

**Ökonomisches Prinzip und juristische Rationalität  
- Ein Beitrag zu den Grundlagen interdisziplinärer  
Verständigung -**

Martin Führ

**Ökonomisches Prinzip und juristische Rationalität  
- Ein Beitrag zu den Grundlagen interdisziplinärer  
Verständigung -**

Martin Führ

Sofia-Diskussionsbeiträge  
zur Institutionenanalyse  
Nr. 00-1

ISSN 1437-126X

ISBN 3-933795-10-9

Martin Führ: Ökonomisches Prinzip und juristische  
Rationalität – ein Beitrag zu den Grundlagen  
interdisziplinärer Verständigung, Sofia-Diskussionbeiträge  
zur Institutionenanalyse Nr. 00-1, Darmstadt 2000.

**Ökonomisches Prinzip und juristische Rationalität**  
**- Ein Beitrag zu den Grundlagen interdisziplinärer Verständigung**

Martin Führ  
10. Februar 1990



## Inhaltsverzeichnis

<b>1 Vorbemerkung</b> .....	<b>3</b>
<b>2 Gemeinsame Wurzeln</b> .....	<b>5</b>
2.1 Das Postulat der Rationalität des Rechts .....	5
2.1.1 Rationalitätsverständnis des Rechts .....	6
2.1.2 Rationalitätskriterien des Rechts .....	7
2.2 Ökonomisches Prinzip und Effizienz .....	8
2.3 Zwischenergebnis .....	12
<b>3 Rationalitätssichernde Elemente im Recht</b> .....	<b>14</b>
3.1 Mechanismen rationaler Machtbegründung und -begrenzung .....	14
3.2 Grenzen materieller Rationalitätskontrolle .....	16
3.3 Materielle und prozedurale Rationalität .....	16
3.4 Recht und Gerechtigkeit .....	20
<b>4 Verbindungen zur ökonomischen Analyse</b> .....	<b>24</b>
4.1 Grundsatz der Verhältnismäßigkeit .....	24
4.1.1 Zielbestimmung .....	26
4.1.2 Geeignetheit .....	27
4.1.3 Erforderlichkeit .....	27
4.1.4 Angemessenheit .....	29
4.1.5 Ergebnis .....	31
4.2 Allgemeiner Gleichheitssatz .....	31
4.2.1 Willkürverbot als Begründungszwang .....	32
4.2.2 Gesteigerte Begründungsanforderungen .....	32
4.2.3 Weitere Rationalitätsanforderungen .....	34
4.2.4 Strukturiertes Wertungsproblem .....	36
4.2.5 Ergebnis .....	37
4.3 Methodische Gemeinsamkeiten .....	37
<b>5 Entwicklung rechtlicher Steuerungsformen</b> .....	<b>43</b>
5.1 Erscheinungsformen rechtlicher Regulierung .....	43
5.2 Responsives Recht .....	46
<b>6 Ökonomische Analyse und juristische Abwägung</b> .....	<b>50</b>
<b>Literatur</b> .....	<b>55</b>



## 1

### Vorbemerkung

Verbindungslinien zwischen ökonomischen Prinzip und juristischem Denken aufzuzeigen, ist Aufgabe der folgenden Überlegungen.<sup>1</sup> Sie gehen aus juristischer Perspektive der Frage nach, wo sich die rationalen Grundlagen des Rechts verorten lassen, welche Anforderungen sich daraus ergeben und wie die Möglichkeiten und Grenzen einzuschätzen sind, diese in Rechtsetzung und Rechtsanwendung unter Rückgriff auf Methoden der ökonomischen Analyse zu verwirklichen. Wer sich diesen Fragen nähert, hat in Rechnung zu stellen, daß unter den Juristen erhebliche Vorbehalte gegen ökonomische Denkansätze zu beobachten sind.<sup>2</sup> Demgegenüber wird aber auch die These vertreten, man könne "politische Ökonomie als rationale Jurisprudenz" verstehen.<sup>3</sup>

Will man die Verständigungsschwierigkeiten zwischen den Disziplinen verringern, bietet es sich an, einen "basalen" Ansatz zu wählen und zunächst nach den tieferen Schichten des jeweiligen Rationalitätsverständnisses zu fragen (Abschnitt 2). Auf dieser Grundlage müßten sich dann Gemeinsamkeiten und Differenzen auch in weiter verästelten methodischen Fragen genauer bestimmen lassen. Die Auseinandersetzung mit den methodischen Grundlagen der Nachbardisziplinen könnte darüber hinaus dazu beitragen, das eigene Vorgehen besser zu verstehen und zu strukturieren (Lepsius 1999, 434) und damit dessen Überzeugungskraft zu steigern. Dazu bedarf es allerdings der - weit über eine bloße terminologische Verständigung hinausreichenden - Bereitschaft, sich auf die Denkstrukturen und "Denkstile"<sup>4</sup> der anderen Disziplinen einzulassen.

---

<sup>1</sup> Der vorliegende Text verdankt seine Entstehung zwei Forschungszusammenhängen: Die darin ausgeführten Überlegungen liegen einem mit Unterstützung der Volkswagen-Stiftung durchgeführten Forschungsvorhabens der "Sonder-Forschungsgruppe ökonomische und juristische Institutionen-Analyse" (sofia) an der FH Darmstadt zugrunde. Es widmet sich der Frage, welche Funktionen die ökonomische Theorie in der juristischen Verhältnismäßigkeitsprüfung erfüllen kann. Diese Überlegungen waren auch Gegenstand der Diskussionen in der Forschungsgruppe "Rationale Umweltpolitik - rationales Umweltrecht" am Zentrum für interdisziplinäre Forschung der Universität Bielefeld. In beiden Zusammenhängen ergaben sich vielfältige Anregungen, für die ich zu danken habe. Besonderen Dank schulde ich Kilian Bizer (Darmstadt) und Erik Gawel (Berlin) für die Bereitschaft, sich immer wieder den interdisziplinären Anfragen zu stellen. Für Anregungen und Hinweise danke ich Gertrude Lübbe-Wolff (Bielefeld) und Bernd Hansjürgens (Leipzig/Halle). Alle dennoch verbliebenen Fehler und Ungereimtheiten hat aber selbstverständlich allein der Autor zu verantworten.

<sup>2</sup> Vor diesem Hintergrund erscheint dann sogar die Frage angebracht, "ob der Gesetzgeber (...) Effizienz überhaupt zur Maßgabe der Umweltrechtsetzung machen (...) darf" (Britz 1997, 185). Siehe die eingehende Darstellung der juristischen Einwände bei Gawel 2000 sowie die Nachweise in Fn. **Fehler! Nur Hauptdokument** ff.

<sup>3</sup> So der Untertitel der Arbeit von Behrens 1986, der die These zugrunde liegt, daß Recht und Ökonomie sich mit einem gemeinsamen Gegenstand beschäftigen; rechtliche Gestaltungen seien eine Antwort auf gesellschaftliche Probleme, die sich auch in ökonomischen Kategorien formulieren ließen. Zur Abwehrreaktion der Juristen gegen den vermeintlichen "Wissenschaftsimperialismus" der Ökonomie stellt er fest: "Juristen neigen allzu leicht dazu, interdisziplinäre Theorieansätze zurückzuweisen ohne die Zwischenstufe des Verstehens durchlaufen zu haben." (Behrens 1986, VI).

<sup>4</sup> Der Begriff nimmt Bezug auf die wissenschaftstheoretischen Arbeiten von Ludwig Fleck, wie er sie vor allem am Beispiel der Medizin und deren Verhältnis zu den Naturwissenschaften entwickelt hat. In



Im weiteren sind dann die Rationalitätssichernden Elemente des Rechts genauer zu betrachten (Abschnitt 3). Dabei wird sich zeigen, daß die methodische Bewältigung materiell-rationaler Abwägungsfragen in erster Linie durch zwei übergreifende Grundsätze (Verhältnismäßigkeit und Gleichbehandlung) geleistet wird. Es bietet sich an, diese auf Verknüpfungspunkte zur ökonomischen Analyse hin zu untersuchen (Abschnitt 4).

Juristen reagieren - dieser Eindruck verdichtet sich in letzter Zeit - auf die Forderung nach ökonomischer Rationalität besonders sensibel. Dies zeigt sich sowohl in einer kaum verdeckten Empfindlichkeit,<sup>5</sup> aber auch in einer zunehmenden Empfänglichkeit für ökonomische Denkmodelle und Analysemuster.<sup>6</sup> Die Ökonomie nimmt für viele, vor allem jüngere Juristen offenbar die Rolle der Referenzwissenschaft an.<sup>7</sup> Möglicherweise spiegeln sich hier rechtsimmanente Entwicklungen, die sich u.a. an den jeweils vorherrschenden Steuerungsformen festmachen lassen (Abschnitt 5). Abschließend sind die Möglichkeiten und Grenzen interdisziplinärer Kooperation genauer auszuleuchten (Abschnitt 6).

---

seiner Abhandlung "Entstehung und Entwicklung einer wissenschaftlichen Tatsache" entfaltet Fleck eine "Lehre vom Denkstil und Denkkollektiv" (Fleck [1935] 1980): In den verschiedenen wissenschaftlichen Disziplinen, aber auch in verschiedenen Richtungen einer Disziplin meint er, einen je spezifischen "Denkstil" beobachten zu können. Die Sozialisation in einen Denkstil geschehe durch "Tradition, Erziehung und Gewöhnung", die "eine Bereitschaft für stilgemäßes, d.h. gerichtetes und begrenztes Empfinden und Handeln" hervorrufe (Fleck 1980, 111). Für Fleck besteht der Denkstil, "wie jeder Stil, aus einer bestimmten Stimmung und der sie realisierenden Ausführung. Eine Stimmung hat zwei eng zusammenhängende Seiten: sie ist Bereitschaft für selektives Empfinden und für entsprechend gerichtetes Handeln. Wir können also Denkstil als gerichtetes Wahrnehmen, mit entsprechendem gedanklichen und sachlichen Verarbeiten des Wahrgenommenen, definieren" (Fleck 1980, 130).

Die Arbeiten von Fleck lassen sich auch verstehen als Vorläufer einer institutionellen Ökonomie, die sich den habituellen und kognitiven Einflussfaktoren auf das Verhalten von Gruppen widmet (Bizer 1998, 10 unter Verweis auf Hodgson 1998, 180).

<sup>5</sup> Wie sie etwa in den jüngsten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur Sonderabfallabgabe und zur kommunalen Verpackungssteuer spürbar wird (BVerfGE 98, 83 und 106; siehe dazu Führ 1998c, 517).

<sup>6</sup> Siehe dazu etwa die Beiträge in Schäfer/Ott 1997 oder Engel/Morlok 1998.

<sup>7</sup> Lepsius 1999. Siehe dazu etwa die Würdigung der Arbeiten von Koriath (1997) und Oeter (1998) durch Ruppert (1999, 58) sowie die grundlegende Untersuchung von Behrens (1988). In diesem Kontext wäre aber beispielsweise auch der bereits erwähnte Beitrag von Britz (1997) oder der von Köck (1996) zu nennen.

Auch in der Philosophie ist eine vergleichbare Entwicklung zu beobachten; siehe etwa die Arbeiten von Petersen 1996a und Manstetten 2000.

## 2

### Gemeinsame Wurzeln

Historisch betrachtet haben das Recht der modernen Staates, aber auch das ökonomische Denken ihre entscheidende Prägung in der Aufklärung erfahren. Gemeinsam ist ihnen "liberales" Denken: Die Befreiung aus selbstverschuldeter Unmündigkeit. In dieser Emanzipation liegt der Kern des "liberalen" Programms (Eichenberger 1980). Die im Kontext der Aufklärung entwickelten Rationalitätskonzepte schöpfen ihre Kraft aus mehreren, miteinander verbundenen Quellen.<sup>8</sup> Zu verweisen ist auf die Anerkennung der Subjektqualität und der Würde des Menschen, auf die gegenseitige Achtung der Menschen als gleichwertig, auf die Fähigkeit des Menschen, die Vernunft zu erkennen und danach zu handeln<sup>9</sup> sowie auf das in der Vernunft zum Tragen kommende Gerechtigkeitsempfinden der Menschen.

### 2.1

#### Das Postulat der Rationalität des Rechts

Im Recht hat das Rationalkonzept der Aufklärung eine spezifische Ausprägung erfahren, die sich wie folgt skizzieren läßt: Der moderne Staat ist gekennzeichnet durch eine umfassende Staatsgewalt. Seine Gestaltungsmacht reicht deutlich über die Regalien der früheren Landesherrn hinaus. Anders als diese kann er den Geltungsanspruch des von ihm geschaffenen Rechts nicht mehr von einer höheren religiösen Macht ("von Gottes Gnaden") ableiten, sondern ist stattdessen auf Begründungen angewiesen, die sich vor der Instanz der Vernunft<sup>10</sup> zu bewähren haben.

Als Rechtsstaat darf der moderne Staat nur im Rahmen der Rechtsordnung tätig werden. Dies allein bändigt den Leviathan aber nur auf den ersten Blick. Denn der moderne Staat verfügt grundsätzlich über die Möglichkeit, sich mit allen Mitteln zu versehen, deren er zur Bewältigung der ihm anvertrauten Aufgaben bedarf: Seine Handlungsmacht wird mit dem Begriff der "Blanko- und Generalvollmacht" umschrieben (Krüger 1966, 818 ff./834). Wenn gleichzeitig die Grundrechtsfreiheit gewahrt bleiben soll und man nicht allein auf die Vernunft der Herrschenden vertrauen will, muß diese umfassende Vollmacht ebenfalls umfassend relativiert sein.<sup>11</sup> Eine derart weitreichende Gestaltungskompetenz des Staates verlangt nach korrigierenden Gegengewichten, die ihrerseits Rationalitätskriterien zu entsprechen haben.

---

<sup>8</sup> Zu den griechischen und römischen Wurzeln siehe Wieacker 1979 sowie unten bei Fn. **Fehler! Nur Hauptdokument.**

<sup>9</sup> Zu den Grenzen der Möglichkeit, den individualistischen Rationalismus ("Faktum der Vernunft" im Sinne Kants) durch dahinter liegende Gründe weiter zu begründen und zu dem damit verknüpften "Positivismusstreit" siehe Behrens 1986, 41 ff. m.w.N.

<sup>10</sup> Nach Hegel ist der Staat "das an und für sich Vernünftige" (siehe dazu - und zu dem Konsequenzen für das Verhältnis zwischen Individuum und Staat - Petersen 1992, 123 ff.).

<sup>11</sup> Das materielle Fundament dieser Relativierung findet sich in den Grundrechten (siehe Abschnitt 3).

In der Rationalitätsforderung an das Recht kommen somit zwei miteinander verflochtene Stränge zusammen. Sowohl die Begründung als auch die Grenzen der Staatsgewalt müssen sich intersubjektiv nachvollziehbar ("rational") vermitteln lassen. Erst die Verschränkung der beiden Stränge erlaubt es, den Richtigkeitsanspruch des Rechts zu untermauern, auf den der moderne Staat mit der von ihm beanspruchten umfassenden Staatsgewalt gegründet ist.

Ein dritter, aus der Funktion des Rechts erwachsender Strang kommt hinzu: Recht hat die Aufgabe, menschliches Verhalten zu beeinflussen. Wenn der Staat seine - durch Recht vermittelte - Herrschaftsausübung vernunftgemäß zu begründen hat, setzt dies zugleich voraus, daß sich das Verhalten der Individuen vernunftgemäß erklären (und prognostizieren) läßt. Letzteres aber ist die Aufgabe, die sich die ökonomische Verhaltenstheorie gestellt hat.

Das dem Recht zugrundeliegende Rationalitätskonzept ist erst tragfähig, wenn es sich auf ein Rationalmodell menschlichen Verhaltens stützen kann. Daraus ergibt sich die These, daß die Rationalitätspostulate des Rechts und der ökonomischen Analyse unmittelbar zusammenhängen: Rechtliche Rationalität ist ohne "ökonomische" Rationalität nicht zu erreichen. In der vernunftgemäßen Begründung des Rechts verwirklicht sich dann - jedenfalls in einem gewissen Grade - auch das ökonomische Prinzip.<sup>12</sup> Dies würde allerdings voraussetzen, daß das ökonomische Verhaltensmodell in der Lage ist, die Rationalitätskriterien des Rechts auszufüllen.

### **2.1.1**

#### **Rationalitätsverständnis des Rechts**

Der Befund, Recht sei auf eine vernunftgemäße Begründung angewiesen, sagt noch nichts darüber aus, welche Kriterien bei der Prüfung ausschlaggebend sind. Zu fragen ist damit nach den zentralen Rationalitätskriterien des Rechts im demokratischen Verfassungsstaat.

Das Rationalitätsverständnis des Rechts dürfte sich im wesentlichen aus seiner stabilisierenden und freiheitssichernden Funktion für die Gesellschaft ergeben. "Vernünftig" wirkt das Recht dann, wenn es dieser Funktion gerecht wird. Auf Dauer kann das Recht im demokratischen Staat eine Friedensordnung nur gewährleisten, 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 breiten gesellschaftlichen Fundament.

---

<sup>12</sup> Umgekehrt ist das ökonomische Denken auf die Geltungskraft sozialer Normen angewiesen. Fehlen diese, sind die Individuen nicht mehr in der Lage, zueinander in Austauschbeziehungen zu treten. Aus dem ökonomischen Verhaltensmodell heraus sollten sich daher nicht nur Verhaltensweisen *unter* der Geltung sozialer Normen, sondern auch deren Entstehung selbst begründen lassen (Baumann 1996).

Zu bewähren hat sich das Recht an konkreten Problemlösungen. Aus dieser Perspektive kommt Fechner (1956, 98) zu dem Ergebnis: "Der rationale Kerngehalt des Rechts wirkt aus der Sache heraus"; auch im stillen Wachstum des Gewohnheitsrechts setze sich die "vernunftgemäße, zweckentsprechende, Zeit und Kraft sparende Regelung durch". Vernünftig sei 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). Der "rationale Kerngehalt" des Rechts stünde danach in engster Verbindung zum ökonomischen Denken.

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 im Einzelfall mit Leben zu füllen, also für den konkreten Regelungsbereich eine jeweils spezifische Balancierung zu suchen von Freiheit, Gleichheit und Gegenseitigkeit vor dem Hintergrund des Prinzips der Verallgemeinerung; mithin eine Balancierung jener Elemente, die Kant im kategorischen Imperativ zusammenführt (Hruschka 1987).

### 2.1.2

#### **Rationalitätskriterien des Rechts**

Elementar für das Rationalkonzept des Rechts ist die Unterscheidung zwischen Ziel und Mitteln: Regeln des Rechts dienen jeweils einem bestimmten Ziel (oder Zweck). Dieses selbst sowie die zu seiner Erreichung eingesetzten Mittel müssen sich vernunftgemäß begründen lassen. An dieser Unterscheidung setzen die Rationalitätskriterien des Rechts an. Die verfolgten Ziele müssen rational zu begründen sein; zudem ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und der Gleichheitssatz einzuhalten.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist letztlich ein Ausscheidkriterium auf der Grundlage einer Zweck-Mittel-Betrachtung: Die eingesetzten Mittel dürfen - bezogen auf die angestrebten Ziele - nicht unverhältnismäßig sein. Dies setzt voraus, daß die gewählten Instrumente zunächst einmal überhaupt in der Lage sind, zum Regelungsziel beizutragen (Geeignetheit). Zum zweiten dürfen sie in ihrer Regelungsintensität nicht über das hinausgreifen, was zur Erreichung des Zieles notwendig ist. Die Juristen sprechen hier meist von "Erforderlichkeit" und meinen das Gebot, unter den geeigneten Mitteln, das mildeste zu wählen. Man könnte auch von einem "Verschwendungsverbot"<sup>13</sup> oder gleich vom "Prinzip der Ökonomie" sprechen.<sup>14</sup> Erst wenn dieses nicht verletzt ist, erreicht man die dritte Stufe, die eigentliche Prüfung der Verhältnismäßigkeit (im engeren Sinne). Hier geht es um die angemessene Gewichtung

---

<sup>13</sup> Diesen Bedeutungsgehalt deckt die oftmals synonym zum Begriff der Verhältnismäßigkeit gebraucht Bezeichnung "Übermaßverbot" besser ab.

<sup>14</sup> So Krüger 1966, 835; siehe Abschnitt **Fehler! Nur Hauptdokument**.

von Ziel und Mitteln. Dies zu beurteilen, ist nur auf der Grundlage wertender Aussagen möglich. Eine abstrakte Hierarchie der Werte läßt sich nicht begründen. Angesprochen ist vielmehr die je persönliche Gewichtung der verschiedenen Belange, die dann das Gerechtigkeitsempfinden bestimmen.

Auf eine normative Fundierung angewiesen ist auch der Gleichbehandlungsgrundsatz.<sup>15</sup> Er verbietet, gleiche Sachverhalte ungleich zu behandeln, und fordert eine differenzierte Behandlung ungleicher Sachverhalte.<sup>16</sup> Allein aus sich heraus kann der Gleichheitssatz keine entscheidungsleitende Kraft entfalten. Vielmehr bedarf es - ebenso wie beim Übermaßverbot - einer Auffüllung des formalen Entscheidungsmusters durch wertende Aussagen.

Das damit angesprochene Defizit an materiell-hierarchischer Rationalität sucht der demokratische Rechtsstaat durch eine prozedurale Rationalität zu kompensieren. Das Bundesverfassungsgericht hat die diesbezüglichen Vorgaben des Grundgesetzes durch ergänzende prozedurale Anforderungen, die es aus den materiellen Vorgaben des Übermaßverbotes und des Gleichheitssatzes herleitet, weiter aufgeladen. Die beiden Herangehensweisen stützen und ergänzen sich wechselseitig.<sup>17</sup> Die Unterscheidung zwischen Zielen und Mitteln und deren wertende Zuordnung bleibt damit sowohl für die materielle als auch für die prozedurale Rationalitätsperspektive des Rechts prägend.

## 2.2

### Ökonomisches Prinzip und Effizienz

Das ökonomische Prinzip hat die Relation von Ziel und Mitteln zum Gegenstand und ist darauf gerichtet, ein möglichst günstiges Verhältnis dieser beiden Größen zu erreichen. Sein Ziel ist es, einen sachlich nicht gerechtfertigten Einsatz gesellschaftlicher Ressourcen auszuschließen ("Vermeidung von Verschwendung"). Das ökonomische Prinzip kommt herkömmlicherweise in zwei formalen Ausprägungen zur Anwendung.<sup>18</sup> Die beiden Varianten lassen sich wie folgt charakterisieren:

---

<sup>15</sup> Dessen Wurzeln liegen in der kulturgeschichtlichen Anerkennung der menschlichen Würde. Die Menschenwürdegarantie aus Art. 1 Abs. 1 GG soll als egalitäres Prinzip vor willkürlicher Ungleichbehandlung schützen (Dreier 1996, Art. 1 I, Rn. 44). In der Verknüpfung mit dem Prinzip der Verallgemeinerung besteht eine enge Verbindung zur Gerechtigkeitsidee (siehe Abschnitt **Fehler! Nur Hauptdokument**), die durch den Gleichheitssatz spezifische Ausprägungen erfährt (Podlech 1971, 191 ff.).

<sup>16</sup> Siehe dazu im einzelnen Abschnitt **Fehler! Nur Hauptdokument**.

<sup>17</sup> Siehe dazu Abschnitt **Fehler! Nur Hauptdokument** mit der Übersicht auf Seite **Fehler! Textmarke nicht definiert**.

<sup>18</sup> In der einer dritten, von Gawel (2000) vorgeschlagenen Variante sind beide Größen variabel, anzustreben ist jedoch ein insgesamt günstiges Verhältnis der beiden. Diese Ausprägung, die die beiden ersten Varianten miteinander kombiniert, ließe sich als "Produktivitäts-Variante" bezeichnen. Ihr Vorteil liegt darin, daß sie der realen juristischen Entscheidungssituation näher kommt, wo es nämlich meist an einer eindeutigen Zieldefinition mangelt (siehe unten Abschnitt **Fehler! Nur Hauptdokument**). Angesichts der Vielzahl der zu betrachtenden Möglichkeiten steht diese Variante allerdings vor der Gefahr, den Charakter der Entscheidungsregel zu verlieren. Damit ginge der für die Ökonomie kennzeichnende "Charme der Simplität" (Kirsch 1998) verloren. Die Aufgabe besteht dann darin, die

- In der ersten Variante geht es darum, bei gegebenem Mitteleinsatz ein möglichst hohes Maß an Zielerreichung zu gewährleisten (Maximal-Variante).
- In der zweiten Variante soll ein vorgegebenes Ziel mit möglichst geringem Einsatz an Mitteln zu verwirklicht werden (Minimal-Variante).

Die Verhaltensempfehlung des ökonomischen Prinzips legt nahe, diejenige Entscheidungsalternative mit dem besten Verhältnis aus eingesetzten Mitteln zu erzieltm Erfolg zu wählen. Je günstiger dieser Quotient ausfällt, desto "effizienter" ist die gewählte Alternative. Die Betrachtung der Effizienz ermöglicht damit einen Vergleich verschiedener Optionen. Eine "absolut" effiziente Lösung kann es nicht geben. Vielmehr ist jeweils unter den gegebenen Randbedingungen nach günstigeren Lösungen zu suchen. Die Zuschreibung von Effizienz ist daher immer eine relative Aussage im Vergleich mehrerer Gestaltungsalternativen.

