Art. 82 I GG), werden vom Haushaltsplan nur der Gesamtplan (§ 13 IV BHO/LHO), nicht auch die Einzelpläne, Kapitel und Titel, aus denen sich erst die

50 Vgl. oben 5 d und die dort Angeführten, insbes. *Kisker*, NJW 1977, 1315: »Was wirklich ins Gewicht fällt, ist das Auslösen einer der Entscheidung des Parlaments vorausgehenden und sie beeinflussenden öffentlichen Diskussion über die Regelung der dem Gesetzesvorbehalt unterworfenen Materie.«

51 Dazu, daß es sich hierbei um Entscheidungen in eigener Sache handelt, v. *Arnim*, Parteienfinanzierung, 1982, S. 46 ff., 110 ff. Zustimmung *Henke*, Der Staat 1984, 137; *Haverkate*, AöR 1984, 460 (465); *Dicke*, Der Staat 1984, 449 (451). Die Sachverständigenkommission zur Neuordnung der Parteienfinanzierung ist dieser Einschätzung grundsätzlich gefolgt: Bericht zur Neuordnung der Parteienfinanzierung, 1983, S. 175, 187.

52 So in allen Ländern außer Bremen und Niedersachsen.

53 Näheres bei v. *Arnim*, Staatliche Fraktionsfinanzierung ohne Kontrolle?, 1987.

54 Die Globalzuschüsse haben sich von 1967, als sie eingeführt wurden, bis 1985 etwa verzehnfacht (von 9 auf 87,9 Mio. DM). Die Zahlungen an die Bundestagsfraktionen haben sich im gleichen Zeitraum verdreizehnfach (von 4,3 auf 56,6 Mio. DM). Zum Vergleich: Das (nominale) Bruttosozialprodukt hat sich im gleichen Zeitraum etwa vervierfacht (von 494 Mrd. DM auf 1847 Mrd. DM).

55 BVerfGE 73, 1 (39).

Bewilligungen und Erläuterungen ergeben, im Gesetzblatt veröffentlicht (§ 1 Satz 2 BHO/LHO). Dies wird mit der sonst eintretenden »übermäßigen Belastung des Verkündungsblatts« begründet<sup>56</sup>. In der Tat sind staatliche Haushaltspläne Werke von gewaltigem Umfang mit Tausenden von Einzelposten. Dieser Umstand steht aber nicht nur der Verkündung im Gesetzblatt, sondern auch einer effektiven öffentlichen Einzelberatung der unübersichtlich vielen Einzelposten im Haushaltsverfahren entgegen. Vor lauter Wald sieht man die einzelnen Bäume nicht. Es ist unmöglich, in den auf einen relativ kurzen Zeitraum beschränkten parlamentarischen Haushaltsberatungen alle Einzelposten öffentlich zu diskutieren<sup>57</sup>. Sind sich die Fraktionen einig, wie dies bei finanziellen Leistungen an sie selbst häufig der Fall sein wird, so besteht von seiten der Abgeordneten in der Regel kein Interesse an einer öffentlichen Diskussion, und für Außenstehende einschließlich der Presse ist es wegen des Umfangs und der besonderen Technizität des Haushaltsplans in der Regel schwer, von sich aus zu ermitteln, welche politisch heiklen Entscheidungen darin enthalten sind. Der jeweils nur selektiv auf einzelne Bereiche richtbare Scheinwerfer der öffentlichen Aufmerksamkeit läßt Zahlungen, die das Parlament in eigener Sache beschließt und die nur im Haushaltsplan ihren Niederschlag finden, deshalb regelmäßig im Dunkeln. Medien und Öffentlichkeit pflegen Erhöhungen etwa der Fraktionszahlungen selbst dann, wenn sie in gewaltigen Sprüngen erfolgen, gar nicht wahrzunehmen. Müssen Zahlungen an Fraktionen und parteinahe Stiftungen (und die Erhöhung solcher Zahlungen) dagegen durch ein Spezialgesetz festgelegt und durch die entsprechende als Parlamentsdrucksache zu veröffentlichende Gesetzesinitiative vorbereitet werden, so werden die Medien dies ebenso kritisch-kontrollierend aufgreifen, wie sie bisher schon Erhöhungen der Abgeordnetendiäten aufzugreifen pflegen.

