

Engel, Christoph

Working Paper

Das legitime Ziel als Element des Übermaßverbots: Gemeinwohl als Frage der Verfassungsdogmatik

Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter, No. 2002/6

Provided in Cooperation with:

Max Planck Institute for Research on Collective Goods

Suggested Citation: Engel, Christoph (2002) : Das legitime Ziel als Element des Übermaßverbots: Gemeinwohl als Frage der Verfassungsdogmatik, Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter, No. 2002/6, Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter, Bonn

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/85133>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.



Gemeinschaftsgüter: Recht, Politik und Ökonomie

Preprints
aus der Max-Planck-Projektgruppe
Recht der Gemeinschaftsgüter
Bonn
2002/6

**Das legitime Ziel als Element des Übermaßverbots
Gemeinwohl als Frage der Verfassungsdogmatik**

von
Christoph Engel

Inhalt

I.	Fragestellung	3
1.	Anlass	3
2.	Anwendungsbereich des Übermaßverbots	4
3.	Benannte und unbenannte Schranken	5
4.	Vorgehen	6
II.	Binnenstruktur des juristischen Diskurses über legitime Zwecke	7
1.	Zielhierarchien	7
2.	Immunisierende Definition des Zwecks	8
3.	Nebenbedingungen	11
a)	Einführung	11
b)	Steuerungsqualität	13
c)	Steuerungskosten	15
d)	Rücksicht auf Präferenzen für Institutionen	16
e)	Zeitliche Einbettung	17
f)	Einbettung in das Umfeld sozialer Probleme	17
g)	Verteilungseffekte	19
h)	Freiheitskosten	22
i)	Folgen für Rechtsstaat und Demokratie	24
j)	Rücksicht auf die politische Wirklichkeit?	24
4.	Regelungsfolgeprobleme	26
5.	Regulierung zur Erleichterung von Regulierung	27
6.	Zweckbündel	28
III.	Zwecke	30
1.	Einführung	30
2.	Konkurrierende Individualinteressen	34
3.	Paternalismus	36
4.	Kollektive nicht-staatliche Interessen	37
5.	Konfliktvermeidung und Konfliktbewältigung	38
6.	Eigeninteressen des Staats als Institution	38
IV.	Soziale Probleme	39
1.	Subsumtion	39
2.	Definition des sozialen Problems	41
3.	Wahrgenommene versus „wirkliche“ soziale Probleme	42

4.	Typisierung	44
V.	Kompetenzen	45
1.	Zweckwahl	45
2.	Aufklärung des Sachverhalts	46
3.	Problemdefinition	47
4.	Explizite Aussagen des Gesetzgebers	48
5.	Relevanter Zeitpunkt	51
VI.	Die subsidiäre politische Rolle des Bundesverfassungsgerichts	51
	Literatur	54

Modells erreichbar. Jedes Modell beginnt mit Aussagen über die Modellannahmen. Die Wirklichkeit wird also standardisiert. Dieses Vorgehen ist nicht etwa ein wissenschaftlicher Kunstfehler. Vielmehr ist es die Voraussetzung dafür, komplexere Zusammenhänge überhaupt zu sehen⁴⁴. Die Aufgabe der Rechtspolitik ist jedoch eine andere. Für sie kommt es nicht darauf an, so präzise wie möglich zu sein. Vielmehr muss sie so sicher wie möglich sein, dass ihr Eingreifen auch wirklich zu einer sozialen Verbesserung führt⁴⁵. Wenn ein Umstand für das normative Urteil offensichtlich Gewicht hat, darf der Jurist ihn nicht ignorieren, auch wenn er dabei die Modellgrenzen überschreitet. Selbst wenn es gelingt, den Umstand als zusätzliche Bedingung in das Modell einzuführen, ist damit für die praktische Rechtspolitik oft nicht viel gewonnen. Die Variablen explodieren. Der Informationsbedarf steigt über die Grenzen des praktisch Möglichen. Vor diesem Hintergrund wird deutlich, warum quantitative Ziele in der Rechtspraxis regelmäßig gegriffen sind. Sie sind nicht etwa besonders genau aus einem Bündel präzise definierter normativer Ausgangspunkte abgeleitet. Im Gegenteil ist zumindest im letzten Schritt der Konkretisierung der Rückgriff auf das normative Ziel abgeschnitten⁴⁶. In der rechtspolitischen Praxis haben quantitative Ziele deshalb einen immunisierenden Effekt.

Je stärker der immunisierende Effekt ist, desto schwächer wird das Übermaßverbot. Die Verfassung sollte deshalb auf die Formulierung qualitativer Punkte drängen, wo immer das möglich erscheint. Richtungsziele und quantitative Ziele schneiden den Rekurs auf das legitime Ziel nicht vollständig ab, sondern lockern den Zusammenhang nur. Das Ausmaß der verfassungsrechtlich erträglichen Lockerung muss dann durch Abwägung bestimmt werden. Wie sonst auch darf sich die Abwägung dabei nicht darauf beschränken, das abstrakte Gewicht des betroffenen Grundrechts und des verfolgten normativen Ziels zu vergleichen. Vielmehr kommt es vor allem auf die Wirkungen in der konkreten Konstellation an. Sowohl das Grundrecht wie das normative Ziel müssen also in Beziehung zum Lebenssachverhalt gesetzt werden⁴⁷. Je gewichtiger die Sorge des Gesetzgebers und je marginaler die Beeinträchtigung des Grundrechtsträgers, desto dezisionistischer darf der Gesetzgeber sein.

Das Beispiel der Steuergesetze zeigt aber, dass diese Abwägung manchmal nicht genügt. Dann bleiben zwei Auswege. Zum einen kann man versuchen, den Verlust an grundrechtlicher Kontrolle zu kompensieren. „No taxation without representation“, heißt es in England schon seit Jahrhunderten. Materielle Kontrolle des Entscheidungsergebnisses wird dann durch Partizipation am Entscheidungsverfahren ersetzt. Wenn die Staatsmacht selbst nicht mehr beim König, sondern in der Hand der gewählten Repräsentanten liegt, wird dieses Instrument allerdings stumpf. Der Sache nach hat das Bundesverfassungsgericht mit den Entscheidungen zur Vermögenssteuer einen anderen Weg beschritten. Es hat in diesen Entscheidungen be-

44 Zum erkenntnistheoretischen Hintergrund anregend ALBERT 1978.

45 Vgl. HARLESS und CAMERER *Econometrica* 1994, 1285: „the best theory depends on one's trade off between parsimony and fit“.

46 Diese Zusammenhänge sind auch den Ökonomen nicht verborgen geblieben. Besonders deutlich ist das beim Übergang von einer echten Pigou-Steuer zum dezisionistischen Standard-Preis-Ansatz, einfürend BLANKART 2001, 512-516.

47 Grundlegend zur Struktur grundrechtlicher Abwägungsurteile ALEXY *Die Gewichtsformel* 2002b.

kanntlich seinerseits dezisionistisch den sogenannten Halbteilungsgrundsatz festgelegt⁴⁸. Im Ergebnis hat es damit die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG wiederbelebt. Bekanntlich wird sie im übrigen nicht für eine absolute, sondern für eine bloß relative Grenze gehalten. Was zum Wesensgehalt eines Grundrechts gehört, hängt auch vom Ziel ab, das der Gesetzgeber mit seinem Eingriff verfolgt⁴⁹. Dann geht die Wesensgehaltsgarantie im Übermaßverbot auf. Das ist jedenfalls dort problematisch, wo ein immunisierendes Ziel seinerseits das Übermaßverbot stumpf gemacht hat.

3. Nebenbedingungen

a) Einführung

Um vor dem Übermaßverbot bestehen zu können, muss ein Grundrechtseingriff „erforderlich“ sein. Nach der geläufigen Definition des Bundesverfassungsgerichts verlangt dieser Maßstab, dass dem Gesetzgeber kein milderes, gleich geeignetes Mittel zu Gebote steht⁵⁰. Der Maßstab verlangt also einen Institutionenvergleich. Schon nach kurzem Nachdenken wird allerdings deutlich, dass Steuerungsinstrumente praktisch nie in einem Plus-Minus-Verhältnis stehen. Sie haben vielmehr komparative Vor- und Nachteile⁵¹. Das eine Instrument greift schneller als das andere. Das eine kostet den Staat weniger Haushaltsmittel als das andere. Das eine beeinträchtigt Rechtsstaat und Demokratie weniger als das andere.

Daraus erhellt zunächst einmal, dass der normative Diskurs nicht bei der Beschreibung des sozialen Zustands enden darf, der mit der staatlichen Intervention erreicht werden soll. Auch bei der Entscheidung über den Weg zu diesem Ziel stellen sich normative Fragen. Sie sind allerdings anderer Natur als der Streit um das Ziel. Es sind abgeleitete normative Fragen. Sie stellen sich überhaupt nur, nachdem das Recht des Gesetzgebers außer Streit steht, einen bestimmten sozialen Zustand anzustreben. Es geht mit anderen Worten um normative Nebenbedingungen⁵². Das ist offensichtlich, wenn es etwa um die Störanfälligkeit eines Instruments geht oder um das Ausmaß, in dem es Anwendungserfahrungen erschließt. Andere Nebenbedingungen könnten an sich dagegen auch als selbständige Ziele formuliert werden. So beruht unser Sozialstaat etwa vornehmlich auf Umverteilung. Verteilungspolitik findet in reiner Form statt, wenn der Staat von einer Bevölkerungsgruppe Steuern erhebt und einen Teil des Aufkommens an eine andere Bevölkerungsgruppe auskehrt. Auch eine Verschonungssubvention ist zweifelsfrei ein verteilungspolitisches Instrument. Der einen Bevölkerungsgruppe wird ein Teil der Steuerlast erlassen. Dann müssen die übrigen mit ihren Steuern einen größeren Beitrag zur Finanzierung der Staatsaufgaben leisten. Verschiedene Instrumente der staatlichen Steuerung unterscheiden sich nun typischerweise auch in ihren

48 BVerfGE 93, 121.

49 Näher VON MANGOLDT, KLEIN und STARCK 1999, -Huber Art. 19 GG, R 139-166.

50 Ständige Rechtsprechung seit BVerfGE 30, 292, 316.

51 An zwei Beispielen habe ich den Katalog denkbarer Gesichtspunkte vergleichend durchgespielt: ENGEL 2002a, B V; ENGEL Verhandelter Netzzugang 2002e.

52 Der Gedanke ist angedeutet bei GENTZ Neue Juristische Wochenschrift 1968, 1604; HAVERKATE 1983, 27; CLÉRICO 2001, 32.

chen Steuerung unterscheiden sich nun typischerweise auch in ihren Verteilungseffekten⁵³. Sie nehmen etwa eine Gruppe von Adressaten stärker in Anspruch als eine andere. Zu Recht sind die Verteilungseffekte dem Gesetzgeber bei der Wahl zwischen Steuerungsinstrumenten nicht gleichgültig. Regelmäßig wird die gesetzgeberische Intervention dadurch aber nicht zu einem verteilungspolitischen Instrument. Die Vermeidung unerwünschte Verteilungseffekte bleibt eine bloße Nebenbedingung⁵⁴.

Die Unterscheidung zwischen Nebenbedingung und eigenem Regelungsziel ist alles andere als akademisch. Bei einer bloßen Nebenbedingung verfolgt der Gesetzgeber ein einziges Ziel. Dass, um im Beispiel zu bleiben, gerechtere Verteilungsergebnisse eintreten, rechtfertigt den Eingriff nicht. Allenfalls kann es darum gehen, dass der Staat ein belastenderes Instrument zur Verfolgung seines Ziels einsetzen darf, weil die Verteilungseffekte erträglicher sind als bei einem weniger belastenden. Die verfassungsrechtliche Prüfung erfolgt in zwei klar voneinander getrennten Schritten. Eine Abwägung zwischen dem normativen Ziel und der Nebenbedingung kann es nicht geben. Erfüllt ein Instrument zwar die Nebenbedingung, erreicht das Ziel aber nicht mehr, ist es verfassungswidrig. Denn es ist ja zur Erreichung des eigentlichen Zwecks gar nicht mehr geeignet. Verfolgt der Gesetzgeber dagegen ein Doppelziel, verschimmt die verfassungsrechtliche Prüfung⁵⁵.

Mit den Nebenbedingungen verhält es sich ähnlich wie mit dem legitimen Ziel selbst. Wer die Freiheit hat, die Nebenbedingungen zu formulieren, kann das Übermaßverbot leer machen. Eine radikale Lösung bestünde darin, dem Gesetzgeber nur die (begrenzte) Freiheit zur Wahl des Ziels zu lassen, nicht aber zur Bestimmung von Nebenbedingungen. Dann wäre die Grenze zwischen Ziel und Nebenbedingung zugleich auch die Zuständigkeitsgrenze zwischen Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht. Das entspricht, wie wir sehen werden, aber nicht der Rechtsprechung des Gerichts. Es hat dem Gesetzgeber immer wieder zugestanden, auch Nebenbedingungen politisch zu definieren. Das wird sich auch kaum vermeiden lassen. Ein Beispiel muss an dieser Stelle genügen. Zu den Nebenbedingungen zählt auch, ob ein Steuerungsinstrument die öffentlichen Haushalte belastet. Die Entscheidung über die Verwendung von Haushaltsmitteln kann jedenfalls nicht ausschließlich beim Bundesverfassungsgericht liegen. Das Spannungsverhältnis zwischen Gesetzgeber und Gericht muss deshalb auch für die Nebenbedingungen bewältigt werden. Das kann prinzipiell in den gleichen Kategorien geschehen wie für das legitime Ziel. Nebenbedingungen sind allerdings notwendig sehr nahe am tatsächlich verwendeten Instrument. Als Daumenregel muss das Bundesverfassungsgericht bei der Überprüfung von Nebenbedingungen deshalb mehr Kompetenzen haben als bei der Überprüfung des legitimen Ziels. Andernfalls würde das Übermaßverbot insgesamt unwirksam.

53 Grundlegend KNIGHT 1992.

54 Die Grenze zwischen einem eigenen, zweiten Ziel und einer bloßen Nebenbedingung ist allerdings nicht immer leicht zu ziehen. So wird man das Recht der Sozialversicherung mittlerweile wohl kaum mehr als bloße Zwangsversicherung gegen privat schwer versicherbare Lebensrisiken verstehen können. Ziemlich offen ist es vielmehr immer mehr mit verteilungspolitischen Absichten durchgesetzt worden.

55 Näher unten 6.

Der Katalog der Nebenbedingungen ist lang. Sie lassen sich aber zu neun Gruppen zusammenfassen. Zunächst und vor allem geht es natürlich um die Steuerungsqualität (b). Auch die Steuerungskosten spielen eine zentrale Rolle (c). Oft will der Gesetzgeber auch Rücksicht auf die Präferenzen der Adressaten für bestimmte Institutionen nehmen (d). Er will seine Lösung zeitlich (e) und sachlich in das soziale Umfeld einbetten (e). Er achtet auf Verteilungseffekte (g), die Freiheitskosten (h) und die Folgen für Rechtsstaat und Demokratie (i). Tatsächlich ist seine Entscheidung häufig auch vom Blick auf die jeweilige politische Wirklichkeit geprägt (j). Ob das ein verfassungsrechtlich valides Argument ist, ist allerdings fraglich.

b) Steuerungsqualität

Die erste und wichtigste Gruppe von Nebenbedingungen lässt sich unter dem Begriff Steuerungsqualität zusammenfassen. Nicht alle denkbaren Steuerungsinstrumente haben die gleiche Treffsicherheit. Mit diesem Anliegen hat das Bundesverfassungsgericht etwa die Zwangsmitgliedschaft in den Industrie- und Handelskammern begründet. Das Gericht erwartet eine Verbesserung der staatlichen Regelbildung, wenn der Staat auf die organisierte Kompetenz der Kammern zurückgreifen kann. Überdies erwartet es, dass die Kammern die ihnen übertragenen Verwaltungsaufgaben wegen ihrer Sachnähe besonders gut bewältigen werden⁵⁶.

In anderen Situationen kommt es darauf an, dass das Regelungsziel schnell genug erreicht wird. Mit dieser Begründung hat das Bundesverfassungsgericht eine Klausel des Sachenrechtsbereinigungsgesetzes passieren lassen. Das Gesetz gestattet den bisherigen Nutzern von Grundstücken aus der ehemaligen DDR unter bestimmten Bedingungen, sie auch gegen den Willen des Eigentümers zu kaufen. Der gesetzlich festgelegte Kaufpreis vermindert sich um 5 bzw. 2,5 %, wenn der Nutzer sich innerhalb von zwei Jahren nach Inkrafttreten des Gesetzes für den Ankauf entscheidet und den Kaufpreis innerhalb eines Monats zahlt. Das Gericht billigt die Absicht des Gesetzgebers, auf diese Weise einen Anreiz zur schnellen Bereinigung der Rechtsverhältnisse zu schaffen⁵⁷.

Wie wirksam eine staatliche Intervention ist, hängt zunächst einmal davon ab, wie genau die Regulierungsinstanz das regelungsbedürftige Problem versteht. Mit dieser Begründung hat das Bundesverfassungsgericht gebilligt, dass Aufgaben der Wirtschaftsverwaltung nicht von den staatlichen Behörden wahrgenommen werden, sondern von den Industrie- und Handelskammern⁵⁸. In einem weiteren Sinne gehört auch die folgende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts hierher: Genossenschaften müssen einem Prüfungsverband angehören. Sie dürfen nur den Verband mit der Rechnungsprüfung beauftragen, nicht einen freien Wirtschaftsprüfer. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Regelung mit folgender Begründung

56 BVerfG 7.11.2001, R 39 – IHK; s. auch BVerfG 19.1.2001, R 34 – Prüfverband: „Durch die Mitgliedschaft anderer Genossenschaften in den gebietsmäßig oder sektoral auf gegliederten Prüfungsverbänden wird gleichzeitig sichergestellt, dass diese einen Überblick über die wirtschaftliche Entwicklung verschiedener Genossenschaften in einer bestimmten gesamtwirtschaftlichen Rahmenlage haben“.

57 BVerfG 22.2.2001, R 36 – Ankaufsrecht.

58 BVerfG 7.11.2001, R 42, s. auch R 50 – IHK.

gebilligt: die Chance auf die institutionelle Unabhängigkeit des Prüfverbands vom geprüften Unternehmen ist höher. Denn der Prüfer ist wirtschaftlich nicht vom einzelnen Prüfling abhängig. Der Prüfling hat keine Chance, unbequemen Prüfern auszuweichen⁵⁹.

Ein Steuerungsinstrument nützt nur etwas, wenn es auch vollzogen wird⁶⁰. Deshalb durfte der Gesetzgeber nach der Überzeugung des Bundesverfassungsgerichts die Erlaubnis zum rituellen Schächten unter den Vorbehalt einer Ausnahmegenehmigung stellen⁶¹. Würde das Vollzugsproblem dadurch unlösbar, darf der Gesetzgeber notfalls auch auf eine Härteklausel verzichten⁶². Auch sonst darf der Gesetzgeber auf die Wirksamkeit des Eingriffs achten. Deshalb sind Überlegungen der „Verwaltungspraktikabilität“⁶³ ebenso beachtlich wie die Sorge um die „finanzielle und organisatorische Basis“ privater Verwaltungstätigkeit. Die erwähnte Zwangsmitgliedschaft im genossenschaftlichen Prüfungsverband rechtfertigt das Gericht deshalb auch mit einem Argument der Quersubventionierung. Weil die größeren, finanzstarken Genossenschaften im Verband gehalten werden, bleibt das Prüfungswesen auch für kleine Genossenschaften finanzierbar⁶⁴.

Zur Effektivität von Steuerung gehört auch ihre Robustheit gegenüber Störungen. Der Gedanke ist in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Verbot der Fernsehaufnahme von Gerichtsverhandlungen angedeutet. Das Gericht weist auf die immanente Gefahr einer Veränderung des Aussagegehalts hin. Aufnahmen können später in verzerrender Weise geschnitten, bearbeitet, aus dem Zusammenhang gerissen und in andere Zusammenhänge gestellt werden⁶⁵. So sehr die Sorge um die Robustheit des Steuerungsinstruments prinzipiell

59 BVerfG 19.1.2001, R 34 – Prüfungsverband.

S. aus der Literatur außerdem COLE und GROSSMAN *Wisconsin Law Review* 1999, 926 f.: darf eine eigentlich belastendere Lösung damit begründet werden, dass den vorhandenen Behörden noch die Erfahrung mit dem weniger belastenden, aber neuartigen Instrument fehlt?

