

ARNO WIECKHORST

# Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren

*Studien und Beiträge  
zum Öffentlichen Recht*

34

---

**Mohr Siebeck**

Studien und Beiträge  
zum Öffentlichen Recht

Band 34





Arno Wieckhorst

# Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren

Grundrechtlich induzierte Prozeduralisierung  
der Gesetzgebung und ihrer Kontrolle  
im Verfassungs- und Unionsrecht

Mohr Siebeck

*Arno Wieckhorst*, geboren 1990; Studium der Rechtswissenschaften an der Friedrich-Schiller-Universität Jena mit Schwerpunkt Deutsches und Europäisches Öffentliches Recht; 2014–2016 Wissenschaftlicher Mitarbeiter ebendort; 2016 Promotion; 2016–2017 LL.M.-Studium an der Universität Edinburgh.

Zugl.: Jena, Univ., Diss., 2016

Gedruckt mit Unterstützung der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung, Hamburg, und des Deutschen Bundestags, Berlin

e-ISBN PDF 978-3-16-155225-0

ISBN 1867 -16-155208-3

ISBN 1867-8912 (Studien und Beiträge zum Öffentlichen Recht)

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](http://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 Martin Fischer in Tübingen aus der Stempel Garamond gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

*Meinen Eltern und meiner Schwester*



## Vorwort

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Friedrich-Schiller-Universität Jena hat das Manuskript dieser Arbeit zu Beginn des Sommersemesters 2016 als Dissertation angenommen. Neuere Rechtsprechung und Veröffentlichungen konnten nur noch vereinzelt berücksichtigt werden.

Meinem Doktorvater Professor Dr. Walter Pauly danke ich für die während der Tätigkeit an seinem Lehrstuhl eingeräumte Freiheit zur Anfertigung dieser Untersuchung. Für die Zweitbegutachtung sei Professor Dr. Christoph Ohler, LL.M. (Brügge) gedankt, in dessen Seminar ich erst die Anregung für diese Studie erhielt.

Die Drucklegung wurde durch großzügige Zuschüsse des Deutschen Bundestages und der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung unterstützt. Auch dafür danke ich herzlich.

Der größte Dank aber gilt meinen Kolleginnen und Kollegen am Lehrstuhl, meinen Freunden und meiner Familie – für all die Unterstützung und all die Ablenkungen, die zwei Jahre erst zu besonders schönen gemacht haben. Ihnen allen sei diese Arbeit gewidmet.

Edinburgh, im Dezember 2016

Arno Wieckhorst



# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	VII
Einleitung und Gang der Untersuchung .....	1
Kapitel 1: Gesetzgeberische Rationalität in Rechtsprechung und Literatur – eine kritische Bestandsaufnahme .....	7
<i>A. Verfassungsrechtliche Bindungen .....</i>	<i>7</i>
I. Rechtsprechung des BVerfG und der Landesverfassungsgerichte .....	8
1. Systemkonsistenz: Gebote der Systemgerechtigkeit, Folgerichtigkeit und Widerspruchsfreiheit .....	8
2. Gebote der Bestimmtheit, Normenklarheit und Normenwahrheit ..	12
3. Prozedurale Sorgfaltsanforderungen .....	13
a) Ablehnende Judikate .....	13
b) Kontextspezifische Herausbildung prozeduraler Sorgfaltsanforderungen .....	16
aa) Planungs- und Strukturentscheidungen .....	16
(1) Kommunale Neugliederungen .....	17
(2) Hochschulstrukturentscheidungen .....	19
(3) Kreditaufnahme bei Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts, Art. 115 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GG a.F. ....	20
(4) Fachplanerische Entscheidungen durch förmliches Gesetz ...	21
bb) Gesetzgeberische Prognoseentscheidungen .....	22
(1) Wirtschaftsbezogene Regelungen .....	22
(2) Ausfüllung des Asylgrundrechts nach Art. 16a GG .....	23
(3) Wahlrechtliche Sperrklauseln .....	24
(4) Finanzausgleichsgesetze .....	26
(5) Erforderlichkeit im Sinne des Art. 72 Abs. 2 GG .....	28
cc) Typisierende Differenzierungen .....	29
dd) Konkretisierung grundrechtlicher Schutzpflichtgehalte .....	31
ee) Konkretisierung grundrechtlicher Leistungsgehalte .....	31
(1) Hartz IV-Gesetzgebung I .....	32
(2) Professorenbesoldung .....	34

(3) Asylbewerberleistungsgesetz und Hartz IV-Gesetzgebung II	35
(4) Richterbesoldung und Besoldungsordnung A	37
(5) Privatschulfinanzierung	39
c) Bewertung und Fazit	41
II. Literatur	44
1. Systemkonsistenz: Gebote der Systemgerechtigkeit, Folgerichtigkeit und Widerspruchsfreiheit	45
2. Gebote der Bestimmtheit, Normenklarheit und Normenwahrheit	48
3. Prozedurale Sorgfaltsanforderungen	49
a) Antipoden Schwerdtfeger und Geiger/Schlaich	50
aa) „Optimale Methodik der Gesetzgebung als Verfassungspflicht“	50
bb) „Der Gesetzgeber schuldet gar nichts anderes als das Gesetz.“	51
b) Status quo	53
aa) Gegner	53
bb) Befürworter	59
(1) Beratungspflicht aus Art. 76 Abs. 3 S. 6 GG als Begründungsansatz	60
(2) Demokratiezentrierte Begründungsansätze	61
(3) Rechtsstaatszentrierte Begründungsansätze	66
(4) Grundrechtsbezogene Begründungsansätze	67
cc) Relativierungen	70
(1) Echte Pflichten mit beschränktem Umfang	70
(2) Bedürfnis nach einfachrechtlicher Konkretisierung	71
(3) Obliegenheit, Darlegungslast, Beweislast	72
c) Fazit	74
<i>B. Unionsrechtliche Bindungen</i>	75
I. Untersuchungsgegenstand	75
II. Rechtsprechung des EuGH	77
1. Gebot der Kohärenz	77
2. Gebot der Bestimmtheit	81
a) Inhaltliche Direktiven	81
b) Bindung der Mitgliedstaaten	83
3. Prozedurale Sorgfaltsanforderungen	84
a) Äußere Anforderungen an das Rechtsetzungsverfahren	84
b) Begründungspflicht	86
aa) Art. 296 Abs. 2 AEUV	86
(1) Inhaltliche Direktiven	86
(2) Bindung der Mitgliedstaaten	88
bb) Art. 41 Abs. 2 lit. c EuGRCh	89
cc) Art. 47 EuGRCh	91
dd) Allgemeine Rechtsgrundsätze	92
ee) Fazit	93

c) Verhältnismäßigkeit im Unionsrecht .....	94
aa) Allgemeiner Rechtsgrundsatz .....	94
(1) Prozedurale Bezüge .....	94
(2) Bindung der Mitgliedstaaten .....	97
bb) Beschränkung der Grundfreiheiten .....	98
cc) Eingriffe in Unionsgrundrechte .....	102
(1) Rechtssache Schecke GbR und Eifert .....	103
(2) Rechtssachen Spanien/Rat, Vodafone u. a. sowie Afton Chemical .....	105
(3) Rechtssache Schwarz .....	107
(4) Folgerungen für das nationale Gesetzgebungsverfahren .....	107
III. Literatur .....	113
1. Gebot der Kohärenz .....	113
2. Gebot der Bestimmtheit .....	115
3. Prozedurale Sorgfaltsanforderungen .....	115
a) Derivative Normativität mittels Selbstbindung .....	116
b) Originäre primärrechtliche Normativität .....	118
c) Unbewältigte Aspekte .....	121
4. Fazit .....	122
IV. Fazit: Bindungswirkung für den deutschen Gesetzgeber .....	122
<i>C. Abschließende Bewertung</i> .....	123
I. Rationalität und Transparenz als unbestimmte Grundbegriffe der Diskussion .....	123
II. Dogmatische Anschlussfähigkeit als Kernfrage .....	126
1. Gebote der Folgerichtigkeit, Bestimmtheit, Normenklarheit, Normenwahrheit .....	127
2. Prozedurale Sorgfaltsanforderungen .....	128
 Kapitel 2: Grundrechtliche Fundierung gesetzgeberischer Verfahrenspflichten .....	 131
<i>A. Das Demokratieprinzip als untauglicher Maßstab</i> .....	131
I. Gesetzgebungsprozedurale Gehalte des Demokratieprinzips .....	132
1. Klassische Auslegung des Demokratieprinzips unter dem Grundgesetz .....	132
a) Ausgangspunkt: „Legitimationsketten“ .....	132
b) Materiale Weiterungen: Politische Willensbildung in der Demokratie	136
2. Alternative Konzeptionen .....	139
a) Partizipative Demokratietheorien .....	139