Es wird deutlich, daß es sich bei dem ökonomischen Prinzip um eine rein formale Entscheidungsregel handelt, die nichts darüber aussagt, aus welchen Bestandteilen sich die beiden Größen zusammensetzen (von Arnim 1988, 36). Insbesondere bedeutet es nicht, daß lediglich im engeren Sinne "wirtschaftliche" Belange einzustellen sind.<sup>19</sup> Die Entscheidungsregel ist vielmehr offen für alle Belange. Dies gilt dann auch für den homo oeconomicus, der sich - gleichgültig, ob in der nutzenoptimierenden oder -maximierenden Variante - am ökonomischen Prinzip orientiert (Behrens 1986, 50). Welche Belange jeweils zu berücksichtigen sind, liegt in der Hand desjenigen, der das Prinzip bzw. eines seiner Varianten zu Anwendung bringt. Dabei können auch eine Mehrzahl an Zielen sowie eine ganze Bandbreite von eingesetzten Mitteln Berücksichtigung finden.

Für die weiteren Überlegungen ist es daher wichtig, zu unterscheiden zwischen dem - zunächst einmal rein formalen - ökonomischen Prinzip als solchem und den vorherrschenden Ausprägungen eines homo oeconomicus<sup>20</sup> mit den darauf gestützten "normativen" Gestaltungsempfehlungen. Diese normative Variante der Ökonomie, die ihre Anziehungskraft dem "vor Scheinexaktheit schillernden Begriff der Allokationseffizienz" (Kirchner 1996, 73) verdanken dürfte,<sup>21</sup> ist allerdings nicht

---

Bandbreite der zu betrachtenden Optionen soweit einzugrenzen, daß einerseits die Nähe zur realen Entscheidungssituation gewahrt bleibt, andererseits aber die Transaktionskosten, die bei der Abarbeitung der Produktivitätsvariante entstehen, die daraus erwachsenen Vorteile nicht überkompensieren.

<sup>19</sup> Es ist daher auch eine Verkennung des ökonomischen Prinzips in der von diesem Ansatz geprägten Wissenschaft lediglich die "Begleitdisziplin des Wirtschaftslebens" zu sehen (so - zumindest in der Formulierung - Morlok 1998, 25).

<sup>20</sup> Das darin zum Ausdruck kommende "Menschenbild" und dessen Verhältnis zu jenem des Grundgesetzes untersucht Gröschner 1998. Siehe dazu auch die Replik von Kirchgässner 1998 sowie die grundlegende Untersuchung von Petersen 1996a.

<sup>21</sup> Einer Anziehungskraft, der sich auch Juristen ausgesetzt sehen können, weil damit das - jedenfalls in Anwendung "materieller" Kriterien (zum Verhältnis materieller und prozeduraler Rationalität siehe Abschnitt **Fehler! Nur Hauptdokument**) schwer greifbare "Gemeinwohl" endlich exakt bestimmbar zu sein scheint.

zwingend mit der Anwendung des ökonomischen Prinzips verbunden. Es kann vielmehr auch in einer verhaltenswissenschaftlichen Variante zum Tragen kommen, die abzielt auf eine - möglichst empirisch fundierte - ökonomische Analyse und einer darauf gestützten Verhaltensprognose.<sup>22</sup> In der Diktion der Ökonomen wird hierfür der Begriff "positive Ökonomik"<sup>23</sup> verwandt.<sup>24</sup> Eine Reihe von Irritationen in der interdisziplinären Debatte dürften darauf beruhen, daß nicht deutlich genug unterschieden wird, ob die normative oder die positive Variante zur Grundlage von Argumentation und Kritik gemacht wird.<sup>25</sup>

Selbst in der normativ-neoklassischen Variante ergibt sich nicht zwingend, daß der homo oeconomicus im eigentlichen Sinne "egoistisch" handelt. Vielmehr ist die Frage, in welcher Weise die "Nutzenfunktion" bestimmt wird, nicht vorentschieden. Denkbar ist durchaus, daß altruistische oder ästhetische, wie überhaupt "wertgebundene" Präferenzen in die Nutzenfunktion eingestellt werden und damit im Modell die Ziele des Individuums umschreiben, auf die hin die Auswahl der Mittel erfolgt.<sup>26</sup> In der praktischen Anwendung des Modells allerdings ist es üblich, aus Gründen der Vereinfachung nur die im engeren Sinne "wirtschaftlichen" Aspekte zu berücksichtigen (Stobbe 1991, 27 ff. und 32 ff.). Ein auf diese Weise vereinfachtes Abbild der Realität sei - auch wenn sich im Einzelfall Abweichungen beobachten lassen - insgesamt ausreichend, um überindividuelle Verhaltensphänomene hinreichend erklären zu können (Kirchgässner/Pommerehne 1988, 239 m.w.N.). Der homo oeconomicus der Modellwelt ist damit in der Regel doch der kühl<sup>27</sup> kalkulierende<sup>28</sup> nutzenmaximierende Egoist, dessen Lebensinhalt sich im Ansammeln von wirtschaftlich verwertbaren "Schätzen"<sup>29</sup> erschöpft. Diese vereinfachenden Annahmen können die Konsistenz des Modells erhöhen und erlauben in dessen Rahmen eine Analyse und Prognose individuellen Verhaltens; die jeweiligen Grundannahmen sind jedoch zu berücksichtigen, wenn die Aussagekraft der dabei erzielten Ergebnisse einzuordnen sind.

---

22 Zu den verschiedenen Anwendungsformen der (mikro-) ökonomischen Analyse im Hinblick auf Entscheidungssituationen des Rechts siehe Behrens 1986, 81 ff. und 1988, 217 ff.

23 Eine Diktion, die für die Juristen überraschend ist, da sie mit dem Begriff "positiv" das gesetzte Recht als solches und nicht seine Wirkung auf die Individuen kennzeichnen.

24 Zu den unterschiedlichen Bedeutungsgehalten der Begriffe innerhalb der Ökonomie siehe Stobbe 1991, 13 ff.

25 Siehe dazu (aus der Perspektive der "positiven" Neuen Institutionenökonomik) Kirchner 1996, 72 f. m.w.N. Aus der Sicht der Rechtswissenschaft siehe Raisch/Schmidt 1973, 153 ff.

26 Siehe dazu etwa Stobbe 1991, 8 oder Kirchgässner 1999, 32 (unter Verweis auf Homans 1961).

27 Lewin 1996 verweist auf den Umstand, daß die Ökonomen ihre Ökonomie unabhängig von psychologischen Annahmen betreiben: "Economists are, for example, very attached to the notion of rational choice, and, as Sen (1993) argues, rationality is a non-sensical concept if it is not motive-related, but only behavioral. Rationality is, by its very nature, a psychological interpretation which we place on behavior we observe."

28 Der homo oeconomicus erscheint damit als bloße Rechenmaschine ("rational fool", Sen 1977), die darauf abgerichtet ist, die jeweilige "Nutzenfunktion" zu maximieren (Sen 1987, 14 f.).

29 Vgl. Matthäus 6, 19 - 34: "Vom Schätzesammeln und Sorgen".

Die Modellannahmen sind allerdings auch innerhalb der Ökonomie nicht einheitlich, was weitere Verständigungsschwierigkeiten programmiert: Einerseits wird auf die Weite und den lediglich formalen Charakter des ökonomischen Prinzips verwiesen - "Economics is the science of rational choice" (Stobbe 1991, 9); andererseits kommt in der praktischen Anwendung ökonomischer Modelle überwiegend das Bild rein "pekuniär" ausgerichteten Eigennutzes zum Tragen. Hinzu kommen weitere vereinfachende Annahmen, die den homo oeconomicus der mathematisch ausgerichteten Ökonomie immer weiter vom real zu beobachtenden homo sapiens<sup>30</sup> entfernen. Versucht man, das Modell stärker an den homo sapiens anzunähern, etwa durch die Aufnahme institutionell vermittelter<sup>31</sup> Verhaltensorientierungen,<sup>32</sup> stellen sich neue Probleme. Zwar läßt sich damit das konkrete Verhalten oftmals besser erklären, was grundsätzlich die Prognosefähigkeit des Modells erhöht; andererseits wird aber die Verhaltensanalyse komplexer, weil die relevanten institutionellen Bedingungen herauszufinden sind und sich diese numerisch (etwa in Geldeinheiten) noch schlechter fassen lassen als bei einem rein eigennutzorientierten Kalkül von Kosten und Nutzen (Bizer 1999, 9).

Die Verengung auf eine rein "pekuniäre" Orientierung der ökonomischen Analyse mag im Rahmen von Modellbetrachtungen gerechtfertigt sein, sie wird aber jedenfalls dann problematisch, wenn sie im Wege der "normativen Ökonomik" aufgeladen und zur - möglichst alleinigen - Richtschnur politischer Gestaltung gemacht wird.<sup>33</sup> Genau hier dürfte ein neuralgischer Punkt der interdisziplinären Verständigung liegen. Auf die verengte normative Ökonomik reagieren die Juristen mit einer starken Abwehrreaktion;<sup>34</sup> sie neigen allerdings dazu, diese Abwehrhaltung zu generalisieren

---

30 Für eine eingehende modelltheoretische Diskussion siehe Baumann 1996. Baumanns homo sapiens ist nicht - wie der homo oeconomicus - zur situativen Handlungsfolgenmaximierung verdammt, sondern in der Lage, sich eine alternative Entscheidungsregel anzueignen: Er wählt normgebundenes Verhalten dann, wenn dies in einem bestimmten Bereich vorteilhafter ist als in jedem Einzelfall die Folgen seines Handelns erneut abzuwägen (Baumann 1996, 301 ff./326).

31 Für die Ausgangsfrage dieser Untersuchung ist dabei die Feststellung von Bedeutung, daß auch unser Verständnis von "Rationalität" auf einer habituellen Grundlage beruht (Bizer 1988, 8): "Denn auch die Reproduktion bestimmter Denkschemata ist Teil menschlicher Sozialisation und erhält ihre Bedeutung erst durch die Habitualisierung: Erst dadurch, daß alle Individuen bestimmte Begriffe und Symbole gleich oder ähnlich deuten, entsteht Kommunikation. Und erst durch Kommunikation kann Rationalität als Operationsprinzip über Generationen hinweg transferiert werden."

32 Siehe dazu Bizer 1998 m.w.N.; zu der Einbettung eines solchen Verhaltensmodells in die Verhältnismäßigkeitsprüfung siehe Bizer 1999.

33 In den breit veröffentlichten Analysen und Handlungsempfehlungen wird auf die entsprechenden Einschränkungen des Modells allerdings in der Regel nicht deutlich hingewiesen, so daß der Eindruck erweckt wird, die Ergebnisse der Modellrechnungen seien nicht lediglich ein Szenario innerhalb eines Modells, sondern Prognosen der tatsächlichen Entwicklung, deren Aussagekraft mit den Wahlprognosen der Meinungsforschungsinstitute vergleichbar sei (siehe dazu die stark unterschiedlichen Ergebnisse der Modellrechnungen der Auswirkungen erhöhter Energie-Abgaben, der sog. "Öko-Steuer").

34 Für Nachweise und eine differenzierte Auseinandersetzung mit den vorgebrachten Einwänden siehe Kübler 1990 (der zutreffend auf die Möglichkeiten verweist, die das positiv-ökonomische "Instrumentarium der Folgenanalyse" eröffnet - Kübler 1990, 703 und passim) sowie Morlok 1998 (mit einer Kritik des neoklassischen Ansatzes) und aus ökonomischer Perspektive Gawel 2000.



und grundsätzlich gegen das ökonomische Denken zu wenden. Darin liegt - wie zu zeigen sein wird - eine Überreaktion,<sup>35</sup> die die gemeinsamen Wurzeln verdeckt und damit Chancen, Rationalitätsgewinne zu erzielen, vergibt. Denn die Entscheidungsregel, die mit dem Begriff "ökonomisches Prinzip" verknüpft ist, fordert im Grunde nicht mehr als eine vernunftgemäße Auswahl unter verschiedenen Handlungsoptionen. Es ist diejenige Option zu wählen, die zu einem möglichst geringen Grad an Vernichtung gesellschaftlicher Handlungsmöglichkeiten führt. Diese Entscheidungsregel deckt sich mit der von Fechner angeführten Vernunftregel (siehe Abschnitt 1). Sie ist derart fundamental, daß die Ökonomie sie zwar zu Recht für sich in Anspruch nimmt, darin aber zugleich eine Ausprägung allgemeiner Vernunftprinzipien zu sehen ist. Es wäre daher mehr als überraschend, wenn sie nicht auch im Recht wirksam werden würde. Träfe dies zu, dann ist weiter zu fragen, auf welche Weise das Recht von den Erfahrungen der Ökonomie mit der methodischen Ausfüllung und Operationalisierung diese Prinzipien profitieren kann.

## 2.3

### Zwischenergebnis

Die methodischen Grundannahmen beider Disziplinen stützen sich auf das rational choice-Paradigma, welches eine Optimierung der Ziel-Mittel-Relation<sup>36</sup> fordert. Dies kommt - in grundsätzlich gleicher Weise - im Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sowie im ökonomischen Prinzip zum Ausdruck. Zu konstatieren ist also ein Gleichklang und nicht etwa ein Gegensatz zwischen dem verfassungsrechtlichen Balancierungsgrundsatz der Verhältnismäßigkeit einerseits und dem im ökonomischen Prinzip verankerten Effizienzpostulat andererseits.

Wenn im folgenden vom "ökonomischen Prinzip" die Rede ist, dann ist damit die formale Abwägungsregel als solche in ihrer uneingeschränkten Weite gemeint.<sup>37</sup> Die

---

<sup>35</sup> Max Weber (1956, 32 f.) spricht in diesem Zusammenhang von einem "ungeheuren Mißverständnis", die Anwendung einer individualistischen Methode bedeute zugleich eine individualistische Wertung. Nicht zu verkennen ist allerdings, daß es für diejenigen, die sich auf die Modellwelt des homo oeconomicus eingelassen haben, nahe liegt, daraus auch normative "Anweisungen für die Gestaltung von Rechtsnormen" abzuleiten (Behrens 1986, 40; allerdings auf der Grundlage einer weiter gefaßten institutionellen Ökonomik). Diese Anweisungen sind aber jedenfalls dann problematisch, wenn nicht zugleich die eingrenzenden Modellannahmen (etwa einschränkende Festlegungen der Nutzenfunktion, Ausschluß habituellen oder normgebundenen Verhaltens; siehe dazu Bizer 1998) offengelegt werden.

<sup>36</sup> Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, daß sich das Rationalitätsmuster einer zu optimierenden Ziel-Mittel-Relation auch in den Ingenieur-Wissenschaften eine zentrale Rolle spielt. Dort spricht man vom Gebot der "technischen Effizienz"; siehe die VDI-Richtlinie 3780 mit den dort enthaltenen, in vorbildhafter Weise systematisierten Definitionen (dazu VDI 1997). Ein Unterschied besteht allerdings insofern, als die für eine technisch effiziente Lösung einzusetzenden wirtschaftlichen Mittel in der technischen Betrachtung keine Rolle spielen sollen. Dieser Einwand ist allerdings nur bedingt stichhaltig, weil - jedenfalls in der Tendenz - eine technisch effiziente Lösung auch nach wirtschaftlichen Kriterien betrachtet effizient ist.

<sup>37</sup> So auch die zutreffende Rezeption bei von Arnim 1988, 36; Hoffmann-Riem 1998, 27 (zum Begriff der Effizienz; dagegen gebraucht er auf S. 28 den Begriff "ökonomisch" in einem Sinne, der als im engeren, pekuniären bzw. markterfolgsbezogenen Sinne "wirtschaftlich" zu verstehen ist) und Schmidt-Aßmann 1998, 246; zu den juristischen Rezeptionsproblemen Gawel 1999a, 209 ff.

Anwendung im Rahmen einer konkreten "ökonomischen Analyse" meint die positive Ökonomik im Sinne einer Verhaltenswissenschaft. Das Adjektiv "ökonomisch" bezeichnet ein grundsätzlich inhaltsoffenes Herangehen, welches nicht auf die pekuniäre Seite beschränkt ist.

### 3

#### **Rationalitätssichernde Elemente im Recht**

Mit den gemeinsamen Wurzeln im rational choice-Paradigma ist zunächst einmal eine ganz basale Übereinstimmung festgestellt. Allein daraus lassen sich noch keine Konsequenzen für verbindende Elemente zwischen den "Denkstilen" der beiden Disziplinen herleiten. Die basale Übereinstimmung ist allerdings Voraussetzung dafür, um auf ihr aufbauend weitere methodische Gemeinsamkeiten aufzuspüren. Die Übereinstimmung ermöglicht, auf den jeweiligen disziplinären Inseln Fundamente zu errichten, die in der Lage sein sollten, Traglasten für den verbindenden Brückenbau aufzunehmen. Als wie breit und wie tragfähig sich die methodische Brücke erweist, hängt ab von dem Grad an Übereinstimmung zwischen den in den Disziplinen jeweils zu beantwortenden Fragen und den dazu bereitgestellten methodischen Hilfsmitteln. Anders gewendet zeigen sich die Grenzen der interdisziplinären Kooperation da, wo das Recht vor Fragen steht, die sich mit Hilfe der aus dem ökonomischen Prinzip entwickelten wirtschaftswissenschaftlichen Methoden nicht beantworten lassen.

Im folgenden sind aus rechtswissenschaftlicher Perspektive drei miteinander verbundene Anknüpfungspunkte ökonomischer Analyse zu betrachten. Es sind dies die materiellen Rationalitätsanforderungen, wie sie sich vor allem aus den Grundsätzen der Gleichbehandlung und der Verhältnismäßigkeit ergeben; Rationalitätsanforderungen, die der Ausübung von Herrschaftsmacht Grenzen setzen (Abschnitt 1). Die Reichweite der materiellen Rationalitätskriterien ist aber ihrerseits wieder begrenzt (Abschnitt 1). Damit stellt sich die Frage, wie die daraus resultierende "Rationalitätslücke" aufzufüllen ist und wie die verschiedenen Perspektiven zusammenzuführen sind (Abschnitt 1). Schließlich ist auf die beide vorgenannten Perspektiven überspannende Frage nach der Operationalisierung der Gerechtigkeitsidee im Recht und den Möglichkeiten und Grenzen einer Fundierung mittels der ökonomischen Theorie einzugehen (Abschnitt 1).

#### **3.1**

##### **Mechanismen rationaler Machtbegründung und -begrenzung**

Zentrales Strukturelement rationaler Machtbegrenzung ist die Gewaltenteilung.<sup>38</sup> In der Gewaltenteilung, der Bindung von Verwaltung und Justiz an die geltenden Gesetze, verwirklicht sich der formelle Rechtsstaat.<sup>39</sup> In den formell aufgeteilten staatlichen Funktionsbereichen wirkt das Rationalitätspostulat des Rechts in seinen prozeduralen und materiellen Gehalten. Sie sind zu verstehen als - sich wechselseitig ergänzende -

---

<sup>38</sup> Sie zeigt sich sowohl vertikal zwischen den drei Staatsgewalten Legislative, Exekutive und Judikative als auch horizontal unter den verschiedenen Ebenen der Ausübung hoheitlicher Funktionen von den Kommunen über die Bundesländer und die bundesstaatliche Ebene bis hin zu supranationalen Institutionen, etwa im Rahmen der Europäischen Gemeinschaften.

<sup>39</sup> In diesen Kontext zeigt sich zudem ein erster Anknüpfungspunkt für den Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz. In der formellen Gleichbehandlung liegt immer schon ein Anfang, eine Grundbedingung von Gerechtigkeit; was auch dann gilt, wenn das Gesetz vom Standpunkt materialer Gerechtigkeit defizitär erscheint (Denninger 1978, 107).

Rationalitätsebenen,<sup>40</sup> die beide gleichwertig der Begründung und zugleich der Begrenzung von Herrschaft dienen (siehe die Übersicht auf Seite **Fehler! Textmarke nicht definiert.**). Die prozeduralen Anforderungen sind für drei Gewalten je speziell ausgeformt. Die jeweils gewaltenspezifische prozedurale Rationalität ist ausgerichtet auf die materielle Seite: Realanalyse zur Vorbereitung und zur Begründung der konkreten Entscheidung anhand der materiellen Kriterien. Die materiellen Anforderungen (Bindung an die Grundrechte; Orientierung der Hoheitsgewalt an der "Intention auf Gemeinwohlrichtigkeit");<sup>41</sup> verwirklichen sich übergreifend vor allem in zwei (Rechts-) Grundsätzen: Dem Grundsatz der Gleichbehandlung (Verbot willkürlicher Differenzierung oder Gleichsetzung - Willkürverbot) und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Übermaßverbot; siehe dazu im einzelnen Abschnitt 4).

Ebenso wie der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit findet der Gleichheitssatz seine Wurzeln im Gerechtigkeitsgedanken.<sup>42</sup> Zwischen beiden besteht zudem 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".<sup>43</sup> Dieser "Akt" bedarf einer entsprechenden Grundlage, was 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). Beide materiellen Prinzipien verlangen also eine Realanalyse, die von den Staatsgewalten prozedural abzuarbeiten ist. Damit stellt sich die Frage nach der Reichweite materieller Rationalitätskriterien und deren Verhältnis zu prozedural vermittelter Rationalität.

## 3.2

### Grenzen materieller Rationalitätskontrolle

Diese Ausrichtung auf materielle Rationalitätskriterien mag zu der Annahme verleiten, gesellschaftliche Konflikte ließen sich allein unter Anlegung der genannten materiellen

---

<sup>40</sup> Diese beiden Ebenen können - cum grano salis - zugleich die konträren Positionen im "Positivismusstreit" charakterisieren. Während die "Kritische Theorie" auf eine "gesellschaftliche Rationalisierung" im sog. herrschaftsfreien Diskurs ausgerichtet ist und damit der Ebene der prozeduralen Rationalität zuzurechnen ist, setzt der kritische Rationalismus auf die "individualistische Handlungsrationalität" (zu dieser Gegenüberstellung Habermas 1981 und Behrens 1986, 45)

<sup>41</sup> Grimm (1990a, 296) weist darauf hin, daß im sozialen, materialen Rechtsstaat die beiden historischen Defizite der ursprünglichen Rechtsstaatskonzeption, nämlich die Blindheit für die Soziale Frage und die Wehrlosigkeit gegenüber eklatant ungerechten Gesetzen, im Grundgesetz eine Antwort gefunden haben.

<sup>42</sup> BVerfG vom 17.12.1953 - 1 BvR 147/52 - E 3, 58/135 (Beamte). Siehe auch Stern 1988, 1495 f. m.w.N. sowie unten Abschnitt **Fehler! Nur Hauptdokument.**

<sup>43</sup> Kirchhof (1992, Rn. 161); der im weiteren darauf hinweist, daß beide Prinzipien materiell gegenläufig seien. Während das Übermaßverbot den Gebrauch der Freiheit schützen solle, weise der Gleichheitssatz auf die Grenzen der Freiheit, die sich aus der gleichen Freiheit anderer ergäben (a.a.O., Rn 162).

Anforderungen auflösen. Unterstellt man in einer abstrakt-theoretischen Betrachtung die Abwesenheit von Erkenntnisproblemen und Wertungsdifferenzen, erscheint es möglich, gesellschaftliche Konfliktlagen unmittelbar aus der Anwendung materiellen Rationalkalküls aufzulösen. Dies würde dazu führen, daß letztlich nur noch eine Lösung in Betracht kommt; nämlich diejenige, die nicht gegen das Gleichbehandlungsgebot verstößt und die Prüfungsfolge des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in allen drei Stufen erfolgreich durchlaufen hätte.

In der gesellschaftlichen Wirklichkeit sind die unterstellten Voraussetzungen allerdings nicht gegeben. Defizite in der Sachverhaltsermittlung und Unsicherheiten in der Verhaltensprognose lassen sich nur zu einem gewissen Grade, keinesfalls aber vollständig beheben. Wertungsdifferenzen werden in einer pluralistischen Gesellschaft immer bestehen. Die genannten Voraussetzungen können daher nur in einer reinen Modellwelt als gegeben unterstellt werden. Eine darauf aufbauende Vorstellung kann - auch wenn sie in der Theorie "durchzuspielen" sein mag - einer rechtlichen Strukturbildung nicht zugrundegelegt werden. Diese muß vielmehr so beschaffen sein, daß sie in der Lage ist, die real vorhandenen Konflikte unter den gegebenen Restriktionen zu bewältigen. Ein Rationalitätskonzept, welches allein auf materielle Kriterien stützt, scheidet infolgedessen aus und damit alle Ansätze, die unter Zugrundelegung wirklichkeitsfremder Annahmen dazu tendieren, die genannten Voraussetzungen als gegeben zu betrachten. Die in der realen Anwendung notwendig defizitären materiellen Rationalitätskriterien bedürfen daher der Ergänzung durch Elemente prozeduraler Rationalität.

### **3.3**

#### **Materielle und prozedurale Rationalität**

Die beiden Rationalitätsebenen und ihre unterschiedliche Begründungskraft spielen auch im Verhältnis der Staatsgewalten untereinander eine wichtige Rolle. Aus Sicht der Judikative kann es - angesichts der Funktionsabgrenzung zur Legislative - nicht darum gehen, die "Verhältnismäßigkeit" oder die gebotene "Gleichbehandlung" in der konkreten Anwendung exakt zu bestimmen, sondern lediglich darum, grobe Mißverhältnisse zu sanktionieren. Dies kommt zutreffender in der Bezeichnung "Übermaßverbot" bzw. "Willkürverbot" zum Ausdruck. Diese materiellen Anforderungen engen den rechtsstaatlich zugelassenen Entscheidungsspielraum ein (in der folgenden Abbildung dargestellt durch den nach oben enger werdenden "Entscheidungs-Trichter"); sie determinieren jedoch die Entscheidung nicht vollständig. Die Begründungskraft der materiellen Betrachtungsebene ist - wie ausgeführt - in mehrfacher Hinsicht begrenzt. Das daraus resultierende materielle "Rationalitätsdelta" ist durch prozedurale Rationalität aufzufüllen.

