

NIELS PETERSEN

Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle

Jus Publicum

238

Mohr Siebeck

JUS PUBLICUM

Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 238



Niels Petersen

Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle

Eine rechtsempirische Studie
verfassungsrechtlicher Rechtsprechung
zu den Freiheitsgrundrechten

Mohr Siebeck

Niels Petersen, geboren 1978; 2004–06 Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht; 2008 Promotion an der Goethe Universität Frankfurt a.M.; seit 2007 Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern; 2009–10 M.A. in Quantitativen Methoden an der Columbia University; 2012–13 Hauser Research Scholar an der New York University School of Law; 2014 Habilitation an der Universität Bonn.

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG WORT.

e-ISBN PDF 978-3-16-153564-2
ISBN 978-3-16-153510-9
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.

© 2015 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 Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Stempel-Garamond gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Für Salwa

Vorwort

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist eine derart zentrale Figur der deutschen Grundrechtsdogmatik, dass man meinen könnte, zu diesem sei alles gesagt. Diese Arbeit versucht die Diskussion um eine neue Dimension zu bereichern, indem sie einen Perspektivenwechsel vornimmt. Der Fokus liegt nicht in erster Linie auf der Frage, ob Verhältnismäßigkeit rational oder irrational, gut oder schlecht ist. Vielmehr beobachtet sie, was Gerichte in der Praxis aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip machen.

Die Arbeit wurde im Sommersemester 2014 von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bonn als Habilitationsschrift angenommen. Sie entstand im Wesentlichen während meiner Zeit als Mitarbeiter am Bonner Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern. An der Entstehung dieser Arbeit haben viele Menschen einen großen Anteil, mit denen ich einzelne Gedanken oder Thesen diskutiert und von denen ich viele Anregungen erhalten habe. Vier Personen gebührt jedoch besonderer Dank.

Als ich mir in der Endphase meiner Promotion überlegte, eine wissenschaftliche Laufbahn einzuschlagen, gab mir einer meiner damaligen Mentoren für die Wahl des Habilitationsbetreuers einen wichtigen Rat. Es gebe grundsätzlich zwei Modelle für die Habilitationsphase. Ich könne mir entweder einen Habilitationsbetreuer suchen, der mir alle Freiheiten lasse, meine eigene Forschung voranzutreiben; oder ich solle mir einen Betreuer suchen, der mir noch einmal eine neue Perspektive und frische gedankliche Anregungen vermittele.

Bei *Christoph Engel* am Bonner Max-Planck-Institut habe ich beides gefunden. Die sozialwissenschaftliche Ausrichtung des Instituts hat mich sehr geprägt und meinen Blick auf das Recht in meiner Zeit als Habilitand noch einmal deutlich verändert. Dies spiegelt sich auch in dieser Arbeit wider. Gleichzeitig hatte ich erhebliche Freiheiten, ohne die die Arbeit in dieser Form nicht hätte entstehen können.

Herrn *Christian Hillgruber* gebührt Dank für das Zweitgutachten im Habilitationsverfahren und einige wertvolle Hinweise, die mir geholfen haben, das in der Schrift entwickelte Argument zu schärfen. Während eines Forschungsaufenthalts an der New York University School of Law hatte ich das Privileg, in *Samuel Issacharoff* einen hervorragenden Mentor zu haben, der mir mit seinen Fragen und Hinweisen gedanklich immer wieder den Weg gewiesen hat. Mit *Emanuel Towfigh* hatte ich schließlich einen Kollegen, mit dem ich nicht nur

unzählige anregende Diskussionen hatte, sondern der mir auch in schwierigen Phasen immer als Freund beiseite gestanden hat.

Dank gebührt schließlich der Thyssen-Stiftung, die mir mit ihrer finanziellen Förderung einen Forschungsaufenthalt an der University of Pretoria ermöglicht hat, dem Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG WORT für die Gewährung eines Druckkostenzuschusses sowie dem DAAD und dem Hauser Scholars Program, die mich während meiner Zeit an der NYU großzügig unterstützt haben.

Gewidmet ist dieses Buch meiner Frau Salwa, die das größte Geschenk ist, das mir das Leben machen konnte.

Paris, im Juli 2014

Niels Petersen

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Einführung: Güterabwägung und verfassungsgerichtlicher Aktivismus ..	1
Kapitel 1: Die Funktion von Verfassungsgerichtsbarkeit	10
I. Die Lösungsansätze in der Literatur	15
1. Dworkin und die moralische Interpretation der Verfassung	16
2. Waldron und die Illegitimität von Verfassungsgerichtsbarkeit ...	17
3. Der Originalismus oder die Orientierung am Willen des Gesetzgebers	20
4. Die Verfassung als Schutz der demokratischen Identität	21
5. Elys prozedurales Modell	23
6. Haltern und die Spannung zwischen Populismus und Progressivismus	24
7. Die Gewaltenteilung als funktionell-rechtliche Grenze der Verfassungsgerichtsbarkeit	26
8. Die Verfassungsgerichtsbarkeit als subsidiäre Autorität zur Politikevaluation	28
II. Verfassungsgerichtsbarkeit und politisches Marktversagen	29
1. Demokratiethoretische Grundlagen der Funktions- bestimmung	30
2. Verfassungsgerichtsbarkeit als Korrektur des politischen Prozesses	32
a. Schiedsrichter in Kompetenzstreitigkeiten	33
b. Minderheitenschutz	34
c. Schutz der indifferenten Mehrheit vor Klientelpolitik	40
d. Verfassungsgerichte als Garanten demokratischer Entscheidungsverfahren	43
e. Korrektur externer Effekte	46
f. Fazit	48
3. Gerichtsversagen als Korrelat zum Politikversagen?	50
III. Funktionale Überlegungen und verfassungsrechtliche Dogmatik ...	51

Kapitel 2: Die normativ-analytische Debatte um die Maßstabsbildung bei der Abwägung	54
I. Die normative Diskussion um die Rationalität der Abwägung	55
1. Die Unmöglichkeit der Abwägung inkommensurabler Güter ..	56
a. Die Inkommensurabilitätskritik	57
b. Rationalisierung von Abwägung durch Formalisierung	61
aa. Alexys Gewichtsformel	61
bb. Das Abstellen auf den Realisierungsgrad	65
cc. Explizierung von Wertentscheidungen bei Hofmann	67
c. Die verkürzte Verhältnismäßigkeitsprüfung als Alternative	68
2. Einzelfallabwägung im Spannungsfeld zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit	72
3. Fazit: Abwägung und die Grenzen richterlicher Entscheidungsspielräume	76
II. Empirische Unsicherheit in der Verhältnismäßigkeit	78
1. Eine hypothetische Grundannahme: Recht ohne Unsicherheit ..	81
2. Richterliche Kontrolle unter Unsicherheit	82
a. Direkte Kontrolle gesetzgeberischer Prognosen durch den Richter ..	83
aa. Mangelnde methodische Ausbildung der Richter	83
bb. Abhängigkeit empirischer Studien von der Perspektive	85
b. Auflösung von Unsicherheit durch Beweislastregeln	87
3. Fazit: Die Auflösung von Unsicherheit durch die Konstruktion von Einschätzungsspielräumen?	88
 Kapitel 3: Die Konstruktion gesetzgeberischer Einschätzungsspielräume	 90
I. Direkte Kontrolle gesetzgeberischer Einschätzungsspielräume	91
1. Das Modell abgestufter Prognosespielräume	91
2. Einschätzungsspielräume in der Prinzipientheorie	92
3. Empirischer Einschätzungsspielraum bei etablierter Unsicherheit	94
4. Substantielle Einschätzungsspielräume	97
5. Fazit: Die Konstruktion von Einschätzungsspielräumen und das Maßstabsproblem	99
II. Indirekte Kontrolle gesetzgeberischer Einschätzungsspielräume ..	100
1. Prozedurale Kontrolle des Gesetzgebers	101
2. Motivkontrolle durch das Verfassungsgericht	105
III. Fazit	109

Kapitel 4: Eine Theorie der Abwägung	111
I. Abwägung und verfassungsgerichtliche Legitimität	111
1. Legitimität und die institutionelle Stärke von Verfassungsgerichtsbarkeit	113
2. Folgerungen für die Abwägungspraxis von Verfassungsgerichten	118
II. Erläuterung des Forschungsdesigns	120
1. Die der Untersuchung zugrunde liegenden Daten	120
2. Kategorisierung verfassungsgerichtlicher Argumentationsmuster	123
a. Abwägung	125
b. Sonstige Verhältnismäßigkeitsargumente	126
aa. Legitimer Zweck	126
bb. Geeignetheit und Erforderlichkeit	127
cc. Undifferenzierte Typisierungen	128
c. Materielle Argumente außerhalb der Verhältnismäßigkeit	129
aa. Vertrauensschutz	129
bb. Kohärenz- und Konsistenzargumente	130
cc. Kategoriale Argumente	131
dd. Deduktive Argumente	132
ee. Gleichheitserwägungen	132
d. Prozedurale Argumente	133
aa. Verfahrenserwägungen	133
bb. Konstruktion von Einschätzungsspielräumen und Kontrolle des gesetzgeberischen Verfahrens	134
cc. Beweis- und Rechtfertigungslasten	135
 Kapitel 5: Der Mythos vom Abwägungsgericht	 136
I. Analyse der verfassungsgerichtlichen Entscheidungen	136
II. Der historische Trend	138
1. Die erste Phase: Vermeidung der Angemessenheitsstufe bei der Überprüfung von Gesetzen	138
2. Die zweite Phase: Abwägung als vorherrschendes Argumentationsmuster	141
3. Güterabwägung bei der Überprüfung untergerichtlicher Entscheidungen	142
4. Gründe für den historischen Trend	144
III. Substantielle Erwägungen: Was wird abgewogen?	147

1. Zuordnung finanzieller Lasten	148
2. Kontrolle der Passgenauigkeit zwischen Maßnahme und Ziel ...	150
3. Konsistenzprüfung in der Abwägung	153
4. Korrektur von Härtefällen	155
5. Abwägung in strafprozessualen Entscheidungen	158
6. Sonderfälle: Kruzifix und Ladenöffnung an Adventssonntagen	159
7. Fazit: Abwägung als Rationalitätskontrolle	161
IV. Fazit	164
 Kapitel 6: Substantielle Argumente neben der Abwägung	 166
I. Legitimer Zweck	167
II. Geeignetheit und Erforderlichkeit	169
1. Empirische Unsicherheit	170
2. Implizite Abwägung	172
3. Geeignetheit und Erforderlichkeit als Rationalitätskontrolle ...	174
III. Vertrauensschutzargumente	174
IV. Kohärenz- und Konsistenzargumente	177
V. Gleichheitserwägungen	180
1. Gleichheitserwägungen bei der Garantie von Ehe und Familie .	181
2. Gleichheitserwägungen im Beamtenrecht	182
3. Gleichheit in der Berufsfreiheit	183
4. Fazit	184
VI. Kategoriale Argumente und Kernbereichsbestimmungen	185
VII. Deduktive Maßstabsbildung und normative Setzungen	189
1. Deduktive Argumente im Beamtenrecht	190
2. Deduktive Maßstabsbildung im Steuerrecht	191
3. Fazit	193
VIII. Grundrechtsrechtsprechung zwischen Rationalitätskontrolle und deduktiver Maßstabsbildung	 194

Kapitel 7: Prozedurale Elemente in der Grundrechtsrechtsprechung	196
I. Prozeduralisierung bei Prozessgrundrechten	198
II. Verfahrensorderungen in der Verhältnismäßigkeit	199
III. Strukturelle Argumente	202
1. Binnenpluralismus und Staatsfreiheit im Rundfunkrecht	202
2. Prozedurale Strukturprinzipien im Hochschulrecht	205
3. Verfahrensorderungen im Beamtenrecht	206
4. Exkurs: Parlamentarische Beteiligungsrechte im politischen Prozess	208
5. Fazit	209
IV. Bestimmtheitsorderungen	210
V. Kontrolle des Gesetzgebungsverfahrens	212
1. Die Nichtberücksichtigung von Interessen gesellschaftlicher Gruppen	213
2. Klientelpolitik und die Überbetonung von Partikularinteressen .	215
3. Die Etablierung von Sorgfaltspflichten im Hartz IV-Urteil	217
4. Fazit	218
VI. Fazit	218
 Kapitel 8: Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des südafrikanischen Verfassungsgerichts	 221
I. <i>Makwanyane</i> als Ausgangspunkt	224
II. Verhältnismäßigkeitsargumente	227
1. Erforderlichkeit	227
2. Overbreadth	229
3. Legitimer Zweck	232
4. Geeignetheit	235
III. Argumente außerhalb der Verhältnismäßigkeit	237
1. Rechtfertigungs- und Beweislasten	237
2. Konsistenzargumente	239
3. Prozedurale Argumente	240
IV. Güterabwägung	242
V. Fazit	245

Kapitel 9: Verhältnismäßigkeit und die Verteilung von Rechtfertigungslasten beim kanadischen Supreme Court ..	247
I. Geeignetheits- und Erforderlichkeitsargumente	248
1. Die Überprüfung gesetzgeberischer Prognoseentscheidungen ..	249
2. Implizite Abwägung	255
II. Explizite Abwägung	258
III. Konsistenzargumente	262
IV. Prozedurale Argumente	264
V. Fazit	266
 Kapitel 10: Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle	269
I. Das Konzept der Rationalitätskontrolle	271
II. Verfassungsrechtsprechung als Rationalitätskontrolle	272
III. Ausdifferenzierung der Abwägungsdogmatik	274
IV. Die überschießende Tendenz der Rechtsprechung	276
V. Divergenz zwischen formalen dogmatischen Strukturen und Rechtspraxis	278
 Appendix A: Klassifizierung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	281
 Appendix B: Klassifizierung der Rechtsprechung des südafrikanischen Verfassungsgerichts	287
 Appendix C: Klassifizierung der Rechtsprechung des kanadischen Supreme Court	289
 Literaturverzeichnis	291
 Stichwortverzeichnis	331

Einführung: Güterabwägung und verfassungsgerichtlicher Aktivismus

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip befindet sich derzeit auf einem globalen Siegeszug.¹ Immer mehr Verfassungs- und Obergerichte machen die Verhältnismäßigkeit zum zentralen dogmatischen Instrument ihrer Grundrechtsrechtsprechung.² Gleichzeitig wird in Teilen der rechtswissenschaftlichen Literatur jedoch scharfe Kritik an der Verhältnismäßigkeit geübt. Diese Kritik bezieht sich insbesondere auf den letzten Schritt, die Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinne.³ Diese wird teilweise als „willkürlich“ eingestuft, da für eine Abwägung

¹ S. *Stone Sweet/Mathews*, Col. J. Transnat'l L. 47 (2008), 73 (75); *Koutnatzis*, VRÜ 44 (2011), 32; *Barak*, Proportionality, 2012, S. 181–210; *Saurer*, Der Staat 51 (2012), 3; *Möller*, Constitutional Rights, 2012, S. 178; *Perju*, Global Constitutionalism 1 (2012), 334 (334); *Becker*, in: Kube u.a. (Hg.), Leitgedanken I, 2013, 225, Rn. 12–27; *Huscroft/Miller/Webber*, Introduction, in: dies. (Hg.), Proportionality, 2014, 1 (1).

² S. die Übersicht bei *Barak*, Proportionality, 2012, S. 182; *Cohen-Eliya/Porat*, Constitutional Culture, 2013, S. 10–14. S. aber auch *Bombhoff*, Balancing, 2013, der argumentiert, dass es sich zumindest im Hinblick auf die Abwägung jeweils um lokal unterschiedliche Konzepte handle.

³ S. nur *Forsthoff*, Staat in der Industriegesellschaft, 1971, S. 137–42; *Schlink*, Abwägung, 1976; *Bettermann*, Hypertrophie, 1984, S. 4; *Aleinikoff*, Yale L. J. 96 (1987), 943; *Hogg*, Nat. J. Const. L. 1 (1991), 1 (23–24); *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, S. 309–17; *Woolman*, S. Afr. J. Hum. Rts. 13 (1997), 102 (114–21); *Leisner*, Abwägungsstaat, 1997; *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung, 1999, S. 206–60; *Blaauw-Wolf*, SA Publ. L. 14 (1999), 178 (210); *Schlink*, in: FS 50 Jahre BVerfG II, 2001, 445; *Botha*, in: ders. u.a. (Hg.), Rights and Democracy, 2003, 13 (21–23); *Böckenförde*, Der Staat 42 (2003), 165 (190); *Ladeur*, Kritik der Abwägung, 2004; *Gunn*, Emory Int'l L. Rev. 19 (2005), 465; *Raue*, AöR 131 (2006), 79; *Çali*, Hum. Rts. Q. 29 (2007), 251; *Jestaedt*, in: FS Josef Isensee, 2007, 253 (260–75); *Woolman/Botha*, in: Woolman/Bishop (Hg.), Constitutional Conversations, 2008, 149 (157–60); *Christensen/Lerch*, JZ 2007, 438; *Fischer-Lescano*, KJ 41 (2008), 166; *Porat*, in: Bongiovanni u.a. (Hg.), Reasonableness, 2009, 243; *Tsakyrakis*, I.CON 7 (2009), 468; *Webber*, Negotiable Constitution, 2009, S. 87–115; *Rusteberg*, Gewährleistungsgehalt, 2009, S. 64–76; *Susnjar*, Proportionality, 2010; *Webber*, Can. J. L. & Jurisprudence 23 (2010), 179 (194–98); *Benvindo*, Limits of Constitutional Adjudication, 2010; *v. Bernstorff*, Der Staat 50 (2011), 165 (184–90); *Hillgruber*, JZ 2011, 861 (862–63); *Moreso*, Ratio Juris 25 (2012), 31; *Sales*, LQR 129 (2013), 223; *Camilo de Oliveira*, Kritik der Abwägung, 2013; *Reimer*, Der Staat 52 (2013), 27 (34–37); *Huscroft*, Const. Comm. 29 (2014), 229; *v. Bernstorff*, in: Lazarus u.a. (Hg.), Reasoning Rights, 2014, 63; *Luterán*, in: Huscroft u.a. (Hg.), Proportionality, 2014, 21.

inkommensurabler Güter „rationale Maßstäbe“ fehlten.⁴ Wenn Verfassungsgerichte insofern konkurrierende Rechtsgüter gegeneinander abwägen, überschreiten sie die Grenze zur Politik.⁵ Die Abwägung wird so zu einem Instrument der politischen Selbstermächtigung von Gerichten und entwickelt sich in den Augen der Kritiker zu einem Motor verfassungsgerichtlichen Aktivismus.⁶

Wenn man nach Beispielen für potentiell aktivistische Tendenzen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sucht, stößt man unweigerlich auf den Kruzifix-Beschluss.⁷ Die Eltern zweier schulpflichtiger Kinder hatten dagegen geklagt, dass in den Klassenräumen ihrer Kinder Kruzifixe an den Wänden angebracht waren. Sie befürchteten, dass durch diese Symbole im Sinne des Christentums auf ihre Kinder eingewirkt werde. Der erste Senat gab den Eltern recht. Er urteilte, dass das Anbringen von Kruzifixen in Klassenzimmern die negative Religionsfreiheit der Schüler verletze, die nicht christlichen Glaubens seien. Die Richter schienen dem Beschluss keine zentrale Bedeutung zugemessen zu haben.⁸ Umso mehr waren sie über den Sturm der öffentlichen Entrüstung überrascht, der nach der Entscheidung über das Gericht hereinbrach. Einige Politiker forderten offen dazu auf, dem Beschluss nicht zu folgen.⁹ Bis heute ist er nur unzureichend umgesetzt. In der Mehrzahl der bayerischen Klassenzimmer sind die Kruzifixe nie entfernt worden. In der rechts- und politikwissenschaftlichen Literatur gab die Entscheidung zudem Anlass zu einer anhaltenden Diskussion über die Legitimitätskrise des Bundesverfassungsgerichts.¹⁰

⁴ *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, S. 315–16. S. auch *Böckenförde*, *Der Staat* 42 (2003), 165 (190), der in der Angemessenheitsprüfung einen „Topos für maßstabslose Abwägungen“ sieht.

⁵ S. *Schlink*, *Abwägung*, 1976, S. 190; *Böckenförde*, *Lage der Grundrechtsdogmatik*, 1989, S. 54; *Schlink*, in: *FS 50 Jahre BVerfG II*, 2001, 445 (461); *Webber*, *Negotiable Constitution*, 2009, S. 147–48; *Hillgruber*, *JZ* 66 (2011), 861 (862); *Sales*, *LQR* 129 (2013), 223 (225); *Camilo de Oliveira*, *Kritik der Abwägung*, 2013, S. 223–31; v. *Bernstorff*, in: *Lazarus u.a. (Hg.), Reasoning Rights*, 2014, 63 (66).

⁶ *Benvindo*, *Limits of Constitutional Adjudication*, 2010, S. 31–81; *Huscroft*, *Const. Comm.* 29 (2014), 229 (255). S. auch *Haltern*, *JÖR* 45 (1997), 31 (69), der das Verhältnismäßigkeitsprinzip für einen Faktor hält, der für den „Machtzuwachs“ des Bundesverfassungsgerichts verantwortlich sei, *Christensen/Lerch*, *JZ* 62 (2007), 438 (440), denen zufolge die Abwägung eine Entscheidung ihren „Legitimationszwängen [entzieht] und sie hinter einer rhetorischen Fassade [verbirgt]“, *Classen*, in: *FS Klaus Stern*, 2012, 651 (653), dem zufolge „das Gewicht der Justiz“ umso größer ist, „[j]e größer die Bedeutung der Güterabwägung“, und *Leisner*, *Abwägungsstaat*, 1997, S. 170–73, der die Abwägung als „Machttechnik“ qualifiziert. Allgemein zur Kritik am Aktivismus des Bundesverfassungsgerichts s. *Dichgans*, in: *FS Willi Geiger*, 1974, 945; *Landfried*, *Bundesverfassungsgericht*, 1984; *Höffe*, *Der Staat* 38 (1999), 171.

⁷ BVerfGE 93, 1.

⁸ S. *Vanberg*, *Politics of Constitutional Review*, 2005, S. 126. Vgl. auch das Zitat eines nicht näher identifizierten Richters bei *Kranenpohl*, *Der Staat* 49 (2009), 387 (406), der in dem Urteil lediglich eine Fortschreibung der Rechtsprechung zum ‚Kreuz im Gerichtssaal‘ sah.

⁹ S. *Schaal*, in: *Ooyen/Möllers (Hg.), Das Bundesverfassungsgericht*, 2006, 175 (175).

¹⁰ S. nur *Isensee*, *JZ* 1996, 1085; *Schulze-Fielitz*, *AöR* 122 (1997), 1 (2–3); *Knies*, in: *FS Klaus Stern*, 1997, 1155 (1156–57); *Di Fabio*, *Recht offener Staaten*, 1998, S. 66; *Höffe*, *Der*

Während sich der politische Widerstand vor allem gegen das Ergebnis der Entscheidung richtete, mussten sich die akademischen Kritiker der Abwägung auch in der Art der Begründung bestätigt fühlen. Das Verfassungsgericht hatte sein Verdikt im Wesentlichen auf eine Güterabwägung gestützt.¹¹ Das Anbringen von Kruzifixen in Klassenzimmern sei ein Eingriff in die negative Religionsfreiheit der Beschwerdeführer.¹² Dieser Eingriff könne weder durch den staatlichen Erziehungsauftrag in Art. 7 I GG, noch durch die positive Religionsfreiheit in Art. 4 I GG gerechtfertigt werden. Vielmehr überschreite „[d]ie Anbringung von Kreuzen in Klassenzimmern [...] die Grenze religiös-weltanschaulicher Ausrichtung der Schule.“¹³

Im Rahmen der Abwägung strich das Verfassungsgericht heraus, dass „[z]um Christentum als Kulturfaktor gerade auch der Gedanke der Toleranz für Andersdenkende [gehört].“¹⁴ Gleichzeitig symbolisiere das Kreuz den Kern der christlichen Glaubensüberzeugungen, so dass das Festhalten am Kreuz im Klassenzimmer „die Empfindungen Andersdenkender völlig zurückdrängen“ würde.¹⁵ Aus diesem Grund billigte das Gericht der positiven Religionsfreiheit ein geringeres Gewicht zu als der negativen Religionsfreiheit. Dieser Schluss ist jedoch nicht zwingend. Das Kreuz ist nicht nur ein religiöses Symbol, sondern auch Ausdruck des kulturellen Selbstverständnisses einer Gemeinschaft.¹⁶ Daher kann man mit gutem Recht hinterfragen, ob ein Kreuz im Klassenzimmer tatsächlich einen *schweren* Eingriff in die negative Religionsfreiheit darstellt. Wenn das Gericht nur einen geringfügigen Eingriff angenommen hätte, hätte die Abwägung wohl zu einem anderen Ergebnis geführt.

Die entscheidende Frage ist dabei nicht, zu welchem Ergebnis die Abwägung richtigerweise hätte kommen sollen. Das Problem ist vielmehr, ob die Abwägung überhaupt das richtige methodische Instrument für solche Wertungsfragen ist, oder ob man diese nicht besser der Politik überlassen sollte.¹⁷ Das wird die Leitfrage sein, die dieser Arbeit zugrunde liegt. Dabei geht es nicht in erster Linie darum, noch eine weitere Dimension zu der ohnehin schon reichen normativen und analytischen Diskussion beizusteuern. Vielmehr nimmt die Arbeit überwiegend eine beobachtende Perspektive ein. Die grundlegende Frage ist, ob Verfassungsgerichte die Güterabwägung als Instrument zur Selbstermächtigung begreifen und politischen Aktivismus hinter der Abwägung verbergen.

Staat 38 (1999), 171 (171). S. auch *Halterm*, Der Staat 35 (1996), 551 (552–53), der von einer „Entmystifizierung“ der verfassungsgerichtlichen „Expertensemantik“ spricht.

¹¹ BVerfGE 93, 1 (21–24).

¹² BVerfGE 93, 1 (17–21).

¹³ BVerfGE 93, 1 (23–24).

¹⁴ BVerfGE 93, 1 (23).

¹⁵ BVerfGE 93, 1 (24).

¹⁶ *Heckel*, DVBl. 111 (1996), 453 (482); *Höffe*, Der Staat 38 (1999), 171 (191). S. auch *Massing*, Politik als Recht, 2005, S. 233–34.

¹⁷ Dies fordert für die Kruzifix-Konstellation etwa *Brenner*, ThürVBl. 5 (1996), 145 (148).

Wir werden im Lauf der Untersuchung sehen, dass die Angst der Abwägungskritiker unbegründet ist. Der Kruzifix-Beschluss ist in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine Ausnahmerecheinung. Verfassungsgerichte nutzen die Verhältnismäßigkeitsprüfung nur selten, um substantielle gesetzgeberische Wertentscheidungen zu hinterfragen. Vielmehr nehmen sie in der Verhältnismäßigkeit in erster Linie eine Rationalitätskontrolle vor.

Die Arbeit zeigt damit gleichzeitig, dass die normativ-analytische Diskussion um die Rationalität der Abwägung eine wichtige Dimension außer Acht lässt. Selbst wenn man zugesteht, dass die Abwägung Verfassungsrichtern beträchtliche Entscheidungsspielräume einräumt, sollte man sich davor hüten, deshalb das Kind mit dem Bade auszuschütten. Die verfassungsrechtliche Methodik ist nicht der einzige Faktor, der richterlichen Handlungsspielräumen Schranken auferlegt. Vielmehr zeigt diese Arbeit, dass Verfassungsrichter ihre Prüfungskompetenz bei der Kontrolle von Legislativentscheidungen selbst dann nicht notwendigerweise extensiv interpretieren, wenn ihnen das methodische Instrumentarium diese Möglichkeit grundsätzlich einräumen würde.¹⁸

Auch eine in erster Linie beobachtende Arbeit kommt nicht ohne normativen Rahmen aus, da bereits der Wahl der Perspektive normative Annahmen zugrunde liegen.¹⁹ Die ersten drei Kapitel sind daher normativen Fragestellungen gewidmet. Das erste Kapitel beschäftigt sich mit der Legitimität und Funktion von Verfassungsgerichtsbarkeit. Der Debatte über die Rationalität von Güterabwägung als methodischem Instrument der Grundrechtsrechtsprechung liegen oft bestimmte Annahmen über die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit in einer demokratischen Gesellschaft zugrunde.²⁰ Daher soll dieser im ersten Kapitel nachgespürt werden. Dabei wird die These entwickelt, dass Verfassungsgerichte vor allem die Funktion haben, Pathologien des politischen Prozesses zu korrigieren. Zwei Punkte haben für diese Arbeit besondere Relevanz. Zum einen werden Minderheiteninteressen im politischen Prozess oft nicht ausreichend repräsentiert. Zum anderen sind die Interessen bestimmter, wirtschaftlich einflussreicher Minderheiten oft überrepräsentiert, so dass Anreize zur Klientelpolitik bestehen. In beiden Fällen kommt Verfassungsgerichten die Funktion zu, diesen Fehlentwicklungen korrigierend entgegenzuwirken.

Das zweite Kapitel rekonstruiert die Diskussion um die juristische Rationalität der Güterabwägung. Die Abwägung wird durch zwei Formen von Unsicherheit erschwert. Zum einen besteht Unsicherheit über den normativen Wert konkurrierender Rechtsgüter. Zum anderen gibt es oft auch empirische Un-

¹⁸ S. auch *Lang*, in: Baumgartner u.a. (Hg.), *Das letzte Wort*, 2014, 15 (29–30). Zu den nicht-methodischen Zwängen der Verfassungsgerichtsbarkeit s. zudem *Engel*, *JITE* 157 (2001), 187.

¹⁹ S. *Petersen*, *Der Staat* 49 (2010), 435 (451–54).

²⁰ *Schauer*, in: *Nolte* (Hg.), *Constitutionalism*, 2005, 49 (64); *Petersen*, *German L. J.* 14 (2013), 1387 (1407).

sicherheit über die Intensität eines Grundrechtseingriffs und die Effektivität gesetzgeberischer Maßnahmen bei der Verfolgung von Eingriffszielen. In der normativen Diskussion sieht sich die Güterabwägung in zweifacher Hinsicht Kritik ausgesetzt. Auf der einen Seite wird kritisiert, dass Verfassungsgerichte inkommensurable Güter miteinander verglichen und dies rational nicht möglich sei. Auf der anderen Seite streichen Kritiker heraus, dass die Einzelfallabwägung die Rechtssicherheit gefährde. Dieser Kritik liegen Annahmen über die Rolle von Verfassungsgerichtsbarkeit im politischen Prozess und über den überragenden Wert von Rechtssicherheit in unserem Rechtssystem zugrunde, die nicht zwingend sind. Letztlich zeigt sich daher, dass es keine „theoretisch reine Lösung“ dieser Probleme gibt.²¹ Vielmehr ist Abwägung ein methodischer Kompromiss. Sie eröffnet Gerichten beträchtliche Entscheidungsspielräume, gibt ihnen aber gerade dadurch ein wirksames Instrumentarium zur Kontrolle des politischen Prozesses an die Hand.

In empirischer Hinsicht stellt sich ebenfalls die Frage der Kompetenzabgrenzung zwischen Verfassungsgericht und Gesetzgeber. Da der Gesetzgeber auch bei empirischen Prognosen teilweise Fehlanreizen unterliegen kann, muss dem Verfassungsgericht grundsätzlich eine Prüfungskompetenz gesetzgeberischer Prognosen zustehen. Allerdings stellt die Überprüfung empirischer Prognosen das Verfassungsgericht vor beachtliche Probleme. Zum einen fehlt den Verfassungsrichtern regelmäßig die methodische Ausbildung zur Beurteilung sozialwissenschaftlicher Fragen. Zum anderen können diese Fragen nicht ohne weiteres auf Sachverständige ausgelagert werden, da empirische Studien oft durch die normative Perspektive beeinflusst werden. Insofern muss auch bei der Kontrolle gesetzgeberischer Prognosen ein Kompromiss zwischen der Effektivität der verfassungsgerichtlichen Kontrolle und der Wahrung der gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative getroffen werden.

Im dritten Kapitel wird untersucht, ob die Konstruktion gesetzgeberischer Einschätzungsspielräume ein potentielles Instrument ist, die Balance zwischen methodischer Bindung der Verfassungsgerichtsbarkeit und der Effektivität verfassungsgerichtlicher Kontrolle auszutarieren. Dabei wird zwischen einer direkten und einer indirekten Art, gesetzgeberische Einschätzungsspielräume zu konstruieren, unterschieden. Bei der direkten Kontrolle stellen Verfassungsgerichte grundsätzlich dieselben Erwägungen an wie der Gesetzgeber. Allerdings wird kein dichotomer Maßstab von richtig oder falsch angelegt, sondern vielmehr allein die Vertretbarkeit gesetzgeberischer Entscheidungen kontrolliert.

Bei der indirekten Kontrolle konzentrieren sich die Verfassungsgerichte nicht in erster Linie auf die substantiellen Erwägungen, die der Gesetzgeber angestellt hat. Vielmehr kontrollieren sie den Gesetzgebungsprozess und die gesetzgeberische Motivation. Letztlich kann jedoch keines der angebotenen

²¹ Engel, *Rechtstheorie* 32 (2001), 23 (49).

Modelle das Spannungsverhältnis zwischen Effektivität und methodischer Bindung überzeugend auflösen. Entweder beinhalten sie zu viele Freiheitsgrade, so dass sie zwar für die nachträgliche Rekonstruktion verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, nicht aber für die dogmatische Entscheidungsleitung geeignet sind; oder sie sind nicht hinreichend effektiv, weil sie nur einen Teil der potentiellen Fehlentwicklungen des politischen Prozesses abdecken.

Im vierten Kapitel wenden wir uns dann dem überwiegend beobachtenden Teil dieser Arbeit zu. Dabei wird zunächst eine sozialwissenschaftliche Theorie der Abwägung entwickelt. Diese zeigt, dass die Abwägung als methodischer Schleier für verfassungsgerichtlichen Aktivismus eher ungeeignet ist. Die Legitimität von Verfassungsgerichten hängt in beträchtlichem Maße davon ab, dass diese als neutrale Akteure wahrgenommen werden, die nach rechtlichen und nicht nach politischen Maßstäben entscheiden. Die scharfe methodische Kritik der Abwägung zeigt jedoch, dass der potentiell „politische“ Charakter bei der Abwägung als dogmatischem Instrument stärker hervorsticht als bei anderen Formen der verfassungsrechtlichen Argumentation. Aus diesem Grund ist zu erwarten, dass Verfassungsgerichte sich zurückhalten werden, die Abwägung als Instrument für verfassungsgerichtlichen Aktivismus zu nutzen.

Diese theoretischen Annahmen werden durch drei Fallstudien bestätigt. In diesen wird die Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts, des kanadischen Supreme Court und des südafrikanischen Verfassungsgerichts näher analysiert. Der Schwerpunkt der Analyse liegt auf Fällen, in denen die Gerichte Akte der Legislative für verfassungswidrig erklärt haben. In diesen Fällen ist der Konflikt zwischen Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgeber besonders ausgeprägt. Dabei wird untersucht, auf welche Argumente die Gerichte die Verfassungswidrigkeit gestützt haben. Das besondere Interesse gilt der Abwägung: Wie oft wurden Gesetze aufgrund einer Güterabwägung kassiert? Welche Struktur hatte die Abwägung in diesen Fällen? Gleichzeitig wird untersucht, auf welche Argumente sich die Gerichte vornehmlich stützen, wenn sie nicht abwägen.

Die Kapitel fünf bis sieben beschäftigen sich mit dem Bundesverfassungsgericht. Das fünfte Kapitel ist dabei das Herzstück dieser Arbeit. Es zeichnet die Entwicklung der Abwägung in der deutschen Verfassungsrechtsprechung nach und versucht der Struktur der Abwägungsprüfung näher auf den Grund zu gehen. Dabei zeigt sich zunächst, dass das Bundesverfassungsgericht bei der Abwägung in den ersten gut 25 Jahren seiner Rechtsprechung sehr zurückhaltend war, wenn es den Gesetzgeber konfrontiert hat. Dagegen griff das Gericht schon sehr früh zur Abwägung, wenn es untergerichtliche Entscheidungen korrigiert oder die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen bestätigt hat. Wenn es Gesetze jedoch für verfassungswidrig erklärte, stützte es diese Urteile nur sehr selten auf eine Güterabwägung. Dies änderte sich gegen Ende der 1970er Jahre. Seit 1978 stützt sich das Bundesverfassungsgericht konstant in etwas mehr als

einem Drittel seiner Fälle, in denen es ein Gesetz für verfassungswidrig erklärt, auf eine Abwägung. Die Abwägung wird so zum zentralen methodischen Instrument der Verfassungsrechtsprechung.

Allerdings nutzt das Gericht die Abwägung dabei nicht in erster Linie, um politische Wertentscheidungen zu hinterfragen oder zu korrigieren. Vielmehr lassen sich die Abwägungsfälle grundsätzlich in vier Kategorien einteilen: Erstens korrigiert das Gericht die Zuordnung finanzieller Lasten. Es billigt dabei grundsätzlich das gesetzgeberische Ziel eines Grundrechtseingriffs, verlagert die finanziellen Lasten der Maßnahme aber vom Adressaten entweder auf den Staat oder auf eine andere gesellschaftliche Gruppe. Zweitens überprüft es die Passgenauigkeit zwischen gesetzlicher Maßnahme und gesetzgeberischem Ziel. In vielen Fällen mündet das in eine erweiterte Erforderlichkeitsprüfung. Dabei verweist das Verfassungsgericht den Gesetzgeber auf Alternativen, die deutlich grundrechtsschonender sind, das gesetzgeberische Ziel aber nur geringfügig weniger effektiv verfolgen. Drittens verbindet das Gericht die Abwägung mit Konsistenzergwägungen. Eine Maßnahme ist danach unverhältnismäßig, weil sie inkonsistent ist. Viertens nutzt das Gericht die Abwägung schließlich zur Korrektur von Härtefällen. Auch hier stellt es die grundsätzliche gesetzgeberische Wertentscheidung nicht in Frage, fordert allerdings Ausnahmen für bestimmte gesellschaftliche Gruppen, denen die Regelung eine unzumutbare Belastung auferlegt.

Das sechste Kapitel beschäftigt sich mit substantiellen Argumenten außerhalb der Abwägung als Rechtfertigung für die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen. Diese reichen von der Geeignetheit und der Erforderlichkeit über Konsistenz- und Vertrauensschutzargumente bis hin zu kategorialen und deduktiven Argumentationsformen. Auch hier zielen die meisten dogmatischen Figuren in erster Linie auf eine Rationalitätskontrolle ab. Allerdings zeigt sich, dass einige der substantiellen Argumente gesetzgeberische Wertentscheidungen deutlich stärker hinterfragen als die Güterabwägung. So nimmt das Verfassungsgericht, wenn es beispielsweise deduktiv argumentiert, oft normative Setzungen vor, deren Rechtfertigung zweifelhaft und deren Struktur intransparent ist.

Im siebten Kapitel wenden wir uns prozeduralen Argumenten zu. Wenn das Bundesverfassungsgericht die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes auf ein prozedurales Argument stützt, stellt es nicht das grundsätzliche Politikziel der Legislative in Frage. Vielmehr verlangt das Gericht zusätzliche Verfahrenssicherungen zum Schutz individueller Rechte. Solche Verfahrensargumente tauchen in verschiedenen Formen auf. Teilweise nimmt das Gericht eine prozedurale Argumentation in der Verhältnismäßigkeit vor. In anderen Fällen macht es strukturelle Argumente oder stellt Bestimmtheitsanforderungen an den Gesetzgeber. Schließlich finden sich in einigen Urteilen Ausführungen, die auf eine prozedurale Kontrolle des Gesetzgebungsverfahrens abzielen.

Das achte und das neunte Kapitel geben einen rechtsvergleichenden Ausblick. Die Rechtsvergleichung soll Aufschluss darüber geben, ob die deutsche Verfassungsrechtsprechung einen Sonderfall bildet. Ist die Zurückhaltung des Bundesverfassungsgerichts bei der Verhältnismäßigkeit den historischen Umständen oder dem besonderen Augenmaß der individuellen Richter geschuldet? Oder unterliegen die Verfassungsrichter jenseits der methodischen Schranken institutionellen Beschränkungen, die verhindern, dass sie bei der Verhältnismäßigkeit ‚über die Stränge schlagen‘? Der Blick nach Südafrika und Kanada bestätigt die theoretischen Annahmen der Arbeit und legt letzteres nahe. Sowohl im südafrikanischen Verfassungsgericht als auch im kanadischen Supreme Court spielt die Verhältnismäßigkeit eine zentrale Rolle bei der Grundrechtsprechung. Allerdings halten sich auch diese beiden Gerichte bei der Abwägung sehr stark zurück.

Das achte Kapitel beschäftigt sich zunächst mit der Rechtsprechung des südafrikanischen Verfassungsgerichts. In Südafrika scheint die Abwägung auf den ersten Blick eine zentrale Rolle zu spielen. Das Verfassungsgericht nimmt nämlich keine systematische Verhältnismäßigkeitsprüfung vor, bei der zwischen den verschiedenen Schritten der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit unterschieden wird. Vielmehr sind die Geeignetheit und die Erforderlichkeit lediglich Faktoren, die innerhalb der Abwägung berücksichtigt werden. Analysiert man die Rechtsprechung jedoch genauer, wird deutlich, dass die Abwägung nur eine untergeordnete Rolle spielt. Das Gericht stützt sich auf die Abwägung, wenn es Gesetze bestätigt oder richterrechtliche Prinzipien des Common Law korrigiert. Wenn es Gesetze dagegen für verfassungswidrig erklärt, stützt sich das Gericht regelmäßig auf andere Gründe. Viele Gesetze scheitern an der mangelnden Geeignetheit oder Erforderlichkeit, ohne dass das Gericht eine weitergehende Abwägung durchführt. In anderen Fällen stützt sich das Gericht auf prozedurale Argumente oder Konsistenzergwägungen.

Ähnlich sieht es auch in der kanadischen Verfassungsrechtsprechung aus, die im neunten Kapitel analysiert wird. Anders als das südafrikanische Verfassungsgericht legt der kanadische Supreme Court bei der Verhältnismäßigkeit im Wesentlichen die aus Deutschland bekannte Struktur zugrunde. Allerdings hat auch der kanadische Supreme Court die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen nur in Ausnahmefällen auf die Abwägung gestützt. Ganz überwiegend scheitern Gesetze, die eine Bestimmung der kanadischen Grundrechtecharta verletzen, an der Erforderlichkeit. Im Unterschied zum Bundesverfassungsgericht, dessen Argumentation in der Regel einen stark normativen Charakter hat, konzentriert sich der Supreme Court in vielen Fällen auf die empirischen Annahmen, die der gesetzgeberischen Maßnahme zugrunde lagen. Insofern liegt ein starker Fokus auf der Identifikation der Grenzen gesetzgeberischer Prognosespielräume. Allerdings zeigt eine nähere Analyse der Rechtsprechung, dass diese nicht immer konsistent ist. Aus diesem Grund wird der kanadische Su-

preme Court kritisiert, weil er eine implizite Abwägung innerhalb der Erforderlichkeit durchführe. Selbst wenn die Kritik zutrifft, ähnelt diese implizite Abwägung dem, was das Bundesverfassungsgericht bei der Überprüfung der Passgenauigkeit von Gesetzen macht. Insofern geht es auch dem kanadischen Supreme Court bei der Verhältnismäßigkeit überwiegend darum, eine Rationalitätskontrolle des Gesetzgebers durchzuführen.

Das zehnte Kapitel führt die unterschiedlichen Analysestränge dieses Buches schließlich zusammen. Dabei kristallisieren sich verschiedene Ergebnisse der Untersuchung heraus, von denen hier zwei besonders herausgehoben werden sollen. Der Haupttenor des Buches ist, dass methodische Bindungen richterliches Entscheidungsverhalten nur teilweise erklären können. Verfassungsrichter unterliegen neben methodischen Schranken auch institutionellen Zwängen.²² Insofern müssen dogmatische Instrumente, die Verfassungsrichter signifikante Entscheidungsspielräume zuerkennen, nicht automatisch zu verfassungsgerichtlichem Aktivismus führen. Dies zeigt das hier untersuchte Beispiel der Verhältnismäßigkeit. In der Theorie räumt gerade der letzte Schritt der Verhältnismäßigkeit, die Angemessenheitsprüfung, Verfassungsrichtern einen erheblichen Handlungsspielraum ein. In der Praxis nutzen Verfassungsgerichte diesen allerdings selten, um gesetzgeberische Wertentscheidungen zu korrigieren. Vielmehr dient die Verhältnismäßigkeit in erster Linie dazu, die Rationalität des Gesetzgebungsverfahrens sicherzustellen und Härtefälle zu korrigieren.

Das zweite Ergebnis betrifft die Grundrechtsdogmatik. Die Untersuchung wird zeigen, dass die Dogmatik der Verhältnismäßigkeit deutlich differenzierter ist, als es der traditionelle Vierschritt von legitimem Zweck, Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit vermuten lässt. Zudem werden wir sehen, dass einige dogmatische Figuren auch anders gerechtfertigt werden können, als gemeinhin angenommen wird. Was vordergründig wie eine Kontrolle gesetzgeberischer Sorgfalt aussieht, kann auch darauf abzielen, gemeinwohlwidrige Zwecke herauszufiltern, und damit systematischen Fehlanreizen des politischen Prozesses entgegenzuwirken.

Vor mehr als dreißig Jahren hat der damalige Präsident des Bundesverfassungsgerichts, Ernst Benda, einen starken Bedarf an mehr „rechtsempirischer“ Forschung identifiziert.²³ Diese Arbeit versucht die Berechtigung dieser Forderung zu unterstreichen und sie gleichzeitig ein Stück weit einzulösen. Auf den folgenden Seiten werden wir sehen, dass der alleinige Blick auf dogmatische Strukturen teilweise eine wichtige Dimension verfassungsrichterlicher Entscheidungsfindung außer Acht lässt, gleichzeitig die Rechtsempirie aber auch helfen kann, die dogmatische Systematik zu verfeinern.

²² S. auch *Schulze-Fielitz*, AöR 122 (1997), 1 (31).

²³ *Benda*, DÖV 1979, 465 (469).

Kapitel 1

Die Funktion von Verfassungsgerichtsbarkeit

Am letzten Tag seiner Amtszeit im März 1801 ernannte der scheidende US-amerikanische Präsident John Adams mehrere neue Richter, um die Handlungsspielräume des neuen Präsidenten, Thomas Jefferson, einzuschränken. Unter ihnen war der Friedensrichter William Marbury. Allerdings wurde Marburys Ernennungsurkunde nicht rechtzeitig zugestellt. Daraufhin wandte sich Marbury an den Supreme Court und klagte auf die Übergabe der Ernennungsurkunde. Dieser Fall gab Anlass zur Geburtsstunde der verfassungsgerichtlichen Gesetzesüberprüfung. In *Marbury v. Madison* gestand sich das Gericht die Kompetenz zu, Gesetze am Maßstab der Verfassung zu prüfen und im Fall eines Verfassungsverstößes zu verwerfen.¹ Es erkannte zwar an, dass Marbury grundsätzlich einen Anspruch auf Ernennung habe, erklärte aber das Gesetz, auf das der Antragsteller die Zuständigkeit des Supreme Court gestützt hatte, für verfassungswidrig und wies den Antrag damit ab.

Die Entscheidung war grundlegend, weil die US-amerikanische Verfassung von 1787 keine explizite Prüfungskompetenz für Gesetze enthielt.² Zwar dauerte es mehr als 50 Jahre, bis der Supreme Court von dieser Prüfungskompetenz ein weiteres Mal Gebrauch machte.³ Seitdem bestehen aber zumindest in der Rechtspraxis keine Zweifel mehr an der Kompetenz des Supreme Court zur Gesetzeskontrolle.⁴ In der US-amerikanischen Rechtswissenschaft sind diese Zweifel nicht ganz gewichen. Dort wird bis heute eine erbitterte Diskussion um die Legitimität der richterlichen Überprüfung von Gesetzen geführt.⁵

In Deutschland stellt sich das Problem der verfassungsgerichtlichen Überprüfung von Gesetzen nicht in derselben Weise wie in den USA.⁶ Anders als dort, ist im deutschen Grundgesetz in Art. 93 I und 100 I GG ausdrücklich vorgesehen, dass das Verfassungsgericht die Kompetenz haben soll, Gesetze an den Vorgaben der Verfassung zu überprüfen. Aus diesem Grund sucht man eine

¹ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

² S. aber *Heun*, Der Staat 42 (2003), 267 (277), der darauf hinweist, dass das Konzept des *judicial review* schon vor *Marbury v. Madison* bekannt gewesen und von Gerichten in den amerikanischen Kolonien angewandt worden sei.

³ *S. Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857).

⁴ *Chemerinsky*, Constitutional Law, 4. Aufl. 2011, S. 45.

⁵ S. insbesondere die unter § 1 I dargestellte Diskussion.

⁶ *Möllers*, in: Jestaedt u.a. (Hg.), Das entgrenzte Gericht, 2011, 281 (288–89).

Fundamentalkritik an der verfassungsgerichtlichen Verwerfungskompetenz für Gesetze in der deutschen Literatur vergebens.⁷ Auch wenn an der Legalität der verfassungsgerichtlichen Gesetzeskontrolle unter dem Grundgesetz damit keine Zweifel bestehen, ist Verfassungsgerichtsbarkeit damit jedoch noch nicht automatisch auch legitim.⁸

Nun mag man die Frage nach der Legitimität für eine rein akademische halten, die für die Praxis ohne Bedeutung ist. Allerdings kann die Frage der Legitimität von Verfassungsgerichtsbarkeit konkrete Auswirkungen auf die verfassungsrechtliche Dogmatik haben. Die verfassungsgerichtliche Prüfung von Gesetzen muss nämlich nicht *per se* legitim oder illegitim sein. Vielmehr kann die Diskussion auch Bedingungen formulieren, unter denen Verfassungsgerichtsbarkeit legitim ist. Dann kann die Frage nach der Legitimation des Verfassungsgerichts die Reichweite der verfassungsgerichtlichen Prüfungskompetenz und die Intensität des Prüfungsmaßstabes determinieren.⁹ Anders als die grundsätzliche Legalität der verfassungsgerichtlichen Prüfung sind diese in der Verfassung nämlich nicht näher bestimmt. Insofern werden wir uns in diesem Kapitel mit der Legitimitätsfrage auseinanderzusetzen, um die Funktion von Verfassungsgerichtsbarkeit und damit die Reichweite der Prüfungskompetenz näher zu bestimmen.

Beschäftigen wir uns mit der Substanz der Legitimitätsfrage, stoßen wir auf ein demokratiethoretisches Problem.¹⁰ Anders als das Parlament ist das Verfassungsgericht den Bürgern gegenüber nicht verantwortlich. Wenn die Parlamentsmehrheit Entscheidungen gegen die Interessen der Bevölkerungsmehrheit trifft, muss sie grundsätzlich Sanktionen bei den nächsten Wahlen befürchten. Von solchen Sorgen sind Verfassungsrichter frei, da ihre Entscheidungen im Amt in der Regel keine Auswirkung auf ihre weitere Karriere haben.

⁷ S. Haltern, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1998, S. 69; *Jestaedt*, in: ders. u.a. (Hg.), *Das entgrenzte Gericht*, 2011, 77 (127). Eine kontroverse Diskussion über die Legitimität von Verfassungsgerichtsbarkeit gab es allerdings in der Weimarer Zeit. S. dazu einerseits die Kritik an der Verfassungsgerichtsbarkeit von *Schmitt*, *Hüter der Verfassung*, 1931 sowie die Replik auf Schmitts Monographie von *Kelsen*, *Hüter der Verfassung*, 1931. Allerdings wandte sich Kelsen dagegen, auch die Grundrechte als materiellen Prüfungsmaßstab für Gesetze heranzuziehen, s. *Kelsen*, *Revue du droit public et de la science politique* 44 (1928), 197. Zu einer Rekonstruktion der Debatte zwischen Kelsen und Schmitt als demokratiethoretische Kontroverse s. *Lepsius*, in: *Beaud/Pasquino* (Hg.), *Gardien de la constitution*, 2007, 103.

⁸ *Möllers*, in: *Jestaedt* u.a. (Hg.), *Das entgrenzte Gericht*, 2011, 281 (296).

⁹ *Ehmke*, *VVDStRL* 20 (1963), 53 (73); v. *Arnim*, *Gemeinwohl*, 1977, S. 242; *Schuppert*, *DVBl.* 1988, 1191 (1192); *Wahl*, *Verfassungsstaat*, 2003, S. 124. S. auch *Friedman*, *Tex. L. Rev.* 84 (2005), 257 (309), der darauf hinweist, dass die Argumentationsfigur der gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative auf die Angst vor einer zu großen Macht des Verfassungsgerichts zurückgeht. In der deutschen verfassungsrechtlichen Literatur gibt es folgerichtig einen Ansatz, der versucht, aus funktionell-rechtlichen Erwägungen Grenzen der verfassungsgerichtlichen Prüfungskompetenz zu gewinnen. S. dazu näher unten, § 1 I 7.

¹⁰ *Waldron*, *Yale L. J.* 115 (2006), 1346 (1391).

Traditionell wird die verfassungsgerichtliche Prüfung von Gesetzen im deutschen Diskurs durch die enge Gesetzesbindung der Verfassungsrichter legitimiert.¹¹ Diese Auffassung orientiert sich an einem rigorosen Gewaltenteilungsmodell. Danach hat Verfassungsgerichtsbarkeit wie jede Form der Gerichtsbarkeit eine andere Funktion als die Gesetzgebung. Verfassungsrichter sprechen Recht und legen dabei die Verfassung aus, machen jedoch keine Politik. Sie bestimmen anhand objektiver Kriterien, ob eine gesetzliche Regelung gegen die Verfassung verstößt, ohne dabei auf die politischen Erwägungen, die dem Gesetz zugrunde lagen, einzugehen.¹²

Dieses Gewaltenteilungsmodell ist jedoch nicht unproblematisch, da es auf fragwürdigen empirischen Prämissen beruht. Gesetzesbindung setzt als alleiniges Legitimationsmerkmal voraus, dass die Gerichte bloße Subsumtionsautomaten sind, die Gesetze mechanisch vollziehen. Diese Auffassung wird mittlerweile jedoch kaum noch ernsthaft vertreten.¹³ Insbesondere zwei Faktoren führen dazu, dass Gerichte einen nicht unbeträchtlichen Interpretationsspielraum haben – zum einen die Indeterminiertheit von Sprache, zum anderen das Fehlen abstrakter Werthierarchien.

Sprache ist zu einem gewissen Grade indeterminiert. Selbst wenn wir wollten, könnten wir keine vollkommen exakte Sprache definieren. Juristische Konzepte haben einen binären Charakter. Wenn wir einen Sachverhalt unter ein Tatbestandsmerkmal subsumieren wollen, gibt es nur zwei mögliche Lösungen: Entweder das Tatbestandsmerkmal ist erfüllt, oder es ist nicht erfüllt. Dazwischen gibt es keinen Spielraum. In der Realität lassen sich Phänomene aber nicht immer trennscharf voneinander abgrenzen: Wir wissen zwar grundsätzlich, was Helligkeit und was Dunkelheit sind. Allerdings gibt es Zwischenformen zwischen beiden Zuständen, die nicht ohne weiteres dem einen oder dem anderen Begriff

¹¹ Explizit *Böckenförde*, in: Hdb StR II, 3. Aufl. 2004, § 24, Rn. 24; *Jestaedt*, Demokratieprinzip, 1993, S. 295. S. auch *Isensee*, JZ 1996, 1085 (1092). Exemplarisch zudem *Aulehner*, Grundrechte und Gesetzgebung, 2011, S. 242, dem zufolge das Bundesverfassungsgericht ein „ebenso zutiefst demokratisches Organ wie der Bundestag“ sei. Dies folge daraus, dass es „die geringer demokratisch legitimierten Akte des einfachen Gesetzgebers im Hinblick auf ihre Übereinstimmung mit den höher demokratisch legitimierten Akten der Verfassung“ überwache. Implizit liegt dieser Auffassung damit die Vorstellung zugrunde, dass die Verfassung letztlich die Entscheidungen des Verfassungsgerichts determiniere.

¹² Vgl. *Möllers*, Gewaltengliederung, 2005, S. 95, demzufolge „Gerichte typischerweise kein eigenes volitives Element in ihre Entscheidungsfindung einbeziehen.“

¹³ *Möllers*, in: *Jestaedt u.a.* (Hg.), Das entgrenzte Gericht, 2011, 281 (314, in Fn. 10). Die gleiche Beobachtung macht für den US-amerikanischen Diskurs *Tamanaha*, Formalist-Realist Divide, 2010, S. 181–83. Explizite Zweifel an der Rechtsbindung des Verfassungsgerichts als Legitimationskriterium melden aufgrund der Indeterminiertheit verfassungsrechtlicher Normen bspw. *Ossenbühl*, in: *Badura/Scholz* (Hg.), Verfassungsgerichtsbarkeit, 1998, 75 (85); *Denninger*, in: *Brunkhorst/Niesen* (Hg.), Recht der Republik, 1999, 288; *Jentsch*, ThürVBl. 10 (2001), 1 (3); *Kriele*, in: Hdb StR IX, 3. Aufl. 2011, § 188, Rn. 5; *Schönberger*, VVDStRL 71 (2012), 296 (301) an.

zugeordnet werden können.¹⁴ Insofern ist es nicht möglich, konkrete Entscheidungen vollkommen durch abstrakte Normen zu determinieren.¹⁵

Zudem hängt die Interpretation von Texten – wie jede Form der Hermeneutik – immer von unserem Vorverständnis ab.¹⁶ Personen mit einem unterschiedlichen Erfahrungshorizont werden verschiedene Dinge mit ein und demselben sprachlichen Begriff assoziieren. Dies gilt insbesondere für die interpretations-offenen Begriffe des Verfassungsrechts. Für einige Personen schützt die Menschenwürde eine bestimmte Idee vom guten Leben, während sie für andere gerade die Autonomie schützt, für sich selbst darüber entscheiden zu können, was ein solches gutes Leben ausmacht. Insofern hängt die Auslegung vom persönlichen und sozialen Hintergrund des interpretierenden Richters ab.¹⁷

Die Indeterminiertheit von Sprache ist allerdings nur ein Problem für das Verständnis vom Richter als Subsumtionsautomaten. Für das Recht ist sie eine funktionelle Notwendigkeit. Der Gesetzgeber kann im Voraus gar nicht alle möglichen, regelungsbedürftigen Situationen vorhersehen.¹⁸ Daher wählt er zum einen oft eine offene Sprache und greift auf Generalklauseln zurück. Zum anderen haben gerade absolute Standards oft das Problem, dass sie Fälle einschließen, die sie nicht umfassen sollen, und gleichzeitig andere Fälle exkludieren, die sie eigentlich umfassen sollen.¹⁹ Insofern ist die Interpretationsoffenheit von juristischen Konzepten eine notwendige Korrektur, um das Spannungsverhältnis zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit nicht einseitig zu lasten letzterer aufzulösen.

Das Fehlen abstrakter Werthierarchien macht sich gerade im Verfassungsrecht bemerkbar. Verfassungsgerichte müssen oft Spannungsverhältnisse zwischen konkurrierenden Rechtspositionen auflösen. So sind Grundrechte – zumindest im deutschen Grundgesetz – nicht absolut geschützt. Vielmehr können sie eingeschränkt werden, um bestimmte Gemeininteressen zu fördern oder konkurrierende Grundrechte zu schützen. Dabei werden keine absoluten Vorrangbeziehungen geschaffen. Die Pressefreiheit steht nicht automatisch über dem Persönlichkeitsrecht, und selbst das Recht auf Leben wird nicht um jeden Preis geschützt.²⁰ Vielmehr erfolgt die Auflösung des Spannungsverhältnisses

¹⁴ Das Beispiel ist angelehnt an *Sartori*, *Demokratiethorie*, 2006, S. 17.

¹⁵ S. bereits *Kant*, *Kritik der reinen Vernunft*, 1983 [1781], A 130–47.

¹⁶ Grundlegend *Gadamer*, *Wahrheit und Methode*, 1960, S. 270–312. Für den juristischen Kontext *Esser*, *Methodenwahl*, 1970, S. 136–41; *Hesse*, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 1995, Rn. 62–63; *Botha*, *S. Afr. J. Hum. Rts.* 20 (2004), 249.

¹⁷ *Grimm*, *JZ* 1976, 697 (698); *Steiner*, in: *Karpen* (Hg.), *Ersatzgesetzgeber*, 2002, 27 (37).

¹⁸ *Grimm*, in: *FS Ernst Benda*, 1995, 91 (99).

¹⁹ *Koskeniemi*, *From Apology to Utopia*, 2005, S. 590–96.

²⁰ *S. Di Fabio*, in: *MD-GG*, 43. Lfg. 2004, Art. 2 II 1, Rn. 40, dem zufolge der Staat dann töten kann, wenn es um „den Bestand des Gemeinwesens selbst und die Existenz der freiheitlichen Rechtsordnung geht.“ Zudem sei der finale Rettungsschuss zur Rettung eines Opfers einer Geiselnahme zulässig.

im Einzelfall, so dass keine abstrakten Hierarchien dieser unterschiedlichen Werte geschaffen werden, ja in einer komplexen und pluralistischen Gesellschaft auch gar nicht geschaffen werden können.²¹ Wenn man nicht davon ausgeht, dass diese Abwägungsentscheidungen vollständig determinierbar sind,²² dann sind verfassungsgerichtliche Entscheidungen auch aus diesem Grund nicht vollständig durch den Normtext determiniert. Vielmehr stehen dem Verfassungsrichter erhebliche Entscheidungsspielräume zu.

Diese theoretischen Überlegungen werden durch die empirische Literatur weitgehend bestätigt. Vor allem in der US-amerikanischen Rechtswissenschaft gibt es mehrere empirische Untersuchungen zu der Frage, inwieweit außerrechtliche Faktoren Entscheidungen der Richter des U.S. Supreme Court beeinflussen.²³ So gibt es eine Reihe von Studien, die einen Einfluss der politischen Vorprägung von Richtern auf deren Entscheidungsverhalten feststellen.²⁴ Das bedeutet jedoch nicht, dass das Gericht ausschließlich ein politischer Akteur ist.²⁵ Vielmehr folgen Gerichte durchaus auch der Logik des rechtlichen Diskurses.²⁶ Insofern liegt die Wahrheit wahrscheinlich irgendwo in der Mitte:²⁷ Gerichte sind zwar grundsätzlich rechtliche Akteure, können sich des Einflusses politischer und kultureller Faktoren aber nicht ganz erwehren.²⁸

²¹ S. Engel, *Rechtstheorie* 32 (2001), 23 (48–50); *ders.*, in: Engel/Daston (Hg.), *Inconsistency*, 2006, 221 (229–30).

²² S. zu dieser Diskussion unten, § 2 I 1.

²³ Frühe Studien finden sich etwa bei *Dahl*, *J. Pub. L.* 6 (1957), 279; *Shapiro*, *Law and Politics*, 1964. Skeptisch zur Übertragbarkeit der Ergebnisse aus den US-amerikanischen Studien auf den deutschen Kontext ist allerdings *Möllers*, in: *Jestaedt u.a. (Hg.), Das entgrenzte Gericht*, 2011, 281 (315). Die wenigen politikwissenschaftlichen Studien, die es zum Einfluss politischer Präferenzen auf das Entscheidungsverhalten deutscher Verfassungsrichter gibt, weisen jedoch in eine ähnliche Richtung wie die US-amerikanischen Beiträge, s. insbesondere *Shikano/Mack*, *Are Judges Agents of Political Parties?* (Conference Paper 2013).

²⁴ *Segal/Cover*, *APSR* 83 (1989), 557; *Segal/Epstein/Cameron/Spaeth*, *J. Pol.* 57 (1995), 812; *Segal/Spaeth*, *Supreme Court*, 2002. S. auch *Brennan/Epstein/Staudt*, *Minn. L. Rev.* 93 (2009), 1503, die neben dem politischen Hintergrund auch ökonomische Indikatoren für ausschlaggebend halten. S. schließlich *Keck*, *APSR* 101 (2007), 321, der darauf hinweist, dass die politische Trennlinie nicht unbedingt zwischen Republikanern und Demokraten verlaufen muss, sondern auch zwischen Richtern und Politikern verlaufen kann.

²⁵ *Möllers*, in: *Jestaedt u.a. (Hg.), Das entgrenzte Gericht*, 2011, 281 (313–18).

²⁶ So haben juristische Methoden in quantitativen Untersuchungen einen statistisch signifikanten Einfluss auf das richterliche Entscheidungsverhalten, s. *Brenner/Stier*, *AJPS* 40 (1996), 1036; *Lindquist/Klein*, *L. & Soc. Rev.* 40 (2006), 135; *Bailey/Maltzman*, *APSR* 102 (2008), 369. S. auch *Bailey/Maltzman*, *Constrained Court*, 2011, die verschiedene Einflussfaktoren für richterliches Entscheidungsverhalten identifizieren, die rechtliche Bindung aber für zentral halten.

²⁷ *Friedman*, *Tex. L. Rev.* 84 (2005), 257 (276).

²⁸ Entsprechend finden einige empirische Studien, dass sowohl die juristische Methode als auch kulturelle und politische Einflussfaktoren signifikante Auswirkungen auf das richterliche Entscheidungsverhalten haben, s. *George/Epstein*, *APSR* 86 (1992), 323; *Richards/Kritzer*, *APSR* 96 (2002), 305.

Wenn Verfassungsgerichte jedoch in ihren Entscheidungen nicht ausschließlich der Logik des Rechts folgen, stellt dies traditionelle, auf ein striktes Gewaltenteilungsmodell gestützte Rechtfertigungsansätze in Frage. Verfassungsrichterliche Entscheidungsspielräume bedürfen einer Legitimierung.²⁹ Die Bindung an den Normtext der Verfassung kann als Rechtfertigung nicht ausreichen, da diese Bindung unvollständig ist. In einem ersten Schritt sollen im Folgenden zunächst verschiedene Ansätze zur Rechtfertigung der Legitimität von Verfassungsgerichtsbarkeit diskutiert werden. Dabei wird sowohl auf Beiträge aus der US-amerikanischen als auch aus der deutschen verfassungsrechtlichen Literatur eingegangen. In einem zweiten Schritt soll dann auf dieser Basis ein eigener Lösungsansatz entwickelt werden, der Verfassungsgerichte als Institutionen zur Korrektur von Fehlentwicklungen des politischen Prozesses versteht.

I. Die Lösungsansätze in der Literatur

Im Kern der Debatte um die Legitimität von Verfassungsgerichtsbarkeit steht das Spannungsverhältnis zwischen parlamentarischen Mehrheitsentscheidungen und Minderheitenschutz. Die Skeptiker der verfassungsgerichtlichen Überprüfung von Gesetzen (*„judicial review“*) argumentieren, dass politische Entscheidungen am besten im Parlament getroffen werden, weil dieses die Präferenzen der Bürger am besten repräsentiere. Demgegenüber warnen die Befürworter vor einer „Tyrannei der Mehrheit“³⁰ und wollen dieser Gefahr einen verfassungsgerichtlichen Schutz der Minderheiten entgegensetzen.

Im Folgenden sollen acht unterschiedliche Ansätze diskutiert werden.³¹ Die ersten fünf wurden dabei in der US-amerikanischen Literatur entwickelt. Zunächst soll auf die Autoren eingegangen werden, die eine starke Konzeption von Grundrechten befürworteten. Anschließend soll den Skeptikern verfassungsgerichtlicher Überprüfung von Gesetzen das Wort gegeben werden. Drittens beschäftigen wir uns mit den Originalisten, die einen engen Bezug auf den Ver-

²⁹ Ebenso *Grimm*, JZ 1976, 697 (699). S. auch *Friedman*, Tex. L. Rev. 84 (2005), 257 (274–80).

³⁰ *De Tocqueville*, *Démocratie en Amérique*, 1835.

³¹ Diese acht Ansätze sind nicht abschließend. So wird Verfassungsgerichtsbarkeit teilweise durch die tatsächliche Akzeptanz in der Öffentlichkeit zu legitimieren versucht, s. etwa *Bassok/Dotan*, I.CON 11 (2013), 13 (26). Dagegen jedoch zurecht *Troper*, I.CON 1 (2003), 99 (101), der darauf hinweist, dass Akzeptanz kontingent ist und auf situativen Umständen beruhen kann. Zudem gibt es Autoren, die eine „schwache“ Form der verfassungsgerichtlichen Kontrolle befürworten, bei denen der Gesetzgeber gegenüber dem Verfassungsgericht das letzte Wort behält, indem ihm eine explizite Korrekturmöglichkeit eingeräumt wird. S. bspw. *Gardbaum*, Am. J. Comp. L. 49 (2001), 707; *Tushnet*, *Weak Courts*, 2008; *Gardbaum*, *Commonwealth Model*, 2013.

fassungstext und den historischen Willen der Verfassungsväter als Ausweg aus dem Legitimationsdilemma sehen. Viertens werden Autoren diskutiert, die der Verfassungsgerichtsbarkeit vor allem die Funktion des Schutzes der nationalen Identität zuweisen, bevor schließlich auf John Hart Elys prozedurales Modell des Minderheitenschutzes eingegangen werden soll.

Anschließend richten wir unseren Blick auf die deutsche Diskussion. Zunächst soll Ulrich Halterns Modell des Gleichgewichts zwischen Populismus und Progressivismus analysiert werden, bevor der in der deutschen Staatsrechtslehre populäre Versuch, aus der Gewaltenteilung funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit abzuleiten, in den Blick genommen wird. Schließlich soll auf einen Ansatz von Christoph Engel eingegangen werden, der Verfassungsgerichtsbarkeit als subsidiäre Autorität zur Politikevaluation versteht.

1. Dworkin und die moralische Interpretation der Verfassung

Der wohl prominenteste Verteidiger der Überprüfung von Gesetzen durch Verfassungsgerichte ist Ronald Dworkin. Dworkin schlägt eine Interpretation der Verfassung nach moralischen Grundsätzen vor.³² Er sieht durchaus, dass man über die richtige moralische Interpretation geteilter Auffassung sein kann. Dennoch bedeutet dies seiner Auffassung nach nicht, dass moralische Wertungen allein durch den Gesetzgeber getroffen werden können.³³ Vielmehr hält er ein Demokratieverständnis, das sich allein um das Prinzip der Mehrheitsentscheidung dreht, für verfehlt. Denn bei der Forderung, dass moralische Entscheidungen allein durch Mehrheitsentscheidung getroffen werden könnten, handele es sich selbst um ein moralisches Argument, das seinerseits der Rechtfertigung bedürfe.³⁴ Diese Rechtfertigung könne jedoch nicht stärker sein als jedes konkurrierende Argument über Rechte. Daher versteht Dworkin unter Demokratie,

„that collective decisions be made by political institutions whose structure, composition, and practices treat all members of the community, as individuals, with equal concern and respect.“³⁵

Dworkin gesteht zu, dass man über die optimale verfassungsrechtliche Struktur zur Durchsetzung des Grundsatzes gegenseitigen Respekts unterschiedlicher Auffassung sein kann. Es gebe Argumente, die für eine parlamenta-

³² Dworkin, *Freedom's Law*, 1996, S. 7–12.

³³ Dworkin, *Freedom's Law*, 1996, S. 7 („democracy does not insist on judges having the last word, but it does not insist that they must not have it“).

³⁴ Dworkin, *Freedom's Law*, 1996, S. 19.

³⁵ Dworkin, *Freedom's Law*, 1996, S. 17.

rische Entscheidung sprächen, genauso wie es Argumente zugunsten einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung von Legislativentscheidungen gebe.³⁶ Hier greift Dworkin zu einem historisch-pragmatischen Argument. In der amerikanischen Verfassung seien gewisse liberale Rechte verankert. Der Verfassungsgeber hätte sich auch anders entscheiden können, habe sich aber bewusst für die Positivierung von Rechten entschieden. Da es keine zwingenden Argumente zugunsten einer Mehrheitsentscheidung gebe, sprächen die besten Argumente für eine Respektierung dieser historischen Entwicklung und somit für die Akzeptanz einer moralischen Interpretation der Verfassung durch Gerichte.³⁷

Unklar bleiben jedoch die Standards für eine solche moralische Interpretation der Verfassung. Sollen Richter sich bei der Auslegung der Verfassung am ursprünglichen Willen des Verfassungsgebers orientieren, wie es etwa die Originalisten verlangen?³⁸ Oder handelt es sich um eine Ermächtigung, nach der Richter die sich ihnen eröffnenden Interpretationsspielräume gemäß ihren subjektiven Moralvorstellungen ausfüllen sollen? Der Verweis auf die Verankerung der Grundrechte in der Verfassung sagt noch nichts über das Ausmaß der gerichtlichen Ermächtigung aus. Gerade auf dieses Ausmaß zielt die Diskussion über die Funktion von Verfassungsgerichtsbarkeit aber gerade ab.

2. Waldron und die Illegitimität von Verfassungsgerichtsbarkeit

In der Rechtswissenschaft gibt es prominente Skeptiker, die die Legitimität von Verfassungsgerichtsbarkeit grundsätzlich in Frage stellen. So halten Jeremy Waldron und Richard Bellamy den parlamentarischen Gesetzgebungsprozess für das legitimere Mittel, Konflikte über individuelle Rechte zu entscheiden, als verfassungsgerichtliche Verfahren.³⁹ Demgegenüber hält Mark Tushnet die öffentliche Debatte für das geeignete Instrument zur Konkretisierung der grundlegenden Verfassungsprinzipien.⁴⁰ Alle betonen dabei die Nähe der verfassungsrechtlichen Argumentation zum politischen Diskurs. Die Verfassung sei kein Dokument, das Konflikte *qua* Existenz objektiv entscheiden könne. Vielmehr werde der Rechtsstaat immer auch von Menschen gestaltet – die *rule of law* impliziere notwendigerweise auch eine *rule of persons*, derjenigen Perso-

³⁶ Dworkin, *Freedom's Law*, 1996, S. 34.

³⁷ Dworkin, *Freedom's Law*, 1996, S. 34–35.

³⁸ S. dazu unten, § 1 I 3.

³⁹ Waldron, *Oxford J. Legal Stud.* 13 (1993), 18; Waldron, *Law & Disagreement*, 1999; Waldron, *Yale L. J.* 115 (2006), 1346; Bellamy, *Political Constitutionalism*, 2007.

⁴⁰ Tushnet, *Taking the Constitution*, 1999. Ähnlich auch Kramer, *The People Themselves*, 2004, der den Entscheidungen des US Supreme Courts den Vorrang vor Legislativentscheidungen nehmen möchte, so dass ihnen nur noch konsultativer Charakter zukommt.

nen nämlich, die individuelle Rechte verbindlich auslegen und über Rechtskonflikte entscheiden.⁴¹

Die Interpretation von Rechten sei jedoch eine komplexe Angelegenheit, über die man mit Recht unterschiedlicher Meinung sein könne.⁴² Philosophen oder Juristen seien dabei nicht besser geeignet, die schwierigen moralischen Probleme und Konflikte, die mit Grundrechten verbunden sind, zu entscheiden als jeder Bürger.⁴³ Das Argument läuft auf eine Kompetenzfrage hinaus: Welches Organ soll, wenn berechtigte Meinungsverschiedenheiten über die Interpretation und Reichweite konkurrierender Rechte bestehen, diese Meinungsverschiedenheiten verbindlich entscheiden – das Parlament oder die Gerichte?⁴⁴ Sowohl Waldron als auch Bellamy glauben, dass Entscheidungen dieser Art bei den Parlamenten besser aufgehoben seien. Das Parlament sei repräsentativ für die Bevölkerung und gebe durch das Mehrheitsprinzip jedem die größtmögliche Chance, seine Präferenzen durchzusetzen, so dass jedem Bürger das gleiche Maß an Respekt zuteil werde.⁴⁵

Allerdings idealisiert dieses Argument den politischen Prozess in doppelter Hinsicht. Zum einen vernachlässigt es das Problem der Unterdrückung von Minderheiten durch die politische Mehrheit, zum anderen stellt es nur unzureichend in Rechnung, dass es sich bei den westlichen Demokratien zumeist um repräsentative Systeme handelt. Das Problem des Minderheitenschutzes versuchen sowohl Waldron als auch Bellamy bereits durch ihre Annahmen hinweg zu definieren. So ist eine der expliziten Kernannahmen Waldrons, dass Bürger Minderheitenrechte im Grundsatz respektieren.⁴⁶ Er geht davon aus, dass

„the right-bearer is one who is self-aware and vigorously conscious of both the extent of and the limits on what he is entitled to demand from others.“⁴⁷

Auch Bellamy nimmt an, dass Wähler nicht nur am eigenen Wohlergehen interessiert seien, sondern auch am öffentlichen Interesse.⁴⁸ Seiner Auffassung zufolge

⁴¹ Bellamy, *Political Constitutionalism*, 2007, S. 52–89.

⁴² Waldron, *Law & Disagreement*, 1999, S. 224–27.

⁴³ Waldron, *Law & Disagreement*, 1999, S. 227–31.

⁴⁴ Waldron, *Law & Disagreement*, 1999, S. 231.

⁴⁵ Waldron, *Yale L. J.* 115 (2006), 1346 (1387–95). Zu ähnlichen Rechtfertigungen der Mehrheitsregel in demokratischen Verfahren s. auch Kelsen, *Demokratie*, 1929, S. 9; Zippe-*lius*, *APuZ* 37.42 (1987), 3 (6); Hillgruber, *AöR* 127 (2002), 460 (462); Möllers, *Gewaltengliederung*, 2005, S. 53.

⁴⁶ Waldron, *Yale L. J.* 115 (2006), 1346 (1364–66).

⁴⁷ Waldron, *Law & Disagreement*, 1999, S. 223.

⁴⁸ Bellamy, *Political Constitutionalism*, 2007, S. 225. Als Rechtfertigung für diese Annahme führt Bellamy an, dass die Voraussagen des Rationalwählerparadoxes, nach dem Wähler irrational handeln, wenn sie zur Wahl gehen, da die Kosten für sie größer sind als der durch die Einflussnahme zu erwartende Nutzen (s. dazu Downs, *Economic Theory of Democracy*, 1985 [1957], 265–73), in der Realität nicht beobachtet werden. Allerdings ist die Argumenta-

„more often than not, what gets weighed and traded in the political process are not mere preferences or selfish interests but different arguments about rights.“⁴⁹

Diese Annahmen mögen überzeugen, solange es sich bei den Minderheiten um rein sachbezogene Minderheiten handelt.⁵⁰ Der Schutz der Minderheit erfolgt hier bereits durch die Struktur des politischen Prozesses. Die Mehrheit weiß, dass sie irgendwann in der Minderheit sein kann und hat daher Anreize, die Rechte letzterer zu respektieren, damit sie ihrerseits auf den Respekt ihrer Rechte setzen kann, wenn die Mehrheiten gewechselt haben sollten.⁵¹ Problematisch ist dieses Argument allerdings bei strukturellen Minderheiten, also Gruppen, die aufgrund sozialer, ethnischer oder religiöser Zugehörigkeiten in absehbarer Zeit in der Minderheit bleiben werden. Von diesen geht nicht die ‚Gefahr‘ aus, dass sie irgendwann zur Mehrheit werden könnten.⁵²

Auch wenn die Annahmen normativ attraktiv sind, müssen sie empirisch nicht unbedingt zutreffend sein. Es gibt viele historische Beispiele, in denen die Mehrheit ihre kulturellen Präferenzen durchgesetzt hat, ohne die Interessen der Minderheit zu berücksichtigen, oder in denen sie die Minderheit gar absichtlich diskriminiert hat. Selbst wenn die Mehrheit möglicherweise keine Diskriminierungsabsicht hat, können ihre Entscheidungen durch falsche Stereotypen beeinflusst werden oder die Interessen bestimmter Minderheiten aus schlichtem Unwissen heraus nicht berücksichtigen. Wenn wir uns allein die amerikanische Geschichte ansehen, zeigt etwa die über viele Jahrzehnte andauernde Diskriminierung der schwarzen Bevölkerung, dass selbst in den USA, auf die Waldrons Kritik der Verfassungsgerichtsbarkeit hauptsächlich zielt, der Respekt von Minderheiten im Gesetzgebungsprozess nicht zwangsläufig garantiert ist.⁵³

Allerdings ist zuzugeben, dass diese Argumentation vor allem auf anekdotischen Beispielen und Annahmen beruht. Die Frage um die Legitimität von

tion fragwürdig. Sicherlich mag es sein, dass Wähler nicht immer *allein* am eigenen Nutzen orientiert sind. Eine Gefahr für politische Minderheiten ergibt sich jedoch bereits dann, wenn Wähler *auch* ihren eigenen Nutzen berücksichtigen. Letzteres scheint keine unplausible Annahme zu sein.

⁴⁹ Bellamy, *Political Constitutionalism*, 2007, S. 37.

⁵⁰ Waldron, *Yale L. J.* 115 (2006), 1346 (1397) nennt sie „topical minorities“.

⁵¹ Bellamy, *Political Constitutionalism*, 2007, S. 238.

⁵² S. aber *Tushnet*, *Taking the Constitution*, 1999, S. 159, der davon ausgeht, dass Minderheiten ihre Rechte geltend machen können, indem sie politische Bündnisse mit Mehrheitsfraktionen eingehen. Allerdings setzt das voraus, dass die Minderheit in allen politischen Fragen eine homogene Gruppe ist, die außer bei Aspekten, die ihre Gruppe direkt betreffen, politischen Fragen indifferent gegenüberstehen und diese Fragen dann als Verhandlungsschiff benutzen können. Letztere Annahme erscheint mir aber nicht zwingend. Zudem können gesellschaftliche Vorurteile dazu führen, dass Minderheiten von potentiellen Bündnissen faktisch ausgeschlossen sind. So argumentiert Ely, dass die Geschichte der Schwarzen in den USA zeige, dass die These, Minderheiten könnten durch Bündnisse zu ihrem Recht kommen, auf falschen Prämissen beruhe, *Ely*, *Democracy & Distrust*, 1980, S. 135 und 151.

⁵³ *Ely*, *Democracy & Distrust*, 1980, S. 135.

Verfassungsgerichtsbarkeit steht und fällt mit bestimmten empirischen Annahmen darüber, wie gut das demokratische Verfahren geeignet ist, Minderheitenrechte zu schützen – und wie sehr Richter auf der anderen Seite geneigt sind, ihre Macht zu nutzen, um die Partizipationsrechte der Mehrheit zu beschränken. Rein analytisch wird sich diese Frage jedenfalls nicht lösen lassen.⁵⁴

Es gibt noch ein weiteres Argument gegen die Skepsis an der Legitimität von Verfassungsgerichtsbarkeit. Insbesondere Waldron stützt sich in seiner Argumentation sehr auf die integrative Kraft der Mehrheitsentscheidung, die jedem Bürger denselben Respekt garantiere. Dabei lässt er jedoch den repräsentativen Charakter unserer Demokratien außer acht.⁵⁵ Parlamentarische Repräsentation ist keineswegs ein maßstabsgetreues Abbild eines – wie auch immer gearteten – ‚Volkswillens‘.⁵⁶ Vielmehr unterliegt der politische Prozess verschiedenen Fehlentwicklungen, die zur Folge haben, dass die Repräsentanten teilweise gegen den Willen der von ihnen Repräsentierten handeln.⁵⁷ Damit soll nicht in Frage gestellt werden, dass das Parlament das Organ ist, das am besten geeignet ist, über die Aggregation gesellschaftlicher Präferenzen zu entscheiden. Allerdings bedarf es für mögliche Fehlentwicklungen der Kontrolle – eine Rolle, die von allen Staatsorganen wahrscheinlich die Verfassungsgerichte am besten spielen können.⁵⁸

3. Der Originalismus oder die Orientierung am Willen des Gesetzgebers

Die Macht von Verfassungsgerichten wird auch von den Originalisten skeptisch gesehen. Sie halten Verfassungsgerichtsbarkeit zwar nicht generell für illegitim, geben den Richtern jedoch Interpretationsrichtlinien an die Hand.⁵⁹ Danach sollen sich die Verfassungsrichter bei der Auslegung ausschließlich am Text der Verfassung und am Willen der Verfassungsväter (*original intent*) orientieren.⁶⁰ Das Problem dieser Auffassung ist bereits angesprochen worden: Der Text von Normen ist – wie Sprache generell – oft vage und mehreren Interpretationen zu-

⁵⁴ Insofern ist *Robertson*, *Judge as Political Theorist*, 2010, S. 371 zuzugeben, dass es letztlich um eine Vertrauensfrage geht – nämlich darum, ob man beim Minderheitenschutz eher politischen oder juristischen Eliten vertraut.

⁵⁵ *Kyritsis*, *Oxford J. Legal Stud.* 26 (2006), 733 (741–46).

⁵⁶ So noch *Böckenförde*, in: FS Kurt Eichenberger, 1982, 301. Dagegen aber zu recht *Möllers*, in: Kreide/Niederberger (Hg.), *Transnationale Verrechtlichung*, 2008, 160.

⁵⁷ *S. Petersen*, *JöR* 58 (2010), 137 (162–63).

⁵⁸ S. dazu noch ausführlicher unten, § 1 II 3.

⁵⁹ *Bork*, *Ind. L.J.* 47 (1971), 1; *Rehnquist*, *Tex. L. Rev.* 54 (1976), 693; *Bork*, *Tempting of America*, 1990; *Scalia*, *U. Cinn. L. Rev.* 57 (1989), 849; *Perry*, *Constitutional Rights*, 2009.

⁶⁰ *Scalia*, *U. Cinn. L. Rev.* 57 (1989), 849 (854).

gänglich.⁶¹ Dies gilt insbesondere für die sehr weiten Termini, die sich in vielen Verfassungsbestimmungen wiederfinden.

Um dem Problem zu begegnen, dass Auslegung nicht immer zu eindeutigen Ergebnissen führt, arbeiten die Originalisten mit einer Argumentationslastverteilung. Danach soll der Wille der Legislative grundsätzlich akzeptiert werden, wenn er nicht gegen den ausdrücklichen Wortlaut der Verfassung verstoße.⁶² In eine ähnliche Richtung geht ein Vorschlag, demzufolge Verfassungsgerichte ein Gesetz nur dann für verfassungswidrig erklären können sollen, wenn der Gesetzgeber legitimerweise nicht annehmen konnte, dass das Gesetz verfassungsgemäß sei.⁶³ Diese Argumentationslastverteilung leidet jedoch an denselben Problemen wie das ursprüngliche Argument. Die Interpretationsoffenheit von Sprache ist kein binäres Phänomen, dem zufolge einige Termini eindeutig bestimmbar, andere jedoch uneindeutig sind.

Sicherlich wird man Abstufungen finden können, jedoch sind diese Abstufungen mehr gradueller als qualitativer Natur: Begriffe sind mehr oder weniger eindeutig. Selbst wenn es vollkommen eindeutige Normen geben sollte, wer bestimmt über die Eindeutigkeit? Allein die Tatsache, dass ein Fall zum Verfassungsgericht gekommen ist, zeigt ja bereits, dass zumindest die Prozessparteien die streitentscheidenden Normen unterschiedlich interpretieren. Insofern bietet das originalistische Interpretationsmodell keine Lösung für das Legitimationsproblem von Verfassungsgerichtsbarkeit.

4. Die Verfassung als Schutz der demokratischen Identität

Ein alternatives Modell sieht die Verfassung als Ausdruck gesellschaftlicher Wertentscheidungen an.⁶⁴ Der prominenteste Ansatz in dieser Richtung stammt von Alexander Bickel in seiner Monographie *The Least Dangerous Branch*.⁶⁵ Bickel geht davon aus, dass jede politische Gemeinschaft zwei Grundsätzen folgen müsse: Zum einen müsse sie sich selbst regieren. Dies mache sie in der Regel durch Wahlen und Abstimmungen. Zum anderen müsse sie prinzipienbasiert sein.⁶⁶ Gesellschaften müssten nicht nur ihre unmittelbaren Bedürf-

⁶¹ *Scalia*, U. Cinn. L. Rev. 57 (1989), 849 (856) versucht, dieses Argument lächerlich zu machen, indem er falsche Dichotomien konstruiert: „Not that I agree with, or even take seriously, the intricately elaborated scholarly criticisms to the effect that (believe it or not) words have *no* meaning“ (Hervorhebung hinzugefügt). Selbst wenn Wortsinn nicht vollkommen beliebig ist, bedeutet dies gleichzeitig nicht, dass er immer vollkommen eindeutig ist.

⁶² *Bork*, Ind. L.J. 47 (1971), 1 (10–11).

⁶³ *Perry*, Constitutional Rights, 2009.

⁶⁴ *Bickel*, Least Dangerous Branch, 1962; *Ackerman*, Yale L. J. 93 (1984), 1013; *ders.*, Yale L. J. 99 (1989), 453; *ders.*, We the People, 1991.

⁶⁵ *Bickel*, Least Dangerous Branch, 1962.

⁶⁶ *Bickel*, Least Dangerous Branch, 1962, S. 24.

nisse durch den politischen Prozess befriedigen, sondern auch ihre langfristigen Werte hochhalten. Letzteres sei im Druck des politischen Geschäfts nicht immer möglich und daher die Aufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit.⁶⁷

Diese Grundwerte der Gesellschaft gewinnen Verfassungsgerichte, Bickel zufolge, auf zweierlei Weise. Zum einen folgen diese aus Tradition und Geschichte.⁶⁸ Zum anderen ist die Prinzipienfindung jedoch zukunftsgerichtet: Das Gericht solle solche Werte zum Recht erklären, die in vorhersehbarer Zukunft allgemeine Zustimmung finden werden.⁶⁹ Damit werde das Gericht „at once shaper and prophet of the opinion that will prevail and endure“.⁷⁰ Wie man einen solchen entstehenden moralischen Konsens jedoch methodisch identifizieren soll, lässt Bickel offen.⁷¹ Wahrscheinlich überschätzt er daher die moralische Führungsrolle, die Verfassungsrichter bei der Entwicklung gesellschaftlicher Werte spielen können und zu spielen bereit sind.⁷²

Während Bickels Ansatz zukunftsorientiert ist, geht es Ackerman um den Schutz der historischen Identität.⁷³ Er argumentiert, dass es zwei Arten politischer Entscheidungen gebe: Zum einen solche der *every day politics*, zum anderen Verfassungsentscheidungen, die die Identität der Nation definieren.⁷⁴ Die Bürger könnten nicht jede tagespolitische Entwicklung immer genau mitverfolgen und auf diese reagieren. In einer Demokratie ist es für den Bürger rational, zu einem gewissen Grade uninformiert zu sein.⁷⁵ Daher müsse der Bürger dagegen geschützt werden, dass bestimmte fundamentale Wertentscheidungen im tagespolitischen Geschäft geändert werden.⁷⁶ Diesen Schutz bieten die Verfassung und das diese Verfassung interpretierende Gericht.⁷⁷

Allerdings erscheint die Unterscheidung zwischen Tagespolitik und Verfassungspolitik künstlich. Selbst wenn man davon ausgeht, dass bestimmte Wertentscheidungen für eine politische Gemeinschaft wichtiger sind als andere, wird man wohl kaum eine dichotome Unterscheidung aufbauen können.⁷⁸ Die Unterscheidung wird allenfalls gradueller Natur sein, und es erscheint schwierig, hier eine Trennlinie zu ziehen. Man mag argumentieren, dass diese Trennlinie

⁶⁷ Bickel, *Least Dangerous Branch*, 1962, S. 25–26.

⁶⁸ Bickel, *Least Dangerous Branch*, 1962, S. 236.

⁶⁹ Bickel, *Least Dangerous Branch*, 1962, S. 239.

⁷⁰ Bickel, *Least Dangerous Branch*, 1962, S. 239.

⁷¹ Golove, in: Ward/Castillo (Hg.), *Judiciary & American Democracy*, 2005, 71 (94).

⁷² Golove, in: Ward/Castillo (Hg.), *Judiciary & American Democracy*, 2005, 71 (94).

⁷³ Ackerman, *Yale L. J.* 93 (1984), 1013 (1051).

⁷⁴ Ackerman, *Yale L. J.* 93 (1984), 1013 (1039); *ders.*, *Yale L. J.* 99 (1989), 453 (461–62).

⁷⁵ *Towfigh/Petersen*, *Ökonomische Methoden*, 2010, S. 137.

⁷⁶ Ackerman, *We the People*, 1991, S. 307.

⁷⁷ Ackerman, *Yale L. J.* 93 (1984), 1013 (1039).

⁷⁸ Das gesteht Ackerman selbst zu, wenn er davon spricht, dass man sich statt eines dualistischen Systems genauso gut ein System mit n Leveln vorstellen könne. Der Dualismus scheint allein auf den pragmatischen Grund zurückzugehen, dass ansonsten das Kontrollverfahren zu komplex würde, s. Ackerman, *We the People*, 1991, S. 299–300.

sich aus der Verfassung ergebe. Allerdings haben wir gesehen, dass die Verfassung interpretationsoffen ist, also der Auslegung bedarf. Insofern umgeht auch der Ansatz Ackermans die entscheidende Frage: Warum sollen Gerichte diejenigen Instanzen sein, die bestimmen, welches die fundamentalen Werte für die Identität einer politischen Gemeinschaft sind?⁷⁹

5. Elys prozedurales Modell

Einen prozeduralen Ansatz finden wir bei John Hart Ely.⁸⁰ Ely weist den Verfassungsgerichten vor allem eine prozedurale Kontrollfunktion zu. Dabei kommen ihnen insbesondere zwei Aufgaben zu. Zum einen sollen sie sicherstellen, dass alle Bürger die Möglichkeit zu politischer Partizipation haben und es zu keinen Verzerrungen im politischen Wettbewerb kommt⁸¹ – oder, in den Worten Elys, „unblocking stoppages in the democratic process is what judicial review ought preeminently to be about“.⁸² Allerdings kann sich die Rolle von Verfassungsgerichten nicht allein auf die Gewährleistung von Partizipation beschränken. Einige Gruppen mögen nämlich volle politische Partizipationsrechte haben, aber aufgrund ihrer ethnischen, sozialen oder religiösen Zugehörigkeit dennoch regelmäßig benachteiligt werden.⁸³ Insofern reicht die Gewährleistung von Partizipationsrechten zum Schutz dieser Gruppen nicht aus.

Daher sieht Ely die zweite grundlegende Aufgabe von Verfassungsgerichten im Minderheitenschutz.⁸⁴ Der U.S. Supreme Court hatte in der *Caroline Products* Entscheidung in einem *obiter dictum* angedeutet, dass der Schutz von alleinstehenden und isolierten Minderheiten besonders strenge Prüfungsmaßstäbe erfordern könne.⁸⁵ Diesen Ansatz nimmt Ely zum Ausgangspunkt und fordert, dass Verfassungsgerichte die gesetzgeberischen Kategorisierungen überprüfen müssten, die eine isolierte Minderheit betreffen. Dabei fokussiert er vor allem auf den Prozess der Gesetzgebung: Gerichte sollten versuchen, Faktoren zu identifizieren, die nahelegen, dass der Gesetzgeber eine diskriminierende Motivation hatte.⁸⁶

Elys Vorschlag bietet von allen bisher diskutierten Ansätzen die überzeugendste Lösung für eine Funktionsbestimmung von Verfassungsgerichtsbarkeit

⁷⁹ So wird Ackermans Theorie teilweise auch als *originalism* in liberalem Gewand kritisiert, weil er zur Konkretisierung der Grundwerte letztlich auf die Intention bei der Verfassungsgebung abstellen muss, s. *Sberry*, Harv. L. Rev. 105 (1992), 918 (933).

⁸⁰ *Ely*, *Democracy & Distrust*, 1980.

⁸¹ *Ely*, *Democracy & Distrust*, 1980, S. 105–34.

⁸² *Ely*, *Democracy & Distrust*, 1980, S. 117.

⁸³ *Ely*, *Democracy & Distrust*, 1980, S. 135.

⁸⁴ *Ely*, *Democracy & Distrust*, 1980, S. 135–79.

⁸⁵ *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152 (Fn. 4) (1938).

⁸⁶ *Ely*, *Democracy & Distrust*, 1980, S. 156–58.

an. Allerdings greift sie in zwei Punkten zu kurz. Zum einen begründet Ely seinen prozeduralen Ansatz unter anderem auch mit einem positiven Argument. Er weist darauf hin, dass die US-amerikanische Verfassung vor allem auf Prozess und Struktur, nicht unbedingt jedoch auf Substanz ausgerichtet sei.⁸⁷ Dies mag für die US Verfassung zutreffen,⁸⁸ ist jedoch nicht ohne weiteres auf andere Verfassungsordnungen übertragbar.⁸⁹ Viele Verfassungen enthalten eindeutig substantielle individuelle Rechte, die sich nicht allein auf Verfahrensgarantien reduzieren lassen. Dazu zählen beispielsweise auch die meisten Grundrechte des deutschen Grundgesetzes. Daher müssen wir diskutieren, ob Verfassungsgerichte in solchen Zusammenhängen möglicherweise auch substantielle Wertentscheidungen treffen müssen und welche Maßstäbe sie für diese Entscheidungen haben.

Zum anderen stellt Ely richtigerweise darauf ab, dass Verfassungsgerichten vor allem die Aufgabe zukomme, das Versagen des politischen Prozesses zu korrigieren. Ely hatte dabei zwei Felder identifiziert, in denen Verfassungsgerichte eine aktive Rolle spielen sollten – die Gewährleistung von Partizipation und den Schutz von Minderheiten. Allerdings gibt es mehr als nur die von Ely identifizierten zwei Aspekte des Politikversagens, in denen Gerichten eine legitime Kontrollfunktion zukommt. Auf diesen Punkt werden wir im nächsten Abschnitt noch zurückkommen.⁹⁰

6. Haltern und die Spannung zwischen Populismus und Progressivismus

Der elaborierteste Rechtfertigungsversuch der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit findet sich in Ulrich Halterns Dissertation.⁹¹ Haltern zufolge steht Demokratie immer in einem Spannungsverhältnis zwischen Populismus und Progressivismus. Dem populistischen Element gehe es in erster Linie um die Abbildung der Präferenzen der Bürger; es ist daher vor allem auf Partizipation ausgerichtet.⁹² Der Progressivismus bezeichne dagegen vor allem eine „aufgeklärt[e] Politik im öffentlichen Interesse“, deren maßgebliche Charakteristika Rationalität und Expertise sind.⁹³ Die grundgesetzliche Demokratie vereine dabei beide Elemente. Auch wenn Haltern deutliche Sympathien für ein partizipa-

⁸⁷ Ely, *Democracy & Distrust*, 1980, S. 92.

⁸⁸ S. aber die Kritik an dieser Interpretation bei Ackerman, *Yale L. J.* 93 (1984), 1013 (1048–49).

⁸⁹ Haltern, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1998, S. 260.

⁹⁰ S. unten, § 1 II 2.

⁹¹ Haltern, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1998.

⁹² Haltern, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1998, S. 43.

⁹³ Haltern, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1998, S. 47.

tives Demokratiemodell erkennen lässt, gesteht er zu, dass der Populismus einer progressivistischen Kontrolle bedürfe.

Zum einen komme dem Verfassungsgericht dabei – in Anlehnung an die bereits diskutierte Theorie John Hart Elys – die Aufgabe zu, das Entscheidungsverfahren zu kontrollieren.⁹⁴ Zum anderen müsse das Gericht jedoch auch eine materielle Kontrolle ausüben. Diese sei darauf ausgerichtet, nicht akzeptable kollektive Präferenzen, die nicht mit der Identität des Gemeinwesens vereinbar seien, auszuschließen.⁹⁵ Diese würden durch die Verfassung als „böse“ deklariert und vornherein aus dem Entscheidungsraum der Politik ausgeklammert.⁹⁶ Allerdings warnt Haltern vor einem überschießenden Progressivismus des Gerichts. Diesem müsse vielmehr eine dialogische Rolle zukommen. Es solle keine Problemlösungen vorgeben, sondern gesellschaftliche Debatten anregen,⁹⁷ so dass ihm letztlich eine politikermöglichende Funktion zukomme.⁹⁸

Auch wenn das dialogische Modell eine gewisse normative Anziehungskraft hat, stellt sich doch die Frage, welche Folgerungen für die Verfassungsgerichtsbarkeit daraus gezogen werden können. Es ist kein Zufall, dass das Modell des Verfassungsdialogs gerade in den Jurisdiktionen stark diskutiert wird, in denen dem Gesetzgeber – wie etwa im Vereinigten Königreich oder Kanada – ein explizites Recht zur Korrektur verfassungsgerichtlicher Entscheidungen eingeräumt wird.⁹⁹ Durch die Reaktionsmöglichkeit des Gesetzgebers wird hier der Dialog zwischen den Verfassungsorganen geradezu institutionalisiert.¹⁰⁰

Das bedeutet zwar nicht, dass der Gesetzgeber ohne institutionalisierte Korrekturmöglichkeit kein Reaktionspotential hätte. So hat Andrej Lang kürzlich überzeugend dargelegt, dass verfassungsgerichtliche Urteile nie Schlusspunkt, sondern immer nur Wendepunkt politischer und gesellschaftlicher Debatten sind.¹⁰¹ Unter diesen Voraussetzungen ist allerdings nicht ganz einsichtig, welche konkreten Folgerungen aus Halterns Vorschlag für die Praxis zu ziehen sind. So kann man argumentieren, dass die Urteile, die eine kontroverse Position zum Ausdruck bringen, am ehesten geeignet seien, gesellschaftliche Debatten anzuregen. Der Kruzifix-Beschluss hätte wahrscheinlich wesentlich geringere Auswirkungen auf die öffentliche wie rechtswissenschaftliche Dis-

⁹⁴ Haltern, Verfassungsgerichtsbarkeit, 1998, S. 391.

⁹⁵ Haltern, Verfassungsgerichtsbarkeit, 1998, S. 391.

⁹⁶ Haltern, Verfassungsgerichtsbarkeit, 1998, S. 391.

⁹⁷ Haltern, Verfassungsgerichtsbarkeit, 1998, S. 412–13.

⁹⁸ Haltern, Verfassungsgerichtsbarkeit, 1998, S. 417.

⁹⁹ S. dazu nur Hogg/Bushell, Osgoode Hall L.J. 35 (1997), 75; Roach, Supreme Court on Trial, 2001; ders., Sup. Ct. L. Rev. 23 (2004), 49. Kritik an der Dialogtheorie findet sich bei Huscroft, in: Kelly/Manfredi (Hg.), Contested Constitutionalism, 2009, 50.

¹⁰⁰ Aufgrund der mangelnden Institutionalisierung einer gesetzgeberischen Reaktionsmöglichkeit steht daher bspw. auch Dawson, Eur. Publ. L. 19 (2013), 369 (384–94) der Übertragbarkeit des Dialogmodells auf den Kontext der EU skeptisch gegenüber.

¹⁰¹ Lang, in: Baumgartner u.a. (Hg.), Das letzte Wort, 2014, 15.

kussion gehabt, wenn er zum gegenteiligen Ergebnis gekommen wäre.¹⁰² Ob Haltern jedoch einer solchen ‚Radikalisierung‘ der Rechtsprechung das Wort reden wollte, erscheint zweifelhaft. Insofern bleibt unklar, wie das Verfassungsgericht „Problemlösung [...] in Gestalt von Debatten und Anregungen an die Gesellschaft [zurückgeben]“ kann, ohne sie „vorzugeben“.¹⁰³

7. Die Gewaltenteilung als funktionell-rechtliche Grenze der Verfassungsgerichtsbarkeit

In der Diskussion der deutschen Staatsrechtslehre ist die Legitimität des Bundesverfassungsgerichts selten grundsätzlich in Frage gestellt worden. Allerdings gab es lange Zeit eine intensive Diskussion um mögliche funktionell-rechtliche Grenzen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.¹⁰⁴ Dieser funktionell-rechtliche Ansatz zielt vor allem darauf ab, Folgerungen für die Ausgestaltung der verfassungsrechtlichen Dogmatik zu ziehen.¹⁰⁵ So versuchen einige Autoren, Maßstäbe für die Abstufung der Kontrolldichte des Bundesverfassungsgerichts zu gewinnen.¹⁰⁶ Andere üben Kritik an konkreten Entwicklungen der verfassungsrechtlichen Dogmatik. So wird etwa die Herleitung grundrechtlicher Schutzpflichten kritisiert, weil sie das Verfassungsgericht zu einem „demokratisch nicht verantwortlichen politischen Initiativorgan“ mache,¹⁰⁷

¹⁰² Diese Einsicht verdanke ich meinem Kollegen Emanuel Towfigh.

¹⁰³ S. Haltern, Verfassungsgerichtsbarkeit, 1998, S. 412.

¹⁰⁴ S. etwa die unterschiedlichen Ansätze bei Ehmke, VVDStRL 20 (1963), 53 (73); Schenke, NJW 1979, 1321; Schuppert, Funktionell-rechtliche Grenzen, 1980; Schneider, NJW 1980, 2103; Scheuner, DÖV 1980, 473 (478–79); Hesse, in: FS Hans Huber, 1981, 261; Gusy, Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, 1985; Schuppert, DVBl. 1988, 1191; Heun, Funktionell-rechtliche Schranken, 1992; Riecken, Verfassungsgerichtsbarkeit, 2003, S. 429–96; Möllers, Gewaltengliederung, 2005, S. 136–56. S. auch Häberle, Verfassungsgerichtsbarkeit, 1980, S. 68–73, demzufolge das Verfassungsgericht die Funktion hat, gesamthänderisch „die Verfassung als Gesellschaftsvertrag“ fortzuschreiben und zu garantieren.

¹⁰⁵ S. bspw. die dogmatischen Vorschläge von Heun, Funktionell-rechtliche Schranken, 1992, die sich auf einen funktionell-rechtlichen Ansatz gründen. S. zudem Grabitz, AöR 98 (1973), 568, der aus funktionell-rechtlichen Erwägungen Leitlinien für die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ableitet, Knies, in: FS Klaus Stern, 1997, 1155 (1162–78), der aufgrund von gewaltenteiligen Gesichtspunkten Zurückhaltung bei verfassungsprozessrechtlichen Fragen und der Grundrechtsinterpretation anmahnt, und Lembke, Einheit aus Erkenntnis?, 2009, S. 236–47, die aufgrund von Gewaltenteilungserwägungen Kritik an der Figur der verfassungskonformen Auslegung durch das Bundesverfassungsgericht übt.

¹⁰⁶ Schneider, NJW 1980, 2103 (2104); Schuppert, DVBl. 1988, 1191 (1192). Kritisch dazu Möllers, AöR 132 (2007), 493 (534), demzufolge sich Schranken für die verfassungsgerichtliche Kontrolldichte allein aus dem Grundgesetz ergeben können.

¹⁰⁷ Möllers, Gewaltengliederung, 2005, S. 148–49. Ähnlich auch Schenke, NJW 1979, 1321 (1327–28); Schuppert, Funktionell-rechtliche Grenzen, 1980, S. 38–52; Böckenförde, Lage der Grundrechtsdogmatik, 1989, S. 60–62; Böckenförde, Der Staat 29 (1990), 1 (24–26). Böckenfördes Argumentation liegen explizit Erwägungen der „verfassungstheoretischen Funktion“

oder die Setzung absoluter Obergrenzen in der Parteienfinanzierung als Verletzung „funktionell-rechtlicher Grenzen“ der verfassungsgerichtlichen Kompetenz angesehen.¹⁰⁸

Der funktionell-rechtliche Ansatz setzt eine Funktionsbestimmung des Verfassungsgerichts voraus, aus der dann weitergehende Folgerungen abgeleitet werden können. Ausgangspunkt ist dabei in der Regel das Gewaltenteilungsprinzip.¹⁰⁹ Dieses ist zunächst jedoch ein leeres Prinzip, das noch nichts darüber aussagt, welche Funktion den einzelnen Gewalten tatsächlich zukommt.¹¹⁰ Selbst wenn man das Verfassungsgericht auf seine rechtsprechende Funktion beschränken möchte,¹¹¹ muss man zunächst bestimmen, was diese rechtsprechende Funktion überhaupt ausmacht.¹¹² Die meisten Abgrenzungsvorschläge in dieser Hinsicht sind sehr vage geblieben.¹¹³ Insofern ist es eines der großen Defizite des funktionell-rechtlichen Ansatzes, dass er bisher keine umfassende

zugrunde. Dagegen möchte *Riecken*, Verfassungsgerichtsbarkeit, 2003, S. 474–94 aus funktionell-rechtlichen Erwägungen ein Abwägungsgebot herleiten, dem zufolge der gesetzgeberische Spielraum bei den grundrechtlichen Schutzpflichten aus einer Abwägung zwischen Grundrecht und Demokratieprinzip zu gewinnen sei.

¹⁰⁸ *Morlok*, in: Dreier (Hg.), GG, 2. Aufl. 2006, Art. 21, Rn. 70. Ähnlich auch *Möllers*, Staat als Argument, 2000, S. 344; *Kunig*, in: Hdb StR III, 3. Aufl. 2005, § 40, Rn. 111; *Shirvani*, Parteienrecht, 2010, S. 483.

¹⁰⁹ *Hesse*, in: FS Hans Huber, 1981, 261 (265–66); *Gusy*, Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, 1985, S. 138; *Schuppert*, DVBl. 1988, 1191 (1193).

¹¹⁰ *Bryde*, Verfassungsentwicklung, 1982, S. 333; *Stern*, Verfassungsgerichtsbarkeit, 1997, S. 15; *Hwang*, Verfassungsgerichtlicher Jurisdiktionsstaat, 2005, S. 184–86; *Koutnatzis*, Kompromisshafte Verfassungsnormen, 2010, S. 369. Vgl. auch *Böckenförde*, Der Staat 29 (1990), 1 (26), dem zufolge sich der „Gedanke funktionellrechtlicher Begrenzung [...] in sich selbst [verfängt].“

¹¹¹ Das ist nicht zwingend. S. bspw. *Robertson*, Judge as Political Theorist, 2010, S. 14, der argumentiert, dass Verfassungsgerichtsbarkeit sich nicht in das traditionelle Schema der drei Gewalten einfügen lasse. Ähnlich auch *Engel*, in: Engel/Héritier (Hg.), Politics and Law, 2003, 285 (306), der das Verfassungsgericht als Grenzgänger zwischen Recht und Politik ansieht.

¹¹² Der wohl ambitionierteste jüngere Versuch einer Funktionsbestimmung der einzelnen Gewalten findet sich in Christoph Möllers' Habilitationsschrift: *Möllers*, Gewaltengliederung, 2005. Möllers zufolge zeichnet sich die Rechtsprechung durch drei Charakteristika aus: die Rechtsbindung, die durch das Fehlen eines volitiven Elements gekennzeichnet wird, die Einzelfallbezogenheit und die retrospektive Perspektive (S. 95–97). Möllers gesteht zu, dass die Verfassungsgerichtsbarkeit nach diesem Maßstab ein „ambivalentes Phänomen“ sei (S. 144). Die Hauptfunktion von Verfassungsgerichten sieht er in der „Sicherung legislativer Verfahrensregeln“ (S. 139). Demgegenüber steht er der grundrechtlichen Kontrolle von Legislativakten skeptisch gegenüber. Bei dieser stünden nicht rechtliche Erwägungen im Vordergrund. Vielmehr gehe es um die Abgrenzung von Freiheitssphären und diese sei Sache des Gesetzgebers (S. 140). Das setzt jedoch voraus, dass der Gesetzgeber alle relevanten Interessen gleichberechtigt berücksichtigt. Gibt es jedoch systematische Verzerrungen im Gesetzgebungsprozess, lässt sich die These vom Primat des Gesetzgebers bei der Abgrenzung von Freiheitssphären nicht aufrecht erhalten. Vielmehr bedarf es einer Institution zur Verteidigung der unterrepräsentierten Interessen.

¹¹³ *Heun*, Funktionell-rechtliche Schranken, 1992, S. 14.

Funktionsbestimmung der Verfassungsgerichtsbarkeit im politischen Prozess entwickelt hat.

8. Die Verfassungsgerichtsbarkeit als subsidiäre Autorität zur Politikevaluation

Eine systemtheoretisch angeleitete Funktionsbestimmung von Verfassungsgerichtsbarkeit findet sich in einem Beitrag von Christoph Engel.¹¹⁴ Engel sieht Verfassungsgerichte als Grenzgänger zwischen Politik und Recht.¹¹⁵ Ihnen komme die Aufgabe zu, politische Ergebnisse als subsidiäre Autorität zu bewerten.¹¹⁶ Zwei Charakteristika machten Verfassungsgerichte für diese Aufgabe besonders geeignet: Zum einen verfügten Gerichte über eine andere Anreizstruktur als politische Akteure.¹¹⁷ Sie seien für ihre Entscheidungen nicht direkt politisch verantwortlich und unterlägen damit nicht demselben Druck von Interessengruppen und Vetospielern wie die Politik.

Zum anderen hätten sie andere Informationen zur Verfügung als der Gesetzgeber zum Zeitpunkt der Verabschiedung des Gesetzes.¹¹⁸ Gerichte nähmen regelmäßig eine *ex post*-Kontrolle vor. Sie hätten daher bereits Informationen über die Gesetzesimplementierung und könnten zudem beobachten, wie das Gesetz sich in atypischen, vom Gesetzgeber nicht vorhergesehenen Fällen auswirke.¹¹⁹ Die Autorität des Verfassungsgerichts zur Politikevaluation ist subsidiär, weil das Gericht nicht von sich aus tätig werden kann, sondern auf eine externe Initiative angewiesen ist.¹²⁰ Aus dieser Funktionsbestimmung zieht Engel schließlich mehrere dogmatische Schlussfolgerungen für die Handhabung und Ausgestaltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips, das er als primäres dogmatisches Instrument zur Realisierung der Politikevaluation ansieht.¹²¹

Dieser Ansatz steht der hier vertretenen Auffassung sehr nahe. Allerdings hat er nicht den Anspruch, eine holistische Funktionsbestimmung von Verfassungsgerichtsbarkeit zu entwickeln. So ist fraglich, ob es der Verfassungsgerichtsbarkeit allein um eine Evaluierung oder nicht doch in einigen Fällen um eine explizite Korrektur von Politik geht. Wenn man mit Ely davon ausgeht, dass Verfassungsgerichtsbarkeit auch dem Schutz von Minderheiten dient, dann muss nicht nur die Wirkungsweise von Politik evaluiert werden. Vielmehr müssen gegebenenfalls auch die Ziele der Politik korrigiert werden, wenn diese

¹¹⁴ Engel, in: Engel/Héritier (Hg.), *Politics and Law*, 2003, 285.

¹¹⁵ Engel, in: Engel/Héritier (Hg.), *Politics and Law*, 2003, 285 (306).

¹¹⁶ Engel, in: Engel/Héritier (Hg.), *Politics and Law*, 2003, 285 (300–01).

¹¹⁷ Engel, in: Engel/Héritier (Hg.), *Politics and Law*, 2003, 285 (300).

¹¹⁸ Engel, in: Engel/Héritier (Hg.), *Politics and Law*, 2003, 285 (300–01).

¹¹⁹ Engel, in: Engel/Héritier (Hg.), *Politics and Law*, 2003, 285 (301).

¹²⁰ Engel, in: Engel/Héritier (Hg.), *Politics and Law*, 2003, 285 (296).

¹²¹ Engel, in: Engel/Héritier (Hg.), *Politics and Law*, 2003, 285 (307–13).

gerade auf die Diskriminierung von Minderheiten abzielen. In anderen Fällen kommt dem Gericht die Aufgabe zu, die Integrität des politischen Prozesses zu wahren und zu schützen,¹²² was ebenfalls über eine bloße Politikevaluation hinausgeht. Insofern bedarf auch Engels Ansatz der Ergänzung.

II. Verfassungsgerichtsbarkeit und politisches Marktversagen

Wir haben gesehen, dass von den diskutierten Theorien zur Funktionsbestimmung von Verfassungsgerichtsbarkeit keine vollends überzeugen konnte. Diese waren zumindest ergänzungsbedürftig. Am attraktivsten erschienen noch Elys prozeduraler Ansatz und Engels Konzept der Verfassungsgerichtsbarkeit als Autorität der Politikevaluierung. Daher soll in diesem Abschnitt versucht werden, beide Theorien miteinander zu verbinden und weiterzuentwickeln.¹²³ Dabei soll in drei Schritten vorgegangen werden. Zunächst soll das Demokratieverständnis, das dieser Arbeit zugrunde liegt, skizziert werden. Es erscheint unmöglich, die Funktion von Verfassungsgerichtsbarkeit zu bestimmen, ohne eine genau Vorstellung davon zu haben, was unter Demokratie zu verstehen ist.¹²⁴ Die Bestimmung der Funktion von Verfassungsgerichtsbarkeit ist letztlich eine Theorie der Aufgabenverteilung zwischen den verschiedenen Staatsorganen: Welche Entscheidungen sollten durch das Verfassungsgericht getroffen, welche besser dem Parlament überlassen werden? Eine solche Aufgabenverteilung können wir jedoch nur vornehmen, wenn wir auch die Aufgaben der politischen Organe, insbesondere des Parlaments bestimmt haben.

Im zweiten Schritt soll dann die Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit näher bestimmt werden. Die These, die dabei vertreten werden soll, ist die, dass das Gericht vor allem die Funktion hat, Fehlentwicklungen des politischen Prozesses zu korrigieren.¹²⁵ In vielerlei Hinsicht ist das Parlament in einer repräsentativen Demokratie das Staatsorgan, das am besten geeignet ist, die Interessen der Bürger zu repräsentieren und ihre Präferenzen zu aggregieren. Allerdings kommt es in einigen Bereichen zu Fehlentwicklungen, bei denen Repräsentation entweder nicht funktioniert oder durch bloße Mehrheitsentscheidungen nicht ausreichend gewährleistet wird. In diesen Bereichen wird eine legitimationstheoretische Schwäche des Gerichts, die fehlende Verantwortlichkeit gegen-

¹²² S. *Issacharoff/Pildes*, Stan. L. Rev. 50 (1998), 643.

¹²³ Vgl. auch *Riecken*, Verfassungsgerichtsbarkeit, 2003, der sich bei seiner Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit ebenfalls auf Ely stützt, dessen Ansatz aber letztlich in eine andere Richtung fortentwickelt.

¹²⁴ v. *Arnim*, Gemeinwohl, 1977, S. 234.

¹²⁵ Ähnlich auch *Engel*, in: Brugger u.a. (Hg.), Gemeinwohl, 2002, 103 (165).

über den Bürgern,¹²⁶ zu seiner Stärke. Durch die Unabhängigkeit der Richter kann das Gericht Fehlentwicklungen entgegenwirken, denen mit den typischen Mechanismen der Politik nicht beizukommen ist. Dieses Argument soll im dritten Abschnitt vertieft werden, in dem wir diskutieren werden, warum gerade einem Verfassungsgericht die Korrektur der Fehler des politischen Prozesses zukommen soll.

1. Demokratietheoretische Grundlagen der Funktionsbestimmung

Das in der deutschen Staatsrechtslehre und Verfassungsrechtsprechung herrschende Demokratiemodell ist das Modell der Legitimationskette.¹²⁷ Danach ist Staatsgewalt in dem Maße legitimiert, in dem sie mittels einer ununterbrochenen Legitimationskette auf das Staatsvolk rückführbar ist und letzteres einen effektiven Einfluss auf ihre Ausübung hat. Dieses Modell ist jedoch nicht frei von normativer Kritik geblieben.¹²⁸ Insbesondere die Annahme eines einheitlichen demokratischen Gemeinwillens¹²⁹ erscheint in einem pluralistischen Gemeinwesen äußerst fragwürdig.¹³⁰ Selbst wenn man jedoch die Annahmen des Legitimationskettenmodells akzeptiert, liefert dieses gerade zur Kompetenzaufteilung zwischen Legislative und Judikative keine brauchbaren Anhaltspunkte. Die Legitimität der Verfassungsgerichtsbarkeit ergibt sich in erster Linie aus der Gesetzesbindung,¹³¹ was jedoch die Frage unbeantwortet lässt, wie sich richterliche Spielräume legitimieren lassen.

Dieser Arbeit soll daher nicht das Legitimationskettenmodell zugrunde gelegt werden. Ausgangspunkt ist vielmehr eine funktionelle Perspektive, die sich an die auf Joseph Schumpeter zurückgehende¹³² Theorie der Konkurrenzdemokratie anlehnt.¹³³ Demokratie ist danach die Antwort auf ein Repräsentations-

¹²⁶ S. Eule, Yale L. J. 99 (1990), 1503 (1538) („accountability to the electorate is the touchstone of legitimacy“).

¹²⁷ Grundlegend Böckenförde, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, 289 = Böckenförde, in: Hdb StR II, 3. Aufl. 2004, § 24.

¹²⁸ S. insbesondere Bryde, StW&StP 5 (1994), 305; Weiler, JöR 44 (1996), 91; Blanke, KJ 31 (1998), 452; Petersen, JöR 58 (2010), 137 (150–59).

¹²⁹ Böckenförde, in: Hdb StR III, 3. Aufl. 2005, § 34, Rn. 35 spricht in Anlehnung an Rousseau von der *volonté de tous*.

¹³⁰ S. Häberle, Verfassungslehre, 7. Aufl. 2011, 302 („Es gibt kein Zurück zu J.-J. Rousseau“) (Hervorhebung im Original).

¹³¹ Böckenförde, in: Hdb StR II, 3. Aufl. 2004, § 24, Rn. 24.

¹³² Schumpeter, Capitalism, Socialism & Democracy, 2010, S. 241–51.

