

Rationale Gesetzgebung

Systematisierung verfassungsrechtlicher
Anforderungen

Martin Führ

Rationale Gesetzgebung

Systematisierung verfassungsrechtlicher
Anforderungen

Martin Führ

Sofia-Diskussionsbeiträge
zur Institutionenanalyse
Nr. 98-2

ISSN 1437-126X

ISBN 3-933795-01-X

Martin Führ: Rationale Gesetzgebung – Systematisierung
verfassungsrechtlicher Anforderungen, Sofia-Diskussions-
beiträge zur Institutionenanalyse Nr. 98-2, Darmstadt
1998.

Inhaltsverzeichnis

1 Einleitung	2
2 Verfassungsrechtliche Vorgaben	4
2.1 Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	5
2.2 Gleichheitsgrundsatz	8
3 Konsequenzen für den Prozeß der Gesetzgebung	10
3.1 Allgemeine prozedurale Anforderungen	11
3.2 Gesetzgeberische Analyse und Prognose	13
3.3 Verfassungsgerichtliche Kontrollintensität	15
3.3.1 Prognosekontrolle	15
3.3.2 Gleichheitssatz	16
3.3.3 Verfahrensfehler	17
3.3.4 Rechtliche Bedeutung	17
3.4 Verhältnis von materieller und Kontrollnorm	17
3.5 Paralyse des Gesetzgebers?	22
4 Prozeduraler Rahmen	26
4.1 Problemformulierung und Zieldefinition	27
4.2 Sachverhaltsermittlung	27
4.3 Prognose	28
4.4 Bewertung und Entscheidung	28
4.5 Beobachtung und Nachbesserung	29
4.6 Übersicht: Prozeduraler Rahmen	29
5 Methodische Ausfüllung	32
5.1 Regelungsimmanente Zielkonflikte	33
5.2 Weitere methodische Fragestellungen	35
5.2.1 Pluralismus der Analyse- und Prognosemethoden	35
5.2.2 Pluralismus der Perspektiven	36
5.2.3 Betrachtung von Alternativen	36
5.2.4 Benennung von Unsicherheiten und Kenntnisdefiziten	37
5.3 Weiteres Vorgehen	37
6 Ergebnisse und offene Fragen	37
7 Literatur	39

1

Einleitung

Daß Gesetzgebung "rational" und "vernünftig" sein sollte, gehört jedenfalls seit der Aufklärung zu den allgemein anerkannten Anforderungen an die legislative Gewalt. Die Frage, von welchem Rationalitätsbegriff das Recht ausgeht, soll an dieser Stelle zwar angesprochen, nicht aber abschließend beantwortet werden. (Vgl. dazu: Lübbe 1998) Im Wege einer pragmatischen Annäherung orientiert sich der Beitrag vielmehr an der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und versucht, den Rationalitätsfördernden Elementen nach-zuspüren und diese zu einem stimmigen Gesamtbild zusammenzufügen.

Das Rationalitätsverständnis des Rechts dürfte sich im wesentlichen aus seiner stabilisierenden und friedenssichernden Funktion für die Gesellschaft ergeben. "Vernünftig" wirkt das Recht dann, wenn es dieser Funktion gerecht wird: Auf Dauer kann das Recht eine Friedensordnung im demokratischen Staat nur verwirklichen, wenn es der Gerechtigkeitsidee, so wie sie von breiten Kreisen der Bevölkerung verstanden wird, entspricht. Wobei hier nicht eine numerische Überzahl im Sinne einer Abstimmung gemeint ist, sondern eine Verwurzelung in einem breitem gesellschaftlichem Fundament.

Zu bewähren hat sich das Recht an konkreten Problemlösungen. Insofern ist es sicherlich zutreffend, wenn Fechner (1956, 98) feststellt: "Der rationale Kerngehalt des Rechts wirkt aus der Sache heraus" und darauf verweist, auch im stillen Wachstum des Gewohnheitsrechts setze sich die "vernunftgemäße, zweckentsprechende, Zeit und Kraft sparende Regelung durch". Vernünftig ist eine Regelung demnach, wenn es ihr gelingt, "nützliche Ziele auf kürzestem Wege zu erreichen, Mittel und Zweck in rationellster Weise zu verbinden" (Fechner 1956, 98).

Die damit angesprochene "Sachvernunft" ergibt sich aber nicht allein aus einer objektiven "Natur der Sache". Sie entfaltet sich vielmehr im Rahmen von Wertungen. Diese Wertungen offenzulegen, um sie nachvollziehbar zu machen und damit die Akzeptanz des Rechts als Friedensordnung zu sichern, ist eine wesentliche Aufgabe der Rationalitätsanforderungen des Rechts. Hier geht es darum, die Gerechtigkeitsidee eim Einzelfall mit Leben zu füllen, also für den konkreten Regelungsbereich eine jeweils spezifische Balancierung zu suchen von Gleichheit und Gegenseitigkeit vor dem Hintergrund des Prinzips der Verallgemeinerung; mithin eine Balancierung jener Elemente, die Kant im kategorischen Imperativ zusammenführt (Hruschka 1987).

Gesellschaftliche Wertvorstellungen erhalten rechtliche Relevanz vor allem im Prozeß der Gesetzgebung. Sie spielen aber selbstverständlich auch in der Rechtsanwendung eine nicht zu unterschätzende Rolle. In diesem Beitrag soll jedoch der - in mehrfacher Hinsicht prioritäre - Prozeß der Gesetzgebung im Mittelpunkt stehen.

Nach dem Vorstehenden ist eine gesetzliche Regulierung dann rational, wenn es ihr gelingt, die intendierten Ziele auf möglichst (ressourcen-) schonendem Wege zu erreichen und dabei der Gerechtigkeitsidee zu entsprechen. Der Gesetzgeber handelt rational, wenn er sich an diesem Leitbild orientiert und das bestehende sowie das zukünftige Recht daraufhin überprüft, ob es dem Leitbild entspricht. Damit dies gelingt, müssen drei Elemente zusammenkommen:

1. Der Gesetzgeber benötigt eine Realanalyse des zu regelnden Sachverhaltes. Dabei geht es um die Verhaltensweisen der Akteure, die dafür maßgebliche Motivationslage und die aus dem Verhalten resultierenden Wirkungen.
2. Der Gesetzgeber hat sich die zu treffenden Wertungen zu vergegenwärtigen und die getroffenen Entscheidungen mit den dafür maßgeblichen Gründen offenzulegen.
3. Dabei muß der Gesetzgeber die zu erreichenden Ziele und die dafür eingesetzten Mittel in schonender Weise verbinden.

Diesem Rationalitätsverständnis wird oftmals das "willkürliche Walten politischer Kräfte" als unvereinbar gegenübergestellt. Bei genauerer Betrachtung zeigt sich hier jedoch kein antinomisches Verhältnis, sondern eines der wechselseitigen Ergänzung.¹ Die Forderung nach wissenschaftlicher Tatsachenanalyse und einer Organisation des Gesetzgebungsverfahrens, die auf "rationale Distanz" abzielt, bedeutet nicht jene Kräfte zu leugnen, sondern entsprechend der Aufgabe von Recht und "juridischer Rationalität" sie zu kanalisieren und zu optimieren.²

¹ Schulze-Fiellitz 1988, 454 ff.

² Schulze-Fiellitz 1988, 457 f.

2

Verfassungsrechtliche Vorgaben

Der Rechts- und Verfassungsstaat stellt Anforderungen an die Rationalität der Gesetzgebung. Der Legislative kommt ein erheblicher Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum zu. Innerhalb dieses Gestaltungsraumes überlagern sich politische und rechtliche Maximen. Die Aufgabe des Gesetzgebers liegt aus rechtlicher Sicht darin, eine unter dem Blickwinkel des ihm anvertrauten Allgemeinwohls angemessene Regulationsstruktur zu entwerfen, die zugleich den anderen materiellrechtlichen Bestimmungen des Grundgesetzes Rechnung trägt. Dabei gilt es, der "Eigenart des konkreten Lebensbereichs" gerecht zu werden.³

Will die Verfassung - jenseits der keinesfalls gering zu achtenden formellen Anforderungen - inhaltlich wirksam werden, muß sie den Gesetzgeber weitergehend in die Pflicht nehmen. Dies hat das Grundgesetz - jedenfalls in der Interpretation des Bundesverfassungsgerichts - auch getan: Das Gesetzgebungsmonopol sichert der Legislative zwar eine institutionelle Vorrangstellung, dem korrespondieren jedoch vielfältig gestufte verfassungsrechtliche Anforderungen. Entgegen einem weit verbreiteten Bild ist der Gesetzgeber in seiner Entscheidungsmacht daher nicht uneingeschränkt "souverän". Er ist dies vielmehr nur solange, wie er sich innerhalb der verfassungsrechtlichen Vorgaben bewegt. Die Verfassungsbindung verlangt, insbesondere die folgenden Punkte zu berücksichtigen:

- Stellung und Funktion der Grundrechte (und zwar sowohl in ihrer klassischen Abwehrfunktion als auch im Rahmen der - mittelbaren oder ggf. unmittelbaren - Drittwirkung sowie der grundrechtlich fundierten staatlichen Schutzpflicht);
- sonstige verfassungsrechtlich geschützte Positionen, wie etwa die kommunale Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG) ;
- die aus dem Demokratie- und dem Rechtsstaatsprinzip abzuleitende Intention auf Gemeinwohrlichtigkeit;⁴ in Teilbereichen konturiert durch verfassungsrechtliche Staatszielbestimmungen (etwa Art. 20 Abs. 1, 20a GG).

In einer Reihe von Entscheidungen hat das Bundesverfassungsgericht eine Art von "Koordinatensystem" entwickelt. Versucht man, jenseits von speziellen Konfliktlagen die gemeinsame verfassungsrechtliche Fundierung herauszuar-

³ BVerfG vom 27.06.91 - 2 BvR 1493/89 - E 84, 239/273 (Besteuerung der Zinserträge).

⁴ Vgl. Kunig 1986, 333 ff. und Denninger 1990, 32 f. u. 166 ff. (jeweils m.w.N.).

beiten, treten in erster Linie der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sowie der Gleichheitsgrundsatz zu Tage. Diese sind im folgenden zu skizzieren, um darauf aufbauend die von der Rechtsprechung entwickelten Anforderungen zusammenzutragen (Abschnitt 3.). In diesem Zusammenhang ist auch der Frage nachzugehen, ob der Gesetzgeber durch die unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht im Übermaß in seiner Gestaltungsfreiheit eingeschränkt wird (3.5).

Schließlich wird der Versuch unternommen, die verschiedenen Anforderungen zu einem "prozeduralen Rahmen" zusammenzufügen und dessen inhaltliche und methodische Ausfüllung zu umschreiben (4. und 5.).

2.1

Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Da der Gesetzgeber fast durchweg Abwägungsentscheidungen zu treffen hat, kommt dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine tragende Rolle zu. Betrachtet man die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, zeigt sich, daß in einer ganzen Reihe von Entscheidungen Anforderungen an den Gesetzgeber formuliert wurden, die eine Realanalyse des Regelungsgegenstandes verlangen. Trägt man diese zusammen und ordnet sie zu Verhaltenspflichten des Gesetzgebers (siehe unten Abschnitt 3.1), ergibt sich ein zwar noch mosaikhaftes, an vielen Stellen aber doch bereits durchgeformtes Bild verfassungsrechtlicher Anforderungen prozeduraler und materieller Art, die von den Senaten des Gerichts allerdings in höchst unterschiedlicher Weise auf gesetzliche Regelungen angewandt werden.

Besonders prekär ist das verfassungsrechtliche Spannungsfeld in den Fällen, in denen der Gesetzgeber zugleich einer Schutz- und Förderpflicht unterliegt: Aus den beiden Polen - Staat und Grundrechtsträger - wird ein drei- oder mehrpoliges Verhältnis. Je nach Grundlage der staatlichen Handlungspflicht ist hier ein gewisses Mindestmaß an - auch tatsächlich wirksamer - Verhaltenssteuerung rechtlich geboten. Der Gesetzgeber hat zusätzlich zum Übermaßverbot auch das Untermaßverbot zu beachten.⁵

Bei genauerer Betrachtung dürfte sich herausstellen, daß der Gesetzgeber in einer erheblichen Anzahl von Regelungskonstellationen entsprechenden verfassungsrechtlichen Handlungspflichten unterliegt; mögen diese auch nicht immer derart weitreichend sein, wie in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Schwangerschaftsabbruch angenommen. Auch in diesen Konstellationen bewegt sich der Gesetzgeber daher zwischen der Skylla des

⁵ Vgl. zur Frage, in welcher Weise diese beiden Betrachtungsweisen miteinander zu verschränken sind Isensee 1992, Hain 1993, Stern 1994, 813 f., Dietlein 1995.

Über- und der Charybdis des Untermaßverbotes;⁶ die beide letztlich Ausprägungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sind.

Dementsprechend wird vielfach auf die Gefahren hingewiesen, die sich aus einer Überforderung dieses Prinzips ergeben können. So wird etwa kritisiert, das Übermaßverbot führe - im Übermaß angewandt - zu einer "Knochenerweichung der Rechtsordnung" (Ossenbühl 1993, 151). Auch von einer "Wunderdroge und Vielzweckwaffe" ist die Rede (Sendler 1983, 34). Die auf diesem Wege erweiterten Kassationsmöglichkeiten des Bundesverfassungsgerichts könnten letztlich zu einer Paralyse des Gesetzgebers führen (siehe Abschnitt 3.5). Ein "Aufladen" rechtlicher Konfliktlagen durch grundrechtliche Gehalte berge zudem die Gefahr, daß jeder Rechtsstreit unmittelbar zum Grundrechtskonflikt werde, über den der Richter nach Verhältnismäßigkeitsmaßstäben statt nach dem Gesetz judiziere (Denninger 1994, 33).

Andererseits ist auf die freiheitssichernde Intention des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes hinzuweisen,⁷ für die bislang kein funktionales Äquivalent in Sicht ist. Es erscheint daher lohnend, den Versuch zu unternehmen, einerseits die Grenzen seines Einsatzes auszuloten, ihn andererseits aber so zu operationalisieren, daß die mit seiner Anwendung verbundenen Gefahren in den Griff zu bekommen sind.

Betrachtet man die drei Stufen der Verhältnismäßigkeitsprüfung, dürfte folgendes gelten:

- Geeignet ist eine Regelung, wenn durch sie der vom Gesetzgeber zunächst zu definierende Zweck⁸ näherrückt. Diese Anforderung läßt es auf den Blick als ausreichend erscheinen, daß überhaupt ein - wenn auch nur marginaler - Beitrag zur Zielerreichung eintritt. Dennoch läßt sich die Frage, in welchem Ausmaß mit Hilfe der gewählten Regelung der gewünschte Erfolg zu erreichen ist, nicht umgehen, weil damit der Bezugspunkt für die Prüfung auf den beiden folgenden Stufen festge-

⁶ Denninger 1993, 128/131. Auf die Gefahren, die daraus entstehen, daß eine inhaltlich schwer greifbare "Wertordnung"- transformiert in eine "Pflichtordnung" - nach und nach die grundrechtlich primär gesicherte "Freiheitsordnung" überlagert oder gar verdrängt, wurde bereits nach der ersten Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch hingewiesen (Denninger 1975). Die Arbeiten an Bauplan und Anwendungsschema der Schutzpflicht gingen gleichwohl weiter (zusammenfassend Isensee 1992); nicht zuletzt in der verfassungsgerichtlichen Judikatur. Darin liegt die Gefahr einer Entwicklung hin zu einem überbehütenden "Schutzstaat" (Hesse, H.A., 1994) oder "Präventionsstaat" (Denninger 1988), der die Bürger weitgehend entmündigt und ihrer Freiheitsrechte beraubt.