Übersicht: Verhältnis materieller und prozeduraler Rationalität in der Gesetzgebung

Aus der Perspektive der materiellen Rationalität könnte man den Eindruck gewinnen, als käme der prozeduralen Rationalität lediglich eine "lückenfüllende" Funktion zu. Eine derartige Betrachtung würde aber übersehen, daß der prozeduralen Rationalität eine eigenständige Begründungskraft<sup>44</sup> innewohnt: In einer pluralistischen Gesellschaft kommt ihr die Funktion zu, Wertungswidersprüche abzubilden und in einem für alle Seiten verbindlichen Verfahren die Möglichkeiten der Konsensbildung auszuloten. Darin liegt eine identitätsstiftende und - trotz aller Differenzen - verbindende Kraft, auf die die Gesellschaft nicht verzichten kann.

Die prozedural begründete Rationalität ist keine Rationalität minderer Qualität. Eine pejorative Qualifizierung dieser Form der Rationalität und der zugehörigen demokratischen Erscheinungsformen<sup>45</sup> ist nicht angebracht; auch wenn sie aus der Perspektive eines dem materiellen Rationalprogramm seiner Disziplin verpflichteten

---

<sup>44</sup> Siehe dazu - in der Tradition der Integrationslehre Smends (dazu Isensee 1996, Rn. 16 m.w.N.) - den Ansatz eines prozeduralen Gemeinwohlverständnisses bei Häberle 1983 und Denninger 1988. Nach der Einschätzung von Denninger (1983, 13) wird dieser Ansatz vom überwiegenden Teil der deutschen Staatsrechtslehre, der traditionell an der Einheit des Staates als dem Zentrum der Macht, der Politik und des Rechts orientiert sei, "entweder gar nicht oder nur mit heimlichem Schauder und offener Kritik zu Kenntnis" genommen.

<sup>45</sup> Wie sie Lepsius (1999, 441) bei Engel (1998, 182 ff.) durchscheinen sieht.

Wissenschaftlers nicht fernliegend erscheint und daher sowohl bei Juristen<sup>46</sup> als auch bei Ökonomen<sup>47</sup> zu beobachten ist.<sup>48</sup> Wer für den Vorrang materieller Rationalität eintritt, ist jedoch stets nicht weit davon entfernt, die eigenen Wertvorstellungen zur Grundlage allgemeiner gesellschaftlicher Maßstäbe zu machen, weil er meist nur auf dieser Grundlage seine Forderungen begründen kann; auch wenn er sie vorgeblich in Gestalt eines reinen Rationalkalküls präsentiert. Darin steckt aber ein Absolutheits- bzw. Alleinvertretungsanspruch, der der pluralistischen Gesellschaft schon vom Ansatz her fremd ist.

In theoretischer Hinsicht bleibt es damit bei der grundsätzlichen Gleichordnung und der wechselseitigen Ergänzung der beiden Rationalitätsebenen.<sup>49</sup> Im Rahmen der Gewaltenteilung ist das "Gewichtsverhältnis" der beiden Ebenen bei den einzelnen Staatsgewalten unterschiedlich verteilt. Aus der jeweiligen Funktion im System der Ausübung und Begrenzung staatlicher Macht ergeben sich Reichweite und Grenzen der jeweils zu beachtenden Rationalitätsanforderungen.

Bei der Kontrolle gesetzgeberischer Entscheidungen wacht das Bundesverfassungsgericht über die Einhaltung der (verfassungsunmittelbaren sowie der abgeleiteten) prozeduralen Regeln; im übrigen stützt es sich auf die materiellen Rationalitätsanforderungen.<sup>50</sup> Deren konfliktauflösender Gehalt ist jedoch aus den

---

46 In diese Richtung argumentiert etwa Isensee (1996, Rn. 1 ff., 33 ff. und 44 ff.: jeweils m.w.N.), der von einer "vorverfassungsmäßigen Idee des richtigen staatlichen Handelns" ausgeht, welche sich - unter Zuhilfenahme der materialen Zielvorgaben der Verfassung - auffinden lasse. Hier finden sich Berührungspunkte zu Ansätzen einer normativen Ökonomik, die ebenfalls die von ihr vorgenommenen (und in den Modellannahmen "versteckten") Wertungen zur Grundlage von Handlungsempfehlungen macht, die vorgeblich allein auf einer materiell-rationalen Grundlage beruhen.

47 Zu den Ansätzen in den Wirtschaftswissenschaften (etwa bei Hayek), die davon ausgehen, Mehrheitsentscheidungen seien "nicht besser als die Unterdrückung durch irgend jemand anderen", siehe Streb 1994, 15 m.w.N. Mißt man hingegen der - letztlich auf dem Konsens über Verfahrensfragen beruhenden - prozeduralen Rationalität eine eigenständige Kraft bei, bleibt die Frage zu beantworten wie weit diese Form der Rationalität gegenüber materiellen Argumentationsmustern Geltung beanspruchen kann.

48 Hier zeigen sich Übereinstimmungen im "Denkstil" (siehe Fn. **Fehler! Nur Hauptdokument**) zwischen den beiden Disziplinen.

49 Vor dem Hintergrund der wissenschaftstheoretischen Debatte zu Anfang der 60-er Jahre, wie sie etwa von Popper und Adorno, aber auch von Habermas und Albert geführt wurde, fragt Dreitzel (1965) nach den Ansatzpunkten wissenschaftlicher Politikberatung. Er entwickelt dazu in Fortentwicklung des wirtschaftswissenschaftlichen Modells ein zweidimensionales Rationalitätsschema, welches einerseits formale und materiale Rationalität trennt, andererseits zwischen funktionaler, auf den Handlungsablauf bezogener, sowie substantieller, auf das Handlungsergebnis bezogener Rationalität unterscheidet (Dreitzel 1965, 18 ff. m.w.N.). Verfahrensrationalität und Zweckrationalität ordnet er der formalen Rationalitätsform zu; daneben stehen für ihn als Formen materialer Rationalität, jene des Entscheidungsprozesses (funktional) und der Problemlösung (substantiell). Die hier getroffene Unterscheidung zwischen prozeduraler und materieller Rationalität entspricht bei Dreitzel jener zwischen funktionaler und substantieller Rationalität. Innerhalb dieser Rationalitätsformen weist Dreitzels Schema die Wertungsfragen als "materiale" bzw. "politische" Rationalität" gesondert aus und betont sie damit auch systematisch. Von dieser - eher formalen - Differenz abgesehen, zeigt sich eine weitgehende Übereinstimmung mit dem hier vertretenen Ansatz.

50 Ossenbühl (1976, 501) etwa ist der Auffassung, ein "Zwang zur Rationalität" resultiere - trotz der methodischen Schwierigkeiten bei der Ausfüllung der erforderlichen Prognosen, die der gesetzgeberischen Entscheidung vorausgehen - aus der gerichtlichen Kontrolle durch das

bereits genannten Gründen meist eng begrenzt. Soweit Wertungsfragen unter Einhaltung dieser Anforderungen vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber entschieden wurden, ist der Rationalitätsforderung genüge getan. Eine gerichtliche Kontrolle kann demgegenüber keine erhöhte materielle Rationalität beanspruchen. Sie hat dementsprechend den Vorrang der prozeduralen Komponente anzuerkennen.<sup>51</sup> Dem Bundesverfassungsgericht steht es danach lediglich zu, "grobe" Verstöße sanktionieren. Hesse (1994, 559) bringt dies auf die Formel: "Kontrolle ist gut, Vertrauen auf den demokratischen Prozeß ist besser". Der Gesetzgeber genießt damit einen "Vertrauensvorsprung" bei der oft schwierigen Beurteilung der komplexen empirischen Zusammenhänge (Pieroth/Schlink 1998, Rn. 282).

Das Gericht hat es nicht immer vermocht, die damit vorgezeichnete Funktionsabgrenzung auch im konkreten Rechtsstreit durchzuhalten. Dies ändert aber nichts an der grundsätzlichen Geltung dieser Leitlinien. In den Fällen, in denen das Bundesverfassungsgericht den materiellen Rationalitätsanspruch weit gezogen hat, ist es auf weit verbreiteten Widerspruch gestoßen (siehe nur Böckenförde 1989, Denninger 1993, Hesse 1994).<sup>52</sup>

---

Bundesverfassungsgericht: die Institutionalisierung von Kontrollen trage dazu bei, die Qualität der politischen Entscheidungen zu optimieren.

51 Daraus ergibt sich dann auch die Antwort auf die Frage, in welchem Maße eine parlamentarische Mehrheit ihre Wertungen durchsetzen kann: Im Normenkontrollverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht sind die Wertungen des Gesetzgebers zu akzeptieren, soweit sie unter Einhaltung der prozeduralen Anforderungen zustande gekommen sind und die Grenze des Mißbrauchs- bzw. Willkürverbots nicht überschreiten (siehe dazu auch Führ 1999, 204 ff. m.w.N.).

52 Böckenförde stellt diese Abgrenzung allerdings wieder in Frage, wenn er eine "Kompetenz-Kompetenz" der Verfassungsgerichtsbarkeit annimmt, "mit dem Grundverständnis der Verfassung auch Reichweite und Umfang der Kontroll- und Prüfungsbefugnisse" zu bestimmen (kritisch dazu Staff 1999). Versteht man die Äußerungen Böckenfördes als Bestandteil einer Analyse der Wirkungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit, so dürfte sich diese als zutreffend erweisen. Problematisch ist es allerdings, wenn diese Wirkungsmacht lediglich affirmativ notiert, nicht aber kritisch hinterfragt wird. Hier hat vor allem die wissenschaftliche Fachdiskussion und die dadurch unterstützte Selbstreflexion der Richterschaft eine wichtige korrektive Funktion (Denninger 1985, 295 und Dreier 1993, 57 in Fn. 238; zu dem Spannungsverhältnis der beiden Rollen Böckenfördes als Wissenschaftler und Verfassungsrichter siehe auch Dreier 1993, 51 ff. und 62 in Fn. 265).



### 3.4

#### **Recht und Gerechtigkeit**

In der Idee der Gerechtigkeit findet das Recht seine tiefste Rechtfertigung. Sie begründet seine Überzeugungskraft und damit seine Geltung und Durchsetzung. Die Idee der Gerechtigkeit zielt auf die Einheit von gegenständlicher Gemeinwohrllichkeit und persönlich-individueller Freiheitsgewährleistung (Denninger 1988, 4). Gerechtigkeit ist sowohl eine individuelle Tugend als auch ein gesellschaftliches Leitbild. Auf der individuellen Ebene läßt sie sich als eine Haltung des Menschen beschreiben. Objektiv ist Gerechtigkeit zu verstehen als Idee oder Prinzip. Sie bildet dann den Beurteilungsmaßstab für Handlungsnormen, also für politische Verfassungen, einfache Gesetze und soziale Regeln. Hier spielt die Frage "vernünftiger Gleichheit" nicht nur vor dem Gesetz, sondern durch das Gesetz und das Prinzip der Allgemeinheit eine entscheidende Rolle (Schwemmer 1980).

Die dem Gesetz innewohnende Kraft unterliegt allerdings geschichtlichen Wandlungen. Darin spiegelt sich die Erfahrung, daß die gesellschaftliche Selbststeuerung nicht, wie aus einer klassisch-liberalen Perspektive erwartet, automatisch zum gerechten Interessenausgleich führte. Das Gerechtigkeitsproblem, das der Liberalismus formalisieren zu können geglaubt hatte, materialisierte sich dadurch wieder und rief den Staat auf den Plan (Grimm 1990a, 296 f.). Mit der Ausweitung der Staatstätigkeit steigen aber auch die hoheitlich (und nicht allein privat) zu beantwortenden Gerechtigkeitsfragen. Der Staat hat nicht mehr lediglich die Aufgabe, eine als gerecht gedachte gesellschaftliche Ordnung gegen Störungen abzuschirmen. Vielmehr wird gesellschaftliche Ordnung selber zum Gegenstand staatlicher Veränderung und Gestaltung; der Geltungsanspruch der materiellen Verfassung (und des darauf gestützten einfachen Rechts) ist grundsätzlich auch hierauf gerichtet. Unter den Bedingungen der offenen, pluralistischen Gesellschaft führt dies dazu, daß auch ein lediglich formell gedachter Rechtsstaat, wenn er seine zentrale Funktion der Gewährleistung von Rechtsfrieden und Rechtssicherheit erfüllen will, auf die Überzeugungskraft der Gerechtigkeitsidee angewiesen ist. Daraus ergibt sich ein Drang hin zu materialen Gerechtigkeitsgarantien, die sowohl den Prozeß der Gesetzgebung als auch den der Gesetzesanwendung beeinflussen.

Bei der Frage der Gerechtigkeit geht es letztlich um die Bestimmung des "rechten Maßes". Dies impliziert, daß keine der beiden Seiten a priori als absolut zu betrachten ist. Jede Seite ist in Relation zu den konkurrierenden Belangen zu betrachten. Gerechtigkeitsfragen zeichnen sich dadurch aus, daß die Realisierung des einen Belanges die Realisierungschancen des anderen beeinträchtigt. Zugleich sind die verschiedenen Belange aber meist wechselbezüglich aufeinander angewiesen. Um soziale Ziele zu verwirklichen, bedarf es einer wirtschaftlichen Grundlage; die wirtschaftliche Entwicklung gedeiht besser in einem geordneten sozialen Umfeld. Zu bewältigen sind demnach Konstellationen, die durch Konkurrenz und Interferenz gekennzeichnet sind. Daraus ergeben sich Wechselbezüge, die sich in unterschiedlichen

Opportunitätskosten alternativer Lösungsoptionen niederschlagen. Die Forderung nach Gerechtigkeit zielt darauf ab, hier eine ausgewogene, möglichst optimale Lösung zu finden.

Wo die "Optimalität" zu finden ist, sagen die juristischen Formeln ebensowenig wie die auf die jeweilige "Mitte" abzielenden Tugendformeln des Aristoteles. Sollen die im Rahmen der Rechtssetzung und -anwendung notwendigen Abwägungsvorgänge intersubjektiv nachvollziehbar und damit gegebenenfalls auch gerichtlich nachprüfbar sein, bedürfen sie in jedem konkreten Fall der rationalen Begründung. Mit jeder Entscheidung muß daher das sie tragende Rationalkalkül offen gelegt werden. Damit besteht aber grundsätzlich die Möglichkeit, auch Begründungsdefizite aufzudecken und abweichende Rationalitätsargumente in's Feld zu führen. Gerechtigkeit ist kein feststehender Punkt, den es mit Hilfe rationaler Erkenntnis aufzufinden gälte. Gerechtigkeit ist ein gesellschaftliches Leitbild, das historischen Wandlungen unterliegt. Daher verbietet sich die Vorstellung umfassend normierter und verfassungsgerichtlich darzustellender Gerechtigkeit.<sup>53</sup> Als gerecht bezeichnet eine pluralistische Gesellschaft die Lösung eines Entscheidungsproblems, welches die verschiedenen Seiten in einer Weise zur Geltung bringt, die allgemeine, jedenfalls aber weit überwiegende Zustimmung verdient. Je besser sich eine Lösung begründen läßt, desto größer ist unter der Geltung des rational choice-Paradigmas der Grad der Zustimmung.

Juristisch betrachtet lassen sich - jedenfalls auf der Ebene der Verfassung - sowohl die Grundrechte als auch die Gemeinwohlziele nicht mit Hilfe von Rechts»regeln**Fehler!**  
**Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**prinzipien« Prinzipien zeichnen sich dadurch aus, daß sie nicht a priori klar definierte Handlungsanweisungen vorgeben. Sie sind vielmehr auf eine Optimierung angelegt (Alexy 1985, 71 ff.). Auf der Ebene der Verfassung kann keines der dort verankerten Rechtsgüter e»nen absoluten Vorrang beanspruchen. Alle sind daher in den Prozeß der Optimierung einzubeziehen; alle - und nicht lediglich die Grundrechte - sind so auszulegen, daß sich die juristische Wirkungskraft der Norm am stärksten entfaltet.<sup>54</sup> Die dazu erforderliche Abwägung selbst soll dem Postulat des "angemessenen, schonenden Ausgleichs" (Lerche 1992, Rn. 3 ff.) bzw. dem der "Herstellung praktischer Konkordanz" folgen (Hesse 1995, Rn. 318.). Im Ergebnis zielt dieses Vorgehen darauf ab, die verschiedenen Rechtssphären jeweils möglichst optimal wirksam werden zu lassen. Zugleich wird damit anerkannt, daß für alle involvierten Rechtsgüter grundsätzlich Abstriche möglich sind. Gefragt ist also ein Verfahren, welches in der Lage ist, in rational nachvollziehbarer Weise den Prozeß der Optimierung zu strukturieren. Die dazu

---

<sup>53</sup> Zacher 1968, 382 (der im Anschluß an seine Analyse dafür plädiert, "dem Gleichheitssatz vorsichtig, beweglich und unter Schonung der demokratischen Strukturen einen positiven Sinn zu geben", mit dem Ziel, "das entscheidende Minimum an subjektiv verfügbarer Sanktion des Sozialstaatsprinzips" zu verwirklichen; Zacher skizziert damit den Weg, dem das Bundesverfassungsgericht mit seiner neuen Formel zu Art. 3 Abs. 1 GG eingeschlagen hat); zurückhaltender Podlech 1971, 191.

<sup>54</sup> Leisner 1971, 12 (unter Verweis auf Thoma und Hesse).

anzuwendende Methode findet das Recht - neben dem Gleichbehandlungsgebot<sup>55</sup> - im Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Dessen Zusammenhang mit den materiellen Prinzipiennormen "ist so eng wie nur möglich: Der Prinzipiencharakter impliziert den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, und dieser impliziert jenen" (Alexy 1985, 100); und zwar - so ist hinzuzufügen - in seiner wechselbezüglichen Anwendung: beide Seiten des Konfliktes müssen sich die Frage gefallen lassen, ob die zur Erreichung der jeweiligen Ziele eingesetzten bzw. für erforderlich gehaltenen Mittel geeignet, erforderlich und angemessen sind.<sup>56</sup>

Nicht zu verkennen ist die Gefahr, formale Anforderungen im Rahmen des Gleichheitssatzes oder des Übermaßverbotes mit Gerechtigkeitspostulaten aufzuladen und dann unter Rückgriff auf die Gerechtigkeitsvorstellung des jeweiligen Interpreten zu entscheiden. Um dem zu begegnen, ist es zunächst wichtig, das Bewußtsein für diese Gefahren zu stärken. Zudem sind die Anforderungen an Methodik und Begründung in der Prüfung dieser Anforderungen klar herauszuarbeiten, um die Anwender zu einer sorgfältigen Bewältigung der einzelnen Schritte anzuhalten. Der Grad an Bewußtheit und Sorgfalt spiegelt sich in der jeweils gegebenen Begründung.

Zu betonen ist weiter, daß die Idee der Gerechtigkeit nicht gegen die Forderung nach rationaler Abwägung und Begründung ausgespielt werden kann, sondern vielmehr darauf angewiesen ist, daß dieser Forderung Rechnung getragen wird. Im demokratischen Rechtsstaat verwirklicht sich Gerechtigkeit in rationalen und damit zustimmungsfähigen<sup>57</sup> Abwägungsvorgängen, für die der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sowie der Gleichbehandlungsgrundsatz die "Grundbausteine" darstellen.<sup>58</sup> Soweit sich Bezüge zwischen der Ziel-Mittel-Relation in der Verhältnismäßigkeitsprüfung und jener im ökonomischen Prinzip herstellen lassen, trägt das ökonomische Prinzip dazu bei, die Gerechtigkeitsidee zu verwirklichen.

---

<sup>55</sup> Bei der Anwendung des Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG, sieht sich das Bundesverfassungsgericht gezwungen zur Begründung seiner Entscheidung auf den Gerechtigkeitsgedanken und seine Ausprägung im Gerechtigkeitsgefühl zu verweisen; siehe die in Fn. **Fehler! Nur Hauptdokument** zitierte Passage aus der Entscheidung zur Erdölbevorratung.

<sup>56</sup> Zu den Anknüpfungspunkten einer derartigen wechselbezüglichen Verhältnismäßigkeitsprüfung in der Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts sowie den damit verknüpften rechtstheoretischen und -dogmatischen Fragen siehe Führ 1998b. Zur verfassungsrechtlichen Aufgabe einer "multilateralen Konfliktschlichtung" siehe auch Mampel 1999 und Schmidt-Preuß 1992, 37 ff. u. 247 ff.

<sup>57</sup> Diese Interdependenz von Rationalität und Gerechtigkeitsidee ist auch angesprochen, wenn Kirchner das gemeinsame Fundament der beiden Disziplinen im "Legitimationsparadigma" im Sinne der neuen Sozialvertragstheorien verortet (siehe dazu auch Hofmann 1998, 267 ff. und Hofmann 1998) und zwischen beiden ein Verhältnis der Komplementarität ausmacht (Kirchner 1998, 324 f.).

<sup>58</sup> Wieacker (1979) sieht in der Verhältnismäßigkeit ein "*Rechtsgebot*", welches "im Kern der Gerechtigkeitsidee angesiedelt" sei und gerade auf "*allgemeine* Regelgerechtigkeit, nicht auf eine opportunistische Fallgerechtigkeit" ziele (873; Herv. i. O.). Aus der allgemeinen Geltung dieses Gebots ergibt sich für Wieacker, daß darin "unmittelbarer Ausdruck des Gleichheitsgrundsatzes" zu sehen ist (877); im Ergebnis ergänzen sich die beiden "Grundbausteine" rationalen Rechts damit gegenseitig; Lerche (1961, 28) spricht in diesem Zusammenhang von einem "Neben-, ja Gegeneinander" der beiden Grundsätze.

Das im ökonomischen Prinzip verankerte Postulat der Effizienz ist daher nicht nur dem der Idee der Gerechtigkeit vereinbar, sondern beides gehört notwendigerweise zusammen (Streb 1994, 14): Ein zielinadäquater Einsatz gesellschaftlicher Ressourcen muß das Gerechtigkeitsziel verfehlen, weil damit Möglichkeiten "verschwendet" werden. Die Grenzen materiell-rationaler Effizienzbetrachtung sind jedoch erreicht, wenn zu entscheiden ist, welchen Gruppeninteressen der Vorzug zu geben und welche zurückzusetzen sind. Bei dieser Entscheidung geht es um Verteilungsfragen, die nicht mehr anhand des Effizienzpostulats zu beantworten sind, sondern nur auf der Grundlage von Wertungen.<sup>59</sup> Es besteht daher kein "Zielkonflikt zwischen Effizienz und Gruppeninteressen"; vielmehr endet die Geltungskraft des Effizienzpostulats dort, wo Wertungsfragen zu entscheiden sind.

---

<sup>59</sup> Die Versuche, dieses Problem mit Hilfe einer Monetarisierung der jeweils betroffenen Güter zu lösen und damit einen gemeinsamen Nenner für eine vergleichende, am Ziel des Wohlfahrtsoptimums orientierte Betrachtung zu finden, haben mit der Schwierigkeit zu kämpfen, Wertungsaspekte auszuschließen. Diese - praktisch kaum zu überwindende - Hürde und die übrigen methodischen Unsicherheiten führen dazu, daß sich die erzielbaren quantitativen Ergebnisse in einer relativ großen Spannbreite bewegen: eine Spannbreite, die eine Vielzahl unterschiedlicher Handlungsoptionen offen läßt und damit in ihrem Rationalitätssteigernden einer qualitativ-verbalargumentativen Abwägung kaum überlegen sein dürfte (siehe dazu auch Petersen 1996b, 414 ff. sowie bei Fn. **Fehler! Nur Hauptdokument**).

## 4

### Verbindungen zur ökonomischen Analyse

Das Recht steht vor seiner Bewährungsprobe, wenn es im Konfliktfall vor Gericht seine streitschlichtende Funktion beweisen muß. Die Judikate wirken zurück auf die Rechtsetzung, aber auch auf die allgemeine Rechtsanwendung. Die Gerichte haben die mit dem Recht untrennbar verbundene Rationalitätsforderung mit Leben zu erfüllen und ihre Entscheidungen nachvollziehbar zu begründen und sind gezwungen, dafür entsprechende Rationalitätskriterien zu entwickeln. Im Hinblick auf die materielle Rationalitätsorientierung des Rechts kommt hierbei dem Gleichheitssatz und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine fundamentale, die unterschiedlichsten Konfliktlagen überspannende Bedeutung zu (Ossenbühl 1976, 516; Bryde, 1993, 21). Zu fragen ist, welche Rolle die ökonomische Analyse bei deren Anwendung jeweils spielen kann.

Diese Frage stellt sich grundsätzlich für alle gerichtliche Verfahren. Die folgende Darstellung beschränkt sich auf die verfassungsgerichtliche Prüfung, wie sie im Rahmen eines Normenkontrollverfahrens erfolgt. Sie ist eingebettet in die soeben geschilderte wechselseitige Ergänzung der beiden Rationalitätsebenen: Der demokratisch legitimierte Wertungsvorrang<sup>60</sup> liegt in den Händen der Legislative; das Bundesverfassungsgericht fungiert hier lediglich als "Rationalitätswächter".

### 4.1

#### Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verwirklicht in zentraler Funktion den Rationalitätsanspruch des Rechts. Ihm kommt in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine "schlechthin überragende Bedeutung" (Dreier 1996a, vor Art. 1, Rn. 91) zu. Fragt man allerdings, in welcher Weise die Juristen die Prüfung der Verhältnismäßigkeit praktisch vornehmen, stößt man rasch auf Rationalitätsdefizite. Die Prüfung gerät nicht selten oberflächlich, sie verletzt die Gesetze der Logik und die Begründungen fallen dürftig aus. Das ändert aber nichts daran, daß der rationale Gehalt der Prüfungsfolge zu bejahen ist. Auch haben sich die Prüfungskriterien in vielen Fällen als praktikabel erwiesen.<sup>61</sup> Daher ist nach Wegen zu suchen, den Realitätsbezug in der Entscheidungsfindung weiter zu stärken und das Bewußtsein für eine darauf aufbauende Entscheidungsfindung- und begründung zu fortzuentwickeln.