¹³³ Schmitter/Karl, J. Dem. 2.3 (1991), 75; Przeworski, in: Shapiro/Hacker-Cordón (Hg.), Democracy's Value, 1999, 23; Shapiro, Democratic Theory, 2006. In der politikwissenschaftlichen Diskussion zur Demokratietheorie gibt es derzeit einen großen Gegenentwurf zur Theorie der Konkurrenzdemokratie, die Theorie der deliberativen Demokratie. S. dazu

tionsproblem. Bei Repräsentativentscheidungen bestehen zwei große Risiken: Zum einen können die Repräsentanten ihre Macht missbrauchen, zum anderen können sie die Interessen der Repräsentierten durch mangelnde Sachkenntnis schädigen.¹³⁴ Demokratie versucht diese Risiken einzufangen, in dem sie den Bürgern mittels Wahlen eine Reaktionsmöglichkeit gibt. Wenn sich eine Regierung als inkompetent erweist, dann kann sie bei den nächsten Wahlen durch eine neue Regierung ersetzt werden.¹³⁵ Dadurch geben die Wahlen Politikern Anreize, im öffentlichen Interesse zu handeln. Tun sie dies nicht, müssen sie die Abwahl als Sanktion fürchten. In der Theorie führt dies dazu, dass Mehrheitsentscheidungen im Parlament in der Regel auch die mehrheitlichen Präferenzen der repräsentierten Bürger widerspiegeln.¹³⁶

Allerdings muss politische Verantwortlichkeit nicht immer gemeinwohlorientierte Entscheidungen garantieren. So gibt es teilweise Informationsasymmetrien, die dazu führen, dass die Bürger nicht vollständig über die Hintergründe politischer Entscheidungen informiert sind. Ohne Informationen über mögliches Fehlverhalten können die Bürger dieses bei Wahlen auch nicht sanktionieren. Zudem führen komplexe Entscheidungssituation teilweise zu einer verringerten Verantwortlichkeit, wenn Wirkungszusammenhänge nur schwer zurückverfolgt werden können.

Schließlich treffen Wähler hoch aggregierte Entscheidungen.¹³⁷ Sie können somit nicht auf jede Sachentscheidung der politischen Mehrheit individuell reagieren, sondern müssen sich für oder gegen eine Partei entscheiden. Das führt dazu, dass Wähler eine Partei für als schlecht empfundene Entscheidungen, die nicht ihr Kerninteresse betreffen, nicht sanktionieren, wenn die Partei ihnen nach Abwägung aller Umstände immer noch am nächsten steht. Diese Über-

Habermas, Faktizität und Geltung, 1992, S. 349–98; *ders.*, in: *ders.*, Die Einbeziehung des Anderen, 1996, 277; *Fishkin*, Democracy and Deliberation, 1991; *Schmalz-Bruns*, Reflexive Demokratie, 1995; *Gutman/Thompson*, Democracy and Disagreement, 1996; *Cohen/Sabel*, ELJ 3 (1997), 313; *Ferejohn*, in: Shapiro/Macedo (Hg.), Democratic Institutions, 2000, 75; *Sunstein*, Designing Democracy, 2001. Im Zentrum der deliberativen Demokratie steht der Diskurs als Quelle politischer Entscheidungen. Eine Entscheidung legitimiert sich danach nicht aus der bloßen Mehrheit der Köpfe innerhalb einer Abstimmung, sondern aufgrund der Rationalität der im Diskurs verwandten Argumente. Auch wenn die deliberative Demokratietheorie normativ sehr ansprechend ist, hat sie doch eine entscheidende Schwäche. Bisher ist es nicht gelungen, die Theorie – abseits der Forderung nach mehr direktdemokratischen Elementen – in konkrete institutionelle Arrangements zu übersetzen.

¹³⁴ *Sartori*, Demokratietheorie, 2006, S. 215–16.

¹³⁵ *S. Hirschman*, Exit, Voice, and Loyalty, 1970, S. 28, in dessen Terminologie die Abwahlmöglichkeit den Bürgern eine *exit*-Option gibt.

¹³⁶ Die Theorie der Konkurrenzdemokratie ist der deutschen Staatsrechtslehre nicht vollkommen fremd. Anklänge finden sich beispielsweise in Konrad Hesses Staatsrechtslehrervortrag, s. *Hesse*, VVDStRL 17 (1959), 11 (20–27). Zudem gibt es Interpretationen des Legitimationskettenmodells, die sich an der schumpeterschen Konkurrenzdemokratie anlehnen, s. dazu *v. Bogdandy*, in: FS Hollerbach, 2001, 364 (378–79); *Petersen*, JöR 58 (2010), 137 (159).

¹³⁷ *Offe*, in: Guggenberger/Offe (Hg.), Mehrheitsdemokratie, 1984, 150 (163).

legungen zeigen bereits, dass Demokratie das Repräsentationsproblem nur unzureichend lösen kann. Verfassungsgerichten soll unter diesen Umständen die Funktion zukommen, Politikversagen zu korrigieren und die Risiken von Repräsentativentscheidungen weiter einzuschränken.

2. Verfassungsgerichtsbarkeit als Korrektur des politischen Prozesses

Würde der politische Prozess perfekt funktionieren und alle relevanten Interessen berücksichtigen, dann bräuchten wir keine Verfassungsgerichtsbarkeit. Das ist etwa die *ratio*, der dem englischen Prinzip der *parliamentary sovereignty* zugrunde liegt.¹³⁸ Danach hat das Parlament ein absolutes Letztentscheidungsrecht, ohne gerichtlicher Kontrolle zu unterliegen. Verfassungsgerichtsbarkeit hat daher allein dann eine notwendige Funktion, wenn bestimmte Interessen im parlamentarischen Prozess systematisch nicht ausreichend berücksichtigt werden und diese Fehlentwicklungen durch das Verfassungsgericht korrigiert werden können.

Die verfassungsgerichtliche Kontrolle ist dabei kein Fremdkörper im demokratischen Institutionengefüge. Matthias Kumm hat darauf hingewiesen, dass Fragen des demokratischen Designs immer auch Kompromisse beinhalten.¹³⁹ Bereits die repräsentative Demokratie ist ein Kompromiss. Ginge es allein um eine möglichst genaue Abbildung der Präferenzen der Wahlberechtigten in politischen Entscheidungen, wäre die direkte der repräsentativen Demokratie vorzuziehen.¹⁴⁰ Die repräsentative Demokratie wird demgegenüber mit Effizienzerwägungen gerechtfertigt.¹⁴¹ Nicht alle Bürger haben die Zeit, um sich mit allen politischen Entscheidungen ausreichend zu beschäftigen. Die Übertragung der Entscheidungen auf Repräsentanten soll damit letztlich deren Qualität steigern.¹⁴² Diese Erwägungen gelten auch für Verfassungsgerichte. In dem Maße, wie diese in der Lage sind, Politikversagen zu korrigieren, können sie ebenfalls zu einer Steigerung der Qualität politischer Entscheidungen beitragen.¹⁴³

¹³⁸ S. mit Bezug auf individuelle Rechte *Dicey*, *Law of the Constitution*, 1961 [1885], S. 48–49.

¹³⁹ *Kumm*, *L. & Eth. Hum. Rts.* 4 (2010), 141 (166).

¹⁴⁰ *Scharpf*, *Demokratietheorie*, 1970, S. 22–23.

¹⁴¹ *Sartori*, *Demokratietheorie*, 2006, S. 121.

¹⁴² S. etwa *Lepsius*, in: *Bertschi u.a. (Hg.), Demokratie und Freiheit*, 1999, 123 (164–67), der dem Parlamentarismus eine erkenntnisleitende Funktion zuerkennt.

¹⁴³ *Kumm*, *L. & Eth. Hum. Rts.* 4 (2010), 141 (166). S. auch *Häberle*, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1980, S. 67, der argumentiert, dass das Gericht gerade dort eine wichtige Funktion besitzt, „wo das Parlament versagt hat“, v. *Arnim*, *Gemeinwohl*, 1977, S. 236, der darauf abstellt, dass das Parlament nur eine „dienende Funktion“ habe, so dass es sachgerecht sei, die „Funktionsgerechtigkeit“ der parlamentarischen Arbeit gerichtlich überprüfen zu lassen, und *Venter*, *ZaöRV* 65 (2005), 129 (144–45), der darauf hinweist, dass Regierungen nicht im-

Im Folgenden sollen insgesamt fünf Aufgabenfelder diskutiert werden, in denen Gerichten eine wichtige Kontroll- und Schiedsfunktion zukommt, um die Fehlentwicklungen des politischen Prozesses zu korrigieren. In vier Fällen geht es um die Verhinderung von Dominanz durch politische Eliten im weitesten Sinne. Erstens kommt Verfassungsgerichten die Aufgabe des Minderheitenschutzes zu. Zweitens sollen sie verhindern, dass der politische Prozess durch einflussreiche Minderheiten dominiert wird, und damit Klientelpolitik unterbinden. Drittens spielen Verfassungsgerichte in bestimmten Fragen der politischen Organisation die Rolle einer politischen Kartellbehörde, indem sie versuchen, die Kollusion der politischen Akteure zu Lasten der von ihnen repräsentierten Bürger zu verhindern. Viertens sind sie schließlich gefragt, wenn politische Entscheidungen negative externe Effekte haben, wenn sie also Personen belasten, die im Entscheidungsprozess selbst nicht vertreten gewesen sind.

Darüber hinaus haben Verfassungsgerichte noch eine weitere Funktion. Sie dienen als Schiedsrichter in Kompetenzstreitigkeiten zwischen verschiedenen politischen Ebenen. Durch ihre Schiedsfunktion sorgen sie dafür, dass sich bei solchen Streitigkeiten nicht die Macht des Faktischen durchsetzt. Der Schwerpunkt der folgenden Ausführungen liegt auf dem Minderheitenschutz und der Verhinderung von Klientelpolitik, da diese in der Grundrechtsrechtsprechung eine besondere Rolle spielen. Die anderen drei Fragen werden nur gestreift, da es sich nicht in erster Linie um Grundrechtsfragen handelt.

a. Schiedsrichter in Kompetenzstreitigkeiten

Die am wenigsten problematische Funktion von Verfassungsgerichten ist die als Schiedsrichter in Kompetenzstreitigkeiten.¹⁴⁴ Die Verteilung von Kompetenzen zwischen der föderalen und der gliedstaatlichen Ebene gleicht oft einem unvollständigen Vertrag. Kompetenztitel sind offen formuliert, um neuen Entwicklungen Rechnung tragen zu können, und es gibt Querverbindungen zwischen verschiedenen Materien, die bei der Verfassungsgebung nicht gesehen wurden. Insofern bedarf es bei Unstimmigkeiten über die Gesetzgebungskompetenzen innerhalb eines Föderalstaates eines neutralen Schiedsrichters, um eventuelle Konflikte zu lösen.¹⁴⁵ Gäbe es diesen Schiedsrichter nicht, würde sich am Ende immer die politische Ebene mit der größeren Macht im Einzelfall durchsetzen. Insofern verwundert es nicht, dass Verfassungsgerichte historisch zunächst vor allem in Föderalstaaten entstanden sind.¹⁴⁶

mer im Interesse des Gemeinwohls handelten und daher einer gerichtlichen Kontrolle unterliegen müssten.

¹⁴⁴ Höffe, *Der Staat* 38 (1999), 171 (172); Robertson, *Judge as Political Theorist*, 2010, S. 370. S. auch Bryde, *Verfassungsentwicklung*, 1982, S. 331–32.

¹⁴⁵ Roellecke, in: *Hdb StR III*, 3. Aufl. 2005, § 67, Rn. 4.

¹⁴⁶ Möllers, in: Jestaedt u.a. (Hg.), *Das entgrenzte Gericht*, 2011, 281 (338).

b. Minderheitenschutz

Der Minderheitenschutz gilt als eines der wesentlichen Legitimationsmerkmale von Verfassungsgerichten.¹⁴⁷ Die Verfassung soll Minderheiten davor schützen, dass ungezügelter Mehrheitsentscheidungen in ihre Rechte eingreifen.¹⁴⁸ Doch warum sollten Minderheiten in der Demokratie überhaupt schutzwürdig sein? Auch wenn Mehrheitsentscheidungen sicherlich ein essentielles Charakteristikum einer jeden Demokratie sind, erschöpft sich diese nicht allein in der Durchsetzung des Mehrheitswillens.¹⁴⁹ Dies zeigt ein kurzer Blick auf die historische Rechtfertigung der Demokratie. In der politischen Philosophie der Aufklärung ist der grundlegende Wert nicht die Mehrheitsentscheidung, sondern die Freiheit eines jeden Einzelnen.¹⁵⁰

Wenn man jedoch von einem grundsätzlichen Freiheitsrecht aller Individuen ausgeht, dann ist jede Ausübung von Staatsgewalt, die diese Freiheit beschränkt, legitimationsbedürftig.¹⁵¹ Die prominenteste Rechtfertigungsfigur in der politischen Philosophie ist der Gesellschaftsvertrag. Sicherlich ist damit nicht ein tatsächlicher, ursprünglicher Vertrag zwischen allen Bürgern gemeint. Vielmehr geht es um den Vertrag als Fiktion, die bloße „Idee [...] de[s] ursprüngliche[n] Kontrakt[s]“.¹⁵² Er beruht nicht auf der tatsächlichen Zustimmung aller Individuen, sondern auf seiner Zustimmungsfähigkeit.¹⁵³

Der Gesellschaftsvertrag ist damit ein fiktives Instrument zur Überprüfung der Legitimität einer Verfassungsordnung.¹⁵⁴ Die Mehrheitsentscheidung ist dabei sicherlich ein wichtiges Element. Sie ist allerdings nicht das einzige. Schließlich dient der fiktive Kontrakt dem Schutz der Freiheit eines jeden Einzelnen, nicht allein der Freiheit der Mehrheit. Insofern ist er unvollständig, wenn er nicht auch effektive Garantien zum Schutz individueller Freiheit gegen bestimmte Mehrheitsentscheidungen enthält.

Nun kann man zwei Argumente gegen die Notwendigkeit eines Minderheitenschutzes vorbringen.¹⁵⁵ Zum einen betrifft die Notwendigkeit eines Kon-

¹⁴⁷ *Friedman*, *Tex. L. Rev.* 84 (2005), 257 (309).

¹⁴⁸ S. bspw. *Eberl*, *Verfassung und Richterspruch*, 2006, S. 345–46.

¹⁴⁹ *Dworkin*, *Freedom's Law*, 1996, S. 6–7.

¹⁵⁰ *Kersting*, *Gesellschaftsvertrag*, 1994, S. 11.

¹⁵¹ *Mastronardi*, *AJP* 7 (1998), 383 (384); *Kumm*, in: Klatt (Hg.), *Institutionalized Reason*, 2012, 201 (214).

¹⁵² *Kant*, *Metaphysik der Sitten*, 1977 [1797], S. 434.

¹⁵³ Deutlich wird dies in der neueren politischen Philosophie etwa an der Rawl'schen Figur des Schleiers des Nichtwissens, s. *Rawls*, *Theory of Justice*, 1999 [1971].

¹⁵⁴ *Kersting*, *Gesellschaftsvertrag*, 1994, S. 199.

¹⁵⁵ Gegen einen generellen Schutz von Minderheiten *Möllers*, in: Jestaedt u.a. (Hg.), *Das entgrenzte Gericht*, 2011, 281 (344), was im Wesentlichen auf die abweichende Herleitung des Minderheitenschutzes zurückzuführen ist. Nach Möllers dienen Minderheitenrechte der Sicherung der demokratischen Ordnung, weil „aus der politischen Mehrheit eine Minderheit werden kann“ (ebd., 342). Allerdings erscheint mir dieses Argument für die Begründung des

senses nur den ursprünglichen Gesellschaftsvertrag, nicht jedoch jede einzelne Entscheidung. Der Einzelne ist Teil einer politischen Gemeinschaft mit einer gemeinsamen Identität. Er akzeptiert Mehrheitsentscheidungen, in denen er überstimmt worden ist, aufgrund der Gemeinsamkeiten mit den anderen Mitgliedern der politischen Gemeinschaft.¹⁵⁶ Wenn der andere grundsätzlich so ist wie ich, nehme ich bei meinen Entscheidungen auf ihn Rücksicht, selbst wenn unsere politischen Auffassungen differieren. Nach dieser Konzeption wird ein ausreichender Minderheitenschutz bereits durch die gemeinsame Identität gewährleistet.

Allerdings wird das Konzept der Identität damit überfordert. Eine Gesellschaft, in der Rücksichtnahme auf Ähnlichkeit basiert, erfordert eine starke Homogenität.¹⁵⁷ Zwar ist Identität letztlich ein soziales Konstrukt, das nicht allein auf ethnische oder religiöse Aspekte abstellen muss, sondern durchaus im Kern auf Ideen und Idealen beruhen kann. Allerdings lässt sich eine solche ideelle Identität nicht einfach verordnen. Zudem setzt sich die Identität moderner Bürger oft aus mehreren Aspekten und Facetten zusammen.¹⁵⁸ Die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Nation ist nur eine Seite der individuellen Identität. Warum gerade dieser Aspekt bei demokratischen Entscheidungen an das Gemeinschaftsgefühl appellieren soll, erscheint wenig einsichtig. So gibt es in vielen Staaten trotz eines gemeinsamen nationalen Bandes schwere interne Konflikte, die auf religiösen, sozialen oder ethnischen Differenzen beruhen. Allein die gemeinsame nationale Identität ist somit für den Minderheitenschutz nicht ausreichend.

Zum anderen werden Minderheiten durch die Dynamik des politischen Prozesses zu einem gewissen Grade geschützt.¹⁵⁹ Wer heute in der Mehrheit ist, kann schon morgen in der Minderheit sein. Daher haben Mehrheiten immer auch Anreize, die Minderheit zu schonen und nicht übermäßig zu strapazieren, weil sie selbst einmal in der Minderheit sein können und dann ein ähnliches Entgegenkommen erwarten.¹⁶⁰ Allerdings setzt auch dieser Mechanismus ein gewisses Maß an Homogenität voraus. Aus themenbezogenen Minderheiten können schnell Mehrheiten werden, wenn sich die gesellschaftlichen Anschauungen im politischen Diskurs wandeln.

Minderheitenschutzes – wie hier dargelegt – nicht ausreichend. Leitet man diesen aus den individuellen Freiheitsrechten ab, ergibt sich ein selbständiges Schutzbedürfnis für Minderheiten.

¹⁵⁶ Vgl. *Weiler*, *Constitution*, 1999, S. 328, der auf die gemeinsamen semantischen Wurzeln von ‚Identität‘ und ‚identisch‘ hinweist.

¹⁵⁷ So explizit *Isensee*, in: FS Paul Mikat, 1989, 705 (708).

¹⁵⁸ *Weiler*, *Constitution*, 1999, S. 328–29.

¹⁵⁹ *Böckenförde*, in: Hdb StR II, 3. Aufl. 2004, § 24, Rn. 54. S. dazu auch *Lepsius*, in: *Beaud/Pasquino* (Hg.), *Gardien de la constitution*, 2007, 103 (120–21).

¹⁶⁰ *Lepsius*, *Der Staat* 52 (2013), 157 (169).

Definiert sich eine Minderheit jedoch durch bestimmte, nicht oder nur schwer veränderliche Charakteristika, ist die Chance, dass sie eines Tages zur Mehrheit wird, gering. Insofern hat auch das Sanktionspotential der möglicherweise wechselnden Mehrheit allenfalls eine marginale Wirkung. Bürger muslimischen Glaubens werden in den Staaten Westeuropas oder Nordamerikas in absehbarer Zeit aufgrund der Größe ihrer Gruppe ebenso wenig politische Mehrheiten organisieren können wie Menschen mit gleichgeschlechtlicher sexueller Orientierung.¹⁶¹ Sicherlich kann sich die Anschauung dieser Gruppen durch die Mehrheitsgesellschaft ändern – bis dies allerdings geschieht, können die Interessen dieser Gruppen nicht allein durch den politischen Prozess geschützt werden.

Natürlich ist nicht jede Minderheit schützenswert. Jeremy Waldron unterscheidet zwischen entscheidungsbezogenen („*decisional*“) und themenbezogenen („*topical*“) Minderheiten.¹⁶² Dass entscheidungsbezogene Minderheiten in einer Demokratie ihren Willen nicht durchsetzen können, ist dem System inhärent. Wenn politische Auffassungen miteinander in Konflikt geraten, brauchen wir eine Entscheidungsregel, die diesen Konflikt auflöst, und diese Entscheidungsregel ist in der Demokratie das Mehrheitsprinzip. Dass der Wille der Minderheit nicht berücksichtigt wurde ist insofern normativ nicht grundsätzlich problematisch.¹⁶³

Problematisch können zwei Dinge sein: Zum einen kann es auch in demokratischen Verfahren passieren, dass die Rechte der Minderheit weiter eingeschränkt werden, als dies zur Verfolgung der Interessen der Mehrheit notwendig wäre. Grundsätzlich sollten die Dynamik des politischen Prozesses und die Möglichkeit der Minderheit, zur Mehrheit zu werden, gegen solche ‚unnötig‘ starken Freiheitseingriffe schützen, eine absolute Garantie ist das jedoch nicht. Mögliche Sanktionen verringern allein die Wahrscheinlichkeit, dass ein bestimmtes Verhalten auftritt, sie können dieses jedoch nicht vollständig verhindern.

Zum anderen kann es auch passieren, dass die entscheidungs- und die themenbezogenen Minderheiten zusammenfallen. Wenn eine spezifische gesellschaftliche Gruppe von vornherein nur über eine Minderheit an Stimmen verfügt, dann kann sie ihre Interessen nicht über den politischen Prozess durchsetzen. In diesem Fall ist die Legitimität der Mehrheitsentscheidung normativ problematisch.¹⁶⁴ Entscheiden zwei Wölfe und ein Schaf durch Mehrheitsent-

¹⁶¹ A.A. *Tushnet*, *Taking the Constitution*, 1999, S. 159, der glaubt, dass Minderheiten durch die Fähigkeit, Koalitionen zu bilden, ausreichend geschützt seien. Vgl. dazu aber bereits oben, Fn. 52.

¹⁶² *Waldron*, Yale L. J. 115 (2006), 1346 (1397).

¹⁶³ *Waldron*, Yale L. J. 115 (2006), 1346 (1398).

¹⁶⁴ *Sartori*, *Demokratiethorie*, 2006, S. 143–48. Ähnlich auch *Somek*, *Rechtliches Wissen*, 2006, S. 153. S. schließlich *Engel*, *Rechtstheorie* 32 (2001), 23 (35), der zeigt, das Abstimm-

scheidung darüber, was es zum Abendessen geben soll, ist nicht einsichtig, warum die bloße Mehrheit der Stimmen ausschlaggebend sein soll.¹⁶⁵

Nun gibt es grundsätzlich zwei Möglichkeiten, Minderheitenschutz auszugestalten. Zunächst scheint es nahe liegend zu sein, Minderheitenschutz als Gruppenschutz anzusehen. Dann würden wir nicht in erster Linie individuelle Freiheit, sondern vor allem die kollektive Autonomie von bestimmten Gruppen schützen.¹⁶⁶ Das setzt jedoch voraus, dass wir definieren können, was eine schützenswerte Minderheit ist. Es mag beispielsweise in unserem Gemeinwesen Bürger geben, die glauben, dass unsere Gesellschaft am besten durch sozialistische Grundsätze organisiert wäre. Diese Auffassung zu äußern, ist in den Grenzen des Art. 21 GG sicherlich noch schützenswert. In die Tat umgesetzt werden kann sie allerdings allein durch den politischen Prozess. Solange die Verfechter des Sozialismus keine Mehrheit finden, ist es nicht Aufgabe des Verfassungsgerichts, sie bei ihrem Vorhaben unter dem Aspekt des Minderheitenschutzes zu unterstützen.

In der US-amerikanischen Rechtswissenschaft wird bei dieser Frage oft auf die *Caroline Products* Entscheidung Bezug genommen, die in einem *obiter dictum* zum Ausdruck bringt, dass

„prejudice against *discrete and insular minorities* may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry“.¹⁶⁷

Danach bedürfen also klar abgrenzbare und isolierte Minderheiten eines besonderen Schutzes. Was ist jedoch darunter zu verstehen? Auch unsere Sozialisten sind wahrscheinlich eine klar abgrenzbare und isolierte Minderheit, ohne dass sie in besonderem Maß schutzbedürftig sind.

Nun könnte man auf die Idee kommen, nur solche Minderheiten als schützenswert anzusehen, die sich aufgrund unveränderlicher Charakteristika definieren. Minderheiten aufgrund von Hautfarbe, Herkunft oder Geschlecht wären danach schutzbedürftig, Minderheiten aufgrund der politischen Auffassung allerdings nicht. Allerdings ist dieser Abgrenzungsversuch nicht unproblematisch.¹⁶⁸ Zwar ist Änderbarkeit grundsätzlich ein binäres Kriterium. Es hat jedoch auch eine graduelle Komponente. Bestimmte Merkmale können schwerer

mungen lediglich ein konsentierter Mechanismus sind, Ideen in Stimmen zu übersetzen, was jedoch nicht den Schluss zulässt, dass das Gemeinwohl immer automatisch das Ergebnis einer Abstimmung ist.

¹⁶⁵ Anthony d’Amato, Diskussionsbeitrag bei einer Konferenz zu Legitimacy in International Law, die am 13./14. Juni 2006 in Heidelberg abgehalten wurde. Die Diskussion ist abgedruckt in Wolfrum/Röben (Hg.), *Legitimacy*, 2008, 93 (106).

¹⁶⁶ Zu dieser Unterscheidung s. *Engel*, in: Hdb GR II, 2006, § 33, Rn. 15.

¹⁶⁷ *Caroline Products* (Fn. 85), 152 (Fn. 4) (Hervorhebung hinzugefügt).

¹⁶⁸ Ausführlich *Ely*, *Democracy & Distrust*, 1980, S. 150–55.

oder leichter änderbar sein. Außerdem ist die Beibehaltung bestimmter Merkmale teilweise gerade Anknüpfungspunkt normativen Schutzes. So hindert mich beispielsweise grundsätzlich niemand daran, meine Religion oder meine moralischen und politischen Überzeugungen zu ändern. Dennoch stufen wir diese Gruppen deswegen intuitiv nicht als nicht schutzwürdig ein. Vielmehr zielen Grundrechte wie die Religions- oder die Meinungsfreiheit, die Grundpfeiler fast aller liberalen Gemeinwesen sind, gerade darauf ab, dass die Änderung dieser Merkmale aufgrund staatlichen Zwangs normativ nicht erwünscht ist.

Insofern erscheint es unmöglich, abstrakt schutzwürdige von nicht schutzwürdigen Minderheiten abzugrenzen. Damit scheidet jedoch auch das Konzept des Minderheitenschutzes als Gruppenschutz. Wenn man schutzwürdige Minderheiten nicht abstrakt bestimmen kann, kann man nicht ausmachen, welche Gruppen normativ schutzbedürftig sind. Die Alternativlösung besteht darin, Minderheitenschutz als Individualschutz auszugestalten. Auch hier spielt das Konzept der Minderheit noch eine wichtige rechtfertigende Funktion. Allerdings wird die Minderheit nicht statisch, sondern dynamisch bestimmt. Die Definition der schutzwürdigen Minderheit hängt jeweils von den Umständen des konkreten Einzelfalls und von unserem normativen Vorverständnis ab.

Um die schutzwürdigen Fälle ein wenig einzugrenzen, wenden wir uns den Gefahren, die Minderheiten im politischen Prozess drohen, näher zu. Es bestehen insgesamt drei verschiedene Arten von Gefahren. Erstens kann es passieren, dass die politische Mehrheit die Kosten, die eine Maßnahme der Minderheit auferlegt, absichtlich nicht berücksichtigt, weil die Minderheiteninteressen politisch nicht ausreichend repräsentiert sind. Wenn die Mehrheit Minarette verbietet, dann sind die Kosten für die betroffenen Gläubigen in der Regel höher als der Nutzen der Mehrheitsbevölkerung, die in den Minaretten ein religiös-politisches Machtsymbol des Islam sieht und sich dadurch in ihrer kulturellen Vorherrschaft bedroht fühlt.

Zweitens können Maßnahmen auf falschen Stereotypen beruhen.¹⁶⁹ Wenn sich in einer Gesellschaft der Glaube verfestigt, dass von Rothaarigen eine besondere kriminelle Gefahr ausgeht, kann dies dazu führen, dass diese einer verstärkten staatlichen Überwachung und besonderen Repressionen unterliegen. Das ist jedoch zumindest dann problematisch, wenn es sich lediglich um ein Vorurteil ohne tragfähige empirische Basis handelt. Schließlich kann es drittens passieren, dass die Mehrheit die Interessen der Minderheit einfach nicht kennt und deswegen nicht berücksichtigt. So kann eine gesetzgeberische Maßnahme einer bestimmten gesellschaftlichen Gruppe hohe Kosten aufbürden, ohne dass dies dem Gesetzgeber bewusst ist.

Nun mag es im Einzelfall schwer zu bestimmen sein, ob sich in einer gesetzgeberischen Maßnahme eine dieser spezifischen Gefahren verwirklicht hat.

¹⁶⁹ *Ely*, *Democracy & Distrust*, 1980, S. 153.

Eine diskriminierende Intention oder falsche Stereotypen lassen sich oft schwer nachweisen.¹⁷⁰ Das bedeutet jedoch nicht, dass unsere Klassifizierung wertlos ist. Wenn wir die diskriminierende Intention nicht direkt beobachten können, können wir möglicherweise auf Indizien zurückgreifen, die darauf hinweisen, ob sich eine der identifizierten Gefahren verwirklicht hat.

Eine mögliche Lösung des Problems liegt in der Formalisierung des Grundrechtsschutzes. Verfassungsgerichte überprüfen nicht, ob im Einzelfall Minderheiten benachteiligt worden sind. Sie prüfen vielmehr, ob ein Grundrecht verletzt worden ist. Einige der Grundrechte identifizieren dabei Lebensbereiche, in denen – nach historischer Erfahrung – typischerweise die Gefahr besteht, dass Minderheiten diskriminiert und ihre Interessen unzureichend berücksichtigt werden. Am deutlichsten wird dies in Art. 3 III GG. Wenn eine staatliche Regelung nach der Rasse, der Herkunft, dem Geschlecht oder dem Glauben differenziert, dann ist die Wahrscheinlichkeit, dass diese Differenzierung kein Gemeinwohlziel verfolgt, sondern absichtlich diskriminiert, besonders groß.¹⁷¹

Auch die Religionsfreiheit schützt einen Sachbereich, in dem typischerweise die Gefahr besteht, dass Minderheiten benachteiligt werden. Ähnliches kann man für die Meinungs-, Presse-, Kunst- und Wissenschaftsfreiheit sagen. Diese Freiheiten wollen gerade auch Minderheitenpositionen schützen – die Mehrheitsmeinung braucht selten den institutionellen Schutz von Grundrechten, um gehört zu werden. Schließlich sollen die Art. 10 und 13 GG Schutz vor staatlicher Überwachung gewährleisten. Eine staatliche Überwachung muss nicht zwingend Minderheiten treffen. Allerdings richten sich die Maßnahmen oft gegen Verdächtige von Straftaten – eine Gruppe, die im politischen Prozess regelmäßig unterrepräsentiert ist.

Der Minderheitenschutz unter dem Grundgesetz ist somit ein indirekter. Es werden typische Fallkonstellationen identifiziert, bei denen die Gefahr einer Benachteiligung von Minderheiten besonders groß ist, ohne dass das Ver-

¹⁷⁰ Ely, *Democracy & Distrust*, 1980, S. 138.

¹⁷¹ Eine Parallele findet die hier entwickelte funktionale Auffassung des Grundrechtsschutzes in der *ratio*, die hinter der Abstufung der Kontrolldichte im amerikanischen Verfassungsrecht steht. Zu dieser Abstufung s. Siegel, *Am. J. Legal Hist.* 48 (2006), 355; Winkler, *Vand. L. Rev.* 59 (2006), 793; Fallon, *U.C.L.A. L. Rev.* 54 (2007), 1267; Sullivan/Frase, *Proportionality in American Law*, 2009, S. 53–66. Am stärksten ist die Kontrolldichte in der sogenannten *strict scrutiny*. Demgegenüber besteht jeweils eine schwächere Kontrolldichte in der *intermediate scrutiny* und beim *rational basis test*. Die Einordnung in die verschiedenen Kontrollkategorien bestimmt sich dabei nach dem Differenzierungsmerkmal. So greift der Supreme Court bei einer Differenzierung nach der Hautfarbe auf die *strict scrutiny* zurück, während eine Differenzierung nach Geschlechtsmerkmalen eine *intermediate scrutiny* auslöst, s. Fallon, *U.C.L.A. L. Rev.* 54 (2007), 1267 (1298); Mathews/Stone Sweet, *Emory L.J.* 60 (2011), 102 (154). Die Logik hinter der abgestuften Kontrolldichte ist, dass die Gefahr illegitimer Motive bei einer Differenzierung nach Geschlecht oder Hautfarbe deutlich höher ist, als bei einer Differenzierung nach Qualifikation oder physischer Leistungsfähigkeit, s. Ely, *San Diego L. Rev.* 15 (1978), 1155 (1157); Sunstein, *Supr. Ct. Rev.* 1982 (1982), 127 (140).

fassungsgericht im Einzelfall prüft, ob tatsächlich Minderheitenrechte verletzt worden sind. Das bedeutet auch, dass Grundrechte nicht immer nur Minderheiten schützen.¹⁷² Zwar dient die Religionsfreiheit historisch in erster Linie dem Schutz religiöser Minderheiten. Auf sie können sich aber auch Angehörige der Mehrheitsreligionen berufen. Der Minderheitenschutz dient allein der Rechtfertigung der Grundrechte. In der Umsetzung können sich auch Mitglieder der Mehrheitsgesellschaft auf Grundrechte berufen. Allerdings ist deren Schutz allein ein reflektorischer.

c. Schutz der indifferenten Mehrheit vor Klientelpolitik

Eine zweite Gefahr, die von demokratischen Prozessen ausgeht, zielt in die entgegengesetzte Richtung. Der politische Prozess kann nicht nur zu einer Tyrannei der Mehrheit, sondern auch zu einer Dominanz der Minderheit führen.¹⁷³ Der politische Prozess erschöpft sich nicht allein in dem freien Austausch von Argumenten im politischen Diskurs, an dessen Ende eine Entscheidung steht, die im Idealfall zugunsten der besseren Argumente ausfällt.¹⁷⁴ Vielmehr wirken auf diesen auch Interessengruppen ein, die versuchen, bestimmte Themen auf die politische Agenda zu setzen und politische Entscheidungen in ihrem Sinne zu beeinflussen.¹⁷⁵ Einige empirische Studien zeigen, dass Parlamente für diese Form der Einflussnahme durchaus anfällig sind.¹⁷⁶

Diese Einflussnahme kann unterschiedlich aussehen.¹⁷⁷ Zum einen können Wirtschaftsakteure durch Parteispenden versuchen, auf die politische Agenda der Parteien einzuwirken. Weiterhin sind Lobbygruppen oft wichtige Informationsquellen, wenn Politikern in bestimmten Sachbereichen die notwendigen Detailinformationen fehlen. Durch die Aufbereitung der Informationen können die Lobbygruppen ebenfalls Einfluss auf das politische Programm nehmen. Schließlich können einige Interessengruppen durch ihr Verhalten das Wählerverhalten beeinflussen. Arbeitgeber können mit Massenentlassungen drohen, während die Gewerkschaften Wahlempfehlungen an ihre Mitglieder geben können.

Lobbying ist nicht grundsätzlich normativ verwerflich. Der politische Prozess ist darauf angewiesen, durch gesellschaftliche Akteure über Probleme und Spezifika der jeweiligen Politikfelder informiert zu werden. Problematisch ist allerdings, dass Anreize und Ressourcen beim Lobbying oft asymmetrisch ver-

¹⁷² Möllers, in: Jestaedt u.a. (Hg.), *Das entgrenzte Gericht*, 2011, 281 (342).

¹⁷³ Grundlegend Olson, *Collective Action*, 1965.

¹⁷⁴ S. Engel, *Rechtstheorie* 32 (2001), 23 (26), der von der *Utopie* des herrschaftsfreien Diskurses spricht.

¹⁷⁵ Instrukтив Miller, *Cal. L. Rev.* 77 (1989), 83.

¹⁷⁶ S. Stratman, *S. Econ. J.* 57 (1991), 606; Langbein, *Public Choice* 77 (1993), 551; Baldwin/Magee, *Public Choice* 105 (2000), 79.

¹⁷⁷ S. v. Arnim, *Gemeinwohl*, 1977, S. 136–41.

teilt sind. Je stärker sich eine Gruppe für ein bestimmtes Thema engagiert und je mehr Ressourcen sie in Lobbymaßnahmen steckt, desto höher ist die Wahrscheinlichkeit, dass ihre Interessen im politischen Prozess Gehör finden.¹⁷⁸ Wenn eine bestimmte Entscheidung für eine kleine Gruppe große Vorteile verspricht, während sie der großen Mehrheit individuell nur geringe Nachteile auferlegt, dann hat die betroffene Minderheit große Anreize, für ihre Sache zu werben.¹⁷⁹ Der Mehrheit werden diese Anreize dagegen regelmäßig fehlen.

So profitieren von Subventionen in vielen Fällen nur kleine Gruppen, während sie allen Steuerzahlern zur Last fallen. Diese Last ist für den Einzelnen bei einer bestimmten Subvention jedoch so gering, dass er keine Anreize hat, Lobbying gegen die Subvention zu betreiben – selbst dann, wenn diese volkswirtschaftlich keinen Sinn macht.¹⁸⁰ Weiterhin hat die Minderheit, die von den Subventionen profitiert, eine starke Motivation, ihre Wahlentscheidung von der Subventionsentscheidung abhängig zu machen, während die Mehrheit dies kaum tun wird, da es oft andere Themen gibt, die für sie wichtiger sind. Insofern haben Politiker starke Anreize, auf die Bedürfnisse der gut organisierten Minderheiten einzugehen. Dadurch sichern sie sich zu einem gewissen Grade deren Loyalität, ohne große Sanktionen durch die nachteilig betroffene Mehrheit fürchten zu müssen.

Nun gibt es in der Verfassung kein direktes Verbot von Klientelpolitik. Dennoch ist es möglich, dieses Problem grundrechtsdogmatisch zu erfassen.¹⁸¹ Wie bei der Konkretisierung des Minderheitenschutzes ist ein direkter Zugang zu dem Problem schwierig. Zum einen ist Lobbying zumeist intransparent. Insofern ist es fast unmöglich zu bestimmen, inwieweit welche gesetzgeberischen Entscheidungen auf den Einfluss von Interessengruppen zurückgehen. Zu-

¹⁷⁸ Zusätzlich hängt die Erfolgswahrscheinlichkeit von Lobbying-Maßnahmen auch von der institutionellen Struktur des politischen Prozesses ab, s. dazu *Immergut*, J. Publ. Pol. 10 (1990), 391; *dies.*, Health Politics, 1992, S. 226–44.

¹⁷⁹ Vgl. *Olson*, Collective Action, 1965, S. 28, dem zufolge kleine Gruppen beim Lobbying effizienter sind als große Gruppen.

¹⁸⁰ Vgl. zu letzterem *Denzau/Munger*, APSR 80 (1986), 89 (103).

¹⁸¹ S. dazu ausführlich *Petersen*, I.CON 12 (2014), i.E. Insbesondere in der US-amerikanischen Verfassungsrechtsliteratur haben einige Autoren für eine gerichtliche Kontrolle von Klientelpolitik plädiert. S. insbesondere *Sunstein*, Supr. Ct. Rev. 1982 (1982), 127; *dies.*, Col. L. Rev. 84 (1984), 1689; *dies.*, Stan. L. Rev. 38 (1985), 29; *Epstein*, U. Chi. L. Rev. 51 (1984), 703. S. auch *Chemerinsky*, Harv. L. Rev. 103 (1989), 43 (78–81), der durch das Phänomen der Interessenpolitik einen intensiveren gerichtlichen Kontrollmaßstab für Gesetze zu rechtfertigen versucht; *Mashaw*, Tul. L. Rev. 54 (1980), 849 (874–75), der dafür plädiert, dass Gerichte legislatives Versagen direkt kontrollieren sollen. S. aber auch die Kritik an diesem Ansatz bei *Elhauge*, Yale L. J. 101 (1991), 31. In der deutschen Literatur gibt es in erster Linie den Vorschlag von Hans-Herbert von Arnim, der in seiner Habilitationsschrift vorgeschlagen hat, die soziale Dimension der Grundrechte und den Gleichheitssatz dazu zu nutzen, Steuern und Subventionen auf ihre soziale Schädlichkeit hin zu überprüfen, s. v. *Arnim*, Gemeinwohl, 1977, S. 285–303.

dem ist Lobbying nicht *per se* problematisch.¹⁸² Zum Problem wird es vielmehr dann, wenn der Gesetzgeber eine Maßnahme gerade *wegen* des Drucks von Interessengruppen erlässt.¹⁸³ Die Intention des Gesetzgebers werden Gerichte jedoch selten beobachten können.¹⁸⁴ Und selbst wenn sie einen entsprechenden Verdacht haben, werden sie zurückhaltend sein, diesen zu äußern, da sie letztlich auf die Kooperation mit der Politik angewiesen sind.¹⁸⁵

Die Lösung liegt auch hier in der Formalisierung des Grundrechtsschutzes. So können etwa die Berufsfreiheit und die Eigentumsgarantie als Grundrechte verstanden werden, die Individuen gegen Klientelpolitik schützen sollen.¹⁸⁶ Dabei gibt es insbesondere zwei Indizien, die auf Klientelpolitik hindeuten können.¹⁸⁷ Wenn die gesetzgeberische Maßnahme nicht ausreichend auf das gesetzgeberische Ziel abgestimmt ist, dann deutet dies darauf hin, dass der Gesetzgeber auch andere Ziele verfolgt hat als die, die er zu verfolgen vorgibt.¹⁸⁸ Wenn beispielsweise eine Maßnahme zur Erreichung eines bestimmten Ziels nicht erforderlich ist, dann kann das daran liegen, dass die Maßnahme auch ein Nebenziel hatte – nämlich die Befriedigung von Spezialinteressen. Ein zweites Indiz ist die gesetzgeberische Inkonsistenz. Wenn der Gesetzgeber bei der Umsetzung eines politischen Ziels nicht konsistent oder kohärent ist, kann dies ebenfalls darauf hindeuten, dass auch Nebenziele verfolgt worden sind.¹⁸⁹

Die Schutzfunktion gegen Klientelpolitik hat also auch in diesem Bereich maßstabsleitende Funktion. Sie kann Rechtfertigung für dogmatische Figuren wie die Folgerichtigkeitsprüfung oder bestimmte Ausprägungen der Erforderlichkeit sein. So ist die Figur der Folgerichtigkeit teilweise kritisiert worden, weil sie die Wirkungsweise des politischen Prozesses nicht ausreichend berücksichtigt.¹⁹⁰ Diese Rücksichtnahme auf den Verhandlungscharakter des politischen Prozesses muss jedoch dort eine Grenze finden, wo die bevorzugte Berücksichtigung von Spezialinteressen Folge dieser Wirkungsweise ist. Zudem wirken sich die funktionalen Überlegungen auch hier auf die Reichweite des

¹⁸² *Meßerschmidt*, *Legisprudence* 6 (2012), 347 (376).

¹⁸³ *Petersen*, *I.CON* 12 (2014), i.E.

¹⁸⁴ *Ely*, *Democracy & Distrust*, 1980, S. 138.

¹⁸⁵ S. zu letzterem noch unten, § 4 I 1.

¹⁸⁶ Vgl. auch *Epstein*, *U. Chi. L. Rev.* 51 (1984), 703, der Schutz gegen Klientelpolitik aus der Eigentumsfreiheit herleiten möchte. Fragwürdig ist aus diesem Grund die Forderung von *Lepsius*, *Der Staat* 52 (2013), 157 (183), die politischen Grundrechte stärker zu schützen als die wirtschaftlichen Grundrechte.

¹⁸⁷ S. dazu *Petersen*, *I.CON* 12 (2014), i.E.

¹⁸⁸ *Schauer*, in: *Huscroft u.a. (Hg.), Proportionality*, 2014, 173 (181–82). S. auch *Meßerschmidt*, in: *FS Michael Kloepfer*, 2013, 811 (849), der das Verhältnismäßigkeitsprinzip ebenfalls als Instrument zur Identifizierung von „special interest legislation“ sieht.

¹⁸⁹ S. *Petersen*, *AÖR* 138 (2013), 108 (117–19).

¹⁹⁰ S. nur *Lepsius*, *JZ* 2009, 260 (262); *Dann*, *Der Staat* 49 (2010), 630 (640); *Möllers*, in: *Jestaedt u.a. (Hg.), Das entgrenzte Gericht*, 2011, 281 (399); *Cornils*, *DVBl.* 2011, 1053 (1058–59); *Grzeszick*, *VVDStRL* 71 (2012), 49.

gesetzgeberischen Einschätzungsspielraums aus. Ein solcher Einschätzungsspielraum ist umso weniger gerechtfertigt, je stärker die Gefahr von Klientelpolitik ist.

*d. Verfassungsgerichte als Garanten demokratischer
Entscheidungsverfahren*

Verfassungsgerichte spielen weiterhin eine wichtige Rolle als Garanten demokratischer Entscheidungsverfahren. Zum einen bedarf es einer formalen Kontrolle, dass die für ein Entscheidungsverfahren aufgestellten Regeln auch tatsächlich eingehalten worden sind, um Manipulationen des Entscheidungsverfahrens zu verhindern.¹⁹¹ Zum anderen geht es um die Formulierung der Regeln des demokratischen Prozesses selbst. Da diese Regeln durch die Akteure gesetzt werden, deren Verhalten reguliert werden soll, bedarf der Regelsetzungsprozess einer externen Kontrolle.

Wir haben gesehen, dass die Verantwortlichkeit der politischen Akteure ein zentrales Charakteristikum von Demokratie ist. Politiker handeln im öffentlichen Interesse, da sie ansonsten fürchten müssen, bei den nächsten Wahlen Stimmen zu verlieren oder gar abgewählt zu werden. Die Sanktionsdrohung der Abwahl ist jedoch nur unter drei Bedingungen effektiv: Erstens muss gewährleistet sein, dass alle Bürger die gleiche Chance haben, sich am politischen Prozess zu beteiligen. Zweitens müssen sich die Bürger über das Verhalten der Parteien und die Auswirkung von deren Politik informieren können. Drittens müssen die Bürger bei der Wahlentscheidung schließlich eine inhaltliche Alternative haben. Wenn alle maßgeblichen Parteien zu einer bestimmten Frage dieselbe Position vertreten, können sie zumindest für diese Position nicht sanktioniert werden.

Damit ist die erste Aufgabe von Verfassungsgerichten, die gleiche Beteiligung der Bürger am politischen Prozess zu gewährleisten.¹⁹² Das Recht auf gleiche Beteiligung am politischen Prozess haben natürlich nur alle Mitglieder der politischen Gemeinschaft. Ein Kanadier kann kaum das Recht beanspruchen, den US-amerikanischen Präsidenten zu wählen, so sehr ihn die Wahl auch indirekt betreffen mag. Das Hauptproblem ist allerdings die Definition der politischen Gemeinschaft, die Bestimmung derjenigen Personen, die in den Genuss gleicher Partizipationsrechte kommen. Dies kann etwa so komplexe Belange wie das Einbürgerungsrecht oder gestufte politische Teilhaberechte etwa bei der Delegation von Aufgaben an supranationale Organisationen betreffen. Eine einheitliche Antwort erscheint hier kaum möglich. Während in einigen Fällen, etwa möglichen Diskriminierungen bei der Anerkennung der Staats-

¹⁹¹ Möllers, *Gewaltengliederung*, 2005, S. 139.

¹⁹² Ely, *Democracy & Distrust*, 1980, S. 116–25; Möllers, in: Jestaedt u.a. (Hg.), *Das erweiterte Gericht*, 2011, 281 (334).

bürgerschaft, gerichtliche Kontrolle angebracht erscheint, ist in anderen eher gerichtliche Zurückhaltung geboten.¹⁹³

Des Weiteren muss das Verfassungsgericht die Kommunikationsgrundrechte der Bürger schützen.¹⁹⁴ Dadurch sollen diese sich nicht nur formal durch Wahlen am politischen Prozess beteiligen, sondern auch Beiträge zum politischen Diskurs machen können. Ohne einen offenen politischen Diskurs wird eine Bewertung der Leistung der politischen Eliten erheblich erschwert. Wenn ich weder über die konkreten Handlungen der politischen Eliten informiert werde, noch mir ein Bild über mögliche Alternativen machen kann, fällt es mir schwer zu entscheiden, ob die Regierung in der vergangenen Legislaturperiode eine Leistung erbracht hat, die eine Wiederwahl rechtfertigt.

Schließlich kommt Verfassungsgerichten in gewisser Hinsicht die Funktion von Wettbewerbsbehörden des politischen Prozesses zu.¹⁹⁵ Sie sollen verhindern, dass politische Parteien dort kolludieren, wo sie gleichgerichtete Interessen haben, die gleichzeitig den Interessen der Repräsentierten zuwiderlaufen.¹⁹⁶ Eine solche Divergenz zwischen den Interessen der politischen Eliten und der Allgemeinheit gibt es vor allem in zwei Bereichen.

Erstens haben die etablierten politischen Parteien Anreize, möglichst hohe Marktzutrittsbarrieren für neue Parteien zu errichten.¹⁹⁷ Dazu haben sie in erster Linie zwei Hebel.¹⁹⁸ Zum einen können sie den Zugang zum politischen Entscheidungsprozess erschweren und den Parteien somit die wichtigste Bühne zur Werbung für ihre politische Auffassung nehmen – die Vertretung im Parlament. Diese Zugangshürden können beispielsweise in Unterschriftenquoren für die Kandidatur zu Parlamentswahlen oder in Mindeststimmquoren für den

¹⁹³ Zu letzterem s. Möllers, in: Jestaedt u.a. (Hg.), *Das entgrenzte Gericht*, 2011, 281 (337).

¹⁹⁴ Ely, *Democracy & Distrust*, 1980, S. 105; Habermas, *Faktizität und Geltung*, 1992, S. 320.

¹⁹⁵ S. Morlok, in: FS Dimitris Tsatsos, 2003, 408 (421); Petersen, in: Baumgartner u.a. (Hg.), *Das letzte Wort*, 2014, 59. Es gibt eine reiche internationale und rechtsvergleichende Literatur, die sich mit der Kontrolle des politischen Wettbewerbs durch Gerichte beschäftigt. S. etwa Issacharoff/Pildes, *Stan. L. Rev.* 50 (1998), 643; Pildes, *Va. L. Rev.* 85 (1999), 1605; Issacharoff, *Harv. L. Rev.* 116 (2002), 593 (zu den USA); Pal, *McGill L.J.* 57 (2011), 299; Dawood, *Osgoode Hall L.J.* 51 (2013), 251 (zu Kanada); Choudhry, *Const. Ct. Rev.* 2 (2009), 1 (zu Südafrika); Issacharoff, *Am. J. Comp. L.* 62 (2014), i.E. (rechtsvergleichend zu Kolumbien, Südafrika und Thailand).

¹⁹⁶ Zu dieser Anreizstruktur s. Shapiro, *Democratic Theory*, 2006, S. 60–61; Towfigh, in: Schröder/Ungern-Sternberg (Hg.), *Weimarer Staatsrechtslehre*, 2011, 211 (222).

¹⁹⁷ S. Stolleis, *VVDStRL* 44 (1986), 7 (26–29); Issacharoff/Pildes, *Stan. L. Rev.* 50 (1998), 643; Shapiro, *Democratic Theory*, 2006, S. 61.

¹⁹⁸ Die beiden erwähnten Aspekte erheben keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Zudem hängen die Manipulationsmöglichkeiten auch von der Ausgestaltung des Wahlsystems ab. In den USA ist eine beliebte Form der Kartellisierung der politischen Landschaft das Bilden von sicheren Wahlkreisen, um in diesen politische Konkurrenz auszuschließen, das sog. gerrymandering; s. dazu Issacharoff, *Harv. L. Rev.* 116 (2002), 593.

Einzug ins Parlament bestehen.¹⁹⁹ Zum anderen können sie die Mittel der staatlichen Parteienfinanzierung ungleich verteilen und so den kleinen Parteien eine angemessene finanzielle Ausstattung, die es diesen ermöglicht, effektiv für ihre Themen zu werben, erschweren.

Zweitens besteht die Gefahr, dass politische Akteure sich in zu großem Ausmaß staatliche Privilegien zuteilen.²⁰⁰ So haben Abgeordnete einen Anreiz, sich eine möglichst hohe Remuneration zu gewähren. Gleichzeitig wäre es im Interesse der Allgemeinheit, die Diäten in einer Höhe festzusetzen, so dass talentierte junge Menschen ausreichend Anlass haben, sich für die Politik als berufliche Karriere zu entscheiden. Ein ähnliches Problem besteht auch bei den staatlichen Parteisubventionen. Auch hier haben die Parteien Anreize, sich mehr staatliche Mittel zuzuteilen, als zur Erreichung des mit diesen Subventionen verfolgten Zwecks notwendig wäre.

In all diesen Fällen geht es um das geeignete Maß.²⁰¹ Unterschriften- und Mindeststimmquoten spielen im politischen Prozess eine wichtige Funktion. Auch für die staatliche Subvention von Parteien und Abgeordneten kann man vernünftige Gründe finden, sollen diese in der Regel die Unabhängigkeit der Politik von wirtschaftlichen Kräften sichern. Allerdings besteht die Gefahr, dass diese Regulierungsinstrumente missbraucht werden. Wahlen bieten für diesen Missbrauch nur eine unzureichende Kontrolle. Zum einen bestehen Informationsasymmetrien zwischen Politikern und Wählern.²⁰² Zum anderen haben die Wähler oft nur begrenzte Wahlalternativen, wenn die etablierten Parteien in dieser Hinsicht miteinander kooperieren.

Insoweit kommt dem Verfassungsgericht eine Kontrollfunktion des politischen Prozesses zu. Dieses funktionale Verständnis der Rolle des Verfassungsgerichts hat dabei eine maßstabsbildende Funktion bei der Entwicklung der Dogmatik.²⁰³ Im deutschen Kontext sind die grundlegenden Verfassungsnormen zur Kontrolle des politischen Prozesses die Art. 3 und 21 GG. Aus diesen hat das Bundesverfassungsgericht drei dogmatische Leitprinzipien entwickelt – das Prinzip der Chancengleichheit, das Prinzip der Staatsfreiheit politischer Parteien sowie das Transparenzprinzip.²⁰⁴ Keines dieser Prinzipien hat

¹⁹⁹ S. Zimmer, DÖV 1985, 101 (102); Grimm, in: Hdb VerFR, 1994, § 14, Rn. 43; Morlok, in: FS Dimitris Tsatsos, 2003, 408 (435); Puhl, in: FS Josef Isensee, 2007, 441 (449–50); Krajewski, DÖV 2008, 345 (348).

²⁰⁰ v. Arnim, Abgeordnetenentschädigung, 1975, S. 72. Diese Privilegien müssen nicht unbedingt finanzieller Art sein. Ein weiteres Problem ist beispielsweise die Patronage öffentlicher Ämter durch politische Parteien, s. dazu Stolleis, VVDStRL 44 (1986), 7 (23–26).

²⁰¹ Pildes, Va. L. Rev. 85 (1999), 1605 (1614).

²⁰² Towfigh, in: Schröder/Ungern-Sternberg (Hg.), Weimarer Staatsrechtslehre, 2011, 211 (230).

²⁰³ Petersen, in: Baumgartner u.a. (Hg.), Das letzte Wort, 2014, 59 (78).

²⁰⁴ Petersen, in: Baumgartner u.a. (Hg.), Das letzte Wort, 2014, 59 (66).

eine starke textliche Verankerung in der Verfassung.²⁰⁵ Zudem wirkt sich die funktionale Perspektive auf die Kontrolldichte aus. Aufgrund der bestehenden Anreizstrukturen ist es gerechtfertigt, bei der Kontrolle des politischen Prozesses dem Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers enge Grenzen zu ziehen.²⁰⁶

e. Korrektur externer Effekte

Schließlich vernachlässigt der politische Prozess bei Entscheidungen, die externe Effekte haben, systematisch bestimmte Interessen. Externe Effekte entstehen dann, wenn die Auswirkungen einer Entscheidung auch Personen betreffen, die nicht zumindest indirekt an der Entscheidung beteiligt waren. Bei Kollektiventscheidungen kommt es oft vor, dass Kosten und Nutzen einer Entscheidung auseinanderfallen. Immissionsvorschriften, die Umweltstandards einfordern, erlegen den Betreibern von Industrieanlagen Kosten auf und nutzen der gesamten Gesellschaft, da sie für sauberere Luft oder saubereres Wasser sorgen. Vorschriften, nach denen das Pendeln zur Arbeitsstätte steuerlich abzugsfähig ist, belasten die Gesellschaft mit Kosten, da sie die Einnahmen des Staates verringern und umweltschädliche Anreize setzen. Sie nutzen aber allein den Pendlern.

Solche Entscheidungen können problematisch sein, wenn die Gruppe, die die Hauptkosten einer Entscheidung trägt, eine Minderheit ist, die im Entscheidungsprozess nicht ausreichend Gehör gefunden hat. Mit dieser Frage haben wir uns bereits in einem der vorherigen Abschnitte beschäftigt.²⁰⁷ Es kann jedoch auch passieren, dass die Kosten von einer Gruppe getragen werden, die an dem Entscheidungsprozess gar nicht beteiligt gewesen ist. Solche externen Effekte können in zweierlei Hinsicht auftreten: zum einen in räumlicher, zum anderen in zeitlicher Hinsicht.

In räumlicher Hinsicht entstehen externe Effekte, wenn die Entscheidung bei Gruppen Kosten verursacht, die nicht Teil der politischen Gemeinschaft sind. Wird etwa ein Kohlekraftwerk bei vorherrschenden Ostwinden an der westlichen Landesgrenze gebaut, bekommen die westlichen Nachbarn einen wesentlichen Teil der Verschmutzung durch das Kraftwerk zu spüren, ohne am Nutzen zu partizipieren oder irgendeinen Einfluss auf die Entscheidung gehabt zu haben. Für die Politik ist es verlockend, Entscheidungen zu treffen, bei denen ein Großteil der Kosten auf Personen abgewälzt wird, die auf die Zusammen-

²⁰⁵ S. *Issacharoff/Pildes*, Stan. L. Rev. 50 (1998), 643 (691).

²⁰⁶ v. *Arnim*, Abgeordnetenentschädigung, 1975, S. 74; *Häberle*, NJW 1976, 537 (542–43); *Bryde*, Verfassungsentwicklung, 1982, S. 328; *Petersen*, in: Baumgartner u.a. (Hg.), Das letzte Wort, 2014, 59 (61). A.A. dagegen *Schmitt Glaeser*, in: FS Klaus Stern, 1997, 1183 (1192–98); *Klein*, in: MD-GG, 34. Lfg. 1998, Art. 48, Rn. 153, 172, 181, die argumentieren, dass dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der politischen Prozesse ein besonders weiter Einschätzungsspielraum zukommen müsse.

²⁰⁷ S. oben, § 1 II 2 b.

setzung der politischen Elite keinen Einfluss und somit auch kein Sanktionspotential haben.²⁰⁸

Allerdings ist zweifelhaft, ob Verfassungsgerichte die geeigneten Akteure sind, diese externen Effekte zu korrigieren. Probleme, die mehr als einen Staat betreffen, wird man besser durch internationale Kooperation lösen können als einseitig durch die Intervention der nationalen Verfassungsgerichtsbarkeit.²⁰⁹ Das bedeutet allerdings auch, dass Verfassungsgerichte diesen legitimationsfördernden Aspekt internationaler Kooperation im Blick haben sollten, wenn sie die Verlagerung von Hoheitsgewalt auf die internationale Ebene beurteilen. Der Verlust nationaler Hoheits- und parlamentarischer Entscheidungsgewalt ist als alleiniger Maßstab insofern unzureichend.²¹⁰

Bei den temporalen externen Effekten könnten die Verfassungsgerichte möglicherweise eine größere Rolle spielen.²¹¹ Temporale externe Effekte entstehen vor allem dann, wenn Entscheidungen auf Kosten zukünftiger Generationen getroffen werden, wenn eine Entscheidung also unmittelbar positive Effekte hat, die Kosten aber erst Jahre oder Jahrzehnte später fällig werden. Beispiele finden sich vor allem im finanz- und umweltpolitischen Bereich. Eine Regierung, die heute Schulden macht, kann von dem Geld Projekte finanzieren, die ihr zusätzliche Wählerstimmen einbringt. Wenn die Schulden fällig werden, sind die verantwortlichen Politiker möglicherweise gar nicht mehr in der Politik, so dass ihnen die negativen Effekte nicht mehr angelastet werden können.²¹²

Ähnliches gilt in der Umweltpolitik, wo Emissionen sehr langfristige Effekte haben, so dass umwelt- oder klimapolitische Maßnahmen erst in Jahrzehnten positive Auswirkungen haben werden. Viele der Wähler, die heute über die Zusammensetzung der Regierung entscheiden, werden dann möglicherweise nicht mehr leben. Gleichzeitig haben die Bürger, die die Folgen der umweltpolitischen Maßnahmen (oder deren Unterlassung) in 20 oder 30 Jahren spüren, heute oft noch keine Stimme, wenn sie überhaupt bereits geboren sind.

Insofern könnten Verfassungsgerichte zukünftige Generationen schützen, indem sie mögliche Fehlentwicklungen des politischen Prozesses in dieser Hinsicht korrigieren.²¹³ Allerdings ist auch diese Rolle nicht unproblematisch. Gerade

²⁰⁸ *Towfigh/Petersen*, *Ökonomische Methoden*, 2010, S. 147–48.

²⁰⁹ Zu den Grenzen unilateralen Handelns zur Lösung globaler Umweltprobleme s. *Engel*, in: FS Ulrich Drobnig, 1998, 247 (265). S. aber auch *Benvenisti*, *AJIL* 102 (2008), 241, der zeigt, dass Gerichten in einigen Fällen durch kooperatives Verhalten gelingt, solche Probleme kollektiven Handelns zu adressieren.

²¹⁰ S. *Bryde*, in: Blanke (Hg.), *Demokratie und Grundgesetz*, 2000, 59 (65); *Petersen*, *ZaöRV* 64 (2004), 429 (456–57).

²¹¹ S. auch *Engel*, in: Engel/Héritier (Hg.), *Politics and Law*, 2003, 285 (305–06).

²¹² Ähnlich *Glaser*, *Nachhaltige Entwicklung*, 2006, S. 331–32. S. auch *Haltern*, *Der Staat* 35 (1996), 551 (566); *Kabl/Glaser*, in: Lange (Hg.), *Nachhaltigkeit*, 2003, 9 (10–13); *Kleiber*, *Schutz zukünftiger Generationen*, 2014, S. 5.

²¹³ So plädiert etwa *Glaser*, *Nachhaltige Entwicklung*, 2006, S. 362–64 dafür, die Schul-

Entscheidungen im umwelt- und finanzpolitischen Bereich erfordern nämlich oft komplexe Prognosen, und Gerichte sind möglicherweise nicht die geeigneten Akteure, solche Prognosen vorzunehmen.²¹⁴ Inwieweit Gerichte diese Aufgabe legitim wahrnehmen können, hängt insofern davon ab, ob sie geeignete dogmatische Instrumente zur Kontrolle und zum Schutz des gesetzgeberischen Prognosespielraums entwickeln können. Dass sich Verfassungsgerichte diesen Fragen vermehrt stellen müssen, zeigen jedoch nicht zuletzt die jüngsten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur europäischen Finanzarchitektur.²¹⁵

f. Fazit

Wir haben in diesem Abschnitt gesehen, dass Verfassungsgerichten grundsätzlich die Funktion zukommt, Fehler des politischen Prozesses zu korrigieren. Dabei sind drei verschiedene Gruppen von Fehlern identifiziert worden. Am einfachsten ist die Rechtfertigung verfassungsgerichtlicher Tätigkeit bei Kompetenzstreitigkeiten. Hier stehen sich grundsätzlich gleichrangige Geltungsansprüche unterschiedlicher politischer Ebenen gegenüber. Ein solcher Konflikt kann nicht durch den politischen Prozess selbst gelöst werden. Vielmehr bedarf er eines neutralen Schiedsrichters. Insofern ist es nicht überraschend, dass Verfassungsgerichte ursprünglich vor allem in Föderalstaaten etabliert wurden.

Zweitens dienen Verfassungsgerichte dem Minderheitenschutz. Staatliche Herrschaft muss nicht nur der Mehrheit sondern allen Staatsbürgern gegenüber gerechtfertigt werden. Das bedeutet nicht, dass die Interessen aller gesellschaftlichen Gruppen immer voll verwirklicht werden müssen. Das ist bei konkurrierenden Interessen gar nicht möglich. Es bedeutet aber, dass die verschiedenen Interessen im politischen Prozess zumindest berücksichtigt werden müssen. Soweit gesellschaftliche Gruppen im politischen Prozess insofern unterrepräsentiert sind, spielen Verfassungsgerichte eine wichtige Rolle, die Rechenschaftspflicht der politischen Akteure auch diesen Gruppen gegenüber sicherzustellen.

Drittens kann ein Verfassungsgericht Repräsentationsrisiken entgegenwirken. Politiker haben teilweise Anreize, im Gesetzgebungsprozess Spezialinteressen zu verfolgen, sich selbst staatliche Privilegien zu sichern oder kurzfristige gegenüber langfristigen Zielen zu stark zu gewichten. Wir haben gesehen, dass es grundsätzlich zwei Arten von Repräsentationsrisiken gibt. Zum einen können Repräsentanten ihre Macht absichtlich missbrauchen. Zum anderen können

denbremse in Art. 115 I 2 GG dogmatisch nutzbar zu machen, um den Gesetzgeber zu nachhaltigerem Wirtschaften anzuhalten. Ein Konzept des Grundrechtsschutzes für zukünftige Generationen wird entwickelt bei *Kleiber, Schutz zukünftiger Generationen*, 2014.

²¹⁴ So hält *Lepsius*, in: Kahl (Hg.), *Nachhaltigkeit*, 2008, 326 (335–38) Parlamente für den Umgang mit Nachhaltigkeitsproblemen am besten geeignet, da diese am besten mit Relativierungs- und Revisibilitätsproblemen umgehen könnten.

²¹⁵ S. BVerfGE 129, 124; 130, 318; 132, 195; *Beschl. v. 14.01.2014*, NJW 2014, 907.

sie aufgrund fehlender Sachkompetenz falsche Entscheidungen treffen. Die hier identifizierten systematischen Fehler des politischen Prozesses sind auf problematische Anreizstrukturen zurückzuführen. Daher scheint es nahe zu liegen, die verfassungsgerichtliche Kontrolle auf den absichtlichen Machtmissbrauch zu beschränken und die Korrektur fehlender Sachkompetenz dem politischen Prozess zu überlassen.²¹⁶

Allerdings griffe eine solche Differenzierung zu kurz. Wollte man allein den absichtlichen Machtmissbrauch überprüfen, läge es nahe, in erster Linie auf die tatsächlichen Motive des Gesetzgebers abzustellen. Wie wir gesehen haben, wird es allerdings in den meisten Fällen unmöglich sein, diese zu ermitteln. Insofern müssen sich Verfassungsrichter Hilfsmittel bedienen und auf Merkmale des Gesetzgebungsprozesses oder Charakteristika des überprüften Gesetzes abstellen, um Indizien für die Verwirklichung von Repräsentationsrisiken zu finden. Diese Indizien können jedoch oft sowohl auf fehlende Rationalität als auch auf absichtlichen Machtmissbrauch schließen lassen.²¹⁷ Wenn ein Gesetz beispielsweise ein Grundrecht stärker einschränkt, als dies zur Verfolgung des expliziten gesetzgeberischen Zweckes notwendig wäre, dann kann dies zwei Gründe haben. Zum einen kann es darauf zurückzuführen sein, dass der Gesetzgeber beim Zuschnitt des Gesetzes unachtsam war. Es kann aber auch daran liegen, dass der Gesetzgeber noch einen weiteren, nicht gemeinwohldienlichen Zweck verfolgt hat.

Zudem kann die mangelnde Rationalität des Gesetzgebungsprozesses oft auf unzutreffenden empirischen Annahmen beruhen. Nehmen wir beispielsweise an, dass der Gesetzgeber zusätzliche Überwachungs- und Kontrollmaßnahmen etablieren möchte, um die organisierte Kriminalität besser bekämpfen zu können. Die Effektivität dieser Maßnahme hängt davon ab, ob diese Überwachungsmaßnahmen tatsächlich zu einer höheren Aufklärungsrate führen. Allerdings hat der Gesetzgeber kaum Anreize, die Effektivität der Überwachungsmaßnahmen empirisch zu überprüfen. Potentielle Straftäter haben keine starke politische Lobby. Insofern setzt der politische Erfolg der Maßnahme in erster Linie voraus, dass die Bevölkerung an deren Effektivität *glaubt*. Die bloße Beruhigung der Bevölkerung kann aber im Regelfall einen Eingriff in Grundrechte nicht rechtfertigen.²¹⁸

²¹⁶ Diese Intuition liegt wohl einer in der deutschen Staatsrechtslehre zur Zeit populären Kritik an einer zunehmenden Rationalitätskontrolle des Bundesverfassungsgerichts zugrunde, s. nur *Lepsius*, JZ 2009, 260 (262); *Dann*, Der Staat 49 (2010), 630 (640–42); *Möllers*, in: Jestaedt u.a. (Hg.), Das entgrenzte Gericht, 2011, 281 (399); mit Einschränkungen auch *Cornils*, DVBl. 126 (2011), 1053; *Grzeszick*, VVDStRL 71 (2012), 49.

²¹⁷ *Petersen*, AöR 138 (2013), 108 (130–31).

²¹⁸ A.A. allerdings *Meyer*, in: Arndt u.a. (Hg.), Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit, 2009, 111. Zwar mag es Situationen geben, in denen Beruhigungsmaßnahmen einen Grundrechtseingriff legitimieren können. Dies gilt insbesondere für Maßnahmen, die das Vertrauen in Märkte nach einer Panik wiederherstellen sollen. Allerdings handelt es sich hierbei um Aus-

Das zeigt, dass fehlende Verfahrens- oder Ergebnisrationalität nicht zwingend auf die fehlende Sachkompetenz des parlamentarischen Gesetzgebers zurückzuführen sein müssen. Sie können auch mit den Anreizstrukturen zusammenhängen.²¹⁹ Insofern ist eine Trennung zwischen einer (zulässigen) Motivkontrolle des Gesetzgebers und einer (unzulässigen) Rationalitätskontrolle nicht möglich. Vielmehr gehen beide in der Praxis notwendigerweise ineinander über.

3. Gerichtsversagen als Korrelat zum Politikversagen?

Warum die Kontrolle des politischen Prozesses Verfassungsgerichten zukommen sollte, ist bereits mehrfach angedeutet worden. Gerichte genießen ein Maß an Unabhängigkeit wie kein anderes Organ im Staatsgefüge. Dies mag auf den ersten Blick ihre demokratische Legitimation in Frage stellen. Jedoch erschöpft sich demokratische Legitimität nach der hier vertretenen Auffassung nicht allein in der Repräsentation des Mehrheitswillens. Gerichte kommen vielmehr genau dort ins Spiel, wo demokratische Verantwortlichkeit die falschen Anreize setzt – etwa in Fragen des Minderheitenschutzes oder bei externen Effekten – oder wo sie kein geeignetes Kontrollinstrument ist. In solchen Fällen wird die demokratiethoretische Schwäche der Gerichte, nämlich die fehlende Verantwortlichkeit, zu deren Stärke. Es ist gerade die Unabhängigkeit der Verfassungsgerichtsbarkeit, die ihr eine effektive Kontrolle der Legislative ermöglicht.²²⁰

Nun wird dem entgegengehalten, dass Gerichte vor Fehlentscheidungen ebenso wenig gefeit sind wie das Parlament.²²¹ Wenn man jedoch nicht ausmachen könne, dass die Fehlerwahrscheinlichkeit der Gerichte niedriger sei als die des Parlaments, solle man der gesetzgeberischen Entscheidung das letzte Wort geben, da sie die größere demokratische Legitimität genieße.²²² Das setzt jedoch voraus, dass die Mehrheitsentscheidung das alles überragende Legitimationsmerkmal von Demokratie ist. Dies wird man jedoch zumindest nicht für die Situationen annehmen können, für die im parlamentarischen Prozess systematische Fehlanreize bestehen. Der Vorteil von Verfassungsgerichtsbarkeit besteht darin, dass sie einer anderen Anreizstruktur unterliegt als der parlamen-

nahmen. Wenn eine Maßnahme keinen über eine bloße Beruhigung hinausgehenden Zweck verfolgt, wird sie in der Regel nicht gerechtfertigt werden können.

²¹⁹ S. Petersen, I.CON 11 (2013), 294 (310).

²²⁰ Cappelletti, *Judicial Process*, 1989, S. 176; Eberl, *Verfassung und Richterspruch*, 2006, S. 343.

²²¹ Waldron, *Law & Disagreement*, 1999, 1346 (1399–401).

²²² Zugespißt findet sich dieses Argument bei Kramer, *The People Themselves*, 2004, S. 247, der die Verteidiger einer gerichtlichen Gesetzeskontrolle als „moderne Aristokraten“ bezeichnet.

tarische Gesetzgeber.²²³ Die richterliche Unabhängigkeit wirkt den systematischen Fehlanreizen, die im politischen Prozess bestehen, gerade entgegen, und Gerichte sind deutlich stärker vom Einfluss von Interessengruppen abgeschirmt als der politische Prozess.²²⁴ Daher kann es in der Verfassungsgerichtsrechtsprechung zwar zu Fehlern im Einzelfall kommen. Systematische Fehler sind jedoch nicht in gleichem Maße zu erwarten wie im politischen Prozess.

Ein weiteres Argument, das gegen die verfassungsgerichtliche Überprüfung von Gesetzen vorgebracht wird, ist, dass sie zumindest die Funktion des Minderheitenschutzes oft nicht erfüllen können. Wenn es in der Bevölkerung Vorbehalte gegen Minderheiten gebe, würden diese oft auch von Richtern geteilt.²²⁵ Zwar mag es zutreffen, dass Richter in einigen Fällen Vorurteile der Mehrheitsgesellschaft teilen. Verfassungsrichter haben aber in der Regel eine höhere Bildung genossen als der Durchschnitt der Bevölkerung. Da Bildung ein Faktor ist, der hilft, Vorurteile abzubauen und Toleranz zu fördern, kann man davon ausgehen, dass Verfassungsrichter für den Schutz von Minderheiten zumindest sensibler sind als die Mehrheitsbevölkerung. Für die Beurteilung der Verfassungsgerichtsbarkeit ist zudem nicht ausschlaggebend, dass sie alle Fehler des politischen Prozesses korrigiert. Vielmehr ist die Einrichtung einer Verfassungsgerichtsbarkeit bereits dann sinnvoll, wenn sie mehr Fehler korrigiert, als sie selbst zusätzliche Fehler macht.²²⁶

III. Funktionale Überlegungen und verfassungsrechtliche Dogmatik

In diesem Kapitel haben wir gesehen, dass die primäre Funktion von Verfassungsgerichten die Korrektur von systematischen Fehlern des politischen Prozesses ist. Politikversagen spielt sich dabei auf unterschiedlichen Ebenen ab. Die wichtigste verfassungsgerichtliche Funktion ist der Minderheitenschutz. Minderheiten laufen oft Gefahr im politischen Prozess benachteiligt zu werden. Teilweise werden sie aufgrund von falschen Stereotypen bewusst diskriminiert, teilweise finden ihre Interessen im Gesetzgebungsverfahren keine ausreichende Berücksichtigung.

²²³ Engel, in: ders. (Hg.), *Recht der Gemeinschaftsgüter*, 1998, 11 (16).

²²⁴ Ferejohn, *Law & Contemp. Probs.* 65 (2002), 41 (65); Engel, in: Engel/Héritier (Hg.), *Politics and Law*, 2003, 285 (300); Kyritsis, *Oxford J. Legal Stud.* 26 (2006), 733 (747).

²²⁵ Waldron, *Yale L. J.* 115 (2006), 1346 (1404–05); Bellamy, *Political Constitutionalism*, 2007, S. 46.

²²⁶ S. v. Arnim, *Gemeinwohl*, 1977, S. 244, der darauf abstellt, dass die relative und nicht die absolute Fähigkeit der Gerichte, bestimmte systematische Fehler des politischen Prozesses zu korrigieren, entscheidend sei.

Darüber hinaus können Verfassungsgerichte dazu beitragen, Repräsentationsrisiken, die einer repräsentativen Demokratie immanent sind, zu verringern. In einigen Fällen bestehen im politischen Prozess Anreizstrukturen, die zu gemeinwohlwidrigen Entscheidungen führen. Politische Akteure verfolgen Spezialinteressen, versuchen, sich selbst Privilegien zu sichern, und berücksichtigen langfristige Interessen nicht ausreichend. Verfassungsgerichte können durch die Gesetzeskontrolle versuchen, diese Entwicklungen zumindest teilweise zu korrigieren. Schließlich versagt der politische Prozess in der Regel bei Kompetenzstreitigkeiten. Bei diesen können Verfassungsgerichte als neutrale Schiedsrichter fungieren.

Diese Funktionsbestimmung soll nicht dazu führen, einen überpositiven Prüfungsmaßstab zu entwickeln. Verfassungsgerichte prüfen nicht, ob Minderheitenrechte verletzt oder Spezialinteressen verfolgt worden sind. Vielmehr prüfen sie die Verletzung von Grundrechten, und Grundrechte müssen nicht notwendigerweise Minderheitenrechte sein.²²⁷ In erster Linie haben wir uns in diesem Abschnitt um eine theoretische Rechtfertigung von Verfassungsgerichtsbarkeit bemüht. Das bedeutet jedoch nicht, dass die Erkenntnisse, die wir gewonnen haben, für die Verfassungsrechtsdogmatik ohne Folgen sind. Vielmehr gibt es in der verfassungsrechtlichen Dogmatik Spielräume, die allein mit den Methoden der rechtlichen Interpretation nicht ausgefüllt werden können.

Hier kommen unsere Erwägungen über die Legitimität von Verfassungsgerichtsbarkeit ins Spiel. Sie geben uns Leitlinien bei der Ausgestaltung der verfassungsrechtlichen Dogmatik. So wird etwa die Figur des gesetzgeberischen Einschätzungsspielraums oft mit der größeren Legitimität des Gesetzgebers bei bestimmten Prognoseentscheidungen gerechtfertigt.²²⁸ Wo liegen jedoch die Grenzen des Einschätzungsspielraums? Worin genau besteht die größere Legitimität des Gesetzgebers? Folgt man der hier entwickelten Konzeption kann der Gesetzgeber zumindest dort keinen Einschätzungsspielraum beanspruchen, wo die Gefahr des Politikversagens besonders groß ist.²²⁹

Ähnlich liegen die Dinge mit dem zentralen Thema dieser Arbeit – der Güterabwägung. Wie wir im nächsten Kapitel noch sehen werden, macht einer der prominentesten Kritiker der Abwägung, Bernhard Schlink, im Kern ein Kompetenzargument: Die Güterabwägung sei Sache des Gesetzgebers und nicht der Gerichte.²³⁰ Dieses Argument überzeugt jedoch dann nicht, wenn die Gefahr besteht, dass der Gesetzgeber die Interessen bestimmter Gruppen entweder systematisch nicht berücksichtigt, oder gewisse Spezialinteressen im poli-

²²⁷ Möllers, in: Jestaedt u.a. (Hg.), *Das entgrenzte Gericht*, 2011, 281 (342).

²²⁸ S. dazu noch unten, § 3.

²²⁹ Ähnlich *Issacharoff*, *Stan. L. Rev.* 57 (2004), 727 (732).

²³⁰ *Schlink*, *Abwägung*, 1976, S. 190; *Schlink*, in: *FS 50 Jahre BVerfG II*, 2001, 445 (461). S. auch *Webber*, *Negotiable Constitution*, 2009, S. 147–48.

tischen Prozess überbetont. Darauf wird jedoch im nächsten Kapitel noch ausführlich zurückzukommen sein.²³¹

Dass die tatsächliche Form des Grundrechtsschutzes mit den hier identifizierten Funktionen von Verfassungsgerichtsbarkeit nicht deckungsgleich ist, spricht nicht gegen die hier entwickelte Konzeption. Vielmehr haben wir gesehen, dass die Formalisierung des Grundrechtsschutzes zur Verwirklichung der hier identifizierten Ziele beiträgt. Gäbe man dem Verfassungsgericht lediglich auf, Minderheitenrechte zu schützen, würden sich schwierige Abgrenzungsprobleme stellen. Durch die Formalisierung des Grundrechtsschutzes werden teilweise typische Gefahren für Minderheitenrechte erfasst, ohne dass im Einzelfall geprüft werden muss, ob Minderheitenrechte tatsächlich betroffen sind. Ebenso verhält es sich im Fall der Klientelpolitik. Auch hier muss das Verfassungsgericht nicht im Einzelnen der Motivation des Gesetzgebers auf den Grund gehen – eine Aufgabe, die das Gericht unmöglich leisten könnte. Stattdessen erlaubt die Formalisierung des Grundrechtsschutzes dem Gericht Fälle zu identifizieren, in denen die Gefahr der Verfolgung von Spezialinteressen typischerweise besonders groß ist.

²³¹ S. unten, § 2 I 1 c.

Kapitel 2

Die normativ-analytische Debatte um die Maßstabsbildung bei der Abwägung

Im letzten Kapitel haben wir uns abstrakt mit der Legitimität von Verfassungsgerichtsbarkeit beschäftigt. Diese Frage wird auch in diesem Kapitel eine zentrale Rolle spielen. Allerdings werden wir uns einer konkreten dogmatischen Struktur zuwenden – dem Verhältnismäßigkeitsprinzip. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip hat bei der Überprüfung von Gesetzen die Funktion zu kontrollieren, ob der Gesetzgeber einen angemessenen Ausgleich zwischen zwei konkurrierenden Rechtsgütern geschaffen hat. Eine staatliche Maßnahme, die in ein Grundrecht eingreift, muss einem legitimen Ziel dienen, geeignet, erforderlich und angemessen sein.

Die zentralen Schritte sind dabei die beiden letzteren. In ökonomischer Terminologie ist die Stufe der Erforderlichkeit im Grunde ein Pareto-Effizienzerfordernis.¹ Verfassungsgemäß sind Maßnahmen nur dann, wenn es kein milderes Mittel gibt, das verfolgte Ziel ebenso effektiv zu erreichen. Die schwierigste Stufe ist die vierte Stufe, die Angemessenheit. Hier wird im Wesentlichen eine Kosten-Nutzen-Analyse vorgenommen.² Dabei erfolgt eine Abwägung zwischen dem Grundrecht und dem Ziel der gesetzgeberischen Maßnahme. Diese Abwägung ist nicht abstrakt, sondern nimmt auf die konkreten Umstände des Einzelfalls Rücksicht – insbesondere auf die Intensität des Grundrechtseingriffs und das Maß, in welchem das gesetzgeberische Ziel durch die Maßnahme gefördert wird.³

¹ *Sieckmann*, Regelmodelle, 1990, S. 224–25; *Beatty*, in: ders. (Hg.), *Judicial Review*, 1994, 1 (47); *Alexy*, *Ratio Juris* 16 (2003), 131 (135); *v. Aaken*, *Rational Choice*, 2003, S. 329; *Rivers*, *Cambridge L.J.* 65 (2006), 174 (198); *Cohen-Eliya/Porat*, *I.CON* 8 (2010), 263 (268); *Sartor*, *German L. J.* 14 (2013), 1419 (1448). Ähnlich auch bereits *Lerche*, *Übermaß*, 1961, S. 22, der die Erforderlichkeit als „allgemein-ökonomisches Prinzip“ bezeichnet. S. zudem *Cohen-Eliya/Porat*, *Am. J. Comp. L.* 59 (2011), 463 (469).

² *v. Aaken*, *Rational Choice*, 2003, S. 330; *Knill/Becker*, *Die Verwaltung* 36 (2003), 447 (458); *Rivers*, *Cambridge L.J.* 65 (2006), 174 (180); *Engel*, in: Ehlers u.a. (Hg.), *Besonderes Verwaltungsrecht I*, 2012, § 2, Rn. 52; *Portuese*, *ELJ* 19 (2013), 612 (620). S. auch *Popelier*, *Legisprudence* 6 (2012), 257 (262), die eine auffallende Ähnlichkeit zwischen den letzten beiden Stufen der Verhältnismäßigkeit und der ökonomischen Effizienzanalyse feststellt. Eine „Affinität der Verhältnismäßigkeitskontrolle zur Kosten-Nutzen-Analyse“ bescheinigt *Meßerschmidt*, in: Gawel (Hg.), *Effizienz im Umweltrecht*, 2001, 215 (230).

³ *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 1994, S. 80.

Wir haben bereits zu Beginn dieser Arbeit gesehen, dass die Abwägung erheblicher Kritik ausgesetzt ist.⁴ Diese bezieht sich vor allem auf die mangelnde Determinierbarkeit von Abwägungsentscheidungen. Im Folgenden soll das Augenmerk vor allem auf zwei Aspekten liegen, die eine Maßstabsbildung für richterliches Entscheiden erschweren.⁵ In normativer Hinsicht wird vor allem kritisiert, dass es unmöglich sei, den konkurrierenden Rechtsgütern einen abstrakten normativen Wert zuzuweisen. In empirischer Hinsicht besteht Unsicherheit über generische Tatsachen, da oft unklar ist, wie stark eine gesetzgeberische Maßnahme auf der einen Seite in ein Grundrecht eingreift und wie sehr sie auf der anderen Seite das gesetzgeberische Ziel fördert. Wir werden in der folgenden Diskussion sehen, dass bei beiden Fragen ein Kompetenzproblem im Zentrum steht. Wer soll letztverbindlich über die Wichtigkeit konkurrierender Rechtsgüter und den Umgang mit Unsicherheit entscheiden – der Gesetzgeber oder das Verfassungsgericht?

I. Die normative Diskussion um die Rationalität der Abwägung

Verfassungen stellen in der Regel keine abstrakten Werthierarchien auf. Dennoch müssen Verfassungsgerichte oft Abstufungen zwischen konkurrierenden Werten schaffen. Bei jedem Grundrechtseingriff kommt es zu einem Konflikt zwischen dem Grundrecht und einem öffentlichen Interesse oder zwischen zwei konkurrierenden Grundrechten. Im Verfassungstext finden wir keine Vorgaben, wie solche Konflikte aufzulösen sind.⁶ Die Grundrechtsschranken postulieren lediglich, dass Grundrechte zur Verfolgung bestimmter Interessen eingeschränkt werden können. Das bedeutet jedoch nicht, dass die in den Grundrechtsschranken genannten Ziele immer Vorrang vor den entsprechenden Grundrechten hätten. Besonders deutlich wird dies bei Grundrechten mit einfachem Gesetzesvorbehalt. Nicht jedes öffentliche Ziel rechtfertigt automatisch jeden Grundrechtseingriff.

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip bietet eine dogmatische Struktur, solche Rechtsgüterkonflikte aufzulösen, ohne abstrakte Werthierarchien zu etablieren.⁷ Problematisch ist dabei jedoch vor allem der letzte Schritt, die Abwägung, bei der Aussagen über die Wertigkeit der konkurrierenden Rechtspositionen getroffen werden müssen. Wie können Verfassungsgerichte solche Aussagen tref-

⁴ S. oben, Einleitung, Fn. 3.

⁵ S. dazu auch *Engel*, JITE 157 (2001), 187 (190–91).

⁶ *Britz*, Der Staat 42 (2003), 35 (35–36).

⁷ Ähnlich *Cohen-Eliya/Porat*, I.CON 8 (2010), 263 (276).

fen, wenn die Verfassung über die Relation von Rechtsgütern im Wesentlichen schweigt?

Es ist daher nicht erstaunlich, dass die Abwägung als dogmatisches Instrument der Grundrechtsrechtsprechung auf starke Kritik gestoßen ist. Diese Kritik soll im Folgenden näher analysiert werden. Dabei soll insbesondere auf zwei Kritiklinien eingegangen werden. Auf der einen Seite wird kritisiert, dass bei der Abwägung inkommensurable Güter miteinander verglichen würden. Da für einen solchen Vergleich ein rationaler Maßstab fehle, laufe die Abwägung letztlich immer auf eine subjektive Wertentscheidung der zuständigen Richter hinaus. Auf der anderen Seite gibt es Autoren, die argumentieren, dass eine Einzelfallabwägung die Rechtssicherheit gefährde und daher durch stärker kategoriale Argumentationsformen ersetzt werden solle.

Wir werden sehen, dass den beiden kritischen Ansätzen jeweils bestimmte Annahmen über die Rolle von Verfassungsgerichtsbarkeit in einer demokratischen Gesellschaft und über den Wert von Rechtssicherheit zugrunde liegen. Die entsprechend vorgeschlagenen Gegenmodelle vermeiden zwar gewisse Probleme der Abwägung, haben ihrerseits aber wiederum gewichtige Nachteile. Daher gibt es letztlich keine „theoretisch reine“ Lösung⁸ der Problematik.

1. Die Unmöglichkeit der Abwägung inkommensurabler Güter

Die prominenteste Kritik an der Rationalität verfassungsgerichtlicher Abwägung stammt aus der Feder von Bernhard Schlink.⁹ Im Kern hält Schlink die Abwägung nicht für rational, da sie einen Vergleich inkommensurabler Güter voraussetze. In ähnlicher Form findet man diese Kritik auch bei vielen anderen Autoren.¹⁰ Die Kritik soll zunächst näher beleuchtet werden. Anschließend werden verschiedene Ansätze analysiert, die versuchen, dieser Kritik mit einer Formalisierung der Abwägung zu begegnen. Als Alternative zur Abwägung schlägt Schlink eine verkürzte Form der Verhältnismäßigkeitsprüfung vor. Diese soll im dritten Teil untersucht werden. Dabei werden wir sehen, dass Schlinks Vorschlag letztlich eine Vorstellung von der Rolle von Verfassungsgerichtsbarkeit zugrunde liegt, die mit der im vorherigen Kapitel entwickelten Konzeption nicht vereinbar ist.

⁸ Engel, *Rechtstheorie* 32 (2001), 23 (49).

⁹ Schlink, *Abwägung*, 1976.

¹⁰ S. dazu unten, § 2 I 1 a.

a. Die Inkommensurabilitätskritik

Um den Kern der Inkommensurabilitätskritik zu verstehen, müssen wir zunächst ein wenig weiter ausholen. Es gibt grundsätzlich drei Möglichkeiten, zwei Güter miteinander in Beziehung zu setzen und Aussagen über deren relative Wertigkeit zu treffen. Man kann zunächst Aussagen darüber treffen, ob ein bestimmtes Gut mehr oder weniger oder ebenso viel wert ist wie ein anderes. Solche Beziehungen können auf Ordinalskalen abgetragen werden.¹¹ Eine Ordinalskala stellt also eine Rangfolge von verschiedenen Werten dar, ohne dass Aussagen über den Abstand dieser Werte zueinander getroffen werden können. Das setzt voraus, dass die Güter zumindest miteinander vergleichbar sind.¹² Bei juristischen Klausurnoten können wir beispielsweise sagen, dass 14 Punkte eine höhere Wertigkeit haben als 7 Punkte. Dagegen können wir nicht sagen, dass eine Arbeit mit 14 Punkten doppelt so gut ist wie eine Arbeit mit 7 Punkten. Weiterhin können wir auch nicht sagen, dass der Qualitätsabstand zwischen einer Arbeit mit 5 Punkten und einer mit 10 Punkten genauso groß ist, wie der zwischen zwei Arbeiten mit 10 bzw. 15 Punkten.¹³ Examensnoten geben lediglich Auskunft über die Rangfolge und werden demzufolge auf einer Ordinalskala abgetragen.

Man kann Güter jedoch auch auf einer Kardinalskala miteinander in Beziehung setzen. Dann kann man nicht nur Aussagen darüber treffen, dass Gut X mehr wert ist als Gut Y, sondern auch etwas über das Wertverhältnis sagen. Dabei lassen sich zwei verschiedene Typen von Kardinalskalen unterscheiden. Bei Intervallskalen können Distanzen zwischen unterschiedlichen Werten bestimmt werden. Es fehlt jedoch an einem absoluten Nullpunkt. Ein Beispiel sind die Temperaturskalen, bei denen unterschiedliche Skalen verschiedene Nullpunkte haben. So kann man sagen, dass der Abstand zwischen 5° C und 10° C ebenso groß ist wie der zwischen 20° C und 25° C. Die Differenz beträgt jeweils 5° C. Der Abstand zwischen beiden Temperaturstufen wäre auch gleich, selbst wenn wir eine andere Temperaturskala – etwa Fahrenheit – wählten.¹⁴ Allerdings kann man nicht sagen, dass 20° C doppelt so warm ist wie 10° C. Dafür müssen wir die Temperaturen nur in die Fahrenheit-Skala übersetzen. Dort wäre das Verhältnis der beiden Temperaturstufen 50° F zu 68° F, so dass der Multiplikationsfaktor nicht mehr bei zwei, sondern bei 1,36 läge. Insofern sind Multiplikationen bei Werten, die auf einer Intervallskala abgetragen werden mathematisch nicht definiert.

¹¹ *Schlink*, Abwägung, 1976, S. 136.

¹² *Chang*, in: dies. (Hg.), *Incommensurability*, 1997, 1 (6).

¹³ Das zeigt sich beispielsweise, wenn wir die Punkte in die Notenskala von sehr gut bis ungenügend übersetzen. Der Abstand zwischen ausreichend und vollbefriedigend ist nicht notwendigerweise derselbe wie der zwischen vollbefriedigend und gut.

¹⁴ Der Abstand betrüge auf der Fahrenheitskala jeweils 9° F.

Schließlich können wir Werte auch auf einer Verhältnisskala abtragen. Eine solche Verhältnisskala erlaubt uns, Aussagen über das Verhältnis der unterschiedlichen Werte zu treffen. Beispiele sind das Gewicht oder die Größe. Ein Mensch, der 80 kg wiegt, ist doppelt so schwer wie ein Mensch, der 40 kg wiegt. Dabei ist unerheblich, ob wir das Gewicht in Kilogramm oder in englischen Pfund messen. Das Verhältnis bleibt – unabhängig von der Skala – jeweils gleich. Mit Werten, die auf einer Verhältnisskala abgetragen werden, können wir also auch multiplizieren und dividieren. Für die Bildung einer Verhältnisskala reicht Vergleichbarkeit jedoch nicht aus. Vielmehr müssen die Güter kommensurabel sein, also in eine einheitliche normative Währung übersetzt werden können, die Aussagen über den Abstand der verschiedenen Werte zueinander zulässt.

Bestünde die Abwägung lediglich in einem abstrakten Vergleich konkurrierender Rechtsgüter, würde es ausreichen, diese auf einer Ordinalskala miteinander in Beziehung zu setzen. Wir müssten lediglich bestimmen, ob Rechtsgut A höher zu gewichten ist als Rechtsgut B – oder umgekehrt. In der Praxis der verfassungsrechtlichen Abwägung werden jedoch keine rein abstrakten Wertvergleiche vorgenommen.¹⁵ Verfassungsgerichte treffen keine generellen Aussagen darüber, ob die Meinungs- oder Pressefreiheit einen höheren Wert haben als das Persönlichkeitsrecht oder wie die negative und die positive Religionsfreiheit abstrakt miteinander in Verhältnis stehen. Vielmehr kommt es jeweils auf die Umstände des konkreten Falles an. Dies betrifft insbesondere die Intensität, mit der eine staatliche Maßnahme in ein Grundrecht eingreift und gleichzeitig ein konkurrierendes Ziel fördert.¹⁶

Abwägung ist also nicht ein simpler Vergleich zweier abstrakter Werte. Vielmehr müssen mehrere Faktoren auf beiden Seiten in der Waagschale berücksichtigt werden. Möchte man die Struktur der so verstandenen Abwägung in eine mathematische Form übersetzen, müssen diese verschiedenen Faktoren durch Multiplikation miteinander in Beziehung gesetzt werden.¹⁷ Die Multiplikation ist als Rechenoperation jedoch nur für Güter definiert, die auf einer Verhältnisskala miteinander in Beziehung gesetzt werden können.¹⁸ Wir müssten also für alle Faktoren, die wir in der Abwägung berücksichtigen, eine gemeinsame normative Währung finden können.

Es gibt grundsätzlich zwei Möglichkeiten, Güter oder Werte miteinander zu vergleichen: Zum einen können wir auf den intrinsischen Wert abstellen, zum

¹⁵ Uerpmann, Öffentliches Interesse, 1999, S. 282.

¹⁶ Alexy, Theorie der Grundrechte, 1994, S. 80.

¹⁷ Hier sind sich die jeweils prominentesten Kritiker und Befürworter der Abwägung einig. S. einerseits Schlink, Abwägung, 1976, S. 128–34 und andererseits Alexy, in: GS Jürgen Sonnenschein, 2003, 771.

¹⁸ So allgemein Pospeschill, Statistische Methoden, 2006, S. 25; Goerg, in: Towfigh/Petersen, Ökonomische Methoden, 2010, 201 (213). Spezifisch für die Abwägung auch Schlink, Abwägung, 1976, S. 136–37.

anderen auf den instrumentellen Wert, den ein bestimmtes Verfassungsgut hat, um ein anderes Ziel zu erreichen.¹⁹ Es erscheint unmöglich, eine gemeinsame normative Währung zu finden, mit der die intrinsischen Werte konkurrierender Verfassungsgüter zueinander in Beziehung gesetzt werden könnten.²⁰ Aus dem Text der Verfassung ergibt sich eine solche Wertigkeit jedenfalls nicht.²¹

Möglicherweise haben die Güter jedoch einen instrumentellen Wert, der die Übersetzung in eine gemeinsame normative Währung erlaubt. So würden Utilitaristen argumentieren, dass jede Maßnahme und damit auch jede Einschränkung oder Förderung von Verfassungsgütern nach ihrem Nutzen für die betroffenen Individuen beurteilt werden könne.²² Hier kann man eine Analogie zur Wirtschaft ziehen. Auch Birnen und Äpfel sind eigentlich nicht vergleichbar. Wir vergleichen sie jedoch trotzdem, indem wir sie in eine gemeinsame Währung übersetzen – Geld ist der Maßstab für die Zahlungsbereitschaft von Individuen für die einzelnen Güter.

Machen wir also ein Gedankenexperiment: Wenn wir die wirtschaftliche Logik zum Kauf von Gütern oder Dienstleistungen auf das Verfassungsrecht übertragen, könnten wir Individuen nach ihrer Zahlungsbereitschaft für ein bestimmtes Verfassungsgut fragen und die konkurrierenden Güter so in eine einheitliche normative Währung übersetzen.²³ Geld ist dabei nicht die einzige mögliche konsenterte Währung. Es gibt auch andere Möglichkeiten, individuelle

¹⁹ Sunstein, in: Chang (Hg.), *Incommensurability*, 1997, 234 (235).

²⁰ Schlink, *Abwägung*, 1976, S. 134–35. Ebenso Aleinikoff, *Yale L. J.* 96 (1987), 943 (972–76); Habermas, *Faktizität und Geltung*, 1992, S. 315–16; Leisner, *Abwägungsstaat*, 1997, S. 74; Woolman, *S. Afr. J. Hum. Rts.* 13 (1997), 102 (114–21); Blaauw-Wolf, *SA Publ. L.* 14 (1999), 178 (210); Schlink, in: *FS 50 Jahre BVerfG II*, 2001, 445 (460); Raue, *AöR* 131 (2006), 79 (85); Christensen/Fischer-Lescano, *Das Ganze des Rechts*, 2007, S. 357; Christensen/Lerch, *JZ* 2007, 438 (439–40); Tsakyrakis, *I.CON* 7 (2009), 468 (471); Webber, *Negotiable Constitution*, 2009, S. 92–93; Webber, *Can. J. L. & Jurisprudence* 23 (2010), 179 (194); Hillgruber, *JZ* 2011, 861 (862); Isensee, in: *Hdb StR IX*, 3. Aufl. 2011, § 191, Rn. 136; Schlink, *Duke J. Comp. & Int'l L.* 22 (2012), 291 (299); Müller/Christensen, *Juristische Methodik I*, 11. Aufl. 2013, Rn. 72; Camilo de Oliveira, *Kritik der Abwägung*, 2013, S. 205–10; Sales, *LQR* 129 (2013), 223 (236). S. auch Böckenförde, *Der Staat* 42 (2003), 165 (190), der von „maßstabslosen Abwägungen“ spricht. Vgl. aber auch Beatty, *Ultimate Rule of Law*, 2004, S. 169, dem zufolge die Abwägung in einer Anwendung logischer und syllogistischer Schlüsse aufgehe.

²¹ Es gibt zwar vereinzelte Ansätze, abstrakte Werthierarchien aus der Verfassung herauszulesen. S. etwa Schneider, *Güterabwägung*, 1979; Jansen, *Der Staat* 36 (1997), 27 (46–53). Diese konnten sich aber bisher zu recht nicht durchsetzen. So hat bereits Lerche, *Übermaß*, 1961, S. 129 darauf verwiesen, dass sich Maßstäbe für eine Güterabwägung nicht aus der Verfassung herleiten lassen. Explizit gegen abstrakte Werthierarchien in der Verfassung bspw. auch Schlink, *Abwägung*, 1976, S. 134–35; Dechsling, *Verhältnismäßigkeitsgebot*, 1989, S. 18–21; Herdegen, *JZ* 2004, 873 (877); Bethge, in: *Hdb GR III*, 2009, § 72, Rn. 82; Cornils, in: *Hdb StR VII*, 2009, § 168, Rn. 102.

²² Griffin, *Phil. & Publ. Aff.* 7 (1977), 39; Regan, *S. Cal. L. Rev.* 62 (1989), 995 (1056–75).

²³ S. Griffin, *Phil. & Publ. Aff.* 7 (1977), 39 (50–55). Auf die Möglichkeit der Abfragung der Zahlungsbereitschaft bei inkommensurablen Gütern verweist auch Hofmann, *Abwägung*, 2007, S. 298.

Präferenzen abzufragen. Eine Möglichkeit wäre etwa, Personen zu fragen, ob sie zu Erreichung eines spezifischen Ziels bereit wären, eine bestimmte Menge von Schmerz in Form elektrischer Schocks zu ertragen.²⁴ Je mehr Schmerz die betreffende Person bereit wäre, auf sich zu nehmen, desto intensiver ist ihre Präferenz für ein bestimmtes Gut.

Betrachten wir nun ein konkretes Beispiel: Stellen wir uns als den Konflikt zwischen der Glaubensfreiheit einer ein Kopftuch tragenden Lehrerin und dem Interesse des Staates an religiöser Neutralität sowie der negativen Religionsfreiheit der Schüler vor. Wir könnten auf der einen Seite die Lehrerin fragen, wie viel sie für das Recht, das Kopftuch zu tragen zu zahlen bereit wäre. Auf der anderen Seite könnten wir auch alle Bürger fragen, wie viel sie dafür zu zahlen bereit wären, dass Lehrerinnen in der Schule kein Kopftuch tragen. Dann könnten wir die beiden Positionen saldieren. Je nachdem, ob die Zahlungsbereitschaft der muslimischen Lehrerinnen größer oder geringer wäre als die der Mehrheitsgesellschaft, wäre ein Kopftuchverbot als Eingriff in die Religionsfreiheit entweder gerechtfertigt oder nicht.

Ein solches Vorgehen wirft jedoch sowohl praktische als auch normative Probleme auf. Erstens erscheint es schwierig, die Zahlungsbereitschaft zu ermitteln. Das Bundesverfassungsgericht wird kaum bei jedem Urteil über Grundrechte eine empirische Erhebung über die Zahlungsbereitschaft der Betroffenen durchführen können. Selbst wenn es eine solche Erhebung durchführte, haben Bürger grundsätzlich Anreize, die Intensität ihrer Präferenzen zu übertreiben, da dies die Erfolgsaussichten ihrer Position erhöhen würde. Man bräuchte also Mechanismen, die Individuen dazu bringen, ihre Wertschätzung für ein bestimmtes Gut glaubwürdig zu offenbaren.²⁵ Das werden sie in der Regel nur tun, wenn sie für die von ihnen vertretene Position tatsächlich zahlen oder elektrische Schocks ertragen oder anderweitige Nachteile in Kauf nehmen müssten, was wiederum die praktische Umsetzbarkeit der Idee für die Verfassungsrechtssprechung in Zweifel zieht.

Zweitens ist zweifelhaft, ob eine geeignete Währung gefunden werden kann, die einen intersubjektiven Vergleich der Intensität der Präferenzen erlaubt.²⁶ Zumindest wenn keine tatsächlichen Transferzahlungen erfolgen, erlaubt die monetäre Zahlungsbereitschaft keinen Vergleich von Präferenzen, da Geld einen abnehmenden Grenznutzen hat.²⁷ Je größer das zur Verfügung stehende Vermögen ist, desto höher ist – unabhängig von der tatsächlichen Intensität der

²⁴ S. *Baron*, *Thinking and Deciding*, 3. Aufl. 2000, S. 390.

²⁵ In der Ökonomie wird dieses Problem unter dem Stichwort des *mechanism design* diskutiert. S. dazu *Fudenberg/Tirole*, *Game Theory*, 1991, S. 243–318; *Myerson*, in: *Durlauf/Blume* (Hg.), *Palgrave Dictionary of Economics V*, 2008, 533.

²⁶ S. auch *Schlink*, *Abwägung*, 1976, S. 166–67.

²⁷ *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse*, 2012, S. 26.

Präferenzen – auch die Zahlungsbereitschaft.²⁸ Dieses Problem löst sich nicht notwendigerweise auf, wenn wir auf nicht-monetäre Währungen zurückgreifen. In unserem Beispiel hängt die Bereitschaft, Schmerz in Form von elektrischen Schocks zu ertragen, ebenfalls nicht allein von der Intensität der Präferenzen, sondern auch von der allgemeinen Schmerztoleranz ab.

Drittens würde das Saldo stark von der Anzahl der Personen abhängen, die hinter den beiden konkurrierenden Interessen stehen. Eine Minderheit mag eine starke Zahlungsbereitschaft für die Durchsetzung ihres Rechts besitzen. Wenn sie nur einen sehr kleinen Teil der Bevölkerung ausmacht, wird sie gegen die Mehrheitsinteressen nur aufgrund der Zahl selbst dann verlieren, wenn diese sehr schwach ausgeprägt Präferenzen für die Durchsetzung des öffentlichen Interesses haben. Wenn Grundrechte jedoch gerade dazu dienen sollen, Minderheiteninteressen zu schützen, dann kann die Größe der Minderheit kein für die Abwägung normativ relevanter Faktor sein.

Keines dieser Probleme ist notwendigerweise unüberwindbar. Insofern muss es logisch nicht unmöglich sein, individuelle Präferenzen zu Grundrechten und öffentlichen Zwecken in eine kollektive Kardinalskala zu übersetzen. Bisher gibt es jedoch noch keine überzeugenden Lösungen. Für eine praktische Verwendbarkeit eines Mechanismus zur Bestimmung des instrumentellen Wertes von Verfassungsgütern in der Verfassungsrechtsprechung gibt es daher noch zu viele ungelöste Herausforderungen.

b. Rationalisierung von Abwägung durch Formalisierung

Trotz dieser Kritik hat es im Anschluss an Schlinks Dissertation diverse Versuche gegeben, die Rationalität der Abwägung zu verteidigen. Am prominentesten ist dabei der Ansatz Robert Alexys (aa.). Daneben gibt es einige Autoren, die versuchen, Abwägung durch eine stärkere Formalisierung zu rechtfertigen, wobei sie entweder versuchen, Wertentscheidungen zu den Grundrechten zu vermeiden (bb.) oder diese zumindest explizit zu machen (cc.).

aa. Alexys Gewichtsformel

Die Abwägung konkurrierender Prinzipien ist der Kern der Grundrechtskonzeption, die Robert Alexy in seiner Habilitationsschrift entwickelt hat.²⁹ Dabei unterscheidet er zwei Normtypen: Regeln und Prinzipien. Während Regeln einem binären Schema folgten und entweder gälten oder nicht gälten, seien Prinzipien Optimierungsgebote.³⁰ Normkonflikte bei Prinzipien seien dabei mittels des Verhältnismäßigkeitsprinzips zu lösen, dessen Kern die Abwägung

²⁸ *Towfigh/Petersen, Ökonomische Methoden*, 2010, S. 34.

²⁹ *Alexy, Theorie der Grundrechte*, 1994.

³⁰ *Alexy, Theorie der Grundrechte*, 1994, S. 75–77.

aufgrund der Umstände des konkreten Einzelfalls sei.³¹ Gegen die Kritik der Abwägungsskeptiker wendet Alexy ein, dass Rationalität nicht mit vollständiger Determinierbarkeit gleichzusetzen sei.³² Es sei auch bei anderen Formen juristischer Argumentation üblich, dass Richtern Auslegungsspielräume verblieben.³³ Es komme also lediglich darauf an, dass das Ergebnis der Abwägung rational mit Argumenten begründet werden könne, nicht dass das gefundene Ergebnis das einzige rational begründbare sei.³⁴

In späteren Schriften versucht Alexy, die Rationalität von Abwägung formal zu rechtfertigen.³⁵ Dabei unterscheidet er zwischen der internen und der externen Rechtfertigung.³⁶ Die interne Rechtfertigung besitzt nach Alexy eine formale Struktur, die durch die sogenannte Gewichtsformel zum Ausdruck gebracht wird.³⁷ Diese Gewichtsformel besteht aus drei Faktoren: der Intensität des Eingriffs in den jeweiligen Belang (I), dem Gewicht dieser Belange (G) sowie der Belastbarkeit der empirischen Annahmen (S):³⁸

$$G_{i,j} = \frac{I_i * G_i * S_i}{I_j * G_j * S_j}$$

Wenn der Faktor $G_{i,j}$ einen Wert größer eins annimmt, dann hat Prinzip i bei der Abwägung die Oberhand, bei einem Wert kleiner eins ist dem Prinzip j im Rahmen der Abwägung der Vorrang zu geben.³⁹ Wenn der Wert genau eins ist, dann besteht ein Patt zwischen beiden Prinzipien.⁴⁰ Die externe Rechtfertigung betrifft demgegenüber die Werte, die den einzelnen Faktoren innerhalb der Gewichtsformel zugeordnet werden. Alexy erkennt hier an, dass es nicht möglich ist, diese logisch zu determinieren. Ihm kommt es lediglich darauf an, dass plausible Gründe für die Annahme bestimmter Werte gegeben werden.⁴¹

³¹ Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1994, S. 100.

³² Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1994, S. 144.

³³ Alexy, *Ratio Juris* 16 (2003), 433 (434–35).

³⁴ Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1994, S. 144–54; *ders.*, *Ratio Juris* 16 (2003), 131 (139).

³⁵ Allerdings ist Alexy nicht der erste Autor, der eine formale Rechtfertigung der Abwägung bemüht. Eine mathematische Rechtfertigung der Abwägung findet sich bereits bei *Hubmann*, in: FS Ludwig Schnorr von Carolsfeld, 1972, 173.

³⁶ Alexy, *Ratio Juris* 16 (2003), 433 (435).

³⁷ Alexy, in: GS Jürgen Sonnenschein, 2003, 771 (783–91); *ders.*, *Ratio Juris* 16 (2003), 433 (443–48); *ders.*, *I.CON* 3 (2005), 572 (575). Ein Versuch der Modifikation der Gewichtsformel findet sich bei *Bernal Pulido*, *ARSP* 92 (2006), 195.

³⁸ Alexy, in: GS Jürgen Sonnenschein, 2003, 771 (790); *ders.*, *Ratio Juris* 16 (2003), 433 (446).

³⁹ Alexy, in: GS Jürgen Sonnenschein, 2003, 771 (790); *ders.*, *Ratio Juris* 16 (2003), 433 (444.)

⁴⁰ Alexy, in: GS Jürgen Sonnenschein, 2003, 771 (791); *ders.*, *Ratio Juris* 16 (2003), 433 (445).

⁴¹ Alexy, *I.CON* 3 (2005), 572 (576–77). S. zur Rolle der Rechtfertigung der Abwägungsentscheidung auch *Sieckmann*, *ARSP* 90 (2004), 66 (79).

Alexys Gewichtsformel ist jedoch zwei gravierenden Einwänden ausgesetzt. Soweit er das abstrakte Gewicht der konkurrierenden Belange in die Gewichtsformel miteinbezieht, muss er sich mit dem bereits im vorherigen Abschnitt angesprochenen Problem der Inkommensurabilität auseinandersetzen. Die Zuerkennung dieser abstrakten Werte ist ein Problem der externen Rechtfertigung, das damit nicht der formalen Logik unterliegt, sondern durch plausible Gründe zu rechtfertigen ist. Es ist jedoch unklar, wie solche Gründe aussehen könnten. Vielmehr scheint in diesem Zusammenhang das berühmte Diktum Antonin Scalias zu gelten, dass die Abwägung dem Urteil gleichkomme, „whether a particular line is longer than a particular rock is heavy.“⁴²

Selbst wenn man jedoch davon ausgeht, dass Argumente für das abstrakte Gewicht der konkurrierenden Prinzipien gefunden werden können, kann Alexy die Rechenoperationen, die seine Gewichtsformel voraussetzt, mathematisch nicht durchführen. Rechenoperationen wie Multiplikation oder Division setzt voraus, dass Werte auf Kardinal- bzw. Verhältnisskalen miteinander in Beziehung gesetzt werden können.⁴³ Alexy selbst gesteht jedoch zu, dass verfassungsrechtliche Werte nicht in einer kardinalen Beziehung zueinander stehen.⁴⁴ Führt man allerdings mit ordinalen Werten Rechenoperationen durch, die ausschließlich kardinalen Werten vorbehalten sind, kann letztlich allein die Wahl der Skalierung bereits das Ergebnis determinieren.⁴⁵

Alexy trägt die Faktoren, die er in die Abwägung einstellt, auf einer triadischen Skala ab, wobei er zwischen leichten, mittleren und schweren Gewichten für die einzelnen Werte unterscheidet.⁴⁶ Diese Einteilung sagt noch nichts über den Abstand und das Verhältnis der einzelnen Kategorien zueinander aus. Alexy weist seinen Kategorien anschließend die Werte 1, 2 und 4 zu.⁴⁷ Er nimmt damit also an, dass ein Rechtsgut mittleren Gewichts doppelt so

⁴² *Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enterprises, Inc.*, 486 U.S. 888, 897 (1988).

⁴³ S. oben, Fn. 18. Vgl. jedoch auch *Klatt/Meister*, I.CON 10 (2012), 687 (696); *Klatt/Meister*, *Der Staat* 51 (2012), 159 (175); *Klatt/Meister*, *Proportionality*, 2012, S. 63; *Borowski*, *German L. J.* 14 (2013), 1409 (1413–15), die behaupten, dass die Einordnung der konkurrierenden Rechtsgüter auf einer Ordinalskala ausreichend sei. Eine Ordinalskala würde in der Tat ausreichen, wenn lediglich ein Faktor (z.B. der abstrakte Wert der konkurrierenden Rechtsgüter) miteinander verglichen würde. Sobald jedoch auf jeder Seite mehrere Faktoren in die Gleichung eingestellt werden, bedarf es einer Kardinalskala, um die verschiedenen Werte miteinander in Beziehung zu setzen.

⁴⁴ *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 1994, S. 140–42 (unter ausdrücklicher Berufung auf Schlink). S. auch *Klatt/Schmidt*, *AöR* 137 (2012), 545 (554), die unter Bezugnahme auf Alexys Gewichtsformel ausdrücklich von Zahlenwerten einer „Ordinalskala“ sprechen.

⁴⁵ *Schlink*, *Abwägung*, 1976, S. 136–37; *Hofmann*, in: Bungenberg u.a. (Hg.), *Recht und Ökonomik*, 2004, 161 (173); *Susnjar*, *Proportionality*, 2010, S. 206–11. Vgl. aber auch *Klatt/Meister*, *Der Staat* 51 (2012), 159 (180), die Alexys triadische Skala als „neutral“ bezeichnen, ohne das Skalierungsproblem näher zu beleuchten.

⁴⁶ *Alexy*, *Ratio Juris* 16 (2003), 433 (440–44).

⁴⁷ *Alexy*, *Ratio Juris* 16 (2003), 433 (444).

viel Wert ist wie ein Rechtsgut geringen Gewichts (2:1). Gleichzeitig ist ein hochwertiges Rechtsgut ebenfalls doppelt so viel wert wie ein mittelwertiges Rechtsgut (4:2).⁴⁸ Es ist bezeichnend, dass Alexy seine Wertzuweisung nicht näher begründet. Es handelt sich allerdings nur um eine von unendlich vielen möglichen Wertzuweisungen. Nimmt man eine andere Wertzuweisungen vor als Alexy, könnte man in derselben Konstellation zu einem gegenteiligen Ergebnis kommen.

Lassen wir uns auf Alexys Modell einmal näher ein, und betrachten wir ein Beispiel, um das Argument plastisch zu machen. Wir könnten – anders als Alexy – argumentieren, dass der Faktor, der das Verhältnis zwischen hochwertigen und mittelwertigen Rechtsgütern beschreibt, größer sein müsse, um die besondere Bedeutung hochwertiger Rechtsgüter zu unterstreichen.⁴⁹ So könnten wir etwa die Werte 1, 2 und 6 ansetzen, so dass ein hochwertiges Rechtsgut drei Mal so viel wert wäre wie ein mittelwertiges. Gehen wir jetzt von einem Fall aus, in dem der Gesetzgeber ein mittelwertiges Rechtsgut mit einer Maßnahme von mittlerer Intensität fördern möchte und dabei einen Eingriff geringer Intensität in ein hochwertiges Rechtsgut verursacht. Nehmen wir der Einfachheit halber weiterhin an, dass die Belastbarkeit der empirischen Annahmen in beiden Fällen gleich ist, so dass wir sie in unserer Formel nicht zu berücksichtigen brauchen. Dann kämen wir nach Alexys Skala zu folgendem Ergebnis:

$$\frac{2 * 2}{1 * 4} = 1$$

Der Wert wäre genau eins, so dass es zwischen beiden konkurrierenden Rechtsgütern zu einem Patt käme und dem Gesetzgeber ein Einschätzungsspielraum zustünde. Das Gericht würde die Maßnahme also nicht beanstanden. Nehmen wir dagegen unsere Alternativskala, kämen wir zu folgendem Ergebnis:

$$\frac{2 * 2}{1 * 6} = \frac{2}{3}$$

Der Wert ist kleiner als eins, die Maßnahme damit unverhältnismäßig. Durch eine kleine Änderung der Skala können wir damit das Abwägungsergebnis entscheidend beeinflussen. Das zeigt, dass Alexys Versuch der Formalisierung nicht geeignet ist, die Abwägung zu rationalisieren.

⁴⁸ Zumindest missverständlich ist die Interpretation der Alexyschen Skala bei *Klatt/Meister*, *Der Staat* 51 (2012), 159 (168), die glauben, dass Grundrechte „mit der steigenden Intensität des Eingriffs [...] überproportional an Stärke“ gewannen. Zwar wird der Abstand mit steigender Intensität des Eingriffs größer. Das Verhältnis bleibt jedoch gleich; und allein auf letzteres kommt es in einer Formel, die ausschließlich mit Multiplikation und Division arbeitet, an.

⁴⁹ Dies scheint der Interpretation zu entsprechen, die *Klatt/Meister*, *Der Staat* 51 (2012), 159 (168) Alexys Skala geben. S. dazu soeben, Fn. 48.

bb. Das Abstellen auf den Realisierungsgrad

Einige Autoren versuchen das Problem der Inkommensurabilität konkurrierender Verfassungsgüter dadurch zu umgehen, dass sie nicht auf den abstrakten Wert dieser Güter, sondern allein auf den Grad ihrer Realisierung abstellen.⁵⁰ So schlägt etwa Paul-Erik Veel eine Analogie zur Nash bargaining Lösung vor.⁵¹ Nash hat eine Lösung für Optimierungsprobleme entwickelt, bei denen die Nutzenfunktionen unterschiedlicher Individuen nicht vergleichbar sind.⁵² Diese überträgt Veel auf das Problem nicht vergleichbarer Rechtsgüter. Danach hat jedes abzuwägende Rechtsgut eine kardinale Wertfunktion $v(x)$, die den Grad der Realisierung dieses Wertes zum Ausdruck bringt.⁵³ Für das Modell macht Veel zwei Annahmen: zum einen, dass es zwei mögliche Maßnahmen gibt, die sich auf die beiden konkurrierenden Verfassungsgüter r und s auswirken können (etwa das Vornehmen oder Unterlassen eines Grundrechtseingriffs); zum anderen, dass es einen Mindestschutzstandard für die beiden Verfassungsgüter gibt, die er als \bar{r} und \bar{s} bezeichnet, wobei $r_2 > r_1 > \bar{r}$ und $s_1 > s_2 > \bar{s}$.⁵⁴ Unter diesen Umständen könne, folgt man der von Nash vorgeschlagenen Lösung, die erste der zweiten Maßnahme dann vorgezogen werden, wenn⁵⁵

$$[v(r_1) - v(\bar{r})] * [v(s_1) - v(\bar{s})] > [v(r_2) - v(\bar{r})] * [v(s_2) - v(\bar{s})]$$

Verglichen werden also nicht die abstrakten Werte der konkurrierenden Verfassungsgüter, sondern lediglich der Grad ihrer Realisierung. Um in dem angesprochenen Bild Scalias zu bleiben,⁵⁶ vergleichen wir nicht, ob der Stein schwerer ist als die Linie lang ist. Vielmehr wird verglichen, ob wir dem Stein proportional mehr Gewicht hinzufügen als wir der Linie Länge abschneiden. Eine Maßnahme, die den Stein um 20 % schwerer macht, während sie die Linie um 10 % verkürzt, wäre verfassungsgemäß; wenn sie dagegen proportional auf der einen Seite weniger hinzufügt, als sie auf der anderen Seite nimmt, wäre sie verfassungswidrig.

Ähnlich argumentiert Christoph Engel in einem jüngeren Beitrag.⁵⁷ Engel zufolge ist eine Maßnahme in der Abwägung dann gerechtfertigt, wenn der

⁵⁰ Formalisierte Ansätze finden sich bei Veel, L. & Eth. Hum. Rts. 4 (2010), 177; Engel, in: Ehlers u.a. (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht I, 2012, § 2, Rn. 51–57. Ein nicht-formalisierter Ansatz, der auf den Realisierungsgrad abstellt, findet sich bei Afonso da Silva, Oxford J. Legal Stud. 31 (2011), 273.

⁵¹ Veel, L. & Eth. Hum. Rts. 4 (2010), 177.

⁵² Nash, *Econometrica* 18 (1950), 155.

