

Verfassungsrecht und Völkerrecht

Gedächtnisschrift
für Wilhelm Karl Geck

Herausgegeben von
Wilfried Fiedler und Georg Ress



Carl Heymanns Verlag KG · Köln · Berlin · Bonn · München

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Verfassungsrecht und Völkerrecht: Gedächtnisschrift für Wilhelm Karl Geck / hrsg. von Wilfried Fiedler und Georg Ress. – Köln; Berlin; Bonn; München; Heymann, 1989

ISBN 3-452-21362-5

NE: Fiedler, Wilfried [Hrsg.]; Geck, Wilhelm Karl: Gedächtnisschrift



© Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1989

Gedruckt mit Unterstützung des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Universität des Saarlandes und der Vereinigung der Freunde der Universität des Saarlandes e. V.

ISBN 3-452-21362-5

Gedruckt im Druckhaus Thiele & Schwarz GmbH, Kassel

Inhalt

HERMANN MOSLER Wilhelm Karl Geck	1
GEORG RESS Der Staats- und Völkerrechtler Wilhelm Karl Geck	11
WILFRIED FIEDLER Wilhelm Karl Geck als Kollege im Fachbereich	23
PETER BADURA Fragen des Gesetzmäßigkeitsprinzips im japanischen Verfassungsrecht	27
HUBERT BESTE, WERNER KROEBER-RIEL, HEIKE JUNG Auswirkungen der zunehmenden Informationsüberlastung auf das Verhalten von Juristen	37
ROLAND BIEBER Die Flagge der EG	59
ALBERT BLECKMANN Die Personalhoheit im Völkerrecht	79
SEVOLD BRAGA Der Mensch und seine Zeit	91
JOACHIM BURMEISTER Praktische Jurisprudenz und rechtsethischer Konsens in der Gesellschaft	97
MANFRED DAUSTER Die Ministeranklage im deutschen Landesverfassungsrecht	123
KARL DOEHRING Gerechtigkeit im Sozialstaat unter den Forderungen der Gleichheit und Freiheit	141
JÜRGEN DOMES Die Demokratie und die Modernisierung Chinas	157
WILFRIED FIEDLER Gabriel Riesser – a Famous Jewish »Father« of the German Constitution of 1849	189

HANS-ERNST FOLZ	
Bundesgesetzgebung für das Studium Behinderter in den Vereinigten Staaten	199
MICHEL FROMONT	
La garantie du droit de propriété selon la Cour Européenne des droits de l'homme	213
JENS-LIENHARD GASTER	
Zur Regelung von Überlappungskonflikten im Tiefseebergbau	229
PETER HÄBERLE	
Wissenschaftliche Zeitschriften als Aufgabenfeld juristischen Rezensionswesens	277
HUGO J. HAHN	
Einlagensicherung als Staatsaufgabe	301
GÜNTHER HÖNN	
Nicht-nationale Normen als Grenzen der Gültigkeit von Rechtsgeschäften nach nationalem Recht	321
HANS PETER IPSEN	
Der »Kulturbereich« im Zugriff der Europäischen Gemeinschaft	339
JOSEF ISENSEE	
Äquivalenz, Kostenausgleich, Verbandssolidarität im Abgabenrecht	355
AKIRA ISHIKAWA	
Die Sicherheitsleistung des Schuldners zur Abwendung einer vorläufigen Vollstreckung und die Vollstreckung	393
PETER KARPENSTEIN	
Zur Frage eines Notgesetzgebungsrechts der Kommission im Rahmen der gemeinsamen Agrarpolitik	405
OTTO KIMMINICH	
Die personale Autonomie – Relikt einer vergangenen Zeit oder Modell für die Zukunft?	431
HANS R. KLECATSKY UND IVO WINKLER	
Das Studium des italienischen Rechts an der Universität Innsbruck als Beitrag zur transnationalen Sicherung der Südtiroler Autonomie	451

ECKART KLEIN	
Das Abkommen zwischen der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der Regierung der Deutschen Demokratischen Republik über kulturelle Zusammenarbeit	467
GERHARD LÜKE	
Aufrechnung im Verwaltungsprozeß mit einer zivilprozessualen Gegenforderung	493
SIEGFRIED MAGIERA	
Die Einheitliche Europäische Akte und die Fortentwicklung der Europäischen Gemeinschaft zur Europäischen Union	507
SHIGEKI MIYAZAKI	
Aspects of international humanitarian law as world law	531
HEINZ MÜLLER-DIETZ	
Recht und Gesellschaft im Werk Theodor Fontanes	547
KARL JOSEF PARTSCH	
Gedanken zum Schutz ethnischer und sprachlicher Minderheiten	581
JOSÉ PUENTE EGIDO	
Limites Constitucionales en el Derecho Español de la Extradicion	593
ALBRECHT RANDELZHOFFER	
Die ideologische Gespaltenheit der Völkerrechtsgesellschaft in ihrer Auswirkung auf die völkerrechtliche Kriegsverhütung	611
GEORG RESS	
Über die Notwendigkeit der parlamentarischen Legitimierung der Rechtsetzung der Europäischen Gemeinschaften	625
WOLFGANG RÜFNER	
Die Expansion des Sozialstaats und die christliche Wohlfahrtspflege	685
HARALD SCHNEIDER	
Die Grenzen der Leistungsfähigkeit des bundesstaatlichen Finanzausgleichs	701
GUNNAR G. SCHRAM	
The Main Aspects of Environmental Legislation in Iceland	737
MEINHARD SCHRÖDER	
Grundsatzfragen des Lebensmittelschutzes im Falle anormaler radiologischer Ereignisse nach EWG- und Euratomrecht	753