⁷ BVerfG vom 15.12.1965 - 1 BvR 513/65 - E 19, 342/348 f. (Untersuchungshaft).

⁸ Dieser kann (und wird meist) ein Bündel verschiedener Zwecke umfassen, die untereinander ggf. in Haupt- und Nebenzweck zu differenzieren sein können; vgl. BVerfG vom 16.3.1971 - 1 BvR 52 u.a./66 - E 30, 292/317 ff. (Erdölbevorratung).

legt wird (siehe Abschnitt 3.2). Ihre Antwort verlangt eine Prognose der Wirkungsweise der vorgesehenen Regelung.

Diese Prognose ist zu stützen auf die Analyse der maßgeblichen Parameter, die das Verhalten der Adressaten bestimmen.⁹

- Auf der Stufe der Erforderlichkeitsprüfung richtet sich der Blick auf mögliche Alternativlösungen. Stehen hinsichtlich des Grades der Zielerreichung mindestens "gleich geeignete",¹⁰ zugleich aber weniger einschneidende Mittel zur Verfügung, kann sich die Regelung als übermäßig belastend und damit als verfassungswidrig darstellen.¹¹ Die Erforderlichkeit einer stärker eingreifenden Regelung ist dabei nicht schon dann zu verneinen, wenn sich einem niedrigeren Schutzniveau eine einvernehmlichere und damit tendenziell "freiheitsschonendere" Lösung abzeichnet.¹² Zur Wahl dieses Weges ist der Gesetzgeber "allenfalls berechtigt, nicht aber verpflichtet".¹³ Damit ist das Auswahlermessen des Gesetzgebers und die dabei zu beachtenden Grenzen angesprochen. Nach dem Bundesverfassungsgericht steht ihm "bei wirtschaftsordnenden Maßnahmen, die den Freiheitsspielraum für die wirtschaftlich tätigen Individuen einengen, hinsichtlich der Auswahl und technischen Gestaltung dieser Maßnahmen ein weiter Bereich des Ermessens" zu.¹⁴

Voraussetzung für die sachgerechte Ausübung des Ermessens dürfte jedoch sein, daß die in Betracht kommenden Alternativen im Hinblick auf ihre jeweiligen Wirkungen betrachtet und bewertet wurden. Dazu bedarf es einer Analyse der tatsächlichen Verhältnisse im Hinblick auf den Einsatz der zur Verfügung stehenden *alternativen Regelungskonzepte* und eine Prognose der damit verbundenen Wirkungen. Sie bil-

⁹ Daran fehlt es oftmals in der Praxis. Hier scheinen eher "alltagstheoretische" Vernunftüberlegungen vorherrschend zu sein, vgl. Schulze-Fielitz 1988, 497.

¹⁰ BVerfG vom 16.3.1971 - 1 BvR 52 u.a./66 - E 30, 292/319 (Erdölbevorratung): "sachliche Gleichwertigkeit zur Zweckerreichung".

¹¹ BVerfG vom 19.3.1975 - 1 BvL 20/73 - E 39, 210/231 (Vermahlung).

¹² Zu fragen ist in diesem Zusammenhang, wie mit "trade-off's" zwischen Verwirklichung des Schutzniveaus (incl. eventueller Umsetzungsdefizite) und Freiheitsbeschränkungen umzugehen ist.

¹³ Der einvernehmliche, aber niveauniedrigere Weg läßt sich jedenfalls vom Betroffenen nicht rechtlich erzwingen; vgl. BVerwG vom 18.7.1997 - 4 BN 5.97 - UPR 1998, 31 (Naturschutz und Fischerei).

¹⁴ BVerfG vom 16.3.1971 - 1 BvR 52 u.a./66 - E 30, 292/319 (Erdölbevorratung).

den die Grundlage einer rationalen Auswahlentscheidung unter den Regelungsoptionen.

- Erst auf der damit geschaffenen empirischen Basis ist eine Gegenüberstellung des konkreten verfassungsrechtlichen Gewichts der betroffenen Güter und damit eine sachrationale Operationalisierung der Abwägung zwischen Zweck und Mittel¹⁵ möglich.

2.2

Gleichheitsgrundsatz

"Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich" (Art. 3 Abs. 1 GG). Die Gleichheitsformel des Grundgesetzes enthält sowohl ein Grundrecht des Einzelnen als auch ein objektiv-rechtliches Verfassungsprinzip, welches in allen Rechtsbereichen gilt (Starck 1985, Rn. 150 f.). Ebenso wie der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit findet der Gleichheitssatz seine Wurzeln im Gerechtigkeitsgedanken.¹⁶ Zwischen beiden besteht ein enger innerer Zusammenhang: "Der Gleichheitssatz und das Übermaßverbot haben gemeinsam, daß sie ein rechtliches Maß suchen und ein Gleichgewicht herstellen können, deshalb die Meßbarkeit staatlichen Handelns voraussetzen und jede staatliche Maßnahme als rationalen Akt des Maß-Nehmens verstehen".¹⁷ Dieser "Akt" bedarf einer entsprechenden Grundlage. Der Gleichheitssatz verlangt, daß die "gestaltende und regelnde Staatsgewalt die im Regelungsgegenstand vorgefundenen rechtlichen und tatsächlichen Ordnungsstrukturen aufnimmt und als Rechtfertigungsgrund für Gleichstellung oder Unterscheidung wertet" (Kirchhof 1992, Rn. 205). Maßstäbe für die Erfüllung des Gleichheitssatzes sind die Sachgerechtigkeit und die Folgerichtigkeit.¹⁸ Im Sinne von Normbereichsanalysen bedeutet Sachgerechtigkeit "präzise Wahrnehmung und gerecht differenzierende Würdigung der Wirklichkeit" (Osterloh 1996, Rn. 103).

Die Folgerichtigkeit erwächst aus dem Gebot der möglichst gleichmäßigen Belastung aller Grundrechtsträger. Der Gesetzgeber hat zwar bei der Auswahl des Regelungsgegenstandes und bei der Bestimmung der Umsetzungsinstru-

¹⁵ BVerfG vom 22.10.1991 - 1 BvR 393 u. 610/85 - E 85, 36/57 f. (Kapazitätsverordnung).

¹⁶ BVerfG vom 17.12.1953 - 1 BvR 147/52 - E 3, 58/135 (Beamten). Siehe auch Osterloh 1996, Art. 3 Rn. 3 mit Fn. 5 ff. Zur parallel gelagerten Problematik nach dem US-amerikanischen Recht siehe Brugger 1993, 116 ff.

¹⁷ Kirchhof (1992 Rn. 161); der im weiteren darauf hinweist, daß beide Prinzipien materiell gegenläufig seien. Während das Übermaßverbot den Gebrauch der Freiheit schützen soll, weist der Gleichheitssatz auf die Grenzen der Freiheit, die sich aus der gleichen Freiheit anderer ergebe (a.a.O., Rn 162).

¹⁸ Kirchhof 1992, Rn. 205 ff. u. 222 ff.; zustimmend Osterloh 1996, Rn. 98 ff.

mente (bzw. in der Gestaltung des "Regelungskonzeptes") einen weitreichenden Entscheidungsspielraum. Bei der weiteren Ausgestaltung des Ausgangstatbestandes hat er die einmal getroffene Belastungsentscheidung dann aber folgerichtig im Sinne der Belastungsgleichheit umzusetzen.¹⁹

Soweit es um Regelungen geht, die den Bürger belasten, ist das materielle Recht so auszugestalten, daß es "die Gewähr seiner regelmäßigen Durchsetzbarkeit so weit wie möglich in sich selbst trägt".²⁰ Fehlt es daran, droht ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz. Um diesen zu verhindern, muß das materielle Recht "in ein normatives Umfeld eingebettet sein (...), welches die Gleichheit der Belastung auch hinsichtlich des tatsächlichen Erfolges prinzipiell gewährleistet."²¹ Es kommt also nicht allein auf die materiellen Vorgaben, sondern auch auf die konkrete instrumentelle Ausgestaltung an. Besteht diesbezüglich ein struktureller Mangel, kann die entsprechende Regelung wegen des Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG verfassungswidrig sein.²² Drängt sich dies "dem Gesetzgeber erst nachträglich auf, so trifft ihn die verfassungsrechtliche Pflicht, diesen Mangel binnen angemessener Frist zu beseitigen."²³ Diese Pflicht soll nicht allein dem Interesse des Grundrechtsträgers dienen; vielmehr stehen mit dem Rechtsstaatsprinzip und dem Gleichbehandlungsgebot öffentliche Interessen auf dem Spiel, denen nach dem Grundgesetz ein besonderer Rang zukommt.²⁴

Gleichheits- und damit verfassungswidrig wird eine Regelung allerdings nicht bereits dadurch, daß "Vollzugsmängel" auftreten, "wie sie immer wieder vorkommen können und sich auch tatsächlich ereignen". Vielmehr muß dieses Ergebnis dem Gesetzgeber zuzurechnen sein, weil er eine instrumentelle Ausgestaltung gewählt - oder in Kauf genommen - hat, die sich in der Weise strukturell gegenläufig auswirkt, daß die materielle Verhaltensanforderung zu einem erheblichen Teil²⁵ leerläuft. Ist dies der Fall, "so führt die dadurch be-

¹⁹ BVerfG vom 27.06.91 - 2 BvR 1493/89 - E 84, 239/271 (Besteuerung der Zinserträge).

²⁰ BVerfG vom 27.06.91 - 2 BvR 1493/89 - E 84, 239/271 (Besteuerung der Zinserträge).

²¹ BVerfG vom 27.06.91 - 2/ BvR 1493/89 - E 84, 239/271 (Besteuerung der Zinserträge).

²² Darüber hinaus ist zu fragen, ob eine derartige Vorschrift in tatsächlicher Hinsicht "geeignet" ist, das gesetzgeberische Ziel zu verwirklichen.

²³ BVerfG vom 27.06.91 - 2 BvR 1493/89 - E 84, 239/272 (Besteuerung der Zinserträge).

²⁴ BVerfG vom 27.06.91 - 2 BvR 1493/89 - E 84, 239/281 (Besteuerung der Zinserträge).

²⁵ Im Fall der Besteuerung von Zinserträgen ging das Gericht von einem Umsetzungsdefizit von etwa 50% aus (BVerfGE 84, 239/276).

wirkte Gleichheitswidrigkeit zur Verfassungswidrigkeit auch der materiellen Norm."²⁶

Bei dem Vollzug hoheitlicher Vorgaben darf sich der Staat nicht allein auf die Eigenüberwachung und Eigenerklärung des Regelungsadressaten verlassen. Er muß vielmehr gewährleisten, daß die tatsächliche Erfüllung der gesetzlich auferlegten Pflichten in verlässlicher Weise überprüft werden. Soweit der Gesetzgeber auf das "Deklarationsprinzip" zurückgreift, bedarf dieses vor dem Hintergrund des Gleichheitssatzes "der Ergänzung durch das *Verifikationsprinzip*".²⁷

Was das Bundesverfassungsgericht zur steuerlichen Belastung der Bürger entwickelt hat, gilt - mutatis mutandis - auch für andere Formen der Belastung der Bürger durch den Staat. Den Belastungen ist gemein, daß sie zu Freiheitsverlusten führen, die sich letztlich auch in ökonomischen Einschränkungen niederschlagen. Wer belastende Regelungen infolge struktureller Defizite de facto nicht zu befolgen braucht, erlangt auf diese Weise einen Sondervorteil gegenüber dem rechtstreuen Bürger, der sich in vielen Fällen auch zu deren Umsetzung in Mark und Pfennig ausdrücken läßt.²⁸ Tritt dieser Gleichheitsverstoß massiv auf und beruht er auf strukturellen Mängeln, die der Gesetzgeber zu vertreten hat, erweist sich die entsprechende Regelung als verfassungswidrig.

3

Konsequenzen für den Prozeß der Gesetzgebung

Aus den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und des Gleichheitssatzes sowie aus dem Rechtsstaats- und Demokratieprinzip ergeben sich, konturiert durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, eine Reihe von Anforderungen an das Verfahren legislativer Analyse und Prognose und dessen inhaltliche und methodische Ausfüllung. Die Anforderungen sind kein hohler Formalismus, sondern spiegeln die vielfältigen Anforderungen, denen der Ge-

²⁶ BVerfG vom 27.06.91 - 2 BvR 1493/89 - E 84, 239/272 (Besteuerung der Zinserträge). Zuzurechnen ist dem Gesetzgeber eine in der instrumentellen Ausgestaltung angelegte Ungleichheit im Belastungserfolg nicht nur dann, wenn sie ihre Ursache in gesetzlichen Regelungen hat, "sondern auch, wenn sie auf Verwaltungsvorschriften beruht, die der Gesetzgeber bewußt und gewollt bei seiner Regelung hingenommen hat" (a.a.O.).

²⁷ BVerfG vom 27.06.91 - 2 BvR 1493/89 - E 84, 239/273 (Besteuerung der Zinserträge).

²⁸ Dies gilt etwa für Umweltschutzvorgaben: Wer über die materiellen Anforderungen des Gesetzes hinaus für sich in Anspruch nehmen kann, Schadstoffe auszustoßen, erlangt einen ökonomischen Vorteil in Höhe der eingesparten Vermeidungskosten (diese umfassen neben der Investition in entsprechende apparative Einrichtungen auch die zusätzlichen sächlichen und personellen Betriebsaufwendungen). Gleiches würde gelten für Betriebe, die sich rechtswidrig, aber sanktionslos anderen Vorgaben entziehen können.

setzgeber des Grundgesetzes unterliegt: Die legislative Problemlösung muß sich in ihrem Ergebnis an gewissen unverzichtbaren, aus dem Grundgesetz abzuleitenden Wertmaßstäben orientieren. Dabei kommt dem Gesetzgeber ein erheblicher Abwägungs- und Gestaltungsspielraum zu. Um die materiellen Anforderungen des Grundgesetzes nicht leerlaufen zu lassen, verlagern sich in gewissem Umfang die materiellen verfassungsrechtlichen Anforderungen auf Verfahrensaspekte. Dementsprechend muß eine gesetzliche Regelung schon in ihrem Zustandekommen bestimmten prozeduralen Anforderungen genügen.²⁹

Schwerwiegende Verstöße gegen diese Anforderungen können zur Verfassungswidrigkeit der Norm führen. Sie vermitteln dem Gesetzgeber aber auch dort Orientierung, wo er sich noch innerhalb der - relativ weit gezogenen - Grenzen dieser Anforderungen bewegt (zum Verhältnis von materieller und Kontrollnorm siehe Abschnitt 3.4).

