

Tübinger Schriften
zum Staats- und Verwaltungsrecht

Band 56

Leistung und Verfassung

Das Leistungsprinzip in der Rechtsprechung
des Bundesverfassungsgerichts

Von

Hartmut Malinka



Duncker & Humblot · Berlin

Hartmut Malinka · Leistung und Verfassung

**Tübinger Schriften
zum Staats- und Verwaltungsrecht**

Herausgegeben von

Wolfgang Graf Vitzthum

in Gemeinschaft mit

**Martin Heckel, Karl-Hermann Kästner
Ferdinand Kirchhof, Hans von Mangoldt
Thomas Oppermann, Günter Püttner
Michael Ronellenfitsch
sämtlich in Tübingen**

Band 56

Leistung und Verfassung

Das Leistungsprinzip in der Rechtsprechung
des Bundesverfassungsgerichts

Von
Hartmut Malinka



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Malinka, Hartmut:

Leistung und Verfassung : das Leistungsprinzip in der Rechtsprechung
des Bundesverfassungsgerichts / Hartmut Malinka. – Berlin : Duncker
und Humblot, 2000

(Tübinger Schriften zum Staats- und Verwaltungsrecht ; Bd. 56)

Zugl.: Tübingen, Univ., Diss., 1997

ISBN 3-428-09354-2

D 21

Alle Rechte vorbehalten

© 2000 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Satz: W. März, Stuttgart

Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0935-6061

ISBN 3-428-09354-2

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☉

Geleitwort

An die Stelle des Vorworts des Autors muß aus traurigem Anlaß dieses Geleitwort treten. Am 10. Juli 1998 ist *Hartmut Malinka* überraschend einer schweren Krankheit erlegen. Er hat die Vollendung des vorliegenden Werks, seiner Dissertation, nur um wenige Monate überleben dürfen.

Dankenswerterweise haben Frau *Susanne Roth-Malinka* und wissenschaftliche Weggefährten des Autors – Dr. *Tatjana Geddert-Steinacher* und Prof. Dr. *Wolfgang März* – die Publikation der Schrift in unseren „Tübinger Schriften zum Staats- und Verwaltungsrecht“ ermöglicht. Sie ist es wahrhaft wert. Eine übergreifende verfassungsrechtliche Analyse über die Verankerung des Leistungsgedankens im Grundgesetz fehlte bisher. In Verfolg langjähriger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in besonders ausgewählten „leistungsträchtigen“ Bereichen gelingt es dem Autor, Bedeutung und Grenzen des Leistungsprinzips als einer freiheitlichen „Entfaltung der Persönlichkeit“ in der praktischen Rechtsanwendung dogmatisch sichtbar werden zu lassen. Er beleuchtet damit die Strukturen des grundgesetzlichen Grundrechtskatalogs zwischen Freiheit und Gleichheit in erhellender Weise, indem Leistung als Legitimation von Differenzierung gewürdigt wird.

Hartmut Malinka stand nach Jahren wissenschaftlicher Mitarbeit an meinem Tübinger Lehrstuhl und anschließend bei demjenigen meines Schülers *Michael Kilian* in Halle a.d. Saale am Anfang einer vielversprechenden wissenschaftlichen Laufbahn. Der Tod hat ihn jäh aus seinen Plänen gerissen. Die wichtigen Überlegungen dieses Buchs werden ihn überdauern und alle, die ihm nahestanden, an den gebildeten und gedankenreichen Menschen erinnern, der *Hartmut Malinka* war.