Aus diesen Gründen reicht für die vom Parlament in eigener Sache beschlossene Gewährung von staatlichen Zuschüssen an Fraktionen und für die Globalzuschüsse an parteinahe Stiftungen die Einstellung der Mittel in den Haushaltsplan nicht aus. Es bedarf einer besonderen Regelung durch Parlamentsgesetz.

### 7. Ausblick

Zum Schluß seien noch einige Bemerkungen angeschlossen, die über die enge Fragestellung der Wesentlichkeitstheorie, ob das Parlament oder die Exekutive zuständig sei, hinausweisen. Die Diskussion um die Wesentlichkeitstheorie legt selbst eine Erweiterung des Gegenstandes nahe, indem sie den Blick auf die Frage nach der *Richtigkeit* staatlicher Entscheidungen und nach den Kriterien und Maßstäben der Richtigkeit<sup>58</sup> lenkt und indem sie die Bedeutung der Entscheidungsverfahren hervorhebt. Die Wesentlichkeitstheorie eröffnet den Zugang zu der Erkenntnis, daß »der Staat« kein monolithischer Block, keine kompakte Entscheidungseinheit, sondern eine *polyzentrische Vielheit* von Entscheidungsträgern ist<sup>59</sup>. Diese

Erkenntnis verlangt gleichwohl keinen Verzicht auf eine Einheitskonzeption<sup>60</sup>. Einheit soll vielmehr dadurch erreicht werden, daß die verschiedenen Teile des gegliederten Gemeinwesens in ihren unterschiedlichen Rollen zur Richtigkeit beitragen – je entsprechend ihrer strukturellen Eignung. Aus diesem Ansatz können sich Anregungen in verschiedene Richtungen ergeben.

#### a) Erweiterung des Anwendungsbereichs des komparativen Ansatzes

So liegt es nahe, den *komparativen Ansatz* der Wesentlichkeitstheorie über den Vergleich von Parlament und Regierung hinaus fruchtbar zu machen. Die Frage des Bundesverfassungsgerichts, ob das Parlament oder die Exekutive besser gerüstet ist, bestimmte Arten von Entscheidungen richtig (im oben erläuterten weiten Sinn) zu treffen, betrifft zwar nur die horizontale Gewaltenteilung zwischen zwei Staatsgewalten<sup>61</sup>; die entsprechende Frage kann mit guten Gründen aber auch in bezug auf verschiedene Organe einer *Kommune*, also hinsichtlich der Aufgabenverteilung zwischen Gemeinderat und Gemeindevorstand, gestellt werden (Problem des Satzungsvorbehalts für wesentliche gemeindliche Aufgaben<sup>62</sup>). Die komparative Fragestellung kann darüber hinaus auf den Vergleich unterschiedlicher Entscheidungsebenen bezogen werden, z. B. auf den Vergleich von Entscheidungen einerseits unmittelbar durch den Staat, andererseits durch die Gemeinden oder Landkreise, also für Fragen der Aufgabenverteilung in der *Vertikalen*<sup>63</sup>. Der komparative, auf einen Richtigkeitsvergleich gerichtete Ansatz läßt sich weiter nutzbar machen für den Vergleich der Leistungsfähigkeit von Entscheidungen durch repräsentative Körper-

Hesse/Mayntz/Scharpf (Hrsg.), Jahrbuch für Staats- und Verwaltungswissenschaft, Bd. 1/1987, S. 55 (78 f.); Brohm, DÖV 1987, 265 (»polyzentrisches System der Rechtserzeugung«).

60 Vgl. dazu auch die Referate von Bryde und Haverkate und die anschließende Diskussion zum Thema »Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem« auf der Passauer Staatsrechtslehrertagung 1987 (VVDStRL 46, im Erscheinen).