60 Das ist ein notorisches Problem jeder staatlichen Steuerung. Grundlegend WINTER 1975; MAYNTZ 1980; LÜBBE-WOLFF 1996.

61 „[...] weil er das Schächten einer verstärkten staatlichen Kontrolle unterwerfen wollte. Insbesondere sollte die Möglichkeit geschaffen werden, über die Prüfung der Sachkunde und der persönlichen Eignung der antragstellenden Personen hinaus durch Nebenbestimmungen zur Ausnahmegenehmigung zu gewährleisten, dass den zu schlachtenden Tieren beim Transport, beim Ruhigstellen und beim Schächtvorgang selbst alle vermeidbaren Schmerzen oder Leiden erspart werden“, BVerfG 15.1.2002, R 40 – Schächten. S. auch BVerfGE 81, 12, 18 f.: „Maßgebend für die ‚Freigabe‘ privater Kopiertätigkeit ist, dass der private Zugriff [...] weder rechtlich noch tatsächlich zu verhindern ist“.

62 „Die Aufnahme einer Härteklausel in das Gesundheitsstrukturgesetz begründete auch die Gefahr, dass die von legitimen gesetzgeberischen Erwägungen getragene Mindesteinnahmengrenze weitgehend wirkungslos bliebe“, BVerfG 22.5.2001, R 39 – Gesundheitsstrukturgesetz.

63 „Die Bemessung nach fiktiven Mindesteinnahmen vermeidet zudem, dass sich praktische Schwierigkeiten bei der Ermittlung des Arbeitseinkommens auf die Beitragsansprüche der gesetzlichen Krankenversicherung uneingeschränkt auswirken [...] Unsicherheiten können sich insbesondere bei der Erfassung der Betriebseinnahmen und bei der Abgrenzung von betrieblich veranlassten und anderen Ausgaben ergeben [...]. Auch die Ermittlung der erforderlichen Daten erfolgt – anders als bei den Pflichtversicherten [...] – ohne Indienstnahme Dritter ausschließlich beim Beitragspflichtigen selbst. Der Gesetzgeber konnte sich aus Gründen der Beitragsgerechtigkeit und der Verwaltungspraktikabilität für eine Mindesteinnahmengrenze entscheiden, um eine von solchen Unsicherheiten unbelastete Festsetzung der Beiträge jedenfalls bei verhältnismäßig geringen Arbeitseinkommen zu ermöglichen“, BVerfG 22.5.2001, R 34 – Gesundheitsstrukturgesetz (Hervorhebung nicht im Original); s. auch BVerfG 16.1.2002, R 12 – Apothekensonntag.

64 BVerfG 19.1.2001, R 35 – Prüfverband.

65 BVerfG 24.1.2001, R 81 – n-tv.

einleuchtet, so schwierig ist doch die Entscheidung im Einzelfall. Darf der Gesetzgeber stets unterstellen, dass die Adressaten das geltende Recht brechen werden? Darf er nicht nur Vorsorge für den Ungehorsam der Adressaten treffen, sondern auch für kreative Reaktionen, mit denen sie den steuernden Eingriff stumpf machen oder gar in sein Gegenteil verkehren⁶⁶? Darf er nach der erwarteten Reaktion verschiedener Steuerungsadressaten differenzieren? Darf er sich also in die Logik des jeweiligen Adressaten hineindenken⁶⁷? Darf er steuernde Eingriffe allein deshalb redundant gestalten, weil abstrakt ja immer mit Störungen gerechnet werden muss⁶⁸? Das ist deshalb so heikel, weil der gesetzgeberische Wunsch nach Redundanz einen immunisierenden Effekt hat. Ob die Störung wirklich eintreten wird, kann der Gesetzgeber ja bestenfalls erahnen. Man wird deshalb dieselben relativierenden Einschränkungen machen müssen wie bei den übrigen immunisierenden Zwecken. Wie viel Redundanz verfassungsrechtlich erträglich ist, muss die Abwägung zwischen dem konkreten Anliegen des Gesetzgebers und der konkreten Betroffenheit der Grundrechte ergeben⁶⁹.

c) *Steuerungskosten*

Nichts ist umsonst in der Welt, staatliche Steuerung schon gar nicht. Das Bundesverfassungsgericht hat dem Gesetzgeber deshalb grundsätzlich gestattet, bei der Verfolgung seiner Steuerungsziele darauf zu achten, dass die Regulierungskosten überschaubar bleiben⁷⁰. Insbesondere zwingt es den Gesetzgeber nicht dazu, Freiheitseinschränkungen durch Subventionen zu ersetzen. An sich ist eine Subvention zur Korrektur pekuniärer Fehlanreize durchaus geeignet⁷¹. Sie belastet die individuellen Grundrechtsträger auch offensichtlich weniger als jeder Eingriff. Doch binnen kurzem würde auf diese Weise der Staatshaushalt explodieren. Die beschwerdeführenden Gewerkschaften hatten das Argument in dem Verfahren zum Zweitregister für Seeschiffe vorgetragen. Schiffe, die in dieses Register eingetragen sind, unterliegen den meisten belastenden Regeln des deutschen Rechts nicht. Insbesondere gelten die deutschen Tarifverträge dort nicht. Die Gewerkschaften meinten, der Gesetzgeber könne der Ausflagung deutscher Schiffe auch schonender, nämlich durch eine Subvention für die Reedereien begegnen. Das Bundesverfassungsgericht entgegnete, dadurch werde der Handlungsspielraum des Staats bei der Förderung anderer öffentlicher Aufgaben beeinträchtigt. Die Entscheidung über politische Prioritäten sei Sache des Gesetzgebers⁷².

Im übrigen ist das Bundesverfassungsgericht mit seinem Urteil über die Einsparung von Regulierungskosten vorsichtiger. So griff ein Hörfunkveranstalter die Pflicht an, alle Sendungen mitzuschneiden und den Mitschnitt gegebenenfalls der zuständigen Landesmedienanstalt zu

66 Grundlegend WEGNER 1996.

67 Als Möglichkeit (ohne normative Implikationen) erwogen bei SCHIMANK und WASEM in Mayntz und Scharpf 1995, 199.

68 Anregend LOW, OSTROM, SIMON und WILSON Redundancy 2000.

69 Näher oben 2.

70 Zur literarischen Diskussion DECHSLING 1989, 59 f./70-72 und vor allem CLÉRICO 2001, 119-134.

71 S. nur den kurzen vergleichenden Überblick bei BLANKART 2001, 506-520, insbes. 516.

72 BVerfGE 92, 26, 44 – Zweitregister; s. auch BVerfGE 77, 84, 110 f. – Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe.

übergeben. Der Veranstalter wandte ein, die Medienanstalt könne die Sendungen doch auch selbst aufnehmen. Das Gericht wies den Einwand mit der folgenden, gewundenen Begründung zurück:

„Eine umfassende Aufzeichnung durch die LfK würde angesichts der Vielzahl und der begrenzten Reichweite der Programme, die ihrer Aufsicht unterliegen, aber erhebliche technische und finanzielle Aufwendungen erfordern und damit die Belastung, die den Rundfunkveranstaltern auferlegt wird, bei weitem übertreffen und gleichzeitig diese intensiver beeinträchtigen“⁷³.

Vorsorglich hat das Gericht unterstützend also auch auf die publizistische Gefahr einer Nachzensur abgehoben. Dass der Wunsch nach einer Einsparung von Regulierungskosten nicht stets genügen kann, belegt ein Blick ins Strafprozessrecht. Je intensiver eine Ermittlungsmaßnahme die körperliche Integrität des Beschuldigten beeinträchtigt, desto schwerer muss der Verdacht wiegen. Das heißt auch: der Staat muss aufwendigere Umwege zum Ziel der Strafverfolgung gehen⁷⁴.

Regulierungskosten fallen regelmäßig nicht nur beim Staat an, sondern auch bei den Adressaten. Gar nicht so selten unterscheiden sich Regulierungsinstrumente gerade danach, ob die Regulierungskosten beim Staat bleiben oder auf die Adressaten abgewälzt werden. So liegt es etwa, wenn der Staat sein Rechtsetzungsmonopol als Drohpotential einsetzt, um eine Branche zu einer Selbstbeschränkungsabrede zu bewegen⁷⁵. Zum Grundrechtsproblem können die Regulierungskosten der Adressaten vor allem dann werden, wenn der Staat eine Gruppe belastet, um eine andere Gruppe zu entlasten. Bei der Entscheidung über die Altersgrenze für Vertragsärzte in der gesetzlichen Krankenversicherung hat das Bundesverfassungsgericht diese Begründung für beachtlich gehalten. Die Altersgrenze trage zur Kostendämpfung und damit zur Schonung der Beitragszahler bei⁷⁶.

d) *Rücksicht auf Präferenzen für Institutionen*

Den Menschen kommt es nicht nur darauf an, was der Staat mit ihnen anstellt. Auch wie er das tut, lässt sie nicht gleichgültig. Eine Untersuchung zur Ansiedlung eines atomaren Endlagers in der Schweiz illustriert das anschaulich. Den Einwohnern war es mit großem Abstand am liebsten, wenn ihre Heimatgemeinde mit der Regierung über die Ansiedlung verhandeln durfte. Sehr viel schlechter erschien ihnen eine reine Expertenentscheidung nach geologischen Kriterien. Noch ein bisschen weniger lieb war ihnen ein bloßes Referendum. Es schnitt kaum noch besser ab als eine reine Lotterie. Am stärksten lehnten die Befragten aber die Lösung ab, die Ökonomen empfehlen würden: die Kompensation in Geld⁷⁷. Es liegt nahe, dass der Ge-

73 BVerfGE 95, 220, 237 – Radio Dreyeckland.

74 S. aus der jüngeren Rechtsprechung des BVerfG auch die abweichende Meinung im Fall n-tv: „Die mit der Medienöffentlichkeit verbundenen rechtlichen Belange sind zu gewichtig, als dass sie nur aus Gründen leichter Handhabung des Verfahrens zurückgestellt werden dürften“, BVerfG 24.1.2001, R 108.

75 Näher ENGEL Staatswissenschaften und Staatspraxis 1998c.

76 BVerfG 20.3.2001, R 35 – Altersgrenze.

77 Einzelheiten bei FREY und OBERHOLZER-GEE in Frey 1999, 33 und passim.

setzgeber auf solche Präferenzen für Institutionen Rücksicht nimmt. Je näher er an diese Präferenzen herankommt, desto geringer wird regelmäßig nämlich der Widerstand gegen sein Vorhaben sein. Solche Rücksicht kann auf zwei Weisen zur Verfassungsfrage werden. Zunächst sind die Präferenzen für Institutionen nicht einheitlich. Wer knapp bei Kasse ist, hätte die Kompensationszahlung vielleicht gern genommen. Dann kommt es auch bei den Nebenbedingungen darauf an, ob der Gesetzgeber typisieren darf⁷⁸. Vor allem belasten unterschiedlichen Institutionen typischerweise aber unterschiedliche Personenkreise. Dann kommt es auch unter dieser Perspektive auf die Grenzen der Freiheit des Gesetzgebers zur Auswahl der Adressaten an⁷⁹.

e) *Zeitliche Einbettung*

Das Übermaßverbot befreit das soziale Problem zunächst einmal von seinem historischen Kontext. Das Problem wird betrachtet, als sei am Grünen Tisch über die beste Lösung nachzudenken. Diese Abstrahierung ist hilfreich, um das Problem konzeptionell zu durchdringen und um den Lösungsvorrat nicht vorschnell zu verkleinern. Schließlich muss die Lösung dann aber doch in den jeweiligen Kontext eingepasst werden⁸⁰. Das wird dann zum Verfassungsproblem, wenn der vom Gesetzgeber gestaltete gleitende Übergang zumindest manche Grundrechtsträger nicht weniger belastet, sondern mehr. Vor allem bei der Bewältigung der Wiedervereinigung hat das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber einen weiten Spielraum für solche belastenden Übergangsregeln eröffnet⁸¹.

f) *Einbettung in das Umfeld sozialer Probleme*

Die soziale Einbettung einzelner Regulierungsentscheidungen ist aber nicht bloß eine zeitliche. Vielmehr ist das einzelne soziale Problem immer auch Teil eines größeren sozialen Umfelds⁸². Zu den Nebenbedingungen einer Regulierungsentscheidung gehört auch die Einpassung in dieses soziale Umfeld. In Anlehnung an ein in der Wohlfahrtsökonomie geläufiges Konzept kann man diese Einbettung analytisch in negative und in positive Regelungsexternalitäten scheiden. Negativ ist eine Regulierungsexternalität dann, wenn die erfolgreiche Bewältigung des einen sozialen Problems ein anderes Problem schafft oder verschärft. Positiv ist die Regulierungsexternalität dagegen dann, wenn staatliche Anstrengungen zur Bewältigung des einen sozialen Problems auch günstige Nebenwirkungen für ein zweites soziales Problem haben⁸³.

78 Dazu näher unten IV 4.

79 Dazu näher unten g).

80 Das ist vor allem im interdisziplinären Zusammenwirken mit Ökonomen nicht immer selbstverständlich. Eindringlich zur Bedeutung von „Pfadabhängigkeit“ aber DAVID in van Ark 1997.

81 BVerfG 8.2.2001, R 27 – Sachenrechtsmoratorium; BVerfG 22.2.2001, R 19 und R 21 – Ankaufsrecht; BVerfG 16.5.2001, R 15 – Ankaufsrecht; BVerfG 26.9.2001, R 33 und R 36 – Diplomjurist.

82 Vgl. programmatisch GRANOVETTER American Journal of Sociology 1985.

83 Dieses Konzept habe ich näher entfaltet in ENGEL 2002a, D II und III, insbes. D II 2.

Negative Regulierungsexternalitäten werden dann zu einem selbständigen Grundrechtsproblem, wenn die Vernachlässigung eines anderen Regulierungsanliegens zugleich einen Grundrechtseingriff bedeutet. Das Aufspüren übersehener negativer Regulierungsexternalitäten ist in der Praxis sogar eine der wichtigsten Aufgaben der Verfassungsbeschwerde. Hierher gehören negative Regulierungsexternalitäten dagegen dann, wenn ihre Vermeidung zur Nebenbedingung der gesetzgeberischen Entscheidung wird. Ein Beispiel aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts betrifft die Folgen für die parallele staatliche Sorge um funktionsfähigen Wettbewerb. Zur Vorsorge gegen unerwartete Belieferungsschwierigkeiten hatte der Gesetzgeber den Mineralölunternehmen auferlegt, im Inland einen Mindestvorrat an Erdöl zu halten. Die Unternehmen hatten mit dem Argument Verfassungsbeschwerde eingelegt, der Staat könne diese Mengen doch auch selbst speichern. Das Gericht gestand dem Gesetzgeber zu, dass er die Folgen einer solchen Entscheidung für die Erdölmärkte bedachte. Der Staat wäre dadurch nämlich zu einem derart potenten kurzfristigen Anbieter von Erdöl geworden, dass der Wettbewerb auf diesen Märkten gelitten hätte⁸⁴.

Ebenso gestand das Gericht dem Gesetzgeber zu, auf die befriedende Wirkung seiner Maßnahme zu achten. Neben dem Sachziel darf der Gesetzgeber als Nebenbedingung also grundsätzlich auch die Konfliktdimension des sozialen Problems im Auge behalten⁸⁵. Im Beispielfall ist das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber dabei weit entgegengekommen. Es hat auch für rechtmäßig gehalten, dass der Gesetzgeber Fernsehaufnahmen von Gerichtsverhandlungen ohne jede Ausnahme verboten hat. Diese Entscheidung „vermeidet Diskussionen und Einzelfallentscheidungen, die häufig weniger zur Befriedung beitragen können als klare gesetzliche Regelungen“⁸⁶.

Positive Regulierungsexternalitäten klingen wie eine Wohltat des Schicksals. Der regulierende Staat erreicht nicht nur sein eigentliches Ziel, sondern bekommt noch zusätzliche Steuerungseffekte geschenkt. Darf er deshalb unter verschiedenen Regulierungsinstrumenten gerade ein bestimmtes wählen, weil dort die positiven Regulierungsexternalitäten besonders ausgeprägt sind? Noch schärfer: darf er einzelne oder alle Adressaten allein deshalb schwerer belasten? Das kann jedenfalls nur dann in Betracht kommen, wenn auch das zweite Regelungsziel verfassungsrechtlich legitim ist. Wenn es zur Rechtfertigung des Eingriffs auf die positiven Regulierungsexternalitäten ankommt, muss der Gesetzgeber in Wahrheit deshalb das Bündel aus beiden Zwecken verfolgen dürfen⁸⁷.

Zur Einbettung der gesetzgeberischen Intervention in das Problemumfeld gehört schließlich, welche Steuerungsbeiträge von Dritten zu erwarten sind. Bei näherem Zusehen hat der Staat natürlich nie ein Steuerungsmonopol gehabt. Zumindest graduell hat die Bedeutung privater Steuerungsbeiträge in den letzten Jahren und Jahrzehnten aber immer stärker zugenommen.

84 BVerfGE 30, 292, 319 – Erdölbevorratung.

85 Grundlegend zu der Unterscheidung zwischen Sachproblem und Konfliktbewältigung etwa ARROW 1995 und näher unten III 5.

86 BVerfG 24.1.2001, R 88 – n-tv.

87 Zu Zielbündeln näher unten 6.

Rein private Steuerung und mehr noch hybride Mischungen zwischen öffentlichen und privaten Steuerungsbeiträgen ergreifen immer mehr Politikfelder. Sie werden oft unter dem modischen, aber nicht sehr trennscharfen Begriff der regulierten Selbstregulierung zusammengefasst⁸⁸.

Sind private Steuerungsleistungen nachhaltig zu erwarten, kann der Bedarf nach staatlicher Intervention ganz entfallen. Das soziale Problem besteht an sich zwar. Es ist durch die genügend verlässliche private Tätigkeit aber bewältigt. Ein anschauliches Beispiel ist das Schadstoffpotential der Inhaltsstoffe physischer Güter. Sehr viele Güter, mit denen wir uns im Alltag umgeben, enthalten Stoffe, die für Mensch, Tier, Pflanze oder Umwelt eine Gefahr darstellen. Nur ganz selten nimmt die Rechtsordnung das jedoch zum Anlass für stoffrechtliche Interventionen. Ein Beispiel sind Pflanzenschutzmittel. Regelmäßig interveniert das Recht dagegen erst dann, wenn das Gut zum nutzlosen Träger vergangenen Nutzens herabgesunken ist. Das ist dann der Fall, wenn sein Eigentümer es als Abfall an die Umwelt abgibt. Diese gesetzgeberische Zurückhaltung ist nicht nur angemessen. Sie dürfte sogar verfassungsrechtlich geboten sein. Denn solange der Eigentümer oder ein Besitzer das Gut nutzen will, betreibt er im Eigeninteresse Stoffhege. Er setzt das Gut etwa keinen Witterungsumständen aus, die den gefährlichen Inhaltsstoff daraus herauslösen⁸⁹.

Auch das Bundesverfassungsgericht nutzt diesen Gedankengang. Die folgenden Beispiele betreffen allerdings Fälle, in denen die private Steuerungsleistung zu unsicher geworden ist. So hat das Gericht eine verpflichtende Pflegeversicherung damit begründet, dass mit der unentgeltlichen Pflege alter Menschen unter den veränderten sozialen Bedingungen nicht mehr sicher genug gerechnet werden könne⁹⁰. Den Zwang, als Genossenschaft einem Prüfungsverband anzugehören, hat es auch mit dem Schutz der Genossen gegenüber der Verwaltung der Gesellschaft gerechtfertigt. Anders als bei Aktiengesellschaften gehe nämlich auch vom Kapitalmarkt keine kontrollierende Wirkung aus. Denn Genossenschaftsanteile seien in der Praxis nicht handelbar⁹¹.

g) Verteilungseffekte

Vergleicht man verschiedene Regulierungsinstrumente miteinander, entdeckt man fast immer unterschiedliche Verteilungseffekte⁹². Das eine Instrument begünstigt die eine Gruppe der Adressaten, das andere eine zweite. Die Begünstigung oder Belastung beschränkt sich auch nicht unbedingt auf das Vermögen der Adressaten. Insbesondere kann auch ihre Freiheit oder ihr soziales Ansehen in unterschiedlicher Weise betroffen sein. Der komparative Vorteil eines Instruments kann für eine Gruppe auch darin liegen, dass sie auf diese Weise stärkeren Ein-

88 An anderer Stelle habe ich das Phänomen näher betrachtet: ENGEL Private Governance 2001b; ENGEL Die Verwaltung 2001f; ENGEL European Business Organisation Law Review 2001e.

89 Näher ENGEL 2002a, B IV 3.

90 BVerfG 3.4.2001, R 89 – Pflegeversicherungspflicht.

91 BVerfG 19.1.2001, R 32 – Prüfverband.

92 S. erneut KNIGHT 1992.

fluss auf politische Entscheidungen erhält. Darf, ja muss der Gesetzgeber die Wahl des Regulierungsinstruments an diesen Effekten ausrichten? Die Frage ist deshalb so brisant, weil die Grundrechte in ihrer Funktion als Abwehrrechte bilateral gedacht sind. Der einzelne Grundrechtsträger wehrt sich gegen die staatliche Intervention. Scheinbar kommt dadurch ein Karussell in Gang. Der erste Grundrechtsträger zwingt den Staat zum Verzicht auf die Intervention, weil der sein Ziel ja genauso gut auch durch Intervention gegenüber dem zweiten Adressaten erreichen könnte. Kaum tut der Staat das, wehrt sich der zweite Adressat mit der spiegelbildlichen Begründung. Man sieht sofort: das kann nicht richtig sein⁹³.

