

ARMIN STEINBACH

Rationale Gesetzgebung

Jus Publicum

263

Mohr Siebeck

JUS PUBLICUM
Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 263



Armin Steinbach

Rationale Gesetzgebung

Mohr Siebeck

Armin Steinbach, geboren 1978; 2007 Promotion in Jura (LMU München); 2008 Junior Legal Officer bei der Welthandelsorganisation (WTO) in Genf; 2008–2009 Rechtsanwalt bei Cleary Gottlieb Steen & Hamilton in Brüssel; seit 2009 Beamter des Bundeswirtschaftsministeriums in Berlin; 2012–2013 Visiting Scholar am Center for European Studies (Harvard University); 2013 Promotion in Volkswirtschaftslehre (Erfurt); seit 2014 Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Max-Planck Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern; seit 2014 Gwilym Gibbon Fellow am Nuffield College (Oxford University); seit 2016 Jean Monnet Fellow am Europäischen Hochschulinstitut (Florenz); 2017 Habilitation an der Universität Bonn.

Gedruckt mit freundlicher Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG).

e-ISBN PDF 978-3-16-155211-3

ISBN 978-3-16-155152-9

ISSN 0941-0503 (Jus Publicum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2017 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Garamond Antiqua gesetzt und auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Für Pamela

Vorwort

Zum Aufgabenkreis des einfachen Beamten eines Bundesministeriums gehört nicht selten, Gesetze zu konzipieren und zu entwerfen. Dabei geht er regelmäßig mit der ihm eigenen sachlich-nüchternen Arbeitsweise zu Werke. Seiner Arbeitseinstellung zuwider laufen vielfältige andere Strömungen, die auf Motivation und Genese des Gesetzes einwirken. Derartige Erfahrungen haben mich dazu veranlasst, der Rationalität von Gesetzgebung nachzuspüren. Auch weil das Gesetzgebungsverfahren eine alles andere als rein juristische Angelegenheit ist, war es mein Ziel, die in verschiedenen Disziplinen verankerten Rationalitätskonzeptionen im Hinblick auf ihre Aussagekraft für Gesetze und ihre verfassungsrechtliche Verankerung zu beleuchten.

Die Arbeit wurde im Wintersemester 2016/2017 von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bonn als Habilitationsschrift angenommen. Wenngleich der Impuls für diese Arbeit von der ministeriellen Praxis ausging, entstand sie zum großen Teil während meiner Zeit als Mitarbeiter am Bonner Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern. Den Weg dorthin hat mir *Christoph Engel* eröffnet. Mit der sozialwissenschaftlichen Ausrichtung des Instituts hat er mir zweierlei geboten: Erstens ein Umfeld, in dem ich neue Perspektiven auf das Recht entwickeln konnte und, zweitens, diejenige Mischung aus Freiheit und Orientierungshilfe, aus Kritik und Zuspruch, die meine Forschungslust stets gefördert hat.

Herrn *Wolfgang Durner* gebührt Dank nicht allein für das Zweitgutachten der Arbeit, sondern auch für eine Reihe kritisch-konstruktiver Hinweise – sie waren nicht nur für das Habilitationsprojekt von Bereicherung für mich. Meinem Dienstherrn, dem *Bundesministerium für Wirtschaft und Energie*, bin ich zu Dank verpflichtet, dass er mich zur Verfolgung meiner Forschungsprojekte beurlaubt hat. In dem Zusammenhang gilt besonderer Dank *Jeromin Zettelmeyer*, der meinem Forschungsinteresse eine nicht selbstverständliche Wertschätzung entgegengebracht hat. Zudem sind länger angelegte Forschungsprojekte mit Höhen und Tiefen verbunden: In beidem ist mir *Niels Petersen* stets zur Seite gestanden. Zuletzt bedanke ich mich bei der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG) für die Gewährung eines Druckkostenzuschusses.

Ich möchte das Buch meiner Frau Pamela widmen, ohne die so vieles in meinem Leben nicht möglich wäre.

Bonn, März 2017

Armin Steinbach

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Kapitel 1: Einführung	1
I. <i>Status quo der Diskussion über rationale Gesetzgebung</i>	3
II. <i>Öffentlich-rechtliches Forschungsinteresse</i>	7
III. <i>Gang der Untersuchung</i>	13
Kapitel 2: Maßstabsbildung und Rekonstruktionsrahmen für rationale Gesetzgebung	19
I. <i>Allgemeine Theorien der Rationalität und ihre Grenzen</i>	19
1. Rationalität in der analytischen Wissenschaftstheorie	20
a. Konsistenz	21
b. Kohärenz	22
c. Korrektheit	22
d. Bestimmtheit	23
2. Sozialwissenschaftliche Rationalitätskonzeptionen	24
a. Ökonomische Rationalität	25
aa. Formale Rationalitätskriterien der Präferenztheorie	27
bb. Kriterien der Effizienzermittlung	29
(1) Pareto-Effizienz	29
(2) Kaldor-Hicks-Kriterium	30
(3) Wirtschaftlichkeit als Effizienzbegriff	32
b. Der Beitrag Max Webers	33
c. Die ökonomisch-politische Rationalität	35
d. Politische Handlungsrationalität	37
aa. Politische Handlung im Spannungsfeld der Interessen	37
bb. Politische Rationalität und Gesetzgebungsaktivität	38
cc. Kollision mit anderen Handlungsrationaltäten	41
e. Diskursethische Rationalität	43

f. Rationalität als Problemlösungsstrategie im Sinne des Kritischen Rationalismus	45
g. Systemrationalität	47
3. Das rechtswissenschaftliche Rationalitätskonzept	49
a. Steuerung durch Recht	50
b. Ordnung durch Recht	51
c. Recht als Hebel – Antizipation und Reaktion des Gesetzgebers auf den sozialen Wandel	52
II. <i>Systematisierende Kategorisierung der Rationalitätspostulate</i> . .	55
1. Ziel und Untersuchungsweg	55
2. Rechtsstaat und Rationalität	56
a. Der liberale Rechtsstaat	57
b. Der formale Rechtsstaat	59
c. Materieller Rechtsstaat	61
d. Prozeduraler Rechtsstaat	63
3. Systematisierung der Rationalitätstypen	65
a. Formale und materielle Rationalität	66
b. Prozedurale Rationalität	67
Kapitel 3: Formale Rationalität von Gesetzen	73
I. <i>Formal-rationale Gesetzgebung und Rechtsstaat</i>	74
II. <i>Die Bestimmtheit des Gesetzes</i>	74
1. Bezug zur Wirkungsorientierung des Rechts	75
2. Grenzen gesetzlicher Bestimmtheit	76
a. Relativierung aufgrund der betroffenen Materie	76
b. Relative Erheblichkeit des Bestimmtheitsgrundsatzes aufgrund beschränkten Wissens	77
c. Relative Erheblichkeit des Bestimmtheitsgrundsatzes im politischen Entscheidungsprozess	78
III. <i>Begründung von Gesetzen</i>	79
1. Gesetzesbegründung zur Sicherung juristischer Steuerungsrationalität	81
2. Begründungspflicht und politische Handlungsrationalität im Gesetzgebungsverfahren	82
3. Verfassungsrechtliches Gebot zur Gesetzesbegründung?	83
IV. <i>Systemgerechtigkeit</i>	86
1. Entwicklung einer Pflicht zum „systemgerechten Gesetz“	88
2. Verfassungsrechtliche Fundierung und Kritik	90

a. Systemgerechtigkeit als Beschränkung der politischen Rationalität, oder: Die Überlagerung des Demokratieprinzips durch das Rechtsstaatsprinzip	93
b. Einheit der Rechtsordnung und Pluralität des Entscheidungsergebnisses	96
V. <i>Fazit</i>	97
 Kapitel 4: Anknüpfungspunkte materieller Rationalität in der Gesetzgebung	101
I. <i>Moralphilosophisch-vernunftorientierte und technologisch-instrumentelle Rationalität</i>	101
II. <i>Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes materieller Rationalität</i>	103
III. <i>Ökonomisch effiziente Gesetzgebung</i>	104
1. Verfassungsrechtliche Fundierung ökonomischer Effizienz	106
a. Marktwirtschaftliche Orientierung und objektive Werteordnung des Grundgesetzes	107
b. Europarechtlich vorgegebene Effizienzorientierung?	109
c. Der verfassungsrechtliche Nutzenmehrauftrag	110
d. Verfassungsrechtliches Wirtschaftlichkeitsgebot	110
e. Effizienz im umweltrechtlichen Nachhaltigkeitsprinzip	111
f. Effizienz in der Gemeinwohlverpflichtung	113
aa. Verfassungsrechtliche Verankerung des Gemeinwohlprinzips	114
bb. Inhalt und Reichweite des Gemeinwohlprinzips	115
(1) Ökonomische Versuche der Gemeinwohldefinition	115
(2) Gemeinwohl als Ausfluss widerstreitender Rationalitäten	117
2. Ökonomische Rationalität als Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	120
a. Rationalitäten im Teilgrundsatz der Geeignetheit	121
b. Rationalitäten im Teilgrundsatz der Erforderlichkeit	122
aa. Erforderlichkeit im Sinne des Wirtschaftlichkeitsgebots	123
bb. Erforderlichkeit im Sinne des Pareto-Optimums	124
cc. Erforderlichkeit im Sinne des Kaldor-Hicks-Kriteriums	126
c. Der Teilgrundsatz der Angemessenheit	128
3. Ergebnis	130
IV. <i>Effektivität als Rationalitätspostulat in der Gesetzgebung</i>	132
1. Rationalitätswurzeln der Wirksamkeitsorientierung	132