Tübingen, im Frühjahr 2000

Prof. Dr. Dr. h. c. *Thomas Oppermann*

Inhaltsverzeichnis

Einleitung: Rechtspolitische Bedeutung und dogmatische Relevanz der Leistung	11
Grundlagen des Untersuchungsgegenstandes: Begriff und Genese der Leistung	13
I. Aspekte des Leistungsbegriffs in den Wissenschaften	13
II. Zur Genese des Leistungsprinzips: Leistung als legitimierender Begriff bürgerlicher Emanzipation	16
1. Leistung als gesellschaftliches Ordnungsmodell	16
2. Die Genese der Leistung im Prozeß fortschreitender Verweltlichung . .	18
3. Die Leistung in der postreformatorischen Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung	23
Erster Teil	
Leistung und Eigentum im Grundgesetz	30
I. Die Leistung als Element einer differenzierten Eigentumsordnung	30
II. Leistung und Vermögenswerte des Privatrechts	35
1. Der Beginn der Leistungsrechtsprechung aus dem Horizont der Weimarer Reichsverfassung	35
2. Der Eigentumsschutz schöpferischer Leistungen	37
3. Leistung und Wirtschaft	38
III. Leistung und Eigentum an subjektiven öffentlichen Rechten	40
1. Der lange Weg bis zur Entscheidung zum Versorgungsausgleich – Leistung als eigentumslimitierender Faktor	40
2. Die Anerkennung subjektiver öffentlicher Rechte als Eigentum – Leistung als Merkmal der Eigentumsbegründung	44
IV. Die Leistung in der Normstruktur des Art. 14 GG	47
1. Die Leistung zwischen Instituts- und Bestandsgarantie	47
2. Die Leistung als Element institutioneller Kontrolle des Gesetzgebers .	51

V. Inhalt und Funktionen des Leistungskriteriums	57
1. Der Inhalt des Leistungsbegriffs	57
2. Die Funktionen des Leistungskriteriums	60
a) Leistung und funktionale Eigentumsinterpretation	60
b) Die Leistung als eigentumsgestaltende Direktive	62
c) Die liberale Funktion der Leistung	64
VI. Die Antinomie von Leistung und Eigentum	66
1. Eigentum, Leistung und Homogenität	66
2. Die Differenziertheit der Eigentumsgarantie	68
VII. Leistung, Typik und das Institut des Eigentums	70
1. Die Struktur der institutionellen Eigentumsgewährleistung	70
2. Leistung als typisierender Begriff der Privatnützigkeit	72

Zweiter Teil

Leistung und Ausbildungsfreiheit 77

I. Leistung, Bildung, Chancengleichheit	77
II. Gleichheit versus Chancengleichheit	79
III. Die Leistung in der Normstruktur des Art. 3 Abs. 1 GG	83
1. Die Struktur des allgemeinen Gleichheitssatzes	83
a) Der allgemeine Gleichheitssatz als Willkürverbot	84
b) Die neue Formel	88
2. Gleichheit und Differenzierung	90
a) Die Leistung als Differenzierungsziel	90
b) Die Leistung als Differenzierungskriterium	91
IV. Inhalt und Funktionen der Leistung als Differenzierungskriterium	93
1. Der Inhalt der Leistung im Recht der Hochschulzulassung	93
2. Die Funktionen des Leistungskriteriums im Recht der Hochschulzulassung	95
a) Die chancenstabilisierende Funktion	95
b) Die gestaltungslimitierende Funktion	98
c) Leistung und Eignung	98

	Inhaltsverzeichnis	9
3.	Das Leistungsprinzip unter gesamtgesellschaftlichen Bindungen	99
a)	Die Grenze gesellschaftlicher Desintegration	99
b)	Zeitliche und situative Bedingtheiten der Leistung	102
V.	Freiheit, Leistung, Teilhabe	104
1.	Das Leistungsprinzip in der Kontroverse	104
2.	Leistung und formale Selektion	106