---

<sup>60</sup> Ein solcher Vorrang wird - wenn auch in begrenzterem Umfang - für die Verwaltung angenommen (so etwa in der Wyhl-Entscheidung des Bundesverwaltungsgericht, BVerwGE 72, 300/315 f.).

<sup>61</sup> Hermes 1990, 1768; kritisch Böckenförde 1989, 54 und ders. 1990, 20 f.

Im Grundgesetz ist die Forderung nach Verhältnismäßigkeit nicht explizit verankert.<sup>62</sup> Seine Geltung ergibt sich unmittelbar aus der Gerechtigkeitsidee und dem Rechtsstaatsprinzip. Seine gerechtigkeitsorientierten Wurzeln finden sich bereits im römischen Recht.<sup>63</sup> Über das Naturrecht fand der Grundsatz zunächst Eingang in das Polizeirecht (§ 10 II 17 PrALR), von dort in das gesamte Verwaltungsrecht und schließlich in das Verfassungsrecht;<sup>64</sup> es entfaltet seine Wirkungen aber auch im Bereich des Privatrechts.<sup>65</sup>

Die herrschaftsbegrenzende Funktion des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes umschreibt Krüger (1966, 835) mit den Worten, die Staatsgewalt dürfe ihre Aufgaben nur in einer Art und Weise wahrnehmen, "wie sie von den Regeln der Ökonomie gerechtfertigt wird". Die Staatsgewalt zeichne sich gegenüber der privaten Interessenverfolgung<sup>66</sup> dadurch aus, daß sie einen legitimen Zweck verfolge und ihre Mittel nur in einer den Anforderungen der Ökonomie entsprechenden Weise einsetze. Die Bindung der Gesetzgebung und Gesetzesanwendung an das ökonomische Prinzip, wie es im Übermaßverbot verankert ist, läßt sich kaum klarer formulieren.

Damit besteht eine sehr starke methodische Übereinstimmung in den Rationalitätskriterien des Rechts und denen der Ökonomie. Wie aber bereits ausgeführt (siehe Abschnitt 2), ist die Tragkraft der materiellen Rationalitätskriterien aus unterschiedlichen Gründen begrenzt. Im Gefüge der verschiedenen staatlichen Gewalten kommt der Judikative lediglich die Funktion zu, grobe Fehlgriffe zu verhindern. Ihr ist es verwehrt, die richterliche Rationalitätswahrnehmung in vollem Umfang zum Maßstab einer Normenkontrollprüfung zu machen. Der demokratische Gesetzgeber genießt einen "verfassungsrechtlichen Vertrauensvorsprung". In der verfassungsgerichtlichen Kontrollperspektive ist damit zugleich die Reichweite ökonomisch fundierter Rationalitätseinschätzungen begrenzt. Die staatstheoretische Bindung der Staatsgewalt an das ökonomische Prinzip findet aus den genannten

---

<sup>62</sup> Dagegen findet sich in Art. 3b Abs. 3 EGV in der Fassung des Vertrages von Maastricht explizit das Kriterium der Erforderlichkeit; siehe zur Bedeutung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im Europarecht (jeweils mit weiteren Nachweisen) Bogdandy/Nettesheim 1995, 50 ff. und Pache 1999.

<sup>63</sup> Zu seinen rechtsgeschichtlichen Wurzeln siehe Wieacker 1979, der als "mächtigste Wurzel" das "Ökonomiegebot der Mittel-Zweck-Relation" identifiziert, welches bereits zum "festen Bestand der griechischen Rechtstheorien gehörte", sich aber auch im römischen Recht - etwa bei Ulpian - finden läßt (Wieacker 1979, 878).

<sup>64</sup> Für weitere Einzelheiten siehe etwa Wittig, 1968; Grabitz 1973; Stern 1994, 762 ff.; Schneider 1976; Hirschberg 1981 und Jakobs 1985.

<sup>65</sup> Siehe dazu - und zur wechselbezüglichen Verschränkung der Verhältnismäßigkeitsprüfung zum "Gebot der Rücksichtnahme" im Privatrecht und im öffentlichen Recht - Führ 1998b sowie in Abschnitt **Fehler! Nur Hauptdokument.**

<sup>66</sup> Diese kann - im Rahmen der Gesetze - ihre Zwecke grundsätzlich frei wählen und auch unvernünftige Mittel einsetzen. Hier ist allerdings zu ergänzen, daß dies nur gilt, als der Private damit nicht auf die Rechtssphären Dritter oder auf Belange der Allgemeinheit einwirkt; dann nämlich kommen regelmäßig die in den allgemeinen Gesetzen verankerten und über die wechselseitige Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes operationalisierten Rücksichtnahmegebote zum Tragen (siehe Führ 1998b, 50 ff. sowie Abschnitt **Fehler! Nur Hauptdokument.**)

Gründen keine vollständige Entsprechung in der Ausfüllung des verfassungsgerichtlichen Kontrollmaßstabes durch ökonomische Analysemodelle.

Von dieser verfassungsgerichtlichen Kontrollperspektive streng zu trennen ist das vorgelagerte Stadium gesetzgeberischer Entscheidungsfindung. Hier ist der Gesetzgeber grundsätzlich gehalten, den weitergehenden rationalitätsorientierten Handlungsmaßstab,<sup>67</sup> wie er im ökonomischen Prinzip verankert ist, zu beachten. Im Rahmen der Politikberatung kann daher die ökonomische Analyse den durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit aufgespannten Rahmen voll und ganz ausschöpfen.<sup>68</sup> Hier besteht eine inhaltliche Übereinstimmung in den Rationalprogrammen der beiden Disziplinen.

Im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ergeben sich Verbindungen zur ökonomischen Analyse sowohl in der vorgelagerten Stufe der rationalen Zielbegründung als auch in den drei folgenden Prüfungsstufen.<sup>69</sup> Art und Intensität der Verknüpfungen variieren allerdings erheblich.

#### 4.1.1

##### Zielbestimmung

Der Gesetzgeber darf nur verfassungsrechtlich zulässige Zwecke verfolgen.<sup>70</sup> Er ist allerdings in der Wahl der von ihm verfolgten Zwecke relativ frei. Für eine gesetzgeberische Zielsetzung<sup>71</sup> werden sich - wenn diese nicht völlig abwegig ist - immer "gute Gründe" anführen lassen. Daß eine Regelung in der gerichtlichen Kontrollperspektive schon am Kriterium der rationalen Zielbegründung scheitert, ist daher unwahrscheinlich, wenn auch nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Insoweit können dann selbstverständlich auch ökonomische Ansätze zur Zielbestimmung zum Einsatz kommen. Im Rahmen der Politikberatung kann es zudem - vor allem bei umstrittenen Zielen - sinnvoll sein, über eine klassische Kosten-Nutzen-Analyse die Zielbestimmung zu hinterfragen.

Bereits an dieser Stelle können Methoden der Ökonomie damit eine wichtige Hilfestellung leisten. Allerdings ist Vorsicht geboten bei der Übertragung der dabei erzielten Ergebnisse in die Kontrollperspektive. Nicht jede Zielbestimmung, die im

---

<sup>67</sup> Zum Verhältnis von Kontroll- und Handlungsmaßstab Hesse 1994, 558 sowie Führ 1999, 206 ff. m.w.N.

<sup>68</sup> Dies gilt auch dann, wenn es darum geht, den verfassungsrechtlich verankerten Beobachtungs- und Nachbesserungspflichten des Gesetzgebers (Führ 1999, 201 ff./216 f.) nachzukommen.

<sup>69</sup> Siehe dazu Ewringmann 1999, 404 ff. sowie Bizer 1999.

<sup>70</sup> Pieroth/Schlink 1998, Rn. 279 f. Zur Zweckbegrenztheit des Rechts siehe auch Krüger 1966, 830 ff. und Lerche 1961, 27 f. (jeweils m.w.N.).

<sup>71</sup> In der gesetzgeberischen Zielfunktion vereinigen sich in der Regel mehrere Haupt- und Nebenziele, von denen in der Regel einige miteinander in Konflikt stehen. Daraus resultieren methodische Schwierigkeiten für die weiteren Prüfungsschritte (siehe dazu Abschnitt **Fehler! Nur Hauptdokument** sowie Führ 1999, 218 ff.).

Rahmen einer Kosten-Nutzen-Analyse einen negativen Saldo aufweist,<sup>72</sup> bewegt sich bereits außerhalb des Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers. Dies schließt eine wirtschaftswissenschaftliche Kritik gesetzgeberischer Fehlentscheidungen keineswegs aus. Allerdings reicht die prozessual durchzusetzende Rationalitätsforderung bekanntlich nicht so weit, daß "jeder Unsinn bereits verfassungswidrig" wäre. Der weite Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers erlaubt es auch, Zwecke zu verfolgen, deren Sinnhaftigkeit nur beschränkt nachvollziehbar ist. Jedenfalls in den Fällen, in denen damit mehr als marginale Eingriffe in die Freiheitsrechte verbunden sind, wird er auf einer der folgenden Stufen in Schwierigkeiten geraten.<sup>73</sup>

#### 4.1.2

##### **Geeignetheit**

Bei der Prüfung der Geeignetheit wäre mit Hilfe der ökonomischen Analyse zu fragen, ob - bezogen auf das jeweilige Regelungsziel - die kontraproduktiven Effekte die zielkonformen Impulse überwiegen; erst wenn sich dies feststellen ließe, wäre eine Regelung als ungeeignet zu charakterisieren, weil sie nicht einmal einen geringfügigen Beitrag zur Erreichung des Steuerungsziele leistet.

Angesichts der fehlenden linearen Kausalität und der daraus folgenden Prognoseunsicherheiten wird sich ein solches Ergebnis allerdings nur äußerst selten mit der gebotenen Stringenz belegen lassen.<sup>74</sup>

#### 4.1.3

##### **Erforderlichkeit**

Das Kriterium der Erforderlichkeit verlangt, das angestrebte Regulierungsziel mit dem geringstmöglichen Aufwand zu erreichen. Hier ist die Übereinstimmung mit der Minimal-Variante des ökonomischen Prinzips offenkundig. Von daher ist es auch nicht verwunderlich, daß sich für diese Prüfungsstufe Verbindungslinien zwischen Recht und der Anwendung des ökonomischen Prinzips gut darstellen lassen.<sup>75</sup> Die

---

<sup>72</sup> Zu den dabei zu beachtenden methodischen Restriktionen siehe Fn. **Fehler! Nur Hauptdokument.**

<sup>73</sup> Entscheidet sich der Gesetzgeber hingegen dafür, etwa das Briefmarkensammeln als eine mit geringem Gewaltpotential verbundene und zudem umweltfreundliche Form der Freizeitbetätigung durch großzügigere Fördermaßnahmen und Steuererleichterungen zu unterstützen, dürfte dagegen verfassungsrechtlich wenig einzuwenden sein; schwingt er sich hingegen zu einem Verbot, Briefmarken zu entsorgen, oder zu einer Briefmarkenablieferungspflicht auf, könnte das Ergebnis schon anders aussehen (wahrscheinlich würden derartige Maßnahmen bereits am Kriterium der Geeignetheit scheitern).

<sup>74</sup> Bei einem "prognostischen Patt" wäre - angesichts der Unsicherheiten - zugunsten des Gesetzgebers von einem, wenn auch möglicherweise marginalen, Beitrag zur Zielverwirklichung auszugehen.

<sup>75</sup> So kommt Kirchner (1996, 79) zu dem Ergebnis, die Hauptaufgabe einer Anwendung der - im wirtschaftswissenschaftlichen Sinne "positiven" (zur "normativen" Richtung siehe bei Fn. **Fehler! Nur Hauptdokument**) - ökonomischen Theorie sollte in "einer sehr genauen Funktionsanalyse alternativer Regelungsgestaltungen liegen". Den Rahmen für die Anwendung der auf diese Weise erzielten Ergebnisse und ihre "Rück-Übersetzung" in (verfassungs-) rechtliche Kategorien liefert, so ist zu



konfliktabschichtende Kraft dieser Ausformung des rational-choice-Paradigmas zeigt sich darin, daß in der Überprüfungspraxis der Gerichte dieses Kriterium die stärkste Bedeutung entfaltet.<sup>76</sup>

In der konkreten Anwendung ergeben sich allerdings Schwierigkeiten daraus,

- daß in der Regel nicht nur ein Ziel, sondern durchweg ein Bündel, zum Teil konfligierender Ziele mit einem Regulierungsansatz gemeinsam verwirklicht werden sollen;<sup>77</sup> dies erschwert die rationale Ziel-Mittel-Zuordnung und die Suche nach zielidentischen, aber ressourcenschonenderen Lösungen ganz erheblich (Ossenbühl 1976, 515) sowie daraus,
- daß die Prognosekapazitäten begrenzt sind; der Nachweis eines in jeder Hinsicht (zumindest) zielidentischen, zugleich aber begründet ressourcenschonenderen Regulierungsansatzes dürfte schwer zu führen sein.

Theoretisch wäre es auch denkbar, dem Gesetzgeber zu unterstellen, er habe mit seiner Regelung eine bestimmte Belastung einzelner Gruppen im Hinblick auf den vorgestellten Zielkanon festlegen wollen, so daß auf dieser Grundlage die Maximal-Variante des ökonomischen Prinzips zum Tragen kommen und dementsprechend auf der Grundlage der vorgegebenen Mittel sowie der daraus erwachsenden Eingriffsintensität nach Lösungen mit höherem Zielerreichungsgrad zu suchen wäre. Dieser Weg wird allerdings im Recht<sup>78</sup> nicht beschränkt. Dies mag mit den bereits geschilderten Schwierigkeiten bei der Festlegung des Zielerreichungsgrades und der Gewichtung unterschiedlicher Ziele zusammenhängen. Denn dann würde sich unweigerlich eine neue "Verteilungsfrage" stellen; nämlich die, in welcher Weise - bei gleichgerichteten Zielen - die erhöhten Zielbeiträge auf die unterschiedlichen (Teil-) Ziele zu verteilen sind bzw. - bei konfligierenden Zielen - wie veränderte Zielrelationen zu bewerten sind. Es erscheint daher "rational", das Ergebnis der prozeduralen Vermittlungsleistung im Hinblick auf die Zielbestimmung zu akzeptieren und auf dieser Grundlage lediglich nach einem ressourcenschonenderen Mitteleinsatz zu fragen.

---

ergänzen, die Prüfung der "Erforderlichkeit". In eine ähnliche Richtung bewegt sich auch die Argumentation bei Ewringmann 1999, 404 f.

<sup>76</sup> Siehe etwa Bogdandy/Nettesheim 1995, Rn. 51 ff. und Pache 1999, 1036 zur Spruchpraxis des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften.

<sup>77</sup> Siehe etwa BVerfGE 30, 292 - Erdölbevorratung, wo darauf verwiesen wird, die die verschiedenen mit dem Gesetz verfolgten Zwecke dürften nicht isoliert gesehen werden; "die vom Gesetzgeber gewählten Gestaltungsmittel sind vielmehr zusammenschauend an Haupt- und Nebenzweck des Gesetzes zu messen."

<sup>78</sup> Im politischen Prozeß wird diese Variante allerdings implizit durchaus zum Tragen kommen, wenn darüber zu befinden ist, welches Maß an Belastung der Gesellschaft oder bestimmten Gruppen zuzumuten ist und vor diesem Hintergrund eine Relativierung der Zielbestimmung, und sei es in zeitlicher Hinsicht, vorgenommen wird. Gedanklicher Ausgangspunkt juristischer Prüfung anhand des Übermaßverbotes bleibt jedoch das vom Gesetzgeber definierte Regelungsziel. Dies schließt es jedoch keineswegs aus, diese zweite Variante im Prozeß gesetzgeberischer Entscheidungsfindung zum Tragen zu bringen.

Hinzuweisen bleibt allerdings darauf, daß sich als Ergebnis des Gesetzgebungsverfahrens zwar eine Zieldimension; nur äußerst selten aber eine präzise Beschreibung des Ziels (bzw. eine klare Bestimmung von Vorrangregeln für die Auflösung von Zielkonflikten) ergibt. Damit verliert jedoch die Geeignetheitsprüfung, noch mehr aber die Erforderlichkeitsprüfung in gewissem Umfang ihren Bezugspunkt. Dies erschwert es zugleich, ein alternatives Mittel anzugeben, welches in gleicher Weise geeignet und zugleich durchweg mit geringeren Freiheitsverlusten verbunden ist. Es liegt daher nahe, die Anforderungen an die Zielidentität nicht zu überspannen, sondern - etwa in der Größenordnung der Prognoseunsicherheit - eine Bandbreite der Zielerreichung zu akzeptieren.<sup>79</sup>

Die genannten Einschränkungen gelten allerdings für jedwede Rationalitätskontrolle, ob sie nun mit Mitteln der ökonomischen Analyse durchgeführt wird oder ohne sie. Die daraus resultierenden Beschränkungen können daher nicht der Ökonomie angelastet werden; jedoch begrenzen sie zugleich den Aussagegehalt der Ergebnisse einer Prüfung anhand von materiellen Rationalkriterien.<sup>80</sup>

#### **4.1.4**

##### **Angemessenheit**

Im Rahmen der dritten Prüfungsstufe, der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne (Angemessenheit), ist zu fragen, ob der angestrebte Regulierungserfolg nicht außer Verhältnis zu den damit verbundenen Belastungen steht. Aus ökonomischer Sicht liegt es nahe, zu dieser Prüfung Abwägungsregeln der ökonomischen Theorie (z.B. die "Kosten-Nutzen-Analyse") vorzuschlagen. Dabei tauchen allerdings die methodischen Schwierigkeiten, auf die im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung hinzuweisen war (Zielvielfalt und Prognosegrenzen), auch an dieser Stelle auf. Hinzu kommt jetzt, daß es nicht lediglich um eine "Optimierung" im Rahmen des vorgegebenen Zielbündels geht, sondern um eine vergleichende Gegenüberstellung der involvierten (Rechts-)

---

<sup>79</sup> Dabei steht man allerdings vor einem methodischen Problem. Öffnet man den Zielkorridor zu weit, dann wären alle in Betracht kommenden Instrumente auf ihren Zielerreichungsbeitrag hin zu betrachten. Aus ökonomischer Perspektive handelt sich dabei um eine modifizierte Minimal-Variante, die im Rahmen der Ziel-Bandbreite die Maximal-Variante mit aufnimmt. Ein derartiges Verständnis nimmt die von Gawel (2000) vorgeschlagene dritte Variante des ökonomischen Prinzips auf und fragt nach dem günstigsten Ziel-Mittel-Koeffizienten, mit der Einschränkung, daß Zieloptimierungen nur im Rahmen der prozedural vorgegebenen Bandbreite betrachtet werden. Diese Bandbreite darf jedoch nicht zu groß werden, weil ansonsten das methodische Gerüst der Verhältnismäßigkeitsprüfung sich auflöst und der Charakter einer Entscheidungsregel verlorengeht. Übrig bliebe dann eine Gegenüberstellung sämtlicher Ziel-Mittel-Koeffizienten. Dies mag unter theoretischen Aspekten reizvoll sein, die reale Konfliktabschichtungsleistung der Verhältnismäßigkeitsprüfung würde damit allerdings in Frage gestellt.

<sup>80</sup> Dieses Ergebnis darf allerdings nicht den Blick darauf verstellen, daß auch die prozedurale Rationalität ihre Entsprechung in der Ökonomie hat. Die ökonomische Theorie des Rechts betont vielmehr gerade den Gedanken, daß gesetzgeberische Entscheidungen das Ergebnis eines Prozesses sind, in dem die beteiligten Individuen - auf der Grundlage ihrer Interessenlage - über die Gestaltung der Rechtsnormen verhandeln. Auch hier lassen sich Verbindungslinien zum ökonomischen Prinzip aufzeigen und darauf gestützte Analyse der "Politischen Ökonomie" durchführen (Behrens 1986, 51 und passim).

Positionen. Zu den Prognoseunsicherheiten treten jetzt noch die Probleme, die sich aus einer - wie immer gearteten - Quantifizierung ergeben. Auch wenn dazu Konzepte vorliegen, ergeben sich jedoch auf beiden Seiten der Waagsschale erhebliche "Spannbreiten". Eine eindeutige Aussage, die gewählte Lösung verstoße klar und deutlich sowie in eklatantem Ausmaß gegen das Übermaßverbot, wird sich daher kaum einmal begründen lassen (und wenn dies der Fall ist, dann dürfte die Unsinnigkeit des Vorgehens dem Regulierungsansatz "auf die Stirn" geschrieben stehen; meist dürfte der Regelungsansatz zudem bereits die Prüfung der Erforderlichkeit nicht bestanden haben).<sup>81</sup>

Außerdem kommen auf dieser Ebene Wertungen in's Spiel, die sich einer "Übersetzung" in die Ökonomie tendenziell entziehen (Bizer 1999, 10); angesprochen ist hier die Gerechtigkeitsidee, wie sie in der jeweiligen prozeduralen Konstellation ihre Ausprägung erfahren hat. Es ist fraglich, wie sich die dabei unvermeidlich erforderlichen Vor- und Zurücksetzung bzw. die Verteilung der Lasten ökonomisch abbilden lassen.

Die Tatsache allein, daß es um Verteilungsfragen geht, ist allerdings noch kein Argument dafür, die ökonomische Analyse zurückzuweisen. Vielmehr beschäftigt sich die Ökonomie in erheblichem Umfang gerade mit Aspekten der Verteilung. Sie geht allerdings in ihren zentralen Grundannahmen davon aus, daß der vorgefundene Stand der Güterverteilung als gegeben akzeptiert wird. Sie fragt nach pareto-optimalen Lösungen, bei denen keiner der Marktteilnehmer mehr besser gestellt werden kann, ohne einen anderen schlechter zu stellen.<sup>82</sup> Echte Verteilungskonflikte können die Ökonomen damit jedoch nicht lösen, da sich Verteilungskonflikte gerade dadurch auszeichnen, daß eine vorgefundene Verteilung als nicht akzeptabel erscheint. Da eine Kompensation über marktförmige Tauschvorgänge<sup>83</sup> die Zustimmung aller Beteiligten voraussetzt, ist es auf diesem Wege nicht möglich, den Konflikt zu lösen. Für die Definition von Grund und Ausmaß des Konfliktes als solchen wie auch für die Kriterien, die bei seiner Lösung heranzuziehen sind, bedarf es vielmehr eines Rückgriffs auf gesellschaftliche Werte. Zwar lassen sich die gesellschaftlichen Regeln, derartige Konflikte zu bewältigen, ihrerseits zum Gegenstand der (politischen) Ökonomie machen. Dies ändert aber nichts daran, daß auf der Ebene der rein marktförmigen Betrachtung keine Auflösung möglich ist. Der primäre Betrachtungsansatz des ökonomischen Verhaltensmodells (die Betrachtung von rational gesteuerten

---

<sup>81</sup> So zutreffend Pieroth/Schlink 1998, Rn. 293 ff. und 856 ff.

<sup>82</sup> Kirchgässner/Pommerehne 1988, 230. In einer abgewandelten Version ("Kaldor/Hicks-Kriterium"), wird dann noch gefragt, ob das Ausmaß der Besserstellung insgesamt das Maß übersteigt, welches erforderlich wäre, um die Einbußen bei den Schlechtergestellten zu kompensieren. Hierbei handelt es sich aber nicht mehr um eine Analyse des Marktgeschehens (weil für die Bessergestellten in der Regel kein Anreiz für eine Kompensation besteht), sondern bereits um eine Ergänzung, die als Politikempfehlung zu verstehen ist, entsprechende Kompensationsregeln institutionell auszugestalten.

<sup>83</sup> Streb 1994, 6 ff. mit Ausführungen zu den Entwicklungen innerhalb der Ökonomie in Richtung auf einen "langfristig orientierten homo oeconomicus", die es erlauben, Verteilungsnormen in gewissem Umfang auch (ökonomisch-) rational zu begründen.

Marktvorgängen) hilft hier nicht weiter. Erst der Wechsel der Betrachtungsperspektive auf die Prozesse politischer Konsensbildung<sup>84</sup> eröffnet einen Zugang, der eine Abbildung unter dem ökonomischen Prinzip gestattet.

#### **4.1.5**

##### **Ergebnis**

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz mit dem in ihm historisch fest verankerten "Ökonomiegebot der Mittel-Zweck-Relation" (Wieacker 1979, 878) steht dem ökonomischen Prinzip besonders nahe. Verknüpfungspunkte zur ökonomischer Analyse ergeben sich auf allen Prüfungsstufen. Praktisch besonders relevant erscheint dabei der Einsatz im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung. Dagegen ist die aus ökonomischer Sicht zunächst besonders "verlockende" Prüfung der Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) nur bedingt auf der Grundlage einer ökonomischen Analyse möglich.

#### **4.2**

##### **Allgemeiner Gleichheitssatz**

Das zweite übergreifende Rationalkriterium des Rechts liefert der allgemeine Gleichheitssatz. Nach Art. 3 Abs. 1 GG sind alle Menschen "vor dem Gesetz gleich." Das Bundesverfassungsgericht hat diesen Satz von Anfang an nicht lediglich als Rechtsanwendungsgleichheit, sondern auch als Rechtssetzungsgleichheit verstanden. Der Satz verlangt, "Gleiches gleich, Ungleiches seiner Eigenart entsprechend verschieden zu behandeln".<sup>85</sup> Es geht darum, "willkürliche Ungleichbehandlungen" auszuschließen (Alexy 1985, 369). Damit ist aber noch nicht gesagt, welche Fälle gleich zu behandeln sind bzw. nach welchen Kriterien zu differenzieren und welches Maß abweichender Behandlung zulässig ist. Der Gleichheitssatz ist insoweit zunächst einmal nur eine "leere Form"<sup>86</sup>. Er gibt lediglich eine formale Struktur vor. Die ausfüllenden Maßstäbe sind der Verfassung zu entnehmen (Kirchhof 1992, Rn. 94 ff.).