a.	Folgenorientierung und Kritischer Rationalismus	133
b.	Folgenorientierung und ökonomische Rationalität	134
c.	Folgenorientierung und juristische Rationalität	135
d.	Wirkungsorientierte Rechtswissenschaft als Rechtstatsachen- forschung	136
2.	Die Empirie als Pflichtenquelle einer wirkungsorientierten Steuerungsrationalität	137
a.	Verfassungsrechtliche Stimulanz der Gesetzeswirkungs- forschung?	137
aa.	Wirkungsorientierte Rationalität als Anlass zur Gesetzesfolgenabschätzung	139
bb.	Gesetzeswirkungsforschung in der Praxis	140
(1)	Prospektive Gesetzesfolgenabschätzung	141
(2)	Retrospektive Gesetzesfolgenabschätzung	143
cc.	(Methodische) Grenzen wirkungsorientierter Gesetzesforschung	144
b.	Experimentgesetzgebung als Ausprägung wirkungs- orientierter Rationalität	147
aa.	Funktion und Einsatzmöglichkeit des Experimentgesetzes	148
bb.	Pluri-Rationalität des Experimentgesetzes	150
c.	Symbolische Gesetzgebung	152
d.	Fazit	156
3.	Zweckrationalität und Verhältnismäßigkeit der Gesetzgebung	157
a.	Strukturierung zweckrationalen Entscheidens nach Max Weber	158
b.	Strukturierung der Rechtsetzung nach dem Verhältnis- mäßigkeitsgrundsatz	160
Kapitel 5: Prozedurale Rationalität in der Gesetzgebung		163
I. <i>Der Zusammenhang zwischen Prozedur und Rationalität</i>		163
II. <i>Prozedurale Interaktion von Recht und Gesellschaft in der Systemtheorie</i>		164
1.	Recht als ausdifferenziertes Kommunikationssystem	165
2.	Strukturelle Kopplung von Recht und Gesellschaft	165
3.	Rationalitäten der strukturellen Kopplung	167
a.	Formal-strukturelle Kopplung von Recht und Politik	168
b.	Materiell-rationale Kopplung von Recht und Politik	169
c.	Prozedural-rationale Kopplung von Recht und Politik durch reflexives Recht	170

4. Prozedurales Recht als Lösung der Steuerungskrise	171
a. Systemtheoretische Verankerung prozeduralen Rechts	172
b. Reflexion in der Gesetzgebung	173
c. Verfassungsrechtliche Maßstäbe und Grenzen reflexiven Rechts	175
5. Zwischenfazit	181
<i>III. Recht als Kommunikationssystem in der Diskurstheorie</i>	<i>182</i>
1. Recht und Diskurs	183
2. Gesetzgebung und Diskurs	185
a. Praktischer und juristischer Diskurs	185
b. Diskursive Rationalität des Gesetzgebungsverfahrens	186
c. Die Integrations- und Akzeptanzfunktion des öffentlichen Diskurses	187
d. Grenzen des juristischen Diskurses in der Gesetzgebung	188
aa. Politischer Diskurs in und außerhalb institutionalisierter Verfahren	189
bb. Friktionen zwischen institutionalisiertem und nicht- institutionalisiertem Diskurs	191
cc. Realität statt Idealität der Gesetzgebung	192
dd. Beschränkung kooperativer Wahrheitssuche durch politischen Geltungsanspruch	195
3. Gesetzgebung und prozedurale Rationalität	196
a. Prozedurale Rationalität außerhalb des Rechts	197
b. Prozedurale Rationalität im Recht und Gesetzgebungs- verfahren	198
aa. Imperfekt-prozedurale Rationalität des Gesetzgebungs- verfahrens	198
bb. Quasi-reine prozedurale Rationalität des Gesetzgebungs- verfahrens	201
4. Fazit	203
<i>IV. Politische Rationalität und Gesetzgebung</i>	<i>205</i>
1. Konflikt zwischen Rationalität und Demokratieprinzip	205
a. Die Gegensatz-These	208
aa. Unvereinbarkeit von Rationalität und politischer Entscheidungsfindung	208
bb. Gegensätzlichkeit aufgrund eines Wertrelativismus	210
cc. Politiker als individueller Nutzenmaximierer: Die polit-ökonomische Sichtweise	211
b. Die Vorrang-These: Demokratie vor Rationalität	212
c. Die Konvergenz-Thesen	213

aa. Ökonomisch-rationale Instrumentalisierung zum Zwecke des Eigennutzes	213
bb. Politik rationalisierende Rationalität	214
d. Die Irrelevanz-These	216
2. Politische Handlungsrationalität als Phänomen im Verfassungsstaat	217
a. Kompromissprinzip als Handlungsform politischer Rationalität	218
b. Gesetzgebung durch Kompromiss	219
aa. Kompromisse in einer Verfassung der Konfliktordnung	219
bb. Der Kompromiss als politische Handlungslogik und Ausfluss von Verfahrensgerechtigkeit	221
cc. Gesetzgebungskompromiss und Delegation der Rechtskonkretisierung	223
dd. Der Kompromiss auf den Ebenen des Gesetzgebungs- prozesses	225
ee. Der (de-)stabilisierende Charakter von Kompromissen	228
ff. Grenzen der Rationalität von Kompromissen	229
3. Eine Kontext-These: Ambivalenz der demokratischen Grundordnung	231
V. <i>Kritischer Rationalismus als prozedurale Rationalität</i>	234
1. Revidierbarkeit und Vorläufigkeit als Kerngedanken des Kritischen Rationalismus	234
2. Revidierbarkeit und Gesetzgebung	236
a. Divergenz von Norm und Wirklichkeit	237
aa. Auslegung als Mittel zur Kongruenz von Norm und Normwirklichkeit	238
bb. Dynamische Normänderung als Souveränität des Gesetzgebers	240
b. Grenzen der Falsifizierung in der Gesetzgebung	241
aa. Politische Sachzwänge und faktische Bindungen	241
bb. Das Dilemma von Kontinuitätsvertrauen und ständigem Normwandel	243
cc. Rechtliche Bindungen durch höherrangiges Recht	245
c. Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers	246
3. Alternativendenken als Postulat des Kritischen Rationalismus	248
a. Pluralistisches Alternativendenken in der Verfassung	249
b. Alternativen im Gesetzgebungsverfahren	250
aa. Anlagen für Alternativendenken im Gesetzgebungs- prozess	252
(1) Parlamentsanhörung	252

(2) Plenumsberatung	253
bb. Grenzen des Möglichkeitendenkens	254
(1) Beschränkung des Gesetzesinitiativrechts	254
(2) Beschränkung im vorparlamentarischen Gesetzgebungsverfahren	256
(3) Zwang zur Selbstreflexion	259
4. Verfahrensmaximen prozeduralen Rechts und des Kritischen Rationalismus	263
a. Information durch Wissensakkumulation	264
b. Experimentelle Erprobung	265
c. Beteiligung	266
d. Beobachtung und Korrektur	266
5. Fazit	268

Kapitel 6: Netzausbaubeschleunigungsgesetz (NABEG):

Referenzgebiet für rationale Gesetzgebung	271
<i>I. Das Spannungsverhältnis formaler und politischer Rationalität</i>	273
1. Politischer Kompromiss und verfassungsrechtliche Bestimmtheit	274
a. Der politische Kompromiss um das Regelungsobjekt des NABEG	274
b. Kollision des politischen Kompromisses mit dem formal- rationalen Bestimmtheitsgrundsatz	276
c. Der politische Kompromiss um das Verhältnis von Bundes- und Landesplanungen	278
d. Fazit	281
2. Wahrung der Systemgerechtigkeit	283
<i>II. Wirkungsrationalität des NABEG</i>	286
1. Empirische Grundannahmen des Gesetzgebers	287
a. Verfahrensverzögerungen aufgrund uneinheitlicher Rechtsanwendungspraxis	287
b. Bedeutung der Öffentlichkeitsbeteiligung	288
c. Unterbindung politisch motivierter Verschleppungen	293
2. Nachbesserungspflicht zwecks Wirkungssicherung des NABEG	295
a. Monitoring, Berichts- und Evaluierungspflichten zum Netzausbau	295
b. Jährliche Neubewertung des Netzausbaubedarfs im Charakter eines Experimentgesetzes	297
3. NABEG und symbolische Gesetzgebung	301