61 Der komparative Ansatz läßt sich im übrigen auch für das Verhältnis der Zweiten zur Dritten Gewalt (Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung) nutzbar machen (dazu Brohm, Die staatliche Verwaltung als eigenständige Gewalt und die Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1986, 321/326; ders., Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit als Steuerungsmechanismen in einem polyzentrischen System der Rechtserzeugung, DÖV 1987, 265/268 ff.), ebenso für das Verhältnis der Ersten zur Dritten Gewalt (Gesetzgebung und Verfassungsrechtsprechung). Dazu v. Arnim, Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland, 1984, S. 361 ff. m. w. N.; vgl. auch unten zu Fußn. 67 f.

62 Dazu Püttner, Gesetzgebung und Exekutivfunktion, Zeitschrift für Gesetzgebung 1986, S. 179 (182 f.); v. Arnim, Volkszählungsurteil und Städtestatistik, 1987 (DST-Beiträge zur Statistik und Stadtforschung, Heft 32), S. 95 f.

63 Für eine Übertragung der auf die horizontale Aufgabenverteilung zwischen den Staatsgewalten Parlament und Regierung bezogenen Fragestellung der Wesentlichkeitstheorie auf die vertikale Aufgabenverteilung zwischen Staat und Kommunen jetzt nachdrücklich Hill, Die politisch-demokratische Funktion der kommunalen Selbstverwaltung nach der Reform, 1987, S. 20–26. – Vgl. zur Aufgabenverteilung zwischen Gemeinde und Landkreis auch die Bemerkungen im Rastede-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (DÖV 1984, 164/166), Sinn und Zweck der doppelten Garantie der Selbstverwaltung für Gemeinde und Kreis in Art. 28 II GG sei es, »die Aufgabe jeweils auf der Ebene anzusiedeln, die hierfür die geeignetere ist«.

56 Vom Bundesverfassungsgericht akzeptiert in E 20, 56 (93).

57 Dies hat *Mußgnug*, Der Haushaltsplan als Gesetz, 1976, S. 302 ff. (insbes. 304 und 315), näher dargelegt und aufgezeigt, daß der Haushaltsplan kein Gesetz ist und einem Gesetz auch nicht gleichwertig ist.

58 »Richtigkeit« wird auch hier in der weiten, nicht auf inhaltliche Richtigkeit beschränkten Bedeutung verstanden. Vgl. oben Fußn. 36.

59 J. J. Hesse, Aufgaben einer Staatslehre heute, in: Ellwein/

schaften einerseits, direkt durch das Volk, etwa im Wege des Volksbegehrens und des Volksentscheids, andererseits<sup>64</sup>, schließlich auch für den Vergleich der Leistungsfähigkeit staatlicher und gesellschaftlicher Entscheidungsverfahren<sup>65</sup>. Natürlich wird dieser Ansatz auch hier keine fertigen Antworten geben, aber er lenkt doch den Blick auf die eigentlichen Fragen.

#### b) Rechtspolitische Konsequenzen

Die Diskussion der Wesentlichkeitstheorie regt darüber hinaus zu rechts- und verfassungspolitischen Anschlussfragen an. Von der Ausgangsfrage des Bundesverfassungsgerichts, ob Parlament oder Regierung besser verfaßt sind, um Entscheidungen richtig zu treffen, gelangt man zwanglos zu der weiteren Frage, ob nicht beide, Regierung und Parlament, bisweilen in gleicher Weise schlecht gerüstet sind. Damit ist eine Problematik angesprochen, die in der politikwissenschaftlichen Pluralismuskritik behandelt wird und mit der sich in der Politischen Ökonomie (die auch einen zunehmend wichtigen nichtmarxistischen Zweig hat) die sog. »Theorie des Staatsversagens« befaßt<sup>66</sup>.