KRZYSZTOF SKUBISZEWSKI	
Völkerrecht und Landesrecht: Regelungen und Erfahrungen in Mittel- und Osteuropa	777
CHRISTIAN STARCK	
Die Begründung mit Stimmgleichheit erlassener Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts	789
HEINHARD STEIGER	
Zum fränkischen Kriegsrecht des karolingischen Großreiches (741–840)	803
ERIC STEIN	
History against free speech: German Law in European and American Perspective	831
KLAUS STERN	
Gedanken zum Wahlverfahren für Bundesverfassungsrichter	885
WERNER THIEME	
Der Student als sozialrechtliches Problem	897
ANTONIO TRUYOL Y SERRA	
Spanien und der völkerrechtliche Schutz der Menschenrechte	915
ELMAR WADLE	
Das geistige Eigentum in der Reichsverfassung der Paulskirche	929
WILHELM WENGLER	
Gedanken zum Mantelgesetz betreffend die Einheitliche Europäische Akte	947
HANS F. ZACHER	
Ehe und Familie in der Sozialrechtsordnung	955
REINHARD ZIMMERMANN	
»Turning and Turning in the Widening Gyre...«. Gegenwartsprobleme der Juristenausbildung in Südafrika	985
Juristische Veröffentlichungen Prof. Dr. Dr. h.c. W. K. Geck	1023
Autorenverzeichnis	1035

Fragen des Gesetzmäßigkeitsprinzips im japanischen Verfassungsrecht

1. GESETZGEBUNG UND VERWALTUNG

In Art. 41 der Japanischen Verfassung ist bestimmt: »Das Parlament ist das höchste Organ der Staatsgewalt und das einzige gesetzgebende Organ des Staates.« Beide Häuser des Parlaments, das Unterhaus und das Oberhaus, setzen sich aus gewählten Mitgliedern zusammen, »die das ganze Volk vertreten«. Eine Gesetzesvorlage wird nach dem in Art. 59 JP geregelten Verfahren durch Verabschiedung in beiden Häusern Gesetz, sofern in der Verfassung nichts anderes vorgesehen ist.

Das japanische Verfassungsrecht hat nach dem Muster der westlichen parlamentarischen Demokratie das Parlament als gesetzgebende Volksvertretung eingerichtet.¹ Die gesetzgebende Gewalt ist dem Parlament vorbehalten. Dementsprechend bedürfen Rechtsverordnungen der Exekutive und Satzungen der lokalen Selbstverwaltungskörperschaften gesetzlicher Grundlage. Alle normativen Akte müssen auf ein Gesetz zurückgeführt werden können, das eine hinreichende Ermächtigung oder sonstige Rechtsgrundlage enthält.² Es gibt kein selbständiges Verordnungsrecht der Exekutive.³

Nach Art. 65 JP liegt die vollziehende Gewalt beim Kabinett. Das Kabinett ist in der Ausübung seiner vollziehenden Gewalt gemeinschaftlich dem Parlament gegenüber verantwortlich. Ihm obliegt zusätzlich zu anderen Verwaltungsaufgaben die gewissenhafte Durchführung der Gesetze und Leitung der Staatsangelegenheiten (Art. 73 JP). »Kabinettsverordnungen« müssen vom zuständigen Staatsminister unterzeichnet und vom Ministerpräsidenten gegengezeichnet werden (Art. 74 JP). Weitere Vorschriften über Rechtsverordnungen und ihre Unterscheidung von Verwaltungsvorschriften legt die Verfassung nicht fest, so daß die verfassungsrechtlichen Erfordernisse und Maßstäbe aus dem Grundsatz der dem Parlament vorbehaltenen Gesetzgebung, aus dem konkludent ausgesprochenen Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und aus den materiellen Garantien der »Rechte

1 Yosiyuki NODA, Introduction to Japanese Law, 1976, 7th print., 1987, S. 73 ff.

2 Toshiyoshi MIYAZAWA, Verfassungsrecht (zuerst 1949), 1986, S. 164; Teruya ABE/Masanori SHIYAKE, Die Entwicklung des japanischen Verfassungsrechts von 1965–1976, JÖR 26, 1977, S. 595/617; Bin TAKADA, Hauptprobleme des japanischen Verwaltungsrechts, VerwArch. 69, 1978, S. 34/46; Yoshikazu SHIBAIKE, Guidelines and Agreements in Administrative Law (1983), in: Law in Japan 19, 1986, S. 63/70 ff.

3 Toshiyoshi MIYAZAWA a.a.O., S. 282.

und Pflichten des Volkes« (Art. 10 ff. JP) im Wege der Auslegung zu ermitteln sind. Zu den Satzungen besagt die in Art. 94 JP niedergelegte Garantie der örtlichen Selbstverwaltung, daß die öffentlichen Gebietskörperschaften das Recht haben, im Rahmen der Gesetze ihre eigenen Vorschriften zu erlassen.