3.1

Allgemeine prozedurale Anforderungen

Die vom Bundesverfassungsgericht entwickelten prozeduralen "Koordinaten" lassen sich wie folgt zusammenfassen. Der Gesetzgeber hat die Entwicklung der tatsächlichen Problemlage zu beobachten (Beobachtungspflicht³⁰) und gegebenenfalls entsprechende empirische Erhebungen anzustellen (Ermittlungspflicht³¹). In den Worten des Bundesverfassungsgerichts:

"Demgemäß hat das Bundesverfassungsgericht nachzuprüfen, ob der Gesetzgeber den für seine Regelung erheblichen Sachverhalt ermittelt und dem Gesetz zugrunde gelegt hat".³² "Der Gesetzgeber ist dabei gehalten, sich über die tatsächlichen Grundlagen seiner Abwägung aufgrund verlässlicher Quellen ein *eigenes* Bild von den tatsächlichen Verhältnissen (...) zu verschaffen (...); er darf sich nicht mit Berichten von interessierter Seite begnügen."³³

²⁹ BVerfG vom 12.5.1992 - 2 BvR 470 u.a./90 - E 86, 90/108 (Rück-Neugliederungsgesetz = DVBl. 1992, 960 ff. = NVwZ 1993, 262 ff.).

³⁰ BVerfG vom 8.8.1978 - 2 BvL 8/77 - E 49, 89/132 (Kalkar).

³¹ BVerfG vom 12.5.1992 - 2 BvR 470 u.a./90 - E 87, 90 (Rück-Neugliederungsgesetz = DVBl. 1992, 960 ff. = NVwZ 1993, 262 ff.): Der Gesetzgeber ist gehalten, sich über die tatsächlichen Grundlagen seiner Abwägung aufgrund verlässlicher Quellen ein eigenes Bild zu verschaffen (dazu Huber 1994, 83 f.); siehe auch bei Fn. 36.

³² BVerfG vom 12.5.1992 - 2 BvR 470 u.a./90 - E 86, 90/108 f. (Rück-Neugliederungsgesetz).

³³ BVerfG vom 12.5.1992 - 2 BvR 470 u.a./90 - E 86, 90/112 (Rück-Neugliederungsgesetz); Hervorhebung im Original.

Dabei reicht es nicht, allein die gesetzlichen Vorschriften zu analysieren. Vielmehr sind die realen Bedingungen der Anwendung der Vorschriften in den Blick zu nehmen. Dementsprechend hat der Gesetzgeber dafür zu sorgen, daß "die für die Beurteilung der Wirkungen des Gesetzes notwendigen Daten planmäßig erhoben, gesammelt und ausgewertet werden".³⁴

Auf der Grundlage der Sachverhaltsermittlung hat die Legislative entsprechende Prognosen über die zukünftige Entwicklung zu erstellen (Prognosepflicht), die die Grundlage für eine Bewertung der Konstellation bildet (Bewertungspflicht). Daraus kann sich die Pflicht ergeben, gesetzgeberisch tätig zu werden (Handlungspflicht), und zwar in einer Weise, die - unter Berücksichtigung entgegenstehender Rechtsgüter - sicherstellt, daß eine tatsächlich wirksame Erreichung der Handlungsziele gewährleistet wird.³⁵

Wird der Gesetzgeber tätig, ist er gehalten, seine Regelungsziele³⁶ und die seiner Abwägung zugrundeliegenden Annahmen und Wertungen offenzulegen (Begründungspflicht). Die Begründungsforderung bildet einen reflexiv wirkenden Anreiz, der auf die Verwirklichung des Postulats sachrationaler Gesetzgebung abzielt. Die an der Gesetzgebung beteiligten Organe sind gehalten, ihre Motive offenzulegen und die getroffene Regelung argumentativ zu rechtfertigen. Die Begründung macht die Regelung für Adressaten und Normanwender nachvollziehbar und erhöht damit Akzeptanz und Durchsetzungschancen des Rechts.

Zugleich schafft die Begründung die Grundlage für eine Prüfung am Maßstab des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (bzw. daraus resultierender Anforderungen), wie das Bundesverfassungsgericht seiner Entscheidung zur Kapazitätsverordnung ausgeführt hat:³⁷ "Eine solche Inhaltskontrolle setzt voraus, daß die Annahmen und Wertungen des Normgebers, die seine Abwägung bestimmt haben" im gerichtlichen Verfahren "offengelegt" werden. Den Normgeber trifft insoweit eine "Darlegungslast". War die Norm "nicht von vorn-

³⁴ BVerfG vom 28.5.1993 - 2 BvF 2/90 u.a. - E 88, 203/310 (Schwangerschaftsabbruch II); siehe auch BVerfG vom 19.3.1995 - 1 BvL 20 - 24/73 (Vermählung) E 39, 210/226. Dazu auch Papier 1994, Rn. 312 ff.

³⁵ Zusammenfassend BVerfG vom 29.11.1995 - 1 BvR 2203/95 (Ozon) - NJW 1996, 651.

³⁶ Diese weisen allerdings oftmals nicht klar in eine Richtung, sondern sind in sich widersprüchlich - offen ist bislang, wie dieses Problem methodisch zu bewältigen ist.

³⁷ BVerfG vom 22.10.1991 - 1 BvR 393 u. 610/85 - E 85, 36/57 (Kapazitätsverordnung = DVBl. 1992, 145 ff.); siehe dazu auch Huber/Kohnen, ZG 1994, 80 ff. Die Entscheidung betrifft zwar den Erlass einer Verordnung, die Grundüberlegungen dürften aber in gleicher Weise auf den Erlass von Gesetzen zutreffen; siehe etwa die Rück-Neugliederungsentscheidung, wo das Gericht vom Gesetzgeber fordert, dem Adressaten, "die Gründe nachvollziehbar" mitzuteilen, die ihn zu seiner Regelung veranlassen; BVerfG vom 12.5.1992 - 2 BvR 470 u.a./90 - E 86, 90/110.

herein mit einer Begründung versehen, die die maßgebenden Gesichtspunkte deutlich macht, muß die Entstehungsgeschichte nachträglich rekonstruierbar sein." "Begründungslücken oder Fehler des Ableitungszusammenhangs können den Schluß nahelegen," daß materielle Defizite bestehen, die im Ergebnis die Verfassungswidrigkeit der Norm begründen können.

Aus alledem ergibt sich die Anforderung an den Gesetzgeber, die tragenden tatsächlichen Annahmen und Prognosen sowie die der Abwägungsentscheidung zugrundeliegende Wertung nachvollziehbar zu dokumentieren. Soweit die vorgelegten Gesetzentwürfe diese Begründung nicht enthalten (bzw. davon abgewichen wird), sollten sich diese Informationen in der Beschlußempfehlung des federführenden Bundestagsausschusses finden.

Die Beobachtungspflicht läßt sich auch als verfassungsrechtlich begründete Pflicht zur "Gesetzesevaluation" bezeichnen (Höland 1994, 374 f.). Der Gesetzgeber hat den vorhandenen Stand an Gesetzen regelmäßig empirisch daraufhin zu überprüfen, ob er den verfassungsrechtlichen Anforderungen *noch* entspricht (Huber 1992, 376). Die damit verankerte Rückkopplung der Rechtswirklichkeit schafft die Grundlagen für einen prozeduralisierten "Lernprozeß" des Gesetzgebers (Hill 1995, 85). Er hat jeweils erneut zu fragen, ob die Annahmen, die der ursprünglichen Abwägung zugrundelagen, noch zutreffend sind³⁸ und ob sich aus den Abweichungen Anlaß für eine Anpassung des Regelungskonzeptes ergibt.

3.2

Gesetzgeberische Analyse und Prognose

Damit ist aber noch nicht gesagt, in welcher Breite (Reichweite) und Tiefe (Intensität) der Gesetzgeber die Anwendungsbedingungen des vorhandenen Regelungsbestandes zu analysieren und die Wirkungsweise eventueller Änderungen zu prognostizieren hat. Daran schließt sich die Frage an, bis zu welchem Punkt die Verfassungsgerichtsbarkeit diesbezüglich ihre Kontrollfunktion wahrzunehmen hat.

In der ersten Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist anerkannt, daß eine *partielle Eignung* zur Zielerreichung ausreicht. Damit wäre der Analyse- und Begründungsaufwand auf ein Minimum, nämlich jenes der Willkürfreiheit reduziert. Dies gilt jedoch nicht für die beiden folgenden Prüfungsstufen. Diese benötigen eine Aussage darüber, in welchem "Maß" das gewählte Regelungskonzept zur Zielerreichung beiträgt. Denn nur so läßt sich die Frage beantworten, ob gleich geeignete, aber schonendere Mittel zur Verfügung stehen. Auch die Prüfung der Proportionalität muß den Grad der Zielerreichung zugrundelegen, wenn sie die Angemessenheit der damit korrespondierenden Grundrechtseinschränkungen betrachtet. Der Gleichheitssatz fordert ebenfalls

³⁸ BVerfG vom 30.05.1990 - 1 BvL 2/83 - E 82, 126/153 (Arbeiter-Kündigungsschutz).

einen "rationalen Akt des Maß-Nehmens" als Grundlage für hoheitliches Handeln.

Das Bundesverfassungsgericht scheint hier einen relativ hohen Maßstab anzulegen, wenn es die "Ausschöpfung aller Erkenntnismöglichkeiten im Zeitpunkt des Erlasses des Gesetzes" verlangt.³⁹ Was dies in der Praxis zu bedeuten hat, ist eng mit der Beantwortung der Frage verknüpft, welche Prognosemethoden mit welchem Aufwand welche Aussagen bereitzustellen in der Lage sind.⁴⁰ Ist es beispielsweise möglich - etwa im Wege eine Skalierung - Aussagen über den Grad der Zielerreichung zu machen?⁴¹

Daran schließt sich wiederum die - für die Abgrenzung zwischen politischem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers und verfassungsgerichtlicher Kontrollkompetenz prekäre - Frage nach der gerichtlichen Kontrollbefugnis legislativer Prognosen an. Klärungsbedürftig sind hier vor allem die prozeduralen Anforderungen an Prognosegrundlagen und -methoden sowie die Reichweite der inhaltlichen Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers. Dabei ist auch nach Kriterien für eine - im Hinblick auf die jeweils betroffene Grundrechtsposition und deren Bedeutung für die personale Freiheitsverwirklichung - abgestufte Differenzierung des Kontrollmaßstabes von der Evidenzbetrachtung über die Vertretbarkeitsprüfung bis hin zur intensiven inhaltlichen Kontrolle zu fragen und die jeweils zu stellenden Anforderungen genauer zu bestimmen (siehe Abschnitt 3.3).

Zusammenfassend läßt sich folgende These aufstellen:⁴²

Je höherwertig die betroffenen Rechtsgüter,⁴³ je schwerwiegender ihre Beeinträchtigung, desto mehr ist der Gesetzgeber gehalten, den Regelungssachverhalt empirisch

³⁹ BVerfG vom 19.3.1975 - 1 BvL 20-24/73 - E 39, 210/230 (Mühlenstruktur).

⁴⁰ BVerfG vom 15.12.19983 - 1 BvR 209/83 - E 65, 1/55 (Volkszählung): [Der Gesetzgeber] "muß ungewissen Auswirkungen eines Gesetzes dadurch Rechnung tragen, daß der die ihm zugänglichen Erkenntnisquellen ausschöpft, um die Auswirkungen so zuverlässig wie möglich abschätzen zu können." [Herv. d. Verf.].

⁴¹ Hier ist die normative Frage nach der Zieldefinition von der mittels der Verhaltenswissenschaften zu erstellenden Prognose über die Wirkungsweisen zu trennen. Im Einwirkungsbereich der Schutzpflichten kommt an dieser Stelle zudem die Frage nach dem verfassungsrechtlich intendierten Mindestmaß an Rechtsgüterschutz ins Spiel (sog. Untermaßverbot).

⁴² Vgl. Ossenbühl 1976, 458/500, der zu dem Ergebnis gelangt, daß "legislative Prognosen und Wertungen um so rationaler und plausibler sein müssen, je mehr sie in existenzbedrohendem Maße in Grundrechtspositionen eingreifen.

⁴³ Dazu zählen sowohl individuelle Grundrechte und "verwandte Rechte" als auch Gemeinwohlgüter, dessen Wahrung dem Gesetzgeber anvertraut ist, siehe oben unter 2.

risch zu ermitteln, nach alternativen Regelungsmöglichkeiten zu suchen und deren voraussichtlichen Auswirkungen auf die Rechtsgüter abzuschätzen.

3.3

Verfassungsgerichtliche Kontrollintensität

Die Rechtsprechung hat in verschiedenen Zusammenhängen zur Frage der Intensität verfassungsgerichtlicher Prüfung Stellung genommen.

3.3.1

Prognosekontrolle

Zur Prüfung gesetzgeberischer Prognosen entwickelt das Gericht abgestufte Maßstäbe. Diese kommen zur Anwendung, wenn es um die "Beurteilung tatsächlicher Verhältnisse" geht und davon die Erfüllung grundrechtlicher Pflichten des Gesetzgebers abhängt. Verfassungsrechtliche Bedeutung erlangen die Prognoseanforderungen vor allem im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung. Sie umfassen die Abschätzung tatsächlicher Entwicklungen. Dabei ist der Einfluß der in Betracht kommenden Regelungsoptionen zu berücksichtigen (siehe Abschnitt 4.3).

In Abhängigkeit von dem personalen, freiheitssichernden Bezug der jeweils angegriffenen gesetzlichen Regelung⁴⁴ und unter Berücksichtigung der Möglichkeiten, eine hinreichend abgesicherte Prognosegrundlage zu schaffen, unterscheidet das Gericht ausdrücklich⁴⁵ zwischen

- einer Evidenzkontrolle (z.B. Güterkraftverkehrsgesetz),
- einer Vertretbarkeitskontrolle (z.B. in der Mühlengesetzgebung) sowie
- einer intensiven inhaltlichen Kontrolle (z.B. in den Urteilen zu Apotheken und Kassenärzten oder zur lebenslangen Freiheitsstrafe sowie in den Entscheidungen zum Schwangerschaftsabbruch).

Das Gericht geht dabei davon aus, es könne im Rahmen der Evidenzkontrolle "die gesetzliche Regelung nur beanstanden, wenn der Gesetzgeber die maßgeblichen Pflichten entweder überhaupt außer acht gelassen oder ihnen offensichtlich nicht genügt hat".⁴⁶

⁴⁴ Besonders deutlich kommt dies in der Formulierung der Mitfahrerzentralen-Entscheidung zum Ausdruck (BVerfG vom 7.4.1996 - 1 BvL 12/63 - E 17, 306/314): "Je mehr der gesetzliche Eingriff elementare Äußerungsformen der menschlichen Handlungsfreiheit berührt, um so sorgfältiger müssen die zu seiner Rechtfertigung vorgebrachten Gründe gegen den grundsätzlichen Freiheitsanspruch des Bürgers abgewogen werden". Im folgenden scheidet die gesetzliche Regelung u.a. an der Verhältnismäßigkeitsprüfung.

⁴⁵ BVerfG vom 1.3.1979 - 1 BvR 532/77 u.a. - E 50, 290/333 (Mitbestimmung).