⁵³ Veel, L. & Eth. Hum. Rts. 4 (2010), 177 (199).

⁵⁴ Veel, L. & Eth. Hum. Rts. 4 (2010), 177 (200).

⁵⁵ Veel, L. & Eth. Hum. Rts. 4 (2010), 177 (200).

⁵⁶ S. oben, Fn. 42 und begleitenden Text.

⁵⁷ Engel, in: Ehlers u.a. (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht I, 2012, § 2, Rn. 52–54.

Nutzen u für das öffentliche Interesse größer ist als die Kosten c für das Grundrecht, in das eingegriffen wurde, also $u > c$.⁵⁸ Anders ausgedrückt müsse der Nutzen abzüglich der Kosten größer null bzw. größer als ein vorher festgelegter Schwellenwert z sein: $u - c > z$.⁵⁹ Da u und c inkommensurabel seien, könnten diese Werte nicht voneinander abgezogen werden. Jedoch könne man beide Werte normalisieren, indem man sie durch den maximal möglichen Nutzen bzw. die maximal möglichen Kosten teile:

$$\frac{u}{\bar{u}} - \frac{c}{\bar{c}} > z$$

Da u und \bar{u} sowie c und \bar{c} jeweils dieselbe normative Einheit besitzen, können die beiden Quotienten voneinander abgezogen werden. Anders als bei Veel sind die Bezugspunkte der Normalisierung bei Engel nicht das jeweilige Grundrecht und der jeweilige öffentliche Nutzen, sondern der größtmögliche grundrechtliche Wert und der größtmögliche öffentliche Nutzen.

Allerdings sind diese Ansätze Einwänden ausgesetzt. Zum einen vermeiden sie nicht, den in der Abwägung konkurrierenden Werten ein Gewicht zuzuordnen. So geht Veel davon aus, dass den konkurrierenden Werten genau dasselbe Gewicht zukomme.⁶⁰ Diese Annahme ist jedoch zweifelhaft.⁶¹ Selbst bei Verfassungsgütern bedarf es einigen Aufwandes zu begründen, warum diesen derselbe Stellenwert zukommen soll.⁶² Wenn man etwa der Allgemeinen Handlungsfreiheit denselben Wert zugesteht wie der Religionsfreiheit, dann scheint dies die grundrechtlichen Differenzierungen, die im Grundgesetz getroffen worden sind, zu nivellieren. Welche Funktion haben die speziellen Grundrechte gegenüber einem allgemeinen Freiheitsrecht, wenn nicht die, den spezifischen Wert bestimmter Freiheitsgebräuche besonders herauszustreichen? Zudem kommt es in der grundrechtlichen Dogmatik nicht immer nur dann zur Abwägung, wenn zwei konkurrierende Verfassungsgüter miteinander in Ausgleich gebracht werden sollen. Vielmehr können Grundrechte auch unter qualifiziertem oder gar einfachem Gesetzesvorbehalt stehen.⁶³ In einem solchen Fall muss das rechtfertigende öffentliche Interesse keinen Verfassungsrang haben. Hier grundsätzlich von der Gleichrangigkeit der abzuwägenden Güter auszugehen, erscheint kaum zu rechtfertigen.

⁵⁸ Engel, in: Ehlers u.a. (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht I, 2012, § 2, Rn. 52.

⁵⁹ Engel, in: Ehlers u.a. (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht I, 2012, § 2, Rn. 54.

⁶⁰ So ausdrücklich Veel, L. & Eth. Hum. Rts. 4 (2010), 177 (210–13).

⁶¹ Ähnlich Rusteberg, Gewährleistungsgehalt, 2009, S. 57–58.

⁶² S. bspw. Barak, L. & Eth. Hum. Rts. 4 (2010), 1 (9), der argumentiert, dass Rechten, selbst wenn sie normativ auf derselben Stufe stehen, nicht notwendigerweise dieselbe soziale Bedeutung haben.

⁶³ Zumindest missverständlich Klatt/Meister, Proportionality, 2012, S. 25, denen zufolge ein Grundrecht nur durch konkurrierende Verfassungsgüter eingeschränkt werden kann.

Demgegenüber vermeidet Engels Konzeption zwar einen Vergleich zwischen öffentlichem Nutzen und den konkurrierenden Grundrechten. Er geht allerdings davon aus, dass es zumindest eine einheitliche normative Währung für alle Grundrechte und gleichzeitig eine einheitliche normative Währung für alle öffentlichen Nutzen gibt. Allerdings ist fraglich, ob damit viel gewonnen ist.⁶⁴ Die Normalisierung entlastet uns nicht von der Aufgabe zumindest alle Grundrechte und alle denkbaren öffentlichen Nutzen auf einer Verhältnisskala abzutragen. Zudem können beide Kategorien nicht trennscharf unterschieden werden. Vielmehr kann der öffentliche Nutzen, der einen Grundrechtseingriff rechtfertigen soll, teilweise gerade darin bestehen, dass ein konkurrierendes Grundrecht geschützt wird.

Zum anderen setzt die Feststellung des Grades der Realisierung nach beiden Konzeptionen auch voraus, dass Nutzen und Kosten einer Maßnahme auf einer kardinalen Skala abgetragen werden können.⁶⁵ Wir brauchen also ein normatives Urteil darüber, zu welchem Grade eine Maßnahme ein Grundrecht beschränkt bzw. ein öffentliches Interesse fördert. Sind Kartoons oder Filmvorführungen, die die Gefühle einer bestimmten religiösen Gruppe verletzen, eine leichte oder eine schwere Beeinträchtigung der Religionsfreiheit? Ist ein Verbot solcher Filme eine leichte oder eine schwere Restriktion der Kunstfreiheit?⁶⁶ Bereits eine ordinale Bestimmung ist in dieser Hinsicht nicht immer ganz einfach, eine kardinale Bestimmung, die nicht nur Aussagen über die relative Schwere der Beeinträchtigung trifft, sondern über den absoluten Grad der Beeinträchtigung, scheint dagegen nahezu unmöglich.⁶⁷

cc. Explizierung von Wertentscheidungen bei Hofmann

Ebenfalls einen formalen Ansatz schlägt Ekkehard Hofmann in seiner Habilitationsschrift vor.⁶⁸ Hofmann argumentiert, dass sprachliche Bewertungen von abzuwägenden Faktoren überfordert seien, wenn mehr als zwei Belange gegeneinander abgewogen werden müssten.⁶⁹ Er schlägt daher eine numerische Form der Abwägung vor, bei der den in die Abwägung einzubeziehenden Be-

⁶⁴ S. auch *Engel*, in: Ehlers u.a. (Hg.), *Besonderes Verwaltungsrecht I*, 2012, § 2, Rn. 54, der zugesteht, dass seine Lösung nur „partiell“ weiterhilft.

⁶⁵ S. *Veel*, *L. & Eth. Hum. Rts.* 4 (2010), 177 (201).

⁶⁶ S. bspw. *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, 295 EUR. CT. H.R. (ser. A) (1994).

⁶⁷ I.E. ebenso *Porat*, in: Bongiovanni u.a. (Hg.), *Reasonableness*, 2009, 243 (247); *Hillgruber*, in: *Hdb StR IX*, 3. Aufl. 2011, § 201, Rn. 80; ähnlich auch *Bilchitz*, *SA Publ. L.* 25 (2011), 423 (436). S. jedoch auch *Veel*, *L. & Eth. Hum. Rts.* 4 (2010), 177 (203–04), der argumentiert, dass man den Einschränkungsgang von Rechten zumindest auf einer „vagen kardinalen Skala“ abtragen könne, wobei er jedoch offen lässt, was unter einer „vagen“ kardinalen Skala zu verstehen ist.

⁶⁸ *Hofmann*, *Abwägung*, 2007, S. 273–320.

⁶⁹ *Hofmann*, *Abwägung*, 2007, S. 276.

langen Zahlen zuzuordnen und diese am Ende zu saldieren seien.⁷⁰ Wenn es etwa darum gehe, Umweltschutzelange gegen wirtschaftliche Belange abzuwägen, müsse man sich darüber klar werden, wie diese Belange miteinander im Verhältnis ständen, der Verlust wie vieler Löffelenten also beispielsweise die Schaffung eines Arbeitsplatzes wert sei.⁷¹ Auch die bereits angesprochene Abfrage der Zahlungsbereitschaft sei eine Möglichkeit, eigentlich unvergleichbare Güter in eine einheitliche Währung zu übersetzen.⁷²

Hofmann ist sich durchaus bewusst, dass es nicht die eine richtige Übersetzung mehrerer verfassungsrechtlicher in numerische Werte gibt.⁷³ Die numerische Methode würde die Entscheidung aber zumindest transparent und explizit machen.⁷⁴ Weiterhin ermögliche sie eine kalkulatorische Lösung des Abwägungsproblems und mache so die Komplexität von Abwägungsentscheidungen handhabbar.⁷⁵ Allerdings hat Hofmann seine Methode vor allem für Verwaltungsentscheidungen entwickelt, und es erscheint fraglich, ob sie sich auch für Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts verwenden lässt. Er selbst schlägt vor, die formale Methodik unterstützend heranzuziehen, wenn der zu lösende Konflikt eine polygonale Form hat.⁷⁶

Hofmanns Formalisierung begegnet jedoch nicht der Kritik der Abwägungsskeptiker. Seine Formalisierung macht lediglich transparent, welcher Wert den einzelnen Gütern im Rahmen der Abwägung zugewiesen wurde. Sie löst jedoch nicht das Problem, diesen Wert zu bestimmen und mit dem Wert des konkurrierenden Gutes ins Verhältnis zu setzen. Die Formalisierung mag somit für mehr Transparenz sorgen, das grundsätzliche Problem der Inkommensurabilität löst sie jedoch nicht.

c. Die verkürzte Verhältnismäßigkeitsprüfung als Alternative

Die analytische Kritik an der Abwägung mag scharf und im Kern zutreffend sein. Zunächst einmal sagt sie allerdings nur aus, dass Abwägungsentscheidungen nicht vollständig determinierbar sind.⁷⁷ Praktische Konsequenzen hat die Kritik jedoch erst dann, wenn angemessene methodische Alternativen vorgeschlagen werden.⁷⁸ Die Alternative, die Schlink vorschlägt, ist eine verkürzte

⁷⁰ Hofmann, Abwägung, 2007, S. 286.

⁷¹ Hofmann, Abwägung, 2007, S. 286.

⁷² Hofmann, Abwägung, 2007, S. 298.

⁷³ Hofmann, Abwägung, 2007, S. 308.

⁷⁴ Hofmann, Abwägung, 2007, S. 290–92.

⁷⁵ Hofmann, Abwägung, 2007, S. 287–90.

⁷⁶ Hofmann, Abwägung, 2007, S. 476.

⁷⁷ S. Aleinikoff, Yale L. J. 96 (1987), 943 (972); Schauer, in: Klatt (Hg.), Institutionalized Reason, 2012, 307 (310).

⁷⁸ Aleinikoff, Yale L. J. 96 (1987), 943 (1003); Gottlieb, Hastings L.J. 45 (1994), 825 (827); Barak, L. & Eth. Hum. Rts. 4 (2010), 1 (17); Petersen, German L. J. 14 (2013), 1387 (1388); Borowski, German L. J. 14 (2013), 1409 (1409); Craig, CLP 66 (2013), 131 (155).

Verhältnismäßigkeitsprüfung.⁷⁹ Diese bestünde aus der Bestimmung des legitimen Ziels, der Geeignetheits- und der Erforderlichkeitsprüfung.⁸⁰ Diese verkürzte Verhältnismäßigkeitsprüfung ist allerdings zwei Einwänden ausgesetzt. Interpretiert man das Erforderlichkeitskriterium weit, steht es ebenfalls unter dem Einfluss subjektiver verfassungsrichterlicher Wertungen. Insofern trifft die Kritik, die an der Abwägung geübt wurde, zu einem großen Teil auch auf die verkürzte Verhältnismäßigkeitsprüfung zu. Interpretiert man die Erforderlichkeit eng, liegt der verkürzten Verhältnismäßigkeit eine Vorstellung von der Funktion von Verfassungsgerichtsbarkeit zugrunde, die mit der im ersten Kapitel entwickelten Konzeption im Widerspruch steht.

Verzichtete man in der Verhältnismäßigkeit auf die Stufe der Abwägung, würde die Erforderlichkeitsprüfung zum Kern des Verhältnismäßigkeitsprinzips. Das zeigt etwa die Rechtsprechung des kanadischen Supreme Court. Das kanadische Gericht verzichtet in der Praxis auf die Abwägung, so dass die meisten Fälle im Rahmen der Erforderlichkeit entschieden werden.⁸¹ In der Theorie scheint die Erforderlichkeitsprüfung nicht im selben Maße dem Einfluss subjektiver richterlicher Wertentscheidungen zu unterliegen wie die Abwägung. Das Gericht bewertet die beiden von einer Maßnahme betroffenen Interessen jeweils getrennt.⁸² Auf der einen Seite wird geprüft, ob potentielle Alternativmaßnahmen grundrechtsschonender sind. Auf der anderen Seite darf die hypothetische Alternative nicht weniger effektiv sein als die tatsächlich getroffene Maßnahme. Durch diese getrennte Prüfung wird ein Vergleich inkommensurabler Güter vermieden.

In der Praxis ist die Erforderlichkeitsprüfung jedoch nicht ganz so unproblematisch, wie sie in der Theorie scheint. Im Zentrum der Erforderlichkeitsprüfung steht die Frage, ob die hypothetische Alternativmaßnahme das Eingriffsziel ebenso effektiv verfolgt wie die überprüfte Maßnahme. Diese Beurteilung erfordert eine empirische Prognose. Oft besteht Unsicherheit über die Effektivität der beiden zu vergleichenden Maßnahmen.⁸³ Wird eine Maßnahme erst dann als nicht erforderlich angesehen, wenn es eine Alternativmaßnahme

⁷⁹ S. *Schlink*, *Abwägung*, 1976, S. 192–219. Ebenso *Böckenförde*, *Der Staat* 42 (2003), 165 (190). S. auch *v. Bernstorff*, in: *Lazarus u.a. (Hg.), Reasoning Rights*, 2014, 63, der als Alternative zur Abwägung einen verkürzten Verhältnismäßigkeitstest, die Bildung klarer Regeln und kategoriale Argumentationsformen vorschlägt. Noch weitgehender *Schneider*, in: *FG 25 Jahre BVerfG II*, 1976, 390, der die verfassungsgerichtliche Überprüfung des Gesetzgebers im Rahmen der Rechtfertigung auf eine bloße Evidenzkontrolle beschränken möchte, bei der es darum gehen soll, ob sich der Gesetzgeber bei der Auswahl der Mittel offensichtlich vergriffen habe.

⁸⁰ *Schlink*, *Abwägung*, 1976, S. 192–93.

⁸¹ S. dazu unten, § 9.

⁸² *Cohen-Eliya/Porat*, *I.CON* 8 (2010), 263 (268).

⁸³ S. *Bilchitz*, *SA Publ. L.* 25 (2011), 423 (435–36).

gibt, die mit Sicherheit mindestens ebenso effektiv ist,⁸⁴ gerät die Erforderlichkeit zu einem extrem stumpfen Schwert, da eine solche Sicherheit nur selten besteht. Möchte ein Verfassungsgericht diese Konsequenz vermeiden, lassen sich normative Wertungen auch innerhalb der Erforderlichkeit nicht vermeiden.⁸⁵

Weiterhin ist unklar, wie in der Erforderlichkeit mit externen Effekten umgegangen werden soll.⁸⁶ Wie ist ein milderer Mittel zu beurteilen, wenn es das Eingriffsziel zwar ebenso effektiv verfolgt, gleichzeitig aber andere Grundrechtsträger belastet?⁸⁷ Des Weiteren kann man sich vorstellen, dass eine grundrechtsschonendere, ebenso effektive Alternativmaßnahme der Staatskasse höhere Kosten auferlegt. Reicht allein die Existenz höherer Kosten aus, damit die Alternativmaßnahme als potentiell milderer Mittel ausscheidet? Oder sind selbst erhebliche Mehrkosten immer unbeachtlich?⁸⁸ Diese Fragen stellen sich nicht mit gleicher Dringlichkeit, wenn die Abwägung als letzter Schritt der Verhältnismäßigkeit zur Verfügung steht. Dann können sie im Rahmen der Abwägung verhandelt werden.⁸⁹ In der verkürzten Verhältnismäßigkeitsprüfung steht man jedoch vor einem Dilemma: Entweder schränkt man die Effektivität der Erforderlichkeitsprüfung erheblich ein,⁹⁰ oder man muss zumindest in gewissem Umfang einen erheblichen richterlichen Wertungsspielraum zulassen.⁹¹

Zumindest wenn man sich an einer engen Konzeption der Erforderlichkeitsprüfung orientiert, liegen der verkürzten Verhältnismäßigkeit implizit Annahmen über Funktion und Legitimität von Verfassungsgerichtsbarkeit zugrunde,⁹² die der im ersten Kapitel entwickelten Konzeption zuwider laufen. Schlink möchte innerhalb der Verhältnismäßigkeit auf die Abwägung verzichten, weil

⁸⁴ So *Pöbbe*, in: Nolte (Hg.), Kontrolle im verfassten Rechtsstaat, 2002, 33 (44).

⁸⁵ Ähnlich *Hirschberg*, Verhältnismäßigkeit, 1981, S. 172–75; v. *Arnauld*, Freiheitsrechte, 1999, S. 263.

⁸⁶ *Sadurski*, Rights before Courts, 2005, S. 269–70; *Möller*, I.CON 10 (2012), 709 (714). S. dazu auch *Engel*, in: Brugger u.a. (Hg.), Gemeinwohl, 2002, 103 (113–32).

⁸⁷ Vgl. dazu *Hillgruber*, in: Hdb StR IX, 3. Aufl. 2011, § 201, Rn. 64, dem zufolge ein Mittel dann nicht als milder angesehen werden kann, wenn es Belastungen für Dritte beinhaltet.

⁸⁸ S. bspw. *Elliott*, in: Forsyth u.a. (Hg.), Judicial Review, 2010, 264 (280), der für die Berücksichtigung administrativer Kosten auf die marginale Zunahme der Intensität des Grundrechtseingriffs abstellen möchte.

⁸⁹ S. *Jakobs*, Verhältnismäßigkeit, 1985, S. 26–27.

⁹⁰ So *Schlink*, in: FS 50 Jahre BVerfG II, 2001, 445 (457), dem zufolge die Lösung für diese Fragen außerhalb der Erforderlichkeitsprüfung zu suchen ist. S. dagegen aber *Bilchitz*, in: Lazarus u.a. (Hg.), Reasoning Rights, 2014, 41 (50), der argumentiert, dass eine solche Interpretation die Erforderlichkeitsprüfung „praktisch nutzlos“ mache.

⁹¹ S. dazu auch *Saurer*, Der Staat 51 (2012), 3 (31).

⁹² S. v. *Arnauld*, Freiheitsrechte, 1999, S. 264; *Schauer*, in: Nolte (Hg.), Constitutionalism, 2005, 49 (64); *Petersen*, German L. J. 14 (2013), 1387 (1407), denen zufolge der Diskussion um die Struktur der Grundrechtsprüfung implizit eine Diskussion über die Rolle und Legitimität von Verfassungsgerichtsbarkeit zugrunde liegt. S. auch *Young*, in: Huscroft u.a. (Hg.), Proportionality, 2014, 43 (65), der zufolge eine Bewertung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zunächst eine Bewertung der Ziele von Verfassungsgerichtsrechtsprechung voraussetzt.

eine solche rational nicht möglich sei. Nun müssen wir im Alltag allerdings jeden Tag Entscheidungen treffen, bei denen wir inkommensurable Werte miteinander vergleichen.⁹³ Auch politische und moralische Entscheidungen enthalten oft einen Vergleich von Gütern, die nicht in eine gemeinsame normative Währung übersetzt werden können. Wenn der Gesetzgeber etwa über die Strafbarkeit der Abtreibung entscheidet, ist die Inkommensurabilität der im Mittelpunkt stehenden Rechtsgüter, des Lebensrechts des Embryo und des Selbstbestimmungsrechts der Frau, in der Regel kein Entscheidungshindernis.

Dies gesteht auch Schlink zu.⁹⁴ Allerdings argumentiert er, dass der Vergleich inkommensurabler Güter allein dem Gesetzgeber und nicht den Gerichten zustehe.⁹⁵ Das Rationalitätsargument wird so zu einem Kompetenzargument.⁹⁶ Die Kritiker der Abwägung fürchten, dass die Abwägung Richtern keine ausreichenden methodischen Schranken auferlege⁹⁷ und den Gerichten daher zu viel Macht zugestehe.⁹⁸ Dieses Kompetenzargument greift jedoch zu kurz.⁹⁹ Adrian Vermeule hat vor kurzem darauf hingewiesen, dass Verfassungen immer versuchten, einen Ausgleich zwischen unterschiedlichen Repräsentationsrisiken zu schaffen.¹⁰⁰ Wenn die Abwägungskritiker die Abwägung aufgrund ihrer operationalen Schwierigkeiten für unzulässig halten, konzentrieren sie sich einseitig auf ein spezifisches Risiko, das der verfassungsgerichtlichen Selbstermächtigung. Gleichzeitig vernachlässigen sie jedoch Risiken, die vom politischen Prozess ausgehen.¹⁰¹

⁹³ *Sunstein*, Mich. L. Rev. 92 (1994), 779 (793); *Sen*, *Idea of Justice*, 2009, S. 241; *Craig*, CLP 66 (2013), 131 (163). S. zudem *Hänni*, in: Schramm u.a. (Hg.), *Konflikte*, 2010, 173 (180), der zufolge die Auflösung von „Konfliktsituationen untereinander inkommensurabler Werte“ selbst für das Recht „nichts Außergewöhnliches“ ist; ähnlich auch *Endicott*, in: *Huscroft* u.a. (Hg.), *Proportionality*, 2014, 311 (323–26), der darauf verweist, dass die Abwägung von inkommensurablen Werten notwendiger Teil des Straf- oder Deliktsrechts ist.

⁹⁴ *Schlink*, *Abwägung*, 1976, S. 190.

⁹⁵ *Schlink*, *Abwägung*, 1976, S. 190; *ders.*, in: FS 50 Jahre BVerfG II, 2001, 445 (461–62). Ähnlich auch *Webber*, *Negotiable Constitution*, 2009, S. 147–48; *Tsakyarakis*, I.CON 7 (2009), 468 (472); *Hillgruber*, JZ 2011, 861 (862); *Böckenförde*, *Der Staat* 29 (1990), 1 (20–21). Böckenfördes Kritik richtet sich allerdings lediglich gegen die Abwägung bei konkurrierenden Verfassungsgütern.

⁹⁶ *S. Rivers*, in: Klatt (Hg.), *Institutionalized Reason*, 2012, 248 (253).

⁹⁷ Vgl. *Schauer*, in: Klatt (Hg.), *Institutionalized Reason*, 2012, 307 (310), der darauf hinweist, dass Kritiker, wenn sie die Irrationalität der Abwägung kritisieren, eigentlich meinen, dass diese den Gerichten keine ausreichenden Schranken auferlege. Vgl. zudem *Kleinlein*, *German L. J.* 12 (2011), 1141 (1167), der argumentiert, dass die Rechtfertigung der Abwägung vom Grad ihrer Rationalität abhängt.

⁹⁸ *S. Mathews/Stone Sweet*, *Emory L.J.* 60 (2011), 102 (122).

⁹⁹ Ähnlich auch *Windisch*, *Rechtstheorie* 44 (2013), 61 (66), dem zufolge in dem Kompetenzargument ein „unzureichendes Verständnis verfassungsstaatlicher Demokratie“ zum Ausdruck kommt.

¹⁰⁰ *Vermeule*, *Constitution of Risk*, 2014, S. 2.

¹⁰¹ Vgl. *Vermeule*, *Constitution of Risk*, 2014, S. 27–87, der sich zwar nicht explizit mit der Abwägung beschäftigt, aber darauf hinweist, dass die einseitige Konzentration auf die

Wir haben im ersten Kapitel gesehen, dass vom politischen Prozess erhebliche Repräsentationsrisiken ausgehen.¹⁰² Diese Gefahren können mit der verkürzten Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht eingefangen werden, so dass ein effektiver Schutz gegen sie ohne Abwägung nicht möglich ist.¹⁰³ Letztlich müssen wir also die Repräsentationsrisiken, die vom politischen Prozess ausgehen, gegen die Gefahr der verfassungsgerichtlichen Selbstermächtigung abwägen. Das ist zum Teil eine empirische Frage, die voraussetzt, dass die unterschiedlichen Gefahrengrade grob abgeschätzt werden können. Eine vollständige Abschätzung der konkurrierenden Gefahren kann im Rahmen dieser Arbeit nicht geleistet werden. Wir werden aber zumindest eine Seite der Waagschale betrachten, indem wir die Abwägungsrechtsprechung der Verfassungsgerichte näher analysieren und die Gefahr der politischen Selbstermächtigung, die von der Abwägung als methodischem Instrument ausgeht, abzuschätzen versuchen.

2. Einzelfallabwägung im Spannungsfeld zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit

Eine zweite Kritiklinie richtet sich vor allem gegen den Einzelfallbezug der Verhältnismäßigkeitsabwägung. Die Einzelfallabwägung schränke die Vorhersehbarkeit verfassungsgerichtlicher Entscheidungen erheblich ein und gefährde damit die Rechtssicherheit.¹⁰⁴ Zudem büße der juristische Diskurs dadurch seine Regelorientierung ein.¹⁰⁵ Daher hat insbesondere Jochen von Bernstorff in jüngerer Zeit ein Alternativmodell vorgeschlagen.¹⁰⁶ Dabei stützt er sich in erster Linie auf kategoriale Argumentationsformen bei der Bestimmung der grundrechtlichen Schutzbereiche und der Ausgestaltung des Kerngehaltsschutzes.¹⁰⁷ Diese verbindet er mit der definitorischen Abwägung bei der Schutzbereichsbe-

Minimierung bestimmter Risiken („precautionary constitutionalism“) ein gängiges Problem zumindest in der US-amerikanischen Verfassungsrechtswissenschaft sei.

¹⁰² S. oben, § 1 II 2.

¹⁰³ v. *Arnauld*, Freiheitsrechte, 1999, S. 264; *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, 2003, S. 222; *Barak*, U. Toronto L.J. 57 (2007), 369 (382).

¹⁰⁴ *Forsthoff*, Staat in der Industriegesellschaft, 1971, S. 140; *Ossenbühl*, in: FS *Lerche*, 1993, 151 (157); *Vesting*, Der Staat 41 (2002), 73 (75); *Raue*, AöR 131 (2006), 79 (86); *Jestaedt*, in: FS *Josef Isensee*, 2007, 253 (267–68); *Webber*, Negotiable Constitution, 2009, S. 110–11; *Rusteberg*, Gewährleistungsgehalt, 2009, S. 69–70; v. *Bernstorff*, Der Staat 50 (2011), 165 (183); *Hillgruber*, JZ 2011, 861 (863); *Moreso*, Ratio Juris 25 (2012), 31 (38); *Sales*, LQR 129 (2013), 223 (236); v. *Bernstorff*, in: *Lazarus u.a.* (Hg.), Reasoning Rights, 2014, 63 (67).

¹⁰⁵ v. *Bernstorff*, Der Staat 50 (2011), 165 (184); *ders.*, in: *Lazarus u.a.* (Hg.), Reasoning Rights, 2014, 63 (70–71). Ähnlich auch *Rusteberg*, Gewährleistungsgehalt, 2009, S. 61–63. Prägnant *Poscher*, Abwehrrechte, 2003, S. 81, der die Abwägungslehre als „Nullpunkt juristischer Dogmatik“ beschreibt. Vgl. schließlich *Rückert*, JZ 2011, 913 (921), dem zufolge die Abwägung gegen das Verfassungsgebot der Rechtsbindung des Richters verstößt.

¹⁰⁶ v. *Bernstorff*, in: *Lazarus u.a.* (Hg.), Reasoning Rights, 2014, 63.

¹⁰⁷ v. *Bernstorff*, in: *Lazarus u.a.* (Hg.), Reasoning Rights, 2014, 63 (75–82). Eine stärkere

stimmung und einer verkürzten Verhältnismäßigkeitsprüfung.¹⁰⁸ Im Kern geht es ihm also um die Stärkung regelbasierter Entscheidungsmechanismen.

Rechtssicherheit ist allerdings kein ontologischer Wert, der um jeden Preis verwirklicht werden muss.¹⁰⁹ Die Schaffung von Rechtssicherheit unter Verzicht auf die Einzelfallabwägung kommt vielmehr nicht ohne Kosten.¹¹⁰ Rechtssicherheit steigt, je starrer und detaillierter Regeln sind. Starre und detaillierte Regeln haben jedoch sowohl eine über- als auch eine unterschneidende Tendenz. Sie umfassen oft auch Fälle, die sie ihrem Sinn und Zweck entsprechend nicht umfassen sollten. Gleichzeitig erfassen sie andere Fälle, die sie eigentlich erfassen sollten, nicht.¹¹¹ Zudem werden Regeln oft in einem bestimmten Kontext entwickelt. Werden sie aus diesem Kontext gerissen und auf andere Sachverhalte angewandt, besteht die Gefahr, dass sie der ursprünglichen Rechtfertigung nicht mehr entsprechen.¹¹²

Konkrete Regeln sind damit flexiblen Prinzipien nicht *per se* vorzuziehen. Vielmehr haben beide gewisse Kosten. Regeln führen teilweise zu suboptimalen Entscheidungen,¹¹³ während Prinzipien weniger Rechtssicherheit bieten. Welche Kosten dabei eher in Kauf genommen werden können, hängt von der Situation ab.¹¹⁴ Es gibt Rechtsgebiete, in denen Rechtssicherheit eine derart starke Rolle spielt, dass falsche Entscheidungen in Kauf genommen werden. Beispiele sind das Rückwirkungs- und das Analogieverbot im Strafrecht. Hier sind die Sanktionen so einschneidend, dass man bei bestimmtem Verhalten darauf verzichtet, es bei Fehlen eines expliziten Straftatbestandes strafrechtlich zu sanktionieren, obwohl es moralisch verwerflich erscheint.¹¹⁵

In anderen Fällen sind die Kosten falscher staatlicher Entscheidungen so gering und die Entscheidungskosten im Einzelfall so hoch, dass man ebenfalls auf Regeln statt auf Prinzipien zurückgreift. So wird das Wahlalter bei 18 Jahren festgesetzt, ohne die individuelle Reife der einzelnen Wähler zu überprüfen.

Fokussierung auf kategoriale Argumentationsformen fordern auch *Webber*, *Negotiable Constitution*, 2009, S. 110–14; *Tsakyrakis*, *I.CON* 7 (2009), 468.

¹⁰⁸ *v. Bernstorff*, in: Lazarus u.a. (Hg.), *Reasoning Rights*, 2014, 63 (71–75).

¹⁰⁹ *Schauer*, *Rules*, 1993, S. 140; *Engel*, in: *Hdb GR II*, 2006, § 33, Rn. 70.

¹¹⁰ *Aleinikoff*, *Yale L. J.* 96 (1987), 943 (979–80); *v. Arnould*, *Freiheitsrechte*, 1999, S. 260. A.A. dagegen *Rusteberg*, *Gewährleistungsgehalt*, 2009, S. 70–74, der allerdings Einzelfallgerechtigkeit mit einem starken Grundrechtsschutz verwechselt.

¹¹¹ *S. Schauer*, *Rules*, 1993, S. 31–34.

¹¹² *Lepsius*, in: *Kirchhof u.a. (Hg.), Dogmatik*, 2012, 39 (56–57).

¹¹³ *Kahl*, *Der Staat* 43 (2004), 167 (193–94).

¹¹⁴ *Schauer*, *Rules*, 1993, S. 141–45.

¹¹⁵ Dass auch das Rückwirkungsverbot in der Praxis nicht absolut verstanden wird, sondern Grenzen kennt, sieht man immer dann, wenn die moralische Verwerflichkeit eines Verhaltens so groß ist, dass man nach Wegen sucht, um das Rückwirkungsverbot auszuhebeln, wie dies etwa bei den Nürnberger Prozessen gegen Kriegsverbrecher nach dem zweiten Weltkrieg oder gegen Mauerschützen nach dem Zusammenbruch der DDR geschehen ist. S. zu letzterem *Kadelbach*, *Jura* 24 (2002), 329.

Eine solche Überprüfung wäre sehr kostenintensiv, und gleichzeitig erscheinen die sozialen Kosten des Ausschlusses eines reifen 16jährigen Mädchens, oder der Wahlberechtigung einer unreifen 20jährigen Frau nicht allzu hoch.¹¹⁶

Gleichzeitig kennt jedes Rechtssystem jedoch auch weniger determinierte Normen, bei denen die Rechtssicherheit zugunsten einer größeren Flexibilität im Einzelfall zurückgenommen wird.¹¹⁷ Beispiele sind etwa die polizeilichen Generalklauseln im Verwaltungsrecht oder das zivilrechtliche Gebot von Treu und Glauben gem. § 242 BGB.

Wenn Kritiker also argumentieren, dass Abwägung keine ausreichende Rechtssicherheit garantiere, dann müssten sie gleichzeitig auch darlegen, warum gerade das Verfassungsrecht eine Rechtsmaterie ist, in der Rechtssicherheit wichtiger ist als Einzelfallgerechtigkeit. Intuitiv scheint das nicht unmittelbar einsichtig, da gerade das Verfassungsrecht sehr durch interpretationsoffene Normen geprägt wird, die den Fokus auf Flexibilität und gerade nicht auf Rechtssicherheit legen.

Sicherlich erscheint gerade bei der abstrakten Kontrolle von Rechtsnormen ein gewisses Maß an Rechtssicherheit unentbehrlich. Allerdings gibt es auch hier Strategien, um einen Kompromiss zwischen Rechtssicherheit und Flexibilität im Einzelfall zu schaffen. Einen solchen Kompromiss versucht das Verfassungsgericht etwa dann, wenn es eine Norm für mit der Verfassung unvereinbar erklärt, die Verfassungswidrigkeit aber erst mit Wirkung für die Zukunft eintreten lässt.

Lenkt man den Blick von der Theorie in die Praxis, ist der Gegensatz zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit weniger scharf, als die Diskussion vermuten lässt.¹¹⁸ Auf der einen Seite kann es auch im Rahmen der Einzelfallabwägung zu einer Regelbildung kommen.¹¹⁹ Gleiche Fälle werden in der Regel auch gleich entschieden. Dies zeigt etwa das Beispiel der Rechtsprechung des südafrikanischen Verfassungsgerichts. Dieses hatte sich in einer Reihe von Entscheidungen mit Beweislastumkehrbestimmungen im Strafprozessrecht zu befassen. In den früheren Entscheidungen in *Manamela* und *Mbatha* stützte es sich dabei auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, um die Beweislastumkehrklauseln für verfassungswidrig zu erklären.¹²⁰ In den nachfolgenden Ent-

¹¹⁶ Vgl. zu diesem Beispiel *Koskenniemi*, MLR 65 (2002), 159 (169).

¹¹⁷ *Stern*, in: FS Peter Lerche, 1993, 165 (175). Teilweise wird sogar argumentiert, dass Richter sich eine solche Flexibilität durch den Rückgriff auf übergeordnete Prinzipien verschaffen, wenn sie das Gefühl haben, dass die Anwendung von Regeln keine adäquate Lösung erlaubt. S. nur *Dworkin*, *Taking Rights Seriously*, 1977, S. 22–28; *Koskenniemi*, *From Apology to Utopia*, 2005, S. 590–96.

¹¹⁸ Ähnlich auch *Gottlieb*, *Hastings L.J.* 45 (1994), 825 (860); *Ossenbühl*, DVBl. 1995, 904 (909).

¹¹⁹ *Clérico*, *Verhältnismäßigkeit*, 2001, S. 152–61; *Meister*, *System des Freiheitsschutzes*, 2011, S. 156.

¹²⁰ *S v Manamela and Another (Director-General of Justice Intervening)* (CCT 25/99)

scheidungen nahm das Gericht dagegen keine Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einzelfall mehr vor. Vielmehr nahm es lediglich Bezug auf die Präzedenzfälle in *Manamela* und *Mbatha*.¹²¹

Auf der anderen Seite ist auch die Determinationskraft von Regeln nicht absolut. Soweit eine Regel nicht exakt auf einen Fall anwendbar ist, bleiben den Richtern Spielräume zur Differenzierung und zur neuen Regelbildung oder Regelmodifizierung.¹²² Insbesondere versuchen Richter oft, die unter- und überschießenden Tendenzen bestehender Regeln durch eine entsprechende Auslegung oder Rechtsfortbildung zu korrigieren.¹²³ Insofern ist die Abgrenzung zwischen kategorialer Argumentation und Einzelfallabwägung in der Praxis weniger scharf, als sie in der Theorie scheint.¹²⁴ Vielmehr haben Richter auch im kategorialen Argumentationsmodus grundsätzlich die Möglichkeit, sich Spielräume zu schaffen, um ihre Urteile auf die Umstände des Einzelfalls zuschneiden zu können.

Folgt man diesem Gedankengang, dann hat die Einzelfallabwägung den Vorteil der Transparenz.¹²⁵ Die Abwägung zwingt die Richter, die Faktoren, die ihre Entscheidung determinieren, explizit zu benennen. Demgegenüber erfolgt bei der kategorialen Argumentation oft eine implizite Abwägung,¹²⁶ durch die die entscheidungsleitenden Gründe verdeckt werden.¹²⁷ Insofern liegt die Vermutung nahe, dass anders, als gemeinhin angenommen wird, nicht die Ab-

[2000] ZACC 5; 2000 (3) SA 1; 2000 (5) BCLR 491 (14 Apr 2000); S v Mbatha, S v Prinsloo (CCT 19/95, CCT 35/95) [1996] ZACC 1; 1996 (3) BCLR 293; 1996 (2) SA 464 (9 Feb 1996).

¹²¹ S v Ntsele (CCT 25/97) [1997] ZACC 14; 1997 (11) BCLR 1543 (14 Oct 1997); S v Mello (CCT 5/98) [1998] ZACC 7; 1998 (3) SA 712; 1998 (7) BCLR 908 (28 May 1998).

¹²² S. Hoffmann-Riem, Der Staat 43 (2004), 203 (211–12), der daher die Grundrechte als „lernendes Recht“ bezeichnet. Die Fälle die zu Verfassungs- und Obergerichten kommen, fallen zum Großteil in dieser Kategorie. Wenn die Rechtslage geklärt wäre, würden sie wahrscheinlich gar nicht so weit kommen. S. dazu Priest/Klein, J. Legal Stud. 13 (1984), 1; Schauer, Ga. L. Rev. 27 (1993), 415 (433); Putnam, Int'l Org. 63 (2009), 459 (472–73).

¹²³ S. Engel, in: ders. (Hg.), Recht der Gemeinschaftsgüter, 1998, 11 (14); Koskeniemi, From Apology to Utopia, 2005, S. 592–93.

¹²⁴ S. aber auch Schauer, in: Nolte (Hg.), Constitutionalism, 2005, 49 (58–59), der Kategorisierung und Regelbildung als Charakteristikum einer gewachsenen Rechtsordnung ansieht und für den die einzelfallbezogene Abwägung in jüngeren Verfassungsordnungen gewissermaßen eine ‚Kinderkrankheit‘ ist.

¹²⁵ Kahl, Der Staat 43 (2004), 167 (189–93).

¹²⁶ S. Sullivan, U. Colo. L. Rev. 63 (1992), 293 (311); Meister, System des Freiheitsschutzes, 2011, S. 113–14; Klatt/Meister, I.CON 10 (2012), 687 (701); Klatt/Meister, Der Staat 51 (2012), 159 (184); Klatt/Meister, Proportionality, 2012, S. 49. S. auch Dammann, Kernbereich, 2011, S. 185–97, der argumentiert, dass absolut geschützte Kernbereiche entweder entgegenstehende Interessen unzulässigerweise außer acht lassen oder durch eine implizite Abwägung bestimmt werden müssen. Die diametral entgegengesetzte Ansicht vertreten Scanlon, Fordham L. Rev. 72 (2004), 1477; García Amado, Rechtstheorie 40 (2009), 1, die argumentieren, dass sich alle Abwägungsentscheidungen auch als Fälle normativer Auslegung rekonstruieren lassen.

¹²⁷ Kahl, Der Staat 43 (2004), 167 (190–92).

wägung, sondern die Regelbildung richterliche Selbstermächtigung fördert.¹²⁸ Auf diesen Punkt werden wir im empirischen Teil dieser Arbeit noch zurückkommen.¹²⁹

3. Fazit: Abwägung und die Grenzen richterlicher Entscheidungsspielräume

Bei der Diskussion um die Rechtfertigung von Abwägungsentscheidungen im Verfassungsrecht geht es nicht in erster Linie um methodische Rationalität.¹³⁰ Verlangt man von der Abwägung, dass sie richterliche Entscheidungen vollständig determiniert, legt man an sie Maßstäbe an, die juristisches Argumentieren auch in anderen Bereichen nicht einhalten kann.¹³¹ Der richterliche Subsumtionsautomat ist eine Montesquieu'sche Illusion, die dem Test der Realität nicht standhält. Den Abwägungskritikern geht es vielmehr um das Maß des Entscheidungsspielraums, der Richtern durch das methodische Instrument der Abwägung zugestanden wird.

Die Überzeugungskraft der Kritik beruht dabei auf einer empirischen Prämisse und zwei normativen Axiomen. Empirisch beruht die Abwägungskritik implizit auf der Annahme, dass das Ausmaß richterlicher Spielräume bei der Abwägung größer ist als bei regelgeleiteter Entscheidungsfindung.¹³² Die normativen Axiome betreffen zum einen die Funktion von Recht und zum anderen die Rolle von Gerichten im politischen Prozess. Abwägung steht im Spannungsverhältnis zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Rechtssicherheit auf der einen und zwischen effektiver Kontrolle des Gesetzgebers und einer möglichst großen Wahrung gesetzgeberischer Autonomie auf der anderen Seite.

Wir haben gesehen, dass regelbasierte Entscheidungsmechanismen als Alternative zur Abwägung entweder die Einzelfallgerechtigkeit vernachlässigen oder weniger transparent sind als abwägungsbasierte Entscheidungen. Es bleibt also die Frage nach der Rolle von Verfassungsgerichten im politischen Prozess. Normativ wird man der Abwägung umso skeptischer gegenüberstehen, je zurückhaltender man die Notwendigkeit einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle des Gesetzgebers einschätzt.¹³³ In der Regel wird die Abwägung nämlich als

¹²⁸ S. *Gardbaum*, L. & Eth. Hum. Rts. 4 (2010), 77 (90–92); *Lepsius*, in: Kirchhof u.a. (Hg.), Dogmatik, 2012, 39 (43–45); *Gardbaum*, in: Huscroft u.a. (Hg.), Proportionality, 2014, 259 (273).

¹²⁹ S. insbesondere §§ 4 I 2, 6 VI–VII, 10 IV.

¹³⁰ *Schauer*, in: Klatt (Hg.), Institutionalized Reason, 2012, 307 (310).

¹³¹ *Uerpman*, Öffentliches Interesse, 1999, S. 278–83; *Alexy*, Ratio Juris 16 (2003), 433 (448); *Barak*, U. Toronto L.J. 57 (2007), 369 (382).

¹³² So *Schauer*, in: Klatt (Hg.), Institutionalized Reason, 2012, 307 (311–15).

¹³³ *Mathews/Stone Sweet*, Emory L.J. 60 (2011), 102 (122).

Grenzüberschreitung des Verfassungsgerichts zur politischen Sphäre wahrgenommen.¹³⁴

Mit diesem Problem kann man auf zweierlei Arten umgehen. Zum einen kann man anerkennen, dass politische Spielräume ein notwendiger Teil richterlicher Entscheidungen sind.¹³⁵ Wir haben gesehen, dass die Abgrenzung konkurrierender Freiheitssphären nicht ausschließlich dem Primat der Politik unterfällt, da politische Lösungen in diesem Bereich verzerrt sein können.¹³⁶ Wenn man eine effektive gerichtliche Kontrolle der Gesetzgebung insofern für notwendig hält, sind richterliche Spielräume der Preis, den wir dafür zahlen müssen.

Zum anderen kann man versuchen, diese Spielräume einzuengen. Dabei können wir unseren Blick sowohl auf interne, methodische Grenzen, als auch auf externe, institutionelle Faktoren richten. In methodischer Hinsicht haben wir in diesem Abschnitt gesehen, dass sich solche nicht aus der Struktur der Verhältnismäßigkeitsprüfung selbst ergeben. Wenn das zentrale Problem der Abwägung ein Kompetenzproblem ist – namentlich die Frage, welches staatliche Organ die Abwägungsentscheidung primär treffen soll –, können wir versuchen, nachprüfbare Kriterien für die Verteilung von Entscheidungskompetenzen zwischen Parlament und Verfassungsgericht zu entwickeln. Das methodische Instrument zur Verteilung von Entscheidungskompetenzen ist die Konstruktion von parlamentarischen Einschätzungsspielräumen. Auf diese werden wir im nächsten Kapitel näher eingehen.¹³⁷

Allerdings sollten wir auch die institutionellen Grenzen nicht aus dem Blick verlieren. Richterliche Entscheidungen unterliegen Einflussfaktoren, die sich allein aus der verfassungsrechtlichen Dogmatik nicht erklären lassen. Daher könnten selbst methodische Figuren wie die Abwägung, die Richtern in der Theorie große Entscheidungsspielräume einräumen, in der Praxis weniger problematisch sein, als es die analytische Diskussion vermuten lässt. Auf diese Frage werden wir im empirischen Teil dieser Arbeit zurückkommen.¹³⁸

¹³⁴ S. nur *Schlink*, *Abwägung*, 1976, S. 190; *Böckenförde*, *Lage der Grundrechtsdogmatik*, 1989, S. 54; *Schlink*, in: *FS 50 Jahre BVerfG II*, 2001, 445 (461–62); *Webber*, *Negotiable Constitution*, 2009, S. 147–48; *Hillgruber*, *JZ* 2011, 861 (862); *Sales*, *LQR* 129 (2013), 223 (225); *Camilo de Oliveira*, *Kritik der Abwägung*, 2013, S. 223–31; *v. Bernstorff*, in: *Lazarus u.a. (Hg.), Reasoning Rights*, 2014, 63 (66).

¹³⁵ *Borowski*, *Grundrechte*, 2. Aufl. 2007, S. 123; *Robertson*, *Judge as Political Theorist*, 2010, S. 16–17.

¹³⁶ S. oben, § 1 II 2.

¹³⁷ S. dazu unten, § 3.

¹³⁸ S. insbesondere §§ 4, 5.

II. Empirische Unsicherheit in der Verhältnismäßigkeit

Die Ermittlung von Tatsachen und Kausalbeziehungen spielt in Gerichtsverfahren eine zentrale Rolle. Dabei ist zwischen zwei Arten von Tatsachen zu unterscheiden. Zum einen müssen singuläre Tatsachen ermittelt werden, die Auskunft darüber geben, was in einem spezifischen Fall passiert ist. Der Angeklagte in einem Strafverfahren kann nur dann wegen Mordes oder Totschlags verurteilt werden, wenn er eine Handlung vorgenommen hat, die ursächlich für den Tod des Opfers war. Im Zivilverfahren kann der Beklagte nur dann zur Zahlung des Kaufpreises verurteilt werden, wenn tatsächlich ein Kaufvertrag zwischen Kläger und Beklagtem zustande gekommen ist.

Zum anderen können außerdem generische Tatsachen entscheidungserheblich sein, die oft auch als ‚legislative facts‘ bezeichnet werden.¹³⁹ Bei generischen Tatsachen geht es nicht um singuläre Ereignisse, sondern um Aussagen über eine ganze Klasse von Ereignissen. Dabei geht es in der Regel um Kausalbeziehungen. Wenn T seinem Opfer O ein Gift verabreicht und dieses zum Tod von O führt, handelt es sich um eine singuläre Kausalbeziehung. Wenn die Einnahme des entsprechenden Giftes durch einen Menschen regelmäßig zu dessen Tod führt, handelt es sich bei dieser Feststellung dagegen um eine generische Kausalbeziehung.

Bei der Überprüfung von Gesetzen interessieren wir uns vor allem für generische Tatsachen. Zwar möchten wir etwas über die spezifischen Auswirkungen des Gesetzes wissen. Allerdings regelt das Gesetz eine unbestimmte Vielzahl von Fällen. Nehmen wir an, der Gesetzgeber führt eine allgemeine Geschwindigkeitsbegrenzung auf Autobahnen ein, um die Zahl der Verkehrsunfälle zu reduzieren. Dann interessiert uns nicht in erster Linie, ob die Geschwindigkeitsbegrenzung in einem konkreten Fall zu der Vermeidung eines Unfalls geführt hat. Vielmehr wollen wir wissen, ob durch die reduzierte Geschwindigkeit regelmäßig die Zahl von Unfällen reduziert wird.

Generische Tatsachen spielen insbesondere im Rahmen der Verhältnismäßigkeit eine zentrale Rolle. Drei der vier Stufen der Verhältnismäßigkeit beinhalten empirische Prognosen.¹⁴⁰ So wird bei der Geeignetheit gefragt, ob eine staat-

¹³⁹ Zu den ‚legislative facts‘ s. *Lepsius*, JZ 2005, 1 (1).

¹⁴⁰ v. *Aaken*, in: Bungenberg u.a. (Hg.), *Recht und Ökonomik*, 2004, 1 (19); *Robertson*, *Judge as Political Theorist*, 2010, S. 80; *Cohen-Eliya/Porat*, *Am. J. Comp. L.* 59 (2011), 463 (469–70). S. auch *Meßerschmidt*, *Legisprudence* 6 (2012), 347 (363), der das Verhältnismäßigkeitsprinzip als „trojanisches Pferd“ der Wirkungsanalyse bezeichnet, *Schulze-Fielitz*, in: FS Klaus Vogel, 2000, 311 (316), der „weiche Leitbegriffe“, wie etwa die Verhältnismäßigkeit, als Schnittstelle für sozialwissenschaftliche Erkenntnisse ansieht, und *Müller*, *Zauberwürfel*, 2013, S. 36, dem zufolge die „juristische Verhältnismäßigkeitsbeurteilung selten ohne transdisziplinäres Wissen auskommt.“ Zu weitgehend dagegen *Beatty*, *Ultimate Rule of Law*, 2004,

liche Maßnahme zur Verwirklichung des Eingriffsziels zumindest beiträgt.¹⁴¹ Wenn der Gesetzgeber also ein Rauchverbot in Gaststätten, Kneipen und Diskotheken erlässt,¹⁴² um die Gesundheit der Passivraucher zu schützen, setzt die Geeignetheit dieser Maßnahme zweierlei Dinge voraus: Zum einen muss Passivrauchen überhaupt eine gesundheitsgefährdende Wirkung haben, zum anderen muss das Rauchverbot dazu führen, dass die Gesundheitsgefährdung durch Passivrauchen verringert wird.

Die Erforderlichkeitsprüfung beinhaltet einen Vergleich der tatsächlichen staatlichen Maßnahme mit hypothetischen Alternativmaßnahmen. Auch dieser Vergleich erfordert Wissen über generischen Tatsachen.¹⁴³ Auf der einen Seite ist zu prüfen, ob die Alternativmaßnahme das Grundrecht weniger beschränkt. Auf der anderen Seite muss ein milderes Mittel ebenso effektiv sein wie die tatsächliche Maßnahme. Zumindest letztere Frage ist auch eine empirische. Als das südafrikanische Verfassungsgericht über die Verfassungsmäßigkeit der Todesstrafe zu entscheiden hatte, prüfte es, ob Gefängnisstrafen nicht möglicherweise mildere Alternativen seien.¹⁴⁴ Es bestehen kaum Zweifel, dass eine Gefängnisstrafe weniger stark in das Lebensrecht eingreift als die Todesstrafe. Wenn man Abschreckung als Hauptzweck strafrechtlicher Sanktionen ansieht, ist jedoch fraglich, ob Gefängnisstrafen unter diesem Gesichtspunkt ebenso effektiv sind wie die Todesstrafe. Hierbei handelt es sich letztlich um eine empirische Frage.

Schließlich setzt auch die Abwägung empirische Erwägungen voraus.¹⁴⁵ Wie wir gesehen haben, sind die Intensität des Grundrechtseingriffs und das Ausmaß der Förderung des öffentlichen Zwecks wichtige Faktoren innerhalb der Abwägung.¹⁴⁶ Bei beiden Fragen handelt es sich jedoch teilweise um empirische. Kehren wir zur Veranschaulichung noch einmal zu unserem Rauchverbotsbeispiel zurück.¹⁴⁷ Beim Rauchverbot muss der Gesundheitsschutz der Passivraucher gegen die Berufsfreiheit der Besitzer von Gaststätten und Diskotheken ab-

S. 171 und 183, dem zufolge die Verhältnismäßigkeit allein aus der Beurteilung objektiver und konkreter Fakten bestehe.

¹⁴¹ *Stern*, in: FS 50 Jahre BVerfG II, 2001, 1 (32); *Clérico*, Verhältnismäßigkeit, 2001, S. 55–56; *Kloepfer*, in: FG 50 Jahre BVerwG, 2003, 329 (334); *Heusch*, Verhältnismäßigkeit im Staatsorganisationsrecht, 2003, S. 38–39; *Merten*, in: Merten/Papier (Hg.), Hdb GR III, 2009, § 68, Rn. 65.

¹⁴² So der Sachverhalt in BVerfGE 121, 317.

¹⁴³ *S. Engel*, in: Brugger u.a. (Hg.), Gemeinwohl, 2002, 103 (113); *v. Aaken*, in: Bungenberg u.a. (Hg.), Recht und Ökonomik, 2004, 1 (19); *Elliott*, in: Forsyth u.a. (Hg.), Judicial Review, 2010, 264 (270); *Rivers*, in: Klatt (Hg.), Institutionalized Reason, 2012, 248 (253); *Brady*, Proportionality and Deference, 2012, S. 32; *Elliott*, Proportionality and deference (Working Paper 2013), S. 4; *Spiecker gen. Döbmann*, Unsicherheit, 2015, i.E., Teil IV, Kap. 3, D.

¹⁴⁴ *S v. Makwanyane and Mchunu* (CCT3/94), 1995 (3) SA 391.

¹⁴⁵ *Bryde*, in: FS 50 Jahre BVerfG, 2001, 533 (555); *Engel*, in: Engel/Héritier (Hg.), Politics and Law, 2003, 285 (312); *Towfigh*, I.CON 12 (2014), i.E.

¹⁴⁶ S. oben, § 2 in der Einleitung.

¹⁴⁷ S. zu dem Beispiel bereits *Petersen*, Der Staat 49 (2010), 435 (442–43).

gewogen werden, die von dem Verbot betroffen sind. Die Abwägungsentscheidung hängt dabei auf beiden Seiten von empirischen Faktoren ab.

Je stärker die Gesundheitsgefährdung durch Passivrauchen ist, desto mehr Gewicht wird diesem Belang in der Abwägung zukommen. Wenn die negativen Auswirkungen auf die Gesundheit nur marginal sind, wird die Abwägung wahrscheinlich anders ausfallen, als wenn Gäste, die regelmäßig Zigarettenrauch ausgesetzt sind, mit schweren Gesundheitsgefährdungen zu rechnen haben. Das normative Gewicht der Berufsfreiheit hängt auch von dem Ausmaß der Umsatzeinbußen ab, die die Gastwirte aufgrund des Rauchverbots zu befürchten haben. Die Möglichkeit, den Beruf des Gastwirts auszuüben hängt nämlich wesentlich davon ab, ob man mit diesem Beruf ausreichend Geld verdienen kann. Je höher daher die Umsatzeinbußen sind, desto schwerer wiegt letztlich der Eingriff.

Folglich ist die Auflösung von Normkollisionen vielfach von einer empirischen Prognose abhängig. Dass eine solche Einschätzung notwendig ist, sagt aber noch nichts darüber aus, wie sie vorgenommen werden sollte und vor allem wer sie vornehmen sollte. Einige Stimmen in der staatsrechtlichen Literatur gehen davon aus, dass das Bundesverfassungsgericht dem parlamentarischen Gesetzgeber bei der Ermittlung von generischen Tatsachen grundsätzlich überlegen sei.¹⁴⁸ Dies wird wiederum von anderen rechtswissenschaftlichen Autoren entschieden bestritten, die darauf hinweisen, dass das Parlament zur Ermittlung empirischer Zusammenhänge größere Ressourcen hätte als Gerichte.¹⁴⁹

Im Folgenden werden wir in zwei Schritten vorgehen, um die Komplexität der Fragestellung ein wenig zu reduzieren. Zunächst werden wir eine hypothetische Grundannahme machen und davon ausgehen, dass jede Art von Unsicherheit aufklärbar ist. Wir werden analysieren, ob das Verfassungsgericht unter dieser Annahme die Kompetenz haben sollte, die empirischen Annahmen des Gesetzgebers vollständig zu überprüfen. Im darauffolgenden Abschnitt nehmen wir dann von dieser Annahme Abstand und überprüfen, wie sich dies auf unsere normativen Erwägungen auswirkt. Zunächst analysieren wir dabei, ob Verfassungsrichter empirische Einschätzungen des Gesetzgebers vollständig überprüfen können sollten. Anschließend beschäftigen wir uns mit der Anwendung von Beweislastregeln. Der letzte Abschnitt argumentiert schließlich, dass die Lösung des Unsicherheitsproblems nicht ohne die Konstruktion gesetzgeberischer Einschätzungsspielräume auskommt.

¹⁴⁸ *Ossenbühl*, in: FS 25 Jahre BVerfG I, 1976, 458 (472); *Gusy*, Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, 1985, S. 165. S. auch *Philippi*, Tatsachenfeststellungen, 1971, S. 167–68: „Prognoseverfahren des Bundesverfassungsgerichts sind denen des Gesetzgebers typischerweise im rationalen Prognoseansatz überlegen.“

¹⁴⁹ *Murphy/Coleman*, *Philosophy of Law*, 1990, S. 228; *Charney/Green*, *Sup. Ct. L. Rev.* 34 (2006), 479 (481). Vgl. auch *Eidenmüller*, *Effizienz*, 1995, S. 428; *Charney*, *Nat. J. Const. L.* 16 (2004), 1 (5).

1. Eine hypothetische Grundannahme: Recht ohne Unsicherheit

Beginnen wir, um Komplexität abzuschichten, mit einem hypothetischen Modell. Dieses Modell besteht aus drei Grundannahmen: Erstens gehen wir davon aus, dass es grundsätzlich möglich ist, Aussagen über die Wirklichkeit zu treffen, die wahr sind. Zweitens können wir erkennen, welche Aussagen wahr und welche falsch sind. Drittens ist diese Erkenntnis nur mit sehr geringen Kosten verbunden. Das bedeutet, dass es dem Gesetzgeber immer möglich ist, die empirische Grundlage einer gesetzgeberischen Maßnahme vollständig aufzuklären. Gleichzeitig können Gerichte Aussagen darüber treffen, ob die empirischen Annahmen des Gesetzgebers korrekt waren oder nicht.

Haben Gerichte unter diesen Umständen die Kompetenz, die empirischen Annahmen des Gesetzgebers vollständig zu überprüfen und diese unter Umständen zu korrigieren, wenn sie falsch sind? Fehlerhafte empirische Annahmen des Gesetzgebers können vor allem auf zwei Faktoren zurückzuführen sein: zum einen auf die Inkompetenz des Gesetzgebers, zum anderen auf mögliche unlautere Motive. In der staatsrechtlichen Literatur wird dem Bundesverfassungsgericht die Kompetenz zur Korrektur mangelnder gesetzgeberischer Sorgfalt oft abgesprochen.¹⁵⁰ Im Wesentlichen spricht dabei gegen eine Sorgfaltskontrolle, dass es für diese keine objektiven Maßstäbe gebe.¹⁵¹ Daher sei die Kontrolle gesetzgeberischer Rationalität vornehmlich Sache des politischen Prozesses.¹⁵²

Unter der hier getroffenen Annahme, dass gerichtliche Entscheidungen unter Sicherheit getroffen werden, greift das Argument der fehlenden Rationalitätsstandards jedoch nicht. Da staatliche Entscheidungen, die in Grundrechte eingreifen, den Grundrechtsträgern Kosten auferlegen, kann man staatlichen Entscheidungsträgern hier nicht die Freiheit zugestehen, irrational zu handeln.¹⁵³ Nehmen wir an, der Gesetzgeber verbietet den Import spanischer Gurken, weil die Gefahr besteht, dass diese mit einem Krankheitserreger befallen sind. Kann nun eindeutig festgestellt werden, dass diese Annahme nicht zutreffend war, würde ein weiteres Aufrechterhalten der Maßnahme die Berufsfreiheit der Importeure verletzen. Die empirische Einschätzung ist hier also keine rein politische, sondern eine rechtlich nachprüfbare Entscheidung. Wenn die Irrationa-

¹⁵⁰ S. etwa *Schlaich*, VVDStRL 39 (1981), 99 (109); *Gusy*, ZRP 18 (1985), 291 (296–98); *Dann*, Der Staat 49 (2010), 630 (642–46). Differenzierend *Grzeszick*, VVDStRL 71 (2012), 49.

¹⁵¹ *Grzeszick*, VVDStRL 71 (2012), 49 (70).

¹⁵² Ebd. *Grzeszick* will dabei dem Verfassungsgericht jedoch in Ausnahmefällen eine Kompensationskompetenz zugestehen (70–74).

¹⁵³ *Gusy*, Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, 1985, S. 180; v. *Aaken*, Rational Choice, 2003, S. 315–33; *Somek*, Der Staat 43 (2004), 425 (428); *Sieckmann*, in: Wintgens/Oliver-Lalana (Hg.), Rationality of Legislation, 2013, 107.

lität einer Maßnahme also eindeutig feststellbar ist, sollten Verfassungsgerichte eine entsprechende Prüfungs- und Verwerfungskompetenz haben.¹⁵⁴

Eine mangelhafte Einschätzung der einem Gesetz zugrunde liegenden Tatsachen kann jedoch nicht nur auf die mangelnde Rationalität des Gesetzgebungsverfahrens, sondern auch auf Fehlanreize des Gesetzgebers zurückzuführen sein. Es kann Situationen geben, in denen der Gesetzgeber überhaupt keine Anreize hat, die erforderliche empirische Aufklärung vorzunehmen. Wir können unser Beispiel dahingehend erweitern, dass das Importverbot für spanische Salatgurken den Absatz bestimmter deutscher landwirtschaftlicher Produkte steigert. Das Importverbot würde damit nicht nur einer potentiellen Gesundheitsgefahr entgegenwirken, sondern wäre auch einer wichtigen Wählerklientel von großem Nutzen. Die Regierung hätte daher unabhängig von der gesundheitsschädigenden Wirkung spanischer Salatgurken einen Anreiz, ein entsprechendes Importverbot zu verhängen. Das Interesse an einer Aufklärung des Sachverhalts ist insofern gering. Aus diesem Grund gibt es – unabhängig von der Frage, welches Organ für die Ermittlung generischer Tatsachen besser geeignet ist – einen Bedarf für eine gerichtliche Kontrolle gesetzgeberischer Prognoseentscheidungen

2. Richterliche Kontrolle unter Unsicherheit

Die Annahme, dass Richter Prognoseentscheidungen unter Sicherheit treffen können, ist eine kontrafaktische Modellannahme. In der Gerichtspraxis werden Entscheidungen nie unter vollständiger Sicherheit getroffen.¹⁵⁵ Selbst wenn wir davon ausgehen, dass wir Gewissheit über bestimmte generische Tatsachen haben, kann es nie endgültige Beweise geben. Nur weil wir in der Vergangenheit regelmäßige empirische Muster beobachtet haben, können wir daraus noch keine automatischen Schlussfolgerungen für zukünftige Beobachtungen ziehen.¹⁵⁶ Im Folgenden sollen zwei Möglichkeiten, mit Unsicherheit umzugehen,

¹⁵⁴ Petersen, I.CON 11 (2013), 294 (310).

¹⁵⁵ S. Alemanno, in: Fontanelli u.a. (Hg.), *Rule of Law*, 2010, 346 (349); *Cohen-Eliya/Porat*, Am. J. Comp. L. 59 (2011), 463 (471). Teilweise wird in der rechtswissenschaftlichen Literatur gar vertreten, dass es unmöglich sei, Aussagen über empirische Zusammenhänge zu treffen. So warnt *Augsberg*, *Der Staat* 51 (2012), 117 (125): „Hüten wir uns vor der Vorstellung, es gäbe in der Natur Gesetze.“ Für inkonsistent hält eine solche relativistische Position *Putnam*, *Reason*, 1981, S. 119–24. Dass extremer Relativismus zumindest teilweise zu absurden Ergebnissen führen kann, zeigt *Schneider*, in: Scharer u.a. (Hg.), *Risiko im Recht*, 2011, 177 (192–93). Zwar soll nicht in Abrede gestellt werden, dass Beobachtungen der Wirklichkeit immer von der Perspektive abhängen (s. dazu noch unten, § 2 II 2 a bb). Allerdings ist es eine der Voraussetzungen moderner Gesellschaften, dass wir zumindest davon ausgehen, dass es so etwas die „Naturgesetze“ gibt. Für einen „pragmatischen Rationalitätsbegriff“ plädiert daher *Vofskuhle*, in: Trute u.a. (Hg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2008, 637 (648).

¹⁵⁶ *Popper/Miller*, *Nature* 302 (1983), 687.

näher analysiert werden. Zunächst können Richter eigene Prognosen anstellen, um gesetzgeberische Prognoseentscheidungen zu kontrollieren. Oder sie konstruieren Beweislastregeln, die vom Gesetzgeber verlangen, nur dann zu handeln, wenn ein relativ großer Grad an Sicherheit besteht.

a. Direkte Kontrolle gesetzgeberischer Prognosen durch den Richter

Wenn Richter empirische Prognosen des Gesetzgebers überprüfen, stellen sich grundsätzlich zwei Probleme. Auf der einen Seite fehlt den Richtern für eine eigene empirische Einschätzung oft die notwendige methodische Ausbildung. Auf der anderen Seite sind empirische Studien immer von der Perspektive abhängig, so dass zweifelhaft ist, warum die Perspektive des Gerichts Vorrang vor der des Gesetzgebers haben sollte.

aa. Mangelnde methodische Ausbildung der Richter

Die Ermittlung von Tatsachen ist grundsätzlich die Kernaufgabe eines jeden Richters. Wir haben jedoch gesehen, dass dabei zwischen singulären und generischen Tatsachen zu unterscheiden ist. Gesetzgeberische Prognoseentscheidungen fallen regelmäßig in die letztere Kategorie. Zum einen betreffen Gesetze oft eine unbestimmte Vielzahl von Fällen. Zum anderen tritt der Erfolg erst in der Zukunft ein. Selbst wenn daher eine singuläre Kausalbeziehung Gegenstand der gesetzgeberischen Prognose wäre, kann diese nicht direkt beobachtet werden. Die Prognose muss daher auf der Grundlage generischer Tatsachen erfolgen.

Bei generischen Kausalbeziehungen geht es um die Frage, ob man aus einer Reihe von Beobachtungen auf die Existenz von Regelmäßigkeiten schließen kann und ob solche regelmäßigen Muster in einem kausalen Verhältnis zueinander stehen. Möchte man also wissen, ob eine Kopfschmerztablette lindernde Wirkung hat, muss man feststellen, ob die Einnahme der Tablette regelmäßig mit einer Beruhigung der Kopfschmerzen einhergeht und diese Schmerzberuhigung größer ist als bei einer Vergleichsgruppe, die die entsprechende Tablette nicht eingenommen hat. Die Sozial- und Naturwissenschaften haben ein methodisches Instrumentarium entwickelt, um mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit Schlussfolgerungen über generische Kausalbeziehungen ziehen zu können. In diesem methodischen Instrumentarium haben Richter in der Regel jedoch keine Ausbildung genossen. Dies kann zu Problemen führen, wenn sie versuchen, eigene Prognosen sozialer Sachverhalte durchzuführen.¹⁵⁷

¹⁵⁷ Die Argumentation in diesem Abschnitt basiert auf *Petersen, Der Staat* 49 (2010), 435 (447–51). S. auch bereits die Kritik von *Philippi, Tatsachenfeststellungen*, 1971, S. 98 und 112–14 am richterlichen Stichprobenverfahren und den richterlichen Erfahrungssätzen. Allerdings zieht Philippi im Wesentlichen ein positives Fazit in Bezug auf die Tatsachenerforschung durch das BVerfG (S. 123).

Nehmen wir an, wir möchten analysieren, ob ein bestimmtes soziales Phänomen X ursächlich für das Auftreten eines anderen Phänomens Y ist. Wenn wir beobachten, dass diese beiden sozialen Phänomene gemeinsam auftreten, können wir daraus nicht notwendigerweise die Schlussfolgerung ziehen, dass einer der Faktoren für den anderen ursächlich ist. Vielmehr gibt es in erster Linie drei Dinge, die wir dabei beachten müssen.¹⁵⁸ Zunächst kann das gleichzeitige Auftreten beider Faktoren auf bloßem Zufall beruhen. Wenn ich eine Kopfschmerztablette einnehme und anschließend einen Rückgang der Kopfschmerzen spüre, kann dieser Zusammenhang auch allein ein zufälliger sein. Möglicherweise wären meine Kopfschmerzen ohnehin gerade verflogen.

Um einen empirischen Zusammenhang feststellen zu können, benötigen wir also eine gewisse Zahl von Beobachtungen. In den empirischen Wissenschaften und der Statistik wurde zu diesem Zweck das Konzept der statistischen Signifikanz entwickelt, das eine Aussage darüber trifft, ob eine Beobachtung nur auf Zufall beruht oder ob ein empirischer Zusammenhang besteht.¹⁵⁹ Existiert ein solcher empirischer Zusammenhang, sprechen wir davon, dass zwischen den beiden Faktoren, also der Einnahme der Kopfschmerztablette und dem Rückgang der Kopfschmerzen eine Korrelation besteht.

Vom Bestehen einer Korrelation lässt sich jedoch noch nicht automatisch auf die Existenz eines Kausalzusammenhangs schließen. Wenn X mit Y korreliert ist, bedeutet dies nicht automatisch, dass X für Y auch ursächlich ist. Vielmehr kann ein dritter Faktor die Korrelation bewirken, indem er sowohl für X als auch für Y kausal ist. Die Körpergröße von Geschwistern wird in der Regel miteinander korreliert sein. Wenn eine Frau großgewachsen ist, ist die Wahrscheinlichkeit, dass ihre Schwester ebenfalls aufgeschossen ist, sehr groß. Hier hat jedoch die Körpergröße der älteren Schwester nicht die der jüngeren bewirkt. Vielmehr war in diesem Fall die Körpergröße der Eltern ausschlaggebend. Auch hier gibt es statistische Methoden, um den Einfluss solcher externer Faktoren herauszufiltern.

Schließlich kann man bei einer Korrelation zweier Faktoren nicht immer ohne Weiteres auf die Richtung der Kausalität schließen. Wenn wir ein gemeinsames Auftreten von X und Y beobachten und den Einfluss dritter Faktoren ausschließen können, dann kann Y durch X bewirkt worden sein. Umgekehrt kann Y jedoch auch X bewirkt haben. Wenn wir feststellen, dass Demokratien regelmäßig einen hohen ökonomischen Entwicklungsstand haben, kann dies daran liegen, dass Demokratie sich positiv auf ökonomische Entwicklung auswirkt. Es kann jedoch auch umgekehrt sein, dass ein hoher ökonomischer Ent-

¹⁵⁸ S. dazu ausführlich *Cook/Campbell*, *Quasi-Experimentation*, 1979, S. 37–94.

¹⁵⁹ *Cook/Campbell*, *Quasi-Experimentation*, 1979, S. 40; *Goerg*, in: *Towfigh/Petersen*, *Ökonomische Methoden*, 2010, 201 (222).

wicklungsstand erst Voraussetzung einer Demokratie ist.¹⁶⁰ Schließlich kann die Kausalität auch gleichzeitig in beide Richtungen laufen.

In den gewählten Beispielen scheint die Gefahr eines Fehlschlusses so offensichtlich, dass man kein sozialwissenschaftliches Methodenstudium braucht, um sie zu erkennen und zu vermeiden. Dies ist jedoch nicht immer so.¹⁶¹ Wenn die empirischen Zusammenhänge komplexer werden, erscheinen sozialwissenschaftliche Methoden zur Beurteilung empirischer Zusammenhänge unentbehrlich. Insofern scheinen Richter mit ihrer derzeitigen methodischen Ausbildung nicht geeignet, empirische Implikationen normativer Argumente immer angemessen zu bewerten. Ignorieren Richter jedoch methodische Regeln der Sozialwissenschaften, kann es leicht passieren, dass sie ihre normativen Schlussfolgerungen auf fragwürdiger empirischer Basis treffen.¹⁶²

bb. Abhängigkeit empirischer Studien von der Perspektive

Die mangelnde methodische Ausbildung der Richter kann möglicherweise dadurch kompensiert werden, dass Gerichte externe sozialwissenschaftliche Expertise heranziehen.¹⁶³ Selbst dann ist die richterliche Überprüfung gesetzgeberischer Prognoseentscheidungen jedoch nicht unproblematisch, da empirische Studien nie nur eine neutrale Feststellung der ‚Wirklichkeit‘ sind.¹⁶⁴ Vielmehr hängen ihre Ergebnisse immer von der Perspektive des Forschers ab und sind somit nicht frei von normativen Wertungen.¹⁶⁵

¹⁶⁰ S. zu dieser Frage s. *Lipset*, APSR 53 (1959), 69; *Bollen*, Am. Soc. Rev. 44 (1979), 572; *Bollen/Jackman*, Res. Pol. Soc. 1 (1985), 27; *Diamond*, in: Marks/Diamond (Hg.), Reexamining Democracy, 1992, 93; *Barro*, J. Econ. Growth 1 (1996), 1; *Londregan/Poole*, World Politics 49 (1996), 1; *Barro*, J. Pol. Econ. 107 (1999), 158; *Przeworski/Alvarez/Cheibub/Limongi*, Democracy and Development, 2000; *Boix/Stokes*, World Politics 55 (2003), 517; *Epstein/Bates/Goldstone/Kristensen/O'Halloran*, AJPS 50 (2006), 551; *Acemoglu/Robinson*, Dictatorship and Democracy, 2006.

¹⁶¹ S. etwa *Petersen*, Der Staat 49 (2010), 435 (448–51).

¹⁶² Vgl. auch *Voßkuhle*, in: Schuppert/Voßkuhle (Hg.), Governance durch Wissen, 2008, 13 (24), der vor einem blinden Vertrauen auf quantitative Fakten warnt. S. auch *Brink*, in: Rensen/Brink (Hg.), Linien der Rspr. des BVerfG, 2009, 3 (33), dem zufolge Verfassungsrichter „Berührungssängste“ mit der Aufgabe der Tatsachenermittlung hätten und daher oft Vermeidungsstrategien anwendeten.

¹⁶³ S. allgemein zu den Problemen dieses Vorgehens *Hagan*, in: Sharpe (Hg.), Charter Litigation, 1987, 213; *Swinton*, in: Sharpe (Hg.), Charter Litigation, 1987, 187; *Engel*, in: ders. u.a. (Hg.), Recht und Verhalten, 2007, 363; *Lüdemann*, in: Boysen u.a. (Hg.), Netzwerke, 2007, 266; *ders.*, in: Funke/Lüdemann (Hg.), Wissenschaftstheorie, 2009, 125.

¹⁶⁴ Die folgende Argumentation beruht auf *Petersen*, Der Staat 49 (2010), 435 (451–54).

¹⁶⁵ *Engel*, in: ders. u.a. (Hg.), Recht und Verhalten, 2007, 363 (389–91); *ders.*, in: Engel/Schön (Hg.), Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, 205 (230–31); *ders.*, in: Stehr/Weiler (Hg.), Who Owns Knowledge?, 2008, 169 (176); *v. Arnould*, in: Funke/Lüdemann (Hg.), Wissenschaftstheorie, 2009, 65 (90–91).

Wenn Sozialwissenschaftler feststellen möchten, ob eine Kausalbeziehung zwischen zwei sozialen Phänomenen besteht, müssen sie diese Phänomene zunächst definieren und anschließend operationalisieren.¹⁶⁶ Wenn sie also den Zusammenhang zwischen Demokratie und wirtschaftlicher Entwicklung untersuchen, müssen sie beide Konzepte definieren. Gerade beim Konzept der Demokratie können Forscher unterschiedliche Vorstellungen davon haben, was eine Demokratie im Kern ausmacht: Ist die Existenz von freien Wahlen der Legislative für die Annahme einer Demokratie bereits ausreichend? Oder müssen weitere, beispielsweise rechtsstaatliche Faktoren hinzutreten, damit wir von einer Demokratie sprechen können? Unter welchen Bedingungen können wir Wahlen überhaupt als frei bezeichnen? Je nach Ausgestaltung der Definition wird der Pool der Staaten, die wir als demokratisch bezeichnen, unterschiedlich ausfallen, was sich entscheidend auf das Ergebnis der Studie auswirken kann.

Im zweiten Schritt müssen die Konzepte operationalisiert werden. Das bedeutet, dass die Sozialwissenschaftler Daten finden müssen, mit denen sie die in ihrer Studie enthaltenen Konzepte messen können.¹⁶⁷ Auch hier hängen die Ergebnisse von der Wahl und Ausgestaltung der Daten, also von der Beobachtungsperspektive ab. Je nachdem, wie man Demokratie definiert, mag es im Einzelnen erhebliche Einschätzungsspielräume bei der Beurteilung geben, ob ein bestimmter Staat die Demokratie Kriterien erfüllt oder nicht. Damit sind normative Wertungen auch beim Erstellen des Datensatzes unausweichlich.

Empirische Studien stellen somit immer nur eine bestimmte Perspektive auf die Wirklichkeit dar. Selbst wenn Wissenschaftler alle Regeln guter wissenschaftlicher Praxis einhalten, kann es innerhalb der Wissenschaft berechtigten Streit über Design und Ergebnis einer Studie geben. Daher kann eine Einschätzung von empirischen Zusammenhängen, die durch das Bundesverfassungsgericht auf Grundlage der von ihm konsultierten Studien getroffen wurde, möglicherweise gerade wegen des Unterschieds in der Perspektive von der gesetzgeberischen Einschätzung abweichen. Warum soll jedoch, wenn Wahrheit somit immer zu einem gewissen Grade konstruiert ist, die Wahrheitskonstruktion des Verfassungsgerichts und der von ihm herangezogenen Experten größeres Gewicht erhalten als die des Gesetzgebers?

Das bedeutet gleichzeitig, dass bestehende Unsicherheit nie vollständig aufgelöst werden kann.¹⁶⁸ Damit muss eine Entscheidung über den Umgang mit dieser Unsicherheit getroffen werden. Diese Entscheidung hängt von den gesellschaftlichen Risikopräferenzen ab.¹⁶⁹ Wenn Unsicherheit darüber besteht, ob die Krankheit BSE bei Rindern durch den Verzehr von Rindfleisch auf den

¹⁶⁶ Singleton/*Straits*, Social Research, 2010, S. 115–25.

¹⁶⁷ *Towfigh*, I.CON 12 (2014), i.E.

¹⁶⁸ *Corkin*, Eur. L. Rev. 33 (2008), 359 (375).

¹⁶⁹ *Weiler*, in: ders. (Hg.), Common Law of International Trade, 2000, 201 (222–23); *Spiecker gen. Döhmann*, Unsicherheit, 2015, i.E., Teil IV, Kap. 2, A.

Menschen übertragbar ist, ist es in erster Linie eine politische Entscheidung, ob die Gesellschaft ein solches Risiko tolerieren möchte oder nicht. Einige Gesellschaften setzen dabei eher auf das Innovationspotential liberaler Regime und tolerieren ein höheres Risiko, während andere risikoreichen Entwicklungen skeptisch begegnen und versuchen, potentielle Schadensrisiken zu minimieren. Auch diese Abwägung ist eine Frage, die grundsätzlich den Parlamenten und nicht Richtern überlassen sein sollte, da Parlamente anders als Richter politisch für diese Entscheidung zur Verantwortung gezogen werden können.¹⁷⁰

b. Auflösung von Unsicherheit durch Beweislastregeln

Eine Möglichkeit der gesetzgeberischen Kontrolle ohne eigene empirische Nachforschungen anstellen zu müssen, ist die Konstruktion von Beweislastregeln. So erlegen Gerichte dem Gesetzgeber teilweise die Beweislast auf, dass die Grundrechtsbeschränkung für das Erreichen des verfolgten öffentlichen Ziels notwendig ist. So hat das Bundesverfassungsgericht etwa im Apothekenurteil ausgeführt, dass objektive Berufszugangsschranken nur für „die Abwehr *nachweisbarer* oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut[es]“ zulässig seien.¹⁷¹ Indem das Verfassungsgericht die Nachweisbarkeit der Gefahren verlangt, erlegt es dem Gesetzgeber eine entsprechende Beweislast auf.

Eine ähnliche Tendenz lässt sich auch in der frühen Rechtsprechung des kanadischen Supreme Court beobachten. In der *Oakes*-Entscheidung, in der das Gericht die Verhältnismäßigkeitsprüfung entwickelte, legte das Gericht die Beweislast für die Notwendigkeit einer Grundrechtseinschränkung ebenfalls dem Gesetzgeber auf:

„The onus of proving that a limit on a right or freedom guaranteed by the Charter is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society rests upon the party seeking to uphold the limitation.“¹⁷²

Die gesetzgeberische Beweislast wird regelmäßig mit dem Grundsatz in *dubio pro libertate* begründet.¹⁷³ Danach soll ein Grundrechtseingriff nur dann möglich sein, wenn er auf einer ausreichend sicheren Tatsachengrundlage erfolgt.

¹⁷⁰ Gusy, Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, 1985, S. 173; *de Búrca*, Yb. Eur. L. 13 (1993), 105 (107); *Neumann/Türk*, JWT 37 (2003), 199 (233); *Rivers*, Cambridge L.J. 65 (2006), 174 (199); *Halter*, Europarecht, 2. Aufl. 2007, Rn. 1646; *Corkin*, Eur. L. Rev. 33 (2008), 359 (371).

¹⁷¹ BVerfGE 7, 377 (408) (Hervorhebung hinzugefügt).

¹⁷² R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103, 136–37.

¹⁷³ So ausdrücklich BVerfGE 13, 97 (105). Vgl. auch *Schauer*, in: Huscroft u.a. (Hg.), Proportionality, 2014, 173 (178), der eine Zweifelsregel zugunsten des Grundrechts aufstellt, und *Hong*, in: Scharrer u.a. (Hg.), Risiko im Recht, 2011, 111, der der Abwehrdimension der Grundrechte einen grundsätzlichen Vorrang gegenüber der Schutzdimension zugestehen möchte.

Allerdings scheint der Grundsatz *in dubio pro libertate* von einer fragwürdigen Gegenüberstellung von Staat und Individuum auszugehen. Wenn Grundrechte Verteilungsregeln für die Aufteilung von staatlichen Kompetenz und individuellen Freiheitssphären wären, hätte die Zweifelsregel einige Plausibilität. Allerdings kann der Staat seine Kompetenzen seinerseits nur zum Schutz von Grundrechten Dritter oder zur Förderung gesellschaftlicher Interessen ausüben.¹⁷⁴ Die Bestimmung der Reichweite eines Grundrechts ist daher vielmehr eine Entscheidung über die Abgrenzung unterschiedlicher gesellschaftlicher Freiheitssphären.¹⁷⁵ Die Freiheit, die Individuen durch die Zweifelsregel auf der einen Seite gegeben wird, beschränkt gleichzeitig die Freiheit anderer Individuen. Insofern liefert der Grundsatz *in dubio pro libertate* keine ausreichende Rechtfertigung von Beweislastregeln für die Grundrechtsbeschränkung.¹⁷⁶

Dies gilt insbesondere, wenn wir davon ausgehen, dass die Politik und nicht die Justiz über gesellschaftliche Risikopräferenzen entscheiden soll. Kehren wir noch einmal zum Verkaufsverbot für spanische Salatgurken zurück. Durch diese Maßnahme wird die Berufsfreiheit der Importeure dieser Gurken empfindlich beschnitten. Wird der Exekutive in einem solchen Fall eine Beweislast auferlegt, wird sie diese in der Regel nicht erfüllen können.¹⁷⁷ Damit wird ihr jedoch die Möglichkeit genommen, über das Ausmaß des zu tolerierenden Risikos zu entscheiden und möglicherweise risikoaverse Entscheidungen zu treffen. Gehen wir davon aus, dass die Entscheidung über gesellschaftliche Risikopräferenzen grundsätzlich eine politische Entscheidung ist, kann dem Gesetzgeber keine grundsätzliche Beweislast für Grundrechtsbeschränkungen auferlegt werden.¹⁷⁸

3. Fazit: Die Auflösung von Unsicherheit durch die Konstruktion von Einschätzungsspielräumen?

Wir haben gesehen, dass eine vollständige richterliche Kontrolle gesetzgeberischer Prognosen vor allem aus zwei Gründen problematisch ist. Zum einen hängt die empirische Einschätzung von der Wahl der Perspektive ab. Wenn Gerichte also zu einer anderen Einschätzung kommen als der Gesetzgeber, kann

¹⁷⁴ Kriele, in: Hdb StR IX, 3. Aufl. 2011, § 188, Rn. 3.

¹⁷⁵ Choudhry, Sup. Ct. L. Rev. 34 (2006), 501 (512); Möllers, in: Jestaedt u.a. (Hg.), Das entgrenzte Gericht, 2011, 281 (348).

¹⁷⁶ Gegen eine gesetzgeberische Beweislast auch Klatt/Schmidt, Spielräume, 2010, S. 9.

¹⁷⁷ Ähnlich *Di Fabio*, Risikoentscheidungen, 1994, S. 283, der daher eine Rückkehr zum Grundsatz „in dubio pro securitate“ beobachtet (S. 51), und *Augsberg/Augsberg*, VerwArch 98 (2007), 290 (297), die von der „Gefahr einer de-facto-Blockade des Staatshandelns“ sprechen.

¹⁷⁸ Noch weitgehender *Hillgruber*, in: Hdb StR IX, 3. Aufl. 2011, § 201, Rn. 71, der generell annimmt, dass „Zweifel zu Lasten des Bürgers [gehen].“

das daran liegen, dass sie eine andere Perspektive gewählt haben. Die gerichtliche Perspektive muss der gesetzgeberischen dabei jedoch nicht unbedingt überlegen sein, zumal empirische Studien – wie wir gesehen haben – nicht unbedingt zur methodischen Kernkompetenz von Gerichten gehören.

Zum anderen enthalten Entscheidungen unter Unsicherheit immer normative Wertungen. Der Gesetzgeber muss entscheiden, wie er mit der Unsicherheit umgeht. Entscheidet er sich für eine Konzeption, die versucht, potentielle Schadensrisiken zu minimieren? Oder nimmt er diese Schadensrisiken in Kauf, um andere gesellschaftliche Ziele zu fördern? Es handelt sich bei dieser Entscheidung um eine normative Entscheidung über die gesellschaftlichen Risikopräferenzen, die grundsätzlich den politischen Organen und nicht den Gerichten vorbehalten sein sollten.

Das bedeutet jedoch nicht, dass empirische Einschätzungen von Parlamenten durch Verfassungsgerichte nicht überprüft werden sollten.¹⁷⁹ Vielmehr können Parlamente teilweise Anreize haben, Situationen falsch einzuschätzen, oder auf eine nähere Untersuchung empirischer Zusammenhänge zu verzichten.¹⁸⁰ Insofern müssen Gerichte Wege finden, den Gesetzgeber zu kontrollieren, ohne einfach ihre Prognose an die Stelle der Prognose des Gesetzgebers zu stellen.

Die Lösung dieses Problems könnte in der Konstruktion gesetzgeberischer Einschätzungsspielräume liegen.¹⁸¹ Dem Gesetzgeber steht danach bei empirischen Prognosen eine Einschätzungsprärogative zu, die vom Gericht nur begrenzt überprüft werden kann. Dieser Einschätzungsspielraum muss jedoch in zweierlei Hinsicht begrenzt werden. Zum einen entlastet er den Gesetzgeber nicht, nach rationalen Maßstäben empirische Aufklärung zu betreiben. Zum anderen müssen Gerichte sicherstellen, dass der Gesetzgeber empirische Nachforschungen nicht vollständig unterlässt oder eine tendenziöse Aufklärung betreibt, weil er politökonomisch zweifelhafte Anreize hat. Der Schlüssel der Spielraumdogmatik liegt somit in der Konstruktion nachvollziehbarer Grenzen des gesetzgeberischen Einschätzungsspielraums. Mit der Frage, wie diese Grenzen zu bestimmen sind, werden wir uns im folgenden Kapitel näher befassen.

¹⁷⁹ S. auch *Meßerschmidt*, in: Popelier u.a. (Hg.), *Role of Constitutional Courts*, 2013, 235 (240).

¹⁸⁰ Vgl. auch die empirische Beobachtung von *Philippi*, *Tatsachenfeststellungen*, 1971, S. 162–68, dass das BVerfG bei Fällen, die vor das Gericht kommen, häufiger sozialwissenschaftlich fundierte Prognoseverfahren durchführt als der Gesetzgeber.

¹⁸¹ *Spiecker gen. Döhm*, *Unsicherheit*, 2015, i.E., Teil IV, Kap. 1, A.

Kapitel 3

Die Konstruktion gesetzgeberischer Einschätzungsspielräume

Im vorherigen Kapitel haben wir gesehen, dass die Konstruktion gesetzgeberischer Einschätzungsspielräume ein Schlüssel für den Umgang sowohl mit normativer als auch mit empirischer Unsicherheit sein kann.¹ Einschätzungsspielräume stehen dabei in einem Spannungsverhältnis zwischen der Wahrung parlamentarischer Autonomie und einer effektiven Kontrolle des Parlaments. Zum einen sind sowohl die Abgrenzung konkurrierender Freiheitssphären mittels Abwägung als auch die Entscheidung über den Umgang mit empirischer Unsicherheit in erster Linie politische Entscheidungen. Das primäre Organ, solche Entscheidungen zu treffen, ist das Parlament. Zum anderen können politische Entscheidungen Fehlanreize unterliegen, so dass Gerichte gerade die Aufgabe haben, ein Gegengewicht zu parlamentarischen Mehrheitsentscheidungen zu bilden.² Die Auflösung dieses Spannungsverhältnisses hängt daher entscheidend von der Konstruktion der Grenzen des Einschätzungsspielraumes ab.

Dabei gibt es grundsätzlich zwei Möglichkeiten, gesetzgeberische Entscheidungen zu überprüfen. Gerichte können zum einen eine direkte Kontrolle des Gesetzgebers vornehmen, indem sie im Wesentlichen dieselben Erwägungen anstellen wie dieser. Ein Spielraum wird dadurch gewährt, dass der Kontrollmaßstab kein dichotomer Maßstab von richtig und falsch ist, sondern dass sich die Kontrolle an der Vertretbarkeit gesetzgeberischer Entscheidungen orientiert. Die Grenzen der Vertretbarkeit werden dabei negativ bestimmt, indem Gründe für die Unvertretbarkeit identifiziert werden.³ Zum anderen können Gerichte politische Entscheidungen auch anhand von Sekundärkriterien kontrollieren.⁴ Dabei nehmen sie keine substantielle Kontrolle der Entscheidung selbst vor, sondern kontrollieren vielmehr den Entscheidungsprozess und die die Entscheidung leitenden Faktoren.

¹ Ähnlich auch *Klatt/Schmidt*, Spielräume, 2010, S. 49.

² S. oben, § 1 II 2.

³ S. *Gardbaum*, L. & Eth. Hum. Rts. 4 (2010), 77 (102).

⁴ Die Unterscheidung zwischen Primär- und Sekundärkontrolle findet sich auch bei *Issacharoff/Pildes*, Stan. L. Rev. 50 (1998), 643 (648) und *Spiecker gen. Döhmann*, Unsicherheit, 2015, i.E., Teil IV.

I. Direkte Kontrolle gesetzgeberischer Einschätzungsspielräume

Im Folgenden sollen vier Möglichkeiten der direkten Überprüfung gesetzgeberischer Einschätzungsspielräume diskutiert werden. Zunächst werden wir das Modell abgestufter Prognosespielräume analysieren, dem zufolge Verfassungsgerichte eine variierende Kontrolldichte haben, die auf unterschiedlichen Faktoren beruht. Zweitens werden wir auf die Konstruktion von Einschätzungsspielräumen in der Prinzipientheorie eingehen. Das dritte Modell dient vor allem der Kontrolle empirischer Einschätzungsspielräume. Danach ist dem Gesetzgeber dann ein Einschätzungsspielraum zuzugestehen, wenn in der Wissenschaft Uneinigkeit über die empirischen Prämissen herrscht. Viertens soll schließlich ein Modell zur Gewährung eines normativen Einschätzungsspielraums diskutiert werden.

1. Das Modell abgestufter Prognosespielräume

Das in der deutschen Verfassungsrechtslehre herrschende Modell ist das Modell abgestufter Prognosespielräume, das vor allem auf das Mitbestimmungsurteil des Bundesverfassungsgerichts zurückgeht,⁵ in der Literatur aber in verschiedenen Ausprägungen vertreten wird.⁶ Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts steht dem Gesetzgeber bei empirischer Ungewissheit grundsätzlich ein Einschätzungsspielraum zu.⁷ Dieser hänge

„von Faktoren verschiedener Art ab, im besonderen von der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der Bedeutung der auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter.“⁸

Abhängig von diesen Faktoren lege das Gericht unterschiedliche Prüfungsmaßstäbe zugrunde, die von einer bloßen Evidenzkontrolle über eine Vertretbarkeitskontrolle bis hin zu einer intensivierten inhaltlichen Kontrolle reichen.⁹ Dem Gesetzgeber werden dadurch also unterschiedlich strenge Beweislasten

⁵ BVerfGE 50, 290.

⁶ S. *Seetzen*, NJW 1975, 429; *Ossenbühl*, in: FS 25 Jahre BVerfG I, 1976, 458 (498–517); *Breuer*, Der Staat 16 (1977), 21 (39–47); *Hesse*, in: Hdb VerfR, 1994, § 5, Rn. 68; *Grimm*, in: Beatty (Hg.), *Judicial Review*, 1994, 267 (290–91); *Raabe*, Grundrechte und Erkenntnis, 1998, S. 389–437; *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 2012, Rn. 530–38. In eine ähnliche Richtung geht auch der Vorschlag von *Kavanagh*, in: *Huscroft* (Hg.), *Expounding the Constitution*, 2008, 184 (212) zum britischen Verfassungsrecht, die dem Gesetzgeber einen Prognosespielraum zugestehen möchte, soweit dieser größere Expertise oder demokratische Legitimität besitzt.

⁷ BVerfGE 50, 290, 332.

⁸ BVerfGE 50, 290, 332–33.

⁹ BVerfGE 50, 290, 333.

aufgelegt. Ab welcher Schwelle welcher Prüfungsmaßstab einschlägig sein solle oder was unter den verschiedenen Prüfungsmaßstäben genau verstanden werden kann, präzisiert das Gericht allerdings nicht.

Teilweise ist in der Literatur versucht worden, die Kriterien noch näher zu konkretisieren,¹⁰ ohne dass dabei geklärt worden wäre, wie die einzelnen Kriterien zueinander im Verhältnis stehen, welches Gewicht sie besitzen und welche konkreten Folgen ihre Erfüllung nach sich zieht.¹¹ Ohne eine solche Konkretisierung hat das Modell jedoch zu viele Freiheitsgrade. Diese machen das Modell zwar für die nachträgliche Rekonstruktion und Rechtfertigung einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung attraktiv, weil fast jede Entscheidung erklärt werden kann. Gleichzeitig führt dies aber dazu, dass die dogmatische Konstruktion ihrer entscheidungsleitenden Funktion beraubt wird.¹²

2. Einschätzungsspielräume in der Prinzipientheorie

In Alexys formaler Abwägungstheorie und den dazu vorgeschlagenen Modifikationen kommen Einschätzungsspielräume an zwei Stellen ins Spiel. Der Umgang mit empirischen Einschätzungsspielräumen hat starke Ähnlichkeit mit dem Modell der abgestuften Prognosespielräume.¹³ So möchte Alexy den Grad der empirischen Unsicherheit als einen Faktor in die Gewichtsformel einstellen.¹⁴ Danach muss die Gewissheit der den Eingriff tragenden Prämissen umso größer sein, je schwerer ein Eingriff in ein Grundrecht wiegt.¹⁵ Eine Erweiterung erfährt dieser Ansatz durch einen Vorschlag von Matthias Klatt und Johannes Schmidt, denen zufolge nicht nur die Unsicherheit der den Eingriff tragenden Prämissen, sondern auch die Unsicherheit über die Intensität des Eingriffs berücksichtigt werden müsse.¹⁶ Sie schlagen daher eine vorgezogene Abwägung vor, die sie als Einstufungsabwägung bezeichnen, bei der sie zwei Szenarien miteinander vergleichen, für die sie jeweils die Maßnahmenintensität mit dem Gewissheitsgrad multiplizieren und die sie dann durch eine Division miteinander in Beziehung setzen.¹⁷

¹⁰ S. insbesondere *Ossenbühl*, in: FS 25 Jahre BVerfG I, 1976, 458 (504–16); *Raabe*, Grundrechte und Erkenntnis, 1998, S. 412–34.

¹¹ Vgl. nur *Ossenbühl*, in: FS 25 Jahre BVerfG I, 1976, 458 (516), der eingesteht, dass in diesem Bereich noch Forschungsbedarf besteht.

¹² Ähnlich auch *Spiecker gen. Döbmann*, Unsicherheit, 2015, i.E., Teil IV, Kap. 3, B I.

¹³ S. oben, § 3 I 1.

¹⁴ *Alexy*, in: GS Jürgen Sonnenschein, 2003, 771 (790).

¹⁵ *Alexy*, in: GS Jürgen Sonnenschein, 2003, 771 (789).

¹⁶ *Klatt/Schmidt*, Spielräume, 2010, S. 20. Für eine nicht mathematisch formalisierte Fassung s. zudem *Klatt/Schmidt*, AöR 137 (2012), 545.

¹⁷ *Klatt/Schmidt*, Spielräume, 2010, S. 23–25.

Auch dieser Ansatz leidet allerdings unter dem fundamentalen Defizit aller theoretischen Versuche, die Abwägung mathematisch zu rekonstruieren.¹⁸ Die Multiplikation und Division der unterschiedlichen Faktoren setzt voraus, dass diese auf einer Verhältnisskala miteinander in Beziehung gesetzt werden können. Wir müssen also genaue Aussagen über den Gewissheitsgrad treffen können und uns auch über die normative Wertung der unterschiedlichen Gewissheitsgrade einig sein. Dies wird jedoch selten der Fall sein. In der ökonomischen Literatur wird oft zwischen den Begriffen Unsicherheit und Risiko unterschieden.¹⁹ Als Risiko wird dabei eine Situation bezeichnet, in der zwar nicht klar ist, ob ein bestimmtes Ereignis eintritt, bei der jedoch die Eintrittswahrscheinlichkeit bekannt ist.²⁰ Diese Eintrittswahrscheinlichkeit kann entweder aus vergangenen Beobachtungen oder – wie beispielsweise bei der Lotterie – aus der Struktur des unsicheren Ereignissen gewonnen werden.

Die schwierigeren und in der Realität deutlich häufigeren Fälle sind jedoch Entscheidungssituationen unter Unsicherheit, in denen die Eintrittswahrscheinlichkeit nicht bekannt ist.²¹ In diesen Fällen liegen also keine ausreichenden Informationen über mögliche Kausalbeziehungen vor. Wenn wir nicht wissen, ob der Verzehr von Fleisch von an BSE erkrankten Rindern für Menschen gesundheitsgefährdend ist, können wir auch keine genaue Wahrscheinlichkeitsaussage darüber treffen, ob eine solche Gesundheitsgefahr eintritt. Wahrscheinlichkeitsaussagen sind sogar dann unmöglich, wenn wir zwar wissen, dass eine Gesundheitsgefahr besteht, deren Ausmaß aber nicht abschätzen können. Auch bei der Unterscheidung unterschiedlicher Szenarien, die Matthias Klatt und Johannes Schmidt vorschlagen,²² sind die Wahrscheinlichkeitsaussagen für die unterschiedlichen Szenarien nur Spekulation. Insofern haben die Wahrscheinlichkeitsaussagen, die wir treffen können, selten die Präzision, die wir bräuchten, um Gewissheitsgrade in die Abwägung einbeziehen zu können.

Die Konstruktion normativer Einschätzungsspielräume erfolgt in der Prinzipientheorie durch das Konzept der formellen Prinzipien.²³ Das formelle Prin-

¹⁸ S. oben, § 2 I 1 b.

¹⁹ S. *Spiecker gen. Döbmann*, in: Bungenberg u.a. (Hg.), *Recht und Ökonomik*, 2004, 61 (62–65), die zusätzlich noch den Begriff der Ungewissheit einführt, unter dem sie Entscheidungssituationen versteht, bei denen nicht einmal die Entscheidungsalternativen und möglichen Ergebniszustände bekannt sind.

²⁰ *Spiecker gen. Döbmann*, in: Bungenberg u.a. (Hg.), *Recht und Ökonomik*, 2004, 61 (62).

²¹ S. dazu *Spiecker gen. Döbmann*, in: Bungenberg u.a. (Hg.), *Recht und Ökonomik*, 2004, 61 (63).

²² *Klatt/Schmidt*, *Spielräume*, 2010, S. 21–23.

²³ Zu den formellen Prinzipien s. *Sieckmann*, *Regelmodelle*, 1990, S. 147–64; *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 1994, S. 120; *Borowski*, in: ders. (Hg.), *Legal Principles*, 2010, 19; *Kleinlein*, *German L. J.* 12 (2011), 1141 (1170–73); *Klatt/Schmidt*, *AöR* 137 (2012), 545 (583–88); *Borowski*, in: *Klatt* (Hg.), *Prinzipientheorie*, 2013, 151; *Portocarrero Quispe*, in: *Klatt* (Hg.),

zip besagt, dass der demokratische Gesetzgeber die für die Gemeinschaft wichtigen Entscheidungen treffen soll.²⁴ Dieses formelle Prinzip kann das Gewicht eines substantiellen Prinzips verstärken²⁵ und hat damit *de facto* die Wirkung eines gesetzgeberischen Einschätzungsspielraums.²⁶ Allerdings sind die Vorteile dieser Konstruktion zweifelhaft. Insbesondere ist unklar, welches Gewicht das formelle Prinzip hat.²⁷ Selbst wenn wir dem formellen Prinzip bestimmte Gewichte zuordnen können, wird es schwierig sein, diese auf einer Verhältnisskala anzuordnen. Damit begegnet das Konzept der formellen Prinzipien denselben Einwänden, die auch gegen die Gewichtsformel sprechen.²⁸ Insofern handelt es sich ebenfalls um ein Konzept, das zwar eine nachträgliche Entscheidungsrekonstruktion erleichtert, aber keine entscheidungsleitende Funktion besitzt.²⁹

3. Empirischer Einschätzungsspielraum bei etablierter Unsicherheit

Dem Gesetzgeber kann ein empirischer Einschätzungsspielraum auch unter bestimmten Bedingungen zugestanden werden. Wenn ein empirischer Einschätzungsspielraum dazu dient, dem Parlament in erster Linie die normative Entscheidung über gesellschaftliche Risikopräferenzen zu überlassen, dann scheint es naheliegend zu sein, den parlamentarischen Spielraum vor allem auf diese Frage zu beschränken. Das Parlament hätte danach eine Einschätzungsprärogative für den Umgang mit Unsicherheit. Das setzt jedoch voraus, dass empirische

Prinzipientheorie, 2013, 200; Klatt, Praktische Konkordanz von Kompetenzen, 2014, S. 162–203.

²⁴ Alexy, Theorie der Grundrechte, 1994, S. 120.

²⁵ Borowski, in: ders. (Hg.), Legal Principles, 2010, 19 (35).

²⁶ Sieckmann, Regelmodelle, 1990, S. 160; Klatt/Schmidt, Spielräume, 2010, S. 57; Hei-nold, Prinzipientheorie, 2011, S. 266; Klatt/Meister, Proportionality, 2012, S. 135. A.A. dagegen Poscher, Abwehrrechte, 2003, S. 83–84, dem zufolge formelle Prinzipien vom Gesetzgeber verlangt, die Gerichtsperspektive einzunehmen, einen politisch handelnden Gesetzgeber jedoch nicht rekonstruieren könnten. Skeptisch auch Scherzberg, Grundrechtsschutz, 1989, S. 174; Bumke, Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 168, die argumentieren, dass die Prinzipientheorie für Entscheidungsspielräume des Gesetzgebers keinen Raum lasse.

²⁷ Hain, Grundsätze, 1999, S. 136 (Fn. 254); Hwang, AöR 133 (2008), 606 (624). Der Versuch einer Bestimmung des Gewichts formeller Prinzipien findet sich bei Borowski, in: Klatt (Hg.), Prinzipientheorie, 2013, 151 (194–99) und Klatt, Praktische Konkordanz von Kompetenzen, 2014, S. 214–19. Weder die von Borowski noch die von Klatt benannten Faktoren erlauben jedoch keine Einordnung auf einer Verhältnisskala.

²⁸ So auch Jestaedt, Grundrechtentfaltung, 1999, S. 226 (in Fn. 84): „Die Abwägung von ‚formellem‘ und ‚materiellem Prinzip‘ fordert den Vergleich von Unvergleichbarem und läuft auf eine – nahezu determinationsfreie – Dezsision hinaus.“

²⁹ S. jedoch auch Kleinlein, German L. J. 12 (2011), 1141 (1171), der den formellen Prinzipien eine rationalisierende Kraft zuerkennt.

Unsicherheit überhaupt besteht. Die Prüfung der Gerichte würde sich also auf die Feststellung empirischer Unsicherheit beschränken.³⁰

Ein solcher Ansatz findet sich vor allem in der Rechtsprechung des kanadischen Supreme Court³¹ und des Europäischen Gerichtshofs³². So hatte der kanadische Supreme Court in der Entscheidung *Irwin Toy* zu entscheiden, ob ein Verbot von kommerzieller Werbung für Kinder unter 13 Jahren die Meinungsfreiheit unter der kanadischen Menschenrechtscharta³³ verletzte.³⁴ Das Gericht qualifizierte das Werbeverbot als Eingriff in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung musste es dann entscheiden, ob die Maßnahme zum Schutz der Kinder gerechtfertigt war. Bei der Frage, ob Werbung tatsächlich eine manipulative Wirkung auf Kinder hat, bezog sich das Gericht insbesondere auf einen wissenschaftlichen Bericht der U.S. Federal Trade Commission.³⁵

Diesem zufolge können Kinder unter einem Alter von sechs Jahren in der Regel Tatsachen nicht von Fiktion unterscheiden und sind daher für die Verlockungen kommerzieller Werbung besonders anfällig. Darüber hinaus stellte der Bericht fest, dass Menschen die kognitive Fähigkeit, die Überzeugungsin-tention von Werbung zu erkennen, zwischen dem siebten Lebensjahr und dem Eintritt ins Erwachsenenalter entwickeln.³⁶ Daher hatte das Gericht zu entscheiden, ob die Wahl von 13 Jahren als Schwellenalter willkürlich war. Dabei führte es aus, dass

„[i]f the legislature has made a reasonable assessment as to where the line is most properly drawn, especially if the assessment involves weighing conflicting scientific evidence and allocating scarce resources on this basis, it is not for the court to second guess. That would only substitute one estimate for another.“³⁷

Aus diesem Grund gestand das Gericht dem Gesetzgeber einen Einschätzungsspielraum zu, wenn die sozialwissenschaftliche Beweislage nicht beweiskräftig („inconclusive“) ist.³⁸

³⁰ So will *Breuer*, *Der Staat* 16 (1977), 21 (39) den gesetzgeberischen Einschätzungsspielraum auf Fälle beschränken, in denen tatsächlich Unsicherheit besteht: Soweit „eine Unsicherheit durch empirische Daten und unumstößliche Erfahrungssätze ausgeräumt werden kann, scheidet ein Prognosespielraum des Gesetzgebers aus.“

³¹ S. insbesondere *Irwin Toy Ltd v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927.

³² Bspw. EuGH, Rs. 174/82, *Sandoz*, Slg. 1983, 2445, Rn. 16. S. zur Rechtsprechung des EuGH näher *Corkin*, *Eur. L. Rev.* 33 (2008), 359.

³³ Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982, being schedule B to the Canada Act 1982, ch. 11 (U.K.).

³⁴ *Irwin Toy* (Fn. 31).

³⁵ Ebd., 988.

³⁶ Ebd., 989.

³⁷ Ebd., 990.

³⁸ Ebd., 990.

Auch wenn dieser Ansatz auf einen zutreffenden Grundgedanken zurückgeht, hat er doch mit zwei wesentlichen Problemen zu kämpfen. Zum einen setzt er voraus, dass die Richter den sozial- oder naturwissenschaftlichen Forschungsstand selbständig überprüfen. Wir haben jedoch gesehen, dass ihnen dafür oftmals die notwendige methodische Ausbildung fehlt.³⁹ Selbst wenn Richter diese Frage an Sachverständige delegieren, müssen sie über deren Glaubwürdigkeit und Kompetenz entscheiden und werden selten feststellen können, ob ihr Zeugnis eine allgemein anerkannte oder eine kontrovers diskutierte wissenschaftliche Auffassung wiedergibt.⁴⁰

Zum anderen fehlt es an Standards für die Feststellung von Unsicherheit. Unsicherheit ist kein binäres Konzept, das zwischen sicheren und unsicheren Situationen unterscheidet. Vielmehr wird es in der Wissenschaft nie absolute Sicherheit geben. Aus Beobachtungen, die wir in der Vergangenheit gemacht haben, können wir nie mit Sicherheit schließen, dass diese sich auch in der Zukunft fortsetzen werden. Wenn wir bisher ausschließlich weiße Schwäne gesehen haben, bedeutet dies nicht, dass es keine schwarzen Schwäne gibt und nie geben wird.⁴¹ Selbst in Erkenntnisgebieten, in denen man sich auf relativ sicherem Terrain zu bewegen glaubt, können grundlegende Einsichten durch neue Erkenntnisse in Frage gestellt werden.⁴² Unsicherheit ist damit ein graduelles Konzept, von dem es nicht ein entweder/oder, sondern von dem es allenfalls ein mehr oder weniger geben kann.⁴³

Damit stehen Gerichte bei der Konstruktion des Einschätzungsspielraums in einem Spannungsverhältnis: Ist schon das erste Anzeichen einer wissenschaftlichen Kontroverse ausreichend, um dem Gesetzgeber einen umfassenden Entscheidungsspielraum zuzugestehen?⁴⁴ Oder fordern sie eine qualifizierte Unsicherheit? Beide Strategien sind nicht unproblematisch. Wenn wir davon ausgehen, dass es absolute Sicherheit nie geben kann, führt die erste Alternative dazu, dass die empirische Einschätzung des Gesetzgebers nur in Ausnahmefällen einer gerichtlichen Prüfung unterliegt. Fordern Gerichte dagegen eine qualifizierte Unsicherheit, greifen sie zum einen in die parlamentarische Kompetenz zur Bestimmung der gesellschaftlichen Risikopräferenzen ein, und müssen zum anderen Kriterien für die Qualifizierung der Unsicherheit bestimmen. Letzteres ist abstrakt unmöglich,⁴⁵ so dass dieser Ansatz den Gerichten ebenfalls ei-

³⁹ S. oben, § 2 II 2 a aa.

⁴⁰ Ebenso Gärditz, in: FS Ingeborg Puppe, 2011, 1557 (1570–71). Vgl. auch Schneider, Risikoentscheidung, 2008, S. 82–83.

⁴¹ Popper, Logik der Forschung, 10. Aufl. 1994, S. 438–44.

⁴² S. Popper, Logik der Forschung, 10. Aufl. 1994, S. 167–97.

⁴³ Gärditz, in: FS Ingeborg Puppe, 2011, 1557 (1571).

⁴⁴ S. Corkin, Eur. L. Rev. 33 (2008), 359 (377).

⁴⁵ Schneider, Risikoentscheidung, 2008, S. 149.

nen großen Spielraum bei der Konstruktion individueller Einschätzungsspielräume gibt.

4. Substantielle Einschätzungsspielräume

Schließlich wird teilweise vorgeschlagen, dem Gesetzgeber einen substantiellen Einschätzungsspielraum zuzugestehen. Gerichte führen dann im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung keine volle Abwägung durch, sondern überprüfen nur, ob die Grenzen der normativen Einschätzung überschritten wurden.⁴⁶ Die Intuition hinter diesem Vorschlag ist, dass Inkommensurabilität vor allem auf Unbestimmtheit beruht.⁴⁷ Es erscheint unmöglich zu entscheiden, ob Bach ein größerer Komponist war als Beethoven. Dass man beide nicht miteinander vergleichen kann, liegt vor allem daran, dass ein Vergleich auf unterschiedlichen Ebenen stattfindet und die Gewichtung der verschiedenen Kriterien unbestimmt ist.⁴⁸ Das bedeutet jedoch nicht, dass es unmöglich ist, die Größe verschiedener Komponisten miteinander zu vergleichen. Vielmehr scheint die Aussage, dass Bach ein größerer Komponist war als Leopold Mozart, wenig kontrovers zu sein. Das bedeutet, dass wir eine grobe Rangfolge von Komponisten erstellen können, auch wenn wir im Einzelfall beim Vergleich zweier Komponisten nicht immer sagen können, welcher der beiden als der größere anzusehen ist.⁴⁹

Auch bei verfassungsrechtlichen Werten haben wir Situationen, in denen ein Vergleich konkurrierender Werte unmöglich ist. Die Unmöglichkeit des Vergleichs ist hier dadurch bedingt, dass Menschen legitimerweise unterschiedliche Wertvorstellungen haben. Während einige Menschen das ungeborene Leben höher einschätzen als das Selbstbestimmungsrecht der Frau, würden andere das Rangverhältnis genau umgekehrt sehen. Das bedeutet jedoch nicht, dass beide Gruppen dem einen Wert jeweils einen absoluten Vorrang gegenüber dem anderen Wert einräumen würden. Vielmehr kann die Wertung an einem bestimmten Punkt kippen, wenn der von ihnen abstrakt präferierte Wert nur geringfügig eingeschränkt oder der andere Wert besonders intensiv betroffen ist. Insofern kann es einen Punkt geben, an dem sich die weit überwiegende Zahl von

⁴⁶ S. bspw. *Michael*, *Komparative Systeme*, 1997, S. 138–39; *Elliott*, in: Forsyth u.a. (Hg.), *Judicial Review*, 2010, 264 (283); *Hillgruber*, in: *Hdb StR IX*, 3. Aufl. 2011, § 201, Rn. 82; *Möller*, *Constitutional Rights*, 2012, S. 200–04; *Barak*, in: *Rosenfeld/Sajó* (Hg.), *Comparative Constitutional Law*, 2012, 738 (748). Vgl. auch *Webber*, *Negotiable Constitution*, 2009, S. 208–12.

⁴⁷ *Raz*, *Proc. Aristotelian Soc.* 86 (1986), 117 (122).

⁴⁸ S. *Broome*, in: *Chang* (Hg.), *Incommensurability*, 1997, 67 (67).

⁴⁹ Das bedeutet nicht automatisch, dass beide gleich groß sind. Wir können einfach nicht sagen, ob einer größer ist als der andere, oder ob beide gleich groß sind, s. *Broome*, in: *Chang* (Hg.), *Incommensurability*, 1997, 67 (88).

Menschen über das Ergebnis einer Abwägungsentscheidung einig ist, obwohl sich ihre abstrakte Wertschätzung der konkurrierenden Prinzipien unterscheidet und die Güter an sich inkommensurabel sind.⁵⁰

Leben und Mobilität sind etwa zwei Rechtsgüter, die grundsätzlich nicht in eine einheitliche normative Währung übersetzbar sind. Wir können keine Aussage darüber treffen, dass ein Menschenleben ein bestimmtes Ausmaß an Mobilität *wert* ist. Zwar würden wir grundsätzlich zunächst sagen, dass der Schutz des menschlichen Lebens einen höheren Wert hat als die Gewährleistung von Mobilität. Allerdings ist dieser Vorrang nicht unbegrenzt. Wir nehmen teilweise Lebensgefährdungen in Kauf, um Mobilität gewährleisten zu können. Verkehrstechnologien bergen eine gewisse Gefahr für Leib und Leben von Verkehrsteilnehmern in sich, die wir nie ganz ausschalten können. So sterben in Deutschland jährlich mehrere tausend Menschen an den Folgen von Verkehrsunfällen.⁵¹ Wenn der Staat den Straßenverkehr verbieten würde, um das Leben der Verkehrsteilnehmer zu schützen, wäre ein solcher Eingriff in die Allgemeine Handlungsfreiheit nach Ansicht eines Großteils der Verfassungsjuristen wohl unverhältnismäßig.⁵² Dieses Beispiel zeigt, dass wir auch bei inkommensurablen Gütern Abwägungsentscheidungen treffen können, die mit allgemeiner Akzeptanz rechnen können.

Das Konzept des substantiellen Einschätzungsspielraums würde die Abwägung im Raum der Unbestimmtheit also dem Gesetzgeber überlassen, gesetzgeberische Entscheidungen jedoch dann korrigieren, wenn dieser Raum der Unbestimmtheit verlassen wird. Das Problem dieses Konzepts ist jedoch, dass die Grenzen der Unbestimmtheit immer auf subjektiver Einschätzung beruhen wird. Eine klassische Abwägung zwischen inkommensurablen Gütern ist etwa die zwischen dem Lebensrecht des Embryos und dem Selbstbestimmungsrecht der Mutter. Auch wenn die beiden Güter inkommensurabel sind, kann ich eine subjektive Überzeugung haben, dass in einem Konfliktfall eines der beiden Rechtsgüter Vorrang verdient. Allerdings wird jeder Richter die Grenzen der Unbestimmtheit anders wahrnehmen.

Maßstab muss die intersubjektive Bestimmtheit sein. Es kommt auf die Wahrnehmung des Problems im Diskurs an. Auch wenn wir auf den Diskurs abstellen, ist Unbestimmtheit jedoch ein graduelles Konzept, dessen Grenzen schwer zu bestimmen sind. Reicht es für Unbestimmtheit bereits aus, dass eine gewichtige Minderheit im moralischen Diskurs eine abweichende Ansicht ver-

⁵⁰ *Borowski*, Grundrechte, 2. Aufl. 2007, S. 122–23. S. auch *Sen*, *Idea of Justice*, 2009, S. 297–98, demzufolge selbst bei inkommensurablen Werten in manchen Fällen intersubjektiv akzeptierbare Entscheidungen über Vorrangrelationen zwischen diesen Werten getroffen werden können.

⁵¹ Zu dem Beispiel s. *Engel*, in: Brugger u.a. (Hg.), *Gemeinwohl*, 2002, 103 (152–53).

⁵² *Grechenig/Lachmayer*, JRP 19 (2011), 35 (36).

tritt? Oder sind die Grenzen der Unbestimmtheit und damit des gesetzgeberischen Einschätzungsspielraums erst bei Konsens erreicht?

Wenn ein Verfassungsgericht eine gesetzgeberische Maßnahme als unverhältnismäßig einstufen möchte, hat zumindest die parlamentarische Mehrheit eine abweichende Abwägungsentscheidung getroffen. Das Gericht muss in einem solchen Fall also hypothetisch begründen, warum keine normative Unsicherheit vorliegt, obwohl es einen Dissens zwischen der parlamentarischen Mehrheit und der Mehrheit der Verfassungsrichter gibt. Eine solche Rechtfertigung kann nicht mit substantiellen Argumenten erfolgen, da deren Überzeugungskraft ja gerade Gegenstand des Dissenses ist. Insofern müsste das Gericht auf externe oder indirekte Faktoren zurückgreifen, die nahelegen, *warum* der Gesetzgeber in dem zu entscheidenden Fall seinen Einschätzungsspielraum überschritten hat.⁵³

5. Fazit: Die Konstruktion von Einschätzungsspielräumen und das Maßstabsproblem

Die dargestellten Ansätze der Bestimmung gesetzgeberischer Einschätzungsspielräume nach Primärkriterien haben ein gemeinsames Defizit. Sie haben ein Maßstabsproblem. *In abstracto* lassen sich keine intersubjektiv akzeptierbaren Abgrenzungskriterien für die Grenzen gesetzgeberischer Einschätzungsspielräume bestimmen. Das Modell abgestufter Prognosespielräume lässt dem Rechtsanwender zu große Freiheitsgrade. Zum einen können die Grenzen zwischen Evidenzkontrolle, Vertretbarkeitskontrolle und intensivierter inhaltlicher Kontrolle nicht trennscharf gezogen werden.⁵⁴ Zum anderen ist unklar, wie die Faktoren, nach denen die Einstufung in die unterschiedlichen Kategorien erfolgt, operationalisiert und gewichtet werden sollen. Ein Maßstabsproblem hat auch die Prinzipientheorie, soweit sie mit formellen Prinzipien operiert. Bisher fehlt es an brauchbaren Kriterien für die Bestimmung des Gewichts formeller Prinzipien. Um solche Kriterien zu bestimmen, müsste man den Wert des gesetzgeberischen Einschätzungsspielraums zusammen mit den Werten der in die Abwägung eingestellten Rechtsgüter auf einer Verhältnisskala abtragen können – eine Aufgabe, die unlösbar zu sein scheint.

Der Ansatz, dem Gesetzgeber einen empirischen Einschätzungsspielraum bei etablierter Unsicherheit einzuräumen, geht von der unzutreffenden Annahme aus, dass es so etwas wie vollständige Sicherheit geben könnte. Alle ge-

⁵³ S. dazu noch unten, § 3 II.