b) Deliberative Demokratietheorien .....	140
c) Pluralistische Demokratietheorien .....	142
d) Rechtswissenschaftliche Rezeption .....	143
aa) Partizipationsbezogene Deutung demokratischer Legitimation ..	144
bb) Akzeptanz als Quelle demokratischer Legitimation .....	149
cc) Weitere output-orientierte Deutungsansätze .....	152
dd) Fazit .....	154
II. Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes in seinem normativen, eigenständigen Gehalt .....	154
1. Verfassungsrechtlicher Begriff der Demokratie .....	155
2. Repräsentative Demokratie des Grundgesetzes .....	156
3. Selbstständiger, isolierter Gehalt des grundgesetzlichen Demokratieprinzips .....	168
4. Polarisierung zu Rechtsstaatsprinzip und Grundrechten .....	170
5. Fazit .....	179
III. Öffentlichkeit und Transparenz als Ausprägung des Demokratieprinzips .....	179
1. Traditionelle Herleitungen .....	180
2. Akzessorietät und Relativität des Gebots der Öffentlichkeit und Transparenz .....	182
3. Implikationen des Informationsfreiheitsrechts .....	185
4. Transparenz als Querschnittsbegriff .....	187
IV. Fazit .....	188
<i>B. Das Rechtsstaatsprinzip als untauglicher Maßstab .....</i>	189
I. Konkretisierungsbedürfnis .....	189
II. Allgemeine Verfassungsbindung des Gesetzgebers .....	191
III. Gesetzesbindung der Verwaltung .....	194
IV. Rechtssicherheit .....	195
V. Gewaltenteilung .....	197
VI. Verfahrensrechtliches Fairnessgebot .....	203
VII. Verhältnismäßigkeit als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips? .....	207
VIII. Grundrechte als spezifische und eigenständige Gewährleistung .....	213
IX. Fazit .....	217
<i>C. Die Grundrechte als tauglicher Maßstab .....</i>	218
I. Grundrechtliche Ansatzpunkte prima facie .....	218
1. Verhältnismäßigkeit und grundrechtlich induzierte Kontrolldichte ..	218

2. Allgemeiner Vorbehalt des Gesetzes und grundrechtliche Gesetzesvorbehalte .....	219
3. Freiheitssichernde Funktion .....	223
4. Fazit .....	223
II. Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren:	
Bestandsaufnahme .....	224
1. Konkretisierungsbedürfnis .....	224
2. Eingeführte Systematisierungen und Typisierungen .....	225
a) Grobdifferenzierung .....	225
aa) Nach Schmidt-Aßmann .....	225
bb) Nach Ossenbühl .....	227
b) Differenzierung nach Verfahren und Organisation .....	229
3. Grundrechtsschutz durch Verfahren im Staat-Bürger-Verhältnis ....	230
a) Garantie effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG .....	231
b) Garantie rechtlichen Gehörs nach Art. 103 Abs. 1 GG .....	234
c) Allgemeine Rechtsschutzdimension der Grundrechte .....	235
d) Menschenwürdegarantie nach Art. 1 Abs. 1 GG .....	238
e) Fazit .....	241
III. Rekonstruktion: Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren .....	242
1. Grundgesetzlicher Raum für Fortentwicklungen .....	242
2. Wurzel des Grundrechtsschutzes durch Verfahren in der BVerfG-Rechtsprechung .....	244
a) Institutionalisierung der Freiheitswahrnehmung in Gruppen .....	245
b) Allgemeine Grundrechtsbindung .....	246
c) Kompensation geringer materieller Direktionskraft .....	248
d) Grundrechtliche Schutzpflicht .....	250
e) Kompensation ineffektiven Rechtsschutzes .....	252
f) Fazit .....	253
3. Anschlussfähige Grundkonzeptionen im Schrifttum .....	254
a) Allgemeine Grundrechtsbindung und Prinzipientheorie der Grundrechte .....	254
b) Kompensation schwacher materiell-rechtlicher Maßstäblichkeit, Konkretisierungs- und Abgrenzungsbedürftigkeit der Grundrechte .	258
aa) „Grundrechte als Verfahrensgarantien“ bei Goerlich .....	259
bb) „Status activus processualis“ bei Häberle .....	260
cc) „Grundrechtliches Vorverfahren“ bei Britz .....	265
dd) „Ausgleichsvorbereitende Vorschaltverfahren“ bei Lerche .....	266
ee) „Obliegenheit zum Nachdenken als Folge notwendiger Verfassungskonkretisierung“ bei Bickenbach .....	268
4. Fortentwicklung .....	269
a) Grundrechtsberührende Gesetzgebung: Konkretisierung, Abwägung, Planung .....	270

aa)	Normative Grundrechtskonkretisierung .....	270
(1)	Primäre Konkretisierung .....	271
(2)	Sekundäre Konkretisierung .....	274
bb)	Verhältnismäßiger Ausgleich als Direktive der Konkretisierung ..	278
cc)	Geringe materiell-rechtliche Maßstäblichkeit .....	283
dd)	Planerische Züge der Gesetzgebung .....	288
ee)	Fazit .....	298
b)	Kritik des Abwägungsmodells und seiner prinzipientheoretischen Überformung .....	300
aa)	Identifikation von Prinzip und Optimierungsgebot .....	301
bb)	Normativer oder nur empirischer Gehalt des Prinzipiencharakters? .....	303
(1)	Folgerungen für das Konzept prozeduraler Sorgfaltsanforderungen .....	303
(2)	Interpretatorische Fundierung von Abwägungs- und Konkretisierungsbedürftigkeit, geringer materiell-rechtlicher Maßstäblichkeit der Grundrechte .....	305
(3)	Abwägungsfeste Grundrechte als integrierbare Ausnahme ...	307
(4)	Fazit .....	312
cc)	Grundrechtliche Überlagerung der Rechtsordnung und Kompetenzusurpation des BVerfG? .....	313
dd)	Verlust grundrechtlicher Normativität? .....	316
ee)	Rationalitätsdefizit der Abwägung und alternative Grundrechtskonzeptionen .....	320
(1)	Kritik des Abwägungsmodells .....	320
(2)	Grundrechtlicher Gewährleistungsgehalt .....	324
(a)	Konzeptionelle Grundlinien .....	324
(b)	Einwände .....	326
(c)	Folgerungen für den hiesigen Ansatz .....	333
(3)	Modifizierte Verhältnismäßigkeitsprüfung .....	335
(a)	Grenze des objektiven Wesensgehalts und der subjektiven Zumutbarkeit .....	335
(b)	Reduktion auf die Stufen der Geeignetheit und Erforderlichkeit .....	337
(4)	Fazit .....	339
c)	Spezifika der Gesetzgebung .....	342
aa)	Abschließende Verfahrensregelung in Art. 19 Abs. 1 S. 2, Art. 40 Abs. 1 S. 2, Art. 42 Abs. 1, 2, Art. 76 ff. GG? .....	343
bb)	Mangelnde Praktikabilität einer weiteren Verrechtlichung? .....	348
cc)	Rein verfassungspolitischer Charakter von Rationalität und Kompensation? .....	350
dd)	Distanzcharakter des Gesetzgebungsverfahrens? .....	350

ee) Rein politisch-gestalterischer Charakter der Gesetzgebung? . . . . .	356
(1) Demokratisch legitimierte Souveränität des Gesetzgebers? . . . . .	356
(2) Gefährdung der Funktionsfähigkeit des Parlaments? . . . . .	357
(3) Spezifische Funktionsmechanismen der Legislative mit „politischer Rationalität“? . . . . .	365
(a) Überzeichnete Kontrastierung von Recht und Politik, von Exekutive und Legislative, von Rechtsanwendung und Rechtsetzung . . . . .	365
(b) Konzeptionelle Integration von Realitäten politisch-gestalterischen Handelns: Gegenstandsadäquate Modifikation des Abwägungsgebots . . . . .	372
(aa) Breite und Tiefe der Tatsachen- und Interessenermittlung . . . . .	373
(bb) Tatsachen- und Interessenbewertung . . . . .	380
(cc) Raum für den „politischen Kompromiss“ . . . . .	383
(dd) Fazit . . . . .	386
(c) Spiegelung in der Kompetenzordnung von Legislative und BVerfG . . . . .	387
(aa) Funktionell-rechtliche Ausdeutung . . . . .	387
(bb) Differenz von Handlungs- und Kontrollnorm . . . . .	388
(cc) Judicial self-restraint und political question doctrine . . . . .	394
(dd) Fazit . . . . .	395
5. Fazit: Querschnittsfunktion des Grundrechtsschutzes durch Legislativverfahren im status negativus processualis und status positivus processualis . . . . .	395
a) Grundrechtsfunktionen: Querschnittsfunktion des Grundrechtsschutzes durch Legislativverfahren . . . . .	396
aa) Abwehrrechtliche Dimension . . . . .	398
bb) Leistungs- bzw. teilhaberechtliche Dimension . . . . .	401
cc) Schutzpflicht-Dimension . . . . .	401
dd) Institutsgarantien . . . . .	402
ee) Fazit . . . . .	403
b) Statuslehren: Status negativus processualis und status positivus processualis . . . . .	403
 <i>D. Ergebnis: Grundrechtliche Fundierung gesetzgeberischer   Verfahrenspflichten . . . . .</i>	 405