4. Die Öffentlichkeitsbeteiligung im NABEG als verhaltensökonomisches Phänomen	303
<i>III. Prozedurale Rationalitätsaspekte in Bezug auf das NABEG . . .</i>	<i>306</i>
1. Diskursrationalität des Gesetzgebungsverfahrens zum Erlass des NABEG	306
2. Diskursrationalität in den Beteiligungsformen unter dem NABEG-Regime	312
3. NABEG als prozedurales Recht	314
4. NABEG und Kritischer Rationalismus	316
 Kapitel 7: Zusammenfassung in Thesen	 319
 Literaturverzeichnis	 329
Sachregister	395

Kapitel 1

Einführung

Die Forderung nach einer vernünftigen Gesetzgebung ist alt.¹ Seit der Aufklärung ist rationale Gesetzgebung ein Maßstab für alle Formen der Rechtsetzung.² Als qualitative Bewertungskategorie ist der Rationalitätsbegriff jedoch kein empirisch feststellbares Phänomen, sondern bildet selbst den Gegenstand sozialer Erwartungsbildung.³ Rationalität findet vielfach attributive Verwendung: Personen, Handlungen, Verfahren oder gar Überzeugungen werden als rational oder irrational bezeichnet. Trotz seiner häufigen Verwendung ist keine bestimmte universale Bedeutung des Rationalitätsbegriffs erkennbar.⁴ Auch die Konturen disziplinspezifischer Rationalitätsbegriffe sind unscharf geblieben: Selbst in den Wirtschaftswissenschaften, in denen das neoklassische Rationalitätskonzept lange Zeit dominant war, hat die experimentelle Ökonomik das Konzept der „bounded rationality“ eingeführt und eine Ausdifferenzierung des ökonomischen Rationalitätsstandards hervorgebracht.⁵ Und in der Rechtswissenschaft wird seit einigen Jahren nicht zuletzt in Anlehnung an das vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Gebot der Folgerichtigkeit und Widerspruchsfreiheit die Existenz eines Rationalitätsgebots für den Gesetzgeber diskutiert, ohne dass sich aus der Diskussion ein klares Profil für die Rationalitätsanforderungen des Gesetzgebers entwickelt hätte.⁶

¹ Scheuner, Staatstheorie und Staatsrecht, 1978, 529, 532; Siebr, ARSP 91 (2005), 535, 541 ff.; Grawert, in: Brunner/Conze/Koselleck (Hrsg.), Geschichtliche Grundbegriffe, Bd. 2, 4. Aufl. 1975, 863, 864 ff.; Bastit, Naissance de la loi moderne, 1990, 51 ff.

² Isensee, AöR 140 (2015), 169, 170, 177; Sieckmann, in: Wintgens/Oliver-Lalana (Hrsg.), Legislation, 2013, 107; Schulze-Fielitz, Gesetzgebung, 1988, S. 458.

³ Scherzberg, in: FS Erichsen, 2004, 177, 181; Hoffmann-Riem, Innovation und Recht, 2016, S. 55; Stichweh, ZfS 1995, 395, 395 ff.

⁴ Hahn, in: Behnke/Bräuninger/Shikano (Hrsg.), Jahrbuch für Handlungs- und Entscheidungstheorie, Bd. 6, 2010, 47, 47.

⁵ Vgl. etwa Gigerenzer/Selten, Bounded Rationality, 2001; Hahn, in: Behnke/Bräuninger/Shikano (Hrsg.), Jahrbuch für Handlungs- und Entscheidungstheorie, Bd. 6, 2010, 47, 47; Hoffmann-Riem, Innovation und Recht, 2016, S. 59.

⁶ Dazu Grzeszick, VVDStRL 71 (2012), 49, 49 ff.; Lienbacher, VVDStRL 71 (2012), 7, 7 ff.; Cornils, DVBl. 2011, 1053, 1053 ff.; Lepsius, in: Jestaedt/Möllers/Schönberger (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, 2011, 159, 247 ff.; Dann, Der Staat 49 (2010), 630, 630 ff.; zum Rationalitätsgebot ferner Scherzberg, in: FS Erichsen, 2004, 177, 177 ff.; Hoffmann, ZG 1990, 97, 97 ff.; Schwerdtfeger, in: Stödter/Thieme (Hrsg.), FS Ipsen, 1977, 173, 177; Herdegen, Staat und Ra-

Hinzu kommt ein allgegenwärtiges Misstrauen gegenüber der Leistungsfähigkeit des Gesetzgebers. Auch von Juristen wird häufig die Klage über den „Niedergang des Gesetzgebungsverfahrens“⁷ oder die faktische „Entparlamentarisierung“⁸ geführt. Die Schlagworte „Gesetzesflut“⁹ oder „mangelnde Kohärenz“¹⁰ finden häufig Verwendung und werden in einem Atemzug mit einer grundlegenden Staatsaufgabendiskussion genannt, die sich um die Leistungs- und Steuerungsfähigkeit des modernen Rechtsstaates rankt.¹¹ Allenthalben ist eine Skepsis spürbar, ob der Gesetzgeber der zunehmenden Komplexität der Lebenssachverhalte und dem Innovationszyklus der technologischen Entwicklung Herr werden kann und ob er seinen selbst gesetzten Gestaltungsansprüchen und sozialstaatlichen Ambitionen überhaupt gewachsen ist. Schon wird staatliche Problemlösungskapazität gänzlich in Zweifel gezogen.¹² Auch die häufig negativ konnotierte Bezeichnung „symbolischer Politik“¹³ findet ebenso Verwendung wie die fast schon resignierende Aussage, dass der staatliche Steuerungsanspruch allenfalls einem Wunschbild entspricht.¹⁴ Hier klingt die Grundaussage der *Luhmannschen* Systemtheorie an, wonach sich die gesellschaftlichen Teilsysteme aufgrund ihrer Eigendynamik und Selbstreferenz dem

tionalität, 2010, 11 ff.; zur umfassenden Diskussion über „optimale Gesetzgebung“ vgl. so gleich Kapitel 1: I.

⁷ *Schneider*, in: FS Müller, 1970, 412 ff.; für die Steuergesetzgebung vgl. nur *Tipke*, in: FS zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, 1988, 865; weitere Nachweise bei *Waldhoff*, Steuergesetzgebung, 1997, 8 ff.

⁸ *Herdegen*, VVDStRL 2003, 7, 9 ff.; *Kirchhof*, NJW 2001, 1332, 1332; *Klein*, Gesetzgebung ohne Parlament?, 2004, 6 ff.

⁹ Vgl. nur *Badura*, Staatsrecht, 6. Aufl. 2015, Rn. F 12; *Mayer-Maly*, Rechtskenntnis und Gesetzesflut, 1969, S. 15; *Schneider*, Gesetzgebung, 3. Aufl. 2002, Rn. 427; *Korinek*, in: Schäfer (Hrsg.), Gesetzgebung und Rechtskultur, 1987, 75, 75 ff.; *Holoubek*, in: Holoubek/Lienbacher (Hrsg.), Rechtspolitik der Zukunft, 1999, 9, 11 f.

¹⁰ Zentral ist hier die Forderung der Widerspruchsfreiheit als eine Pflicht zu folgerichtiger Konzeptverwirklichung. Dazu *Bumke*, Der Staat 49 (2010), 77, 89; vgl. BVerfGE 121, 317, 360 zum Rauchverbot, in der das Verfassungsgericht eine Art Konzeptbefolgungspflicht statuiert; dazu *Dann*, Der Staat 49 (2010), 630, 635; *Michael*, JZ 2008, 875, 875.

¹¹ *Di Fabio*, Schwankender Westen, 2015, 25 f.; *Mayntz*, in: Matthes (Hrsg.), Sozialer Wandel in Westeuropa, 1979, 55, 55 ff.; *Calliess*, Prozedurales Recht, 1999, 73 ff.; *Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessen, 2000, 138 ff.; *Braun*, Politische Steuerung, 1997, 31 ff.; *König/Dose*, in: König/Dose (Hrsg.), Staatliches Handeln, 1993, 3, 7 ff.; zu den Annahmen des rechtlichen Steuerungsmodells *Ritter*, in: Grimm (Hrsg.), Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, 69, 70 ff.

¹² *Ellwein/Hesse*, Der überforderte Staat, 1997, S. 161.

¹³ *Isensee*, AöR 140 (2015), 169, 186; *Smeddinck*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, 2014, § 3, Rn. 81 ff.; *Kindermann*, in: Grimm/Maihofer (Hrsg.), JbRR 13, 1988, 222, 222 ff.; *Kloepfer*, VVDStRL 40 (1982), 63, 71 f.; dazu auch *Siebr*, ARSP 91 (2005), 535, 536 ff.; *Voß*, Symbolische Gesetzgebung, 1989, 39 ff.; *Mayntz*, in: Dierkes/Petermann/von Thienen (Hrsg.), Technik und Parlament, 1986, 183, 187 f.; *Lübbe-Wolff*, in: Hansjürgens/Lübbe-Wolff (Hrsg.), Symbolische Umweltpolitik, 2000, 25, 40.