⁵⁴ *Rau*, Selbst entwickelte Grenzen, 1996, S. 197, der daher für eine kontinuierliche Abstufung der Kontrolldichte plädiert. Diese kontinuierliche Abstufung hat aber ebenfalls ein Maßstabsproblem. Sie vergrößert die richterlichen Spielräume und verringert damit die entscheidungslenkende Kapazität der dogmatischen Figur.

gesetzgeberischen Entscheidungen sind jedoch Entscheidungen unter Unsicherheit. Sie unterscheiden sich lediglich im Grad der Unsicherheit, wobei bereits die genaue Bestimmung dieses Grades nicht möglich ist.⁵⁵ Insofern ist es ebenfalls nicht möglich, abstrakte Kriterien für die Unterscheidung zwischen Situationen, in denen dem Gesetzgeber ein Einschätzungsspielraum zusteht, und solchen, in denen dieser keinen genießt, zu bestimmen.⁵⁶ Schließlich fehlt auch für die Figur des substantiellen Einschätzungsspielraums ein Maßstab, anhand dessen wir eine Unterscheidung zwischen vertretbaren und unvertretbaren Kriterien vornehmen können. Das bedeutet nicht, dass es grundsätzlich unmöglich sein muss, einen gesetzgeberischen Einschätzungsspielraum anhand von Primärkriterien zu bestimmen. Bisher gibt es jedoch noch keinen überzeugenden Ansatz.

II. Indirekte Kontrolle gesetzgeberischer Einschätzungsspielräume

Die zweite Möglichkeit der Kontrolle gesetzgeberischer Einschätzungsspielräume ist eine Kontrolle anhand von Sekundärkriterien. Das Gericht nimmt dabei nicht dieselbe Abwägung vor wie der Gesetzgeber und überprüft auch nicht die sachliche Richtigkeit der empirischen Prognose. Vielmehr kontrolliert es das gesetzgeberische Verfahren, die Motive des Gesetzgebers und die Inklusion aller relevanten Perspektiven. Ausgangspunkt der Sekundärkontrolle sind die Gründe, die die Einräumung eines Einschätzungsspielraums rechtfertigen.

In normativer Hinsicht wird der Einschätzungsspielraum damit gerechtfertigt, dass der Gesetzgeber den Bürgern gegenüber rechenschaftspflichtig ist und deren Präferenzen daher besser aggregieren könne als Gerichte.⁵⁷ Da es bei Grundrechtsfragen letztlich immer um die Abgrenzung konkurrierender Freiheitssphären gehe, müsse diese Aufgabe zunächst dem Gesetzgeber zukommen.⁵⁸ Allerdings haben wir gesehen, dass der politische Prozess bestimmten Fehlentwicklungen unterliegt. Teilweise werden die Nachteile, die eine Maßnahme Minderheiten auferlegt, nicht angemessen berücksichtigt. In anderen Fällen ist sich der Gesetzgeber über die Kosten, die ein Gesetz bestimmten gesellschaftlichen Gruppen aufbürdet, nicht einmal bewusst. Schließlich hat die Politik oft Anreize zur Klientelpolitik.⁵⁹ In diesen Situationen ist die Annahme, dass der Gesetzgeber die beste Institution zur Aggregation kollektiver Präfe-

⁵⁵ *Schneider*, Risikoentscheidung, 2008, S. 149.

⁵⁶ *Schneider*, Risikoentscheidung, 2008, S. 172.

⁵⁷ *Brady*, Proportionality and Deference, 2012, S. 107.

⁵⁸ *Möllers*, Gewaltengliederung, 2005, S. 140.

⁵⁹ S. dazu oben, § 1 II 2 c.

renzen ist, nicht mehr gerechtfertigt. Insofern kann der gesetzgeberische Einschätzungsspielraum nicht unbegrenzt sein.

In empirischer Hinsicht finden gesetzgeberische Entscheidungen immer unter Unsicherheit statt. Insofern muss der Gesetzgeber nicht nur versuchen, eine möglichst informierte Entscheidung zu treffen. Er muss auch bestimmen, wie mit der empirischen Unsicherheit umzugehen ist. Der Prognosespielraum des Gesetzgebers bezieht sich also gerade auf die Bestimmung der Risikopräferenzen. Er soll dem Gesetzgeber jedoch nicht erlauben, Entscheidungen „ins Blaue hinein“, ohne ausreichende empirische Grundlage zu treffen. Eine mangelnde empirische Aufklärung ist insbesondere dann zu erwarten, wenn der Gesetzgeber keine Anreize hat, eine solche zu betreiben.⁶⁰ Insofern können wir nicht automatisch darauf vertrauen, dass der Gesetzgeber die ihm zur Verfügung stehenden Ressourcen nutzt, um eine möglichst akkurate empirische Prognose zu machen.⁶¹

Nun gibt es zwei Möglichkeiten, diesen Gefahren für den politischen Prozess bei der Konstruktion gesetzgeberischer Einschätzungsspielräume Rechnung zu tragen. Zum einen können Verfassungsgerichte eine prozedurale Kontrolle der legislativen Einschätzungsprerogative vornehmen. Dem Gesetzgeber steht danach nur insoweit ein Prognosespielraum zu, als er ein angemessenes Verfahren zur Ermittlung empirischen Grundlagen seiner Entscheidung durchgeführt hat. Zum anderen können Verfassungsgerichte versuchen, Rückschlüsse auf die Motivation des Gesetzgebers zu ziehen. Die Grenzen des legislativen Einschätzungsspielraums wären also dort erreicht, wo Anhaltspunkte für eine diskriminierende oder Partikularinteressen privilegierende Intention des Gesetzgebers bestehen.

1. Prozedurale Kontrolle des Gesetzgebers

Die deutsche Staatsrechtslehre steht gesetzgeberischen Verfahrenspflichten überwiegend kritisch gegenüber.⁶² Berühmt ist das Diktum von Klaus Schlaich in seinem Staatsrechtslehrervortrag, dem zufolge „der Gesetzgeber gar nichts anderes als das Gesetz [schuldet].“⁶³ Allerdings geht es bei der prozeduralen

⁶⁰ S. dazu oben, § 2 II 1.

⁶¹ *Ladewig*, Kritik der Abwägung, 2004, S. 14; *Weiler*, World Trade Rev. 8 (2009), 137 (144).

⁶² S. nur *Schlaich*, VVDStRL 39 (1981), 99 (108–11); *Gusy*, ZRP 18 (1985), 291 (296–98); *Jarass*, AöR 126 (2001), 588; *Groß*, KJ 35 (2002), 1 (11–16); *Hebeler*, DÖV 2010, 754; *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 2012, Rn. 541–42; *Schwarz/Bravidor*, JZ 2011, 653. Für strikte Verfahrenspflichten dagegen *Schwerdtfeger*, in: FS Hans Peter Ipsen, 1977, 173; *Burghart*, Pflicht zum guten Gesetz, 1996. Differenzierend *Di Fabio*, JZ 2007, 749 (754–55); *Waldbhoff*, in: FS Josef Isensee, 2007, 325; *Cornils*, DVBl. 2011, 1053; *Grzeszick*, VVDStRL 71 (2012), 49.

⁶³ *Schlaich*, VVDStRL 39 (1981), 99 (109).

Konstruktion von Einschätzungsspielräumen nicht in erster Linie darum, dem Gesetzgeber abstrakte Verfahrenspflichten aufzuerlegen. Vielmehr sollen die Grenzen des gesetzgeberischen Einschätzungsspielraums bestimmt werden. Insofern werden dem Gesetzgeber keine „zusätzlichen“ Verfahrenspflichten aufgebürdet. Verfassungsgerichte kompensieren lediglich eine Rücknahme der substantiellen Kontrolldichte durch eine intensiviertere Kontrolle des Gesetzgebungsverfahrens.⁶⁴

Eine solche prozedurale Ausgestaltung der Grenzen des Einschätzungsspielraums ist der Rechtsprechung nicht unbekannt. Zentrales Beispiel aus der deutschen Verfassungsrechtsprechung ist das bereits angesprochene Mitbestimmungsurteil.⁶⁵ Bei der Frage, ob der Gesetzgeber bei der Verabschiedung des Mitbestimmungsgesetzes seinen Einschätzungsspielraum gewahrt hat, stellte das Bundesverfassungsgericht auf „Anforderungen des Verfahrens“ ab:⁶⁶

„Wird diesen [Verfahrensanforderungen] Genüge getan, so erfüllen sie jedoch die Voraussetzung inhaltlicher Vertretbarkeit; sie konstituieren insoweit die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, die das Bundesverfassungsgericht bei seiner Prüfung zu beachten hat.“

Als Verfahrenskriterien nannte das Gericht die „sachgerechte und vertretbare Beurteilung des erreichbaren Materials“ sowie die Ausschöpfung der „zugänglichen Erkenntnisquellen.“⁶⁷ Es ging dem Gericht also vor allem darum, dass der Gesetzgeber seine Entscheidung auf einer möglichst breiten Informationsbasis trifft. Wie er die Informationen im Einzelnen bewertet, steht dann allerdings in seinem Ermessen. Anklänge an eine prozedurale Konstruktion des gesetzgeberischen Einschätzungsspielraums finden sich auch im zweiten Urteil zum Schwangerschaftsabbruch⁶⁸ sowie im Hartz IV-Urteil.⁶⁹

Im Hartz IV-Urteil räumte das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber zunächst einen Einschätzungsspielraum bei der Konkretisierung von Leistungen zur Sicherung des menschenwürdigen Existenzminimums ein.⁷⁰ Allerdings verlangte es, dass „der Gesetzgeber alle existenznotwendigen Aufwendungen

⁶⁴ S. *Ossenbühl*, in: FS 25 Jahre BVerfG I, 1976, 458 (513); *Bryde*, Verfassungsentwicklung, 1982, S. 328; *Lerche*, in: ders. u.a. (Hg.), Verfahren, 1984, 97 (121–22); *Di Fabio*, Risikoentscheidungen, 1994, S. 289; *Schuppert*, ZG Sonderheft 2003, 4 (22–23); *Meßerschmidt*, *Legisprudence* 6 (2012), 347 (356); *Spiecker gen. Döhmman*, Unsicherheit, 2015, i.E., Teil IV, Kap. 3, B. S. auch *Bar-Siman-Tov*, *Legisprudence* 6 (2012), 271 (294), der gar explizit eine Ersetzung der Angemessenheitsprüfung durch eine prozedurale Kontrolle vorschlägt. A.A. dagegen *Hebeler*, DÖV 63 (2010), 754 (760), dem für eine kompensatorische Verfahrenskontrolle die dogmatische Grundlage fehlt. Skeptisch zudem *Groß*, KJ 35 (2002), 1 (11–16).

⁶⁵ BVerfGE 50, 290 (334).

⁶⁶ BVerfGE 50, 290 (334).

⁶⁷ BVerfGE 50, 290 (334).

⁶⁸ BVerfGE 88, 203 (263).

⁶⁹ BVerfGE 125, 175 (225).

⁷⁰ BVerfGE 125, 175 (224–25).

folgerichtig in einem transparenten und sachgerechten Verfahren nach dem tatsächlichen Bedarf, also realitätsgerecht, zu bemessen“ habe.⁷¹ Unter Anwendung dieses Maßstabs stuft das Gericht Teile der Regelleistungsbemessung als verfassungswidrig ein. So hatte der Gesetzgeber für die Berechnung der Regelleistungen grundsätzlich ein Statistikmodell zugrunde gelegt. Allerdings hatte er für bestimmte, nicht regelleistungsrelevante Güter und Dienstleistungen pauschale prozentuale Abschläge vorgenommen. Das Bundesverfassungsgericht sah dafür keine ausreichende empirische Grundlage.⁷² Die Abschläge seien „ohne hinreichende Tatsachengrundlage ‚ins Blaue hinein‘ geschätzt“ worden.⁷³ Auch die Berechnung des Sozialgeldes für Kinder „beruh[e] auf einer freihändigen Setzung ohne irgendeine empirische und methodische Fundierung.“⁷⁴ Aufgrund dieser Verfahrensmängel bei der Berechnung sah das Gericht die entsprechenden Vorschriften als nicht verfassungskonform an.⁷⁵

Anklänge an eine prozedurale Konstruktion des gesetzgeberischen Einschätzungsspielraums finden sich auch in der Rechtsprechung des kanadischen Supreme Court.⁷⁶ So argumentierte der Supreme Court in *Harper*, dass eine gesetzgeberische Wertentscheidung dann nicht hinterfragt werden solle, wenn der Gesetzgeber einen ernsthaften und begründeten Versuch unternommen habe, die konkurrierenden Rechtsgüter gegeneinander abzuwägen.⁷⁷ Zudem stützten sich zwei Minderheitsvoten in den Entscheidungen *RJR MacDonald* und *Chaoulli* auf prozedurale Erwägungen. In beiden Fällen hatte die Mehrheit dem Gesetzgeber eine Beweislast auferlegt.

In *RJR MacDonald* hatte das Gericht ein Tabakwerbeverbot für verfassungswidrig erklärt, da der Gesetzgeber keinen Beweis angeboten habe, dass ein totales Werbeverbot zum Gesundheitsschutz erforderlich sei.⁷⁸ Das Minderheitenvotum wollte dem Gesetzgeber demgegenüber einen Einschätzungsspielraum zugestehen. Die Richter verwiesen darauf, dass das Tabakwerbeverbot Ergebnis eines mehr als 20jährigen Beratungsprozesses gewesen sei, in dessen Rahmen verschiedene Interessengruppen angehört und Expertenstudien angefertigt worden seien.⁷⁹

⁷¹ BVerfGE 125, 175 (225).

⁷² BVerfGE 125, 175 (239).

⁷³ BVerfGE 125, 175 (239).

⁷⁴ BVerfGE 125, 175 (246).

⁷⁵ Eine ähnliche, verfahrensbezogene Interpretation des Urteils findet sich bei *Gärditz*, BRJ 3 (2010), 4 (11); *Meßerschmidt*, in: Popelier u.a. (Hg.), *Role of Constitutional Courts*, 2013, 235 (244).

⁷⁶ S. dazu noch ausführlich unten, § 9 I 1.

⁷⁷ *Harper v. Canada*, [2004] S.C.R. 827, 888–89.

⁷⁸ *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, 345 (per McLachlin J.).

⁷⁹ Ebd., 306–07 (per La Forest J.).

In *Chaoulli* ging es um das Verbot privater Krankenversicherungen im Bundesstaat Quebec.⁸⁰ Auch hier hatte die Mehrheit entschieden, dass der Gesetzgeber nicht ausreichend Beweis angeboten habe, dass das Verbot zum Schutz des gesetzlichen Krankenversicherungssystems tatsächlich notwendig sei.⁸¹ Dem hielt das Minderheitsvotum erneut entgegen, dass dem Gesetzgeber in dieser Frage ein Einschätzungsspielraum zustehe.⁸² Es verwies darauf, dass der Gesetzgeber viel Geld investiert habe, um Gutachten über die Ausgestaltung des Krankenversicherungssystems einzuholen. Diese hätten einhellig die Beibehaltung des bisherigen Systems empfohlen. Insofern habe der Gesetzgeber für seine Entscheidung eine ausreichende empirische Grundlage gehabt.

Diese Beispiele zeigen, dass eine prozedurale Konstruktion gesetzgeberischer Einschätzungsspielräume in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung keine Unbekannte ist. Dennoch handelt es sich bisher um Einzelfälle. Sowohl in Deutschland als auch in Kanada fehlt bisher eine konsistente Systematik.⁸³ Auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur gibt es für zahlreiche Jurisdiktionen Ansätze, die für eine prozedurale Kontrolle gesetzgeberischer Prognosespielräume plädieren.⁸⁴ Diese Verfahrenskontrolle orientiert sich an verschiedenen Kriterien. So werden dem Gesetzgeber in der Literatur teilweise Begründungspflichten auferlegt.⁸⁵ Weiterhin wird oft vertreten, dass dem Gesetzgeber

⁸⁰ *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 791.

⁸¹ Ebd., 828–31 (per Deschamps J.).

⁸² Ebd., 904. (per Binnie and LeBel JJ.).

⁸³ Für Deutschland so auch *Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessen, 2000, S. 845. Zu Kanada s. *Choudhry*, Sup. Ct. L. Rev. 34 (2006), 501. Anders ist dies im Bereich der Europäischen Union, wo der EuGH eine gewisse Systematik bei der prozeduralen Kontrolle von Einschätzungsspielräumen entwickelt hat. S. dazu *Corkin*, Eur. L. Rev. 33 (2008), 359; *Gerards*, ELJ 17 (2011), 80 (105–06).

⁸⁴ S. *Ossenbühl*, in: FS 25 Jahre BVerfG I, 1976, 458 (513); *Benda*, DÖV 1979, 465 (467–68); *Bryde*, Verfassungsentwicklung, 1982, S. 326–30; *Jackman*, Osgoode Hall L.J. 34 (1996), 661 (679); *Mahrenholz*, in: Badura/Scholz (Hg.), Verfassungsgerichtsbarkeit, 1998, 23 (32–34); *Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessen, 2000, S. 875–77; *Rivers*, Cambridge L.J. 65 (2006), 174 (203–04); *ders.*, in: Pavlakos (Hg.), Law, Rights & Discourse, 2007, 167 (182–83); *De Schutter/Tulkens*, in: Brems (Hg.), Conflicts between Rights, 2008, 169 (208–10); *Corkin*, Eur. L. Rev. 33 (2008), 359; *Gerards*, ELJ 17 (2011), 80 (118–20); *Möller*, Constitutional Rights, 2012, S. 132; *Popelier*, Legisprudence 6 (2012), 257; *Bar-Siman-Tov*, Legisprudence 6 (2012), 271; *Popelier*, in: dies. u.a. (Hg.), Role of Constitutional Courts, 2013, 249; *Spiecker gen. Döhmann*, Unsicherheit, 2015, i.E., Teil IV, Kap. 3, D. Vgl. auch *Bickenbach*, Einschätzungsprärogative, 2014, S. 443, der von einer Obliegenheit des Gesetzgebers zum „Nachdenken“ ausgeht, die Voraussetzung für die Reklamation von Einschätzungsspielräumen sei. Zurückhaltender *Raabe*, Grundrechte und Erkenntnis, 1998, S. 384–88, der Verfahrenspflichten als Grenzen des Einschätzungsspielraums zwar grundsätzlich anerkennt, jedoch argumentiert, dass ein Gesetz in der Praxis eher selten am Unterlassen bestimmter Verfahrenshandlungen scheitern wird.

⁸⁵ *Redeker/Karpenstein*, NJW 2001, 2825; *Paskalev*, Taking Reasoning Seriously (Working Paper 2012); *Spiecker gen. Döhmann*, Unsicherheit, 2015, i.E., Teil IV, Kap. 2, B III. Für eine Begründungspflicht bei Vorsorgeentscheidungen auch *Di Fabio*, in: FS Wolfgang

nur dann ein Prognosespielraum zukomme, wenn er eine angemessene Konsultation von Experten durchgeführt und die empirischen Grundlagen seiner Entscheidung ausreichend ermittelt habe.⁸⁶ Schließlich müsse der Gesetzgeber zur Wahrung seiner Einschätzungsprärogative alle relevanten Interessen berücksichtigt haben.⁸⁷

Die prozedurale Konstruktion gesetzgeberischer Prognosespielräume hat eine hohe normative Anziehungskraft.⁸⁸ Auf der einen Seite belässt sie die substantielle Entscheidungsautonomie letztlich beim Gesetzgeber. Auf der anderen Seite versucht sie sicherzustellen, dass der Gesetzgeber seine Entscheidung zumindest auf rationaler Basis trifft.⁸⁹ Allerdings ist eine reine Verfahrenskontrolle nicht unproblematisch. Letztlich fehlt es an Standards dafür, was ein ‚rationales‘ Verfahren ausmacht.⁹⁰ Wann hat der Gesetzgeber die empirischen Grundlagen ausreichend ermittelt? Welche Anforderungen sind an die Experten zu stellen, die er konsultieren muss? Wie detailliert muss die Gesetzesbegründung sein? Insofern werden Gerichte in erster Linie pragmatisch vorgehen und Grenzen des Einschätzungsspielraums dort erkennen, wo das Verfahren offensichtlich unzulänglich war. Eine derart weitmaschige Kontrolle bedeutet aber gleichzeitig, dass Verfahrenspflichten allein nicht ausreichen, um die Grenzen gesetzgeberischer Einschätzungsspielräume zu ziehen.⁹¹

2. Motivkontrolle durch das Verfassungsgericht

Wir haben in dieser Arbeit mehrfach gesehen, dass Pathologien des politischen Prozesses oft auf Fehlanreize zurückzuführen sind. Insofern liegt es nahe, zur Bestimmung der Grenzen des gesetzgeberischen Einschätzungsspielraums die

Ritter, 1997, 807 (827), dem zufolge die Anforderungen an die Begründung umso höher sind, je offener die Entscheidungssituation ist. Skeptisch *Waldhoff*, in: FS Josef Isensee, 2007, 325 (342), der jedoch „im Einzelfall“ von einer Begründungsobliegenheit ausgeht, deren Verletzung zu einer „Verwirkung“ der Einschätzungsprärogative führen könne.

⁸⁶ *Rivers*, Cambridge L.J. 65 (2006), 174 (204); *ders.*, in: Pavlakos (Hg.), *Law, Rights & Discourse*, 2007, 167 (183); *Popelier*, in: dies. u.a. (Hg.), *Role of Constitutional Courts*, 2013, 249 (258–62); *Alemanno*, *The Theory and Practice of Legislation* 1 (2013), 327. S. auch *Schwerdtfeger*, in: FS Hans Peter Ipsen, 1977, 173 (178–82); *Mahrenholz*, in: Badura/Scholz (Hg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1998, 23 (32–34). Im Zusammenhang mit dem Vorsorgeprinzip ebenso *Di Fabio*, in: FS Wolfgang Ritter, 1997, 807 (820–22).

⁸⁷ *Schwerdtfeger*, in: FS Hans Peter Ipsen, 1977, 173 (182); *De Schutter/Tulkens*, in: Brems (Hg.), *Conflicts between Rights*, 2008, 169 (208).

⁸⁸ *Petersen*, I.CON 11 (2013), 294 (315).

⁸⁹ *Popelier*, in: dies. u.a. (Hg.), *Role of Constitutional Courts*, 2013, 249 (265).

⁹⁰ *Petersen*, I.CON 11 (2013), 294 (315); *Meßerschmidt*, in: *Popelier u.a. (Hg.), Role of Constitutional Courts*, 2013, 235 (242).

⁹¹ S. auch *Schlaich/Korioth*, *Das Bundesverfassungsgericht*, 2012, Rn. 533, die die alleinige Kontrolle von Verfahrenspflichten als sehr weitmaschige Kontrolle einordnen.

Motive des Gesetzgebers zu überprüfen.⁹² Wenn der Gesetzgeber mit einem Gesetzesvorhaben Partikularinteressen verfolgt oder die Intention hat, Minderheiten zu diskriminieren, überschreitet er die Grenzen seines Einschätzungsspielraums. Allerdings hat dieser Ansatz ein signifikantes praktisches Problem. Es ist unmöglich, die Motive des Gesetzgebers unmittelbar zu kontrollieren. Selbst wenn dieser Partikularinteressen verfolgt, wird er immer einen gemeinwohldienlichen Gesetzeszweck in der Begründung anführen können.⁹³

Eine Motivkontrolle des Gesetzgebers muss also auf sekundäre Kontrollkriterien zurückgreifen. Wir müssen insofern Indizien identifizieren, die darauf hinweisen, dass der Gesetzgeber eine versteckte Agenda hatte. Das nächstliegende Indiz ist der Gesetzgebungsprozess. Wenn es Anzeichen für einen überproportionalen Einfluss von Lobbygruppen gibt oder eine Gesetzgebung, die einer bestimmten Klientel einen Vorteil einräumt, in engem zeitlichen Zusammenhang mit einer nennenswerten Geldspende der privilegierten Interessengruppe steht, dann liegt der Verdacht unlauterer Motive nahe. Allerdings werden sich solche Indizien oft nur schwer finden lassen. Der Einfluss von Interessengruppen auf den politischen Prozess ist in der Regel subtil und intransparent.

Indizien können sich aber auch aus dem Inhalt des geprüften Gesetzes ergeben. Es gibt vor allem zwei Anzeichen, die auf verborgene gesetzgeberische Motive schließen lassen.⁹⁴ Zum einen liegt nahe, dass der Gesetzgeber Nebenziele verfolgt hat, wenn die gesetzgeberische Maßnahme nur ungenügend auf das gesetzgeberische Ziel zugeschnitten ist. Wenn die Maßnahme beispielsweise nicht erforderlich ist, kann dies grundsätzlich zwei Gründe haben. Zum einen kann es daran liegen, dass der Gesetzgeber im Gesetzgebungsprozess keine ausreichende Sorgfalt walten lassen. Zum anderen kann es jedoch auch darauf zurückzuführen sein, dass er noch andere Ziele verfolgt hat als die explizit angeführten.⁹⁵

Das andere signifikante Indiz ist die Inkonsistenz einer gesetzgeberischen Maßnahme. So kann man teilweise gesetzgeberische Maßnahmen beobachten, bei denen der Gesetzgeber vorgibt ein bestimmtes Ziel zu verfolgen, bei der Zielverfolgung aber nicht konsequent ist. Wenn er beispielsweise eine Maßnahme erlässt, um den Verbraucherschutz zu stärken, den Verbraucherschutz aber bei vergleichbaren Maßnahmen vollkommen außer Acht lässt, kann diese Inkonsistenz in der Regel auf zwei Gründe zurückzuführen sein. Erneut kann die Inkonsistenz in der mangelnden Sorgfalt des Gesetzgebers begründet liegen. Ihre Ursache kann aber auch sein, dass der Gesetzgeber neben den explizit angeführten Gemeinwohlintereessen implizit auch Partikularinteressen verfolgt hat.

⁹² S. auch *Gardbaum*, L. & Eth. Hum. Rts. 4 (2010), 77 (101).

⁹³ S. *Engel*, in: Engel/Héritier (Hg.), *Politics and Law*, 2003, 285 (292), der darauf hinweist, dass hinter expliziten gesetzgeberischen Zielen oft eine versteckte Agenda stehen kann.

⁹⁴ *Petersen*, I.CON 12 (2014), i.E.

⁹⁵ S. *Mathews/Stone Sweet*, Emory L.J. 60 (2011), 102 (124).

Ein gutes Beispiel für die Kontrolle gesetzgeberischer Motive anhand formaler Kriterien bietet Justice Breyers Sondervotum in der *Eldred*-Entscheidung des US-amerikanischen Supreme Court.⁹⁶ In *Eldred* ging es um die Verlängerung des Urheberrechtsschutzes um zwanzig Jahre. Der gesetzgeberischen Maßnahme war ein intensives Lobbying des Walt Disney Konzerns vorausgegangen, der ohne die beschlossene Verlängerung das Copyright für Mickey Mouse verloren hätte. In einer 7:2-Entscheidung billigte der Supreme Court das angegriffene Gesetz. Dabei stützte das Gericht sich auf eine formalistische Argumentation. Der Copyrightparagraph der amerikanischen Verfassung verlange lediglich, dass der Urheberrechtsschutz zeitlich begrenzt sei. Auch ein über 95 Jahre andauernder Urheberrechtsschutz sei noch zeitlich begrenzt.⁹⁷

Dieser Argumentation trat Justice Breyer in seinem Sondervotum entgegen.⁹⁸ Breyer kritisierte, dass die Mehrheit eine striktere Rationalitätskontrolle des Gesetzes hätte vornehmen sollen.⁹⁹ Das ausdrückliche Ziel der Copyrightklausel sei die Förderung des wissenschaftlichen und künstlerischen Fortschritts.¹⁰⁰ Soweit die Gesetzesänderung den verlängerten Urheberrechtsschutz jedoch auch auf bereits fertige Werke ausdehne, habe sie keinerlei ökonomische Anreizwirkung.¹⁰¹ Sie ermögliche den betroffenen Urhebern oder deren Erben lediglich Mitnahmegewinne, ohne einen positiven Wohlfahrtseffekt zu haben.¹⁰² Insofern stünde sie im Widerspruch zur Verfassung. In seiner Begründung nimmt Breyer auf den möglichen Einfluss von Walt Disney auf den Gesetzgebungsprozess keinen Bezug. Er stützt sich allein auf die mangelnde Geeignetheit der Maßnahme und macht diese somit zum impliziten Proxy für unlautere Motive des Gesetzgebers.

Ähnliche Argumentationsstrategien finden sich auch in der Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts. Eine Anspielung an potentiell unlautere Motive bei der Gesetzgebung findet sich etwa im Apothekenurteil.¹⁰³ Im Apothekenurteil differenzierte das Verfassungsgericht zwischen Eingriffen in die Berufsfreiheit von unterschiedlicher Intensität.¹⁰⁴ Es qualifizierte das Genehmigungserfordernis für die Eröffnung einer neuen Apotheke als „objektive Bedingung für die Berufszulassung.“¹⁰⁵ Bei diesen objektiven Berufszulassungsbeschränkungen sei

⁹⁶ *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003).

⁹⁷ Ebd., 208–10.

⁹⁸ *Eldred*, 537 U.S. 186, 242 (Breyer J. dissenting).

⁹⁹ Ebd., 244–45.

¹⁰⁰ Ebd., 245.

¹⁰¹ Ebd., 257.

¹⁰² Ebd., 263.

¹⁰³ BVerfGE 7, 377 (408).

¹⁰⁴ BVerfGE 7, 377 (405–08).

¹⁰⁵ BVerfGE 7, 377 (407).

„[d]ie Gefahr des Eindringens *sachfremder Motive* [...] daher besonders groß; vor allem liegt die Vermutung nahe, die Beschränkung des Zugangs zum Beruf solle dem *Konkurrenzschutz* der bereits im Beruf Tätigen dienen – ein Motiv, das nach allgemeiner Meinung niemals einen Eingriff in das Recht der freien Berufswahl rechtfertigen könnte.“¹⁰⁶

Das Gericht betonte damit explizit die Gefahr sachfremder Motive. In der Folge nahm es jedoch keine unmittelbare Motivkontrolle des Gesetzgebers vor. Vielmehr stützte es sein Urteil auf die Verhältnismäßigkeit. Die Gefahr sachfremder Motive war lediglich Rechtfertigung für einen besonders strengen Prüfungsmaßstab.¹⁰⁷ Letztlich scheiterte das Genehmigungserfordernis an der Erforderlichkeit. Der bayerische Gesetzgeber hatte nicht darlegen können, warum das Genehmigungserfordernis zum Schutz des Apothekenwesens erforderlich war.¹⁰⁸ Ähnlich wie Justice Breyer in *Eldred* war sich auch das Bundesverfassungsgericht der Gefahr bewusst, dass der Gesetzgeber mit seiner Maßnahme lediglich Partikularinteressen verfolgt hat. Es sah jedoch von einer unmittelbaren Motivkontrolle ab und versuchte die sachfremden Motive über eine Rationalitätskontrolle einzufangen. Dabei nahm das Bundesverfassungsgericht auf die Figur des Einschätzungsspielraums keinen expliziten Bezug.¹⁰⁹ Die Gefahr sachfremder Motive war vielmehr implizite Rechtfertigung dafür, dem Gesetzgeber gerade keine Einschätzungsprärogative zukommen zu lassen.

In späteren Urteilen zog das Bundesverfassungsgericht die gesetzgeberische Inkonsistenz explizit heran, um den gesetzgeberischen Einschätzungsspielraum zu beschränken. Besonders deutlich wird dieser Zusammenhang zwischen gesetzgeberischer Inkonsistenz und gesetzgeberischer Einschätzungsprärogative im Rauchverbotsurteil.¹¹⁰ Hier hatte das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber einen „Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum“ bei der Frage zugestanden, welcher Schutz Passivrauchern in Kneipen und Restaurants zugestanden werden sollte.¹¹¹ Das einmal entwickelte Schutzkonzept müsse allerdings folgerichtig umgesetzt werden.¹¹² Das sei bei den vorliegenden Gesetzen nicht geschehen, so dass das Gericht sie für verfassungswidrig

¹⁰⁶ BVerfGE 7, 377 (408) (Hervorhebung hinzugefügt).

¹⁰⁷ *Kaiser*, Jura 30 (2008), 844 (850); *Petersen*, I.CON 12 (2014), i.E. Zu Parallelen in der US-amerikanischen Verfassungsrechtsdogmatik s. *Ely*, San Diego L. Rev. 15 (1978), 1155 (1157); *Sunstein*, Col. L. Rev. 84 (1984), 1689 (1700). Beide Autoren argumentieren, dass eine höhere verfassungsgerichtliche Prüfungsdichte ihre Rechtfertigung regelmäßig in der Gefahr sachfremder Motive des Gesetzgebers finde.

¹⁰⁸ S. dazu noch unten, § 5 II 1.

¹⁰⁹ Allerdings möchte das Mehrheitsvotum in *Eldred* dem Gesetzgeber einen Einschätzungsspielraum gewähren. So argumentiert Justice Ginsburg für die Gerichtsmehrheit, dass es dem Kongress und nicht dem Supreme Court zustehe, die Geeignetheit einer gesetzgeberischen Maßnahme zu beurteilen, *Eldred*, 537 U.S. 186, 212.

¹¹⁰ BVerfGE 121, 317.

¹¹¹ BVerfGE 121, 317 (356).

¹¹² BVerfGE 121, 317 (360).

erklärte. Damit etablierte das Verfassungsgericht die Inkonsistenz als explizite Grenze gesetzgeberischer Einschätzungsspielräume.

Diese Diskussion zeigt auch, wie eng die Figur der gesetzgeberischen Einschätzungsspielräume mit den substantiellen Kriterien der Schranken-Schranken verknüpft ist. Selbst wenn Gerichte die Figur des Einschätzungsspielraums nicht explizit erwähnen, schwingt die Frage, ob bestimmte Wertungs- und Prognoseentscheidungen durch den Gesetzgeber oder das Gericht getroffen werden sollen, immer mit. Allerdings ist die indirekte Motivkontrolle in zweifacher Hinsicht problematisch. Zum einen besteht die Gefahr eines Zirkels. Wenn im Rahmen der Verhältnismäßigkeit danach gefragt wird, ob dem Gesetzgeber eine Einschätzungsprärogative zukommen soll, kann die Unverhältnismäßigkeit der Maßnahme nicht als Indiz für eine Einschränkung des gesetzgeberischen Spielraums herangezogen werden. Diesem Zirkel kann das Gericht nur entkommen, wenn es – wie im Apothekenurteil – zumindest eine Einschätzung der Gefahr unlauterer Motive vornimmt, ohne die tatsächlichen Motive dann im einzelnen prüfen zu müssen.¹¹³

Zum anderen ist die indirekte Motivkontrolle für die Bestimmung der Grenzen gesetzgeberischer Einschätzungsspielräume nicht ausreichend. Selbst wenn eine Maßnahme konsistent ist, bedeutet das noch nicht automatisch, dass der Gesetzgeber keine Intention hatte, Minderheiten zu diskriminieren oder Partikularinteressen zu verfolgen.¹¹⁴ Insofern kann die Motivkontrolle nicht alleiniges Kriterium für die Bestimmung gesetzgeberischer Einschätzungsspielräume sein. Vielmehr muss sie immer im Verbund mit anderen Kriterien zur Anwendung kommen.

III. Fazit

Die Diskussion in diesem Abschnitt hat gezeigt, dass eine abstrakte Grenzziehung für gesetzgeberische Einschätzungsspielräume nur schwer möglich ist. Insbesondere den Ansätzen für eine direkte Kontrolle fehlt es an handhabbaren Kriterien, die determinieren, wo der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers endet und wie weit umgekehrt die verfassungsgerichtliche Kontrolldichte reicht. Insofern überrascht es nicht, dass das Instrument des Einschätzungsspielraums in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nie systematisch entwickelt worden ist. Das Bundesverfassungsgericht hat zwar versucht, im Mitbestimmungsurteil Kriterien für die Grenzziehung zu bestimmen. Es hat diesen Ansatz in der nachfolgenden Rechtsprechung jedoch nicht weiter

¹¹³ Petersen, I.CON 12 (2014), i.E.

¹¹⁴ Petersen, AöR 138 (2013), 108 (131).

verfolgt.¹¹⁵ Das legt die Annahme nahe, dass die im Mitbestimmungsurteil entwickelten Kriterien zu vage sind, um subsumtionsfähig zu sein und gerichtliche Entscheidungen lenken zu können. Auch ein Blick auf die Rechtsprechung anderer Ober- oder Verfassungsgerichte zeigt, wie schwierig die abstrakte Grenzziehung bei der Bestimmung gesetzgeberischer Einschätzungsspielräume ist.¹¹⁶

Vielversprechender ist eine indirekte Kontrolle anhand von Sekundärkriterien. Solche Sekundärkriterien können sowohl das Gesetzgebungsverfahren als auch Indizien über gesetzgeberische Motive sein. Danach steht dem Gesetzgeber dann kein Einschätzungsspielraum zu, wenn er die tatsächlichen Grundlagen seiner Entscheidung nicht ausreichend geklärt hat oder wenn Anhaltspunkte bestehen, dass er keine gemeinwohlbezogenen Ziele verfolgt hat. Auch dieser Ansatz hat jedoch Grenzen. Wir können zwar bestimmen, dass dem Gesetzgeber bei der Verletzung bestimmter Verfahrensanforderungen kein Einschätzungsspielraum zustehen soll. Umgekehrt können wir jedoch nicht sagen, dass die gesetzgeberische Maßnahme immer vom Einschätzungs- und Prognosespielraum gedeckt ist, wenn die Verfahrensanforderungen beachtet wurden.

Insofern haben Gerichte auch bei der Konstruktion gesetzgeberischer Einschätzungsspielräume erhebliche Entscheidungs- und Wertungsspielräume, die den entsprechenden Wertungsspielräumen bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht nachstehen. Das spricht an sich noch nicht gegen die Figur einer gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative. Gerichtliche Wertungsspielräume sind notwendiger Teil juristischer Entscheidungen. Gerichte können sich nicht am Maßstab vollständiger theoretischer Konsistenz orientieren, da sie diesen ohnehin nicht erfüllen können. So hat Christoph Engel treffend formuliert, dass es nicht „Aufgabe des Rechts [ist], die fundamentale Relativität aufzuheben, sondern sie auszuhalten.“¹¹⁷ Gleichzeitig bietet die Figur des Einschätzungsspielraums damit aber auch keinen Schlüssel für die Lösung des Kommensurabilitätsproblems. Genau wie jenes hat sie ein Maßstabsproblem, mit dem Gerichte nur pragmatisch umgehen können. Die entscheidende Frage ist dabei, ob Verfassungsgerichte diesen Spielraum zu politischem Aktivismus nutzen, wie Kritiker es ihnen oft vorwerfen. Diese Frage ist jedoch keine analytische, sondern eine empirische. Ihr soll in den verbleibenden Kapiteln dieser Arbeit nachgegangen werden.

¹¹⁵ *Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessen, 2000, S. 845.

¹¹⁶ S. dazu insbesondere noch die Analyse der Rechtsprechung des kanadischen Supreme Court in § 9 I 1.

¹¹⁷ *Engel*, Rechtstheorie 32 (2001), 23 (49).

Kapitel 4

Eine Theorie der Abwägung

In diesem Kapitel nehmen wir einen Perspektivenwechsel vor. Nachdem die ersten drei Kapitel des Buches vor allem einen normativ-analytischen Schwerpunkt hatten, soll in diesem Kapitel eine stärker institutionelle Perspektive eingenommen werden. Wir haben gesehen, dass uns die normative Diskussion um die Abwägung keine befriedigende Antwort gegeben hat. Zum einen verlangt die Abwägung von den Verfassungsrichtern ein gewisses Maß an Dezinismus. Zum anderen ist sie aber für eine effektive Kontrolle des politischen Prozesses notwendig. Daher soll in den verbleibenden Kapiteln dieses Buches der Frage nachgespürt werden, ob sich die Gefahr, dass Verfassungsgerichte die sich durch die Abwägung bietenden Spielräume zur politischen Selbstermächtigung nutzen, in der Praxis auch verwirklicht.

Dieses Kapitel verfolgt dabei vor allem zwei Ziele. Zum einen soll eine sozialwissenschaftliche Theorie der Abwägung entwickelt werden. Dieser geht es nicht um die normative Frage, ob Gerichte abwägen *sollen*. Vielmehr versucht sie zu erklären, wann Gerichte abwägen, und ob tatsächlich zu erwarten ist, dass die Abwägung ein Instrument zur gerichtlichen Selbstermächtigung ist. Zum anderen soll das Forschungsdesign des nachfolgenden empirischen Teils näher beschrieben werden. Dabei soll vor allem die Auswahl und die Einordnung der untersuchten Entscheidungen erläutert werden.

I. Abwägung und verfassungsgerichtliche Legitimität

Die Abwägung wird gemeinhin als Kern des Verhältnismäßigkeitsprinzips und damit als prägendes Element der Grundrechtsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts angesehen.¹ Einige Autoren sehen die Abwägung bei der

¹ S. nur *Ossenbühl*, DVBl. 1995, 904 (906); *Isensee*, JZ 1996, 1085 (1090); *Schiedermair*, in: FS Peter Badura, 2004, 477 (483); *Lindner*, Grundrechtsdogmatik, 2005, S. 217; *Kommers*, in: Goldsworthy (Hg.), *Interpreting Constitutions*, 2006, 161 (202); *Grimm*, U. Toronto L.J. 57 (2007), 383 (393); *Cohen-Eliya/Porat*, San Diego L. Rev. 46 (2009), 367 (399); *Jestaedt*, in: ders. u.a. (Hg.), *Das entgrenzte Gericht*, 2011, 77 (146); *Lepsius*, in: Jestaedt u.a. (Hg.), *Das entgrenzte Gericht*, 2011, 159 (206–07); *Classen*, in: FS Klaus Stern, 2012, 651 (652). A.A. dagegen *Scholler*, in: FS Georgios I. Kassimatis, 2004, 307 (315), dem zufolge die Angemessenheit in der Praxis der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts „keine große Bedeutung“ habe.

Grundrechtsprüfung gar als eine normtheoretische Notwendigkeit an.² Die Popularität des Verhältnismäßigkeitsprinzips und insbesondere der Angemessenheitsprüfung ist unmittelbar einsichtig. Folgt man Alexys Prinzipientheorie, dann hat die Grundrechtsprüfung eine andere Struktur als die übliche, subsumtionsorientierte juristische Argumentation.³ Bei der Grundrechtsprüfung geht es um die Auflösung von Rechtsgüterkonflikten. Durch das Instrument der Verhältnismäßigkeit wird den Gerichten eine dogmatische Struktur an die Hand gegeben, die ihnen erlaubt, solche Rechtsgüterkonflikte aufzulösen, ohne gleichzeitig abstrakte Werthierarchien etablieren zu müssen.⁴

Dieser relationale Ansatz hat für Gerichte zwei grundsätzliche Vorteile: Zum einen gibt er ihnen einen gewissen Gestaltungsspielraum.⁵ Sie können sich darauf beschränken, den konkreten Fall zu entscheiden, ohne sich für zukünftige, nicht vorhersehbare Fallkonstellationen binden zu müssen.⁶ Auf der anderen Seite erlaubt ihnen das Verhältnismäßigkeitsprinzip, der Position beider Parteien Respekt zu zollen.⁷ Keinem Standpunkt wird abstrakt ein höherer Wert beigemessen, die Legitimität der entgegengesetzten Positionen nicht grundsätzlich in Frage gestellt. Vielmehr wird das Urteil auf die konkreten Umstände des jeweiligen Falles gestützt.⁸

Die methodische Kritik an der Abwägung deutet jedoch auf einen möglichen, fundamentalen Nachteil des Verhältnismäßigkeitsprinzips hin.⁹ Wenn die Abwägung den Verfassungsrichtern große Entscheidungsspielräume eröffnet, liegt der Verdacht nahe, dass sie leicht für politischen Aktivismus von Verfassungsgerichten missbraucht werden kann.¹⁰ So wird die Abwägung in der juristischen Literatur teilweise als „Machttechnik“ qualifiziert.¹¹ Andere Auto-

² Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1994, S. 100; Jansen, in: Sieckmann (Hg.), *Prinzipientheorie*, 2007, 39 (55); Borowski, in: Sieckmann (Hg.), *Prinzipientheorie*, 2007, 81 (92). Ohne prinzipientheoretische Begründung ähnlich auch v. Arnould, *JZ* 2000, 276 (279); Kunig, in: FS Jürgen Prölss, 2009, 143 (150); Barak, *Proportionality*, 2012, S. 223. Gegen den notwendigen Zusammenhang von Prinzipien und Abwägung Möller, *I.CON* 5 (2007), 453 (459). S. zudem die Kritik der prinzipientheoretischen Begründung bei Poscher, *RW* 1 (2010), 349.

³ Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1994, S. 71–92.

⁴ Stone Sweet/Mathews, *Col. J. Transnat'l L.* 47 (2008), 73 (88). S. auch Cohen-Eliya/Porat, *Constitutional Culture*, 2013, S. 126, denen zufolge die Verhältnismäßigkeit ein Bedürfnis der Rechtfertigung von Entscheidungen befriedige.

⁵ S. Voßkuhle, *JZ* 2009, 917 (922); Roux, *I.CON* 7 (2009), 106 (133–34); Lepsius, in: Jestaedt u.a. (Hg.), *Das entgrenzte Gericht*, 2011, 159 (205).

⁶ Kranenpohl, *Der Staat* 49 (2009), 387 (401); Stone Sweet, *Governing with Judges*, 2000, S. 142. Zu der Bedeutung von dogmatischer Flexibilität für richterliches Entscheiden, s. auch Robertson, *Judge as Political Theorist*, 2010, S. 282.

⁷ Stone Sweet/Mathews, *Col. J. Transnat'l L.* 47 (2008), 73 (90); Sadurski, in: Bongiovanni u.a. (Hg.), *Reasonableness*, 2009, 129 (140).

⁸ S. Beatty, *Ultimate Rule of Law*, 2004, S. 169–71.

⁹ S. zu dieser oben, § 2 I.

¹⁰ S. nur Benvindo, *Limits of Constitutional Adjudication*, 2010, S. 31–81.

¹¹ Leisner, *Abwägungsstaat*, 1997, S. 170–73.

ren machen die Abwägung für die Ausdehnung verfassungsgerichtlicher Macht verantwortlich.¹² Schließlich entzieht die Abwägung eine Entscheidung einigen Stimmen zufolge gar ihren „Legitimationszwängen und verbirgt sie hinter einer rhetorischen Fassade.“¹³

Diese Kritik wird jedoch regelmäßig nicht auf systematische Studien der Rechtsprechung gestützt. Vielmehr wird das aktivistische Potential der Abwägung bereits aus der analytischen Offenheit gefolgert. Teilweise wird dabei noch zusätzliche anekdotische Evidenz, wie etwa der Kruzifix-Beschluss, zur Unterstützung der Hypothese herangezogen. Allerdings muss aus der analytischen Offenheit einer methodischen Figur noch nicht automatisch folgen, dass Verfassungsgerichte diese zu politischem Aktivismus missbrauchen. Eine solche Schlussfolgerung übersieht, dass Gerichte nicht allein methodischen Beschränkungen unterliegen. Vielmehr liegen Schranken verfassungsgerichtlicher Macht auch in ihrer institutionellen Stellung begründet.

1. Legitimität und die institutionelle Stärke von Verfassungsgerichtsbarkeit

Verfassungsgerichte können ihre Entscheidungen nicht selbst durchsetzen.¹⁴ Sie können die Politik nicht mit Waffengewalt zwingen, sich an ihre Vorgaben zu halten. Vom ehemaligen US-amerikanischen Präsidenten Andrew Jackson ist überliefert, dass er nach einer von ihm missbilligten Entscheidung des Supreme Court gesagt haben soll: „John Marshall has made his decision, now let him enforce it.“¹⁵ Die Verweigerung der Umsetzung von Entscheidungen ist jedoch nicht die einzige potentielle Sanktion, die der Politik Verfassungsgerichten gegenüber offensteht.¹⁶ Vielmehr kann die Legislative – je nach Konstellation – verfassungsgerichtliche Kompetenzen beschneiden, das Budget kürzen, oder das richterliche Wahlverfahren so ausgestalten, dass das Gericht überwiegend mit Richtern besetzt ist, die der Regierung wohlgesonnen sind.

¹² Haltern, JöR 45 (1997), 31 (69); Robertson, Judge as Political Theorist, 2010, S. 52; Clasen, in: FS Klaus Stern, 2012, 651 (653); Huscroft, Const. Comm. 29 (2013), 229 (255).

¹³ Christensen/Lerch, JZ 62 (2007), 438 (440).

¹⁴ Isensee, JZ 1996, 1085 (1086); Klug, S. Afr. J. Hum. Rts. 13 (1997), 185 (189); Schulze-Fielitz, AöR 122 (1997), 1 (27); Lhotta, Swiss Pol. Sc. Rev. 9 (2003), 142 (143); Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2011, Rn. 31–32; Lang, in: Baumgartner u.a. (Hg.), Das letzte Wort, 2014, 15 (26–27).

¹⁵ Zitiert nach Smith, John Marshall, 1996, S. 518.

¹⁶ S. Laufer, Verfassungsgerichtsbarkeit, 1968, S. 167–69, der von der Möglichkeit des „Austrocknens“ des Bundesverfassungsgerichts spricht. S. zudem die Diskussion von Sanktionsmöglichkeiten der Politik bei Bryde, Verfassungsentwicklung, 1982, S. 353–55; Häußler, Bundesverfassungsgericht und politische Führung, 1994, S. 144–256.

Hierfür gibt es historische Beispiele. Das bekannteste ist der sogenannte „court packing plan“ des damaligen US-amerikanischen Präsidenten, Franklin D. Roosevelt. In den 1930er Jahren hatte der U.S. Supreme Court in mehreren Urteilen erhebliche Teile von Roosevelts „New Deal“ Gesetzgebung zu Fall gebracht.¹⁷ Daraufhin brachte Roosevelt eine Gesetzesinitiative in den Kongress ein, die ihm die Möglichkeit gegeben hätte, bis zu sechs neue Richter zum Supreme Court zu ernennen und somit politische Kontrolle über das Gericht zu erlangen. Die Initiative scheiterte letztlich an massivem öffentlichen Widerstand. Das bedeutet jedoch nicht, dass sie ohne Ergebnis blieb. Vielmehr gab der Supreme Court in der Folgezeit seine Opposition gegen Roosevelts Sozialgesetzgebung auf und ließ entsprechende Gesetze nicht mehr an der Verfassung scheitern.

Auch gegen das Bundesverfassungsgericht gab es in den Anfangsjahren der Bundesrepublik starken politischen Widerstand. So war das Gericht Konrad Adenauer und seinem Justizminister Thomas Dehler bei der Frage der Verfassungsmäßigkeit der Verträge über die Europäische Verteidigungsgemeinschaft ein Dorn im Auge. Insbesondere Dehler versuchte mehrfach die Autorität des Gerichts zu beschädigen und ihm die Entscheidungskompetenz in dieser, seiner Auffassung nach rein politischen Frage abzusprechen.¹⁸ Weiterhin plante die Regierung, eine Reform der Zusammensetzung des Gerichts, die dessen Macht erheblich eingeschränkt hätte. Sie wollte die Zahl der Richter erheblich verkleinern, den Charakter des Gerichts als „Zwillingsgericht“ beseitigen und eine Richterwahl mit einfacher Mehrheit einführen.¹⁹ Das hätte der Regierung eine erheblich stärkere Gestaltungsmacht bei der Ernennung der Richter zugestanden. Der Plan scheiterte letztlich am Widerstand der Opposition. Vielmehr einigte man sich auf einen Kompromiss, der vorsah, die Zahl der Richter pro Senat schrittweise von zwölf auf acht herabzusenken.

Auch wenn die Pläne, die Wirksamkeit der Verfassungsgerichtsbarkeit zu beschränken, in den beiden diskutierten Fällen letztlich scheiterten, machen sie doch das Drohpotential deutlich, das die Politik besitzt.²⁰ Zudem gibt es zahlreiche Gelegenheiten, bei denen die Politik verfassungsgerichtlichen Entscheidungen die Gefolgschaft verweigert hat.²¹ So ist beispielsweise der Kruzifix-Be-

¹⁷ Zum Ausmaß dieses gerichtlichen Widerstands gegen Roosevelt s. *Pildes*, *Supr. Ct. Rev.* 2010, 103 (129–30).

¹⁸ S. *Baldus*, in: Henne/Riedlinger (Hg.), *Lüth-Urteil*, 2005, 237 (241–42); *Lembcke*, in: Ooyen/Möllers (Hg.), *Bundesverfassungsgericht*, 2006, 151 (156–57).

¹⁹ *Lembcke*, in: Ooyen/Möllers (Hg.), *Bundesverfassungsgericht*, 2006, 151 (158). Eine ausführliche Darstellung der Reformbemühungen findet sich bei *Lauffer*, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1968, S. 169–206; *Häußler*, *Bundesverfassungsgericht und politische Führung*, 1994, S. 40–47.

²⁰ S. dazu *Friedman*, *Tex. L. Rev.* 84 (2005), 257 (314), der argumentiert, dass allein das *Drohpotential* ausreiche, um übermäßigen richterlichen Aktivismus zu verhindern.

²¹ S. dazu die Studie von *Vanberg*, *Politics of Constitutional Review*, 2005. S. zudem

schluss in Bayern nur unzureichend umgesetzt worden.²² Die Neue Zürcher Zeitung stellte im Dezember 1995 fest, dass das Urteil – von wenigen Ausnahmen abgesehen – am täglichen Schulleben in Bayern *de facto* nichts geändert hätte.²³

Verfassungsgerichte sind somit in gewissem Maße auf die Kooperation der Politik angewiesen.²⁴ Diese Kooperation können sie auf zwei Arten sicherstellen. Zum einen kann das Verfassungsgericht von institutionellen Konflikten profitieren.²⁵ Dies ist insbesondere in Föderalstaaten zu beobachten. So können die Gliedstaaten ein Verfassungsgericht als Sicherung gegen eine zu starke Zentralregierung sehen.²⁶ Gleichzeitig kann das Gericht der Zentralregierung auch dabei helfen, die Befolgung von bundespolitischen Zielen in den Ländern durchzusetzen.²⁷

Gerichtliche Macht kann sich jedoch auch in Konfrontation zur Politik ausbilden. In diesem Fall hängt die institutionelle Stärke des Verfassungsgerichts von der (faktischen) Legitimität²⁸ ab, die es genießt.²⁹ Betrachten wir das Konzept der verfassungsgerichtlichen Legitimität näher, sind zwei Formen von öffentlicher Unterstützung zu unterscheiden. Zum einen genießen Gerichte spezifische, zum anderen diffuse Unterstützung.³⁰ Die spezifische Unterstützung

Engel, JITE 157 (2001), 187 (202); *Friedman*, Will of the People, 2009, S. 377; *Lang*, in: Baumgartner u.a. (Hg.), Das letzte Wort, 2014, 15 (31).

²² *S. Detterbeck*, NJW 1996, 426 (426–27); *Stolleis*, KritV 83 (2000), 376 (383).

²³ Neue Zürcher Zeitung v. 16. Dezember 1995, zitiert nach *Vanberg*, Politics of Constitutional Review, 2005, S. 4.

²⁴ *Vanberg*, Politics of Constitutional Review, 2005, S. 6. Vgl. zudem die Beispiele bei *Hillgruber*, VVDStRL 67 (2008), 7 (24–43), die zeigen, dass sich das Bundesverfassungsgericht oft wahrgenommen tatsächlichen Zwängen fügt.

²⁵ *Sweeney*, Mich. St. Int'l L. Rev. 21 (2013), 301 (318); *Delaney*, Nw. U. L. Rev. 108 (2014), 543 (577). S. auch *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2011, Rn. 32, die auf das Gegeninander von Regierung und Opposition abstellen.

²⁶ *S. Herrmann*, in: Vorländer (Hg.), Deutungsmacht, 2006, 141 (166).

²⁷ *S. Friedman/Delaney*, Col. L. Rev. 111 (2011), 1137 (1152–59).

²⁸ Zur Unterscheidung zwischen faktischer bzw. soziologischer und normativer Legitimität s. *Petersen*, Demokratie, 2009, S. 7. Den Ausführungen in diesem Abschnitt liegt ein faktisches Legitimitätsverständnis zugrunde. Legitimität wird also im Wesentlichen als Akzeptanz verstanden.

²⁹ *Vanberg*, Politics of Constitutional Review, 2005, S. 49–53; *Murphy/Tanenhaus*, Nw. U. L. Rev. 84 (1990), 985; *Epstein/Knight/Shvetsova*, L. & Soc. Rev. 35 (2001), 117 (125); *Engel*, JITE 157 (2001), 187 (213); *Carrubba*, J. Pol. 71 (2009), 55 (65); *Kneip*, Verfassungsgerichte, 2009, S. 199; *v. Steinsdorff*, in: FS Wolfgang Ismayr, 2010, 479 (492); *Sweeney*, Mich. St. Int'l L. Rev. 21 (2013), 301 (318–19); *Lang*, in: Baumgartner u.a. (Hg.), Das letzte Wort, 2014, 15 (27).

³⁰ Die grundsätzliche Unterscheidung zwischen spezifischer und diffuser Unterstützung von Institutionen stammt von *Easton*, Systems Analysis, 1965, S. 267–77; *ders.*, Brit. J. Pol. Sc. 5 (1975), 435. Zur Anwendung dieses Konzepts auf Verfassungsgerichte s. *Murphy/Tanenhaus*, Nw. U. L. Rev. 84 (1990), 985 (992–94); *Vanberg*, Politics of Constitutional Review, 2005, S. 49–50; *Friedman*, Tex. L. Rev. 84 (2005), 257 (326–28).

bezieht sich jeweils auf einen konkreten Fall. Sie misst die Akzeptanz der jeweiligen Urteile.

Diffuse Unterstützung ist dagegen auf die Institution des Verfassungsgerichts als solche bezogen. Selbstverständlich gibt es eine Verbindung zwischen den beiden Formen der Unterstützung.³¹ Spezifische Unterstützung hat signifikante Auswirkungen auf die diffuse Unterstützung. Erlässt ein Gericht eine Entscheidung, die auf großen öffentlichen Widerstand stößt, sinkt auch die allgemeine Akzeptanz des Gerichts.³² Allerdings ist dies ein langwieriger Prozess, und spezifische und diffuse Unterstützung können für einen konkreten Fall durchaus auseinanderfallen. Selbst wenn ich eine bestimmte verfassungsgerichtliche Entscheidung für falsch halte, kann ich es doch für notwendig erachten, dass die Entscheidung befolgt wird, da ich die Institution der Verfassungsgerichtsbarkeit als solche unterstütze.³³

Je stärker die diffuse öffentliche Unterstützung für das Gericht ist, desto mehr müssen Politiker grundsätzlich damit rechnen, Wählerstimmen zu verlieren, wenn sie sich offen in Widerspruch zum Gericht setzen.³⁴ Dies gilt aufgrund des Unterschieds zwischen spezifischer und diffuser Unterstützung selbst dann, wenn die Entscheidung selbst unpopulär war.³⁵ Die Nichtbefolgung einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung oder gar die Schwächung der Institution des Verfassungsgerichts könnte nämlich als Verletzung der demokratischen Spielregeln wahrgenommen werden.³⁶ Wenn ein Gericht dagegen keine öffentliche Unterstützung genießt, wird die Nichtbefolgung seiner Urteile für die Politik kaum Konsequenzen in der Wählergunst nach sich ziehen. Legitimität ist somit die wesentliche Machtressource der Verfassungsgerichtsbarkeit.³⁷ Erst eine breite öffentliche Unterstützung erlaubt es dem Gericht, auch Entscheidungen zu treffen, die für die politische Mehrheit auf Bundesebene kostspielig sind.

Die Legitimität von Gerichten beruht wesentlich darauf, dass sie als neutrale Schiedsrichter wahrgenommen werden, die ihre Entscheidungen auf rechtliche Erwägungen stützen.³⁸ Gerade die Überprüfung von Akten der Legislative

³¹ *Caldeira/Gibson*, *AJPS* 36 (1992), 635.

³² *S. Grosskopf/Mondak*, *Pol. Res. Q.* 51 (1998), 633.

³³ *Gibson, L. & Soc. Rev.* 25 (1991), 631 (635).

³⁴ *Vanberg*, in: *Ganghof/Manow* (Hg.), *Mechanismen der Politik*, 2005, 183 (188); *Brodocz*, *Macht der Judikative*, 2009, S. 99.

³⁵ Das zeigt sich beispielsweise am Widerstand gegen Roosevelts „Court packing“ Pläne. S. dazu *Pildes*, *Supr. Ct. Rev.* 2010, 103 (130–31).

³⁶ *S. Vanberg*, *Politics of Constitutional Review*, 2005, S. 74.

³⁷ *Vorländer*, in: *ders.* (Hg.), *Deutungsmacht*, 2006, 9 (24); *Vorländer/Brodocz*, in: *Vorländer* (Hg.), *Deutungsmacht*, 2006, 259 (260); ähnlich auch *Friedman*, *Will of the People*, 2009, S. 375. Dass dies den Richtern des Bundesverfassungsgerichts durchaus bewusst ist, zeigt *Kranenpohl*, *Hinter dem Schleier*, 2010, S. 400–02.

³⁸ *Stone Sweet*, *Governing with Judges*, 2000, S. 199–200; *Shapiro*, in: *Shapiro/Stone Sweet* (Hg.), *Law, Politics & Judicialization*, 2002, 149 (165); *Kranenpohl*, *Hinter dem Schleier*, 2010,

durch Verfassungsgerichte wird gemeinhin damit gerechtfertigt, dass Gerichte gerade nicht dieselben politischen Erwägungen anstellen wie der Gesetzgeber.³⁹ Wenn Verfassungsgerichte als politische Akteure mit einer eigenen Agenda wahrgenommen würden, untergrübe dies ihre Legitimität und schwäche somit ihre institutionelle Stellung.⁴⁰

Sicherlich kann man nicht davon ausgehen, dass die breite Öffentlichkeit die Leistungen von Verfassungsgerichten auf der Grundlage der methodischen Herangehensweise beurteilt. Dafür ist die Tätigkeit von Gerichten zu wenig im Blickpunkt der Öffentlichkeit. Spezifische Unterstützung für eine bestimmte Entscheidung wird wohl eher vom Ergebnis des Urteils als von der genauen Begründung abhängen. Über einen größeren Zeitraum gesehen kann ein zweifelhaftes methodisches Vorgehen sich aber durchaus auf das Ansehen des Gerichts und damit auf dessen diffuse Unterstützung auswirken.

Verfassungsgerichtliche Urteile unterliegen der Kritik durch die Fachöffentlichkeit; und deren Urteil kann durchaus das Bild des Gerichts in der allgemeinen Öffentlichkeit beeinflussen. Oft bestehen gute Kontakte zwischen Rechtswissenschaftlern und Journalisten, und es ist keine Seltenheit, dass Rechtswissenschaftler in der Tagespresse publizieren.⁴¹ Sollte das methodische Vorgehen des Gerichts also in der Fachöffentlichkeit ganz überwiegend abgelehnt und als politischer Aktivismus qualifiziert werden, könnte dies das Bild vom Verfassungsgericht als neutralem Akteur auch in der allgemeinen Öffentlichkeit stark in Zweifel ziehen. Somit setzt die Effektivität eines dogmatischen Prinzips voraus, dass dessen entscheidungslenkende Wirkung in der Fachöffentlichkeit überwiegend anerkannt wird.⁴²

S. 409. S. auch *Bassok*, St. Louis U. Publ. L. Rev. 31 (2012), 333 (370), dem zufolge die Legitimität von Gerichten auf der wahrgenommenen rechtlichen Expertise beruht, und *Sieberer*, ZPol 16 (2006), 1299 (1308), der argumentiert, dass sich die Erwartungen der Bevölkerung an einem klassischen Gewaltenteilungsmodell orientierten. Exemplarisch dazu *Di Fabio*, in: Kirchhof u.a. (Hg.), Dogmatik, 2012, 63 (66): „Politische Gestaltungsmacht und richterliche Unabhängigkeit gibt es nur durch die Bindung an Recht und Gesetz. Indem der Richter [...] dem allgemeinen Gesetz unterworfen wird, können wir sein Urteil ertragen.“

³⁹ S. *Schlaich*, VVDStRL 39 (1981), 99 (114–15); *Ferejohn*, Law & Contemp. Probs. 65 (2002), 41 (45); *Robertson*, Judge as Political Theorist, 2010, S. 383; *Möllers*, in: Jestaedt u.a. (Hg.), Das entgrenzte Gericht, 2011, 281 (328).

⁴⁰ S. *Caldeira*, APSR 80 (1986), 1209. Verfassungsgerichtsbarkeit ist also keineswegs „kontrollfrei“ und „rechenschaftsfrei“, wie *Böckenförde*, Staat, Nation, Europa, 1999, S. 180 meint.

⁴¹ Zur Rolle der Medien bei der Konstruktion des Bildes der Öffentlichkeit von Gerichten s. *Friedman*, Will of the People, 2009, S. 378; *Bassok*, St. Louis U. Publ. L. Rev. 31 (2012), 333 (367).

⁴² S. *Engel*, JITE 157 (2001), 187 (212).

2. Folgerungen für die Abwägungspraxis von Verfassungsgerichten

Daraus ergeben sich Folgerungen für die Abwägungspraxis von Verfassungsgerichten. Sollte sich in der Rechtswissenschaft die Erkenntnis durchsetzen, dass Abwägung in der Grundrechtsprüfung eine bloße dogmatische Maskerade für politische Erwägungen ist, wäre diese als methodisches Instrument weitgehend diskreditiert. Ein Verfassungsgericht, das sich dennoch stark auf die Abwägung stützte, würde seine Legitimität empfindlich schwächen. Aus diesem Grund können Verfassungsgerichte die methodischen Probleme der Angemessenheitsprüfung nicht vollkommen ignorieren.⁴³

Allerdings sind bei der konkreten Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips drei Situationen zu unterscheiden. Wenn ein Verfassungsgericht ein Gesetz aufrechterhalten möchte, ist die Abwägung unproblematisch. Zwar können auch solche Entscheidungen hoch politisch sein. Das Verfassungsgericht wäre jedoch im schlimmsten Fall ineffektiv. Es nimmt aber keine Rolle als Vetspieler ein. Vielmehr bestätigt es lediglich die gesetzgeberische Entscheidung und greift nicht in die politische Sphäre des Gesetzgebers ein. Wenn ein Verfassungsgericht Entscheidungen von Untergerichten überprüft, ohne dabei die gesetzliche Grundlage dieser Entscheidungen in Frage zu stellen, kommt es zu einem Konflikt zwischen Gerichten über die Anwendung juristischer Methoden und Argumente. Auch hier übertritt das Verfassungsgericht die Grenze zur politischen Sphäre zumindest institutionell nicht.⁴⁴ Wenn ein Verfassungsgericht dagegen ein Gesetz für verfassungswidrig erklären will, steht es im Konflikt zur Legislative. Hier wäre die Abwägung als methodisches Instrument problematisch. Das Verfassungsgericht müsste rechtfertigen, warum seine Bewertung der unterschiedlichen Interessen der des Gesetzgebers überlegen ist.⁴⁵

Folgt man diesen Überlegungen, lassen sich vier Hypothesen über den Umgang von Verfassungsgerichten mit der Abwägung aufstellen. Erstens werden Verfassungsgerichte bei der Abwägung deutlich zurückhaltender sein, wenn sie den Gesetzgeber korrigieren, als wenn sie ein Gesetz bestätigen oder eine untergerichtliche Entscheidung aufheben. Nur in diesem Fall kommt es zu einem

⁴³ So neuerdings auch *Schlink*, in: Rosenfeld/Sajó (Hg.), *Comparative Constitutional Law*, 2012, 718 (736).

⁴⁴ Ebenso *Ossenbühl*, in: FS Hans Peter Ipsen, 1977, 129 (129); *Möllers*, *Gewaltengliederung*, 2005, S. 144; und mittlerweile auch *Schlink*, in: FS 50 Jahre BVerfG II, 2001, 445 (461). S. zudem *Bryde*, *Verfassungsentwicklung*, 1982, S. 325, der das Verhältnis zwischen Verfassungsgericht und Gesetzgeber für „[u]ngleich komplexer und umstrittener“ hält, als das zwischen Verfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit. Vgl. aber auch *Ossenbühl*, DVBl. 1995, 904 (910–11), der – in Abkehr von seiner früheren Position – die Abwägung im Verhältnis zwischen Verfassungs- und Fachgerichtsbarkeit für deutlich problematischer hält als im Verhältnis zwischen Verfassungsgericht und Gesetzgeber.

⁴⁵ S. *Schlink*, in: Rosenfeld/Sajó (Hg.), *Comparative Constitutional Law*, 2012, 718 (736).

Konflikt zwischen dem Verfassungsgericht und der Legislative, bei dem das Gericht des politischen Aktivismus bezichtigt werden könnte.

Zweitens werden Verfassungsgerichte umso eher auf die Abwägung zurückgreifen, je mehr diese als legitimes juristisches Argument in der Fachöffentlichkeit anerkannt ist. Ist die Angemessenheit als juristisches Argument akzeptiert, kann ein Gericht darauf verweisen, dass es juristische Expertise ausübt und setzt sich damit nicht dem Vorwurf des politischen Aktivismus aus.

Drittens steht der Gebrauch der Abwägung – zumindest wenn das Verfassungsgericht den Gesetzgeber korrigiert – in engem Zusammenhang mit der institutionellen Stärke. Allerdings ist die Abwägung nach den hier entwickelten Überlegungen nicht ein Instrument verfassungsgerichtlichen Machtzuwachses.⁴⁶ Vielmehr setzt die Abwägung solche Macht bereits voraus. Ein starkes Gericht kann es sich eher erlauben, Gesetze einer rigorosen Prüfung am Maßstab der Verfassung zu unterziehen.⁴⁷ Deshalb wird ein Verfassungsgericht die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen umso eher auf die Abwägung stützen, je stärker seine allgemeine Akzeptanz in der Bevölkerung und je mehr es institutionell etabliert ist. Ein starkes Gericht hat auch mehr „Experimentierspielraum“, da öffentlicher Widerstand gegen eine konkrete Entscheidung nicht immer sofort auf die diffuse Unterstützung durchschlägt.

Das bedeutet viertens jedoch nicht notwendigerweise, dass starke Gerichte die Abwägung als Sprungbrett für verfassungsgerichtlichen Aktivismus nutzen. Institutionelle Stärke ist keine Konstante. Vielmehr kann gesellschaftliche Akzeptanz auch verspielt werden. Die offene analytische Struktur der Abwägung macht diese nur vordergründig zu einem geeigneten Instrument verfassungsgerichtlicher Selbstermächtigung. Allerdings lassen sich politische Erwägungen dann schlecht als juristische Argumente tarnen, wenn das methodische Instrument durch die analytische Diskussion bereits ‚entzaubert‘ ist. Die offene analytische Struktur hat also nur scheinbar Ermächtigungspotential. Sie sorgt vielmehr für Transparenz und hat insofern einen disziplinierenden Effekt. Daher ist zu erwarten, dass sich Verfassungsgerichte, selbst wenn sie sich auf die Abwägung stützen, zurückhalten. Soweit sie Gesetze für verfassungswidrig erklären, werden sie versuchen, die Abwägung durch Hilferwägungen zu rationalisieren oder anderweitig Zurückhaltung zu signalisieren.

Die vier in diesem Abschnitt entwickelten Hypothesen sind zunächst einmal nur – wenn auch theoretisch angeleitete – Hypothesen. Diese stehen der Behauptung gegenüber, dass die Abwägung in erster Linie ein Sprungbrett für verfassungsgerichtlichen Aktivismus ist. Daher sollen die Hypothesen im Folgenden empirisch getestet werden. Im Vordergrund steht dabei vor allem die

⁴⁶ So aber die in Fn. 12 aufgeführten Autoren.

⁴⁷ Dies erkennt auch *Robertson*, *Judge as Political Theorist*, 2010, S. 282, auch wenn er die Position im Ergebnis nicht teilt.

vierte Hypothese, dass Verfassungsgerichte sich bei der Abwägung generell zurückhalten. Sie betrifft die Hauptforschungsfrage dieser Untersuchung. Die anderen drei Hypothesen werden dagegen eher gestreift. Bevor wir uns jedoch der Rechtsprechungsanalyse im Detail zuwenden, soll im verbleibenden Teil dieses Kapitels das Forschungsdesign der Studie näher erläutert werden.

II. Erläuterung des Forschungsdesigns

Zur Überprüfung der im vorgehenden Abschnitt entwickelten Hypothesen soll die Rechtsprechung von drei Verfassungs- bzw. Obergerichten näher analysiert werden. Bei der empirischen Untersuchung der Rechtsprechung soll vor allem eine Klassifikation von Argumenten vorgenommen werden. Eine solche Klassifikation gibt uns einen Eindruck davon, wie oft Verfassungsgerichte ihre Entscheidungen auf die Abwägung stützen und wie oft sie alternative Argumentationsformen heranziehen. Weiterhin soll untersucht werden, ob und unter welchen Umständen Verfassungsgerichte versuchen, die Abwägung durch Hilfsargumente zu rationalisieren. Im Folgenden sollen zunächst die der Untersuchung zugrunde liegenden Daten näher spezifiziert werden. In einem zweiten Schritt soll dann die Klassifikation der Argumente beschrieben werden.

1. Die der Untersuchung zugrunde liegenden Daten

Um die im vorherigen Abschnitt entwickelten Hypothesen zu überprüfen, sind in dieser Studie die Entscheidungen von drei Verfassungsgerichten analysiert worden. Der Schwerpunkt liegt dabei auf den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, denen dann die Grundrechtsrechtsprechung des kanadischen Supreme Court und des südafrikanischen Verfassungsgerichts gegenübergestellt werden soll. Diese beiden Gerichte wurden vor allem aus zwei Gründen als Vergleichsgerichte gewählt. Zum einen können beide Gerichte auf eine relativ lange Geschichte der Verhältnismäßigkeitsrechtsprechung zurückblicken. Das südafrikanische Verfassungsgericht stützt sich seit 1995 auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip. Die Verhältnismäßigkeitsrechtsprechung des kanadischen Supreme Court geht gar auf eine Entscheidung aus dem Jahr 1986 zurück. Diese langjährige Erfahrung mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz führt zu einer größeren Anzahl zu analysierender Fälle, so dass zuverlässigere Aussagen über den generellen Charakter der Verhältnismäßigkeitsrechtsprechung getroffen werden können.⁴⁸ Zum anderen wurden bewusst Gerichte aus unterschiedlichen juristischen Traditionen gewählt. Der kanadische Supreme Court steht

⁴⁸ Zur Relevanz der Zahl der Beobachtungen s. *King/Keohane/Verba*, *Designing Social Inquiry*, 1994, S. 29–31.

in der Tradition des Common Law, während das südafrikanische Recht sowohl im römischen Recht als auch im britischen Common Law seine Wurzeln hat.⁴⁹ Durch diese Auswahl soll dafür kontrolliert werden, dass die Beobachtungen nicht in erster Linie durch die juristische Kultur beeinflusst werden.

Die Analyse umfasst insbesondere solche Entscheidungen, in denen Gesetze oder Rechtsverordnungen aus materiellen Gründen für verfassungswidrig erklärt worden sind, da es gerade in diesen Fällen zu einem Konflikt zwischen den Wertungen der Legislative im funktionellen Sinn und den Wertungen des Gerichts kommt. Mit Blick auf das Bundesverfassungsgericht konzentriert sich die Analyse auf Urteile, in denen das Gericht ein Gesetz oder eine Rechtsverordnung aus materiellen Gründen für verfassungswidrig erklärt hat. Untersucht wurden alle Entscheidungen, die in den offiziellen Entscheidungsbänden bis einschließlich des 133. Bandes veröffentlicht worden sind.⁵⁰ Dabei ist für die Auswahl der Entscheidung unerheblich, ob das Gericht seine Entscheidung auf Verhältnismäßigkeitserwägungen gestützt hat oder nicht.

Allerdings ist eine Einschränkung zu machen: Es wurde nur die Rechtsprechung zu den Freiheitsrechten untersucht. Das schließt vier Bereiche aus. Zunächst wurden Urteile, die auf den allgemeinen Gleichheitssatz gestützt wurden, nicht berücksichtigt. Zwar wendet das Gericht teilweise auch hier Verhältnismäßigkeitserwägungen an.⁵¹ Allerdings unterscheidet sich die Dogmatik

⁴⁹ S. zu letzterem *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 227–31.

⁵⁰ Damit wird insbesondere die Kammerrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als Untersuchungsgegenstand ausgeschlossen. Das rechtfertigt sich jedoch damit, dass die Kammern gem. Art. 93c I 2 BVerfGG keine Gesetze verwerfen können.

⁵¹ Ursprünglich hat sich das Verfassungsgericht im Rahmen des Gleichheitssatzes auf eine reine Willkürprüfung beschränkt, s. BVerfGE 1, 14 (52). Nach der sog. neuen Formel differenziert das Gericht beim Prüfungsmaßstab jedoch nach der Art der Ungleichbehandlung, s. BVerfGE 55, 72 (88–90); 88, 87 (96–97). Diese Differenzierung der Prüfungsdichte weist Ähnlichkeiten mit der Unterscheidung zwischen verschiedenen Kontrolldichten im amerikanischen Verfassungsrecht auf, s. *Hesse*, in: FS Peter Lerche, 1993, 121 (127); *Sachs*, JuS 1997, 124 (127); *Osterloh*, EuGRZ 29 (2002), 309 (311); *Pietzcker*, in: FS Volkmar Götz, 2005, 301 (314). Dabei reicht die Prüfungsdichte des Bundesverfassungsgerichts nach der sog. neuen Formel von einer bloßen Willkürkontrolle bis hin zur Verhältnismäßigkeitsprüfung. S. zu den Einzelheiten *Hesse*, AöR 109 (1984), 174 (188–92); *Wendt*, NVwZ 1988, 778; *Robbers*, DÖV 1988, 749 (751–52); *Schoch*, DVBl. 1988, 863 (875–76); *Hesse*, in: FS Peter Lerche, 1993, 121 (122–26); *Sachs*, JuS 1997, 124; *Brüning*, JZ 2001, 669; *Kokott*, in: FS 50 Jahre BVerfG II, 2001, 127 (129–31); *Osterloh*, EuGRZ 29 (2002), 309 (310–11); *Albers*, JuS 2008, 945; *Kischel*, in: Epping/Hillgruber (Hg.), GG, 2. Aufl. 2013, Art. 3, Rn. 28–38.1; *Jarass/Pieroth*, GG, 12. Aufl. 2012, Art. 3, Rn. 18–27; *Pietzcker*, in: Hdb GR V, 2013, § 125, Rn. 45–47; *Osterloh*, in: FS Michael Kloepfer, 2013, 139. Dass selbst die Willkürkontrolle oft mehr ist als eine reine Willkürkontrolle zeigt *Reiner Schmidt*, Gleichheitssatz, 1963, S. 110–11. Eine abweichende Differenzierung findet sich bei *Huster*, Rechte und Ziele, 1993, S. 164–244, der zwischen internen und externen Zwecken unterscheidet, wobei er den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nur bei letzteren für anwendbar hält. Grundsätzlich kritisch zur Anwendung der Verhältnismäßigkeit im Rahmen des Gleichheitssatzes *Heun*, in: Hdb GR II, 2006, § 34, Rn. 44–45; *ders.*, in: Dreier (Hg.), GG, 3. Aufl. 2013, Art. 3, Rn. 27–31.

der Gleichheitsrechte deutlich von der der Freiheitsrechte, so dass ihnen eine eigene Untersuchung vorbehalten sein sollte. Zum zweiten wurden Urteile, die sich auf die Stellung von Parteien und Abgeordneten beziehen, nicht berücksichtigt. Auch hier geht es in erster Linie nicht um freiheitsrechtliche, sondern um strukturelle Erwägungen zum politischen Prozess.⁵² Das zeigt sich auch daran, dass das Gericht sich in diesen Fällen nicht auf Freiheitsrechte, sondern entweder auf Art. 3 I oder 21 GG stützt.

Drittens sind Urteile, die sich auf Art. 28 GG stützen, nicht berücksichtigt worden. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht gerade im Rahmen der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung in einigen Urteilen auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip zurückgegriffen.⁵³ Die Rechtsprechung ist in diesem Bereich jedoch uneinheitlich.⁵⁴ Darüber hinaus unterscheidet sich die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung von den Freiheitsrechten in einem fundamentalen Gesichtspunkt. Bei den Grundrechten stehen sich Staat und Bürger gegenüber, es geht also im Kern um den Schutz individueller Freiheit. Demgegenüber adressiert Art. 28 GG den Schutz kommunaler Autonomie.⁵⁵ Es geht also im Wesentlichen um die Kompetenzverteilung zwischen unterschiedlichen öffentlich-rechtlichen Körperschaften.

Viertens wurden Urteile, die allein auf finanzverfassungsrechtlichen Erwägungen beruhten, nicht berücksichtigt. Fünftens sind schließlich Urteile, die allein auf formalen oder staatsorganisationsrechtlichen Gesichtspunkten basieren, ausgeschlossen. Nicht umfasst sind also Entscheidungen, in denen ein Gesetz aus Kompetenzgründen oder wegen Fehlern im Gesetzgebungsverfahren beanstandet wurde. Ebenfalls nicht umfasst sind Entscheidungen, in denen Rechtsverordnungen nicht durch das Ermächtigungsgesetz gedeckt waren oder in denen die Verordnungsermächtigung gem. Art. 80 I GG nicht ausreichend bestimmt war.

Die Auswahlkriterien für Kanada und Südafrika weichen teilweise von denen für Deutschland ab. In Südafrika sind systematisch alle Entscheidungen bis einschließlich Juni 2014 analysiert worden, in denen das Gericht ein Gesetz für verfassungswidrig erklärt hat und auf die allgemeine Rechtfertigungsklausel des

⁵² S. dazu ausführlich *Petersen*, in: Baumgartner u.a. (Hg.), *Das letzte Wort*, 2014, 59 m.w.N.

⁵³ S. z.B. BVerfGE 26, 228 (241); 56, 298 (313); 103, 332 (366–67).

⁵⁴ S. dazu *Schoch*, *VerwArch* 81 (1990), 18 (32–34); *Schmidt-Aßmann*, in: FS Horst Sander, 1991, 121 (135–36); *Dreier*, in: ders. (Hg.), GG, 2. Aufl. 2006, Art. 28, Rn. 124–129; *Hellermann*, in: Epping/Hillgruber (Hg.), GG, 2. Aufl. 2013, Art. 28, Rn. 48.1; *Löwer*, in: v. Münch/Kunig (Hg.), GG, 6. Aufl. 2012, Art. 28, Rn. 55. Insbesondere in der Rastede-Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht bewusst vermieden, auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip zurückzugreifen, s. BVerfGE 79, 127 (150–52).

⁵⁵ Zur Unterscheidung zwischen Freiheit und Autonomie s. *Engel*, in: Hdb GR II, 2006, § 33, Rn. 15.

Art. 36 der südafrikanischen Verfassung eingegangen ist.⁵⁶ Anders als im deutschen Grundgesetz stehen in Südafrika alle Grundrechte unter einem allgemeinen Eingriffsvorbehalt. Die Bedingungen für die Rechtfertigung eines Grundrechts werden dabei von Art. 36 der Verfassung abschließend beschrieben.

Ähnlich erfolgte auch die Auswahl für die Rechtsprechung des kanadischen Supreme Court. Hier sind systematisch alle Entscheidungen analysiert worden, in denen das Gericht auf Basis der Canadian Charter of Rights and Freedoms⁵⁷ ein Gesetz für verfassungswidrig erklärt oder die Verwerfung eines Gesetzes in den unteren Instanzen aufrecht erhalten hat.⁵⁸ Der Beobachtungszeitraum beginnt Anfang 1986 mit der Oakes Entscheidung des kanadischen Supreme Court,⁵⁹ in der dieser den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz für die kanadische Grundrechtsrechtsprechung entwickelte, und endet im Juni 2014.

In allen drei Jurisdiktionen wurden vereinzelt auch Entscheidungen analysiert, in denen die Verfassungsgerichte Gesetze bestätigt haben. Zudem wurden auch einige Urteile untersucht, in denen Entscheidungen von Untergerichten korrigiert wurden, ohne dass verfassungsrechtliche Mängel an der gesetzlichen Grundlage festgestellt wurden. Die Auswahl erfolgte hier jedoch nicht systematisch. Vielmehr wird in diesen Bereichen oft auf Leitentscheidungen Bezug genommen. Eine systematische Auswahl war entbehrlich, da die Entscheidungen nur exemplarisch herangezogen werden.

2. Kategorisierung verfassungsgerichtlicher Argumentationsmuster

Eine Argumentationsanalyse verfassungsgerichtlicher Entscheidungen erfordert Regeln, nach denen die einzelnen Argumente klassifiziert werden. Die Regeln, nach denen die Klassifizierung in dieser Untersuchung erfolgte, sollen im Folgenden näher erläutert werden. Dabei stehen am Anfang einige allgemeine Beobachtungen, bevor anschließend die einzelnen Argumente näher beschrieben werden.

Verfassungsgerichte haben verschiedene Alternativen zur Abwägung. Sie können die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes zunächst auf eine andere Stufe der Verhältnismäßigkeit stützen. Wenn ein Gesetz nicht einmal einen legitimen Zweck verfolgt, wenn es zur Zweckverfolgung nicht geeignet ist, oder wenn ein

⁵⁶ Zum Text und zur Bedeutung dieser Bestimmung s. unten, § 8.

⁵⁷ Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982, being schedule B to the Canada Act 1982, ch. 11.

⁵⁸ Anders als das deutsche Bundesverfassungsgericht hat der kanadische Supreme Court kein Verwerfungsmonopol für verfassungswidrige Gesetze.

⁵⁹ R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103.

milderes, gleich geeignetes Mittel zur Verfügung steht, muss das Gericht keine Abwägung durchführen.

Andere Alternativargumente sind weniger offensichtlich. Die drei untersuchten Gerichte stützen die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen jedoch auch auf Argumente außerhalb der Verhältnismäßigkeit. Das sind zum einen substantielle, zum anderen prozedurale Erwägungen. Die substantiellen Argumente umfassen etwa Konsistenz- oder Vertrauensschutzerwägungen. In prozeduraler Hinsicht, greifen die Gerichte auf Rechtfertigungslasten zurück oder fordern Verfahrensgarantien zur Stärkung des Grundrechts.

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit wurde für die Klassifizierung vor allem auf die Selbsteinschätzung des Gerichts Bezug genommen. Wenn ein Gericht ein Argument als Erforderlichkeitsargument eingestuft hat, wurde dieses als Erforderlichkeitsargument gewertet, auch wenn das Gericht im Rahmen der Erforderlichkeit möglicherweise eine implizite Abwägung vorgenommen hat. Dabei kam es vor allem auf die Einordnung innerhalb der Subsumtion an. Wenn ein Gericht beispielsweise bei der abstrakten Maßstababildung von Abwägung sprach, das Gesetz dann aber bei der Subsumtion für verfassungswidrig hielt, weil es „nicht erforderlich“ sei, wurde das Argument als Erforderlichkeitsargument eingeordnet.

Die Selbsteinschätzung ist aus zwei Gründen Bezugsmaßstab. Zum einen ist sie einfacher zu messen. Über die Qualifizierung eines Erforderlichkeitsarguments als implizite Abwägung kann man oft trefflich streiten. Zum anderen enthält auch die Selbsteinschätzung interessante Informationen. Wenn ein Gericht beispielsweise eine implizite Abwägung in der Erforderlichkeit durchführt, deutet dies darauf hin, dass das Gericht die Abwägung als problematisch einstuft. Die implizite Abwägung in der Erforderlichkeit wäre damit ein Instrument, die eigene Legitimation zu stärken, indem die normativen Wertungen hinter scheinbar empirischen Erwägungen versteckt werden.

Allerdings habe ich mich bei den Argumenten außerhalb der Verhältnismäßigkeit nicht auf die gerichtliche Selbsteinschätzung beschränkt. Vielmehr habe ich zum Teil selbst eine Einordnung vorgenommen. Dies liegt zum einen daran, dass Verfassungsgerichte oft nicht genau bezeichnen, was sie machen. Teilweise sind die Argumente in der Untersuchung in einer bestimmten Weise bezeichnet worden, ohne dass die entsprechenden Verfassungsgerichte diese Bezeichnung selbst wählen würden. So beruht etwa die Einordnung eines Arguments als prozedurales Argument vor allem auf meiner Wertung. Ein weiteres Beispiel sind die Kohärenz- und Konsistenzargumente. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht in diesem Bereich die umstrittene Dogmatik der Folgerichtigkeit entwickelt.⁶⁰ Allerdings finden wir oft auch Kohärenz- oder Kon-

⁶⁰ S. dazu noch unten, § 4 II 2 c bb.

sistenzargumente, die nicht mit dem Terminus der Folgerichtigkeit bezeichnet werden.

Diese Einordnung rechtfertigt sich zum anderen aus der Erwägung, dass viele dieser Argumente teilweise auch Hilfsargumente innerhalb einzelner Stufen der Verhältnismäßigkeit sind. Sie lassen sich also nicht in das Schema der Verhältnismäßigkeit einfügen, sondern liegen quer zu diesem. Wenn es uns also auch darum geht, festzustellen, ob Verfassungsgerichte versuchen, die Abwägung mittels Hilfsargumenten zu rationalisieren, erhalten wir ein deutlich differenzierteres Bild, wenn wir die unterstützenden Argumente auch als solche benennen. Wenn mehrere Argumente miteinander kombiniert wurden, wurde das in der Regel entsprechend bezeichnet. Hat ein Gericht also eine Abwägung durch ein zusätzliches Konsistenzargument bestätigt, wurden beide Argumente in der Klassifikation angeführt. Eine Ausnahme wurde lediglich dann gemacht, wenn ein Argument vollständig in dem anderen aufgegangen ist.

Diese Beschreibung zeigt schon, dass die Klassifizierung nicht ohne Wertungen des Untersuchenden auskommt. Dies lässt sich nicht vermeiden. Man kann lediglich versuchen, Transparenz zu schaffen. Daher ist die Klassifizierung der einzelnen Entscheidungen im Appendix dargestellt. Das erlaubt jedem Leser, sich ein eigenes Bild zu machen. Im Folgenden sollen die Argumente näher beschrieben und teilweise ihre Funktion in der Rechtsprechung erklärt werden.

a. Abwägung

Für die Klassifizierung eines Arguments als Abwägung wurde zunächst auf die Einordnung durch das Verfassungsgericht selbst abgestellt. Relativ einfach ist dies beim kanadischen Supreme Court. Dieser bezeichnet die Stufen der Verhältnismäßigkeit, die er prüft, immer explizit. Demgegenüber ist es beim Bundesverfassungsgericht und beim südafrikanischen Verfassungsgericht deutlich schwieriger, die Selbstbeschreibung durch das Gericht zu identifizieren. Als Abwägung wurden – mangels eindeutiger Bezeichnung – solche Argumente klassifiziert, bei denen die Wichtigkeit der gegenüberstehenden Interessen miteinander verglichen wurde.⁶¹ Dabei werden regelmäßig nicht die abstrakten Wertigkeiten der beiden konkurrierenden Rechtspositionen gegenübergestellt. Vielmehr nehmen Gerichte oft eine Kosten-Nutzen-Analyse vor, bei der sie den positiven Effekt einer Maßnahme für das Eingriffsziel mit dem Ausmaß der Grundrechtsbeeinträchtigung vergleichen.⁶²

⁶¹ S. *Kumm/Walen*, in: *Huscroft u.a. (Hg.), Proportionality*, 2014, 67 (69). S. aber auch *Möller*, *Constitutional Rights*, 2012, S. 137–40, der eine deutlich breitere Definition anbietet, und *Gottlieb*, *Hastings L.J.* 45 (1994), 825 (839), der die Abwägung für eine undefinierte und undefinierbare Kategorie hält.

⁶² Zur formalen Struktur der Abwägungsprüfung s. insbesondere *Alexy*, in: *GS Jürgen Sonnenschein*, 2003, 771.

Aussagen zur Schwere des Eingriffs oder zur Wichtigkeit des mit diesem verfolgten Ziels sind also Indikatoren dafür, dass das Gericht eine Abwägung vornimmt. Allerdings ist der Bezug auf die Wichtigkeit eines Rechtsgutes oder die Schwere des Eingriffs manchmal nur ein rhetorisches Instrument des Gerichts, mit dem dieses entweder die eigene Position unterstreichen und stärken möchte oder durch das es mittels einer „symbolischen Verbeugung“⁶³ Respekt gegenüber der Position der verlierenden Prozesspartei bezeugt. Wichtig ist daher, dass die beiden konkurrierenden Rechtspositionen tatsächlich gegenübergestellt und miteinander verglichen werden. Gerade in den frühen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts kann die Angemessenheitsprüfung auch im Gewand einer Unzumutbarkeitsprüfung auftauchen, was das Gericht durch eine entsprechende Terminologie deutlich gemacht hat.⁶⁴

b. Sonstige Verhältnismäßigkeitsargumente

Neben der Abwägung besteht die Verhältnismäßigkeit aus drei Schritten: der Kontrolle des legitimen Zwecks, der Geeignetheit und der Erforderlichkeit. Während die Legitimität des Zwecks allein normative Erwägungen beinhaltet, geht es bei der Geeignetheit und der Erforderlichkeit im Kern um empirische Fragen.⁶⁵ Die letzteren beiden Prüfungsstufen sind dabei nicht immer trennscharf zu unterscheiden. Vielmehr kann dasselbe Argument, je nach Definition des Eingriffszwecks und nach Referenzpunkt, ein Geeignetheits- oder ein Erforderlichkeitsargument sein. Da auch die Verfassungsgerichte in ihrer Rechtsprechung nicht immer deutlich zwischen den beiden Argumenten unterscheiden, sollen sie in der Rechtsprechungsanalyse zusammen behandelt werden.

aa. Legitimer Zweck

Bei der Prüfung des legitimen Zwecks richtet sich der Fokus des Gerichts allein auf die normative Wertigkeit des vom Gesetzgeber verfolgten Eingriffsziels. Wenn der Gesetzgeber einen illegitimen Zweck verfolgt, verstößt die Maßnahme automatisch gegen die Verfassung, wobei es auf den abstrakten Wert des Grundrechts und die Schwere des Eingriffs nicht ankommt. Die entscheidende Frage ist dabei, nach welchen Maßstäben man die Legitimität einer Maßnahme beurteilen soll.⁶⁶ Problematisch ist das Kriterium des legitimen Zwecks

⁶³ *Stone Sweet/Mathews*, Col. J. Transnat'l L. 47 (2008), 73 (90).

⁶⁴ Vgl. auch *Albrecht*, Zumutbarkeit, 1995, der vertritt, dass die Zumutbarkeit neben der Angemessenheit eine eigenständige Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung darstellt.

⁶⁵ *S. Bryde*, in: FS 50 Jahre BVerfG, 2001, 533 (555); *Engel*, in: Brugger u.a. (Hg.), *Gemeinwohl*, 2002, 103 (113); *ders.*, in: Engel/Héritier (Hg.), *Politics and Law*, 2003, 285 (287–88); *Elliott*, in: Forsyth u.a. (Hg.), *Judicial Review*, 2010, 264 (270); *Petersen*, *Der Staat* 49 (2010), 435 (442); *Lepsius*, in: Jestaedt u.a. (Hg.), *Das entgrenzte Gericht*, 2011, 159 (206); *Saurer*, *Der Staat* 51 (2012), 3 (31).

⁶⁶ *S. Engel*, in: Engel/Héritier (Hg.), *Politics and Law*, 2003, 285 (307); *Bishop*, *SA Publ. L.*

insofern, als es implizit eine Abwägung beinhalten könnte. Daher wurden nur solche Urteile in diese Kategorie eingeordnet, bei denen der Zweck von vornherein für illegitim erklärt wurde, ohne dass das Ausmaß des Grundrechtseingriffs näher erörtert wurde. Zwecke können etwa dann illegitim sein, wenn sie explizit oder implizit gegen die Verfassung verstoßen,⁶⁷ oder wenn der Gesetzgeber rein privatnützige Ziele verfolgt oder keine plausible Rechtfertigung für einen Grundrechtseingriff anführen kann.⁶⁸

Natürlich ist es in der Praxis schwierig, privatnützige und gemeinwohlfördernde Zwecke trennscharf zu unterscheiden.⁶⁹ Gerichte werden daher auf Hilfsargumente zurückgreifen müssen. So kann die Inkonsistenz einer Maßnahme andeuten, dass der Gesetzgeber andere Ziele verfolgt hat als die, die er explizit angeführt hat.⁷⁰ Zudem können Gerichte dem Gesetzgeber eine Rechtfertigungslast auferlegen und die Illegitimität des Zwecks dann annehmen, wenn der Gesetzgeber keine plausible Rechtfertigung für die gesetzliche Regelung anführen kann.⁷¹ Wenn ein Gericht die Qualifizierung eines Eingriffsziels als illegitim mit einem anderen Argument verbunden hat, wurde dies bei der Kodierung entsprechend dargestellt.

bb. Geeignetheit und Erforderlichkeit

Auch bei der Geeignetheit und Erforderlichkeit wurde im Wesentlichen auf die Selbsteinschätzung des Gerichts abgestellt. Wenn ein Gericht also eine Maßnahme als „ungeeignet“ oder „nicht erforderlich“ eingestuft hat, wurde das Argument entsprechend qualifiziert. Wenn keine explizite Einordnung vorgenommen wurde, wurde die Prüfung der Geeignetheit oder Erforderlichkeit einer Maßnahme dann angenommen, wenn das Gericht keinen normativen Vergleich konkurrierender Rechtspositionen vorgenommen, sondern vielmehr im Wesentlichen die empirischen Annahmen des Gesetzgebers überprüft hat. Bei

25 (2010), 312 (322–25). Für die Entwicklung einer Dogmatik legitimer Zwecke plädiert *Engel*, in: Kube u.a. (Hg.), *Leitgedanken I*, 2013, 57, Rn. 24–26. S. zudem den Vorschlag von „[o]ffene[n] Gemeinwohldefinitionen“ bei *Engel*, *Rechtstheorie* 32 (2001), 23. Zu der verwandten rechtswissenschaftlichen Diskussion über Staatsaufgaben, bei der es im Wesentlichen ebenfalls darum geht, legitime Aufgaben des Staates zu identifizieren, die eine Einschränkung individueller Freiheit rechtfertigen, s. *Bull*, *Staatsaufgaben*, 1973; Grimm (Hg.), *Staatsaufgaben*, 1994; *Herzog*, in: *Hdb StR IV*, 2006, § 72; *Isensee*, in: *Hdb StR IV*, 2006, § 73.

⁶⁷ S. dazu *Merten*, in: *Hdb GR III*, 2009, § 68, Rn. 54; *Hillgruber*, in: *Hdb StR IX*, 3. Aufl. 2011, § 201, Rn. 55; *Spiecker gen. Döhmann*, *Unsicherheit*, 2015, i.E., Teil IV, Kap. 3, A I 1.

⁶⁸ Vgl. zudem *Hillgruber*, *Schutz des Menschen*, 1992, S. 116–21, der – neben den hier genannten illegitimen Zwecken – auch den ausschließlichen Zweck, den Menschen vor sich selbst zu schützen, als unzulässig ansieht. Zu weitgehend dagegen *Klatt/Meister*, *Proportionality*, 2012, S. 25, denen zufolge lediglich Verfassungswerte einen Grundrechtseingriff legitimieren können.

⁶⁹ *Bishop*, *SA Publ. L.* 25 (2010), 312 (324).

⁷⁰ S. dazu *Petersen*, *AöR* 138 (2013), 108 (117–19).

⁷¹ Zu Rechtfertigungslasten s. unten, § 4 II 2 d cc.

der Geeignetheit überprüft das Gericht, ob die gesetzgeberische Maßnahme geeignet ist, das Eingriffsziel zu erreichen. Kern der Prüfung ist dabei eine empirische Einschätzung der Konsequenzen des Grundrechtseingriffs für das vom Gesetzgeber verfolgte Ziel.

Bei der Erforderlichkeit muss sich das Gericht nacheinander beiden Seiten des Grundrechtseingriffs zuwenden. Zunächst analysiert es, ob es Alternativmaßnahmen gegeben hätte, die weniger stark in das Grundrecht eingegriffen hätten. Dabei muss das Gericht im Wesentlichen eine normative Bewertung der Schwere unterschiedlicher Grundrechtseingriffe vornehmen. Findet das Gericht ein milderes Mittel, wendet es sich in einem zweiten Schritt der anderen Seite des Grundrechtseingriffs zu. Es untersucht, ob die grundrechtsschonendere Alternativmaßnahme das gesetzgeberische Ziel ebenso effektiv hätte erreichen können. Hierbei muss das Gericht erneut eine empirische Prognose anstellen, indem es die Konsequenzen der tatsächlich ergriffenen und der potentiellen Alternativmaßnahme miteinander vergleicht.

cc. Undifferenzierte Typisierungen

In der kanadischen und südafrikanischen Rechtsprechung findet man zudem eine dogmatische Figur, die der Erforderlichkeitsprüfung sehr ähnelt.⁷² Beide Gerichte erklären Gesetze teilweise deswegen für verfassungswidrig, weil diese „overbroad“ sind, also eine undifferenzierte Typisierung vornehmen.⁷³ Bei Typisierungen schließt der Gesetzgeber regelmäßig vom Vorliegen bestimmter Tatsachen auf das Bestehen eines spezifischen Sachverhalts, wobei zwischen Tatsache und Sachverhalt keine vollständige Korrelation besteht.⁷⁴

Ein Beispiel bietet ein Fall des U.S. Supreme Court.⁷⁵ Dort hatte der Gesetzgeber den Teilnehmern an einem Programm zur Bekämpfung von Drogensucht den Zugang zu bestimmten öffentlichen Stellen verwehrt. Es sei davon auszugehen, dass ehemalige Drogensüchtige weniger zuverlässig seien als durchschnittliche Arbeitnehmer. Diese Typisierung ist zunächst plausibel. Zuverlässigkeit ist ein Faktor, der ex ante nur schwer zu beobachten ist, so dass das Abstellen auf indizierende Fakten grundsätzlich Rationalisierungswirkung hat.

Problematisch sind solche Typisierungen jedoch dann, wenn ein unzureichender empirischer Zusammenhang zwischen den Tatsachen und der angenommenen Gefahr besteht. Das gilt insbesondere dann, wenn die Gruppe der Betroffenen ohne größeren Aufwand weiter aufgefächert werden kann, als es der

⁷² Zum Zusammenhang zwischen „overbreadth“ und Erforderlichkeit, s. *Currie/Waal*, Bill of Rights, 5. Aufl. 2005, S. 184.

⁷³ S. dazu insbesondere § 8 II 2.

⁷⁴ *Huster*, Rechte und Ziele, 1993, S. 247; *Weyreuther*, DÖV 1997, 521 (521); *Britz*, Einzelfallgerechtigkeit, 2008, S. 2.

⁷⁵ *New York City Transit Authority v. Beazer*, 440 U.S. 568 (1979).

Gesetzgeber getan hat. Wenn sich in unserem Beispiel zeigt, dass Personen, die mindestens ein Jahr erfolgreich an dem Programm teilgenommen haben, statistisch nicht weniger zuverlässig sind, als durchschnittliche Arbeitnehmer, ist die Typisierung möglicherweise zu undifferenziert, wenn der Gesetzgeber keine entsprechende Ausnahme vorsieht.⁷⁶ Wenn ein Gericht eine Regelung also wegen zu undifferenzierter Typisierung für verfassungswidrig erklärt, verlangt es im Wesentlichen eine stärkere Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls.

Das Bundesverfassungsgericht kennt die dogmatische Figur des „overbreadth“ nicht. Die Idee der undifferenzierten Typisierung findet sich aber auch in der deutschen Rechtsprechung. Allerdings wird sie dogmatisch nicht immer einheitlich behandelt. In erster Linie behandelt das Gericht solche Fällen als einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz. Teilweise analysiert das Gericht Typisierungsfragen aber auch im Rahmen der Erforderlichkeit oder der Angemessenheit. Daher soll der Frage bei der Analyse der deutschen Rechtsprechung kein eigenständiger Raum gegeben werden. Vielmehr soll sie dort behandelt werden, wo sie auch von der Rechtsprechung eingeordnet wird.

c. Materielle Argumente außerhalb der Verhältnismäßigkeit

aa. Vertrauensschutz

Verfassungsgerichte erklären in einigen Fällen Gesetze für verfassungswidrig, weil diese schutzwürdiges Vertrauen der Betroffenen verletzt haben. Auch bei der Figur des Vertrauensschutzes kann man sich überwiegend auf die Selbsteinschätzung der Gerichte verlassen. Diese bezeichnen Vertrauensschutzargumente in der Regel als solche. Der erste Senat des Bundesverfassungsgerichts unterscheidet dabei zwischen echter und unechter Rückwirkung.⁷⁷ Echte Rück-

⁷⁶ S. *New York City Transit Authority*, 440 U.S. 568, 602–10 (Brennan J., dissenting)

⁷⁷ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hg.), GG, 2. Aufl. 2006, Art. 20 (Rechtstaat), Rn. 154; *Grzeszick*, in: MD-GG, 48. Lfg. 2006, Art. 20–VII, Rn. 76; *Sommermann*, in: MKS-GG, 6. Aufl. 2010, Art. 20, Rn. 294. Die Terminologie ist zwischen den beiden Senaten uneinheitlich. Der zweite Senat unterscheidet zwischen „Rückwirkung“ und „tatbestandlicher Rückanknüpfung“. In der Sache gibt es jedoch keine nennenswerten Differenzen, s. *Schmidt-Aßmann*, in: Hdb StR II, 3. Aufl. 2004, § 26, Rn. 86; *Schachtschneider*, in: FS Richard Bartlsperger, 2006, 133 (140); *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hg.), GG, 2. Aufl. 2006, Art. 20 (Rechtstaat), Rn. 156; *Grzeszick*, in: MD-GG, 48. Lfg. 2006, Art. 20–VII, Rn. 79. Diese Unterscheidung wird oft kritisiert, da die Abgrenzung zwischen beiden Kriterien unklar und nicht sachgerecht sei, s. *Leisner*, in: FS Friedrich Berber, 1973, 273 (284–92); *Stern*, StaatsR I, 1984, S. 835; *Muckel*, Vertrauensschutz, 1989, S. 70–72; *Schwarz*, Vertrauensschutz, 2002, S. 110–11. Stattdessen fordern einige Autoren die Aufgabe der Unterscheidung zugunsten eines einheitlichen Vertrauensschutztatbestandes, in dem Differenzierungen mit Hilfe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vorgenommen werden, s. etwa *Grabitz*, DVBl. 1973, 675 (683); *Kunig*, Rechtsstaatsprinzip, 1986, S. 417–20; *Muckel*, Vertrauensschutz, 1989, S. 74–78; *Kunig*, in: FS 50 Jahre BVerfG II, 2001, 421 (441); *Meyer*, in: FS Friedrich E. Schnapp, 2008, 153. Für eine „Gesetzes- und Verfassungsnormorientierung“ plädiert *Pieroth*, Rückwirkung, 1981, insbesondere S. 95–97.

wirkung liegt dann vor, wenn ein Gesetz nachträglich in bereits abgeschlossene Sachverhalte eingreift.⁷⁸ Eine solche ist nur ganz ausnahmsweise zulässig, wenn das Vertrauen des Betroffenen nicht schutzwürdig war.⁷⁹ Eine unechte Rückwirkung ist dann anzunehmen, wenn ein Gesetz Rechtsfolgen mit Wirkung für die Zukunft an einen bestimmten Sachverhalt anknüpft, die Gesetzesänderung jedoch nachteilige Folgen für eine Disposition hat, die der Betroffene in der Vergangenheit gemacht hat.⁸⁰

Bei der unechten Rückwirkung nimmt das Gericht in der Regel eine Abwägung zwischen dem schutzwürdigen Vertrauen des Betroffenen und dem Interesse des Gesetzgebers an einer möglichst schnellen Umsetzung der Regelung vor.⁸¹ Allerdings erscheint es gerechtfertigt, Entscheidungen, die auf Vertrauensschutzerwägungen beruhen, anders einzuordnen als Entscheidungen, deren Schwerpunkt in der Angemessenheitsprüfung der Verhältnismäßigkeit liegt. Zum einen stellen Vertrauensschutzerwägungen nie die gesetzgeberische Grundsatzentscheidung in ihrer Gänze in Frage. Es geht lediglich darum, ob der Gesetzgeber eine angemessene Übergangsregelung geschaffen hat. Eine auf Vertrauensschutz gegründete Nichtigkeitserklärung würde also nur die Anwendbarkeit des Gesetzes in einem eingegrenzten Zeitraum und für einen beschränkten Personenkreis betreffen. Zum anderen legen Vertrauensschutzerwägungen dem Gesetzgeber eine zusätzliche Rechtfertigungslast auf. Er muss nicht in erster Linie begründen, warum die von ihm ergriffene Maßnahme als solche sinnvoll ist, sondern vielmehr rechtfertigen, warum diese möglichst schnell und unterschiedslos umgesetzt werden sollte.

bb. Kohärenz- und Konsistenzargumente

Oft finden sich in der Rechtsprechung auch Konsistenz- und Kohärenzargumente. Diese werden von Verfassungsgerichten nicht immer als solche bezeichnet. Das Bundesverfassungsgericht verhandelt Konsistenz und Kohärenz teilweise unter der dogmatischen Figur der Folgerichtigkeit.⁸² Es greift allerdings auch auf Konsistenzargumente zurück, ohne diese mit dem Terminus der Folgerichtigkeit auszuflaggen. Konsistenz- oder Kohärenzargumente können

⁷⁸ *Schmidt-Aßmann*, in: Hdb StR II, 2. Aufl. 2004, § 26, Rn. 86; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hg.), GG, 2. Aufl. 2006, Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 156–57.

⁷⁹ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hg.), GG, 2. Aufl. 2006, Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 158; *Sommermann*, in: MKS-GG, 6. Aufl. 2010, Art. 20, Rn. 295.

⁸⁰ *Grzeszick*, in: MD-GG, 48. Lfg. 2006, Art. 20–VII, Rn. 76.

⁸¹ S. etwa BVerfGE 31, 94 (99); 51, 356 (363–68); 68, 272 (285–86).

⁸² S. dazu *Bulla*, ZJS 1 (2008), 585; *Michael*, JZ 2008, 875; *Morgenthaler*, in: Mellinghoff/Palm (Hg.), Gleichheit im Verfassungsstaat, 2008, 51; *Lepsius*, JZ 2009, 260; *Bumke*, Der Staat 49 (2010), 77; *Englisch*, in: FS Joachim Lang, 2010, 167; *Dann*, Der Staat 49 (2010), 630; *Payandeh*, AöR 136 (2011), 578; *Cornils*, DVBl. 2011, 1054; *Osterloh*, in: FS Brun-Otto Bryde, 2013, 429; *Leisner-Egensperger*, DÖV 2013, 533; *Petersen*, AöR 138 (2013), 108.

in drei Gewändern auftreten. Teilweise prüfen Verfassungsgerichte die interne Konsistenz einer Maßnahme. Wenn der Gesetzgeber vorgibt, ein bestimmtes Ziel zu verfolgen, bestimmte Elemente seiner Maßnahme für die Verfolgung dieses Ziels jedoch kontraproduktiv sind, kann diese Maßnahme als inkonsistent qualifiziert werden.

In anderen Entscheidungen analysieren Verfassungsgerichte dagegen die externe Kohärenz einer Maßnahme. Wenn der Gesetzgeber beispielsweise eine bestimmte Tätigkeit aufgrund der mit ihr verbundenen Gefahren reguliert, bei einer ähnlichen Tätigkeit mit vergleichbaren Gefahren jedoch keine ähnlichen Auflagen macht, obliegt ihm eine Rechtfertigungslast für diese Ungleichbehandlung. Auch hier ist die Inkohärenz ein Indiz dafür, dass der Gesetzgeber die entsprechenden Gefahren möglicherweise geringer eingeschätzt hat, als er explizit einräumt.

Eine dritte Kategorie von Konsistenzargumenten sind schließlich historische Konsistenzargumente.⁸³ Diese kommen bei grundrechtsbelastenden Gesetzesänderungen ins Spiel. Wenn es unter der vorherigen, grundrechtsschonenderen Regelung keine Anzeichen für ein Regulierungsdefizit gab, obliegt dem Gesetzgeber ebenfalls eine besondere Rechtfertigungslast, warum er die verschärfende Regelung für notwendig hielt. Gelingt ihm keine überzeugende Rechtfertigung, kann die Maßnahme ebenfalls als inkonsistent eingeordnet werden.

Konsistenz- und Kohärenzargumente tauchen in der gerichtlichen Argumentation teilweise als selbständige Argumente auf, auf die die Verfassungswidrigkeit einer Regelung gestützt wird. Ganz überwiegend handelt es sich jedoch um Hilfsargumente, mit denen die Plausibilität von Verhältnismäßigkeitserwägungen gestärkt werden soll. So können verschärfende Gesetzesänderungen ohne sachlich begründbaren Anlass ein Anzeichen dafür sein, dass die Regelung nicht erforderlich ist, weil mit der alten Regelung ein ebenso effektives, aber milderer Mittel zur Verfügung stand. Wenn der Gesetzgeber weiterhin bei den Mitteln, die er zur Verfolgung eines bestimmten Ziels einsetzt, inkonsistent ist, kann dies in der Abwägung ein Indiz sein, dass er das explizit verfolgte Ziel doch nicht als so wichtig eingeschätzt hat, wie er vorgab.⁸⁴

cc. Kategoriale Argumente

Kategoriale Argumente sind das Gegenstück zur Abwägung.⁸⁵ Verfassungsgerichte argumentierten kategorial, wenn die Verletzung bestimmter Prämissen automatisch zu einer Grundrechtsverletzung führt, ohne dass es auch die Wichtigkeit des vom Gesetzgeber verfolgten Zieles ankäme. Dogmatisch gibt es

⁸³ S. dazu auch *Leisner-Egensperger*, DÖV 2013, 533 (535).

⁸⁴ *Payandeh*, AöR 136 (2011), 578 (608).

⁸⁵ Zum Konzept der kategorialen Argumente s. insbesondere *v. Bernstorff*, Der Staat 50 (2011), 165.

im deutschen Verfassungsrecht für kategoriale Argumente zwei Anknüpfungspunkte: Dies sind zum einen die grundrechtlichen Kernbereiche, deren Verletzung automatisch die Verfassungswidrigkeit der gesetzgeberischen Maßnahme zur Folge hat.⁸⁶ Zum anderen finden sich kategoriale Argumente im Zusammenhang mit der Menschenwürde. Da ein Eingriff in die Menschenwürde nicht gerechtfertigt werden kann, ist auch hier die Definition des Schutzbereichs das ausschlaggebende Moment.⁸⁷ Bei kategorialen Argumenten arbeiten Gerichte also mit Definition und Subsumtion, anstatt Rechtsgüterkonflikte mit Hilfe von Verhältnismäßigkeitserwägungen aufzulösen.

dd. Deduktive Argumente

Gerade in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts findet man teilweise einen sehr deduktiv geprägten Argumentationsstil.⁸⁸ Auch der deduktive Argumentationsstil zeichnet sich durch die Vermeidung von Abwägung aus. Er ist dadurch geprägt, dass das Gericht aus dem Grundrecht bestimmte normative Standards herleitet und die zu überprüfende Norm dann unter diese definierten Standards subsumiert. Deduktive Argumente werden dabei in vielen Fällen mit weiteren Argumenten verbunden. So werden deduktive Maßstäbe oft durch Gleichheits- oder Konsistenzenerwägungen operationalisiert. Solche Verbindungen von Argumentationsformen wurden bei der Kodierung ebenfalls entsprechend berücksichtigt.

ee. Gleichheitserwägungen

Teilweise stützt das Gericht eine Grundrechtsverletzung auch auf Gleichheitserwägungen. Dabei sollen die Entscheidungen, in denen das Gericht den Verfassungsverstoß direkt auf Art. 3 GG gestützt hat, bei dieser Analyse außen vor bleiben, da die differenzierte und äußerst reichhaltige Rechtsprechung zu den Gleichheitsrechten einer eigenen Analyse vorbehalten sein sollte. Vielmehr spielen in der deutschen Rechtsprechung Gleichheitserwägungen auch bei den Frei-

⁸⁶ Dies gilt natürlich nur, soweit der Wesensgehalt eines Grundrechts absolut bestimmt wird. Diese Frage ist in der rechtswissenschaftlichen Literatur umstritten. Für eine absolute Bestimmung des Wesensgehalts *Stern*, StaatsR III/2, 1994, S. 865; *v. Bernstorff*, in: Arndt u.a. (Hg.), Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit, 2009, 40 (49–60); *Enders*, in: Epping/Hillgruber (Hg.), GG, 2. Aufl. 2013, Art. 19, Rn. 31; *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 28. Aufl. 2012, Rn. 313–314; *Hillgruber*, in: Hdb StR IX, 3. Aufl. 2011, § 201, Rn. 100. Zum relativen Wesensgehalt grundlegend *Häberle*, Wesensgehaltsgarantie, 1962; *Hippel*, Wesensgehalt, 1965, S. 47–63.

⁸⁷ Teilweise wird jedoch vertreten, dass die Abwägung bei der Menschenwürde von der Rechtfertigungsebene auf die Ebene des Schutzbereichs zu ziehen sei. Teilweise wird ein solche Verschiebung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch beobachtet. S. dazu ausführlich unten, § 6 VI.

⁸⁸ S. dazu unten, § 6 VII.

heitsrechten manchmal eine zentrale Rolle.⁸⁹ Gleichheitsargumente können verschiedene Facetten aufweisen.⁹⁰ Teilweise werden die Prüfung des Gleichheitssatzes im Rahmen eines Freiheitsrechts explizit erwähnt und dadurch kenntlich gemacht, dass das Freiheitsrecht in Verbindung mit Art. 3 I GG geprüft wird. In vielen Urteilen finden sich jedoch auch implizite Gleichheitserwägungen. Diese dienen zum Teil der Operationalisierung deduktiver Argumente, können aber auch im Rahmen der Verhältnismäßigkeit auftauchen.

d. Prozedurale Argumente

aa. Verfahrenserwägungen

Eine letzte Kategorie von Argumenten sind schließlich verfahrensbasierte Argumente.⁹¹ Offensichtlich sind diese bei den Verfahrensgrundrechten. Prozedurale Argumente finden sich jedoch auch im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung, wenn das Gericht einen Eingriff deswegen als unverhältnismäßig qualifiziert, weil bestimmte Verfahrensanforderungen nicht erfüllt wurden. Solche Verfahrensanforderungen können etwa in Beteiligungsrechten oder Rechtsschutzmöglichkeiten für Betroffene bestehen. Verfassungsgerichte versuchen durch Verfahrensanforderungen also nicht, das gesetzgeberische Ziel grundsätzlich in Frage zu stellen. Zusätzliche Verfahrensanforderungen sollen vielmehr die Qualität von Verwaltungsentscheidungen über den Grundrechtseingriff verbessern und somit die Zahl der unnötigen Grundrechtseingriffe senken.

Auch in diesem Fall müssen Gerichte eine implizite Abwägung zwischen der Effizienz von Verwaltungsverfahren und der Qualität von Verwaltungsent-

⁸⁹ Kloepfer, Gleichheit, 1980, S. 49. S. dazu auch die Untersuchung von Robloff, Gleichheitssatz und Freiheitsgewährleistungen, 1992.

⁹⁰ S. dazu näher unten, § 6 V.

⁹¹ Eine Parallele findet die Kategorie der prozeduralen Argumente in dem Konzept, das im rechtswissenschaftlichen Diskurs unter dem Stichpunkt „Grundrechtsschutz durch Verfahren“ diskutiert wird. S. dazu etwa Häberle, VVDStRL 30 (1972), 43 (86–90); Hesse, EuGRZ 5 (1978), 427 (434–36); Goerlich, Verfahrensgarantien, 1981; Ossenbühl, in: FS Kurt Eichenberger, 1982, 183; Grimm, NVwZ 1985, 865; Kahl, VerwArch 95 (2004), 1; Voßkuhle, in: Hdb GR V, 2013, § 131, Rn. 3. Allerdings ist das Konzept des Grundrechtsschutzes durch Verfahren deutlich weiter als die Kategorie der prozeduralen Argumente in dieser Arbeit. In dieser Arbeit geht es allein um die gesetzliche Ausgestaltung von Verfahrensanforderungen, also die verfassungsgerichtliche Korrektur von Gesetzesrecht, die auf Verfahrenserwägungen basiert. Das Konzept des Grundrechtsschutzes durch Verfahren erfasst dagegen nach überwiegendem Verständnis grundsätzlich auch Verfahrensfehler, die nicht auf einer fehlerhaften gesetzlichen Ausgestaltung beruhen. Exemplarisch ist der Mühlheim-Klarlich-Beschluss des BVerfG, der oft als eine der Leitentscheidungen für das Konzept angesehen wird. Dort hatte das Verfassungsgericht diskutiert, ob eine fehlerhafte Gesetzesanwendung durch die Verwaltung grundsätzlich einen Grundrechtsverstoß zur Folge haben könne, s. BVerfGE 53, 30 (65–66). Zu den unterschiedlichen Dimensionen des Konzepts des Grundrechtsschutzes durch Verfahren s. auch Lindner, Grundrechtsdogmatik, 2005, S. 462–69.

scheidungen vornehmen.⁹² Zusätzliche Verfahrensanforderungen verursachen in der Regel höhere Kosten und können im Einzelfall auch die Verfahrensdauer verlängern.⁹³ Wie im Fall der Vertrauensschutzargumente ist der Umfang der Abwägung allerdings begrenzt. Das gesetzgeberische Eingriffsziel wird nicht grundsätzlich in Frage gestellt. Vielmehr geht es im Wesentlichen um den Preis, den der Staat in Form von höheren Verfahrenskosten für den Grundrechtseingriff zu zahlen hat.