Kapitel 3: Eigenwert grundrechtsinduzierter prozeduraler Sorgfaltsanforderungen und Folgerungen für verfassungsgerichtliche Kontrolle, Rechtstheorie und Methodenlehre .....	407
<i>A. Eigenwert und Fehlerfolgenregime grundrechtsinduzierter prozeduraler Sorgfaltsanforderungen</i> .....	408
I. Eigenwert aus subjektiv-rechtlicher Verankerung i. V. m. Art. 19 Abs. 4 GG .....	409
II. Eigenwert aus subjektiv-rechtlicher Verankerung i. V. m. Grundsätzen der Elfes-Rechtsprechung .....	411
III. Eigenwert aus den Funktionen prozeduraler Sorgfaltsanforderungen im Gesetzgebungsverfahren .....	412
1. Richtigkeitsfunktion .....	412
2. Selbstkontrollfunktion .....	413
3. Konkretisierungsfunktion .....	416
a) Grundlegung .....	417
b) Grundrechtsdogmatischer Rückbezug .....	421
4. Fazit .....	428
IV. Exemplifizierung des Fehlerfolgenregimes anhand verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorbilder .....	429
1. Fehlerfolgenregime des § 46 VwVfG .....	429
2. Fehlerfolgenregime des § 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Abs. 3 S. 2 Hs. 2 BauGB .....	436
V. Fehlerfolgenregime im verfassungsrechtlichen Spannungsfeld von Verfassungsmäßigkeit, Rechtssicherheit und Effektivität staatlichen Handelns .....	444
1. Ansätze der weiteren relativierenden Abwägung von Fehlerfolgen ..	445
2. Einwände .....	446
VI. Fazit .....	451
<i>B. Folgerungen: Verfassungsgerichtliche Kontrolle</i> .....	452
I. Alternative Kombination von Verfahrens- und Ergebniskontrolle ....	452
II. Kontrollperspektiven: Ex ante und ex post .....	454
1. Verfahrensbezogene Kontrolle: Zeitpunkt des ursprünglichen Gesetzeserlasses .....	455
a) Grundlegung .....	455
b) Keine zeitliche Dynamisierung durch Beobachtungspflichten .....	455
aa) Gesetzgebungsprozedurale Deutung legislativer Regelungsbeobachtung .....	456
bb) Fehlender Pflichtcharakter .....	458

2. Ergebnisbezogene Kontrolle: Zeitpunkt der verfassungsgerichtlichen Entscheidung .....	462
a) Grundlegung .....	462
b) Zeitliche Dynamisierung durch Nachbesserungspflichten .....	463
3. Fazit .....	466
III. Tenorierung: Keine pauschale Modifikation bei Verfahrensfehlern ....	466
1. Appellentscheidung .....	467
2. Unvereinbarerklärung .....	468
a) Vermeidung einer noch weiter gehenden Verfassungswidrigkeit .....	469
b) Mehrere Abhilfemöglichkeiten für den Gesetzgeber .....	470
3. Fazit .....	474
IV. Fehlertypenlehre: Vorgangs- und ergebnisbezogene Fehler .....	475
1. Vorgangsbezogen: Abwägungsausfall und Abwägungsdefizit .....	475
2. Vorgangsbezogen: Abwägungsausfall und Abwägungsfehleinschätzung .....	476
3. Vorgangsbezogen: Fehlende oder mangelhafte Alternativenbetrachtung .....	478
4. Ergebnisbezogen: Abwägungsdisproportionalität .....	479
5. Fazit: Keine Fehlerkongruenz von vorgangsbezogener und ergebnisbezogener Kontrolle .....	482
<i>C. Folgerungen: Rechtstheorie und Methodenlehre</i> .....	485
I. Verhältnis von formellem und materiellem Recht .....	485
II. Methodik der Gesetzesauslegung .....	493
1. Sogenannte subjektive und objektive Auslegungstheorien .....	493
2. Prozedurale Sorgfaltsanforderungen: Vorbedingung der Gesetzesauslegung? .....	495
3. Prozedurale Sorgfaltsanforderungen: Konsequenzen für die Gesetzesauslegung .....	497
4. Verfassungskonforme bzw. normerhaltende Auslegung .....	500
<i>D. Ergebnis</i> .....	502
Kapitel 4: Unionsrechtliche Perspektive .....	505
<i>A. Primärrechtlicher Ort prozeduraler Sorgfaltsanforderungen</i> .....	506
I. Spezifika des unionsrechtlichen Demokratieprinzips .....	506
1. Demokratiezentrierte Begründung und Bindung der nationalen Gesetzgeber .....	506

2. Primärrechtliche Konkretisierung des unionsrechtlichen Demokratiemodells .....	508
a) Gesetzgebungsprozedurale Gehalte .....	508
b) Primat des Repräsentationsprinzips .....	511
3. Das unionsrechtliche Transparenzgebot .....	519
4. Fazit .....	523
II. Begrenzte Direktionskraft der Rechtsstaatlichkeit .....	524
III. Grundrechtliche und grundfreiheitliche Einfassung .....	528
1. Grundrechte .....	529
a) Grundrechtsschutz durch Verfahren im Unionsrecht .....	530
b) Erstreckung auf Verfahren legislativer Rechtsetzung im Anwendungsbereich des Unionsrechts .....	536
aa) Charakteristika grundrechtsberührender Gesetzgebung im Anwendungsbereich des Unionsrechts .....	537
bb) Spezifika legislativer Rechtsetzung aus unionsrechtlicher Perspektive .....	540
cc) Nationale Verfassungs- und Verfahrensautonomie .....	543
c) Fazit: Grundrechtsdogmatische Einfassung .....	549
2. Grundfreiheiten .....	550
a) Grundfreiheitsschutz durch Verfahren .....	550
b) Parallelen zur grundrechtsdogmatischen Konzeptualisierung .....	553
IV. Fazit .....	557
<i>B. Eigenwert unionsgrundrechtlich und grundfreiheitlich induzierter     prozeduraler Sorgfaltsanforderungen und gerichtliche Kontrolle ....</i>	<i>558</i>
I. Funktionalität prozeduraler Sorgfaltsanforderungen .....	558
1. Richtigkeits- und Selbstkontrollfunktion .....	558
2. Konkretisierungsfunktion .....	559
a) Anerkennung in der Unionsrechtsordnung .....	559
b) Rückbezug zum Vorbehalt des Gesetzes .....	561
II. Fehlerfolgenrecht und gerichtliche Kontrolle .....	564
<i>C. Ergebnis .....</i>	<i>568</i>
 Zusammenfassung in Thesen .....	 569
 Literaturverzeichnis .....	 579
Sachregister .....	659

## Einleitung und Gang der Untersuchung

An den gesetzgeberischen Entscheidungsprozess wie auch an das parlamentarische Gesetz als Ergebnis desselben gerichtete Rationalitätspostulate haben eine jahrhundertealte Tradition<sup>1</sup> und sind deshalb auch für die Gesetzgebung unter dem Grundgesetz nicht neu. So lebte die auf „gute“ Normsetzung gerichtete Gesetzgebungslehre<sup>2</sup> im Deutschland der 1970er Jahren wieder auf<sup>3</sup> und erreichte damit zugleich einen vorläufigen Höhepunkt. Nicht zuletzt wegen aktueller Entwicklungen in der Rechtsprechung des BVerfG ist diese Disziplin nun gerade in jüngerer Zeit neuerlich auf breites rechtswissenschaftliches Interesse gestoßen, wie es der 65. Deutsche Juristentag von 2004 zu „Wege[n] besserer Gesetzgebung“<sup>4</sup> und die unter dem Thema „Rationalitätsanforderungen an die parlamentarische Rechtsetzung im demokratischen Rechtsstaat“<sup>5</sup> abgehaltene Staatsrechtslehrtagung von 2011 exemplarisch verdeutlichen. Auf die insbesondere im letzteren Fall betonte<sup>6</sup> engere rechtswissenschaftliche Perspektive

---

<sup>1</sup> Zur Illustration sei hier nur auf die bei *Böckenförde*, Rechts- und Staatsphilosophie, S. 336 dargestellte und nachgewiesene Konzeption bei Marsilius v. Padua hingewiesen, der „für das Zustandekommen der Gesetze mannigfache Formen der Vorbereitung, Beratung und Begutachtung“ als „Wege zur Vernunft des Gesetzes“ vorsehe; spezifisch zur Blütezeit der Gesetzgebungslehre um 1900 *Emmenegger*, S. 17 ff.; noch breiterer, „von der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts bis zu Beginn des 20. Jahrhunderts“ reichender Untersuchungsumfang für die historische Entwicklung der Gesetzgebungslehre bei *Mertens*, S. 6, passim.