In der Tat zeigen sich immer wieder Fälle, wo das Parlament sich an notwendigen Entscheidungen gehindert oder zu überflüssigen oder unrichtigen Entscheidungen genötigt sieht. Ein Beispiel für das Unvermögen des Parlaments, bisweilen wichtige Gesetze durchzusetzen, gibt das Arbeitskampfrecht, welches trotz seiner Bedeutung bisher keine parlamentsgesetzliche Regelung gefunden hat. Seine Entwicklung ist vielmehr den Arbeitsgerichten als einer Art Ersatzgesetzgeber zugeschoben worden. In der Staatsrechtslehre wird in diesem Zusammenhang die Frage diskutiert, ob die Wesentlichkeitstheorie, die sich bisher nur auf das Verhältnis zwischen Parlament und Exekutive bezieht, auch auf das Verhältnis zwischen Parlament und Rechtsprechung ausgedehnt werden müsse<sup>67</sup>. Dies dürfte jedoch nicht zur Konsequenz haben, daß eine Art Ersatz- und Notkompetenz der Rechtsprechung in Fällen jener Art von vornherein verneint würde. Sonst gäbe es – in Anbetracht der Stärke des entgegenstehenden Gruppendrucks – möglicherweise überhaupt keine ordnende Regelung mehr, auch keine gerichtliche<sup>68</sup>. Die pluralistische Blockierung des Gesetzgebers, die dem Erlaß eines Arbeitskampfgesetzes entgegensteht, ähnelt übrigens derjenigen, die fast 20 Jahre lang den Erlaß eines Parteiengesetzes verhindert hat – entgegen dem Auftrag in Art. 21 III GG. Nur waren es da nicht die Interessenverbände, sondern die Parteien selbst, die sich über den Inhalt des Gesetzes nicht hatten einigen können<sup>69</sup>.

Vom Einfluß der Verbände geprägt ist auch der Bereich der *Subventionen*, und auch hier stellt sich die Frage, inwieweit die vieldiskutierte Erstreckung des Gesetzesvor-

behalts auf Subventionen<sup>70</sup> die Subventionsproblematik wirklich entschärfen könnte. Die Gefahr, daß schlagkräftig organisierte Gruppeninteressen Subventionen erzwingen und die Allgemeinheit ausbeuten, besteht jedenfalls auch bei gesetzlich geregelten Subventionen, wie die Vielzahl steuerrechtlicher Verschonungssubventionen zeigt, die ja überwiegend gesetzlich niedergelegt sind<sup>71</sup>.

Die Problematik der Richtigkeit gesetzgeberischer Entscheidungen wird auch deutlich in der Diskussion um eine große Steuerreform in der Bundesrepublik (wie sich generell *allgemeine* politische Entwicklungen und Fehlentwicklungen in der *Steuer-* und *Finanzpolitik* besonders deutlich zu zeigen pflegen). Hier haben die Vereinigten Staaten von Amerika soeben ein Beispiel gesetzt<sup>72</sup>, indem sie die zahlreichen Steuervergünstigungen bei der Einkommen- und Körperschaftsteuer abgebaut und mit dem daraus resultierenden steuerlichen Mehraufkommen eine massive Erhöhung der Grundfreibeträge und eine Senkung der Steuertarife finanziert haben<sup>73</sup>. Dadurch ist mehr Übersichtlichkeit, Klarheit und zugleich auch mehr Gerechtigkeit geschaffen worden. Das Hauptproblem der Steuerreform bestand auch in Amerika in ihrer Durchsetzung gegen die Interessenverbände und ihr Querfeuer. Es ist aufschlußreich, einmal nachzulesen, wie die Durchsetzung dennoch gelang, nämlich durch eine Art große Koalition zwischen Republikanern und Demokraten in Allianz mit dem Präsidenten, der sich in mehreren landesweiten Fernsehansprachen direkt an das Volk wandte, die Steuerreform zur nationalen Aufgabe erklärte und auf diese Weise die mit großem finanziellen und personellen Aufwand betriebenen Gegenkampagnen der Verbände sozusagen unterließ<sup>74</sup>.

Auch in der Bundesrepublik hält man die Grundidee eines Abbaus der Steuervergünstigungen und einer gleichzeitigen Senkung der Tarife fast allgemein für bestechend und an sich nachahmenswert, glaubt bezeichnenderweise aber nicht, daß die politischen Parteien die nötige Kraft aufbringen werden, um eine wirklich durchgreifende Beseitigung der Steuervergünstigungen gegenüber den Interessengruppen durchzusetzen<sup>75</sup>. Inwieweit diese Skepsis berechtigt ist, wird die laufende Steuerreformdiskussion zeigen.