2. DIE GESETZMÄSSIGE FREIHEIT

Die Japanische Verfassung garantiert in ihrem ausführlichen Dritten Abschnitt »Die Rechte und Pflichten des Volkes« und in dem Zehnten Abschnitt über die Verfassung als das »oberste Gesetz« die fundamentalen Menschenrechte. Zugleich trifft sie dort in verschiedenen allgemeinen und speziellen Klauseln eine Reihe von Grundsatzentscheidungen über Staatsaufgaben.⁴ Diese Verfassungsnormen lassen sich im Zusammenhang mit den institutionellen Bestimmungen über die parlamentarische Gesetzgebung und die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zu der Charakterisierung verallgemeinern, daß die Japanische Verfassung von 1946 – in qualitativer Abwandlung der Verfassung des Kaiserreichs Japan vom 11. Februar 1889 (22. Jahr Meiji) – das Verfassungsbild des »sozialen Rechtsstaats« verwirklicht.⁵

Die Art. 11 bis 13 und Art. 97 bis 98 bilden einen inneren Zusammenhang darin, daß sie die Rechte und Freiheiten des einzelnen als unverletzliche, über die Generationen hinweg bindende Menschenrechte verstehen, die in der Persönlichkeit des Menschen ihren Mittelpunkt haben, auf die Erfordernisse des Gemeinwohls verpflichtet sind und bei der Gesetzgebung, Regierung und Verwaltung als oberster Grundsatz zu achten sind. In den Art. 25 bis 28 sind soziale Gewährleistungen und Rechte ausgesprochen. Durch verschiedene ausdrückliche Gemeinwohl- und Wohlfahrtsklauseln wird der politischen Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers eine Richtschnur für die stets erneut notwendige Abwägung von schutzbedürftiger und schutzwürdiger Freiheitsausübung und den Gemeinwohlerfordernissen einschließlich der sozialen Gestaltungsaufgaben gegeben. Klarer als im deutschen Grundgesetz kommt darin zum Ausdruck, daß der moderne Rechtsstaatsgedanke die parlamentarische Entscheidungskompetenz für die Staatsaufgaben und die Mittel des Rechts zur wirksamen und freiheitswahrenden Erfüllung der Staatsaufgaben verbinden muß. Der japanische Begriff »hochikoku« – Herrschaft nach dem Recht und zum Wohl des Volkes – drückt dieses Verfassungsprinzip anschaulich aus.⁶

Art. 13 JP statuiert: »Alle Bürger werden als Einzelperson geachtet. Ihr Recht auf Leben, Freiheit und ihr Streben nach Glück ist, soweit es nicht dem öffentlichen Wohl entgegensteht, bei der Gesetzgebung und in anderen Regierungsangelegenhei-

4 P. BADURA, Staatsaufgaben und Verfassungspolitik im sozialen Rechtsstaat, in: Festschrift für Takasuke KOBAYASHI, Tokio 1983, S. 619/606 f.

5 Bin TAKADA, Die Aufnahme deutscher Rechtsstaatstheorien in Japan, in: Th. BERBERICH u.a. (Hrsg.), Neue Entwicklungen im öffentlichen Recht, 1979, S. 219/223 ff.

6 Bin TAKADA, Deutsche Rechtsstaatstheorien a.a.O., S. 225.

ten in höchstem Maße zu erwägen.« Freiheitsrecht, staatliche Schutzpflicht und Gesetzgebungsauftrag treten in ihrem inneren Zusammenhang klar zu Tage. Der auch für die Einzelgrundrechte gültige Gesetzesvorbehalt⁷ wird in eine übergreifende Ordnungsvorstellung und Schutzzusage eingefügt. In Art. 25 JP findet sich eine etwas detaillierte und als Rechtsgewähr wie als Aufgabennorm ausgestaltete Sozialstaatsklausel: »Alle Bürger haben das Recht auf ein Mindestmaß eines gesunden und kultivierten Lebens. In allen Lebensbereichen hat sich der Staat um die Förderung und Mehrung des sozialen Wohls, der sozialen Sicherheit und der öffentlichen Gesundheit zu bemühen.«⁸ Diese Gewährleistung ist, auch soweit sie in Absatz 1 als ein »Recht« formuliert ist, eine nur objektivrechtliche Grundsatznorm, die den Gesetzgeber als Richtlinie und Staatszielbestimmung bindet, aber nicht individuelle Rechte auf bestimmte Regelungen oder Wirkungen unmittelbar kraft Verfassung hervorbringt.⁹ Sie setzt also eine entsprechende Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers voraus. Aus der Garantie des Art. 26 Abs. 1 JP, die allen Bürgern das Recht gibt, eine ihren Fähigkeiten entsprechende gleiche Erziehung zu erhalten, »wie vom Gesetz vorgesehen«, wird weitergehend ein Rechtsanspruch auf individuelle Förderung für eine der Neigung und Eignung entsprechende Ausbildung abgeleitet.¹⁰ Die Garantien der Art. 13 und 25 JP können als Grundlage einer Staatszielbestimmung und eines Gesetzgebungsauftrags für die Gewährleistung einer menschenwürdigen und gesunden Umwelt verstanden werden.¹¹