Dritter Teil

	Leistung als Strukturmerkmal des öffentlichen Dienstes	108
I.	Leistungsprinzip und öffentliche Ämter	108
II.	Leistungsprinzip und Berufsbeamtentum	111
1.	Die Leistung im Besoldungssystem	113
2.	Angemessene Amtsbezeichnung und Leistungsprinzip	116
3.	Leistung und angemessenes Ruhegehalt	119
4.	Die leistungsgemäße Förderung des Beamten	124
III.	Das Leistungsprinzip in der Normstruktur des Art. 33 GG	126
1.	Das Leistungsprinzip als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums	126
2.	Leistung, öffentliches Amt und Berufsbeamtentum	133
a)	Der Anwendungsbereich des Leistungsprinzips	133
b)	Das Leistungsprinzip als Grundlage subjektiver Rechte	136
c)	Aspekte des Leistungsprinzips im öffentlichen Dienstrecht	144
3.	Die leistungsgesteuerte Differenzierung im öffentlichen Dienst	145
IV.	Inhalt und Funktionen des Leistungsprinzips im öffentlichen Dienst	146
1.	Der Inhalt des Leistungsbegriffs	146
2.	Die Funktionen des Leistungskriteriums im Berufsbeamtentum	148
a)	Die Konkretisierung hergebrachter Grundsätze	148
b)	Die stabilisierende Funktion	150
c)	Die gestaltungslimitierende Funktion	152

Ausblick: Leistung und Verfassung	154
I. Die Normativität der Leistung	154
II. Die Leistung in der Verfassungskonkretisierung	157
III. Die Leistung als Wertung im Verfassungsrecht	160
IV. Das Leistungsprinzip in der reformpolitischen Diskussion	162
Literaturverzeichnis	168

Einleitung: Rechtspolitische Bedeutung und dogmatische Relevanz der Leistung

Der Begriff der Leistung hat in einer einzigen Bestimmung unmittelbar Eingang in den Verfassungstext gefunden. Das ist die Regelung des Zugangs zu den öffentlichen Ämtern in Art. 33 Abs. 2 GG. Die eigentliche Bedeutung des verfassungsrechtlichen Leistungsbegriffs liegt in der Verfassungsinterpretation. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist das Leistungsprinzip als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums zu beachten¹, bildet das Kriterium für die Schutzbereichskonkretisierung der Eigentumsgarantie² und reguliert den Hochschulzugang im Rahmen der Berufsfreiheit³. Inhalt und Reichweite des Leistungsprinzips sind umstritten. In der Konkurrenz mit weiteren hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums ist sein Gewicht Gegenstand rechtspolitischer Diskussionen. Soll das Leistungsprinzip in der Strukturreform des öffentlichen Dienstes etwa gegenüber dem Laufbahnprinzip stärker akzentuiert werden? In Zeiten knapper Kassen, insbesondere der Rentenversicherungsträger, stehen Inhalt und Reichweite des verfassungsrechtlich gebotenen Eigentumsschutzes von Sozialansprüchen sowie der Handlungsspielraum des Sozialstaates auf dem Prüfstand. Wo und in welchem Rahmen unterliegt der Gesetzgeber der Legitimitätskontrolle der Eigentumsgarantie? Trägt das Leistungsprinzip dazu bei, die Klasse der subjektiven öffentlichen Rechte zu markieren, die von der Eigentumsgarantie erfaßt werden? Beim Hochschulzugang entscheidet das Kriterium der Leistung über Bildungschancen und damit über den gesellschaftlichen Aufstieg und Status. Kann das Leistungskriterium den grundrechtlich verbürgten Anspruch gleichberechtigter Teilnahme an den staatlichen Bildungsstätten einlösen?

Die Fülle dieser Fragen kann und soll in dieser Arbeit nicht gelöst werden. Die Komplexität der aufgeworfenen Probleme in den einzelnen Bereichen würde den Rahmen dieser Untersuchung sprengen. Sie will dazu beitragen, die Konturen des Leistungsbegriffs zu klären, um die Chance einer rationalen Diskussion

¹ BVerfGE 11, 203, 216 f.; 21, 329, 345; 38, 1, 12; 39, 196, 201; 44, 249, 265; 56, 146, 163.

² Zum Urheber- und Patentrecht vgl. BVerfGE 31, 229, 240 f.; 49, 382, 392; 51, 193, 217; 77, 263, 270 f. Zum Eigentumsschutz subjektiver öffentlicher Rechte vgl. BVerfGE 53, 257, 290; 69, 272, 301; 72, 9, 18 f.