---

<sup>84</sup> Der Vorschlag von Streb (1994, 18 ff.), die Defizite des System der Mehrheitsentscheidung (Durchsetzung von Partikularinteressen, Ausbeutung von Minderheiten) dadurch zu kompensieren, daß eine Gruppe von Fachleuten (hier "bieten sich insbesondere Ökonomen an", a.a.O., 18) die entsprechenden Verteilungsnormen einstimmig billigt, übersieht, daß das Grundgesetz materielle und prozedurale Vorkehrungen enthält, die darauf gerichtet sind, diese Defizite wenigstens zu begrenzen. Die Vorstellung des "Konsenses der Fachleute" ist im übrigen als solches illusionär und zum anderen mit demokratischen Grundsätzen nicht zu vereinbaren.

<sup>85</sup> BVerfGE 3, 58/135 f. - Beamten-Urteil; st. Rspr.

<sup>86</sup> Hart (1961, 155) spricht vom Gleichbehandlungsgrundsatz als "empty form" und fügt hinzu: "To fill it we must know when, for the purposes in hand, cases are to be regarded as alike and what differences are relevant".

#### 4.2.1

##### **Willkürverbot als Begründungszwang**

Der Gleichheitssatz hat im wesentlichen die Funktion, Ungleichbehandlungen, die Folge von Akten hoheitlicher Normsetzung sind, für begründungsbedürftig zu erklären (Podlech 1971, 191). Zu unterscheiden sind dabei zwei Stufen der Ungleichbehandlung. Bei solchen geringerer Intensität kommt der Grundsatz in Gestalt des bloßen Willkürverbotes zur Anwendung. Das Bundesverfassungsgericht beschränkt seine Prüfung auf eine Evidenzkontrolle und akzeptiert eine Ungleichbehandlung bereits dann als willkürfrei und gerechtfertigt, wenn sich dafür nur irgendein Grund anführen läßt. Der Gesetzgeber, der Regelungen erlassen oder aber vorhandene beibehalten will, steht damit unter einem Begründungszwang. Er muß einen "vernünftigen, aus der Natur der Sache sich ergebenden oder sonstwie einleuchtenden Grund"<sup>87</sup> anführen können.<sup>88</sup>

#### 4.2.2

##### **Gesteigerte Begründungsanforderungen**

Die Anforderungen an die Begründung steigen mit der Intensität der Ungleichbehandlung. Die vom ersten Senat des Bundesverfassungsgerichts entwickelte "neue Formel"<sup>89</sup> verschärft die Begründungslast, "je stärker sich die Ungleichbehandlung von Personen oder Sachverhalten auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheit nachteilig auswirken kann".<sup>90</sup> Das Bundesverfassungsgericht versteht hier das Gleichheitsgebot als Verbot der Ungleichbehandlung ohne *angemessenen* sachlichen Grund. Zu prüfen ist, ob die Ungleichbehandlung einen legitimen Zweck verfolgt, ob sie zur Erreichung dieses Zwecks geeignet und notwendig ist und ob sie in angemessenem Verhältnis zur verfassungsrechtlichen Gewichtigkeit des verfolgten Zwecks steht.<sup>91</sup> Die richterliche Kontrolldichte soll mit der Intensität der Ungleichbehandlung und der Intensität des Eingriffs in die Rechtssphäre des Bürgers zunehmen.<sup>92</sup> Damit eröffnet sich das Gericht die Möglichkeit einer schärferen Kontrolle des Gesetzgeber.

Dogmatisch liegt darin für Ungleichbehandlungen größerer Intensität eine Annäherung an die Verhältnismäßigkeitsprüfung,<sup>93</sup> wenn danach gefragt wird, welche

---

<sup>87</sup> BVerfG 1, 14/52 - Südweststaat; st. Rspr.

<sup>88</sup> Kirchhof 1992, 217 ff.; Heun 1996, Rn. 29.

<sup>89</sup> Deren "Neuigkeitswert" allerdings geringer ist, als es zunächst den Anschein haben mag, weil mit im Begriff des "wesentlich Gleichen" schon immer eine Abstufung nach Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten mit enthalten war (Heun 1996, Rn. 20).

<sup>90</sup> BVerfGE 88, 87/96 - Transsexuelle; E 91, 346/363 Abfindung des Miterben.

<sup>91</sup> BVerfGE 81, 208/224 - Schutzrecht des ausländischen Künstlers ; E 82, 126/146 - Arbeiter-Kündigungsschutz. Siehe auch Pieroth/Schlink 1997, Rn. 440.

<sup>92</sup> BVerfGE 88, 87/96 f.- Transsexuelle; st. Rspr., siehe die Nachweise bei Heun 1996, Rn. 19.

<sup>93</sup> Hesse 1993, 130 f. sowie Jarass 1995, 375 ff. Dreier 1996, Rn. 95; Heun 1996, Rn. 24 ff. m.w.N. und Pieroth/Schlink 1997, Rn. 440.

Ungleichbehandlungen im Hinblick auf die verfolgten Ziele<sup>94</sup> und die dazu eingesetzten Mittel gerechtfertigt erscheinen.<sup>95</sup> Methodisch betrachtet kollidiert hier der Gleichheitssatz mit anderen Verfassungsrechtsgütern. Die Vermittlung zwischen den beiden Größen leistet der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Rüfner 1996, Rn. 101). Es ist zu fragen, ob die Abweichung von der verfassungsrechtlich gebotenen Gleichheit (bzw. differenzierenden Behandlung ungleicher Sachverhalte<sup>96</sup>) im Hinblick auf das verfolgte Ziel geeignet, erforderlich und schließlich unter Abwägung von Gleichheit und dem angestrebten Ziel angemessen ist.<sup>97</sup>

Den Parallelen zur Verhältnismäßigkeit mit seiner Zweck-Mittel-Relation und den daran anknüpfenden ökonomischen Analysemöglichkeiten sind allerdings Grenzen gesetzt. Hier geht es dann nicht allein um eine vertikale Ziel-Mittel-Gegenüberstellung, sondern um Fragen der horizontalen Individualgerechtigkeit unter den (Teil-) Gruppen.<sup>98</sup> Die Merkmale, an denen eine gleichförmige oder differenzierende Behandlung festzumachen ist, ergeben sich aus den "internen" Kriterien, die für die jeweilig betroffenen Gruppen kennzeichnend sind. Sie sind angesiedelt auf der horizontalen Gleichheitsperspektive; die demgegenüber "externe", vertikal angeordnete Ziel-Mittel-Relation tritt im Rahmen der gesteigerten Begründungsanforderungen hinzu.

Im Zentrum der Betrachtung stehen also nicht Fragen der Verhältnismäßigkeit, gefragt ist vielmehr nach einem Maßstab individueller Gerechtigkeit. Zulässig ist eine Differenzierung, wenn sie diesem Maßstab entspricht. Man kann dies - in Abgrenzung

---

<sup>94</sup> Podlech (1971, 191) will "den Bereich der Zweckbegründungen in der Regel aus dem Bereich möglicher Begründungen" für Ungleichbehandlungen ausschließen. Die Bedeutung dieser Formulierung erschließt sich vor dem Hintergrund der von Podlech eingeführten Terminologie. Für ihn bezeichnet der Begriff Zweck "jede Regel, aufgrund derer bestimmte Ziele anderen Zielen vorgezogen wird". Er unterscheidet also - anders als in der gebräuchlichen Terminologie - zwischen Zielen und Zwecken. Ziel ist für ihn "jeder beschriebene oder beschreibbare Zustand, der erstrebt wird"; während Zwecke dann lediglich Werte (Postulate, Vorzugsregeln) bezeichnen, welche Zielwahlen lenken (1971, 110; als Beispiele nennt Podlech Schönheit, Glück, Moralität, Friede und Gerechtigkeit). In der Begrifflichkeit von Podlech kann es also lediglich "Ziel-Mittel-Relationen" geben. Damit ist es also - entgegen dem ersten Eindruck - keineswegs ausgeschlossen, daß Differenzierung mit den jeweils verfolgten Zielen begründet werden. Vielmehr dürfte es gerade der Regelfall der geforderten Begründung darstellen, daß diese oder jene Differenzierung im Angesicht der jeweiligen Zielsetzung zu rechtfertigen sind.

<sup>95</sup> Rüfner 1992, Rn. 97 u. 100.

<sup>96</sup> Siehe etwa BVerfGE 30, 292 - Erdölbevorratung, wo das Gericht zu der Auffassung gelangte, in Fällen, in denen es sich nicht ausschließen lasse, "daß bei einer zwar zahlenmäßig kleinen, aber nach typischen Merkmalen deutlich abgrenzbaren Gruppe von Unternehmen die Pflicht zur ständigen Vorratshaltung zu einer ungleich fühlbareren wirtschaftlichen Belastung führt," der Gesetzgeber gehalten ist, Möglichkeit vorzusehen, diese Belastung auf ein zumutbares Maß zu begrenzen. Es kommt zu dem Ergebnis: "Dadurch, daß das Gesetz keine Möglichkeit vorsieht, diese Sonderfälle angemessen zu berücksichtigen, sie vielmehr unterschiedslos der allgemeinen Regelung unterwirft, insoweit also in einer das Gerechtigkeitsgefühl nicht befriedigenden Weise "Ungleiches gleich" handelt, ist bei der in dem angefochtenen Gesetz enthaltenen Berufsausübungsregelung Art 12 Abs 1 in Verbindung mit Art 3 Abs 1 GG verletzt worden."

<sup>97</sup> Rüfner 1992, Rn. 97 sowie die Nachweise in Fn. **Fehler! Nur Hauptdokument.**

<sup>98</sup> Lerche 1961, 29 ff.; Lübbe-Wolff 1988, 258 ff.; Piero/Schlink 1998, Rn. 495; a.A. Kloepfer 1980, 54 ff.

zur Verhältnismäßigkeitsprüfung - mit dem Begriff der "Entsprechensprüfung" kennzeichnen.<sup>99</sup>

### 4.2.3

#### Weitere Rationalitätsanforderungen

Aus dem Gleichheitssatz hat das Bundesverfassungsgericht darüber hinaus Forderungen nach Systemgerechtigkeit<sup>100</sup> und Folgerichtigkeit<sup>101</sup> sowie neuerdings nach Widerspruchsfreiheit entwickelt. Was sich im einzelnen inhaltlich hinter diesen Begriffen verbirgt, ist nur unvollständig geklärt. Dementsprechend ist auch der jeweilige rechtliche Stellenwert umstritten.

Das Kriterium der Systemgerechtigkeit war Gegenstand einer Reihe von Entscheidungen.<sup>102</sup> An anderer Stelle stellt das Gericht dagegen fest: "Der Gedanke der 'Systemgerechtigkeit' und organisatorischer Reinheit, der im übrigen auch bisher nicht ausnahmslos verwirklicht worden war (vgl. § 368n Abs. 2 Satz 3 RVO), stellt keinen selbstständigen verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstab dar."<sup>103</sup> Zutreffend dürfte daher sein, in dem Gedanken der Systemgerechtigkeit lediglich ein methodisches Hilfsmittel im Rahmen der Prüfung des allgemeinen Gleichheitssatzes zu sehen. Bei der Frage, ob das Verbot willkürlicher Differenzierung oder Gleichsetzung verletzt ist, ist die angegriffene Regelung "der Gesamtkonzeption des Regulationssystems", dem sie angehört, gegenüberzustellen. Tritt dabei ein "innerer Widerspruch" zu Tage, so soll ein Indiz für eine Verletzung des Gleichheitssatzes vorliegen.<sup>104</sup> Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts formuliert noch vorsichtiger und ist der Auffassung, eine Systemwidrigkeit könne "allenfalls" einen Gleichheitsverstoß indizieren.<sup>105</sup> Deutlich wird damit, daß es nicht auf eine abstrakte Systemgerechtigkeit als solche ankommt, sondern im konkreten Fall ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz zu prüfen ist. Die zunächst eindrucksvolle Forderung nach Systemgerechtigkeit schrumpft damit auf das Maß eines in seiner Wirkung eng beschränkten methodischen Hilfsmittel.<sup>106</sup>

---

<sup>99</sup> So Huster 1993, 142 ff.; dem folgend Heun 1996, Rn. 25. In der Sache ähnlich Rüfner 1992, Rn. 92 ff.

<sup>100</sup> Vgl. etwa BVerfG vom 30.9.1987 - 2 BvR 933/82 - E 76, 256/336 f. (Doppelversorgung), wo das Gericht positiv feststellt, die Sach- und Systemgerechtigkeit sei gegeben.

<sup>101</sup> BVerfG vom 27.06.91 - 2 BvR 1493/89 (Besteuerung der Zinserträge) - E 84, 239/271.

<sup>102</sup> Vgl. etwa BVerfG vom 30.9.1987 - 2 BvR 933/82 - E 76, 256/336 f. (Doppelversorgung), wo das Gericht positiv feststellt, die Sach- und Systemgerechtigkeit sei gegeben.

<sup>103</sup> BVerfG vom 8.12.82 - 2 BvL 12/79 - E 62, 354 (Heilfürsorge für Beamte).

<sup>104</sup> Hesse 1995, Rn. 439. Nicht gesagt ist dabei allerdings, wie die Grenzen des "Regelungssystems" zu bestimmen, anhand welcher Kriterien die "Gesamtkonzeption" zu ermitteln und ab welchem Grad der Abweichung von einem "inneren Widerspruch" zu sprechen ist.

<sup>105</sup> BVerfG vom 23.1.1990 - 1 BvL 44/86 - E 81, 156/207 (§ 128 AFG).

<sup>106</sup> Peine 1984, 180 ff. u. 299 f.; Rüfner 1992, Rn. 38; Heun 1996, Rn. 34.

Dem Grundgedanken der Systemgerechtigkeit eng verwandt ist die Forderung nach "Folgerichtigkeit", die ebenfalls im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 angesiedelt sein soll.<sup>107</sup> Gemeint ist damit, daß jede Regelung auf ihr rechtliches Umfeld abzustimmen ist, wobei Widersprüche zu rechtlichen Vorgaben zu vermeiden und vorgegebene Rechtsgedanken weiterzuführen sind.<sup>108</sup> Offen ist dabei allerdings, wie im Einzelfall die Grenzen des "Umfeldes" auszuwählen und abzugrenzen sind,<sup>109</sup> und wie zwischen determinierenden "Grundwertungen" und daran auszurichtenden "Folgewertungen" zu differenzieren ist.<sup>110</sup> Zusätzlich ist fragen, wie der Maßstab hinreichender Folgerichtigkeit zu bestimmen ist bzw. wie sich Abweichungen rechtfertigen lassen. Nach neuerer Rechtsprechung sollen dafür bereits "plausible" oder "hinreichende" Gründe ausreichen.<sup>111</sup> Im Ergebnis handelt es sich damit um eine Forderung nach Wertungs- und Begründungsrationalität im Rahmen der Prüfung des Gleichheitsgrundsatzes.

Die Konsequenzen der aus dem Gleichheitssatz entwickelten Anforderungen nach systematischer Konsistenz sind nach alledem geringer zu veranschlagen als es nach dem Bedeutungsgehalt, der in den Begriffen mitschwingt, zunächst den Anschein hat. Die Strahlkraft der Begriffe ergibt sich wohl nicht zuletzt aus der damit verbundenen Hoffnung auf gesteigerte Rationalität.<sup>112</sup> Auch wenn diese Intention grundsätzliche Zustimmung verdient, ist doch nicht zu übersehen, daß das Steigerungspotential aufgrund der Vielfalt der zu regelnden Sachverhalten und der jeweils erforderlichen Wertungen begrenzt ist. Je mehr man die "systemaren" Rationalitätsanforderungen erhöht, desto geringer wird Gestaltungsraum prozedural vermittelter Rationalität. Dies zeigt sich etwa auch in der jüngst entwickelten Ausprägung des "System-Denkens", der Forderung nach der abstrakter "Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung".<sup>113</sup>

---

<sup>107</sup> BVerfG vom 27.06.91 - 2 BvR 1493/89 (Besteuerung der Zinserträge) - E 84, 239/271.

<sup>108</sup> Vgl. Kirchhof 1992, Rn. 205 ff. u. 222 ff.

<sup>109</sup> Das Bundesverfassungsgericht bemüht sich in diesem Zusammenhang, jeweils das gesamte relevante "Normengeflecht" in den Blick zu nehmen; vgl. BVerfG vom 29.5.1990 - 1 BvL 20/84 - E 82, 60/84 (Kindergeld).

<sup>110</sup> Osterloh 1996, Art. 3 Rn. 98 ff. m.w.N.

<sup>111</sup> BVerfG vom 23.1.1990 - 1 BvL 44/86 - E 81, 156/207 (§ 128 AFG); vgl. Osterloh 1996, Rn. 100.

<sup>112</sup> Neben dem "reinen" Rationalitätsgehalt, der die Argumentationen im "System-Denken" für Richter anziehend macht, dürften auch die erheblich erweiterten Kassations- und Gestaltungsmöglichkeiten eine Rolle spielen.

<sup>113</sup> BVerfGE 98, 83/97 - Landesrechtliche Abfallabgabengesetze. Die dort entwickelte Forderung, verstanden als Kriterium harte Klippe verfassungsgerichtlicher Prüfung (mithin als ein rechtssatzförmiges Prinzip mit Normcharakter), ist jedoch mit aller Entschiedenheit zurückzuweisen (Führ 1998c m.w.N.). Zwar verdient das generelle Ziel, Widersprüche in der Rechtsordnung nach Möglichkeit zu vermeiden, allgemeine Zustimmung; da das Recht aber von Menschen für Menschen gemacht wird, kann es kein vollständig widerspruchsfreies Recht geben. Die klassischen lex posterior- und lex specialis-Regeln, aber auch Art. 31 GG reichen aus, die unvermeidlich auftretenden Widersprüche aufzulösen. Ein "kassatorischer Joker" im Gewande der im Rechtsstaatsprinzip verorteten Forderung nach abstrakter Widerspruchsfreiheit ist daher nicht nur überflüssig, sondern im Hinblick auf die Funktionsabgrenzung zwischen den verschiedenen Staatsgewalten - wie die Sonderabfallentscheidung des Bundesverfassungsgerichts gezeigt hat - auch in hohem Maße problematisch.



#### 4.2.4

##### **Strukturiertes Wertungsproblem**

Auch wenn manche verfassungsgerichtlichen Schlußfolgerungen aus dem Gleichheitssatz zurückzuweisen sind, ist es doch zutreffend, daß in ihm ein "rationaler Kern"<sup>114</sup> steckt. Festzuhalten bleibt, daß sich aus dem Gleichheitssatz die Forderung nach einer Begründungspflicht für Gleich- oder Ungleichbehandlung ergibt. Ob eine Differenzierung (oder ihr Fehlen) vor dem Gleichheitssatz bestehen kann, hängt von den jeweils verfolgten Zielen und den dazu eingesetzten Mitteln sowie den hierzu in Beziehung zu setzenden Faktoren ab, die im konkreten Fall die relevanten Merkmale für eine Gleich- oder Ungleichbehandlung bestimmen. Im Ergebnis bedeutet dies eine Argumentationslast des Gesetzgebers, die asymmetrisch ausgestaltet sein soll, mit der Folge, daß von einem Prinzip der Gleichheit auszugehen ist, welches prima facie eine Gleichbehandlung fordert und eine Ungleichbehandlung nur dann und nur insoweit gestattet, als sie durch entsprechend gewichtigte gegenläufige Gründe gerechtfertigt werden kann.<sup>115</sup> Damit ist es möglich, das Wertungsproblem ein Stück weit zu strukturieren, gelöst ist es nicht. Eine Entscheidung im konkreten Fall ist nur unter Rückgriff auf wertende Aussagen möglich. Diese betreffen sowohl die Auswahl der sachlichen Differenzierungsgründe, die für die Annahme der Gleichheit oder Ungleichheit der betrachteten Gruppen ausschlaggebend sind, als auch die Relationen zwischen diesen qualifizierenden Kriterien und der getroffenen Regelung, den damit verfolgten Zielen und den eingesetzten Mitteln. Auf allen diesen Beziehungsebenen sind Wertungen notwendig, um zu der Aussage zu gelangen, ob eine Ungleichbehandlung hinreichend begründet ist bzw. ob die Grenze verfassungsrechtlich zulässiger Differenzierung bereits überschritten erscheint.<sup>116</sup> Der verfassungsrechtliche Gleichheitsbegriff ist damit stark "wertungsbeladen" (Lübbe-Wolff 1988, 260), was im Hinblick auf die Vorhersehbarkeit der darauf gestützten Entscheidungen nicht unproblematisch ist. Andererseits wird sich bei der Anwendung des Gleichheitssatzes auf Wertungen nicht verzichten lassen. Damit sind aber zugleich die Möglichkeiten einer rein rationalen Bewältigung stark eingeschränkt. Um so wichtiger ist es, die vorgenommenen Wertungen und die ihr zugrundeliegenden empirisch-prognostischen Grundlagen nachvollziehbar darzulegen.

---

<sup>114</sup> Dies zeigt sich etwa auch in der US-amerikanischen Praxis der Prüfung des Gleichheitssatzes, die mit dem Begriff "rationality test" umschrieben wird, dem unterschiedliche "levels of scrutiny" korrespondieren (Tribe 1988, 1451 ff.; Brugger 1987, 162 ff.); eine Praxis, der die neuere bundesdeutsche Interpretation entsprechen soll (Hesse 1993, 131).

<sup>115</sup> So - mit Abweichungen in den Einzelheiten - Podlech 1971, 57 und Alexy 1985, 370 ff., jeweils m.w.N.

<sup>116</sup> Zu den für die Wertungen maßgebenden Gesichtspunkte siehe Rüfner 1992, Rn. 44 - 88.

#### 4.2.5

##### **Ergebnis**

Bei der Prüfung des Gleichheitssatzes kann die ökonomische Analyse helfen, die Relevanz qualifizierender Kriterien genauer zu beleuchten oder die Bezüge zu Ziel und Mittel der jeweils zu prüfenden Regelung aufzuhellen. Beispiele dafür dürften sich insbesondere im Steuerrecht finden lassen. Die Fragestellungen sind jedoch im Hinblick auf das konkrete Gleichheitsproblem jeweils speziell zu formulieren. Auf der generellen Ebene scheinen dagegen Verbindungslinien zur ökonomischen Analyse kaum herstellbar zu sein. Vielmehr ergeben sich aus dem Gleichheitssatz und seinen ethischen Fundamenten durchaus Anforderungen auf der horizontalen Betrachtungsebene, die einer eindimensional an der vertikalen Zweck-Mittel-Relation ausgerichteten Betrachtung des Gesamtnutzens widersprechen können.<sup>117</sup>

Mit der dogmatisch-strukturellen Annäherung der Prüfung gleichheitsrechtlicher Anforderungen an die Verhältnismäßigkeitsprüfung steigen jedoch die Möglichkeiten der ökonomischen Analyse, an die rechtlichen Kriterien Anschluß zu finden. Die im vorigen Abschnitt identifizierten Anknüpfungspunkte sind auch hier fruchtbar zu machen.

#### 4.3

##### **Methodische Gemeinsamkeiten**

Die Analyse der beiden übergreifenden materiell-rationalen Entscheidungsregeln des Rechts zeigt für den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine grundsätzliche Übereinstimmung mit dem ökonomischen Prinzip. Gemeinsames methodisches Fundament beider Disziplinen ist das rational choice-Paradigma. Die Voraussetzungen für einen interdisziplinären Brückenschlag dürften damit gegeben sein.

Aus juristischer Perspektive ergeben sich allerdings Einschränkungen daraus, daß nur solche Güter in die Betrachtung der Ziel-Mittel-Relation einzustellen sind, die in der jeweiligen Konstellation rechtlich relevant sind. Betrachtet man eine Konfliktlage etwa aus der prozessualen Perspektive des Drittschutzes, dann kann der Kläger Verstöße gegen das Übermaßverbot in der Regel nur geltend machen, soweit sie seine Rechtsposition unmittelbar betreffen. In diesen Konstellation erweist sich dann das Recht enger als das - grundsätzlich inhaltsoffene - ökonomische Prinzip. Dieses Ergebnis ist deshalb überraschend, weil mit umgekehrter Stoßrichtung oftmals (meist infolge

---

<sup>117</sup> Morlok (1998, 18) verweist in diesem Zusammenhang auf die angebliche Praxis der Eskimos, arbeitsunfähige Alte im Eis auszusetzen, um "auf bloße Esser reduzierte Gesellschaftsmitglieder loszuwerden"; ein Beispiel, welches allerdings im Kern auf die Menschenwürdegarantie abzielt; ein sachliches Differenzierungskriterium gibt es durchaus, ob es angesichts der einschneidenden "Rechtsfolge" das Differenzierungskriterium "bloßer Esser" die Entsprechensprüfung des Gleichheitssatzes besteht, ist eine Wertungsfrage, die angesichts der Knappheitssituation der Eskimos und der daraus resultierenden institutionellen Normen offenbar - unter der Annahme, die zitierten Berichte erwiesen sich als zutreffend - anders entschieden wird als unter der Geltung des Grundgesetzes.

begrifflich-methodischer Mißverständnisse) der Ökonomie eine auf das "rein Wirtschaftliche" verengte Betrachtungsweise vorgeworfen wird.<sup>118</sup> Stattdessen ist im Recht mit der prozessualen Drittschutzperspektive eine Verengung des berücksichtigungsfähigen Belange oder - positiv gewendet - eine Art "Rationalitätsfilter" zu konstatieren.