⁴⁶ BVerfG vom 29.5.1990 - 1 BvL 20/84 - E 82, 60/92 (Kindergeld); Die Voraussetzungen waren im Fall der Kürzung des Kindergeld nach Ansicht des Gerichts erfüllt, weil hier nur ein geringer Teil der Betroffenen

Der Maßstab der Vertretbarkeit erfordert, "daß der Gesetzgeber sich an einer sachgerechten und vertretbaren Beurteilung des erreichbaren Materials orientiert". Er ist verpflichtet, die ihm zugänglichen Erkenntnisquellen auszuschöpfen, "um die voraussichtlichen Auswirkungen seiner Regelung so zuverlässig wie möglich abschätzen zu können".⁴⁷

Die Prüfungsintensität auf der letzten Stufe wäre anhand der genannten Rechtsprechung genauer zu analysieren. Sie dürfte sich in manchen Fällen weitgehend an den Maßstäben der Vertretbarkeitsprüfung orientieren, in anderen - vor allem in der zweiten Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch - deutlich darüber hinausreichen.

Auch wenn die einzelnen Stufen nicht klar voneinander abzutrennen sind und auch das Gericht sich diesbezüglich zurückhaltend geäußert hat,⁴⁸ ist damit doch ein Rahmen aufgespannt, der Abstufungen in der Prüfungsintensität deutlich macht.

3.3.2

Gleichheitssatz

Bei der Prüfung von Verstößen gegen den Gleichheitssatz am Maßstab des Willkürverbotes geht das Gericht davon aus, ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG könne nur festgestellt werden, wenn "die Unsachlichkeit der Differenzierung evident ist".⁴⁹ An anderer Dagegen prüft das Gericht bei Regelungen, die Personengruppen verschieden behandeln oder sich auf die Wahrnehmung von Grundrechten nachteilig auswirken, im einzelnen nach, ob für die vorgesehene Differenzierung Gründe solcher Art und von solchem Gewicht bestehen, daß sie die ungleichen Rechtsfolgen rechtfertigen können.⁵⁰

sachgerecht behandelt werde, im übrigen aber das Ziel verfehlt werde, eine finanzielle Entlastung in der Größenordnung des für die Sicherung der Existenz notwendigen Minimums zu gewährleisten.

⁴⁷ BVerfG vom 26.5.1981 - 1 BvL 56/78 - E 57, 139 (Schwerbehindertenabgabe); siehe dazu auch BVerfG vom 17.4.1991 - 1 BvR 1592/84 - E 84, 59 (Medizinische Prüfung).

⁴⁸ Bezeichnenderweise gilt dies für die zweite Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch (BVerfG vom 28.5.1993 - 2 BvF 2/90 u.a. - E 88, 203/262), was im übrigen mit weiteren Inkonsistenzen einhergeht; kritisch dazu Hesse 1994, 552 ff.

⁴⁹ BVerfG vom 14.12.1994 - 1 BvR 720/90 - E 91, 346 (Abfindung des Miterben).

⁵⁰ BVerfG vom 22.2.1994 - 1 BvL 21/85 - E 90, 46 (Probezeit im öffentlichen Dienst); unter Verweis auf BVerfG vom 30.5.1990 - 1 BvL 2/83 - E 82, 126/146 (Arbeiter-Kündigungsschutz), wo dies im Ergebnis verneint wurde.

3.3.3

Verfahrensfehler

Verfahrensfehler beim Zustandekommen der Norm sollen mit Rücksicht auf die Rechtssicherheit nur dann zur Nichtigkeit der Norm führen, wenn der Fehler evident ist.⁵¹ Diese entspreche dem allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsatz, daß rechtswidrige Verwaltungsakte nur bei entsprechender Evidenz nichtig sind.⁵²

3.3.4

Rechtliche Bedeutung

Die Tatsache, daß die Rechtsprechung die genannten Abgrenzungsformeln entwickelt hat, dürfte ein Indiz dafür sein, daß sich die Verfassungsgerichtsbarkeit der funktionellen Grenzen der verschiedenen Verfassungsorgane - jedenfalls grundsätzlich - bewußt ist. Die damit aufgestellten "Orientierungspunkte" markieren den Korridor, innerhalb dessen sich der Gesetzgeber ohne verfassungsgerichtliche Intervention bewegen kann. Der von der Rechtsprechung zugestandene Prognosespielraum ist damit zugleich eine "Chiffre für die verfassungsrechtliche Verantwortungsverteilung für Entscheidungen, die bei Unsicherheit der künftigen Entwicklung getroffen werden *müssen*" (Ossenbühl 1976, 513 [Herv.i.O.]).

Die "Orientierungspunkte" haben damit jedenfalls eine verfassungsprozessuale Bedeutung. Sie sind "Ausfluß der funktionellrechtlichen Grenze der Verfassungsrechtsprechung" und daher dem Prozeßrecht zuzuordnen.

3.4

Verhältnis von materieller und Kontrollnorm

Fraglich ist, ob die "Orientierungspunkte" zugleich die materiell-rechtlichen Anforderungen abschließend markieren. Diese Frage ist - wie im folgenden zu zeigen sein wird - zu verneinen. Auch innerhalb des damit abgesteckten Korridors besteht die Verfassungsbindung des Gesetzgebers weiter. Dafür sprechen die folgenden Überlegungen.

Zunächst ist darauf zu verweisen, daß nicht allein die Rechtsprechung der Verfassung unterworfen ist, sondern auch unmittelbar der Gesetzgeber (Art. 20 Abs. 3 und Art. 1 Abs. 3 GG). Würde man die Verfassungsbindung auf die Kontrollkompetenzen des Bundesverfassungsgerichts begrenzen, läge darin eine deutliche Einschränkung des Wirkungsgehaltes der Verfassung. Dies zeigt sich besonders deutlich, wenn man die klassische abwehrrechtliche Perspektive überschreitet. Während die abwehrrechtliche Funktion der Grundrechte darauf gerichtet ist, Eingriffe des Gesetzgebers in die Rechte des Bürgers zu

⁵¹ BVerfG vom 11.10.1994 - 1 BvR 337/92 - E 91, 148 (Umlaufverfahren bei Rechtsverordnungen).

⁵² BVerfG vom 26.7.1972 - 2 BvF 1/71 - E 34, 9 (Hausgut).

verhindern, sollen die Schutzpflichten dazu beitragen, die Voraussetzungen für die freie und autonome Lebensgestaltung des Bürgers zu schaffen und zu erhalten. Damit erwächst den Grundrechten eine neue "Bedeutungsschicht". Auf der prozessualen Ebene läßt sich die Abwehrfunktion durch kassatorische Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts verwirklichen, dagegen verlangen die Schutzpflichten eine aktive Gestaltung des Ordnungsrahmens. Damit sind präskriptive Entscheidungen strukturell jedenfalls angelegt. Die Gefahr judikativer Übergriffe in die legislativen Gestaltungsräume ist damit offenkundig; und jedenfalls in der zweiten Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch hat sie sich auch realisiert.

Welche Wege stehen offen, um diesem Dilemma zu entkommen? In Betracht kommt ein "Rückbau" der Schutzpflichtendogmatik und eine Begrenzung richterlicher Kontrollkompetenz.

Ein "Rückbau" der Grundrechte in Richtung zu ausschließlich subjektiven Abwehrrechten würde eine Ursache der Konfliktlage beseitigen; zugleich aber neue Probleme nach sich ziehen. Denn die Verfassung würde sich aus einem zentralen Aspekt der Sicherung menschlicher Freiheit verabschieden. Die Grundrechte würden nur noch Teil- und Randfragen der sozialen Wirklichkeit erfassen und in ihrer rechtlichen Bedeutung weitgehend leerlaufen. Dem stünde ein Gewinn an Gestaltungsfreiheit der politischen Ebene gegenüber. Angesichts der zentralen Stellung der Grundrechte im Verfassungsgefüge der Bundesrepublik käme der "Rückbau" der Grundrechtsfunktionen einer deutlichen Verschiebung der grundgesetzlichen Gewichte gleich.

Will man die Wirkungsmächtigkeit der Grundrechte erhalten, ist an der Schutzpflichtenfunktion festzuhalten. Zu fragen ist dann nach dogmatischen Ansatzpunkten für die Beschränkung richterlicher Intervention. Ein Lösungsvorschlag zielt darauf ab, zwischen den materiellen verfassungsrechtlichen Anforderungen und der Reichweite richterlicher Kontrolle zu differenzieren. Auf der Grundlage einer Analyse der Schutzpflichtenrechtsprechung kommt Hesse zu dem Ergebnis, der Gesetzgeber sei "verfassungsrechtlich zu mehr verpflichtet als zu dem, was das Bundesverfassungsgericht kontrollieren kann"; sein Fazit lautet: "eine Kongruenz zwischen materieller und Kontrollnorm besteht also nicht" (Hesse 1994, 558; Hesse 1995, Rn. 439). Gleiches soll für die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers gelten, deren materiellrechtlichen Tatbestandsvoraussetzungen auch im interventionsgeschützten Sektor wirksam seien (Mayer 1996, 174).

Dieser Ansatz ist nicht unwidersprochen geblieben. Starck (1992, Rn. 14) hält an der Unterscheidung "Norm oder Nicht-Norm" fest: Entweder die Verfassung enthalte Vorgaben, dann seien sie auch einzuhalten; oder sie enthalte keine, dann bestehe Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers, die politisch auszufüllen sei. Wer hier verfassungsrechtlichen Handlungsdirektiven das Wort rede, bringe die Verfassung unter die Räder der politischen Auseinandersetzung, was der Verfassung und ihrer Anerkennung in der Bevölkerung letztlich scha-

de. Die Funktionsgrenzen zwischen Recht und Politik seien klar zu definieren und zu respektieren, alles andere als "unnötiger Ballast" über Bord zu werfen. Für diese Position spricht ihre auf den ersten Blick nachvollziehbare Argumentationsbasis. Sie setzt aber voraus, daß sich zum einen die Grenzen der Kontrollnormen klar bestimmen lassen und sich zum anderen die Verfassungsrechtsprechung an diesen Grenzen orientiert. Damit verbunden wäre der bereits angesprochene Verlust an Wirkungsmächtigkeit; ein Ergebnis welches mit dem Gewinn an Abgrenzungsklarheit zu rechtfertigen wäre. Es fragt sich aber, ob es diese Klarheit tatsächlich geben kann. Genau dies aber ist zu bezweifeln, weil sich Gehalt und Bindungsreichweite der Verfassung nur in einem diffizilen Annäherungs- und Abwägungsprozess ermitteln lassen. Verzichtet man auf die Figur der bloßen Handlungsnorm besteht die Gefahr, daß alles, was die (verfassungsgerichtlichen) Interpreten an Gehalt der Verfassung meinten ausmachen zu können, unmittelbar zum Kontrollmaßstab erhoben wird. Das eindimensionale Abgrenzungdenken birgt daher die Gefahr größerer Übergriffe in den Funktionsbereich des Gesetzgebers. Dagegen zwingt die Figur der Handlungsnorm zu einem bewußterem Umgang mit den verfassungsgerichtlichen Kontrollrestriktionen. Sie erlaubt zudem ein schonenderes "Wechselspiel" zwischen den beiden Verfassungsorganen: Das Gericht kann Eckpfeiler aufstellen und darüber hinausreichende Argumentationslinien zur (fach-) öffentlichen und verfassungspolitischen Diskussion stellen. Der Gesetzgeber hat die Eckpfeiler zu beachten und sich im übrigen mit der Auslegung der Handlungsnormen auseinanderzusetzen. Auf diese Weise kann ein "responsives Verhältnis" (vgl. Führ/Bizer 1998) zwischen den beiden Organen entstehen, welches ihrer gemeinsamen Verfassungsbindung (20 Abs. 3 und Art. 1 Abs. 3 GG), bei zugleich funktional "geteilter Verfassungsverantwortung" gerecht wird.

Gemeinsamer Verantwortungsgegenstand ist die "verfassungsmäßige Ordnung". Während das Bundesverfassungsgericht über die Einhaltung des zwingenden verfassungsrechtlichen Rahmens wacht, wird der Gesetzgeber in dem damit eröffneten Feld gestaltend tätig. Sein Gestaltungsraum ist zweigeteilt: Bis zu einem gewissen Grade wirken verfassungsrechtliche Handlungsaufträge (Schutz- und Förderpflichten, Staatszielbestimmungen) in ihn hinein; daneben gibt es Bereiche, die davon weniger geprägt sind. Der Übergang zwischen beiden Bereichen ist fließend. Soweit der Gesetzgeber auf den Schutzbereich von Grundrechten einwirkt, treten - auch im Bereich "freier Gestaltung" - Gleichheitsgebot und Verhältnismäßigkeitsprinzip hinzu. Die daraus resultierenden Rationalitätsgebote durchziehen den gesamten Gestaltungsraum des Gesetzgebers. Sein Gestaltungsvorrang zeigt sich darin, daß Verstöße gegen die Rationalitätsanforderungen erst ab einer gewissen Schwere prozessuale Sanktionen nach sich zieht.

Geht man von diesem Ansatz aus, stellen sich in der Folge zwei Fragen. Zum einen ist zu klären, in welcher Weise die Reichweite der Kontrollnorm zu bestimmen ist. Zum anderen stellt sich die Frage, welche Bedeutung dem "über-

schiessenden" (weil prozessual nicht geltend zu machenden) Teil der verfassungsrechtlichen Anforderungen dann noch zukommen kann.

Der abstrakte Hinweis, die Kontrollnorm bleibe "an Umfang und Dichte hinter der Handlungsnorm zurück" (Isensee 1992, Rn. 162), dürfte bei der Abgrenzung kaum weiterhelfen. Hesse versucht daher, eine Abgrenzung im Rahmen der verfassungsgerichtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen. Da es keinen absoluten Vorrang des schutzbedürftigen Grundrechts vor den kollidierenden Rechtsgütern geben kann, muß bei der Verwirklichung der Schutzpflichten die Verhältnismäßigkeit in beide Richtungen gewahrt sein. Damit ist grundsätzlich eine weitreichende verfassungsgerichtliche Kontrolle eröffnet. Einzelne Fragen sollen jedoch der Prüfung und Entscheidung durch das Bundesverfassungsgericht ganz oder teilweise entzogen bzw. in der Prüfungsintensität begrenzt sein. Explizit ausgeschlossen sei eine verfassungsgerichtliche Kontrolle der Wahl der Mittel, mit denen der Gesetzgeber seiner Schutzpflicht nachkommen wollte. Da die Verfassung hierzu keine inhaltliche Regelung enthalte, sei der Gesetzgeber insoweit verfassungsrechtlich nicht gebunden; er könne daher "allein und abschließend entscheiden". Im gleichen Atemzug weist Hesse aber auch darauf hin, daß der Gesetzgeber zu "wirksamen Schutzvorkehrungen verpflichtet" sei, was die freie Wahl der Mittel erheblich einschränken könne und verfassungsgerichtlicher Kontrolle zugänglich sei (Hesse 1994, 555). Damit sind wir erneut beim Kern des Problems: Wenn die Verfassung einen wirksamen Schutz grundrechtlicher Freiheit erfordert, dann steht und fällt die Gewährleistung dieses Schutzes mit der Wahl und Ausgestaltung der dafür vorgesehenen Mittel. Soll die Umsetzung der Schutzpflichten verfassungsgerichtlicher Prüfung unterliegen, dann reicht es nicht aus, daß die Verfassungsrichter die - in der Zweckbestimmung oder in den Gesetzmaterien ausgesprochenen - Schutzziele zur Kenntnis nehmen, vielmehr gehört die Wahl des Schutzkonzeptes und dessen instrumentelle Ausgestaltung zwangsläufig mit zum Prüfungsgegenstand.