¹⁴ *Calliess*, Prozedurales Recht, 1999, S. 185; *Kosłowski*, in: Sachsse/Engelhardt (Hrsg.), Sicherheit und Freiheit, 1990, 28, 53; *Ritter*, Staatswissenschaften und Staatspraxis 1 (1990), 50, 51 f.; *Dreier*, in: Dreier/Hofmann (Hrsg.), Parlamentarische Souveränität, 1986, 11 ff., 42 f.

steuernden Zugriff des Staates entziehen.¹⁵ Wird eine rechtsspezifische Rationalität von Gesetzen aber gerade in der Steuerung und Wirkkraft der Normenordnung gesehen, muss sich der Gesetzgeber daran messen lassen, ob er seinen Gestaltungsanspruch auch einlösen kann.

I. Status quo der Diskussion über rationale Gesetzgebung

Verfassungsrechtliche Vorgaben für das Gesetzgebungsverfahren sind rar. Zudem sind sie auf das äußere Gesetzgebungsverfahren beschränkt – geregelt werden allein der Ablauf des Verfahrens und die Beteiligung der Staatsorgane am Zustandekommen der Gesetze. Im Grundgesetz ist von der *vorparlamentarischen* Gesetzesentstehung unmittelbar nur die „Gesetzesvorlage“ als sein Abschlussprodukt genannt (Art. 76 Abs. 1 GG); Bundesregierung und Bundesrat müssen ihre Gesetzentwürfe vor ihrer Einbringung beim Bundestag einander zur Stellungnahme zuleiten (Art. 76 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 S. 1 GG). Das *innere* Gesetzgebungsverfahren, d. h. der Prozess der Entscheidungsfindung, hingegen ist im Grundgesetz nicht ausdrücklich geregelt.¹⁶

Gleichwohl fand mit der Gesetzgebungslehre das Postulat der „guten Gesetzgebung“ schon vor geraumer Zeit Anklang in der rechtswissenschaftlichen Diskussion.¹⁷ Ihren Ursprung nahm sie in dem Befund, dass zu viele, unnötige oder gar schädliche Gesetze verabschiedet würden.¹⁸ Die daraus abgeleitete Forderung nach optimaler Gesetzgebung erfreute sich in den 1970er-Jahren und 1980er-Jahren in der rechtswissenschaftlichen Literatur einer zunehmenden Popularität und hinterließ mit zeitlichem Verzug auch in der Rechtsprechung ihre Spuren.¹⁹ Der diesem Leitbild zugrunde liegende Gedanke einer optimalen

¹⁵ *Luhmann*, PVS 39 (1989), 4, 4; ausführlich zur Systemtheorie unten Kapitel 2: I.2.g.

¹⁶ *Schwerdtfeger*, in: Stödter/Thieme (Hrsg.), FS Ipsen, 1977, 173, 173ff.; *Schlaich/Korionth*, Das Bundesverfassungsgericht, 10. Aufl. 2015, Rn. 542; *Hill*, Gesetzgebungslehre, 1982, 63ff.; *Heinz*, Gesetzgebungsverfahren, 2009, S. 224; *Botke*, Verfahrensgerechtigkeit, 1991, S. 73; *Karpen*, Regelungstheorie, 1989, S. 41; *Hölscheidt/Menzenbach*, DÖV 2008, 139, 139ff.; *Hoffmann*, ZG 1990, 97, 98; *Schulze-Fielitz*, Gesetzgebung, 1988, S. 177; *Ossenbühl*, NJW 1986, 2805, 2809; *Lücke*, ZG 2001, 1, 3; *Mengel*, ZRP 1983, 153, 153; zur Diskussion, ob es sich dabei um eine planwidrige Lücke handelt *Heinz*, Gesetzgebungsverfahren, 2009, S. 222. Zum inneren Gesetzgebungsverfahren in den Geschäftsordnungen *Kluth*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, 2014, § 1, Rn. 92.

¹⁷ Zur Entstehung der Gesetzgebungslehre vgl. nur *Meßerschmidt*, ZJS 2008, 111, 111ff.; zu Optimierungsvorstellungen im öffentlichen Recht allgemein *Heinz*, Gesetzgebungsverfahren, 2009, S. 241; *Lerche*, in: FS Stern, 1997, 197, 203; *Würtenberger*, VVDStRL 58 (1999), 139, 142.

¹⁸ *Maibhofer*, in: Winkler/Schilcher (Hrsg.), Gesetzgebung, 1981, 3, 3; *Öhlinger*, in: *Öhlinger* (Hrsg.), Methodik der Gesetzgebung, 1982, 15, 26; *Mader/Morand*, L'Évaluation Législative, 1985, 162f.

¹⁹ *Joel Reyes y Ráfales*, Der Staat 52 (2013), 597, 602; *Schulze-Fielitz*, Gesetzgebung, 1988, S. 322; *Grzeszick*, VVDStRL 71 (2012), 49, 53.

Gesetzgebung will mangels ausdrücklicher Vorgaben des Grundgesetzes demnach Grundsätze des inneren Gesetzgebungsverfahrens herleiten, die in allgemeinen Grundsätzen wie dem Rechtsstaatsprinzip, den Grundrechten und dem Demokratieprinzip Verankerung finden sollen.²⁰ In der Literatur entstanden Optimierungsgebote, die sich in ihrer Vielfalt und Reichweite stark unterscheiden. Insbesondere gehören hierzu Abwägungs- und Ermittlungspflichten des Gesetzgebers²¹, Rechtfertigungspflichten für Ausnahmen von der Grundentscheidung²², fundierte Sachverhaltsuntersuchungen²³, belastbare Prognosen²⁴ oder die Berücksichtigung empirischer Erkenntnisse²⁵. Überhaupt müsse der Gesetzgeber dauerhafte, verständliche, präzise, rechtslogische und auch sonst rechtlich stimmige Gesetze erlassen.²⁶ Solche Vorstellungen kumulieren in der „Pflicht zum guten Gesetz“.²⁷

Zahlreiche Stimmen lehnen das Verlangen nach einer „optimalen“ Gesetzgebung hingegen ab. Der Gesetzgeber „schulde nur das Gesetz“²⁸, die Verbindlichkeit von Optimierungsgeboten wird als reines „Klugheitsgebot“ verneint.²⁹ Die Anforderungen an die Gesetzgebung dürften nicht überspannt werden. Entscheidend sei nicht das absolut richtige Gesetz, sondern eine „relative gute“ Gesetzgebung.³⁰ Teilweise wird nur die Vermeidung „wesentlicher Fehler“ an-

²⁰ Zu den Befürwortern zählen etwa *Schwerdtfeger*, in: Stödter/Thieme (Hrsg.), FS Ipsen, 1977, 173, 173 ff.; *Smeddinck*, Gesetzesproduktion, 2006, 214 ff.; *Smeddinck*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, 2014, § 3, Rn. 34; *Lücke*, ZG 2001, 1, 1 ff.; *Sieckmann*, in: Wintgens/Oliver-Lalana (Hrsg.), Legislation, 2013, 107 ff.; so wohl auch *Hill*, Jura 1986, 286, 286 ff.; *Gärditz*, Hochschulorganisation, 2009, S. 195; mit Abstrichen auch *Kloepfer*, VVDStRL 40 (1982), 63, 89, der zwar eine Verfassungspflicht zur optimalen Methodik der Gesetzgebung verneint, wohl aber zumindest eine behutsam zu umreißende Pflicht zu einer von wesentlichen Fehlern freien Gesetzesmethodik anerkennt; *Schulze-Fielitz*, Gesetzgebung, 1988, 182 f.; vgl. auch *Schäffer*, ZG 1989, 289, 299; *Horn*, Experimentelle Gesetzgebung, 1989, S. 278.

²¹ *Lücke*, ZG 2001, 1, 26; *Smeddinck*, Gesetzesproduktion, 2006, S. 215; vgl. auch *Dann*, Der Staat 49 (2010), 630, 640.

²² BVerfGE 122, 210, 231.

²³ *Lücke*, ZG 2001, 1, 26.

²⁴ BVerfGE 39, 210, 226; 50, 290, 332; dazu auch *Steinbach*, Der Staat 54 (2015), 267, 268 ff.

²⁵ *Herdegen*, Staat und Rationalität, 2010, S. 77; *Smeddinck*, Gesetzesproduktion, 2006, 215.

²⁶ *Lücke*, ZG 2001, 1, 1 ff.; für einen Überblick über die Pflichtenlage vgl. *Smeddinck*, Gesetzesproduktion, 2006, 215 f.