Warum das so ist, wird klar, wenn man die analytische Struktur des Konflikts herausarbeitet. Das geschieht am besten, indem man die Situation zunächst auf das folgende Modell reduziert: Das soziale Problem ist ohne staatliche Intervention nicht lösbar. Die Intervention muss sich an eine Klasse von Adressaten richten, die individuell in jeder relevanten Hinsicht gleich sind. Das Regelungsziel ist bereits dann erreicht, wenn der Staat das Verhalten eines Teils dieser Personen ändert. Die Eingriffsintensität lässt sich auch nicht proportional so absenken, dass alle denkbaren Adressaten einen gleichen Beitrag zur Erreichung des Ziels leisten. Dafür kann es zwei Gründe geben. Entweder ist die staatliche Intervention überhaupt unteilbar. Oder eine geteilte Intervention ist überproportional weniger wirksam. In solch einem Fall dürfte der Staat Belastungsgleichheit nicht einfach dadurch herstellen, dass er alle denkbaren Adressaten in voller Höhe belastet. Das wäre im wörtlichsten aller Sinne übermäßig. Mit der unvermeidlichen Auswahlentscheidung ist dann allerdings auch ein gewichtiges Gleichheitsproblem verbunden. Der Staat greift nicht nur in die Freiheitsrechte der ausgewählten Adressaten ein, sondern auch in deren Recht aus Art. 3 I GG auf Gleichbehandlung. Aus den gerade dargelegten analytischen Gründen verfolgt die Ungleichbehandlung zwar ein legitimes Ziel. Damit ist aber noch nicht gesagt, ob der Gleichheitsverstoß durch flankierende Maßnahmen nicht zumindest vermindert werden könnte. Das kann auf einem materiellrechtlichen und auf einem verfahrensrechtlichen Wege geschehen.

Für die materiellrechtliche Lösung stellt das Telekommunikationsrecht ein anschauliches Beispiel. Zu den normativen Zielen des Telekommunikationsrechts zählt auch die flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit Basisdienstleistungen. Der Gesetzgeber war besorgt, dieses Ziel könne bei der Privatisierung der Deutschen Bundespost und bei der Deregulierung des Sektors in Gefahr geraten. Deshalb ermächtigt das Telekommunikationsgesetz die Regulierungsbehörde Telekommunikation und Post, einzelnen Betreibern Universaldienstauflagen zu machen. Juristisch ist das ein Kontrahierungszwang. Wirtschaftlich wird der Adressat zur Quersubventionierung gezwungen. Dadurch erleidet er einen Wettbewerbsnachteil gegenüber seinen Konkurrenten, die von der Regulierungsbehörde nicht in Anspruch genommen worden sind. Zum Ausgleich dieses Nachteils kann die Regulierungsbehörde von den verschonten

93 HIRSCHBERG 1981, 158-163, vgl. auch 70; s. auch DECHSLING 1989, 69; SCHULZE-FIELITZ in Schmidt 1995, 245.

Adressaten eine Universaldienstabgabe erheben. Das Aufkommen kehrt sie an den belasteten Adressaten aus⁹⁴.

Wo immer der Gleichheitsnachteil kompensiert werden kann, liegt die Übernahme dieser Lösung verfassungsrechtlich zumindest nahe. Denn auf dem zweiten, verfahrensrechtlichen Wege ist die Position des belasteten Adressaten deutlich schwächer. Insbesondere hilft ihm eine Pflicht zur schriftlichen Begründung der Auswahl oder deren gerichtliche Prüfung wenig. Denn der Ausgangspunkt war ja gerade, dass sich die Adressaten in keiner normativ relevanten Hinsicht unterscheiden. Deshalb kann in der Begründung eigentlich nur stehen: normativ relevante Unterschiede zwischen den Adressaten gibt es nicht; die Auswahl war nicht von sachfremden Gesichtspunkten bestimmt. Denkt man die Dinge logisch zuende, bleibt im Grunde nur das Los.

Die Wirklichkeit wird natürlich selten so klinisch rein sein. Doch das gerade durchdachte reine Beispiel liefert die Maßstäbe zur Behandlung weniger reiner Fälle. Ist die Belastung teilbar und verliert dadurch auch nicht weit überproportional an Wirkung, wird der Gesetzgeber dazu normalerweise auch verpflichtet sein. Er müsste schon sehr gute Gründe dafür finden, warum er trotzdem nur einen Teil der Adressaten belastet. Kritisch sind insbesondere Unterschiede in der generellen Leistungsfähigkeit oder Empfindlichkeit. Denn unter der Hand bekommt die Intervention dann ein zweites Ziel. Neben die Bewältigung des ursprünglichen sozialen Problems tritt der Wunsch nach der Begünstigung einzelner Gruppen durch eine Verschönungssubvention. Für den Zwang zur Versicherung in der gesetzlichen Krankenversicherung hat das Bundesverfassungsgericht dieses Argument genügen lassen⁹⁵.

In der Praxis kommt es vor allem dann zu Auswahlproblemen, wenn es zur Bewältigung des sozialen Problems genügt, eine von zwei normativ unterschiedlich zu bewertenden Klassen von Adressaten in Anspruch zu nehmen. Das ist unproblematisch, wenn die in Anspruch genommene Gruppe eindeutig weniger schutzwürdig ist. In einem anderen sozialversicherungsrechtlichen Fall verwendet das Bundesverfassungsgericht ein Argument, das in diese Richtung deutet. Es hat den überproportionalen Beitrag der Selbständigen zur Sanierung der gesetzlichen Krankenversicherung damit begründet, dass die Beitragsbemessung diese Gruppe typischerweise begünstigt⁹⁶.

Dass sich die Auswahlentscheidung normativ begründen lässt, kann für sich aber noch nicht genügen. Vielmehr ist außerdem zu begründen, warum die kompensierende Belastung der

94 Näher §§ 17-22 TKG.

95 „Mit dieser Versicherungsform wird auch einkommensschwachen Bevölkerungsteilen ein voller Krankenversicherungsschutz zu moderaten Beiträgen ermöglicht. In der privaten Krankenversicherung betrügen die Prämien für Familien, chronisch Kranke und für ältere Versicherte, insbesondere solche, die mit einem nicht erwerbstätigen Partner verheiratet sind, ein Vielfaches der Beiträge zur Sozialversicherung“, BVerfG 20.3.2001, R 37 – Altersgrenze.

96 BVerfG 22.5.2001, R 32 – Gesundheitsstrukturgesetz; der Fall passt insofern nicht ganz hierher, als es nur um einen von zahlreichen Beiträgen zu einem komplexen Werk von Sanierungsbeiträgen geht.

verschonten Adressaten unterbleibt. Das Bundesverfassungsgericht ist hier großzügig⁹⁷. Das lässt sich allenfalls mit dem Gedanken rechtfertigen, quer über die zahlreichen belastenden staatlichen Interventionen hinweg würde sich in den meisten Fällen schließlich doch ein Ausgleich herstellen. Dieser Gedanke mag bei vergleichsweise geringen Sonderlasten helfen. Je spezifischer die Ungleichbehandlung zwischen zwei normativ verwandten Gruppen ausfällt, desto eher wird aber über Kompensation und verfahrensrechtliche Abmilderungen nachzudenken sein.

Ein Beispiel aus dem Abfallrecht illustriert eine letzte Variante des Problems. Manche, aber keineswegs alle Batterien sind toxisch. Dem Gesetzgeber ist zurecht daran gelegen, dass diese toxischen Batterien, wenn irgend möglich, nicht in den Hausmüll gelangen. Zu diesem Zweck verpflichtet die Batterieverordnung die Hersteller, ein System zur kostenlosen Rücknahme gebrauchter Batterien einzurichten. Dabei nimmt die Verordnung auch den Handel in Anspruch. Wer solche Batterien vertreibt, muss gebrauchte Batterien in seinem Geschäftslokal zurücknehmen und an die Hersteller weiterreichen. All das ist ein wohldurchdachtes Instrument. Die Rechtsordnung kann den Verbrauchern zwar befehlen, solche Batterien ordnungsgemäß zu entsorgen. Sie kann dieses Gebot aber nicht zu vertretbaren Kosten vollziehen. Sie muss sich stattdessen auf den Appell an die Umweltmoral der Verbraucher verlassen. Solche Appelle fruchten nur dann etwas, wenn das moralische Verhalten nur wenig Aufwand erfordert⁹⁸. Die Batterieverordnung beschränkt diese Lösung aber nicht auf die Hersteller und Vertreiber toxischer Batterien. Vielmehr nimmt sie alle Hersteller und Vertreiber in Anspruch⁹⁹. Dabei geht es nicht bloß um eine Frage der Belastungsgleichheit oder der Auswahl zwischen denkbaren Adressaten. Vielmehr ist das Schädigungspotential der übrigen Batterien zweifelsfrei so niedrig, dass sie gefahrlos mit dem Hausmüll entsorgt werden könnten. Die Batterieverordnung nimmt nur deshalb alle Batteriehersteller in Anspruch, weil sie den Verbrauchern die umweltpolitisch angemessene Unterscheidung zwischen den beiden Arten von Batterien nicht zutraut¹⁰⁰. Polizeirechtlich gesprochen sind die Hersteller der übrigen Batterien also in einer ähnlichen Situation wie ein Nichtstörer. In solch einer Situation liegt eine Kompensation erst recht nahe.

h) Freiheitskosten

Das legitime Ziel ist die wichtigste Schnittstelle zwischen Verfassungsdogmatik und Rechtspolitik. Der Katalog der Nebenbedingungen könnte deshalb prinzipiell auch in einem Handbuch für den Rechtspolitiker stehen. In solch einem Handbuch müsste das Kapitel zu den

97 Aus dem Übermaßverbot folgt kein Gebot, der Solidargemeinschaft Lasten aufzuerlegen: BVerfGE 89, 48, 63 f.; vgl. auch BVerfG 20.3.2001, R 31 – Altersgrenze: „Eine einzelne Maßnahme ist zur Erreichung des gesetzgeberischen Zwecks auch nicht deshalb unverhältnismäßig, weil nicht alle Betroffenen durch die gesetzlichen Vorkehrungen gleichmäßig belastet werden“.

98 Umfassend LÜDEMANN 2002.

99 § 15 BattV.

100 Das ist umso bemerkenswerter, als § 11 BattV ausdrücklich eine besondere Kennzeichnung der toxischen Batterien vorschreibt.

Freiheitskosten¹⁰¹ breiten Raum einnehmen. Denn ein Verfassungsstaat will seine rechtspolitischen Ziele nicht um jeden Preis erreichen. Gerade deshalb enthält die Verfassung Grundrechte. Doch bei der Untersuchung des legitimen Ziels mutieren die normativen Absichten des Gesetzgebers ja zu Grundrechtsschranken. Dann sind die wichtigsten Freiheitskosten keine bloße Nebenbedingung mehr. Die Grundrechtsdogmatik stellt das Verhältnis von Ziel und Nebenbedingung gleichsam auf den Kopf. Für die Verfassung ist die Bewahrung individueller Freiheit die (dogmatische) Hauptsache. Sie muss sich nur dort Beschränkungen gefallen lassen, wo der Gesetzgeber normative Anliegen vorbringen kann, die der Verfassung akzeptabel erscheinen.

Gleichwohl kann es auch Grundrechtseingriffe geben, die der Staat mit dem Bemühen rechtfertigt, die Freiheitskosten niedrig zu halten. Aus den gerade erläuterten normlogischen Gründen können das aber nur Kosten für andere als das gerade untersuchte Grundrecht sein. Genauer noch: ein intensiverer Eingriff in dieses Grundrecht muss gerade damit begründet werden, dass er andere Grundrechte schont. Einsichtig ist das bei mehrpoligen Verhältnissen. Der Gesetzgeber greift in die Grundrechte der einen Adressatengruppe ein, um die andere Adressatengruppe zu schonen. Freiheitskosten sind dann Teil der Verteilungseffekte.

Denkbar ist aber auch ein Konflikt zwischen mehreren Grundrechten ein und desselben Grundrechtsträgers. Beim ersten Lesen wirkt das paradox. Der Grundrechtsträger muss doch selbst wissen, was er will. Die Grundrechte sind in ihrem Kern doch Abwehrrechte, nicht Rechtfertigungsgründe für paternalistische Interventionen. Blickt man isoliert auf einen einzelnen Grundrechtsträger, spricht in der Tat viel für diese Position. Daraus erklärt sich insbesondere die polizeirechtliche Abwendungsbefugnis. Die Polizei muss den „objektiv“ mildesten Eingriff wählen. Schlägt der Adressat ihr alternativ einen „objektiv“ gewichtigeren Eingriff vor, muss sie diesem Wunsch nachkommen¹⁰². Auf den Gesetzgeber ist dieser Gedanke jedoch nur in Grenzen übertragbar. Er kann schon aus Gründen der Praktikabilität schlecht jeden einzelnen Adressaten fragen, wie er es denn gern hätte. Eine unbegrenzte Abwendungsbefugnis würde den Gesetzgeber außerdem zum Verzicht auf allgemeine Regeln zwingen. Damit gingen die Vorteile verloren, die allgemeinen Regeln anhaften¹⁰³. Schließlich kann die Abwendungsbefugnis an der Unteilbarkeit der Lösung scheitern, die den Wünschen der Mehrheit der Adressaten am nächsten kommt. So lässt sich eine einschlägige Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts interpretieren. Es hat die Pflichtmitgliedschaft in Industrie- und Handelskammern auch mit folgender Überlegung gerechtfertigt:

„Aus der Sicht des Gesetzgebers ist die Erfüllung von Wirtschaftsverwaltungsaufgaben durch die Kammern sachnäher und wegen der Beteiligung der Betroffe-

101 Der Begriff findet sich auch bei HAVERKATE 1983, 29.

102 Die Regelung stammt ursprünglich aus § 41 II 3 preußisches Polizeiverwaltungsgesetz. Zur Rechtslage nach den geltenden Landesrechten GÖTZ 1995, R 257.

103 Sie sind beim Ordnungsrecht besonders ausgeprägt. Die Einzelheiten habe ich entwickelt in ENGEL in Rengeling 2001d.

nen durch selbstgewählte Organe auch freiheitssichernder als durch staatliche Behörden“¹⁰⁴.

i) Folgen für Rechtsstaat und Demokratie

Die Grundrechte sind die wichtigste verfassungsrechtliche Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips. Die formellen Grundrechtsschranken sind die wichtigste dogmatische Schnittstelle zwischen den Grundrechten und dem objektiven Rechtsstaats- und Demokratieprinzip. Wiederum bleibt aus grundrechtsdogmatischer Perspektive für die Nebenbedingung der Rücksicht auf Rechtsstaat und Demokratie also weniger übrig als im unmittelbaren rechtspolitischen Diskurs. Gleichwohl fördert die Verfassungsrechtsprechung Anwendungsfälle zu Tage.

Nach älterem Recht lief die Frist für die Anfechtung der Ehelichkeit durch das Kind selbst ohne Ausnahme zwei Jahre nach Eintritt der Volljährigkeit ab. Der Gesetzgeber hat die strikte Regel mit dem Wunsch nach Rechtssicherheit begründet. Das Bundesverfassungsgericht erzwang unter Berufung auf das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Kindes allerdings eine Ausnahme, wenn das Kind von den Umständen, die für seine Nichteelichkeit sprechen, keine Kenntnis hatte¹⁰⁵.

Häufig gestattet das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber auch, die eine Gruppe von Adressaten stärker zu belasten, wenn er dadurch das schutzwürdige Vertrauen einer anderen Gruppe in den Bestand der bisherigen Lösung achtet¹⁰⁶.

Ein drittes Beispiel gehört jedenfalls in die Nähe des Demokratieprinzips. Das Bundesverfassungsgericht hat die Pflichtmitgliedschaft in der Industrie- und Handelskammer auch mit folgender Überlegung abgesichert:

„Zugleich hat die Pflichtmitgliedschaft eine freiheitssichernde und legitimatorische Funktion, weil sie auch dort, wo das Allgemeininteresse einen gesetzlichen Zwang verlangt, die unmittelbare Staatsverwaltung vermeidet und stattdessen auf die Mitwirkung der Betroffenen setzt“¹⁰⁷.

j) Rücksicht auf die politische Wirklichkeit?

Der politische Alltag hat seine eigene Logik. Wer hier Erfolg haben will, braucht mehr als ein normativ durchdachtes Programm. Kann der Gesetzgeber eine an sich übermäßige Lösung aber auch verfassungsrechtlich damit begründen, politisch sei ein grundrechtsschonenderes Ergebnis nicht machbar gewesen? Ist das politisch Erreichbare also eine verfassungsrechtlich relevante Nebenbedingung für die Verfolgung eines legitimen Ziels?

104 BVerfG 7.11.2001, R 42 – IHK.

105 BVerfGE 90, 263, 271-274 – Vaterschaftsfeststellung.

106 BVerfG 22.2.2001, R 27 – Ankaufsrecht; s. auch BVerfG 7.11.2001, R 26 – Betreuungsverein (dort ging es allerdings nicht um einen Eingriff, sondern einen aus Art. 12 GG abgeleiteten Leistungsanspruch).

107 BVerfG 7.11.2001, R 50 – IHK.

Der Gesetzgeber könnte dann auf viele Einsichten der Politikwissenschaft zurückgreifen. Sie zeigt etwa, warum sich die Lösungsmöglichkeiten, über die überhaupt nachgedacht wird, im politischen Prozess schrittweise immer stärker verengen¹⁰⁸. Oft besteht die Chance zur Verabschiedung eines Gesetzes nur für kurze Zeit¹⁰⁹. Da muss man manchmal fünf gerade sein lassen, um die Chance nicht ganz zu verpassen. Ein kluger Politiker kann umgekehrt auch danach trachten, eine Regelungschance zu schaffen oder auszudehnen. Zu diesem Zweck kann ihm insbesondere daran gelegen sein, den Problemdruck zu erhalten. Damit wird in der Abfallpolitik etwa das europarechtliche Nähe- und Autarkieprinzip begründet. Nach dem Näheprinzip sollen Abfälle möglichst nah am Ort ihrer Entstehung entsorgt werden. Nach dem Autarkieprinzip soll jeder Mitgliedstaat für die Entsorgung seiner Abfälle im Land sorgen. Aus beiden Gründen wird der grenzüberschreitende Handel mit Abfällen behindert¹¹⁰. Dahinter steht der Gedanke: nur wenn die eigenen Abfälle als stinkendes Problem wahrnehmbar bleiben, lässt sich eine anspruchsvolle Abfallpolitik durchsetzen¹¹¹. Auch an die Überwindung politischer Veto-Positionen¹¹² denkt ein kluger Politiker. Deshalb mag ihm ratsam erscheinen, erst künstlich ein Drohpotential aufzubauen, das er sich dann gegen die Zustimmung zu einer ungeliebten Regel abhandeln lässt¹¹³.

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nimmt nur ganz ausnahmsweise explizit auf die politischen Realitäten Bezug. Im Saar-Urteil hat es die Näher-Dran-Theorie entwickelt. Der Spatz in der Hand ist schließlich auch dem Verfassungsrecht lieber als die Taube auf dem Dach. Deshalb hat es hingenommen, dass Teile des Saar-Vertrags an sich mit dem Grundgesetz nicht zu vereinbaren gewesen wären¹¹⁴. Das gleiche Argument findet sich auch in der Zweitregisterentscheidung. Wenn zu befürchten ist, dass sonst alle deutschen Schiffe ausflaggen, ist etwas verfassungsrechtlich kontrollierter Einfluss besser als gar keiner¹¹⁵. In einem der Verfahren zur juristischen Bewältigung der Wiedervereinigung hat das Gericht schließlich vorsichtig formuliert:

„Einzelne belastende Vorschriften dürfen weder aus dem Regelungszusammenhang gelöst und für sich betrachtet noch ohne Rücksicht darauf gewürdigt werden, dass der angestrebte Rechtszustand nur in Schritten erreichbar war“¹¹⁶.

Diese Zurückhaltung ist angebracht. Eine Verfassung unter Politikvorbehalt wäre keine Verfassung mehr. Die politischen Realitäten werden erst dann zur verfassungsrechtlich relevanten Nebenbedingung für die Verfolgung legitimer Ziele, wenn es andernfalls zu schreiend un-

108 Näher HÉRITIER Politische Vierteljahresschrift 1993, 13; SCHARPF 1997, 80 f..

109 Die Politikwissenschaft spricht plastisch von einem „narrow window of opportunity“, HÉRITIER Politische Vierteljahresschrift 1993, 18; s. auch MAYNTZ 1980, 242.