Lassen sich damit die eingesetzten Mittel nicht aus dem Prüfungsumfang ausschließen, bleibt die Frage der Prüfungsintensität zu klären. Hier plädiert Hesse ebenfalls für eine weitgehende Zurückhaltung. Ansatzpunkte dafür sieht er auf der Stufe der Geeignetheitsprüfung sowie bei der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne: Die Untauglichkeit einer Schutzvorkehrung lasse sich nur dann "mit hinreichender Sicherheit feststellen, wenn sie offenkundig "gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich" ist." Jenseits dieser eindeutigen Fälle sei für das Gericht "ein zuverlässigeres Urteil als dasjenige des Gesetzgebers nur bedingt zu gewinnen". Da man sich hier auf den unsicheren Boden der Prognose über die Wirkungsweise des vorgesehenen Instrumentariums begeben, fehle es an "einem inhaltlichen normativen Maßstab, anhand dessen das Wahrscheinlichkeitsurteil des Gesetzgebers überprüft werden könnte." Dementsprechend sei das Gericht auf eine Beurteilung der Grundlagen der Prognose beschränkt. Dies setzt aber voraus, daß eine derartige Prognose stattgefunden

hat und daß die wesentlichen Grundlagen und Wertung - in welcher Form auch immer - nachvollziehbar dokumentiert sind.

In gleicher Weise begrenzt sei die verfassungsrechtliche Nachprüfung bei der "Zuordnung kollidierender Grundrechtspositionen" (treffender wohl: "Balan- cierung der Verhaltensanforderungen im Bereich der Ingerenz mehrerer grundrechtlicher Schutzbereiche"⁵³). Auch hier beruhe die zu treffende Ent- scheidung des Gesetzgeber unvermeidlich auf Wertungen, deren "Richtig- keit" sich verfassungsrechtlich nur beschränkt widerlegen und nicht erweisen lasse.⁵⁴ Im Rahmen der dann verbleibenden "Vertretbarkeitskontrolle"⁵⁵ bliebe dann zu prüfen, ob bei der Wertung des Gesetzgebers hierfür wesentliche Faktoren - wie beispielsweise die Art und Intensität der Grundrechtsbeein- trächtigung - unberücksichtigt geblieben sind.

In vielen Fällen bezeichnen die damit in ihrer Prüfungsintensität "zurückge- schraubten" Punkte den Kern der verfassungsrechtlichen Auseinandersetzung. Denn meist geht es im Überlagerungsbereich mehrerer Grundrechte um Kon- fliktlösungen mittels Instrumenten, deren zukünftige Wirksamkeit in der je spezifischen Konstellation nur prognostisch zu erfassen ist. Die Prüfungsre- striktionen betreffen damit wesentliche Bereiche der Grundrechtsausgestal- tung. Dennoch dürfte ihnen angesichts der unterschiedlichen Funktions- und Verantwortungsbereiche der verfassungsrechtlichen Gewalten grundsätzlich zuzustimmen sein.

Dem ließe sich entgegenhalten, auch mit diesem Ansatz werde die "Wir- kungsmächtigkeit" der Grundrechte eingeschränkt. Denn materielles Verfas- sungsrecht, welches nicht verfassungsrechtlich zu kontrollieren und zu sank- tionieren ist, wirke kaum mehr als ein bloßer Appell. Dies ist sicherlich zutref- fend. Die vorstehende Analyse zeigt aber, daß sich gleichwohl verfassungs- rechtliche Anforderungen formulieren lassen, die auf eine Verwirklichung der Vorgaben des Grundgesetzes ausgerichtet sind. Auch wenn Hesse dies nicht klar formuliert, ergibt sich aus einer derartigen Sichtweise eine Verschiebung des Blickwinkels hin zu den empirischen und methodischen Grundlagen für die Prognose und Abwägung durch den Gesetzgeber.

Damit verlagert sich der Problemhorizont auf die Frage, welche Anforderun- gen diesbezüglich zu formulieren sind und ab welchem Grad der Abweichung von den Anforderungen eine Intervention des Bundesverfassungsgerichts ge- rechtfertigt bzw. geboten ist. Die Frage kann nicht generell, sondern nur im

⁵³ Siehe dazu ausführlich Führ 1998a.

⁵⁴ Hesse 1994, 557, unter Verweis auf das Sondervotum von Mahrenholz/Sommer, BVerfGE 88, 338.

⁵⁵ Der Sache nach plädiert Hesse damit dafür, die Prüfungsintensität auf die beiden Stufen der Evidenz und der Vertretbarkeit zu beschränken und - vor dem Hintergrund der Zweiten Entscheidung zum Schwanger- schaftsabbruch - die dritte Stufe der intensiven inhaltlichen Kontrolle überhaupt nicht mehr zu betreten.

Wege der oben formulierten "Je-desto-These" (siehe Abschnitt 3.2) beantwortet werden.

Unterhalb des damit abstrakt umschriebenen Anforderungsniveaus werden die prozeduralen und methodischen Anforderungen gleichwohl nicht völlig bedeutungslos. Neben den verbindlichen verfassungsrechtlichen Vorgaben lassen sich dem Verfassungsrecht Anhaltspunkte für eine "verfassungsverträgliche" Rechtsgestaltung entnehmen.⁵⁶ Die damit umschriebenen Vorgaben sind nicht "verbindlich" in dem Sinne, daß eine Abweichung als rügefähiger Verfassungsverstoß zu werten ist; vielmehr weisen sie auf bestimmte Anforderungen und Kriterien hin, die im Prozeß der Rechtsetzung zu berücksichtigen sind. Die Einhaltung dieser Vorgaben ist "verfassungsrechtlich erwünscht" bzw. "verfassungsrechtlich intendiert", wenn auch nicht vollständig prozessual erzwingbar. Sie geben dem Gesetzgeber Orientierung für die Entscheidungsfindung, belassen ihm jedoch den inhaltlichen Ausgestaltungsspielraum. Dennoch bleibt, so zumindest der hier vertretene Ansatz, das Verfassungsrecht auch innerhalb des gesetzgeberischen Korridors wirksam, dessen Begrenzungen durch das bundesverfassungsgerichtliche Verdikt "Verfassungsverstoß" gekennzeichnet ist. Hier regiert nicht das freie gesetzgeberische Belieben, sondern der Verfassung sind prozedurale und materielle Orientierungsgrößen zu entnehmen.⁵⁷ Ihre übergreifende Funktion ist es, die Gesetzgebung an den Maßstäben der Sachgerechtigkeit und der Gemeinwohlintention auszurichten. Aufgrund seiner Verfassungsbindung ist der Gesetzgeber gehalten, sich an diesen Maßstäben zu orientieren.

3.5

Paralyse des Gesetzgebers?

Die damit umrissenen Anforderungen wurden von der Fachgerichtsbarkeit mittlerweile aufgenommen und auf unterschiedliche Rechtsgebiete ange-

⁵⁶ Auf dieser Differenzierung beruht das methodische Vorgehen von Roßnagel 1993a, 43 ff.): Durch einen mehrstufigen "Übersetzungsvorgang" soll dort eine Verständigung zwischen dem Recht und den technischen Entwicklungsprozessen geleistet werden (vgl. dazu auch Roßnagel 1993b). Vorliegend geht es darum, Verständigungsaufgaben zwischen dem Recht und den Verhaltenswissenschaften zu bewältigen. Daher ist zu fragen, auf welche Weise hier tragfähige methodische und begriffliche "Brücken" zu bilden sind.

⁵⁷ Im übrigen ist der Gesetzgeber schon angesichts der Unwägbarkeiten verfassungsgerichtlicher Normenkontrolle gut beraten, diese Vorgaben zu beachten. Weil die Frage, wann ein gerichtlich sanktionierbarer Verstoß gegen Verfassungsvorgaben vorliegt, im voraus nicht klar zu beantworten ist, empfiehlt es sich - bei prozessualer Betrachtungsweise - für den Gesetzgeber eine Orientierung an diesen Koordinaten auch dann, wenn man es mit der Gegenmeinung ablehnt, über Kontrollnormen hinaus, weitergehende verfassungsrechtliche Handlungsnormen anzunehmen.

wandt. Neben den bereits angesprochenen Beispielen ist hier etwa das Hochschulrecht zu nennen.⁵⁸

Auch hier gab es Einwände. So wurde etwa kritisiert, hohe Verfahrenshürden würden zur Fesselung des Gesetzgebers führen. Darin liege ein Verstoß gegen das Gebot richterlicher Selbstbeschränkung, welches das "Lebenselexier" der Rechtsprechung des BVerfG darstelle.⁵⁹ Die von der Rechtsprechung gestellten Anforderungen an Sachverhaltsermittlung und -abwägung rückten die parlamentarische Gesetzgebung in die Nähe des administrativen Rechts der Planfeststellung. Darin liege eine "Übersteigerung des Grundrechts zu Lasten des im Interesse der Allgemeinheit erfolgenden Gesetzgebungsverfahrens".⁶⁰ Im Ergebnis werde der Gesetzgeber die "Übergriffe" des Bundesverfassungsgerichts in seiner Entscheidungsmacht zu sehr eingeeengt und bewege sich zwischen der Skylla des Über- und der Charybdis des Untermaßverbotes (Denninger 1993; Hain 1993; s.a. Böckenförde 1989) ohne daß die Grenzen verfassungsgerichtlicher Intervention klar zu bestimmen wären. Hohe Verfahrensanforderungen vergrößern dabei das "Risiko" des Gesetzgebers bzw. die Kassationsmöglichkeiten des Bundesverfassungsgerichts.

Das Grundanliegen dieser Kritik nach der Aufrechterhaltung des politischen Gestaltungsspielraums der Gesetzgebung verdient sicherlich Zustimmung. Allerdings ist darauf hinzuweisen, daß sich die Annäherung an das Planfeststellungsrecht bereits aus dem Postulat rationalen und zielorientierten, folglich jedenfalls zu einem gewissen Grade konsistenten⁶¹ und somit planvollen Gesetzgebung ergibt. Terminologische Übereinstimmungen⁶² sind daher nicht

⁵⁸ VG Göttingen vom 13.7.1993 - 4 B 4238 - KMK-Hochschulrecht n.F. 31A Nr. 6, S. 5, BerlVerfGH vom 22.10.1996 - 44/96 - NVwZ 1997, 790 (Aufhebung von Studiengängen).

⁵⁹ BVerfG vom 25.2.1997 - 1 BvF 1/74 - E 39, 1/69 (Schwangerschaftsabbruch I - Sondervotum Simon und Rupp-v.Brünneck).

⁶⁰ Haug 1997, 754/755 ff.

⁶¹ Die Forderung nach "Widerspruchsfreiheit" der Gesetzgebung wie sie in den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsmäßigkeit von Lenkungssteuern (vom 7.5.1988 - 2 BvR 1991 u. 2004/95 sowie 1876/91 u.a. - ZUR 1998, 144 m. Anm. Schrader = DVBl. 1998, 702 = UPR 1998, 265) erhoben wird, dürfte allerdings - jedenfalls wenn man sie nicht, anders als in den beiden Entscheidungen, sehr zurückhaltend interpretiert - an der Lebens- und daher an der Gesetzgebungswirklichkeit vorbeigehen (vgl. dazu Führ 1998b).

⁶² BVerfG vom 12.5.1992 - 2 BvR 470 u.a./90 - E 86, 90/108 (Rück-Neugliederungsgesetz): "Der finale Charakter einer solchen Regelung eines komplexen Sachverhalts verleiht ihr einen deutlichen planerischen Einschlag. Dies wirkt sich auf die verfassungsrechtlichen Anforderungen aus, denen die Entscheidung des Gesetzgebers unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Wohls zu genügen hat."

überraschend. Andererseits ist zu berücksichtigen, daß die Planfeststellung selbst eine Übertragung "gesetzgebungsähnlicher" Kompetenzen auf die Verwaltung darstellt.⁶³ Aufgabe der Planfeststellung ist es, anhand allgemeingehaltener, multipolarer Grundsätze und Leitvorstellungen unter Abwägung der jeweils einzustellenden "Belange" eine Zuordnung von Befugnissen und Beschränkungen für den Einzelfall vorzunehmen und planerisch zu "bewältigen" (Steinberg 1993, 17 ff.). Eine Aufgabe, die "eigentlich" bei der Legislative anzusiedeln wäre.⁶⁴ Die Annäherung der rechtsstaatlich begründeten Anforderungen an beide Erscheinungsformen hoheitlichen Handelns ist daher alles andere als fernliegend.

Die Kritik an den "Übergriffen" der Rechtsprechung wird schließlich durch einen weiteren Aspekt relativiert. In ihr kommt der traditionelle, als verfassungsstaatlich weithin ungebunden verstandene (innere) Souveränitätsbegriff der Legislative zum Ausdruck. Unter den Bedingungen der verfassungsstaatlichen, gewaltenteilenden Demokratie ist das Parlament aber nicht in diesem Sinne "souverän". Die Legislative "ist eingebunden in eine Vielfalt von Instanzen, die im Rahmen ihrer Kompetenzen Politik formulieren und (in) Recht (um)setzen."⁶⁵

Die von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien und Orientierungspunkte bilden daher, daran ist - trotz gelegentlicher Übergriffe durch das Bundesverfassungsgericht selber - festzuhalten, zutreffenderweise den Rahmen für eine rechtsstaatliche, an den Grundrechten sowie der "Intention auf Gemeinwohrlichtigkeit" orientierten Gesetzgebung. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ab welchem Grad der Abweichung von den Kriterien dies prozessual geltend gemacht werden kann. Hier erscheint in der Tat eine Betonung richterlicher Zurückhaltung angemessen.

⁶³ Lerche 1984, 97/124.

⁶⁴ Von ihr aber - u.a. mangels Problemverarbeitungskapazität - nicht wahrgenommen werden kann.

⁶⁵ Schulze-Fielitz 1988, 456 f.; der auch darauf hinweist, die Rationalisierung von Gesetzgebung könne zwar ein Machtverlust auf der politischen Ebene korrespondieren; dies sei aber keineswegs zwingend, weil zugleich mit der Verbesserung der Entscheidungsgrundlage und der Verdeutlichung von Alternativen die politischen Gestaltungsmöglichkeiten erweitert werden.

Die Frage, welche verfassungsrechtliche Bedeutung den Abgrenzungsformeln zuzumessen sei, ist daher im Sinne einer Funktions- und Verantwortungsabgrenzung zu beantworten, die den Verantwortungsmaßstab, nämlich die materiell-rechtliche Verfassungsbindung, unberührt läßt. Auch wenn es an einer umfassenden Sanktionierung fehlt, wirken die prozeduralen und methodischen Anforderungen des Verfassungsrechts doch beiderseits der "Orientierungsmarken". Es erscheint daher angebracht, der Frage nachzugehen, wie sich diese Anforderungen zu einem zusammenhängenden System formen lassen.