Es fragt sich allerdings, ob diese juristische "Engführung" im Hinblick auf die in die Ziel-Mittel-Relation einzustellenden Belange durchgängig zu beobachten ist. Diese Frage ist zu verneinen. Immer dann, wenn der Staat legislativ oder administrativ gestaltend tätig wird, hat er sämtliche rechtlich geschützten Belange zu berücksichtigen und im Wege der wechselbezüglichen Verhältnismäßigkeitsprüfung gegeneinander abzuwägen. Dies gilt für den Gesetzgeber, der alle für die Verwirklichung der Grundrechte und der Gemeinwohlbelange relevanten Fakten zu ermitteln und zur Grundlage seiner Entscheidung zu machen hat.<sup>119</sup> Und es gilt auch für die gesetzgebundene Verwaltung, die bei ihren Entscheidungen alle Punkte des gesetzlichen Entscheidungsprogramms (sowie im Rahmen der verfassungskonformen Auslegung inhaltsoffener Bestimmungen auch die verfassungsrechtlichen Vorgaben) und nicht allein drittschutzrelevante Aspekte zu berücksichtigen hat. Bei diesen objektivrechtlichen Verpflichtungen bleibt lediglich die Frage zu klären, ob es Belange gibt, die sich in ökonomische Analyse einstellen lassen, jedoch bei rechtlicher Betrachtung auszublenden sind. Grundsätzlich läßt sich feststellen, daß auch in rechtlicher Perspektive alle entscheidungsrelevanten Aspekte zu berücksichtigen sind. Soweit sie sich Grundrechtsträgern zuordnen lassen, sind sie - letztlich über die nach Art. 2 Abs. 1 GG geschützte allgemeine Handlungsfreiheit - auch grundrechtsrelevant. Soweit es an dieser Individualisierbarkeit fehlt, kommen Aspekte des Sozialstaatsprinzips oder des ökologischen Staatsziels aus Art. 20a GG in Betracht. Die Schonung staatlicher Ressourcen ist über das Gebot sparsamer Haushaltsführung<sup>120</sup> sowie über das der Verfahrenseffizienz ebenfalls Gegenstand der Abwägungsentscheidung.<sup>121</sup> Den Schutz zukünftiger Generationen zu berücksichtigen, ist dem Gesetzgeber nach Art. 20a GG aufgegeben.

Im Wege der abstrakten oder konkreten Normenkontrolle sind die erlassenen Vorschriften dann auch vom Bundesverfassungsgericht umfassend zu prüfen. Die Einschränkungen, die für die Drittschutzperspektive kennzeichnend sind, greifen hier

---

<sup>118</sup> Siehe dazu die Nachweise bei Gawel 1999a, 209 ff.

<sup>119</sup> Diese Aussage bedeutet allerdings nicht, daß im Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Legislative, die darin zum Ausdruck kommende materielle Bindung in vollem Umfang Gegenstand richterlicher Prüfungs- und Kassationskompetenz unterfällt. Vielmehr ist von einer Differenz zwischen materiell-rationaler Maßstabs- und gerichtlicher Kontrollnorm auszugehen (siehe Fn. **Fehler! Nur Hauptdokument**), womit die funktionale Aufgabenteilung zwischen den Gewalten gewahrt und eine Paralyse des Gesetzgebers durch permanente verfassungsgerichtliche Intervention verhindert wird.

<sup>120</sup> Art. 114 Abs. 2 Satz 1 GG, § 6 HGrG, § 7 BHO, § 7 LHO. Im Gemeinschaftsrecht finden sich ausdrückliche Bestimmungen zum effizienten Ressourceneinsatz in Art. 102a Satz 2 EGV a.F. sowie in Art. 188c Abs. 2 EGV a.F.; dazu Britz 1997, 192 f.

<sup>121</sup> Zur Effizienz als Gebot "wirksamer Tätigkeit der Verwaltung" siehe Leisner 1991.

nicht. Vielmehr ist Prüfungsmaßstab in der Normenkontrolle "das Grundgesetz", dazu "gehören alle Normen der geschriebenen Verfassung" (Stern 1980, 987). Hinzu kommen aber auch die die Verfassungsrechtssätze "verbindenden, innerlich zusammenhaltenden allgemeinen Grundsätze und Leitideen, die der Verfassungsgesetzgeber, weil sie das vorverfassungsmäßige Gesamtbild geprägt haben, von dem er ausgegangen ist, nicht in einem besonderen Rechtssatz konkretisiert hat." (BVerfGE 2, 380/403). Diese Passage aus den Anfangsjahren der Verfassungsrechtsprechung in der Bundesrepublik dürfte allerdings vor dem Hintergrund der zwischenzeitlich eingetretenen Rechtsentwicklung zu relativieren sein. Es kommt weniger auf ein "vorverfassungsmäßiges Gesamtbild",<sup>122</sup> sondern vielmehr auf die aus dem inneren Zusammenhang der Verfassung selbst entwickelten Grundsätze und Leitideen an. Dazu zählt aber ohne jeden Zweifel auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Seiner historischen Funktion entsprechend soll der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit allerdings lediglich im Verhältnis zwischen Staat und Bürger wirksam sein. Staatliche Interventionen in die Grundrechtsfreiheit sollen durch das Übermaßverbot auf eine Mindestmaß zurückgeführt werden. Die Analyse der Rechtsprechung zeigt jedoch, daß der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch bei Grundrechtskollisionen unter Privaten zur Anwendung gelangt (Führ 1998b). Hier ist grundrechtstheoretisch von einer Überlagerung der Grundrechtssphären auszugehen. Im Überlagerungsbereich ist der Freiheitgebrauch mit einer Grund-Pflichtigkeit (oder Obliegenheit) zur Rücksichtnahme belastet.<sup>123</sup> Gegenstand und Reichweite der grundsätzlich beide Seiten treffenden Pflichtigkeit lassen sich näher bestimmen im Wege einer "wechselbezüglichen Verhältnismäßigkeitsprüfung", bei der beide Grundrechtsträger den jeweiligen Grundrechtsgebrauch auf den Prüfstand der einzelnen Stufen des Übermaßverbotes zu stellen haben. Auf diese Weise gelingt - vor allem im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung - zu einem gewissen Grade eine rationale Abschichtung der konfligierenden Positionen.<sup>124</sup>

Es hat sich zudem gezeigt, daß auch im Verhältnis zu hoheitlicher Intervention der rationale Prüfungsgehalt der Übermaßverbotes insoweit zum Tragen kommt, als der einzelne im Gebrauch seiner Freiheit auf die Grundrechte Dritter oder auf Güter der Allgemeinheit einwirkt. Insoweit kann man von einer "Grundpflichtigkeit" sprechen (Führ 1998a). Diese ist gegenüber den Grundrechten verfassungstheoretisch asymmetrisch, weil Grundrechte unmittelbar geltendes Recht sind, die "Grundpflichtigkeit" jedoch der Ausformung durch gesetzliche Regelung bedarf. Die

---

<sup>122</sup> Kritisch zu den Tendenzen eines präkonstitutionellen Verfassungsverständnisses Schultze-Fillitz 1999, 250 ff. u. 262 ff.

<sup>123</sup> Ökonomisch entspricht diese der aus dem Pareto-Kriterium abzuleitenden Forderung, "daß jedes Individuum bei der Ausübung eines Rechts, in bestimmter Weise zu handeln, mit der Pflicht belastet werden muß, die Kosten und Nutzen solcher externen Effekte in sein eigenes Nutzenkalkül mit einzubeziehen" (Behrens 1988, 221).

<sup>124</sup> Führ 1998b; siehe auch die Nachweise in Fn. **Fehler! Nur Hauptdokument**.

verfassungstheoretisch fundierte Grundpflichtigkeit erweitert jedoch das Legitimationsreservoir einer entsprechenden gesetzlichen Vorschrift. Darüber hinaus ist sie bei der Auslegung und Anwendung der Gesetze heranzuziehen. Sie leistet insoweit einen Beitrag zur "Fein-Steuerung" gesetzlicher Vorgaben, vor allem bei der Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln (Führ 1998b, 67 ff.).

Zu erwägen ist schließlich, ob das Prüfungsraster der Verhältnismäßigkeit nicht auch zur Abschichtung von Konflikten zwischen anderen Verfassungsgütern fruchtbar zu machen ist. So wenn es in einem konkreten Fall - beispielsweise der Frage, unter welchen Randbedingungen freiwillige Vereinbarungen gesetzestretend zum Einsatz kommen können - um Konflikte etwa zwischen Aspekten des Demokratie- oder Rechtsstaatsprinzips auf der einen und des ökologischen Staatsziels auf der anderen Seite geht. Hier wäre jeweils zu fragen, welche Anforderungen geeignet und erforderlich sind, um die jeweiligen Ziele anzusteuern. Auch hier ließe sich damit - über eine bloße verbal-argumentative Gegenüberstellung und eine aufgrund persönlicher Präferenzen vorgenommene Vorzugsentscheidung hinaus - die Begründungsrationalität steigern.

Hoffmann-Riem (1998, 19 ff.) hat nachgewiesen, daß das ökonomische Prinzip in Gestalt der Effizienzforderung bei einer Vielzahl von verfassungsrechtlichen Konflikten zum Tragen kommt. Er sieht darin "einen Grundsatz bei sozialstaatlicher Ressourcenverteilung und dem gesamtgesellschaftlichen Interessenausgleich" (20). Allerdings zieht er daraus den Schluß, darin sei eine Prinzipiennorm im Sinne von Alexy zu sehen (23). Dieser Ansatz übersieht jedoch, daß in den von ihm analysierten Fällen nicht der Effizienzgedanke als solche in die optimierende Abwägung eingestellt wurde, sondern daß dort jeweils verfassungsrechtliche Prinzipiennormen aufeinandertrafen, die *untereinander* zu optimieren waren. Dies ist der Grund dafür, daß in all diesen Konflikten Überlegungen zu finden waren, die sich dem Grundmuster des ökonomischen Prinzips und damit dem Effizienzpostulat zuordnen lassen. Im Sinne von Alexy handelt es sich dabei jedoch nicht um ein eigenständiges "Rechts-Prinzip", sondern um eine rationale Methode, den Ausgleich kollidierender Prinzipiennormen zu ermöglichen. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist nicht selber Gegenstand von Optimierungsvorgängen, sondern leistet methodische Vermittlungsarbeit bei der Optimierung der jeweils betroffenen Prinzipien.

Die Ursache für die unterschiedliche Perspektive mag darin liegen, daß Hoffmann-Riem die Forderung nach "Effizienz" und damit den normativen Gehalt des ökonomischen Prinzips in den Mittelpunkt seiner Betrachtung stellt.<sup>125</sup> Dies erschwert den Blick auf die grundlegenden methodischen Übereinstimmungen. Zutreffend ist allerdings, daß dem ökonomischen Prinzip - und gleichermaßen - dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

---

<sup>125</sup> Er nimmt damit den Grundansatz einer Richtung der "ökonomischen Analyse des Rechts" auf, nämlich die normative Ökonomik; siehe dazu - und zu den Abgrenzung von dieser Richtung entwickelten Ansätzen - Kirchner 1996, 64 ff.

ein normativer Gehalt innewohnt. Dieser ist darauf gerichtet, die jeweils in Anspruch genommenen Ressourcen (womit auch grundrechtlich geschützte Freiheitssphären gemeint sind können) möglichst weitgehend zu schonen. Kommen die Prüfungsschritte im Sinne einer von Einseitigkeit geprägten Beziehung zum Tragen, dann richtet sich der normative Gehalt gegen denjenigen, der bestimmte Ziele verfolgen will (klassischerweise der Staat gegenüber dem Grundrechtsträger). Unter diesen Randbedingungen gilt dann auch der Grundsatz "in dubio pro libertate", dessen methodische Ausprägung im Übermaßverbot erfolgt. Verläßt man allerdings die Einseitigkeitsperspektive und öffnet sich für die Erkenntnis, daß das Recht es nahezu durchgängig mit wechselbezüglichen Verhältnissen zu tun hat, dann tritt der normative Gehalt in den Hintergrund. In der wechselbezüglichen Verhältnismäßigkeitsprüfung neutralisiert sich die normative Vorrangregel und schrumpft auf den Grundsatz größtmöglicher wechselseitiger Schonung; mit anderen Worten auf das Gebot der Rücksichtnahme (Führ 1998b).

Faßt man dies zusammen, dann zeigt sich, daß der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit immer dann zum Tragen kommt, wenn das Recht vor der Aufgabe steht, kollidierende Prinzipienormen miteinander in Einklang zu bringen. Er erfüllt damit Funktionen der Gerechtigkeit auch jenseits der bipolar gedachten grundrechtlichen Eingriffsdogmatik (auch wenn dort sicherlich weiterhin sein zentraler, vor allem freiheitssichernder Platz sein wird). Im Ergebnis wird sich in vielen, vor allem gesetzgeberischen Entscheidungssituationen eine multipolare Ziel- und Konfliktstruktur finden lassen, in denen aus der Perspektive der involvierten Verfassungsgüter nach den geeigneten und erforderlichen Mitteln zu fragen ist. Nicht zu übersehen ist dabei, daß mit einer zunehmenden Zahl von involvierten Verfassungsgütern der Charakter einer konfliktauflösenden Entscheidungsregel mehr und mehr verloren geht. Dies dürfte der Grund dafür sein, daß man sich der rationalen Grundstruktur, die dem Übermaßverbot innewohnt, in diesen Fällen jedenfalls nicht explizit bedient. Implizit fußen jedoch die gedanklichen Operationen, die bei der juristischen Abarbeitung derartiger Konflikte anzustellen sind, auf dieser Grundstruktur. Es ist daher im Sinne einer Steigerung der Entscheidungsrationaltät zu fordern, daß die jeweiligen Prüfungsvorgänge offengelegt, und jeweils das entsprechende Rationalkalkül, aber auch die eingeflossenen Wertungen benannt werden.

## 5

### **Entwicklung rechtlicher Steuerungsformen**

In den letzten Jahren findet die Forderung, Gesetze seien einer Prüfung auf ökonomische Rationalität zu unterziehen, zunehmend Gehör.<sup>126</sup> Angesichts der weit zurückreichenden gemeinsamen Wurzeln kann dies nicht grundsätzlich überraschen. Erklärungsbedürftig ist allerdings, aus welchen Gründen diese Verbindung gerade in den letzten Jahren in den Vordergrund tritt.

Zur Erklärung dieser Entwicklung ist auf die zentrale Bedeutung der juristischen Zweck-Mittel-Betrachtung zurückzukommen. Der materiale Rechtsstaat eröffnet eine inhaltliche Kontrolle formell rechtsstaatlicher Gesetze. Entscheidend ist nicht mehr nur, ob überhaupt eine gesetzliche Grundlage vorhanden ist; es gilt vielmehr der Vorbehalt des verhältnismäßigen und gleichbehandlungskonformen Gesetzes. Für die verfassungsrechtliche Prüfung, ob dieser Vorbehalt erfüllt ist, stehen aber keine festen Rechts-Regeln, sondern lediglich Rechts-Prinzipien des Verfassungsrechts zur Verfügung (Grundrechte, Staatszielbestimmungen, Gemeinwohlbelange). Prinzipien verlangen nach Optimierung, die sich zur ihrer Begründung Ziel-Mittel-Relationen zu bedienen hat.

Auch im einfachen Recht verliert die Steuerung mittels "Rechtsregeln" an Gewicht. Bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe ist der Rechtsanwender gezwungen, nach den jeweils involvierten Zwecken zu fragen und diese miteinander in Verhältnis zu setzen. Damit erreichen wir wiederum die Ebene der Prinzipien mit ihrem Optimierungsauftrag. Auch hier sind dann Ziel-Mittel-Begründungsmuster gefordert. Beispiele dafür finden sich auf der Ebene des einfachen Rechts sowohl im Zivilrecht als auch im öffentlichen Recht (Kübler 1990, 696 ff.; Führ 1998b, 10 ff.).

### **5.1**

#### **Erscheinungsformen rechtlicher Regulierung**

Diese Entwicklung läßt sich einordnen in verschiedene "Grundmuster" (Typen) rechtlicher Regulierung. Nonet/Selznik (1978) entwickeln - vor dem Hintergrund der US-amerikanischen rechtssoziologischen Diskussion Ende der 60-er und Anfang der 70-er Jahre - eine dreigeteilte Typologie des Rechts. Sie stellen drei Erscheinungsformen nebeneinander: Das repressive Recht (repressive law), das autonome Recht (autonomous law) und das responsive Recht (responsive law). Auch wenn sie davon ausgehen, daß gegenwärtig alle drei Erscheinungsformen nebeneinander wirkmächtig sind, sehen sie doch eine gewisse, auch historische Stufenfolge. Das repressive Recht hatte zunächst die Funktion, staatliche Herrschaft überhaupt zu etablieren. Dementsprechend weitgefaßt ist der Gestaltungsraum der Obrigkeit, während die

---

<sup>126</sup> Zu den den früheren Stadien der Auseinandersetzung und der unterschiedlichen Entwicklung in den USA siehe Lepsius 1999, 430 ff.

rechtliche Position der Individuen nur schwach ausgeprägt ist. Eine Mißachtung der Interessen der Rechtsunterworfenen ist kennzeichnend für den repressiven Typus. Hier liegt der wesentliche Unterschied zum Typ des autonomen Rechts; es hat sich von der politischen Gewalt emanzipiert. Die Gewaltenteilung sichert die Unabhängigkeit der Dritten Gewalt. Das Recht erreicht gegenüber der Politik eine "autonome" Funktion. Rechtlich gebunden sind nicht mehr nur die "Untertanen", sondern auch die Obrigkeit. Der Zweck des Rechts geht jetzt nicht mehr nur dahin, die staatlich Herrschaft - im Zweifel mittels des Strafrechts - durchzusetzen, sondern sie überzeugend zu legitimieren. Wesentliches Mittel dazu ist der - vor allem im Verwaltungsrecht angesiedelte - Gedanke des rechtsstaatlichen Verfahrens (procedural fairness). Aus diesem gehen ausgefeilte Regeln hervor, die grundsätzlich für alle Beteiligten gleichermaßen verbindlich sind. Während beim repressiven Recht einseitig Unterordnung und Gehorsam gefordert wurde, besteht für den Einzelnen jetzt die Möglichkeit, sich im Rahmen der prozeduralen Möglichkeiten zu beteiligen. Er kann, gestützt auf die Grundrechte, auch den Rechtsgehorsam der regulierenden und administrierenden Instanzen einfordern. Aus dem einseitigen wird ein wechselbezügliches Rechtsverhältnis.

Diese zweite Stufe entspricht weitgehend der von Weber (1968, 151 ff.) beschriebenen Form der "legalen Herrschaft". Sie spiegelt sich zugleich in dem gesellschaftlich vorherrschenden Verwaltungsaufbau. Die legale Herrschaft unter dem autonomen Recht verlangt nach bürokratischen Strukturen.<sup>127</sup> Während für die Durchsetzung repressiven Rechts vorbürokratische Strukturen angemessen sind, markiert die postbürokratische Gesellschaft das Heraufdämmern eines weiteren Rechtstypus', der sich mit dem Begriff "responsives" Recht umschreiben läßt (siehe Abschnitt 1). Diese Erscheinungsform erwächst aus den Schwächen der autonomen Variante. Die Grenzen seiner Leistungsfähigkeit, etwa die Erstarrung in fixierten Verfahrensregeln, machen das autonome Recht angreifbar. Der mit dem Rechtsstaat untrennbar verbundene Gedanke materieller Gerechtigkeit eröffnet eine Basis rechtlich fundierter Kritik. Je mehr die materiellen Regeln sich ausdifferenzieren und je mehr die Verfahrensregeln sich verästeln, desto öfter versagt beim Anwachsen der Staatsaufgaben zugleich die Steuerungsleistung rechtlich fixierter Regeln. Der Rechtsanwender ist daher gezwungen, nach den dahinter stehenden allgemeinen Prinzipien zu fragen. Das Rechtssystem kann solche Prinzipien letztlich nur unter Rückgriff auf die Gerechtigkeitsidee begründen. Indem es dies tut, weicht es aber zugleich die strikte Bindungskraft der Regeln auf und öffnet die Türen zu einer an allgemeinen Zielen orientierten rechtlichen Interpretation. Gefragt wird dann, welche Lösung den offen oder implizit formulierten Prinzipien oder Zielen<sup>128</sup> am besten, d.h. unter möglichst geringem Eingriff in rechtlich geschützte Positionen, gerecht wird.

---

<sup>127</sup> Weber 1968, 153 f.; Nonet/Selznik 1978, 16 und 22.

<sup>128</sup> Zu dieser Unterscheidung siehe Schultze-Fielitz (1990, 28), der auf die von Dworkin (1984, 145 ff.) entwickelte Kategorie der "policies" verweist; eine Kategorie, die sich auf kollektive Güter bezieht.



Mit dieser Frage steht aber implizit auch der Herrschaftsanspruch des Rechts auf dem Prüfstand. In der Tradition des - nun rechtsstaatlich gebändigten - repressiven Rechts geht die Vorstellung dahin, Verhaltensimperative mittels des "Rechts-Befehls" an die "Gehorchenden" (Weber 1968, 152) weiterzugeben. Der hoheitliche Wille ist auch gegen Widerstand durchzusetzen. Dazu steht das Arsenal der staatlichen Gewalt zur Verfügung; etwa in Gestalt des Verwaltungszwanges.

Dieses Steuerungsmodell ist vergleichsweise einfach gestrickt. Um nicht die Zwangsmaßnahmen erdulden zu müssen, wird der einzelne dem Rechtsbefehl folgen. Diese mechanistische Vorstellung übersieht aber die vielfachen Voraussetzungen, die für ihre Verwirklichung gegeben sein müssen, und die Grenzen, die ihrer Umsetzung entgegenstehen. Zunächst einmal ist das Recht nicht die einzige Ebene, auf der die Individuen Verhaltensimperative erfahren. Da das autonome Recht aber dazu tendiert, sich von der gesellschaftlichen Wirklichkeit abzukoppeln und in der eigenen Begrifflichkeit und Systembildung zu verharren, gerät es in Gefahr, diese Imperative zu übersehen. Aus ihnen können sich jedoch Motive für Umgehungsstrategien entwickeln, denen das Recht dann mit den - rechtsstaatlich begrenzten - Mitteln wiederum auf die Spur zu kommen hat. Die dazu verfügbaren Kontrollmöglichkeiten des Staates sind allerdings bereits in tatsächlicher Hinsicht stark eingeschränkt. Verfahrensanforderungen errichten weitere Hürden, die der Aufdeckung und Ahndung von Verstößen entgegen stehen.

Das hierarchische Steuerungsmodell des Gesetzes-Befehls stößt aber auch noch in anderer Hinsicht an Grenzen, nämlich dann, wenn es nicht darum geht, unerwünschte Verhaltensweisen zu untersagen, sondern darum, die Akteure für die Mitwirkung bei der Lösung anstehender Probleme zu gewinnen. Hier benötigt das Recht eine andere Strategie. Es muß "versuchen, das Wünschbare geschehen zu lassen".<sup>129</sup> In derartigen Konstellationen läßt sich dies mit hoheitlichem Zwangsbefehl allein nicht erreichen; selbst für Teilerfolge ist bereits ein hoher Steuerungsinput erforderlich.

## 5.2

### Responsives Recht

Die als "responsiv" bezeichneten Steuerungsformen lassen sich verstehen als Antwort auf die geschilderten Schwierigkeiten. So wie in der Managementlehre eine Veränderung bürokratischer Strukturen durch eine Verlagerung von Entscheidungskompetenz und ein "management by objectives" gefordert wird, stellt

---

Während Prinzipien für die Gerichte unmittelbar entscheidungsleitend sind, bedürfen Zielsetzungen politischer Kompromiß- und Ausgleichsentscheidungen durch die demokratischen Institutionen. Schultze-Fielitz weist darauf hin, daß diese Entscheidung "wohl nicht immer trennscharf" sei. In der Tat ist auch für den Ausgleich der Prinzipien primär der demokratisch legitimierte Gesetzgeber berufen (siehe Abschnitt **Fehler! Nur Hauptdokument**).

<sup>129</sup> Czempiel 1999; der diese Forderung im Hinblick auf die Nato-Strategie Kosovo-Konflikt formuliert und vorschlägt, mit einem gemischtinstrumentellen Ansatz die Bevölkerung Serbiens als Verbündeten zu gewinnen.

das responsive Recht Ziel- und Zweckbestimmungen in den Vordergrund,<sup>130</sup> an deren Verwirklichung die unterschiedlichen gesellschaftlichen Kräfte zu beteiligen sind. Das Recht verläßt sich dabei nicht mehr vorrangig auf seine - insoweit stumpf gewordene - Zwangsgewalt, sondern fragt bewußt nach Steuerungsalternativen und bedient sich derer in ihrer ganzen Vielfalt. Das Recht sucht die Mitwirkung der Akteure durch Überzeugung zu gewinnen, verläßt sich allerdings nicht darauf. Vielmehr ist es aufgefordert, einen institutionellen Rahmen bereit zu stellen, der auf eine Stärkung der Motivationsimpulse und die Ermöglichung der angestrebten Verhaltensweisen ausgerichtet ist. Daneben kommen aber herkömmliche Formen der Überwachung und Kontrolle weiterhin zum Einsatz; sie haben aber im wesentliche eine ergänzende Funktion.<sup>131</sup> Das responsive Recht ergänzt den regelbundenen, hierarchischen und staatsfixierten Ansatz des autonomen Rechts um prinzipienorientierte, kooperative und pluralistische Elemente. Dementsprechend liegt der Schwerpunkt der rechtlichen Debatte auch nicht mehr in der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle behördlichen Handelns. Damit verliert der demokratisch legitimierte Gesetzgeber an direkter Steuerungsmacht, weil er nicht mehr Verwaltungshandeln regelförmig programmiert, sondern lediglich allgemeine Zweck- und Zielbestimmungen vorgibt, deren weitere Ausfüllung auf anderen Ebenen erfolgt; eine Entwicklung, die bereits seit längerem zu beobachten ist und von vielen Seiten kritisch kommentiert wird.<sup>132</sup> Die damit verbundene Verschiebung bewegt sich, dies ist zu betonen, noch in der Domäne des Rechts. Der Verlust an Steuerungsmacht ist auch lediglich dann besonders einschneidend, wenn man ihn aus der Perspektive des imperativen Steuerungsleitbildes heraus betrachtet. Versteht man Verhaltenssteuerung durch Recht als einen *interaktiven Prozeß* zwischen regulativen Instanzen und individuellen Entscheidungen<sup>133</sup> dann ergibt sich ein anderes Bild:

---

<sup>130</sup> Verfassungsrechtliche Vorgaben inhaltlicher Natur für diese Form der Steuerung ergeben sich in erster Linie aus den den beiden übergreifenden Rationalkriterien - Gleichheitssatz und Übermaßverbot; so auch Lange (1991, 16 ff.), der in bei der Prüfung dieser Kriterien eingehend mit wirtschaftswissenschaftlichen Argumenten auseinandersetzt.