110 Umfassend TE HEESSEN 2002.

111 SRU 1998, R 454 und R 456.

112 Grundlegend zu diesem Konzept IMMERGUT 1992.

113 Das ist die Logik hinter den meisten Selbstbeschränkungsabkommen, näher ENGEL Staatswissenschaften und Staatspraxis 1998c, insbes. 541 f.

114 BVerfGE 4, 157, 169 – Saar.

115 BVerfGE 92, 26, Leitsatz 1 und passim – Zweitregister; s. auch BVerfG 22.2.2001, R 19 – Ankaufsrecht; zur Bedeutung der Näher-Dran-Theorie bei der verfassungsrechtlichen Bewältigung der Globalisierung näher ENGEL European Business Organisation Law Review 2001e.

116 BVerfG 8.2.2001, R 27 – Sachenrechtsmoratorium.

gerechten Zuständen käme. Es muss also schon so schlimm sein, dass das Schimpfwort „Summum ius, summa iniuria“ passt.

4. Regelungsfolgeprobleme

Viele Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts sind nicht mit Regelungsproblemen befasst, sondern mit Regelungsfolgeproblemen. Der Gesetzgeber entscheidet sich in verfassungsrechtlich legitimer Weise dazu, ein bestimmtes Regelungsziel mit einem bestimmten Instrument zu verfolgen. Tut er das, entsteht aber gerade aus diesem Eingriff ein neues soziales Problem. Es ist dann wie oft in der Medizin: die heilende Arznei gibt es nicht ohne nachteilige Nebenwirkungen. Bildlich gesprochen braucht der Patient dann manchmal noch ein zweites Medikament, damit er unter diesen Nebenwirkungen nicht zu sehr leidet. Die Legitimität des zweiten Eingriffs lässt sich dann nicht isoliert beurteilen. Sie ist vielmehr akzessorisch zur Legitimität des ersten Eingriffs. Genauer: beide Eingriffe müssen als Einheit beurteilt werden. Ob der erste Eingriff übermäßig ist, hängt auch davon ab, welche Folgekorrekturen er unabweisbar macht.

In dieser Weise hat das Bundesverfassungsgericht etwa über die Dienstbereitschaft von Apotheken bei Nacht und an den Wochenenden geurteilt. An sich ist die Dienstpflicht mit dem Wunsch nach der Arzneimittelversorgung der Bevölkerung zu rechtfertigen. „Die ständige Dienstbereitschaft der Apotheken kann aber in Regionen mit geringer Apothekendichte zu einer Überforderung des Apothekers und seines pharmazeutischen Personals [...] führen“. Deshalb ist grundsätzlich zu billigen, dass der Gesetzgeber den Apotheken für die übrigen Tage strikt limitierte Öffnungszeiten auferlegt hat¹¹⁷.

Regelungsfolgeprobleme treten aber auch dann auf, wenn das Verfassungsgericht dem Gesetzgeber gestattet, auf älteren Regelungen aufzubauen. An sich durchbricht das Gericht damit die Logik des Übermaßverbots. Der Rekurs auf den normativen Ausgangspunkt wird vorzeitig abgeschnitten. Akzeptabel ist das nur dort, wo ein verfassungsrechtlich legitimes Interesse an der Stabilität des überkommenen Regimes besteht. So hat das Bundesverfassungsgericht die Altersgrenze für Vertragsärzte in der gesetzlichen Krankenversicherung zwar mit der Sorge um „die Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherung“¹¹⁸ und um deren „finanzielle Stabilität“ gerechtfertigt¹¹⁹. Es hat aber überdies ausdrücklich festgestellt, dass der Gesetzgeber berechtigt war und ist, die Gesundheitsversorgung der Bevölkerung durch eine gesetzliche Krankenversicherung zu gewährleisten¹²⁰. Vergleichbaren Entscheidungen kann man die ver-

117 BVerfGE 16.1.2002, R 36 – Apothekensonntag.

118 BVerfG 20.3.2001, R 35 – Altersgrenze.

119 Ebd., R 34.

120 Ebd., R 36.

fassungsrechtliche Legitimität der Systementscheidung dagegen bestenfalls zwischen den Zeilen entnehmen¹²¹.

Systementscheidungen der beschriebenen Art betreffen gleichzeitig eine große Zahl von Personen. Sie richten ihr Leben auf dieses Datum ein. Wenn das Verfassungsgericht die Systementscheidung nicht bei jeder Detailänderung zur Disposition stellt, schützt es auch das Vertrauen vieler Menschen. Genauer: der Vertrauensschutz macht ein Regelungsproblem dann zum Regelungsfolgeproblem, wenn es verfassungsrechtlich legitim wird, die alte Regel einstweilen nicht durch eine schonendere zu ersetzen. In dieser Formulierung wird dann auch der Charakter des Abwägungsproblems deutlich. Je mehr zusätzliche grundrechtliche Freiheit durch eine Reform zu gewinnen wäre, desto eher muss es verfassungsdogmatisch doch zum vollen normativen Rekurs kommen.

5. Regulierung zur Erleichterung von Regulierung

Von dem Fall Radio Dreyeckland war bereits die Rede. Der Hörfunkveranstalter hatte gegen die Pflicht Verfassungsbeschwerde eingelegt, alle Sendungen aufzuzeichnen und das Band gegebenenfalls an die Landesmedienanstalt herauszugeben. Das Gericht hat die Vorschrift damit gebilligt, dass nur so die wirksame Aufsicht über Rundfunkveranstalter möglich sei¹²². Der Eingriff wird also damit begründet, dass die Vollziehung des geltenden Rechts vereinfacht wird. Der Gedanke lässt sich verallgemeinern. Flankierende Eingriffe können dem Gesetzgeber erlauben, schneller zu reagieren. Sie können dazu dienen, zusätzliche Informationen für Regelbildung oder Regelanwendung zu beschaffen oder dem Staat Lernprozesse zu ermöglichen.

Das Volkszählungsurteil zeigt aber, dass die bloße Absicht zur Erleichterung von Regulierung nicht automatisch zur Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen genügt. Der Gesetzgeber wollte die Daten ja durchaus in lauterer Absicht erheben. Trotzdem hat ihm das Gericht die flächendeckende Volkszählung im Ergebnis aus der Hand geschlagen¹²³. Die grundrechtsdogmatische Prüfung muss deshalb auf das legitime Ziel zurückgreifen, das der Gesetzgeber in der Hauptsache verfolgt. Der flankierende Eingriff ist nur dann zulässig, wenn dieses Ziel auch dafür gewichtig genug erscheint.

121 S. etwa BVerfG 19.1.2001, R 33 – Prüfverband; BVerfG 27.4.2001, R 5 – Vertragsarzt; BVerfG 23.7.2001, R 33 – Zahnarztwerbung; BVerfG 7.11.2001, R 46 – IHK.

122 BVerfGE 95, 220, 236 – Radio Dreyeckland.

123 BVerfGE 65, 1 – Volkszählung.

6. Zweckbündel

Das Bundesverfassungsgericht rechtfertigt ein und denselben Grundrechtseingriff manchmal gleich mit mehreren Zwecken¹²⁴. Die Pflichtmitgliedschaft einer Genossenschaft im Prüfverband wird gleich mit einer ganzen Vielzahl solcher Aussagen begründet. Sie schafft „einen sachgerechten Ausgleich zwischen dem Recht auf freie Assoziation und den schutzbedürftigen Rechten Dritter“¹²⁵. Zugleich „soll die Position der Genossenschaftsmitglieder im Innenverhältnis zur Genossenschaft gesichert und gestärkt werden“¹²⁶. Überdies dient das Prüfungssystem „auch dem Zweck, die Rechtsform der Genossenschaft als Mittel zur Selbstverwaltung und Selbstorganisation tendenziell wirtschaftlich Schwacher aufrechtzuerhalten und die Voraussetzungen zu schaffen, dass diese Rechtsform im Wirtschaftsleben bestehen kann“¹²⁷. Zudem „bezweckt die vergleichsweise engmaschige Kontrolle angesichts der nicht unerheblichen Bedeutung der Genossenschaften im Wirtschaftsleben auch den Schutz der Allgemeinheit und der Stabilität des gesamten Wirtschaftssystems“¹²⁸. Weiterhin hat das Verfassungsgericht den „dem Genossenschaftsgedanken jedenfalls nicht fernen Gedanken der Binnensolidarität unter den Genossenschaften“ im Blick¹²⁹. Schließlich verweist es darauf, dass „den Belastungen der nicht unerhebliche Vorteil gegenüber [steht], dass den Genossenschaften durch dieses engmaschigere Überprüfungssystem ein besonderes Vertrauen im Rechtsverkehr entgegengebracht wird“¹³⁰.

Zweckbündel sind eine schwere Herausforderung für das Übermaßverbot. Dass ein zweites Instrument all die genannten Ziele gleichzeitig erreicht, kommt praktisch nicht vor. Die unbeschränkte Freiheit des Gesetzgebers zum Schnüren von Zweckbündeln hätte deshalb einen starken immunisierenden Effekt. Der Verfassungsinterpret muss folglich nach Kräften danach trachten, das Bündel aufzuschnüren. Das war die wichtigste Aufgabe der bisherigen Überlegungen. Nebenbedingungen sind eben keine kumulativen Zwecke. Auch Regelungsfolgeprobleme und Eingriffe zur Erleichterung von Regulierung können abgeschichtet werden. Hilfreich ist weiter die bereits eingeführte Unterscheidung zwischen Nebenzwecken und positiven Regulierungsexternalitäten¹³¹. Dass ein Eingriff günstige Nebeneffekte hat, rechtfertigt ihn also noch nicht. Denn der Gesetzgeber könnte den Nebeneffekt ja auch durch eine selbständige Maßnahme erreichen. Schließlich muss ein echtes Zweckbündel nicht notwendig mit einem einzigen Instrument erreicht werden. Das eine, vom Gesetzgeber gewählte Instrument kann deshalb auf der Ebene von Erforderlichkeit und Angemessenheit auch mit einer Kombination mehrerer anderer Instrumente verglichen werden.

124 In der Literatur gibt es anscheinend nur die kurzen Hinweise von HIRSCHBERG 1981, 166 und CLÉRICO 2001, 31 f. auf das Phänomen.

125 BVerfG 19.1.2001, R 26 – Prüfverband.

126 Ebd., R 28.

127 Ebd., R 28.

128 Ebd., R 28.

129 Ebd., R 35.

130 Ebd., R 36. Weitere Beispiele aus der jüngeren Rechtsprechung bilden BVerfG 24.1.2001, R 72 – n-tv; BVerfG 3.5.2001, R 18 – Gewaltspielautomaten; BVerfG 7.11.2001, R 39 und R 42 – IHK; BVerfG 16.1.2002, R 36 – Apothekensonntag.

131 S. oben 3 f).

Beide Lösungen lassen sich an dem Eingangsbeispiel illustrieren. Zunächst lassen sich die vielen, vom Bundesverfassungsgericht genannten Zwecke mit Hilfe von normativer Theorie auf zwei reduzieren. Das Gericht gesteht dem Gesetzgeber die Bewältigung eines Allokationsproblems und eines Verteilungsproblems zu. Das Allokationsproblem besteht aus zwei Informationsasymmetrien. Im Innenverhältnis können die Genossen das Verhalten des Managements nur in Grenzen beobachten. Sie wissen deshalb häufig nicht, ob ein schlechtes Geschäftsergebnis auf dem Versagen des Managements beruht oder auf den Verhältnissen am Markt. Im Außenverhältnis entsteht die Informationsasymmetrie aus der beschränkten Haftung. Wer mit der Genossenschaft kontrahiert, kann im Vorhinein nur in Grenzen abschätzen, ob sie kreditwürdig ist¹³². Weil die Binnen- und Außenkontrolle geschwächt ist, können die Märkte nicht mehr so wirksam dafür sorgen, dass knappe Güter an den Ort der effektivsten Verwendung wandern. Insbesondere wäre zu besorgen, dass Genossenschaften nur wenige Vertragspartner finden. Das Verteilungsproblem sieht das Bundesverfassungsgericht offensichtlich im Verhältnis zwischen großen und kleinen Genossenschaften. Durch ihre Mitgliedschaft im Prüfungsverband soll die große Genossenschaft dafür sorgen, dass überhaupt genossenschaftliche Prüfverbände bestehen. Offensichtlich geht das Bundesverfassungsgericht davon aus, dass die Größenvorteile für das Geschäft der Prüfverbände erheblich sind. Es geht also um ein Problem der Unteilbarkeit. Das Gericht ist besorgt, der Schwellenwert würde sonst nicht erreicht, der die Prüfverbände überhaupt am Leben erhält¹³³.

Die Wirkungen für die Funktionsfähigkeit der Märkte sind eine Folge der beiden Informationsasymmetrien. Nur diese müssen also näher betrachtet werden. Es sind zwei separate normative Probleme. Jedes kann deshalb je für sich mit alternativen Lösungen verglichen werden. Die Einzelheiten gehören in die Theorie der Corporate Governance¹³⁴. Sie belegt, dass es für beide Probleme eine Vielzahl anderer Lösungen gibt. Auch das verteilungspolitische Problem kann zunächst für sich allein untersucht werden. Die Unteilbarkeit bei den Prüfverbänden ist als solche nur ein Regelungsfolgeproblem. Das Verteilungsproblem sieht das Bundesverfassungsgericht nicht in der direkten Förderung kleiner Genossenschaften durch die Leistungen großer Genossenschaften. Vielmehr geht es ihm nur darum, dass die Rechtsform der Genossenschaft gerade für kleine Unternehmen attraktiv ist und erhalten bleiben soll. Deshalb ist alternativ zunächst und vor allem nach anderen Lösungen für die Bewältigung der beiden Informationsasymmetrien zu suchen. Wenn man dafür gar nicht unbedingt einen genossenschaftlichen Prüfverband braucht, erledigt sich das Verteilungsproblem von selbst. Bleibt es erhalten, wäre schließlich zu fragen, warum die Förderung kleiner Unternehmen gerade und nur eine Angelegenheit großer Genossenschaften ist. Im Ergebnis lässt sich also selbst die komplexe Begründung des Bundesverfassungsgerichts im Ausgangsfall soweit reduzieren, dass die immunisierende Wirkung eines Zweckbündels vermieden wird.

132 Eingängig zum Charakter von Informationsasymmetrien FRITSCH, WEIN und EWERS 1999, II.3; zu den Einzelheiten näher SCHWEIZER 1999.

133 Zu Unteilbarkeiten eingängig FRITSCH, WEIN und EWERS 1999, II.2.

134 Umfassend HOPT und WYMEERSCH 1997; HOPT 1998.

III. Zwecke

1. Einführung

Alle bisherigen Überlegungen waren relativ. Müsste das Bemühen um eine Dogmatik des legitimen Zwecks hier enden, wäre die Ratlosigkeit der Verfassungslehre nur auf ein höheres Niveau gehoben. Die ausgefeiltste Dogmatik von Zielhierarchien nützt wenig, wenn die Verfassung keine Vorgaben für die Auswahl des ursprünglichen Zwecks enthält. Denn von irgendeinem normativen Ausgangspunkt aus lässt sich jede staatliche Intervention kunstgerecht begründen. Aus dem gleichen Grunde blieben auch Restriktionen für die Verwendung immunisierender Zwecke wirkungslos. Der Gesetzgeber würde seine Interventionsabsicht dann nur offener formulieren. Auch die saubere Unterscheidung zwischen Zweck und Nebenbedingungen macht nur dann Sinn, wenn die Wahl von Zwecken nicht frei ist. Ebenso wirkungslos bliebe andernfalls die Unterscheidung zwischen Regelungsproblemen und Regelungsfolgeproblemen und die Einsicht in die Eigenständigkeit einer Regulierung zur Erleichterung anderer Regulierung. Auch Zweckbündel werden verfassungspolitisch überhaupt erst dann zum Problem, wenn die Wahl der einzelnen Zwecke verfassungsrechtlich kontrolliert ist.

Genau hier setzt die Skepsis vieler Verfassungsrechtler an. Sie stimmen in den Chor der normativen Relativisten ein¹³⁵. Es gibt keine wissenschaftliche Möglichkeit, zwischen den konkurrierenden normativen Grundnormen zu entscheiden. Die fundamentale normative Relativität ist nicht hintergebar. Alle Wissenschaft kann erst dort einsetzen, wo die politische Entscheidung über den normativen Ausgangspunkt getroffen ist¹³⁶. Daraus wird im nächsten Schritt dann gern auch die Irrelevanz des sozialwissenschaftlichen Gemeinwohldiskurses für das Recht abgeleitet¹³⁷.

Den Skeptikern ist zuzugeben, dass die fundamentale Relativität theoretisch nicht überwindbar ist. Potentiell muss zum Schluss deshalb wirklich unbegründbar entschieden werden. In diesem Sinne kann jeder wissenschaftliche Gemeinwohldiskurs schließlich politisch werden. Das gilt auch für eine sozialwissenschaftlich informierte Dogmatik des legitimen Zwecks. Diese Aussicht ist aber viel weniger erschreckend, als das manchen Verfassungsinterpreten erscheint. Oft wirkt sich die fundamentale normative Relativität auf die konkrete Entscheidung nämlich gar nicht aus. An anderer Stelle habe ich im einzelnen begründet, wie es dazu kommen kann¹³⁸. Hier müssen die beiden wichtigsten Mechanismen genügen. Institutionen können die konkurrierenden normativen Ausgangspunkte manchmal wirksam genug voneinander trennen. Die Systemtheorie nennt diesen Vorgang Differenzierung. Das praktisch wichtigste Beispiel ist die für moderne Industriegesellschaften typische Unterscheidung zwischen privatem Markt und staatlicher Umverteilung. Beim Design der Institutionen einer Marktwirt-

135 Am bekanntesten ist wohl WEBER 1967; weitere Belege bei ENGEL in Engel 1998b.

136 Eindringlich SCHLINK 1976, 190; s. aus den vielen weiteren Stimmen nur noch GRIMM in Grimm 1994, 773: Staatszwecklehren sind „in Verfall geraten“.

137 Explizit VON ZEZSCHWITZ 1967, 81; SCHLINK in Badura und Dreier 2001, 456; dezidiert anderer Ansicht SCHULTE 1970, 94; s. aus soziologischer Sicht auch KAUFMANN in Grimm 1994, 18 f.

138 ENGEL Rechtstheorie 2001g.

schaft kann sich die Rechtsordnung deshalb ganz auf das individualistische Ziel der Effizienz konzentrieren¹³⁹. Wer dabei unfair behandelt wird, wird ja durch die Verteilungspolitik kompensiert¹⁴⁰.

Der zweite Mechanismus verzichtet auf den fundamentalen Streit über Grundnormen, wo es im konkreten darauf gar nicht ankommt. Dass man die normative Frage auch ganz anders konzeptualisieren könnte, braucht den Verfassungsinterpreten nicht zu kümmern, solange das niemand tut. Selbst wenn dieser Streit ganz offen geführt wird, kann er für die Lösung des konkreten Problems doch irrelevant sein, weil alle konkurrierenden Ableitungen zum selben Ergebnis führen¹⁴¹. Das ist weniger verwunderlich, als es beim ersten Lesen erscheinen mag. Denn über das normative Ziel wird nicht frei von Zeit und Raum entschieden. Deshalb wirkt sich die historische Kontingenz des Entscheidungsvorgangs auf das Entscheidungsergebnis aus. Fairerweise muss man allerdings hinzufügen, dass diese Medizin bei der Entscheidung im Einzelfall stärker wirkt als bei der Beurteilung der allgemeinen Regeln eines Gesetzes. Irgendjemand wird sich schließlich immer finden, der den Konsens nicht teilt. Ist er zugleich der Beschwerdeführer, kann das Gericht der Entscheidung zwischen den konkurrierenden normativen Ausgangspunkten nicht ausweichen. Dass einige wenige Personen einem breiten gesellschaftlichen Konsens über die Lösung fernbleiben, hindert das Gericht dagegen noch nicht, den Konsens bei seiner Entscheidung zu verwerten¹⁴².

Im übrigen ist das Problem bei näherem Zusehen meist weniger scharf, als es den Skeptikern erscheint. Denn für den unaufgelösten Widerspruch zwischen konkurrierenden normativen Prinzipien verwenden die Juristen in ihrem Alltag ja einen viel weniger dramatischen Begriff. Sie sprechen von Abwägung. Wenn man den Begriff ernst nimmt, darf man ihn allerdings nicht auf ein bloßes Rechenexempel verkürzen. Fundamentale Relativität bedeutet, dass die widerstreitenden normativen Kategorien nicht ineinander übersetzt werden können¹⁴³. Darüber setzt sich auch die Verfassung nicht hinweg. Sie enthält also keine künstliche einheitliche Elle, mit der für die Zwecke des Rechts an jedem normativen Belang Maß genommen würde¹⁴⁴. Die Verfassung verlangt nur, dass schließlich entschieden wird. Im Konkreten enthält sie allerdings manchmal ausdrücklich selbst die Entscheidung¹⁴⁵. So steht nach Art. 87 f II 1 GG und Art. 143 b GG fest, dass die Deutsche Bundespost privatisiert und in den Wettbewerb entlassen werden muss. Dem kann kein Verfassungsinterpret den letztlich nicht auflösbaren normativen Konflikt zwischen Allokation und Verteilung entgegenhalten.