Eine Zwitterstellung zwischen materiellen und prozeduralen Argumenten haben Bestimmtheitsargumente. Teilweise werden diese als materielle Anforderungen angesehen, denen es darum geht, Rechtssicherheit zu schaffen.⁹⁴ Sie haben aber auch einen prozeduralen Aspekt. In dieser prozeduralen Lesart dient Bestimmtheit vor allem der Aufgabenverteilung von Exekutive und Legislative.⁹⁵ Wenn eine Norm als nicht hinreichend bestimmt qualifiziert wird, dann bringen Verfassungsgerichte damit zum Ausdruck, dass die Norm der Exekutive mehr Entscheidungsgewalt einräumt als dieser zusteht.⁹⁶

bb. Konstruktion von Einschätzungsspielräumen und Kontrolle des gesetzgeberischen Verfahrens

Eine andere Form prozeduraler Argumente ist die Konstruktion von Einschätzungsspielräumen. Wir haben im vorherigen Kapitel gesehen, dass es verschiedene Möglichkeiten gibt, Einschätzungsspielräume zu konstruieren und deren Grenzen zu kontrollieren. Eine Möglichkeit ist die prozedurale Kontrolle.⁹⁷ Ein Verfassungsgericht richtet seinen Blick dabei nicht in erster Linie auf das Ge-

⁹² Zu der Abwägung von Nutzen und Kosten zusätzlicher Verfahrensanforderungen s. *Vermeule*, *Constitution of Risk*, 2014, S. 141–62.

⁹³ Zum Spannungsverhältnis zwischen Verfahrenseffizienz und Maximierung des Individualrechtsschutzes s. v. *Mutius*, NJW 1982, 2150; *Pietzcker*, VVDStRL 41 (1983), 193 (209).

⁹⁴ S. dazu *Gassner*, ZG 11 (1996), 37 (38–39); *Papier/Möller*, AöR 122 (1997), 177 (179); *Sobota*, Rechtsstaatsprinzip, 1997, S. 497–98; *Schmidt-Aßmann*, in: Hdb StR II, 3. Aufl. 2004, § 26, Rn. 85; *Grzeszick*, in: MD-GG, 48. Lfg. 2006, Art. 20–VII, Rn. 58; *Sommermann*, in: MKS-GG, 6. Aufl. 2010, Art. 20, Rn. 289.

⁹⁵ *Hesse*, EuGRZ 5 (1978), 427 (435); *Papier/Möller*, AöR 122 (1997), 177 (179–80); v. *Bogdandy*, Gubernative Rechtsetzung, 2000, S. 191; *Towfigh*, Der Staat 48 (2009), 29 (63–65).

⁹⁶ In seiner prozeduralen Lesart hat der allgemeine Bestimmtheitsgrundsatz eine enge Verwandtschaft mit zwei weiteren dogmatischen Figuren der Verfassungsrechtsprechung, die zum Teil ähnliche Ziele verfolgen, vom allgemeinen Bestimmtheitsgrundsatz jedoch zu unterscheiden sind: zum einen mit dem Bestimmtheitsgebot in Art. 80 I 2 GG, zum anderen mit der Wesentlichkeitstheorie, der zufolge in grundlegenden normativen Bereichen alle wesentlichen Entscheidungen durch den Gesetzgeber selbst zu treffen sind. Beide sollen im Folgenden jedoch nicht näher betrachtet werden. Das Bestimmtheitsgebot des Art. 80 I 2 GG gilt allein für Verordnungsermächtigungen und ist damit nicht Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit (s. oben, § 4 II 1). Die Wesentlichkeitstheorie wiederum ist kein Kontrollmaßstab für Gesetze, sondern in erster Linie für Exekutiventscheidungen, die nicht auf einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage beruhen.

⁹⁷ S. oben, § 3 II 1.

setz, sondern auf das Verfahren, in dem dieses Gesetz zustande gekommen ist. Dem Gesetzgeber wird ein Einschätzungsspielraum zugestanden, soweit er im Gesetzgebungsverfahren alle erforderlichen Belange berücksichtigt hat. In der verfassungsgerichtlichen Praxis sprechen die Gerichte dabei nicht immer explizit von gesetzgeberischen Einschätzungsspielräumen. Daher wurden Argumente in dieser Untersuchung auch dann entsprechend qualifiziert, wenn das Gericht Ausführungen zum gesetzgeberischen Verfahren gemacht hat, ohne dem Gesetzgeber notwendigerweise ausdrücklich einen Einschätzungsspielraum zuzugestehen.

cc. Beweis- und Rechtfertigungslasten

Beweis- oder Rechtfertigungslasten sind teilweise Instrumente, um gesetzgeberische Einschätzungsspielräume zu komplementieren.⁹⁸ Sowohl Einschätzungsspielräume als auch Beweis- oder Rechtfertigungslasten kommen dann ins Spiel, wenn entweder normative oder empirische Unsicherheit besteht. Gewährt das Gericht dem Gesetzgeber eine Einschätzungsprärogative, gesteht es diesem – in gewissen Grenzen – zu, die Unsicherheit aufzulösen. Legt es dem Gesetzgeber dagegen eine Beweislast auf, verlangt es von diesem eine sichere Entscheidungsgrundlage. Gleichzeitig kann man eine Rechtfertigungslast auch als Instrument verstehen, um dem Gesetzgeber eine Rechenschaftspflicht für seine Entscheidungen aufzuerlegen. Indem der Gesetzgeber aufgefordert wird, seine Entscheidungen zu begründen, möchte man ausschließen, dass die Entscheidung von sachfremden Erwägungen geleitet wird. Beweis- oder Rechtfertigungslasten sind daher überwiegend Hilfsargumente, was bei der Kodierung durch eine gemeinsame Aufführung von Hilfs- und Hauptargumenten entsprechend gekennzeichnet wurde.

⁹⁸ S. Schauer, *Thinking like a Lawyer*, 2009, S. 231–32.

Kapitel 5

Der Mythos vom Abwägungsgericht

I. Analyse der verfassungsgerichtlichen Entscheidungen

Analysieren wir alle Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in denen das Gericht ein Gesetz aus materiellen Gründen für verfassungswidrig erklärt hat, ergibt sich folgendes Bild:

Tabelle 5.1: Argumenttypen in verfassungsgerichtlichen Entscheidungen

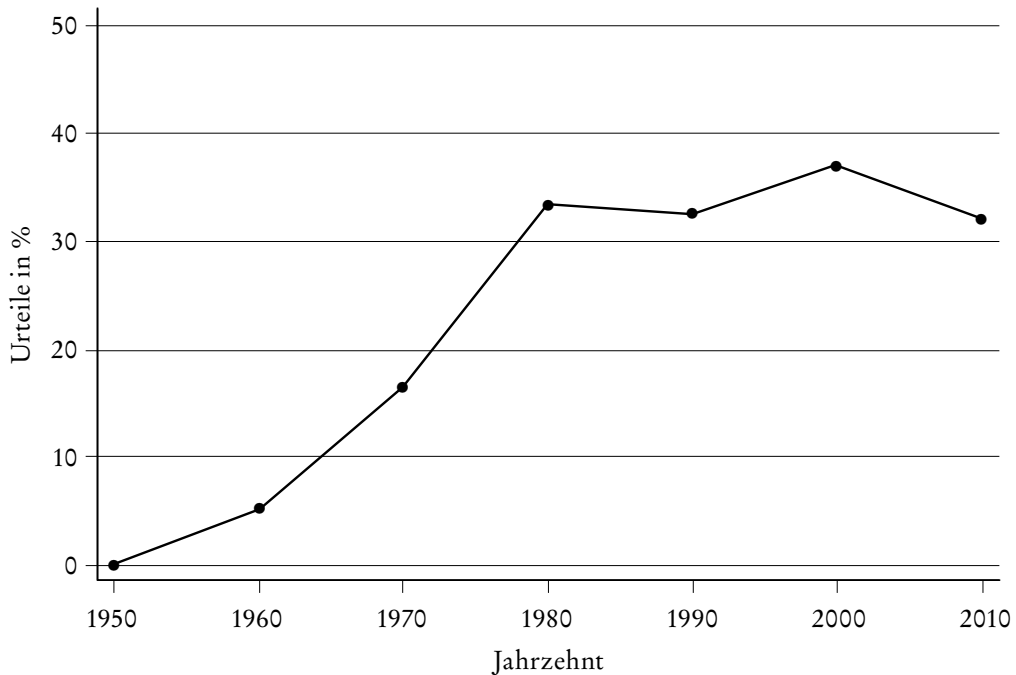
Jahre	Zahl	LEG	ERF	ABW	DIS	KON	VTN	PRZ	BST	DED	KAT
1950er	12	0	25 %	0	8,3 %	16,7 %	8,3 %	33,3 %	16,7 %	0	0
1960er	39	10,3 %	20,5 %	5,1 %	17,8 %	2,6 %	12,8 %	20,5 %	5,1 %	5,1 %	2,6 %
1970er	37	5,4 %	21,6 %	16,2 %	16,2 %	5,4 %	21,6 %	8,1 %	10,8 %	5,4 %	0
1980er	48	4,2 %	20,8 %	33,3 %	14,6 %	8,3 %	10,4 %	12,5 %	8,3 %	4,1 %	0
1990er	37	5,4 %	27 %	32,4 %	8,1 %	13,5 %	10,8 %	13,5 %	2,7 %	18,9 %	0
2000er	46	0	15,2 %	37 %	4,3 %	26,1 %	4,4 %	30,4 %	17,4 %	13 %	4,4 %
2010er	22	0	4,6 %	31,8 %	4,6 %	31,8 %	27,3 %	31,8 %	31,8 %	4,6 %	4,6 %
Gesamt	241	4,2 %	19,5 %	24,9 %	11,2 %	13,7 %	12,9 %	19,5 %	11,6 %	8,3 %	1,7 %

In diesem Datensatz sind alle Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts erfasst, in denen das Gericht ein Gesetz aus materiellen Gründen für verfassungswidrig erklärt hat und die in der offiziellen Entscheidungssammlung bis zum 133. Band veröffentlicht worden sind (zu den Ausnahmen s.o., § 4 II 1). Eine Entscheidung kann teilweise auch auf mehr als einen Argumenttyp gestützt worden sein. Im Einzelnen sind die folgenden Argumenttypen aufgeführt: LEG – legitimer Zweck; ERF – Geeignetheit oder Erforderlichkeit; ABW – Abwägung; DIS – Gleichheitsargumente; KON – Konsistenzargumente; VTN – Vertrauensschutzargumente; PRZ – prozedurale Argumente; BST – Bestimmtheitsargumente; DED – deduktive Argumente; KAT – Kategoriale Argumente.

Wie Graphik 5.1 zeigt, ist in diesen Daten zunächst ein historischer Trend erkennbar.¹ In den ersten fast drei Jahrzehnten der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts spielte die Güterabwägung bei der Begründung der Verfassungswidrigkeit von Gesetzen nur eine sehr untergeordnete Rolle. Von 1951 bis einschließlich 1977 verwarf das Gericht in gerade einmal vier Entscheidungen

¹ S. auch *Schlink*, in: FS 50 Jahre BVerfG II, 2001, 445 (463), der beobachtet, dass die Entscheidungen, in denen die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne Dreh- und Angelpunkt ist, „über die Jahre“ zugenommen hätten.

Graphik 5.1: Entwicklung der Abwägung



Gesetze, weil sie unangemessen waren. Wenn das Gericht in dieser Zeit auf Verhältnismäßigkeitserwägungen zurückgriff, dann waren das vor allem Geeignetheits- und Erforderlichkeitsargumente. In den ersten drei Jahrzehnten der Rechtsprechung wurde knapp ein Viertel aller Gesetze, die für verfassungswidrig erklärt wurden, deswegen aufgehoben, weil das von ihnen vorgesehene Mittel entweder ungeeignet oder nicht erforderlich war.

Dieses Bild änderte sich erst gegen Ende der 1970er Jahre. In den 35 Jahren von 1978 bis 2012 stützte das Gericht die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen in einem guten Drittel aller Entscheidungen auf eine Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinne. Entwickelt sich das Gericht damit jedoch zu einem Abwägungsgericht, wie es von einigen Befürwortern begrüßt und den Kritikern teilweise beanstandet wird? Um dieser Frage nachzugehen, werden wir in den folgenden beiden Abschnitten zwei Aspekte näher untersuchen. Zum einen werden wir dem historischen Trend näher nachgehen und nach möglichen Gründen und Ursachen suchen. Zum anderen werden wir einen genaueren Blick auf die Abwägung werfen und analysieren, was genau in diesen Entscheidungen abgewogen wird.

II. Der historische Trend

Anders als in Kanada oder Südafrika, wo die Einführung des Verhältnismäßigkeitsprinzips auf jeweils eine bestimmte Entscheidung zurückgeführt werden kann,² gibt es in der deutschen Verfassungsrechtsprechung kein paradigmatisches Urteil, in dem die Verhältnismäßigkeit als dogmatisches Instrument der Grundrechtsprüfung ihren Ursprung gefunden hätte. In der Literatur wird das Verhältnismäßigkeitsprinzip oft auf das Apothekenurteil³ vom Juni 1958 zurückgeführt.⁴ Auch wenn das Apothekenurteil sicherlich ein zentraler Schritt bei der Entwicklung der Verhältnismäßigkeit war, finden sich Verhältnismäßigkeitselemente schon in früheren Urteilen.⁵ So hat das Bundesverfassungsgericht sich im Lüth-Urteil, das ein knappes halbes Jahr vor dem Apothekenurteil erging, auf eine umfassende Güterabwägung gestützt.⁶ Zudem erklärte es im März desselben Jahres ein Verbot, Zeitschriften, die für Nacktkörperkultur werben, an Jugendliche weiterzugeben, für verfassungswidrig, weil es „das [elterliche] Erziehungsrecht *mehr als notwendig*“ einschränke.⁷

Im Folgenden soll die historische Entwicklung näher betrachtet werden. Dabei wird zunächst die Phase bis 1978 in den Blick genommen, in der das Gericht überwiegend auf die Abwägung verzichtete. Anschließend wenden wir uns der Rechtsprechung seit 1978 zu. Zum Vergleich wird dann die Praxis des Bundesverfassungsgerichts bei der Überprüfung zivil- und strafgerichtlicher Entscheidungen analysiert, ehe schließlich Gründe für den beobachteten Trend diskutiert werden.

1. Die erste Phase: Vermeidung der Angemessenheitsstufe bei der Überprüfung von Gesetzen

In den ersten Jahren seiner Rechtsprechung hat sich das Gericht in der Verhältnismäßigkeit überwiegend auf Geeignetheits- oder Erforderlichkeitserwägungen gestützt.⁸ In vielen Entscheidungen stützte es sich zudem auf Gleich-

² S. R v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103; S v Makwanyane and Another (CCT 3/94) [1995] ZACC 3; 1995 (6) BCLR 665; 1995 (3) SA 391; [1996] 2 CHRLD 164; 1995 (2) SACR 1 (6 June 1995).

³ BVerfGE 7, 377.

⁴ Grabitz, AöR 98 (1973), 568 (569–70); Stern, in: FS Peter Lerche, 1993, 165 (172); Heinsohn, Verhältnismäßigkeit, 1997, S. 69; Schulze-Fielitz, in: FS 50 Jahre BVerfG I, 2001, 385 (396); Grimm, U. Toronto L.J. 57 (2007), 383 (385); Stone Sweet/Mathews, Col. J. Transnat'l L. 47 (2008), 73 (108); Jestaedt, in: ders. u.a. (Hg.), Das entgrenzte Gericht, 2011, 77 (122); Hillgruber, in: Hdb StR IX, 3. Aufl. 2011, § 201, Rn. 52.

⁵ Stern, in: FS Peter Lerche, 1993, 165 (172).

⁶ BVerfGE 7, 198 (215–29).

⁷ BVerfGE 7, 320 (326) (Hervorhebung hinzugefügt).

⁸ BVerfGE 7, 320 (325–26); 7, 377, (419–23, 439–41); 9, 39 (52–55, 58–62); 11, 30 (46–47);

heitserwägungen und Konsistenzargumente oder führte Vertrauensschutzwägungen an. Exemplarisch für diese erste Phase ist das bereits angesprochene Apothekenurteil.⁹ In diesem hatte das Gericht über die Verfassungsmäßigkeit eines Konzessionssystems zu entscheiden, das die Zahl der Apotheken pro Einwohner begrenzen sollte. Der bayerische Gesetzgeber hatte angenommen, dass es ohne die Zugangsregulierung zu einer ungehemmten Vermehrung von Apotheken käme. Dies führe zu einem verschärften Konkurrenzkampf, der die Überlebensfähigkeit einiger Apotheken in Frage stelle. In einer solchen Situation sei zu befürchten, dass die Apothekeninhaber Anreize hätten, gegen Abgabepflichten für Arzneimittel zu verstoßen.

An der Entscheidung sind zwei Punkte besonders bemerkenswert. Zum einen äußerte das Verfassungsgericht den Verdacht, dass die Zugangsbeschränkung in erster Linie dem Schutz der bestehenden Apotheken vor dem Wettbewerb von Neugründungen diene. Es qualifizierte die bayerische Regelung als objektive Berufszulassungsbeschränkung und führte aus:

„Die Gefahr des Eindringens *sachfremder Motive* ist daher besonders groß; vor allem liegt die Vermutung nahe, die Beschränkung des Zugangs zum Beruf solle dem Konkurrenzschutz der bereits im Beruf Tätigen dienen – ein Motiv, das nach allgemeiner Meinung niemals einen Eingriff in das Recht der freien Berufswahl rechtfertigen könnte.“¹⁰

Das Gericht zog daraus jedoch nicht die Konsequenz, die gesetzgeberische Motivation zu überprüfen. Vielmehr nahm es den Befund zum Anlass, bei objektiven Zulassungsbeschränkungen einen besonders engen Prüfungsmaßstab anzulegen.¹¹

Zum anderen finden sich bei der Bestimmung des abstrakten Prüfungsmaßstabes durchaus Anklänge an die Abwägung. Das Verfassungsgericht argumentierte, dass die Berufsfreiheit vor allem dem Schutz individueller Freiheitsrechte diene, während die in der Grundrechtsschranke enthaltenen Ziele öffentliche Interessen schützen sollten.¹² Diese konkurrierenden Ziele seien durch Abwägung zum Ausgleich zu bringen:

„Sucht man beiden – im sozialen Rechtsstaat gleichermaßen legitimen – Forderungen in möglichst wirksamer Weise gerecht zu werden, so kann die Lösung nur jeweils *in sorgfältiger Abwägung* der Bedeutung der einander gegenüberstehenden und möglicherweise einander geradezu widerstreitenden Interessen gefunden werden.“¹³

11, 168 (188); 12, 144 (148–150); 13, 290 (315–17); 17, 269 (277–80); 17, 306 (315–16); 19, 330 (338–340); 21, 261 (268–70); 21, 271 (283); 30, 1 (31–32); 30, 227 (245–46); 30, 336 (354–55); 34, 71 (79); 34, 165 (198); 36, 47 (60, 63); 36, 146 (166); 40, 371 (383); 41, 378 (396–97).

⁹ BVerfGE 7, 377.

¹⁰ BVerfGE 7, 377 (408) (Hervorhebung hier).

¹¹ *Kaiser*, Jura 30 (2008), 844 (850); *Petersen*, I.CON 12 (2014), i.E.

¹² BVerfGE 7, 377 (404).

¹³ BVerfGE 7, 377 (405) (Hervorhebung hier).

Im weiteren Verlauf des Urteils vermied das Gericht jedoch, seine Entscheidung auf eine Interessenabwägung zu stützen. Stattdessen zog es eine Kombination aus Erforderlichkeits- und Konsistenzargumenten heran.¹⁴ Das Gericht bezweifelte vor allem die empirische Annahme des bayerischen Gesetzgebers, dass die Wettbewerbsfähigkeit der Apotheken ohne Zugangsregulierung gefährdet sei. Vielmehr sei anzunehmen, dass der Markt sich selbst reguliere: Die Anfangsinvestitionen bei der Neuerrichtung einer Apotheke seien so hoch, dass die meisten Apotheker sich genau überlegen würden, ob sie das Risiko einer Neuerrichtung eingingen oder nicht doch lieber eine gut bezahlte Angestelltenposition in einer bereits bestehenden Apotheke vorzögen.¹⁵ Unterstützt würden diese Überlegungen durch einen Blick in die Schweiz, wo die Arzneimittelversorgung der Bevölkerung nicht gefährdet sei, obwohl es dort keine Zugangsregulierung bei der Errichtung von Apotheken gäbe.¹⁶

Im Hinblick auf die Kontrolle der Dienst- und Standespflichten der Apotheker führte das Gericht aus, dass

„eine Einschränkung des Grundrechts der freien Berufswahl in dem engsten Schutzbereich erst erwogen werden darf, wenn die dadurch abzuwendenden Gefahren nicht schon durch andere, vernünftigerweise in Betracht kommende und nicht oder nicht in gleichem Maße grundrechtsbeschränkende gesetzliche Regelungen verhütet oder vermindert werden können.“¹⁷

Es identifizierte eine Reihe milderer Mittel, die geeignet seien, den Gefahren des wirtschaftlichen Wettbewerbs entgegenzutreten. Diese könnten etwa darin bestehen, die Berufsgerichtsbarkeit zu stärken,¹⁸ die Arzneimittelabgabe durch andere Verkaufsstellen einzuschränken,¹⁹ und die Arzneimittelproduktion stärker zu überprüfen, um die Prüfungspflicht des Apothekers zu vermindern.²⁰ Es unterstützte diese Überlegungen mit einem Konsistenzargument. Wenn Wettbewerb dazu führe, dass Freiberufler ihre Standespflichten verletzen, dann dürfte dies nicht nur für Apotheker gelten. Bei anderen freien Berufen, etwa den Ärzten, finde man jedoch keine entsprechende Berufszugangsbeschränkung.²¹

Abwägungsentscheidungen finden sich bis Ende der 1970er Jahre nur sporadisch. Im Jahr 1962 erklärte das Bundesverfassungsgericht eine Regelung für verfassungswidrig, die die Begrenzung der Ladenöffnungszeiten auch auf

¹⁴ S. auch *Schlink*, Abwägung, 1976, S. 53–54; *Schulze-Fielitz*, in: FS 50 Jahre BVerfG I, 2001, 385 (396); *Becker*, in: Kube u.a. (Hg.), Leitgedanken I, 2013, 225, Rn. 5.

¹⁵ BVerfGE 7, 377 (420).

¹⁶ BVerfGE 7, 377 (422–423).

¹⁷ BVerfGE 7, 377 (442).

¹⁸ BVerfGE 7, 377 (438–39).

¹⁹ BVerfGE 7, 377 (439).

²⁰ BVerfGE 7, 377 (440–41).

²¹ BVerfGE 7, 377 (429–30).

Warenautomaten ausdehnte.²² Die Warenautomaten seien nur bei ganztägigem Betrieb rentabel. Gleichzeitig bedrohe ein 24–Stunden-Betrieb der Automaten die Existenz der konkurrierenden Ladengeschäfte nicht, so dass die Regelung für Automatenaufsteller unzumutbar sei.²³ Die nächste Entscheidung, in der sich das Gericht auf Angemessenheitserwägungen stützte, kam erst fünf Jahre später. Im Jahr 1967 hatte das Gericht über eine neugeschaffene Regelung zu entscheiden, die Nebentätigkeiten für Steuerbevollmächtigte auf eng umrissene Ausnahmefälle begrenzte.²⁴ Das Gericht erkannte zwar an, dass die Regelung mit dem Konkurrenzschutz ein legitimes Ziel verfolge.²⁵ Jedoch hätte der Gesetzgeber eine Übergangsregelung für diejenigen Betroffenen schaffen müssen, die bisher eine Doppeltätigkeit ausgeübt hätten.²⁶ Auch in den 1970er Jahren waren Entscheidungen, in denen das Gericht ein Gesetz für unangemessen hielt zunächst die Ausnahme.²⁷ Wie in den beiden diskutierten Entscheidungen waren die Kosten, die diese dem Gesetzgeber auferlegten, jeweils sehr überschaubar. Das änderte sich erst gegen Ende des Jahrzehnts. In den Jahren 1978 und 1979 traf das Gericht gleich vier Abwägungsentscheidungen²⁸ – also genau so viele, wie es zuvor in knapp 27 Jahren seiner Rechtsprechung getroffen hatte.

2. Die zweite Phase: Abwägung als vorherrschendes Argumentationsmuster

Nach 1978 hat sich die Abwägung zum prägenden Argumentationsmuster in Fällen entwickelt, in denen ein Gesetz als verfassungswidrig beanstandet wurde. Relativ gesehen stützte das Bundesverfassungsgericht seine Entscheidungen öfter auf Abwägungsgesichtspunkte als auf jedes andere Argument. Doch auch in dieser Zeit machten die Abwägungsentscheidungen kaum mehr als ein gutes Drittel aller Entscheidungen aus.²⁹ Das gesteigerte Selbstbewusstsein des Gerichts im Umgang mit der Abwägung zeigt sich nicht zuletzt in der Transsexuellenentscheidung vom Mai 2008, in der das Gericht eine Abwägung vornahm, obwohl es sich eigentlich um einen Lehrbuchfall für die Erforderlichkeit handelt.³⁰ Der 1929 geborene Antragsteller der Verfassungsbeschwerde war seit 1952 verheiratet gewesen. Er hatte sich schon seit langem dem weiblichen Geschlecht zugehörig gefühlt und unterzog sich im Jahre 2002 einer ge-

²² BVerfGE 14, 19.

²³ BVerfGE 14, 19 (23–24).

²⁴ BVerfGE 21, 173.

²⁵ BVerfGE 21, 173 (182).

²⁶ BVerfGE 21, 173 (183).

²⁷ S. BVerfGE 31, 229 (243–44); 34, 165 (198).

²⁸ BVerfGE 47, 285 (322–35); 49, 382 (400–2); 52, 1 (36); 52, 257 (366).

²⁹ S. Tabelle 5.1 auf S. 136.

³⁰ BVerfGE 121, 175.

schlechtsumwandelnden Operation. Eine entsprechende Personenstandsänderung wurde ihm jedoch verweigert, weil diese nach damaliger Rechtslage nur nach vorheriger Scheidung seiner Ehe vorgenommen werden konnte. Der Gesetzgeber hatte mit dieser Regelung Ehen zwischen gleichgeschlechtlichen Paaren verhindern wollen.

Seit Verabschiedung des Lebenspartnerschaftsgesetzes im Jahr 2001 hätte dieses Ziel auch durch ein milderes Mittel als dem Scheidungsgebot erreicht werden können: der antragsgemäßen Überführung der Ehe in eine eingetragene Lebenspartnerschaft. Das Gericht stützte sich in seiner Begründung jedoch nicht auf ein Erforderlichkeitsargument, sondern auf eine Güterabwägung. Das Scheidungsgebot führe zu einer unzumutbaren Grundrechtsbeeinträchtigung des Antragstellers und sei daher unangemessen.³¹ Bei der Erörterung der Rechtsfolgen wies das Gericht den Gesetzgeber dann allerdings ausdrücklich darauf hin, dass eine Überführung der Ehe in eine gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaft durchaus eine denkbare Option sei.³²

3. Güterabwägung bei der Überprüfung untergerichtlicher Entscheidungen

Selbst wenn das Bundesverfassungsgericht in den frühen Jahren seiner Rechtsprechung die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen nur in Ausnahmefällen auf eine Abwägung gestützt hat, bedeutet dies nicht, dass das Gericht in dieser Zeit nicht abgewogen hat. Im Gegenteil: Selbst in den 1950er bis 1970er Jahren finden wir viele Entscheidungen, in denen das Gericht auf Angemessenheitserwägungen zurückgriff. Zunächst nahm das Gericht in vielen Entscheidungen eine Abwägung vor, in denen es die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen bestätigte.³³ Dies ist aus zwei Gründen nicht überraschend. Zum einen ist die Abwägung in der Dogmatik des Verhältnismäßigkeitsprinzips ein notwendiger Prüfungsschritt, wenn eine Maßnahme nicht in einer der ersten drei Schritte bereits für unverhältnismäßig gehalten wurde. Zum anderen ergeben sich in diesem Fall keine Legitimitätsprobleme. Das Gericht bestätigt ja die Entscheidung der Legislative, so dass es zu keinem Konflikt mit der politischen Sphäre kommt.³⁴

Güterabwägungen nahm das Gericht jedoch auch noch in einem zweiten Fall vor – bei der Überprüfung untergerichtlicher Entscheidungen.³⁵ Die grund-

³¹ BVerfGE 121, 175 (194–202).

³² BVerfGE 121, 175 (203).

³³ S. etwa BVerfGE 9, 338 (346); 10, 89 (103–7); 13, 97 (113–22); 13, 181 (187–90); 14, 263 (282–84); 15, 235 (243–44); 16, 147 (174–83); 21, 245 (259–60); 23, 50 (59–60); 25, 1 (22–23); 27, 1 (8); 28, 191 (200); 30, 1 (32–33); 32, 54 (75–76); 33, 367 (378–82); 37, 1 (22–23); 38, 61 (92, 94–95); 39, 210 (234); 50, 290 (350–51, 365).

³⁴ S. dazu oben, § 4 I 2.

³⁵ S. beispielsweise BVerfGE 7, 198 (215–29); 12, 113 (124–27); 16, 194 (203); 17, 108 (118–

legende Entscheidung ist dabei das Lüth-Urteil, das im Januar 1958, also fast fünf Monate vor dem Apothekenurteil, erging.³⁶ In dem Urteil ging es um eine Äußerung des damaligen hamburgischen Senatsdirektors Erich Lüth. Dieser hatte zum Boykott des neuesten Films des Regisseurs Veit Harlan aufgerufen, der im Dritten Reich mehrere antisemitische Filme gedreht hatte. Nachdem die Produzentin und die Verleiherin von Harlans Film eine einstweilige Verfügung auf Unterlassen der Boykottaufforderung gegen Lüth erwirkt hatten, wandte dieser sich an das Bundesverfassungsgericht.

Die Lüth-Entscheidung ist aus zwei Gründen von fundamentaler Bedeutung. Zum einen dehnte das Bundesverfassungsgericht seine Prüfungscompetenz von untergerichtlichen Entscheidungen auch auf die Interpretation privatrechtlicher Vorschriften aus.³⁷ Es argumentierte, dass die Grundrechte als fundamentale Wertentscheidungen und soziale Ordnungsprinzipien auch die Zivilgerichte binden.³⁸ Zum anderen führte es erstmals eine Güterabwägung durch.³⁹ Es nahm eine „Abwägung zwischen dem Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG und den seine Ausübung beschränkenden Rechten und Rechtsgütern“ vor.⁴⁰

Auf beiden Seiten der Waagschale berücksichtigte es dabei die Intensität, mit der die konkurrierenden Interessen betroffen waren. Es komme insbesondere auf die Motive und Ziele der Meinungsäußerung Lüths und das Ausmaß der Beeinträchtigung der Interessen Harlans an. Lüth sei es darum gegangen, nationalsozialistische Einflüsse auf das deutsche Filmwesen von vornherein abzuwehren und damit das Ansehen des deutschen Films im Ausland zu wahren.⁴¹ Dabei habe es sich um „eine für das deutsche Volk sehr wesentliche Frage“ gehandelt.⁴² Zu diesem Zweck habe der Beschwerdeführer notwendigerweise in

20); 22, 114 (123–24); 24, 278 (282–88); 34, 238 (248–51); 35, 202 (221–38). Das Verfassungsgericht nimmt die Abwägung nicht immer selbst vor. Argumentativ kleidet es diese vielmehr zumeist so ein, als überprüfte es lediglich, ob das Instanzgericht alle notwendigen Faktoren in die Abwägung eingestellt hat. Die Prüfungsdichte variiert dabei jedoch. In einigen Entscheidungen stellt das Bundesverfassungsgericht lediglich fest, dass die Reichweite der Grundrechte nicht ausreichend berücksichtigt worden sei, überlässt die Abwägung aber letztlich den Instanzgerichten, s. etwa BVerfGE 27, 72 (82–88); 27, 344 (352–53). In der weit überwiegenden Zahl der Entscheidungen gibt das Bundesverfassungsgericht allerdings – trotz teilweise gegenteiliger Beteuerungen – das Ergebnis der Abwägung selbst vor. Das gilt insbesondere für die am Anfang dieser Fußnote zitierten Urteile.

³⁶ BVerfGE 7, 198 (215–29).

³⁷ *Wahl*, in: Henne/Riedlinger (Hg.), Lüth-Urteil, 2005, 371 (375); *Vorländer*, in: Ooyen/Möllers (Hg.), Bundesverfassungsgericht, 2006, 189 (190); *Robertson*, Judge as Political Theorist, 2010, S. 50; *Jestaedt*, in: ders. u.a. (Hg.), Das entgrenzte Gericht, 2011, 77 (93); *Bombhoff*, Balancing, 2013, S. 77; *Rennert*, Der Staat 53 (2014), 31 (32).

³⁸ BVerfGE 7, 198 (203–12).

³⁹ *Bombhoff*, German L. J. 9 (2008), 121 (122).

⁴⁰ BVerfGE 7, 198 (215).

⁴¹ BVerfGE 7, 198 (216–18).

⁴² BVerfGE 7, 198 (216).

die persönliche Rechtssphäre Harlans eingreifen müssen.⁴³ Da er keinen rechtlichen oder physischen Zwang ausgeübt habe, habe er auch nicht in den Kernbereich der künstlerischen Persönlichkeit Harlans eingegriffen.⁴⁴ Insofern sei die zivilgerichtliche Unterlassungsverfügung nicht gerechtfertigt gewesen.

Die Abwägungstendenzen des Verfassungsgerichts beschränkten sich nicht nur auf die Überprüfung von zivilgerichtlichen Entscheidungen. Vielmehr hob das Gericht auch eine Reihe von strafrechtlichen Entscheidungen auf, in denen ihm strafprozessuale Maßnahmen unverhältnismäßig erschienen.⁴⁵ So wandte es sich etwa gegen die Anordnung einer Hirnkammerluftfüllung zur Beweiserhebung bei einer geringfügigen Straftat, da die Schwere des körperlichen Eingriffs und der geringe Erkenntniswert der Maßnahme außer Verhältnis zur Schwere der Tat stünden.⁴⁶ In einer weiteren Entscheidung hielt das Verfassungsgericht die Verwendung geheimer Tonbandaufnahmen als Beweismittel für verfassungswidrig, da die untergerichtliche Entscheidung nicht erkennen ließe, dass das in Rede stehende Unrecht so groß sei, dass das Persönlichkeitsrecht des Beklagten dahinter zurückzustehen habe.⁴⁷

4. Gründe für den historischen Trend

Wie erklären wir diese Beobachtungen? Wenn wir uns noch einmal die im vorherigen Kapitel entwickelten Hypothesen in Erinnerung rufen, sind zwei in diesem Zusammenhang von besonderer Bedeutung.⁴⁸ Zum einen wird ein Gericht umso eher abwägen, je stärker seine institutionelle Stellung ist. Zum anderen wird es sich stärker auf die Abwägung stützen, je mehr diese im Fachdiskurs als dogmatisches Argument akzeptiert wird. Die institutionelle Stärke eines Gerichts ist keine Konstante. Vielmehr ist davon auszugehen, dass sie sich über die Zeit entwickelt.⁴⁹ Verfassungsgerichte müssen das Vertrauen der Bevölkerung und damit öffentliche Unterstützung erst erwerben.⁵⁰ Sozialwissenschaftliche Studien zeigen, dass die Legitimität von Verfassungsgerichten grundsätzlich umso größer ist, je länger sie bestehen, da die Gerichte über die Zeit die Gelegenheit haben, öffentliche Unterstützung aufzubauen.⁵¹

⁴³ BVerfGE 7, 198 (217).

⁴⁴ BVerfGE 7, 198 (220–21).

⁴⁵ S. nur BVerfGE 16, 194 (203); 17, 108 (118–20); 22, 114 (123–24); 34, 238 (248–51); 35, 35 (39–40).

⁴⁶ BVerfGE 17, 108 (118–20).

⁴⁷ BVerfGE 34, 238 (251).

⁴⁸ S. oben, § 4 I 2.

⁴⁹ Herrmann, in: Vorländer (Hg.), Deutungsmacht, 2006, 141 (142).

⁵⁰ Vanberg, Mich. St. L. Rev. 2010 (2010), 717 (720–21).

⁵¹ Gibson/Caldeira/Baird, APSR 92 (1998), 343 (355).

Gerade in der Gründungsphase müssen Verfassungsgerichte ihre institutionelle Stellung oft erst etablieren und ihre Unabhängigkeit behaupten. Tom Ginsburg spricht insofern von einem Paradox: Um Macht zu entwickeln, müssen Verfassungsgerichte sich vor allem in der Gründungsphase zurückhalten.⁵² Die Konflikte, die sie austragen wollen, um ihre Unabhängigkeit zu unterstreichen, müssen sie mit Bedacht auswählen, und im Übrigen die Kooperation mit der Politik suchen. Dies gilt auch für die Anfangsphase des Bundesverfassungsgerichts.⁵³ Wir haben gesehen, dass das Gericht in verschiedener Hinsicht von der Regierung Adenauer unter Druck gesetzt wurde.⁵⁴ Als das Verfassungsgericht daher den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Ende der 1950er Jahre entwickelte, war noch keineswegs sicher, dass es sich zu der mächtigen Institution entwickeln würde, die es heute ist.⁵⁵

Eine Möglichkeit, sich die Kooperation der Regierung zu sichern, war, diese bei institutionellen Konflikten zu unterstützen.⁵⁶ Verfassungsgerichte können solche institutionellen Konflikte nutzen, um dogmatische Instrumente zu entwickeln, die sie dann später auch zur Kontrolle der Regierung und die Parlamentsmehrheit einsetzen.⁵⁷ So konnte auch das Bundesverfassungsgericht die Dogmatik der Güterabwägung zunächst bei der Überprüfung untergerichtlicher Urteile und bei der Bestätigung von Gesetzen entwickeln.⁵⁸ In beiden Fällen geriet das Gericht nicht in Konflikt mit der Politik. In einem Fall bestätigte es die Entscheidung der Politik, im anderen unterstützte es sie bei einem potentiellen institutionellen Konflikt.

⁵² Ginsburg, *Judicial Review*, 2003, S. 95.

⁵³ S. Brodacz, *Macht der Judikative*, 2009, S. 171. S. auch Hailbronner, I.CON 12 (2014), i.E., der zufolge das Bundesverfassungsgericht seine institutionelle Stärke im Verlauf von Jahrzehnten herausgebildet hat.

⁵⁴ S. oben, § 4 I 1.

⁵⁵ Bryde, in: Ooyen/Möllers (Hg.), *Bundesverfassungsgericht*, 2006, 321 (323).

⁵⁶ S. oben, § 4 I 1.

⁵⁷ Engel, in: ders. u.a. (Hg.), *Wissen*, 2002, 305 (346). Vgl. auch Friedman/Delaney, Col. L. Rev. 111 (2011), 1137 (1188–92), die zeigen, dass der U.S. Supreme Court bestimmte dogmatische Figuren zunächst bei der Überprüfung von Maßnahmen der Gliedstaaten entwickelt und dabei die Föderalregierung gestärkt hat, bevor es diese Instrumente anschließend auch zur Kontrolle der Föderalregierung verwandt hat.

⁵⁸ Die Konturen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und die Bindung des Gesetzgebers an diesen waren in den Anfangsjahren der Bundesrepublik stark umstritten. S. dazu v. Krauss, *Verhältnismäßigkeit*, 1955, S. 42–47. Ablehnend steht der gesetzgeberischen Bindung an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bspw. Pohl, *Verhältnismäßigkeit*, 1959 gegenüber. Im Hinblick auf die letzte Stufe der Verhältnismäßigkeit findet sich Zurückhaltung auch bei Lerche, *Übermaß*, 1961, S. 224, der bei der Abwägung die Gefahr der „Auflösung der verfassungsgesetzlichen Strukturen“ in subjektive „Bewertungen“ sieht und das Übermaßverbot daher auf seine „formale Struktur“ beschränken möchte (Hervorhebung im Original). Zudem möchte Lerche die Geltungskraft der Verhältnismäßigkeit nicht auf alle Grundrechte erstrecken (S. 134–158). Vgl. zudem Häberle, *Wesensgehaltsgarantie*, 1962, S. 67–69, der noch deutlich zwischen Verhältnismäßigkeit und Güterabwägung trennt.

Solche institutionellen Konflikte gibt es nicht nur in Föderalstaaten. In den Beratungen über das Grundgesetz hegten viele Delegierte des Parlamentarischen Rates Misstrauen gegen die allgemeine Justiz.⁵⁹ Die Gerichtsbarkeit hatte im Dritten Reich eine Schlüsselrolle gespielt, als es die Transformation zum nationalsozialistischen Unrechtsstaat durch eine Auslegung einfachen Rechts im Sinne der nationalsozialistischen Ideologie förderte.⁶⁰ Nach Ende des zweiten Weltkrieges war es zudem nicht gelungen, alle Richter mit nationalsozialistischem Hintergrund aus der Justiz zu verbannen.⁶¹ Dies war einer der Gründe, warum dem neu geschaffenen Bundesverfassungsgericht die exklusive Verwerfungskompetenz für verfassungswidrige Gesetze zugestanden wurde.⁶² Zudem waren bei der ersten Verfassungsrichterwahl überwiegend Richter in das Gericht gewählt worden, die große Distanz zum Nationalsozialismus gehabt hatten.⁶³

Insofern fand das Bundesverfassungsgericht im Lüth-Urteil eine ideale Fallkonstellation zur Ausdehnung der eigenen Prüfungskompetenz auf privatrechtliche Rechtsverhältnisse vor.⁶⁴ Der Beschwerdeführer hatte sich gegen einen Filmregisseur ausgesprochen, der während des Nationalsozialismus Propagandafilme gedreht hatte. Als die Zivilgerichte ihm die Meinungsäußerung untersagten, nährten sie damit genau jenes Misstrauen gegen die allgemeine Gerichtsbarkeit, das den Parlamentarischen Rat dazu bewogen hatte, dem Verfassungsgericht eine so starke Stellung zu geben. Mit seiner Entscheidung konnte das Bundesverfassungsgericht somit seine Rolle als Hüter der grundlegenden Werte der Nachkriegsordnung unterstreichen.⁶⁵

Gleichzeitig konnte es die Abwägung als dogmatisches Instrument einführen, ohne sich dabei vorwerfen lassen zu müssen, die Grenze zur Politik überschritten zu haben. Dieses Instrument der Abwägung konnte das Gericht unter Berufung auf das Lüth-Urteil dann in weiteren Entscheidungen entwickeln und bestätigen, ohne dass der nationalsozialistische Kontext weiterhin erforderlich war. In den späten 1970er Jahren gab es zwar in der rechtswissenschaftlichen

⁵⁹ *Kommers*, *Judicial Politics*, 1976, S. 75.

⁶⁰ *Rüthers*, *Unbegrenzte Auslegung*, 1968.

⁶¹ S. dazu *Godau-Schüttke*, in: Schumann (Hg.), *Kontinuitäten und Zäsuren*, 2008, 189.

⁶² *Kommers*, *Judicial Politics*, 1976, S. 75.

⁶³ *Ley*, ZParl 13 (1982), 521 (532); *Bryde*, in: Hesse u.a. (Hg.), *Umbruchsituationen*, 1999, 197 (201); *Schönberger*, in: Jestaedt u.a. (Hg.), *Das entgrenzte Gericht*, 2011, 9 (30); *Stolleis*, *Geschichte des öffentlichen Rechts IV*, 2012, S. 147–54. Eine Ausnahme in dieser Hinsicht war Willi Geiger. S. dazu *Godau-Schüttke*, in: Schumann (Hg.), *Kontinuitäten und Zäsuren*, 2008, 189 (203–09); *Stolleis*, *Geschichte des öffentlichen Rechts IV*, 2012, S. 152.

⁶⁴ S. auch *Henne*, in: Henne/Riedlinger (Hg.), *Lüth-Urteil*, 2005, 197 (217–18); *Lepsius*, in: Jestaedt u.a. (Hg.), *Das entgrenzte Gericht*, 2011, 159 (192), die ebenfalls die Bedeutung des nationalsozialistischen Hintergrundes für den Ausgang des Falles herausstreichen.

⁶⁵ *Bryde*, in: Ooyen/Möllers (Hg.), *Bundesverfassungsgericht*, 2006, 321 (324); *Stolleis*, *Geschichte des öffentlichen Rechts IV*, 2012, S. 165.

Literatur immer noch kritische Stimmen gegen die Abwägung.⁶⁶ Überwiegend war sie in der deutschen Rechtswissenschaft als dogmatisches Argument allerdings akzeptiert.⁶⁷ Das Bundesverfassungsgericht konnte somit auch die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen auf eine Güterabwägung stützen, ohne dass dies in der Rechtswissenschaft als große Änderung oder gar Revolution betrachtet wurde.

III. Substantielle Erwägungen: Was wird abgewogen?

Wenn wir uns den Inhalt der Abwägungsentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts näher ansehen, zeigt sich, dass diese sich im Wesentlichen in vier Gruppen einteilen lassen. Diese Gruppen sind nicht exklusiv. Vielmehr ist es durchaus möglich, einzelne Entscheidungen mehreren Gruppen gleichzeitig zuzuordnen. Zunächst gibt es eine ganze Reihe von Entscheidungen, in denen das Gericht sich mit der Zuordnung finanzieller Lasten beschäftigt. In diesen Entscheidungen billigt das Gericht die grundsätzliche Legitimität des gesetzgeberischen Ziels, schützt aber bestimmte gesellschaftliche Gruppen davor, die finanziellen Lasten der Maßnahme tragen zu müssen, da die Vorteile im Wesentlichen anderen Gruppen zugute kommen.

Zweitens finden sich viele Entscheidungen, in denen das Gericht die Passgenauigkeit zwischen der gesetzgeberischen Maßnahme und dem damit intendierten Ziel in Frage stellt. Es hält eine Maßnahme für unangemessen, weil die Effektivität der Maßnahme zweifelhaft ist oder es ein deutlich milderes Mittel gibt, auch wenn unklar ist, ob dieses tatsächlich die gleiche Effektivität hat wie die vom Gesetzgeber verabschiedete Maßnahme. Drittens stützt es das Ergebnis der Abwägungsentscheidung auch auf Konsistenzargumente. Es qualifiziert ein Gesetz in diesen Fällen als unverhältnismäßig, weil es inkonsistent ist. Die vierte Gruppe umfasst schließlich Entscheidungen, in denen das Gericht Härtefälle korrigiert. Zumeist handelt es sich um Konstellationen, in denen einzelne Individuen stark belastet werden, eine Abhilfe dem politischen System aber keine nennenswerten Kosten auferlegt.

Diese vier Kategorien umfassen zwar den wesentlichen Teil aller Abwägungsentscheidungen des Verfassungsgerichts. Es gibt aber auch einige Entscheidun-

⁶⁶ S. *Forsthoff*, Staat in der Industriegesellschaft, 1971, S. 137–42; *Schlink*, Abwägung, 1976.

⁶⁷ S. etwa *Häberle*, Wesensgehaltsgarantie, 1962, S. 31–39; *Gentz*, NJW 1968, 1600 (1604–05); *Wittig*, DÖV 1968, 817; *Grabitz*, AöR 98 (1973), 568 (575–81); *Starck*, in: FG 25 Jahre BVerfG II, 1976, 480 (482); *Schwabe*, Grundrechtsdogmatik, 1977, S. 319–23; *Badura/Rittner/Rüthers*, Mitbestimmungsgesetz, 1977, S. 196; *Wendt*, AöR 104 (1979), 414 (455–56); *Alexy*, in: Krawietz u.a. (Hg.), Argumentation und Hermeneutik, 1979, 59.

gen, die sich in keine der vier Gruppen einordnen lassen. Dazu gehören insbesondere einige jüngere Urteile zu strafprozessualen Maßnahmen. Daneben gibt es jedoch auch einige Sonderfälle, die man allerdings als Ausreißer innerhalb der Abwägungssystematik bezeichnen muss. Im letzten Teil dieses Abschnitts soll schließlich versucht werden, diesen Befund zu systematisieren und einzuordnen. Dabei soll gezeigt werden, dass die Abwägung in der Praxis deutlich weniger problematisch ist, als die theoretische Kritik vermuten lässt. Das Gericht nutzt die Abwägung im Wesentlichen zu einer Rationalitätskontrolle des Gesetzgebers und zur Korrektur individueller Härten. Dagegen ist sie kein Instrument, um grundlegende gesetzgeberische Wertentscheidungen zu korrigieren.

1. Zuordnung finanzieller Lasten

In erstaunlich vielen Entscheidungen hat sich das Verfassungsgericht in der Angemessenheitsprüfung mit der Zuordnung finanzieller Lasten beschäftigt.⁶⁸ In diesen hat es das gesetzgeberische Ziel zwar grundsätzlich gebilligt, gleichzeitig jedoch eine Umverteilung der Finanzierung der gesetzgeberischen Maßnahme auf den Staat oder andere gesellschaftliche Gruppen angeordnet. Das Gericht nimmt also keinen Vergleich inkommensurabler Werte vor. Vielmehr versucht es, eine einheitliche normative Währung zu finden, indem es dem Grundrechtsträger eine finanzielle Kompensation für den Freiheitsverlust zubilligt.⁶⁹ Die berühmteste Entscheidung in dieser Hinsicht ist wohl die Pflichtexemplar-entscheidung vom Juli 1981.⁷⁰ Diese beschäftigte sich mit einer hessischen Regelung, nach der jeder Verleger der zuständigen Landesbibliothek von jedem in Hessen erschienenen Druckwerk ein Pflichtexemplar unentgeltlich zur Verfügung zu stellen hatte.

Das Bundesverfassungsgericht billigte grundsätzlich das kulturpolitische Ziel der Regelung, alle im Lande erschienenen Druckerzeugnisse der Öffentlichkeit zugänglich zu machen.⁷¹ Soweit der wirtschaftliche Wert des Buches im Vergleich zur Auflage nicht wesentlich ins Gewicht falle, dürfe der Gesetzgeber diese Abgabepflicht auch unentgeltlich ausgestalten.⁷² Sobald die Auflage gering und die Druckkosten für die einzelnen Bände hoch seien, könne dem Verleger die unentgeltliche Abgabepflicht im Interesse der Allgemeinheit jedoch nicht mehr zugemutet werden.⁷³

⁶⁸ BVerfGE 31, 229 (243–44); 47, 285 (322–25); 49, 382 (400–2); 53, 336 (349–50); 58, 137 (149–50); 68, 155 (173–75); 77, 308 (337); 81, 156 (197–99); 85, 226 (235–37); 97, 228 (262–63); 99, 202 (212–14); 100, 226 (243); 101, 54 (99–100).

⁶⁹ S. Engel, JITE 157 (2001), 187 (194).

⁷⁰ BVerfGE 58, 137.

⁷¹ BVerfGE 58, 137 (149).

⁷² BVerfGE 58, 137 (149).

⁷³ BVerfGE 58, 137 (150).

Auch in anderen Entscheidungen gestand das Gericht Betroffenen einen finanziellen Ausgleich zu, wenn ihnen Belastungen im Allgemeininteresse auferlegt wurden. So verwarf es eine Gebührenregelung für Notare, die für bestimmte Notargeschäfte eine Kostenbefreiung vorsah, den Notaren dafür aber keinen kostendeckenden Ausgleich zugestand.⁷⁴ In einer anderen Entscheidung wandte es sich gegen die Pflicht des Arbeitgebers zur vollen Lohnfortzahlung, wenn er den Arbeitnehmern Urlaub für Tätigkeiten im öffentlichen Interesse gewähren musste.⁷⁵

In diesen Entscheidungen nahm das Verfassungsgericht keine Abwägung im Sinne einer Kosten-Nutzen-Analyse vor, bei dem es die Wichtigkeit der konkurrierenden Rechtsgüter und den Grad ihrer Beeinträchtigung miteinander verglich. Vielmehr ging es dem Gericht darum, die Kosten einer Maßnahme derjenigen Gruppe zuzuordnen, die den größten Nutzen aus dieser zieht. Wenn die Allgemeinheit öffentlichen Zugang zu allen im Land erschienenen Büchern haben soll, dann erscheint es nur billig, dass sie auch die entsprechenden Kosten dieser Maßnahme trägt. Wenn der Staat aus sozialpolitischen Gründen bestimmte Gruppen von den Kosten für notarielle Tätigkeiten ausnehmen möchte, handelt es sich ebenfalls um die Verfolgung eines staatlichen Ziels. Insofern erscheint es auch hier angemessen, dass der Staat den Notaren einen angemessenen Ersatz der ihnen entstehenden Kosten zugesteht.

Diese Rechtsprechungslinie, in der das Bundesverfassungsgericht eine Kostenverlagerung vornimmt, hat nicht zur Folge, dass der Staat jegliche Kosten zu kompensieren hat, die er Individuen durch Regulierung auferlegt. Vielmehr können sich in diesem Zusammenhang schwierige normative Fragen stellen.⁷⁶ Hier soll der Hinweis genügen, dass die genauen Kriterien für die Kostenverlagerung in der Rechtsprechung nicht ausgearbeitet sind.⁷⁷ Vielmehr erlaubt die flexible Struktur des Verhältnismäßigkeitsprinzips dem Gericht, diese Frage zu umgehen und sich die Entscheidung in jedem Einzelfall vorzubehalten.

Schließlich stellt das Verfassungsgericht Verteilungserwägungen nicht nur im Verhältnis zwischen Privaten und dem Staat an. Vielmehr findet man auch vereinzelt Entscheidungen, die die Verteilung finanzieller Lasten zwischen Privaten betreffen.⁷⁸ In einem Urteil vom Juli 1971 beschäftigte sich das Ge-

⁷⁴ BVerfGE 47, 285 (322–25).

⁷⁵ BVerfGE 77, 308 (337); 85, 226 (235–37).

⁷⁶ S. dazu bspw. *Kelman*, *Strategy or Principle?*, 1999; *Issacharoff*, *Stan. L. Rev.* 53 (2000), 519.

⁷⁷ Versucht man allgemeine Leitlinien zu erkennen, stellt das Verfassungsgericht offenbar auf eine Kombination der Intensität der Maßnahme für die Betroffenen und des Zusammenhangs zwischen der Belastung und ihrem Zweck ab. Um ein genaueres Bild zu bekommen, müsste man jedoch auch alle Entscheidungen analysieren, in denen das Verfassungsgericht eine Kostenverlagerung abgelehnt hat, was allerdings den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde.

⁷⁸ S. BVerfGE 31, 229 (243–44) (Schulbuchprivileg im Urheberschutz); 49, 382 (400–2)

richt mit einer Regelung, der zufolge Schulbuchverlage Texte und Noten, die grundsätzlich dem Urheberschutz unterlagen, entgeltfrei und ohne vorherige Zustimmung des Urhebers abdrucken konnten.⁷⁹ Der erste Senat erkannte zwar an, dass der Abdruck ohne Zustimmung des Urhebers grundsätzlich gerechtfertigt sei, um die Schüler mit diesen Werken vertraut zu machen.⁸⁰ Dem Urheber müsse aber zumindest der wirtschaftliche Nutzen seines Werks zugeordnet werden.⁸¹ Ein gesteigertes öffentliches Interesse, diesen Anspruch zu beschränken, sei vorliegend nicht ersichtlich.⁸² Die Steigerung der Verlegergewinne könne einen vergütungsfreien Abdruck jedenfalls nicht rechtfertigen.⁸³

2. Kontrolle der Passgenauigkeit zwischen Maßnahme und Ziel

Die größte Gruppe bilden diejenigen Fälle, in denen das Bundesverfassungsgericht eine Kontrolle der Passgenauigkeit zwischen Maßnahme und gesetzgeberischem Ziel vornimmt.⁸⁴ Diese Kontrolle ist oft eine erweiterte Erforderlichkeitsprüfung und unterscheidet sich nicht wesentlich von der Prüfung, die das Gericht im Rahmen der Geeignetheit und der Erforderlichkeit vornimmt. Allerdings hat die Kontrolldichte dieser beiden Prüfungsschritte Grenzen. Eine Maßnahme gilt bereits dann als geeignet, wenn sie das verfolgte Ziel nur in geringfügiger Weise fördert.⁸⁵ Ein schwerwiegender Grundrechtseingriff würde also an der Hürde der Geeignetheit selbst dann nicht scheitern, wenn seine Effektivität zweifelhaft ist, aber nicht vollkommen ausgeschlossen werden kann. Die geringe Effektivität der Maßnahme kann das Gericht aber im letzten Schritt der Verhältnismäßigkeitsprüfung aufgreifen und in der Abwägung berücksichtigen.

(Kirchenprivileg im Urheberschutz); 101, 54 (99–100) (Nutzungsentschädigung für Grundstücke, die in der ehemaligen DDR enteignet worden waren).

⁷⁹ BVerfGE 31, 229.

⁸⁰ BVerfGE 31, 229 (242).

⁸¹ BVerfGE 31, 229 (243).

⁸² BVerfGE 31, 229 (244–46).

⁸³ BVerfGE 31, 229 (246).

⁸⁴ S. BVerfGE 34, 165 (198–99); 55, 134 (143); 61, 291 (318); 74, 203 (216–17); 79, 256 (272–73); 87, 114 (148–49); 92, 26 (45); 108, 82 (109–11); 112, 255 (266–68); 113, 348 (387–88); 115, 1 (20–24); 117, 202 (229–39); 119, 59 (87–89); 121, 30 (64–67); 121, 175 (194–202); 128, 109 (130–36).

⁸⁵ S. nur *Grabitz*, AöR 98 (1973), 568 (572); *Merten*, in: Hdb GR III, 2009, § 68, Rn. 65; *Dreier*, in: ders. (Hg.), GG, 3. Aufl. 2013, Vorb., Rn. 147.

Ähnlich sieht es bei der Erforderlichkeitsprüfung aus. Eine Maßnahme ist nur dann nicht erforderlich, wenn die potentielle, mildere Alternativmaßnahme genauso effektiv ist. Wenn also bei einer deutlich grundrechtsfreundlicheren Alternative zweifelhaft ist, ob sie genauso effektiv ist wie die gesetzgeberische Maßnahme, scheidet das Gesetz zumindest nicht an der Erforderlichkeit. Allerdings ist die Existenz der potentiellen Alternative ebenfalls ein Faktor in der Abwägung. Wenn das Bundesverfassungsgericht in der Abwägung also eine Kontrolle der Passgenauigkeit vornimmt, geht es – wie im Rahmen von Geeignetheit und Erforderlichkeit – im Kern um eine Überprüfung der empirischen Annahmen des Gesetzgebers. Es versucht die Belastbarkeit gesetzgeberischer Prognosen nachzuvollziehen und überprüft die Plausibilität gesetzgeberischer Typisierungen.

In einigen Fällen hat das Verfassungsgericht einen Grundrechtseingriff als unverhältnismäßig qualifiziert, weil die Effektivität der Maßnahme zweifelhaft erschien.⁸⁶ So hat es im September 1992 eine Pachtzinsbindung für Kleingärten für verfassungswidrig erklärt.⁸⁷ Die Regelung schrieb einen Pachtzins fest, der erheblich unter den Beträgen lag, die für vergleichbare Freizeit- und Erholungseinrichtungen bezahlt wurden.⁸⁸ Die Regelung könne nicht mit dem Ziel, sozial schwächere Bevölkerungsgruppen zu schützen, gerechtfertigt werden, wenn die Pächter von Kleingärten überwiegend aus der Mittelschicht stammten.⁸⁹

In anderen Fällen identifizierte das Verfassungsgericht mildere Alternativmaßnahmen, die das gesetzgeberische Ziel nicht in Frage stellen, auch wenn man darüber streiten kann, ob sie ebenso effektiv waren wie das überprüfte Gesetz.⁹⁰ So hielt es eine Regelung, die von Hufpflegern und Huftechnikern die Qualifikation zum Hufschmied verlangt, damit diese ihren Beruf ausüben können, für unverhältnismäßig.⁹¹ Das Ziel des Gesetzgebers war es, die Hufpflege in die Hände umfassend ausgebildeter Hufschmiede zu geben, da diese das gesamte Spektrum der Hufversorgung beherrschten und so die jeweils indizierte Methode auswählen könnten. Dem Ziel sei jedoch hinreichend gedient, wenn man von den Hufpflegern theoretische Kenntnisse über die einzelnen Versorgungsmethoden verlange.⁹² Das ermögliche ihnen, im Einzelfall auf die Notwendigkeit anderer Hufversorgungsmethoden hinzuweisen. Eine praktische Ausbildung zum Hufschmied zu verlangen, bringe dagegen nur geringe Vorteile. Das Gericht griff damit die empirische Annahme des Gesetzgebers

⁸⁶ S. BVerfGE 87, 114 (148–49); 92, 26 (45); 112, 255 (266–68); 121, 30 (64–67).

⁸⁷ BVerfGE 87, 114 (148–49).

⁸⁸ BVerfGE 87, 114 (148).

⁸⁹ BVerfGE 87, 114 (149).

⁹⁰ S. BVerfGE 34, 165 (198–99); 117, 348 (388); 119, 59 (87–89); 121, 175 (194–202); 128, 109 (130–36).

⁹¹ BVerfGE 119, 59.

⁹² BVerfGE 119, 59 (88).

an, dass die praktische Ausbildung zum Hufschmied die Qualität der Leistungen von Hufpflegern und Huftechnikern steigere. Es stützte sein Argument durch eine Parallele zur nichtärztlichen Heilkunde. Auch von Heilpraktikern verlange man ja keine ärztliche Ausbildung, obwohl von diesen erwartet wird, dass sie ihre Patienten an Ärzte verweisen, wenn die Grenzen ihrer heilkundlichen Kenntnisse und Fähigkeiten erreicht seien.⁹³

In anderen Urteilen qualifizierte das Bundesverfassungsgericht Gesetze als unverhältnismäßig, in denen der Gesetzgeber eine undifferenzierte Typisierung⁹⁴ vornahm.⁹⁵ Das Gericht bezweifelte in diesen Fällen einen hinreichenden empirischen Zusammenhang zwischen den Tatsachen, an die eine Gesetzesfolge geknüpft wurde, und einer vermuteten Gefahr, der mit dieser Rechtsfolge entgegengewirkt werden sollte. So erklärte es im Februar 1987 eine Regelung für unzulässig, die den Anspruch auf Arbeitslosengeld für zwei Wochen ausschloss, wenn der Arbeitslose nicht rechtzeitig einen Antrag stellte.⁹⁶ Der Gesetzgeber wollte damit den missbräuchlichen Bezug von Arbeitslosengeld verhindern. Das Gericht fand jedoch, dass eine Fristversäumung noch nicht automatisch auf einen Missbrauch schließen lasse.⁹⁷ Es bezweifelte also den hinreichenden Zusammenhang zwischen der indizierenden Tatsache und der Gefahr, der die Rechtsfolge entgegenwirken sollte. Daher sei die Regelung unverhältnismäßig.⁹⁸

Der Gesetzgeber kann undifferenzierte Typisierungen regelmäßig korrigieren, indem er Ausnahmen schafft oder eine stärkere Prüfung der Umstände des Einzelfalls vorsieht. Manchmal trifft er jedoch fehlerhafte Annahmen, die sein ganzes Regelungskonzept in Frage stellen.⁹⁹ Ein Beispiel dafür findet sich in der Transsexuellenentscheidung des Verfassungsgerichts vom Dezember 2005.¹⁰⁰ Im Transsexuellengesetz hatte der Gesetzgeber zwischen einer ‚kleinen‘ und einer ‚großen‘ Lösung unterschieden. Die ‚kleine‘ Lösung bestand im Wesentlichen in einer Änderung des Vornamens, während bei der ‚großen‘ Lösung eine geschlechtsumwandelnde Operation und eine Hormonbehandlung durchgeführt wurden. Eine Änderung des Personenstandes wurde dabei nur bei der ‚großen‘ Lösung durchgeführt. Das hatte zur Folge, dass ein Transsexueller mit männlichem Geschlecht, der sich als Frau fühlte und einen weiblichen Vornamen angenommen hatte, mit einer Frau ausschließlich eine Ehe eingehen konnte, obwohl es sich aus Sicht der Betroffenen um eine gleichgeschlechtliche Partnerschaft handelte.

⁹³ BVerfGE 119, 59 (88–89).

⁹⁴ Zur Figur der „undifferenzierten Typisierung“ s. oben, § 4 II 2 b cc.

⁹⁵ S. BVerfGE 55, 134 (143); 74, 203 (216–17); 79, 256 (272–73); 108, 82 (109–11).

⁹⁶ BVerfGE 74, 203.

⁹⁷ BVerfGE 74, 203 (216).

⁹⁸ BVerfGE 74, 203 (216–17).

⁹⁹ S. BVerfGE 115, 1 (20–24); 117, 202 (234–39).

¹⁰⁰ BVerfGE 115, 1.

Die Eheschließung hatte jedoch gleichzeitig zur Folge, dass die Vornamenänderung unwirksam wurde. Diese Unwirksamkeit der Vornamensänderung nach Eheschließung war Gegenstand des verfassungsgerichtlichen Verfahrens. Im Kern stellte das Gericht fest, dass die gesetzgeberische Konzeption auf fehlerhaften empirischen Annahmen beruhe. Der Gesetzgeber ging davon aus, dass es sich bei der Vornamensänderung nur um eine Übergangsphase zur geschlechtsumwandelnden Operation handele. Die Eheschließung sollte nach dieser Konzeption zeigen, dass der Transsexuelle zu seinem ursprünglichen Geschlecht zurückgefunden habe.

Dem hielt das Gericht entgegen, dass die These, dass es sich bei der Vornamensänderung um eine Durchgangsphase handele, angesichts der jüngeren wissenschaftlichen Erkenntnisse zur Transsexualität nicht tragfähig sei.¹⁰¹ Viele Transsexuelle fühlten sich einem anderen als ihrem biologischen Geschlecht zugehörig, ohne dass sie zwangsläufig eine Operation anstrebten. Die Annahme, dass die Heirat Indiz für die Rückkehr zum ursprünglichen Geschlecht sei, überzeuge ebenso wenig. Vielmehr seien viele Transsexuelle homosexuell, und die Ehe war für sie nach der damaligen Rechtslage die einzige Möglichkeit, eine gleichgeschlechtliche Partnerschaft einzugehen.¹⁰² Die Unwirksamkeit der Vornamensänderung, die durch die Heirat bewirkt würde, sei den Betroffenen daher unzumutbar.¹⁰³ Der Gesetzgeber könne das Institut der Ehe wirksamer schützen, wenn er bei der ‚kleinen‘ Lösung die Diskrepanz zwischen personenstandsrechtlicher Geschlechtszugehörigkeit und empfundenem Geschlecht beseitige.¹⁰⁴

3. Konsistenzprüfung in der Abwägung

In anderen Entscheidungen stützte sich das Gericht bei der Abwägung in erster Linie auf Konsistenzargumente oder zog solche zumindest als Hilfsargumente heran.¹⁰⁵ So erklärte das Gericht in einer Entscheidung vom Juni 1979 eine Regelung für verfassungswidrig, die erhebliche Hürden für die Kündigung von Kleingartenpachtverträgen aufstellte.¹⁰⁶ Eine Kündigung durch den Verpächter war nur möglich, wenn entweder der Pächter seine Pflichten gröblich verletzt hatte, oder wenn das Grundstück aus überwiegenden Gründen des Ge-

¹⁰¹ BVerfGE 115, 1 (21–22).

¹⁰² BVerfGE 115, 1 (17).

¹⁰³ BVerfGE 115, 1 (20).

¹⁰⁴ BVerfGE 115, 1 (23–24).

¹⁰⁵ BVerfGE 52, 1 (36); 52, 357 (366); 69, 209 (219); 78, 77 (86–87); 84, 133 (156); 90, 263 (273); 104, 357 (368); 108, 82 (120); 121, 317 (360–68); 128, 157 (177–83).

¹⁰⁶ BVerfGE 52, 1.

meinwohls dringend benötigt wurde.¹⁰⁷ Das Gericht sah darin eine unverhältnismäßige Belastung des Eigentumsrechts des Verpächters.¹⁰⁸

Bei der Gewichtung der Interessen des Pächters am Bestand des Pachtverhältnisses stützte sich das Gericht dabei auf ein Konsistenzargument. Ursprünglich hatte der starke Pächterschutz während des zweiten Weltkrieges ernährungspolitischen Zielen gedient.¹⁰⁹ Kleingärten sollten den Pächtern den Anbau von Nahrungsmitteln ermöglichen. Zum Zeitpunkt der Entscheidung stand jedoch der Freizeit- und Erholungswert der Kleingärten ganz im Vordergrund der Nutzung.¹¹⁰ Zwar gestand das Gericht zu, dass auch der Freizeitnutzen des Kleingartenwesens von erheblichem öffentlichen Interesse sei. Dieser rechtfertige es aber nicht, den Pächterschutz bei Kleingärten stärker auszugestalten als den Mieterschutz bei Mietwohnungen, obwohl letztere fraglos eine größere soziale Bedeutung hätten als Kleingärten.¹¹¹ Insofern seien die Interessen des Pächters einseitig gegenüber denen des Verpächters bevorzugt worden, was zur Verfassungswidrigkeit der Regelung führe.¹¹²

In einer Entscheidung vom März 1988 ging es um eine Regelung der ZPO, die für die Entmündigung einer Person wegen Verschwendung oder Trunksucht eine öffentliche Bekanntmachung anordnete.¹¹³ Das Bundesverfassungsgericht hielt die Bekanntmachungspflicht aufgrund ihrer Stigmatisierungswirkung für unzumutbar.¹¹⁴ Die Notwendigkeit der öffentlichen Bekanntmachung war mit dem Schutz des Rechtsverkehrs begründet worden.¹¹⁵ Die Bedeutung dieses Ziels relativierte das Gericht jedoch mit einer Konsistenzermägung:¹¹⁶ Entmündigungen wegen Verschwendung oder Trunksucht machten weniger als 10 % aller Entmündigungen aus. Für die weit überwiegende Zahl der Entmündigungen habe der Gesetzgeber jedoch auf eine öffentliche Bekanntmachung verzichtet. Das lege nahe, dass der Gesetzgeber selbst den Rechtsverkehr nicht als übermäßig schutzbedürftig einstufe.

Eine spezielle Form von Konsistenzargumenten sind schließlich historische Konsistenzargumente.¹¹⁷ Diese beziehen sich nicht auf vergleichbare Regelungen zur selben Zeit, sondern vergleichen die Entwicklung einer Regelung über verschiedene Zeitpunkte. Wenn der Gesetzgeber eine über lange Zeit bestehende grundrechtsfreundliche Regelung durch eine belastendere Regelung er-

¹⁰⁷ S. BVerfGE 52, 1 (4).

¹⁰⁸ BVerfGE 52, 1 (30–36).

¹⁰⁹ BVerfGE 52, 1 (34).

¹¹⁰ BVerfGE 52, 1 (35).

¹¹¹ BVerfGE 52, 1 (36).

¹¹² BVerfGE 52, 1 (36).

¹¹³ BVerfGE 78, 77.

¹¹⁴ BVerfGE 78, 77 (86–87).

¹¹⁵ S. BVerfGE 78, 77 (85).

¹¹⁶ BVerfGE 78, 77 (86–87).

¹¹⁷ S. BVerfGE 53, 366 (406–7); 102, 197 (218–19); 117, 163 (194).

setzt, erlegt ihm das Gericht teilweise eine besondere Rechtfertigungslast auf. Der Gesetzgeber muss ein Regelungsdefizit unter der vorherigen Regelung aufzeigen, das die stärkere Grundrechtsbelastung rechtfertigt.

Ein Beispiel für diese Argumentation findet sich in einer Entscheidung zum Spielbankengesetz Baden-Württemberg aus dem Juli 2000.¹¹⁸ Die Verfassungsbeschwerde richtete sich gegen eine Gesetzesänderung, nach der die Erlaubnis zum Betreiben einer Spielbank nur Gesellschaften erteilt werden konnte, deren sämtliche Anteile vom Land gehalten wurden. Das machte es den bisher privaten Betreibern der Spielbanken in Baden-Baden und Konstanz unmöglich, ihre bestehende Betriebserlaubnis über die bisherige Geltungsdauer hinaus zu verlängern.

Der Gesetzgeber hatte das Gesetz unter anderem damit begründet, dass es intensivere Informations-, Kontroll- und Einwirkungsmöglichkeiten erlaube.¹¹⁹ Das Gericht bezweifelte jedoch die Erforderlichkeit der zusätzlichen Kontrollmöglichkeiten. Insbesondere sei im Gesetzgebungsverfahren nicht erörtert worden, warum die bisherige externe Kontrolle der privaten Betreiber unzureichend gewesen sei.¹²⁰ Vielmehr seien die privaten Spielbanken über Jahrzehnte hinweg beanstandungsfrei betrieben worden.¹²¹ Stelle man daher die allenfalls minimale Steigerung der Kontrolleffizienz dem schweren Eingriff in die Berufsfreiheit gegenüber, sei der vollständige Ausschluss privater Betreiber unangemessen.¹²² Das Gericht erlegte dem Gesetzgeber also eine Rechtfertigungslast auf. Die zusätzliche grundrechtliche Belastung war nur als Reaktion auf ein bestehendes Regelungsdefizit zulässig. Da ein solches Defizit im Fall der Spielbanken aber nicht ersichtlich war, erklärte das Gericht die Gesetzesänderung für verfassungswidrig.

4. Korrektur von Härtefällen

Eine letzte Gruppe von Urteilen betrifft die Korrektur von Härtefällen.¹²³ Das Gericht wägt in diesen Entscheidungen ab, wendet sich aber nur gegen einen Teil der Gesamtregelung, der einzelnen Gruppen besondere Opfer abverlangt. Es handelt sich hierbei grundsätzlich um eine Auffangkategorie, da auch viele der in den vorherigen Abschnitten behandelten Entscheidungen auf die Korrektur von Härtefällen abzielen. Ein Beispiel ist der bereits besprochene Fall zur

¹¹⁸ BVerfGE 102, 197.

¹¹⁹ S. BVerfGE 102, 197 (216).

¹²⁰ BVerfGE 102, 197 (219).

¹²¹ BVerfGE 102, 197 (221).

¹²² BVerfGE 102, 197 (221).

¹²³ S. BVerfGE 14, 19 (23–24); 21, 173 (183); 47, 285 (322); 53, 257 (302–4); 62, 117 (152); 68, 155 (173–75); 72, 51 (63–64); 78, 58 (75); 130, 372 (395–97).

Geltung von Ladenöffnungszeiten für Warenautomaten.¹²⁴ In diesem wandte sich das Gericht nicht gegen das gesamte Regime der Ladenöffnungszeiten. Es qualifizierte lediglich dessen Anwendbarkeit auf Warenautomaten als Grundrechtsverstoß. Den Warenautomaten kam jedoch in der Gesamtkonzeption der Öffnungszeitenbegrenzung nur eine sehr untergeordnete Bedeutung zu.

Eine Variante dieser Fallkonstellation kommt bei Änderungen der Gesetzeslage ins Spiel. Hier kann das Gericht die Gesamtkonzeption des Gesetzgebers billigen, von diesem aber Übergangsregelungen verlangen, um Härtefälle abzumildern.¹²⁵ Die Bezugnahme auf Härtefälle wird oft bereits in der Terminologie des Gerichts deutlich. Dieses spricht gerade in vielen frühen Fällen davon, dass die Regelung dem Betroffenen „unzumutbar“ sei.¹²⁶

Selbst wenn das Gericht in diesen Urteilen eine Entscheidung der Legislative korrigiert, ist die Gerichtsentscheidung regelmäßig nicht mit großen Kosten für die Politik verbunden. In einigen Fällen kann es sogar sein, dass die Korrektur von Härtefällen im Interesse der Politik liegt. So nimmt James Rogers an, dass die verfassungsgerichtliche Überprüfung für den Gesetzgeber einen informativen Wert habe.¹²⁷ Gesetzgeberische Prognosen seien immer zu einem bestimmten Grade ungenau. Zudem könne der Gesetzgeber nicht immer vorhersehen, welchen gesellschaftlichen Gruppen eine bestimmte Regelung besondere Härten auferlege. Der gerichtliche Prozess sei jedoch anders strukturiert als der Gesetzgebungsprozess und fördere daher eine andere Art von Informationen zu Tage.¹²⁸ Die verfassungsgerichtliche Überprüfung von Gesetzen könne daher dazu genutzt werden, Ungenauigkeiten bei der gesetzgeberischen Prognose zu korrigieren.¹²⁹

In diese Kategorie kann man beispielsweise die bereits besprochene Pflichtentemplarentscheidung¹³⁰ einordnen. Man kann davon ausgehen, dass der Gesetzgeber die Kostenbelastung, die durch die Zwangsabgabe bei teuren Büchern in kleinen Auflagen entsteht, schlicht nicht gesehen hatte. Ein weiteres Beispiel ist ein Urteil vom Oktober 1984, in dem es um die Kostenerstattung für die Beförderung Schwerbehinderter durch private Verkehrsunternehmen ging.¹³¹ Nach der gesetzlichen Regelung waren alle Verkehrsunternehmen verpflichtet, Schwerbehinderte unentgeltlich zu befördern. Als Ausgleich erhielten sie eine pauschale staatliche Vergütung.

¹²⁴ BVerfGE 14, 19. S. dazu oben, § 5 II 1.

¹²⁵ S. etwa BVerfGE 21, 173 (183).

¹²⁶ S. nur BVerfGE 14, 19 (24); 47, 285 (322); 55, 134 (143); 58, 137 (148); 62, 117 (152).

¹²⁷ Rogers, AJP 45 (2001), 84 (86–88).

¹²⁸ Rogers, AJP 45 (2001), 84 (87).

¹²⁹ S. auch Engel, in: Engel/Héritier (Hg.), *Politics and Law*, 2003, 285 (300–01), der einen Vorteil des gerichtlichen Verfahrens darin sieht, dass zum Zeitpunkt des Verfahrens bereits zuverlässiges Feedback über die Wirkung eines Gesetzes verfügbar ist.

¹³⁰ BVerfGE 58, 137. S. dazu oben den Text zu Fn. 70–73.

¹³¹ BVerfGE 68, 155.

Diese Vergütung nahm jedoch keine Rücksicht darauf, dass in einigen Gebieten eine signifikant über dem Durchschnitt liegende Zahl von schwerbehinderten Fahrgästen den öffentlichen Personenverkehr in Anspruch nahm. Insbesondere in Fremdenverkehrs- und Kurgebieten lag die Zahl erheblich über dem Landesdurchschnitt. Das Bundesverfassungsgericht sah keinen sachlichen Grund für die Differenz zwischen dem Erstattungsbetrag und den Fahrgeldausfällen in diesen Gebieten.¹³² Es qualifizierte sie daher als übermäßige Belastung der betroffenen Verkehrsunternehmen.¹³³ Auch in diesem Fall ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die Härtefälle nicht gesehen hatte. Dafür spricht, dass er noch vor Erlass des Urteils eine Neuregelung verabschiedete, die eine entsprechende Härteklausele enthielt.¹³⁴

Rogers' Theorie kann jedoch nicht alle Urteile erklären. Vielmehr finden sich auch Entscheidungen, in denen das Gericht einen Härtefall annahm, obwohl von einer bewussten Regelung des Normgebers auszugehen ist. So erklärte das Verfassungsgericht in einem Urteil vom Februar 1986 eine Bestimmung der Bundesrechtsanwaltsordnung für verfassungswidrig, nach der ein Rechtsanwalt bei bestimmten Verfehlungen lebenslang aus der Anwaltschaft ausgeschlossen werden konnte.¹³⁵ Das Gericht hielt es für unzumutbar, dass dem Betroffenen jegliche Rehabilitationsmöglichkeit genommen wurde. Vielmehr müsse ihm eine Chance auf einen Neubeginn gegeben werden, sobald zu erwarten sei, dass er keine Gefahr mehr für die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege darstelle.¹³⁶ Doch auch dieses Verdikt ist nur mit geringen Kosten für das politische Ziel verbunden. Das Gericht bestritt weder die Notwendigkeit, Anwälte bei bestimmten Pflichtverstößen aus der Anwaltschaft auszuschließen, noch verbot es einen lebenslangen Ausschluss grundsätzlich. Es verlangte lediglich eine Einzelfallprüfung, ob eine Wiedenzulassung die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege noch beeinträchtigen würde.

Bei den in diesem Abschnitt behandelten Entscheidungen führte das Gericht also eine Abwägung durch. Es verglich widerstreitende Politikziele und bewertete dabei mittelbar deren Legitimität. Allerdings erklärte es nur Teile einer größeren Gesamtregelung für verfassungswidrig, so dass die Kosten der verfassungsgerichtlichen Entscheidung für die Politik regelmäßig gering waren. Zudem handelte es sich zumeist um Fälle, bei denen ein besonders starkes Missverhältnis zwischen dem gesetzgeberischen Ziel und der Intensität des Grundrechtseingriffs bestand.

¹³² BVerfGE 68, 155 (174).

¹³³ BVerfGE 68, 155 (175).

¹³⁴ S. BVerfGE 68, 155 (174).

¹³⁵ BVerfGE 72, 51.

¹³⁶ BVerfGE 72, 51 (63–64).

5. Abwägung in strafprozessualen Entscheidungen

Vor allem in jüngerer Zeit finden sich einige strafprozessuale Entscheidungen, in denen das Gericht abgewogen hat, die sich aber keiner der vier oben beschriebenen Kategorien zuordnen lassen. Dabei ging es in erster Linie um die Voraussetzungen für strafprozessuale Überwachungsmaßnahmen. In einer Entscheidung zur Überwachung von Ferngesprächen ins Ausland, kritisierte das Gericht, dass der Katalog der Straftaten, bei deren Verdacht eine Abhörung möglich war, auch den Tatbestand der Geldfälschung umfasse.¹³⁷ Dieser habe nicht den gleichen Unwert- und Gefährgehalt wie die übrigen im Katalog aufgeführten Straftaten, so dass die Anordnung einer Telefonüberwachung unverhältnismäßig sei.¹³⁸ Auch in seinem Urteil zum Großen Lauschangriff hielt das Gericht den gesetzlichen Straftatenkatalog für verfassungswidrig. Eine Wohnraumüberwachung dürfe nur beim Verdacht von Straftaten angeordnet werden, deren Höchststrafe mehr als fünf Jahre betrage.¹³⁹

In den Entscheidungen zur Online-Überwachung und zur Vorratsdatenspeicherung forderte das Gericht, dass diese nur angeordnet werden dürften, wenn eine konkrete Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut¹⁴⁰ bzw. ein begründeter Verdacht einer schweren Straftat bestehe.¹⁴¹ In der Entscheidung zur Antiterrordatei stellte das Gericht schließlich fest, dass das bloße Befürworten von Gewalt – anders als das Anstacheln zu dieser – als Merkmal für die Aufnahme in die Datei nicht ausreiche.¹⁴² Zudem sei der Kreis von Kontaktpersonen, die in die Datei aufgenommen werden könnten, zu weit gezogen, wenn dieser auch solche Personen umfasse, die von den potentiell terroristischen Aktivitäten ihres Kontaktpartners nichts wüssten.¹⁴³

Wir haben bei der normativen Frage nach der Funktion von Verfassungsgerichten gesehen, dass diese Fehler des politischen Prozesses korrigieren sollen.¹⁴⁴ Gerade im Bereich der Strafrechtspolitik lässt sich oft eine mangelnde Responsivität für die Interessen von Personen, die einer Straftat verdächtig sind, beobachten. Potentielle Straftäter stammen häufig aus einer sozio-ökonomischen Gruppe, die in der Politik keine Lobby hat. Zudem fürchtet die Mehrheit der Bevölkerung wahrscheinlich eher einmal Opfer einer Straftat als Teilnehmer eines Strafverfahrens zu werden. Insofern gewinnt eine Partei mit einer moderaten Position in strafrechtlichen Fragen kaum Wählerstimmen. Umgekehrt

¹³⁷ BVerfGE 100, 313 (384–85).

¹³⁸ BVerfGE 100, 313 (385).

¹³⁹ BVerfGE 109, 279 (347–49).

¹⁴⁰ BVerfGE 120, 274 (326–31).

¹⁴¹ BVerfGE 125, 260 (329–30).

¹⁴² BVerfGE 133, 277 (347–48).

¹⁴³ BVerfGE 133, 277 (348–50).

¹⁴⁴ S. oben, § 1 II 2.

kann eine ‚harte Linie‘ gegenüber potentiellen Straftätern teilweise Wahlen gewinnen.

Sicherlich sind strafrechtliche Sanktionen ein notwendiger Teil einer jeden Sozialordnung. Das entlastet den Gesetzgeber jedoch nicht von der Aufgabe, strafprozessuale Aufklärungsmaßnahmen und strafrechtliche Sanktionen angemessen auszugestalten. Wenn der Gesetzgeber also rechtsstaatliche Grundsätze in der Strafrechtspolitik missachtet, muss deren Durchsetzung den Gerichten zufallen. Mit seinen Entscheidungen zur Telekommunikationsüberwachung, zum Großen Lauschangriff, zur Online-Durchsuchung, zur Vorratsdatenspeicherung und zur Antiterrordatei hat das Bundesverfassungsgericht genau diese Rolle wahrnehmen wollen. Gleichzeitig hat es auch hier davon abgesehen, dem Gesetzgeber hohe Kosten aufzuerlegen. Es verbot die Aufklärungsmaßnahmen nicht grundsätzlich, sondern stellte an diese nur leicht erhöhte Anforderungen. Zudem konnte der Gesetzgeber mit seiner Gesetzesinitiative gegenüber den Wählern signalisieren, dass er eine ‚harte Linie‘ gegen Kriminalität fährt, und die Verantwortung für eine Abschwächung seiner strafprozessualen Maßnahmen auf das Gericht abschieben, so dass sich seine Kosten letztlich in Grenzen hielten.¹⁴⁵

6. Sonderfälle:

Kruzifix und Ladenöffnung an Adventssonntagen

Schließlich verbleiben einige Einzelfälle, die sich am ehesten als Ausreißer in der Abwägungssystematik des Verfassungsgerichts charakterisieren lassen.¹⁴⁶ Die bekannteste Entscheidung ist der in der Einführung bereits angesprochene Kruzifix-Beschluss vom Mai 1995.¹⁴⁷ Das Gericht sah in der Bestimmung der Schulordnung, die das Anbringen von Kreuzen in bayerischen Klassenzimmern anordnete, eine Verletzung der negativen Glaubensfreiheit der Beschwerdeführer und erklärte sie für verfassungswidrig. Dabei nahm das Gericht eine schulbuchmäßige Abwägung zwischen dem staatlichen Erziehungsauftrag und der positiven Glaubensfreiheit auf der einen und der negativen Glaubensfreiheit auf der anderen Seite vor.¹⁴⁸ Zwar gestand das Gericht zu, dass die Auflö-

¹⁴⁵ Diese Überlegungen treffen auch auf zwei Entscheidungen aus dem Jahr 2011 zu. In diesen hatte das Gericht über die Zulässigkeit von Zwangsbehandlungen von Personen zu entscheiden, die im Maßregelvollzug untergebracht waren, s. BVerfGE 128, 282; 129, 269. Das Gericht nahm sich auch hier einer Gruppe an, der jegliche politische Lobby fehlt. Gleichzeitig hielten sich die politischen Kosten für den Gesetzgeber jedoch in Grenzen, da wiederum nur ein Teil einer im Ganzen umfassenderen Regelung dem gerichtlichen Verdikt zum Opfer fiel.

¹⁴⁶ S. BVerfGE 72, 278; 93, 1; 125, 39.

¹⁴⁷ BVerfGE 93, 1.

¹⁴⁸ BVerfGE 93, 1 (21–24).

sung des Spannungsverhältnisses zwischen positiver und negativer Glaubensfreiheit grundsätzlich dem Gesetzgeber obliege.¹⁴⁹ Allerdings müsse er dabei den Grundsatz der praktischen Konkordanz beachten, der fordere, dass widerstreitende Rechtspositionen einen möglichst schonenden Ausgleich erführen.¹⁵⁰

Das Gericht minimalisierte den Konflikt zwischen positiver und negativer Glaubensfreiheit durch eine entsprechende Interpretation christlicher Werte: „Zum Christentum als Kulturfaktor gehört gerade auch der Gedanke der Toleranz für Andersdenkende.“¹⁵¹ Das Bestehen auf dem Kreuz im Klassenzimmer fiel nach dieser Interpretation allenfalls noch in den Randbereich der christlichen Glaubensfreiheit, da die erzwungene Konfrontation Andersdenkender mit christlicher Symbolik gerade nicht Teil des Christentums war. Da das Kreuz gleichzeitig den Kern der christlichen Glaubensüberzeugungen symbolisiere, würde das Festhalten am Kreuz im Klassenzimmer „die Empfindungen Andersdenkender völlig zurückdrängen.“¹⁵²

In dieser Entscheidung traf das Gericht eine Bewertung konkreter Politikziele. Dabei gab es der negativen Glaubensfreiheit gegenüber dem Ausdruck der christlichen Mehrheitsüberzeugung den Vorzug. Wie ein späteres Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu derselben Konstellation zeigt, ist die rechtliche Bewertung des Bundesverfassungsgerichts jedoch nicht zwingend.¹⁵³ Religiöse Symbole sind nicht ausschließlich religiöse Symbole, sondern auch Zeichen des kulturellen Selbstverständnisses einer Gemeinschaft.¹⁵⁴ Wenn das Gericht also christliche Toleranzgebote erörtert, fragt sich, wie weit die Toleranz von religiösen Minderheiten reichen muss, soweit die Symbole nicht gerade auf deren Ausschluss abzielen.¹⁵⁵

Die einzige weitere Entscheidung, die eine ähnliche Abwägungsstruktur aufweist wie der Kruzifix-Beschluss, beschäftigt sich ebenfalls mit religiösen Wertvorstellungen. In dieser hatte sich das Gericht mit einer Berliner Ladenöffnungsregelung für Adventssonntage auseinanderzusetzen.¹⁵⁶ Es hielt die Ladenöffnung an allen vier Adventssonntagen für nicht mit dem Grundgesetz vereinbar. Dabei führte es eine Abwägung zwischen dem aus Art. 4 I GG iVm Art. 139 WRV hergeleiteten Sonn- und Feiertagsschutz und dem Interesse an

¹⁴⁹ BVerfGE 93, 1 (22).

¹⁵⁰ BVerfGE 93, 1 (21).

¹⁵¹ BVerfGE 93, 1 (23).

¹⁵² BVerfGE 93, 1 (24).

¹⁵³ EGMR, Urt. v. 18. März 2011, Lautsi and Others v. Italy, App. No. 30814/06. S. aber auch die Kritik an der Lautsi-Entscheidung bei *Kyriasis/Tsakyrakis*, I.CON 11 (2013), 200, die argumentieren, dass die Entscheidung das staatliche Neutralitätsgebot in religiösen Fragen nicht ausreichend beachtet habe.

¹⁵⁴ *Heckel*, DVBl. 1996, 453 (482); *Höffe*, Der Staat 38 (1999), 171 (191). S. auch *Massing*, Politik als Recht, 2005, S. 233–34.

¹⁵⁵ *Stern*, Verfassungsgerichtsbarkeit, 1997, S. 29.

¹⁵⁶ BVerfGE 125, 39.

der Sonntagsöffnung durch.¹⁵⁷ Es kam dabei zu dem Schluss, dass das unternehmerische Erwerbsinteresse kein ausreichender Grund sei, um das Niveau des Sonn- und Feiertagsschutzes in erheblichem Maße abzusenken.¹⁵⁸

Auch in dieser Entscheidung nahm das Gericht damit eine Bewertung der wirtschaftspolitischen Zielsetzungen des Berliner Gesetzgebers vor. Anders als im Kruzifix-Beschluss finden sich jedoch in diesem Urteil viele der Kompromisselemente, die wir auch in der Härtefallrechtsprechung des Gerichts beobachtet haben. Bei der Frage der Sonntagsöffnung handelte es sich nicht um ein zentrales Element einer wirtschaftspolitischen Konzeption. Zudem verbot das Gericht nicht die Sonntagsöffnung insgesamt. Vielmehr wandte es sich allein gegen die Häufung an allen vier Adventssonntagen. Eine Öffnung an einzelnen Adventssonntagen sei dagegen durchaus möglich.¹⁵⁹ Insofern erlegte auch diese Entscheidung dem Gesetzgeber keine übermäßigen Kosten auf.

7. Fazit: Abwägung als Rationalitätskontrolle

Die Analyse der Abwägungsentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zeigt, dass das Gericht die Abwägung nur in seltenen Ausnahmefällen nutzt, um bei Konflikten inkommensurabler Rechtsgüter Wertentscheidungen des Gesetzgebers zu korrigieren. Entscheidungen wie der Kruzifix-Beschluss sind Ausreißer in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung. Vielmehr nimmt das Gericht in der Abwägung im Wesentlichen eine Rationalitätskontrolle vor. Diese Rationalitätskontrolle erscheint in vier Gewändern. Das Verfassungsgericht korrigiert die Zuordnung finanzieller Lasten für öffentliche Maßnahmen, stellt Konsistenzabwägungen an, überprüft die Passgenauigkeit zwischen Maßnahme und gesetzgeberischem Ziel und korrigiert Härtefälle.

Gesetzgeberische Maßnahmen haben Kosten. Diese Kosten können immateriell sein, wenn eine Maßnahme etwa bestimmten Personen Freiheitsbeschränkungen auferlegt. Oft handelt es sich jedoch um finanzielle Folgen. Diese materiellen Kosten kann der Staat entweder selbst tragen oder sie bestimmten gesellschaftlichen Gruppen zuweisen. Das Gericht greift in diesen Fällen korrigierend ein, wenn der Staat einer bestimmten Gruppe eine erhebliche finanzielle Belastung zuweist, obwohl die positiven Folgen der Maßnahme einer anderen Gruppe oder der Allgemeinheit zugute kommen. Dabei kommt es gerade nicht zu einem Konflikt inkommensurabler Rechtsgüter. Vielmehr kann die Lastenverteilung in monetären Einheiten beziffert werden. Den Gerichtsentscheidungen liegt dabei der grundsätzlich plausible Gedanke zugrunde, dass

¹⁵⁷ BVerfGE 125, 39 (90–95).

¹⁵⁸ BVerfGE 125, 39 (93–94).

¹⁵⁹ BVerfGE 125, 39 (96).

derjenige, der von einer Maßnahme im Wesentlichen profitiert, auch deren Kosten tragen sollte.

In der zweiten Fallgruppe kontrolliert das Verfassungsgericht die Passgenauigkeit zwischen Maßnahme und Ziel. Der Hauptanwendungsfall ist dabei die erweiterte Erforderlichkeitsprüfung. Bei dieser identifiziert das Gericht eine deutlich grundrechtsschonendere Alternativmaßnahme, die allerdings geringfügig weniger effektiv ist als die gesetzgeberische Maßnahme. In anderen Fällen betrachtet das Gericht Maßnahmen als unverhältnismäßig, wenn bereits die Eignung zweifelhaft ist, aber nicht ganz ausgeschlossen werden kann, oder wenn die gesetzgeberische Typisierung zu undifferenziert ist.

Bei den Konsistenzargumenten geht es in erster Linie darum, Wertungswidersprüche innerhalb der Rechtsordnung zu korrigieren. Allerdings ist die Einheit der Rechtsordnung dabei kein Selbstzweck. Vielmehr deuten Wertungswidersprüche oft darauf hin, dass der Gesetzgeber möglicherweise noch andere Ziele verfolgt hat als die, die er öffentlich angibt. Wenn er in der ZPO bei einigen Entmündigungen eine Veröffentlichung verlangt, bei anderen davon aber absieht, liegt die Vermutung nahe, dass der Schutz des Rechtsverkehrs nicht die überwiegende Motivation gewesen ist.¹⁶⁰ Stattdessen hatte der Gesetzgeber ursprünglich wohl tatsächlich die Stigmatisierung von Verschwendungs- und Trunksucht intendiert.

Schließlich nutzt das Verfassungsgericht die Abwägung zur Korrektur von Härtefällen. In diesen Fällen wendet sich das Gericht regelmäßig nur gegen einen Teil einer größeren Gesamtregelung, der einzelnen Gruppen eine besondere Härte auferlegt. Diese Korrektur von Härtefällen ist regelmäßig nicht mit signifikanten Kosten für die Politik verbunden, da Abhilfe durch die Einführung von Ausnahme- oder Übergangsregelungen geschaffen werden kann. In vielen Fällen liegt diese Härtefallkorrektur mutmaßlich sogar im Interesse der Politik, da die verfassungsgerichtlichen Entscheidungen dem politischen Prozess Informationen geben, welchen Gruppen durch eine bestimmte Regelung unzumutbare Belastungen auferlegt werden.

Wie wir im ersten Kapitel gesehen haben, geht es bei der Rationalitätskontrolle nicht allein um die Korrektur von Fahrlässigkeit im politischen Prozess.¹⁶¹ Vielmehr kann die mangelnde Rationalität einer Maßnahme auch darauf zurückzuführen sein, dass der Gesetzgeber im Gesetzgebungsverfahren nicht alle relevanten Interessen ausreichend berücksichtigt hat. So haben wir gesehen, dass drei Arten von systematischen Fehlern drohen:¹⁶² Erstens hat die Politik Anreize zur Fehlgewichtung der relevanten Interessen. Dies passiert insbesondere dann, wenn Minderheiteninteressen im politischen Prozess nicht

¹⁶⁰ Zu dem Beispiel s. oben, § 5 III 3.

¹⁶¹ S. oben, § 1 II 2 f.

¹⁶² S. oben, § 1 II 2 b, c.

ausreichend repräsentiert sind oder wenn Lobbygruppen einen überproportionalen Einfluss auf den politischen Prozess haben. Zweitens kann die Fehlgewichtung der Interessen auf falsche Stereotype zurückzuführen sein. Drittens kann es schließlich passieren, dass der Gesetzgeber über die Interessen bestimmter Gruppen nicht ausreichend informiert war.

Die in diesem Kapitel besprochenen Entscheidungen bieten Beispiele für die Erfassung eines jeden dieser Fehler im Rahmen der Verhältnismäßigkeit. Für die Korrektur von Fehlanreizen bietet das Apothekenurteil das beste Beispiel. Zwar stützte das Bundesverfassungsgericht seine Entscheidung letztlich auf Erforderlichkeits- und Konsistenzergwägungen. Es brachte aber auch deutlich zum Ausdruck, dass bei objektiven Berufszulassungsbeschränkungen die Gefahr der Klientelpolitik in Form eines Wettbewerbsschutzes der etablierten Wettbewerber besonders groß sei.¹⁶³ Mögliche Fehlanreize korrigierte das Gericht auch in der Entscheidung zu den baden-württembergischen Spielbanken.¹⁶⁴ Da keine Anhaltspunkte für ein mögliches Fehlverhalten der Spielbankenbetreiber bestanden, lag der Verdacht nahe, dass das Argument der effektiveren Kontrolle nur vorgeschoben war und es tatsächlich um fiskalische Interessen des Staates ging. Um vornehmlich fiskalische Interessen geht es auch bei den Entscheidungen der ersten Fallgruppe, in denen das Bundesverfassungsgericht die Zuordnung finanzieller Lasten korrigierte.¹⁶⁵

Falsche Stereotype korrigierte das Bundesverfassungsgerichts beispielsweise in seiner Transsexuellenentscheidung vom Dezember 2005.¹⁶⁶ Der Gesetzgeber war hier davon ausgegangen, dass die Vornamensänderung bei Transsexuellen immer nur ein Durchgangsstadium zur geschlechtsumwandelnden Operation sei. Auf Basis dieser Annahme war es folgerichtig, die Eheschließung als Indiz anzusehen, dass der Transsexuelle zu seinem ursprünglichen Geschlecht zurückgefunden habe. Die Konzeption beruhte jedoch auf der unzutreffenden Annahme, dass Transsexuelle immer eine geschlechtsumwandelnde Operation anstrebten und wurde daher vom Verfassungsgericht entsprechend korrigiert.

Beispiele für unzureichende Informationen im Gesetzgebungsverfahren bietet insbesondere die Kategorie der Härtefallkorrektur.¹⁶⁷ Die Korrektur von Informationsmängeln muss sich aber nicht zwingend immer nur auf das Gesetzgebungsverfahren beziehen. Vielmehr kann es teilweise passieren, dass ältere gesetzliche Regelungen durch gewandelte Umstände oder geänderte gesellschaftliche Wertvorstellungen keine legitime Grundlage für einen Grundrechtseingriff mehr sein können. Der Gesetzgeber hat in diesen Fällen die notwendige Gesetzesanpassung versäumt. Ein Beispiel ist etwa die Entschei-

¹⁶³ S. oben, § 5 II 1.

¹⁶⁴ S. dazu § 5 III 3.

¹⁶⁵ S. oben, § 5 III 1.

¹⁶⁶ S. oben, § 5 III 2.

¹⁶⁷ S. dazu § 5 III 4.

derung zur Anpassung des Kündigungsschutzes für Pachtverträge von Kleingärten.¹⁶⁸ Der Kündigungsschutz hatte ursprünglich dem Versorgungsschutz der Bevölkerung gedient – ein Zweck, der zum Zeitpunkt der Entscheidung jedoch seine Rechtfertigung verloren hatte.

Diese Ausführungen sollen nicht nahelegen, dass verfassungsgerichtliche Rationalitätskontrolle wertneutral ist. Richterliche Wertentscheidungen lassen sich bei der verfassungsgerichtlichen Überprüfung von Gesetzen nicht vermeiden. Zudem ist die Rationalitätskontrolle auch nicht vor Fehlern gefeit. Bei Entscheidungen unter Unsicherheit können Fehler nie ausgeschlossen werden. Allerdings zeigt diese Untersuchung, dass das Bundesverfassungsgericht in der Praxis bei der Abwägung deutlich zurückhaltender ist, als ihm von Kritikern vorgeworfen wird. Es versucht in erster Linie nicht, gesetzgeberische Wertentscheidungen zu korrigieren. Vielmehr geht es bei der Rationalitätskontrolle überwiegend um eine Korrektur systematischer Fehler des politischen Prozesses.

IV. Fazit

Im vorherigen Kapitel haben wir vier Hypothesen über die Verwendung der Abwägung als dogmatischem Instrument in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung entwickelt.¹⁶⁹ Diese Hypothesen wurden in diesem Kapitel für das Bundesverfassungsgericht im Wesentlichen bestätigt. Erstens haben wir gesehen, dass das Bundesverfassungsgericht zumindest in den ersten gut 25 Jahren seiner Existenz mit der Abwägung deutlich zurückhaltender war, wenn es Gesetze für verfassungswidrig erklärt hat, als wenn es diese bestätigt oder untergerichtliche Entscheidungen korrigiert hat.

Zweitens gibt es einen Zusammenhang zwischen dem Gebrauch der Abwägung und der institutionellen Stärke des Verfassungsgerichts. Dies gilt zumindest für die Situationen, in denen das Gericht den Gesetzgeber korrigiert hat. Gerade in der Anfangszeit seiner Rechtsprechung hat das Bundesverfassungsgericht die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes nur selten auf die Abwägung gestützt, während die Abwägung nach 1978 zum zentralen methodischen Instrument der Grundrechtsrechtsprechung wurde – auch bei der Korrektur des Gesetzgebers.

Diese Entwicklung im Gebrauch der Figur der Abwägung korreliert mit der Zunahme der institutionellen Stärke des Bundesverfassungsgerichts. Gerade in den 1950er Jahren musste sich das Gericht mehrfach gegen Angriffe der Politik behaupten und seine institutionelle Stellung erst etablieren und konsolidieren. Sicherlich lässt die bloße Korrelation der beiden Entwicklungen noch nicht au-

¹⁶⁸ S. oben, § 5 III 3.

¹⁶⁹ S. oben, § 4 I 2.

tomatisch darauf schließen, dass beide kausal miteinander verknüpft sind. Allerdings ist zumindest plausibel, dass die Zunahme der Abwägungstätigkeit auf der Stärkung der institutionellen Stellung des Verfassungsgerichts beruht. Um tatsächlich von einem kausalen Zusammenhang ausgehen zu können, bedürfte es allerdings noch weiterer, quantitativ-statistischer Analysen.

Der für die Leitfrage dieser Arbeit wichtigste Befund ist allerdings, dass das Bundesverfassungsgericht selbst in der Phase nach 1978 die Abwägung nicht in erster Linie zur Korrektur gesetzgeberischer Wertentscheidungen genutzt hat. Vielmehr hat die Verwendung der Abwägung durch das Verfassungsgericht den Charakter einer Rationalitätskontrolle, mit der das Gericht systematischen Fehlern des Gesetzgebungsverfahrens entgegenzuwirken versucht. So dient die Abwägung vor allem der Zuordnung finanzieller Lasten, der Kontrolle der Passgenauigkeit zwischen gesetzlicher Maßnahme und gesetzgeberischem Ziel, der Konsistenzprüfung sowie der Korrektur von Härtefällen. Darüber hinaus wägt das Gericht teilweise bei der Korrektur von strafprozessrechtlichen Maßnahmen ab. Damit schützt es eine gesellschaftliche Gruppe, die im Gesetzgebungsverfahren regelmäßig unterrepräsentiert ist. Demgegenüber sind Entscheidungen wie der Kruzifix-Beschluss in der Gesamtschau der Rechtsprechung eine Ausnahme geblieben.

Kapitel 6

Substantielle Argumente neben der Abwägung

Im letzten Kapitel haben wir gesehen, dass das Bundesverfassungsgericht erst nach gut 25 Jahren begonnen hat, die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen auf die Abwägung zu stützen. Doch selbst nach 1978 war die Unangemessenheit nie in mehr als 37 % der Entscheidungen das ausschlaggebende Argument für die Verfassungswidrigkeit.¹ Vielmehr hat sich das Verfassungsgericht oft neben der Abwägung auf andere substantielle Erwägungen gestützt.

Eine nähere Analyse dieser Argumente ist vor allem aus zwei Gründen von Interesse. Zum einen soll untersucht werden, ob das Bundesverfassungsgericht, wenn es seine Entscheidung nicht auf die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne stützt, allein die explizite Abwägung vermeidet. So wird insbesondere die Erforderlichkeitsprüfung oft als Einfallstor für implizite Abwägungen angesehen.² Insofern könnte es sein, dass sich das Verfassungsgericht bei der expliziten Abwägung zurückhält, aktivistische Tendenzen sich aber gleichzeitig in anderen Argumentationsformen widerspiegeln.

Zum anderen lassen sich einige Argumentationsformen nicht trennscharf von der Abwägung unterscheiden. Einige Argumente – wie etwa Konsistenz- oder Gleichheitserwägungen – werden teilweise als Hilfsargumente in der Abwägung herangezogen.³ Andere beinhalten eine Abwägung ausdrücklich. So führt das Bundesverfassungsgericht beispielsweise bei Vertrauensschutzfragen oft eine Abwägung durch.⁴ Gleichzeitig tauchen Vertrauensschutzerwägungen oft auch in der Verhältnismäßigkeit auf, wenn das Gericht Gesetze für unverhältnismäßig hält, weil das schutzwürdige Vertrauen einzelner Betroffener nicht ausreichend berücksichtigt worden sei.

Schließlich soll in diesem Abschnitt auf zwei substantielle Argumentationsformen im Rahmen der Freiheitsrechte eingegangen werden, die von der Verhältnismäßigkeit unabhängig sind. Zum einen sind dies kategoriale Argumente. Bei kategorialen Argumenten setzt das Gericht staatlichem Handeln absolute

¹ S. oben, Tabelle 5.1.

² S. *Weiler*, in: ders. (Hg.), *Common Law of International Trade*, 2000, 201 (222); weiterhin *Ely*, *Harv. L. Rev.* 88 (1975), 1482 (1485), dem zufolge eine Maßnahme nie allein eine Pareto-optimale Verbesserung herbeiführt, sondern immer in irgendeiner Form zusätzliche Kosten impliziert.

³ S. dazu bereits oben, § 5 III 3.

⁴ S. dazu oben, § 4 II 2 c aa.

Grenzen. Diese leitet es entweder aus der Menschenwürde oder aus grundrechtlichen Kernbereichen her. Allerdings ist der Rekurs auf kategoriale Argumente zumindest bei der Verwerfung von Gesetzen eine neue Erscheinung, die im Wesentlichen erst Anfang der 2000er Jahre eingesetzt hat. Auch nach 2000 hat das Gericht nur in wenigen, dafür aber zentralen Urteilen auf die Menschenwürde als Argument zurückgegriffen.

Zum anderen hat sich das Verfassungsgericht vor allem in den 1990er und 2000er Jahren in einigen Urteilen auf einen stark deduktiven Argumentationsstil gestützt. In diesen Urteilen hat es aus dem Grundgesetz normative Vorgaben abgeleitet. Auch hier enthält sich das Gericht einer Verhältnismäßigkeitsprüfung. Die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes ergibt sich bereits aus der Divergenz des überprüften Gesetzes und der aus der Verfassung abgeleiteten normativen Standards.

Bei der Diskussion der einzelnen Argumentationsstrategien des Verfassungsgerichts werden wir sehen, dass diese überwiegend der Rationalitätskontrolle des Gesetzgebers dienen. Eine Ausnahme bilden lediglich die beiden letztgenannten Argumentationsformen. Diese haben einen deutlich stärker dezisionistischen Charakter als die Erwägungen, die regelmäßig innerhalb der Verhältnismäßigkeit angewandt werden.

I. Legitimer Zweck

Das Bundesverfassungsgericht erklärt Gesetze nur selten für verfassungswidrig, weil diese keinen legitimen Zweck verfolgen.⁵ Allerdings gibt es vereinzelte Entscheidungen, die auf das Fehlen eines legitimen Zwecks gestützt wurden.⁶

⁵ S. etwa *Engel*, in: Brugger u.a. (Hg.), *Gemeinwohl*, 2002, 103 (142–48) für eine positive Rekonstruktion der vom Bundesverfassungsgericht tatsächlich anerkannten legitimen Zwecke.

⁶ S. BVerfGE 19, 206 (216) (Ausdehnung der Kirchensteuerpflicht auf Körperschaften, Personengesellschaften und Vermögensmassen im Geltungsbereich des badischen Kirchensteuergesetzes); 19, 226 (237–39) (Kirchensteuerpflicht für Ehepartner von Kirchenmitgliedern, auch wenn die Ehepartner selbst nicht Kirchenmitglieder waren); 19, 242 (247) (Halbteilung des Einkommens bei der Berechnung der Kirchensteuer, selbst wenn der Ehegatte mit dem höheren Einkommen nicht Kirchenmitglied ist); 20, 150 (157, 159) (Sammlungsgesetz der NSDAP, das die Sammlung von Spenden unter Genehmigungsvorbehalt stellt); 36, 146 (163) (Eheverbot der Geschlechtsgemeinschaft); 38, 61 (100–01) (Unbegründete Ausnahme für die Beförderung von Mischfuttermitteln in Spezialtankwagen von der Besteuerung des Güterfernverkehrs); 61, 358 (375–82) (Ausschluss der gemeinsamen elterlichen Sorge nach Scheidung, selbst wenn beide Elternteile die gemeinsame Sorge wünschen); 71, 183 (198–200) (Verbot, demzufolge ein von einem Arzt geleitetes Sanatorium neben dem Hauptindikationsgebiet weder weitere Indikationsgebiete noch Behandlungsmethoden angeben darf); 84, 168 (181) (Ausschluss der gemeinsamen elterlichen Sorge bei unehelichen Kindern); 95, 193 (212–13) (Automatische Einordnung von DDR-Hochschullehrern als wissenschaftliche Mitarbeiter, selbst wenn diesen die Qualifikation zum Professor bescheinigt wurde).

Die Anerkennung eines legitimen Zwecks versagt das Gericht in der Regel dann, wenn der Verdacht besteht, dass mit einer gesetzlichen Regelung Partikularinteressen ohne Gemeinwohlbezug verfolgt werden. So erklärte das Gericht in drei Entscheidungen aus dem Jahr 1965 Regelungen für verfassungswidrig, die Kirchen erlaubten, Steuern auch von Bürgern einzuziehen, die nicht Mitglieder der Kirche waren.⁷ In einer der Entscheidungen ging es dabei um die Erhebung von Kirchensteuern gegenüber juristischen Personen mit Grundstücken im Geltungsbereich des Kirchensteuergesetzes.⁸ In den anderen beiden Entscheidungen beschäftigte sich das Gericht mit der Steuerpflicht von Personen, deren Ehegatten einer Religionsgemeinschaft angehörten. In allen drei Fällen entschied das Gericht, dass der Staat Religionsgemeinschaften keine hoheitlichen Befugnisse gegenüber Nichtmitgliedern verleihen dürfe.⁹ Die Ausdehnung der kirchlichen Steuerbefugnisse auf Nichtmitglieder sei mit dem grundgesetzlichen Gebot der religiösen und weltanschaulichen Neutralität nicht zu vereinbaren.¹⁰

In einer Entscheidung aus dem Jahr 1974 befasste sich das Verfassungsgericht mit der Besteuerung des Güterfernverkehrs, mit dem der Gesetzgeber eine Eindämmung des Werkfernverkehrs zum Schutz der Bundesbahn beabsichtigte.¹¹ Das Gericht hielt dieses Ziel grundsätzlich für gerechtfertigt.¹² Allerdings wandte es sich gegen eine Ausnahmeregelung, die die Beförderung von Mischfuttermitteln in Spezialtankwagen von der Besteuerung befreite. Für eine solche Besserstellung gebe es keinen einleuchtenden Grund.¹³ Auch im Gesetzgebungsverfahren sei für die Regelung, die durch den Bundestag nachträglich in den Regierungsentwurf eingefügt worden sei, keine Rechtfertigung angeführt worden.¹⁴

In anderen Entscheidungen befasste sich das Gericht mit Maßnahmen, die vor allem auf falschen Stereotypen und spezifischen moralischen Wertvorstellungen beruhten.¹⁵ So erklärte es in einer Entscheidung vom November 1973 ein Eheverbot für verfassungswidrig, dem zufolge eine Ehe untersagt war, wenn einer der Partner eine sexuelle Beziehung mit einem der Vorfahren des anderen Partners hatte.¹⁶ In dem konkreten Fall sah sich die Beschwerdefüh-

⁷ BVerfGE 19, 206; 19, 226; 19, 242.

⁸ BVerfGE 19, 206.

⁹ BVerfGE 19, 206 (216); 19, 226 (237–39); 19, 242 (247).

¹⁰ BVerfGE 19, 206 (216).

¹¹ BVerfGE 38, 61.

¹² BVerfGE 38, 61 (87).

¹³ BVerfGE 38, 61 (100).

¹⁴ BVerfGE 38, 61 (101).

¹⁵ Vgl. auch *Kumm*, L. & Eth. Hum. Rts. 4 (2010), 141 (159), dem zufolge es oft Maßnahmen, die Vorurteile gegen bestimmte gesellschaftliche Gruppen reflektieren, an einem legitimen Zweck fehlt.

¹⁶ BVerfGE 36, 146.

lerin durch das Verbot gehindert, einen Mann zu heiraten, der mehrere Jahre eine sexuelle Beziehung mit ihrer Mutter gehabt hatte. Aus dieser Beziehung waren zwei Kinder – Halbgeschwister der Beschwerdeführerin – hervorgegangen. Das Verfassungsgericht argumentierte, dass sich für das Eheverbot keine rationalen Gründe finden ließen.¹⁷ Diesem lägen vor allem religiös-kirchliche Moralvorstellungen zugrunde, die in einer säkularen Verfassungsordnung nicht als Rechtfertigung für eine Freiheitsbeschränkung herangezogen werden dürften.

II. Geeignetheit und Erforderlichkeit

Das Bundesverfassungsgericht hat eine beträchtliche Zahl von Gesetzen an der Geeignetheit oder der Erforderlichkeit scheitern lassen.¹⁸ Kern der Geeignetheits- und Erforderlichkeitsprüfung ist in der Regel die Überprüfung der empirischen Einschätzung des Gesetzgebers. Die Geeignetheitsprüfung dreht sich um die Frage, ob die gesetzgeberische Maßnahme das identifizierte Gemeinwohlinteresse in irgendeiner Weise fördert. Die Erforderlichkeitsprüfung besteht aus zwei Schritten. Zum einen muss das Gericht eine grundrechtsschonendere Maßnahme identifizieren. Zum anderen muss es prüfen, ob diese zur Förderung des Ziels mindestens ebenso effektiv ist wie die vom Gesetzgeber ergriffene. In diesem Abschnitt sollen drei Punkte näher beleuchtet werden. Erstens werden wir analysieren, wie das Verfassungsgericht in diesem Zusammenhang mit empirischer Unsicherheit umgeht. Zweitens wird untersucht, in welchem Maße das Gericht im Rahmen der Erforderlichkeit eine implizite Abwägung vornimmt. Drittens soll schließlich ein Fazit gezogen werden: Dabei werde ich argumentieren, dass die Geeignetheit und die Erforderlichkeit vor allem der Rationalitätskontrolle des Gesetzgebers dienen.

¹⁷ BVerfGE 36, 146 (163).

¹⁸ S. BVerfGE 7, 320 (325–26); 7, 377 (419–23, 440–41); 9, 39 (52–55); 11, 30 (46–47); 11, 168 (188); 12, 144 (148–50); 17, 269 (277, 279–80); 17, 306 (316); 19, 330 (339–340); 21, 261 (268–70); 21, 271 (283); 30, 1 (31–32); 30, 227 (245–46); 30, 336 (354–55); 34, 71 (79–81); 36, 47 (60, 63); 40, 371 (383); 41, 378 (396–97); 50, 265 (277–78); 53, 135 (145–46); 54, 301 (317–22); 55, 159 (166); 57, 361 (387–88); 59, 302 (322–23); 63, 88 (116–17); 63, 131 (146); 69, 209 (218); 74, 297 (337); 75, 284 (296–97); 79, 256 (272); 81, 242 (263); 90, 263 (272); 91, 1 (35–36); 92, 158 (181–82); 93, 362 (371); 94, 372 (392–93); 98, 17 (42–43); 99, 341 (354); 101, 54 (85, 91); 101, 106 (128); 102, 197 (217–18); 103, 1 (13–17); 104, 357 (365); 106, 181 (195); 107, 186 (198–204); 108, 150 (167–68); 115, 1 (17); 127, 132 (155–62).

1. Empirische Unsicherheit

Die Geeignetheits- und die Erforderlichkeitsprüfung beinhalten immer Prognosen. Wir haben gesehen, dass sich Gerichte mit empirischer Unsicherheit schwer tun.¹⁹ Das Bundesverfassungsgericht wählt für den Umgang mit Unsicherheit verschiedene Strategien. In der Regel nimmt das Gericht eine eigene Einschätzung vor.²⁰ Dies ist in vielen Fällen unproblematisch. Nicht jede Beurteilung gesetzgeberischer Maßnahmen beinhaltet komplexe sozialwissenschaftliche Prognosen. Vielmehr handelt es sich oft um überschaubare Sachverhalte.

So erklärte das Verfassungsgericht in einer Entscheidung aus dem Jahr 1976 eine örtliche Beschränkung der Vertretungsbefugnis für Wehrdienstverweigerer für verfassungswidrig.²¹ Die örtliche Beschränkung sollte eine effektive Kontrolle der Rechtsbeistände durch die Justizverwaltung sichern. Allerdings sah das Gericht die Maßnahme als nicht erforderlich an, da Pflichtwidrigkeiten während der Verhandlungen dem Gerichtspräsidenten am Ort des Geschäftsitzes mitgeteilt werden könnten.²² Die Vornahme der Einschätzung durch das Verfassungsgericht erscheint hier unproblematisch, da die Entscheidung keine komplexe Prognose erforderte. In Fällen mit komplexeren Sachverhalten stützt sich das Gericht bei seiner Prognose teilweise explizit auf Sachverständige oder einschlägige Fachliteratur.²³

Gerade bei landesrechtlichen Regelungen zog das Gericht in einigen Urteilen einen Vergleich mit anderen Bundesländern oder gar Staaten heran, um zu zeigen, dass Regulierungen zur Bekämpfung bestimmter Gefahren nicht erforderlich sind.²⁴ So hat das Gericht im Apothekenurteil die Situation in Bayern mit der der Schweiz verglichen, um zu demonstrieren, dass das Apothekenwesen auch ohne Zugangsregulierung keinen wirtschaftlichen Zusammenbruch befürchten müsse.²⁵ Ähnlich argumentierte das Gericht in einem Urteil vom Dezember 2000, in dem es landesrechtliche Regelungen zur Singularzulassung von Anwälten an Oberlandesgerichten kippte.²⁶ Zur Rechtfertigung der Singularzulassung war von den betroffenen Ländern vor allem die Qualität der Rechtspflege angeführt worden. Das Verfassungsgericht beschäftigte sich mit den angeführten Punkten im einzelnen und urteilte, dass die Singularzulassung zur Qualitätssicherung nicht erforderlich sei.²⁷ Zur Unterstützung dieses Ar-

¹⁹ S. oben, § 2 II 2.

²⁰ S. dazu auch *Lepsius*, JZ 2005, 1 (2).

²¹ BVerfGE 41, 378.

²² BVerfGE 41, 378 (396–97).

²³ S. bspw. BVerfGE 7, 377; 11, 30; 115, 1.

²⁴ BVerfGE 7, 377 (415–16); 94, 372 (392); 103, 1 (17).

²⁵ BVerfGE 7, 377 (415–16).

²⁶ BVerfGE 103, 1.