<sup>2</sup> Zu einer darstellenden Einführung aus jüngerer Zeit etwa *Meßerschmidt*, ZJS 2008, 111 (111 ff.) und *Meßerschmidt*, ZJS 2008, 224 (224 ff.).

<sup>3</sup> Dass die Gesetzgebungslehre in ihren historischen Ursprüngen in die „Tradition der Rechtswissenschaft um 1900“ zurückreicht und sich gerade nicht erst in den 1970er-Jahren neu herausbildete, hat *Emmenegger*, S. 4, 29 ff., 305 entgegen verbreiteter Auffassung herausgearbeitet; in der historischen Perspektive richtig relativiert auch bei *Mertens*, S. 4; ähnlich nunmehr *Siehr*, *Legisprudence* 2 (2008), 271 (273 f.) sowie *Meßerschmidt*, ZJS 2008, 111 (113 ff.): „Renaissance [...] in den 1970er Jahren“ nach einem „Jahrhundert ohne Gesetzgebungslehre“; ohne historische Bezüge hingegen *Karpen*, ZG 1986, 5 (5) und die bei *Emmenegger*, S. 4, Fn. 16 in Bezug Genommenen. Von einer nur „punktuelle[n] hausse“ spricht *Smeddinck*, S. 63.

<sup>4</sup> Dazu insbesondere das Gutachten von *Blum*, in: Ständige Deputation des deutschen Juristentages (Hrsg.), Bd. I (Gutachten), I 1 (passim).

<sup>5</sup> Dazu *Grzeszick*, VVDStRL 71 (2012), 49 (49 ff.) und *Lienbacher*, VVDStRL 71 (2012), 7 (7 ff.).

<sup>6</sup> Etwa bei *Grzeszick*, VVDStRL 71 (2012), 49 (54 f.): „Wieweit allgemeine rechtsstaatliche Anforderungen an die parlamentarische Rechtsetzung im Verfassungs- und Unionsrecht zu begründen sind [...]“.

innerhalb der interdisziplinär angelegten Gesetzgebungslehre<sup>7</sup> soll auch die vorliegende Untersuchung beschränkt bleiben. Im Fokus stehen demnach allein die de constitutione lata schon jetzt aus dem Grundgesetz ableitbaren Anforderungen an gesetzgeberische Rationalität. Über unmittelbar normativ verbindliche Vorgaben hinausreichende Fragen nach einer möglichst nützlichen, praktikablen oder zweckmäßigen Organisation des Gesetzgebungsprozesses und nach der sprachlichen wie systematischen Gestaltung von Gesetzen<sup>8</sup> bleiben von vornherein ausgespart.<sup>9</sup>

Die hohe Aktualität gerade der juristischen – konkret: verfassungsrechtlichen – Teilgehalte der Gesetzgebungslehre zeigt sich besonders eindrücklich in einer gegenwärtig offen zutage tretenden Spaltung zwischen den Senaten des BVerfG in der Frage, inwieweit das Grundgesetz über die geschriebenen Vorgaben der Art. 76 ff. GG hinaus weitere Anforderungen an den Ablauf des gesetzgeberischen Entscheidungsprozesses oder an die legislative Begründung von Gesetzen stellt. In einem zum Besoldungsrecht ergangenen Beschluss des Zweiten Senats aus dem November 2015 heißt es dazu:

„Der Gesetzgeber ist gehalten, bereits im Gesetzgebungsverfahren die Fortschreibung der Besoldungshöhe zu begründen. Die Ermittlung und Abwägung der berücksichtigten und berücksichtigungsfähigen Bestimmungsfaktoren für den verfassungsrechtlich gebotenen Umfang der Anpassung der Besoldung müssen sich in einer entsprechenden Darlegung und Begründung des Gesetzgebers im Gesetzgebungsverfahren niederschlagen. Eine bloße Begründbarkeit genügt nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen der Prozeduralisierung. Der mit der Ausgleichsfunktion der Prozeduralisierung angestrebte Rationalisierungsgewinn kann – auch mit Blick auf die Ermöglichung von Rechtsschutz – effektiv nur erreicht werden, wenn die erforderlichen Sachverhaltsermittlungen vorab erfolgen und dann in der Gesetzesbegründung dokumentiert werden. Die Prozeduralisierung zielt auf die Herstellung von Entscheidungen und nicht auf ihre Darstellung, das heißt nachträgliche Begründung.“<sup>10</sup>

In diametralem Gegensatz dazu steht die Feststellung des Ersten Senats aus dessen im Juli 2014 gefassten Beschluss zu den neuerlich reformierten Hartz IV-Regelungen:

<sup>7</sup> Zu diesem Ansatz der Gesetzgebungslehre etwa *Meßerschmidt*, ZJS 2008, 111 (111, 112) im Anschluss u. a. an *Smeddinck*, S. 35 ff.

<sup>8</sup> Siehe zu dieser „Gesetzestechnik“ als Teildisziplin der Gesetzgebungslehre im Überblick nur *Meßerschmidt*, ZJS 2008, 224 (228 ff.) mit einer ähnlichen Einschätzung wie hier: „mit [...] eher schmalen juristischen Hintergrundinformationen“, „Vieles [...] klingt aber [...] eher trivial und ist ohne spezifisch juristischen Erkenntniswert“ (jeweils S. 229).

<sup>9</sup> Im Sinne der Einteilung der Disziplinen der Gesetzgebungslehre bei *Siebr*, *Legisprudence 2* (2008), 271 (277 f.) liegt der Schwerpunkt hier auf sowohl dem „procedural“ als auch dem davon richtigerweise nicht trennscharf zu differenzierenden „substantial law approach“, wohingegen genau rechtssoziologische Fragestellungen weitgehend unberücksichtigt bleiben und rechtstheoretische Vergewisserungen eher als Reflex zur verfassungsrechtlichen Betrachtungsweise integriert werden.

<sup>10</sup> BVerfGE 140, 240 (296); zuvor schon BVerfGE 139, 64 (127).

„Die sich aus der Verfassung ergebenden Anforderungen an die methodisch sachgerechte Bestimmung grundrechtlich garantierter Leistungen beziehen sich nicht auf das Verfahren der Gesetzgebung, sondern auf dessen Ergebnisse. Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG bringt für den Gesetzgeber keine spezifischen Pflichten im Verfahren mit sich; entscheidend ist, ob sich die Höhe existenzsichernder Leistungen durch realitätsgerechte, schlüssige Berechnungen sachlich differenziert begründen lässt. Das Grundgesetz enthält in den Art. 76 ff. GG zwar insofern Vorgaben für das Gesetzgebungsverfahren, die auch die Transparenz der Entscheidungen des Gesetzgebers sichern [...]. Die Verfassung schreibt jedoch nicht vor, was, wie und wann genau im Gesetzgebungsverfahren zu begründen und zu berechnen ist, sondern lässt Raum für Verhandlungen und für den politischen Kompromiss [...]. Entscheidend ist, dass die Anforderungen des Grundgesetzes, tatsächlich für eine menschenwürdige Existenz Sorge zu tragen, im Ergebnis nicht verfehlt werden.“<sup>11</sup>

Nicht nur diese jüngste Kontroverse um auf das Gesetzgebungsverfahren bezogene Wirkungen der Grundrechte rechtfertigt eine neuerliche Untersuchung der verfassungsrechtlichen Vorgaben für rationale Gesetzgebung, nachdem doch schon verschiedene andere monographische Arbeiten Teile der Themenstellung behandelt haben. Denn diese Untersuchungen – von *Gartz*, *Kischel* und *Lücke* unmittelbar zur Frage nach einer Begründungspflicht auch des Parlamentsgesetzgebers<sup>12</sup>, von *Meßerschmidt* und jüngst *Bickenbach* zur Absicherung gesetzgeberischer Gestaltungsspielräume mittels verfahrensbezogener verfassungsrechtlicher Bindungen<sup>13</sup>, von *Rose-Ackerman*, *Egidy* und *Fowkes* zum „law of lawmaking“ in den USA, der EU, Deutschland und Südafrika<sup>14</sup> oder schließlich von *Lange* zur prozeduralen Ausstrahlungswirkung der legislativen Grundrechtsbindung im Rechtsvergleich mit den USA und Frankreich<sup>15</sup> – hinterlassen auch in ihrer Gesamtschau eine Lücke.