139 Es sollte allerdings nicht auf allokativen Effizienz verengt werden, sondern Allokation ins rechte Verhältnis zu Evolution setzen, näher ENGEL in Depenheuer, Engel und von Danwitz 2002b, 59-62.

140 Näher ENGEL in Einhorn 2002c.

141 Näher ENGEL Rechtstheorie 2001g, 44-47.

142 Auf Dauer genügt diese Art des Pragmatismus allerdings nicht. Man braucht ein Verfahren, das sagt, wann Abweichungen unterhalb der normativen Relevanzschwelle bleiben und deshalb ignoriert werden können. In ihrem eigenen Geschäft ist den Juristen dieses Problem bestens vertraut. Sie lösen es mit der Unterscheidung zwischen (ernstzunehmenden) Mindermeinungen und (zu ignorierenden) „abwegigen“ Positionen.

143 Näher ENGEL Rechtstheorie 2001g, 25-31.

144 Das ist letztlich der in der Durchführung faszinierenden Position von ALEXY Die Gewichtsformel 2002b entgegenzuhalten.

145 Darauf weist LERCHE 1999, XX zu Recht hin.

der organisierten „Vertretung der gewerblichen Wirtschaft“, also mit der Partizipation an der staatlichen Regelbildung gerechtfertigt²⁰⁹.

IV. Soziale Probleme

Die Grundrechtsdogmatik spricht vom „legitimen Ziel“. In diesem Begriff kommt die Wirklichkeit zunächst einmal nicht vor. Welche Ziele legitim sind, scheint eine reine Frage des normativen juristischen Diskurses. Deshalb eignet sich dieses Tatbestandsmerkmal ja als dogmatische Schnittstelle zur Staatsaufgabenlehre oder, moderner, zu normativer sozialwissenschaftlicher Theorie. Die Wirklichkeit tritt in dieser Vorstellung erst danach auf den Plan. Sie muss sich an den dogmatischen Aussagen über die Legitimität des Ziels messen lassen. Sie ist dogmatisch gesprochen der Sachverhalt, der unter die verfassungsrechtlichen Aussagen über die Legitimität des Ziels zu subsumieren ist. Zumindest ist die Subsumtion einer allgemeinen gesetzlichen Regel unter das Übermaßverbot aber ein viel voraussetzungsvollerer Vorgang als die Anwendung einer allgemeinen Regel auf einen Einzelfall (1). Sieht man näher hin, ist die Herausforderung sogar noch stärker. Denn es gibt einen inneren Zusammenhang zwischen der Bestimmung des legitimen Ziels und der Definition eines lösungsbedürftigen sozialen Problems (2). Ist man einmal so weit, entdeckt man eine dritte Herausforderung. Die politischen Institutionen definieren ein Problem gar nicht so selten deshalb als lösungsbedürftig, weil es die Bevölkerung oder die öffentliche Meinung so empfinden. Ist aber auch vor der Verfassung akzeptabel, dass Grundrechte allein um der öffentlichen Besorgnis willen eingeschränkt werden (3)? Schließlich ist die Wirklichkeit immer komplizierter als jede Theorie. Ohne theoretische Stütze lassen sich allgemeine Regeln aber nicht formulieren. Wie weit darf sich der Gesetzgeber dann durch Typisierung auf die Seite der Theorie schlagen (4)?

1. Subsumtion

Hund beißt Mann: wie ist die Rechtslage? An solchen Beispielen lernt ein Jurist die Kunst der Subsumtion. Er findet in § 833,1 BGB die zentrale Anspruchsgrundlage. Durch einen Blick in die Kommentare verschafft er sich eine Vorstellung vom Konzept des Tierhalters und von der Unterscheidung zwischen Luxus- und Nutztieren. Normtext und Anwendungspraxis generieren hier also zusätzliche Fragen an die Rechtswirklichkeit. Diese Fragen sind im Normalfall einfach zu beantworten. Allenfalls scheitert der Anspruch, weil der beweisbelasteten Partei der Beweis nicht gelingt.

Scheinbar ist es bei der Subsumtion eines Gesetzes unter die Anforderungen des Übermaßverbots nicht anders. Der Gesetzgeber verbietet den Einsatz eines toxischen Stoffes. Dadurch greift er in die von Art. 2 I, vielleicht auch von Art. 12 I GG geschützte unternehmerische Handlungsfreiheit ein. Keines der beiden Grundrechte hat benannte Schranken. Der Gesetz-

209 BVerfG 7.1.2001, R 39 – IHK.

geber kann deshalb ohne dogmatische Umwege auf den Wunsch nach dem Schutz von Mensch, Tier, Pflanze und Naturhaushalt verweisen. So weit, so gut. Aber was heißt, der Stoff ist toxisch? Welcher chemische oder biologische Prozess kann welche nachteiligen Folgen auf die Leistungsfähigkeit welches natürlichen Organismus haben? Wie müssen Stoff und Organismus miteinander in Berührung kommen, damit diese Wirkung eintritt? Macht die für lebende Organismen charakteristische Regenerationskraft die nachteilige Wirkung schnell wieder rückgängig? Welche Dosis kann welcher Organismus einmalig oder über einen längeren Zeitraum tolerieren? Welche Vorschädigungen machen welche Organismen anfälliger?

Bereits diese kurze Liste von Fragen zeigt, dass die Prüfung einer allgemeinen Regel am Übermaßverbot praktisch immer eine Entscheidung unter Unsicherheit ist²¹⁰. Hier ist nicht der Ort, um eine Dogmatik für rechtliche und insbesondere gesetzgeberische Entscheidungen unter Unsicherheit zu entwickeln²¹¹. Der Blick auf die Behandlung des Problems durch das Bundesverfassungsgericht muss genügen.

Manchmal stützt es seine Entscheidung auf eine eigene Prognose. So hat es das Verbot der Fernsehaufnahme von Gerichtsverhandlungen etwa wie folgt begründet:

„Viele Menschen verändern ihr Verhalten in Anwesenheit von Medien. Manche fühlen sich durch die Medienaufnahmen beflügelt, andere gehemmt. [...] Der Prozess der Wahrheitsfindung kann auch leiden, wenn die am Verfahren beteiligten Personen versucht sind, ihr Verhalten an der erwarteten Medienwirkung auszurichten“²¹².

Die abweichende Meinung dreier Richter stützt sich explizit auf die Ergebnisse sozialwissenschaftlicher Forschung²¹³. In anderen Entscheidungen gesteht das Gericht dem Gesetzgeber dagegen einen Spielraum für die Einschätzung tatsächlicher Zusammenhänge zu. So hat es das Verbot des Schächten im Tierschutzgesetz nicht an wissenschaftlichen Zweifeln darüber scheitern lassen, ob die vorherige Betäubung dem Tier eigentlich wirklich weniger Schmerzen und Leiden bereitet²¹⁴. Je komplexer der zu beurteilende Sachverhalt ist, desto weiter zieht

210 JAKOBS 1985, 200-212; SCHLINK in Badura und Dreier 2001, 455; ALEXY Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 2002a, 27 spricht stattdessen von „epistemischen Spielräumen“; aus der älteren Literatur siehe die knappen Hinweise bei VON ZEZSCHWITZ 1967, 108 f. und 165; MARTENS 1969, 191.

211 Dazu SPIECKER GEN. DÖHMANN in Lege 2001; s. auch ENGEL, HALFMANN und SCHULTE 2002 und dort insbes. ENGEL in Engel, Halfmann und Schulte 2002d.

212 BVerfG 24.1.2001, R 82 – n-tv, s. auch ebd. R 81 und BVerfG 19.1.2001, R 30 – Prüfverband.

213 BVerfG 24.1.2001, R 94: „Parallel dazu hat Öffentlichkeit einen grundlegenden Funktionswandel erfahren (siehe dazu Habermas, Strukturwandel der Öffentlichkeit, 5. Aufl. 1996). Gegenwärtig werden neue nachhaltige Veränderungen beobachtet, die etwa in dem Begriff der Informationsgesellschaft gebündelt werden (vgl. etwa Bundesministerium für Wirtschaft <Hrsg.>, Die Informationsgesellschaft, 2. Aufl. 1997; Schlussbericht der Enquete-Kommission Zukunft der Medien in Wirtschaft und Gesellschaft – Deutschlands Weg in die Informationsgesellschaft, 1998). Neue elektronische Techniken, Kommunikationsinfrastrukturen, Präsentationsformen sowie Medieninhalte sind entstanden. Die Medien sind zu wichtigen Begleitern fast aller Bürger geworden. Sie prägen große Zeiteinheiten des Tagesablaufs und bestimmen die Kommunikation der Bürger nachhaltig (vgl. Berg/Kiefer <Hrsg.>, Massenkommunikation, Band V, 1996, S. 25 ff [...].“; s. auch BVerfG 3.4.2001, R 64 f. – Pflegeversicherung Kinder.

214 BVerfG 15.1.2002, R 39 – Schächten.

das Gericht den Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers²¹⁵. Der Gesetzgeber darf sich dabei grundsätzlich auch auf modellhafte Annahmen stützen²¹⁶. Er kann den status quo übergangsweise aufrecht erhalten, so lange zu unsicher ist, wie alternative Lösungen wirken würden²¹⁷. Ja der Gesetzgeber darf sich schließlich sogar über die empirischen Annahmen des Bundesverfassungsgerichts in älteren Urteilen hinwegsetzen²¹⁸. Auch dann, wenn er unter Unsicherheit entscheidet, muss der Gesetzgeber aber verfassungsrechtliche Grenzen einhalten. Sie hängen von der Eigenart des Sachbereichs, von den verfügbaren Erkenntnismitteln und von der Bedeutung der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter ab²¹⁹. Wenn er unter Unsicherheit entschieden hat, muss der Gesetzgeber seine Entscheidung überprüfen, sobald mehr Sicherheit besteht²²⁰.

2. Definition des sozialen Problems

Subsumtion ist ein hermeneutischer Vorgang. Der Blick wandert zwischen Sachverhalt und Norm hin und her. Erst am Ende dieses Vorgangs steht fest, welcher Teil der Wirklichkeit zur Rechtswirklichkeit geronnen ist. Erst durch das Verfahren der Subsumtion definiert sich die Rechtsordnung also das lösungsbedürftige Problem. Nun sind die meisten Rechtsprobleme gottlob keine bloßen binnenjuristischen Konstruktionen. Sie stehen vielmehr im Zusammenhang mit einem sozialen Problem. Wenn der Hund den Mann gebissen hat, hat der Mann Schmerzen. Er muss behandelt werden. Vermutlich will er auch Genugtuung. Die erwähnte Tierhalterhaftung sieht aber nur die ersten beiden Probleme. Der Mann erhält seine Heilungskosten ersetzt und bekommt ein Schmerzensgeld. Seinen Wunsch nach Genugtuung arbeitet die Rechtsordnung an anderer Stelle, nämlich im Strafrecht ab. Da man dem Tierhalter im Normalfall keinen strafrechtlichen Schuldvorwurf machen kann, fällt dieses Interesse letztlich aus.

Grundsätzlich ist es bei der Prüfung allgemeiner Regeln an den Grundrechten nicht anders. Das Rechtsproblem ist die Vereinbarkeit der Regel mit dem höherrangigen Verfassungsrecht. Weil das voraussetzt, dass der Gesetzgeber ein legitimes Ziel verfolgt, ist die Bestimmung des Rechtsproblems rückgekoppelt an ein soziales Problem. Sie ist damit aber nicht notwendig identisch. Vielmehr muss die Grundrechtsdogmatik auch darüber entscheiden, welche Teile der sozialen Wirklichkeit das Recht überhaupt wahrnimmt. Die Übersetzung des sozialen Problems in ein Rechtsproblem kann es auch inhaltlich umformen²²¹.

215 BVerfG 20.3.2001, R 46 – Altersgrenze; BVerfG 3.4.2001, R 63 – Pflegeversicherung Kinder.

216 BVerfG 18.1.2001, R 12 – Leitungsrecht; BVerfG 3.4.2001, R 53 – Karenztage.

217 BVerfG 8.2.2001, R 32 – Sachenrechtsmoratorium.

218 BVerfG 20.3.2001, R 45 – Altersgrenze. Vermutlich ist allerdings nicht zufällig, dass das Gericht gerade in diesem Fall reiche Nachweise aus der empirischen sozialwissenschaftlichen Literatur zitiert.

219 BVerfG 24.1.2001, R 99 – n-tv (abweichende Meinung).

220 BVerfG 3.4.2001, R 63 – Pflegeversicherung Kinder; BVerfG 24.1.2001, R 99 – n-tv (abweichende Meinung).

221 An unerwarteter Stelle findet sich die folgende, treffende Beschreibung des Problems: „Die Formulierung von Zielen stellt daher zwar die Basis dar, gleichzeitig aber nur einen ersten Schritt bei der Institutionali-

In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 2001 kommt dieser Gedanke am klarsten in der folgenden Passage zum Ausdruck, die eigentlich nicht hierher gehört:

„Ob eine Handlung als verwerfliche Nötigung zu bewerten ist, lässt sich ohne Blick auf den mit ihr verfolgten Zweck nicht feststellen. Mit der Bewertung des zugrunde liegenden Zwecks wird zugleich eine Weiche für die Verwerflichkeitsprüfung gestellt. Erfolgt das Verhalten im Schutzbereich des Art. 8 GG, muss die Bestimmung des relevanten Zwecks von der wertsetzenden Bedeutung dieses Grundrechts geleitet sein“²²².

Auch sonst gibt es jedoch einen inneren Zusammenhang zwischen dem Schutzniveau des Grundrechts im Einzelfall und der Großzügigkeit oder Strenge bei der Definition des verfassungsrechtlich relevanten sozialen Problems²²³.

Durch die Unterscheidung zwischen dem sozialen Problem und dem Rechtsproblem lässt sich schließlich auch die Sorge um eine immunisierende Definition des legitimen Ziels besser bewältigen²²⁴. Entscheidend ist schließlich nämlich nicht, wie komplex die Wirklichkeit ist. Vielmehr kommt es darauf an, einen wie komplexen Ausschnitt der Wirklichkeit die Verfassung dem Gesetzgeber erlaubt, auf einmal anzugehen. Je höher das Schutzniveau des Grundrechts im Einzelfall ist, desto mehr muss sie den Gesetzgeber zwingen, seine normativen Absichten in einzeln kontrollierbare Teilregelungen aufzulösen. In diesem Lichte wird deutlich, wie verfassungspolitisch brisant eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Reform der gesetzlichen Krankenversicherung ist:

„Verfolgt der Gesetzgeber ein komplexes Ziel – wie die finanzielle Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherung – mit vielfältigen Mitteln, ist eine Maßnahme nicht ungeeignet, weil die Betroffenen andernorts größere Einsparpotenziale sehen“²²⁵.

Das Beispiel belegt: letztlich entscheidet die enge oder weite Definition des verfassungsrechtlich relevanten sozialen Problems über die Wirkkraft der Grundrechte.

3. Wahrgenommene versus „wirkliche“ soziale Probleme

In unserem Alltag sind wir umstellt von Gefahren. Im Straßenverkehr sterben jährlich Tausende und noch viel mehr werden verletzt. Lebensmittel können von Krankheitserregern ver-

sierung von Suchprozessen [...]. Letztlich kommt es darauf an, ob und zu welcher Verständigung auf gemeinsame und verbindliche Ziele ein solcher Such- und Lernprozeß führen kann. Ziele sind damit gleichzeitig Impuls und mögliches Ergebnis von Nachhaltigkeitsstrategien“, Konzept Nachhaltigkeit 1998, 33.

222 BVerfG 24.10.2001, R 55 – Blockade.

223 Vgl. aus der Literatur GRABITZ Archiv des öffentlichen Rechts 1973, 616; WENDT Archiv des öffentlichen Rechts 1979, 418, 438 und passim; HIRSCHBERG 1981, 226-231; DECHSLING 1989, 33; BUMKE 1998, 101; LERCHE 1999, XIX; erneut ist dabei mit ALEXY Die Gewichtsformel 2002b zu betonen, dass es nicht allein und nicht einmal vorrangig auf das abstrakte Gewicht des jeweils einschlägigen Grundrechts ankommt, sondern auf seinen Schutzgehalt im konkreten Fall.

224 S. oben II 2.

225 BVerfG 20.3.2001, R 31 – Altersgrenze.

seucht und mit giftigen Chemikalien behandelt sein. Ein einziger Virus kann die intellektuelle Arbeit von Monaten zerstören und uns unseres elektronischen Gedächtnisses berauben. Trotzdem fahren wir Auto, essen wir Fleisch und tauschen wir e-mails. Dass Gefahren lauern, wissen wir irgendwie schon. Aber wir halten uns nicht konkret für gefährdet. Mit einem Skandal nach Art der BSE-Krise kann sich das schlagartig ändern. Dann isst eine ganze Republik monatelang kein Fleisch mehr, bis der 11. September ein anderes, noch größeres Risiko ins Zentrum der Aufmerksamkeit rückt²²⁶. Auch jenseits der aktualisierenden Wirkung von Skandalen unterscheidet sich die öffentliche Wahrnehmung von Risiken erheblich von ihrer Wahrnehmung durch die jeweils einschlägigen Experten²²⁷.

Das rituelle Schächten hat das Bundesverfassungsgericht zur Auseinandersetzung mit diesem Problem gezwungen. Das Gericht hat sich dabei ganz offen auf die Seite der öffentlichen Wahrnehmung geschlagen:

„Diesen Konsequenzen für gläubige muslimische Metzger und ihre ebenfalls gläubigen Kunden steht gegenüber, dass der Tierschutz einen Gemeinwohlbelang darstellt, dem auch in der Bevölkerung ein hoher Stellenwert beigelegt wird. Der Gesetzgeber hat dem dadurch Rechnung getragen, dass er Tiere nicht als Sachen, sondern als – schmerzempfindende – Mitgeschöpfe versteht“²²⁸.

Oder noch deutlicher:

„Das ist ein legitimes Regelungsziel, das auch dem Empfinden breiter Bevölkerungskreise Rechnung trägt“²²⁹. „Über das Instrument der Ausnahmegenehmigung soll ein Weg eröffnet werden, der es erlaubt, öffentlicher Kritik am religiös motivierten Schlachten ohne Betäubung insbesondere in Form sogenannter Haus- und Privatschlachtungen zu begegnen“²³⁰.

Man wird das nicht in Bausch und Bogen verurteilen können²³¹. Manchmal ist die soziale Wahrnehmung sogar das eigentliche soziale Problem. So hat das Bundesseuchengesetz des Jahres 1963 die Impfung gegen Kinderlähmung mit lebenden Impfstoffen weiterhin erlaubt. Der Gesetzgeber wusste, dass damit ein, wenn auch geringes, Risiko verbunden ist, dass Dritte vom Impfling angesteckt werden. Er hat es trotzdem bei der herkömmlichen Impfung belassen. Denn er rechnete damit, dass die alternative intravenöse Impfung mit abgetöteten Keimen in der Bevölkerung nicht ausreichend akzeptiert werden würde. Ohne eine ver-

226 Anschaulich JAPP in Engel, Halfmann und Schulte 2002; SCHULTE in Engel, Halfmann und Schulte 2002.

227 Anschaulich PILDES und SUNSTEIN *University of Chicago Law Review* 1995.

228 BVerfG 15.1.2002, R 45 – Schächten.

229 Ebd., R 36.

230 Ebd., R 50; s. auch BVerfG 22.2.2001, R 27 – Ankaufsrecht: „Damit ging häufig, insbesondere bei den Inhabern von Nutzungsrechten, auch das Bewusstsein einer eigentümerähnlichen Stellung hinsichtlich der Grundstücke einher [...]. Diese schützenswerte Position der Nutzer durfte (und musste) daher vom Gesetzgeber bei der Neugestaltung der Eigentumsordnung auch im Lichte von Art. 14 GG berücksichtigt werden.“

231 Nuancierend CALABRESI 1985, 61 und 72; SUNSTEIN *Stanford Law Review* 1996, 264, 267 und 293; vehement ablehnend dagegen VISCUSI *Risk Equity* 2000, 32.

gleichsweise hohe Impfdichte ist ein wirksamer Schutz gegen eine Kinderlähmungsepidemie aber nicht möglich²³².