²⁷ *Burghart*, Die Pflicht zum guten Gesetz, 1996.

²⁸ Vgl. nur *Schlaich*, VVDStRL 39 (1981), 99, 109; *Waldhoff*, in: FS Isensee, 2007, 325, 331; *Merten*, DÖV 2015, 349, 360.

²⁹ *Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessen, 2000, 877 f.; *Gusy*, ZRP 1985, 291, 291 ff.; *Dann*, Der Staat 49 (2010), 630, 641; *Grzeszick*, VVDStRL 71 (2012), 49, 53 ff.; *Schwarz/Bravidor*, JZ 2011, 653, 659.

³⁰ *Karpen*, Regelungstheorie, 1989, S. 17; *Mengel*, Gesetzgebung und Verfahren, 1997, 334 ff.; *Schulze-Fielitz*, Gesetzgebung, 1988, S. 556; vgl. auch *Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessen, 2000, 867 ff., 874 ff.

gemahnt³¹, teilweise in der Optimalität des Verfahrens eine Obliegenheit gesehen.³² Zu strikte Verfahrensvorgaben würden die Parlamentspraxis verkennen, die auch inkonsequente und fehlerhafte Kompromisse notwendig mache.³³

Eine dogmatische Linie zur Entwicklung einer spezifisch juristischen Rationalität von Gesetzen ist schwer erkennbar.³⁴ Zwar teilen die genannten Ansätze konzeptionell, dass sie allesamt verfassungsrechtliche Grundlagen für die Rationalitätsgebote anführen, sei es das Rechtsstaatsgebot³⁵, das Übermaßverbot³⁶, das Demokratieprinzip³⁷, das Gemeinwohlprinzip³⁸, die Auslegungsmethoden³⁹, das Verhältnismäßigkeitsprinzip⁴⁰ oder das Willkürverbot⁴¹ – sucht und findet man in diesen Verfassungsgrundsätzen aber eine Basis für rationale Gesetzgebung, so transformiert man diesen Begriff in einen Rechtsbegriff.⁴² Dies mag man tun, sich auf eine spezifisch „juristische“ Rationalität berufen und damit zu erkennen geben, dass Rationalitätsverständnisse anderer Disziplinen zwar erkannt, aber nicht verwertet oder integriert werden.⁴³ Doch nimmt man damit der Rationalität ihre gehaltmäßige Eigengestalt oder reduziert zumindest ihre Bedeutungsvielfalt und lässt sie stattdessen zu einem Vehikel oder Etikett verfassungsrechtlicher Rechtmäßigkeitsmaßstäbe werden. Ein über Rechtmäßigkeitserwägungen hinausgehender spezifischer Aussagegehalt kommt der Rationalität damit nicht zu. Bestenfalls lässt sie sich dann noch von den reinen Optimierungsgesetzen auf dem Feld der Gesetzgebungstechniken abgrenzen, um eine Differenzierung zwischen einem verbindlichen „Rechtsrationalitätskern“

³¹ Horn, Experimentelle Gesetzgebung, 1989, S.278; Hotz, Methodische Rechtsetzung, 1983, S. 109.

³² Merten, DÖV 2015, 349, 360; Meßerschmidt, Gesetzgebungsermessens, 2000, 923 f.

³³ Kluth, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, 2014, § 1, Rn. 137; Schulze-Fielitz, Gesetzgebung, 1988, 404 ff.; Sanders/Preisner, DÖV 2015, 761, 765; Hoffmann-Riem, Innovation und Recht, 2016, S. 160.

³⁴ Dann bezeichnet die Versuche, auf Grundlage von Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip Rationalitätsgebote abzuleiten, als oberflächlich und wenig überzeugend, vgl. Dann, Der Staat 49 (2010), 630, 641.

³⁵ Joel Reyes y Ráfales, Der Staat 52 (2013), 597, 601; Schwerdtfeger, in: Stödter/Thieme (Hrsg.), FS Ipsen, 1977, 173, 177; Löwer, Cessante razione legis, 1989, S. 13; vgl. auch Isensee, AöR 140 (2015), 169, 178.

³⁶ Lienbacher, VVDStRL 71 (2012), 7, 17; Lorz, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 71 (2012), 83 f.; Classen, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 71 (2012), 96.

³⁷ Joel Reyes y Ráfales, Der Staat 52 (2013), 597, 625.

³⁸ von Arnim, Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland, 1984, 211 ff., 232 ff.

³⁹ Häberle, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 71 (2012), 88.

⁴⁰ Grimm, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 71 (2012), 85; Herdegen, Staat und Rationalität, 2010, S. 59; Sieckmann, in: Wintgens/Oliver-Lalana (Hrsg.), Legislation, 2013, 118.

⁴¹ Heckmann, Rechtsnormen, 1997, S. 266.

⁴² Darüber hinaus sind die Versuche, Rationalität aus den genannten Verfassungsprinzipien abzuleiten, verfassungsdogmatisch unklar. Vieles deutet darauf hin, dass Rationalität statt in diesen Verfassungsprinzipien eher in „spezifischen, kaum expliziten Vorverständnissen“ verankert ist, Dann, Der Staat 49 (2010), 630, 639.

⁴³ Auf Beschränkungen des monodisziplinären Zugangs zur Rationalität verweist auch Gärditz, Hochschulorganisation, 2009, 186 ff.

und unverbindlichen „Klugheitsgeboten“ zu ermöglichen. Oder anders formuliert: Die Ableitung der Rationalitätspflicht aus einem der Verfassungsprinzipien begegnet der Schwierigkeit, dass sie eine verfassungsrechtlich konkretisierungsbedürftige Kategorie auf einen zweiten ebenso vagen und konkretisierungsbedürftigen, aber noch weniger justiziablen Begriff zu stützen versucht.⁴⁴

Häufig wird nicht einmal versucht, eine Definition zu liefern. Dann sind Rationalitätsanforderungen lediglich all jene Anforderungen, die das Bundesverfassungsgericht in den letzten Jahren an den Gesetzgeber gestellt hat.⁴⁵ Auf diese Weise wird einiges vermischt: das Gebot der Folgerichtigkeit, die Rechtfertigungspflicht bei Abweichungen von grundlegenden Entscheidungen, eine Tatsachenerforschungspflicht, eine Prognosepflicht, ein transparentes und sachgerechtes Verfahren, eine Gesetzesbegründungspflicht.⁴⁶ Ob und warum gerade diese Pflichten das Prädikat „rational“ verdienen, bleibt unklar. Ist aber schon die begriffliche Kategorie nicht hinreichend definiert, kommt auch die sich anschließende Analyse der verfassungsrechtlichen Verankerung in Schwierigkeiten. Jedenfalls dürfte mangels einer klaren Definition dann nicht die Rede von *der* Rationalität sein – stattdessen ginge es um eine Ansammlung von Einzelgeboten, die individuell beurteilt werden müssten.⁴⁷ Das gilt umso mehr, als das für seine vermeintlichen Rationalitätsanforderungen heftig kritisierte Bundesverfassungsgericht⁴⁸ selbst nicht ausdrücklich eine Rationalitätspflicht statuiert hat. Stattdessen hat das Gericht eine Reihe von Einzelgeboten entwickelt⁴⁹, die als eklektizistisch, ohne systematischen Unterbau bezeichnet wurden.⁵⁰ Bei den sogenannten Rationalitätsanforderungen – der Begriff findet sich bereits im Titel mehrerer Abhandlungen⁵¹ – handelt es sich mithin um eine Begriffsschöpfung der Literatur, die allerdings keine Begriffsdefinition anbietet.⁵²

⁴⁴ *Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessens, 2000, S. 781.

⁴⁵ So die Herangehensweise von *Grzeszick*, VVDStRL 71 (2012), 49, 53; *Cornils*, DVBl. 2011, 1053, 1053 ff. Die „Vagheit“ der bisherigen Ansätze eines Rationalisierungsgebotes beklagt auch *Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessens, 2000, S. 784.

⁴⁶ Siehe die Zusammenstellungen bei *Grzeszick*, VVDStRL 71 (2012), 49, 53; *Smeddinck*, Gesetzesproduktion, 2006, S. 215; *Cornils*, DVBl. 2011, 1053, 1055 ff.; im Laufe der Arbeit wird deutlich, dass diese Pflichten das Resultat unterschiedlicher Rationalitätspostulate sind: Die Folgerichtigkeit als Bestandteil einer formalen Rationalität, die Nachbesserungspflicht als Ausdruck einer prozeduralen Rationalität in Gestalt des Kritischen Rationalismus, vgl. unten Kapitel 3: IV und Kapitel 5: V.2.c.

⁴⁷ *Lienbacher*, VVDStRL 71 (2012), 7, 11; *Joel Reyes y Ráfales*, Der Staat 52 (2013), 597, 602.

⁴⁸ *Cornils*, DVBl. 2011, 1053, 1053 ff.; *Grzeszick*, VVDStRL 71 (2012), 49, 53 ff.; von Rationalitätserwartungen spricht *Dann*, Der Staat 49 (2010), 630, 631 ff.