<sup>131</sup> In den Worten von Nonet/Selznik (1978, 111; Herv. im Orig.): Responsive law aims at *enablement and facilitation*; restrictive accountability is a secondary function. A new kind of lawyerly expertise is envisioned - expertise in the articulation of *principles of institutional design and institutional diagnosis*. Such principles would analyze the characteristic institutional problems that are associated with carrying out different kinds of mandates and exercising different kinds of powers in different kinds of environments, and would point to the institutional mechanisms by which such problems may be corrected or moderated. The long term goal would be a capacity "to determine the most harmonious fit between the purposes and characteristics of particular agencies and various control techniques" (Stewart 1975, 1810). Hier findet sich auch die Eingangs (siehe Kapitel 1) erhobene Forderung nach maßgeschneiderten institutionellen Arrangements ("most harmonious fit"); hier bezogen auf das Verhältnis zwischen behördlicher Funktion und externer Kontrolle.

<sup>132</sup> Denninger 1990, Lübbe-Wolff 1991; Roßnagel 1996 sowie Schmidt-Preuß 1997 und Di Fabio 1997.

<sup>133</sup> Auch nach der ökonomischen Theorie sind "Institutionen" niemals perfekt, sondern bedürfen der ständigen Fortentwicklung. Institutionenökonomik kann deshalb nicht als rein-individualistische Ökonomik betrieben werden, sondern erkennt die Wechselwirkung von Institutionen und Individuen als wegweisend an (Bizer 1998, 8). Popper (1987, 53) betont in diesem Zusammenhang, man könne keine "narrensichere" Institution konstruieren: "Institutionen sind wie Festungen. Sie müssen klug angelegt *und* richtig bemannt sein." Damit ist umschrieben, daß es einerseits auf die

- Die Individuen haben sich für ihren Handlungsraum an den normativen Vorgaben zu orientieren. Ihr Verhalten läßt sich als "Antwort" auf normative Leitlinien verstehen, zugleich weist die Rechtsordnung ihnen eine entsprechende "Verantwortung" zu und füllt diese materiell und instrumentell auf.
- Das Recht "antwortet" seinerseits auf Defizite bei der Verwirklichung gesellschaftlicher Ziele; sei es dadurch, daß es diese Ziele relativiert, sei es dadurch, daß es die Steuerungsimpulse verändert. Dabei knüpft es an die bestehende Eigen-Motivation an und ist durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gehalten, diese möglichst schonend in Richtung verstärkter Zielerreichung zu verschieben. Der Gleichbehandlungsgrundsatz soll zudem ungerechtfertigte Lastenverteilungen verhindern.

Aus sozial- und politikwissenschaftlichen Perspektive hervorzuheben ist zum einen der Prozeßcharakter, der von den regulativen Instanzen eine kontinuierliche Reanalyse fordert, um gegebenenfalls die Steuerungsparameter nachzuführen (nachzujustieren). Zum anderen führt der Gedanke der Interaktion zu einer veränderten Sichtweise im Verhältnis der beiden Seiten: Stellt sich sowohl der Vorgang der Regulierung als auch die Anpassung des Verhaltens als "Antwort" auf die Reaktion der anderen Seite dar, wird deutlich, daß beide Seiten für das Erreichen ihrer Ziele auf das jeweilige "Gegenüber" angewiesen sind. Daraus ergibt sich, daß sie wechselseitig die institutionellen Randbedingungen des Gegenübers in Rechnung zu stellen haben.<sup>134</sup> Die Herausforderung an das Recht umschreibt Mayntz (1996, 155) mit der Forderung nach einem "Management der gesellschaftlichen Interdependenzen", welches sowohl die negative wie die positive Koordination der verschiedenen Teilsysteme verlange; dazu zähle "sowohl die Verhinderung oder zumindest Begrenzung negativer Externalitäten wie die kooperative Lösung von Problemen des übergeordneten Systems".

Für den Gesetzgeber bedeutet dies eine Aktzentverschiebung weg vom hoheitlichen, als "souverän" verstandenen Dezisionismus hin zum behutsamen Begleiten sozialer Prozesse. Die Regelungsadressaten verlieren ein Stückweit ihre Rolle als "hilflose" Individuen, die dem übermächtigen Regulierungsapparat ausgeliefert sind. Die Individuen haben es nämlich durchaus in der Hand, ihr Verhalten eigenverantwortlich an den Steuerungszielen zu orientieren und damit regulative Intervention entbehrlich zu machen oder abzumildern. Das hoheitliche Über-Unterordnungsverhältnis verschwindet zwar keineswegs vollständig, wird jedoch ein Stückweit eingeebnet. Dies

---

maßgeschneiderte Ausgestaltung der Spielregeln, andererseits auf die Rollen der einzelnen Akteure, aber auch auf deren "innere moralische Ausstattung" ankommt.

<sup>134</sup> Mayntz (1996, 165) weist darauf hin, die Gesellschaftstheorie müsse "das von der alten Steuerungstheorie implizierte kybernetische Modell aufgeben, ohne ein Modell autopoietischer Selbstregelung an seine Stelle setzen zu können. Eine Theorie, die die Dynamik gesellschaftlicher Entwicklung zum Gegenstand hat, muß vielmehr die Interferenz zwischen autoritativer Staatsintervention, Verhandlungsprozessen zwischen politischen und gesellschaftlichen Akteuren, organisierter Selbstregelung, Marktprozessen und spontaner Strukturbildung zu ihrem zentralen Thema machen."

ändert allerdings nichts daran, daß die antagonistischen Interessen bestehen bleiben. Es kommt darauf an, diese zu erkennen und durch geeignete institutionelle Arrangements dafür zu sorgen, daß die Akteure in Verfolgung ihrer Eigen-Interessen ihren Beitrag zur Erreichung der überindividuellen Ziele zu leisten.

Im responsiven Recht treten andere Steuerungsformen in den Vordergrund. Das Zivilrecht gewinnt an Bedeutung.<sup>135</sup> Wer diese Entwicklung allein mit den Kriterien des öffentlich-rechtlich dominierten "autonomen Rechts" beurteilt, läuft Gefahr, einen verengten Maßstab anzuwenden, welcher den Besonderheiten responsiver Arrangements nicht gerecht wird.<sup>136</sup>

Neben dieser Akzentverschiebung in der juristischen Binnenperspektive ergeben sich auch intensivere Verknüpfungen zu den Nachbardisziplinen. Mit der zunehmenden Bedeutung von Prinzipienormen<sup>137</sup>, ergibt sich ein Bedarf an veränderten Analyse- und Begründungsmustern. Während in der Auslegung und Anwendung von Regeln die juristische Definitionsgewalt relativ problemlos aufrechterhalten werden kann, gilt dies bei Prinzipienormen nur noch in eingeschränktem Maße. Die dabei anzuwendenden Argumentationsmuster bewegen sich nicht mehr vorrangig im für "Fachfremde" wenig transparenten Bereich juristischer Begrifflichkeit, sondern müssen Zweck-Mittel-Relationen darstellen und auf dieser Grundlage eine Entscheidung begründen. Damit bestehen aber Bezugspunkte zu Nachbarwissenschaften, wie der Ökonomie und den Politikwissenschaften, die sich auf der Grundlage des rational-choice-Paradigmas ebenfalls mit diesen Fragen befassen. Das Recht ist gezwungen, sich auf eine Argumentationsebene zu begeben, bei der andere Disziplinen die Definitionsgewalt des Rechts erfolgreich hinterfragen können. Umgekehrt gewendet, kann das Recht seine Entscheidungen nur dann überzeugend begründen, wenn sie auch vor dem Hintergrund dieser Rationalitätskonzepte zumindest plausibel erscheinen. Erkenntnisfortschritte in den Nachbardisziplinen steigern die Anforderungen an den Grad der Plausibilität und stellen das Recht vor neue Herausforderungen. Für das Recht besteht damit gleichzeitig die Chance, von den Erkenntnissen der Nachbardisziplinen zu profitieren. Das Recht kommt jedenfalls im Ergebnis nicht umhin, sich der Konkurrenz von Nachbardisziplinen zu stellen (Behrens 1988, 224).

Aus der Erweiterung des Steuerungsmodells ergibt sich zudem, daß das Recht nicht mehr einfach davon ausgehen kann, daß die Rechtsunterworfenen die Rechtsbefehle

---

<sup>135</sup> Siehe die Beiträge in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann 1996.

<sup>136</sup> Dies bedeutet freilich nicht, daß nicht auch institutionelle Arrangement responsiven Charakters die rechtsstaatlichen Rationalkriterien zu erfüllen hätten. Allerdings erweist sich ihre Prüfung als schwieriger, weil es oftmals an einer unmittelbaren Intervention fehlt. Hier bedarf es einer Fortentwicklung der juristischen Dogmatik. Will das Recht Reichweite und Schwere der indirekt wirkender hoheitlicher Intervention einordnen und alternativen Lösungsmöglichkeiten vergleichend gegenüberstellen, bedarf es allerdings - noch stärker als bei unmittelbarer Intervention - der Unterstützung durch die Verhaltenswissenschaften.

<sup>137</sup> Die von Nonet/Selznik hervorgehobene Gegenüberstellung von "rule" und "principle" entspricht der Begrifflichkeit von Alexy 1985, 71 ff.

"gehorsam" ausführen. Es muß sich auch aus diesem Grund auf das Erkenntnisprogramm der Verhaltenswissenschaften einlassen. Es muß fragen, welche Faktoren das Verhalten bestimmen und unter welchen Randbedingungen Veränderungen in Richtung auf das angestrebte Verhalten zu erwarten sind (Bizer/Führ 1999). Die damit verbundenen Erweiterungen bleiben für diejenigen, die sich professionell mit dem Recht befassen, nicht folgenlos. Sie sind gezwungen, sich auf Denkstrukturen und Denkstile der Nachbardisziplinen einzulassen; ein Vorgang, der nach der über lange Zeit zu beobachtenden Separierung des Rechts nicht ohne Friktionen zu bewältigen sein wird.

Zusammenfassend läßt sich damit festhalten: In dem Maße wie es nicht allein darauf ankommt, die Kriterien der formellen Rechtsstaatlichkeit zu erfüllen, sind im juristischen Entscheidungsprogramm kollidierende Prinzipienormen zu bewältigen. Damit gewinnen rationale Begründungsmuster zwangsläufig an Gewicht. Dies gilt für die Ebene des Verfassungsrechts ebenso wie für die des einfachen Rechts. Die Juristen können zur Begründung ihrer Entscheidungen nicht mehr auf begriffliche und systematische Strukturen verweisen, deren innerer Zusammenhang für Außenstehende schwer nachvollziehbar ist. Für die Rechtsanwendung reicht es noch weniger als bislang aus, "orakelhafte" Begründungsmuster bereitzustellen. Die Überzeugungs- und damit die Steuerungskraft des Rechts ist vielmehr in verstärktem Maße auf intersubjektiv nachvollziehbare rationale Herleitungen angewiesen.

## 6

### Ökonomische Analyse und juristische Abwägung

Faßt man die bisherigen Ergebnisse zusammen und fragt zugleich nach den weiteren Perspektiven einer Verbindung von ökonomischer Analyse und juristischer Abwägung, ist zunächst auf die Gemeinsamkeiten in den methodischen Grundlagen hinzuweisen. Ökonomie und Recht stützen sich auf gemeinsame Wurzeln im "liberalen" Denken der Aufklärung. Unterschiedliche Fragestellungen haben jedoch zu verschiedenen Entwicklungspfaden geführt. Ein gemeinsamer Kern bleibt gleichwohl wirksam. Er findet sich in dem fundamentalen Rationalitätsanspruch, der beide Disziplinen verbindet: Die Unterscheidung von Zweck und Mitteln und die zwischen beiden Größen vermittelnde instrumentelle Vernunft.

Das Recht hat dazu eigenständige "Rationalitäts-Tests" entwickelt, die sich dem ökonomischen Denken zu verweigern scheinen. Der Konflikt verschiedener Grundrechtssphären untereinander sowie zwischen Grundrechten und Belangen des Gemeinwohls läßt sich aber auch als "juristisches Knappheitsproblem" verstehen. Bei dessen Bewältigung kommt u.a. die im ökonomischen Prinzip verankerte rationale Zweck-Mittel-Relation in Gestalt des Übermaßverbotes zum Tragen. Wegen des Vorrangs der Legislative bei der Wahl und Festlegung der Ziele (bzw. des Grades der angestrebten Zielerreichung) kommt in der verfassungsgerichtlichen Prüfung allerdings nur die Minimal-Variante des ökonomischen Prinzips zum Einsatz.

Im Rechtsstaat, dessen Tragwerk auf den Fundamenten des Rationalitätspostulats und der Gerechtigkeitsidee ruht, ist Effizienz notwendige Bedingung für Lösungen, die den materiellen Anforderungen des Verfassungsrechts entsprechen. Zwischen Effizienzdenken und der Forderung, nach materiell gerechten Lösungen zu suchen, besteht daher keineswegs ein Gegensatz;<sup>138</sup> Effizienz<sup>139</sup> ist vielmehr integraler Bestandteil normativer Forderungen des Rechts, die immer dann sichtbar werden, wenn Zweck-Mittel-Relationen zu betrachten sind. Dies aber ist bei praktisch allen von der Rechtsordnung zu entscheidenden Konflikten der Fall, was die - oftmals, allerdings unter Aspekten der Gewaltenteilung und der Rechtssicherheit kritisierte - Allgegenwärtigkeit von Verhältnismäßigkeitserwägungen begründet. Bei der in diesem Zusammenhang zu bewältigenden Abwägungsfragen ist der Rückgriff auf materiell-

---

<sup>138</sup> So zutreffend Gawel 2000 (mit zahlreichen Nachweisen zur juristischen Rezeption des ökonomischen Prinzips). Die juristische Aussage, Effizienz sei kein Wert an sich (Häberle 1973, 631; ähnlich Britz 1997, 193), ist rein begrifflich betrachtet sogar zutreffend; sie übersieht jedoch, daß Effizienzbetrachtungen mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dann zum Tragen kommen, wenn es um die Abschiebung konfligierender, rechtlich geschützter Werte geht. Derartige Konflikte unter möglichst geringer "Wertvernichtung" zu bewältigen, ist aber dem Rechtssystem normativ aufgegeben; insoweit leistet die Effizienzbetrachtung einen wesentlichen Beitrag zu den normativen Aufgaben des Rechts. Die gegen Häberle gerichtete Feststellung von Wahl (1983, 162), der Abwesenheit von Effizienz, also dem Warten von Ineffizienz, komme kein Eigenwert zu, greift daher zu kurz; im Anwendungsbereich des Erforderlichkeitskriteriums läßt das Recht Ineffizienz nicht zu.

<sup>139</sup> Zu den verschiedenen Ansätzen, Effizienz als "Prinzip" in das Recht zu integrieren, siehe Kirchner 1997 (mit dem anschließenden Diskussionsbericht von Eidenmüller) sowie Eidenmüller 1998.

rationale Effizienzbetrachtungen notwendig, nicht aber hinreichend für die Lösung. Denn die Forderung an das Recht, die getroffenen Entscheidungen auch materiell rational zu begründen, stößt auf Grenzen. Diese Grenzen werden deutlich, wenn die Gemeinsamkeiten mit dem ökonomischen Prinzip genauer beleuchtet werden; sie sind allerdings nicht "der" Ökonomie anzulasten, sondern ergeben sich vielmehr aus allgemeinen gesellschaftlichen Restriktionen. Defizite in der Erkenntnis- und Prognosefähigkeit sowie Wertungsprobleme sind auch dem Rechtssystem immanent. Insofern ist auch der Rationalitätstest, wie er von den Gerichten vorgenommen wird, in gleicher Weise begrenzt. Fragen der Gerechtigkeit lassen sich eben nicht bis ganz zum Schluß rational "durchdeklinieren". Die unvermeidlichen Wertungselemente verlangen vielmehr nach ergänzender prozeduraler Rationalität. Im System der Gewaltenteilung ist diese Form der Rationalität in erster Linie bei der Legislative verankert. Der Gesetzgeber ist für deren Anwendung gegenüber den anderen Staatsgewalten in besonderer Weise demokratisch legitimiert und an besondere Verfahrensanforderungen gebunden. Dies - sowie die unverzichtbare Funktion gesellschaftlicher Integration - verbietet es, in der prozeduralen Rationalität eine "Freibank-Rationalität" geringerer Art und Güte zu sehen.

Die dabei zu beobachtenden Vorgänge könnten selbstverständlich ebenfalls zur Gegenstand der ökonomischen Analyse werden. Die Unterscheidung zwischen materieller und prozeduraler Rationalität findet sich auch in den Wirtschaftswissenschaften (siehe etwa Simon 1979: "From substantive to procedural rationality"). Damit werden die begrenzten Erkenntnismöglichkeiten und die internen Restriktionen des Entscheidungssubjekts thematisiert ("bounded rationality", Simon 1982; dazu Lübbe 1999, 17 ff.). Prozedurale Aspekte erscheinen auch in der Ökonomie als "eine eigenständige Kategorie jenseits einer streng konsequentialistischen Ergebnisrationalität" (Gawel 1999b, 257 f.) Gawel weist jedoch zugleich darauf hinweist, die prozedurale Kategorie komme "in wirtschaftswissenschaftlichen Beiträgen allenfalls am Rande vor", hingegen erscheine das "ökonomische Vertrauen in materielle Ergebnisrationalität" ungebrochen (a.a.O., Fn. 30).

Auch wenn die Ökonomie damit grundsätzlich in der Lage ist, die prozedurale Rationalität in die Betrachtung einzubeziehen, ändert dies nichts daran, daß sich hier zwei Rationalitätsperspektiven überlagern und eine "eineindeutige" Auflösung weder nach dem einen noch nach dem anderen Blickwinkel hin möglich ist; ein Ergebnis, welches sich auch in der ökonomischen Analyse widerspiegeln muß. Tritt dies zu Tage, liegt darin keine Schwäche der Ökonomie, sondern die Ursache liegt im dem Zwei-Ebenen-Konzept materieller und prozeduraler Rationalität begründet. Problematisch - in juristischer wie in ökonomischer Hinsicht - ist es aber, wenn aus dem Blickwinkel einer der beiden Ebenen versucht wird, die alleinige Definitionsgewalt zu erlangen.

Auch von Vertretern der Ökonomie wird selbstkritisch angemerkt, daß ein zu stark ausgeweiteter Geltungsanspruch des ökonomischen Prinzips die "Gefahr der fundamentalen Kategorienverzerrung" berge, da man dabei das Kriterium der

ökonomischen Effizienz auch solchen Sachverhalten aufdränge, "in denen dieses Kriterium massiv mit deutlich übergeordneten Kriterien (also mit Werten) kollidiert, die der Kategorie der Ethik näher stehen" (Wagner 1997, 24). Wagner fährt fort (a.a.O.): "Ohne Rückbesinnung auf die erforderlichen Grenzen und damit ohne Selbstbeschränkung des beanspruchten Kompetenzfeldes dürfte sich die Disziplin Wirtschaftswissenschaft mithin auf diesem Wege in eine Dominanzpositionen hinein lancieren, aus welcher heraus rein ökonomische Zielgrößen zu übergeordneten, d.h. gesellschaftlichen Wertgrößen stilisiert würden."

Die von Wagner zu Recht geforderte Rückbesinnung auf die methodischen Grenzen kann aber auf der begrifflichen Ebene schon dann verletzt sein, wenn man meint, im ökonomischen Prinzip einen "Theorie- bzw. Rechenalgorithmus" und damit einen "Entscheidungs- und Abwägungsalgorithmus" sehen zu können (Gawel 2000, passim). Denn diese Begrifflichkeit legt es nahe, die Tragweite der darin verankerten materiellen Rationalkriterien zu überspannen und den Eindruck zu erwecken, die notwendigen Entscheidungen ließen sich allein auf dieser Grundlage gewissermaßen "mechanisch" herleiten. Auf die Schwierigkeiten, unterschiedliche Nutzenfunktionen auf einen gemeinsamen überindividuellen Nenner zu bringen, weist Gawel selbst hin. Damit ist aber in hohem Maße fraglich, inwieweit es angemessen ist, von einem Algorithmus, also von einem "methodischen Rechenverfahren" zu sprechen. Denn damit besteht die Gefahr, einer mathematisierter Scheingenauigkeit das Wort zu reden<sup>140</sup> und die Ermittlungs- und Prognoseunsicherheiten zu überspielen, anstatt sie offen zu legen. Eine derartige Begrifflichkeit ist damit geeignet, die notwendigen, die Perspektive materieller Rationalität übersteigenden und nur prozedural zu bewältigenden Abwägungsschritte zu verdecken. Zutreffender dürfte es daher sein, im Effizienzpostulat lediglich "eine elaborierte formale Methode der Abwägung und des Interessenausgleichs", so zutreffend Gawel (2000, Abschnitt C.); der hinzufügt: "wie dies jeweils inhaltlich gefüllt wird, ist zugleich aber eine empfindliche rechts- und wirtschaftspolitische Entscheidung." Wenn diese "empfindliche" Entscheidung aber noch offen ist, sollte man nicht von einem Algorithmus sprechen.

Mit diesen Einschränkungen sollen aber die mit der Anwendung des ökonomischen Prinzips zu erzielenden Rationalitätsgewinne nicht geleugnet, sondern lediglich angemessen eingeordnet werden. Der Versuch, einen gemeinsamen Nenner zu definieren - in der Regel durch der Monetarisierung der Nutzenfunktion - ist mit großen methodischen Schwierigkeiten behaftet.<sup>141</sup> Sie bergen zudem die Gefahr, eine Genauigkeit in der Gegenüberstellung und Abwägung vorzuspiegeln, die durch die

---

<sup>140</sup> Etwa nach dem Motto: man gebe "vorne" einen Datenberg ein und "hinten" kommt das eindeutig berechnete Ergebnis heraus.

<sup>141</sup> Siehe dazu auch Enquête-Kommission 1994, 515 f. unter Verweis auf Pfaffenberger/Ströbele 1994 sowie oben in Fn. **Fehler! Nur Hauptdokument.**



methodischen Grundlagen der Monetarisierung nicht gedeckt sind.<sup>142</sup> Dies spricht nicht dagegen, mit Hilfe der ökonomischen Analyse die tatsächliche Datengrundlage aufzuarbeiten und möglicherweise auch den Versuch einer monetären Quantifizierung zu unternehmen; allerdings gilt es dann, die Unsicherheiten in der Datengrundlage und Prognose, aber auch die impliziten Wertungen offen darzulegen.<sup>143</sup>

Verzichtet man dagegen auf eine Monetarisierung und stellt die verschiedenen Größen lediglich qualitativ gegenüber, dann unterscheidet sich dieses Vorgehen vom Grundansatz her nur wenig von demjenigen der Juristen: Es geht darum, die Vorzüge und Nachteile, die mit einer konkreten Entscheidung verbunden sind, auf die jeweilige Waagschale legen.<sup>144</sup> Eine besondere Qualität könnte allenfalls darin gesehen werden, daß es Ökonomen sind, die statt der Justitia die Waage in den Händen halten. Denn die Methodik unterscheidet sich nicht: Übereinstimmend geht es um eine verbalargumentative Bewältigung und nachvollziehbare Vermittlung von Abwägungsvorgängen. Daß die Juristen hier noch einiges dazulernen können, steht ebenso außer Zweifel, wie die Tatsache, daß in den Wirtschaftswissenschaften entsprechende Methoden seit langem etabliert und erprobt sind. Die Ökonomen nehmen für sich in Anspruch, ihre Denkrichtung sei von vornherein darauf gerichtet, beide Seiten einer Angelegenheit zu berücksichtigen: Schon in den Grundlagen der Mikroökonomie werde der Ökonom darauf trainiert, "die Aktiva mit den Passiva und den Aufwand mit dem Ertrag zu vergleichen; jeweils zwischen zwei Vorteilen oder zwei Übeln abzuwägen; angesichts einer Maßnahme oder eines Plans nach den Kosten zu fragen; generell davon überzeugt zu sein, daß man nichts umsonst erhalten kann; und auch zu fragen, wem eine Handlung, eine Entwicklung, eine Wertung nützt und wem sie schadet. Kurz: Auch der Wirtschaftswissenschaftler löst Abwägungsprobleme" (Stobbe 1991, 9).