3. GESETZGEBUNG IM RECHTSSTAAT

»Der Rechtsstaat ist Grundlage des Verwaltungsrechts, da dieses durch die Verwaltung ermächtigende und bindende Gesetze entsteht.«¹² Die Gesetzgebung ist in doppelter Hinsicht für den rechtsstaatlichen Charakter der Verwaltung maßgebend. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung sichert die Abhängigkeit der vollziehenden Gewalt von der politischen Entscheidung der parlamentarischen

7 Teruya ABE/Masanori SHIYAKE a.a.O., S. 617.

8 Diese Bestimmung ist dem amerikanischen Entwurf der Verfassung durch das japanische Parlament hinzugefügt worden (Toyowo OHGUSHI, Die Japanische Verfassung vom 3. 11. 1946, JöR 5, 1956, S. 301/308).

9 Teruya ABE, Die Entwicklung des japanischen Verfassungsrechts seit 1952, JöR 15, 1966, S. 513/542; ders./Masanori SHIYAKE a.a.O., S. 625; R. NEUMANN, Änderung und Wandlung der japanischen Verfassung, 1982, S. 127 f.; Toshiyoshi MIYAZAWA a.a.O., S. 110; Yosiyuki NODA a.a.O., S. 196 f.

10 Teruya ABE/Masanori SHIYAKE a.a.O., S. 627.

11 Teruya ABE/Masanori SHIYAKE a.a.O., S. 628; Bin TAKADA u.a., Das Recht auf menschenwürdige Umwelt in Japan, DVBl. 1978, 679/681; Hikaru TAKAGI, Verwaltungs-Realakt und die Lehre von den Handlungsformen der Verwaltung, in: Kobe University Law Review, Internat. Edition No. 15, 1981, S. 15/25 f.

12 Bin TAKADA, Hauptprobleme a.a.O., S. 34.

Volkvertretung und bindet die Exekutive an die durch das Gesetz vermittelten Anforderungen des Rechts.¹³ Durch die Gesetzgebung werden die materiellen Entscheidungen, Zusicherungen und Garantien der Verfassung, vor allem die grundrechtlichen Freiheiten und Zielweisungen, ausgeformt und in Handlungsaufträge und Entscheidungsbedingungen für die Exekutive umgesetzt. In beiden Richtungen kommt die rechtsstaatliche und demokratische Garantiefunktion des Gesetzes zur Geltung.¹⁴

In Japan hat die Ablösung der Meiji-Verfassung durch die demokratische Verfassung von 1946 zu einer Auseinandersetzung über den Rechtsstaatsbegriff¹⁵ und seine Bedeutung für das neue Verfassungsrecht geführt. In der Geltungsdauer der Meiji-Verfassung hatte – auch unter dem Einfluß der preußisch/deutschen Staatsrechtslehre¹⁶ – der Standpunkt allgemeine Anerkennung gefunden, daß der Staat ein »Rechtsstaat« sei, der die Grundsätze einer gesetzmäßigen Verwaltung beachte. Demzufolge erschien der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung als der Kern des Rechtsstaatsprinzips. In der Rückschau wurde der so verstandene Rechtsstaat als nur ein »formaler« Rechtsstaat, also als ein unvollständiger und ungenügender Rechtsstaat neu (und negativ) bewertet. Der Rechtsstaat sei nur dann vollständig und zeitgemäß, wenn er auch den verfassungsmäßigen Schutz des einzelnen durch die Anerkennung der Grundrechte einschließe, wenn er in dieser Weise auch eine inhaltliche Bindung der Gesetzgebung postuliere, wenn er also ein »materieller« Rechtsstaat sei. Indem dann Rechtsstaat mit dem alten »formalen« Rechtsstaat gleichgesetzt wurde, konnte die These entstehen, die neue Verfassung von 1946 beruhe nicht (mehr) auf dem Gedanken des »Rechtsstaats«, sondern auf dem – inhaltlichen – angloamerikanischen Prinzip der »Rule of Law«.

Diese Auseinandersetzung und besonders das in ihr angelegte Entwicklungsschema zeigt unübersehbare Parallelen zu einem längere Zeit in Deutschland lebhaft behandelten Kontroversthemata. Das Thema hat seinen Schwerpunkt in politischen und ideologischen Neuorientierungen. Diese politisch-ideologische Grundströmung kommt klarer zum Ausdruck, wenn von einer Entwicklung vom liberalen zum sozialen Rechtsstaat gesprochen wird. Auch darin liegt natürlich eine erhebliche Vereinfachung. Dennoch kann – wenn Differenzierungen vorbehalten bleiben – mit dieser Formel eine in Deutschland mit der Weimarer Reichsverfassung institutionell faßbare Zäsur und dann Wandlung in den Grundbegriffen des Staates, der Staatsaufgaben und der Freiheitsvorstellung gekennzeichnet werden. Die

13 Siehe R. SMEND, Verfassung und Verfassungsrecht, in: DERS., Staatsrechtliche Abhandlungen, 2. Aufl., 1968, S. 209 ff.

14 P. BADURA, Staatsrecht, 1986, F 5.

15 Hierzu bes. Bin TAKADA, Hauptprobleme a.a.O., S. 46 ff.; DERS., Die Auseinandersetzung um »Rechtsstaat und rule of law« in Japan nach dem Zweiten Weltkrieg (1945–1955), ÖZÖR 36, 1985, S. 9/16 ff., 30 ff.; ders., Der Rechtsstaatsgedanke und die Vorstellung vom Verwaltungsverfahren, in: Festschrift für Carl Hermann Ule, 1987, S. 393/406.