Andererseits muss der Staat den Betroffenen erklären können, warum er in ihre Freiheit oder in ihr Eigentum eingreift. Wie schwer das sein kann, zeigt ein anderes Beispiel aus dem Recht der Seuchenabwehr. Der Gesetzgeber sah sich zu der Klarstellung veranlasst, dass Gegenstände der Kranken nur dann vernichtet werden dürfen, wenn sie wirklich mit dem Erreger behaftet sind oder dies jedenfalls anzunehmen ist. Der Gesetzgeber reagierte damit auf Fälle, in denen die Behörden zur Beruhigung der Bevölkerung völlig harmlose Gegenstände der Kranken verbrannt hatten²³³. Letztlich geht es also auch hier nur im Wege der Abwägung. Kann der Gesetzgeber zur Begründung für einen Eingriff nicht mehr als öffentliche Unruhe angeben, muss die Besorgnis für ein gewichtiges Grundrecht sehr schwer wiegen, der Eingriff dagegen leicht sein. Ebenso liegt es, wenn erst die öffentliche Erregung ein naturwissenschaftliches oder soziales Phänomen zum sozialen Problem macht.

4. Typisierung

Auch Typisierung lässt sich als Unterschied zwischen dem sozialen Problem und der Definition des Rechtsproblems begreifen. Das Recht ignoriert einen Teil der realen Komplexität. Es behandelt jeden Fall als einen Durchschnittsfall oder nimmt jedenfalls nicht die ganze Bandbreite der Unterschiede auf²³⁴.

Typisierung ist ein zentraler Topos in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Legitimität gesetzgeberischer Ziele²³⁵. Der Gesetzgeber darf typisieren, um Regulierungskosten zu sparen. Dieser Gesichtspunkt hat vor allem dann Gewicht, wenn er Massenerscheinungen bewältigen muss²³⁶. Er darf dabei auch an die Verständlichkeit und Praktikabilität der Normen denken²³⁷. Er darf weiter typisieren, um Streitigkeiten über die Auslegung schwer zu subsumierender Begriffe zu vermeiden²³⁸. Typisierung ist auch dann zulässig, wenn andernfalls die Gefahr bestünde, dass das legitime Ziel des Gesetzgebers sonst weitgehend unwirksam bliebe²³⁹. Schließlich kann er von weiteren Differenzierungen absehen, um die Funktionsfähigkeit eines Gerichtsverfahrens zu sichern²⁴⁰. Die Freiheit zur Typisierung ist

232 BT Drs. IV/397, 3; näher TIMME 2001, insbes. 134.

233 § 10 a BSeuchG in der Fassung des Vierten Änderungsgesetzes, dazu ebd., 129 f.

234 Aus der Literatur s. vor allem BÖHM 1996 und weiter etwa LERCHE in Isensee und Kirchhof 2000, §122, R 18.

235 S. außer den sogleich noch näher geschilderten Entscheidungen BVerfG 19.1.2001, R 35 – Prüfverband; BVerfG 24.1.2001, R 84 – n-tv; BVerfG 8.2.2001, R 38 – Sachenrechtsmoratorium; BVerfG 3.4.2001, R 62 – Pflegeversicherung Wahlrecht.

236 BVerfG 3.4.2001, R 67 – Pflegeversicherung Wahlrecht; BVerfG 22.5.2001, R 39 – Gesundheitsstrukturgesetz.

237 BVerfGE 97, 186, 195 – Kündigungsschutz.

238 BVerfG 22.2.2001, R 35 – Ankaufsrecht.

239 BVerfG 22.5.2001, R 39 – Gesundheitsstrukturgesetz.

240 BVerfG 24.1.2001, R 87 – n-tv.

aber nicht grenzenlos²⁴¹. Insbesondere muss der Gesetzgeber seiner Regel auch wirklich einen typischen Fall zugrunde legen²⁴². Außerdem muss er beobachten, ob der ursprünglich typische Fall später untypisch wird²⁴³.

V. Kompetenzen

Die Dogmatik des legitimen Ziels entscheidet nicht nur darüber, wie viel Schutz der Bürger gegen den Gesetzgeber erhält. Vielmehr entscheidet sie unvermeidlich zugleich auch darüber, wie die Macht zwischen dem Gesetzgeber und dem Bundesverfassungsgericht verteilt ist²⁴⁴. Dafür gibt es drei dogmatische Stellschrauben: das Ausmaß der Freiheit des Gesetzgebers zur Wahl von Regelungszielen (1). Seine verfassungsrechtlichen Pflichten bei der Aufklärung des Sachverhalts (2). Schließlich das Ausmaß seiner Freiheit zur Definition des regelungsbedürftigen sozialen Problems (3). Welche Bedeutung hat es, wenn der Gesetzgeber (ausnahmsweise) ausdrücklich sagt, welches Ziel er im Auge hatte (4)? Auf welchen Zeitpunkt kommt es an: den Erlass des Gesetzes oder die letzte mündliche Verhandlung vor dem Bundesverfassungsgericht (5)?

1. Zweckwahl

Es scheint beinahe schon einer der seltenen Fälle, in denen sich die Verfassungsjuristen einig sind: der Gesetzgeber ist frei bei der Wahl von Regelungszielen²⁴⁵. Nur, wenn man ganz genau sucht, findet man wenigstens vorsichtige Skepsis. Die Bestimmung des legitimen Ziels dürfe nicht dem „Dezisionismus überantwortet“ werden²⁴⁶. Das Grundgesetz setze dem Gesetzgeber wenigstens überhaupt einen Rahmen, wenn auch einen sehr weiten²⁴⁷. Die Verfassung ziehe wenigstens „jene äußersten Grenzen der Gerechtigkeit, vor denen das Entsch-

241 S. außer den sogleich näher erläuterten Entscheidungen BVerfG 24.1.2001, R 88 und (abweichende Meinung) R 100 – n-tv; BVerfG 1.8.2001, R 20 f. – Generika.

242 BVerfG 24.1.2001, R 86 – n-tv; BVerfG 27.4.2001, R 13 – Vertragsarzt.

243 Anschaulich BVerfG 3.4.2001, R 62 – Pflegeversicherung Kinder: „Die Benachteiligung der beitragspflichtigen Versicherten mit Kindern gegenüber kinderlosen Mitgliedern der sozialen Pflegeversicherung, die jeweils der Generation der Beitragszahler angehören, kann der Gesetzgeber so lange vernachlässigen, wie eine deutliche Mehrheit der Versicherten Erziehungsleistungen erbracht hat. Der Gesetzgeber kann unter solchen Umständen von seinem Recht zur Generalisierung Gebrauch machen und von einer die Erziehungsleistung berücksichtigenden Differenzierung der Beiträge absehen“.

244 Besonders deutlich SCHLINK in Badura und Dreier 2001, 456, 461 und 462; s. auch schon SCHLINK 1976; ähnlich skeptisch BÖCKENFÖRDE Neue Juristische Wochenschrift 1976, 2091-2099.

245 Die folgende Liste ist mit Sicherheit nicht vollständig; MARTENS 1969, 186 f; SCHULTE 1970, 75 „Alle Gesichtspunkte, die der Gesetzgeber positiv berücksichtigt, sind öffentliche Interessen“; HAVERKATE 1983, 117 „Zwecksetzung durch den Gesetzgeber“; KIRCHHOF in Kirchhof und Isensee 1996, R 25; BUMKE 1998, 217 Grundrechtsvorbehalt als „Ermächtigung zur Gestaltung des Gemeinwesens“; LERCHE 1999, XII, XV und passim; ISENSEE in Isensee und Kirchhof 2000, § 111, R 73 „Die Verfassung lässt dem Gesetzgeber Ermessen, sein Ziel zu wählen innerhalb der relativ wenigen und weitmaschigen Vorgaben, die sie für die (durchwegs ungeschriebenen) Staatsaufgaben enthält“; SCHLINK in Badura und Dreier 2001, 450

246 GRABITZ 1976, 77.

247 SCHULTE 1970, 74.

ungsprimat des demokratischen Gesetzgebers zu weichen hat“²⁴⁸. Wenigstens „fiskalische Bereicherungswünsche“ und „soziale Umschichtungen und Konfiskationen, deren Zweck sich in der Umschichtung selbst und der Vernichtung von Rechtspositionen an sich erschöpft“ scheiden aus. Aber „die legislatorische Kompetenz [endet] erst dort, wo sie ausschließlich im Privatinteresse einer oder mehrerer bestimmter Einzelpersonen missbraucht wird“²⁴⁹.

Auch mit diesen zögernden Zugeständnissen bleibt vom Freiheitsschutz gegen den Gesetzgeber praktisch nichts mehr übrig. Denn die Überlegungen zur Binnenstruktur des juristischen Diskurses über legitime Zwecke haben ja gezeigt, dass der Gesetzgeber nicht einmal virtuos sein muss, um für praktisch jede Intervention in Freiheit und Eigentum ein passendes Ziel zu finden. Wer für mehr Verfassungskontrolle streitet, nimmt dem Gesetzgeber damit auch nicht die Freiheit zur Entscheidung über politische Prioritäten. Er wird nicht zum Exekutivorgan normativer Theorie. Er muss sich nur gefallen lassen, dass das, was er tatsächlich tut, mit der Elle normativer Theorie nachgemessen wird²⁵⁰.

2. Aufklärung des Sachverhalts

Das Recht überwindet Unsicherheit gar nicht selten dadurch, dass es mit Autorität Wirklichkeit konstruiert. Das geschieht etwa, wenn ein Gericht nach Beweislast entscheidet. Außerhalb der Welt der Juristen bleibt nach wie vor zweifelhaft, ob die behauptete Tatsache wahr oder falsch ist. Vielleicht gibt es sogar eine einfache Möglichkeit, ihre Wahrheit zur allgemeinen Überzeugung darzulegen. Für das Recht steht nun trotzdem fest, dass die behauptete Tatsache nicht vorliegt. Nur so kann die Rechtsordnung nämlich ein non liquet vermeiden. Wenn das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber einen Einschätzungs- und Prognosespielraum zugesteht, hat das dieselbe Wirkung. Für das Verfassungsrecht steht einstweilen fest, dass die tatsächlichen Erwartungen des Gesetzgebers zutreffen²⁵¹. Er darf sich dabei auch auf modellhafte Überlegungen stützen²⁵². Es genügt, wenn er „plausible Annahmen“ machen kann²⁵³.

In jüngster Zeit wird allerdings das Bemühen des Gerichts erkennbar, dem Gesetzgeber strengere Vorgaben für die Sachverhaltsermittlung zu machen²⁵⁴. Gelegentlich übernimmt das Ge-

248 VON ZEJSCHWITZ 1967, 184.

249 Alle Zitate von MARTENS 1969, 188.

250 Vgl. KIRCHHOF in Kirchhof und Isensee 1996, § 59, R 28 „Das Grundgesetz schreibt die Ziele nicht vor, begrenzt aber den Spielraum gesetzgeberischer Zielfindung“.

251 Umfassend MEBERSCHMIDT 2000; als Kontrast s. SCHWERTFEGER in Stödter 1977; aus der Rechtsprechung s. jüngst wieder BVerfG 15.1.2002, R 39 – Schächten.

252 BVerfG 20.3.2001, R 51 f. – Altersgrenze (der Gesetzgeber hatte ein Anreizmodell zu Grunde gelegt).

253 BVerfG 27.4.2001, R 7 – Vertragsarzt: „Er konnte sich dabei auf plausible Annahmen stützen. Unter Hinweis auf eine Reihe von wissenschaftlichen Untersuchungen hat der Gesetzgeber auf das "Phänomen der angebotsinduzierten Nachfrage" (BTDrucks 12/3608, S. 98) hingewiesen“.

254 Deutlich BVerfG 3.4.2001, R 71 f. – Pflegeversicherung Wahlrecht: „Deshalb hat der Gesetzgeber zu prüfen, ob nicht auch die Funktionsfähigkeit der privaten Pflegeversicherung auf längere Sicht entscheidend davon abhängt, dass in ausreichendem Maße neue Prämienzahler nachwachsen. Tragen auch in der privaten Pflegeversicherung Versicherungsnehmer mit Kindern zusätzlich zu ihrem Geldbeitrag einen erheblichen generativen Beitrag zur Aufrechterhaltung des Versicherungssystems bei, ist es [...] mit Art. 3

richt die Sachverhaltsermittlung sogar selbst²⁵⁵. Auch genügt ihm nicht, dass sich der Gesetzgeber einmal bei Verabschiedung des Gesetzes über den Sachverhalt vergewissert. Er muss vielmehr künftig beobachten, ob sich die Verhältnisse in relevanter Weise ändern²⁵⁶. Noch weiter geht die Minderheitsmeinung der Entscheidung über die Fernsehaufnahme von Gerichtsverhandlungen. Sie verlangt vom Gesetzgeber, dass er die Erfahrungen in Parallelfällen²⁵⁷ und im Ausland auswertet²⁵⁸, und dass er Pilotprojekte durchführt²⁵⁹.

3. Problemdefinition

Die Bestimmung eines normativen Anliegens und die Wahrnehmung eines bestimmten Ausschnitts der Wirklichkeit müssen schließlich zur Definition eines sozialen Problems als Rechtsproblem zusammengeführt werden²⁶⁰. Wer diese Entscheidung treffen darf, entscheidet zugleich auch über die Wirkkraft der Grundrechte. Schrifttum²⁶¹ und Verfassungsgericht sind hier traditionell sehr zurückhaltend²⁶². Der Gesetzgeber darf in sich geschlossene Lösungen wählen²⁶³, ein Rechtsgebiet neu gestalten²⁶⁴ und auf einen grundlegenden Wandel der gesellschaftlichen Verhältnisse reagieren²⁶⁵.

Demgegenüber hat Grabitz bereits im Jahre 1973 betont, dass die Freiheit des Gesetzgebers zur Problemdefinition von der Wirkkraft des Grundrechts abhängen muss, in das er eingreift. Grabitz hat aus diesem Gedanken ein vierstufiges System abgeleitet. Am strengsten ist die bloße „legislatorische Konkretisierungskompetenz“, die etwa für die Anordnung von Unter-

Abs. 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 1 GG unvereinbar, wenn dieser Beitrag bei der Prämienfestsetzung unberücksichtigt bleibt. Dem müsste der Gesetzgeber Rechnung tragen“.

255 So war es im Fall BVerfG 20.2.2001, R 29 – Durchsuchung: „In der Literatur werden die Neigung zu exzessiver und zum Teil missbräuchlicher Anwendung der Eilkompetenz durch die Strafverfolgungsbehörden, insbesondere durch die Polizei beklagt [zahlreiche Nw.] und die Mangelhaftigkeit der richterlichen Kontrolle beanstandet. Die Mängel werden unter anderem darauf zurückgeführt, dass der Ermittlungsrichter, auch aus Gründen unzureichender personeller Ausstattung der Amtsgerichte, unter zu starkem Zeitdruck stehe, dass er gerade bei umfangreichen Verfahren keine vollständige Kenntnis des Sachstands erlangen könne und dass ihm oft das notwendige Fachwissen in Spezialgebieten fehle [zahlreiche Nw.]“.

256 BVerfG 7.11.2001, R 38 – IHK; BVerfG 24.1.2001, R 104 – n-tv (abw.M.), s. auch ebd. R 99: „Die Rechtfertigung muss auf die Gegenwart bezogen sein und deshalb den geschilderten Wandel zur Informationsgesellschaft verarbeiten“.

257 BVerfG 24.1.2001, R 105 – n-tv (abw.M.).

258 Ebd. R 102.

259 Ebd. R 106.

260 Näher oben IV, insbes. 2.

261 Starke Worte findet MARTENS 1969, 187: „Dürfte jedermann ihre Geltung [der vom Gesetzgeber definierten öffentlichen Interessen] mit der Behauptung in Frage stellen, sie widersprächen den tatsächlichen öffentlichen Interessen, so würde das unvermeidlich alsbald den Zustand der Anarchie zur Folge haben und damit dem allgemeinen Interesse an der Rechtssicherheit zuwiderlaufen“; s. auch LERCHE 1999, XXII.

262 Charakteristisch BVerfG 24.1.2001, R 74 – n-tv: „Der Gesetzgeber war nicht von Verfassungs wegen verpflichtet, wohl aber befugt, die Öffentlichkeit auf die im Raum der Verhandlung Anwesenden zu begrenzen“.

263 BVerfG 19.1.2001, R 32 – Prüfverband; s.auch BVerfG 20.3.2001, R 38 – Altersgrenze: „Das System der gesetzlichen Krankenversicherung ist so ausgestaltet, dass es in weiten Bereichen nicht durch Marktkräfte gesteuert wird“ – der Gesetzgeber hat also die Freiheit zur Systementscheidung gegen den Markt.

264 BVerfG 22.2.2001, R 19 – Ankaufsrecht; s. auch LERCHE 1999, XVII.

265 BVerfG 22.2.2001, R 19 – Ankaufsrecht.

suchungshaft gilt²⁶⁶. Auf nächster Stufe steht eine „positiv gebundene legislatorische Qualifikationskompetenz“. Sie gilt etwa bei Eingriffen in das Recht auf körperliche Unversehrtheit. Die Beweislast für das Vorliegen eines sozialen Problems liegt dann beim Gesetzgeber²⁶⁷. Bei der „negativ gebundenen legislatorischen Qualifikationskompetenz“ liegt die Beweislast dagegen beim Grundrechtsadressaten. Sie greift etwa bei subjektiven Berufszulassungsbeschränkungen oder bei der Ausformung der Eigentumsordnung ein²⁶⁸. Auf unterster Stufe steht die „willkürfreie legislatorische Qualifikationskompetenz“. Der Gesetzgeber kann hier jeden angemessen erscheinenden Zweck wählen, solange er nur keine Willkür ausübt. Auf dieser Stufe steht die Wirtschaftsfreiheit²⁶⁹.

Der Grundgedanke ist richtig, dieses System ist aber zu rigide. Es kommt nicht bloß auf das abstrakte Gewicht des jeweiligen Grundrechts an. Vielmehr ist eine Abwägungsentscheidung zu fällen. Auf der Seite des Grundrechtsträgers muss auch das Ausmaß der Beeinträchtigung des Grundrechts im konkreten Fall berücksichtigt werden. Auf der Seite des Gesetzgebers kommt es auch darauf an, wie drängend das soziale Problem ist, das er zum Rechtsproblem machen will²⁷⁰. Außerdem ist die Ordnung am unteren Ende neu auszutarieren. Bei wirtschaftsordnenden Gesetzen wird der Spielraum des Gesetzgebers zwar tatsächlich oft groß sein. Es besteht aber kein Anlass, die Grundrechtsprüfung auf bloße Willkürkontrolle zurückzuschneiden. Gerade für wirtschaftsordnende Anliegen ist die normative Theorie besonders hoch entwickelt. Oft liefern die Nachbarwissenschaften überdies präzise empirische Daten. Es besteht kein Anlass, diese Hilfsmittel von vornherein zu ignorieren. Es genügt, wenn der Gesetzgeber die zahlreichen konzeptionellen Sollbruchstellen nutzt, um seine Anliegen zu verfolgen.

4. Explizite Aussagen des Gesetzgebers

Jede Gesetzesinitiative hat eine Begründung. Mittlerweile beginnen viele Gesetze auch mit einem § 1, der die normativen Absichten des Gesetzgebers formuliert²⁷¹. Dann fragt sich im Verfassungsprozess, ob das Gericht an diese Aussagen gebunden ist²⁷². Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts schweigt. Manche Entscheidungen betonen, allein der wirkliche Wille des Gesetzgebers sei beachtlich²⁷³. In anderen Entscheidungen sucht das Gericht

266 GRABITZ Archiv des öffentlichen Rechts 1973, 602 f.; s. zum Ganzen auch GRABITZ 1976, 68-71.

267 GRABITZ Archiv des öffentlichen Rechts 1973, 604 f.

268 ebd., 603 f.

269 ebd., 603; den letzten Gedanken könnte man auch entdecken in BVerfG 3.4.2001, R 52 – Karenztage: „Auf dem Gebiet der Arbeitsmarkt-, Sozial- und Wirtschaftsordnung gebührt dem Gesetzgeber ein besonders weitgehender Einschätzungs- und Prognosevorrang“.

270 S. erneut ALEXY Die Gewichtsformel 2002b.

271 S. etwa § 1 TKG oder § 1 KrWAbfG.

272 Für Bindung WERNSMANN Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2000, 1362 f.; dagegen DECHSLING 1989, 141-143.

273 S. etwa BVerfGE 88, 145, 161 – Konkursverwaltervergütung; BVerfGE 93, 121, 147 f. – Vermögensteuer.

dagegen selbst nach Gründen, die den Grundrechtseingriff legitim machen könnten²⁷⁴. Im Ergebnis muss man differenzieren. An vorgeschobene Begründungen des Gesetzgebers kann das Gericht nicht gebunden sein²⁷⁵. Insbesondere kann es dem Gericht nicht verwehrt sein, die mangelnde Konsistenz einer Begründung zu rügen²⁷⁶ und von dem eingesetzten Mittel auf einen unzulässigen Zweck zu schließen²⁷⁷.