⁴⁹ *Bumke*, Der Staat 49 (2010), 77, 91.

⁵⁰ *Gärditz*, Hochschulorganisation, 2009, 195 f.

⁵¹ *Cornils*, DVBl. 2011, 1053, 1053; *Grzeszick*, VVDStRL 71 (2012), 49, 49; *Lienbacher*, VVDStRL 71 (2012), 7, 7; *Dann*, Der Staat 49 (2010), 630, 630; *Joel Reyes y Ráfales*, Rechtstheorie 2014, 35, 35.

⁵² Mit Ausnahme von *Lienbacher*, VVDStRL 71 (2012), 7, 7.

Schon hier wird das Problem deutlich: Es wird eine Kategorie ohne präzise Inhaltsdefinition geschaffen. Diese Kategorie erhält sodann die Bezeichnung „Rationalität“ (ohne eine genuine Bedeutung des Begriffs aufzuspüren) und wird auf ihre verfassungsrechtliche Verankerung hin untersucht. Damit gewinnt Rationalität aber keine eigenständige, sondern allenfalls eine abhängige Aussagekraft, die zudem nichts anderes als umtitulierte Variationen oder Kombinationen für bestimmte Ausprägungen des Rechtsstaats- und Demokratieprinzips darstellt.⁵³

Eine sorgfältige Analyse kommt folglich nicht umhin, den Begriff der Rationalität nicht über eine Ansammlung mehr oder weniger willkürlich zusammengestellter Anforderungen zu stützen, sondern die genuine Bedeutung von Rationalität zu eruieren. Aus diesem Befund ergibt sich für die vorliegende Arbeit die Aufgabe, zu klären, was mit rationaler Gesetzgebung begrifflich überhaupt gemeint sein kann. Angesprochen wurde bereits die genuin außerrechtliche Bedeutung dieses Begriffs. Die Fragen lauten mithin: Welche Rationalitätspostulate gibt es? Was besagen diese in Bezug auf Gesetzgebung? Erst wenn diese Fragen beantwortet sind, erscheint es sinnvoll, sich die Frage zu stellen, ob eben für jene Rationalitätspostulate eine Verankerung in Verfassungsrecht und Verfassungsrechtspraxis erkennbar ist.

II. Öffentlich-rechtliches Forschungsinteresse

Nicht allein in der Rechtswissenschaft ist die Diskussion zur Rationalität vielschichtig geblieben und lässt eine widerspruchsfreie Anbindung vermissen. Auch in anderen Fachbereichen hat die Rationalitätsdebatte keine einheitliche Konzeption hervorgebracht. Es finden sich zahlreiche divergierende und „konfligierende Rationalitätstypologien, -semantiken und -theorien“,⁵⁴ die „formale, materiale und prozedurale, strategisch-eigenorientierte, normativ-ethische und systembezogene Orientierungen“ anbieten.⁵⁵ Die Konturen des außerjuridischen Rationalitätsbegriff bleiben zwangsläufig so unscharf, dass angesichts zunehmend disziplinspezifischer Rationalitäten nicht von einer „Einheit der Vernunft“⁵⁶, sondern eher von einer „Pluralität der Vernunft“⁵⁷ gesprochen werden kann.⁵⁸

⁵³ Mit Blick auf die vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Kohärenzgebote an den Gesetzgeber als Rationalisierungsgebot kritisiert *Dann* die fehlende Bestimmtheit der verfassungsrechtlichen Grundlagen; vgl. *Dann*, Der Staat 49 (2010), 630, 637f.

⁵⁴ *Brentel*, Soziale Rationalität, 1999, S. 12.

⁵⁵ *Scherzberg*, in: FS Erichsen, 2004, 177, 179.

⁵⁶ *Hesse*, Die Einheit der Vernunft, 1994, S. 9ff.

⁵⁷ *Di Fabio*, Offener Diskurs, 1991, S. 198; *Hoffmann-Riem*, Innovation und Recht, 2016, S. 55.

⁵⁸ *Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessens, 2000, S. 795.

Gesetze können unter Zugrundelegung außerrechtlicher Rationalitätskonzepte danach als rational oder irrational erscheinen. Warum sollte die Befassung mit außerjuridischen Rationalitätskonzepten aber gerade für den Öffentlich-Rechtler von Interesse sein? Wählt man genuin extrajuridische Rationalitätskonzeptionen als Ausgangspunkt der Bewertung von Recht und Gesetz, entfaltet sich ein verfassungsrechtlicher Diskurs erst dann, wenn diese Rationalitätskonzeptionen in verfassungsrechtliche Kategorien überführt werden können. Einige Beispiele sollen das Potenzial einer solchen Überführung sowie Verbindung, Gleichklang und Widerspruch außerrechtlicher Rationalität mit dem Verfassungsrecht andeuten, wobei hier auf die in dieser Arbeit vorgenommene Systematisierung nach formalen, materiellen und prozeduralen Rationalitätskonzeptionen zurückgegriffen wird.

Erstens veranschaulicht das Beispiel des vom Bundesverfassungsgericht kassierten Nichtrauchergesetzes den Stellenwert *formaler* Rationalität und dessen Überführung in das Verfassungsrecht.⁵⁹ In dem Fall ging es um die Nichtraucherschutzgesetze der Länder Baden-Württemberg und Berlin, mit denen das Rauchen in Gaststätten verboten werden sollte.⁶⁰ Das Bundesverfassungsgericht sah die Verfassungswidrigkeit der Gesetze in einem systemwidrigen und inkohärenten Regel-Ausnahme-Verhältnis bei der Anwendung des Nichtrauchergebotes in Gaststätten (insbesondere bei der Einrichtung von Raucherräumen) – eine vom Gesetzgeber einmal getroffene Ausnahmeregelung müsse durchweg konsistent angewendet werden. Wenn der Gesetzgeber Ausnahmen von dem Rauchverbot erlaube, wie im Falle der beiden Gesetze aus Berlin und Baden-Württemberg, so müsse er diese „folgerichtig“ ausgestalten.⁶¹ Auch in anderen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts wurde vom Gericht ein Gebot der Folgerichtigkeit anerkannt, welches den Gesetzgeber zur konsequenten Einhaltung von Grundentscheidungen verpflichtet und für Ausnahmen von der Grundentscheidung mit einer Rechtfertigungspflicht versieht.⁶² Für und Wider derartiger Konsistenzgebote lassen sich sowohl nach außerrechtlichen Rationalitätskonzeptionen als auch in verfassungsrechtlichen Kategorien erfassen. Sie liegen zunächst ganz auf der Linie außerrechtlich veranlagter formaler Rationalität, bei der begriffliche Konsistenz und logische Widerspruchsfreiheit im Mittelpunkt stehen. Sie finden sich sowohl in der analytischen Wissenschaftstheorie als auch der ökonomischen Präferenztheorie. Danach dürfen die in Regel-Ausnahme-Entscheidungen zum Ausdruck kommenden Präferenzen nicht widersprüchlich sein und müssen konsequent angewendet werden.⁶³ Ein juristisches Echo finden diese außerjuridischen Konsistenzkrite-

⁵⁹ BVerfGE 121, 317, 317.

⁶⁰ Dazu *Dann*, *Der Staat* 49 (2010), 630, 635; *Michael*, *JZ* 2008, 875, 875.

⁶¹ BVerfGE 121, 317, 360ff.

⁶² Vgl. nur BVerfGE 122, 210, 231; 123, 11, 120.

⁶³ Ausführlich unten Kapitel 2: I.1.a.

rien zunächst im Rechtsstaatsprinzip, welches in Gestalt des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes die Konsistenz als Schranken-Schranke vorschreiben soll.⁶⁴ Weiter wird Konsistenzgeboten eine dem Demokratieprinzip dienende Funktion zugewiesen – so hinderten Konsistenzgebote den Gesetzgeber daran, mit Rücksicht auf bestimmte Zielgruppen, von denen man sich einen besonderen politischen Widerstand erwartet, „faule Kompromisse“ einzugehen.⁶⁵ Denn sieht man in den asymmetrischen Einflussmöglichkeiten von Partikularinteressen auf den Gesetzgebungsprozess eine Ursache für gesetzgeberisches inkonsistentes Verhalten, könnte eine Pflicht zur Folgerichtigkeit die ansonsten zu niedrige Legitimationsleistung des Gesetzes erhöhen.⁶⁶ Gleichwohl ist ein derartiges Demokratieverständnis weder rechtlich noch außerrechtlich zwingend: Formale Anforderungen stehen gerade in möglichem Widerspruch zum politischen Kalkül des Gesetzgebers, für den der Einsatz von Regel-Ausnahme-Beziehungen ein Instrument zur Befriedigung von Partikularinteressen darstellt und Gesetze häufig erst kompromissfähig macht. In diesem Sinne können die Inkonsistenzen beim Nichtrauchergesetz damit erklärt werden, dass auf politische Widerstände Rücksicht genommen werden musste, um die Verabschiedung des Gesetzes zu sichern.⁶⁷ Das entspricht der von der Politikwissenschaft entwickelten politischen Handlungsrationale, wonach das Machbare, Opportune, die Macht Sichernde und nicht das fachlich Richtige, Konsistente mit der Gesetzgebung verfolgt wird. Darin wird sie von der polit-ökonomischen Rationalitätskonzeption gestärkt, nach der Politiker ihre Entscheidungen aufgrund ihres individuellen (vom Wunsch der Wiederwahl dominierten) Nutzenkalküls treffen. Diese außerrechtlichen Konzeptionen finden ihrerseits Wiederhall in solchen verfassungsrechtlichen Interpretationen, nach denen das Demokratieprinzip gerade auch das politisch opportune, von der Form befreite, ja „irrationale“ Handeln des Gesetzgebers rechtfertigen soll.⁶⁸ Gerade wenn der Kompromiss als ein wichtiges Institut des Demokratieprinzips anerkannt wird, dürften keine überhöhten Konsistenzanforderungen an die Verwirklichung des Demokratieprinzips gestellt werden.⁶⁹