*Meßerschmidt* und *Bickenbach* setzen schon der Ausgangsperspektive nach am „Gesetzgebungsermessen“<sup>16</sup> oder der „Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers“<sup>17</sup> als bundesverfassungsgerichtlichen Argumentationsfiguren an, sodass ihr eigentliches Interesse nicht den verfassungsrechtlichen Implikationen von gesetzgeberischer Rationalität im Allgemeinen bzw. von legislativverfahrensrechtlichen Vorgaben der Gesetzgebungslehre im Besonderen gilt. Letztere

<sup>11</sup> BVerfGE 137, 34 (73 f.); entsprechend zuvor schon BVerfGE 132, 134 (162 f.).

<sup>12</sup> *Gartz*, S. 235 ff., *Kischel*, Begründung, S. 260 ff. und *Lücke*, Begründungszwang, S. 19, 37 ff.

<sup>13</sup> *Bickenbach*, S. 410 ff. und *Meßerschmidt*, S. 817 ff.

<sup>14</sup> Siehe zu dieser Themenstellung nur *Rose-Ackerman/Egidy/Fowkes*, S. 1.

<sup>15</sup> *Lange*, S. 263 ff. unter der der hiesigen Themenstellung sehr ähnlichen Kapitelüberschrift „Grundrechtsschutz im Gesetzgebungsverfahren“.

<sup>16</sup> So der Titel bei *Meßerschmidt*, passim.

<sup>17</sup> So der Haupttitel von *Bickenbach*, passim und im Übrigen dessen Untertitel: „Analyse einer Argumentationsfigur in der (Grundrechts-)Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts“ – Hervorhebung nicht im Original.

bilden nur insofern einen Nebenaspekt des jeweiligen Untersuchungsgegenstands<sup>18</sup>, als sie als mögliche Vorbedingung eines gesetzgeberischen Spielraums der Prognose und Entscheidung erwogen werden. Innerhalb dieses Rahmens sind sie aber – so wird sich zeigen – in ihrer grundgesetzlichen Normativität nicht erschöpfend gewürdigt. Die Arbeiten von *Kischel* und *Lücke* behandeln mit der Begründung zwar ein klassischerweise auch die rechtswissenschaftliche Gesetzgebungslehre beschäftigendes Institut. Im Fokus stehen dabei jedoch alle Handlungsformen der drei staatlichen Gewalten, sodass die Frage nach einer legislativen Begründungspflicht auch dort nur einen Teilaspekt bildet und der Anlage der Untersuchungen nach vor allem in der Zusammenschau mit den Vorgaben für exekutive und judikative Entscheidungsbegründungen bearbeitet wird.<sup>19</sup> *Gartz*' Dissertation bildet insofern eine Ausnahme, vernachlässigt dem hier gewählten Fokus nach aber den grundrechtsbasierten Untersuchungsstrang. Die Schrift von *Lange* kann schon angesichts ihrer Themenstellung – „Grundrechtsbindung des Gesetzgebers“ –, welche zudem noch rechtsvergleichend untersucht wird, nur knapp zur Frage nach den verfahrensbezogenen Emanationen einer solchen Bindung Stellung beziehen und bleibt dabei von vornherein auf einen rein grundrechtlichen Zugriff beschränkt.<sup>20</sup> Dem Gemeinschaftswerk von *Rose-Ackerman*, *Egidy* und *Fowkes* gelingt es zwar, ähnlich wie hier auch die unionsrechtliche Einhegung des legislativen Entscheidungsprozesses in die Betrachtung miteinzubeziehen.<sup>21</sup> Es lässt aber wegen seines auch die USA und Südafrika umfassenden rechtsvergleichenden Zugriffs nur wenig Raum für die Erörterung der entsprechenden grundgesetzlichen Problematik.<sup>22</sup> Die dortige Analyse bleibt deshalb vor allem darstellend und bezweckt keine tiefgehende Rekonstruktion. Das gilt umso mehr, als auch die administrative Rechtsetzung in den Untersuchungsgegenstand integriert wird.<sup>23</sup>

Eingedenk dieser jeweils nur partiell die Gesetzgebung oder nur Teilbereiche von deren Rationalitätsgewähr betreffenden Vorarbeiten wird hier eine allein auf

---

<sup>18</sup> Erkennbar schon anhand des Umfangs und der Stellung der hier in Fn. 13 nachgewiesenen Abschnitte.

<sup>19</sup> Symptomatisch insofern etwa die gemeinsame Behandlung der Funktionen einer Begründung wie auch der verfassungsrechtlichen Grundlagen für eine Begründungspflicht für alle staatlichen Handlungsformen bei *Lücke*, Begründungszwang, S. 37 ff.; sehr ähnliches Vorgehen bei *Kischel*, Begründung, S. 39 ff., 63 ff., der der Begründung von gesetzgeberischen Entscheidungen indes ergänzend dazu noch einen gesonderten Abschnitt widmet, *Kischel*, Begründung, S. 260 ff.

<sup>20</sup> Dem „Grundrechtsschutz im Gesetzgebungsverfahren“ in Deutschland sind dabei nur etwa zehn Textseiten gewidmet, *Lange*, S. 264 ff., die im Wesentlichen eine Bestandsaufnahme bilden.

<sup>21</sup> *Rose-Ackerman/Egidy/Fowkes*, S. 216 ff.

<sup>22</sup> Bei *Rose-Ackerman/Egidy/Fowkes*, S. 170 ff. auf knapp zwanzig Textseiten – vgl. dort auch zum Folgenden.

<sup>23</sup> Schon im Ansatz deutlich gemacht, *Rose-Ackerman/Egidy/Fowkes*, S. 1.

die Parlamentsgesetzgebung fokussierte Bearbeitung vorgelegt, die ihren Ausgangspunkt in der breiteren Diskussion um legislative Rationalität nimmt, sodann aber auf die verfassungsrechtliche Herleitung von an den gesetzgeberischen Entscheidungsfindungsprozess gerichteten Sorgfaltsanforderungen fokussiert wird und dabei eine umfängliche Rekonstruktion des Topos' vom Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren unternimmt. Entwickelt wird eine geschlossene Dogmatik des Grundrechtsschutzes durch Legislativverfahren als Ausprägung einer Prozeduralisierung sowohl der Grundrechte in der Legislative als auch der verfassungsgerichtlichen Kontrolle, wie sie in der eingangs referierten jüngeren BVerfG-Judikatur nur einen neuerlichen, aber besonders illustrativen Ausdruck gefunden hat.

Die Arbeit wählt somit zunächst einen bewusst sehr breiten Zugang. Im ersten Kapitel wird die in den letzten Jahren sich wieder verstärkende Auseinandersetzung um die rechtliche Bewältigung von Postulaten legislativer Rationalität zum Anlass einer kritischen Reflexion der einschlägigen Rechtsprechung des BVerfG, der Landesverfassungsgerichte und vereinzelt auch der Verwaltungsgerichte genommen. So sollen Inkonsistenzen in der gegenwärtigen Judikatur aufgezeigt werden, welche anschließend mit den in der Rechtswissenschaft bisher gebotenen Lösungsansätzen abzugleichen sind. Zum einen kann die heute geführte Diskussion nur auf diese Weise in ihren Wechselbezüglichkeiten zur älteren Gesetzgebungslehre insbesondere der 1970er Jahre treffend verortet werden. Zum anderen rechtfertigt sich erst aus einem solchen Vorgehen der schließlich den Hauptteil der Untersuchung bestimmende Fokus auf unmittelbar an das Verfahren gesetzgeberischer Entscheidungsfindung gerichtete ungeschriebene Sorgfaltsanforderungen. Für diese werden nach einer ausführlichen Bestandsaufnahme nämlich im Unterschied zu anderen gängigerweise diskutierten Rationalitätspostulaten drängende dogmatische Fragestellungen ungelöst bleiben, sodass insofern ein ausgeprägtes wissenschaftliches wie auch rechtspraktisches Erkenntnisinteresse besteht. Bei alledem sind dem heute erreichten Grad der Europäisierung entsprechend<sup>24</sup> auch vergleichbare unionsrechtliche Entwicklungstendenzen unter Rückgriff sowohl auf die EuGH-Rechtsprechung als auch auf das deutsch-, englisch- und vereinzelt das französischsprachige unionsrechtliche Schrifttum miteinzubeziehen. So wird nicht zuletzt ein Vergleichspunkt geschaffen, welcher einerseits als Inspirationsquelle für die Lösung der nationalverfassungsrechtlichen Problemlage dienen kann, andererseits aber auch noch darüber hinausgehende Bindungen der nationalen Legislative mit den für das

---

<sup>24</sup> Zu der im öffentlichen Recht besonders früh und kontrovers diskutierten „Europäisierung des Verwaltungsrechts“ nur *Kahl*, in: Axer/Grzeszick/Kahl/Mager/Reimer (Hrsg.), 39 (insbesondere 39 m. w. N. in Fn. 1), *Ruffert*, in: HdbIPE, Bd. V, § 94, Rn. 1 f., *Schmidt-Aßmann*, in: Axer/Grzeszick/Kahl/Mager/Reimer (Hrsg.), 263 (263 ff.), *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee, S. 31 ff.; monographisch etwa *Brenner*, Verwaltung, passim und *Danwitz*, System, passim.