Fraglich ist vor allem aber, ob man dem Gesetzgeber die explizite Begründung von Normen auferlegen kann²⁷⁸. Diese Pflicht gibt es bekanntlich für das Sekundärrecht der Europäischen Gemeinschaft²⁷⁹. Der Kommissionsentwurf eines Umweltgesetzbuchs will die gleiche Pflicht für umweltrechtliche Rechtsverordnungen schaffen²⁸⁰. Ähnliche Vorschriften gibt es auch im amerikanischen Recht²⁸¹. Man kann also schlecht behaupten, dass der Gesetzgeber zur Erfüllung solch einer Pflicht außer Stande wäre. Der Rechtsschutz wird jedenfalls einfacher. Außerdem kann die Pflicht zur späteren Begründung helfen, das Verfahren der Entscheidungsfindung zu rationalisieren²⁸².

Trotzdem wird dabei letztlich die Aufgabenteilung zwischen Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht verzeichnet. Der Gesetzgeber kann nicht nur politisch handeln, er soll das auch. Regulative Politik hat im Normalfall natürlich die Bewältigung eines wirklichen sozialen Problems zur Aufgabe. Bei der Definition des Problems und bei der Bestimmung der Lösungen geht der Gesetzgeber aber zurecht weder wie ein Verfassungsinterpret vor noch wie ein Wissenschaftler. Seine Aufgabe ist die politische Gestaltung, die Bewältigung politischer Konflikte und das Austarieren der widerstreitenden Interessen. Mit dieser Binnenrationalität des Subsystems Politik vertragen sich Verfahrensregeln nicht, die den Gesetzgeber in die Ra-

274 S. etwa BVerfG 31.3.1998, R 29 – Altersgrenze: „Denn das Bundesverfassungsgericht prüft, ob eine gesetzliche Regelung verfassungsgemäß ist, unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte, auch wenn sie in der Gesetzesbegründung keinen Niederschlag gefunden haben“; BVerfG 26.9.2001, R 51 – Diplomjurist: „Ebenso wenig ist der Gedanke der Rechtseinheit im Lande Berlin ein zureichender Grund für die angegriffenen Entscheidungen. Diese Rechtseinheit kann mit keiner Auslegungsvariante hergestellt werden“.

275 HAVERKATE 1983, 22; s. auch HAVERKATE in Schmidt 1995, 394 f.: die Erhaltungsbeihilfen für die Steinkohle werden als Instrument zur Sicherung der Energieversorgung getarnt.

276 Ein Beispiel ist BVerfG 26.9.2001, R 50 – Diplomjurist: „Der ursprüngliche Rechtfertigungsgrund, dass zwar in den fünf neuen Ländern die Rechtspflege ohne gewisse Abstriche an der Qualifikation der Juristen nicht hätte aufrechterhalten werden können, dass dies aber für Berlin nicht in gleichem Maße gelte, überzeugt nicht mehr, nachdem der Gesetzgeber den zu Notaren bestellten Diplom-Juristen die volle Freizügigkeit gewährt hat“.

277 Ein Beispiel ist BVerfG 9.10.2001, R 22 – psychiatrischer Sachverständiger: „Die damit angestrebte Totalbeobachtung, die Erkenntnisse über die Persönlichkeit des Beschuldigten erbringen soll, die er von sich aus nicht preisgeben will, von denen aber erhofft wird, dass er sie unter der Einflussnahme Dritter offenbart, ist unzulässig. Denn eine solche Maßnahme liefe auf die Umgehung des verfassungsrechtlich garantierten Schweigerechts des Beschuldigten und einen Verstoß gegen § 136 a StPO hinaus. Verfassungsrechtlich steht einer solchen Totalbeobachtung der unantastbare Kernbereich des Persönlichkeitsrechts des Beschuldigten entgegen“.

278 Dafür HAVERKATE 1983, 290-292 „Zweckverdeutlichungsgebot“; DECHSLING 1989, 143-145; STERN 1994, § 84 II 4, S. 783.

279 Art. 253 EGV.

280 § 16 UGB-KomE; s. dazu auch BÖHM 1996, 11, 13, 238 f., 242 f.

281 Näher ebd., 217-219.

282 DECHSLING 1989, 144.

tionalität der Subsysteme Recht oder Wissenschaft zwingen würden²⁸³. Das schließt die nachträgliche Kontrolle des politischen Ergebnisses an juristischen oder wissenschaftlichen Maßstäben keineswegs aus. Sie muss aber einem Organ überlassen bleiben, das dazu auch ohne Verletzung der eigenen Systemrationalität im Stande ist. Es wird sich zeigen, dass diese Voraussetzung zwar für das Bundesverfassungsgericht erfüllbar ist, nicht aber für den Gesetzgeber²⁸⁴.

Aus dieser Perspektive erhellt dann auch der Unterschied zwischen Gesetz und Rechtsverordnung. Die Rechtsverordnung ist zwar auch Norm. Art. 80 I 2 GG verlangt aber, dass der Gesetzgeber den politischen Spielraum des Ordnungsgebers nach Inhalt, Zweck und Ausmaß beschränkt. Die Pflicht zur expliziten Begründung des Ergebnisses beeinträchtigt den Prozess der Normbildung dann nur noch ganz am Rande. Offensichtlich interpretieren die Mitgliedstaaten der europäischen Gemeinschaft die Normsetzungstätigkeit von Rat und Parlament nach wie vor ähnlich eng. Ursprünglich war das sicher angemessen. Denn die Zuständigkeiten der Gemeinschaft waren ja insgesamt auf einige wenige, klar definierte Aufgaben beschränkt. Mittlerweile ist insbesondere die Aufgabe der Herstellung eines Binnenmarkts aber immer stärker um konkurrierende Ziele wie den Umwelt- oder Verbraucherschutz angereichert worden. Deshalb muss auch die Europäische Gemeinschaft immer stärker offen politisch entscheiden. Auf der hier vertretenen Grundlage wäre deshalb zu erwarten, dass sich das Begründungserfordernis immer mehr als störend erweist.

Auf dieser Grundlage lässt sich auch eine letzte Frage beantworten. Darf der Gesetzgeber im Verfassungsprozess rechtfertigende Gründe nachschieben, an die er im Gesetzgebungsverfahren überhaupt nicht gedacht hatte? Darf das Verfassungsgericht sie ihm gar fürsorglich in den Mund legen²⁸⁵? Das scheint dem Grundrechtsschutz schweren Schaden zuzufügen. Vor Gericht werden auch noch solche Gesetze repariert, die der Gesetzgeber in klar verfassungswidriger Absicht erlassen hat. Doch wenn man die Aufgabenteilung zwischen Gesetzgeber und Verfassungsgericht ernst nimmt, geht es gar nicht um Manipulation. Der Gesetzgeber muss nicht Maßnahmen korrekt von normativen Grundentscheidungen ableiten. Er muss nur im Ergebnis ein verfassungsmäßiges Gesetz beschließen. Natürlich schweigt sich der Gesetzgeber über seine Absichten im Normalfall nicht aus. Die Chance auf die Bewältigung eines wirklichen oder wahrgenommenen sozialen Problems ist ein wichtiges Argument in der politischen Auseinandersetzung. Für den Gesetzgeber ist es aber eben auch nicht mehr als ein Argument. Die Verfassung hindert die gewählte Mehrheit nicht daran, auch noch ganz andere Motive zu haben. Insbesondere darf sie sich mit Mehrheit über die Interessen politischer Minderheiten hinwegsetzen. Wichtig ist nur, dass sich das Ergebnis schließlich in konsistenter Weise aus einem vom jeweiligen Grundrecht zugelassenen normativen Wert ableiten lässt. Erweisen sich die Äußerungen im Gesetzgebungsverfahren für diese Aufgabe als unbrauchbar, kann das Bundesverfassungsgericht sie durch eine brauchbare Begründung ersetzen.

283 Näher ENGEL *Assessing Outcomes* 2001a, V.

284 Vgl. auch KERSTING in Kersting 1997, 355: Die Rationalität einer Entscheidung kann auch durch die *ex post* Rekonstruktion guter Gründe gewährleistet werden.

285 Skeptisch SCHLINK 1976, 204 f.

Auch der Gesetzgeber selbst verwickelt sich nicht in normativ unerträgliche Widersprüche, wenn er im Prozess vor dem Bundesverfassungsgericht zur Suche nach solchen Begründungen beiträgt. Denn jetzt argumentieren die Prozessvertreter des Gesetzgebers nicht mehr nach politischer, sondern nach juristischer Rationalität.

5. Relevanter Zeitpunkt

Aus dem gerade entwickelten Blickwinkel löst sich auch ein weiteres verfassungsdogmatisches Problem. Das Bundesverfassungsgericht hat dem Gesetzgeber einerseits zugestanden, dass er bei komplexen Sachverhalten eine gewisse Zeit braucht, um Erfahrungswerte für eine sachangemessene Regelung zu finden²⁸⁶. Andererseits hat es vom Gesetzgeber verlangt, dass er ständig prüft, ob die Voraussetzungen für den Grundrechtseingriff noch vorliegen²⁸⁷. Die erste Äußerung setzt voraus, dass es für das verfassungsrechtliche Urteil auf den Zeitpunkt des Gesetzesbeschlusses ankommt. Die zweite Äußerung geht dagegen implizit davon aus, dass der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverfassungsgericht maßgeblich ist. Letzteres ist richtig. Denn das Bundesverfassungsgericht muss ja entscheiden, ob und wenn ja mit welchem Inhalt der Gesetzesbeschluss zu einem Bestandteil der Rechtsordnung geworden ist. Erst in diesem Verfahren wird das Gesetz mit Autorität auf seine Vereinbarkeit mit der Verfassung geprüft. Was wegen einer Veränderung der Verhältnisse jetzt verfassungsrechtlich nicht mehr tragbar ist, kann nicht deshalb für verfassungsgemäß erklärt werden, weil der Gesetzgeber das noch nicht erkennen konnte.

Anders ist der maßgebliche Zeitpunkt nur dann zu bestimmen, wenn das Gericht über die Wirksamkeit eines Gesetzes in der Vergangenheit zu entscheiden hat. Das kommt bei Urteilsverfassungsbeschwerden vor, wenn die entscheidungserhebliche Norm vor dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts wieder aufgehoben worden ist. Auch dann kommt es aber nicht auf den Zeitpunkt des Gesetzesbeschlusses an, sondern auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Gerichtsbarkeit, deren Urteil angegriffen ist.

VI. Die subsidiäre politische Rolle des Bundesverfassungsgerichts

Mit den bisherigen Überlegungen könnte es an sich sein Bewenden haben. In der Entscheidungspraxis des Bundesverfassungsgerichts finden sich eine Fülle von Aussagen zum legitimen Ziel. Sie lassen sich zu einer selbständigen Dogmatik dieses Tatbestandsmerkmals des Übermaßverbot systematisieren. Weder die fundamentale normative Relativität noch die Notwendigkeit zur Entscheidung unter Unsicherheit stehen diesem Unterfangen entgegen. Auch die Kompetenzordnung des Grundgesetzes wird auf diese Weise nicht durchbrochen.

286 BVerfG 97, 186, 196 – Kündigungsschutz.

287 BVerfG 7.11.2001, R 38 – IHK; noch deutlicher BVerfG 24.1.2001, R 99 – n-tv (abw.M.): „Die Rechtfertigung muss auf die Gegenwart bezogen sein und deshalb den geschilderten Wandel zur Informationsgesellschaft verarbeiten.“, s. auch ebd. R 104.

Denn der Gesetzgeber und das Bundesverfassungsgericht haben verschiedene Aufgaben. Für Regierung und Parlament ist Gesetzgebung ein Instrument regulativer Politik. Das Bundesverfassungsgericht entscheidet im Streitfall, ob und wie der Gesetzesbeschluss zum Teil der Rechtsordnung wird. Vor allem aber: auf keine andere Weise ist der von Art. 1 III GG gewollte Schutz der Grundrechtsträger gegen den Gesetzgeber zu bewirken.

Die Skeptiker werden dennoch unzufrieden sein. Sie werden darauf verweisen, dass die juristische Tätigkeit des Bundesverfassungsgerichts erhebliche politische Rückwirkungen hat²⁸⁸. Wenn es ein Gesetz ganz oder teilweise für nichtig erklärt, schlägt das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber ein Instrument regulativer Politik aus der Hand. Fast noch gravierender sind die Wirkungen der verfassungskonformen Auslegung. Denn das Gericht formt das politische Ergebnis dabei teilweise um. Deutlicher noch: es ersetzt in diesem Umfang die politische Entscheidung des Gesetzgebers durch seine eigene. Die Wirkungen der Entscheidungen des Gerichts reichen dabei oft über den konkreten Fall hinaus. Sie stecken den Rahmen enger, innerhalb dessen der Gesetzgeber in der Zukunft agieren kann. An diese Analyse schließen die Skeptiker vor allem zwei Einwände an: die Organisation und das Verfahren des Bundesverfassungsgerichts sind auf juristische, nicht auf politische Entscheidungen ausgerichtet. Das Handeln des Gerichts ist dadurch „funktionellrechtlich“ beschränkt²⁸⁹. Außerdem fehle dem Gericht die unmittelbare demokratische Legitimation²⁹⁰.

Man schlägt diese Gegner am besten mit ihren eigenen Waffen²⁹¹. Auch wer die primär juristische Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts betont, braucht nämlich nicht zu leugnen, dass das Gericht daneben und zugleich auch eine politische Aufgabe wahrnimmt. Sie ist allerdings keine primäre, sondern nur eine subsidiäre. Das Gericht ist der Ort, um politische Blockaden aufzubrechen und demokratisch einflusslose Minderheiten hörbar zu machen. Das Gericht generiert Daten, die dem Bürger eine besser informierte Entscheidung über die Qualität der vergangenen Regierung erlauben. Seine Entscheidungen halten der Regierung einen Spiegel vor und erlauben ihr Selbstreflektion und Verbesserung. Vor allem kommt es im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht aber zu einem Paralleldiskurs politischer Fragen in juristischen Kategorien. Auf diese Art wird nicht etwa der ursprüngliche politische Diskurs wiederholt. Es geht zwar um dieselben Sache. Meist haben sich bis zur Entscheidung des Gerichts die Interessen der politischen Akteure auch nicht maßgeblich geändert. Wer vor dem Verfassungsgericht Erfolg haben will, kann aber nicht einfach darauf beharren, dass er etwas will. Ebenso wenig Gewicht hat seine faktische Macht, anderen diesen Willen aufzuzwingen. Ge-

288 Charakteristisch SCHLINK in Badura und Dreier 2001, 462: „Wäre die Kontrolle am Maßstab des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes unvermeidlich eine Bewertungs- bzw. bewertende Kontrolle, dann würde das Grundgesetz mit der Einrichtung einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle des Gesetzgebers unvermeidlich auch die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Bewertungen des Gesetzgebers einrichten und dabei das Bundesverfassungsgericht auch zu eigenen Bewertungen ermächtigen“, s. auch ebd. 456 und 461; BÖCKENFÖRDE Neue Juristische Wochenschrift 1976, 2091-2099.

289 Grundlegend HEUN 1992.

290 SCHLINK in Badura und Dreier 2001, 462.

291 Man kann natürlich auch verfassungsdogmatisch argumentieren und auf die herausgehobene Stellung abheben, die das Grundgesetz dem Bundesverfassungsgericht zuweist, so etwa LIMBACH in Limbach 1999.

winnen kann er nur, wenn er das Gewollte auch überzeugend als das normativ Gesollte darstellen kann. Systemtheoretisch gesprochen ist das Bundesverfassungsgericht also nicht bloß ein Akteur des Subsystems Recht. Subsidiär ist es vielmehr zugleich auch ein Akteur des Subsystems Politik. Manche Systemtheoretiker würden deshalb von einem Grenzakteur sprechen²⁹².

Das funktionellrechtliche Gegenargument sticht bei dieser Deutung der politischen Funktion des Gerichts nicht mehr. Im Gegenteil: das Gericht kann seine komplementäre politische Rolle gerade deshalb erfüllen, weil die politischen Interessen dort in einen Diskurs über Ideen gezwungen werden²⁹³. Und weil die politische Aufgabe eine bloß subsidiäre ist, ist auch der Legitimationsbedarf geringer. Er wird vor allem durch die Bindung des Gerichts an den Text der Verfassung erfüllt. Die Interpretationsspielräume sind zwar beträchtlich, weil die Grundrechte, normtheoretisch gesprochen, Prinzipien sind und nicht Regeln²⁹⁴. Aber der Spielraum auch der kreativsten Dogmatik ist doch um ein Vielfaches geringer als der Spielraum des Gesetzgebers. Er verengt sich weiter durch die Notwendigkeit einer inneren Kohärenz der Rechtsprechung. Erhebliche Rückwirkungen hat schließlich auch der professionelle Diskurs des Bundesverfassungsgerichts mit der Rechtspraxis und der juristischen Wissenschaft. Das verhindert gelegentliche Ausreißer unter dem Einfluss machtvoller Richterpersönlichkeit nicht vollständig²⁹⁵. Das ist aber ein geringer Preis für die Wohltaten, die das Gericht den Grundrechtsträgern und subsidiär der Politik erweist.

292 Die nähere Ableitung dieses Ergebnisses gebe ich in ENGEL *Assessing Outcomes* 2001a, V; zur Figur des Grenzakteurs s. HUTTER 1989, 111-126.

Auch die Kulturtheorie macht ein reizvolles Theorieangebot. Sie deutet das Recht als eine „clumsy institution“. Darunter versteht sie eine Institution, die im Stande ist, zwischen konzeptionell nicht vereinbaren Ausgangspunkten pragmatisch zu vermitteln, s. etwa SHAPIRO *Southern California Law Review* 1988. Der Gedanke lässt sich auf das hier beschriebene Verhältnis von interessendominiertem politischen Prozess und ideendominiertem verfassungsrechtlichen Paralleldiskurs übertragen. Diese Anregung verdanke ich Marco Verweij.

293 Zur Unterscheidung von Ideen und Interessen s. erneut VANBERG und BUCHANAN *Journal of Theoretical Politics* 1989; YEE *International Organization* 1996.

294 S. erneut ALEXY 1985, 71-103.

295 Näher zur Kontrolle des Gerichts ENGEL *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 2001c.

Literatur

- (1998). Konzept Nachhaltigkeit. Vom Leitbild zur Umsetzung. Abschlussbericht der Enquête-Kommission "Schutz des Menschen und der Umwelt – Ziele und Rahmenbedingungen einer nachhaltig zukunftsverträglichen Entwicklung" des 13. Deutschen Bundestages. Zur Sache 4/98. Bonn.
- AINSLIE, GEORGE (1992). Picoeconomics. The Strategic Interaction of Successive Motivational States Within the Person. Cambridge England ; New York, NY, Cambridge University Press.
- AKERLOF, GEORGE A. (1970). "The Market for "Lemons". Quality Uncertainty and the Market Mechanism." *Quarterly Journal of Economics* **84**: 488-500.
- ALBERT, HANS (1978). Traktat über rationale Praxis. Tübingen, Mohr.
- ALEXY, ROBERT (1985). Theorie der Grundrechte. Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft.
- ALEXY, ROBERT (2002a). "Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit." *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* **61**: 7-33.
- ALEXY, ROBERT (2002b). Die Gewichtsformel.
- ARROW, KENNETH JOSEPH (1995). Barriers to Conflict Resolution. New York, W.W. Norton.
- BECKER, ULRICH (1996). Das 'Menschenbild des Grundgesetzes' in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Berlin, Duncker.
- BLANKART, CHARLES BEAT (2001). Öffentliche Finanzen in der Demokratie. Eine Einführung in die Finanzwissenschaft. München, Vahlen.
- BLECKMANN, ALBERT (1991). Die Entwicklung der Allgemeininteressen aus den Grundrechten der Verfassung. Saarbrücken.
- BÖCKENFÖRDE, ERNST-WOLFGANG (1976). „Die Methoden der Verfassungsinterpretation. Bestandsaufnahme und Kritik.“ *Neue Juristische Wochenschrift* **46**: 2089-2099.
- BÖCKENFÖRDE, ERNST-WOLFGANG (1991). Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte. Frankfurt, Suhrkamp.
- BÖHM, MONIKA (1996). Der Normmensch. Materielle und prozedurale Aspekte des Schutzes der menschlichen Gesundheit vor Umweltschadstoffen. Tübingen, Mohr.
- BUMKE, CHRISTIAN (1998). Der Grundrechtsvorbehalt. Untersuchungen über die Begrenzung und Ausgestaltung der Grundrechte. Baden-Baden, Nomos.