⁶⁴ Kritisch dazu *Dann*, *Der Staat* 49 (2010), 630, 635; *Bumke*, *Der Staat* 49 (2010), 77, 93. Ausführlich unten Kapitel 3: IV.

⁶⁵ *Lorz*, Diskussionsbeitrag, *VVDStRL* 71 (2012), 83, der die Inkonsistenzen beim Nichtraucherschutz damit erklärt, dass auf politische Widerstände Rücksicht genommen werden musste. Das führte zu einem systemwidrigen und inkohärenten Regel-Ausnahme-Verhältnis.

⁶⁶ Dazu *Grzeszick*, *VVDStRL* 71 (2012), 49, 71; sich ihm anschließend *Joel Reyes y Ráfalles*, *Der Staat* 52 (2013), 597, 601.

⁶⁷ *Lorz*, Diskussionsbeitrag, *VVDStRL* 71 (2012), 83.

⁶⁸ *Isensee*, Diskussionsbeitrag, *VVDStRL* 71 (2012), 87.

⁶⁹ *Isensee*, *AöR* 140 (2015), 169, 178; *Kluth*, in: *Kluth/Krings* (Hrsg.), *Gesetzgebung*, 2014, § 1, Rn. 137; *Schulze-Fielitz*, *Gesetzgebung*, 1988, 404 ff.; ausführlich dazu unten Kapitel 5: IV.2.a.

Zweitens lässt sich die Bedeutung *materieller* Rationalität am Beispiel der symbolischen Gesetzgebung skizzieren, wie sie vor allem im Umweltrecht beklagt bzw. diskutiert wurde.⁷⁰ Als Beispiel ist das von Ausnahmen „durchlöcherte“ Ozongesetz von 1995 zu nennen, welches unter bestimmten Voraussetzungen ein Verkehrsverbot für Kraftfahrzeuge ermöglichen sollte, dessen Regelung aber durch Ausnahmenvorschriften gänzlich ausgehebelt wurde.⁷¹ Exemplarisch ist auch die Beschleunigungsgesetzgebung zur Zulassung von Verkehrs- und Industrieanlagen in den 1990er-Jahren, die maßgeblich von einem politisch gewollten, empirisch nicht belegbaren Willen der Steigerung der Standortattraktivität getrieben war. Damals lagen die politischen Rezepte zur Verfahrensbeschleunigung in der Rückführung der Öffentlichkeitsbeteiligung, die jedoch kaum als wesentlicher Grund für die Verfahrensdauer verantwortlich gemacht werden konnte.⁷² Dass rund 20 Jahre später im Bereich der Energieinfrastruktur mit dem Netzausbaubeschleunigungsgesetz genau der umgekehrte Weg gegangen wurde – Verfahrensbeschleunigung durch *mehr* Öffentlichkeitsbeteiligung – entbehrt nicht einer gewissen Ironie und bestätigt ebenso den symbolischen Charakter des Gesetzes. Der Normalfall sind instrumentale Gesetze. Mit ihnen möchte der Gesetzgeber wirkliche, d. h. realweltliche, Zustände herbeiführen oder absichern. Der Gesetzgeber schafft solche Normen mit der Absicht, das erwünschte Verhalten tatsächlich herbeizuführen. Die Realisierung des Normzwecks und damit die Effektivität des finalen Gestaltungsprogramms entsprechen einer materiell-instrumentellen Rationalität von Gesetzen.⁷³ Dem läuft symbolische Gesetzgebung zuwider, weil bei ihr die Ineffektivität eines Normbefehls von Anfang an erkennbar ist und die Motive der am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten gar nicht auf die Realisierung der Norm gerichtet sind. Symbolische Gesetzgebung ist demnach ineffektiv, wenn man die genuine Rationalität von Recht in der tatsächlichen Gestaltung realer Zustände erblickt. Effektiv ist sie hingegen aus anderer Perspektive, weil sie das zentrale politische Handlungskalkül der Machtsicherung bedient und damit politisch rational ist. Prozedural-rational erfährt symbolische und ineffektive Gesetzgebung dann eine Rechtfertigung, wenn man im politischen Kompromiss eine zentrale Determinante des Demokratieprinzips sieht. In diesem Konfliktfeld materieller und prozeduraler Rationalität bewegt sich das Verfassungsrecht, indem es Argumente sowohl für die eine wie die andere Rationalitätskonzeption liefert. Für die materiell-instrumentelle Rationalität kann das Ver-

⁷⁰ Vgl. nur *Lübbe-Wolff*, in: Hansjürgens/Lübbe-Wolff (Hrsg.), *Symbolische Umweltpolitik*, 2000, 25, 25 ff.

⁷¹ *Newig*, in: Cottier/Estermann/Wrase (Hrsg.), *Wie wirkt Recht?*, 2010, 301, 310 ff.; dazu auch *Lübbe-Wolff*, in: Hansjürgens/Lübbe-Wolff (Hrsg.), *Symbolische Umweltpolitik*, 2000, 25, 49.

⁷² *Steinberg*, in: Hansjürgens/Lübbe-Wolff (Hrsg.), *Symbolische Umweltpolitik*, 2000, 63, 63 ff.

⁷³ Vgl. dazu unten Kapitel 4: IV.

hältnismäßigkeitsprinzip angeführt werden: Nur ein geeignetes Gesetz, das den intendierten Gesetzeszweck auch tatsächlich zu erreichen in der Lage scheint, kann etwaige Grundrechtseingriffe rechtfertigen. Für die prozedurale, politische Handlungsrationalität streitet die Kompromissorientierung des Verfassungsrechts.

Drittens können die Einsatzfelder reflexiven Rechts die Bedeutung *prozeduraler* Rationalität aufzeigen. Nach dieser in der Systemtheorie verankerten Rationalitätskonzeption wird Rechtsetzung zugunsten einer weitestgehenden Gewähr von Selbstgesetzgebungsrechten entbehrlich gemacht. Ansätze eines reflexiven Rechts finden sich zum Beispiel im umweltbezogenen Technikrecht, etwa bei der obligatorischen Selbstkontrolle durch Betriebsbeauftragte im Immissions-, Abfall-, Wasser- und Strahlenschutz sowie in der europäischen Öko-Audit-Verordnung (EMAS).⁷⁴ Systemtheoretisch fußt dies auf der Vorstellung von Recht als einem naturwüchsigen Evolutionsprozess zwischen Recht und einem sich regelnden System. Die prozedurale strukturelle Kopplung mit autonomen gesellschaftlichen Selbststeuerungsprozessen erfolgt dann durch einen minimalistischen Gesetzgeber. Das Recht hat nur noch die Aufsichtsfunktion im Hinblick auf die Absicherung autonomer gesellschaftlicher Selbststeuerung. Einer solchen Form prozeduraler Rationalität von Recht sind verfassungsrechtlich Grenzen gesetzt: Während reflexive Rechtsetzungsprozesse aus Sicht des Subsidiaritätsgedankens wünschenswert erscheinen mögen, wird der Einsatz reflexiven Rechts durch das Demokratieprinzip insofern beschränkt, als der Staat sich aufgrund des Wesentlichkeitsgrundsatzes nur bedingt aus seiner Regelbildungshoheit zurückziehen darf. Zudem begrenzen die Grundrechte die Möglichkeiten zur Selbstregulierung, indem stets gewährleistet sein muss, dass der staatliche Auftrag zur Grundrechtsverwirklichung hinreichend erfüllt wird.