³ BVerfGE 33, 303, 348; 37, 104, 113 f.; 39, 258, 271; 43, 34, 44; 43, 291, 317 ff.

zu erhöhen. Im Mittelpunkt des Interesses steht der vergleichende Blick auf das Leistungskriterium in den verschiedenen Rechtsbereichen. Grundlage der Analyse ist die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Hier wird der Leistungsbegriff im Eigentum, im Beamtenrecht und beim Hochschulzugang praktisch relevant. Dabei zeigt sich, daß eine abstrakte, kontextunabhängige Bestimmung des Leistungsbegriffs nicht möglich ist. Sein Gehalt kann lediglich in der konkreten Norminterpretation fruchtbar gemacht werden. Im Vordergrund stehen seine dogmatischen Funktionen als verfassungskonkretisierendes Argument.

In der folgenden Untersuchung wird der Leistungsbegriff in der Rechtsprechung zum Eigentum (Erster Teil), zur Ausbildungsfreiheit (Zweiter Teil) und zum Beamtenrecht (Dritter Teil) auf seine dogmatischen Funktionen analysiert. Es steht die Leistungsfähigkeit dieses Kriteriums als Verfassungsbegriff auf dem Prüfstand.

Grundlagen des Untersuchungsgegenstandes: Begriff und Genese der Leistung

I. Aspekte des Leistungsbegriffs in den Wissenschaften

Der Begriff der Leistung besitzt in den unterschiedlichsten Wissenschaften Aktualität. Er ist keine Neuschöpfung des Verfassungsgerichts. Bereits ein kursorischer Blick in die verschiedenen Fachdisziplinen zeigt, wie mannigfaltig der Begriff Leistung verwendet wird. Hier dient er vor allem der Typisierung der unterschiedlichsten Phänomene, die sich entsprechend der differierenden Erkenntnisinteressen der Einzelwissenschaften als Gegenstand ableiten. Seine breite Verwendung läßt es fraglich erscheinen, ob sich aus diesem Spektrum Aussagen hinsichtlich des verfassungsrechtlichen Leistungsbegriffs im Sinne eines heuristischen Prinzips gewinnen lassen.

Ausgangspunkt der Bewertung ist ein durch die Naturwissenschaft und Technik geprägter Leistungsbegriff als Arbeit pro Zeiteinheit. Mit dem Aufkommen der modernen Industriegesellschaft hat er sich in den Einzeldisziplinen von diesem Ausgangspunkt entfernt und entsprechend gewandelt. Der Leistungsbegriff zeigt mittlerweile viele Facetten⁴. Als formaler Leistungsbegriff, wie er den Naturwissenschaften zugrunde liegt, besitzt er nur eine begrenzte gesellschaftswissenschaftliche Tauglichkeit. Das gilt ebenso für das Recht. Die gesellschaftlichen Verhältnisse lassen sich mit seiner Hilfe nicht angemessen fassen. Dies wird deutlich, sobald Leistungszusammenhänge in der Gesellschaft oder gesellschaftliche Leistungsnormen in den Blick genommen werden⁵ und rechtliche Wertungen daran anknüpfen. So versucht der psychologische Leistungsbegriff, das Verhältnis des Menschen zur Handlung sowie zum Handlungsergebnis zu klären. Eine Situation gilt dann als leistungsrelevant, wenn die Handlungen oder Handlungsergebnisse auf einen Tüchtigkeitsmaßstab bezogen werden, der als verbindlich anerkannt wird, so daß am Ende eine Bewertung als Erfolg oder Mißerfolg möglich ist⁶. In der Pädagogik ist das Leistungsprinzip

⁴ Vgl. dazu das Symposium „Sinn und Unsinn des Leistungsprinzips“ der Carl Friedrich von Siemens Stiftung sowie die Beiträge bei *Hartfiel* (Hrsg.), *Das Leistungsprinzip*.

⁵ *Hartfiel*, *Das Leistungsprinzip*, S. 8.

⁶ *Heckhausen*, *Leistung – Wertgehalt und Wirksamkeit einer Handlungsmotivation und eines Zuteilungsprinzips*, S. 170; *ders.*, *Hoffnung und Furcht in der Leistungsmotivation*;