Jedenfalls scheinen schon diese Beispiele zu belegen, daß auch rechts- und verfassungspolitische Erörterungen angestellt werden müssen, wie größere Richtigkeit auch des parlamentarischen Gesetzes erreicht werden kann, insbesondere wie der Gesetzgeber seine – in der Facharzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts genannte – »Aufgabe, Hüter des Gemeinwohls gegen Gruppeninter-

64 Vgl. v. Arnim, Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland, 1984, S. 512 ff.

65 Vgl. v. Arnim, Gemeinwohl und Gruppeninteressen, 1977, S. 81 ff.; ders., Volkswirtschaftspolitik, 5. Aufl., 1985, 60 ff.

66 Dazu v. Arnim, Staatsversagen: Schicksal oder Herausforderung, in: Aus Politik und Zeitgeschichte 1987 m. w. N. (erscheint im November 1987). Vgl. auch Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 1, 1987, S. 887 (936).

67 Kloepfer, Arbeitsgesetzgebung und Wesentlichkeitstheorie, NJW 1985, 2497 ff.

68 Vgl. auch die Bedenken bei Kloepfer selbst, aaO, S. 2504.

69 Vgl. v. Arnim, Parteienfinanzierung, 1982, S. 36 f.

70 Schenke, Subventionen und Gesetzesvorbehalt, GewArch. 1977, 313; Hartmut Bauer, Der Gesetzesvorbehalt im Subventionsrecht, DÖV 1983, 53; Jarass, Der Vorbehalt des Gesetzes bei Subventionen, NVwZ 1984, 473; Papier, Der Vorbehalt des Gesetzes und seine Grenzen, Göttinger Symposium, 1985, S. 36 (59 f.).

71 Vgl. v. Arnim, Subventionen. Von den Schwierigkeiten der Subventionskontrolle, Finanzarchiv 1986, 81.

72 Flick, Von der Steuerwüste zur Steueroase: USA 1980–1986, Beilage zu DStR 1986, Heft 23.

73 Der Einkommensteuerspitzenatz wurde von bisher 50 auf 28 v. H. (!) gesenkt.

74 Tipke, Einkommensteuer-Fundamentalreform, StuW 1986, 150 ff.; Zöller, Eine plebiszitäre Zange, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 13. 12. 1986, S. 15.

75 Vgl. z. B. Konrad Littmann, Parteien verhindern Gerechtigkeit, Die Zeit, Nr. 43 vom 17. 10. 1986, S. 35.



sen zu sein«<sup>76</sup>, besser erfüllen kann (oder inwieweit Blockierungen und Mängel als zwangsläufiger Preis der Freiheit hinzunehmen sind). Jedenfalls müssen entsprechende Bemühungen vornehmlich am Verfahren in dem weiten Sinn, in dem wir diesen Begriff verstanden haben<sup>77</sup>, ansetzen und zur Stärkung bestimmter Faktoren im politischen Kräftespiel und zur Schwächung anderer führen. Es gilt, die Entscheidungsverfahren (einschließlich der Organstruktur) sinnvoll fortzuentwickeln – ganz im Sinne einer

Schaffung funktionsgerechter Organstrukturen und Entscheidungsverfahren<sup>78</sup>. Bemühungen und Überlegungen, die Richtigkeit der staatlichen Willensbildung durch Verbesserung des Verfahrens (i. w. S.) zu erhöhen, liegen ganz auf der gedanklichen Linie der Wesentlichkeitsrechtsprechung; sie stellen sozusagen eine Fortschreibung ihrer Grundgedanken in den Bereich der Rechts- und Verfassungspolitik hinein dar.

76 BVerfGE 33, 125 (159).

77 Oben Fußn. 25.

78 So die programmatischen Termini von *Ossenbühl*, DÖV 1980, 545 (548 f.).