²⁷ BVerfGE 103, 1 (11–16).

guments griff das Gericht auf die Erfahrung in Bundesländern zurück, in denen die Möglichkeit der Simultanzulassung bestand. Auch in diesen Ländern seien bisher keine Defizite in der Rechtspflege zu beobachten gewesen.²⁸

In vielen Entscheidungen greift das Gericht auf Kohärenzargumente zurück, um seine empirischen Einschätzungen zu stützen.²⁹ Mit diesen Kohärenzargumenten zeigt das Gericht, dass der Gesetzgeber bei vergleichbaren Gefahren in anderen Bereichen ohne oder mit einer weniger einschneidenden Regulierung auskomme. Ein Beispiel ist der Beschluss des Gerichts zum Impfstoffversandverbot vom November 2003.³⁰ Die angegriffene Regelung verbot den Verkauf von Vorsorgeimpfstoffen an Ärzte im Versandhandel. Das Verfassungsgericht entschied, dass das Versandverbot für den Gesundheitsschutz nicht erforderlich sei. Dabei stützte es sich unter anderem auf ein Konsistenzargument. Es stellte fest, dass der Versand von Schutzimpfungen erlaubt, der von Vorsorgeimpfungen allerdings verboten sei, ohne dass ein ausreichender Grund für die Differenzierung erkennbar sei.³¹ Vielmehr sei die gesetzgeberische Gefahreinschätzung „nicht schlüssig, wenn identischen Gefährdungen in denselben oder in anderen, aber dieselbe Materie betreffenden Gesetzen unterschiedliches Gewicht beigegeben“ werde.³²

Teilweise greift das Verfassungsgericht auch auf historische Kohärenzargumente zurück. Dies gilt vor allem bei Gesetzesänderungen. Wenn der Gesetzgeber Neuregelungen erlässt, die stärker in Grundrechte eingreifen als die bisherige Regelung, muss er rechtfertigen, warum die bisherigen Regelungen zur Regulierung des Problems nicht ausreichend waren. Wenn ihm eine solche Rechtfertigung nicht gelingt, wird die Neuregelung zumeist als nicht erforderlich angesehen. Ein Beispiel ist eine Entscheidung zur Einführung einer örtlichen Beschränkung der anwaltlichen Postulationsfähigkeit in den neuen Bundesländern.³³ Der Gesetzgeber hatte diese Regelung vor allem mit dem Konkurrenzschutz ostdeutscher Anwälte gegen westdeutsche Kanzleien begründet. Das Verfassungsgericht stellte jedoch fest, dass die vorher geltende Übergangsregelung, die die Postulationsfähigkeit auf die neuen Bundesländer beschränkt, aber keinen Unterschied zwischen den einzelnen Oberlandesgerichten gemacht hatte, zur Erreichung dieses Zwecks vollkommen ausreichend gewesen sei.³⁴

Das Bundesverfassungsgericht verfolgt bei empirischen Prognoseentscheidungen einen relativ pragmatischen Ansatz. In den meisten Urteilen nimmt es

²⁸ BVerfGE 103, 1 (17).

²⁹ S. BVerfGE 7, 377 (429–30); 9, 39 (53); 17, 306 (316); 19, 330 (341); 50, 265 (275–77); 54, 301 (321–22); 63, 131 (146); 69, 209 (219); 75, 284 (300–02); 93, 362 (371); 98, 17 (42–43); 99, 341 (354); 106, 181 (194–95); 107, 186 (198).

³⁰ BVerfGE 107, 186.

³¹ BVerfGE 107, 186 (198).

³² BVerfGE 107, 186 (197).

³³ BVerfGE 93, 362.

³⁴ BVerfGE 93, 362 (371).

die Prognose eigenständig vor. Teilweise zieht es dabei unterstützend die Expertise von Sachverständigen heran, greift auf Kohärenzargumente zurück, oder zieht Vergleiche zu Regelungen in anderen Ländern. Eine Systematik lässt sich dabei nicht erkennen. Allerdings liegt dies wohl in der Natur der Sache. Wir haben gesehen, dass es bisher nicht gelungen ist, abstrakte Grenzen des gesetzgeberischen Einschätzungsspielraums zu definieren,³⁵ so dass der pragmatische Ansatz des Gerichts nicht weiter überraschen sollte.

2. Implizite Abwägung

In der rechtswissenschaftlichen Literatur ist bereits öfter dargelegt worden, dass Gerichte, selbst wenn sie sich explizit auf die fehlende Erforderlichkeit stützen, oft implizit abwägen.³⁶ Das Bundesverfassungsgericht macht hier keine Ausnahme. Auch in seiner Rechtsprechung finden sich Urteile, in denen das Gericht in der Erforderlichkeitsprüfung implizit abwägt. Teilweise liegt das daran, dass der Unterschied in der Effektivität der beiden alternativen Maßnahmen vom Gericht als so minimal eingeschätzt wird, dass es diesem keine größere Bedeutung zumisst.

Ein Beispiel ist die Entscheidung zum Verbot von Schokoladenimitationen vom Januar 1980.³⁷ In dieser urteilte das Gericht, dass ein absolutes Verkehrsverbot von Produkten, bei denen Verwechslungsgefahr mit Schokolade bestehe, die Berufsfreiheit verletze. Denn ein vollständiges Verbot sei nicht erforderlich. Das Regelungsziel, der Schutz von Verbrauchern vor einer Verwechslungsgefahr, lasse sich auch mit einem Kennzeichnungsgebot erreichen.³⁸ Allerdings sind Kennzeichnungsgebote nie ebenso effektiv wie Totalverbote.³⁹ Es gibt Verbraucher, die beim Kauf auf die Kennzeichnung nicht achten. Bei diesen besteht durchaus die Gefahr der Irreführung.⁴⁰ Ein Totalverbot wäre in dieser Hinsicht also effektiver. Damit enthielt das Erforderlichkeitsargument eine implizite Abwägung. Das Verfassungsgericht hielt den Unterschied in der Effektivität nicht für ausreichend gewichtig, um ein Totalverbot rechtfertigen zu können.

³⁵ S. oben, § 3.

³⁶ Weiler, in: ders. (Hg.), *Common Law of International Trade*, 2000, 201 (222); Grimm, *U. Toronto L.J.* 57 (2007), 383 (394); *Stone Sweet/Mathews*, *Col. J. Transnat'l L.* 47 (2008), 73 (164).

³⁷ BVerfGE 53, 135.

³⁸ BVerfGE 53, 135 (146).

³⁹ Weiler, in: ders. (Hg.), *Common Law of International Trade*, 2000, 201 (222); Haltern, *Europarecht*, 2. Aufl. 2007, Rn. 1645.

⁴⁰ Das Gericht sieht diesen Punkt zwar, entgegnet aber ohne weitere Begründung, dass dies „nicht zu der Annahme [berechtigt], daß zum Schutz des ‚flüchtigen‘ Verbrauchers ein grundsätzliches Verkehrsverbot jeder Art der in § 14 Nr. 2 KakaoVO bezeichneten Lebensmittel erforderlich wäre.“ [BVerfGE 53, 135 (146)].

Auch bei Prognoseentscheidungen nimmt das Verfassungsgericht oft eine implizite Abwägung vor. Ein Beispiel ist die Kassenarztentscheidung vom März 1960.⁴¹ In dieser hatte sich das Gericht mit einer Beschränkung der Kassenarztzulassung auseinanderzusetzen. Danach durften in einem Zulassungsbezirk nicht mehr als ein Arzt pro 500 Krankenkassenmitglieder zugelassen werden. Da zum Zeitpunkt der Entscheidung 80 % der Bevölkerung gesetzlich krankenversichert waren, hatte die Kassenarztzulassung eine enorme wirtschaftliche Bedeutung: Sie ermöglichte den Ärzten den Zugang zum Großteil ihrer potentiellen Patienten.

Der Bundesregierung zufolge sollte die Beschränkung der Kassenarztzulassung ein unkontrollierbares Überangebot staatlicher Leistungen verhindern, das zu einem scharfen Konkurrenzkampf hätte führen und damit den Bestand der Krankenkassen hätte gefährden können.⁴² Das Verfassungsgericht sichtete das empirische Material und kam zu der Schlussfolgerung, dass die Annahmen der Bundesregierung unzutreffend seien:⁴³ Eine unbeschränkte Kassenzulassung würde die Existenz der bereits zugelassenen Kassenärzte nicht gefährden. Zudem führe sie auch nicht zu einer unzumutbaren Mehrbelastung der Krankenkassen.⁴⁴ Daher sei „nicht ersichtlich, daß [die angeführten] Gründe eine Aufrechterhaltung der Zulassungsbeschränkung *erfordern*.“⁴⁵ Das Kassenarzturteil ist kein Einzelfall. Vielmehr findet man vergleichbare Argumentationen auch in anderen Urteilen des Gerichts, die sich mit Marktzutrittsregulierungen beschäftigen.⁴⁶

Die Argumentation des Gerichts erweckt in diesen Fällen den Anschein, als handele es sich um eine Entscheidung unter sicheren Umweltbedingungen. Wenn der Markt die von der Bundesregierung angestrebten Ziele bereits effektiv regeln kann, wären die staatlichen Zutrittsbeschränkungen in der Tat nicht erforderlich. Sobald wir jedoch empirische Unsicherheit in die Gleichung einstellen, wird aus dem Erforderlichkeitsargument eine implizite Abwägung. Selbst wenn nur geringe Zweifel an der Selbstregulierungsfähigkeit des Marktes bestehen, stellt sich die Frage nach den gesellschaftlichen Risikopräferenzen.⁴⁷ Es wurden daher letztlich die Kosten der Marktzugangsbeschränkung für Kassenärzte gegen den Nutzen abgewogen, selbst geringe Restrisiken auszuschalten.

⁴¹ BVerfGE 11, 30.

⁴² BVerfGE 11, 30 (37).

⁴³ BVerfGE 11, 30 (45–46).

⁴⁴ BVerfGE 11, 30 (46–47).

⁴⁵ BVerfGE 11, 30 (47) (Hervorhebung hinzugefügt).

⁴⁶ S. nur BVerfGE 7, 377 (419–41) (Zulassungsbeschränkung für die Errichtung von Apotheken); 9, 39 (52–55) (Mindestabsatzmenge im Handel mit Milch); 11, 168 (188) (TaxikonzeSSIONen); 12, 144 (148–50) (Kassenzulassung für Zahnärzte); 17, 269 (277–80) (Verkauf von Medikamenten durch Reisevertreter); BVerfGE 19, 330 (339–40) (Sachkundenachweis für Einzelhändler); 21, 261 (268–70) (Arbeitsvermittlungsmonopol).

⁴⁷ *Haltern*, Europarecht, 2. Aufl. 2007, Rn. 1646.

3. Geeignetheit und Erforderlichkeit als Rationalitätskontrolle

Von einigen rechtswissenschaftlichen Autoren ist die Erforderlichkeitsprüfung als juristische Ausprägung der Pareto-Effizienz verstanden worden.⁴⁸ Ein Gleichgewicht ist Pareto-effizient, wenn kein Beteiligter besser gestellt werden kann, ohne dass ein anderer Beteiligter schlechter gestellt wird. Ebenso enthält die Erforderlichkeitsprüfung die Forderung, dass es keine andere Maßnahme gibt, die den Grundrechtsträger geringer belastet und gleichzeitig das gesetzgeberische Ziel nicht in geringerem Maße verfolgt. In der Theorie ist dieser Vergleich bestechend. In der Praxis haben wir jedoch gesehen, dass auch das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung oft nicht ohne eine implizite Abwägung auskommt.

Es scheint daher treffender, die Rechtsprechungspraxis zur Geeignetheits- und Erforderlichkeitsprüfung als Rationalitätskontrolle des Gesetzgebers zu charakterisieren.⁴⁹ Sie ist insofern mit der Kontrolle der Passgenauigkeit vergleichbar, die das Gericht in der Abwägung durchführt. Wie in der Abwägung dient auch die Rationalitätskontrolle in der Geeignetheit und Erforderlichkeit mehreren Zielen. Sie kann handwerkliche Fehler oder Informationsdefizite des Gesetzgebers korrigieren, gleichzeitig aber auch Regelungen kassieren, die auf einem übermäßigen Einfluss von Lobbygruppen beruhen oder die Interessen von Minderheiten außer Acht lassen. Die Stufe, auf der das Verfassungsgericht diese Prüfung durchführt, erscheint dabei zweitrangig.⁵⁰ Wichtig ist vielmehr die Charakterisierung dessen, was das Gericht macht. Insofern wägt das Gericht oft auch im Rahmen der Erforderlichkeit ab. Allerdings findet diese Abwägung in einem sehr begrenzten Rahmen statt.

III. Vertrauensschutzargumente

Das Bundesverfassungsverfassungsgericht hat in verschiedenen Entscheidungen auf Vertrauensschutzwägungen zurückgegriffen. Anfangs hat es den Vertrauensschutz überwiegend im Rechtsstaatsprinzip lokalisiert.⁵¹ Dabei hat es vor allem Gesetze für verfassungswidrig erklärt, die nachträglich neue Rechts-

⁴⁸ Sieckmann, Regelmodelle, 1990, S. 224–25; Alexy, Ratio Juris 16 (2003), 131 (135); v. Aaken, Rational Choice, 2003, S. 329; Rivers, Cambridge L.J. 65 (2006), 174 (198); Cohen-Eliya/Porat, I.CON 8 (2010), 263 (268); Sartor, German L. J. 14 (2013), 1419 (1448).

⁴⁹ Ähnlich auch Beatty, Am. J. Comp. L. 44 (1996), 131 (136).

⁵⁰ S. Möller, I.CON 10 (2012), 709 (714–15).

⁵¹ S. BVerfGE 2, 380 (403); 13, 206 (213); 13, 261 (270–71); 15, 167 (209); 18, 429 (439); 24, 75 (97–103); 30, 367 (385–91); 31, 94 (99); 51, 356 (362–68); 72, 200 (255–63); 116, 96 (133–34); 127, 1 (21–25); 127, 31 (49–56); 127, 61 (78–85); 132, 302 (329–33); 133, 143 (158–61).

folgen an bereits abgeschlossene Tatbestände geknüpft haben.⁵² So verletzen rückwirkende Steuergesetze,⁵³ die rückwirkende Änderung einer vorteilhaften Eingruppierung von Beamten⁵⁴ oder eine rückwirkende Verschärfung der Voraussetzung für einen Erstattungsanspruch gegen Staat⁵⁵ jeweils das Rechtsstaatsprinzip.

In einigen Entscheidungen stellte das Gericht jedoch unabhängig von einer Rückwirkung allgemein auf den Vertrauensschutz ab. So erklärte es etwa im Juli 1953 eine Regelung für verfassungswidrig, die dem Innenminister Nordrhein-Westfalens erlaubte, rechtskräftige Entscheidungen über die Gewährung einer Haftentschädigung zu überprüfen und zu revidieren.⁵⁶ Das Gericht argumentierte, dass der förmliche Abschluss des Haftentschädigungsverfahrens einen Vertrauenstatbestand schaffe. Könne die Haftentschädigung durch den Minister nachträglich revidiert werden, verletze dies die unter dem Rechtsstaatsprinzip gewährleistete Rechtssicherheit.⁵⁷

Seit Anfang der 1970er Jahre hat das Verfassungsgericht auch im Rahmen der Grundrechtsprüfung viele Entscheidungen auf Vertrauensschutzerwägungen gestützt.⁵⁸ In diesen Entscheidungen hat das Gericht regelmäßig keinen Anstoß am gesetzgeberischen Ziel der Maßnahme genommen. Es forderte vom Gesetzgeber lediglich Übergangsregelungen für Personengruppen, die auf Grundlage der Altregelung Dispositionen getroffen hatten und durch die Änderung der Rechtslage besonders hart betroffen waren.⁵⁹ Ein Beispiel ist eine Entscheidung zur Änderung der Ruhestandsregelung für Lehrer.⁶⁰ Der rheinland-pfälzische Gesetzgeber hatte den Ruhestand für Lehrer um ein Jahr vorverlegt. Das Verfassungsgericht beanstandete die Vorverlegung grundsätzlich nicht. Es urteilte aber, dass der Gesetzgeber eine Übergangsregelung für Lehrer hätte schaffen müssen, die unmittelbar vor der Pensionierung standen.

⁵² Zur Rückwirkungsdogmatik des BVerfG s. oben, § 4, Fn. 77, und begleitenden Text.

⁵³ BVerfGE 13, 206 (213); 13, 261 (270–71); 72, 200 (255–63); 127, 31 (49–56); 127, 61 (78–85); 132, 302 (329–33).

⁵⁴ BVerfGE 15, 167 (209).

⁵⁵ BVerfGE 24, 75 (97–103).

⁵⁶ BVerfGE 2, 380.

⁵⁷ BVerfGE 2, 380 (403).

⁵⁸ BVerfGE 31, 275 (293), 32, 1 (28); 43, 242 (288); 43, 291 (393–94); 51, 193 (218); 68, 272 (284–86); 71, 1 (12–15); 71, 255 (272–75); 72, 9 (23–25); 85, 360 (378–79); 86, 81 (88); 98, 265 (309–11); 100, 1 (51); 113, 273 (306–09); 128, 326 (399–400). S. auch *Kirchhof*, *StuW* 77 (2000), 221 (229–31), für den Vertrauensschutzerwägungen immer an konkrete grundrechtliche Garantien geknüpft sind.

⁵⁹ Etwas anders liegt die Konstellation lediglich im Urteil zum Europäischen Haftbefehl, das der zweite Senat ebenfalls auf Vertrauensschutzerwägungen gestützt hat. Hier verlangte dieser vom Gesetzgeber Vorkehrungen dafür, dass deutsche Staatsangehörige, die auf deutschem Boden handeln, nicht für unerwartete Fernwirkungen in anderen Rechtsordnungen strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden können, BVerfGE 113, 273 (306–09).

⁶⁰ BVerfGE 71, 255.

Dadurch sollte diesen ausreichend Zeit gegeben werden, sich auf ihren Ruhestand einzustellen.⁶¹

Wenn das Gericht eine Entscheidung auf Vertrauensschutzerwägungen stützt, enthält es sich in der Regel nicht einer Abwägung.⁶² Soweit der Gesetzgeber in der Grundrechtsprüfung auf Vertrauensschutzargumente zurückgreift, ist Vertrauensschutz grundsätzlich ein Faktor in der Angemessenheitsprüfung. Aber auch im Rahmen des Rechtsstaatsprinzips nimmt das Gericht regelmäßig eine Abwägung vor. Regelungen, die neue Rechtsfolgen an bereits abgeschlossene Tatbestände knüpfen, können etwa dann gerechtfertigt sein, wenn zwingende Belange des Gemeinwohls eine Rückwirkung erfordern.⁶³ Auf der anderen Seite führt das Gericht bei der sogenannten unechten Rückwirkung eine Abwägung zwischen dem schutzwürdigen Vertrauen der Betroffenen und den Interessen des Allgemeinwohls an einer möglichst schnellen und einheitlichen Einführung der Regelung durch.⁶⁴

Allerdings ist der Anwendungsbereich der Abwägung beschränkt. Das Verfassungsgericht stellt bei Vertrauensschutzerwägungen nicht das gesetzgeberische Ziel als solches in Frage, sondern allein den Zeitpunkt der Einführung. Zudem ist in der Regel nur eine kleine Gruppe von Personen betroffen, für welche die sofortige oder rückwirkende Umsetzung der Neuregelung eine besondere Härte darstellen würde. Deutlich wird dies in einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1971 zur Kürzung des Witwengeldes für Beamtenwitwen im Saarland.⁶⁵ Da die Kürzung des Witwengeldes *pro futuro* erfolgte, qualifizierte das Verfassungsgericht sie für die Frauen, deren Ehemänner bereits verstorben waren, als einen „Fall unechter Rückwirkung.“⁶⁶ Dennoch hätten die Witwen auf den Fortbestand der Unterhaltsleistungen vertrauen können.⁶⁷ Bei der Abwägung zwischen dem Vertrauensschutz der Witwen und dem finanziellen Interesse des Staates überwog nach Ansicht des Gerichts der Vertrauensschutz.⁶⁸ Dabei stellte es in Rechnung, dass nur eine sehr geringe Zahl der potentiell Betroffenen bereits Unterstützungsleistungen erhalte, so dass die finanziellen Folgen für den Staat überschaubar seien.⁶⁹

⁶¹ BVerfGE 71, 255 (272–75).

⁶² *Muckel*, Vertrauensschutz, 1989, S. 104; *Schachtschneider*, in: FS Richard Bartlsperger, 2006, 133 (139); *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hg.), GG, 2. Aufl. 2006, Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 155; *Sommermann*, in: MKS-GG, 6. Aufl. 2010, Art. 20, Rn. 297.

⁶³ BVerfGE 13, 261 (272).

⁶⁴ S. bspw. BVerfGE 51, 356 (362–68). S. aber auch BVerfGE 132, 302 (333), wo das BVerfG trotz unechter Rückwirkung von einer Abwägung absieht, da kein die Rückwirkung rechtfertigendes öffentliches Interesse erkennbar sei.

⁶⁵ BVerfGE 31, 94.

⁶⁶ BVerfGE 31, 94 (99).

⁶⁷ BVerfGE 31, 94 (99).

⁶⁸ BVerfGE 31, 94 (99).

⁶⁹ BVerfGE 31, 94 (99).

Der Fall ähnelt somit der Härtefallrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.⁷⁰ Das Gericht stellte das gesetzgeberische Ziel nicht grundsätzlich in Frage, sondern erlaubte eine Kürzung für alle Fälle, in denen der Unterhaltsanspruch erst in der Zukunft entstand. Zudem profitierte nur eine kleine Gruppe der potentiellen Adressaten des Gesetzes von dem verfassungsgerichtlichen Urteil. Auch wenn das Verfassungsgericht im Rahmen des Vertrauensschutzes somit oft eine Abwägung vornimmt, ist deren Anwendungsbereich beschränkt.⁷¹

IV. Kohärenz- und Konsistenzargumente

Kohärenz- und Konsistenzargumente verwendet das Bundesverfassungsgericht zumeist in Verbindung mit der Abwägung oder mit Erforderlichkeitserwägungen.⁷² Allerdings finden sich auch Entscheidungen, in denen sich das Gericht schwerpunktmäßig auf ein Konsistenzargument stützt.⁷³ In diesen Fällen werden Konsistenzargumente nicht nur unterstützend herangezogen. Vielmehr qualifiziert das Gericht Gesetze als unverhältnismäßig, weil sie inkonsistent sind. Das bekannteste Beispiel ist die Sportwettenentscheidung vom März 2006.⁷⁴ In diesem sah das Verfassungsgericht in der Ausgestaltung des staatlichen Sportwettenmonopols eine Verletzung der Berufsfreiheit. Der Gesetzgeber hatte das Sportwettenmonopol vor allem mit dem Ziel gerechtfertigt, die Spiel- und Wettsucht zu bekämpfen.

Das Verfassungsgericht gestand zu, dass es sich dabei um ein besonders wichtiges Gemeinwohlziel handele.⁷⁵ Allerdings sei die Umsetzung des Sportwettenmonopols mit Blick auf dieses Ziel inkonsistent.⁷⁶ Das Lotteriegelgesetz müsse in seiner konkreten Ausgestaltung gerade auf die Bekämpfung der Spielsucht abzielen.⁷⁷ Das Gegenteil sei jedoch der Fall. Die Präsentation des Wettangebots sei nicht ausreichend am Ziel der Bekämpfung von Wettsucht ausgerichtet.⁷⁸

⁷⁰ S. zu dieser oben, § 5 III 4.

⁷¹ Dennoch wird die Abwägungspraxis im Rahmen des Vertrauensschutzes in der Literatur oft kritisiert, da die Rechtsprechung zu wenig vorhersehbar sei, s. nur *Stern*, StaatsR I, 1984, S. 835; *Schachtschneider*, in: FS Richard Bartlsperger, 2006, 133 (142); *Grzeszick*, in: MD-GG, 48. Lfg. 2006, Art. 20–VII, Rn. 90.

⁷² S. oben, § 5 III 3 und § 6 II 1.

⁷³ S. BVerfGE 8, 1 (26–27); 25, 236 (251–52); 107, 150 (180–82); 115, 276 (309–16); 125, 175 (238, 242–44); 127, 132 (156–57); 130, 151 (208–09); 132, 134 (166–70).

⁷⁴ BVerfGE 115, 276. Eine prominente Rolle haben Konsistenzargumente vordergründig auch im Hartz IV-Urteil gespielt. Allerdings waren die Konsistenzargumente für die Entscheidung wohl nicht tragend, s. *Petersen*, AöR 138 (2013), 108 (113). S. zum Hartz IV-Urteil auch noch unten, § 7 V 3.

⁷⁵ BVerfGE 115, 276 (304).

⁷⁶ BVerfGE 115, 276 (309–16).

⁷⁷ BVerfGE 115, 276 (309–10).

⁷⁸ BVerfGE 115, 276 (316).

Vielmehr erweckten Vermarktung und Erscheinungsbild den Eindruck, dass es sich bei den Sportwetten um eine grundsätzlich unbedenkliche Freizeitbeschäftigung handele.⁷⁹

Ebenfalls auf ein Kohärenzargument hat das Verfassungsgericht eine Entscheidung vom Januar 2003 zur gemeinsamen elterlichen Sorge gestützt.⁸⁰ Der Antragsteller wandte sich dagegen, dass er nach der Trennung von der Kindesmutter die gemeinsame elterliche Sorge für sein Kind nicht ohne Zustimmung der Mutter zugesprochen bekommen konnte. Der Gesetzgeber hatte bei der Vorschrift in erster Linie das Kindesinteresse im Blick. Wenn die Eltern sich nicht einmal während ihrer Partnerschaft auf eine gemeinsame Sorge hätten einigen können, sei davon auszugehen, dass die Konflikte zwischen den Eltern nach der Trennung so groß sein würden, dass sie das Kind übermäßig belasteten.⁸¹ Demgegenüber bestand eine einmal begründete gemeinsame Sorgerechtsklärung auch nach Trennung der Eltern grundsätzlich weiter fort. Die gemeinsame Sorge wurde lediglich dann aufgehoben, wenn sie nach gerichtlicher Feststellung dem Kindeswohl nicht mehr entsprach.

Das Gericht argumentierte, dass diese typisierende Vermutung jedoch nur für die Fälle gerechtfertigt sei, in denen die Eltern die Wahl hatten, während ihrer Partnerschaft eine gemeinsame Sorge zu begründen. Wenn die Eltern dagegen rechtlich gar nicht die Möglichkeit hatten, eine gemeinsame Sorge zu begründen, treffe die Vermutung nicht zu.⁸² Insofern sei es nicht folgerichtig, den Vater auch dann nur mit Zustimmung der Mutter die elterliche Sorge begründen zu lassen, wenn die Begründung der gemeinsamen Sorge lediglich am Fehlen der rechtlichen Voraussetzungen gescheitert sei. Vielmehr müsse der Gesetzgeber die Möglichkeit einer gerichtlichen Einzelfallprüfung eröffnen, ob das Kindeswohl einer gemeinsamen Sorgetragung entgegenstehe.⁸³

Auch Kohärenz- und Konsistenzargumente sind im Wesentlichen dogmatische Instrumente, um die Rationalität des Gesetzgebungsverfahrens zu kontrollieren. Wir haben gesehen, dass es unmöglich ist, Rechtsgütern innerhalb der Grundrechtsprüfung einen absoluten Wert zuzuweisen.⁸⁴ Die Abwägung in der Grundrechtsprüfung macht aber eine gerichtliche Wertentscheidung notwendig. Das Gericht muss die Wichtigkeit des gesetzgeberischen Ziels bestimmen, um eine Abwägung mit dem Grundrecht vornehmen zu können. Vor diesem Hintergrund helfen Kohärenzerwägungen, zumindest relative Aussagen über den Wert eines Rechtsguts zu treffen.⁸⁵ Dabei werden vergangene Wert-

⁷⁹ BVerfGE 115, 276 (315).

⁸⁰ BVerfGE 107, 150.

⁸¹ S. BVerfGE 107, 150 (181).

⁸² BVerfGE 107, 150 (181).

⁸³ BVerfGE 107, 150 (182).

⁸⁴ S. oben, § 2 I 1 a.

⁸⁵ S. *Rodriguez-Blanco*, Ratio Juris 14 (2001), 212 (214–15).

entscheidungen beobachtet, und es wird versucht, den Wert eines Rechtsgutes aus dem System der beobachteten Wertentscheidungen heraus zu bestimmen.⁸⁶

Die Inkohärenz oder Inkonsistenz eines Gesetzes ist damit ein Indiz für eine fehlerhafte Bewertung im Gesetzgebungsverfahren. Sie kann sich auf verschiedene Fehler beziehen. Allerdings ist sie nur ein Ausdruck des Fehlers, nicht aber der Fehler selbst.⁸⁷ So waren im Sportwettenfall wohl in erster Linie fiskalische Gründe für die Ausgestaltung des Sportwettenangebots ausschlaggebend, die dazu führten, dass der Gesetzgeber die Interessen der Sportwettenanbieter nicht ausreichend berücksichtigt hatte. Das Bundesverfassungsgericht nahm in seiner Entscheidung auf die Anreizstruktur ausdrücklich Bezug.⁸⁸ Demgegenüber scheint es bei der Sorgerechtsentscheidung ein Informationsdefizit gegeben zu haben. Der Gesetzgeber hatte die Fälle, die noch von der Altregelung betroffen waren und rechtlich keine Möglichkeit hatten, eine gemeinsame Sorge zu begründen, wohl einfach nicht gesehen.

Allerdings hat die Rationalisierungswirkung des Konsistenzarguments Grenzen. Dies wird vor allem im Rauchverbotsurteil sichtbar.⁸⁹ In diesem hatte das Verfassungsgericht die von den Ländern Baden-Württemberg und Berlin erlassenen Rauchverbote für Restaurants und Gaststätten für verfassungswidrig erklärt, weil diese nicht konsistent umgesetzt worden seien. Beide Bundesländer hatten zugelassen, dass in Restaurants und Gaststätten Raucherräume eingerichtet werden konnten. Baden-Württemberg hatte zudem Ausnahmen für Zeltwirtschaften, die Außengastronomie und das Reisegewerbe zugelassen. Aus diesen Ausnahmen folgerte das Gericht, dass die Gefahreinschätzung der Landesgesetzgeber nicht schlüssig sei.⁹⁰ Vielmehr hätten diese zum Ausdruck gebracht, dass die Gefahren des Passivrauchens nicht derart schwerwiegend seien, dass der Gesundheitsschutz in jeder Hinsicht Vorrang vor dem Schutz der Berufsfreiheit genießen müsse.⁹¹ Aufgrund dieser Inkonsistenz qualifizierte das Gericht die Rauchverbote als unverhältnismäßig.

Diese Schlussfolgerung ist allerdings nicht zwingend.⁹² Die angegriffenen Regelungen tragen immerhin zu einem erhöhten Schutz der Passivraucher bei, auch wenn möglicherweise kein optimales Schutzniveau erreicht wurde. Bei den

⁸⁶ *Beatty*, in: ders. (Hg.), *Judicial Review*, 1994, 1 (37); *Classen*, in: FS Klaus Stern, 2012, 651 (663). S. auch *Michael*, *Komparative Systeme*, 1997, S. 144, der komparative Argumentationsformen zur „rationaleren Handhabung [von] Wertungs- und Abwägungsvorgänge[n]“ heranziehen möchte. Vgl. zudem *Beatty*, *Am. J. Comp. L.* 44 (1996), 131 (136), der die Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinne mit der Konsistenzprüfung gar gleichsetzen möchte.

⁸⁷ *S. Petersen*, *AöR* 138 (2013), 108 (117–19).

⁸⁸ BVerfGE 115, 276 (311).

⁸⁹ BVerfGE 121, 317.

⁹⁰ BVerfGE 121, 317 (362–363).

⁹¹ BVerfGE 121, 317 (362).

⁹² *Cornils*, *ZJS* 1 (2008), 660 (662); *Gröschner*, *ZG* 23 (2008), 400 (406); *Dann*, *Der Staat* 49 (2010), 630 (635).

Ausnahmen versuchte der Gesetzgeber gerade einen Ausgleich zwischen den Interessen des Gesundheitsschutzes und denen der Gastronomie zu schaffen. Die vom Verfassungsgericht festgestellte Inkonsistenz war in diesem Fall gerade kein Indiz für die Fragwürdigkeit des gesetzgeberischen Ziels. Vielmehr hat Brun-Otto Bryde in seinem Sondervotum treffend festgestellt:

„Eine gesetzliche Reform wie der Nichtraucherschutz [...] ist ein politischer Kraftakt, bei dem der Gesetzgeber massivsten Widerständen mächtiger Lobbys ausgesetzt ist. Welche Widerstände zu überwinden waren, zeigt sich schon daran, dass die Bundesrepublik Deutschland im Nichtraucherschutz ein Nachzügler in Westeuropa ist. Unter solchen Bedingungen wird im ersten Anlauf häufig nur ein mehr oder weniger durchlöcherter Kompromiss möglich sein – und Kompromiss ist geradezu Wesensmerkmal demokratischer Politik.“⁹³

Insofern waren die Ausnahmen im Rauchverbotsfall nicht zwingend ein Indiz, dass das gesetzgeberische Ziel fragwürdig war. Vielmehr hatte der Gesetzgeber möglicherweise gerade mit diesen Ausnahmen Partikularinteressen Rechnung getragen. Problematisch wären dann jedoch in erster Linie die Ausnahmen – nicht das Verbot an sich. Dass eine Argumentationsfigur wie das Konsistenzargument Fehlerpotential birgt, ist allerdings noch kein Grund, den Stab über ihr zu brechen. Vielmehr zeigt eine Analyse der Rechtsprechung, dass Konsistenzergänzungen mehrheitlich dazu dienen, Fehler im Gesetzgebungsverfahren zu identifizieren, und somit im Wesentlichen ein Instrument der Rationalitätskontrolle sind.⁹⁴

V. Gleichheitserwägungen

Gemessen an ihrer Struktur sind Gleichheitserwägungen den Konsistenz- und Kohärenzargumenten sehr ähnlich.⁹⁵ Bei beiden geht es um die Übertragung von Wertungsgesichtspunkten auf eine vergleichbare Situation. Das Bundesverfassungsgericht hat Gleichheitserwägungen nicht nur unter dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 GG angestellt. Vielmehr finden sich entsprechende Erwägungen auch in den Freiheitsrechten und Institutsgarantien. Staatliche Maßnahmen verletzen in diesen Fällen ein Grundrecht, *weil* sie eine nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung verursachen.⁹⁶ Solche freiheitsrechtlichen

⁹³ BVerfGE 121, 317 (380) (Sondervotum Bryde).

⁹⁴ S. dazu auch *Petersen*, AÖR 138 (2013), 108 (128–30). Vgl. zudem *Classen*, in: FS Klaus Stern, 2012, 651 (663–64), der zugesteht, dass auch Kohärenzargumente nicht ohne eine eigene gerichtliche Wertung auskommen, deren Ausmaß aber für geringer hält als bei der Abwägung.

⁹⁵ S. *Osterloh*, in: FS Brun-Otto Bryde, 2013, 429 (432–33).

⁹⁶ Für eine generelle Rekonstruktion von Freiheitsrechten als Gleichheitsrechte plädiert *Somek*, Rechtliches Wissen, 2006, S. 196–98.

Gleichheitserwägungen findet man bei vier Grundrechten. Von diesen sollen drei im Folgenden näher untersucht werden.⁹⁷ Am gebräuchlichsten ist diese Art der Argumentation im Rahmen von Art. 6 GG – der Garantie von Ehe und Familie. Weiterhin tauchen Gleichheitsargumente relativ häufig bei den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums und bei der Berufsfreiheit auf.

1. Gleichheitserwägungen bei der Garantie von Ehe und Familie

Vor allem in den ersten Jahren seiner Rechtsprechung hat das Bundesverfassungsrecht viele seiner Entscheidungen im Familienrecht auf Gleichheitserwägungen gestützt.⁹⁸ Vordergründig ging es bei den frühen Entscheidungen darum, finanzielle Nachteile bei staatlichen Leistungen oder Abgaben abzubauen, die aus einer Eheschließung entstanden. Im Kern sorgte das Verfassungsgericht mit seinen Entscheidungen jedoch für eine Stärkung der Stellung der Frau.⁹⁹ Viele der angegriffenen Regelungen gingen von der klassischen Ein-Verdiener-Ehe aus und setzten finanzielle Anreize, die einer Berufstätigkeit oder stärkeren Unabhängigkeit der Frau entgegenstanden.

Exemplarisch hierfür ist eine Entscheidung zum Steuersplitting von Ehegatten aus dem Jahr 1957.¹⁰⁰ In dem Fall hatten sich die Antragsteller gegen eine steuerrechtliche Regelung gewandt. Als Ehepaar waren sie durch Steuerbescheid zusammen veranlagt worden. Aufgrund des progressiven Steuertarifs hatte die Zusammenveranlagung jedoch zu einer höheren Steuerlast geführt als bei getrennter Veranlagung. Das Verfassungsgericht sah in dieser steuerlichen

⁹⁷ Neben den hier untersuchten Grundrechten gibt es zwei Entscheidungen im Rahmen von Art. 7 IV GG, in denen sich das Verfassungsgericht auf Gleichheitserwägungen gestützt hat: BVerfGE 75, 40 (69); 90, 128 (142–43). Das Verfassungsgericht hat in diesen gefordert, dass der Gesetzgeber bei staatlichen Finanzhilfen nicht zwischen öffentlichen und privaten Schulen diskriminieren dürfe. Im Wesentlichen ging es dem Gericht damit um einen Schutz privater Schulen vor Wettbewerbsverzerrungen.

⁹⁸ S. BVerfGE 6, 55 (67–77); 13, 290 (295–317); 15, 328 (330); 16, 203 (208); 18, 97 (105–11); 24, 104 (109); 28, 324 (347–61); 29, 57 (65–67). Es gibt auch einige jüngere Entscheidungen, die allerdings eine andere Argumentationsstruktur und einen anderen Fokus aufweisen, s. BVerfGE 82, 60; 99, 216. In diesen Entscheidungen kombiniert das Gericht eine deduktive Maßstababildung mit Gleichheitserwägungen, so dass die Entscheidungen unter § 6 VII 2 diskutiert werden sollen. Zudem greift das Gericht bei Entscheidungen zu Art. 6 V GG, dem Gleichstellungsauftrag für uneheliche Kinder, auf Gleichheitserwägungen zurück, s. BVerfGE 17, 148; 22, 163; 74, 33; 118, 45. Dies ist allerdings nicht weiter überraschend, da die Norm als besonderer Gleichheitssatz ausgestaltet ist, s. dazu *Badura*, in: MD-GG, 69. Lfg. 2013, Art. 6, Rn. 175; *Kempny/Reimer*, Gleichheitssätze, 2012, S. 16; *Michael/Morlok*, Grundrechte, 3. Aufl. 2012, Rn. 833; *Gröschner*, in: Dreier (Hg.), GG, 3. Aufl. 2013, Art. 6, Rn. 224.

⁹⁹ *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts IV, 2012, S. 170.

¹⁰⁰ BVerfGE 6, 55.

Mehrbelastung der Ehegatten einen Verstoß gegen Art. 6 I GG.¹⁰¹ Die Garantie von Ehe und Familie stehe zwar einer Begünstigung der Ehegatten nicht entgegen, verbiete jedoch eine steuerliche Benachteiligung.¹⁰² Bei der Frage, ob die Ungleichbehandlung gerechtfertigt war, ging das Gericht ausdrücklich auf die Anreizwirkung ein, die von der Norm ausging. Die Regelung war teilweise mit dem Ziel gerechtfertigt worden, „die erwerbstätige Frau ‚ins Haus zurückzuführen“.¹⁰³ Ein solcher „Edukationseffekt“ sei vor dem Hintergrund von Art. 3 II GG zur Rechtfertigung jedoch untauglich.¹⁰⁴

2. Gleichheitserwägungen im Beamtenrecht

Gleichheitserwägungen spielen auch bei den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums eine zentrale Rolle.¹⁰⁵ Das Gericht leitet dabei aus Art. 33 V GG normative Standards her, die durch eine Gleichheitsprüfung operationalisiert werden müssen. Ein Beispiel ist der Richteramtsbezeichnungsbeschluss vom Juni 1974.¹⁰⁶ Die Beschwerdeführer hatten sich gegen eine Änderung der Richteramtsbezeichnungen gewandt. Diese hatte zu einer Reduzierung der Amtsbezeichnungen geführt. Danach wurden sowohl die Instanz als auch bestimmte herausgehobene Positionen, wie etwa die des Amtsgerichtsdirektors oder des Vizepräsidenten, nicht mehr besonders bezeichnet. Das Verfassungsgericht leitete aus Art. 33 V GG einen Grundsatz her, dass Richtern eine angemessene Amtsbezeichnung gebühre.¹⁰⁷ Damit sei eine „allgemeine Nivellierung“ der Amtsbezeichnungen nicht vereinbar.¹⁰⁸ Vielmehr müsse die Amtsbezeichnung Instanz und Gerichtszweig sowie funktionale Abstufungen innerhalb des Gerichts zum Ausdruck bringen.¹⁰⁹

¹⁰¹ BVerfGE 6, 55 (70).

¹⁰² BVerfGE 6, 55 (76).

¹⁰³ S. BVerfGE 6, 55 (81).

¹⁰⁴ BVerfGE 6, 55 (82).

¹⁰⁵ S. BVerfGE 38, 1 (12–13); 62, 374 (384–90); 64, 323 (353–366); 64, 367 (385–85). S. auch BVerfGE 130, 263 (304–11), in dem das Gericht allerdings eher Kohärenz- als Gleichheitserwägungen anstellt.

¹⁰⁶ BVerfGE 38, 1.

¹⁰⁷ BVerfGE 38, 1 (12). Auf den Grundsatz der angemessenen Amtsbezeichnungen griff das Verfassungsgericht auch in anderen Entscheidungen zurück. So sah das Gericht in einer Reduzierung der Amtsbezeichnungen sowohl bei Lehrern als auch bei Hochschullehrern eine Verletzung von Art. 33 V GG. S. BVerfGE 62, 374 (384–90); 64, 323 (353–366).

¹⁰⁸ BVerfGE 38, 1 (12).

¹⁰⁹ BVerfGE 38, 1 (13).

3. Gleichheit in der Berufsfreiheit

Gleichheitserwägungen finden sich schließlich oft im Rahmen der Berufsfreiheit.¹¹⁰ Diese haben, ähnlich wie Kohärenz- und Konsistenzargumente, vor allem eine Rationalitätskontrolle zum Ziel. Beispielsweise sah das Verfassungsgericht im Hochschulurteil vom Mai 1972 in einer bayerischen Regelung, die Landeskinder bei der Hochschulzulassung privilegierte, eine Verletzung der Berufsfreiheit.¹¹¹ Bayern hatte die Regelung damit gerechtfertigt, dass das Land einen Studentenimportüberschuss aus anderen Bundesländern habe. Das Gericht sah darin jedoch eher ein Problem des innerstaatlichen Finanzausgleichs und der Lastenverteilung beim Hochschulbau.¹¹² Das Verfassungsgericht stärkte damit die Rechte auswärtiger Studienbewerber, deren Interessen in der bayerischen Politik strukturell bedingt nur unzureichend repräsentiert sind.

Gleichheitserwägungen finden sich auch in einem Beschluss zum Mutterschaftsgeld vom November 2003.¹¹³ Die Beschwerdeführer hatten sich in dem Verfahren gegen die Zuschusspflicht der Arbeitgeber zum Mutterschaftsgeld gewandt. Das Verfassungsgericht urteilte, dass diese Zuschusspflicht grundsätzlich nicht zu beanstanden sei.¹¹⁴ Allerdings führe die Regelung zu einer mittelbaren Diskriminierung von Frauen und stelle daher eine unangemessene Beschränkung der Berufsfreiheit dar.¹¹⁵ Die Zuschusspflicht könne dazu führen, dass Arbeitgeber Frauen aus Angst vor finanziellen Belastungen bei der Einstellung benachteilige.¹¹⁶ Bei Kleinunternehmen mit weniger als 20 Mitarbeitern habe der Gesetzgeber dieser Gefahr durch die Schaffung eines Umlageverfahrens entgegengewirkt.¹¹⁷ Durch das Umlageverfahren würden die Kosten auf die Gemeinschaft umgelegt, so dass der Arbeitgeber keine unmittelbaren finanziellen Nachteile von der Einstellung einer Frau befürchten müsse. Demgegenüber habe der Gesetzgeber bei größeren Unternehmen von einer solchen Umlageabgesehen, da er einen zu hohen Verwaltungsaufwand befürchtete. Diese Befürchtung rechtfertige es jedoch nicht, „das Risiko einer faktischen Diskriminierung von Frauen in Kauf zu nehmen.“¹¹⁸

¹¹⁰ S. BVerfGE 30, 392 (330–33); 33, 303 (354–55); 48, 376 (390); 75, 166 (179–82); 109, 64 (89–94); 130, 131 (143–50). Das Verfassungsgericht prüft hier, wenn es auf Gleichheitserwägungen zurückgreift, oft Art. 12 I i.V.m. 3 I GG.

¹¹¹ BVerfGE 33, 303 (354–55).

¹¹² BVerfGE 33, 303 (355).

¹¹³ BVerfGE 109, 64.

¹¹⁴ BVerfGE 109, 64 (85–89).

¹¹⁵ BVerfGE 109, 64 (89–95).

¹¹⁶ BVerfGE 109, 64 (90).

¹¹⁷ BVerfGE 109, 64 (91–92).

¹¹⁸ BVerfGE 109, 64 (93).

4. Fazit

Der Anwendungsbereich von Gleichheitserwägungen innerhalb der Freiheitsrechte ist beschränkt. Das Bundesverfassungsgericht scheint damit vor allem Maßnahmen korrigieren zu wollen, die entweder bewusst diskriminieren oder auf problematischen Stereotypen beruhen. So hat es im Fall der bayerischen Landeskinderprivilegierung eine Regelung für verfassungswidrig erklärt, bei der es einen ersichtlichen Diskriminierungsanreiz gab. Der bayerische Gesetzgeber ist allein den Bürgern des Bundeslandes gegenüber politisch verantwortlich. Wenn er also Auswärtige diskriminiert, muss er nicht fürchten, bei den nächsten Wahlen von diesen abgestraft zu werden. In der Entscheidung zum Steuersplitting hatte sich das Gericht mit einer Regelung zu beschäftigen, die vom Bild der Ein-Verdiener-Ehe und damit von einem verfassungsrechtlich problematischen normativen Leitbild ausging.

Auch hinter den Gleichheitserwägungen verbirgt sich damit überwiegend eine Rationalitätskontrolle, mit der das Verfassungsgericht bewussten oder unbewussten Diskriminierungen bestimmter gesellschaftlicher Gruppen entgegenwirken möchte. Allerdings hat auch das rationalisierende Potential des Gleichheitsarguments Grenzen. Gesetzliche Regelungen differenzieren notwendigerweise.¹¹⁹ Die Schwierigkeit bei Gleichheitserwägungen liegt daher nicht darin, eine Ungleichheit festzustellen, sondern zu beurteilen, ob diese Ungleichbehandlung relevant ist.¹²⁰ Dies erfordert jedoch eine normative Wertung.¹²¹ Soweit das Gericht mit den Gleichheitserwägungen bewussten Diskriminierungen oder falschen Stereotypen entgegenwirken möchte, kann sich die Rechtfertigungsprüfung genau an diesem Telos orientieren.

Problematisch ist es dagegen, eine totale Gleichbehandlung zu fordern, da das Recht diese Forderung notwendigerweise nicht erfüllen kann. In die letztere Richtung geht der Beschluss zu den Richteramtsbezeichnungen. Welche Bezeichnungen „amtsangemessen“ sind, scheint in erster Linie eine politische Entscheidung zu sein und kann nicht aus dem Gleichheitsgedanken hergeleitet werden. Auch scheint es sich um keine Situation zu handeln, in der systematische Anreize bestanden, eine spezifische Gruppe von Richtern zu diskriminieren. Allerdings gilt auch hier: Dass eine Argumentationsfigur Fehlerpotential hat, diskreditiert sie nicht grundsätzlich. In den im Rahmen der Freiheitsrechte analysierten Fällen realisiert sich eher das rationalisierende als das aktivistische Potential der Gleichheitserwägungen.

¹¹⁹ *Sunstein*, *Supr. Ct. Rev.* 1982, 127 (129); *Brugger*, *Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1987, S. 163; *Kokott*, in: *FS 50 Jahre BVerfG II*, 2001, 127 (129).

¹²⁰ *Huster*, in: *FS Norbert Horn*, 2006, 1149 (1151).

¹²¹ *Schauer*, *Thinking like a Lawyer*, 2009, S. 95; *Kempny/Reimer*, *Gleichheitssätze*, 2012, S. 137.

VI. Kategoriale Argumente und Kernbereichsbestimmungen

Kategoriale Argumente werden in der Literatur oft als Alternative zur Verhältnismäßigkeitsprüfung propagiert.¹²² Diese Art der Argumentation unterscheidet sich deutlich von den Argumentationsformen, die wir bisher in diesem Abschnitt untersucht haben. Während letztere in der Regel absolute Aussagen über Werte vermeiden und auf eine Rationalitätskontrolle des Gesetzgebers abzielen, geht es den kategorialen Argumenten gerade darum, absolute Wertaussagen zu treffen. Damit soll die Rechtssicherheit gesteigert werden, die als großes Defizit der einzelfallbezogenen Rationalitätskontrolle angesehen wird.¹²³ Dabei gibt es zwei dogmatische Ansatzpunkte für kategoriale Argumente: zum einen die Menschenwürdegarantie und zum anderen die Bestimmung der grundrechtlichen Kernbereiche nach Art. 19 II GG.¹²⁴ Sowohl die Menschenwürde als auch die Wesensgehalte der Grundrechte sind nach herrschender Auffassung abwägungsfest.¹²⁵

¹²² S. etwa *Rusteberg*, Gewährleistungsgehalt, 2009; v. *Bernstorff*, *Der Staat* 50 (2011), 165; *ders.*, in: *Lazarus u.a. (Hg.)*, *Reasoning Rights*, 2014, 63.

¹²³ S. dazu oben, § 2 I 2.

¹²⁴ Über das Verhältnis zwischen der Menschenwürdegarantie und der grundrechtlichen Wesensgehalte besteht Uneinigkeit. Insbesondere Günter Dürig hatte vertreten, dass allen Grundrechten ein Würdegehalt innewohne, der mit dem Wesensgehalt nach Art. 19 II GG identisch sei, s. insbesondere *Dürig*, *AöR* 81 (1956), 117 (136–57); *Dürig*, in: *FG Theodor Maunz*, 1971, 41 (45). Dagegen jedoch bspw. *Dreier*, in: *ders. (Hg.)*, *GG*, 3. Aufl. 2013, Art. 1 I, Rn. 163; *Pieroth/Schlink*, *Grundrechte*, 28. Aufl. 2012, Rn. 320.

¹²⁵ So zur Menschenwürde bspw. *Kloepfer*, in: *FS 50 Jahre BVerfG II*, 2001, 77 (98); *Böckenförde*, *JZ* 2003, 809 (809–10); *Poscher*, *JZ* 2004, 756; *Papier*, in: *FS Christian Starck*, 2007, 371 (374); *Kohl*, *Menschenwürde*, 2007, S. 126; *Ladeur/Augsberg*, *Menschenwürde*, 2008, S. 27–30; v. *Bernstorff*, *Der Staat* 47 (2008), 21 (29–33); *Höfling*, in: *Gröschner/Lembcke (Hg.)*, *Unantastbarkeit*, 2009, 111 (114); *Kunig*, in: *Gröschner/Lembcke (Hg.)*, *Unantastbarkeit*, 2009, 121; *Broß*, in: *Robertson-von Trotha (Hg.)*, *60 Jahre GG*, 2009, 41; *Poscher*, *JZ* 2009, 269; v. *Bernstorff*, *JZ* 2013, 905. Gerade bei der Menschenwürde wird die Abwägungsfestigkeit in der Literatur in letzter Zeit immer wieder diskutiert und in Frage gestellt. Einige Autoren plädieren normativ für eine zumindest eingeschränkte Abwägungsoffenheit der Menschenwürde, s. *Hain*, *Der Staat* 45 (2006), 189; *Brugger*, *JöR* 56 (2008), 95 (123); *Dederer*, *JöR* 57 (2009), 89 (112–24); *Herdegen*, in: *MD-GG*, 55. Lfg. 2009, Art. 1 Abs. 1, Rn. 46–50; *Teifke*, *Menschenwürde*, 2011; *Goos*, *Innere Freiheit*, 2011, S. 164–66; *Baldus*, *AöR* 136 (2011), 529. Für eine Abwägung im Fall von ‚Würdekollisionen‘ plädieren *Wittreck*, *DÖV* 2003, 873 (879–82); *Hillgruber*, in: *Epping/Hillgruber (Hg.)*, *GG*, 2. Aufl. 2013, Art. 1, Rn. 10.1. Konfliktlösungsregeln für ‚Würde gegen Würde Konflikte‘ schlägt *Tiedemann*, *Menschenwürde*, 3. Aufl. 2012, S. 496–512 vor. Für eine Anpassung der Menschenwürdeprüfung an die Dogmatik der Freiheitsrechte gar *Elsner/Schobert*, *DVBl.* 122 (2007), 278. Die grundrechtlichen Kerngehalte eignen sich nur dann als Anknüpfungspunkte für kategoriale Argumente, wenn diese absolut bestimmt werden. Die absolute Bestimmung des Wesensgehaltes impliziert auch dessen Abwägungsfestigkeit, während die relative Bestimmung den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gerade voraussetzt. Zu dieser Streitfrage s. bereits oben, § 4, Fn. 86.

In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts spielten kategoriale Argumente zumindest lange Zeit eine untergeordnete Rolle. Gut 50 Jahre lang gab es – zumindest in der abwehrrechtlichen Konstellation – keine einzige Entscheidung, in der das Verfassungsgericht eine Verletzung der Menschenwürde durch ein Gesetz festgestellt hätte.¹²⁶ Das hat sich jedoch Anfang der 2000er Jahre geändert. Mittlerweile spielt zumindest die Menschenwürdegarantie in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts eine nicht ganz unwichtige Funktion. Das Gericht greift zwar immer noch selten auf die Menschenwürde zurück. Die beiden zentralen Entscheidungen sind aber paradigmatisch. Es sind die Urteile zum Großen Lauschangriff¹²⁷ und zum Luftsicherheitsgesetz¹²⁸.

In der Entscheidung zum Luftsicherheitsgesetz sah das Bundesverfassungsgericht in einem Gesetz, das die Bundeswehr in Notfällen zum Abschießen von Verkehrsflugzeugen ermächtigte, eine Verletzung der Menschenwürdegarantie.¹²⁹ Die staatliche Verpflichtung zum Schutz der Menschenwürde schließe es generell aus, „den Menschen zum bloßen Objekt des Staates zu machen.“¹³⁰ Bei der Entführung eines Luftfahrzeuges seien Passagiere und Besatzung typischerweise in einer ausweglosen Lage.¹³¹ Sie könnten daher dem Handeln des Staates nicht ausweichen, sondern seien ihm wehr- und hilflos ausgeliefert. Aus diesem Grund behandle der Staat sie „als bloße Objekte seiner Rettungsaktion zum Schutze anderer.“¹³²

Dogmatisch war es für das Verfassungsgericht nicht zwingend, seine Entscheidung auf die Menschenwürdegarantie zu stützen,¹³³ zumal der Rückgriff auf die Objektformel nicht überzeugt.¹³⁴ Hätte das Gericht allerdings auf das Lebensrecht rekurriert, hätten sich ihm schwierige Abwägungsfragen gestellt, die es offen hätte diskutieren müssen. Durch den Rückgriff auf die Menschenwürde vermied es, zu der Frage, wie Menschenleben gegeneinander abzuwä-

¹²⁶ Es gibt allerdings eine recht frühe Entscheidung des Gerichts, in der dieses eine Verletzung des Wesensgehalts von Art. 2 II 2 GG annahm, s. BVerfGE 22, 180 (219). Das angegriffene Gesetz ermächtigte dazu, „gefährdete“ Personen in ein Heim einzuweisen.

¹²⁷ BVerfGE 109, 279.

¹²⁸ BVerfGE 115, 118.

¹²⁹ BVerfGE 115, 118.

¹³⁰ BVerfGE 115, 118 (153).

¹³¹ BVerfGE 115, 118 (154).

¹³² BVerfGE 115, 118 (154).

¹³³ S. etwa *Tiedemann*, DÖV 2009, 606 (610), dem zufolge das Gericht „mit einem wesentlich höheren Grad an Rationalität ohne Rekurs auf die Menschenwürde zum selben Ergebnis hätte kommen können.“

¹³⁴ S. nur *Kumm*, in: Sieckmann (Hg.), *Prinzipientheorie*, 2007, 241 (257–58), der zurecht darauf hinweist, dass der Tod der Passagiere nicht Mittel zum Zweck, sondern lediglich unbeabsichtigte, gleichzeitig aber auch unvermeidbare Nebenfolge des Abschusses des Passagierflugzeugs ist. Kritik an der Verwendung der Objektformel findet sich auch bei *Hillgruber*, JZ 2007, 209 (215–16).

gen sind, Stellung zu nehmen.¹³⁵ Der Abschuss wurde verboten, ohne dass es scheinbar auf die Konsequenzen ankam.

Implizit wog das Gericht jedoch durchaus ab.¹³⁶ Dies erkennt man in erster Linie an einer Passage, in der das Gericht darauf abstellte, dass die Voraussetzungen der Abschussmaßnahme oft nicht mit der dafür erforderlichen Gewissheit festgestellt werden könnten.¹³⁷ Es sei zumindest unvorstellbar, Menschen in einer ausweglosen Lage „unter Inkaufnahme solcher Unwägbarkeiten“ zu töten.¹³⁸ Bedeutet das im Umkehrschluss, dass eine Tötung, wenn die Gefahr mit Sicherheit prognostizierbar wäre, doch zulässig sein könnte? Wenn nicht, welche Funktion hat die Urteils Passage dann? Zudem lässt das Gericht explizit offen, ob der Abschuss eines Verkehrsflugzeuges tatsächlich strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen würde.¹³⁹ Auch diese Einschränkung lässt Zweifel an der Absolutheit des Objektivierungsverbots erkennen.

Die Richter waren sich der Sensibilität der Problematik also durchaus bewusst. Sie erkannten, dass sie nicht allein die staatliche Handlung, sondern auch die *Konsequenzen* des Nichthandelns in Betracht ziehen mussten. Durch den Rückgriff auf die Menschenwürde versuchten sie, ihre Entscheidung zu legitimieren. Hätten sie die Entscheidung auf eine Güterabwägung gestützt, hätten sie sich starker Kritik ausgesetzt: Mit welchem Recht konnten sie in einer moralisch kontrovers diskutierten Frage ihre Abwägungsentscheidung über die des Gesetzgebers setzen? Die Definition der Menschenwürde, die Bestimmung der absoluten Grenzen staatlichen Handelns, erscheint demgegenüber als genuin verfassungsgerichtliche Tätigkeit. Insofern verleiht sie der Entscheidung scheinbar größere Legitimität.¹⁴⁰

Die zweite paradigmatische Entscheidung ist das Urteil zum Großen Lauschangriff.¹⁴¹ In diesem ging es um eine Verfassungsänderung, die beim Ver-

¹³⁵ v. Bernstorff, in: Arndt u.a. (Hg.), Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit, 2009, 40 (48–49).

¹³⁶ S. auch Teifke, Menschenwürde, 2011, S. 131–34; Borowski, in: Sieckmann (Hg.), Prinzipientheorie, 2007, 81 (102–04); Baldus, AöR 136 (2011), 529 (539). A.A. jedoch v. Bernstorff, Der Staat 47 (2008), 21 (32), der argumentiert, dass sich die Abwägung lediglich außerhalb des würderelevanten Gehalts des betroffenen Grundrechts vollziehe. Vgl. auch Vogel/Christensen, Rechtstheorie 44 (2013), 29 (56–60), die mit einer korpusgestützten Analyse zu zeigen meinen, dass im Rahmen der Menschenwürde nicht abgewogen würde. Allerdings kann die von Vogel und Christensen angewandte Analyse die implizite Abwägung gerade nicht erfassen, weshalb der Befund für unseren Kontext keine größere Bedeutung hat.

¹³⁷ BVerfGE 115, 118 (155–57). Für den entscheidenden Aspekt des Urteils hält diese Passage Lepsius, in: Roggan (Hg.), Menschenwürde und Verfassungsstaat, 2006, 47 (65–66).

¹³⁸ BVerfGE 115, 118 (157).

¹³⁹ BVerfGE 115, 118 (157).

¹⁴⁰ Vgl. auch Hassemer, in: Robbers u.a. (Hg.), Innere Sicherheit, 2005, 65 (70) zu der Untersuchung „schwache Argumente mit dem Odem eines Prinzips wie der Menschenwürde stark zu machen.“

¹⁴¹ BVerfGE 109, 279. Einen aus der Menschenwürde abgeleiteten Schutz für Vertrauens-

dacht bestimmter Straftaten das akustische Abhören von Wohnungen ermöglichen sollte. In seinem Urteil leitete das Verfassungsgericht mehrere Vorgaben aus der Menschenwürdegarantie her. Insbesondere müsse der unantastbare Kernbereich privater Lebensgestaltung gewahrt bleiben.¹⁴² Dieser dürfe auch nicht durch eine Abwägung mit den Strafverfolgungsinteressen relativiert werden.¹⁴³ Daher dürfe die Kommunikation in der Wohnung dann nicht abgehört werden, wenn zu befürchten stünde, dass sie den Kern privater Lebensgestaltung betreffe.¹⁴⁴ Dabei sei eine erste Sichtung des Gesprächsinhalts nicht zu beanstanden.¹⁴⁵ Die Überwachung müsse jedoch abgebrochen und die Daten gelöscht werden, wenn eine Situation eintrete, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen sei.¹⁴⁶ Die Ermächtigungsnormen der StPO genügten diesen Standards nach Auffassung des Gerichts nicht. Sie enthielten kein Überwachungsverbot für die Konstellation, dass sich ein Beschuldigter allein mit den engsten Familienangehörigen in der Wohnung aufhalte.¹⁴⁷ Zudem fehle es an einem Lösungsgebot für den Fall, dass tatsächlich Informationen aus dem Kern privater Lebensgestaltung erfasst worden seien.¹⁴⁸

Der Rückgriff auf die Menschenwürde hatte in der Lauschangriffsentscheidung in erster Linie dogmatische Gründe. Gegenstand der Prüfung war im Wesentlichen eine Verfassungsänderung, so dass allein die Menschenwürde als materieller Prüfungsmaßstab in Betracht kam. Allerdings kann man davon ausgehen, dass auch Akzeptanzerwägungen eine Rolle gespielt haben. Der große Lauschangriff war nach langer politischer Diskussion mit verfassungsändernder Mehrheit beschlossen worden. Es wäre dem Gericht daher schwer gefallen zu begründen, warum der Güterabwägung der Richter ein stärkerer Richtigkeitsanspruch zustehen sollte als der des verfassungsändernden Gesetzgebers. Insofern bediente sich das Gericht kategorialer Argumente über die absoluten Grenzen staatlichen Handelns, um konsequentialistische Kosten-Nutzen-Erwägungen zu vermeiden.

Allerdings sah das Gericht nur scheinbar von einer Abwägung ab.¹⁴⁹ Auch wenn das Gericht den Kernbestand privater Lebensgestaltung als von der Men-

beziehungen verlangt das Gericht auch in BVerfGE 125, 260 (356). Eine prozedurale Wendung erfährt das Argument in BVerfGE 113, 348 (390); 120, 274 (335–39).

¹⁴² BVerfGE 109, 279 (313).

¹⁴³ BVerfGE 109, 279 (314).

¹⁴⁴ BVerfGE 109, 279 (318–20).

¹⁴⁵ BVerfGE 109, 279 (323).

¹⁴⁶ BVerfGE 109, 279 (324).

¹⁴⁷ BVerfGE 109, 279 (329).

¹⁴⁸ BVerfGE 109, 279 (332).

¹⁴⁹ *Petersen*, KJ 37 (2004), 316 (324); *Dederer*, JöR 57 (2009), 89 (114–15); *Gröschner/Lembcke*, in: dies. (Hg.), *Unantastbarkeit*, 2009, 1 (19); *Teifke*, *Menschenwürde*, 2011, S. 121; *Möllers*, in: *Jestaedt u.a.* (Hg.), *Das entgrenzte Gericht*, 2011, 281 (394); *Baldus*, AöR 136 (2011), 529 (538). S. auch *Lepsius*, Jura 27 (2005), 433 (440), dem zufolge das Gericht eine Differenzierung vorgenommen hat, „die den abwägungsfesten Bereich beweglich macht.“ A.A.

schenwürde geschützt ansah, versuchte es die Gefahr, dass entsprechende Gespräche abgehört werden, dennoch nicht zu minimieren. Eine erste Sichtung für die Bewertung des Gesprächsinhalts wurde explizit erlaubt.¹⁵⁰ Damit nahm das Gericht eine erhöhte Gefahr für den „Kernbestand privater Lebensgestaltung“ bewusst in Kauf, um die Effektivität der Strafrechtspflege nicht noch weiter einzuschränken.

In beiden besprochenen Urteilen maßen die Richter damit die staatliche Maßnahme an vordergründig absoluten rechtlichen Maßstäben, nahmen implizit aber dennoch eine Abwägung vor. Der Konflikt zwischen grundrechtlicher Freiheit und kollektiver Sicherheit wurde gerade nicht offen in der Abwägung verhandelt, sondern durch kategoriale Argumente kaschiert. Das deutet darauf hin, dass die Richter die Güterabwägung, anders als in der Kritik oftmals angenommen wird, gerade nicht als Instrument der Legitimierung politisch kontroverser Entscheidungen sehen. Vielmehr ziehen sie in diesen Fällen oftmals die kategoriale Grenzziehung vor, da die Richter bei der Normauslegung scheinbar größere Legitimität genießen als bei der konsequentialistischen Abwägung.¹⁵¹

VII. Deduktive Maßstabsbildung und normative Setzungen

Auf eine deduktive Maßstabsbildung greift das Verfassungsgericht vor allem im Beamten- und Steuerrecht zurück.¹⁵² Dabei versucht das Verfassungsgericht aus abstrakten Verfassungsnormen konkrete normative Vorgaben abzuleiten, ohne dass die Verbindung zwischen beiden immer deutlich wird. Dafür nimmt das Gericht regelmäßig zunächst eine normative Setzung vor. Es postuliert einen Maßstab, ohne den Zusammenhang zwischen Norm und Maßstab näher zu beleuchten. In vielen Fällen versucht es dann in einem zweiten Schritt, diesen Maßstab durch ein Konsistenz- oder Gleichheitsargument zu operationalisieren.

jedoch *Poscher*, JZ 2009, 269, dem zufolge eine Interpretation der Menschenwürde als Achtungsanspruch die beobachteten Inkonsistenzen in der Rechtsprechung auflöst.

¹⁵⁰ S. BVerfGE 109, 279 (323).

¹⁵¹ Vgl. auch *Gardbaum*, Mich. L. Rev. 107 (2008), 391 (426), der darauf hinweist, dass der US Supreme Court aus Legitimitätsgründen öfter auf kategoriale Argumente zurückgreift als kontinentaleuropäische Verfassungsgerichte.

¹⁵² Vereinzelt finden sich deduktive Argumentationsformen auch in anderen Bereichen. Das Gericht bedient sich dabei deduktiver Argumente in der Regel zur Begründung von Schutzpflichten. S. BVerfGE 72, 155; 114, 1; 114, 73; 115, 259. Ein deduktiver Begründungsstil findet sich schließlich in den Wehrpflichtentscheidungen, in denen das Gericht aus Art. 12a II und 4 III 2 GG das Prinzip der Wehrgerechtigkeit bzw. der Belastungsgleichheit herleitet, s. BVerfGE 48, 127 (168); 78, 364 (371–73).

1. Deduktive Argumente im Beamtenrecht

Im Beamtenrecht leitet das Gericht mit deduktiven Argumenten vor allem Leistungs- und Unterhaltungspflichten des Staates gegenüber seinen Beamten aus Art. 33 V GG her.¹⁵³ Dabei nehmen die Richter bei der Bestimmung des Inhalts der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zunächst eine normative Setzung vor, die oftmals nur unzureichend begründet wird. Ein Beispiel für diese Argumentationsstruktur ist eine Entscheidung vom März 1977.¹⁵⁴ Gegenstand des Urteils war ein Gesetz, das die Kinderzulage für Beamte teilweise gestrichen und die Betroffenen auf das allgemeine Kindergeld verwiesen hatte. Das Gericht sah darin eine Verletzung des von Art. 33 V GG geschützten Alimentationsprinzips. Bei der Konkretisierung des Alimentationsprinzips führte das Gericht aus:

„Was danach dem Beamten an Alimentierung verfassungskräftig zusteht, hängt bei der Bemessung *offensichtlich* auch von der Größe der Familie und des damit verbundenen höheren Aufwandes für den Unterhalt der Familie ab.“¹⁵⁵

Zwar gesteht das Gericht dem Gesetzgeber in dieser Hinsicht einen Gestaltungsspielraum zu.¹⁵⁶ Allerdings handelt es sich dabei nur um ein rhetorisches Zugeständnis. Das Gericht führt nämlich weiter aus, dass Art. 33 V GG verlange, dass die Beamten sich „ohne Rücksicht auf die Größe ihrer Familie ‚sich annähernd das gleiche leisten‘ können“ müssten.¹⁵⁷ Aus diesem strikten normativen Standard ergab sich das Ergebnis fast automatisch. Das Gericht überprüfte die empirische Entwicklung der Beamtgehälter und stellte fest, dass das Kindergeld als Kompensation nicht ausreiche, um den Einkommensrückstand von kinderreichen Beamten auszugleichen.¹⁵⁸

Problematisch ist allerdings die Herleitung der normativen Standards. Das Gericht begründete nicht näher, warum das Beamtengehalt „familienneutral“¹⁵⁹ sein müsse. Es erscheint nicht zwingend, dass das Einkommen mit der Kinderzahl proportional steigt. Vielmehr ist es in erster Linie eine persönliche Entscheidung eines jeden Paares, wie viele Kinder es bekommt. Man mag argumentieren, dass die Familienneutralität des Gehalts Anreize setze, mehr Kinder zu bekommen. Auch wenn diese Anreizwirkung gesellschaftspolitisch wün-

¹⁵³ S. BVerfGE 11, 203 (210–14); 44, 249 (267); 38, 1 (12); 62, 374 (383); 64, 323 (351); 64, 367 (385); 81, 363 (376); 99, 300 (314–16); 117, 372 (382–83); 119, 47 (263, 268–69); 130, 263 (292–93).

¹⁵⁴ BVerfGE 44, 249.

¹⁵⁵ BVerfGE 44, 249 (267) (Hervorhebung hinzugefügt).

¹⁵⁶ BVerfGE 44, 249 (267).

¹⁵⁷ BVerfGE 44, 249 (267). Dieser Standard wurde bestätigt in BVerfGE 81, 363 (376); 99, 300 (314–16).

¹⁵⁸ BVerfGE 44, 249 (276–78).

¹⁵⁹ BVerfGE 99, 300 (316).

schenswert sein mag, ist es doch eine Entscheidung, die die Politik und nicht die Gerichte treffen sollte.

Auf eine Verbindung von normativer Setzung und Kohärenzargumenten stützte sich das Gericht in seinem Urteil vom Februar 2012 zur W2-Besoldung.¹⁶⁰ In der Entscheidung ging es um die Frage, ob die Höhe der W2-Besoldung mit Art. 33 V GG vereinbar war. Ausgangspunkt der Entscheidung war erneut das Alimentationsprinzip.¹⁶¹ Aus diesem leitete das Gericht her, dass die Alimentierung „amtsangemessen“ sein müsse.¹⁶² Ungleiche Tätigkeiten dürften also nicht gleich besoldet werden. Auf Grundlage dieses Standards überprüfte das Gericht im Fortgang des Urteils die Kohärenz des Besoldungssystems. Es stellte fest, dass die W2-Besoldung ungefähr dem Gehalt eines 40jährigen Oberstudienrates entspreche.¹⁶³ Aufgrund der hohen Ausbildungsanforderungen sowie der Vielfalt und des Anspruchs der Aufgaben in Forschung und Lehre müsse das Grundgehalt von W2-Professoren allerdings höher ausfallen als das Gehalt von Beamten, die im unteren Bereich der Besoldung des höheren Dienstes angesiedelt seien.¹⁶⁴

Auch wenn der Grundsatz der „amtsangemessenen“ Besoldung zunächst intuitiv einsichtig erscheint, liegt die Schwierigkeit in der Konkretisierung dieses Standards. Wie Richter Gerhard in seinem Sondervotum herausstrich, wichen die Besoldungsgrundsätze zwischen Beamten und Professoren seit jeher voneinander ab.¹⁶⁵ Professoren genießen gegenüber anderen Beamten gewisse Privilegien, die nicht zwingend gehaltsneutral sein müssen. Insofern stellt sich auch hier die Frage, warum gerade das Verfassungsgericht eine Bewertung der gesellschaftlichen Bedeutung unterschiedlicher Tätigkeitsfelder in der Beamtschaft vornehmen soll.

2. Deduktive Maßstabsbildung im Steuerrecht

Die steuerrechtlichen Entscheidungen beschäftigen sich ebenfalls mit staatlichen Leistungen. Allerdings geht es hier nicht um staatliche Transferzahlungen, sondern um finanzielle Vorteile in Form von steuerlichen Vergünstigungen. Dabei hat das Verfassungsgericht in einer Reihe von Entscheidungen den Grundsatz entwickelt, dass das Existenzminimum steuerfrei sein müsse.¹⁶⁶ Dieser geht auf eine Entscheidung vom Mai 1990 zurück.¹⁶⁷ Die Verfassungsbe-

¹⁶⁰ BVerfGE 130, 263.

¹⁶¹ BVerfGE 130, 263 (292).

¹⁶² BVerfGE 130, 263 (293).

¹⁶³ BVerfGE 130, 263 (304).

¹⁶⁴ BVerfGE 130, 263 (305–07).

¹⁶⁵ BVerfGE 130, 263 (313).

¹⁶⁶ S. BVerfGE 82, 60 (84); 87, 153 (169); 99, 216 (233); 99, 246 (264–65); 120, 125 (156–57).

¹⁶⁷ BVerfGE 82, 60.

schwerde, die dem Beschluss zugrunde lag, wandte sich gegen die Kürzung des Kindergeldes für Besserverdienende. Der Gesetzgeber hatte in den 1970er Jahren die damals geltenden Steuerfreibeträge für Kinder gestrichen und gleichzeitig ein einkommensunabhängiges Kindergeld eingeführt. Die neu an die Macht gekommene Koalition von CDU/CSU und FDP minderte für das Jahr 1983 die Kindergeldbeträge für Bürger mit hohem Einkommen. Gleichzeitig führte sie den Steuerfreibetrag auf niedrigem Niveau wieder ein und erhöhte ihn in den Folgejahren schrittweise.

Das Verfassungsgericht urteilte, dass die Kürzung des Kindergeldes gegen die Verfassung verstoße. Aus Art. 1 I, 6 I GG und der Sozialstaatsgarantie leitete das Gericht ab, dass „das Existenzminimum sämtlicher Familienmitglieder steuerfrei bleiben muß.“¹⁶⁸ Dies gelte unabhängig von der Höhe des Einkommens.¹⁶⁹ Daraus folge die Pflicht des Gesetzgebers, die „kinderbedingte Minderung der Leistungsfähigkeit“ durch entsprechende Sozialleistungen auszugleichen.¹⁷⁰ Dabei sei dem Gesetzgeber freigestellt, ob er diesen Ausgleich im Steuerrecht durch entsprechende Freibeträge oder im Sozialrecht durch die Gewährung von Kindergeld vornehme.¹⁷¹ Dieser Entlastungsfunktion werde das gekürzte Kindergeld jedenfalls nicht hinreichend gerecht.¹⁷²

Auf Grundlage dieses Postulats der Steuerfreiheit des Existenzminimums betrieb das Bundesverfassungsgericht in den Folgejahren mehrfach eine Ausweitung der steuerlichen Freibeträge. So entschied es beispielsweise, dass der steuerliche Freibetrag nicht unter dem im Sozialhilferecht anerkannten Mindestbedarf liegen dürfe,¹⁷³ dass Eheleute den Betreuungsaufwand für ihre Kinder steuerlich absetzen können müssten¹⁷⁴ oder dass die Beiträge zur privaten Krankenversicherung steuerlich nicht ausreichend abzugsfähig seien.¹⁷⁵

Bemerkenswert an diesen Entscheidungen ist, dass sie zwar die Menschenwürde und das Sozialstaatsprinzip als Begründungstopos heranziehen, letztlich aber Bürgern in höheren Einkommenschichten zugute kommen. So erscheint es zwar intuitiv einsichtig, dass Bürger, die lediglich das Existenzminimum zur Verfügung haben, in einem Sozialstaat keine Steuern zahlen müssen. Dass das Existenzminimum jedoch auch für Bürger steuerfrei sein soll, deren Einkommen deutlich über jenem liegt, hätte einer eigenständigen Begründung bedurft. Eine solche wird im Kinderfreibetragsurteil angedeutet. Dort führte das Gericht aus, dass sich die Besteuerung des Existenzminimums von Steuer-

¹⁶⁸ BVerfGE 82, 60 (85).

¹⁶⁹ BVerfGE 82, 60 (86).

¹⁷⁰ BVerfGE 82, 60 (84).

¹⁷¹ BVerfGE 82, 60 (84).

¹⁷² BVerfGE 82, 60 (91–97).

¹⁷³ BVerfGE 87, 153 (171).

¹⁷⁴ BVerfGE 99, 216 (236).

¹⁷⁵ BVerfGE 120, 125 (161–66).

pflichtigen mit überdurchschnittlichem Einkommen auch nicht durch sozialpolitische Erwägungen rechtfertigen lasse.¹⁷⁶ Eine Besteuerung des Existenzminimums für Kinder führe zu einer Ungleichbehandlung zwischen Steuerpflichtigen mit unterhaltsbedürftigen Kindern und kinderlosen Steuerpflichtigen gleichen Einkommens.¹⁷⁷

Diese Argumentation erinnert an die Erwägungen, die das Gericht in seiner Entscheidung zur Kinderzulage für Beamte angestellt hatte.¹⁷⁸ Auch dort hatte es die Familienneutralität des Einkommens postuliert. Die Argumentation ist im Steuerrecht jedoch nicht weniger problematisch als im Beamtenrecht. Es ist letztlich eine persönliche Entscheidung, wie viele Kinder ein Paar bekommen möchte. Daher erscheint es nicht von vornherein abwegig, den Paaren auch die finanziellen Kosten dieser Entscheidungen aufzubürden. Sicherlich kann es sozialpolitisch sinnvoll sein, Familien von den Kosten für ihre Kinder zu entlasten. Dies ist letztlich jedoch eine politische Entscheidung und keine, die das Gericht auf der Grundlage unklarer rechtlicher Standards treffen sollte.¹⁷⁹

3. Fazit

Deduktiver Argumente bedient sich das Verfassungsgericht in erster Linie im Beamten- und Steuerrecht. Diese haben in der Regel die Funktion, entweder staatliche Transferleitungen an Beamte oder steuerliche Privilegien auszuweiten. Das Gericht leitet dabei konkrete normative Postulate aus abstrakten Verfassungsnormen ab. Die Verbindung zwischen den abstrakten Normen und den konkreten Postulaten wird dabei nicht immer deutlich. Vielmehr scheint das Gericht auf Fairnessintuitionen zu setzen, wenn es etwa fordert, dass das Existenzminimum steuerfrei bleiben müsse. Diese Fairnessintuitionen muss man allerdings nicht zwingend teilen, wenn die daraus abgeleiteten staatlichen Privilegien auch Steuerpflichtigen mit überdurchschnittlichen Einkommen zukommen sollen. Zudem ist nicht ersichtlich, dass das Gericht im Beamten- oder im Steuerrecht Fehler des politischen Verfahrens korrigiert. Die betroffenen Personengruppen gehören keinen gesellschaftlichen Minderheiten an und sind im politischen Prozess nicht unterrepräsentiert. Insofern scheint sich hinter der deduktiven Maßstabsbildung aktive Sozialpolitik zu verbergen.

¹⁷⁶ BVerfGE 82, 60 (89).

¹⁷⁷ BVerfGE 82, 60 (89–90).

¹⁷⁸ S. oben, § 6 VII 1.

¹⁷⁹ Ebenso *Schneider*, NJW 1999, 1303 (1304).

VIII. Grundrechtsrechtsprechung zwischen Rationalitätskontrolle und deduktiver Maßstabsbildung

Die Analyse der substantiellen Argumentationsformen außerhalb der Abwägung bestätigt im Wesentlichen die Ergebnisse aus dem letzten Kapitel. Auch hier geht es dem Verfassungsgericht grundsätzlich um eine Rationalitätskontrolle, die das Ziel hat, Fehler im Gesetzgebungsverfahren zu korrigieren. Diese Fehler beruhen zumeist auf Fehlanreizen, falschen Stereotypen oder Informationsdefiziten des Gesetzgebers. Besonders deutlich wird dies in den Urteilen, in denen das Gericht die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes auf Geeignetheits- oder Erforderlichkeitserwägungen gestützt hat.

Den Charakter einer Rationalitätskontrolle haben auch Erwägungen zum Vertrauensschutz, zur Kohärenz und Konsistenz, sowie Gleichheitserwägungen. Bei der Rechtsprechung zum Vertrauensschutz geht es in erster Linie darum, Härtefälle für bestimmte Adressatengruppen zu vermeiden und damit gesetzgeberische Informationsdefizite zu korrigieren. Demgegenüber zielen Kohärenz- und Konsistenzargumente sowie Gleichheitserwägungen darauf ab, illegitime Motive des Gesetzgebers zu identifizieren. Die Inkonsistenz ist regelmäßig ein Indiz, dass der Gesetzgeber neben den expliziten Zielen auch weitere Ziele verfolgt hat. Mit Gleichheitserwägungen versucht das Gericht, Diskriminierungen bestimmter gesellschaftlicher Gruppen zu korrigieren. Wir haben gesehen, dass beide Argumentationsformen auch ein signifikantes aktivistisches Potential haben. Das stellt ihren Wert als Instrumente der Rationalitätskontrolle jedoch nicht grundsätzlich in Frage.

Nicht in dieses Schema passen jedoch zwei weitere Argumentationsformen. Zum einen hat sich das Verfassungsgericht in jüngeren Urteilen auf kategoriale Argumente gestützt und dabei vor allem die Menschenwürde als Begründungstypus herangezogen. Zum anderen hat es in mehreren Urteilen versucht, unmittelbar subsumtionsfähige normative Standards mittels Deduktion aus Verfassungsnormen abzuleiten. Gerade die kategoriale Argumentation unterscheidet sich substantiell von der Rationalitätskontrolle. Vordergründig postuliert das Verfassungsgericht absolute normative Standards, an denen es die angegriffenen Regelungen misst. In der Praxis kommt es auch hier jedoch nicht ohne eine implizite Abwägung aus. Insofern führen kategoriale Argumente dazu, dass die eigentlich entscheidungsleitenden Gründe kaschiert werden.

Nicht minder problematisch ist die deduktive Maßstabsbildung. Hier nimmt das Verfassungsgericht in einem ersten Schritt regelmäßig eine normative Setzung vor, die es nicht näher begründet. Diese Begründungsform finden wir vor allem im Beamten- und Steuerrecht. Dabei ist nicht ersichtlich, dass das Gericht auf Fehlanreize oder Informationsdefizite im politischen Prozess reagiert.

Vielmehr erlaubt die deduktive Argumentationsweise dem Verfassungsgericht, aktive Sozialpolitik zu betreiben. Unsere Analyse ergibt letztlich also ein zweigeteiltes Bild. Das Bundesverfassungsgericht lässt in begrenztem Maße aktivistische Tendenzen erkennen. Allerdings verbergen diese sich nicht, wie oft vermutet, hinter der Verhältnismäßigkeitsprüfung, sondern vor allem hinter deduktiven Argumentationsformen, mithin hinter der Kernaufgabe eines jeden Juristen – der Norminterpretation.

Kapitel 7

Prozedurale Elemente in der Grundrechtsrechtsprechung

Während die vorherigen beiden Kapitel Urteile analysiert haben, in denen das Bundesverfassungsgericht die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen auf substantielle Argumente gestützt hat, soll dieses Kapitel Verfahrensargumente in den Blick nehmen. Verwaltungsentscheidungen werden durch Gesetzesnormen nicht vollständig determiniert. Vielmehr hat die Verwaltung oft erhebliche Entscheidungsspielräume.¹ Je größer der Entscheidungsspielraum ist, desto höher ist auch die Wahrscheinlichkeit von fehlerhaften Entscheidungen. Zumeist sind diese Entscheidungsspielräume jedoch notwendig, da der Gesetzgeber insbesondere bei komplexen Materien nicht in der Lage ist, alle potentiellen Fallkonstellationen vorherzusehen. In solchen Fällen kommt dem Verfahren der Gesetzesanwendung eine entscheidende Rationalisierungsfunktion zu. Das Verfahren soll dazu beitragen, die Wahrscheinlichkeit fehlerhafter Entscheidungen so weit wie möglich zu reduzieren.²

Dem trägt das Bundesverfassungsgericht dadurch Rechnung, dass es eine Vielzahl von Entscheidungen nicht auf materielle, sondern auf prozedurale Erwägungen stützt. Damit sind jedoch nicht Fragen der formellen Rechtmäßigkeit von Gesetzen gemeint. Vielmehr geht es um verfahrensbezogene Argumente in der materiellen Rechtmäßigkeit. Solche prozeduralen Argumente finden wir grundsätzlich in zwei Verfahrensstadien. Erstens können sie sich auf das Verfahren der Gesetzesdurchsetzung beziehen. Subjektive Rechtspositionen von Bürgern werden in erster Linie durch materielle Voraussetzungen des Gesetzes geschützt. Diese materiellen Voraussetzungen müssen jedoch im Verwaltungsverfahren ständig konkretisiert werden. Die Gesetzesmerkmale müssen interpretiert werden, und die Verwaltung oder die Justiz müssen feststellen, ob die tatsächlichen Voraussetzungen der Tatbestandsmerkmale vorliegen. Verfahrensgarantien bilden eine Kompensation für die Fehleranfälligkeit dieses Prozesses.

Diese prozedurale Kompensation ist zu einem gewissen Grade bereits in der Verfassung angelegt. Der Verfassungsgeber hat nicht nur materielle, sondern auch Verfahrensgrundrechte in der Verfassung verankert. Dazu zählen etwa das

¹ Solche Entscheidungsspielräume werden ihr insbesondere, aber nicht ausschließlich, durch Generalklauseln eingeräumt. Zu diesen instruktiv *Wißmann*, Generalklauseln, 2008.

² *Tschentscher*, Prozedurale Theorien, 2000, S. 346.

Gebot des effektiven Rechtsschutzes in Art. 19 IV GG oder die Richtervorbehalte in Art. 13 II-V und 104 II GG. Das Bundesverfassungsgericht stellt jedoch auch in der Verhältnismäßigkeit oft verfahrensbezogene Anforderungen an den Gesetzgeber. Es akzeptiert grundsätzlich die materielle Wertentscheidung des Gesetzgebers, verlangt von diesem jedoch zusätzliche prozedurale Absicherungen zum Schutz der subjektiven Rechte der Grundrechtsträger.

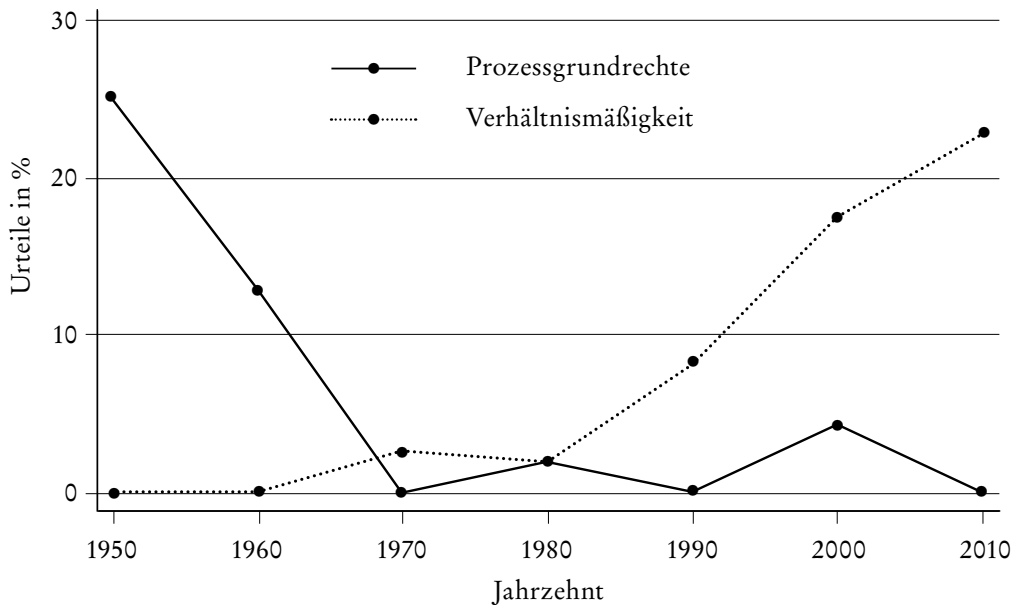
Weiterhin gründet das Verfassungsgericht seine Urteile teilweise auf strukturelle Erwägungen. Dies kann man insbesondere im Rundfunk- und im Hochschulrecht sowie teilweise im Beamtenrecht und bei der Übertragung von Entscheidungskompetenzen auf die EU beobachten. Das Bundesverfassungsgericht leitet hier aus dem Grundgesetz verfahrensbezogene Strukturmerkmale her und misst die gesetzgeberischen Konzeptionen an diesen Strukturmerkmalen. Schließlich finden sich in den Urteilen des Gerichts Überlegungen zum Gesetzgebungsverfahren des überprüften Gesetzes. Diese drücken sich zum einen in Bestimmtheitsanforderungen aus. Wenn das Gericht ein Gesetz für zu unbestimmt hält, trifft es letztlich eine Kompetenzentscheidung. Bestimmte Anforderungen an den Gesetzesvollzug sollen durch den Gesetzgeber selbst festgelegt und nicht erst durch die Verwaltung bei der Gesetzesdurchführung konkretisiert werden. Manchmal finden sich in den Urteilen jedoch auch Überlegungen zu den Motiven des Gesetzgebers im Gesetzgebungsverfahren oder zu der Qualität der gesetzgeberischen Prognoseentscheidung. Solche Argumente erinnern an die prozedurale Konstruktion gesetzgeberischer Einschätzungsspielräume.³ Das Gericht stützt sein Urteil selten ausschließlich auf solche Überlegungen. Allerdings führt es sie teilweise unterstützend zur Begründung seines Ergebnisses heran.

Betrachtet man die zeitliche Entwicklung der verschiedenen prozeduralen Argumente fallen zwei Tendenzen ins Auge (Graphik 7.1, Seite 198). Zum einen spielten die Prozessgrundrechte bei der Gesetzeskontrolle nur in den ersten knapp 20 Jahren der Rechtsprechung eine bedeutende Rolle. In den 1950er Jahren scheiterte ein Viertel aller Gesetze, die das Verfassungsgericht für verfassungswidrig erklärte, an den Vorgaben der Prozessgrundrechte. Seit Ende der 1960er Jahre geht die Bedeutung der Prozessgrundrechte bei der Gesetzeskontrolle jedoch rapide zurück. Die gegenteilige Entwicklung beobachten wir dagegen bei den Verfahrensargumenten in der Verhältnismäßigkeit. Diese spielen bis Ende der 1980er Jahre allenfalls eine marginale Rolle. Seitdem haben sie aber stetig an Bedeutung gewonnen. Seit dem Jahr 2000 finden sich in etwas mehr als 17 % der Urteile prozedurale Erwägungen in der Verhältnismäßigkeit.

Im Folgenden sollen die einzelnen Verfahrenserwägungen näher analysiert werden. Dabei untersuchen wir zunächst die Rechtsprechung zu den Prozessgrundrechten. Zweitens wenden wir uns den Verfahrenserwägungen in der

³ S. dazu oben, § 3 II 1.

Graphik 7.1: Prozedurale Argumente



Verhältnismäßigkeit zu. Drittens betrachten wir strukturelle Verfahrensargumente, bevor viertens die Bestimmtheitsanforderungen in den Blick genommen werden sollen. Fünftens wird schließlich die Kontrolle des Gesetzgebungsverfahrens durch das Verfassungsgericht analysiert.

I. Prozeduralisierung bei Prozessgrundrechten

Das Bundesverfassungsgericht hat zunächst bei den Prozessgrundrechten auf prozedurale Argumente zurückgegriffen.⁴ Dass das Gericht hier verfahrensbezogen argumentiert, ist nicht überraschend. Interessant ist aber die Struktur der Argumentation. Wie die materiellen Grundrechte bedürfen auch die Prozessgrundrechte einer gerichtlichen Konkretisierung. Leitender Gedanke ist dabei die Qualitätssicherung staatlicher Entscheidungen. Das Verfassungsgericht arbeitet zu diesem Zweck mit zwei Argumentationstopoi. Zum einen stellt es die effektive Kontrolle staatlicher Entscheidungen in den Vordergrund. Zum anderen versucht es, die Effektivität der Kontrolle durch die Unabhängigkeit der Kontrollleure sicherzustellen.⁵ Die Unabhängigkeit dient insbesondere dazu, Interessenkonflikten vorzubeugen.

⁴ S. BVerfGE 4, 331 (347–48); 10, 118 (122); 10, 200 (216–17); 14, 174 (188); 14, 254 (257–58); 15, 275 (282); 21, 139 (145–46); 22, 49 (79); 54, 159 (171–72); 101, 397 (408); 107, 395 (417).

⁵ Zum Zusammenhang zwischen Unabhängigkeit und Effektivität der Kontrolle s. *Di Fabio*, in: Hdb StR II, 3. Aufl. 2004, § 27, Rn. 27.

Die Kontrolle staatlicher Entscheidungen setzt das Verfassungsgericht vor allem über die Rechtsweggarantie des Art. 19 IV GG durch. Es hat diese zwar formal unter den Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit gestellt.⁶ Eine Verletzung hat es in der Praxis bisher jedoch lediglich dann festgestellt, wenn der Rechtsweg vollständig ausgeschlossen worden war.⁷ Rechtsschutz hat es dabei nicht nur gegen die Verwaltung, sondern auch gegen die Gerichte gewährt, soweit es um die Überprüfung der an die Gerichte adressierten Prozessgarantien geht.⁸

Die Unabhängigkeit der Kontrolleure versuchte das Gericht in erster Linie über das aus Art. 92 GG abgeleitete Gebot der richterlichen Unabhängigkeit sicherzustellen. Dieses sah es insbesondere dann als verletzt an, wenn die Richter gleichzeitig Teil der Verwaltung waren und damit entweder die Interessen der Verwaltung vertraten oder deren Weisungen unterlagen.⁹ Die Unabhängigkeit der Richter spielte jedoch auch bei anderen Prozessgrundrechten eine zentrale Rolle. So entschied das Gericht, dass die Möglichkeit, gegen eine Verwaltungsentscheidung lediglich einen Beschwerdeausschuss anzurufen, dem Rechtswegerfordernis des Art. 19 IV GG nicht genüge.¹⁰ Der Beschwerdeausschuss sei kein Gericht, da der Vorsitzende nicht unabhängig gewesen sei, sondern behördlichen Weisungen unterlegen habe.¹¹ In einer anderen Entscheidung stellte das Verfassungsgericht einen Verstoß gegen den Grundsatz des gesetzlichen Richters fest, weil die freiwillige Gerichtsbarkeit die Möglichkeit der Ablehnung eines Richters wegen Befangenheit nicht vorsah.¹² Ein Richter, der die gebotene Distanz und Neutralität zu den Prozessparteien vermissen lasse, sei nicht ausreichend unabhängig. Insofern müsse er abgelehnt werden können.¹³

II. Verfahrensorderungen in der Verhältnismäßigkeit

Während prozedurale Argumente anfangs im Wesentlichen auf die Prozessgrundrechte beschränkt waren, hat das Bundesverfassungsgericht in seiner späteren Rechtsprechung auch in der Verhältnismäßigkeitsprüfung verfahrensbe-

⁶ BVerfGE 101, 397 (408).

⁷ S. BVerfGE 4, 331 (347–48); 15, 275 (282); 101, 397 (408); 107, 395 (417).

⁸ BVerfGE 107, 395.

⁹ BVerfGE 10, 200 (216–17) (Bürgermeister als Vorsitzende der Friedensgerichte in Baden-Württemberg); 22, 49 (79) (Strafgewalt von Finanzämtern in bestimmten Steuerstrafsachen); 54, 159 (171–72) (Beisitzer in Landwirtschaftsgerichten, die teilweise als Vorstände der Landwirtschaftskammer auch Verwaltungstätigkeit ausüben, über die sie als Beisitzer dann möglicherweise richten müssen).

¹⁰ BVerfGE 4, 331.

¹¹ BVerfGE 4, 331 (347–48).

¹² BVerfGE 21, 139.

¹³ BVerfGE 21, 139 (145–46).

zogen argumentiert.¹⁴ Besonders prägnant ist dies seit Ende der 1990er Jahre in mehreren Urteilen zu strafprozessrechtlichen Regelungen.¹⁵ Wie bei den Prozessgrundrechten geht es hier in erster Linie darum, durch prozessuale Anforderungen eine effektive Kontrolle staatlicher Entscheidungen zu ermöglichen.

Erstmals tauchten solche prozeduralen Argumente im Urteil zur Telekommunikationsüberwachung aus dem Jahr 1999 auf.¹⁶ Gegenstand des Urteils war ein Gesetz, das den Bundesnachrichtendienst zur Überwachung von Ferngesprächen zur Abwehr geplanter und zur Verfolgung begangener Straftaten ermächtigte. Das Bundesverfassungsgericht billigte die Überwachung von Ferngesprächen zwar grundsätzlich, allerdings nur unter erheblichen Auflagen.¹⁷ Diese Auflagen waren überwiegend verfahrensrechtlicher Natur.

So war in dem angegriffenen Gesetz vorgesehen, dass die durch die Telekommunikationsüberwachung erlangten Daten an Strafverfolgungs- und andere Verwaltungsbehörden weitergegeben werden konnten. Das Verfassungsgericht billigte diese Weitergabemöglichkeit nur mit erheblichen Einschränkungen.¹⁸ Unter anderem erlegte es den staatlichen Behörden die Pflicht auf, die Datenübermittlungen zu protokollieren, um den Betroffenen eine nachträgliche gerichtliche Kontrolle zu ermöglichen.¹⁹

Weiterhin rügte das Gericht die Regelung der Mitteilungspflicht. Eine solche war nach dem Gesetz nur dann erforderlich, wenn die Daten mehr als drei Monate gespeichert wurden. Das führte in der Praxis dazu, dass die Daten regelmäßig vor Ablauf der Dreimonatsfrist gelöscht wurden. Das Verfassungsgericht stufte diese Regelung als verfassungswidrig ein, da den Betroffenen durch die mangelnde Kenntnis der Aufzeichnung ihrer Gespräche jegliche Rechtshilfsmöglichkeit genommen werde.²⁰ Auf eine Benachrichtigung könne allenfalls dann verzichtet werden, „wenn die erfassten Daten ohne weitere Schritte so gleich als irrelevant vernichtet worden“ seien.²¹

Diese prozeduralen Elemente finden sich auch in späteren Urteilen zu strafprozessualen Regelungen wieder. Bei geheimen Überwachungsmaßnahmen verlangte das Gericht verfahrensmäßige Vorkehrungen, um Eingriffe in den ab-

¹⁴ S. BVerfGE 33, 303 (343–45); 39, 1 (61–64); 65, 1 (59–61); 88, 203 (302–12); 100, 313 (395–402); 101, 106 (126); 109, 279 (366–79); 110, 33 (75); 113, 273 (309–15); 113, 348 (390); 114, 1 (64–69); 120, 274 (331–39); 120, 378 (431–32); 123, 148 (183–84); 125, 260 (325–58); 128, 282 (320–21); 129, 269 (283); 133, 112 (139–42).

¹⁵ BVerfGE 100, 313 (395–402); 109, 279 (366–79); 110, 33 (75); 113, 273 (309–15); 113, 348 (390); 120, 274 (331–39); 120, 378 (431–32); 125, 260 (325–58); 128, 282 (320–21); 129, 269 (283); 133, 112 (139–42).

¹⁶ BVerfGE 100, 313 (395–402).

¹⁷ S. dazu bereits oben, § 5 III 5.

¹⁸ BVerfGE 100, 313 (391–96).

¹⁹ BVerfGE 100, 313 (395–96).

²⁰ BVerfGE 100, 313 (397–99).

²¹ BVerfGE 100, 313 (399).

solut geschützten Kernbereich des Persönlichkeitsrechts zu verhindern.²² Zudem mahnte das Verfassungsgericht immer wieder Kennzeichnungs- und Protokollierungspflichten bei der Weitergabe der Daten an andere Behörden an.²³ Weiterhin forderte es die Bekanntgabe der Maßnahmen an die Betroffenen, um diesen eine unabhängige gerichtliche Überprüfung zu ermöglichen.²⁴ Die Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung ordnete das Gericht schließlich auch bei mehreren Urteilen zu staatlichen Zwangsmaßnahmen – wie etwa dem Europäischen Haftbefehl oder Zwangsbehandlungen im Maßregelvollzug – an.²⁵

Das Bundesverfassungsgericht greift jedoch nicht nur bei strafprozessualen Maßnahmen auf Verfahrensargumente zurück. In mehreren Urteilen finden sich Verfahrensorderungen, die Interessenkonflikten entgegenwirken sollen.²⁶ So rügte es in einem Urteil aus dem Jahr 2009, dass Brandenburg finanzielle Zuschüsse an jüdische Religionsgemeinschaften ausschließlich über den Landesverband der Jüdischen Gemeinden verteilen ließ.²⁷ Gegen diese Regelung hatte eine jüdische Religionsgemeinschaft geklagt, die zum Landesverband in einem Konkurrenzverhältnis stand und bei der Mittelverteilung regelmäßig nicht berücksichtigt worden war. Das Bundesverfassungsgericht rügte die Verteilung der Gelder über den Landesverband, weil dies zu einem Interessenkonflikt führe.²⁸ Da der Landesverband ein starkes Eigeninteresse an den Geldern habe, habe die Regelung eine ungleiche Verteilung zur Folge.

Prozedurale Argumente finden sich schließlich in den beiden Urteilen des Verfassungsgerichts zum Schwangerschaftsabbruch.²⁹ Auf den ersten Blick scheint es sich bei beiden Entscheidungen um Abwägungsentscheidungen zu handeln, bei denen das Verfassungsgericht das Lebensrecht des Embryos gegen das Selbstbestimmungsrecht der Frau abgewogen hat.³⁰ In beiden Urteilen entschied das Gericht, dass der Gesetzgeber das ungeborene Leben nicht ausreichend geschützt habe. Allerdings wandte sich das Gericht nicht grundsätzlich gegen das gesetzgeberische Ziel, Frauen in einem begrenzten Rahmen einen Schwangerschaftsabbruch zu ermöglichen. Es verlangte vom Gesetzgeber in keinem der beiden Urteile, die begrenzte Straffreiheit des Schwangerschaftsabbruchs aufzugeben. Vielmehr ging es in beiden Urteilen im Kern um das Verfahren des Schwangerschaftsabbruchs, insbesondere um die Beratungspflichten gegenüber der Schwangeren.³¹

²² BVerfGE 109, 279 (332); 113, 348 (390); 120, 274 (35–339).

²³ BVerfGE 109, 279 (374–79); 110, 33 (75); 120, 378 (431–32).

²⁴ BVerfGE 109, 279 (366–68); 120, 274 (331–35); 125, 260 (353–54, 357–58).

²⁵ BVerfGE 113, 273 (309–15); 128, 282 (320–21); 129, 269 (283).

²⁶ BVerfGE 39, 1 (61–63); 65, 1 (60); 101, 106 (126); 109, 279 (370–71); 123, 148 (183–84).

²⁷ BVerfGE 123, 148.

²⁸ BVerfGE 123, 148 (183–84).

²⁹ BVerfGE 39, 1; 88, 203.

³⁰ S. nur BVerfGE 39, 1 (43); 88, 203 (255).

³¹ Ein prozedurale Interpretation des Urteils findet sich auch bei *Britz*, Der Staat 42

Im ersten Urteil zum Schwangerschaftsabbruch aus dem Jahr 1975 verlangte das Verfassungsgericht Nachbesserungen bei mehreren Aspekten der Beratungsregelung. So forderte es, dass die Beratungsstellen nicht neutral sein dürften. Vielmehr müsse ihnen aufgegeben werden, intensiv auf die Fortsetzung der Schwangerschaft hinzuwirken.³² Zudem seien Ärzte, die die Abtreibung durchführen sollten, keine geeigneten Berater, da es leicht zu Interessenkonflikten kommen könne.³³ Schließlich müsse den Frauen eine zwingende Bedenkzeit gegeben werden, damit sie sich ausreichend mit den ihnen in der Beratung entgegengehaltenen Argumenten auseinandersetzen könnten.³⁴

Im zweiten Urteil von 1993 standen ebenfalls Verfahrensanforderungen im Mittelpunkt der Entscheidung. Erneut hielt das Gericht die Beratungsregelungen für verfassungswidrig, weil keine ausreichende staatliche Aufsicht der Beratungseinrichtungen sichergestellt sei.³⁵ Zudem erlegte es dem Gesetzgeber die Pflicht auf, die Beratungspflichten des Arztes, der den Schwangerschaftsabbruch durchführen soll, näher zu regeln.³⁶ Schließlich obliege dem Gesetzgeber eine Beobachtungspflicht, nach der er die Effektivität der eigenen Regelung zu überprüfen und gegebenenfalls korrigierend einzugreifen habe.³⁷

III. Strukturelle Argumente

Während die in den vorherigen beiden Abschnitten diskutierten Verfahrensanforderungen in erster Linie einzelne Gesetzesnormen betreffen, entwickelt das Bundesverfassungsgericht in einigen Fällen prozedurale Strukturprinzipien zur Regulierung von Institutionen. Solche prozeduralen Strukturprinzipien finden sich vor allem im Rundfunk- und im Hochschulrecht, aber auch im Beamtenrecht und bei der Strukturierung des politischen Prozesses.

1. Binnenpluralismus und Staatsfreiheit im Rundfunkrecht

Im Rundfunkrecht hat das Bundesverfassungsgericht Strukturprinzipien entwickelt, die über den bloßen Text von Art. 5 I 2 GG deutlich hinausgehen. Die Rechtsprechung in diesem Bereich lässt sich vor allem durch drei prozedurale

(2003), 35 (41–42), die das Urteil allerdings unter dem Aspekt prozeduraler Verpflichtungen der Grundrechtsträgerin und nicht des Staates diskutiert.

³² BVerfGE 39, 1 (61–62).

³³ BVerfGE 39, 1 (62–63).

³⁴ BVerfGE 39, 1 (64).

³⁵ BVerfGE 88, 203 (302–05).

³⁶ BVerfGE 88, 203 (308).

³⁷ BVerfGE 88, 203 (309–12).

Leitprinzipien beschreiben.³⁸ Erstens bestand das Gericht in mehreren Entscheidungen darauf, dass die Vergabe von Konzessionen für den privaten Rundfunk vor allem durch die Legislative und nicht die Exekutive zu erfolgen habe. So erklärte es mehrere Landesmediengesetze für verfassungswidrig, weil diese die Kriterien der Konzessionsvergabe nicht ausreichend genau bestimmten und somit der jeweiligen Landesregierung einen zu großen Ermessensspielraum einräumten.³⁹

Zweitens mussten die Länder Strukturen schaffen, die eine pluralistische Zusammensetzung auch des privaten Rundfunks gewährleisteten. So verpflichtete das Gericht den saarländischen Gesetzgeber, privaten Rundfunkanstalten eine pluralistische Besetzung ihres Beirates aufzuerlegen, durch die alle gesellschaftlich relevanten Kräfte widerspiegelt würden.⁴⁰ In einer anderen Entscheidung hielt es die Erhebung eines Teilnehmerentgelts für das Privatfernsehen durch den bayerischen Gesetzgeber für verfassungswidrig, so lange dieser keinen ausreichenden Meinungspluralismus im privaten Rundfunk sicherstelle.⁴¹ Schließlich verlangte es vom niedersächsischen Gesetzgeber, den Meinungspluralismus im privaten Rundfunk durch entsprechende Wettbewerbsvorschriften sicherzustellen, die einer Monopolisierung im Meinungsmarkt effektiv entgegenwirkten.⁴²

Das dritte prozedurale Strukturprinzip ist schließlich das der Staatsfreiheit des Rundfunks. Mit diesem möchte das Verfassungsgericht verhindern, dass die Politik einen zu großen Einfluss auf die Programmgestaltung nimmt. So erklärte es in seiner Entscheidung zum niedersächsischen Landesrundfunkgesetzes eine Regelung für verfassungswidrig, die der zuständigen Erlaubnisbehörde bei der Zuteilung von Rundfunkkonzessionen eine vorausschauende Programmkontrolle ermöglicht hätte.⁴³ Das Verfassungsgericht sah die Gefahr, dass diese Entscheidungen auf „sachfremde, namentlich vielfaltsbeschränkende Erwägungen“ gestützt werden könnten.⁴⁴

In zwei weiteren Entscheidungen ging es um das Verfahren der Festsetzung der Rundfunkgebühr.⁴⁵ Da Parlamente durch die Bestimmung der Gebührenhöhe einen starken Einfluss auf die Programmgestaltung ausüben könnten, dürf-

³⁸ Eine prozedurale Interpretation der Rundfunkfreiheit findet sich auch bei *Hoffmann-Riem*, Rundfunkfreiheit, 1979, S. 18–19; *Ossenbühl*, in: FS Kurt Eichenberger, 1982, 183 (187); *Vesting*, Prozedurales Rundfunkrecht, 1997, S. 220–42; *Ladeur*, ZUM 48 (2004), 1 (8–9).

³⁹ BVerfGE 57, 295 (328–29); 73, 118 (182–84); 83, 238 (322–24).

⁴⁰ BVerfGE 57, 295 (330–32).

⁴¹ BVerfGE 114, 371 (392–94).

⁴² BVerfGE 73, 118 (173–76).

⁴³ BVerfGE 73, 118 (184–88).

⁴⁴ BVerfGE 73, 118 (185).

⁴⁵ Zum prozeduralen Charakter der verfassungsgerichtlichen Vorgaben s. *Eifert*, Programmauftrag, 2002, S. 74–75.

ten sie bei der Festlegung der Gebührenhöhe keine freie Hand haben.⁴⁶ Daher müsse die Rundfunkgebühr durch ein „gestuftes und kooperatives Verfahren“ ermittelt werden, das die Möglichkeiten politischer Einflussnahme begrenze.⁴⁷ Die Bedarfsanmeldung der Rundfunkanstalten dürfe daher nicht politisch, sondern allein fachlich kontrolliert werden, was nahelege, die entsprechende Prüfungskommission KEF rundfunk- und politikfrei zusammenzusetzen.⁴⁸ In einer späteren Entscheidung unterstrich das Verfassungsgericht diese Grundsätze, indem es urteilte, dass die Politik bei der Gebührenfestsetzung von den Empfehlungen der KEF nur in begründeten Ausnahmefällen abweichen dürfe.⁴⁹

Das vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Rundfunkverfassungsrecht wird damit überwiegend von funktionalen Erwägungen geleitet.⁵⁰ Diese funktionalen Erwägungen stellen die Bedeutung des Rundfunks für die öffentliche Meinungsbildung und den demokratischen Prozess in den Vordergrund.⁵¹ Da demokratische Meinungsbildung offen sein muss, kann das Verfassungsgericht dem Gesetzgeber keine materiellen Vorgaben machen.⁵² Vielmehr gibt es den prozeduralen Rahmen mit Hilfe von drei Strukturprinzipien vor, durch die das Gericht hofft, eine pluralistische Meinungsbildung sicherzustellen.

Mit dieser Rechtsprechung versucht das Gericht zum einen Fehlanreize im politischen Prozess entgegenzuwirken. Da der Rundfunk ein politischer Machtfaktor ist, sieht es das Gericht als seine Aufgabe an, den staatlichen Rundfunk gegen „die Begehrlichkeiten der Politik“ zu schützen.⁵³ Dem dient insbesondere das Prinzip der Staatsfreiheit des Rundfunks, das vor einer zu starken Programmkontrolle durch die Politik schützen soll.⁵⁴ Gleichzeitig beruht die Rechtsprechung jedoch auch auf spezifischen normativen Grundannahmen.⁵⁵ Diese Annahmen beziehen sich zum einen auf die Funktionsweise des Rundfunkmarktes. Das Gericht geht davon aus, dass im Rundfunk nur ein eingeschränkter Wettbewerb möglich und daher der Markt als Steuerungsmechanismus unzureichend sei.⁵⁶

⁴⁶ BVerfGE 90, 60 (92).

⁴⁷ BVerfGE 90, 60 (102).

⁴⁸ BVerfGE 90, 60 (103).

⁴⁹ BVerfGE 119, 181 (220–24).

⁵⁰ *Brugger*, Rundfunkfreiheit, 1991, S. 34; *Holznagel*, Rundfunkrecht in Europa, 1996, S. 100; *Vesting*, Prozedurales Rundfunkrecht, 1997, S. 151–54; *Jungheim*, Medienordnung, 2012, S. 157.

⁵¹ *Brugger*, Rundfunkfreiheit, 1991, S. 36; *Bullinger*, in: FS 50 Jahre BVerfG II, 2001, 193 (195).

⁵² *Hesse*, EuGRZ 5 (1978), 427 (436); *Hoffmann-Riem*, Rundfunkfreiheit, 1979, S. 18–19. S. auch *Starck*, Rundfunkfreiheit, 1973, S. 7–8, der die Rundfunkfreiheit als Organisationsproblem qualifiziert.

⁵³ *Vesting*, Prozedurales Rundfunkrecht, 1997, S. 150–51.

⁵⁴ *Holznagel*, Rundfunkrecht in Europa, 1996, S. 99–100.

⁵⁵ *Eifert*, Programmauftrag, 2002, S. 58.

⁵⁶ *Hoffmann-Riem*, AöR 109 (1984), 304 (343–48).

Zum anderen versucht das Gericht dieses Defizit durch ein eigenes Regulierungskonzept zu kompensieren.⁵⁷ Dieses gesteht dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk eine zentrale Stellung im Rundfunkgefüge zu.⁵⁸ Das Gericht billigt und fördert damit die dominante Stellung der öffentlich-rechtlichen Anstalten im Rundfunkmarkt und versucht Vielfalt vor allem durch binnenpluralistische Strukturen sicherzustellen, die es auch den privaten Rundfunkanstalten auferlegt.⁵⁹ Diese Konzeption ist nicht zwingend. Das vom Bundesverfassungsgericht verfolgte Regulierungskonzept gibt starke Anreize zur Rentensuche durch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten. Insofern werden teilweise stärker marktbasierende Modelle als Alternative vorgeschlagen.⁶⁰ Hier soll nicht entschieden werden, welches Konzept vorzugswürdig wäre. Der Streit zeigt jedoch, dass die Strukturentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts nicht in allen Teilen allein auf systematische Fehlanreize reagieren, sondern in Teilen bereits die Grenze zur eigenständigen politischen Gestaltung überschreiten.

2. Prozedurale Strukturprinzipien im Hochschulrecht

Auch für die Überprüfung von hochschulrechtlichen Regelungen hat das Bundesverfassungsgericht prozedurale Maßstäbe entwickelt.⁶¹ Dabei ging es vor allem um die Frage, wie viel Gewicht den einzelnen in der Universität repräsentierten Berufs- und Interessengruppen bei den inneruniversitären Entscheidungsprozessen zukommen solle.⁶² Im Hochschulurteil vom Mai 1973 hat das Bundesverfassungsgericht vor allem die Stellung der Hochschullehrer bei universitären Gremienentscheidungen gestärkt. Da diese aufgrund ihrer langjährigen Universitätszugehörigkeit und ihrer Forschungserfahrung von den Gremienentscheidungen stärker betroffen seien als andere Universitätsangehörige, müssten sie bei Forschungsentscheidungen über ausreichend Stimmen verfügen, um sich als Gruppe durchsetzen zu können.⁶³ Zudem stellte das Gericht ein Homogenitätsgebot auf, nach dem die an den Entscheidungsprozessen beteilig-

⁵⁷ *Schulze-Fielitz*, in: FS 50 Jahre BVerfG I, 2001, 385 (402–03).

⁵⁸ *Engel*, in: Peter/Rhein (Hg.), *Wirtschaft und Recht*, 1989, 243 (251). Teilweise wird die dominante Stellung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks nicht nur mit Pluralismuserwägungen, sondern auch mit der Verwirklichung eines staatlichen Kulturauftrags gerechtfertigt, s. dazu *Grimm*, *VVDStRL* 42 (1984), 46 (68–74).

⁵⁹ *Hoffmann-Riem*, *AöR* 109 (1984), 304 (322–25).

⁶⁰ S. etwa *Engel*, in: Peter/Rhein (Hg.), *Wirtschaft und Recht*, 1989, 243; *Engel*, *Privater Rundfunk*, 1993; *Bremer*, *ORDO* 46 (1995), 361.

⁶¹ Zur Notwendigkeit verfahrensrechtlicher Vorgaben zur Sicherung der Wissenschaftsfreiheit s. *Hesse*, *EuGRZ* 5 (1978), 427 (436); *Gärditz*, *Hochschulorganisation*, 2009, insbesondere S. 340–47.

⁶² S. BVerfGE 35, 79; 56, 192; 61, 210; 127, 87.

⁶³ BVerfGE 35, 79 (131–32).

ten Gruppen möglichst homogen sein müssten.⁶⁴ Ansonsten hätte der Gesetzgeber die Möglichkeit, die Interessen der Hochschullehrer zu unterminieren, indem er auch andere Universitätsangehörige dieser Gruppe zuordne.

In späteren Entscheidungen hat das Gericht diese Grundsätze bestätigt und näher konkretisiert. So entschied es, dass die Tätigkeit der Privatdozenten mit der der Professoren vergleichbar sei, so dass die Privatdozenten korporationsrechtlich der Gruppe der Professoren zugerechnet werden müssten.⁶⁵ Demgegenüber dürften Fachhochschullehrer an integrierten Gesamthochschulen nicht der Gruppe der Professoren zugerechnet werden, wenn sie ausschließlich in Fachhochschulstudiengängen unterrichteten.⁶⁶

In einem Urteil vom Juli 2010 erklärte das Bundesverfassungsgericht mehrere Regelungen des hamburgischen Hochschulgesetzes für verfassungswidrig, die den Dekan mit einer starken Stellung gegenüber dem Fakultätsrat ausgestattet hatten.⁶⁷ Das Gericht argumentierte insbesondere, dass die weitreichenden Kompetenzen des Dekans verfahrensrechtlich nicht hinreichend abgesichert seien. So stehe dem Fakultätsrat kein Mitspracherecht bei der Struktur- und Entwicklungsplanung zu.⁶⁸ Zudem habe er kein Wahlrecht des Dekans, sondern lediglich ein Vetorecht. Gleichzeitig könne der Fakultätsrat eine Absetzung des Dekans lediglich mit $\frac{3}{4}$ – Mehrheit beim Präsidenten beantragen.⁶⁹

In diesen Entscheidungen ging es dem Bundesverfassungsgericht vor allem um eine Stärkung der universitären Binnendemokratie. Dabei identifizierte es die Professoren aufgrund ihrer fachlichen Kompetenz und ihrer langjährigen institutionellen Zugehörigkeit als personell wichtigste Gruppe und versuchte deren Stellung bei Gremienentscheidungen zu stärken. Gleichzeitig verteidigte das Gericht das Mitspracherecht der Professoren auch gegen eine zu starke Kompetenzausdehnung des Dekanats. Damit geht das Gericht auch in diesem Bereich von einem fundamentalen Axiom aus – der zentralen Bedeutung des professoralen Mitspracherechts für die Universität – und versucht, dieses in verschiedenen Verfahrenskonstellationen durchzusetzen.

3. Verfahrensanforderungen im Beamtenrecht

Wir haben gesehen, dass das Bundesverfassungsgericht im Beamtenrecht oft einen sehr deduktiven Argumentationsstil verfolgt.⁷⁰ Teilweise findet man jedoch in Entscheidungen zum Beamtenrecht auch prozedurale Argumente, die

⁶⁴ BVerfGE 35, 79 (133–34).

⁶⁵ BVerfGE 56, 192 (208–14).

⁶⁶ BVerfGE 61, 210 (242–49).

⁶⁷ BVerfGE 127, 87.

⁶⁸ BVerfGE 127, 87 (127–28).

⁶⁹ BVerfGE 127, 87 (128–31).

⁷⁰ S. oben, § 6 VII 1.

auf funktionalen Einsichten beruhen. Leitmotiv der Argumente ist jeweils die Furcht, dass bestimmte Verfahrensausprägungen im Beamtenrecht die Qualität der von den Beamten getroffenen Entscheidungen negativ beeinflussen könne. Zum ersten Mal finden sich solche Erwägungen in einer Entscheidung aus dem Jahre 1959, in der es um die Mitwirkung des Personalrats bei Personalentscheidungen im öffentlichen Dienst ging.⁷¹ Das Gericht hielt diese Mitwirkung für unzulässig. Es folge aus dem Demokratieprinzip, dass der Beamte nur seinem Dienstherrn gegenüber verantwortlich sein dürfe.⁷² In der dem Urteil zugrunde liegenden Konstellation konnte der Personalrat jedoch auch Einfluss auf Faktoren nehmen, die sich auf die Karriere des Beamten auswirken konnten. Daher bestünde die Gefahr, dass der Beamte bei seiner Tätigkeit zu große Rücksicht auf den Personalrat nehme.⁷³ Darin sah das Verfassungsgericht einen Verstoß gegen die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums.

In zwei weiteren Entscheidungen zu Art. 33 V GG ging es um die richterliche Unabhängigkeit von der Exekutive. Die richterliche Laufbahn müsse so ausgestaltet sein, dass der Exekutive möglichst wenig Einfluss auf richterliche Entscheidungen verbleibe. So dürfe die Höhe der Richterbesoldung nicht in das Ermessen der Exekutive gestellt werden, da dies die persönliche und sachliche Unabhängigkeit der Richter von der Exekutive beeinträchtige.⁷⁴ Des Weiteren dürfe der Gesetzgeber keine Differenzierungen bei der Richterbesoldung schaffen, soweit an diese keine weiteren funktionalen Folgen geknüpft würden.⁷⁵ Durch diese Laufbahnabstufung werde eine vermeidbare, weil funktional nicht notwendige, Einflussmöglichkeit der Exekutive auf die Gestaltung der Richteraufbahn geschaffen.⁷⁶

In einem Urteil vom Mai 2008 ging es schließlich um die Vereinbarkeit einer zeitlich auf 10 Jahre befristete Besetzung von leitenden Beamtenstellen mit Art. 33 V GG.⁷⁷ Das Gericht entschied, dass eine solche Befristung gegen das Lebenszeitprinzip verstoße.⁷⁸ Auch hier stellte es prozedural-funktionale Erwägungen an. Das Lebenszeitprinzip solle die politische Unabhängigkeit und Neutralität der Beamten sicherstellen. Wenn die Politik jedoch die Möglichkeit habe, alle 10 Jahre über die Verlängerung und Neubesetzung von Führungspositionen zu entscheiden, eröffne ihr die Befristung eine noch größere Möglichkeit zur „Ämterpatronage“ als sie ohnehin schon bestehe.⁷⁹

⁷¹ BVerfGE 9, 268.