Mehrebenensystem typischen Problemen in der Koordination normativer Vorgaben<sup>25</sup> mit sich bringt.

Die die weitere Gliederung der Arbeit bestimmende erste Leitfrage ist jene nach der verfassungsrechtlichen Wurzel von über die Regelungen der Art. 76 ff. GG hinausgehenden Vorgaben für das Gesetzgebungsverfahren (Kapitel 2). Eine solche kann – so die zentrale These der Arbeit – nicht im Demokratie- oder Rechtsstaatsprinzip, sondern allein in der auf verhältnismäßige Abwägung gerichteten Grundrechtsbindung der Legislative gefunden werden. Zur Begründung dieses Ergebnisses wird der Topos vom Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren nach der Vergewisserung seiner dogmatischen Grundlagen um eine legislativverfahrensrechtliche Dimension ergänzt. Daran anschließend ergibt sich als zweite Leitfrage jene nach dem Selbststand der aus dieser Figur des Grundrechtsschutzes durch Legislativverfahren ableitbaren prozeduralen Sorgfaltsanforderungen im Verhältnis zu ergebnisbezogenen Grenzen der legislativen Regelungstätigkeit (Kapitel 3). Die Lösung dieser Problematik impliziert entsprechende Folgerungen für den Modus verfassungsgerichtlicher Normenkontrolle, für eine Typenlehre möglicher gesetzgeberischer Verfahrensfehler und ihrer Folgen wie auch schließlich für die rechtstheoretische Auseinandersetzung um das Begriffspaar formelles und materielles Recht sowie die rechtsmethodische Diskussion um die richtige sogenannte Auslegungstheorie für Normen. Zum Abschluss wird die zunächst umfassend für die grundgesetzliche Ordnung entwickelte Konzeption in das Unionsrecht – spezifisch: die unionsrechtlich induzierte Verfahrensbindung des nationalen Parlamentsgesetzgebers – gespiegelt (Kapitel 4). Nicht nur soll die Untersuchung so einen Beitrag zur evolvierenden unionalen Grundrechtsdogmatik unter der Grundrechtecharta leisten, auch wird der sich im Gesetzgebungsverfahren entfaltende prozedurale Grundrechtsschutz damit ganz allgemein auf seine Abstrahierbarkeit hin untersucht. Diese kann – als Vorfrage einer Übertragbarkeit der hier zu entwickelnden Konzeption auf weitere, nicht unmittelbar oder nicht primär grundrechtlich geprägte Fallkonstellationen – Relevanz auch für die innerstaatliche Perspektive erlangen. Insofern muss aber auf weitere Untersuchungen in der Zukunft vertraut werden, für die die vorliegende Arbeit im besten Fall einen weiteren Anstoß geben mag.

---

<sup>25</sup> Anhand des Grundrechtsschutzes exemplarisch *Lindner*, EuR 2007, 160 (160 mit Fn. 1) zu „Kollisionslagen“ im „grundrechtlichen ‚Mehrebenen-System‘“ und w. N. zur Begrifflichkeit.

## Kapitel 1

# Gesetzgeberische Rationalität in Rechtsprechung und Literatur – eine kritische Bestandsaufnahme

Die rechtswissenschaftliche Diskussion um gesetzgeberische Rationalität<sup>1</sup> nimmt vornehmlich die insofern bestehenden verfassungsrechtlichen Bindungen des deutschen Gesetzgebers nach dem Grundgesetz in den Blick (A). Angesichts der heute schon einen rechtsdogmatischen wie auch rechtspolitischen Allgemeinplatz bildenden fortschreitenden Überlagerung der deutschen Rechtsordnung durch das Unionsrecht,<sup>2</sup> die auch das Verfassungsrecht nicht ausspart,<sup>3</sup> müssen richtigerweise aber auch die unionsrechtlichen Vorgaben für die nationale Normsetzung Beachtung finden (B). Die sich aus der unionsrechtlichen Perspektive potentiell ergebenden Rationalitätsanforderungen an die deutsche parlamentarische Rechtsetzungstätigkeit sind in der bisherigen Auseinandersetzung jedenfalls unterrepräsentiert geblieben, wenn nicht gar ausgeblendet worden.<sup>4</sup>

### A. Verfassungsrechtliche Bindungen

In der verfassungsrechtlichen Perspektive werden in übergreifenden Betrachtungen dem Etikett der gesetzgeberischen Rationalität<sup>5</sup> neben ausdrücklich auf den

---

<sup>1</sup> Zu unterschiedlichen Begriffen von Rationalität und diesbezüglichen Unklarheiten in der Diskussion Gartz, S. 207 ff., *Reyes y Ráfales*, Rechtstheorie 45 (2014), 35 (36 ff.), *Schulze-Fielitz*, Gesetzgebung, S. 454 f. sowie *Kischel*, in: FS-Kirchhof, § 34, Rn. 2 f. m. w. N.; in wissenschaftsgeschichtlicher Perspektive auch M. W. *Fischer*, S. 6 ff.; disziplinenübergreifend *Homann*, S. 1 und *Scherzberg*, LA-Erichsen, 177 (178 ff.).

<sup>2</sup> Zum Phänomen etwa der „Europäisierung des Verwaltungsrechts“ siehe schon in der Einleitung bei Fn. 24.

<sup>3</sup> Dazu überblicksartig *Frowein*, FS-BVerfG, I, 209 (209 ff.) und *Klein*, FS-Stern, 1301 (1301 ff.); grundlegend etwa die Beiträge von *Huber*, VVDStRL 60 (2001), 194 (208 f., 222 ff.), *Pernice*, VVDStRL 60 (2001), 148 (172 ff., passim) sowie *Schwarze*, in: Schwarze (Hrsg.), 109 (140 ff.); zur unitarisierenden Wirkung des Unionsrechts mittels der Grundrechte etwa *Huber*, NJW 2011, 2385 (2385 ff.); im Übrigen auch *Breuer*, FG-BVerwG (50), 223 (225) und *Schwarze*, FS-BVerfG, I, 223 (223).

<sup>4</sup> Für den Teilaspekt der gesetzgeberischen Begründung das Unionsrecht nicht nur zur Ergänzung einbeziehend *Müller-Ibold*, S. 31 ff. und *Skouris*, S. 63 ff.; hinsichtlich des im Folgenden noch zu besprechenden Kohärenzgebots *Dieterich*, S. 559 ff., *Grzeszick*, VVDStRL 71 (2012), 49 (74 ff.) sowie *Philipp*, passim.

<sup>5</sup> Vgl. etwa die übergreifenden Darstellungen bei *Brenner*, ZG 2011, 394 (398 f.), *Bumke*, Der Staat 49 (2010), 77 (80 f., 96 ff.), *Cornils*, DVBl. 2011, 1053 (insbesondere 1054 f.), *Dann*, Der

Gesetzgebungsvorgang bezogenen Sorgfaltsanforderungen eine Reihe weiterer Gebote zugeordnet, die vornehmlich an die inhaltliche bzw. sprachlich-methode<sup>6</sup> Ausgestaltung einer Regelung anknüpfen und schlagwortartig als Postulate der Systemkonsistenz, Bestimmtheit, Normenklarheit und Normenwahrheit bezeichnet werden können. Zu alledem findet sich eine ausgedehnte Rechtsprechung des BVerfG wie auch der Landesverfassungsgerichte.

## I. Rechtsprechung des BVerfG und der Landesverfassungsgerichte

### 1. Systemkonsistenz: Gebote der Systemgerechtigkeit, Folgerichtigkeit und Widerspruchsfreiheit

Schon die in der Überschrift gewählte Reihung mag die begriffliche Unschärfe verdeutlichen, die die Rechtsprechung zu dem Themenkomplex der Systemkonsistenz prägt.