4

Prozeduraler Rahmen

Die folgende Darstellung unternimmt den Versuch, die bislang eher punktuell formulierten Anforderungen an den Prozeß der Gesetzgebung zu systematisieren. Vorgeschlagen wird eine Differenzierung in fünf Schritte (siehe Übersicht in Abschnitt 4.6),⁶⁶ die allerdings nicht trennscharf voneinander abzugrenzen sind. Sie weisen vielmehr inhaltliche Wechselbezüge auf und werden sich in der Praxis nicht selten zeitlich überlagern. Um die unterschiedlichen Funktionen und die Rolle der beteiligten Disziplinen deutlich zu machen, erscheint es jedoch sinnvoll, an der Aufteilung festzuhalten.

Schulze-Fielitz hat eine Reihe von "materiellen Beurteilungskriterien" zusammengetragen und sie als "inhaltspräjudizierende Knotenpunkte" bezeichnet (Schulze-Fielitz 1988, 481 ff., siehe Abschnitt 5). In diesen "Knotenpunkten" vermengen sich prozedurale und methodische mit bloßen formalen Anforderungen. Auch wenn diese nicht völlig voneinander zu lösen sind, soll im folgenden doch der Versuch unternommen werden zunächst einen prozeduralen Rahmen zu beschreiben und anschließend dessen inhaltlicher und methodischer Ausfüllung nachzugehen.

Der zu entwickelnde prozedurale Rahmen soll dabei in der Lage sein, die in der Rechtsprechung entwickelten Anforderungen an den Gesetzgeber (siehe Abschnitt 3), insbesondere die verschiedenen gesetzgeberischen Pflichten (Abschnitt 3.1) abzudecken.

Nur ganz selten hat der Gesetzgeber bislang unentdecktes Neuland zu betreten. In der Praxis geht es meist um die Veränderung eines bestehenden Ordnungsrahmens. Aus verfassungsrechtlicher Perspektive geht es also um die "Nachbesserung" vorhandener Gesetze zu behandeln. An dieser "Nahtstelle" zwischen *lege lata* und *lege ferenda* werden die verfassungsrechtlichen Vorgaben praktisch.

Das zu entwickelnde Modell kann damit kein "lineares Entscheidungsmuster" (vom Problem zur Lösung) enthalten, sondern muß sich in den Regelkreis der Gesetzgebung als "Problemlösung auf Zeit" einfügen.⁶⁷ Als - teilweise fiktiver - Ausgangspunkt soll dabei der Schritt der Problemformulierung und Zieldefinition durch den Gesetzgeber gewählt werden. In der Praxis erfolgt der Einstieg in den Regelkreis dagegen üblicherweise an dem Punkt der "Beobachtung" der Regelungswirkungen bestehender Gesetze (siehe Abschnitt 4.5). Der Gesetzgeber kann sich auf eine vorfindliche Problemstrukturierung und

⁶⁶ Wobei die konkrete Ausfüllung für jede Regelungskonstellation gesondert zu prüfen ist.

⁶⁷ Zutreffend weist Lerche (1984, 110) darauf hin, die gesetzgeberische Aufgabe werde "zu einer dauernden oder doch sich regenerierenden".

Zieldefinition zurückgreifen, auch wenn diese oftmals - wegen inhaltlicher und formaler Mängel der bestehenden Gesetze - nicht leicht zu Tage zu fördern sind.

4.1

Problemformulierung und Zieldefinition

Der Gesetzgeber sollte aus seiner Sicht die Problemlage umschreiben und die Regelungsziele definieren. Da in der Regel zugleich Unterziele ebenfalls anzusteuern sind, kommt der Identifikation von Zielkonflikten eine zentrale Rolle zu (siehe Abschnitt 5.1). Um eine Gewichtung der Regelungsziele vornehmen zu können, muß sich der Gesetzgeber Klarheit darüber verschaffen, welche Konfliktlagen bestehen und welche Rechtsgüter davon betroffen sind. Auf dieser Grundlage kann er in den bestehenden Überschneidungsbereichen verschiedener Rechts- und Interessenssphären die Gewichte verteilen.

Wie bereits einleitend aufgezeigt, erfolgt der eigentliche "Einstieg" in den Prozeß der Gesetzgebung in der Regel im fünften Schritt.⁶⁸ Aus der Beobachtung der tatsächlichen Entwicklung unter dem bestehenden Regelungskonzept kann sich ggf. der Bedarf einer Nachbesserung des Ordnungsrahmens ergeben, wenn und soweit Defizite in der Zielverwirklichung festzustellen sind. Bezugsgröße für die Beobachtungsphase ist damit die gewählte Zieldefinition. Diese ist allerdings nicht abstrakt und lösgelöst vom Gesetz zu sehen. Vielmehr findet der (Nachbesserungs-) Gesetzgeber eine konkrete Gewichtung im bestehenden gesetzlichen Ordnungsrahmen bereits vor (siehe Schritt 4a in der Übersicht unter 4.6). Diese Definition, die sich auch formell im Gesetz und den Gesetzesmaterialien niederschlagen sollte, bildet den Bezugspunkt für alle folgenden Schritte (einschließlich einer im Rahmen der Beobachtungsphase ggf. vorzunehmende Neuformulierung der Zielsetzung).

4.2

Sachverhaltsermittlung

Sowohl bei dem seltenen Fall der Erstregelung als auch bei der Novellierung bestehender Vorschriften kommt der Sachverhaltsermittlung eine zentrale Rolle zu. Nur auf ihrer Grundlage läßt sich die Forderung nach "Sachgerechtigkeit" verwirklichen. Auch die postlegislative Beobachtungsphase muß sich auf eine empirische Grundlage stützen.

Diese Funktion erfüllt der Schritt der Sachverhaltsermittlung. Hier geht es zunächst im Sinne einer Wirkungsanalyse darum, das Verhalten der Akteure und dessen Auswirkungen auf die Rechtsgüter und Regelungsziele zu erfassen. Ergänzend ist nach den verhaltensbestimmenden Parametern sowie nach

⁶⁸ Daß die Frage der Zielbestimmung dennoch an den Beginn der Systematisierungsüberlegungen gestellt wird, ergibt sich aus der zentralen Rolle, die ihm sowohl für die rechtliche als auch für die ökonomische Analyse des Ordnungsrahmens zukommt.

dem Anteil des vorhandenen gesetzlichen Ordnungsrahmens zu fragen.⁶⁹ Gefordert sind hier die Disziplinen der Verhaltenswissenschaften mit einem besonderen Schwerpunkt bei der empirischen Sozialforschung.

Für die Erfüllung der "Beobachtungspflicht" ist in diesem Zusammenhang besonders relevant, ob sich die Regelung als "sachgerecht" und "folgerichtig" erwiesen hat. Außerdem ist nach Defiziten in der Zielerreichung sowie nach unerwünschten Regelungsfolgen zu fragen.

4.3

Prognose

Ergeben sich bei den letztgenannten Fragen Zweifel, ist zu klären, ob und welche Regelungsalternativen zur Verfügung stehen. Zu analysieren ist weiter die Wirkungsweise möglicher Änderungen im Ordnungsrahmen im Hinblick auf

- den damit verbundenen Beitrag zur Zielerreichung sowie
- Beeinträchtigung von Rechtspositionen bei den Adressaten (Art und Schwere sowie "Gleichheit" der Belastung)

Diese Betrachtung - im Sinne des Alternativendenkens als "Kern der freiheitlichen Demokratie" (Häberle 1978, 19 ff.) - sollte sich an den von Schultze-Fielitz entwickelten "Rationalitätsgarantien" (Schulze-Fielitz 1988, 490 ff.) orientieren und sich der Methodik der Verhaltenswissenschaften bedienen (siehe dazu Abschnitt 5.).

4.4

Bewertung und Entscheidung

Auf der Grundlage von Sachverhaltsermittlung und Prognose kann die Legislative - erneut - ihr gesetzgeberischen Ermessen ausüben. Unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Vorgaben (insbesondere des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und des Gleichheitsgebotes sowie der Staatszielbestimmungen) sowie nach Maßgabe der politischen Maximen geht es dabei um folgende Fragen:

- Besteht gesetzgeberischer Handlungsbedarf?
- Welche Zielsetzung (Oberziel/Unterziele) soll dabei verfolgt werden?
- Wie sind konfligierender Rechtsgüter einander zuzuordnen?

⁶⁹ Mit dem Erlaß neuer Vorschriften will der Gesetzgeber das Verhalten der Normadressaten beeinflussen. Um die angestrebte Steuerungsleistung zu erreichen, bedarf es einer Analyse der Faktoren, die die Motivation der Akteure bestimmen. Auf dieser Grundlage lassen sich die Instrumente auswählen, die einerseits erwarten lassen, daß die Steuerungsziele erreicht werden, andererseits aber die Handlungsfreiheit möglichst wenig beschränken.

Hier taucht also die zentrale Frage nach der Zieldefinition und der Abwägung konfligierender Rechtssphären erneut und entscheidungsrelevant auf. Zur Gewährleistung der formalen Gesetzesqualität wird die Aufnahme einer Zweckbestimmungsklausel und entsprechende Ausführungen in der Begründung gefordert (Schulze-Fielitz 1988, 514 ff.).

Auf der Grundlage der Analyse der verhaltensbestimmenden Parametern auf Seiten der Regelungsadressaten ist ein Regelungskonzept und eine darauf abgestimmte Regelungsstruktur zu entwickeln und gesetzlich auszugestalten. Die dabei maßgeblich empirischen und prognostischen Grundlagen sind ebenfalls in der Begründung festzuhalten.

4.5

Beobachtung und Nachbesserung

Die reale Gesetzgebungssituation wird dadurch gekennzeichnet, daß der Gesetzgeber einen bereits bestehenden Ordnungsrahmen vorfindet (Schritt fünf). Soweit Verfassungsrechtsgüter involviert sind, was nur selten nicht der Fall sein dürfte, ist er verpflichtet, die praktischen Auswirkungen der Regelwerkes zu beobachten. Dazu bedarf es einer (kontinuierlichen oder periodischen) Gesetzesevaluation (hier "Sachverhaltsermittlung" genannt, siehe Schritt zwei). Auf dieser Grundlage kann der Gesetzgeber den bestehenden Ordnungsrahmen im Hinblick auf Defizite in der Zielverwirklichung und Problemen bei der Zuordnung der konfligierenden Rechtsgüter bewerten.

Kommt er dabei zu dem Ergebnis, daß Defizite oder Probleme auftreten, kann er ein neues Gesetzgebungsverfahren einleiten (Schritte zwei bis vier). Soweit eine verfassungsrechtliche Nachbesserungspflicht besteht,⁷⁰ ist er dazu auch verpflichtet.

4.6

Übersicht: Prozeduraler Rahmen

Die fünf Schritte des prozeduralen Rahmen "rationaler Gesetzgebung" sollen im folgenden noch einmal auf einen Blick zusammengefaßt werden. Für jeder der Schritte sind "Leitfragen" formuliert.

Den einzelnen Schritten sind dabei die Akteure zugeordnet, die primär für die Beantwortung der gestellten Fragen "zuständig" sind. Wenn dabei auf die "Verhaltenswissenschaften" verwiesen wird, sind damit die Disziplinen der Sozialwissenschaften gemeint, die sich mit der Analyse und Prognose des Verhaltens von natürlichen und juristischen Personen befassen; dazu zählen die

⁷⁰ Dazu ausführlich Mayer 1996, 149 ff.

⁷¹ Schulze-Fielitz (1988, 481 ff.) faßt diese unter folgenden Überschriften zusammen (wobei darauf hinzuweisen ist, daß ein Teil der Anforderungen bereits bei der Entwicklung des prozeduralen Rahmens Eingang gefunden hat):

Ökonomie, die Soziologie, die Psychologie sowie die Rechts- und Politikwissenschaften.

Übersicht: 1 Prozeduraler Rahmen "rationaler Gesetzgebung"

1. Problemformulierung und Zieldefinition (Gesetzgeber)
 - a) Welche Zielsetzung soll mit dem gesetzlichen Ordnungsrahmen verwirklicht werden? Welche Unterziele sind dabei zu verwirklichen? Identifikation von Zielkonflikten.
 - b) Welche Rechtsgüter sind betroffen? Welche Konfliktlagen und Überschneidungsbereiche sind zu berücksichtigen?
2. Sachverhaltsermittlung (Verhaltenswissenschaften)
 - a) Analyse des Verhaltens der Akteure und dessen Auswirkungen auf die Rechtsgüter und Regelungsziele
 - b) Analyse der verhaltensbestimmenden Parameter; einschließlich des Beitrags des vorhandenen gesetzlichen Ordnungsrahmens
 - c) Hat sich die Regelung als "sachgerecht" und "folgerichtig" erwiesen?
 - d) Welche Defizite in der Zielerreichung sind erkennbar geworden? Welche unerwünschten Regelungsfolgen traten auf?
3. Prognose (Verhaltenswissenschaften)
 - a) Welche Regelungsalternativen stehen zur Verfügung?
 - b) Wirkungsweise möglicher Änderungen im Ordnungsrahmen im Hinblick auf
 - Beitrag zur Zielerreichung
 - Beeinträchtigung von Rechtspositionen bei den Adressaten (Art und Schwere sowie "Gleichheit" der Belastung)
4. Bewertung und Entscheidung (Gesetzgeber)
 - a) Ausübung des gesetzgeberischen Ermessens
 - Besteht gesetzgeberischer Handlungsbedarf?
 - Welche Zielsetzung (Oberziel/Unterziele) soll dabei verfolgt werden?
 - Zuordnung konfligierender Rechtsgüter
 - b) Umsetzung in ein Regelungskonzept und eine darauf abgestimmte Regelungsstruktur (unter Beachtung der Ergebnisse der Schritte 2 und 3)
 - c) Formal: Zweckbestimmungsklausel und Begründung zu a) und b)
5. Beobachtung und Nachbesserung (Gesetzgeber + Verhaltenswissenschaften)
 - a) Beobachtung der praktischen Auswirkungen des geschaffenen Ordnungsrahmens im Hinblick auf Defizite in der Zielverwirklichung und Problemen bei der Zuordnung der konfligierenden Rechtsgüter
 - b) Gegebenenfalls Einleitung eines neuen Gesetzgebungsverfahrens zur "Nachbesserung" des Ordnungsrahmens (siehe die Schritte 2 - 4).

5

Methodische Ausfüllung

Der vorstehend umschriebene prozedurale Rahmen ist sowohl inhaltlich als auch methodisch auszufüllen. Inhaltlich geschieht dies durch die materiellen Anforderungen des Verfassungsrechts. Zwei Ebenen sind hier zu unterscheiden.

Im ersten Schritt, bei der Zieldefinition, ist der Gesetzgeber relativ frei. Er hat sich innerhalb des von der Verfassung vorgegebenen Rahmens zu bewegen.

In der nächsten Stufe ist ein Regelungskonzept zu entwickeln und die Instrumente so auszugestalten, daß sie sich in die damit umschriebene Struktur einfügen. Auch hier steht dem Gesetzgeber ein Gestaltungsraum zu, der sich jedoch von den gewählten Zielen, deren verfassungsrechtlicher Fundierung sowie weiteren verfassungsrechtlicher Vorgaben, etwa aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip und dem Gleichbehandlungsgrundsatz inhaltlich stärker durchdrungen wird (siehe Abschnitt 2).