16 Siehe nur Yosiyuki NODA a.a.O., S. 55 f.

Selbstgewißheit und der Zukunftsoptimismus des politischen Liberalismus, ja des seit Renaissance und bürgerlicher Aufklärung herrschenden Individualismus sahen sich in Frage gestellt, weniger durch die Überzeugungskraft neuer Ideen und Gesellschaftsbilder, als durch die Macht der Tatsachen, den Zusammenbruch der bürgerlichen Welt.

Der Rechtsstaat des Liberalismus und des bürgerlichen Zeitalters war – scheinbar – »formal«, weil er den für richtig oder erträglich gehaltenen Inhalt der Gesetze als mehr oder weniger selbstverständlich voraussetzte. Der rechtsstaatliche Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung impliziert das verfassungsstaatliche Prinzip der gesetzmäßigen Freiheit.¹⁷ Dieses Prinzip ist es, das den Leitgedanken der preußischen Verfassungs-Urkunde von 1850 und der Meiji-Verfassung von 1889 bildet. Dieses Prinzip ist ohne Zweifel nicht »formal«. Für das Staatsrecht und insbes. für Gesetz und Verwaltung bedeutet es, daß Eingriffe in Freiheit und Eigentum nur durch Gesetz oder auf Grund Gesetzes zulässig sind. Damit sind dem Gesetz und der parlamentarischen Volksvertretung die wesentlichen Staatszwecke anvertraut. Der alte Rechtsstaat ist der Staat, in dem es Sache des Gesetzgebers war, Freiheit und Eigentum der einzelnen zu gewährleisten.

Der neue Rechtsstaat der Demokratie hat nicht darin eine Änderung gebracht, daß nunmehr die Verfassung auf eine inhaltliche Bindung der Gesetzgebung bedacht war. Der materielle oder soziale Rechtsstaat hat auf Grund einer Umorientierung der Staatszwecke dem Gesetzgeber neue Aufgaben gestellt und damit die Bindung des Gesetzgebers an neue Inhalte bewirkt. In der japanischen Verfassung von 1946 werden diese sozialen Gestaltungsaufgaben des Staates, deren Verwirklichung Sache des Gesetzgebers ist, durchaus eindringlicher ausgesprochen als im Grundgesetz.

4. SOZIALGESTALTUNG DURCH GESETZ

Der Bruch mit der Tradition der Meiji-Verfassung, der mit dem Kriegsende und durch die von der Besatzungsmacht dirigierte Verfassungsgebung eintrat, war einschneidend. Die Lehre Toshiyashi Miyazawas von dem »revolutionären« Charakter der Kapitulation Japans unter Annahme der Potsdamer Deklaration vom August 1945 und folgeweise der dadurch bedingten Verfassungsgebung¹⁸ brachte den Traditions- und Kontinuitätsbruch schmerzhaft zum Bewußtsein, ihn zugleich juristisch deutend, einordnend und nach westlichen Kriterien auf eine Ebene des Verstehens hebend. Die Lehre erklärt die Legitimität der neuen Verfassung und hindert die Auslegung des neuen Verfassungsrechts an kritikloser Rückwendung zu

17 E. FORSTHOFF, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I. Bd., 10. Aufl., 1973, S. 32 ff., 126 ff.; E. R. HUBER, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. III, 2. Aufl., 1970, S. 100 ff.

18 Toshiyoshi MIYAZAWA a.a.O., S. 30 ff. – Dazu R. NEUMANN, Änderung und Wandlung der japanischen Verfassung, 1982, und die Rezension: P. BADURA, AöR 108, 1983, S. 317.

dem nunmehr abgetanen Rechtszustand. Sie kann aber nicht die Augen dafür verbinden, daß Rechtsordnungen nicht bei einem Nullpunkt beginnen können, selbst dann nicht, wenn ihre politische Grundordnung durch eine neue Verfassunggebung wechselt.