⁷² BVerfGE 9, 268 (286–87).

⁷³ BVerfGE 9, 268 (287).

⁷⁴ BVerfGE 12, 81 (88).

⁷⁵ BVerfGE 26, 79.

⁷⁶ BVerfGE 26, 79 (92–93).

⁷⁷ BVerfGE 121, 205.

⁷⁸ BVerfGE 121, 205 (224–25).

⁷⁹ BVerfGE 121, 205 (227).

4. Exkurs: Parlamentarische Beteiligungsrechte im politischen Prozess

Prozedurale Strukturprinzipien hat das Bundesverfassungsgericht schließlich bei der Kompetenzverteilung im politischen Prozess entwickelt. Dabei ging es dem Gericht vor allem darum, in außenpolitischen Fragestellungen die Beteiligungsrechte von Bundestag und Bundesrat gegenüber einer zu starken Kompetenzausweitung der Exekutive zu schützen.⁸⁰ Ein Beispiel ist das Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts.⁸¹ In diesem hatte das Gericht über die Zulässigkeit von Kompetenzübertragungen auf die Europäische Union zu entscheiden. Es urteilte, dass diese grundsätzlich zulässig seien, mahnte jedoch in bestimmten Fällen stärkere Beteiligungsrechte von Bundestag und Bundesrat an.⁸² Dies gelte insbesondere bei dynamischen Vertragsentwicklungen, also Vertragsänderungen, die ohne Ratifikation möglich seien. Diese dürften nicht allein durch die Exekutive entschieden werden, sondern bedürften auch eines parlamentarischen Zustimmungsgesetzes. Mit diesen strukturellen Vorgaben wollte das Gericht eine zu starke Kompetenzverlagerung auf die Exekutive verhindern.

Eine ähnliche Tendenz lässt sich auch in den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur europäischen Finanzarchitektur erkennen.⁸³ Bereits in der Entscheidung zum Euro-Rettungsschirm vom 7. September 2011 hatte das Bundesverfassungsgericht die Beteiligungsrechte des Bundestages bei der Übernahme von Gewährleistungen im Rahmen der Europäischen Finanzstabilisierungsfazilität (EFSF) gestärkt.⁸⁴ Zu diesem Zweck hat es § 1 IV des Stabilisierungsmechanismusgesetzes verfassungskonform dahingehend ausgelegt, dass vor der Übernahme neuer Gewährleistungen die Zustimmung des Haushaltsausschusses des Bundestages einzuholen sei.⁸⁵

In einer weiteren Entscheidung stärkte es die Rechte des Bundestages gegenüber dem Haushaltsausschuss.⁸⁶ Im Oktober 2011 hatte der Bundestag das Stabilisierungsmechanismusgesetz geändert, um eine umfassendere Beteiligung des Bundestages an den Entscheidungen im Rahmen des EFSF zu gewährleisten. Dabei behielt er jedoch dem Haushaltsausschuss vor, im Falle der Eilbe-

⁸⁰ *Schorkopf*, EuZW 20 (2009), 718 (723). Seinen Vorläufer findet dieses Bestreben in den Urteilen des Bundesverfassungsgerichts zum Parlamentsvorbehalt bei Entscheidungen über Bundeswehreinätze im Ausland, s. dazu BVerfGE 90, 286 (381–90); 121, 135 (153–169). S. zudem *Kadelbach/Guntermann*, AöR 126 (2001), 563 zur parallelen Konstellation der legislativen Zustimmungsbedürftigkeit von völkerrechtlichen Verträgen.

⁸¹ BVerfGE 123, 267.

⁸² BVerfGE 123, 267 (432–36).

⁸³ BVerfGE 129, 124; 130, 318.

⁸⁴ BVerfGE 129, 124 (185–86).

⁸⁵ BVerfGE 129, 124 (185–86).

⁸⁶ BVerfGE 130, 318.

dürftigkeit oder Vertraulichkeit die Beteiligungsrechte des Bundestages wahrzunehmen. Das Bundesverfassungsgericht urteilte, dass der Bundestag durch dieses Entscheidungsrecht des Haushaltsausschusses in eil- und vertrauensbedürftigen Fällen von „wesentlichen, die haushaltspolitische Gesamtverantwortung des Bundestages berührenden Entscheidungen in vollem Umfang ausgeschlossen“ werde.⁸⁷ Ein solcher Ausschluss bedürfe gewichtiger Gründe. Deren Vorliegen erkannte das Gericht allein beim Ankauf von Staatsanleihen durch die EFSF auf dem Sekundärmarkt an.⁸⁸ Im Übrigen sei ein Ausschluss der Beteiligungsrechte des Bundestages nicht gerechtfertigt.⁸⁹

Durch diese prozeduralen Anforderungen versucht das Verfassungsgericht dem Bundestag größere Beteiligungsrechte bei Entscheidungen auf supranationaler Ebene einzuräumen und damit die politische Verantwortlichkeit der handelnden Akteure zu stärken. Damit reagiert das Gericht auf die Beobachtung, dass politische Akteure die Delegation von Entscheidungsbefugnissen auf supranationale Gremien oft nutzen, um die eigene Rechenschaftspflicht zu verringern.⁹⁰ Bei Entscheidungen auf europäischer Ebene kann die Verantwortung nationalen Politikern nicht eindeutig zugeordnet werden. Daher müssen diese bei unpopulären Entscheidungen einen geringeren Zustimmungsverlust befürchten, als wenn die Entscheidung im nationalen politischen Prozess getroffen worden wäre. Durch die Beteiligungspflicht des Bundestages soll die Übertragung von Entscheidungskompetenzen kompensiert werden. Auch diesen Urteilen des Gerichts liegt ein bestimmtes normatives Leitbild von Demokratie zugrunde. Insbesondere der Fokus auf den nationalstaatlichen Entscheidungskontext ist oft kritisiert worden.⁹¹ Das zeigt erneut, dass auch prozedurale Argumente nicht ohne normative Wertungen auskommen.

5. Fazit

Prozedurale Strukturprinzipien entwickelt das Verfassungsgericht vor allem bei der Kontrolle von Institutionen. Diesen Institutionen geht es um die Regulierung bestimmter gesellschaftlicher Bereiche, so dass die Kontrolle sich vor al-

⁸⁷ BVerfGE 130, 318 (356).

⁸⁸ BVerfGE 130, 318 (362–63).

⁸⁹ BVerfGE 130, 318 (363–64).

⁹⁰ S. *Marks/Hooghe/Blank*, J. Com. Mkt. Stud. 34 (1996), 341 (349–50); *Follesdal/Hix*, J. Com. Mkt. Stud. 44 (2006), 533 (534–35). S. aber auch *Moravcsik*, J. Com. Mkt. Stud. 40 (2002), 603 (612–14), der herausstreicht, dass die verringerte Verantwortlichkeit von Regierungsmitgliedern gegenüber nationalen Parlamenten zum einen überbetont und zum anderen durch Mechanismen auf europäischer Ebene kompensiert wird.

⁹¹ *Weiler*, JöR 44 (1996), 91; *Halberstam/Möllers*, German L. J. 10 (2009), 1241 (1247); *Petersen*, Der Staat 49 (2010), 435 (445–46). Begrüßt wird die nationalstaatliche Verankerung des Demokratiekonzepts dagegen bei *Gärditz/Hillgruber*, JZ 2009, 872.

lem auf das Verfahren konzentriert. Eine solche prozedurale Kontrolle kommt jedoch nicht ohne normative Wertungen aus. Vielmehr nimmt das Gericht in diesen Fällen jeweils normative Setzungen vor und misst die kontrollierten Institutionen an den postulierten Axiomen. Am deutlichsten wird dies wahrscheinlich im Rundfunkbereich. Hier liegt den Entscheidungen des Gerichts eine bestimmte Konzeption des Wettbewerbs im Rundfunkbereich zugrunde. Diese Konzeption geht davon aus, dass Wettbewerb im Rundfunkbereich notwendigerweise fehlerhaft ist und diese Fehler durch eine starke Stellung der staatlichen Rundfunksender und die Gewährleistung von Binnenpluralismus kompensiert werden müssten.

Aber auch den prozeduralen Vorgaben im Hochschulbereich liegen normative Wertungen zugrunde. Das Bundesverfassungsgericht geht davon aus, dass freie Wissenschaft nur dann möglich sei, wenn den Professoren ein möglichst umfassendes Mitspracherecht in den Hochschulgremien zustehe. Im Beamtenrecht erhebt es das Hierarchieprinzip zum notwendigen Leitprinzip, fordert gleichzeitig aber eine gewisse Unabhängigkeit auch der leitenden Beamten von der Einflussnahme der Politik. Schließlich gehen die Entscheidungen zum europäischen Integrationsprozess von einem spezifischen Leitbild von Demokratie aus, das die Verantwortlichkeit politischer Akteure hauptsächlich über die nationalen Parlamente sicherzustellen sucht.

Sicherlich sind einige dieser Vorgaben teilweise notwendig, um Fehlanreize im politischen Prozess zu korrigieren. So bestehen im Rahmen des europäischen Einigungsprozesses Anreize, Entscheidungen auf die supranationale Ebene zu übertragen, um Transparenz zu verringern und die Verantwortlichkeit der Exekutive zu reduzieren. Auch im Rundfunkrecht ist, wie das Beispiel Italiens zeigt, die Gefahr der Konzentration und der politischen Einflussnahme durchaus ernst zu nehmen. Dennoch gehen die prozeduralen Strukturprinzipien über eine bloße Rationalitätskontrolle teilweise hinaus. Das Gericht beschränkt sich nicht darauf, potentielle Interessenkonflikte in dem jeweiligen Fall zu identifizieren und zu korrigieren, sondern entwickelt voraussetzungsvolle normative Konzeptionen, an denen es die staatlichen Institutionen misst.

IV. Bestimmtheitsanforderungen

In einer Reihe von Entscheidungen hat das Bundesverfassungsgericht Gesetze wegen mangelnder Bestimmtheit für verfassungswidrig erklärt.⁹² Mit dem Bestimmtheitsgrundsatz verfolgt das Gericht vor allem zwei Ziele. Zum einen

⁹² S. BVerfGE 8, 71 (77); 9, 83 (87); 20, 150 (157); 22, 42 (47–48); 27, 355 (362–63); 33, 303 (346–47); 45, 393 (398–99); 47, 46 (81–83); 65, 1 (65–66); 73, 118 (182–84); 78, 179 (197–98); 78, 374 (383–88); 100, 313 (387–88); 105, 135 (158–71); 107, 104 (122–29); 110, 33 (57–73); 111, 191 (214–24); 113, 348 (378–81, 385, 389); 118, 168 (186–91); 120, 274 (316–18); 120, 378 (407–19);

geht es ihm um eine größere Transparenz, Vorhersehbarkeit und Vergleichbarkeit von Verwaltungsentscheidungen.⁹³ Zum anderen ist in der Forderung nach größerer Normbestimmtheit immer auch ein Kompetenzargument enthalten: Die Entscheidung über die Eingriffsvoraussetzungen soll durch die Legislative bei der Normsetzung und nicht erst durch die Exekutive bei der Normanwendung getroffen werden.⁹⁴ Dadurch soll die Verantwortlichkeit und damit auch die Kontrolle demokratischer Gesetzgebung gestärkt werden.

Auch hier lässt sich ein historischer Trend erkennen: Konzepte, die außerhalb der Verhältnismäßigkeit entwickelt wurden, haben mit der Zeit Eingang in den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gefunden. So hat das Gericht in seinen frühen Entscheidungen die Verfassungswidrigkeit wegen Unbestimmtheit auf das Rechtsstaatsprinzip gestützt.⁹⁵ Gerade in jüngeren Entscheidungen ist das Bestimmtheitsgebot jedoch oft ausdrücklich Teil der Verhältnismäßigkeit. Das Gericht hält in diesen Fällen ein Gesetz für unverhältnismäßig, weil es zu unbestimmt ist.⁹⁶

Inhaltlich hält das Verfassungsgericht eine Norm in der Regel dann für zu unbestimmt, wenn die Voraussetzungen für den Grundrechtseingriff nicht hinreichend genau gefasst sind. Dabei steht teilweise der Rechtssicherheits-, teilweise der Kompetenzgedanke im Vordergrund. Um die Schaffung von Rechtssicherheit geht es dem Verfassungsgericht beispielsweise bei Straftatbeständen.⁹⁷ Demgegenüber standen in anderen Urteilen eher Kompetenzüberlegungen im Vordergrund. Beispiele sind das *numerus clausus*-Urteil, in dem das Gericht forderte, dass die Auswahlkriterien für Studenten durch den Gesetzgeber und nicht die Universität festgelegt werden müssten,⁹⁸ oder die vierte Rundfunkentscheidung, in der das Gericht die Voraussetzungen für die Erteilung einer Rundfunkgenehmigung als nicht ausreichend konkretisiert ansah.⁹⁹

Eine besondere Rolle spielt das Bestimmtheitserfordernis im Datenschutzrecht. Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts darf die Erhebung und Weitergabe von Daten nur erfolgen, wenn der Verwendungszweck ausreichend

125, 260 (355–56); 128, 282 (318–19); 128, 326 (383–84); 129, 269 (283); 130, 151 (202–05); 133, 112 (132–37).

⁹³ S. zu dieser Funktion *Gassner*, ZG 11 (1996), 37 (38–39); *Papier/Möller*, AöR 122 (1997), 177 (179); *Sobota*, Rechtsstaatsprinzip, 1997, S. 497–98; *Schmidt-Aßmann*, in: Hdb StR II, 3. Aufl. 2004, § 26, Rn. 85; *Grzeszick*, in: MD-GG, 48. Lfg. 2006, Art. 20–VII, Rn. 58; *Sommerrmann*, in: MKS-GG, 6. Aufl. 2010, Art. 20, Rn. 289.

⁹⁴ S. dazu *Hesse*, EuGRZ 5 (1978), 427 (435); *Papier/Möller*, AöR 122 (1997), 177 (179–80); *v. Bogdandy*, Gubernative Rechtsetzung, 2000, S. 191; *Towfigh*, Der Staat 48 (2009), 29 (63–65).

⁹⁵ S. BVerfGE 8, 71 (77); 9, 83 (87).

⁹⁶ S. nur BVerfGE 65, 1 (66); 110, 33 (57–68); 113, 348 (385); 120, 378 (429–32); 128, 282 (318–19); 129, 269 (283).

⁹⁷ BVerfGE 78, 374 (383–88); 105, 135 (158–71).

⁹⁸ BVerfGE 33, 303 (346–47). Ähnlich auch BVerfGE 45, 393 (398–99).

⁹⁹ BVerfGE 73, 118 (182–84).

bestimmt ist.¹⁰⁰ Das Bestimmtheitserfordernis hat hier ebenfalls eine Kompetenzbegrenzungsfunktion. Die Verwaltung soll nicht frei über die Verwendung der Daten entscheiden, sondern diese nur für vorher genau umrissene Zwecke verwenden können.

Um Kompetenzfragen geht es schließlich in den Fällen, in denen das Bundesverfassungsgericht Verordnungen oder Satzungen für verfassungswidrig erklärt hat, weil das Ermächtigungsgesetz zu unbestimmt war.¹⁰¹ So hielt das Verfassungsgericht in zwei Entscheidungen Gesetze für verfassungswidrig, in denen Kammern zur Errichtung von Berufsgerichten ermächtigt wurden, weil die Ermächtigungsgesetze den Kammern einen zu großen Ausgestaltungsspielraum überließen.¹⁰² Während in diesen Fällen die Ermächtigung generell zu unbestimmt war, entscheidet das Gericht in anderen Fällen, dass die Ermächtigung zumindest für den konkreten Grundrechtseingriff nicht ausreichend bestimmt gewesen sei.¹⁰³

V. Kontrolle des Gesetzgebungsverfahrens

Die prozeduralen Argumente, die wir in den bisherigen Abschnitten dieses Kapitels betrachtet haben, bezogen sich im Wesentlichen auf Verfahrensanforderungen im überprüften Gesetz. Gesetze wurden deswegen für verfassungswidrig erklärt, weil das von ihnen etablierte Verfahren unzureichend war. In diesem Abschnitt soll es dagegen um die Überprüfung des Gesetzgebungsverfahrens gehen, also um die Frage, inwieweit Fehler im Gesetzgebungsverfahren in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen determinieren. Dabei geht es nicht um die formelle Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen. Vielmehr hat das Verfassungsgericht in einigen Urteilen auf das Gesetzgebungsverfahren Bezug genommen, um damit Argumente zur materiellen Verfassungsmäßigkeit zu unterstützen.

Der Zusammenhang zwischen Verfahrensfehlern und der materiellen Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ist dabei ein indirekter. Fehler im Gesetzgebungsverfahren führen nicht automatisch zur Verfassungswidrigkeit. Allerdings haben wir gesehen, dass das Verfassungsgericht im Mitbestimmungsurteil

¹⁰⁰ BVerfGE 65, 1 (65–66); 100, 313 (387–88); 110, 33 (70–73); 118, 168 (186–91); 120, 378 (407–16); 125, 260 (355–56). S. auch BVerfGE 113, 348 (378–81); 120, 274 (316–18), wo es um die Bestimmtheit sonstiger Voraussetzungen für die Datenerhebung geht.

¹⁰¹ S. BVerfGE 22, 42 (47–48); 27, 355 (362–63); 47, 46 (81–83); 78, 179 (197–98); 111, 191 (214–24).

¹⁰² BVerfGE 22, 42 (47–48); 27, 355 (362–63). Ähnlich auch BVerfGE 111, 191 (214–24), in der das Verfassungsgericht eine Verordnungsermächtigung für die Errichtung von Notarkassen als nicht ausreichend bestimmt angesehen hat.

¹⁰³ BVerfGE 47, 46 (81–83); 78, 179 (197–98). S. auch BVerfGE 19, 268, wo es von vornherein an einer gesetzlichen Ermächtigung fehlte.

prozedurale Kriterien zur Bestimmung des gesetzgeberischen Einschätzungsspielraums zugrunde gelegt hat.¹⁰⁴ Verfahrensfehler können also ein Indiz dafür sein, dass der Gesetzgeber seinen Einschätzungsspielraum überschritten hat. In der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts finden sich nur wenige Urteile, in denen das Verfassungsgericht ausdrücklich festgestellt hat, dass die gesetzgeberische Einschätzungsprärogative überschritten worden sei. Aber es gibt durchaus Urteile, in denen sich Beobachtungen zum Gesetzgebungsverfahren finden. Wahrgenommene Fehler im Gesetzgebungsverfahren werden allerdings zumeist nur als unterstützendes Argument herangezogen. Bis auf zwei Ausnahmen stützte das Gericht in keiner Entscheidung die materielle Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes allein auf Verfahrensmängel, sondern zog diese nur als Indiz heran.

Die Verfahrensargumente haben dabei unterschiedliche Funktionen. Im ersten Kapitel haben wir mehrere potentielle Fehler des Gesetzgebungsverfahrens identifiziert. Im Rahmen der Grundrechte sind zwei von besonderer Bedeutung. Erstens kann der Gesetzgeber bestimmte Minderheiteninteressen nicht berücksichtigen. Dies kann auf absichtliche Diskriminierung, auf falsche Stereotypen oder auf schlichte Unkenntnis zurückzuführen sein.¹⁰⁵ Zweitens kann ein Gesetzesvorhaben in erster Linie durch den Einfluss mächtiger Lobbygruppen motiviert worden sein.¹⁰⁶ Darüber hinaus können Fehler auf mangelnder gesetzgeberischer Sorgfalt beruhen. Dabei handelt es sich zwar um keinen eigenständigen, systematischen Fehler des politischen Prozesses. Allerdings kann die mangelnde Sorgfalt aus einem der anderen beiden Fehler resultieren.¹⁰⁷ Die Verfahrensargumente korrelieren mit diesen Fehlergruppen. Teilweise zeigt das Verfassungsgericht die mangelnde Berücksichtigung bestimmter Interessen auf, teilweise deutet es einen zu starken Einfluss von Lobbygruppen an und schließlich ermahnt es den Gesetzgeber, im Gesetzgebungsverfahren größere Sorgfalt walten zu lassen.

1. Die Nichtberücksichtigung von Interessen gesellschaftlicher Gruppen

In einigen Urteilen hat das Verfassungsgericht die Entstehungsgeschichte von Gesetzen als Indiz herangezogen, dass bestimmte Interessen nicht ausreichend berücksichtigt worden waren.¹⁰⁸ Ein Beispiel ist ein Urteil aus dem Jahr 1971,

¹⁰⁴ BVerfGE 50, 290 (334–35). S. dazu auch oben, § 3 II 1.

¹⁰⁵ S. oben, § 1 II 2 b.

¹⁰⁶ S. oben, § 1 II 2 c.

¹⁰⁷ S. oben, § 1 II 2 f.

¹⁰⁸ S. BVerfGE 32, 1 (36); 36, 47 (60–61, 64); 51, 193 (220); 53, 336 (350).

in dem es um den Status von vorgeprüften Apothekenanwärtern ging.¹⁰⁹ Vorgeprüfte Apothekenanwärter strebten in der Regel ein Apothekerstudium an, um irgendwann ihre eigene Apotheke zu übernehmen. Allerdings gab es eine beachtliche Zahl von Anwärtern, die letztlich von einem Studium absahen und als Angestellte in Apotheken arbeiteten. Ihnen wurden dabei oft weitreichende Kompetenzen und Vertretungsrechte des Apothekers zugestanden. Durch eine gesetzliche Neuregelung wurde der Status der vorgeprüften Apothekenanwärter abgeschafft. Diese wurden auf den Status eines pharmazeutisch-technischen Assistenten herabgestuft, was mit erheblichen Kompetenzeinschränkungen verbunden war.

Das Bundesverfassungsgericht urteilte, dass die vorgeprüften Apothekenanwärter durch die Neuregelung in ihrer Berufsfreiheit verletzt worden seien. Dabei stützte das Gericht sein Urteil im Kern auf Vertrauensschutzerwägungen, da die Betroffenen auf den Fortbestand ihres Status hätten vertrauen können.¹¹⁰ Das Interesse des Gesetzgebers, das neue Berufsbild möglichst schnell zu verwirklichen, rechtfertige eine derart intensive Belastung nicht.¹¹¹ Zudem merkte das Gericht an, dass sich das Gesetzgebungsverfahren nur beiläufig mit der Gruppe der Vorexaminierten befasst habe.¹¹² Damit deutete das Gericht an, dass dem Gesetzgeber die Konsequenzen der Neuregelung für die vorgeprüften Apothekenanwärter schlicht nicht bewusst gewesen waren.

In einem Urteil aus dem Jahr 1979 hatte das Verfassungsgericht sich mit Weinlagebezeichnungen zu befassen.¹¹³ Eine gesetzliche Neuregelung sollte die Zahl der Weinlagebezeichnungen erheblich einschränken, um eine Irreführung von Verbrauchern zu vermeiden. Daher wurden Weinlagebezeichnungen auf Weinanbaugebiete mit einer Größe von mindestens 5ha beschränkt. Der Beschwerdeführer hatte ein Weinanbaugebiet von weniger als 5ha Größe. Allerdings hatte er sich seine Weinlagebezeichnung lange vor der gesetzlichen Neuregelung durch ein Warenzeichen schützen lassen. Er wandte sich dagegen, dass auch solche, durch ein Warenzeichen geschützte Lagebezeichnungen nicht mehr benutzt werden durften. Das Gericht entschied, dass der Einbezug von durch Warenzeichen geschützte Lagebezeichnungen gegen das Eigentumsrecht verstoße und argumentierte, dass der Beschwerdeführer Vertrauensschutz genieße.¹¹⁴ Zur Unterstützung des materiellen Arguments verwies es auf das Gesetzgebungsverfahren und merkte an, dass die Berührung von Warenzeichen

¹⁰⁹ BVerfGE 32, 1.

¹¹⁰ BVerfGE 32, 1 (28).

¹¹¹ BVerfGE 32, 1 (36).

¹¹² BVerfGE 32, 1 (36).

¹¹³ BVerfGE 51, 193.

¹¹⁴ BVerfGE 51, 193 (218).

durch den Gesetzgeber bei der Neuregelung offensichtlich nicht gesehen worden sei.¹¹⁵

2. Klientelpolitik und die Überbetonung von Partikularinteressen

In einigen Urteilen beziehen sich die Ausführungen des Verfassungsgerichts zum Gesetzgebungsverfahren nicht auf die Nichtberücksichtigung, sondern vielmehr auf die Überbetonung bestimmter Interessen.¹¹⁶ Allerdings ist das Gericht hier insgesamt sehr zurückhaltend. Es finden sich lediglich Andeutungen, dass die gesetzliche Regelung das Resultat von Klientelpolitik sein könnte. Letztlich stützt das Gericht seine Entscheidung jedoch auf Verhältnismäßigkeitsargumente. Die wichtigste Entscheidung in dieser Hinsicht ist das Apothekenurteil.¹¹⁷ Bei der Entwicklung der Dreistufentheorie strich das Verfassungsgericht heraus, dass bei objektiven Zulassungsbeschränkungen

„[d]ie Gefahr des Eindringens sachfremder Motive daher besonders groß [ist]; vor allem liegt die Vermutung nahe, die Beschränkung des Zugangs zum Beruf solle dem Konkurrenzschutz der bereits im Beruf Tätigen dienen – ein Motiv, das nach allgemeiner Meinung niemals einen Eingriff in das Recht der freien Berufswahl rechtfertigen könnte.“¹¹⁸

Wie wir gesehen haben, hat das Verfassungsgericht seine Entscheidung im Apothekenurteil letztlich auf Erforderlichkeitserwägungen gestützt.¹¹⁹ Es hat also nicht näher geprüft, ob mit der Regelung tatsächlich ein Konkurrenzschutz beabsichtigt war. Die Gefahr, dass objektive Zulassungsbeschränkungen oft dem Konkurrenzschutz und damit der Verfolgung von Partikularinteressen dienen, zog das Gericht lediglich als unterstützendes Argument heran. Es begründete damit seine enge Kontrolldichte bei der Überprüfung der gesetzgeberischen Maßnahme.¹²⁰

Im Erdölbevorratungsfall vom März 1971 ging es um den Schutz der heimischen Raffineriebetriebe gegen die Konkurrenz von Mineralölimporteurern.¹²¹ In dem Fall hatten sich die Beschwerdeführer gegen eine Mindestvorratspflicht für Erdölreserven gewandt. Mit der Maßnahme sollte Energiekrisen vorgebeugt werden. Durch die Mindestvorratspflicht sollte die deutsche Wirtschaft in die

¹¹⁵ BVerfGE 51, 193 (220).

¹¹⁶ S. BVerfGE 7, 377 (408); 19, 330 (342); 30, 292 (328–30); 31, 229 (246); 38, 61 (100–01); 88, 5 (15–16); 119, 59 (87–89).

¹¹⁷ BVerfGE 7, 377.

¹¹⁸ BVerfGE 7, 377 (408).

¹¹⁹ S. oben, § 5 II 1.

¹²⁰ *Kaiser*, Jura 30 (2008), 844 (850); *Petersen*, I.CON 12 (2014), i.E.

¹²¹ BVerfGE 30, 292.

Lage versetzt werden, kurzzeitige Rohölengpässe auf dem Weltmarkt zu überbrücken. Allerdings war die Regelung so ausgestaltet, dass sie unabhängigen Mineralölimporturen beträchtliche Belastungen auferlegte. Im Markt kam den Mineralölimporturen die Funktion zu, Nachfragespitzen zu bedienen und die Konsumenten mit besonders preiswertem Dieselmotorkraftstoff und leichtem Heizöl zu versorgen.¹²² Da die Mineralölimporture im Gegensatz zu den Raffineriebetrieben in der Regel über keine eigenen Lagerkapazitäten verfügten, zwang sie die Regelung zu erheblichen Investitionen entweder in einen Neubau oder in die Anmietung von Lagerkapazitäten.

Das Bundesverfassungsgericht setzte sich in seinem Urteil ausführlich mit dem Gesetzgebungsprozess auseinander.¹²³ Da die Neuregelung den Mineralölimporturen eine besondere Härte auferlegt hätte, hatte die Bundesregierung ursprünglich eine Ausnahmeregelung vorgeschlagen. Diesem Vorschlag zufolge sollten die Importeure die Möglichkeit haben, eine erhebliche Reduktion ihrer Lagerungspflichten zu beantragen.¹²⁴ Dieser Vorschlag wurde jedoch vom Bundesrat abgelehnt. Eine solche Ausnahmeregelung könne Anreize zu einem verstärkten Import von Mineralöl setzen. Dieser gehe auf Kosten der heimischen Raffineriebetriebe und könne damit zu „unerwünschten Wettbewerbsverschiebungen“ führen.¹²⁵ Aus diesem Grund strich der Bundesrat die Ausnahmeregelung aus dem Gesetzesvorschlag.

Im weiteren Verlauf analysierte das Verfassungsgericht die ökonomischen Konsequenzen der Lagerungspflicht für die unterschiedlichen Akteure der Mineralölindustrie. Es kam dabei zu dem Schluss, dass die Lagerungspflichten die unabhängigen Mineralölimporture erheblich stärker belasteten als die Importeure, die Teil eines Mineralölkonzerns mit heimischen Raffineriebetrieben waren.¹²⁶ Daher urteilte es, dass die angegriffene Regelung den unabhängigen Importeuren eine unzumutbare wirtschaftliche Belastung auferlege und verpflichtete den Gesetzgeber daher, eine Ausnahmeregelung zu schaffen, um wirtschaftliche Härtefälle abzumildern.¹²⁷

Im Gegensatz zum Apothekenurteil nahm das Verfassungsgericht im Erdölvorratsfall eine ausführliche Analyse des Gesetzgebungsprozesses vor. Auch wenn das Gericht auf eine Beeinflussung des Gesetzgebungsverfahrens durch bestimmte Lobbygruppen zumindest keinen Bezug nahm, kam es doch zu dem Ergebnis, dass eine Gruppe von Wirtschaftsakteuren gegenüber einer konkurrierenden Gruppe absichtlich bevorzugt worden war. Der Bundesrat

¹²² S. BVerfGE 30, 292 (303).

¹²³ BVerfGE 30, 292 (327–30).

¹²⁴ S. BVerfGE 30, 292 (327–28).

¹²⁵ BVerfGE 30, 292 (328–29).

¹²⁶ BVerfGE 30, 292 (330–31).

¹²⁷ BVerfGE 30, 292 (332–33).

hatte eine Ausnahmeregelung blockiert, um die heimische Raffinerieindustrie zu schützen.

3. Die Etablierung von Sorgfaltspflichten im Hartz IV-Urteil

Eine letzte Kategorie von Argumenten, die auf das Gesetzgebungsverfahren gerichtet sind, ist schließlich die Etablierung von Sorgfaltspflichten. Eine solche findet sich vor allem im Hartz IV-Urteil des Verfassungsgerichts vom Februar 2010.¹²⁸ In dem Urteil hatte das Gericht über die Verfassungsmäßigkeit der Hartz IV-Sätze zu entscheiden. Dabei sah das Gericht davon ab, substantielle Vorgaben zur Höhe der entsprechenden Regelsätze zu machen. Vielmehr griff es auf eine prozedurale Argumentation zurück. Es erlegte dem Gesetzgeber die Pflicht auf, die Sozialhilfeansprüche „in einem transparenten und sachgerechten Verfahren“ zu bemessen.¹²⁹ Dieser Pflicht sei der Gesetzgeber nicht in allen Fällen nachgekommen.

So habe der Gesetzgeber bei der Regelsatzbemessung grundsätzlich ein Statistikmodell zugrunde gelegt. Allerdings habe er bei einzelnen Posten Abschläge vorgenommen. Diese Abschläge seien „ohne hinreichende Tatsachengrundlage ‚ins Blaue hinein‘ geschätzt und abgezogen [worden], so dass von einer schlüssigen Ermittlung des regelleistungsrelevanten Verbrauchs insoweit keine Rede sein kann.“¹³⁰ Auch bei den Maßstäben des Sozialgeldes für Kinder erkannte das Gericht Verfahrensmängel. Diese beruhten „auf einer freihändigen Setzung ohne irgendeine empirische oder methodische Fundierung.“¹³¹

Im Hartz IV-Urteil war die fehlende Verfahrensrationalität nicht lediglich ein unterstützendes Argument, wie in den anderen in diesem Abschnitt besprochenen Urteilen. Vielmehr war sie der tragende Grund für die Verfassungswidrigkeit der Regelsätze. Dies liegt vor allem in der Schwierigkeit der Maßstabbildung beim Sozialstaatsprinzip begründet. Es ist für das Verfassungsgericht unmöglich, konkrete materielle Vorgaben für die Regelsätze aus der Verfassung abzuleiten. In solchen Fällen tendiert das Gericht dazu, bestimmte negative Grenzen des gesetzgeberischen Handelns zu bestimmen. Eine solche negative Grenze ist auch das Erfordernis der Verfahrensrationalität. Der prozedurale Standard ist damit ein Substitut, das für den Mangel positiver materieller Standards kompensiert.

¹²⁸ BVerfGE 125, 175. Ähnlich auch die Argumentation im Urteil zum Asylbewerberleistungsgesetz, s. BVerfGE 132, 134 (170–73).

¹²⁹ BVerfGE 125, 175 (225).

¹³⁰ BVerfGE 125, 175 (239).

¹³¹ BVerfGE 125, 175 (246).

4. Fazit

Das Bundesverfassungsgericht hat kein positives Konzept einer „optimalen Methodik der Gesetzgebung“¹³². Dennoch stützt es die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen teilweise auf Argumente, die sich auf das Gesetzgebungsverfahren beziehen. Zwei Dinge fallen dabei auf. Zum einen hat das Gericht – abgesehen vom Hartz IV-Urteil und dem Urteil zum Asylbewerberleistungsgesetz – die Verfassungswidrigkeit nie ausschließlich auf einen Fehler im Gesetzgebungsverfahren gestützt. Vielmehr hat es die Verfahrenserwägungen immer nur hilfsweise herangezogen, um die materielle Argumentation zu stützen. Zum anderen bestimmt das Gericht die Qualität von Gesetzgebungsverfahren negativ. Es definiert also nicht bestimmte Charakteristika, die notwendigerweise Teil eines gelungenen Gesetzgebungsprozesses sein müssen. Stattdessen identifiziert es Fehler des Gesetzgebungsverfahrens. So untersucht es, ob die Interessen der betroffenen Gruppe im Gesetzgebungsverfahren berücksichtigt wurden, ob der Gesetzgeber möglicherweise Klientelpolitik betrieben hat und jüngst sogar, ob er bei der Etablierung der empirischen Gesetzesgrundlage seinen Sorgfaltpflichten genügt hat. Auch diese Verfahrenskontrolle passt damit in das Schema der Rationalitätskontrolle, bei dem es dem Gericht vor allem darum geht, systematische Fehler des Gesetzgebungsverfahrens zu korrigieren.

VI. Fazit

Das Bundesverfassungsgericht stützt sich in verschiedener Hinsicht auf Verfahrenserwägungen. Dabei sind grundsätzlich zwei Konstellationen zu unterscheiden. Zum einen können sich die Verfahrensargumente auf die überprüfte gesetzliche Regelung beziehen. Das Gericht kassiert in diesen Fällen die Regelung, weil das vom Gesetz angeordnete Verfahren die Qualität der Exekutiventscheidung nicht hinreichend sicherstellt. Zum anderen beziehen sich prozedurale Erwägungen auf das Gesetzgebungsverfahren selbst. Die gesetzliche Regelung ist in diesen Fällen defizitär, weil im Gesetzgebungsverfahren Fehler zu erkennen sind.

Bei der Kontrolle der vom Gesetz vorgesehenen Verfahren geht es dem Verfassungsgericht in erster Linie um die Sicherung der Qualität von Exekutiventscheidungen. Versucht man die verschiedenen funktionalen Erwägungen, die das Gericht dabei anstellt, zu systematisieren, lassen sich im Wesentlichen drei Aspekte identifizieren. Die wichtigste Funktion von Verfahrenskorrekturen ist die Vermeidung von Interessenkonflikten. Dies kommt etwa in der Entscheidung zur Finanzbeihilfe für jüdische Religionsgemeinschaften oder den

¹³² *Schwerdtfeger*, in: FS Hans Peter Ipsen, 1977, 173.

Entscheidungen zum Schwangerschaftsabbruch zum Ausdruck.¹³³ Es ist aber auch ein wichtiges Motiv, das hinter den Urteilen zum Rundfunkrecht steht.¹³⁴ Schließlich wirkt das Gericht Interessenkonflikten entgegen, wenn es bei der Kontrolle staatlicher Maßnahmen eine stärkere Unabhängigkeit der Kontrolleure fordert.¹³⁵

Zweitens geht es dem Gericht in vielen Urteilen darum, die politische Verantwortlichkeit der Entscheidungsträger zu stärken. Beispiele hierfür sind die jüngeren Entscheidungen zum europäischen Integrationsprozess¹³⁶ und die Rechtsprechung zum Bestimmtheitsgrundsatz.¹³⁷ Eine dritte wichtige Funktion ist die Garantie einer effektiven Kontrolle staatlicher Entscheidungen. Nicht weiter überraschend ist dies bei den Entscheidungen im Rahmen von Art. 19 IV GG.¹³⁸ Dieses Motiv steht aber auch hinter vielen Urteilen zur Kontrolle staatlicher Datenerhebung, bei denen das Gericht Protokollierungs- und Benachrichtigungspflichten postuliert, um eine Kontrolle der staatlichen Überwachungsmaßnahmen zu ermöglichen.¹³⁹

Auch prozedurale Argumente kommen nicht ohne eine zumindest implizite Abwägung aus. Zusätzliche Verfahrensgarantien gehen regelmäßig auf Kosten der Verfahrenseffizienz. Sie bedeuten für die Verwaltung mehr Aufwand, verlängern das Verfahren und steigern die Kosten. Dennoch ist die Reichweite der Abwägung auch hier begrenzt. Das substantielle Ziel des Gesetzgebers wird in der Regel nicht in Frage gestellt. Der Gesetzgeber muss sich allein beim Verfahren auf Kompromisse einlassen. Auch die prozeduralen Argumente passen damit in das Schema der Rationalitätskontrolle. Der Gesetzgeber hat Anreize, Verfahren so kostengünstig und effizient wie möglich zu gestalten. Verfahrenseffizienz kann jedoch die Qualität der Verwaltungsentscheidungen beeinträchtigen, so dass dem Verfassungsgericht die Aufgabe zukommt, zum Schutz rechtsstaatlicher Garantien korrigierend einzugreifen.

Zum Teil macht das Gericht jedoch mehr als eine bloße Rationalitätskontrolle. Dies haben wir insbesondere bei der Analyse der strukturellen Verfahrensargumente gesehen. Hier beruhen die Regulierungskonzeptionen des Gerichts regelmäßig auf spezifischen normativen Annahmen, die teilweise über die bloße Korrektur von systematischen Fehlern des politischen Prozesses hinausgehen.

Die Kontrolle des Gesetzgebungsverfahrens dient ebenfalls in erster Linie der Rationalitätskontrolle. Diese bezieht sich oft spezifisch auf systematische

¹³³ S. oben, § 7 II.

¹³⁴ S. oben, § 7 III 1.

¹³⁵ S. oben, § 7 I und III 3.

¹³⁶ S. oben, § 7 III 4.

¹³⁷ S. oben, § 7 IV.

¹³⁸ S. oben, § 7 I.

¹³⁹ S. oben, § 7 II.

Fehler im Gesetzgebungsverfahren. Anders als bei den substantiellen Erwägungen, bei denen das Gericht indirekt auf mögliche Fehler des politischen Prozesses zu schließen versucht, nimmt es diese bei der Kontrolle des Gesetzgebungsverfahrens direkt in den Blick. So kontrolliert das Bundesverfassungsgericht, ob der Gesetzgeber alle relevanten Interessen berücksichtigt und ob er möglicherweise Klientelpolitik betrieben hat. Mit Ausnahme der beiden Urteile zu den Hartz IV-Leistungen und zum Asylbewerberleistungsgesetz zog es Fehler im Gesetzgebungsverfahren jedoch allein unterstützend heran, um die materielle Argumentation abzusichern.

Kapitel 8

Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des südafrikanischen Verfassungsgerichts

Verfassungsgerichte müssen oft in einem sehr frühen Stadium ihrer Existenz Grundsatzentscheidungen treffen, die politisch bedeutsam sind.¹ Das südafrikanische Verfassungsgericht ist hier keine Ausnahme. In einer seiner ersten Entscheidungen musste das Gericht über die Verfassungsmäßigkeit der Todesstrafe entscheiden.² Das Gericht erklärte diese in seiner *Makwanyane*-Entscheidung für verfassungswidrig. Das Urteil ist jedoch nicht nur seines Ergebnisses wegen bedeutsam. Vielmehr spielt es auch eine zentrale Rolle in der Entwicklung der südafrikanischen Grundrechtsdogmatik.³ Das Verfassungsgericht führte das Verhältnismäßigkeitsprinzip als zentrales methodisches Instrument zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit von Grundrechtsbeschränkungen ein.⁴ Nachdem es festgestellt hatte, dass die Todesstrafe in das von der Übergangsverfassung garantierte Lebensrecht eingreift, musste es entscheiden, ob dieser Eingriff unter der Rechtfertigungsklausel gerechtfertigt war. Das Gericht führte aus, dass

„[t]he limitation of constitutional rights for a purpose that is reasonable and necessary in a democratic society involves the *weighing up of competing values*, and ultimately an assessment based on proportionality. [...] Principles can be established, but the application of those principles to particular circumstances can only be done on a case by case basis. This is inherent in the requirement of proportionality, which calls for the *balancing of different interests*. In the balancing process, the relevant considerations will include the nature of the right that is limited, and its importance to an open and democratic society based on freedom and equality; the purpose for which the right is limited and the importance of that purpose to such a society; the extent of the limitation, its efficacy, and particularly where the limitation has to be necessary, whether the desired ends could reasonably be achieved through other means less damaging to the right in question.“⁵

¹ S. *Issacharoff*, Geo. L.J. 99 (2011), 961 (971–76).

² S v *Makwanyane and Another* (CCT 3/94) [1995] ZACC 3; 1995 (6) BCLR 665; 1995 (3) SA 391; [1996] 2 CHRLD 164; 1995 (2) SACR 1 (6 June 1995).

³ Einige Kommentatoren vergleichen das Urteil in seiner Bedeutung für das südafrikanische Verfassungsrecht gar mit der Entscheidung *Marbury v. Madison* des US Supreme Court, s. *Webb*, U. Pa. J. Const. L. 1 (1998), 205 (228).

⁴ *Makwanyane* (Fn. 2), § 104 (per CJ Chaskalson).

⁵ Ebd. (Hervorhebung hier).

Das Gericht sah in der Abwägung konkurrierender Werte und Interessen also den Kern der Rechtfertigungsprüfung. Die zentralen Faktoren in dieser Abwägung sind die Natur des Grundrechts, das Maß der Einschränkung, die Wichtigkeit des verfolgten Zwecks sowie die Effektivität der Maßnahme bei der Verfolgung dieses Zwecks. Das Urteil erging noch auf Basis der Übergangsverfassung, hatte jedoch einen nachhaltigen Effekt auf den Text der nach *Makwanyane* verabschiedeten endgültigen Verfassung.⁶ Dort heißt es in der Rechtfertigungsklausel des Art. 36:

„The rights in the Bill of Rights may be limited only in terms of law of general application to the extent that the limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom, taking into account all relevant factors, including –

- (a) the nature of the right;
- (b) the importance of the purpose of the limitation;
- (c) the nature and extent of the limitation;
- (d) the relation between the limitation and its purpose; and
- (e) less restrictive means to achieve the purpose.“

Während Faktor (e) auf die Erforderlichkeitsprüfung in der klassischen Verhältnismäßigkeitsprüfung anspielt, ähneln die Faktoren (a)-(d) sehr den vier zentralen Faktoren in Robert Alexys Gewichtsformel.⁷ Das Vorgehen des südafrikanischen Verfassungsgerichts scheint damit auf den ersten Blick dem Abwägungsansatz der Prinzipientheorie zu entsprechen. Allerdings gibt es einen signifikanten Unterschied zum deutschen Verfassungsrecht. So führte das Gericht im Urteil *Manamela* aus, dass

„[i]t should be noted that the five factors expressly itemised in section 36 are not presented as an exhaustive list. They are included in the section as key factors that have to be considered in an overall assessment as to whether or not the limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society. In essence, the Court must engage in a balancing exercise and arrive at a global judgment on proportionality and not adhere mechanically to a sequential check-list.“⁸

Anders als das deutsche Bundesverfassungsgericht nimmt das südafrikanische Gericht also keine strukturierte Verhältnismäßigkeitsprüfung vor. Zwar spielen Faktoren wie der legitime Zweck, die Geeignetheit einer Maßnahme und die Existenz eines milderen Mittels auch in Südafrika eine Rolle. Sie sind allerdings keine eigenen Stufen der Verhältnismäßigkeitsprüfung, sondern lediglich Faktoren, die in der globalen Abwägung berücksichtigt werden.⁹ Die Güterabwä-

⁶ *Woolman/Botha*, in: Woolman u.a. (Hg.), *Constitutional Law*, 2. Aufl. 2006, § 34.69; *Iles*, S. Afr. J. Hum. Rts. 23 (2007), 68 (77); *Saurer*, *Der Staat* 51 (2012), 3 (17).

⁷ *Alexy*, in: GS Jürgen Sonnenschein, 2003, 771 (790). S. dazu ausführlich oben, § 2 I 1 b aa.

⁸ *S v Manamela and Another (Director-General of Justice Intervening)* (CCT 25/99) [2000] ZACC 5; 2000 (3) SA 1; 2000 (5) BCLR 491 (14 Apr 2000), § 32.

⁹ *Motala/Ramaphosa*, *Constitutional Law*, 2002, S. 417; *Currie/Waal*, *Bill of Rights*,

gung scheint also auf den ersten Blick ganz im Vordergrund der südafrikanischen Grundrechtsrechtsprechung zu stehen.

Dieser Eindruck wird verstärkt durch die Abwägungsrhetorik, die das Gericht in vielen seiner Entscheidungen verwendet. In der bereits angesprochenen Entscheidung *Manamela* rekurrierte das Gericht auf die berühmte Metapher, dass Verhältnismäßigkeit es nicht erlaube „mit Kanonen auf Spatzen zu schießen.“¹⁰ In *S. v. Bhulwana* spielte Richterin O'Regan in ihrem Urteil für ein einstimmiges Gericht auf die Waagenmetapher, die der Abwägung innewohnt, an:

„In sum, therefore, the court places the purpose, effects and importance of the infringing legislation on one side of the scales and the nature and effect of the infringement caused by the legislation on the other. The more substantial the inroad into fundamental rights, the more persuasive the grounds of justification must be.“¹¹

Eine genauere Analyse der südafrikanischen Rechtsprechung ergibt jedoch ein differenzierteres Bild. Auch in der südafrikanischen Rechtswissenschaft ist die Güterabwägung nicht ohne Kritik geblieben.¹² Insofern ist auch in Südafrika Zurückhaltung des Verfassungsgerichts bei der Abwägung zu erwarten, möchte sich das Gericht nicht der Kritik aussetzen, in erster Linie ein politischer Akteur zu sein.¹³ Untersuchen wir die Argumentationsstrukturen der einzelnen Urteile, wird diese Vermutung bestätigt. Das südafrikanische Gericht stützt die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen nur in seltenen Ausnahmefällen auf eine Abwägung. Vielmehr ist die zitierte Abwägungsrhetorik zumeist nicht mehr als eine „respektvolle Verbeugung“ vor der verlierenden Partei.¹⁴

In der Substanz ähnelt der Ansatz des südafrikanischen Verfassungsgerichts dagegen in vielerlei Hinsicht dem des Bundesverfassungsgerichts. Das Gericht entscheidet nicht über die Legitimität bestimmter politischer Zielvorstellungen, sondern nimmt in erster Linie eine Rationalitätskontrolle der Gesetzgebung vor. Die Argumentationskategorien unterscheiden sich dabei teilweise von denen des Bundesverfassungsgerichts. Der Zweck ist jedoch ein sehr ähnlicher: Es

5. Aufl. 2005, S. 178; *Schyff*, Limitation, 2005, S. 278; *Woolman/Botha*, in: Woolman u.a. (Hg.), Constitutional Law, 2006, § 34.93; *Klug*, Constitution of South Africa, 2010, S. 117; *Koutnatzis*, VRÜ 44 (2011), 32 (51).

¹⁰ *Manamela* (Fn. 8), § 34. Im englischsprachigen Original heißt es: „Section 36, however, does not permit a sledgehammer to be used to crack a nut.“ Das deutsche Pendant geht zurück auf *Fleiner*, Institutionen, 1911, S. 323.

¹¹ *S v Bhulwana, S v Gwadiso* (CCT 12/95, CCT 11/95) [1995] ZACC 11; 1996 (1) SA 388; 1995 (12) BCLR 1579 (29 Nov. 1995), § 18.

¹² *S. Woolman*, S. Afr. J. Hum. Rts. 13 (1997), 102 (114–21); *Blaauw-Wolf*, SA Publ. L. 14 (1999), 178 (210); *Botha*, in: ders. u.a. (Hg.), Rights and Democracy, 2003, 13 (21–23); *Woolman/Botha*, in: Woolman/Bishop (Hg.), Constitutional Conversations, 2008, 149 (157–60). Vgl. aber auch *Currie*, SA Publ. L. 25 (2010), 408 (408), der die Güterabwägung normativ verteidigt.

¹³ S. oben, § 4 I 2.

¹⁴ *S. Stone Sweet/Mathews*, Col. J. Transnat'l L. 47 (2008), 73 (90).

geht dem Gericht vor allem darum, den Gesetzgeber zur Rechenschaft zu ziehen und sicherzustellen, dass grundrechtsberührende Gesetzgebung vor allem Gemeinwohlziele verfolgt.

Im Folgenden werden wir zunächst einen näheren Blick auf die Argumentation in der *Makwanyane*-Entscheidung werfen. Was auf den ersten Blick wie eine umfassende Güterabwägung aussieht, entpuppt sich bei näherem Hinsehen als eine Kombination aus Erforderlichkeits- und Konsistenzargumenten. In einem zweiten Schritt werden wir die Argumente außerhalb der Verhältnismäßigkeit analysieren. Das Gericht arbeitet hier vor allem mit Rechtfertigungslasten und prozeduralen Argumenten. Drittens werfen wir dann einen Blick auf die Verhältnismäßigkeitsargumente. Die meisten seiner Urteile stützt das südafrikanische Verfassungsgericht auf Erforderlichkeitserwägungen oder undifferenzierte Typisierungen (*overbreadth*). Es finden sich jedoch auch Urteile, in denen es bereits an einem legitimen Zweck fehlt oder das gewählte Mittel zur Zweckerreichung nicht geeignet ist. Viertens wenden wir uns schließlich den Abwägungsentscheidungen des Gerichts zu.

I. *Makwanyane* als Ausgangspunkt

In *S v Makwanyane* hatte das südafrikanische Verfassungsgericht über die Verfassungsmäßigkeit der Todesstrafe zu entscheiden.¹⁵ In den Verhandlungen um die südafrikanische Verfassung war die Frage offen geblieben. Es bestand Uneinigkeit zwischen der Führung des African National Congress (ANC) und der Basis der Partei.¹⁶ Die politische Elite des ANC stand der Todesstrafe überwiegend ablehnend gegenüber, weil in der Apartheidsära überproportional viele schwarze Männer hingerichtet worden waren.¹⁷ Die Todesstrafe war somit eines der Symbole für die Übel der Apartheid. Demgegenüber fand die Todesstrafe an der Basis des ANC und in der bereiten Bevölkerung wegen der hohen Kriminalitätsrate Südafrikas große Unterstützung.¹⁸ Trotz ihrer hohen Popularität erklärte das Gericht die Todesstrafe für verfassungswidrig. Mit dieser Entscheidung sicherte es sich die Unterstützung der politischen Führung des Landes und festigte damit seine institutionelle Stellung.¹⁹

¹⁵ *Makwanyane* (Fn. 2).

¹⁶ *Roux*, *Politics of Principle*, 2013, S. 238–40.

¹⁷ *Spitz/Chaskalson*, *Politics of Transition*, 2000, S. 331. S. auch *Roux*, *Politics of Principle*, 2013, S. 239 zu der vehementen Opposition Mandelas gegen die Todesstrafe.

¹⁸ *Webb*, U. Pa. J. Const. L. 1 (1998), 205 (233); *Roux*, *Politics of Principle*, 2013, S. 238. S. auch *du Plessis*, S. Afr. J. Hum. Rts. 18 (2002), 1 (5–6).

¹⁹ *Roux*, I.CON 7 (2009), 106 (120).

Das Urteil ist zugleich auch methodischer Ausgangspunkt für die Entwicklung des Verhältnismäßigkeitsprinzips im südafrikanischen Verfassungsrecht. In seinem Urteil stellte Gerichtspräsident Arthur Chaskalson fest, dass die Todesstrafe in das Recht auf Leben und die Menschenwürde eingreife sowie eine grausame und unmenschliche Strafe sei.²⁰ Die entscheidende Frage des Falles war jedoch, ob die Grundrechtsbeschränkungen unter der Rechtfertigungsklausel der Übergangsverfassung gerechtfertigt werden konnten.²¹ Chaskalson argumentierte, dass die Anwendung der Rechtfertigungsklausel eine Verhältnismäßigkeitsprüfung voraussetze.²² Bei der abstrakten Konzeptionalisierung der Verhältnismäßigkeit stellte er zwar die Güterabwägung stark in den Vordergrund.²³ Bei der Anwendung auf den konkreten Fall stützte er sich dann jedoch auf Erforderlichkeits- und Konsistenzabwägungen.

Das Gericht untersuchte zwei mögliche Rechtfertigungen für die Todesstrafe: zum einen deren Abschreckungswirkung, zum anderen die Vergeltungswirkung. Hinsichtlich der Abschreckung argumentierte Chaskalson, dass hier die Gefängnisstrafe das mildere Mittel sei.²⁴ Dass die Gefängnisstrafe weniger in das Lebensrecht eingreift als die Todesstrafe, ist offensichtlich. Die zentrale Frage war jedoch, ob sie die gleiche Abschreckungswirkung hat. Das Gericht erlegte dem Staat in dieser Hinsicht eine Beweislast auf.²⁵ Die empirische Literatur zur Abschreckungswirkung der Todesstrafe kommt nicht zu einheitlichen Ergebnissen.²⁶ Da auch der südafrikanische Staat keine überzeugende empirische Evidenz anbieten konnte, urteilte Chaskalson, dass die Abschreckungswirkung die Todesstrafe jedenfalls nicht rechtfertigen könne.²⁷

Auch der Vergeltungsaspekt war keine ausreichende Rechtfertigung für die Todesstrafe.²⁸ Chaskalson führte aus, dass der Gedanke der symmetrischen Vergeltung in einem modernen Strafrecht keinen rechten Platz mehr habe:

„[w]e have long outgrown the literal application of the biblical injunction of ‚an eye for an eye, and a tooth for a tooth‘. Punishment must to some extent be commensurate with the offence, but there is no requirement that it be equivalent or identical to it. The state does not put out the eyes of a person who has blinded another in a vicious assault, nor does it punish a rapist, by castrating him and submitting him to the utmost humiliation in gaol.“²⁹

²⁰ Makwanyane (Fn. 2), § 95.

²¹ Art. 33 der Constitution of the Republic of South Africa Act 200 von 1993.

²² Makwanyane (Fn. 2), § 104.

²³ Ebd. S. auch oben, Fn. 5 und begleitenden Text.

²⁴ Makwanyane (Fn. 2), § 104–127.

²⁵ Ebd., § 127.

²⁶ S. *Lenta*, SA Publ. L. 22 (2007), 385 (389–92).

²⁷ Makwanyane (Fn. 2), § 127.

²⁸ Ebd., §§ 129–131.

²⁹ Ebd., § 129.

Ein Totschlagsdelikt könne auch anders vergolten werden als durch die Hinrichtung des Täters. Der Gerichtspräsident ging jedoch noch einen Schritt weiter und argumentierte, dass es der südafrikanischen Verfassungstradition widerspreche, dem Vergeltungsaspekt zu viel Gewicht beizumessen.³⁰ Das Prinzip der Aussöhnung sei eine der zentralen Prämissen des Übergangs von der überkommenen Apartheidära zu einem demokratischen Verfassungsstaat gewesen.³¹ Dieses Prinzip würde durch ein Bestehen auf Vergeltung jedoch geradezu unterkariert. Daher könne dem Vergeltungsaspekt in der Abwägung nicht derselbe Wert zukommen wie dem Recht auf Leben und der Menschenwürde.³² In der Konsequenz sei die Todesstrafe somit nicht zu rechtfertigen.

Dass sich das Gericht in *Makwanyane* überwiegend auf Konsistenz- und Erforderlichkeitserwägungen stützte, bedeutet nicht, dass das Urteil frei von Wertungen ist. Wenn das Gericht dem Staat die Beweislast auferlegte, dass die Todesstrafe eine höhere Abschreckungswirkung hat als eine langjährige Gefängnisstrafe, nahm es damit eine Risikoverteilung vor. Es maß dem Risiko, dass die Kriminalität durch den Wegfall der Todesstrafe möglicherweise doch ansteigt, weniger Gewicht bei, als dem Risiko der fehlerhaften Verhängung der Todesstrafe. Auch das Konsistenzargument beinhaltet eine Wertung: Das Gericht übertrug Wertungen, die einer besonderen Übergangssituation geschuldet sind und wahrscheinlich Prämissen für einen friedlichen Übergang waren,³³ auf die Beurteilung alltäglicher Kriminalität. Das Argument hat zwar durchaus Überzeugungskraft,³⁴ wertungsfrei ist es aber nicht.

Dennoch zielte die Argumentation überwiegend darauf ab, den Staat rechenschaftspflichtig zu machen. In Fällen, die Strafverdächtige betreffen, ist es in erster Linie Aufgabe des Gerichts, die Verantwortung des Gesetzgebers sicherzustellen.³⁵ Genau dies versuchte das südafrikanische Verfassungsgericht in *Makwanyane*, indem es dem Gesetzgeber eine Beweislast für die Effektivität seiner kriminalpolitischen Maßnahmen auferlegte und ihn an die Konsistenz in grundlegenden Wertungsfragen erinnerte.

³⁰ Ebd., § 130.

³¹ Ebd.

³² Ebd., § 146.

³³ Vgl. *Issacharoff*, *Geo. L.J.* 99 (2011), 961 (994), der den südafrikanischen Verfassungsgebungsprozess als „verhandelten Übergang“ bezeichnet.

³⁴ Dies gilt insbesondere dann, wenn man die Vergeltung ohnehin als zweifelhaften Strafzweck ansieht. S. dazu nur *Roxin*, *Strafrecht AT I*, 4. Aufl. 2006, § 3, Rn. 8–10.

³⁵ S. oben, § 5 III 5.

II. Verhältnismäßigkeitsargumente

Auch wenn das südafrikanische Verfassungsgericht die Verhältnismäßigkeit in einem einstufigen Verfahren prüft, finden wir doch alle klassischen Elemente der Verhältnismäßigkeit wieder. Auch das südafrikanische Verfassungsgericht prüft, ob eine gesetzliche Maßnahme einen legitimen Zweck hatte, ob sie geeignet ist, diesen Zweck zu erreichen und ob es ein mildereres Mittel zur Zweckerreichung gab. Anders als es die Ablehnung einer schematischen Prüfung der Verhältnismäßigkeit in *Manamela* vermuten lässt,³⁶ handelt es sich auch nicht lediglich um bloße Faktoren in der Abwägung. Vielmehr sind es Ausschlussargumente.³⁷ Wenn das Gericht feststellt, dass die gesetzliche Maßnahme keinen legitimen Zweck hatte, scheidet das Gesetz bereits am Fehlen dieses legitimen Zwecks. Wenn es ein mildereres, gleich effektives Mittel gibt, dann ist die Existenz dieses mildereren Mittels bereits ein ausreichender Grund für die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes. Im Folgenden werden wir uns die drei Verhältnismäßigkeitsargumente näher ansehen. Zusätzlich werfen wir auch einen Blick auf das Argument der zu undifferenzierten Typisierung (*overbreadth*), das in Südafrika als Unterfall der Erforderlichkeit angesehen wird.³⁸

1. Erforderlichkeit

Eine Vielzahl von Urteilen, in denen das südafrikanische Verfassungsgericht ein Gesetz für verfassungswidrig erklärt, beruht auf Erforderlichkeitserwägungen.³⁹ Die Erforderlichkeitsargumentation im Fall Makwanyane, bei der das

³⁶ S. oben, Fn. 8 und begleitenden Text.

³⁷ S. *Bilchitz*, TSAR 2011 (2011), 568 (573).

³⁸ *Currie/Waal*, Bill of Rights, 5. Aufl. 2005, S. 184. S. dazu bereits oben, § 4 II 2 b cc.

³⁹ S. Makwanyane (Fn. 2), § 127; S v Williams and Others (CCT 20/94) [1995] ZACC 6; 1995 (3) SA 632; 1995 (7) BCLR 861 (CC) (9 June 1995), §§ 64–77; Ferreira v Levin NO and Others, Vryenhoek and Others v Powell NO and Others (CCT 5/95) [1995] ZACC 13; 1996 (1) SA 984 (CC); 1996 (1) BCLR 1 (6 Dec 1995), § 127; S v Mbatha, S v Prinsloo (CCT 19/95, CCT 35/95) [1996] ZACC 1; 1996 (3) BCLR 293; 1996 (2) SA 464 (9 Feb 1996), § 26; Mistry v Interim National Medical and Dental Council and Others (CCT 13/97) [1998] ZACC 10; 1998 (4) SA 1127; 1998 (7) BCLR 880 (29 May 1998), §§ 29–30; Manamela (Fn. 8), § 49; Islamic Unity Convention v Independent Broadcasting Authority and Others (CCT 36/01) [2002] ZACC 3; 2002 (4) SA 294; 2002 (5) BCLR 433 (11 Apr 2002), § 50; Magajane v Chairperson, North West Gambling Board, (CCT 49/05) [2006] ZACC 8; 2006 (10) BCLR 1133 (CC); 2006 (5) SA 250; 2006 (2) SACR 447 (8 June 2006), §§ 87–91; Nyathi v Member of the Executive Council for the Department of Health Gauteng and Another (CCT 19/07) [2008] ZACC 8; 2008 (5) SA 94 (CC); 2008 (9) BCLR 865 (CC) (2 June 2008), § 51; Johncom Media Investments Limited v M and Others (CCT 08/08) [2009] ZACC 5; 2009 (4) SA 7 (CC); 2009 (8) BCLR 751 (CC) (17 March 2009), § 30; Print Media South Africa and Another v Minister of Home Affairs and Another (CCT 113/11) [2012] ZACC 22; 2012 (6) SA 443 (CC); 2012 (12) BCLR 1346 (CC) (28 September 2012), §§ 66–72; National Credit Regulator v Opperman

Gericht die Gefängnisstrafe als milderes Mittel gegenüber der Todesstrafe ansah, haben wir bereits angesprochen.⁴⁰ Ein weiteres prominentes Beispiel ist das Urteil im Fall *Manamela*.⁴¹ In *Manamela* beschäftigte sich das Gericht mit einer Beweislastumkehr im strafrechtlichen Hehlereitabstand.⁴² Wenn jemand im Besitz gestohlener Güter war, wurde angenommen, dass er bei Erwerb dieser Güter bösgläubig war. Die Beweislastumkehr führte also dazu, dass die Staatsanwaltschaft die Bösgläubigkeit nicht mehr beweisen musste. Vielmehr musste der Angeklagte seine Gutgläubigkeit beweisen. Das südafrikanische Verfassungsgericht qualifizierte die Bestimmung als Eingriff in die in Art. 35 (3)(h) der Verfassung garantierte Unschuldsvermutung.⁴³

Die südafrikanische Regierung hatte argumentiert, dass die Beweislastumkehr zur Bekämpfung der Hehlerei notwendig sei, da nur der Angeklagte selbst wisse, was er bei Erwerb eines Gegenstandes gedacht habe. Das Verfassungsgericht wies das Argument jedoch größtenteils zurück. Eine Beweislastumkehrklausel mache Sinn bei Geschäften, bei denen die Käufer regelmäßig Dokumente aufbewahrten, mit denen sie den Kauf und ihre Gutgläubigkeit beweisen könnten.⁴⁴ Dies sei jedoch bei weitem nicht bei allen Geschäften der Fall. Vielmehr treffe der Tatbestand in der Praxis oft Menschen aus prekären sozialen Verhältnissen, die keine Ausbildung hätten und nicht lesen und schreiben könnten. Diese führten über die informalen Transaktionen, die sie tagtäglich vornahmen, nicht Buch und seien daher kaum in der Lage, ihre Unschuld zu beweisen.⁴⁵

Das Gericht argumentierte daher, dass es ein milderes Mittel sei, dem Angeklagten eine Rechtfertigungslast aufzuerlegen.⁴⁶ Danach müsse der Angeklagte plausibel machen, warum er davon ausging, dass das gekaufte Gut rechtmäßig erworben worden war, ohne dass er seine Gutgläubigkeit formal beweisen

and Others (CCT 34/12) [2012] ZACC 29; 2013 (2) BCLR 170 (CC); 2013 (2) SA 1 (CC) (10 December 2012), § 76; *Mail and Guardian Media Ltd and Others v Chipu N.O. and Others* (CCT 136/12) [2013] ZACC 32; 2013 (11) BCLR 1259 (CC); 2013 (6) SA 367 (CC) (27 September 2013), §§ 59–93; *J v National Director of Public Prosecutions and Another* (CCT 114/13) [2014] ZACC 13; 2014 (2) SACR 1 (CC); 2014 (7) BCLR 764 (CC) (6 May 2014), § 50.

⁴⁰ S. oben, § 8 I.

⁴¹ *Manamela* (Fn. 8), § 49.

⁴² Das südafrikanische Verfassungsgericht hat strafrechtliche Beweislastumkehrbestimmungen auch in mehreren anderen Entscheidungen für verfassungswidrig erklärt. In *Mbatha* (Fn. 39) stützte es sich dabei ebenfalls auf Erforderlichkeitserwägungen. In *S v Ntsele* (CCT 25/97) [1997] ZACC 14; 1997 (11) BCLR 1543 (14 Oct 1997) und *S v Mello* (CCT 5/98) [1998] ZACC 7; 1998 (3) SA 712; 1998 (7) BCLR 908 (28 May 1998) hat es sich im Wesentlichen auf Präzedenzfälle gestützt. S. zudem den Fall *Bhulwana*, unten Fn. 86 und begleitenden Text, in dem das Verfassungsgericht eine Beweislastumkehrbestimmung für verfassungswidrig erklärte, weil sie ungeeignet sei, ihr Ziel zu erreichen.

⁴³ *Manamela* (Fn. 8), § 26.

⁴⁴ Ebd., § 43.

⁴⁵ Ebd., § 44.

⁴⁶ Ebd., § 49.

sen müsse. Dieses Erfordernis sei für den Angeklagten weniger belastend und gebe der Staatsanwaltschaft gleichzeitig die notwendigen Informationen über die Gedankengänge des Angeklagten zum Zweitpunkt des Erwerbs.

Man kann sich darüber streiten, ob die Rechtfertigungslast tatsächlich ein ebenso geeignetes Mittel ist wie die Beweislastumkehr. Wir haben bereits bei der Analyse der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gesehen, dass Gerichte im Rahmen der Erforderlichkeit oft eine implizite Abwägung vornehmen.⁴⁷ Die von ihnen identifizierten Alternativmaßnahmen sind oft nicht ebenso effektiv wie die staatliche Maßnahme. Aber die Gerichte schätzen die Differenz als nicht ausreichend gewichtig ein, um einen schwereren Eingriff zu rechtfertigen. So liegt der Fall auch beim Vergleich zwischen Rechtfertigungslasten und Beweislastumkehr. Wenn es der Regierung im Wesentlichen darum geht, die Zahl der fälschlicherweise freigesprochenen Schuldigen zu minimieren, ist die Beweislastumkehr wahrscheinlich marginal effektiver. Geht es jedoch darum, einen optimalen Ausgleich zwischen der Zahl der zu Unrecht schuldig gesprochenen und der fälschlicherweise freigesprochenen Personen zu finden, zeigt sich die Überlegenheit der Figur der Rechtfertigungslast.

Selbst wenn das südafrikanische Verfassungsgericht damit implizit abwägt, obwohl es das Argument explizit als Erforderlichkeitserwägung ausflaggt, stellt es doch das gesetzgeberische Ziel nicht grundsätzlich in Frage. Vielmehr geht es ihm im Wesentlichen um einen angemessenen Ausgleich der Interessen des Staates und der Angeklagten. Die Erforderlichkeitsprüfung ähnelt damit der Kontrolle der Passgenauigkeit zwischen Mittel und Zweck durch das Bundesverfassungsgericht.⁴⁸

2. *Overbreadth*

Ein weiteres Argument, das sich in der südafrikanischen Rechtsprechung oft findet, ist die zu undifferenzierte Typisierung (*overbreadth*).⁴⁹ Mit diesem Argument billigt das Gericht grundsätzlich das gesetzgeberische Ziel. Allerdings hält es den Anwendungsbereich für zu weit. Es argumentiert, dass die angegrif-

⁴⁷ S. oben, § 6 II 2.

⁴⁸ S. dazu oben, § 5 III 2.

⁴⁹ S. Coetzee v Government of the Republic of South Africa; Matiso and Others v Commanding Officer Port Elizabeth Prison and Others (CCT 19/94, CCT 22/94) [1995] ZACC 7; 1995 (10) BCLR 1382; 1995 (4) SA 631 (22 Sept. 1995), § 13; Mbatha (Fn. 39), §§ 21–24; Case and Another v Minister of Safety and Security and Others; Curtis v Minister of Safety and Security and Others (CCT 20/95, CCT 21/95) [1996] ZACC 7; 1996 (3) SA 617; 1996 (5) BCLR 608 (9 May 1996), §§ 48–61, 93; South African National Defence Union v. Minister of Defence (CCT 27/98) [1999] ZACC 7; 1999 (4) SA 469; 1999 (6) BCLR 615 (26 May 1999), § 13; Manamela (Fn. 8), § 43; Islamic Unity Convention (Fn. 39), § 44; First National Bank of SA Limited t/a Wesbank v Commissioner for the South African Revenue Services and Another; First

fene Regelung Grundrechte auch in Fällen beschränkt, in denen dies zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels nicht erforderlich ist. Die zu grobmaschige Typisierung ist damit – zumindest nach der südafrikanischen Interpretation – ein Unterfall des Erforderlichkeitsarguments.⁵⁰ Wie bei der Erforderlichkeit ist auch beim *overbreadth*-Argument die zentrale Frage eine empirische. Letztlich steht und fällt das Argument mit der Frage, ob die Einbeziehung der in Frage stehenden Gruppe für die Effektivität der gesetzlichen Maßnahme tatsächlich erforderlich ist.

Ein Beispiel für *overbreadth* ist das Urteil der Richtermehrheit im Fall *Coetzee*.⁵¹ In *Coetzee* beschäftigte sich das Gericht mit einer zivilprozessualen Regelung, der zufolge ein Schuldner inhaftiert werden konnte, wenn er auf einen gerichtlichen Titel hin nicht zahlte und nicht beweisen konnte, dass er zahlungsunfähig war. Das Ziel der Regelung war es, den zahlungskräftigen, aber unwilligen Schuldner zur Zahlung zu bewegen.⁵² Allerdings erfasste sie in der Praxis oft auch Schuldner, die nicht zahlungsfähig waren und versäumten, ihre Zahlungsunfähigkeit zu beweisen.⁵³ Dies betraf insbesondere Fälle, in denen der Schuldner aus sozial schwächeren Verhältnissen kam und entweder Analphabet oder zumindest über seine Recht nicht informiert war.⁵⁴ Insofern urteilte das Gericht, dass die Regelung eine zu grobmaschige Typisierung vornahm und für diese Fälle Ausnahmeregelungen vorsehen müsse.⁵⁵

Teilweise verbindet das südafrikanische Verfassungsgericht das *overbreadth*-Argument auch mit Konsistenz- und Beweislastargumenten. Ein Beispiel findet sich im Minderheitsvotum von Richter Ngcobo im Fall *Prince*.⁵⁶ In dem Fall ging es darum, ob die Verfassung eine Ausnahme vom Verbot des Cannabiskonsums für religiöse Bräuche erfordert.⁵⁷ Der Antragsteller gehörte

National Bank of SA Limited t/a Wesbank v Minister of Finance (CCT 19/01) [2002] ZACC 5; 2002 (4) SA 768; 2002 BCLR 702 (16 May 2002), § 108; Phillips and Another v Director of Public Prosecutions and Others (CCT 20/02) [2003] ZACC 1; 2003 (3) SA 345; 2003 (4) BCLR 357 (11 March 2003), § 28; Jaftha v Schoeman and Others, Van Rooyen v. Stoltz and Others (CCT 74/03) [2004] ZACC 25; 2005 (2) SA 140 (CC); 2005 (1) BCLR 78 (CC) (8 Oct 2004), §§ 44, 48; Malachi v Cape Dance Academy International (Pty) and Others (CCT 05/10) [2010] ZACC 13; 2010 (6) SA 1 (CC); 2010 BCLR 1116 (CC) (24 Aug 2010), § 38; Gaertner and Others v Minister of Finance and Others (CCT 56/13) [2013] ZACC 38; 2014 (1) SA 442 (CC); 2014 (1) BCLR 38 (CC) (14 November 2013), § 66.

⁵⁰ *Currie/Waal*, Bill of Rights, 5. Aufl. 2005, S. 184.

⁵¹ *Coetzee* (Fn. 49).

⁵² Ebd., § 8.

⁵³ Ebd., § 13.

⁵⁴ Ebd., § 8.

⁵⁵ Ebd., § 13.

⁵⁶ *Prince v President of the Law Society of the Cape of Good Hope* (CCT 36/00) [2002] ZACC 1; 2002 (2) SA 794; 2002 (3) BCLR 231 (25 Jan 2002) (per J Ngcobo unter Zustimmung von JJ Mokgoro und Sachs sowie AJ Madlanga).

⁵⁷ Zur parallelen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu dieser Frage s. BVerfGE 90, 145.

der Rastafari-Religion an, die Cannabis in ihren religiösen Ritualen verwendet. Ihm war eine Referendarstelle bei der Anwaltskammer des Kaps der Guten Hoffnung verweigert worden, weil er mehrmals wegen Cannabisbesitzes verurteilt worden war. Er argumentierte, dass das Verbot des Cannabisbesitzes seine Religionsfreiheit verletze.

In seinem Minderheitsvotum betonte Richter Ngcobo die Bedeutung des Rauschgiftverbots.⁵⁸ Allerdings argumentierte er, dass eine Ausnahme für religiöse Bräuche das gesetzgeberische Ziel nicht gefährden würde. Da die Regelung eine solche religiöse Ausnahme aber verweigere, sei sie *overbroad*.⁵⁹ Nun scheint die Aussage, dass eine religiöse Ausnahme das Ziel der Maßnahme nicht gefährden würde, nicht zweifelsfrei. Vielmehr ist diese Annahme der entscheidende Streitpunkt zwischen Mehrheit und Minderheit.⁶⁰ Die Mehrheit gab zum einen zu bedenken, dass eine religiöse Ausnahme die Durchsetzung des Cannabisverbots in der Praxis erheblich erschweren würde.⁶¹ Zum anderen sei nicht ausgeschlossen, dass der Cannabiskonsum für die Religionsanhänger selbst erhebliche Gesundheitsgefahren haben könne.⁶²

Zur Begründung seiner empirischen Annahme stützte sich Ngcobo zunächst auf ein Konsistenzargument. Er strich zunächst heraus, dass das Verbot des Cannabisbesitzes durchaus Ausnahmen zulasse – zum einen für Forschungszwecke und zum anderen für medizinische Verwendungen.⁶³ Das zeige, dass die Regierung nicht davon ausgehe, dass das gesetzgeberische Ziel allein mit einem absoluten Cannabisverbot erreicht werden könne.⁶⁴ Vielmehr scheine die Regierung anzunehmen, dass die Gefahr, die von einer teilweisen Freigabe von Cannabis ausgehe, durch ein angemessenes Kontrollsystem in Grenzen gehalten werden könne.

Zweitens erlegte Ngcobo dem Gesetzgeber eine Beweislast auf, dass der ausschließlich religiöse Gebrauch von Cannabis die menschliche Gesundheit gefährde.⁶⁵ Es sei nicht unplausibel, dass der rein religiöse Gebrauch von Cannabis keine Gesundheitsgefahr darstelle. Zudem könne der Missbrauch der Droge kontrolliert werden.⁶⁶ Ngcobo verwies auf die Erfahrung bei der Verwaltung

⁵⁸ Prince (Fn. 56), § 47 (per J Ngcobo).

⁵⁹ Ebd., § 81.

⁶⁰ S. aber auch *Botha*, in: ders. u.a. (Hg.), *Rights and Democracy*, 2003, 13 (23–27), dem zufolge der Hauptstreitpunkt zwischen Mehrheit und Minderheit die kontextuelle Einbettung des Falles war. Während die Mehrheit größeres Gewicht auf die Effektivität der Rauschgiftbekämpfung gelegt habe, sei es der Minderheit vor allem um die Anerkennung der Minderheitsinteressen der Rastafari gegangen.

⁶¹ Prince (Fn. 56), § 132 (per CJ Chaskalson, JJ Ackerman and Kriegler).

⁶² Ebd., § 118.

⁶³ Ebd., § 54 (per J Ngcobo).

⁶⁴ Ebd.

⁶⁵ Ebd., § 56.

⁶⁶ Ebd., §§ 58–62.

sensibler Medikamente, die zeige, dass es möglich sei, ein effektives Kontrollsystem zu errichten, das Missbrauch vorbeugen könne.⁶⁷ Diese Argumentation Ngcobos ist zwar keine Beweisführung. Der Richter konstruierte jedoch einen Anscheinsbeweis und argumentierte, dass angesichts dieser Beweislage die Beweislast dem Gesetzgeber hätte zukommen müssen. Dieser hätte einen empirischen Beweis führen müssen, dass die Verweigerung einer Ausnahme für religiöse Bräuche trotz aller gegenteiligen Anhaltspunkte zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels erforderlich gewesen sei.

Das Votum von Richter Ngcobo wurde durch das Minderheitsvotum von Justice Sachs ergänzt. Sachs hob hervor, dass die Rastafari in der südafrikanischen Gesellschaft eine marginalisierte Gruppe seien.⁶⁸ Daher sei es für sie fast unmöglich, ihre Rechte und Interessen im politischen Prozess zu vertreten. Das bedeutete jedoch auch, dass der Gesetzgeber geringe Anreize hatte, die empirische Frage zu klären, ob gemäßigter Cannabiskonsum gesundheitsgefährdend und eine religiöse Ausnahme administrativ durchsetzbar war. Insofern wäre es Aufgabe des Gerichts gewesen, den Gesetzgeber zur Rechenschaft zu ziehen und von ihm zu verlangen, seine Entscheidung substantiiert zu rechtfertigen.

3. Legitimer Zweck

Während die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes mangels legitimen Zwecks in der deutschen Rechtsprechung eine seltene Ausnahme ist,⁶⁹ findet man in Südafrika überraschend viele Fälle, in denen das Verfassungsgericht ein Gesetz bereits am Fehlen eines legitimen Zwecks scheitern lässt.⁷⁰ Um zu begründen,

⁶⁷ Ebd., §§ 66–74.

⁶⁸ Ebd., § 157 (per J Sachs).

⁶⁹ S. oben, § 6 I.

⁷⁰ S. National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others (CCT 11/98) [1998] ZACC 15; 1999 (1) SA 6; 1998 (12) BCLR 1517 (9 Oct 1998), § 37 (Strafbarkeit von Sodomie); Dawood and Another v Minister of Home Affairs and Others, Shalabi and Another v Minister of Home Affairs and Others, Thomas and Another v Minister of Home Affairs and Others (CCT 35/99) [2000] ZACC 8; 2000 (3) SA 936; 2000 (8) BCLR 837 (7 June 2000), § 56 (Fehlen von ermessensleitenden Faktoren für die Bewilligung einer Aufenthaltserlaubnis für Ehepartner von südafrikanischen Staatsangehörigen); Minister of Home Affairs v National Institute for Crime Prevention and the Re-Integration of Offenders (NICRO) and Others (CCT 03/04) [2004] ZACC 10; 2005 (3) SA 280 (CC); 2004 (5) BCLR 445 (CC) (3 March 2004), §§ 65–66 (Wahlverbot für Gefängnisinsassen, die regulär zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden waren); Bhe and Others v Khayelitsha Magistrate and Others (CCT 49/03) [2004] ZACC 17; 2005 (1) SA 580 (CC); 2005 (1) BCLR 1 (CC) (15 Oct 2004), §§ 72–73 (Spezielle Erbfolgeregelung für Menschen schwarzer Hautfarbe im Rahmen der Apartheidsgesetzgebung); Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another (CCT 60/04) [2005] ZACC 19; 2006 (3) BCLR 355 (CC); 2006 (1) SA 524 (CC) (1 December 2005), §§ 110–113 (Eheverbot für gleichgeschlechtliche Paare); Richter v the Mi-

warum der verfolgte Gesetzeszweck illegitim ist, greift das Gericht auf verschiedene Argumentationsstrategien zurück. Teilweise verstößt der Gesetzeszweck direkt gegen die Verfassung. Zu diesem Schluss kam das Verfassungsgericht in *Bhe v Khayelitsha Magistrate*, in dem sich das Gericht mit einem Vermächtnis aus der Apartheidsära zu befassen hatte.⁷¹

Das Gericht erklärte eine Bestimmung aus dem Black Administration Act von 1927 für verfassungswidrig, die ausschließlich die Erbfolge von schwarzen Bürgern regelte, während die Erbfolge von Weißen in einem separaten Gesetz geregelt war. Die Regelung verwies für die Erbfolge auf gewohnheitsrechtliche Regeln, denen zufolge nur männliche Nachkommen des Erblassers die Erbfolge antreten konnten. Das Verfassungsgericht urteilte, dass das Gesetz als Teil einer rassistischen Ideologie erlassen worden sei, die auf Trennung und Unterwerfung ausgerichtet gewesen sei.⁷² Insofern fehle es ihm schon an einem legitimen Zweck, da das Gesetzesziel den grundlegenden Prinzipien der neuen Verfassungsordnung zuwiderlaufe.⁷³

In anderen Fällen beschäftigte sich das Gericht mit Regelungen, die auf überkommenen Moralvorstellungen beruhten. Das Gericht arbeitete dabei in erster Linie mit Rechtfertigungslasten. Ein Beispiel ist das Urteil in *National Coalition for Gay and Lesbian Equality*, in dem das Gericht eine Bestimmung für verfassungswidrig erklärte, die freiwilligen Geschlechtsverkehr zwischen Männern unter Strafe stellte.⁷⁴ Das Gericht urteilte, dass die Bestrafung von homosexuellem Geschlechtsverkehr in das Persönlichkeitsrecht der Betroffenen eingreife.⁷⁵ Bei der Rechtfertigungsprüfung merkte das Gericht an, dass der Staat im Verfahren keinen einzigen Zweck genannt habe, dem das Gesetz diene.⁷⁶ Daher liege es nahe, dass das Gesetz auf die Umsetzung privater Moralvorstellungen abziele:

nister of Home Affairs and Others (with the Democratic Alliance and Others Intervening, and with Afriforum and Another as Amici Curiae) (CCT 03/09, CCT 09/09) [2009] ZACC 3; 2009 (3) SA 615 (CC); 2009 (5) BCLR 448 (CC) (12 March 2009), § 76 (Unmöglichkeit für eine bestimmte Gruppe von vorübergehend im Ausland lebenden Staatsbürgern, ihre Stimme bei Wahlen im Ausland abzugeben); Centre for Child Law v Minister for Justice and Constitutional Development and Others (CCT 98/08) [2009] ZACC 18; 2009 (2) SACR 477 (CC); 2009 (6) SA 632 (CC); 2009 (11) BCLR 1105 (CC) (15 July 2009), §§ 52, 57, 60 (Einführung einer Mindestgefängnisstrafe für Jugendliche unter 18 Jahren bei der Verwirklichung bestimmter Straftatbestände).

⁷¹ Bhe (Fn. 70).

⁷² Ebd., § 72.

⁷³ Ebd.

⁷⁴ National Coalition for Gay and Lesbian Equality (Fn. 70).

⁷⁵ Ebd., § 32.

⁷⁶ Ebd., § 37.

„[t]he enforcement of the private moral views of a section of the community, which are based to a large extent on nothing more than prejudice, cannot qualify as such a legitimate purpose. There is accordingly nothing, in the proportionality enquiry, to weigh against the extent of the limitation and its harmful impact on gays.“⁷⁷

Auf eine Mischung aus Rechtfertigungslasten und Konsistenzüberlegungen griff das südafrikanische Verfassungsgericht im *NICRO*-Fall zurück.⁷⁸ Die Antragsteller waren Strafgefangene, denen es während ihres Gefängnisaufenthalts verwehrt war, sich als Wähler zu registrieren und bei Wahlen ihre Stimme abzugeben. Sie argumentierten, dass dies gegen ihr Wahlrecht aus Art. 19 (3) (a) der Verfassung verstoße. Die Regierung versuchte den Ausschluss von Strafgefangenen vom Wahlrecht mit zwei Argumenten zu rechtfertigen: Zum einen sei es finanziell zu teuer, Wahlurnen für Gefängnisinsassen zu errichten.⁷⁹ Zum anderen würde die Gewährung des Wahlrechts für Strafgefangene der Öffentlichkeit den Eindruck geben, dass die Regierung nicht hart genug gegen Kriminalität vorgehe.⁸⁰

Das südafrikanische Verfassungsgericht wies beide Argumente zurück. Das erste Argument überzeuge nicht, da die Regierung für einen kleinen Teil der Gefängnisinsassen ohnehin Wahlgelegenheiten schaffen müsse.⁸¹ Die bloße Ausweitung der Wahlberechtigung könne die Regierung somit vor keine unüberwindbaren organisatorischen Schwierigkeiten stellen.⁸² Das zweite Argument sei kein ausreichender Grund, Strafgefangenen ihr Wahlrecht zu verwehren.⁸³ Da die Regierung somit keinen legitimen Grund für die Verweigerung des Wahlrechts genannt hatte, sah das Gericht die Beschränkung des Wahlrechts von Strafgefangenen als nicht gerechtfertigt an.⁸⁴

Bestätigt werde dieses Ergebnis dadurch, dass die Verweigerung des Wahlrechts zu inkonsistenten Ergebnissen führe. Das Wahlrecht wurde jedem Strafgefangenen verwehrt, unabhängig von der Schwere seiner Tat und der Länge seiner Haftstrafe. Die einzige Ausnahme bildeten Strafgefangene, die auch eine Geldstrafe hätten bekommen können, stattdessen jedoch für eine Gefängnisstrafe optierten. Gleichzeitig ermöglichte Art. 47 (1)(e) der Verfassung jedoch Strafgefangenen mit einer Gefängnisstrafe von weniger als zwölf Monaten, sich zur Wahl zu stellen. Gefängnisinsassen auf der einen Seite das passive Wahlrecht zuzugestehen, ihnen auf der anderen Seite jedoch das aktive Wahlrecht zu

⁷⁷ Ebd.

⁷⁸ *NICRO* (Fn. 70).

⁷⁹ Ebd., § 44.

⁸⁰ Ebd., § 55.

⁸¹ Strafgefangene, die eine Gefängnisstrafe über eine ebenfalls mögliche Geldstrafe wählten, hatten Wahlrecht, so dass ihnen im Gefängnis eine Wahlgelegenheit gegeben werden musste.

⁸² *NICRO* (Fn. 70), § 108 (per J Madala).

⁸³ *Choudhry*, Const. Ct. Rev. 2 (2009), 1 (36).

⁸⁴ *NICRO* (Fn. 70), §§ 65–66.

verwehren, sei inkonsistent und verstoße daher gegen den „Geist“ von Art. 47 der Verfassung.⁸⁵

4. Geeignetheit

In einigen Fällen stützte sich das Verfassungsgericht auf Geeignetheitsargumente.⁸⁶ Wie bei der Erforderlichkeitsprüfung geht es bei der Geeignetheitsprüfung in erster Linie um einen empirischen Zusammenhang zwischen dem Grundrechtseingriff und dem damit angestrebten Erfolg. Das südafrikanische Verfassungsgericht macht jedoch selten eine eigene empirische Prognose. Vielmehr greift es zumeist auf analytische Argumente zurück. So erklärte das Gericht im Fall *Bhulwana* erneut eine Beweislastumkehrklausel für verfassungswidrig. Die angegriffene Bestimmung stellte die widerlegliche Vermutung auf, dass bei Personen, die sich im Besitz von mehr als 115g Cannabis befanden, mit dem Rauschgift handelten.

Die Regierung argumentierte, dass die Beweislastumkehr notwendig sei, um eine effektive Kontrolle des illegalen Drogenhandels zu ermöglichen. Das Verfassungsgericht urteilte jedoch, dass die Bestimmung schon nicht geeignet sei, dieses Ziel zu erreichen. Die Beweisaufnahme hatte ergeben, dass es nicht ungewöhnlich sei, eine Menge von mehr als 115g des Rauschgifts bei bloßen Konsumenten von Cannabis zu finden. Insofern gebe es keinen ausreichenden empirischen Zusammenhang zwischen der Tatsache des Drogenbesitzes und der angenommenen Tatsache des Drogenhandels.⁸⁷

Im Fall der *South African National Defence Union* waren die Antragsteller Angehörige der südafrikanischen Streitkräfte, die sich gegen ein Gesetz wandten, das ihnen die Gründung einer Gewerkschaft verwehrte.⁸⁸ Das Recht auf Gründung einer Gewerkschaft wird in Art. 23 (2) der Verfassung ausdrücklich garantiert. Die südafrikanische Regierung argumentierte jedoch, dass eine Militärgewerkschaft die Disziplin der südafrikanischen Streitkräfte untergraben könne. Das Verfassungsgericht hielt dem entgegen, dass das bloße Beitrittsrecht zu einer Gewerkschaft die Disziplin noch nicht untergrabe, zumal das Beitritts-

⁸⁵ Ebd., § 67.

⁸⁶ S. S v Bhulwana, S v Gwadiso (CCT 12/95, CCT 11/95) [1995] ZACC 11; 1996 (1) SA 388; 1995 (12) BCLR 1579 (29 Nov. 1995), §§ 23–24; South African National Defence Union (Fn. 49), § 35; Brümmer v Minister for Social Development and Others (CCT 25/09) [2009] ZACC 21; 2009 (6) SA 323 (CC); 2009 (11) BCLR 1075 (CC) (13 Aug 2009), §§ 65–66; Law Society of South Africa and Others v Minister for Transport and Another (CCT 38/10) [2010] ZACC 25; 2011 (1) SA 400 (CC); 2011 (2) BCLR 150 (CC) (25 Nov 2010), § 99; Teddy Bear Clinic for Abused Children and Another v Minister of Justice and Constitutional Development and Another (CCT 12/13) [2013] ZACC 35; 2013 (12) BCLR 1429 (CC); 2014 (2) SA 168 (CC); 2014 (1) SACR 327 (CC) (3 October 2013), §§ 84–94.

⁸⁷ Bhulwana (Fn. 86), §§ 23–24.

⁸⁸ South African National Defence Union (Fn. 49).

recht zur Gewerkschaft nicht automatisch das Streikrecht oder das Recht zu Tarifverhandlungen beinhalte.⁸⁹ Vielmehr zeige die Praxis anderer Staaten, dass Militärgewerkschaften die Disziplin der Streitkräfte nicht unbedingt untergraben müsse.⁹⁰ Im Gegenteil könne es sein

„that in permitting members to join trade unions and in establishing proper channels for grievances and complaints, discipline may be enhanced rather than diminished.“⁹¹

Im Fall *Brümmer* stützte das Gericht die mangelnde Eignung des Mittels schließlich auf ein Konsistenzargument.⁹² In dem Fall ersuchte der Antragsteller, ein Journalist, das Ministerium für soziale Entwicklung um Auskunft für einen Bericht, an dem er arbeitete. Das Ministerium verweigerte die Auskunft, und der Widerspruch des Antragstellers war erfolglos. Als der Antragsteller daraufhin Klage vor Gericht erhob, erwiderte der Antragsgegner, dass die Klage unzulässig sei, da sie erst nach Ablauf der im *Promotion of Access to Information Act* vorgesehenen 30-Tages-Frist eingereicht worden sei. Das Prozessgericht legte den Fall daraufhin dem südafrikanischen Verfassungsgericht vor, da es Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der 30-Tages-Frist hatte.

Das südafrikanische Verfassungsgericht urteilte, dass es fast unmöglich sei, innerhalb der 30-Tages-Frist professionellen Rat über die Rechtslage einzuholen, die Finanzierung des Gerichtsprozesses sicherzustellen und diesen ausreichend vorzubereiten.⁹³ Aus diesem Grund sah es in der Klagefrist einen Eingriff in das Auskunftsrecht aus Art. 32 der Verfassung sowie in die Rechtsweggarantie aus Art. 34 der Verfassung.⁹⁴ In der Rechtfertigungsprüfung gestand das Gericht zu, dass Klagefristen eine wichtige Funktion zukomme: Sie gewährleisteten Rechtssicherheit und sicherten die Effektivität des Gerichtsprozesses, da mit zunehmender Zeit Beweismittel verlorengehen könnten.⁹⁵ Das Gericht argumentierte jedoch, dass diese Erwägungen im vorliegenden Fall nicht zum Tragen kämen.⁹⁶ Zudem strich es heraus, dass Klagefristen bei Verfahren gegen die Verwaltung im Übrigen sehr viel großzügiger seien. Sie betrügen im Normalfall bis zu sechs Monate.⁹⁷ Da kein Grund erkennbar sei, warum aus Gründen der Rechtssicherheit gerade bei Auskunftsverlangen eine besonders kurze Klagefrist erforderlich sei, könne die 30-Tages-Frist nicht gerechtfertigt werden.⁹⁸

⁸⁹ Ebd., § 35.

⁹⁰ Ebd., § 34.

⁹¹ Ebd.

⁹² *Brümmer* (Fn. 86).

⁹³ Ebd., §§ 54–56.

⁹⁴ Ebd., § 57.

⁹⁵ Ebd., § 64.

⁹⁶ Ebd., §§ 65–66.

⁹⁷ Ebd., § 67.

⁹⁸ Ebd., § 69.

Die drei besprochenen Fälle zeigen, dass das südafrikanische Verfassungsgericht die empirischen Fragen, die dem Geeignetheitsargument zugrunde liegen, in der Regel als analytische Fragen betrachtet. In *Bhulwana* argumentierte es, dass zwischen der bewiesenen und der angenommenen Tatsache kein „logischer Zusammenhang“ bestünde.⁹⁹ Das „logische“ Argument wurde bestätigt durch das Ergebnis der Beweisaufnahme, die zeigte, dass die vorgesehene Rauschgiftmenge bei weitem zu niedrig war, um darauf zu schließen, dass das Rauschgift zum Handel und nicht zum bloßen Konsum vorgesehen war.¹⁰⁰ In *South African National Defence Union* traf das Gericht eine intuitive Annahme über die Wirkung einer Gewerkschaftsmitgliedschaft auf die Disziplin der Streitkräfte. Diese Annahme unterstützte es durch eine rechtsvergleichende Analyse der Praxis anderer Staaten, die Militärgewerkschaften teilweise erlaubt hatten. In *Brümmer* machte das Gericht schließlich ein Konsistenzargument. Da die Klagefrist gegen Verwaltungsentscheidungen in Südafrika regelmäßig sechs Monate betrage, sei nicht ersichtlich, warum sie bei Auskunftsersuchen nur 30 Tage betragen solle.

III. Argumente außerhalb der Verhältnismäßigkeit

Die Verhältnismäßigkeit verlangt, wie wir gesehen haben, teilweise normative Wertungen und zum Teil empirische Prognosen. Für eigenständige normative Wertungen wird dem Gericht oft die Legitimität abgesprochen,¹⁰¹ und für empirische Prognosen fehlen den Richtern zumeist die Ressourcen und die methodische Ausbildung.¹⁰² Das südafrikanische Verfassungsgericht stützt sich daher auf Hilfsargumente, um die empirischen Prognosen und normativen Wertungsfragen in analytische Fragen umzudeuten. Einige dieser Argumentationsfiguren sind uns aus dem deutschen Kontext bereits bekannt. So greift das südafrikanische Gericht teilweise auf Konsistenzargumente oder prozedurale Argumente zurück. Anders als das Bundesverfassungsgericht arbeitet das südafrikanische Gericht aber auch viel mit Rechtfertigungslasten.

1. Rechtfertigungs- und Beweislasten

Das südafrikanische Verfassungsgericht stützt in vielen Fällen die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes darauf, dass der Gesetzgeber seiner Rechtfertigungs- oder Beweislast nicht genügt habe.¹⁰³ Beweis- und Rechtfertigungslasten sind

⁹⁹ *Bhulwana* (Fn. 86), § 24.

¹⁰⁰ *Ebd.*, § 23.

¹⁰¹ S. oben, § 2 I 1.

¹⁰² S. oben, § 2 II 2 a aa.

¹⁰³ S. *Makwanyane* (Fn. 2), §§ 127, 146; *Case* (Fn. 49), § 93; *S v Steyn* (CCT 19/00) [2000]

das Gegenstück zu gesetzgeberischen Einschätzungs- und Wertungsspielräumen. Während die Einräumung eines gesetzgeberischen Spielraums in der Regel zur Folge hat, dass bestehende normative oder empirische Unsicherheit zu Lasten des Grundrechtsträgers geht, haben Rechtfertigungs- und Beweislasten den gegenteiligen Effekt. Sie führen dazu, dass der Gesetzgeber ein Grundrecht nur einschränken kann, wenn er seinen Rechtfertigungs- oder Beweislasten nachgekommen ist.

Die Figur der Rechtfertigungslast stellt dabei weniger weitgehende Anforderungen an den Gesetzgeber. Sie verlangt von ihm, dass er seinen Grundrechtseingriff begründet. Sie ist damit ein Mittel des Gerichts, die Verantwortung des Gesetzgebers auch gegenüber Gruppen sicherzustellen, die im politischen Prozess unterrepräsentiert sind. Eine Maßnahme, die Minderheiten diskriminiert, bedarf im politischen Prozess zumindest dann, wenn die Mehrheit dieser Minderheit gegenüber nicht besonders positiv eingestellt ist, keiner besonderen Rechtfertigung. Kann die Regierung bei der verfassungsgerichtlichen Überprüfung dagegen keine Rechtfertigung anführen, ist dies ein Indiz dafür, dass sie eine Diskriminierung oder die Verfolgung von Partikularinteressen beabsichtigte. So hat das Gericht in *National Coalition for Gay and Lesbian Equality* der Bestrafung von Geschlechtsverkehr unter Männern die Anerkennung versagt, weil der Gesetzgeber selbst keinen legitimen Zweck nennen konnte.¹⁰⁴ In diesem Fall lag die Vermutung nahe, dass die gesetzliche Regelung eher auf Vorurteilen gegenüber Homosexuellen basierte, als dass sie in irgendeiner Form das gemeine Wohl förderte.

Weitergehende Anforderungen stellt das Gericht an die Regierung, wenn es diese einer Beweislast unterwirft. Auch die Beweislast dient oft dazu, gesellschaftlich marginalisierte Gruppen zu schützen. Richtet sich eine Maßnahme gegen solche Gruppe, ist ein gesetzgeberischer Einschätzungsspielraum gerade nicht gerechtfertigt, da der Gesetzgeber keine Anreize hat, eine ausgewogene Regelung zu treffen. Ein Beispiel für diese Konstellation bietet das bereits angesprochene Urteil in *Makwanyane*.¹⁰⁵ In diesem argumentierte das Gericht, dass es dem Gesetzgeber obliege zu beweisen, dass die Todesstrafe tatsächlich eine größere Abschreckungswirkung habe als lange Gefängnisstrafen.¹⁰⁶ Da er einen solchen Beweis nicht erbringen konnte, wurde die Todesstrafe für verfassungswidrig erklärt.

Eine Kombination von Rechtfertigungs- und Beweislasten findet sich im Urteil *Centre for Child Law*.¹⁰⁷ In dem Fall hatte sich die antragstellende NGO

ZACC 24; 2001 (1) BCLR 52; 2001 (1) SA 1146; 2001 (1) SACR 16 (29 Nov 2000), § 32; NICRO (Fn. 70), §§ 65–66; Centre for Child Law (Fn. 70), §§ 54–55; Teddy Bear Clinic (Fn. 86), § 87.

¹⁰⁴ National Coalition for Gay and Lesbian Equality (Fn. 70), § 37.

¹⁰⁵ S. dazu oben, § 8 I.

¹⁰⁶ Makwanyane (Fn. 2), § 127.

¹⁰⁷ Centre for Child Law (Fn. 70), §§ 54–55.

gegen die Einführung von Mindestgefängnisstrafen für Jugendliche gewandt. Sie argumentierte, dass solche Mindeststrafen gegen Art. 28 der Verfassung verstießen, dem zufolge Haft bei Jugendlichen unter 18 Jahren nur *ultima ratio* sein könne. Die Mindeststrafe gebe dem Richter nicht den erforderlichen Freiraum, um die besonderen Umstände des Falles zu berücksichtigen und eine Entscheidung im besten Interesse des Jugendlichen zu treffen. Dem hielt die südafrikanische Regierung entgegen, dass die Mindeststrafe notwendig sei, um die exorbitante Kriminalitätsrate in den Griff zu bekommen.¹⁰⁸

Das Verfassungsgericht urteilte, dass die Rechtfertigung der Regierung zu unspezifisch sei: Sei eine erhöhte Abschreckung Ziel der Maßnahme gewesen? Oder sei es darum gegangen, die Öffentlichkeit zu beruhigen?¹⁰⁹ Darüberhinaus rügte das Gericht die Regierung dafür, dass sie keinen empirischen Nachweis für den Zusammenhang zwischen der Mindeststrafe und der Reduzierung der Kriminalitätsrate erbracht habe.¹¹⁰ Die Regierung habe nicht gezeigt, warum gerade Jugendkriminalität ein besonderes Besorgnis darstelle. Zudem habe sie nicht dargelegt, warum die Regelung gerade Jugendliche im Alter zwischen 16 und 18 Jahren betreffe.¹¹¹ Aus diesem Grund urteilte das Gericht, dass der Eingriff in Art. 28 der Verfassung nicht gerechtfertigt gewesen sei.¹¹² Auch hier konnte die Regierung den Verdacht nicht ausräumen, dass die Maßnahme eher einen populistischen Hintergrund hatte und der Beruhigung der Bevölkerung dienen sollte, während Ihr Beitrag zur Kriminalitätsbekämpfung eher zweifelhaft blieb.

2. Konsistenzargumente

Wie das Bundesverfassungsgericht hat auch das südafrikanische Verfassungsgericht in mehreren Entscheidungen auf Konsistenzargumente zurückgegriffen.¹¹³ So haben wir gesehen, dass das Gericht in *Makwanyane* argumentierte, dass das in der Verfassung verankerte Aussöhnungsprinzip nicht zulasse, dem Vergeltungsaspekt der Strafe eine zu hohe Bedeutung zuzumessen.¹¹⁴ Auf Konsistenzargumente rekurrierte das Gericht auch im Fall *Richter v Minister for Home Affairs*.¹¹⁵ In dem Fall hatte der Antragsteller sich gegen eine Regelung gewandt, der zufolge südafrikanische Staatsangehörige, die vorübergehend

¹⁰⁸ Ebd., § 52.

¹⁰⁹ Ebd., § 57.

¹¹⁰ Ebd., § 54.

¹¹¹ Ebd., § 55.

¹¹² Ebd., § 60.

¹¹³ S. *Makwanyane* (Fn. 2), §§ 129–31; *NICRO* (Fn. 70), § 67; *Brümmer* (Fn. 86), §§ 67, 69; *Richter* (Fn. 70), § 76.

¹¹⁴ *Makwanyane* (Fn. 2), §§ 129–31.

¹¹⁵ *Richter v Minister for Home Affairs* (Fn. 70).

im Ausland lebten, nicht im Land ihres vorübergehenden Wohnsitzes wählen konnten. Das südafrikanische Wahlgesetz sah für verschiedene Anlässe die Möglichkeit, im Ausland zu wählen, vor. So konnten südafrikanische Regierungsbeamte, die im Ausland tätig waren, oder Staatsbürger, die im Ausland studierten oder auf Urlaubs- oder Geschäftsreise waren, im Land ihres Aufenthalts ihre Stimme abgeben. Bürgern, die vorübergehend im Ausland arbeiteten, war diese Möglichkeit jedoch selbst dann verwehrt, wenn sie die Intention hatten, in absehbarer Zeit nach Südafrika zurückzukehren.

Die südafrikanische Regierung hatte im verfassungsgerichtlichen Verfahren keine Erklärung angeboten, warum gerade dieser Gruppe von Bürgern keine Wahlmöglichkeit angeboten wurde.¹¹⁶ Vor dem *High Court* hatte die Regierung noch argumentiert, dass die Schaffung zusätzlicher Möglichkeiten, im Ausland die Stimme abzugeben, die Regierung vor administrative Probleme stelle. Das Verfassungsgericht wies dieses Argument jedoch zurück, da der Staat vielen Gruppen von Bürgern bereits die Möglichkeit gab, im Ausland zu wählen. Es sah keinen Grund, warum es aufwändiger sein sollte, den im Ausland arbeitenden Bürgern eine Wahlmöglichkeit einzuräumen als den Gruppen, die diese Möglichkeit bereits besaßen.¹¹⁷ Aufgrund dieser Inkonsistenz folgte das Verfassungsgericht, dass es der Regelung an einem legitimen Zweck fehle.¹¹⁸

3. Prozedurale Argumente

In einer letzten Gruppe von Fällen stützte sich das südafrikanische Verfassungsgericht schließlich überwiegend auf prozedurale Argumente.¹¹⁹ Zum einen betrifft dies Fälle, in denen reine Verfahrensfragen zu behandeln waren. Zum anderen forderte das Verfassungsgericht jedoch auch prozedurale Absicherungen bei der Einschränkung materieller Grundrechte. Das Verfassungsgericht akzeptierte in diesen Fällen das grundsätzliche gesetzgeberische Ziel, verlangte jedoch zusätzliche Verfahrensgarantien, um sicherzustellen, dass die Verwaltungsentscheidungen das Eingriffsziel auch tatsächlich erreichen würden.

So hat sich das Verfassungsgericht im Fall *C v. Department of Health and Social Development* im Wesentlichen auf Verfahrensargumente gestützt.¹²⁰ Ge-

¹¹⁶ Ebd., § 72.

¹¹⁷ Ebd., § 76.

¹¹⁸ Ebd., § 78.

¹¹⁹ *S. Lesapo v North West Agricultural Bank and Another* (CCT 23/99) [1999] ZACC 16; 2000 (1) SA 409; 1999 (12) BCLR 1420 (16 Nov 1999); *Lawyers for Human Rights and another v Minister of Home Affairs and another* (CCT 18/03) [2004] ZACC 12; 2004 (4) SA 125 (CC) 2004 (7) BCLR 775 (CC) (9 March 2004); *C and Others v Department of Health and Social Development, Gauteng and Others* (CCT 55/11) [2012] ZACC 1; 2012 (2) SA 208 (CC); 2012 (4) BCLR 329 (CC) (11 Jan 2012); Gaertner (Fn. 49), §§ 68–73.

¹²⁰ *C v Department of Health and Social Development* (Fn. 119).

genstand des Verfahrens war eine Bestimmung, die Sozialarbeitern erlaubte, Kinder von ihrer Familie zu trennen, wenn anzunehmen war, dass sie Schutz und Fürsorge benötigten. In dringenden Fällen konnten die Sozialarbeiter ohne vorherige gerichtliche Anordnung tätig werden. In diesem Fall mussten sie innerhalb von 90 Tagen nähere Untersuchungen zu dem Fall durchführen und einen Bericht abgeben. Nach Abgabe des Berichts wurden die Kinder einem Jugendrichter vorgeführt, um festzustellen, ob sie tatsächlich Schutz und Fürsorge benötigten. Die Antragsteller argumentierten, dass das Fehlen einer automatischen gerichtlichen Überprüfung der Entscheidung des Sozialarbeiters vor Ablauf der 90-Tage-Frist gegen das Recht der Kinder auf elterliche Erziehung in Art. 28 (1)(b) der Verfassung verstoße.

Das Verfassungsgericht urteilte, dass die Trennung des Kindes von seiner Familie grundsätzlich dem Kindesinteresse entspreche.¹²¹ Allerdings gebe es immer die Möglichkeit, dass die Entscheidung des Sozialarbeiters fehlerhaft sei.¹²² Daher liege es im Kindesinteresse, ein Verfahren zur Kontrolle des Sozialarbeiters einzuführen.¹²³ Die Regierung hatte im verfassungsgerichtlichen Verfahren nicht begründet, warum sie keine automatische gerichtliche Kontrolle der Entscheidung des Sozialarbeiters vorsah.¹²⁴ Daher erklärte das Verfassungsgericht die Bestimmung mangels einer ausreichenden prozeduralen Absicherung für verfassungswidrig.

Im Fall *Lawyers for Human Rights* musste sich das Gericht mit der Behandlung illegaler Einwanderer vor ihrer Auslieferung auseinandersetzen.¹²⁵ Das südafrikanische Einwanderungsgesetz ermächtigte Beamte der Einwanderungsbehörde, Schiffskapitäne anzuhalten, illegale Einwanderer, die versuchten, Südafrika per Schiff zu erreichen, auf dem Schiff festzuhalten oder aus dem Land zu entfernen. Alternativ konnten die Beamten die illegalen Einwanderer auch in Haft nehmen. Das Verfassungsgericht gestand zu, dass es grundsätzlich gerechtfertigt sei, illegale Einwanderer bis zu ihrer Ausreise festzuhalten.¹²⁶ Allerdings urteilte das Gericht, dass das Freiheitsrecht der Einwanderer keine ausreichende verfahrensmäßige Absicherung erfahren hätte. Insbesondere verlange die Bestimmung unabhängig von der Dauer der Haft keine gerichtliche Haftprüfung.¹²⁷ Die Bestimmung sei daher insoweit verfassungswidrig, als sie auch bei einer Haft von mehr als 30 Tagen keine automatische gerichtliche Überprüfung vorsehe.¹²⁸

¹²¹ Ebd., § 75.

¹²² Ebd., § 76.

¹²³ Ebd., § 77.

¹²⁴ Ebd., §§ 81–82.

¹²⁵ *Lawyers for Human Rights* (Fn. 119).

¹²⁶ Ebd., § 42.

¹²⁷ Ebd., § 43.

¹²⁸ Ebd., § 45.

In beiden besprochenen Fällen zweifelte das südafrikanische Verfassungsgericht das grundsätzliche gesetzgeberische Ziel nicht an. In *C v. Department of Health and Social Development* gestand es zu, dass es manchmal für das Kindeswohl notwendig sei, die Kinder von ihrer Familie zu trennen und in staatliche Obhut zu nehmen. In *Lawyers for Human Rights* erkannte das Gericht an, dass der Staat ein legitimes Interesse daran habe, illegale Einwanderer bis zu ihrer Ausweisung festzuhalten. In beiden Fällen forderte es jedoch eine gerichtliche Kontrolle der Verwaltungsentscheidungen, um fehlerhafte Entscheidungen möglichst auszuschließen.

IV. Güterabwägung

Das südafrikanische Verfassungsgericht sieht nicht vollständig von einer Güterabwägung ab. Vielmehr wägt es recht häufig ab. Allerdings finden wir eine Abwägung konkurrierender Rechtsgüter vor allem in Urteilen, in denen das Verfassungsgericht die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen bestätigte.¹²⁹ Ein Beispiel ist das Urteil *Christian Education*.¹³⁰ In dem Fall hatten sich die Antragsteller gegen das Verbot körperlicher Züchtigung in Schulen gewandt. Sie hatten argumentiert, dass körperliche Züchtigung ein zentraler Aspekt der christlichen Religion und der christlichen Erziehung sei. Wenn sie als Eltern die Lehrer nicht zur körperlichen Züchtigung ihrer Kinder ermächtigen könnten, verstoße das gegen ihre Religionsfreiheit.

Das Verfassungsgericht stellte fest, dass das Verbot tatsächlich die Freiheit der Religionsausübung beschränke.¹³¹ Allerdings sei diese Einschränkung gerechtfertigt. In der Rechtfertigungsprüfung nahm das Gericht eine systematische Güterabwägung vor. Es erkannte an, dass der Religionsfreiheit eine große

¹²⁹ S. *Bernstein and Others v Bester NO and Others* (CCT 23/95) [1996] ZACC 2; 1996 (4) BCLR 449; 1996 (2) SA 751 (27 March 1996), §§ 54–55; *Beinash and Another v Ernst & Young and Others* (CCT 12/98) [1998] ZACC 19; 1999 (2) SA 91; 1999 (2) BCLR 125 (2 Dec. 1998), §§ 17–21; *S v Dlamini, S v Dladla and Others, S v Joubert, S v Schietekat* (CCT 21/98, CCT 22/98, CCT 2/99, CCT 4/99) [1999] ZACC 8; 1999 (4) SA 623; 1999 (7) BCLR 771 (3 June 1999), §§ 54–57; *Christian Education South Africa v Minister of Education* (CCT 4/00) [2000] ZACC 11; 2000 (4) SA 757; 2000 (10) BCLR 1051 (18 Aug 2000), §§ 36–51; *De Reuck v Director of Public Prosecutions (Witwatersrand Local Division) and Others* (CCT 5/03) [2003] ZACC 19; 2004 (1) SA 406; 2003 (12) BCLR 1333 (CC) (15 Oct 2003), §§ 59–91; *Mohunram and Another v. National Director of Public Prosecutions and Another* (Law Review Project as Amicus Curiae) (CCT 19/06) [2007] ZACC 4; 2007 (4) SA 222 (CC); 2007 (6) BCLR 575 (CC) (26 March 2007), §§ 76–102; *Road Accident Fund and Another v Mdeyide* (CCT 10/10) [2010] ZACC 18; 2011 (1) BCLR 1 (CC); 2011 (2) SA 26 (CC) (30 Sept 2010), §§ 65–94; *South African Transport and Allied Workers Union and Another v Garvas and Others* (CCT 112/11) [2012] ZACC 13 (13 June 2012), §§ 61–84.

¹³⁰ *Christian Education* (Fn. 129).

¹³¹ *Ebd.*, § 27.

Bedeutung zukomme.¹³² Allerdings sei die Einschränkung nicht sonderlich schwerwiegend, da sie den Eltern nicht grundsätzlich die Möglichkeit nehme, ihre Kinder in Übereinstimmung mit dem christlichen Glauben zu erziehen.¹³³ Auf der anderen Seite habe der Staat ein großes Interesse daran, Schüler gegen Erniedrigung und unwürdige Behandlung zu schützen.¹³⁴ Das Gericht zitierte die UN Kinderrechtskonvention sowie zahlreiche Urteile anderer Verfassungsgerichte, die bestrebt waren, Kinder gegen die nachteiligen Konsequenzen der religiösen Praktiken ihrer Eltern zu schützen.¹³⁵ Daher kam es zu dem Schluss, dass das Verbot verhältnismäßig sei.¹³⁶

Das Verfassungsgericht greift weiterhin regelmäßig auf eine Güterabwägung zurück, wenn es die Verfassungsmäßigkeit von Regeln des Common Law, die die Beziehungen zwischen Privaten betreffen,¹³⁷ oder von gewohnheitsrechtlichen Regeln¹³⁸ überprüft. Vor allem die verfassungsrechtliche Prüfung von Common Law-Regeln ähnelt der Kontrolle von zivilgerichtlichen Entscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht. Da Common Law im Wesentlichen Richterrecht ist, kommt das südafrikanische Verfassungsgericht nicht in Konflikt mit der politischen Sphäre. Vielmehr geht es lediglich um eine Kontrolle der ordentlichen Gerichtsbarkeit. Eine Abwägung konkurrierender rechtlicher Interessen stößt somit nicht auf dieselben Legitimitätsprobleme wie bei der Kontrolle des Gesetzgebers.¹³⁹

Dabei ist das Bemühen des südafrikanischen Verfassungsgerichts erkennbar, bei der Abwägung vor allem einen fairen Interessenausgleich zwischen den beteiligten Parteien vorzunehmen. Dies wird insbesondere in dem Urteil des Gerichts im Fall *Khumalo* deutlich.¹⁴⁰ In dem Fall musste sich das Gericht mit dem Konflikt zwischen der Pressefreiheit und dem Persönlichkeitsrecht auseinandersetzen, der entsteht, wenn eine Zeitung von potentiell verleumderischen Tatsachen berichtet, ohne diese beweisen zu können. Das Gericht lehnte es ab, in einem solchen Fall einer der beiden Seiten die volle Beweislast aufzuerlegen, da

¹³² Ebd., §§ 36–37.

¹³³ Ebd., § 38.

¹³⁴ Ebd., § 43.

¹³⁵ Ebd., § 40–41.

¹³⁶ Ebd., § 52.

¹³⁷ *S. Khumalo and Others v. Holomisa* (CCT 53/01) [2002] ZACC 12; 2002 (5) SA 401; 2002 (8) BCLR 771 (14 June 2002), §§ 41–44; *Twee Jonge Gezellen (Pty) Ltd and Another v Land and Agricultural Development Bank of South Africa t/a The Land Bank and Another* (CCT 68/10) [2011] ZACC 2; 2011 (5) BCLR 505 (CC); 2011 (3) SA 1 (CC) (22 Feb 2011), §§ 56–65.

¹³⁸ *Bhe* (Fn. 70), §§ 96–97.

¹³⁹ S. dazu oben, § 4 I 2.

¹⁴⁰ *Khumalo* (Fn. 137).

„[s]uch a zero-sum result, in whomsoever’s favour, fits uneasily with the need to establish an appropriate constitutional balance between freedom of expression and human dignity.“¹⁴¹

Daher verlangte das Gericht vom Verleger lediglich, dass dieser zeige, dass die Veröffentlichung der Tatsachen unter Berücksichtigung aller Umstände angemessen war, um eine Haftung wegen Verleumdung zu vermeiden.¹⁴²

„The defence of reasonable publication avoids therefore a winner-takes-all result and establishes a proper balance between freedom of expression and the value of human dignity.“¹⁴³

Urteile, in denen das südafrikanische Gericht die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes auf eine Güterabwägung stützt sind dagegen eine seltene Ausnahme. Ein Beispiel ist der Fall *Ex parte Minister of Safety and Security*.¹⁴⁴ Dieser betraf eine strafprozessrechtliche Bestimmung, die erlaubte, einen Verdächtigen zu töten, wenn es unmöglich war, ihn zu verhaften oder anderweitig an der Flucht zu hindern. Das Gericht urteilte, dass die Bestimmung in das Lebensrecht eingreife.¹⁴⁵ In der Rechtfertigungsprüfung hob das Gericht hervor, dass es Umstände geben könne, in denen die Tötung eines fliehenden Verdächtigen gerechtfertigt sei. Das gelte insbesondere dann, wenn dieser eine Gefahr für die am Tatort anwesenden oder für die generelle Öffentlichkeit darstelle.¹⁴⁶ Die angefochtene Vorschrift ermächtigte allerdings selbst bei kleineren Vergehen, wie etwa Taschendiebstählen, zur Anwendung tödlicher Gewalt.¹⁴⁷ Das hielt das Gericht für eine „manifest disproportion between the rights infringed and the interests sought to be advanced“¹⁴⁸ und erklärte die Regelung daher für verfassungswidrig.

Der Fall zeigt, dass Gerichte eine Abwägung nicht immer vermeiden können. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Regelungen an eine gesellschaftliche Gruppe adressiert sind, die im politischen Prozess nur unzureichend repräsentiert ist. Wir haben bereits bei der Diskussion der deutschen Rechtsprechung gesehen, dass das Bundesverfassungsgericht bei strafprozessualen Regelungen besonders häufig eine Abwägung vornimmt.¹⁴⁹ Potentielle Straftäter haben in der Politik keine Lobby. Insofern werden strafprozessuale Vorschriften im Zweifel eher zu strikt als zu milde ausfallen. Die Abwägung gibt den Gerichten

¹⁴¹ Ebd., § 42.

¹⁴² Ebd., § 43.

¹⁴³ Ebd.

¹⁴⁴ *Ex parte Minister of Safety and Security and Others: In Re S v. Walters and Another* (CCT 28/01) [2002] ZACC 6; 2002 (4) SA 613; 2002 (7) BCLR 663 (21 May 2002).

¹⁴⁵ Ebd., § 30.

¹⁴⁶ Ebd., § 39.

¹⁴⁷ Ebd., § 41.

¹⁴⁸ Ebd., § 46.

¹⁴⁹ S. oben, § 5 III 5.

in diesen Fällen ein Instrument, die schlimmsten Auswüchse dieser Tendenz zu korrigieren.

V. Fazit

Die Rechtsprechung des südafrikanischen Verfassungsgerichts kann nicht unabhängig von den spezifischen politischen Umständen in Südafrika beurteilt werden. Die Politik der Post-Apartheid-Ära wird stark durch die dominante Stellung des ANC geprägt. Dieser hat seit 1994 bei allen Wahlen jeweils einen Stimmanteil von deutlich mehr als 60 % errungen. Dies unterstreicht zum einen die Wichtigkeit eines institutionellen Gegengewichts zur politischen Mehrheitsentscheidung.¹⁵⁰ Wenn die dominante politische Partei auf absehbare Zeit nicht Gefahr läuft, ihre politische Mehrheit zu verlieren, hat sie kaum Anreize, auf die Rechte und Interessen gesellschaftlicher und politischer Minderheiten Rücksicht zu nehmen.¹⁵¹ Auf der anderen Seite gefährdet die starke Position des ANC aber auch die institutionelle Stellung des südafrikanischen Verfassungsgerichts. Da sich die politische Unterstützung des ANC vor allem aus ethnischer Zugehörigkeit speist, würde eine Schwächung der verfassungsgerichtlichen Stellung die Regierung kaum politische Unterstützung kosten.¹⁵² Das Verfassungsgericht ist somit zu einem gewissen Grade auf das Wohlwollen des ANC angewiesen.