Viertens lässt sich ein Beispiel für die Übereinstimmung von außerrechtlicher *prozeduraler* Rationalität und verfassungsrechtlicher Vorgabe anhand der vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Beobachtungs- und Nachbesserungspflichten des Gesetzgebers aufzeigen. Den Gesetzgeber trifft nicht nur die Pflicht, die Entwicklung der tatsächlichen Sachlage permanent zu beobachten, sondern auch das Gesetz ggf. nachzubessern, d. h., entweder die Rechtsnorm anzupassen oder aufzuheben.⁷⁵ Diese Verhaltenspflichten entsprechen den Handlungsmaximen des Kritischen Rationalismus: Charakteristisch ist danach die nie endende Suche nach Fehlern als der schnellstmögliche Weg zum Wissen. Erkenntnisse müssen deswegen möglichst konsequent der Kritik ausgesetzt werden, um Erkenntnisgewinne zu erzielen. Nur durch fortwährende kritische

⁷⁴ Leifer, Selbstregulierung, 2007, S. 85 ff.

⁷⁵ Vgl. nur Badura, in: FS Eichenberger, 1982, 481, 484 ff.; Steinberg, Der Staat 26 (1987), 161, 167 f.

Prüfung und Diskussion können Fehler und Schwächen in Erkenntnissen und Überzeugungen erkannt und eliminiert werden. Das Rationalitätsprinzip besteht demnach in der „Bereitschaft, Überzeugungen kritisch zu diskutieren und ggf. zu korrigieren“.⁷⁶ In verfassungsrechtlichen Kategorien entspricht dies der Pflicht, die Rechtmäßigkeit des Gesetzes in einem Umfeld sich ändernder tatsächlicher und rechtlicher Umstände aufrechtzuerhalten. Beides – der Erkenntnisfortschrittsgedanke des Kritischen Rationalismus und die verfassungsrechtlich erforderliche Absicherung der zukünftigen Rechtmäßigkeit – rechtfertigen Beobachtungs- und Nachbesserungspflichten und lassen das Institut der Gesetzesfolgenabschätzung und -evaluation als geeignetes Instrument zur Umsetzung dieser Verhaltenspflichten erscheinen.⁷⁷

Die genannten Beispiele sollen eines deutlich machen: Rationalitätsgebote eröffnen einen analytischen Zugang im Aufeinanderbeziehen außerrechtlicher und rechtlicher Kategorien. Ist die rechtswissenschaftliche Methode zur Bestimmung einer dogmatischen Verankerung außerjuridischer Rationalitätskonzepte gleichwohl unverzichtbar und maßgeblich, erscheint doch bei der vorgelegten inhaltlichen Bestimmung von Rationalität eine disziplinäre Grenzüberschreitung umso dringlicher. Gerade die Befassung mit einem genuin außerjuridischen Begriff macht deutlich, dass der einzeldisziplinäre Zugang auf Grenzen stößt. Ein individuell-disziplinärer Zugang bezieht seinen analytischen Ansatz und seine Leistungsfähigkeit auf die methodische Eindeutigkeit seiner Herangehensweise. Allerdings wird damit zugleich der Blick auf Ganzheiten behindert.⁷⁸ Eine disziplinübergreifende Sichtweise vermittelt dagegen die moderne Staatswissenschaft. Als staatswissenschaftlicher Ansatz wird hier der „Lehr- und Forschungszusammenhang derjenigen Disziplinen angesprochen, die sich den Formen, Verfahren, Strukturen und Parametern gesellschaftlicher Verhaltenskoordination und folglich den kollektiven Institutionen einer Gesellschaft widmen“.⁷⁹ Damit verbunden ist eine verstärkte disziplinübergreifende Kommunikation und argumentative Verknüpfung der an sich eigenständigen Wissenschaften.⁸⁰ Leitend für diese Vernetzung ist die Absicht, die einzelwissenschaftlich entwickelten Theorien und Methoden und die daraus gewonnen Erkenntnisse aufeinander zu beziehen.⁸¹ Angesprochen ist damit die Rolle der Interdisziplinarität. Ihr liegt als Forschungsansatz das Zusammen-

⁷⁶ *Waschkeubn*, Kritischer Rationalismus, 1999, S. 5.

⁷⁷ Dazu ausführlich unten Kapitel 4: IV.2.a.bb.

⁷⁸ *Ellwein/Hesse*, in: Ellwein/Hesse (Hrsg.), Staatswissenschaften, 1990, 7, 9f.; für *Hoffmann-Riem* ist ein abgeschlossener einzeldisziplinärer Zugang in Zeiten von Globalisierung und Internationalisierung ohnehin zweifelhaft, vgl. *Hoffmann-Riem*, Die Verwaltung, Beiheft 2 (1999), 83, 101.

⁷⁹ So *Scherzberg*, in: FS Erichsen, 2004, 177, 179 mit Verweis auf den regelorientierten Institutionenbegriff etwa bei *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, 4. Aufl. 2010, S. 7f.

⁸⁰ *Scherzberg*, in: FS Erichsen, 2004, 177, 179.

⁸¹ *Schuppert*, Staatswissenschaft, 2003, S. 25.

wirken verschiedener Wissenschaftsdisziplinen mit dem Ziel eines gemeinsamen Erkenntnisgewinns zugrunde.⁸²

Erkennt man die Notwendigkeit an, sich anderen Disziplinen für die Inhaltsbestimmung von Rationalität zu öffnen, ist das Tor zu einer Reihe weiterer Probleme aufgestoßen, etwa bei der Begriffsoffenheit: Schon die rechtswissenschaftlichen Untersuchungsgegenstände der „guten Gesetzgebung“⁸³ oder „optimalen Gesetzgebung“⁸⁴ haben die Konkretisierungsschwierigkeiten offengelegt. Auch das Wort „rational“ muss für eine ausufernde Zahl disziplinspezifischer Rationalitätstypen herhalten. Jedenfalls dürfte mangels einer Universaldefinition dann nicht die Rede von *der* Rationalität sein – stattdessen geht es um eine Ansammlung von Einzelgeboten, die individuell beurteilt werden müsste.⁸⁵ So verwundert es nicht, dass dem Begriff der Rationalität von Gesetzen sogar jeder verfassungsrechtlicher Mehrwert abgesprochen wird.⁸⁶ Teilweise wird – fast resignierend, aber immerhin ehrlich – Rationalität als ein Phänomen bezeichnet, das sich zwar beschreiben, aber eben nicht definieren ließe.⁸⁷ Es wird hier deshalb nicht der Anspruch erhoben, eine abschließende Beurteilung aller Rationalitätsmaßstäbe im Hinblick auf ihre Relevanz im Gesetzgebungsverfahren aufzuzeigen. Das wäre angesichts der schier überbordenden Vielfalt möglicher – besser: behaupteter – Rationalitätstypen auch gar nicht darstellbar.⁸⁸

III. Gang der Untersuchung

Ungeachtet der dogmatischen Ungereimtheiten bei der verfassungsrechtlichen Verankerung eines Rationalitätsprinzips leidet die bisherige Diskussion über

⁸² So konkret in Bezug auf die Suche nach Rationalitätsanforderungen für Gesetze Kluth, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, 2014, § 1, Rn. 80 ff.; ferner hat sich in der Rechtswissenschaft inzwischen die Auffassung verankert, dass gerade die Missachtung von Disziplinargrenzen den Weg für innovative Ansätze ebnet, vgl. Engel, in: Engel (Hrsg.), *Recht der Gemeinschaftsgüter*, 1998, 11, 12 ff.; Grimm, in: Kirste (Hrsg.), *Interdisziplinarität*, 2016, 21, 21 ff.; Hoffmann-Riem, in: Hoffmann-Riem/Mollnau/Rottleuthner (Hrsg.), *Rechtssoziologie*, 1990, 126 ff.; Häberle, *AöR* 1986, 595, 596; Stern, *Bitburger Gespräche* Jb 1984, 5, 15; Kaiser, *DVBl.* 2014, 1102 ff.

⁸³ Schuppert, *ZG Sonderheft* 2003, 1, 1; vgl. auch die Arbeit von Burghart mit dem Titel „Die Pflicht zum guten Gesetz“, 1996.

⁸⁴ Smeddinck, *Gesetzesproduktion*, 2006, S. 289 ff.

⁸⁵ Lienbacher, *VVDStRL* 71 (2012), 7, 11; Joel Reyes y Ráfales, *Der Staat* 52 (2013), 597, 602.

⁸⁶ Grimm, *Diskussionsbeitrag*, *VVDStRL* 71 (2012), 85.

⁸⁷ Lienbacher, *VVDStRL* 71 (2012), 7, 10.

⁸⁸ Allein Lenk, in: Pasternack (Hrsg.), *Rationalität und Wissenschaft*, 1988, 9, 11 ff., unterscheidet über 20 Rationalitätstypen mit weiteren Untertypen; dazu auch Meßerschmidt, *Gesetzgebungsermessens*, 2000, 795 Fn. 86; vgl. auch Krawietz, *Rechtstheorie* 15 (1984), 423, 423 ff.; Engel, *Rechtstheorie* 32 (2001), 23, 28.