Die sozialgestaltende Funktion der Gesetzgebung und die Einbettung der Freiheitsidee in eine Gemeinwohlbindung und in ein Weltbild teils nationaler Eigentümlichkeit und teils überstaatlicher Vernunftbestimmtheit sind in Japan – wie in Europa – schon im 19. Jahrhundert lebendig gewesen und haben die Verfassunggebung der Meiji-Zeit beeinflußt. Derartige Vorstellungen dürften in den traditionellen Werten Japans weitaus eindeutiger angelegt sein als in den Ideen des westlichen Liberalismus, dem sich Japan öffnete.¹⁹ Dies mag den Erfolg erklären, den Hermann Roeslers Ideen der sozialen Kooperation und der Selbstverwaltung in Japan hatten. »Nicht äußere Zweckmäßigkeitserwägungen oder bloße Interessen des Staatswillens, sondern der innere Zusammenhang der Freiheit mit einer lebendig erfaßten sozialen Kulturordnung ist bei Roesler die Begründung der verfassungsmäßigen Grenzen der Freiheit.«²⁰ Dieser jeweils neu zu stiftende innere Zusammenhang kann mit Wirkung für das positive Recht nur durch die Gesetzgebung zur Geltung gebracht werden. Die politische Tradition Japans kommt in der Tat der modernen staatsrechtlichen Doktrin entgegen, die das Gesetz als ausschlaggebendes Instrument der Gewährleistung individueller Freiheit und der Verwirklichung sozialer Aufgaben erkennt. Der japanische Religionsphilosoph Hajime Nakamura schreibt: »As the modern history of the West has shown, the formation of the State is a necessary condition for the active progress of peoples. Japan, in this sense, may be said to have been more favorably conditioned for modernization than other nations of the East which were not so unified. . . . Just as religion was the basis of the ethical thinking of the Indians, family the basis of the practical morals of the Chinese, so the State was the basis of all thought of the Japanese.«²¹

5. DER VORBEHALT DES GESETZES

Die Betonung der Sozialgestaltung durch Gesetz ist – unter den verfassungsrechtlichen Bedingungen der parlamentarischen Demokratie – eine praktisch unausweichliche Folge der staatlichen Garantie für gesellschaftlichen Fortschritt und

19 Hajime NAKAMURA, Basic Features of the Legal, Political, and Economic Thought of Japan, in: Ch. A. MOORE (ed.), The Japanese Mind, 1984, S. 143/144 ff., führt die Prinzipien der Wohlfahrt und Fürsorge und der Harmonie und Einigkeit bis auf den Fürstenspiegel Fürst Shotokus (604) zurück.

20 J. SIEMES, Die Gründung des modernen japanischen Staates und das deutsche Staatsrecht. Der Beitrag Hermann Roeslers, 1975, S. 105.

21 Hajime NAKAMURA a.a.O., S. 156 f.

soziale Gerechtigkeit.²² Die Tendenz zum sozialstaatlichen Etatismus und zu einem instrumentellen Gesetzesbegriff, anders gesagt: Der »Ruf nach dem Staat« und der »Ruf nach dem Gesetzgeber« sind eine Realität und auch ein Wesenszug des demokratischen und sozialen Rechtsstaates. Damit ist allerdings weder in Deutschland noch in Japan etwas über die Substanz des politischen Prozesses gesagt, der im Staat und in der Gesetzgebung institutionell in Erscheinung tritt. Ungeachtet der universalen Konvergenz sind die geschichtlichen und kulturellen Verschiedenheiten auch dort von Gewicht, wo eine Rezeption der westlichen Rechts- und Verfassungsvorstellungen erfolgt und ein allmählich sich vertiefender Adaptionsvorgang zu beobachten ist. So ist Japan beispielsweise bisher noch nicht den ganzen Weg zu einer einseitigen Ausprägung des subjektiven Rechts und zur Herauslösung einer individuellen Rechtsposition aus dem ursprünglichen Status, der Recht und Pflichtbindung im Rahmen einer übergreifenden Gemeinschafts- oder Gemeinwohlzuordnung umfaßt, vorangeschritten. Im Westen zeichnet sich aber eine gegenläufige Entwicklung ab, zwar nicht im Recht der sozialen Leistungen, aber doch in den Bereichen des Wirtschaftsprozesses, der Behandlung des Grundeigentums und in der anerkannten Schutzwürdigkeit von Natur und Umwelt.

Das auffälligste Beispiel für das Durchscheitern der soziokulturellen Eigenart Japans im Verwaltungsrecht ist die Handlungsform der »Verwaltungslenkung« (*gyosei-shido*, administrative guidance).²³ Die Behörde spricht eine mehr oder weniger nachdrückliche »Empfehlung« für ein bestimmtes Verhalten des Betroffenen aus und sieht – jedenfalls vorbehaltlich einer Befolgung der Empfehlung – von einer rechtlich regelnden Entscheidung ab. Dies wird als ein »informelles« Verwaltungshandeln, verwaltungsverfahrensrechtlich als eine Art frei gestaltetes »Vorverfahren« betrachtet²⁴; der Versuch einer Einordnung in das Kategorienraster der verwaltungsrechtlichen Handlungsformen, etwa als (nur) »faktisches« schlichtes Verwaltungshandeln oder als Verwaltungsvorschrift, löst Verlegenheit aus.²⁵ Das Anwendungsfeld der »Verwaltungslenkung« ist vor allem das Planungsrecht und das Wirtschaftsverwaltungsrecht.