Die Entscheidungsfragen von Recht und Ökonomie berühren sich damit: Rechtliche Normierungen sind stets nur zu haben um den Preis von Opportunitätskosten, d.h. verlorenen Realisierungschancen der jeweils für rechtlich unzulässig erklärten Optionen. Immer dort, wo es im Recht in diesem Sinne um Gestaltungsentscheidungen - und nicht lediglich um Vollzug vorgegebener Regeln geht - stellen sich Abwägungsfragen, die in ihrer Grundstruktur so angelegt sind, daß die Vernunftanforderungen des Rechts

---

<sup>142</sup> Die daraus resultierende Scheinrationalität wird besonders problematisch dann, wenn auf dieser Grundlage nicht lediglich realwissenschaftliche Prognosen unterbreitet, sondern normative Aussagen abgeleitet werden (siehe dazu Abschnitt **Fehler! Nur Hauptdokument**).

<sup>143</sup> Endres/Holm-Müller 1997, 25 f.; ähnlich Hampicke 1992, 134 f. und Bizer 1999. Diese Forderung gilt selbstverständlich für jede Form der wissenschaftlichen Politikberatung. Wird sie konsequent beachtet, zeigen sich rasch die Grenzen materiell-rationaler Problembewältigung.

<sup>144</sup> Das Bild der Waage zieht Gawel (2000, Abschnitt D.) heran, um den "Algorithmus" des ökonomischen Prinzips zu verdeutlichen; er nähert sich damit bereits auf der allegorischen Ebene der klassischen Funktion des Rechts.

in gleicher Weise zur Anwendung gelangen können wie die der Ökonomie.<sup>145</sup> Die ökonomische Analyse kann hier dazu beitragen, die materiellen Rationalitätskriterien in ihren sachlichen Grundlagen genauer auszuleuchten und die verbleibenden Wertungsfragen präziser zu formulieren. Damit besteht die Chance, die Rationalität rechtlicher Entscheidungen deutlich zu erhöhen; eine Chance, deren Nutzung dem Recht kraft seiner Rationalitätsorientierung aufgegeben ist. Ein Gegensatz zwischen ökonomischen Prinzip und rechtlicher Rationalität besteht damit nicht. Im Gegenteil: Zu konstatieren sind nicht allein ausreichend tragfähige Fundamente für ein interdisziplinäres Verbindungsbauwerk, auch die architektonischen Konturen und die gemeinsamen methodischen Wegstrecken zeichnen sich ab.

---

<sup>145</sup> Die interdisziplinäre Kooperation verspricht daher bei Gestaltungsfragen besonders ertragreich zu sein (so auch Morlok 1998, 26 f.). Siehe dazu auch den Ansatz der juristisch-ökonomischen Institutionenanalyse bei Bizer/Führ 1999.

## Literatur

- Arnim, Hans Herbert von 1988: Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, Berlin (Duncker)
- Behrens, Peter 1986: Die ökonomischen Grundlagen des Rechts, Tübingen (Mohr)
- Behrens, Peter 1988: Über das Verhältnis der Rechtswissenschaft zur Nationalökonomie, Jahrbuch zur Neuen Politischen Ökonomie 7, 209 - 228.
- Bogdandy, Armin von/Nettesheim, Martin 1995: Kommentierung zur Art. 3b EGV, in: Grabitz/Hilf 1995
- Bizer, Kilian 1998: Individuelles Verhalten, Institutionen und responsives Recht, Sofia-Diskussionsbeiträge zur Institutionenanalyse 98-3, Darmstadt
- Bizer, Kilian 1999: Die Ökonomik der Verhältnismäßigkeitsprüfung (Sofia-Diskussionsbeiträge zur Institutionenanalyse, Nr. 99-1), Darmstadt
- Bizer, Kilian/Führ, Martin 1999: Responsive Regulierung und institutionelle Analyse - zur Balance intrinsischer Motive und exogener Anreize, Vortrag vor der Max-Planck-Forschungsgruppe "Recht der Gemeinschaftsgüter" am 29.10.1998 in Bonn, unveröffentlichtes Manuskript.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang 1989: Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz, München (Carl Friedrich von Siemens Stiftung)
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang 1990: Grundrechte als Grundsatznormen, Der Staat 29, 1 - 31.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang 1999: Verfassungsgerichtsbarkeit: Strukturfragen, Organisation, Legimation, NJW 52, 9 - 17
- Britz, Gabriele 1997: Umweltrecht im Spannungsverhältnis von ökonomischer Effizienz und Verfassungsrecht, Die Verwaltung 30, 185 - 209.
- Brugger, Winfried 1987: Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in der Vereinigten Staaten von Amerika, Tübingen (Mohr)
- Bryde, Brun-Otto 1993: Die Effektivität von Recht als Rechtproblem, Vortrag vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 17.3.1993, Berlin (de Gruyter)
- Czempel, Ernst-Otto 1999: Und bist du nicht willig, FAZ Nr. 113 vom 18.5.1999, 10
- Denninger, Erhard 1985: Verfassungsrechtliche Schlüsselbegriffe, in: Broda, Christian/Deutsch, Erwin/Schreiber, Hans-Ludwig/Vogel, Hans-Jochen: Festschrift für Rudolf Wassermann zum sechzigsten Geburtstag, Neuwied (Luchterhand), 279 - 298.
- Denninger, Erhard 1988: Der Präventionsstaat, KJ 21, 11 -15
- Denninger, Erhard 1990: Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Normsetzung im Umwelt- und Technikrecht, Baden-Baden
- Denninger, Erhard 1993: Halb und Halb?, in: Albrecht, Peter-Alexis et. al. (Hrsg.), Das Urteil zu § 218 StGB in Wortlaut und Kommentar, KritV 76 - Sonderheft 1, 128 - 142
- Di Fabio, Udo 1997: Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56, 235 - 282.
- Dreier, Horst 1993: Dimensionen der Grundrechte (Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft - Heft 23), Hannover (Hennies und Zinkeisen)
- Dreier, Horst (Hrsg.) 1996: Grundgesetz Kommentar, Tübingen (Mohr)
- Dreitzel, Hans Peter 1965: Rationales Handeln und politische Orientierung - Zur Soziologie des politischen Verhaltens in der wissenschaftlichen Zivilisation, Soziale Welt 16, 1 - 26
- Dworkin, Ronald 1984: Bürgerrechte ernstgenommen, Frankfurt am Main (Suhrkamp)
- Eichenberger, Kurt 1980: Freiheit als Verfassungsprinzip: Der Staat des Maßes, in: Verfassungsrat und Regierungsrat des Kantons Aargau (Hrsg.) 1980: Der Staat der Gegenwart - Ausgewählte Schriften von Kurt Eichberger, Basel (Helbig & Lichtenhahn), 165 - 177
- Eidenmüller, H. 1998: Effizienz als Rechtsprinzip, Tübingen (Mohr)
- Endres, A./Holm-Müller, K. 1997: Die Bewertung von Umweltschäden - Theorie und Praxis sozioökonomischer Verfahren, Stuttgart
- Engel, Christoph 1998: Nebenwirkungen wirtschaftsrechtlicher Instrumente, in: Engel/Morlok 1998, 173 - 206

- Engel, Christoph/Morlok, Martin 1998: Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung, Tübingen (Mohr)
- Enquête-Kommission 1994: Enquête-Kommission des Deutschen Bundestages "Schutz des Menschen und der Umwelt" (Hrsg.), Die Industriegesellschaft gestalten - Perspektiven für einen nachhaltigen Umgang mit Stoff- und Materialströmen, Bonn 1994 (= BT-Drs. 12/8260)
- Ewringmann, Dieter 1999: Ökonomisch rationale Umweltpolitik - rechtswidrig?, in Gawel/Lübbe-Wolff 1999, 387 - 409
- Fleck, Ludwig 1980: Entstehung und Entwicklung einer wissenschaftlichen Tatsache (Hrsg.: Schäfer, Lothar/Schnelle, Thomas), Frankfurt am Main (Suhrkamp)
- Führ, Martin 1994: Wie souverän ist der Souverän? - Technische Normen in demokratischer Gesellschaft, Frankfurt (VSA)
- Führ, Martin 1998a: Ökologische Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension - Vom Grundrechtsindividualismus zur Verantwortungsgemeinschaft zwischen Bürger und Staat?, Natur und Recht (NuR) 7, 6 - 14
- Führ, Martin 1998b: Das Gebot gegenseitiger Rücksichtnahme - Renaissance eines Rechtsprinzips?, Sofia-Diskussionsbeiträge zur Institutionenanalyse 98-1
- Führ, Martin 1998c: Widerspruchsfreies Recht im uniformen Bundesstaat? - Zum Sonderabfallabgaben-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, KJ 31, 503 - 517.
- Führ, Martin 1999: Rationale Gesetzgebung - Systematisierung verfassungsrechtlicher Anforderungen, in: Gawel/Lübbe-Wolff 1999, 193 - 226 (als preprint erschienen in der Reihe sofia-Diskussionsbeiträge zur Institutionenanalyse, Nr. 98-1, Darmstadt)
- Gawel, Erik 1999a: Steigerung der Kosteneffizienz im Umweltordnungsrecht - Instrumentelle Alternativen, Erfolgsaussichten und Grenzen, Die Verwaltung 32, 179 - 215.
- Gawel, Erik 1999b: Umweltordnungsrecht - ökonomisch irrational? Die ökonomische Sicht, in: Gawel/Lübbe-Wolff 1999, 237 - 322
- Gawel, Erik 2000: Ökonomische Effizienzforderung und ihre juristische Rezeption, in: ders. (Hrsg.): Effizienz im Umweltrecht - Grundsatzfragen wirtschaftlicher Umweltnutzung aus rechts-, wirtschafts- und sozialwissenschaftlicher Sicht, Baden-Baden (i.V.)
- Gawel, Erik/Lübbe-Wolff, Gertrude 1999: Rationale Umweltpolitik - Rationales Umweltrecht. Konzepte, Kriterien und Grenzen rationaler Steuerung im Umweltschutz, Baden-Baden (Nomos)
- Grabitz, Eberhard 1973: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 98, 568 - 616
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard 1995: Kommentar zur Europäischen Union, München (Beck)
- Grimm, Dieter (Hrsg.) 1973: Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften, Frankfurt (Athenäum)
- Grimm, Dieter (Hrsg.) 1990: Wachsende Staatsaufgaben - sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Baden-Baden (Nomos)
- Grimm, Dieter 1990a: Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats, in: Grimm 1990, 291 - 307
- Gröschner, Rolf 1998: Homo oeconomicus und Grundgesetz, in Engel/Morlok 1998, 31 - 48
- Habermas, Jürgen 1981: Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. 1: Handlungsrationality und gesellschaftliche Rationalisierung, Suhrkamp (Frankfurt)
- Häberle, Peter 1973: Effizienz und Verfassung, in: AöR (Archiv des öffentlichen Rechts) 98, 625 - 635.
- Häberle, Peter 1983: Die Gemeinwohlproblematik in rechtswissenschaftlicher Sicht, Rechtstheorie 14, 257 - 284
- Hampicke, Ulrich 1992: Ökologische Ökonomie - Individuum und Natur in der Neoklassik, Opladen (Westdeutscher Verlag)
- Hegel [1821] 1996: Grundlinien der Philosophie des Rechts, auf der Grundlage der Werke von 1832 - 1845 neu edierte Ausgabe, Moldenhauer, Eva und Michel, Karl Markus (Red.), Frankfurt (Suhrkamp)
- Heun, Werner 1992: Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit, Baden-Baden
- Heun, Werner 1996: Kommentierung zur Art. 3, in: Dreier 1996

- Hermes, Georg 1990: Grundrechtsschutz durch Privatrecht auf neuer Grundlage, NJW 43, 1764-1768.
- Hesse, Konrad 1994: Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzpflichten des Gesetzgebers, in: Däubler-Gmelin, H./Kinkel, K./Meyer, H./Simon, H. (Hrsg.) Festschrift für Ernst Gottfried Mahrenholz, Baden-Baden, 541 - 559
- Hesse, Konrad 1995: Grundzüge des Verfassungsrechts, Heidelberg (Müller).
- Hirschberg, Lothar 1981: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Göttingen (Schwartz)
- Hodgson, Geoffrey M. 1998: The Approach of Institutional Economics, in: Journal of Economic Literature, Vol. 36 (March 1998), 166 - 192
- Hofmann, Hasso 1998: Die klassische Lehre vom Herrschaftsvertrag und der "Neo-Kontraktualismus", in: Engel/Morlok 1998, 257 - 277
- Hoffmann-Riem, Wolfgang 1998: Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht - Einleitende Problemskizze, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann 1998, 12 - 57.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.) 1996: Reform des Verwaltungsrechts - Öffentliches Recht und Privatrechte: Ihre Funktion als wechselseitige Auffangordnungen, Baden-Baden (Nomos)
- Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard 1998: Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, Baden-Baden (Nomos)
- Hohmann, Karl 1998: Moderne Vertragstheorie, in: Engel/Morlok 1998, 279 - 285
- Homans, G.C. 1961: Social Behaviour: Its Elementary Forms, London [deutsche Übersetzung: Elementarformen sozialen Verhaltens, Köln 1974]
- 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
- Isensee, Josef 1996: Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat, in: HStR Band III, ¾ 57
- Jakobs, Michael Ch. 1985: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1985, Köln (Heymanns)
- Jarass, Hans D. 1995: Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik, AöR 120, 345 - 381
- Kirchhof, Paul 1992: Der allgemeine Gleichheitssatz, HStR, Band V, § 124
- Kirchgässner, Gebhard 1998: Es gibt keinen Gegensatz zwischen dem Menschenbild des Grundgesetzes und dem homo oeconomicus!, in: Engel/Morlok 1998, 49 - 60
- Kirchgässner, Gebhard/Pommerehne, Werner W. 1988: Das ökonomische Modell individuellen Verhaltens: Implikationen für die Beurteilung staatlichen Verhaltens, KritV 71, 230 - 250
- Kirchner, Christian 1996: Regulierung durch öffentliches Recht und/oder Privatrecht aus der Sicht der ökonomischen Theorie des Rechts, in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann 1996.
- Kirchner, Christian 1997: Effizienz als Rechtsprinzip?, in: Schäfer/Ott 1997, 44 - 48
- Kirchner, Christian 1998: Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung - die Begegnung der deutschen Staatsrechtslehre mit der Konstitutionellen Politischen Ökonomie - Konferenzergebnisse, in: Engel/Morlok 1998, 315 - 326
- Kirsch, Guy 1998: Diskussionsbeitrag auf der Tagung "Symbolische Umweltpolitik" am 22./23.10.1998 im Zentrum für interdisziplinäre Forschung der Universität Bielefeld
- Kloepfer, Michael 1980: Gleichheit als Verfassungsfrage, Berlin (Duncker)
- Köck, Wolfgang 1996: Umweltökonomie, Umweltpolitik und Umweltrecht, in: Roßnagel/Neuser 1996, 141 - 167
- Korioth, Stefan 1997: Der Finanzausgleich zwischen Bund und Ländern, Tübingen (Mohr)
- Krüger, Herbert 1966: Allgemeine Staatslehre, Stuttgart (Kohlhammer)
- Kübler, Friedrich 1990: Effizienz als Rechtsprinzip, in: Baur, Jürgen F./Hopt, Klaus J./Mailänder, K. Peter (Hrsg.): Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag, Berlin (de Gruyter) 687 - 704
- Lange, Klaus 1991: Staatliche Steuerung durch offene Zielvorgabe im Lichte der Verfassung, Verwaltungsarchiv 82, 1 - 24.
- Leisner, Walter 1971: Effizienz als Rechtsprinzip, Tübingen (Mohr)

- Lepsius, Oliver 1999: Die Ökonomik als neue Referenzwissenschaft für die Staatsrechtslehre?, Die Verwaltung 32, 429 - 444
- Lerche, Peter 1961: Übermaß und Verfassungsrecht, Köln (Heymanns)
- Lerche, Peter 1992: Grundrechtsschranken, HStR, Band V, § 122.
- Lewin, Shira B. 1996: Economics and Psychology: Lessons For Our Own Day From the Early Twentieth Century, Journal of Economic Literature, Vol. 34, 1293 - 1323
- Lübbe, Weyma 1999: Eine ratio - viele Rationalitäten?, in: Gawel/Lübbe-Wolff 1999, 13 - 28
- Lübbe-Wolff, Gertrude 1991: Verfassungsrechtliche Fragen der Normsetzung und Normkonkretisierung im Umweltrecht, ZG 6, 219 - 248
- Manstetten, Reiner 2000: Das Menschenbild der Ökonomie. Der homo economicus und die Anthropologie von Adam Smith, Freiburg/München.
- Mampel, Dietmar 1999: Zum Anspruch Dritter auf bauaufsichtliches Einschreiten, DVBl. 114, 1403 - 1413
- Mayntz, Renate 1996: Politische Steuerung - Aufstieg, Niedergang und Transformation einer Theorie, in: Beyme, Klaus von/Offe, Claus (Hrsg.) 1996: Politische Theorien in der Ära der Transformation, Opladen (Westdeutscher Verlag), 148 - 168
- Morlok, Martin 1998: Vom Reiz und vom Nutzen, von den Schwierigkeiten und den Gefahren der Ökonomischen Theorie für das Öffentliche Recht, in: Engel/Morlok 1998, 1 - 29.
- Morlok, Martin 1993: Selbstverständnis als Rechtskriterium, Tübingen (Mohr)
- Nonet, Phillippe/Selznick, Philip 1978: Law and Society in Transition - Towards Responsive Law, New York (Harper & Row)
- Oeter, Stefan 1998: Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaat, Tübingen (Mohr)
- Ossenbühl, Fritz 1976: Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. 1, 458 - 518
- Osterloh, Lerke 1996: Kommentierung zu Art. 3, in: Sachs 1996
- Pache, Eckhard 1999: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung der Gerichte der Europäischen Gemeinschaften, NVwZ 1999, 1033 - 1040
- Peine, Franz-Josef 1984: Systemgerechtigkeit, Baden-Baden (Nomos)
- Petersen, Thomas 1992: Subjektivität und Politik, Frankfurt am Main (Hain)
- Petersen, Thomas 1996a: Individuelle Freiheit und allgemeiner Wille, Tübingen (Mohr)
- Petersen, Thomas 1996b: Ökonomische Theorie der Verfassung, Der Staat 35, 411 - 427
- Pfaffenberger, Wolfgang/Ströbele, Wolfgang 1994: Bewertungskriterien für soziale Folgewirkungen stoffwirtschaftlicher Innovationen - Ökobilanzen und Schattenpreise ökologischer Ressourcen in der ökonomischen Theorie, in: Enquête-Kommission des Deutschen Bundestages "Schutz des Menschen und der Umwelt" (Hrsg.): Umweltverträgliches Stoffstrommanagement - Konzepte, Instrumente, Bewertung, Band 3, Bonn
- Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard 1998: Grundrechte - Staatsrecht II, Heidelberg (Müller)
- Podlech, Adalbert 1971: Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, Berlin (Duncker)
- Popper, K. R. 1987: Das Elend des Historizismus, Tübingen [Original 1957: The Poverty of Historicism]
- Raisch, Peter/Schmidt, Karsten 1973: Rechtswissenschaft und Wirtschaftswissenschaften, in: Grimm 1973, 143 - 167
- Roßnagel, Alexander 1996: Europäische Techniknormen im Lichte des Gemeinschaftsvertragsrecht, DVBl. 111, 1181 ff.
- Roßnagel, Alexander/Neuser, Uwe (Hrsg.) 1996: Reformperspektiven im Umweltrecht, Baden-Baden (Nomos)
- Rüfner, Wolfgang 1992: Kommentierung zu Art. 3 GG, in: Dolzer, Rudolf/Vogel, Klaus (Hrsg.) 1999, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Heidelberg (Müller)
- Ruppert, Stefan 1999: Endstation Einheitsstaat?, Rechtshistorisches Journal 18, 50 - 60
- Sachs, Michael 1996: Grundgesetz, München (Beck)

- Schäfer, Hans-Bernd/Ott, Claus (Hrsg.) 1997: Effiziente Verhaltenssteuerung und Kooperation im Zivilrecht - Beiträge zum V. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts, Tübingen (Mohr).
- Schneider, Hans 1976: Zur Verhältnismäßigkeitskontrolle, insbesondere bei Gesetzen, in: Starck, Christian (Hrsg.): Festgabe zum 25jährigen Bestehen des Bundesverfassungsgerichts, Bd. II, 390 - 404
- Schmidt-Aßmann, Eberhard 1998: Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht - Perspektiven der verwaltungsrechtlichen Systembildung, in Hoffman-Riem/Schmidt-Aßmann 1998, 245 - 269.
- Schmidt-Preuß, Matthias 1992: Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, Berlin (Duncker)
- Schmidt-Preuß, Mathias 1997: Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56, 160 - 227.
- Schultze-Fielitz, Helmuth 1990: Staatsaufgabenentwicklung und Verfassung, in: Grimm 1990, 11 - 48
- Schultze-Filitz, Helmuth 1999: Grundsatzkontroversen in der deutschen Staatsrechtslehre nach 50 Jahren Grundgesetz, Die Verwaltung 32, 241 - 282
- Schwemmer, Oswald 1980: Stichwort "Gerechtigkeit", in: Mittelstraß, Jürgen 1980: Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie, Mannheim (Bibliographisches Institut), 745 - 748
- Sen, Amartya 1977: Rational Fools - a critique of the behavioural foundations of economic theory, Philosophy and Public Affairs 6, 317 - 344.
- Sen, Amartya 1987: On Ethics and Economics, Oxford/New York (Blackwell)
- Simon, Herbert A. 1979: From substantive to procedural rationality, in Hahn, F./Hollis, M. (Hrsg.) Philosophy and Economic Theory, 65 - 87
- Simon, Herbert A. 1982: Models of Bounded Rationality, Cambridge/Mass.
- Staff, Ilse 1999: Kompetenzerweiterung des Bundesverfassungsgerichts durch Böckenförde, KJ 32, 103 - 104
- Stern, Klaus 1980: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band II, München (Beck)
- Stern, Klaus 1988: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1 - Allgemeine Lehren der Grundrechte, München (Beck)
- Stern, Klaus 1994: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2 - Allgemeine Lehren der Grundrechte, München (Beck)
- Stewart, Richard B. 1975: The Reformation of American Administrative Law, Harvard Law Review 88, 1669 - 1813
- Stobbe, Alfred 1991: Mikroökonomik, Berlin (Springer)
- Streb, Jochen 1994: Die Verteilungsnormen des homo oeconomicus, Diskussionsschriften Nr. 207 der wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Heidelberg, Heidelberg (Selbstverlag)
- Verein Deutscher Ingenieure (VDI) 1997: Technikbewertung - Begriffe und Grundlagen (VDI-Report 15), Düsseldorf (VDI)
- Wagner, Gerd R. 1997: Betriebswirtschaftliche Umweltökonomie, Stuttgart (Lucius)
- Wahl, Rainer 1983: Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, in: VVDStRL (Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer) 41, 151-192.
- Wieacker, Franz 1979: Geschichtliche Wurzeln des Prinzip der verhältnismäßigen Rechtswendung, in: Festschrift für Robert Fischer, Berlin (de Gruyter), 867 - 881
- Wieland, Joachim 1996: Kommentierung zu Art. 14, in: Dreier 1996
- Wittig, Peter 1968: Zum Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im System des Grundgesetzes, DÖV 21, 817 - 825
- Zacher, Hans F. 1968: Soziale Gleichheit. Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht zu Gleichheitssatz und Sozialstaatsprinzip, AöR 93, 341 - 383 ; 382:

## Abkürzungen

a.a.O.	am angeführten Ort	RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Abs.	Absatz	Rn.	Randnummer
AcP	Archiv für civilistische Praxis	S.	Seite
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts	s.	siehe
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie	Sp.	Spalte
Art.	Artikel	StVO	Straßenverkehrsordnung
BauGB	Baugesetzbuch	u.a.	unter anderem
BauNVO	Baunutzungsverordnung	UPR	Umwelt- und Planungsrecht
BauR	Baurecht - Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht	v.	vom
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter	VerwArch	Verwaltungsarchiv
BBauG	Bundesbaugesetz	VG	Verwaltungsgericht
BBergG	Bundesberggesetz	VGH	Verwaltungsgerichtshof
Begr.	Begründer	vgl.	vergleiche
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch	Vgl.	Vergleiche
BGH	Bundesgerichtshof	VVDStRL	Verhandlungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache	ZfBR	Zeitschrift für Baurecht
BVerfG	Bundesverfassungsgericht		
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht		
DÖV	Die öffentliche Verwaltung		
DRIZ	Deutsche Richterzeitung		
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt		
E	Amtliche Entscheidungssammlung (des jeweiligen Gerichts)		
Einl.	Einleitung		
EuGRZ	Europäische Grundrechtszeitschrift		
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht		
f.	folgende Seite		
ff.	fortfolgende Seiten		
Fn.	Fußnote		
FS	Festschrift		
GG	Grundgesetz		
ggf.	gegebenenfalls		
Herv.i.O.	Hervorhebung im Original		
HGB	Handesgesetzbuch		
HStR	Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.) 1987 - 1997: Handbuch des Staatsrechts, Bände 1 - 9, Heidelberg (Müller)		
JA	Juristische Ausbildung		
JuS	Juristische Schulung		
JZ	Juristenzeitung		
KJ	Kritische Justiz		
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft		
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen		
Ms.	Manuskript		
NJW	Neue Juristische Wochenschrift		
Nr.	Nummer		
NuR	Natur und Recht		
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht		
OVG	Oberverwaltungsgericht		
RG	Reichsgericht		



### **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]. Die aktuellen Diskussionsbeiträge können von der Internetseite von Sofia auch als pdf-Dateien heruntergeladen werden.*

#### **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.

#### **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: Venture Capital, 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.