Die Judikatur des BVerfG zu Geboten der Folgerichtigkeit, Konsistenz, Systemgerechtigkeit und Widerspruchsfreiheit gesetzgeberischer Regelungstätigkeit fand zwar ihren Ursprung im Wahlrecht,<sup>7</sup> entwickelte sich sodann aber vornehmlich im Steuerrecht.<sup>8</sup> Ausgehend von dem Grundsatz der Besteuerung nach der finanziellen Leistungsfähigkeit als steuerrechtlicher Sonderdogmatik des Art. 3 Abs. 1 GG<sup>9</sup> statuierte das Gericht zur weiteren Effektivierung des allgemeinen Gleichheitssatzes die Pflicht des Gesetzgebers, die einer einfachgesetzlichen Regelung erkennbar innewohnende „Belastungsentscheidung“ konsequent um-

---

Staat 49 (2010), 630 (631 ff.), *Hoffmann*, ZG 1990, 97 (109 ff.), *Kischel*, in: FS-Kirchhof, § 34; sehr grundlegend *Meßerschmidt*, S. 777 ff., 817 ff. und *Petersen*, S. 271 ff., passim; als „Pflicht zum Nachdenken“ bezeichnet bei *Gebauer*, FS-Zeidler, 1139 (1143 ff.), zust. *Bickenbach*, S. 415, passim; vgl. schließlich auch *Schulze-Fielitz*, Gesetzgebung, S. 454 ff., *Zippelius*, in: Achterberg/Krawietz (Hrsg.), 84 (92); die Eigenständigkeit der einzelnen verfassungsrechtlichen Rationalitätsgebote betonend hingegen *Payandeh*, AöR 136 (2011), 578 (584 f.); zum Zusammenhang rechtsstaatlicher Rationalität und demokratischer Publizität *Kißler*, S. 64.

<sup>6</sup> Exemplarisch zum Zusammentreffen „formelle[r] und inhaltliche[r] Aspekte“ etwa im Bestimmtheitsgebot hier zunächst nur *Arnauld*, S. 170.

<sup>7</sup> BVerfGE 1, 208 (246 f.); zuletzt BVerfGE 120, 82 (103 f.); vgl. auch BVerfGE 11, 351 (362).

<sup>8</sup> So zuletzt besonders pointiert im Urteil zur Pendlerpauschale BVerfGE 122, 210 (231); zuvor schon grundlegend im Zinsbesteuerungsurteil BVerfGE 84, 239 (271); im Übrigen vgl. exemplarisch – teilweise auch bereits zu anderen Rechtsgebieten – BVerfGE 23, 242 (256); 34, 103 (115); 59, 36 (49); 75, 382 (395 f.); 81, 156 (207); 87, 153 (170); 99, 88 (95); 99, 280 (290); 104, 74 (87); 105, 73 (126); 107, 27 (50 ff.); 118, 1 (28); 120, 1 (30 f.); 122, 210 (234); skeptischer etwa BVerfGE 75, 382 (395 f.); zur Entwicklung exemplarisch *Battis*, FS-Ipsen, 11 (13, 18 ff.), *Bumke*, Der Staat 49 (2010), 77 (87 ff.) und jüngst *Tappe*, JZ 2016, 27 (28 ff.).

<sup>9</sup> Dazu etwa *Cornils*, DVBl. 2011, 1053 (1054), *Kirchhof*, StuW 2006, 3 (12 ff.), *Kischel*, in: BeckOK-GG, Art. 3 Rn. 141 ff., *J. Lang*, S. 99, 115 ff.

zusetzen.<sup>10</sup> Die „Belastungsentscheidung“ wurde zur Systementscheidung, in die sich die weiteren einfachgesetzlichen Regelungen nach dem Maßstab einer Systemgerechtigkeit – so die ältere, heute im kommunalen Finanzausgleichsrecht<sup>11</sup> besonders geläufige Bezeichnung<sup>12</sup> – bzw. Folgerichtigkeit – so die heute überwiegende Terminologie des BVerfG<sup>13</sup> – einzufügen haben.<sup>14</sup> Im Ergebnis führt dieses verfassungsrechtliche Gebot zu einer Bindung des Gesetzgebers an dessen eigene Grundkonzeption und werden Abweichungen von derselben wie deren vollständige Novellierung einer besonderen Begründungspflicht unterworfen.<sup>15</sup> In dieser letzteren Auswirkung kommt dem Gebot der Folgerichtigkeit ungeachtet seiner hier separaten Behandlung also auch eine prozedurale Dimension dergestalt zu, dass es Anforderungen an gesetzgeberische Normbegründungen und Normbereichsanalysen stellt.<sup>16</sup> Diese verfahrensbezogene Ausprägung ist jedoch immer insofern auf den inhaltlichen Gehalt der Folgerichtigkeit, nämlich den tatsächlich herrschenden Zustand der Systemgerechtigkeit eines Gesetzes,

<sup>10</sup> Vgl. BVerfGE 99, 88 (95); 99, 280 (290); 105, 73 (126); 107, 27 (47); 116, 164 (180f.); 117, 1 (31); 122, 210 (231) – teilweise m. w. N.

<sup>11</sup> Zu diesem Anwendungsgebiet exemplarisch NdsStGH, Urteil v. 4.6.2010, StGH 1/08, Rn. 88ff., SächsVerfGH, Urteil v. 26.8.2010, Vf. 129-VIII-09, Rn. 112, MVVerfG, Urteil v. 30.6.2011, 10/10, Rn. 52 – alle juris und m. w. N.

<sup>12</sup> Etwa in BVerfGE 6, 55 (69): Zusammenveranlagung von Ehegatten als „systemwidriges Element des heutigen Einkommensteuerrechts“; „Systemwidrigkeit“ als Maßstab auch der Regelung der Arbeitslosenhilfe in BVerfGE 9, 20 (28); BVerfGE 13, 331 (340) spricht von „Sachgesetzlichkeit“; BVerfGE 34, 103 (115) m. w. N. verbindet „Systemwidrigkeit“ und „Sachgesetzlichkeit“; vgl. aber auch noch BVerfGE 85, 238 (247).

<sup>13</sup> BVerfGE 37, 167 (189); 60, 16 (43); 105, 73 (112); 77, 288 (300); 86, 288 (343); 93, 373 (380); 103, 310 (328); 110, 353 (367); 130, 212 (234); Ursprünge aber auch schon in BVerfGE 19, 101 (116); 21, 160 (172); zu insgesamt fruchtlosen Versuchen einer je eigenständigen Bestimmung beider Begrifflichkeiten siehe umfassend *Dieterich*, S. 182ff. m. w. N.; zur Deckungsgleichheit zuletzt *Philipp*, S. 28f.

<sup>14</sup> So etwa für das „objektive Nettoprinzip“ im Steuerrecht, vgl. BVerfGE 99, 280 (290f.); 107, 27 (47f.); 122, 210 (234); anders noch BVerfGE 34, 103 (115); zur Durchsetzung der „Folgerichtigkeit“ gegenüber der „Systemgerechtigkeit“ noch *Osterloh*, FS-Bryde, 429 (434).

<sup>15</sup> Vgl. BVerfGE 93, 121 (136); 98, 106 (130ff.); 116, 164 (180f.); Deutung bei *Bulla*, ZJS 2008, 585 (593). Die etwa bei *Degenhart*, Systemgerechtigkeit, S. 29, 32ff. und passim, *Leisner-Egensperger*, ThürVBl. 2004, 25 (25ff.), *Mehde/Hanke*, ZG 2010, 381 (388), *Payandeh*, AöR 136 (2011), 578 (581) und *Rixen*, SRa 2010, 81 (84) verwendete Bezeichnung „Selbstbindung“ verschleierte, dass der Gesetzgeber über Ob und Ausmaß der Bindung nicht selbst entscheidet, sondern diese sich unmittelbar aus dem Grundgesetz in der Auslegung durch das BVerfG sowie aus der von diesem bestimmten Systementscheidung ergeben – treffender deshalb *Peine*, S. 180, passim: „unfreiwillige Selbstbindung“; zur mit der „Selbstbindung“ verbundenen „gewisse[n] Fremdbindung“ auch *Reicherzer*, S. 494 m. w. N.

<sup>16</sup> Zu diesen „Verbindungslinien“ *Mehde/Hanke*, ZG 2010, 381 (388f.), *Rose-Ackerman/Egidij/Fowkes*, S. 177f., vgl. auch S. 180; entsprechende – sehr krit. – Deutung auch bei *Grzeszick*, VVDStRL 71 (2012), 49 (61f.) m. w. N.; zur Normbereichsanalyse als Ausdruck des Folgerichtigkeitsgebots *Morgenthaler*, S. 257f.; allgemein zur „prozedurale[n] Rationalität“ des Postulats der Systembindung, diese sodann aber abl. *Dieterich*, S. 221ff.; hinsichtlich des unionsrechtlichen Kohärenzgebots, welches im Folgenden noch thematisiert werden soll, auch schon *Frenz*, EuR 2012, 344 (353f.) sowie jüngst *Philipp*, S. 253f., 259f. – wenn auch eher abl.

rückbezogen, als sie der Rechtfertigung von jedenfalls scheinbaren Durchbrechungen derselben dient. Primär gebietet das Postulat der Folgerichtigkeit inhaltliche Konsistenz.<sup>17</sup> Erst wenn diese auf erstes Ansehen nicht gewahrt ist, ergibt sich als nur sekundäre Folge des Konsistenzgebots die verfahrensbezogene Pflicht einer besonderen gesetzgeberischen Begründung.