Dem ausländischen Betrachter drängt sich die Annahme auf, daß das für die sozialen Beziehungen in Japan charakteristische Streben nach Einigung, Überzeugung und Zustimmung der innere Grund für die Rechtserscheinung der »Verwaltungslenkung« ist. Auf der anderen Seite wird nicht bezweifelt, daß der Grundsatz

22 Siehe die Präambel und Art. 153 Weimarer Reichsverfassung.

23 Hiroshi SHIONO, Administrative Guidance, in: Iias Tokyo Round Table Organizing Committee (ed.), Public Administration in Japan, 1982, S. 221; Yoshikazu SHIBAIKE a.a.O., S. 72 f.; Russell Allen YEOMANS, Administrative Guidance: A Peregrine View, in: Law in Japan 19, 1986, S. 125.

24 Yoriaki NARITA, Verwaltungsverfahrensrecht in Japan – aktueller Stand und Versuch eines einheitlichen Verwaltungsverfahrensgesetzes, in: Festschrift für Carl Hermann Ule, 1987, S. 223/229.

25 Hikaru TAKAGI a.a.O., S. 18.

der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung auch hier gilt. Eine wissenschaftliche Streitfrage ist es nur, ob der Vorbehalt des Gesetzes die »Verwaltungslenkung« erfaßt, zumindest in solchen Fällen, wo die Lage des Betroffenen hinsichtlich des ihm nahegelegten Verhaltens verwaltungsrechtlichen Rechtsbeziehungen gleichkommt, in denen durch Gebot oder Verbot Pflichten auferlegt oder Rechtsbeeinträchtigungen zugefügt werden. Die Gerichtspraxis und die herrschende Auffassung halten eine besondere gesetzliche Ermächtigung mangels bindender Wirkung der »Empfehlung« grundsätzlich für entbehrlich. Nimmt man bei allem Vorbehalt der Verschiedenartigkeit der nationalen Rechtskulturen den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit im Sinn der deutschen Staatspraxis zu Hilfe, ergeben sich drei Grundgedanken: Aus dem Vorrang des Gesetzes folgt, daß im Wege der »Verwaltungslenkung« nichts empfohlen werden darf, was nicht auch mit bindender Wirkung geboten oder durch verwaltungsrechtlichen Vertrag vereinbart werden dürfte. Soweit das Gesetz oder eine Norm auf Grund Gesetzes eine Rechtsfolge abschließend und zwingend geregelt hat, kann die »Verwaltungslenkung« nichts Abweichendes aussprechen. Aus dem Vorbehalt des Gesetzes folgt – zweitens –, daß im Wege der »Verwaltungslenkung« nur etwas empfohlen werden darf, was in den Kreis derjenigen Verwaltungsaufgaben fällt, die der Behörde kompetenzmäßig zugewiesen sind, und was durch das Gesetz sachlich in dem Maße bestimmt und geordnet ist, daß die wesentlichen Entscheidungsgrundlagen der Behörde normativ vorgegeben sind. In diesem Rahmen darf der Behörde die sachangemessene Flexibilität zugestanden werden, wird aber in dem Maße eine nähere gesetzliche Regelung zu fordern sein als der Betroffene nach den Umständen nicht in der Lage ist, sich »freiwillig« zu entscheiden. Die Wahl der Handlungsform »Verwaltungslenkung« wird – drittens – dem Verfahrensermessen der Verwaltung zugerechnet werden können. Damit ist aber auch gesagt, daß die Verwaltung sich durch die Wahl dieser Handlungsform nicht der politischen Verantwortung (Art. 66 Abs. 3 JP) und der Staatshaftung (Art. 17 JP) entziehen kann.

6. DIE GARANTIEFUNKTION DES GESETZES UND DIE POLITISCHE GESTALTUNGSFREIHEIT DES GESETZGEBERS

Die rechtsstaatliche und demokratische Garantiefunktion des Gesetzes hat im Rahmen der Gewaltenteilung die Wirkung, daß die vollziehende Gewalt normativ an die durch Gesetz getroffenen Entscheidungen der parlamentarischen Volksvertretung und damit an das Recht als Handlungsbedingung gebunden ist und daß der einzelne die Gerichte anrufen kann, um die Bindung der Verwaltung an Gesetz und Recht zu sichern, soweit er in eigenen Rechten betroffen ist. Die Garantiefunktion des Gesetzes und der dadurch bestimmte Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung haben außerdem Handlungslasten – und in einzelnen Bereichen sogar verfassungsrechtliche Handlungspflichten – des Gesetzgebers hervorgerufen. Wenn

und soweit verfassungsrechtliche Staatszielbestimmungen, Gesetzgebungsaufträge oder Rechtsgarantien eine Regelung durch Gesetz fordern, verwandelt sich das ausschließliche Recht des Parlaments zur Gesetzgebung in eine konkretisierbare und ggf. verfassungsgerichtlich einzufordernde Regelungspflicht. Dies muß zu einem Konflikt mit dem anderen Fundamentalsatz der parlamentarischen Demokratie führen, daß politische Gestaltungsfreiheit auch die freie EntschlieÙung darüber einschließt, ob und wann ein Gesetz beschlossen werden wird.²⁶