Um die inhaltliche Ausfüllung leisten zu können, bedarf es, insbesondere bei den Schritten 2 und 3, Unterstützungsleistungen aus den Verhaltenswissenschaften. Zu untersuchen ist, ob sich aus dem Rationalitätsanspruch des Rechts sowie allgemeinen sachlogischen Überlegungen Anforderungen an die dabei anzuwendende Methodik formulieren lassen.

In welcher Weise die methodische Ausfüllung vorzunehmen ist, dürfte sich nicht generell bestimmen lassen. Zu unterschiedlich sind die Gesetzgebungsgegenstände und die Entwicklungsdynamik der Verhaltensweisen in der Gesellschaft. Auch die jüngere Gesetzgebungsgeschichte spielt hier eine Rolle (wann gab es die letzte Novellierung, bezog sie sich nur auf Einzelpunkte oder wurde der ganze Regelungskanon auf den Prüfstand gestellt, gab es gar eine umfangreiche Neukodifikation).

In Abhängigkeit von diesen Gesichtspunkten und unter Berücksichtigung des jeweils relevanten Tatsachenmaterials ist jeweils ein Analyse- und Prognosekonzept zu entwickeln. Dieses Konzept hat auch die Aufgabe, sich den von Schultze-Fielitz als "inhaltspräjudizierende Knotenpunkte"⁷¹ bezeichneten methodischen Schlüsselfragen zu stellen (wobei darauf hinzuweisen ist, daß nicht in jedem Fall das gesamte Instrumentarium zur Anwendung kommen muß). Im Sinne eines "Anforderungskataloges", die im einzelnen noch zu erarbeiten und anhand von Fallbeispielen zu erproben wäre, sollten sich die Beteiligten aus den am Gesetzgebungsprozeß involvierten Institutionen sowie aus der sie unterstützenden Wissenschaft mit den Punkten auseinandersetzen und in nachvollziehbarer Weise entscheiden, in welcher Weise dem jeweiligen Punkt Rechnung zu tragen ist. Besonders relevant dürfte dabei die Frage nach den regelungsimmanenten Zielkonflikten sein. Aber auch eine Reihe weiterer Fragen sind zu berücksichtigen.

5.1

Regelungsimmanente Zielkonflikte

Zentrale Bezugsgröße zur Beurteilung der Rationalität von Regulierungsmustern ist das gesetzgeberische Ziel. Wer dieses im konkreten Fall beschreiben will, stößt in der Regel bald auf Zielkonflikte. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht fordert aber, im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung die verschiedenen mit dem Gesetz verfolgten Zwecke nicht isoliert zu betrachten; "die vom Gesetzgeber gewählten Gestaltungsmittel sind vielmehr zusammenschauend an Haupt- und Nebenzweck des Gesetzes zu messen".⁷² Offen bleibt aber, wie weit der Betrachtungshorizont bei dieser "Zusammenschau" zu ziehen und wie die Gewichtsverteilung unter den divergierenden Zwecken zu bestimmen ist. Der Versuch einer rationalen Ziel-Mittel-Analyse, sieht sich daher mit einer ganzen Reihe von methodischen Fragen konfrontiert. Folgende Lösungsmöglichkeiten bieten sich an:

Erster Ansatzpunkt ist die im Gesetz explizit verankerte Zielbestimmung, wie sie sich in einer ganzen Reihe von Gesetzen finden lassen. Meist wird darin aber lediglich eine Zielrichtung benannt (etwa der Schutz der Gesundheit, der Umwelt etc.).⁷³ Es spricht in diesen Fällen einiges dafür, das den explizit definierten Gesetzeszweck als "Hauptziel" anzusehen. Damit ist aber noch nicht gesagt, ob und welche Unterziele verfolgt werden und in welcher Weise die auftretenden Zielkonflikte zu lösen sind. Legt man allein das so bestimmte Hauptziel der Analyse zugrunde,⁷⁴ wird man bei praktisch allen Gesetzen erhebliche "Vollzugsdefizite" zu konstatieren haben. Die vom Gesetzgeber mitverfolgten "Unterziele" tauchen lediglich als Mindererfüllung des Hauptzieles auf.

Ergänzend kommt daher in Betracht, die Einzelregelungen des Gesetzes heranzuziehen. Dem liegt die Überlegung zugrunde, der Gesetzgeber habe hier seine Gewichtung der Zielkonflikte niedergelegt.⁷⁵ Der Vorteil dieses Ansatzes liegt in einer präziseren Bestimmung des Gesetzeszieles. Allerdings ist auch er mit einer Reihe von Schwierigkeiten verbunden:

⁷² BVerfG vom 16.3.1971 - 1 BvR 52 u.a./66 (Heizölbevorratung) - E 30, 292/318.

⁷³ Nur ausnahmsweise - etwa im Atom- und Gentechnikgesetz - findet sich eine multipolare Zweckbestimmung.

⁷⁴ Dies scheint - nach den Ergebnissen der Tagung (siehe die Beiträge in diesem Band) - auch die vorherrschende Herangehensweise der Wirtschaftswissenschaften bei der ökonomischen Analyse des Rechts zu sein; was dazu führen dürfte, daß diese Analyse der komplexen Konfliktbewältigungsstruktur des Rechts nur ansatzweise gerecht werden kann.

⁷⁵ So schlägt (Deckert, 1995, 245) vor, "nicht mehr primär auf den gesetzgeberischen Zweck, sondern auf die tatsächlichen Funktionen abzustellen. Die Wirksamkeit wird dann an den Wirkungen gemessen, die das Gesetz in der sozialen Wirklichkeit entfaltet, mithin also an seinen tatsächlichen Folgen."

- Nach diesem Vorgehen würde man grundsätzlich unterstellen, der Gesetzgeber habe mit einer Einzelregelung zugleich eine Zieldefinition vorgenommen. Dementsprechend wären Abweichungen von Schutzziel und Umsetzungsinstrumentarium schon vom Ansatz her ausgeschlossen.
- Wenn es im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung darum geht, Einzelmaßnahmen eines Gesetzes anhand der gesetzlichen Ziele zu beurteilen, würde man den Bewertungs-Maßstab "Regelungs-Ziel" der zu prüfenden Regelung entnehmen. Darin läge aber ein logischer Zirkelschluß.
- In der Praxis wird sich zudem oftmals zeigen, das die Einzelschrift keine klare Verhaltensanweisung enthält, sondern auslegungsbedürftig ist (etwa weil die Vorschrift unbestimmte Rechtsbegriffe enthält). Dementsprechend bleibt offen, welche Gewichtung konfligierender Ziele der Gesetzgeber vorgenommen hat. Die gestellte Frage bleibt damit unbeantwortet.
- In Betracht kommt weiter, die im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens geäußerten Motive heranzuziehen. Dieses Vorgehen ist aber ebenfalls methodisch fragwürdig; dies schon deshalb, weil es nicht auf die subjektiven Vorstellungen der Beteiligten, sondern allein auf das ankommen kann, was sich im Gesetz niedergeschlagen hat.⁷⁶ Was sich von den Vorstellungen der Akteure in den Gesetzgebungsmaterialien dokumentiert, ist zum einen mehr oder minder zufällig, zum anderen aber ebenfalls von der aus den Zielkonflikten resultierenden Widersprüchlichkeit gekennzeichnet. Nur ganz selten wird sich zu genau der relevanten Frage eine explizite Aussage finden lassen. Damit ist aber immer noch nicht gesagt, daß sich diese auch in der zu betrachtenden Vorschrift in der subjektiv gewünschten Weise niedergeschlagen hat.

Führt demnach die Analyse des einfachen Rechts nicht weiter, bietet sich der Rückgriff auf die Verfassung an. In den Zielkonflikten spiegeln sich in der Regel Kollisionen unterschiedlicher grundrechtlicher Schutzbereiche bzw. zwischen Grundrechten und anderen Verfassungsgütern wieder. Man könnte nun versucht sein, die Schwierigkeiten bei der Zielbestimmung nach Maßgabe des einfachen Rechts durch Verfassungsinterpretation zu beheben. Auch dieses Vorgehen dürfte allerdings kaum weiterführen, weil auf der Ebene der Verfassung die bestehenden Zielkonflikte in den seltensten Fällen eindeutiger gelöst sind als auf der Ebene des einfachen Rechts. Wer dies dennoch ver-

⁷⁶ Die "historische" Auslegung kommt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts daher auch allenfalls ergänzend zur Anwendung, vgl. BVerfGE 1, 299/312; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1995, Rn. 54 ff.

sucht, steht in der Gefahr, die Verfassungsinterpretation zu überspannen und das einfachgesetzlich nicht zu begründende Ergebnis dann in die Verfassung hineinzulesen.

Als Schlußfolgerung bleibt demnach festzuhalten, daß alle in Betracht kommenden Verfahren, die gesetzgeberische Zielsetzung genauer zu bestimmen, Schwächen aufweisen. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung benötigt aber als Bezugsgröße eine Eingrenzung des Regelungszieles. Wahrscheinlich wird es angesichts dessen nur bei besonders einfach strukturierten Regelungen möglich sein, für das geltende Recht ein klar bestimmtes, gegebenenfalls sogar zu quantifizierendes Steuerungsziel zu ermitteln.⁷⁷ Um multipolare Zielstrukturen einordnen zu können, sind noch weitere methodische Überlegungen erforderlich.

Die methodischen Schwierigkeiten verringern sich, wenn es nicht - wie etwa in den Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht - um eine ex-post-Analyse bestehender Regelungen und der darin verwirklichten Ziele, sondern um eine präventive Gesetzesfolgenabschätzung geht. Ihre Aufgabe wäre es, für mögliche Steuerungsziele mit Hilfe der ökonomisch-juristischen Institutionenanalyse das daran angepaßte Regulierungsmuster zu entwickeln. Dieser Ansatz⁷⁸ beschreibt also Regulierungsoptionen, derer sich der Gesetzgeber bedienen kann, wenn er sich dafür entscheidet, eines der zugrundegelegten Steuerungsziele in Angriff zu nehmen.

5.2

Weitere methodische Fragestellungen

Hinweisen ist zudem auf weitere Fragestellungen, die für die Wahl der anzuwendenden Methoden von Bedeutung sind:

5.2.1

Pluralismus der Analyse- und Prognosemethoden

Fehlt es am Pluralismus der Analyse- und Prognosemethoden, besteht die Gefahr, daß das Ziel der "Gemeinwohrlichtigkeit" infolge einseitiger Herangehensweise auf der Strecke bleibt.

Die vorherrschende Form der Sachverhaltsermittlung in Form von Wirkungsanalysen ist der "Bericht der Bundesregierung", erstellt von der Ministerialbürokratie des Bundes und daher geprägt von dem - meist äußerst begrenzten - Arsenal der dort zur Verfügung stehenden Methoden. Eine - eher externe - wissenschaftliche Analyse auf breiterer Basis ist bislang wohl eher die Ausnahme.

⁷⁷ Dementsprechend wird vorgeschlagen, auch nur in solchen Fällen von Effektivität bzw. Effizienz einer Regelung zu sprechen (Deckert, ZG 1995, 240/246).

⁷⁸ Dieser Fragestellung widmet sich das von der Volkswagenstiftung geförderte Projekt (siehe Fn. 1).

5.2.2

Pluralismus der Perspektiven

Der Gesetzgeber ist gehalten, die Betroffenen und die beteiligten Kreise rechtzeitig von den geplanten Regelungsinhalten in Kenntnis zu setzen, ausreichend Gelegenheit zu geben, hierzu eine Position zu erarbeiten und in den Gesetzgebungsprozeß einzubringen.⁷⁹

Dieser Punkt dürfte grundsätzlich durch die von Seiten der Ministerialbürokratie bzw. die federführenden Ausschüsse durchgeführten Anhörungen abgedeckt sein. Dabei kommen allerdings im wesentlichen die - meist von strategischen Überlegungen geprägten - Positionen der Verbandsvertreter zum Tragen. Dies ist problematisch, weil:

- die Sicht der Verbandsvertreter (aufgrund ihres institutionellen Eigeninteresses) keineswegs mit den von ihnen vertretenen direkt Betroffenen identisch sein muß,
- oftmals reine "Abwehrkämpfe" geführt werden, die "Übergriffe" auf "angestammte Besitztümer" verhindern sollen,
- eine Beteiligung "der" Wissenschaft⁸⁰ sich meist darauf beschränkt, eine oberste Fachbehörde des Bundes um eine Stellungnahme zu bitten.

Zu überlegen ist daher, in welcher Weise sich die Berücksichtigung unterschiedlicher Perspektiven verbessern ließe. Dies wäre etwa bei der Festlegung des Erhebungsumfangs im Rahmen der Sachverhaltsermittlung zu berücksichtigen. Auch wäre an frühzeitigere und ergebnisoffenere Formen der Beteiligten- und Betroffenenanhörung zu denken.⁸¹

5.2.3

Betrachtung von Alternativen

Bleiben alternative Gestaltungsmöglichkeiten unberücksichtigt, läuft die Erforderlichkeitsprüfung leer und es besteht die Gefahr, daß auf den "eingefahrenen Gleisen" das Ziel der Gemeinwohrlichtigkeit nicht zu erreichen ist.

⁷⁹ Siehe BVerfG vom 12.5.1992 - 2 BvR 470 u.a./90 - E 86, 90/108 (Rück-Neugliederungsgesetz) und BerlVerfGH vom 22.10.1996 - 44/96 - NVwZ 1997, 790 (Aufhebung von Studiengängen); siehe dazu oben unter 3.1 und 3.5.

⁸⁰ Siehe etwa § 51 BImSchG, § 60 Krw-/AbfG.

⁸¹ Im Moment findet eine frühzeitige Beteiligung *mancher* Beteiligter durch die Ministerialbürokratie wohl regelmäßig statt, während andere, weniger gut organisierte ("diffuse") Interessen unberücksichtigt bleiben.

Hier ist u.a. der Frage nachzugehen, wer nach welchen Kriterien⁸² den Kreis der zu betrachtenden Alternativen bestimmt.

5.2.4

Benennung von Unsicherheiten und Kenntnisdefiziten

Die Aussagekraft der empirischen Daten und der prognostischen Abschätzungen läßt sich nur in Kenntnis der bestehenden Unsicherheiten und Kenntnisdefizite einordnen.

5.3

Weiteres Vorgehen

Es erscheint sinnvoll, auf der Basis der vorstehenden Überlegungen und unter Berücksichtigung der praktischen Erfahrungen mit den Methoden der angewandten Verhaltenswissenschaften anhand von Fallbeispielen zu versuchen, den methodischen "Anforderungskatalog" zu entwickeln und zu erproben.