- CALABRESI, GUIDO (1985). *Ideals, Beliefs, Attitudes, and the Law. Private Law Perspectives on a Public Law Problem.* Syracuse, N.Y., Syracuse University Press.
- CALABRESI, GUIDO und A. DOUGLAS MELAMED (1972). "Property Rules, Liability Rules and Inalienability. One View of the Cathedral." *Harvard Law Review* **85**: 1089-1128.
- CLÉRICO, LAURA (2001). *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit.* Baden-Baden, Nomos.
- COLE, DANIEL und PETER Z. GROSSMAN (1999). "When is Command-and-Control Efficient ? Institutions, Technology, and the Comparative Efficiency of Alternative Regulatory Regimes for Environmental Protection." *Wisconsin Law Review*: 887-938.
- DAVID, PAUL A. (1997). *Understanding the Economics of QWERTY. The Necessity of History. Economic Growth in the Long Run. A History of Empirical Evidence III.* B. van Ark. Cheltenham, Elgar: 281-300.
- DECHSLING, RAINER (1989). *Das Verhältnismäßigkeitsgebot. Eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns.* München, F. Vahlen.
- DIETLEIN, JOHANNES (1992). *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten.* Berlin, Duncker & Humblot.
- ENGEL, CHRISTOPH (1998a). *Die öffentliche Hand zwischen Innen- und Außensteuerung. Organisation kommunaler Aufgabenerfüllung.* H.-G. Henneke. Stuttgart: 145-222.
- ENGEL, CHRISTOPH (1998b). *Rechtswissenschaft als angewandte Sozialwissenschaft. Die Aufgabe der Rechtswissenschaft nach der Öffnung der Rechtsordnung für sozialwissenschaftliche Theorie. Methodische Zugänge zu einem Recht der Gemeinschaftsgüter.* C. Engel. Baden-Baden, Nomos: 11-40.
- ENGEL, CHRISTOPH (1998c). "Selbstregulierung im Bereich der Produktverantwortung." *Staatswissenschaften und Staatspraxis* **9**: 535-591.
- ENGEL, CHRISTOPH (2001a). *The Constitutional Court – Applying the Proportionality Principle – as a Subsidiary Authority for the Assessment of Political Outcomes.* Preprints aus der Max-Planck Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter Bonn 2001/10.
- ENGEL, CHRISTOPH (2001b). *A Constitutional Framework for Private Governance.* Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter Bonn 2001/4.
- ENGEL, CHRISTOPH (2001c). "Delineating the Proper Scope of Government: A Proper Task for a Constitutional Court ?" *Journal of Institutional and Theoretical Economics* **157**: 187-219.
- ENGEL, CHRISTOPH (2001d). *Die Grammatik des Rechts. Instrumente des Umweltschutzes im Wirkungsverbund.* H.-W. Rengeling. Baden-Baden, Nomos: 17-49.

- ENGEL, CHRISTOPH (2001e). "Hybrid Governance Across National Jurisdictions as a Challenge to Constitutional Law." *European Business Organisation Law Review* **2**: 569-584.
- ENGEL, CHRISTOPH (2001f). "Institutionen zwischen Staat und Markt." *Die Verwaltung* **34**: 1-24.
- ENGEL, CHRISTOPH (2001g). "Offene Gemeinwohldefinitionen." *Rechtstheorie* **32**: 23-52.
- ENGEL, CHRISTOPH (2002a). *Abfallrecht und Abfallpolitik*. Baden-Baden, Nomos.
- ENGEL, CHRISTOPH (2002b). *Die soziale Funktion des Eigentums. Bericht zur Lage des Eigentums*. O. Depenheuer, C. Engel und T. von Danwitz. Berlin, Springer: 1-107.
- ENGEL, CHRISTOPH (2002c). *Imposed Liberty and its Limits. The EC Treaty as an Economic Constitution for the Member States. Liber Amicorum Ernst-Joachim Mestmäcker*. T. Einhorn. Den Haag, Asser: ***.
- ENGEL, CHRISTOPH (2002d). *Rechtliche Entscheidungen unter Unsicherheit. Wissen, Nichtwissen, Unsicheres Wissen*. C. Engel, J. Halfmann und M. Schulte. Baden-Baden, Nomos: (im Erscheinen).
- ENGEL, CHRISTOPH (2002e). *Verhandelter Netzzugang. Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter Bonn 2002/4*. Bonn.
- ENGEL, CHRISTOPH, JOST HALFMANN, et al., Eds. (2002). *Wissen, Nichtwissen, Unsicheres Wissen. Common Goods: Law, Politics and Economics* ***. Baden-Baden, Nomos.
- FARNSWORTH, WARD (2000). *Do Parties to Nuisance Cases Bargain After Judgement ? A Glimpse into the Cathedral. Behavioral Law and Economics*. C. R. Sunstein. Cambridge, Cambridge University Press: 302-322.
- FISCHER, PETER CHRISTIAN (1994). *Staatszielbestimmungen in den Verfassungen und Verfassungsentwürfen der neuen Bundesländer*. München, VVF.
- FREY, BRUNO und FELIX OBERHOLZER-GEE (1999). *Natural Environment. Fair Siting Procedures. Economics as a Science of Human Behaviour*. B. Frey. Boston: 23-48.
- FRITSCH, MICHAEL, THOMAS WEIN, et al. (1999). *Marktversagen und Wirtschaftspolitik. Mikroökonomische Grundlagen staatlichen Handelns*. München, Vahlen.
- GELLERMANN, MARTIN (2000). *Grundrechte in einfachgesetzlichen Gewande : Untersuchung zur normativen Ausgestaltung der Freiheitsrechte*. Tübingen, Mohr Siebeck.
- GENTZ, MANFRED (1968). "Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen." *Neue Juristische Wochenschrift*: 1600-1607.

- GÖTZ, VOLKMAR (1995). Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht. Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht.
- GRABITZ, EBERHARD (1973). "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts." Archiv des öffentlichen Rechts **98**: 568-616.
- GRABITZ, EBERHARD (1976). Freiheit und Verfassungsrecht. Kritische Untersuchung zur Dogmatik und Theorie der Freiheitsrechte. Tübingen, Mohr.
- GRANOVETTER, MARC (1985). "Economic Action and Social Structure. The Problem of Embeddedness." American Journal of Sociology **91**: 481-510.
- GRIMM, DIETER (1994). Staatsaufgaben – eine Bilanz. Staatsaufgaben. D. Grimm. Baden-Baden, Nomos: 771-786.
- GRÖSCHNER, ROLF (1998). Der homo oeconomicus und das Menschenbild des Grundgesetzes. Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung. Die Begegnung der deutschen Staatsrechtslehre mit der Konstitutionellen Politischen Ökonomie. C. Engel und M. Morlok. Tübingen, Mohr: 31-48.
- HARLESS, DAVID W. und COLIN F. CAMERER (1994). "The Predictive Utility of Generalized Expected Utility Theories." Econometrica **62**: 1251-1289.
- HART, HERBERT LIONEL ADOLPHUS (1961). The Concept of Law. Oxford, Clarendon Press.
- HAVERKATE, GÖRG (1983). Rechtsfragen des Leistungsstaats. Verhältnismäßigkeitsgebot und Freiheitsschutz im leistenden Staatshandeln. Tübingen, J.C.B. Mohr.
- HAVERKATE, GÖRG (1995). Suventionsrecht. Öffentliches Wirtschaftsrecht Besonderer Teil 1. R. Schmidt. Berlin, Springer: 331-420.
- HELLWIG, MARTIN (1997). Systemische Risiken im Finanzsektor. Finanzmärkte im Spannungsfeld von Globalisierung, Regulierung und Geldpolitik. D. Duwendag. Berlin, Duncker & Humblot: 123-150.
- HÉRITIER, ADRIENNE (1993). « Policy-Analyse. Elemente der Kritik und Perspektiven der Neuorientierung. » Politische Vierteljahresschrift **Sonderheft 24**: 9-38.
- HESSE, KONRAD (1995). Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Karlsruhe, C.F.Müller.
- HEUN, WERNER (1992). Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit. Reichweite und Grenzen einer dogmatischen Argumentationsfigur. Baden-Baden, Nomos.
- HIRSCHBERG, LOTHAR (1981). Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Göttingen, Schwartz.

- HOBBS, THOMAS (1651). Leviathan, or, The matter, forme, & power of a common-wealth ecclesiasticall and civill. London., Printed for Andrew Ckooke i.e. Crooke at the Green Dragon in St. Pauls Church-yard.
- HOPT, KLAUS J. (1998). Comparative Corporate Governance. The State of the Art and Emerging Research. Oxford ; New York, Clarendon Press ; Oxford University Press.
- HOPT, KLAUS J. und E. WYMEERSCH (1997). Comparative Corporate Governance. Essays and Materials. Berlin ; New York, Walter de Gruyter.
- HUSTER, STEFAN (1994). "Gleichheit und Verhältnismäßigkeit. Der allgemeine Gleichheitssatz als Eingriffsrecht." Juristenzeitung: 541-549.
- HUTTER, MICHAEL (1989). Die Produktion von Recht. Eine selbstreferentielle Theorie der Wirtschaft, angewandt auf den Fall des Arzneimittelpatentrechts. Tübingen, J.C.B. Mohr.
- IMMERGUT, ELLEN M. (1992). Health Politics. Interests and Institutions in Western Europe. Cambridge England ; New York, NY, Cambridge University Press.
- ISENSEE, JOSEF (2000). Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht. Handbuch des Staatsrechts V Allgemeine Grundrechtslehren. J. Isensee und P. Kirchhof. Heidelberg, Müller: § 111.
- JAKOBS, MICHAEL CH (1985). Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Mit einer exemplarischen Darstellung seiner Geltung im Atomrecht. Köln, Heymann.
- JAPP, KLAUS P. (2002). Struktureffekte öffentlicher Risikokommunikation auf Regulierungsregime. Zur Funktion von Nichtwissen im BSE-Konflikt. Wissen, Nichtwissen, Unsicheres Wissen. C. Engel, J. Halfmann und M. Schulte. Baden-Baden, Nomos: ***.
- KAHNEMAN, DANIEL und DAN LOVALLO (2000). Timid Choices and Bold Forecasts. A Cognitive Perspective on Risk Taking. Choices, Values, and Frames. D. Kahneman und A. Tversky. Cambridge, Cambridge University Press: 393-413.
- KAUFMANN, FRANZ-XAVER (1994). Diskurse über Staatsaufgaben. Staatsaufgaben. D. Grimm. Baden-Baden, Nomos: 15-41.
- KERSTING, WOLFGANG (1994). Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags. Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- KERSTING, WOLFGANG (1997). Moralphilosophie, Dezisionismus und pragmatische Rationalität. Recht, Gerechtigkeit und demokratische Tugend. Abhandlungen zur praktischen Philosophie der Gegenwart. W. Kersting. Frankfurt: 353-396.

- KERSTING, WOLFGANG (2000). Probleme der politischen Philosophie des Sozialstaats. Politische Philosophie des Sozialstaats. W. Kersting. Weilerwist, Velbrück: 17-92.
- KING, GARY, ROBERT O. KEOHANE, et al. (1994). Designing Social Inquiry. Scientific Inference in Qualitative Research. Princeton, N.J., Princeton University Press.
- KIRCHHOF, PAUL (1996). Mittel staatlichen Handelns. Handbuch des Staatsrechts III. P. Kirchhof und J. Isensee. Heidelberg, Müller: § 59.
- KIRCHHOF, PAUL (1998). Die Einheit des Staates in seinen Verfassungsvoraussetzungen. Die Einheit des Staates. Symposium aus Anlaß der Vollendung des 60. Lebensjahres von Josef Isensee. O. Depenheuer, F. Ossenbühl und J. Isensee. Heidelberg, Müller: 51-69.
- KNIGHT, JACK (1992). Institutions and Social Conflict. Cambridge England ; New York, N.Y., Cambridge University Press.
- KOBOLDT, CHRISTIAN (1995). Ökonomik der Versuchung. Drogenverbot und Sozialvertragstheorie. Tübingen, Mohr.
- LERCHE, PETER (1999). Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit. Goldbach.
- LERCHE, PETER (2000). Grundrechtsschranken. Handbuch des Staatsrechts V Allgemeine Grundrechtslehren. J. Isensee und P. Kirchhof. Heidelberg, Müller: § 122.
- LIMBACH, JUTTA (1999). Das Bundesverfassungsgericht als politischer Machtfaktor. Im Namen des Volkes. Macht und Verantwortung der Richter. J. Limbach. Stuttgart, Deutsche Verlagsanstalt: 127-147.
- LOEWENSTEIN, GEORGE und DRAZEN PRELEC (1992). "Anomalies in Intertemporal Choice. Evidence and an Interpretation." *Quarterly Journal of Economics* **107**: 573-598.
- LOW, BOBBI, ELINOR OSTROM, et al. (2000). Redundancy. How does it Influence the Management of Natural Resources ? Indiana University Workshop in Political Theory and Policy Analysis Working Paper W00-14.
- LOWI, THEODORE J. (1964). "American Business, Public Policy, Case-Studies and Political Theory." *World Politics* **16**: 677-715.
- LÜBBE-WOLFF, GERTRUDE (1996). Modernisierung des Umweltordnungsrechts. Vollziehbarkeit – Deregulierung – Effizienz. Bonn, Economica.
- LÜDEMANN, JÖRN (2002). Edukatorisches Staatshandeln. Baden-Baden, Nomos.
- LUHMANN, NIKLAS (1986). Ökologische Kommunikation : kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen? Opladen, Westdeutscher Verlag.

- MARTENS, WOLFGANG (1969). Öffentlich als Rechtsbegriff. Bad Homburg v. d. H., Gehlen.
- MAYNTZ, RENATE (1980). Implementation politischer Programme. Empirische Forschungsberichte. Königstein/Ts., Verlagsgruppe Athenäum Hain Scriptor Hanstein.
- MAYNTZ, RENATE (1987). "Politische Steuerung und gesellschaftliche Steuerungsprobleme. Anmerkungen zu einem theoretischen Paradigma." Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft **1**: 89-110.
- MAYNTZ, RENATE (1996). Politische Steuerung. Aufstieg, Niedergang und Transformation einer Theorie. Politische Theorien in der Ära der Transformation. K. v. Beyme und C. Offe.
- MEBERSCHMIDT, KLAUS (2000). Gesetzgebungsermessens. Berlin, Spitz.
- MORGENTHALER, GERD (1999). Freiheit durch Gesetz : der parlamentarische Gesetzgeber als Erstadressat der Freiheitsgrundrechte. Tübingen, Mohr Siebeck.
- NATIONAL RESEARCH COUNCIL (2002). Global Networks and Local Values. Washington, National Academy of Sciences.
- PARISI, FRANCESCO (2001). Entropy in Property. George Mason University Law and Economics Working Paper 01-14. Arlington, VA.
- PILDES, RICHARD H. und CASS R. SUNSTEIN (1995). "Reinventing the Regulatory State." University of Chicago Law Review **62**: 1-129.
- PINDYCK, ROBERT S. und DANIEL L. RUBINFELD (2001). Microeconomics. Upper Saddle River, N.J., Prentice Hall.
- RADIN, MARGARET JANE (1987). "Market-Inalienability." Harvard Law Review **100**: 1849-1937.
- RICHTER, RUDOLF und EIRIK FURUBOTN (1999). Neue Institutionenökonomik. Eine Einführung und kritische Würdigung. Tübingen, Mohr.
- SCHARPF, FRITZ WILHELM (1997). Games Real Actors Play. Actor-centered Institutionalism in Policy Research. Boulder, Colo., Westview Press.
- SCHIMANK, UWE und JÜRGEN WASEM (1995). Die staatliche Steuerbarkeit unkoordinierten kollektiven Handelns. Gesellschaftliche Selbstregelung und politische Steuerung. R. Mayntz und F. W. Scharpf. Frankfurt, Campus: 197-232.
- SCHLINK, BERNHARD (1976). Abwägung im Verfassungsrecht. Berlin, Duncker und Humblot.
- SCHLINK, BERNHARD (2001). Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht. P. Badura und H. Dreier. Tübingen, Mohr: 445-465.

- SCHNEIDER, HARALD (1979). Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten. Empirische Studie zu Methode und Kritik eines Konfliktlösungsmodells. Baden-Baden, Nomos-Verlagsgesellschaft.
- SCHUBERT, KLAUS (1991). Politikfeldanalyse. Eine Einführung. Opladen, Leske + Budrich.
- SCHULTE, HANS (1970). Eigentum und öffentliches Interesse. Berlin, Duncker & Humblot.
- SCHULTE, MARTIN (2002). Zum Umgang mit Wissen, Nichtwissen und Unsicherem Wissen im Recht – dargestellt am Beispiel des BSE- und MKS-Konflikts. Wissen, Nichtwissen, Unsicheres Wissen. C. Engel, J. Halfmann und M. Schulte. Baden-Baden, Nomos: ***.
- SCHULZE-FIELITZ, HELMUTH (1995). Recht des Immissionsschutzes. Öffentliches Wirtschaftsrecht Besonderer Teil I. R. Schmidt. Berlin, Springer: 219-330.
- SCHWEIZER, URS (1999). Vertragstheorie. Tübingen, Mohr.
- SCHWERDTFEGER, GUNTHER (1977). Optimale Methodik der Gesetzgebung als Verfassungspflicht. Festschrift Hans Peter Ipsen. R. Stödter. Tübingen, Mohr: 173-188.
- SHAPIRO, MICHAEL (1988). "Introduction: Judicial Selection and the Design of Clumsy Institutions." Southern California Law Review **61**: 1555.
- SPIECKER GEN. DÖHMANN, INDRA (2001). Staatliche Entscheidungen unter Unsicherheit: Juristische und ökonomische Vorgaben. Gentechnik im nicht-menschlichen Bereich – was kann und was sollte das Recht regeln? J. Lege. Berlin, Arno Spitz: 51-88.
- SRU (1998). Umweltgutachten. Stuttgart.
- STERN, KLAUS (1988). Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland III/1 Allgemeine Lehren der Grundrechte. München, Beck.
- STERN, KLAUS (1994). Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. III/2 Allgemeine Lehren der Grundrechte II. München, Beck.
- SUNSTEIN, CASS R. (1996). "Legislative Foreword. Congress, Constitutional Moments, and the Cost-Benefit State." Stanford Law Review **48**: 247-309.
- SUNSTEIN, CASS R. (2000). Introduction. Behavioral Law and Economics. C. R. Sunstein. Cambridge, Cambridge University Press: 1-10.
- TE HEESSEN, NICOLE (2002). Das abfallrechtliche Nähe- und Autarkieprinzip. Baden-Baden, Nomos.
- TEUBNER, GUNTHER (1989). Recht als autopoietisches System. Frankfurt, Suhrkamp.

- TIMME, MICHAEL (2001). Die juristische Bewältigung eines ökonomischen Netzwerk-guts. Epidemieprävention in Rechtsgeschichte und Gegenwart. Baden-Baden, Nomos.
- UERPMMANN, ROBERT (1999). Das öffentliche Interesse. Seine Bedeutung als Tatbestands-merkmal und als dogmatischer Begriff. Tübingen, Mohr.
- VANBERG, VICTOR und JAMES M. BUCHANAN (1989). "Interests and Theories in Constitutio-nal Choice." *Journal of Theoretical Politics* **1**: 49-62.
- VANDEVEER, DONALD (1986). Paternalistic intervention. The moral bounds of benevolence. Princeton, N.J., Princeton University Press.
- VISCUSI, W.KIP (2000). Risk Equity. Harvard John M. Olin Center for Law, Economics, and Business Discussion Paper.
- VOGEL, KLAUS (1990). Grundzüge des Finanzrechts des Grundgesetzes. Handbuch des Staatsrechts IV Finanzverfassung – Bundesstaatliche Ordnung. J. Isensee und P. Kirch-hof. Heidelberg, Müller: § 87.
- VON MANGOLDT, HERMANN, FRIEDRICH KLEIN, et al. (1999). Das Bonner Grundgesetz I. München, Beck.
- VON ZEZSCHWITZ, FRIEDRICH (1967). Das Gemeinwohl als Rechtsbegriff. Marburg.
- WEBER, MAX (1967). Wissenschaft als Beruf. Berlin., Duncker & Humblot.
- WEGNER, GERHARD (1996). Wirtschaftspolitik zwischen Selbst- und Fremdsteuerung – ein neuer Ansatz. Baden-Baden, Nomos.
- WENDT, RUDOLF (1979). "Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot. Zur maßstabsetzenden Kraft der Grundrechte in der Übermaßprüfung." *Archiv des öffentli-chen Rechts* **104**: 414-474.
- WERNSMANN, RAINER (2000). "Wer bestimmt den Zweck einer grundrechtseinschränkenden Norm – BVerfG oder Gesetzgeber ?" *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*: 1360-1364.
- WINTER, GERD (1975). Das Vollzugsdefizit im Wasserrecht : e. Beitr. zur Soziologie d. öf-fentl. Rechts. Berlin, Schmidt.
- WOLFF, HANS JULIUS, OTTO BACHOF, et al. (1999). Verwaltungsrecht I. München, Beck.
- YEE, ALBERT S. (1996). "The Causal Effects of Ideas on Policies." *International Organization* **50**: 66-108.