Die weitgespannten, sachlich unbegrenzten Aufgaben, die der demokratische Sozialstaat sich stellt, erfordern im Fortgang der sich ändernden Verhältnisse stets erneut planende und verteilende Entscheidungen des Gesetzgebers, mit denen die zeit- und entwicklungsabhängigen Ziele und Mittel, die verfügbaren finanziellen Ressourcen und die Leitlinien der Verfassung abwägend und ausgleichend, in der Regel in einem Kompromiß der politischen Kräfte, zusammengeführt werden. Die Bedingung der parlamentarischen Entscheidung, soweit es um die Frage der verfassungsrechtlichen Bindung und der verfassungsgerichtlichen Justiziabilität geht²⁷, wird – vor allem für die Wirtschafts- und Sozialpolitik – mit der abbrevierenden Formel von der politischen Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers gekennzeichnet. Das Bundesverfassungsgericht hat seit dem Urteil vom 20. Juli 1954 zum Investitionshilfegesetz²⁸ die verfassungsrechtliche Prüfung wirtschafts- und sozialpolitischer Gesetze an Hand allgemeiner rechtsstaatlicher Maßstäbe und im Hinblick auf die Begrenzung wirtschaftlicher Freiheitsrechte an der funktionalen Maxime ausgerichtet, daß die Vernünftigkeit und Zweckmäßigkeit einer Maßnahme der politischen Entscheidung der parlamentarischen Volksvertretung vorbehalten ist. Die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers ist das Spiegelbild der weitgehenden Zurückhaltung, die sich das Grundgesetz in Fragen der Wirtschaftsverfassung und Gestaltung auferlegt hat.²⁹ Sie ist aber, unabhängig von der positivrechtlichen Normierung wirtschafts- und sozialpolitischer Programme oder Ziele in der Verfassung, der gesetzgebenden Gewalt des demokratischen Sozialstaats immanent. Dadurch ergibt sich eine Vergleichbarkeit mit der Verfassungsordnung Japans; die Grundfrage der Sicherung politischer Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers stellt sich dort wie hier.

Die politische Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers richtet sich zuerst auf die sachliche und zeitliche Disposition über die Erledigung der Staatsaufgaben, also auf

26 R. HERZOG, Offene Fragen zwischen Verfassungsgericht und Gesetzgeber, ZG 2, 1987, S. 290; P. BADURA, Die parlamentarische Volksvertretung und die Aufgabe der Gesetzgebung, ZG 2, 1987, S. 300.

27 Hideo WADA, Continental Systems of Judicial Review, JöR 31, 1982, S. 29/59 ff.; K. HESSE, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 16. Aufl., 1988, RNrn. 73, 320, 569, 570.

28 BVerfGE 4, 7/17 f. – Siehe dazu BVerfGE 7, 377/400; 50, 290/338.

29 BVerfGE 14, 263/275.

die Ziele der Gesetzgebung³⁰, gilt aber ebenso – wenn auch mit je nach der Inzidenz unterschiedlich engeren Bindungen – für die Wahl und Gestaltung der Mittel. Mit dieser Gestaltungsfreiheit verbunden ist der Einschätzungs- und Prognosevorrang des Gesetzgebers bei der Beurteilung der voraussichtlichen wirtschaftlichen Entwicklung, der etwa zu erwartenden Risiken und der zu befürchtenden Gefahren für die Belange der Allgemeinheit. Auswahl, Eignung und technische Gestaltung der wirtschafts- und sozialpolitischen Maßnahmen sind zuerst Sache legislatorischen Ermessens.³¹ Die politischen Entscheidungsbedingungen parlamentarischer Gesetzgebung, so auch die in einer Koalition notwendigen Kompromisse³², sind ein Element der verfassungsrechtlich vorausgesetzten Leistungsfähigkeit der parlamentarischen Regierung. Das Willkürverbot (Art. 3 Abs. 1 GG) als rechtsstaatliche Garantie ist einer Relativierung nicht zugänglich, aber darüber hinausgehende, konstruktiv aufgerichtete Anforderungen, wie z. B. die Systemgerechtigkeit, können als selbständige Maßstäbe verfassungsrechtlicher Beurteilung nicht anerkannt werden.³³ Die staatsrechtliche Doktrin der gesetzgebenden Gewalt ist eine Lehre der Bindung der Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung (Art. 20 Abs. 1 GG), muß aber auch eine Lehre der wirksamen Erfüllung der Staatsaufgaben sein. Hierzu ist die parlamentarische Volksvertretung durch das ihr zukommende ausschließliche Recht der Gesetzgebung (Art. 41 JP) zuerst berufen.

30 Siehe bes. BVerfGE 13, 97/107. – Vgl. weiter BVerfGE 37, 1/20; 39, 210/225 f.; 46, 246/257; 51, 193/208; Beschluß vom 15. 12. 1987 – 1 BvR 563/85 u.a. – Bildungsurlaub, Ausfertigung S. 34.

31 BVerfGE 25, 1/17, 19; 37, 1/21; 39, 210/226, 231; 40, 196/222 f.; Beschluß vom 6. 10. 1987 – 1 BvR 1086/82 u.a. – Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe, Ausfertigung, S. 29 f., 33.

32 BVerfGE 50, 50/53.

33 BVerfGE 18, 315/334; 34, 103/115; 36, 383/393 f.; 59, 36/49; 61, 138/148 f.; 66, 214/223 f.; 67, 70/84 f.