6

Ergebnisse und offene Fragen

Aufgabe der vorstehenden Überlegungen war es, die sich aus dem - auch verfassungsrechtlich fundierten - Rationalitätsanspruch des Rechts ergebenden Anforderungen in materieller, prozeduraler und methodischer Hinsicht zu beschreiben und so weit möglich zu systematisieren. In einem weiteren Schritt sollte versucht werden, den "methodischen Brückenschlag" zu den Verhaltenswissenschaften weiterzuführen, um ein entsprechendes Analyse- und Prognoseinstrumentarium zu entwickeln. Dieses sollte in der Lage sein, die vom Recht an die Verhaltenswissenschaften gestellten Fragen im Hinblick auf unterschiedliche Gesetzgebungskonstellationen jeweils problemadäquat abzuschichten und zu operationalisieren.

Gelingt dieser Brückenschlag, stünde ein Instrumentarium zur Verfügung, welches in der Lage ist, gesetzgeberische Regelungskonzepte im Hinblick auf ihre Zielerreichung und die damit verbundenen Freiheitsbeschränkungen zu analysieren. Dieses Instrumentarium sollte in einer Reihe von Fallbeispielen erprobt werden.

Aus den weiteren theoretischen und praktischen Arbeiten dürfte sich auch die Notwendigkeit ergeben, dieses Papier fortzuschreiben. Dies dürfte vor allem zutreffen auf den methodischen "Anforderungskatalog". Zugleich sollte es möglich sein, die "Leistungsfähigkeit" des hier entwickelten Ansatzes genauer abzuschätzen.

Besonderes Augenmerk ist dabei zu richten auf die "Gefahren", die mit der Anwendung der aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ab-

⁸² Hier ist etwa zu fragen, welche Rolle etwa ein Argument wie das folgende spielen darf: "klingt zwar gut, ist aber politisch nicht durchsetzbar".

geleiteten Anforderungen verbunden sind. Erneut ist darauf hinzuweisen, daß damit zwar die Verfassungsbindung des Gesetzgebers beschrieben wird, jedoch im Einzelfall der verfassungsgerichtliche Kontrollmaßstab unter Beachtung der funktionellen Grenzen der verschiedenen Verfassungsorgane zu bestimmen ist.

Unter dieser Prämisse erscheint der hier beschriebene Ansatz weiterhin tragfähig und sinnvoll, weil damit ein Beitrag zu einer "Optimierung" des Gesetzgebungsprozesses am Leitbild einer sachrationalen, verfassungsrechtliche Vorgaben verwirklichenden Entscheidungsfindung zu leisten ist: Ein Anspruch, den der demokratische Rechtsstaat - trotz aller Zweifel an der parlamentarischen Gesetzgebungspraxis - nicht aufgeben darf.

Vorrangiges Ziel ist es daher, dem Gesetzgeber methodisch fundierte "Hilfsmittel" an die Hand zu geben, deren Nichtberücksichtigung nicht zwingend zu dem Verdikt "verfassungswidrig" führen muß,⁸³ deren Einsatz jedoch im Sinne einer Optimierung hilfreich ist und im Sinne einer "verfassungsverträglichen" Rechtsgestaltung intendiert sein kann. Es erscheint lohnend, diese Implikationen genauer zu beleuchten und damit genauere Konturen der verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen zu gewinnen, an denen sich der Gesetzgebungsprozeß zu orientieren hat.

⁸³ Dies kann jedoch im Einzelfall nach Maßgabe des oben entwickelten "Je-desto-Kriteriums" (siehe Abschnitt 3.2) der Fall sein.

7

Literatur

- Böckenförde, Ernst-Wolfgang 1989: Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz,
- Brugger, Winfried 1993: Einführung in das öffentliche Recht der USA,
- Deckert, Martina R. 1995: Zur Methodik der Folgenantizipation in der Gesetzgebung, ZG 1995, 240
- Denninger, Erhard 1975: Freiheitsordnung - Wertordnung - Pflichtordnung, JZ 1975, 545
- Denninger, Erhard 1988: Der Präventionsstaat, KJ 1988, 1
- Denninger, Erhard 1990: Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Normsetzung im Umwelt- und Technikrecht,
- Denninger, Erhard 1993: Halb und Halb?, KritV 1993, 128
- Denninger, Erhard 1994: Menschenwürde und Grundgesetz
- Dietlein, Johannes 1995: Das Untermaßverbot, ZG 1995, 131
- Fechner, Erich 1956: Rechtsphilosophie. Soziologie und Metaphysik des Rechts, Tübingen
- Führ, Martin 1998a: Das Gebot gegenseitiger Rücksichtnahme - Renaissance eines Rechtsprinzips?, sofia-Diskussionsbeiträge 98-2
- Führ, Martin 1998b: Widerspruchsfreies Recht, i.V., voraussichtlich KJ 4/98
- Führ, Martin /Bizer, Kilian 1998: Responsives Recht und Ökonomische Theorie, sofia Arbeitspapier 98-4
- Häberle, Peter 1978: Verfassung als öffentlicher Prozeß
- Hain, Karl-Eberhard 1993: Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermaßverbot, DVBl. 1993, 982
- Haug, Volker, Ableitung detaillierter Verfahrensvorschriften für den parlamentarischen (Hochschul-) Gesetzgeber aus Art. 5 III GG, NVwZ 1997, 754
- Hesse, Konrad 1995: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland,
- Hesse, Hans Albrecht 1994: Der Schutzstaat, 1994
- Hesse, Konrad 1994: Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzpflichten des Gesetzgebers, in: FS Mahrenholz
- Hill, Hermann 1995: Gesetzgebung in der postindustriellen Gesellschaft, ZG 1995, 82
- Höland, Arnim 1994: Zum Stand der Gesetzesevaluation in der Bundesrepublik Deutschland, ZG 1994, 372

- Hruschka, Joachim 1987: Die Konkurrenz von goldener Regel und Prinzip der Verallgemeinerung in der juristischen Diskussion des 17./18. Jahrhundert als geschichtliche Wurzel von Kants kategorischem Imperativ, JZ 42, 941 - 952
- Huber, Peter M. 1992: Rechtsprechungsübersicht, ZG 1992, 376.
- Huber, Peter M./Kohnen, Dominic 1994: Rechtsprechungsübersicht, ZG 1994, 80
- Isensee, Josef 1992: Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht, HdbStR V, S. 188 ff
- Kirchhof, Paul 1992: Der allgemeine Gleichheitssatz, HStR V, § 124
- Kunig, Philip 1986: Das Rechtsstaatsprinzip,
- Lerche, Peter 1984: Vorbereitung grundrechtlichen Ausgleichs durch gesetzgeberisches Verfahren, in: Lerche/Schmitt Glaeser/Schmidt-Abmann, Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie
- Lübbe, Weyma 1998: Eine ratio - viele Rationalitäten?, in: Gawel/Lübbe-Wolff, Rationale Umweltpolitik - Rationales Umweltrecht (i.V.)
- Mayer, Christian 1996, Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers
- Ossenbühl, Fritz 1976: Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. 1, 1976, 458
- Osterloh, Lerke 1996: Kommentierung zu Art. 3, in: Sachs, Grundgesetz,
- Papier, Hans-Jürgen 1994: Kommentierung zu Art. 14, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz,
- Roßnagel, Alexander 1993, Hammer/Pordesch/Roßnagel, Betriebliche Telefon- und ISDN-Anlagen rechtsgemäß gestaltet
- Roßnagel, Alexander 1993b, Rechtspolitische Anforderungen an die verbandliche Techniksteuerung, in: Kubicek/Seeger (Hrsg.), Perspektive Techniksteuerung
- Schulze-Fielitz, Helmuth 1988: Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung
- Sendler, Horst 1983: Wer gefährdet wen: Eigentum und Bestandsschutz den Umweltschutz - oder umgekehrt?, UPR 1983, 34
- Starck, Christian 1985: Kommentierung zu Art. 3, in: v. Mangoldt/Klein, Grundgesetz, 1985
- Starck, Christian 1992: Die Verfassungsauslegung, HStR VII, § 164
- Steinberg, Rudolf 1993: Fachplanung,
- Stern, Klaus 1994: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2 - Allgemeine Lehren der Grundrechte

Sofia Diskussionsbeiträge zur Institutionenanalyse

Die Beiträge können gegen Rechnung per e-mail [bizer@fbsuk.fh-darmstadt.de] oder per Post von den Autoren bezogen werden [Sofia, Haardtring 100, 64295 Darmstadt].

Martin Führ: Rationale Gesetzgebung - Systematisierung der Anforderungen und exemplarische Anwendung, Sofia-Diskussionsbeiträge zur Institutionenanalyse, Nr. 98-1.

Martin Führ: Das Gebot gegenseitiger Rücksichtnahme – Renaissance eines Rechtsprinzips, Sofia-Diskussionsbeiträge zur Institutionenanalyse, Nr. 98-2.

Kilian Bizer: Individuelles Verhalten, Institutionen und Responsives Recht, Sofia-Diskussionsbeiträge zur Institutionenanalyse, Nr. 98-3.

Markus Spiwoks: Intermediationstheorie der Vermögensverwaltung – Verstärkte Kundenbindung durch Berücksichtigung individueller Transaktionskosten, Sofia-Diskussionsbeiträge zur Institutionenanalyse, Nr. 98-4.

Kilian Bizer: Voluntary Agreements - cost effective or just flexible to fail?, Sofia-Diskussionbeiträge zur Institutionenanalyse, Nr. 98-5.

Verzeichnis der Sofia-Diskussionsbeiträge und Sofia-Studien

Sofia-Diskussionsbeiträge zur Institutionenanalyse (ISSN 1437-126X)

Die Beiträge sind gegen Rechnung (20 DM) per e-mail [bizer@fbsuk.fh-darmstadt.de] oder per Post erhältlich [Sofia, Haardtring 100, 64295 Darmstadt]. Die meisten Diskussionsbeiträge sind auch auf der Internetseite von Sofia als pdf-Datei verfügbar.

2000

Martin Führ: Ökonomisches Prinzip und juristische Rationalität - Ein Beitrag zu den Grundlagen interdisziplinärer Verständigung, Sofia-Diskussionsbeiträge zur Institutionenanalyse, Darmstadt, Nr. 00-1.

Kilian Bizer/Martin Führ: Die Verhältnismäßigkeit emissionsmindernder Maßnahmen für organische Lösemittel in Farben und Lacken, Sofia-Diskussionsbeiträge zur Institutionenanalyse, Darmstadt, Nr. 00-2.

Martin Führ: Grundlagen juristischer Institutionenanalyse - Das ökonomische Modell menschlichen Verhaltens aus der Perspektive des Rechts, Sofia-Diskussionsbeiträge zur Institutionenanalyse, Darmstadt, Nr. 00-3.

Martin Führ: Gefahrguttransporte - Schnittstellen zu Anlagensicherheit und Arbeitsschutz, Sofia-Diskussionsbeiträge zur Institutionenanalyse, Darmstadt, Nr. 00-4.

Cornelia Becker: Steuerhinterziehung und Habitus, Sofia-Diskussionsbeiträge zur Institutionenanalyse, Nr. 00-5.

1999

Kilian Bizer: Die Ökonomik der Verhältnismäßigkeitsprüfung, Sofia-Diskussionsbeiträge zur Institutionenanalyse, Darmstadt, Nr. 99-1.

Cornelia Becker: Kinder- und Jugendschutz in der Werbung - eine Analyse von 100 Kinderzeitschriften, Sofia-Diskussionsbeiträge zur Institutionenanalyse, Darmstadt, Nr. 99-2.

Markus Riehl: Rechtliche Rahmenbedingungen der Integration Schwerbehinderter in die Arbeitswelt, Sofia-Diskussionsbeiträge zur Institutionenanalyse, Darmstadt, Nr. 99-3.

Martin Führ: Ökonomisches Prinzip und Verfassungsrecht - Eine juristische Sicht Sofia-Diskussionsbeiträge zur Institutionenanalyse, Darmstadt, Nr. 99-4.

Cornelia Nicklas: Die Verwendung von Lösemitteln als Lackbestandteile und in Druckereien, Sofia-Diskussionsbeiträge zur Institutionenanalyse, Darmstadt, Nr. 99-5.

Kilian Bizer: Anreizstrukturen der Akteure beim Kinder- und Jugendschutz in der Werbung, Sofia-Diskussionsbeiträge zur Institutionenanalyse, Darmstadt, Nr. 99-6.

Markus Spiwoks (Hrsg.): Venture Capital (mit Beiträgen von Oliver Hein, John P. McDonough und Markus Spiwoks, Sofia-Diskussionsbeiträge zur Institutionenanalyse, Darmstadt, Nr. 99-7.

1998

Martin Führ: Das Gebot gegenseitiger Rücksichtnahme – Renaissance eines Rechtsprinzips?, Sofia-Diskussionsbeiträge zur Institutionenanalyse, Darmstadt, Nr. 98-1.

Martin Führ: Rationale Gesetzgebung - Systematisierung der Anforderungen und exemplarische Anwendung, Sofia-Diskussionsbeiträge zur Institutionenanalyse, Darmstadt, Nr. 98-2.

Kilian Bizer: Individuelles Verhalten, Institutionen und Responsives Recht, Sofia-Diskussionsbeiträge zur Institutionenanalyse, Darmstadt, Nr. 98-3.

Markus Spiwoks: Intermediationstheorie der Vermögensverwaltung – Verstärkte Kundenbindung durch Berücksichtigung individueller Transaktionskosten, Sofia-Diskussionsbeiträge zur Institutionenanalyse, Darmstadt, Nr. 98-4.

Kilian Bizer: Voluntary Agreements - cost-effective or just flexible to fail?, Sofia-Diskussionsbeiträge zur Institutionenanalyse, Darmstadt, Nr. 98-5.

Sofia-Studien zur Institutionenanalyse (ISSN 1439-6874)

Die Studien sind gegen Rechnung (40 DM) per e-mail [bizer@fbsuk.fh-darmstadt.de] oder per Post erhältlich [Sofia, Haardtring 100, 64295 Darmstadt]. Zusammenfassungen in deutscher und englischer (z.T. auch in französischer) Sprache finden sich auf der Internetseite von sofia.

Martin Führ unter Mitarbeit von Kilian Bizer, Betty Gebers, Gerhard Roller: Institutionelle Bedingungen zur Förderung proaktiver Strategien - Vergleichende Analyse internationaler Ansätze im Bereich des Umweltverhaltens von Unternehmen, Sofia-Studien zur Institutionenanalyse Nr. 99-1, Darmstadt 1999, 191 S. (ISBN 3-933795-15-X).

Martin Führ unter Mitarbeit von Uwe Brendle, Betty Gebers, Gerhard Roller: Produktbezogene Normen in Europa zwischen Binnenmarkt und Umweltschutz - Reformbedarf aus der Sicht des Verfassungs- und des Europarechts, Sofia-Studien zur Institutionenanalyse Nr. 99-2, Darmstadt 1999, 146 S. (ISBN 3-933795-14-1).

Peter Andres und Markus Spiwoks: Prognosegütemaße, State of the Art der statistischen Ex-post-Beurteilung von Prognosen, Sofia-Studien zur Institutionenanalyse Nr. 00-1, Darmstadt 2000, 57 S. (ISBN 3-933795-22-2).

Sonderforschungsgruppe Institutionenanalyse (sofia), Haardtring 100,
64295 Darmstadt, Fon +49 6151 168735, Fax +49 6151 168925
e-mail: bizer@fbsuk.fh-darmstadt.de; <http://www.fbsuk.fh-darmstadt.de/sofia>