In seiner Wirkungsweise bleibt das Gebot der Folgerichtigkeit heute nicht auf das Steuerrecht beschränkt, sondern kommt in der Rechtsprechung potentiell bei allen gesetzgeberischen Systemabweichungen zur Anwendung. In seinem vielbeachteten Urteil zum Rauchverbot in Gaststätten aus dem Jahr 2008 integrierte das BVerfG schließlich Anforderungen der Konsistenz und Folgerichtigkeit in die Verhältnismäßigkeitsprüfung zu Art. 12 Abs. 1 GG.<sup>18</sup> Ansätze dazu hatten sich schon in den Ausführungen der die Entscheidung nicht tragenden Richter im Urteil über die Verfassungsmäßigkeit der Ladenschlussvorschriften im Jahr 2004 gezeigt:<sup>19</sup> Auch dort fanden sich im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu Art. 12 Abs. 1 GG ausgreifende Erwägungen zur Rechtfertigung der Ausnahmen vom Ladenschluss innerhalb der Binnensystematik des vom Gesetzgeber verfolgten Arbeitsschutzkonzepts. Die Prüfung am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG blieb daneben weitgehend ohne selbstständigen Gehalt<sup>20</sup> – genauso wie im als weiterer Vorläufer dienenden Sportwettenurteil aus 2006<sup>21</sup>. Weitere Beispiele für eine explizit um den Maßstab der Folgerichtigkeit aufgeladene Prüfung der Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs in ein Freiheitsrecht lassen sich der Rechtsprechung des BVerfG jedoch nicht entnehmen.<sup>22</sup> Insofern ist die im

<sup>17</sup> Undeutlich *Petersen*, S. 180, wonach es bei Folgerichtigkeits- oder Konsistenzergwägungen vorrangig um die Identifizierung von „Fehler[n] im Gesetzgebungsverfahren“ gehe, andererseits aber darum, „Widersprüche bei der gesetzgeberischen Wertung [...] aufzudecken“, so dann *Petersen*, AöR 138 (2013), 108 (130, vgl. aber auch 110, 118f.); wie hier für vornehmlich materiell-rechtlichen Charakter *Mesling*, FS-Jaeger, 787 (812), *Reyes y Ráfales*, Rechtstheorie 45 (2014), 35 (44) und für das Unionsrecht *Mathisen*, CMLR 47 (2010), 1021 (1024).

<sup>18</sup> BVerfGE 121, 317 (362ff.). Bei BVerfGE 121, 317 (358) wird als Prüfungsmaßstab denn bezeichnenderweise auch „Art. 12 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG“ genannt; krit. zur Vermengung von Freiheits- und Gleichheitsrecht in einem „Grundrecht auf Konsequenz“ *Bäcker*, DVBl. 2008, 1180 (1182f.) sowie *Rixen*, SRa 2010, 81 (84f.) m. w. N.

<sup>19</sup> BVerfGE 111, 10 (43ff., 49) auch zum Folgenden; dazu auch *Bumke*, Der Staat 49 (2010), 77 (89); zu noch früheren Ansätzen in der BVerfG-Rechtsprechung *Dieterich*, S. 512f., *Payandeh*, AöR 136 (2011), 578 (603ff.) und knapper auch *Petersen*, S. 171, 177ff.

<sup>20</sup> BVerfGE 111, 10 (49): „Der Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz folgt daher aus den gleichen Gründen, die zur Verfassungswidrigkeit der Regelung im Rahmen des Art. 12 Abs. 1 GG führen.“ – abw. Auffassung der die Entscheidung nicht tragenden Senatsmitglieder.

<sup>21</sup> Explizit BVerfGE 115, 276 (317) im Anschluss an die wohl in die Angemessenheit integrierte Prüfung gesetzgeberischer Konsistenz in der Zweckverfolgung, BVerfGE 115, 276 (309ff.).

<sup>22</sup> So auch das Ergebnis bei *Kischel*, in: FS-Kirchhof, § 34, Rn. 8 m. w. N. Das lässt aber sonstige, nicht notwendig an der Figur der Folgerichtigkeit anknüpfende „Gleichheitserwägungen“ insbesondere im Rahmen der Prüfung der Berufsfreiheit unberührt, vgl. dazu *Petersen*, S. 183 m. umfangreichen N.

Urteil zum Rauchverbot verfolgte verfassungsdogmatische Konzeption noch ein Einzelfall geblieben.

Der Gedanke der Systemkonsistenz hat unter der Chiffre der „Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung“<sup>23</sup> darüber hinaus aber Entfaltung auch in der Rechtsprechung zur organisationsrechtlichen Kompetenzabgrenzung im Bundesstaat gefunden. Aus dem Rechtsstaatsprinzip wird die Verpflichtung von Bund und Ländern abgeleitet, sich bei Ausübung ihrer Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen abzustimmen, sodass widersprüchliche Normbefehle vermieden werden.<sup>24</sup> Dieser Kompetenzausübungsschranke<sup>25</sup> nach sei es etwa dem kommunalen Satzungsgeber verwehrt, sich bei Verfolgung der mit einer örtlichen Verbrauchsteuer i. S. d. Art. 105 Abs. 2a GG verbundenen Lenkungszwecke in Kontradiktion zur entsprechenden bundesrechtlichen Sachregelung zu setzen.<sup>26</sup> Neben dieser inhaltlichen Direktionskraft wird dem verfassungsgerichtlichen Argumentationstopos der Widerspruchsfreiheit in Wechselwirkung mit der in Art. 30 i. V. m. Art. 83 ff. GG zum Ausdruck kommenden vertikalen Gewaltenteilung eine organisationsrechtliche Dimension dergestalt entnommen, dass er auch „eine hinreichend klare und in sich widerspruchsfreie Bestimmung der Verwaltungszuständigkeit“ gebiete.<sup>27</sup> Für diese Wirkrichtung wird auch der Bezug zu dem ebenso der Rechtsprechung des BVerfG entspringenden Postulat der „Normenklarheit“ hergestellt.<sup>28</sup>

<sup>23</sup> „Widerspruchsfreiheit“ in diesem Sinn nominal das erste Mal gebraucht in BVerfGE 108, 169 (181), der Sache nach aber in BVerfGE 98, 83 (97); 98, 106 (118 f.) begründet; im Übrigen ein vom Schrifttum geprägter Begriff, vgl. etwa *Brüning*, NVwZ 2002, 33 (33 ff.), *Bumke*, Rechtswidrigkeit, S. 80 ff., *Dieterich*, S. 352, *Jarass*, AöR 126 (2001), 588 (588 ff.), *Kloepfer/Brücker*, DÖV 2001, 1 (1 ff.), *Lindner*, ZG 2007, 188 (199 f.), *Schmidt*, FS-Canaris, Bd. 2, 1353 (1353 ff.), *Smeddinck*, S. 126 f., *Sodan*, JZ 1999, 864 (864 ff.); umfassende Untersuchung bei *Haack*, passim.

<sup>24</sup> BVerfGE 98, 83 (97); 98, 106 (118 f.) unter zusätzlichem Verweis auf die im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung entwickelte Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten, BVerfGE 81, 310 (337 f.), wobei das BVerfG selbst auf BVerfGE 81, 310 (339) Bezug nimmt; zu der daran anknüpfenden Auseinandersetzung um die Reichweite des vom BVerfG postulierten Gebots auch jenseits kompetenzieller Auseinandersetzungen *Dieterich*, S. 358 ff. m. w. N., der selbst eine überzeugende restriktive Position einnimmt.

<sup>25</sup> So ausdrücklich BVerfGE 98, 106 (119); entsprechende Deutung auch bei *Cornils*, DVBl. 2011, 1053 (1054) und *Dieterich*, S. 354.

<sup>26</sup> Das war in der maßgeblichen Leitentscheidung zur Kasseler Verpackungssteuer mit deren Widerspruch zu den Wertungen des Abfallrechts des Bundes aber gerade der Fall, BVerfGE 98, 106 (125 ff.).

<sup>27</sup> BVerfG NVwZ 2007, 942 (943); in der Sache ebenso BVerfGE 108, 169 (181 f.); 119, 331 (366), wobei insbesondere in letzterer Entscheidung zu den Hartz IV-Arbeitsgemeinschaften die Wechselwirkungen mit dem Verbot der sogenannten Mischverwaltung offenbar werden, BVerfGE 119, 331 (365) m. w. N.

<sup>28</sup> So ausdrücklich BVerfGE 108, 169 (181 f.); 119, 331 (366), wo jeweils auf den Aspekt der Normenklarheit in den nicht zu Zuständigkeitsfragen ergangenen Entscheidungen BVerfGE 21, 73 (79); 78, 214 (226) Bezug genommen wird; im Übrigen BVerfG NVwZ 2007, 942 (943); entsprechende Einschätzung auch bei *Cornils*, DVBl. 2011, 1053 (1055).