Insofern ist es nicht überraschend, dass das Verhältnismäßigkeitsprinzip in der südafrikanischen Verfassungsrechtsprechung eine zentrale Rolle spielt.¹⁵³ Es räumt dem südafrikanischen Verfassungsgericht deutlich mehr Flexibilität ein als eine Dogmatik, die sich vor allem auf kategoriale Argumente stützt. Auf der anderen Seite versucht das Gericht, den Gesetzgeber mit Hilfe der Verhältnismäßigkeit auch gegenüber politisch unterrepräsentierten Gruppen zur Verantwortung zu ziehen, ohne den politischen Wertungsspielraum zu stark einzuschränken.¹⁵⁴ Durch die Konstruktion von Rechtfertigungs- und Beweislasten oder durch Konsistenzergwägungen versucht es, Situationen zu identifizieren, in denen es dem Gesetzgeber nicht in erster Linie um die Förderung des Gemeinwohls ging. Mit der Erforderlichkeitsprüfung und *overbreadth*-Erwä-

¹⁵⁰ *Issacharoff*, Geo. L.J. 99 (2011), 961 (997–98).

¹⁵¹ *Lenta*, S. Afr. J. Hum. Rts. 20 (2004), 1 (30); *Choudhry*, Const. Ct. Rev. 2 (2009), 1 (33).

¹⁵² *Roux*, I.CON 7 (2009), 106 (111).

¹⁵³ *S. Roux*, I.CON 7 (2009), 106 (133–35).

¹⁵⁴ Der Schutz marginalisierter gesellschaftlicher Gruppen wird dabei in den Urteilen teilweise explizit erwähnt. S. nur das Sondervotum von Justice Sachs in *Prince* (Fn. 56), der die Notwendigkeit des Schutzes der Rastafari gerade mit ihrer marginalisierten Stellung in der Gesellschaft begründet (§ 157). S. zudem das Urteil in *Manamela* (Fn. 8), in dem das Gericht darauf hinweist, dass die angegriffene Regelung in der Praxis insbesondere Arme und Analphabeten treffe (§ 44).

gungen versucht das Gericht schließlich, überschießende Tendenzen von Gesetzen zu korrigieren, ohne das politische Ziel an sich in Frage zu stellen.

Natürlich nehmen diese dogmatischen Figuren den südafrikanischen Verfassungsrichtern nicht jegliche Wertungsspielräume.¹⁵⁵ Dennoch nutzt das südafrikanische Verfassungsgericht die Verhältnismäßigkeit nicht als Instrument zur politischen Selbstermächtigung gegenüber dem Gesetzgeber. Vielmehr kommt ihm die transparente und flexible Struktur des Verhältnismäßigkeitsprinzips in doppelter Hinsicht entgegen. Zum einen kann das Gericht dem Gesetzgeber Zugeständnisse machen, wo dies zur Sicherung der eigenen institutionellen Stellung notwendig erscheint.¹⁵⁶ Zum anderen erlaubt es dem Gericht, sich Entscheidungen über grundlegende Wertkonflikte auf Grundlage einer spezifischen moralischen Lesart der verfassungsrechtlichen Prinzipien zu enthalten.¹⁵⁷ Wenn das Gericht den Gesetzgeber korrigiert, geht es ihm vielmehr in erster Linie um eine Rationalitätskontrolle, die sicherstellen soll, dass alle relevanten Interessen angemessen berücksichtigt wurden.

¹⁵⁵ S. *Bishop*, SA Publ. L. 25 (2010), 312 (322–25).

¹⁵⁶ S. *Roux*, I.CON 7 (2009), 106 (134).

¹⁵⁷ Dieser minimalistische Ansatz wird in der Literatur oft kritisiert. S. nur *Cockrell*, S. Afr. J. Hum. Rts. 12 (1996), 1, der die Rechtsprechung des Gerichts als Regenbogenjurisprudenz bezeichnet, die auch dort Konsens sehe, wo keiner sei (12), *Roederer*, S. Afr. J. Hum. Rts. 15 (1999), 486, dem dem minimalistischen Ansatz die theoretische Tiefe fehlt, und *Lenta*, S. Afr. J. Hum. Rts. 20 (2004), 544, der eine zu große Zurückhaltung beim Schutz individueller Rechte beklagt (576). Eine Verteidigung des minimalistischen Ansatzes findet sich aber bei *Currie*, S. Afr. J. Hum. Rts. 15 (1999), 138 (147–50).

Kapitel 9

Verhältnismäßigkeit und die Verteilung von Rechtfertigungslasten beim kanadischen Supreme Court

Die Grundrechtsrechtsprechung des kanadischen Supreme Court nahm in den 1980er Jahren, kurz nach Verabschiedung der Canadian Charter of Rights and Freedoms im Jahr 1982,¹ ihren Anfang. Wie in Deutschland und Südafrika ist in der Charta eine zweistufige Struktur der Grundrechtsprüfung angelegt. Auf der ersten Stufe müssen die Gerichte die Reichweite des jeweiligen Grundrechts bestimmen. Auf der zweiten Stufe geht es dann um die Rechtfertigung staatlicher Eingriffe. Art. 1 der Charter enthält eine allgemeine Rechtfertigungsklausel, der zufolge die Grundrechte „reasonable limits prescribed by laws as can be demonstrably justified in a free and democratic society“ unterliegen.

Diese Rechtfertigungsklausel wurde vom kanadischen Supreme Court in der Grundsatzentscheidung *R. v. Oakes* näher konkretisiert.² In *Oakes* hatte das Gericht über die Verfassungsmäßigkeit einer strafrechtlichen Vorschrift zu entscheiden. Diese sah eine Beweislastumkehr bei Drogenbesitz vor. Danach hatte ein Angeklagter, der im Besitz von Drogen war, zu beweisen, dass er mit diesen Drogen nicht handelte. Der Supreme Court sah darin einen Eingriff in die in Art. 11 der Canadian Charter garantierte Unschuldsvermutung.³

Bei der Interpretation der Rechtfertigungsklausel von Art. 1 führte Chief Justice Dickson für das einstimmige Gericht aus, dass die Rechtfertigungsprüfung „a form of proportionality test“ erfordere.⁴ Diese Verhältnismäßigkeitsprüfung bestehe aus drei Stufen: der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Angemessenheit.⁵ Im konkreten Fall hielt das Gericht die Beweislastumkehr bereits nicht für geeignet.⁶ Der Besitz von geringen Rauschgiftmengen lasse noch nicht die Schlussfolgerung zu, dass der Angeklagte mit dem Rauschgift gehandelt habe. Aus diesem Grund sei die Beweislastumkehr verfassungswidrig.

¹ Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982, being schedule B to the Canada Act 1982, ch. 11.

² *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

³ Ebd., 134.

⁴ Ebd., 139.

⁵ Ebd.

⁶ Ebd., 142.

Durch *Oakes* wurde der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als festes Element der Rechtfertigungsprüfung etabliert.⁷ Der Schwerpunkt liegt in der kanadischen Rechtsprechung eindeutig auf der Erforderlichkeitsprüfung.⁸ Im Zentrum steht dabei die Frage, ob das gesetzgeberische Ziel mit alternativen Maßnahmen ebenso effektiv hätte erreicht werden können. Das kanadische Gericht beschäftigt sich in diesem Zusammenhang deutlich intensiver als sein deutsches oder südafrikanisches Pendant mit den empirischen Annahmen, die den jeweiligen Gesetzesvorhaben zugrunde liegen. Es arbeitet dabei sowohl mit Beweislastargumenten als auch mit der Konstruktion gesetzgeberischer Einschätzungsspielräume, ohne dass die Grenze zwischen den beiden Argumentationsfiguren immer deutlich gezogen wird.

Doch der kanadische Supreme Court stützt seine Urteile nicht allein auf Erforderlichkeitsargumente. In einigen Urteilen führt er auch eine Güterabwägung durch. In anderen Entscheidungen stützt er sich auf Konsistenzargumente oder legt dem Gesetzgeber zusätzliche Verfahrens Anforderungen auf. Die einzelnen Argumente sollen im Folgenden näher analysiert werden. Wie schon bei der deutschen und der südafrikanischen Rechtsprechung soll der Schwerpunkt auch hier auf Urteilen liegen, in denen das Gericht ein Gesetz für verfassungswidrig erklärt hat – denn in diesen Fällen ist der Konflikt zwischen Rechtsprechung und Gesetzgebung besonders prononciert.

I. Geeignetheits- und Erforderlichkeitsargumente

Der kanadische Supreme Court legt den Schwerpunkt seiner Verhältnismäßigkeitsprüfung auf die Geeignetheits- und die Erforderlichkeitsprüfung. Insbesondere wenn er ein Gesetz für verfassungswidrig erklärt, stützt er dies in der Regel auf eine der beiden empirischen Stufen der Verhältnismäßigkeit.⁹ In

⁷ *Siebrasse*, Ottawa L. Rev. 23 (1991), 99 (101); *Hogg*, Nat. J. Const. L. 1 (1991), 1 (17); *Hogg*, Constitutional Law, 5. Aufl. 2007, S. 127.

⁸ *Beatty*, MLR 60 (1997), 481 (484); *Trakman/Cole-Hamilton/Gatien*, Osgoode Hall L.J. 36 (1998), 83 (103); *Hogg*, Constitutional Law, 5. Aufl. 2007, S. 128.

⁹ *S. Oakes* (Fn. 2), 142; *R. v. Smith* (Edward Dewey), [1987] 1 S.C.R. 1045, 1080–81; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, 660; *Ford v. Quebec* (Attorney General), [1988] 2 S.C.R. 712, 779–80; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, 114–21; *Edmonton Journal v. Alberta* (Attorney General), [1989] 2 S.C.R. 1326, 1346–47; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, 155–57; *R. v. Hess*, *R. v. Nguyen*, [1990] 2 S.C.R. 906, 921–26; *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633, 647; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, 986 und 1018–19; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, 193–95; *Tetreault-Gadoury v. Canada* (Employment and Immigration Commission), [1991] 2 S.C.R. 22, 43–47; *R. v. Genereux*, [1992] 1 S.C.R. 259, 313; *R. v. Laba*, [1994], 3 S.C.R. 965, 1008–10; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada* (Attorney General), [1995] 3 S.C.R. 199, 342–49; *Benner v. Canada* (Secretary of State), [1997] 1 S.C.R. 358, 404–05; *Libman v. Quebec* (Attorney General), [1997] 3 S.C.R. 569, 617–20; *Thomson Newspapers Co. v. Canada* (Attorney General), [1998] 1 S.C.R. 877, 963–64; *Cor-*

diesem Zusammenhang stellen sich dem Supreme Court zwei Probleme. Zum einen liegt der Schwerpunkt der Geeignetheit und der Erforderlichkeit regelmäßig auf einer Überprüfung der gesetzgeberischen Prognoseentscheidung.¹⁰ Im ersten Abschnitt werden wir die Überprüfung von Prognoseentscheidungen durch den Supreme Court näher analysieren und dabei sehen, dass das Gericht es in diesem Zusammenhang bisher nicht geschafft hat, klare Kriterien zu entwickeln. Im zweiten Abschnitt werden wir dann sehen, dass die Erforderlichkeitsprüfung in einigen Fällen eine implizite Abwägung beinhaltet.

1. Die Überprüfung gesetzgeberischer Prognoseentscheidungen

Wir haben gesehen, dass es keine theoretisch ‚reine‘ Lösung für den Umgang mit Unsicherheit gibt.¹¹ Vielmehr haben alle Ansätze mehr oder weniger erhebliche Probleme. Dies spiegelt sich auch in der Rechtsprechung des kanadischen Supreme Court wider. Teilweise erlegt das Gericht dem Gesetzgeber eine Beweislast auf, während es ihm in anderen Fällen einen Einschätzungsspielraum gewährt. Dabei wird nicht immer deutlich, nach welchen Kriterien er auf das eine oder andere Instrument zurückgreift. Auch bei der Bestimmung der Grenzen des Einschätzungsspielraums ist die Linie des Gerichts nicht immer einheitlich.

In *Oakes* hatte der kanadische Supreme Court dem Gesetzgeber noch eine Beweislast auferlegt:

„The onus of proving that a limit on a right or freedom guaranteed by the Charter is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society rests upon the party seeking to uphold the limitation.“¹²

biere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs), [1999] 2 S.C.R. 203, 277; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, 76; *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083, 1131–33; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 1016, 1068–77; *R. v. Guignard*, [2002] 1 S.C.R. 472, 488; *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [2002] 3 S.C.R. 519, 543–53; *Figueroa v. Canada (Attorney General)*, [2003] 1 S.C.R. 912, 953, 956–57 und 961–63; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin, Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, [2003] 2 S.C.R. 504, 575–78; *Trociuk v. British Columbia (Attorney General)*, [2003] 1 S.C.R. 835, 851–52; *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 791, 827–36; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 S.C.R. 350, 392–400; *R. v. D.B.*, [2008] 2 S.C.R. 3, 40; *Quebec (Education, Recreation and Sports) v. Nguyen*, [2009] 3 S.C.R. 208, 237–38; *Canada (Attorney General) v. Whaling*, 2014 S.C.C. 20, §§ 79–80.

¹⁰ *Hogg*, *Nat. J. Const. L.* 1 (1991), 1 (18). Vgl. auch *Choudhry*, *Sup. Ct. L. Rev.* 34 (2006), 501 (524), dem zufolge empirische Fragen oft im Zentrum der Urteile des kanadischen Supreme Court stehen.

¹¹ S. oben, §§ 2 II und 3.

¹² *Oakes* (Fn. 2), 136–37.

Allerdings hielt das Gericht diesen Ansatz nicht lange durch.¹³ Bereits zehn Monate später gestand es dem Gesetzgeber in der Entscheidung *Edwards Books*, bei der es um die Vereinbarkeit des sonntäglichen Ladenöffnungsverbotes ging, einen erheblichen Einschätzungsspielraum zu.¹⁴ In der Folgezeit rang der kanadische Supreme Court immer wieder mit der Ausgestaltung der Grenzen des gesetzgeberischen Einschätzungsspielraums, ohne dass es ihm gelungen wäre, eine einheitliche Linie zu finden.¹⁵ Das zeigt sich insbesondere in einigen umkämpften Grundsatzentscheidungen, in denen die Gerichtsmehrheit und die abweichenden Richter gerade über den Umgang mit einer unsicheren Beweislage über generische Tatsachen stritten.

In *RJR-MacDonald* erklärte der kanadische Supreme Court in einer 5:4-Entscheidung ein Tabakwerbeverbot für verfassungswidrig.¹⁶ Unter den Richtern herrschte Einigkeit, dass das Tabakwerbeverbot grundsätzlich ein legitimes Ziel verfolgt.¹⁷ Allerdings bestand Dissens zwischen der Gerichtsmehrheit und den abweichenden Richtern, ob nicht ein Teilverbot ausgereicht hätte, um das Ziel zu erreichen. Die Gerichtsmehrheit argumentierte, dass ein Verbot von „Lifestyle“-Werbung, die darauf ausgerichtet sei, den Zigarettenkonsum in der Bevölkerung zu erhöhen, ausgereicht hätte und somit ein milderes Mittel gewesen wäre.¹⁸ Ein Verbot von lediglich informierender Werbung, bei der es nicht um die Ausweitung des Tabakkonsums, sondern allein um die Verteilung der Marktanteile zwischen den verschiedenen Tabakproduzenten gehe, sei dagegen nicht erforderlich gewesen. Die abweichenden Richter hielten das Tabakwerbeverbot dagegen für erforderlich, da ein Teilverbot weniger effektiv gewesen sei.¹⁹

Die entscheidende Streitfrage war also eine empirische: Wäre ein Teilwerbeverbot für Tabakprodukte ebenso effektiv gewesen wie das vom Gesetzgeber erlassene Totalverbot? Die Mehrheit argumentierte, dass der Gesetzgeber in dieser Hinsicht beweispflichtig gewesen wäre.²⁰ Dieser Beweispflicht sei er nicht nachgekommen. Der Gesetzgeber habe weder für die Notwendigkeit eines Totalverbots noch für die mangelnde Effektivität eines Teilverbots Beweis

¹³ *Chapman*, Osgoode Hall L.J. 24 (1986), 867 (891); *Lokan*, Ottawa L. Rev. 24 (1992), 163 (179–81); *Choudhry*, Sup. Ct. L. Rev. 34 (2006), 501 (506–08); *Hogg*, Constitutional Law, 5. Aufl. 2007, S. 149. S. zudem *Weinrib*, Rev. Const. Stud. 6 (2002), 119 (157–58); *Bredt/Dodek*, Sup. Ct. L. Rev. 14 (2001), 175 (186–88), die eine Abschwächung der Beweislast durch das Gericht mit zunehmender Zeit beobachten.

¹⁴ R. v. *Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713.

¹⁵ *Choudhry*, Sup. Ct. L. Rev. 34 (2006), 501 (503).

¹⁶ *RJR-MacDonald* (Fn. 9).

¹⁷ Ebd., 336 (per McLachlin J.).

¹⁸ Ebd., 343–48.

¹⁹ Ebd., 304–10 (per La Forest J.).

²⁰ Ebd., 345 (per McLachlin J.).

angeboten.²¹ Demgegenüber wollten die vier abweichenden Richter dem Gesetzgeber einen Einschätzungsspielraum zugestehen.²² Bei der Frage, welchen Effekt Werbung auf Tabakkonsum habe, gebe es noch erhebliche Verständnislücken.²³ Dem Gesetzgeber in einer solchen Situation der Unsicherheit eine Beweislast aufzuerlegen,

„would place an impossible onus on Parliament by requiring it to produce definitive social scientific evidence respecting the root causes of a pressing area of social concern every time it wishes to address its effects.“²⁴

Darüberhinaus stützten sich die abweichenden Richter auf ein prozedurales Argument und verwiesen darauf, dass das Tabakwerbeverbot Ergebnis eines 20 Jahre andauernden Beratungsprozesses gewesen sei, in dem verschiedene Interessengruppen angehört und Expertenstudien eingeholt worden seien.²⁵ Angesichts dieser ausführlichen parlamentarischen Diskussion des Themas,

„it is not the role of this Court to substitute its opinion for that of Parliament concerning the ideal legislative solution to this complex and wide-ranging social problem.“²⁶

Im Kern stritten sich die Richter also darum, wie mit empirischer Unsicherheit umzugehen ist.²⁷ Während die abweichenden Richter diese Entscheidung dem Gesetzgeber zugestehen wollten, scheint die Gerichtsmehrheit davon ausgegangen zu sein, dass es dem Gesetzgeber durchaus möglich gewesen wäre, die Frage der Effektivität des Teilverbots mit hinreichender Sicherheit zu klären. So verwiesen die Richter darauf, dass der Gesetzgeber zu dieser Frage eine Studie durchgeführt habe, diese den Gerichten im Verfahren aber nicht zur Verfügung gestellt habe.²⁸

Ähnliche Argumentationsmuster finden sich auch in der *Chaoulli*-Entscheidung des Gerichts.²⁹ In der Entscheidung ging es um die Zulässigkeit eines öffentlichen Krankenversicherungsmonopols in der Provinz Quebec. Danach durften private Krankenversicherungen Leistungen, die bereits von der öffentlichen Krankenversicherung abgedeckt waren, nicht anbieten. Quebec befürchtete, dass ein Nebeneinander von öffentlicher und privater Krankenversicherung zu einer Privilegierung privat versicherter Patienten führe. Das bewirke, dass ärztliche Leistungen nach finanzieller Leistungsfähigkeit und nicht nach

²¹ Ebd.

²² Ebd., 275, 306–07 und 314–15 (per La Forest J.).

²³ Ebd., 275.

²⁴ Ebd.

²⁵ Ebd., 306–07.

²⁶ Ebd., 314–15.

²⁷ *Choudhry*, Sup. Ct. L. Rev. 34 (2006), 531.

²⁸ *RJR-MacDonald* (Fn. 9), 345 (per McLachlin J.).

²⁹ *Chaoulli* (Fn. 9).

Bedarf verteilt würden.³⁰ In einer 6:3-Entscheidung erklärte das Gericht das Krankenversicherungsmonopol für verfassungswidrig.

Die Hauptstreitfrage war auch hier wieder eine empirische.³¹ Im Kern ging es darum, ob ein Nebeneinander von öffentlicher und privater Krankenversicherung die Effektivität des öffentlichen Krankenversicherungsschutzes einschränke. Die Gerichtsmehrheit erlegte dem Staat die Beweislast auf und befand, dass dieser keine ausreichenden Beweise für die Notwendigkeit eines öffentlichen Krankenversicherungsmonopols erbracht habe.³² Zudem machten die Richter ein vergleichendes Argument. Sie verweisen auf die Erfahrung anderer kanadischer Provinzen und anderer Länder, in denen es ein Nebeneinander von öffentlichen und privaten Krankenversicherungssystemen gebe. Diese Erfahrung zeige, dass beide koexistieren könnten, so dass ein Versicherungsmonopol zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels nicht notwendig sei.³³

Die drei abweichenden Richter hielten dem entgegen, dass die Zulassung privater Krankenversicherungen zu einer Verschlechterung der Leistungen unter dem öffentlichen System führe, so dass das Monopol erforderlich sei.³⁴ Dabei stützten sie sich auf zwei Argumente. Zum einen versuchten sie empirisch plausibel zu machen, dass die Existenz privater Krankenversicherungen die Effektivität des öffentlichen Systems verringere. Dabei stützten sie sich auf Expertengutachten, denen zufolge das einspurige System das am wenigsten kostenintensive sei.³⁵ Zudem könne die Erfahrung anderer Staaten nicht ohne Filterung durch Experten als Beweis herangezogen werden, um die spezifischen kanadischen Verhältnisse zu berücksichtigen.³⁶

Zum anderen gestanden sie dem Gesetzgeber einen Einschätzungsspielraum zu. Dabei machten sie ein prozedurales Argument.³⁷ Sie verwiesen darauf, dass der Gesetzgeber viel Geld in Gutachten zur Analyse des Krankenversicherungssystems investiert habe. Diese Gutachten hätten einhellig eine Beibehaltung des eingeleiteten Versicherungssystems empfohlen, so dass der Gesetzgeber eine ausreichende empirische Grundlage für seine Entscheidung gehabt habe. Zudem strichen sie die fachliche Autorität der Experten heraus, die die entsprechende Empfehlung abgegeben und diese vor Gericht verteidigt hatten. Das Gericht habe keinen Grund gehabt, die Expertise der Fachleute in Zweifel zu ziehen.³⁸

³⁰ S. ebd., 890 (per Binnie and LeBel JJ.).

³¹ *Manfredi/Maioni*, in: Kelly/Manfredi (Hg.), *Contested Constitutionalism*, 2009, 129 (136).

³² Chaoulli (Fn. 9), 828–31 (per Deschamps J.).

³³ Ebd., 831–36.

³⁴ Ebd., 899 (per Binnie and LeBel JJ.).

³⁵ Ebd., 903.

³⁶ Ebd., 893.

³⁷ Ebd., 904.

³⁸ Ebd., 885–86.

In den beiden diskutierten Entscheidungen haben sich jeweils die abweichenden Richter auf die Figur des Einschätzungsspielraums bezogen, während die Mehrheit dem Gesetzgeber eine Beweislast auferlegte. Allerdings hat auch die Gerichtsmehrheit dem Gesetzgeber in vielen Fällen einen Einschätzungsspielraum gewährt.³⁹ So hielt das Gericht in einer Entscheidung aus dem Jahr 2003 eine Vorschrift aufrecht, die den Besitz von Marihuana mit strafrechtlichen Sanktionen belegte.⁴⁰ Bei der Bewertung des Schadenspotentials des Rauschgifts gestand das Gericht dem Parlament dabei einen Einschätzungsspielraum zu:

„Once it is demonstrated, as it has been here, that the harm is not *de minimis*, or in the words of Braidwood J.A., the harm is „not [in]significant or trivial“, the precise weighing and calculation of the nature and extent of the harm is Parliament’s job.“⁴¹

Die Kriterien für die Bestimmung der Grenzen des Einschätzungsspielraums sind allerdings nicht einheitlich. In *Irwin Toy* stellte das Gericht auf die Unergiebigkeit der Beweislage ab.⁴² Bei der Kriminalisierung des Besitzes von Marihuana in *Malmo-Levine* sollte dem Gesetzgeber dann ein Einschätzungsspielraum zustehen, wenn er gezeigt habe, dass das Schadenspotential „nicht insignificant“ sei. In *Harper* argumentierte das Gericht, dass es die Abwägung des Gesetzgebers nicht hinterfragen solle, wenn dessen Abwägung „genuine and reasonable“ gewesen sei.⁴³ Eine ähnliche Intuition wie der Mehrheitsentscheidung in *Harper* liegt schließlich den Minderheitsvoten in *RJR-MacDonald* und *Chaoulli* zugrunde, wenn diese auf das gesetzgeberische Verfahren abstellen und in erster Linie kontrollieren, ob der Gesetzgeber alle relevanten Interessen berücksichtigt und seine Entscheidung auf wissenschaftlich fundierte Expertise gestützt habe.⁴⁴

Zudem hat das Gericht in seiner Rechtsprechung nur dann auf die Argumentationsfigur des Einschätzungsspielraums zurückgegriffen, wenn es eine gesetzgeberische Entscheidung bestätigt hat.⁴⁵ In Urteilen, in denen es ein Gesetz für verfassungswidrig befand, beschäftigte sich das Gericht mit der Figur des Einschätzungsspielraums nur, um zu begründen, warum dem Gesetzgeber in diesem Fall gerade kein Einschätzungsspielraum zukam, ohne die Grenzen der gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative näher zu definieren. So argumen-

³⁹ S. etwa *Irwin Toy Ltd v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, 990; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 98; *R. v. Malmo-Levine*, *R. v. Cain*, [2003] 3 S.C.R. 571, 641; *Harper v. Canada*, [2004] S.C.R. 827, 888–89.

⁴⁰ *Malmo-Levine* (Fn. 39).

⁴¹ Ebd., 641.

⁴² S. oben, § 3 I 3. Ebenso auch in *Sharpe* (Fn. 39), 98.

⁴³ *Harper* (Fn. 39), 888–89.

⁴⁴ S. oben, Fn. 25 und 82 sowie begleitenden Text.

⁴⁵ *Beatty*, MLR 60 (1997), 481 (493).

tierte die Gerichtsmehrheit in *RJR-MacDonald*, dass ein Einschätzungsspielraum nicht dazu führen dürfe, den Gesetzgeber seiner Beweislast zu entledigen:

„But the courts also have a role: to determine, objectively and impartially, whether Parliament’s choice falls within the limiting framework of the Constitution. The courts are no more permitted to abdicate their responsibility than is Parliament. To carry judicial deference to the point of accepting Parliament’s view simply on the basis that the problem is serious and the solution difficult, would be to diminish the role of the courts in the constitutional process and to weaken the structure of rights upon which our constitution and our nation is founded.“⁴⁶

Auch in *Chaoulli* urteilte die Gerichtsmehrheit, dass dem Gesetzgeber kein Einschätzungsspielraum zukomme.⁴⁷ Das Gericht glaubte, eine ausreichende faktische Grundlage für sein Urteil zu haben, so dass ihm alle zur Bewertung des Falles notwendigen Informationen zur Verfügung stünden.⁴⁸

Dieser Befund erweckt den Eindruck, dass die Verwendung der verschiedenen Argumentationsmuster ergebnisgetrieben ist.⁴⁹ Das Gericht hat zwar selbst versucht, eine Grenzlinie zwischen der Gewährung eines Einschätzungsspielraums und der Auferlegung einer Beweislast zu ziehen. So unterschied es in der Entscheidung *Irwin Toy* zwischen Gesetzen, bei denen der Gesetzgeber die Interessen verschiedener gesellschaftlicher Gruppen in Ausgleich bringen wolle, und solchen, bei denen er – wie etwa im Strafrecht – dem Individuum als „einzelner Antagonist“ gegenüber trete.⁵⁰ Allerdings ist diese Unterscheidung konzeptionell nur schwer durchführbar und vom Gericht in seiner Rechtsprechung auch nicht immer durchgehalten worden.⁵¹ Daher ist das Gericht in der verfassungsrechtlichen Literatur oft dafür kritisiert worden, dass es keine klaren Abgrenzungskriterien entwickelt habe.⁵²

⁴⁶ *RJR-MacDonald* (Fn. 9), 332–33.

⁴⁷ *Chaoulli* (Fn. 9), 836–41 (per Deschamps J.).

⁴⁸ Ebd., 840.

⁴⁹ S. auch die vergleichende Studie von *Robertson*, *Judge as Political Theorist*, 2010, S. 372, der argumentiert, dass die Einräumung von Einschätzungsspielräumen immer ergebnisgetrieben sei.

⁵⁰ *Irwin Toy* (Fn. 39), 993–94.

⁵¹ *Lokan*, *Ottawa L. Rev.* 24 (1992), 163 (183); *Jackman*, *Osgoode Hall L.J.* 34 (1996), 661 (674); *Roach*, *Supreme Court on Trial*, 2001, S. 172; *Mendes*, *Sup. Ct. L. Rev.* 27 (2005), 47 (90); *Choudhry*, *Sup. Ct. L. Rev.* 34 (2006), 501 (515–16).

⁵² *Hogg*, *Nat. J. Const. L.* 1 (1991), 1 (22); *Mendes*, *Sup. Ct. L. Rev.* 27 (2005), 47 (87–96); *Bateman*, *Rev. Const. Stud.* 11 (2006), 317 (323–24); *Beatty*, *MLR* 60 (1997), 481 (493). Der Versuch einer Systematisierung findet sich bei *Lajoie/Quillinan*, *Law & Contemp. Probs.* 55 (1992), 285. Einen historischen Trend erkennt *Roach*, *Supreme Court on Trial*, 2001, S. 172. Die normative Bewertung dieser Rechtsprechung fällt unterschiedlich aus. Einige Autoren beklagen, dass das Gericht dem Gesetzgeber einen zu großen Einschätzungsspielraum gewähre, s. etwa *Beatty*, *MLR* 60 (1997), 481; *Weinrib*, *Rev. Const. Stud.* 6 (2002), 119. Andere Autoren stehen einem dem Gesetzgeber gegenüber großzügigem Ansatz positiv gegenüber, s. *Charney/Green*, *Sup. Ct. L. Rev.* 34 (2006), 479.

Die beschriebene Inkohärenz ist wahrscheinlich darauf zurückzuführen, dass es für die Kontrolle gesetzgeberischer Prognoseentscheidungen keine theoretisch eindeutigen Lösungen gibt.⁵³ Entscheidend ist letztlich die nicht immer explizit gemachte Intuition der Richter, ob die Prognoseentscheidung des Gesetzgebers – wie es das Gericht in *Harper* formuliert hat – genuin und vernünftig war.⁵⁴ So stützt sich das Gericht, wenn es dem Gesetzgeber eine Beweislast auferlegt, selten allein auf das Beweislastargument. In *RJR-MacDonald* war ein entscheidender Faktor, dass der Gesetzgeber eine Studie zur Effektivität eines Teilverbots für Tabakwerbung durchgeführt hatte, diese dem Gericht aber nicht zur Verfügung stellte. Das verleitete das Gericht zu der Vermutung, dass der Gesetzgeber etwas zu ‚verbergen‘ hatte, seine Prognoseentscheidung also nicht genuin war.

In *Chaoulli* führte das Gericht selbst empirische Evidenz an. Es stützte sich dabei vor allem auf die Erfahrung anderer kanadischer Provinzen und anderer Ländern mit zweigleisigen Krankenversicherungssystemen.⁵⁵ Es argumentierte, dass es Quebec nicht gelungen sei, überzeugend darzulegen, warum diese Erfahrungen nicht auf die dortigen Verhältnisse übertragbar seien. Dass die Rechtsprechung zur Kontrolle gesetzgeberischer Prognoseentscheidungen teilweise inkohärent erscheint, liegt also wahrscheinlich in der Natur der Sache. Das Gericht kann bestenfalls kontrollieren, ob der Gesetzgeber ein angemessenes Verständnis der empirischen Grundlagen hatte.⁵⁶ Aber selbst bei dieser Prüfung sind die Richter für ihre Entscheidungen letztlich auf ihre Intuition angewiesen, auch wenn sie diese nicht immer bis ins letzte ausbuchstabieren können.

2. Implizite Abwägung

Auch wenn Gerichte die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes explizit auf die fehlende Erforderlichkeit stützen, nehmen sie oft implizit eine Abwägung vor.⁵⁷ Wir haben bereits gesehen, dass auch das Bundesverfassungsgericht in der Erforderlichkeitsprüfung teilweise implizit abwägt.⁵⁸ Beim kanadischen Supreme Court finden wir in vielen Entscheidungen ebenfalls eine implizite Abwägung

⁵³ S. dazu oben, § 3 III. Ähnlich auch *Lokan*, Ottawa L. Rev. 24 (1992), 163 (192); *Hogg*, Constitutional Law, 5. Aufl. 2007, S. 152.

⁵⁴ S. Fn. 43 und begleitenden Text.

⁵⁵ Vgl. *Choudhry*, in: Flood u.a. (Hg.), Access to Care, 2005, 75 (80), der die vergleichende Evidenz als „tie-breaker“ bezeichnet.

⁵⁶ So *Choudhry*, in: Flood u.a. (Hg.), Access to Care, 2005, 75 (86); *Choudhry*, Sup. Ct. L. Rev. 34 (2006), 501 (534).

⁵⁷ *Weiler*, in: ders. (Hg.), Common Law of International Trade, 2000, 201 (222); *Stone Sweet/Mathews*, Col. J. Transnat'l L. 47 (2008), 73 (164).

⁵⁸ S. oben, § 6 II 2.

in der Erforderlichkeitsprüfung.⁵⁹ Ein Beispiel ist etwa die Entscheidung des Gerichts in *Wholesale Travel*.⁶⁰ In dieser ging es um eine wettbewerbsrechtliche Bestimmung, die für Unternehmen eine strafrechtliche Gefährdungshaftung für irreführende Werbung vorsah. Nach dieser Bestimmung konnte das betroffene Unternehmen eine strafrechtliche Sanktion nur dann vermeiden, wenn es bewies, dass es bei der Gestaltung der Werbung keine Sorgfaltspflicht verletzt hatte und unverzüglich nach Veröffentlichung der Werbung eine Korrektur veröffentlichte.

Der Antragsteller des Verfahrens hatte damit geworben, Pauschalreisen zu „Großhandelspreisen“ (*wholesale prices*) anzubieten. Die kanadische Wettbewerbsbehörde sah darin eine irreführende Werbung, da sich „Großhandelspreise“ lediglich auf den Einkaufspreis beziehen könne, zu dem Wholesale Travel seine Reisepakete erworben habe. Im gerichtlichen Verfahren argumentierte das Reiseunternehmen, dass die Bestimmung gegen die Meinungsfreiheit der kanadischen Grundrechtecharta verstoße. Die Wettbewerbsbehörde entgegnete, dass die Gefährdungshaftung und das Bestehen auf der Korrekturpflicht notwendig sei, um zu verhindern, dass Unternehmen Werbung im Graubereich bewusst in Kauf nähmen.

Der Supreme Court urteilte, dass die Bestimmung zur Erreichung ihres Zwecks zu weit sei, da sie die Haftung auch auf solche Unternehmen erstreckte, die ihre Werbung deswegen nicht korrigiert hätten, weil sie nicht realisiert hätten, dass ihre Werbung irreführend sei.⁶¹ Als milderer Mittel schlug das Gericht vor, für die Korrekturpflicht auf den Zeitpunkt der Kenntnis des irreführenden Charakters der Werbung abzustellen.⁶² Das Gericht gestand zu, dass die Abschreckungswirkung dieser Alternative möglicherweise geringer sei, als die der vom Gesetz vorgesehenen Gefährdungshaftung.⁶³ Allerdings sei es nicht zulässig, eine Gefängnisstrafe auf eine bloße Gefährdungshaftung zu stützen.⁶⁴ Wollte der Gesetzgeber die Gefährdungshaftung beibehalten, müsse er die Gefängnisstrafe als mögliche Sanktion ausschließen. Auch wenn das Gericht bei den von ihm vorgeschlagenen Alternativmaßnahmen jeweils von „milderen Mitteln“ sprach, nahm es mit dem Verweis auf die Intensität des Grundrechtseingriffs eine implizite Abwägung vor.

Ein weiteres Beispiel ist die Entscheidung des Gerichts in *Thomson Newspapers*.⁶⁵ In dieser musste sich der Supreme Court mit der Frage beschäftigen, ob

⁵⁹ *Jackson*, U. Pa. J. Const. L. 1 (1999), 583 (608). S. auch die Kritik bei *Grimm*, U. Toronto L.J. 57 (2007), 383 (395); *Saurer*, Der Staat 51 (2012), 3 (31).

⁶⁰ *Wholesale Travel* (Fn. 9).

⁶¹ Ebd., 194.

⁶² Ebd.

⁶³ Ebd., 195.

⁶⁴ Ebd.

⁶⁵ *Thomson Newspapers* (Fn. 9).

das Verbot, in den letzten drei Tagen vor einer Wahl Meinungsumfragen zu veröffentlichen, die Meinungsfreiheit verletze. Mit diesem Verbot sollte verhindert werden, dass methodisch fragwürdige Meinungsumfragen in den letzten Tagen vor der Wahl die Wahlentscheidung beeinflussen könnten. Da diese Umfragen sehr kurz vor der Wahl veröffentlicht würden, gebe es keine Möglichkeit mehr, auf die fehlerhafte Meinungsumfrage angemessen zu reagieren. Die Gerichtsmehrheit entschied, dass ein Verbot, das alle Meinungsumfragen betreffe, also auch diejenigen, die methodisch korrekt seien, nicht erforderlich sei. Vielmehr sei ausreichender Schutz gegen eine Manipulation der Wähler gewährleistet, wenn verlangt würde, die Methode der Datenerhebung zusammen mit der Meinungsumfrage zu veröffentlichen, so dass Fehler sofort erkannt werden könnten.⁶⁶ Auch diese Feststellung enthielt eine implizite Abwägung. Die drei abweichenden Richter wiesen in ihrem Votum darauf hin, dass die Veröffentlichung methodischer Angaben zu der Studie nicht genauso effektiv sei wie das Veröffentlichungsverbot, da Wählern die erforderliche Kenntnis zur Bewertung der Ergebnisse fehlen könne.⁶⁷ Das Mehrheitsvotum traf damit implizit gleichzeitig eine Aussage über die Wichtigkeit des Ziels, das mit dem Veröffentlichungsverbot zu erreichen versucht wurde.

In beiden diskutierten Fällen hat der kanadische Supreme Court ein Gesetz für nicht erforderlich gehalten, obwohl Zweifel bestanden, ob die identifizierte Alternative tatsächlich ebenso effektiv war wie die gesetzgeberische Maßnahme. Die Erforderlichkeitsprüfung ist in diesen Fällen vergleichbar mit der Kontrolle der Passgenauigkeit, die das Bundesverfassungsgericht oft in der Abwägung vornimmt.⁶⁸ Dass der kanadische Supreme Court es vorzieht, diese im Rahmen der Erforderlichkeit durchzuführen, hängt wohl mit der Sorge um die institutionelle Akzeptanz des Gerichts zusammen.⁶⁹ Wir haben vermutet, dass Gerichte zurückhaltend sein werden, die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes auf eine Güterabwägung zu stützen, da diese oft als besonders politisch angesehen wird.⁷⁰ Auch in der verfassungsrechtlichen Literatur Kanadas ist Kritik an der Rationalität der Abwägung geäußert worden.⁷¹ Insofern scheint das

⁶⁶ Ebd., 963–64 (per Bastarache J.).

⁶⁷ Ebd., 917 (per Gonthier J.).

⁶⁸ S. dazu oben, § 5 III 2.

⁶⁹ *Grimm*, U. Toronto L.J. 57 (2007), 383 (394); *Panaccio*, Can. J. L. & Jurisprudence 24 (2011), 109 (114).

⁷⁰ S. oben, § 4 I 2.

⁷¹ *S. Webber*, Can. J. L. & Jurisprudence 23 (2010), 179 (194–98); *Huscroft*, Const. Comm. 29 (2013), 229. Für redundant hält *Hogg*, Nat. J. Const. L. 1 (1991), 1 (23–24) die Angemessenheitsprüfung. Es wird aber auch die Gegenansicht vertreten, die die in Oakes entwickelte Verhältnismäßigkeitsprüfung als zu formalistisch qualifiziert und stattdessen für eine explizite Anerkennung des politischen Charakters der Grundrechtsrechtsprechung eintritt. S. bspw. *Chapman*, Osgoode Hall L.J. 24 (1986), 867; *Mendes*, R.J.T. 24 (1990), 1; *Siebrasse*, Ottawa L. Rev. 23 (1991), 99.

Gericht die Akzeptanz seiner Entscheidung erhöhen zu wollen, wenn es seine Kontrolle der Passgenauigkeit als Erforderlichkeitsargument und nicht als Güterabwägung einkleidet.

Letztlich ist es wohl eine Frage der juristischen Kultur, ob man solche Fragen in der Abwägung oder in der Erforderlichkeit behandelt.⁷² In der Substanz unterscheidet sich die Rechtsprechung aber nicht deutlich von dem, was das Bundesverfassungsgericht bei der Prüfung der Passgenauigkeit in der Abwägung macht. Wir haben gesehen, dass das deutsche Verfassungsgericht den Gesetzgeber im Rahmen der Abwägung oft auf alternative, grundrechtsschonendere Mittel verweist, selbst wenn nicht eindeutig ist, ob diese tatsächlich ebenso effektiv sind.⁷³ Das Bundesverfassungsgericht flaggt diese Fragen in der Regel als Abwägungsfragen aus, der kanadische Supreme Court sieht in ihnen dagegen Erforderlichkeitserwägungen. Beiden Gerichten geht es allerdings letztlich um eine Rationalitätskontrolle des Gesetzgebers.

II. Explizite Abwägung

Der kanadische Supreme Court war in den ersten gut zwei Jahrzehnten mit der expliziten Güterabwägung im Rahmen der Verhältnismäßigkeit sehr zurückhaltend. Im Gegensatz zum deutschen Bundesverfassungsgericht und zum südafrikanischen Verfassungsgericht galt dies nicht nur für Fälle, in denen das Gericht Gesetze für verfassungswidrig erklärt hat. Selbst in Fällen, in denen das Gericht die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen bestätigte, spielte die Abwägung in der Regel nur eine marginale Rolle.⁷⁴ Das Gericht nahm hier nicht mehr als einen Plausibilitätstest vor,⁷⁵ während der Schwerpunkt der Prüfung bei der Erforderlichkeit lag.⁷⁶

⁷² Ähnlich Möller, I.CON 10 (2012), 709 (714–15).

⁷³ S. oben, § 5 III 2.

⁷⁴ Es gibt allerdings Ausnahmen, s. etwa RWDSU v. Saskatchewan, [1987] 1 S.C.R. 460; B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General), [1988] 2 S.C.R. 214; Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp., [2007] 2 S.C.R. 610.

⁷⁵ S. *Jacobucci*, in: Beatty (Hg.), *Judicial Review*, 1994, 93 (121), demzufolge die Abwägung oft nur ein „Resumé“ der vorangegangenen Verhältnismäßigkeitsstufen beinhalte.

⁷⁶ S. etwa *Edwards Books* (Fn. 14); *Canadian Newspapers Co. v. Canada* (Attorney General), [1988] 2 S.C.R. 122; *Irwin Toy* (Fn. 39); *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Rodriguez v. British Columbia* (Attorney General), [1993] 3 S.C.R. 519; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada* (Minister of Justice), [2000] 2 S.C.R. 1120; *Harper* (Fn. 39); *Newfoundland (Treasury Board) v. Newfoundland and Labrador Assn. of Public and Private Employees (N.A.P.E.)*, 2004 S.C.C. 66; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 S.C.C. 11.

Allerdings ist die Annahme, dass der kanadische Supreme Court in Fällen, in denen er ein Gesetz für verfassungswidrig erklärt hat, auf eine Abwägung völlig verzichtet hat,⁷⁷ unzutreffend. Es gibt vereinzelte Fälle, in denen das Gericht die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes auf eine Abwägung gestützt hat.⁷⁸ In *Logan* erklärte das Gericht eine strafrechtliche Bestimmung für verfassungswidrig, die einen Mittäter selbst dann für alle Akte seines Partners verantwortlich machte, wenn dessen Handlungen eindeutig die gemeinsame Absprache überschritten.⁷⁹ In dem konkreten Fall wurde der Antragsteller wegen versuchten Mordes im Rahmen eines Raubüberfalls verurteilt, obwohl die Schüsse von seinem Partner abgegeben worden waren und er mit seinem Partner verabredet hatte, die mitgeführten Waffen nicht zu benutzen. Das Gericht urteilte, dass die Bestimmung unverhältnismäßig sei, da sie den Mittäter für fahrlässiges Handeln nach einer Vorsatztat bestrafe.⁸⁰

Eine zweite Entscheidung betraf die strafrechtliche Sanktionierung des Besitzes von Kinderpornographie.⁸¹ Das Gericht erkannte an, dass das angegriffene Verbot grundsätzlich ein legitimes Ziel verfolge und zudem ausreichend auf das verfolgte Ziel zugeschnitten sei.⁸² Allerdings hielten die Richter die Anwendung der Vorschrift in zwei Fallgruppen für problematisch, in denen es um vom Angeklagten selbst angefertigte und ausschließlich für dessen persönlichen Gebrauch bestimmte pornographische Zeichnungen ging. In diesen Fällen hielt das Gericht die Bestrafung des Besitzes von pornographischem Material für unverhältnismäßig.⁸³

Bei diesen beiden Fällen handelt es sich jedoch um Ausnahmen.⁸⁴ Gemeinsam ist beiden Fällen, dass sie strafrechtliche Vorschriften betrafen. Wir haben bereits bei der deutschen⁸⁵ und der südafrikanischen Rechtsprechung⁸⁶ gesehen, dass Verfassungsgerichte bei der Kontrolle strafrechtlicher Vorschriften am ehesten geneigt sein werden, eine Vorschrift für unverhältnismäßig zu erklären, da potentielle Straftäter in der Regel im politischen System nur unzureichend repräsentiert sind.

In der verfassungsrechtlichen Literatur in Kanada ist in den letzten Jahren eine Trendwende im Umgang mit der Abwägung festgestellt worden. Einige Autoren glauben, dass die explizite Abwägung mittlerweile auch die kanadische

⁷⁷ S. etwa *Trakman/Cole-Hamilton/Gatien*, Osgoode Hall L.J. 36 (1998), 83 (103); *Hogg*, Constitutional Law, 5. Aufl. 2007, S. 153.

⁷⁸ *Gardbaum*, U.C.L.A. L. Rev. 54 (2007), 789 (833).

⁷⁹ *R. v. Logan*, [1990] 2 S.C.R. 731.

⁸⁰ Ebd., 747.

⁸¹ *Sharpe* (Fn. 39), 106–09.

⁸² Ebd., 101–03.

⁸³ Ebd., 103–09.

⁸⁴ S. auch *Mendes*, Sup. Ct. L. Rev. 27 (2005), 47 (96–100).

⁸⁵ S. oben, § 5 III 5.

⁸⁶ S. oben, § 8 IV.

Rechtsprechung erreicht habe.⁸⁷ Ausgangspunkt ist die Entscheidung in *Hutterian Brethren* aus dem Jahr 2009.⁸⁸ In dieser ging es um die Frage, ob ein Passfotoerfordernis für die Ausstellung eines Führerscheins die Religionsfreiheit der Mitglieder einer Gemeinschaft verletzte, denen es qua religiösem Gebot verboten war, Fotos von sich selbst zu machen. Der kanadische Supreme Court hielt die gesetzliche Regelung für verfassungsgemäß. Dabei nahm das Gericht eine ausführliche Abwägung der konkurrierenden Rechtsgüter vor.⁸⁹ Als Zweck der Maßnahme identifizierte es die Verhinderung eines Identitätsdiebstahls, da Führerscheine ohne Foto von jedermann genutzt werden könnten.⁹⁰ Im Ergebnis schätzte es diesen Zweck höher ein als die konkurrierende Religionsfreiheit. Autofahren sei keine absolut notwendige Tätigkeit, da die Gemeinschaft professionelle Fahrer beschäftigen könne.⁹¹ Insofern berühre die Fotopflicht nicht den Kern der Religionsfreiheit.⁹²

Zwei Dinge sind bemerkenswert an der Entscheidung. Zum einen diskutierte die Gerichtsmehrheit ausdrücklich den Nutzen der letzten Stufe des Verhältnismäßigkeitstests.⁹³ Dabei bezog sie sich auf einen Beitrag des ehemaligen Präsidenten des Israelischen Supreme Court, Aharon Barak,⁹⁴ den dieser im Oktober 2006 auf einer Konferenz an der University of Toronto präsentiert hatte.⁹⁵ Die Erfahrung ausländischer Verfassungsgerichte scheint die Entwicklung in diesem Urteil also stark beeinflusst zu haben. Zum anderen hat der kanadische Supreme Court auch in einigen nachfolgenden Entscheidungen die Abwägung ins Zentrum der Verhältnismäßigkeitsprüfung gerückt.⁹⁶ Dabei haben sich die Richter ausdrücklich auf die Entscheidung in *Hutterian Brethren* bezogen.⁹⁷ Allerdings hat das Gericht in diesen Entscheidungen das angegriffene Gesetz jeweils bestätigt.

In zwei jüngeren Entscheidungen hat der Supreme Court schließlich Gesetze aufgrund einer Abwägung für verfassungswidrig erklärt.⁹⁸ In *Bedford* ging es um Gesetze, die die Ausübung der Prostitution regelten. Danach war es unter

⁸⁷ *Weinrib*, University of Toronto Faculty of Law Review 68 (2010), 77; *Monahan/Sethi*, Sup. Ct. L. Rev. 54 (2011), 3 (14–15).

⁸⁸ *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 S.C.R. 567.

⁸⁹ Ebd., 604–15.

⁹⁰ Ebd., 592.

⁹¹ Ebd., 613–14.

⁹² Ebd., 615.

⁹³ Ebd., 604–07.

⁹⁴ *Hutterian Brethren* (Fn. 88), 605–06.

⁹⁵ *Barak*, U. Toronto L.J. 57 (2007), 369.

⁹⁶ *Toronto Star Newspaper v. Canada*, [2010] 1 S.C.R. 721, 752–57; *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Attorney General)*, [2011] 1 S.C.R. 19, 58–61.

⁹⁷ *Toronto Star* (Fn. 96), 752; *Canadian Broadcasting* (Fn. 96), 58.

⁹⁸ *Alberta (Information and Privacy Commissioner v. United Food and Commercial Workers, Local 401)*, [2013] 3 S.C.R. 733, 746–53; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, [2013] 3 S.C.R. 1101, 1155–56, 1160–63.

anderem verboten, der Prostitution in Bordellen nachzugehen. Das führte dazu, dass Prostituierte ihre Dienste entweder auf der Straße anbieten oder die Kunden in deren Haus besuchen mussten.⁹⁹ Der Supreme Court argumentierte, dass das Verbot von Bordellen das Sicherheitsrisiko von Prostituierten erhöhe, da die Gefahr von gewalttätigen Übergriffen gegenüber Prostituierten sowohl auf der Straße als auch bei Hausbesuchen deutlich höher sei als in Bordellen, in denen entsprechende Schutzmaßnahmen getroffen werden könnten.¹⁰⁰ Das Ziel der Regelung sei vor allem, Belästigungen der Nachbarn durch Bordelle zu vermeiden.¹⁰¹ Zur Verwirklichung dieses Ziels seien die durch die Maßnahme bedingten negativen Auswirkungen auf Prostituierte seien jedoch grob unverhältnismäßig und die gesetzliche Bestimmung damit verfassungswidrig.¹⁰²

In *United Food and Commercial Workers* erklärte der Supreme Court ein Gesetz zum Schutz persönlicher Daten für verfassungswidrig, da es die Meinungsfreiheit unverhältnismäßig einschränke.¹⁰³ Während eines Arbeitskampfes hatte eine Gewerkschaft alle Menschen gefilmt, die die Streiklinie („picket line“) vor dem betroffenen Betrieb überquerten, und diese Videos online gestellt. Die Gefilmten meinten, dass das Vorgehen der Gewerkschaft nicht mit dem Gesetz zum Schutz persönlicher Daten vereinbar sei, das vorsah, dass private Organisationen persönliche Informationen nicht ohne Zustimmung der Betroffenen sammeln und veröffentlichen dürften. Der Supreme Court entschied, dass das Gesetz gegen die Meinungsäußerungsfreiheit der Gewerkschaft verstieße. Dabei nahm er eine Abwägung zwischen der Meinungsäußerungsfreiheit und dem Schutz der Persönlichkeit vor und entschied, dass die Restriktionen des Gesetzes zum Schutz persönlicher Daten im vorliegenden Fall unverhältnismäßig sei: Streiklinien seien ein wichtiges Instrument des Arbeitskampfes, und den Betroffenen hätte bewusst sein müssen, dass sie bei der Überquerung der Streiklinien aufgenommen würden.¹⁰⁴

Ob diese Entscheidungen tatsächlich eine Trendwende in der kanadischen Rechtsprechung andeuten, lässt sich bisher noch nicht beurteilen. In *Bedford* ging es ebenso wie in *Logan*¹⁰⁵ und *Sharpe*¹⁰⁶ um strafrechtliche Vorschriften. Diese betrafen Prostituierte und damit eine gesellschaftliche Gruppe, deren Interessen im politischen Prozess deutlich unterrepräsentiert sind. Daher wäre die Entscheidung wahrscheinlich auch vor *Hutterian Brethren* ganz ähnlich ausgefallen. Anders ist die Situationen dagegen bei *United Food and Commer-*

⁹⁹ Canada v. Bedford (Fn. 98), 1134.

¹⁰⁰ Ebd., 1134–36.

¹⁰¹ Ebd., 1154–55.

¹⁰² Ebd., 1155–56.

¹⁰³ United Food and Commercial Workers (Fn. 98), [2013] 3 S.C.R. 733.

¹⁰⁴ Ebd., 746–53.

¹⁰⁵ S. oben, Fn. 79–80.

¹⁰⁶ S. oben, Fn. 81–83.

cial Workers. Hier handelt es sich um eine Abwägung in einem horizontalen Grundrechtskonflikt, bei der eine gesetzgeberische Wertung zur Auflösung dieses Konflikts korrigiert wird. Ob das jedoch der Beginn eines neuen Trends oder lediglich ein einmaliger Ausreißer ist, kann allein die Zeit zeigen.

III. Konsistenzargumente

Auch der kanadische Supreme Court greift in seinen Entscheidungen im Rahmen der Verhältnismäßigkeit vereinzelt auf Konsistenzargumente zurück.¹⁰⁷ In *M v H* befasste sich das Gericht mit einer Unterhaltsregelung für geschiedene Paare.¹⁰⁸ Die Parteien des Verfahrens hatten mehrere Jahre in einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft miteinander gelebt. Nach der Trennung verlangte eine der Parteien von ihrer ehemaligen Partnerin Unterhalt. Die entsprechende Unterhaltsregelung des kanadischen Familiengesetzes gewährte Unterhalt allerdings nur für Partner verschiedengeschlechtlicher Ehen. Darin sah der Supreme Court eine Ungleichbehandlung aufgrund der sexuellen Orientierung und damit einen Eingriff in das Gleichheitsgebot von Art. 15 der Canadian Charter.¹⁰⁹

Zur Rechtfertigung der Unterhaltsregelung führte die kanadische Regierung unter anderem an, dass sie in erster Linie dem Schutz von Frauen diene, die wirtschaftlich von ihrem Ehemann abhängig seien. Der Supreme Court wies dieses Argument jedoch als inkonsistent zurück: Die Vorschrift sei in geschlechtsneutraler Sprache formuliert, so dass von ihr auch Männer nach der Trennung von ihren ökonomisch besser situierten Ehefrauen profitieren würden. Insofern sei nicht plausibel, dass es Ziel der Regelung sei, die speziellen Bedürfnisse von Frauen in verschiedengeschlechtlichen Beziehungen zu schützen.¹¹⁰

Auf ein Konsistenzargument griff der kanadische Supreme Court auch in der Entscheidung *Charkaoui* zurück.¹¹¹ Die Entscheidung betraf den *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), der im Jahr 2002 im Zuge der Terrorismusbekämpfung nach den Anschlägen auf das World Trade Center in New York erlassen worden war. Dieses Gesetz ermächtigte den Minister für Staatsbürgerschaft und Einwanderung sowie den Minister für Öffentliche Sicherheit die Inhaftierung ausländischer Staatsbürger anzuordnen, wenn gegen diese Sicherheitsbedenken bestanden. Vor allem zwei Aspekte der Regelung begründeten grundrechtliche Bedenken. Zum einen unterlagen Haftentscheidungen gegen

¹⁰⁷ S. etwa Morgentaler (Fn. 9), 125; *M v H* (Fn. 9), 66; Guignard (Fn. 9), 487–88; *Charkaoui* (Fn. 9), 392–97; *Canada (Attorney General) v Hislop*, [2007] 1 S.C.R. 429, 457–58.

¹⁰⁸ *M v H* (Fn. 9).

¹⁰⁹ Ebd., 58.

¹¹⁰ Ebd., 66.

¹¹¹ *Charkaoui* (Fn. 9).

ausländische Staatsangehörige ohne ständigen Wohnsitz in Kanada erst nach einer Haft von 120 Tagen der gerichtlichen Kontrolle. Zum anderen konnte das zuständige Ministerium belastendes Material in den Haftprüfungsprozess einführen, es gleichzeitig aber dem Inhaftierten und dessen Verteidiger vorenthalten, wenn es das Material als vertraulich einstufte.

Das Gericht hielt die Haftprüfungsfrist für exzessiv. Es verwies darauf, dass die Haftprüfungsfrist für ausländische Staatsbürger mit ständigem Wohnsitz in Kanada auf 48 Stunden beschränkt sei. Es sei daher nicht einzusehen, warum bei Ausländern ohne ständigen Wohnsitz eine Prüfungsfrist von fast vier Monaten erforderlich sei.¹¹² Die Vorenthaltung bestimmter Beweisstücke im Haftprüfungsprozess rechtfertigte die kanadische Regierung damit, dass das Material sicherheitsrelevant sei und zudem geheimdienstliche Quellen geschützt werden müssten. Der kanadische Supreme Court erkannte an, dass es sich dabei um einen wichtigen Grund handelte.¹¹³

Allerdings merkte das Gericht auch an, dass der Konflikt zwischen der Geheimhaltung sensibler Informationen und dem Schutz der Interessen des Inhaftierten nicht zum ersten Mal adressiert worden sei.¹¹⁴ So sei für Informationen, die durch den kanadischen Geheimdienst gesammelt wurden, eine unabhängige Kommission eingerichtet worden, die sicherheitsrelevantes Material sichte und dem Betroffenen dann die Essenz des Beweismaterials unter Ausschluss der sicherheitsrelevanten Informationen mitteile. Zudem sehe der *Canada Evidence Act* vor, dass der Generalstaatsanwalt die Nichtoffenlegung von sicherheitsrelevanten Dokumenten im Verfahren beantragen könne. Im Gegensatz zum IRPA könne der Richter in diesem Fall die Sicherheitsrelevanz der Dokumente prüfen.¹¹⁵

Der Supreme Court entschied, dass es keine Anhaltspunkte gebe, dass unter diesen alternativen Verfahren das Risiko, dass vertrauliche Informationen bekannt würden, größer sei als bei dem unter dem IRPA vorgesehenen Verfahren.¹¹⁶ Aus diesem Grund hätte der Gesetzgeber mildere Mittel zur Verfügung gehabt. Das Gericht nutzte das Konsistenzargument also als Hilfsargument in der Erforderlichkeitsprüfung. Die Tatsache, dass der Gesetzgeber in anderen Situationen einen stärkeren Schutz des Betroffenen vorgesehen hatte, wurde als Indiz herangezogen, dass ein solcher stärkerer Schutz möglich sei, ohne die Effektivität des gesetzgeberischen Ziels zu gefährden.

¹¹² Ebd., 403.

¹¹³ Ebd., 391.

¹¹⁴ Ebd., 392–97.

¹¹⁵ Ebd., 395–96.

¹¹⁶ Ebd., 397.

IV. Prozedurale Argumente

Der kanadische Supreme Court hat mehrere seiner Urteile auf prozedurale Erwägungen gestützt. Teilweise hat er Gesetze wegen ihrer mangelnden Bestimmtheit für verfassungswidrig erklärt.¹¹⁷ Ein Beispiel ist das Urteil im Fall *Morales*.¹¹⁸ In diesem hatte das Gericht über die Verfassungsmäßigkeit einer Vorschrift zu entscheiden, die die Entlassung von Strafverdächtigen aus der Untersuchungshaft gegen Kautio n regelte. Nach dieser Vorschrift war eine Entlassung gegen Kautio n in bestimmten Fällen nicht möglich. Unter anderem konnte ein Verdächtiger nicht aus der U-Haft entlassen werden, wenn die Entlassung gegen das „öffentliche Interesse“ verstieß. Das Gericht argumentierte, dass der Begriff des öffentlichen Interesses zu vage und undeutlich sei und damit die kanadische Grundrechtecharta verletze.¹¹⁹ Die Vagheit des Begriffs könne nicht gerechtfertigt werden. Es sei durchaus möglich, die Bedingungen, unter denen ein Verdächtiger in Haft zu behalten sei, präziser zu fassen, so dass die Vorschrift aufgrund ihrer mangelnden Bestimmtheit übermäßig weit (*overbroad*) und damit unverhältnismäßig sei.¹²⁰

In anderen Entscheidungen beanstandete das Gericht Gesetze, weil diese bestimmte Verfahrensanforderungen nicht erfüllten.¹²¹ Solche Verfahrensanforderungen hat das Gericht sowohl im Zusammenhang mit Prozessgarantien als auch im Kontext der Freiheitsrechte entwickelt. So musste sich das Gericht im *Provincial Court Judges* Fall mit der Garantie der richterlichen Unabhängigkeit auseinandersetzen.¹²² In der Entscheidung ging es um Sparmaßnahmen in mehreren kanadischen Provinzen, die unter anderem eine Reduzierung der Richtergehälter beinhalteten. Das Gericht urteilte, dass eine Reduzierung der Richtergehälter nicht grundsätzlich unzulässig sei.¹²³ Allerdings müsse die Gehaltsreduktion durch eine unabhängige Kommission überprüft werden, um jeden Eindruck der politischen Einflussnahme zu vermeiden.¹²⁴ Da dieses Verfahrenserfordernis in allen drei Provinzen nicht erfüllt worden war, qualifizierte das Gericht die Gehaltsreduktion als rechtswidrig.¹²⁵

In *Tse* stellte der kanadische Supreme Court im Rahmen der Meinungsfreiheit Verfahrensanforderungen an den Gesetzgeber.¹²⁶ In dem Verfahren ging es

¹¹⁷ S. Swain (Fn. 9), 1016–17; R. v. Morales, [1992] 3 S.C.R. 711, 733–34.

¹¹⁸ Morales (Fn. 117).

¹¹⁹ Ebd., 726.

¹²⁰ Ebd., 733–34.

¹²¹ R. v. Heywood, [1994] 3 S.C.R. 761, 796–800; Re Provincial Court Judges, [1997] 3 S.C.R. 3, 102–15; Charkaoui (Fn. 9), 392–400 und 403; R v. Tse, [2012] 1 S.C.R. 531, 563–67.

¹²² Provincial Court Judges (Fn. 121).

¹²³ Ebd., 88.

¹²⁴ Ebd., 102–11.

¹²⁵ Ebd., 154.

¹²⁶ Tse (Fn. 121).

um eine strafprozessrechtliche Bestimmung. Diese erlaubte es der Polizei, private Kommunikation ohne vorherige richterliche Anordnung abzuhören. Voraussetzung war, dass der zuständige Polizeibeamte glaubte, dass die Überwachung notwendig sei, um schweren Schaden (*serious harm*) abzuwenden und eine richterliche Anordnung nicht rechtzeitig erlangt werden konnte. Der Supreme Court billigte grundsätzlich den Zweck der Maßnahme, verlangte jedoch zusätzliche prozedurale Sicherungen, um die Rechenschaftspflicht der Polizei zu steigern. So sei der Betroffene nach Ende der Abhörmaßnahme von dieser zu informieren.¹²⁷ Zudem müsse das Parlament regelmäßig von der Abhörtätigkeit unterrichtet werden.¹²⁸ Schließlich müsse die Bestimmung eine Aufzeichnungspflicht vorsehen, um eine nachträgliche Kontrolle zu ermöglichen,¹²⁹ und genau bestimmen, zu welchen Zwecken die erlangten Daten verwendet werden können.¹³⁰

In einigen Entscheidungen beschäftigte sich der Supreme Court nicht in erster Linie mit den im Gesetz enthaltenen Verfahrensanforderungen, sondern mit dem Gesetzgebungsverfahren. So ging es in der Entscheidung *Health Services Bargaining Association* um ein Gesetz in der Provinz British Columbia. Dieses ermöglichte den Arbeitgebern im Gesundheitssektor eine einseitige Kündigung des Tarifvertrags mit den Gewerkschaften.¹³¹ Das Gericht sah in dieser Maßnahme einen Eingriff in die verfassungsrechtlich garantierte Vereinigungsfreiheit. Es erkannte an, dass die Einräumung eines einseitigen Kündigungsrechts eine Reaktion auf eine existenzielle Krise im Gesundheitssektor war.¹³²

Allerdings habe der Gesetzgeber sich im Gesetzgebungsverfahren nicht ausreichend nach alternativen Auswegen aus der Krise umgesehen. Insbesondere habe der Gesetzgeber die Gewerkschaften im Gesetzgebungsprozess nicht konsultiert, um eine einvernehmliche Lösung der Krise zu erreichen.¹³³ Zudem gehe aus den Gesetzgebungsmaterialien nicht hervor, warum sich der Gesetzgeber letztlich für die Einräumung eines einseitigen Kündigungsrechts entschieden habe. Es gebe keine Hinweise, dass der Gesetzgeber sich Gedanken gemacht habe, ob er dasselbe Ziel auch mit Mitteln hätte erreichen können, die schonender für die Tarifautonomie der Gewerkschaften gewesen wären.¹³⁴ Letztlich stützte das Gericht die Verfassungswidrigkeit also nicht auf

¹²⁷ Ebd., 563–66.

¹²⁸ Ebd., 566–67.

¹²⁹ Ebd., 567.

¹³⁰ Ebd., 568.

¹³¹ *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, [2007] 2 S.C.R. 391.

¹³² Ebd., 463.

¹³³ Ebd., 466–68.

¹³⁴ Ebd., 467.

materielle Erwägungen, sondern auf den Gesetzgebungsprozess. Es identifizierte keine mildereren Mittel, sondern kritisierte das Fehlen eines ausführlichen Konsultations- und Beratungsprozesses bei der Entstehung des Gesetzes.

Wir haben in diesem Abschnitt gesehen, dass auch der kanadische Supreme Court in vielen Fällen Urteile auf prozedurale Argumente stützt. Dabei lassen sich durchaus Parallelen zur deutschen Rechtsprechung erkennen.¹³⁵ Wie das Bundesverfassungsgericht hält der Supreme Court teilweise Gesetze aufgrund ihrer mangelnden Bestimmtheit für unverhältnismäßig. In anderen Fällen stellt der Supreme Court Verfahrensorderungen an den Gesetzgeber. Die Informations-, Aufzeichnungs- und Unterrichtungspflichten, die das Gericht in *Tse* aufstellte, ähneln sehr den prozeduralen Anforderungen, die das Bundesverfassungsgericht in seinen Entscheidungen zur Telekommunikationsüberwachung entwickelt hat. Die Kontrolle des gesetzgeberischen Prozesses in *Health Services* entspricht am ehesten dem Ansatz des Bundesverfassungsgerichts in seinen Urteilen zu den Hartz IV-Leistungen und dem Asylbewerberleistungsgesetz.¹³⁶ Während in *Health Services* das Konsultations- und Beratungsdefizit der zentrale Grund für die Verfassungswidrigkeit des gesetzlichen Tarifvertragskündigungsrechts war, stützte sich das Bundesverfassungsgericht in seinen beiden Urteilen ebenfalls auf die mangelnde Rationalität des Gesetzgebungsprozesses.

V. Fazit

Betrachtet man die großen Linien, ist die Grundrechtsrechtsprechung des kanadischen Supreme Court der Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts sehr ähnlich. Beiden Gerichten geht es in erster Linie um eine Rationalitätskontrolle des Gesetzgebers. Der kanadische Supreme Court stellt selten die Wertungen des Gesetzgebers grundsätzlich in Frage, sondern stützt sich im Wesentlichen auf Erforderlichkeits-, Konsistenz- oder prozedurale Erwägungen.¹³⁷ Der vom Anschein her größte Unterschied zwischen beiden Gerichten löst sich bei näherer Betrachtung weitgehend auf. Während das Bundesverfassungsgericht in der Verhältnismäßigkeit den Schwerpunkt auf die Abwägung legt, stützt sich der kanadische Supreme Court überwiegend auf die Erforderlichkeit. Allerdings haben wir gesehen, dass das Bundesverfassungsgericht in der Abwägung die gesetzgeberischen Wertungen selten grundsätzlich in Frage

¹³⁵ S. zu dieser oben, § 7 II, IV.

¹³⁶ S. dazu oben, § 7 V 3.

¹³⁷ S. auch *Kelly*, *Governing with the Charter*, 2005, S. 149–55, dem zufolge der Großteil der vom kanadischen Supreme Court für verfassungswidrig erklärten Gesetze daran scheitern würden, dass sie nicht ausreichend auf das gesetzgeberische Ziel zugeschnitten seien.

stellt.¹³⁸ Gleichzeitig beinhaltet die Erforderlichkeitsprüfung des kanadischen Supreme Court oft eine implizite Abwägung, so dass sie der Prüfung der Passgenauigkeit zwischen Mittel und Ziel des deutschen Gerichts sehr ähnlich ist.¹³⁹

Einen signifikanten Unterschied gibt es jedoch. Der kanadische Supreme Court betreibt deutlich mehr Aufwand bei der Überprüfung empirischer Prognosen als das deutsche Verfassungsgericht. Dennoch ist es auch dem kanadischen Gericht bisher nicht gelungen, abstrakte Kriterien für die Eingrenzung des gesetzgeberischen Einschätzungsspielraums zu entwickeln. Wenn es in Urteilen ein Minderheitsvotum gibt, dreht sich der Dissens oft um die Frage, ob dem Gesetzgeber bei der empirischen Einschätzung ein Spielraum zuzugestehen ist oder ob ihm eine Beweislast auferlegt werden soll.¹⁴⁰

Daher liegt in der starken Fokussierung des Supreme Court auf empirische Fragestellungen auch eine Gefahr. So werden in einigen Entscheidungen Wertfragen als empirische Fragen behandelt. Wenn der Gesetzgeber Quebecs ein rein gesetzliches Krankenversicherungssystem vorsieht, dann können dahinter verschiedene legitime politische Gründe stehen. Die Gerichtsmehrheit in *Chaoulli* verengte die Untersuchung dagegen auf die empirische Frage, ob ein gesetzliches Krankenversicherungssystem auch neben einem privaten Krankenversicherungssystem leistungsfähig ist.¹⁴¹ Damit blendeten die Richter jedoch erhebliche normative Aspekte aus. Selbst wenn eine gesetzliche Krankenversicherung neben privaten Versicherungen leistungsfähig ist, kann eine Zweiteilung des Systems dazu führen, dass Gesundheitsleistungen bevorzugt für privat Versicherte erbracht werden und somit nicht mehr nach Bedarf, sondern nach Zahlungsfähigkeit verteilt werden. Das kann politisch gewollt sein, ist jedoch keine Frage, die als empirische Frage des mildereren, gleich geeigneten Mittels in der Erforderlichkeit behandelt werden kann.

Insofern hat auch die Erforderlichkeitsprüfung ein erhebliches Potential, den Gerichten politische Macht zuzugestehen, indem sie Gerichten erlaubt, politische Wertungsfragen als messbare empirische Fragen zu verhandeln.¹⁴² Allerdings haben wir in dieser Arbeit gesehen, dass man methodische Instrumente nicht allein an ihrer abstrakten Missbrauchsgefahr messen sollte, selbst wenn sich diese in Einzelfällen verwirklicht. Vielmehr kommt es in erster Linie auf die generellen Entscheidungsmuster an. Betrachtet man die Gesamtheit der kanadischen Supreme Court-Rechtsprechung, handelt es sich bei dem Urteil in

¹³⁸ S. oben, § 5 III.

¹³⁹ S. oben, § 9 I 2.

¹⁴⁰ S. oben, § 9 I 1.

¹⁴¹ Zu *Chaoulli* s. oben, Fn. 93–38 und begleitenden Text.

¹⁴² Vgl. aber auch *Beatty*, in: ders. (Hg.), *Judicial Review*, 1994, 1 (51); *Beatty*, *Ultimate Rule of Law*, 2004, S. 169–71, dem zufolge das Verhältnismäßigkeitsprinzips Wertungsfragen ausklammern kann, indem es den Richtern erlaubt, sich auf empirische Fragen zu konzentrieren.

Chaoulli eher um eine Ausnahme als die Regel. Sie ist insofern mit dem Kruzifix-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vergleichbar. Im Alltagsgeschäft geht es dem Supreme Court – wie dargelegt – vor allem um eine Rationalitätskontrolle des Gesetzgebers.

Kapitel 10

Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle

Verfassungsrechtsprechung ist immer auch politisch. Sie kommt nicht ohne normative Wertung aus; und diese normative Wertung lässt sich in vielen Fällen nicht aus dem Text der Verfassung herleiten. Das bedeutet jedoch nicht, dass Verfassungsrechtsprechung mit Politik gleichzusetzen ist. Vielmehr unterliegen Verfassungsrichter in zweierlei Hinsicht Bindungen, die sich deutlich von den Zwängen des politischen Prozesses unterscheiden. Die rechtswissenschaftliche Literatur konzentriert sich überwiegend auf die Bindung durch die juristische Dogmatik. Dies ist ein wichtiger Aspekt. Konzentriert man sich jedoch ausschließlich auf die Dogmatik, ist der Fokus zu einseitig und kann in manchen Fällen zu falschen Schlüssen verleiten. Verfassungsrichter unterliegen nämlich auch einer institutionellen Bindung. Sie können ihre Urteile nicht selbst durchsetzen. Ihr schärfstes Schwert ist vielmehr die eigene institutionelle Legitimität. Dies erfordert allerdings, dass sie als neutrale Schiedsrichter wahrgenommen werden, die nach rechtlichen und nicht nach politischen Kriterien entscheiden. Ein Verfassungsgericht, das als zu politisch wahrgenommen wird, untergräbt schnell seine eigene Autorität.

Wie diese institutionelle Bindung sich auswirkt, zeigt sich am Beispiel des Verhältnismäßigkeitsprinzips. Insbesondere der letzte Schritt der Verhältnismäßigkeit, die Abwägung, wird in der juristischen Literatur oft scharf kritisiert. Der Abwägung fehle es an rationalen Entscheidungsmaßstäben; sie sei daher dezisionistisch.¹ Einigen Kritikern gilt sie aus diesem Grund als trojanisches Pferd für politischen Aktivismus in der Verfassungsgerichtsbarkeit. Diese Kritik greift allerdings zu kurz, weil sie sich allein auf die Dogmatik konzentriert und die institutionellen Rahmenbedingungen der Verfassungsgerichtsbarkeit außer Acht lässt. Zwar hat die Kritik auf der analytischen Ebene viel für sich.² Abwägung setzt voraus, dass die gegeneinander abgewogenen Werte in eine gemeinsame normative Währung übersetzt werden können. Das ist jedoch meist nicht möglich. Insofern eröffnet die Abwägung den Richtern erhebliche Entscheidungsspielräume.

Daraus kann jedoch nicht ohne Weiteres geschlossen werden, dass die Abwägung von Verfassungsgerichten dazu genutzt wird, politischen Aktivismus

¹ S. dazu oben, § 2 I 1.

² S. oben, § 2 I 1 a.

zu kaschieren.³ Das Gegenteil ist der Fall. Da die Abwägung oft als politisch wahrgenommen wird, eignet sie sich gerade nicht dazu, politische Erwägungen hinter rechtlichen Argumenten zu verstecken. Dies bestätigt sich auch in der verfassungsgerichtlichen Praxis. Die drei analysierten Gerichte sind bei der Abwägung sehr zurückhaltend. Dies zeigt sich insbesondere in Kanada und Südafrika. Dort haben die Gerichte nur in vereinzelt Fällen die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes auf die Abwägung gestützt. Diese Fälle betrafen überwiegend strafrechtliche oder strafprozessuale Vorschriften, wo die Gefahr, dass der Gesetzgeber aus populistischen Gründen das rechte Maß vermissen lässt, besonders groß ist.

Demgegenüber stützt sich das deutsche Bundesverfassungsgericht zwar in einer Vielzahl von Fällen auf die Abwägung. Allerdings fallen auch hier zwei Dinge auf. Zum einen hat das Bundesverfassungsgericht fast dreißig Jahre gebraucht, um die Abwägung auch bei der Gesetzeskontrolle zu dem zentralen dogmatischen Instrument seiner Grundrechtsrechtsprechung zu entwickeln, das sie heute ist.⁴ Zum anderen ist die Reichweite der Abwägung in der Regel begrenzt. Die Fälle, in denen sich das Bundesverfassungsgericht auf die Abwägung stützt, lassen sich im Wesentlichen in vier Kategorien einteilen.⁵ Erstens korrigiert das Gericht die Zuordnung der finanziellen Lasten für staatliche Maßnahmen; zweitens kontrolliert es die Passgenauigkeit zwischen dem Grundrechtseingriff und dem damit verfolgten gesetzgeberischen Ziel; drittens nimmt es eine Konsistenzprüfung vor; und viertens korrigiert es Härtefälle.

Als Gegenthese ist in dieser Studie daher entwickelt worden, dass sich hinter der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Wesentlichen eine Rationalitätskontrolle des Gesetzgebers verbirgt. Dieser Befund soll im Folgenden spezifiziert werden. Dabei soll zunächst das Konzept der Rationalitätskontrolle näher erläutert werden. In einem zweiten Schritt soll dann gezeigt werden, dass die Grundrechtsrechtsprechung der drei analysierten Gerichte diesem Schema der Rationalitätskontrolle in erheblichem Maße entspricht. Allerdings gibt es Rechtsprechungslinien, die sich mit dem Konzept der Rationalitätskontrolle nicht erklären lassen. Diese stützen sich aber interessanterweise gerade nicht auf die Abwägung, sondern eher auf deduktive Argumente.

³ S. oben, § 4 I.

⁴ S. dazu oben, § 5 I, II.

⁵ S. oben, § 5 III.

I. Das Konzept der Rationalitätskontrolle

Die Rationalitätskontrolle ist kein spezifisches dogmatisches Instrument. Vielmehr kann sie sich in verschiedenen dogmatischen Figuren widerspiegeln. Ziel der Rationalitätskontrolle ist es, systematische Fehler des politischen Prozesses zu korrigieren. Im Wesentlichen haben wir verschiedene Fehler des politischen Prozesses identifiziert, die für die Grundrechtsrechtsprechung relevant sind.⁶ Erstens besteht die Gefahr, dass bestimmte gesellschaftliche Gruppen bewusst benachteiligt werden. Diese Benachteiligung kann zum einen in einer gezielten Diskriminierung bestehen. Häufiger sind zum anderen jedoch Fälle, in denen Maßnahmen aufgrund von falschen Stereotypen erlassen werden. Zweitens gibt es Fälle, in denen schlicht Unwissenheit über die Interessen einer gesellschaftlichen Gruppe besteht und der Gesetzgeber keine Anreize hat, sich über diese Interessen zu informieren. Drittens werden die Interessen bestimmter Gruppen im politischen Prozess schließlich überproportional wahrgenommen, weil diese durch Lobbying einen großen Einfluss auf die Politik haben.

Der Rationalitätskontrolle geht es also im Wesentlichen darum, illegitime Motive zu identifizieren und Informationsdefizite zu korrigieren. Das Problem ist, dass Verfassungsgerichte oft nicht direkt kontrollieren können, ob eine Regelung auf illegitimen Motiven oder einem Informationsdefizit beruht. Insofern müssen sie auf Sekundärkriterien zurückgreifen. Man kann die verschiedenen dogmatischen Instrumente, die die Verfassungsgerichtsbarkeit für die Kontrolle von Gesetzen entwickelt hat, als Indizien deuten, ob eine Regelung auf illegitimen Motiven oder einem Informationsdefizit beruht.

So macht das Verhältnismäßigkeitsprinzip beispielsweise Aussagen über die Passgenauigkeit zwischen einer gesetzlichen Maßnahme und deren Ziel. Eine fehlende Passgenauigkeit zwischen Maßnahme und Ziel ist Indiz dafür, dass der Gesetzgeber mit der Maßnahme möglicherweise noch andere als die explizit erwähnten Ziele verfolgt hat.⁷ Selbstverständlich sind die Rationalitätskontrolle und das Verhältnismäßigkeitsprinzip nur teilidentisch. Die Rationalitätskontrolle spiegelt sich auch in anderen dogmatischen Figuren wider, und das Verhältnismäßigkeitsprinzip kann auch anderen Zielen dienen als der Rationalitätskontrolle. Gerade auf letzteres weist die Kritik der Verhältnismäßigkeit

⁶ S. oben, § 1 II 2. S. auch *Pildes/Niemi*, Mich. L. Rev. 92 (1993), 483 (499–500), die ebenfalls drei Fehler des politischen Prozesses identifizieren, dabei aber einen etwas anderen Schwerpunkt setzen.

⁷ *Ely*, San Diego L. Rev. 15 (1978), 1155 (1157); *Kumm*, L. & Eth. Hum. Rts. 4 (2010), 141 (160); *Schauer*, in: Huscroft u.a. (Hg.), *Proportionality*, 2014, 173 (181–82). S. zudem *Pildes*, Hastings L.J. 45 (1994), 711 (712); *Pildes*, J. Legal Stud. 27 (1998), 725 (735); *Cohen-Eliya/Porat*, San Diego L. Rev. 46 (2009), 367 (399); *Mathews/Stone Sweet*, Emory L.J. 60 (2011), 102 (116–17), die argumentieren, dass die Abwägung in der US-amerikanischen Rechtsprechung vor allem dem Ziel dient, illegitime Ziele zu identifizieren.

immer wieder hin, wenn sie das aktivistische Potential der Abwägung herausstreicht.

Das Konzept der Rationalitätskontrolle, das in dieser Arbeit verwendet wird, hat zwei Dimensionen, eine positive und eine normative. Zum einen wird es als beschreibende Kategorie verwendet. Es ist Erklärung dessen, was die analysierten Verfassungsgerichte in der Grundrechtsrechtsprechung machen. Zum anderen hat es jedoch auch eine normative Dimension. Diese rechtfertigt, warum Verfassungsgerichte eine Rationalitätskontrolle vornehmen *sollen*. Auf das beschreibende Potential des Konzepts werden wir im Folgenden Abschnitt zurückkommen. Die normative Rechtfertigung der Rationalitätskontrolle folgt aus dem funktionalen Verständnis der Verfassungsgerichtsbarkeit, das im ersten Kapitel dieser Arbeit entwickelt worden ist.⁸ Sieht man die Funktion von Verfassungsgerichtsbarkeit vor allem darin, systematische Fehler des politischen Prozesses zu korrigieren, dient eine an diesem Konzept ausgerichtete Rechtsprechung der Umsetzung dieser Aufgabe.

II. Verfassungsrechtsprechung als Rationalitätskontrolle

Versucht man die Rechtsprechung der drei analysierten Verfassungsgerichte zu beschreiben, dann lässt sich diese am ehesten als Rationalitätskontrolle charakterisieren. Diese spiegelt sich in unterschiedlichen dogmatischen Instrumenten wider. Die zentrale dogmatische Figur der Verfassungsrechtsprechung zu den Freiheitsgrundrechten ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip. Obwohl alle drei Gerichte die Verhältnismäßigkeit in leicht unterschiedlicher Weise anwenden, ist das zentrale Ziel dennoch gleich: Es geht im Wesentlichen um die Kontrolle der Passgenauigkeit zwischen der legislativen Maßnahme und ihrem Ziel.⁹

In Kanada wird dies vor allem am empirischen Fokus der Verhältnismäßigkeitsprüfung deutlich. Wenn der kanadische Supreme Court eine Verletzung der kanadischen Grundrechtecharta feststellt, greift er überwiegend auf die Stufen der Geeignetheit und der Erforderlichkeit zurück.¹⁰ Dabei überprüft das Gericht die empirischen Annahmen, die dem Gesetzesvorhaben zugrunde liegen. In vielen Fällen kommt das Gericht im Rahmen der Erforderlichkeit nicht ohne eine implizite Abwägung aus. Aber die Reichweite dieser impliziten Abwägung ist begrenzt. Der Supreme Court erklärt Gesetze vor allem dann für verfassungswidrig, wenn er Zweifel an der Effektivität des vom Gesetzgeber eingesetzten Mittels hat und Alternativmaßnahmen identifizieren kann, die

⁸ S. oben, § 1 II 2.

⁹ S. *Gardbaum*, L. & Eth. Hum. Rts. 4 (2010), 77 (98).

¹⁰ S. dazu oben, § 9 I.

ähnlich effektiv, aber weniger belastend sind. Insofern geht es dem Gericht vor allem um die Passgenauigkeit zwischen Maßnahme und Ziel.

Das südafrikanische Verfassungsgericht scheint auf den ersten Blick eine umfassende Abwägung vorzunehmen. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung beschränkt sich auf den traditionellerweise letzten Schritt – die Angemessenheit. Wenn man die Rechtsprechung jedoch näher analysiert, sieht man, dass das Gericht sich im Rahmen der Angemessenheit vor allem auf Geeignetheits- und Erforderlichkeitserwägungen stützt.¹¹ Anders als der kanadische Supreme Court, hält sich das südafrikanische Verfassungsgericht bei der Überprüfung der empirischen Annahmen aber zurück. Vielmehr deutet es empirische Fragen oft in analytische um und versucht, die Rechenschaftspflicht des Gesetzgebers durch Konsistenz- und Beweislasterfordernisse sicherzustellen.¹²

Von allen untersuchten Gerichten greift das Bundesverfassungsgericht am stärksten auf die Angemessenheit zurück, wenn es Gesetze für verfassungswidrig erklärt. Allerdings ist die Reichweite der Abwägung auch hier begrenzt. Dem Gericht geht es vor allem um die Passgenauigkeit zwischen Maßnahme und Ziel, um Konsistenz, um die Korrektur von Härtefällen und um die Umverteilung finanzieller Lasten von den Adressaten der Maßnahme auf die gesellschaftlichen Gruppen, denen eine Maßnahme letztlich zugute kommt.

Damit steht die Rationalitätskontrolle bei allen drei Gerichten im Rahmen der Verhältnismäßigkeit im Vordergrund. Dabei stellen sie regelmäßig nicht die politischen Ziele des Gesetzgebers in Frage.¹³ Durch die Überprüfung der Passgenauigkeit und der Konsistenz gesetzlicher Maßnahmen versuchen die Gerichte zu identifizieren, ob der Gesetzgeber diese Ziele tatsächlich verfolgt hat oder ob er sich möglicherweise von illegitimen Motiven hat leiten lassen. Bei der Umverteilung finanzieller Lasten geht es ebenfalls um die Korrektur von Fehlanreizen. In den meisten Fällen versucht der Staat hier, Kosten, die er selbst tragen müsste, auf die Adressaten der Maßnahme abzuwälzen. Bei der Korrektur von Härtefällen versucht das Bundesverfassungsgericht schließlich Informationsdefizite auszugleichen, wenn die Interessen bestimmter, besonders empfindlich getroffener Gruppen im Gesetzgebungsverfahren nicht berücksichtigt wurden.

Elemente der Rationalitätskontrolle finden sich jedoch nicht allein in der Verhältnismäßigkeit. Vielmehr spielen Kohärenz- und Konsistenzerwägungen in der Rechtsprechung aller drei Gerichte eine mehr oder weniger prominente Rolle.¹⁴ Inkohärenz und Inkonsistenz werden dabei oft als Indiz gesehen, dass

¹¹ S. oben, § 8 II.

¹² S. oben, § 8 II 4.

¹³ S. *Benda*, DÖV 1979, 465 (469); *Beatty*, in: ders. (Hg.), *Judicial Review*, 1994, 1 (50); *Beatty*, *Am. J. Comp. L.* 44 (1996), 131 (140 und 146); *Engel*, in: Kube u.a. (Hg.), *Leitgedanken I*, 2013, 57, Rn. 20.

¹⁴ S. oben, §§ 5 III 3, 6 IV, 8 III 2, 9 III.

der Gesetzgeber neben dem expliziten Ziel möglicherweise noch andere, illegitime Ziele verfolgt hat. Auch prozedurale Argumente dienen überwiegend der Rationalitätskontrolle. Der Gesetzgeber hat regelmäßig Anreize, Verwaltungsverfahren möglichst effizient zu gestalten, um die Verfahrensdauer zu reduzieren und Kosten zu sparen. Problematisch ist dies allerdings dann, wenn die Verfahrenseffizienz auf Kosten des Schutzes individueller Interessen geht. Auch in diesen Situationen versuchen die Gerichte mit ihrer Rechtsprechung gegenzusteuern und rechtsstaatliche Garantien zu sichern.

Schließlich dient die Rechtsprechung zum Vertrauensschutz der Rationalisierung des politischen Prozesses.¹⁵ Besonders deutlich wird dies in den Fällen der rückwirkenden Steuergesetzgebung. Hier hatte die Politik im Regelfall starke Anreize die fiskalischen Interessen des Staates über die Vertrauenserwartung einer oft begrenzten Zahl von Steuerpflichtigen zu setzen. In anderen Fällen ähnelt die Vertrauensschutzrechtsprechung der Behandlung von Härtefällen im Rahmen der Abwägung. Hier geht es um die Korrektur von Informationsdefiziten, wenn der Gesetzgeber versäumt hat, Übergangsregelungen für besonders intensiv betroffene Adressaten zu schaffen.

III. Ausdifferenzierung der Abwägungsdogmatik

Aus einer funktionalen Perspektive haben wir gesehen, dass die verschiedenen Stufen der Verhältnismäßigkeit im Wesentlichen ein und dieselbe Funktion erfüllen. Sie versuchen, die Rationalität des Gesetzgebungsverfahrens sicherzustellen, indem sie die Passgenauigkeit zwischen der gesetzlichen Maßnahme und dem gesetzgeberischen Ziel überprüfen. Aus einer dogmatischen Perspektive zeigt sich, dass das Verhältnismäßigkeitsprinzip deutlich differenzierter ist, als es die traditionellen vier Stufen der Verhältnismäßigkeitsprüfung vermuten lassen. Dies gilt insbesondere für die letzte Stufe, die Angemessenheit. Diese lässt sich nicht auf eine konsequentialistische Abwägung zwischen Grundrecht und Eingriffsziel reduzieren.

Zum einen lässt sich in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bei der Abwägung die bereits mehrfach angesprochene Kategorienbildung beobachten. Zum anderen ziehen alle untersuchten Gerichte in der Abwägung oft unterstützende Erwägungen heran. Eine dogmatische Hilfsfigur im Rahmen der Angemessenheit sind etwa Kohärenz- oder Konsistenzabwägungen.¹⁶ Die

¹⁵ S. dazu oben, § 6 III.

¹⁶ Zu Kohärenz- und Konsistenzargumenten als Teilelement der Angemessenheit s. *Payandeh*, AöR 136 (2011), 578 (608); *Petersen*, AöR 138 (2013), 108 (128, in. Fn. 97). Über die genaue dogmatische Einordnung der Argumentationsfigur der Folgerichtigkeit herrscht jedoch Streit. S. bspw. *Dann*, Der Staat 49 (2010), 630 (632); *Lindner*, ZG 22 (2007), 188 (201–02), die die Folgerichtigkeit als eigenständige Schranken-Schranke auffassen.

Gerichte leiten in den Fällen, in denen sie sich auf Kohärenz- oder Konsistenzargumente stützen, die Unverhältnismäßigkeit der Maßnahme aus deren Inkohärenz- oder Inkonsistenz her.

In anderen Fällen importiert insbesondere das Bundesverfassungsgericht Hilfsabwägungen im Rahmen der Angemessenheit aus anderen Bereichen der Grundrechtsdogmatik. So hat sich das Gericht ursprünglich ausschließlich im Rahmen der Prozessgrundrechte auf prozedurale Argumente gestützt. In den 1990er Jahren lässt sich dann eine Migration von Verfahrenserwägungen in die Verhältnismäßigkeit beobachten.¹⁷ In vielen Urteilen hält das Gericht gesetzliche Regelungen für unverhältnismäßig, weil sie keine ausreichenden Verfahrensgarantien enthalten. Gleichzeitig verlieren Prozessgrundrechte als Instrumente der Gesetzeskontrolle in der Praxis erheblich an Bedeutung.

Eine ähnliche Entwicklung lässt sich in der deutschen Rechtsprechung auch bei den Vertrauensschutzargumenten beobachten. Ursprünglich waren diese ausschließlich im Rechtsstaatsprinzip angesiedelt. In der Praxis kam das Vertrauensschutzprinzip vor allem bei rückwirkenden Gesetzen im Steuerrecht zur Anwendung. In den 1970er Jahren lässt sich auch hier eine Migration in den Bereich der Grundrechte und in das Verhältnismäßigkeitsprinzip beobachten.¹⁸ Das Verfassungsgericht mahnt auf der Grundlage des Vertrauensschutzpostulats regelmäßig das Fehlen von Übergangsvorschriften an. Die angegriffenen Gesetze sind in diesen Fällen teilweise unverhältnismäßig, weil sie keine Übergangsvorschriften enthalten und somit das schutzwürdige Vertrauen einiger Adressaten verletzen. Schließlich findet sich dieser Trend auch beim Bestimmtheitsgrundsatz.¹⁹ Hier hat sich das Verfassungsgericht anfänglich ebenfalls vor allem auf das Rechtsstaatsprinzip gestützt. Insbesondere in jüngeren Entscheidungen zieht das Gericht Bestimmtheitserfordernisse jedoch oft im Rahmen der Verhältnismäßigkeit heran. Regelungen werden für unverhältnismäßig erklärt, weil sie zu unbestimmt sind.

Mit dieser dogmatischen Ausdifferenzierung versuchen die analysierten Gerichte eine Balance zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit herzustellen. Zum einen sorgt sie für größere Vorhersehbarkeit, als sie eine an Alexys Gewichtsformel orientierte Güterabwägung bieten würde. Verfassungsbeschwerden, die ein Gesetz für unangemessen halten und sich nicht auf eine der dargestellten Kategorien oder Hilfsargumente stützen können, ist wenig Aussicht auf Erfolg beschieden. Zum anderen bleibt den Gerichten ein hinreichender Spielraum, um Fehlanreize und Fehlentwicklungen des politischen Prozesses entgegenzuwirken.

¹⁷ S. dazu Graphik 7.1 in § 7.

¹⁸ S. oben, § 6 III.

¹⁹ S. oben, § 7 IV.

IV. Die überschießende Tendenz der Rechtsprechung

Nicht die gesamte Grundrechtsrechtsprechung lässt sich als Rationalitätskontrolle beschreiben. Vielmehr gibt es durchaus Fälle, in denen Verfassungsgerichte über die bloße Rationalitätskontrolle hinausgehen. Der eingangs dieser Arbeit diskutierte Kruzifix-Beschluss ist nur ein Beispiel.²⁰ Auch im Rauchverbotsurteil stützte sich das Bundesverfassungsgericht auf gesetzgeberische Inkonsistenzen, obwohl durchaus sachliche Gründe für die vom Gesetzgeber vorgenommene Differenzierung angeführt werden konnten.²¹ Diese überschießende Tendenz findet sich nicht nur in der deutschen Rechtsprechung. So stützte sich der kanadische Supreme Court etwa im Fall *Chaoulli* auf problematische normative Wertungen, ohne dies offen zu legen.²² Vordergründig untersucht das Gericht zwar allein die empirischen Annahmen des Gesetzgebers. Durch die Art, wie es die empirische Untersuchung zuschnitt, verengte es jedoch das normative Problem und ließ wichtige Dimensionen außer Acht.

Auch das Konzept der Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle hat somit Missbrauchs- und Fehlerpotential. Allerdings handelt es sich lediglich um Einzelfälle. Betrachtet man das Gesamtbild, kann das Konzept der Rationalitätskontrolle den Großteil dessen erklären, was die drei untersuchten Verfassungsgerichte in der Verhältnismäßigkeit machen. Zudem sorgt die Kontrolle durch Öffentlichkeit und Rechtswissenschaft dafür, dass Verfassungsgerichte bei der Verhältnismäßigkeit zumindest nicht systematisch über die Stränge schlagen.²³

Das zeigt das Beispiel des Kruzifix-Beschlusses. Dieser war die erste Entscheidung, in der das Bundesverfassungsgericht die politischen Ziele des Ordnungsgebers hinterfragt hat, die sich also nicht in die vier genannten Kategorien der Rationalitätskontrolle einordnen lässt. Die Entscheidung hat viele negative Reaktionen ausgelöst. Die Kritik in der Rechtswissenschaft war prononciert.²⁴ In Öffentlichkeit und Politik regte sich teilweise starker Widerstand. Viele sahen das Bundesverfassungsgericht in einer Legitimitätskrise.²⁵ Dies ist auch den Verfassungsrichtern nicht verborgen geblieben.²⁶ Es ist daher auffällig, dass der Kruzifix-Beschluss in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung

²⁰ S. dazu oben, Einleitung und § 5 III 6.

²¹ S. oben, § 6 IV.

²² S. oben, § 9 V.

²³ S. dazu oben, § 4 I.

²⁴ S. nur *Müller-Volbehr*, JZ 1995, 996; *Link*, NJW 1995, 3353; *Geis*, RdJB 43 (1995), 373; *Heckel*, DVBl. 1996, 453; *Isensee*, ZRP 29 (1996), 10; *Brenner*, ThürVBl. 1996, 145; *Merten*, in: FS Klaus Stern, 1997, 987.

²⁵ S. die Nachweise in der Einleitung, Fn. 10.

²⁶ *Schulze-Fielitz*, in: Schuppert/Bumke (Hg.), Grundkones, 2000, 111 (128–29).

ein Einzelfall geblieben ist. Eine offene Abwägung findet sich nur in einer weiteren Entscheidung – zur Ladenöffnungszeit an Adventssonntagen.²⁷ Es ist unmöglich, mit Sicherheit zu sagen, ob die Entwicklung anders verlaufen wäre, wenn die Reaktionen auf den Kruzifix-Beschluss milder ausgefallen wären. Die Vermutung liegt jedoch nahe, dass Verfassungsgerichte bei der Abwägung nicht zu sehr über die Stränge schlagen können, wenn sie nicht allzu viel an institutioneller Legitimität einbüßen möchten.²⁸

Es gibt jedoch gerade in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Fälle, in denen das Gericht systematisch über eine bloße Rationalitätskontrolle hinausgeht. Allerdings stützt sich das Gericht in diesen Fällen nicht auf die Verhältnismäßigkeit. Vielmehr greift es auf deduktive Argumente zurück. Vor allem im Beamten- und Steuerrecht finden sich mehrere Urteile, in denen das Verfassungsgericht Vorgaben mittels normativer Setzungen aus der Verfassung ableitet. Die normative Setzung, auf der das Urteil beruht, wird jedoch zumeist nicht näher begründet, so dass der Verdacht aktiver Sozialpolitik nicht leicht entkräftet werden kann.²⁹

Auffällig ist dabei, dass sich das Gericht in diesen Urteilen gerade nicht auf die Verhältnismäßigkeit stützt. Vielmehr betreibt es deduktive Norminterpretation. Es stützt sich also auf ein Argumentationsmuster, das man dem Kernbereich juristischen Argumentierens zurechnen kann. Dies bestätigt die in dieser Arbeit vertretene These, dass das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Vehikel für verfassungsgerichtlichen Aktivismus eher ungeeignet ist. Zwar scheint die offene Struktur des Verhältnismäßigkeitsprinzips gerichtlichen Aktivismus auf den ersten Blick zu begünstigen. Gerade diese offene Struktur ist es jedoch, die das Ermächtigungspotential des Verhältnismäßigkeitsprinzips gleichzeitig beschränkt.³⁰

Zwar eröffnet die Abwägung Gerichten erhebliche Entscheidungsspielräume. Dies ist jedoch kein Spezifikum der Verhältnismäßigkeit. Im Verfassungsrecht kommt den Gerichten auch bei der klassischen Norminterpretation ein großer Entscheidungsspielraum zu. Da das aktivistische Potential des Verhältnismäßigkeitsprinzips bekannt ist, lässt sich eine politische Agenda hinter diesem deutlich schwieriger verstecken als hinter den klassischen Instrumenten

²⁷ S. oben, § 5 III 6.

²⁸ Zur disziplinierenden Wirkung öffentlicher Unterstützung für die Verfassungsgerichtsbarkeit s. *Vanberg*, *Politics of Constitutional Review*, 2005, S. 124–30. S. auch *Roach*, *Supreme Court on Trial*, 2001, S. 172, der beobachtet, dass der kanadische Supreme Court als Reaktion auf die Kritik verfassungsgerichtlichen Aktivismus dem Gesetzgeber in seiner Rechtsprechung einen größeren Einschätzungsspielraum eingeräumt hat. Vgl. schließlich *Friedman*, *Will of the People*, 2009, S. 376, der demonstriert, dass das Verhältnis zwischen Gericht und Öffentlichkeit nicht immer geradlinig ist. Vielmehr mache das Gericht immer wieder Fehlschritte, lerne diese aber zu korrigieren.

²⁹ S. dazu oben, § 6 VII.

³⁰ S. oben, § 4 I 2.

der Normauslegung.³¹ Es ist daher die Transparenz der Struktur des Verhältnismäßigkeitsprinzips, die disziplinierende Wirkung entfaltet.³²

Auch Bernhard Schlink hat beobachtet, dass das Bundesverfassungsgericht bei der Abwägung „bei allen Ausgriffen ins Politische ein politisch und gesellschaftlich akzeptiertes oder toleriertes Maß gewahrt“ habe.³³ Anders als Schlink vermutet, ist dies jedoch nicht einer besonderen Sensibilität der Verfassungsrichter geschuldet.³⁴ Es beruht nicht auf Zufall oder einer überdurchschnittlichen Integrität der Richter, dass die untersuchten Verfassungsgerichte die Verhältnismäßigkeit vor allem zur Rationalitätskontrolle nutzen. Vielmehr lässt sich die Rechtsprechung aus einem gesunden Maß an institutionellem Selbstinteresse heraus erklären.³⁵

V. Divergenz zwischen formalen dogmatischen Strukturen und Rechtspraxis

Es ist eine Binsenweisheit, dass man Institutionen nicht unabhängig von ihrer Praxis beurteilen kann. Die formale, institutionelle Struktur verrät nur die halbe Wahrheit. Dies gilt in gleichem Maße auch für dogmatische Strukturen wie die Verhältnismäßigkeit. Dennoch verharrt der rechtswissenschaftliche Diskurs hier oft an der Oberfläche. Die analytische Diskussion zur Verhältnismäßigkeit dreht sich vor allem um die Frage, ob Abwägung rationalisierbar ist. Während die Gegner die Rationalität der Abwägung bestreiten, unternehmen die Befürworter immer neue Versuche der analytischen Rechtfertigung. Eine ähnliche Tendenz lässt sich auch in der rechtsvergleichenden Debatte beobachten. Diese konzentriert sich oft auf die Frage, wie das Verhältnismäßigkeitsprinzip konkretisiert wird und auf welche Schritte die jeweiligen Verfassungsgerichte ihren Schwerpunkt legen.

Betrachtet man in der rechtsvergleichenden Diskussion allein die formalen Strukturen des Verhältnismäßigkeitsprinzips, gewinnt man schnell den Eindruck, dass der kanadische Supreme Court den Gesetzgeber einer geringeren Kontrolldichte unterwirft, als das deutsche oder das südafrikanische Verfassungsgericht.³⁶ Während die Abwägung in Deutschland und Südafrika formal

³¹ Ähnlich *Gardbaum*, L. & Eth. Hum. Rts. 4 (2010), 77 (88–93).

³² S. auch *Esser*, Methodenwahl, 1970, S. 36, der dafür plädiert, wertende Erwägungen im Verfassungsrecht selbst zu disziplinieren, statt sie hinter traditionellen Methoden der Normauslegung zu ‚verstecken‘.

³³ *Schlink*, in: FS 50 Jahre BVerfG II, 2001, 445 (465).

³⁴ So *Schlink*, in: FS 50 Jahre BVerfG II, 2001, 445 (465).

³⁵ S. oben, § 4 I.

³⁶ S. etwa *Gardbaum*, U.C.L.A. L. Rev. 54 (2007), 789 (843); *Koutnatzis*, VRÜ 44 (2011), 32 (57–58).

eine zentrale Rolle spielt, scheint sie in Kanada praktisch ohne Bedeutung zu sein. Dieser Eindruck ist jedoch nur vordergründig. Sowohl das südafrikanische als auch das deutsche Verfassungsgericht halten sich in der Praxis mit der Abwägung sehr zurück. Demgegenüber versteht der kanadische Supreme Court die Erforderlichkeitsprüfung extensiv. Sicherlich gibt es Unterschiede im Stil und in der analytischen Schwerpunktsetzung. Letztlich geht es allen Gerichten jedoch um eine Rationalitätskontrolle des Gesetzgebers. Die Unterschiede in der Kontrolldichte gegenüber dem Gesetzgeber sind dabei minimal.

Der Hauptertrag dieser Arbeit bezieht sich jedoch auf die analytische Diskussion. Es steht außer Zweifel, dass diese Diskussion eine wichtige Funktion hat, um die Grenzen der rationalisierenden Kraft der Abwägung aufzuzeigen. Beschränkt man sich jedoch auf diese Erkenntnis, bleiben wichtige Dimensionen unbeachtet. Konzentriert man sich allein auf die analytische Struktur der Verhältnismäßigkeit, sieht man, dass die Abwägung Verfassungsrichtern einen großen Entscheidungsspielraum eröffnet. Das bedeutet jedoch nicht ohne Weiteres, dass Verfassungsrichter diesen Entscheidungsspielraum auch nutzen, um politischen Aktivismus zu betreiben. Vielmehr führt die Sorge um die institutionelle Akzeptanz dazu, dass die Richter sich bei der Abwägung eher zurückhalten. Die Abwägung ist somit als methodisches Instrument deutlich weniger problematisch, als die analytische Diskussion den Anschein gibt.

Appendix A

Klassifizierung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Referenz	Jahr	LEG	ERF	ABW	DIS	PRZ	BST	KON	VTN	KAT	DED
2, 380	1953								1		
4, 331	1955					1					
6, 55	1957				1						
7, 320	1958		1								
7, 377	1958		1					1			
8, 1	1958							1			
8, 71	1958						1				
9, 39	1958		1								
9, 83	1959						1				
9, 268	1959					1					
10, 118	1959					1					
10, 200	1959					1					
11, 30	1960		1								
11, 168	1960		1								
11, 203	1960										1
12, 81	1961					1					
12, 144	1961		1								
13, 206	1961								1		
13, 261	1961								1		
13, 290	1962				1						
14, 19	1962			1							
14, 174	1962					1					
14, 254	1962					1					
15, 167	1962								1		
15, 275	1963					1					
15, 328	1963				1						
16, 94	1963										1
16, 203	1963				1						
17, 148	1963				1						
17, 269	1964		1								
17, 306	1964		1								
18, 97	1964				1						

Referenz	Jahr	LEG	ERF	ABW	DIS	PRZ	BST	KON	VTN	KAT	DED
95, 193	1997	1									
97, 228	1998			1							
98, 17	1998		1								
98, 169	1998										1
98, 265	1998								1		
99, 202	1998			1							
99, 216	1998				1						1
99, 246	1998										1
99, 300	1998										1
99, 341	1999		1								
100, 1	1999								1		
100, 226	1999			1							
100, 313	1999			1		1	1	1			
101, 54	1999		1	1				1			
101, 106	1999		1			1					
101, 397	2000					1					
102, 197	2000		1	1				1			
103, 1	2000		1					1			
104, 357	2002		1	1				1			
105, 135	2002						1				
106, 181	2002		1					1			
107, 104	2003						1				
107, 150	2003							1			
107, 186	2003		1					1			
107, 395	2003					1					
108, 82	2003			1				1			
108, 150	2003		1								
109, 64	2003				1						
109, 256	2004			1							
109, 279	2004			1		1				1	
110, 33	2004					1	1				
111, 191	2004						1				
112, 255	2005			1							
113, 273	2005					1			1		
113, 348	2005			1		1	1				
114, 1	2005					1					1
114, 73	2005										1
114, 371	2005					1					
115, 1	2005		1	1							
115, 118	2006									1	
115, 259	2006										1
115, 276	2006							1			

Referenz	Jahr	LEG	ERF	ABW	DIS	PRZ	BST	KON	VTN	KAT	DED
116, 96	2006								1		
117, 163	2006			1				1			
117, 202	2007			1							
117, 372	2007							1			1
118, 45	2007				1						
118, 168	2007						1				
119, 59	2007			1				1			
119, 181	2007					1					
119, 247	2007										1
120, 125	2008										1
120, 274	2008			1		1	1				
120, 378	2008					1	1				
121, 30	2008			1							
121, 175	2008			1							
121, 205	2008					1					
121, 317	2008			1				1			
123, 148	2009					1					
123, 267	2009					1					
125, 39	2009			1							
125, 175	2010							1			
125, 260	2010			1		1	1			1	
127, 1	2010								1		
127, 31	2010								1		
127, 61	2010								1		
127, 87	2010					1					
127, 132	2010		1					1			
128, 109	2011			1				1			
128, 157	2011			1				1			
128, 282	2011			1		1	1				
128, 326	2011						1	1	1		
129, 269	2011			1		1	1				
130, 131	2012				1						
130, 151	2012						1	1			
130, 263	2012										1
130, 318	2012					1					
130, 372	2012			1							
132, 134	2012							1			
132, 302	2012								1		
133, 112	2013					1	1				
133, 143	2013								1		
133, 277	2013			1		1	1				

Appendix B

Klassifizierung der Rechtsprechung des südafrikanischen Verfassungsgerichts

Entscheidung	Jahr	LEG	ERF	OVB	ABW	KON	PRZ	BUJ
Makwanyane and Munchu	1995		1		1	1		
Coetzee v. Government of RSA	1995		1	1				
Williams	1995		1					1
Bhulwana	1995		1					
Ferreira v. Levin	1995		1					
Case v. Minister of Safety	1996			1				1
Mbatha	1996		1	1				
Ntsele	1997		1	1				
Mistry	1998			1				
Mello and Botholo	1998			1				
Coalition Gay & Lesbian Equality	1998	1						1
Lesapo	1999						1	
SANDU	1999		1	1				
Steyn	2000						1	1
Manamela	2000		1	1				
Dawood	2000	1					1	
Islamic Unity Convention	2002		1	1				
Ex parte Minister of Safety	2002				1			
Philips	2003			1				
Jaftha v. Schoeman	2004			1				
Bhe	2004	1						
Minister of Home Affairs	2004	1		1		1		1
Lawyers for Human Rights	2004						1	
Fourie	2005	1						
Magajane	2006		1					
Nyathi	2008		1					
Brümmer	2009		1			1		
Center for Child Law	2009	1						1

Entscheidung	Jahr	LEG	ERF	OVB	ABW	KON	PRZ	BUJ
Richter	2009	1				1		
Johncom Media	2009		1					
Law Society of South Africa	2010		1					
Malachi	2010			1		1		
C, M and Centre for Child Law	2011						1	
National Credit Regulator	2012		1					
Print Media South Africa	2012		1					
Mail and Guardian v Chipu	2013		1					
Teddy Bear Clinic	2013		1					1
J v Nat. Director of Prosecutions	2013		1					

Appendix C

Klassifizierung der Rechtsprechung des kanadischen Supreme Court

Entscheidung	Jahr	LEG	ERF	OVB	ABW	PRZ	BST	KON
R v Big Drug Mart	1985	1						
R v Oakes	1986		1					
R v Smith	1987			1				
R v Vallaincourt	1987		1					
Ford v Quebec	1988		1					
R v Morgenthaler	1988		1					1
Edmonton Journal v Alberta	1989		1	1				
Andrews v Law Society of Brit Col	1989		1					
R v Hess; R v Nguyen	1990		1					
R v Logan	1990				1			
R v Martineau	1990		1					
Osborne v. Canada (Treasury Board)	1991			1				
R v Seaboyer; R v Gayme	1991			1				
R v Swaine	1991		1			1		
R v Wholesale Travel	1991		1		1			
Tetreault-Gadoury v Canada	1991		1					
R v Genereux	1992		1					
R v Moralez	1992						1	
R v Zundel	1992			1				
R v Heywood	1994			1		1		
R v Laba	1994		1					
RJR MacDonald	1995		1					
Benner v Canada	1997		1					
Libman v Quebec	1997		1					

Entscheidung	Jahr	LEG	ERF	OVB	ABW	PRZ	BST	KON
R v Campbell	1997	1				1		
Thomson Newspaper v Canada	1998		1		1			
Vriend v Alberta	1998	1						
Corbiere v Canada	1999		1					
M v H	1999	1	1					1
UFCW v Kmart Canada	1999		1					
Dunmore v Ontario	2001		1					
R v Sharp	2001				1			
R v Guignard	2002		1					1
Sauvé v Canada	2002		1					
Figueroa v Canada	2002		1					
Nova Scotia v Martin	2003	1	1					
Trociuk v British Columbia	2003		1					
R v Demers	2004			1				
Chaoulli v Quebec	2005		1					
Charkaoui v Canada	2006		1			1		1
Canada v Hislop	2007	1						1
Health Services Bargaining Ass	2007					1		
R v DB	2008		1					
Nguyen v Quebec	2009		1					
R v Tse	2012					1		
Alberta v UFCW	2013				1			
Canada v Bedford	2013				1			
Canada v Whaling	2014		1					

Literaturverzeichnis

- Aaken, Anne van*, „Rational Choice“ in der Rechtswissenschaft: zum Stellenwert der ökonomischen Theorie im Recht, Baden-Baden: Nomos 2003
- , Vom Nutzen der ökonomischen Theorie für das öffentliche Recht: Methode und Anwendungsmöglichkeiten, in: Marc Bungenberg/Stefan Danz/Helge Heinrich/Olaf Hünemörder/Christian Schmidt/Romy Schroeder/Ariane Sickert/Frank Unkroth (Hg.), *Recht und Ökonomik*, München: C.H. Beck 2004, 1–31
- Acemoglu, Daron/James A. Robinson*, *Economic Origins of Dictatorship and Democracy*, New York: Cambridge University Press 2006
- Ackerman, Bruce A.*, The Storrs Lectures: Discovering the Constitution, *Yale Law Journal* 93 (1984), 1013–72
- , Constitutional Politics/Constitutional Law, *Yale Law Journal* 99 (1989), 453–547
- , *We the People: Foundations*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press 1991
- Afonso da Silva, Virgilio*, Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision, *Oxford Journal of Legal Studies* 31 (2011), 273–301
- Albers, Marion*, Gleichheit und Verhältnismäßigkeit, *Juristische Schulung* 48 (2008), 945–49
- Albrecht, Rüdiger Konradin*, *Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab*, Berlin: Duncker & Humblot 1995
- Aleinikoff, T. Alexander*, Constitutional Law in the Age of Balancing, *Yale Law Journal* 96 (1987), 943–1005
- Alemanno, Alberto*, The Dialogue between Judges & Experts in the EU and WTO, in: Filippo Fontanelli/Giuseppe Martinico/Paolo Carrozza (Hg.), *Shaping Rule of Law Through Dialogue*, Groningen: Europa Law Publishing 2010, 346–76
- , The Emergence of the Evidence-Based Judicial Reflex: A Response to Bar-Siman-Tov’s Semiprocedural Review, *The Theory and Practice of Legislation* 1 (2013), 327–40
- Alexy, Robert*, Zum Begriff des Rechtspinzips, in: Werner Krawietz/Opalek Kazimierz/Aleksander Peczenik/Alfred Schramm (Hg.), *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz*, Berlin: Duncker & Humblot 1979, 59–87
- , *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1994
- , Constitutional Rights, Balancing, and Rationality, *Ratio Juris* 16 (2003), 131–40
- , Die Gewichtsformel, in: Joachim Jickeli/Peter Kreutz/Dieter Reuter (Hg.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlin: De Gruyter 2003, 771–92
- , On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison, *Ratio Juris* 16 (2003), 433–49
- , Balancing, Constitutional Review, and Representation, *International Journal of Constitutional Law* 3 (2005), 572–81
- Arnould, Andreas von*, *Die Freiheitsrechte und ihre Schranken*, Baden-Baden: Nomos 1999

- , Die normtheoretische Begründung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, *Juristenzeitung* 55 (2000), 276–80
- , Die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht nach einer Öffnung für sozialwissenschaftliche Theorie, in: Andreas Funke/Jörn Lüdemann (Hg.), *Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie*, Tübingen: Mohr Siebeck 2009, 65–118
- Arnim, Hans Herbert von*, *Abgeordnetenentschädigung und Grundgesetz*, Landau: Pfälzische Verlagsanstalt 1975
- , *Gemeinwohl und Gruppeninteressen*, Frankfurt a.M.: Alfred Metzner Verlag 1977
- Augsberg, Ino*, Von einem neuerdings erhobenen empiristischen Ton in der Rechtswissenschaft, *Der Staat* 51 (2012), 117–25
- Augsberg, Ino/Steffen Augsberg*, Prognostische Elemente in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, *Verwaltungsarchiv* 98 (2007), 290–316
- Aulehner, Josef*, *Grundrechte und Gesetzgebung*, Tübingen: Mohr Siebeck 2011
- Badura, Peter*, Art. 6, in: Theodor Maunz/Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz/Matthias Herdegen/Hans H. Klein (Hg.), *Grundgesetz-Kommentar*, München: C.H. Beck, 69. Lfg. 2013
- Badura, Peter/Fritz Rittner/Bernd Rütters*, *Mitbestimmungsgesetz 1976 und Grundgesetz*, München: C.H. Beck 1977
- Bailey, Michael A./Forrest Maltzman*, Does Legal Doctrine Matter? Unpacking Law and Policy Preferences on the U.S. Supreme Court, *American Political Science Review* 102 (2008), 369–84
- , *The Constrained Court: Law, Politics, and the Decisions Justices Make*, Princeton: Princeton University Press 2011
- Baldus, Manfred*, Frühe Machtkämpfe: Ein Versuch über die historischen Gründe der Autorität des Bundesverfassungsgerichts, in: Thomas Henne/Arne Riedlinger (Hg.), *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht*, Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag 2005, 237–48
- , Menschenwürde und Absolutheitsthese: Zwischenbericht zu einer zukunftsweisenden Debatte, *Archiv des öffentlichen Rechts* 136 (2011), 529–52
- Baldwin, Robert E./Christopher S. Magee*, Is Trade Policy for Sale? Congressional Voting on Recent Trade Bills, *Public Choice* 105 (2000), 79–101
- Bar-Siman-Tov, Ittai*, Semiprocedural Judicial Review, *Legisprudence* 6 (2012), 271–300
- Barak, Aharon*, Proportional Effect: The Israeli Experience, *University of Toronto Law Journal* 57 (2007), 369–82
- , Proportionality and Principled Balancing, *Law & Ethics of Human Rights* 4 (2010), 1–18
- , *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge: Cambridge University Press 2012
- , Proportionality (2), in: Michel Rosenfeld/András Sajó (Hg.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press 2012, 738–55
- Baron, Jonathan*, *Thinking and Deciding*, Cambridge: Cambridge University Press, 3. Aufl. 2000
- Barro, Robert J.*, Democracy and Growth, *Journal of Economic Growth* 1 (1996), 1–27
- , Determinants of Democracy, *Journal of Political Economy* 107 (1999), 158–83
- Bassok, Or*, The Two Countermajoritarian Difficulties, *Saint Louis University Public Law Review* 31 (2012), 333–82
- Bassok, Or/Yoav Dotan*, Solving the Countermajoritarian Difficulty?, *International Journal of Constitutional Law* 11 (2013), 13–33

- Bateman, Thomas M.J.*, Legal Modesty and Political Boldness: The Supreme Court of Canada's Decision in *Chaoulli v. Quebec*, *Review of Constitutional Studies* 11 (2006), 317–43
- Beatty, David M.*, Human Rights and the Rules of Law, in: David M. Beatty (Hg.), *Human Rights and Judicial Review: A Comparative Perspective*, Dordrecht: Martinus Nijhoff 1994, 1–56
- , Law and Politics, *American Journal of Comparative Law* 44 (1996), 131–50
- , The Canadian Charter of Rights: Lessons and Laments, *Modern Law Review* 60 (1997), 481–98
- , *The Ultimate Rule of Law*, Oxford: Oxford University Press 2004
- Becker, Florian*, Verhältnismäßigkeit, in: Hanno Kube/Rudolf Mellinghoff/Gerd Morgenthaler/Ulrich Palm/Thomas Puhl/Christian Seiler (Hg.), *Leitgedanken des Rechts. Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag. Band I: Staat und Verfassung*, Heidelberg: C.F. Müller 2013, 225–36
- Bellamy, Richard*, *Political Constitutionalism: A Republican Defense of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press 2007
- Benda, Ernst*, Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber im dritten Jahrzehnt des Grundgesetzes, *Die Öffentliche Verwaltung* 32 (1979), 465–70
- Benvenisti, Eyal*, Reclaiming Democracy: The Strategic Uses of Foreign and International Law by National Courts, *American Journal of International Law* 102 (2008), 241–74
- Benvindo, Juliano Zaiden*, *On the Limits of Constitutional Adjudication: Deconstructing Balancing and Judicial Activism*, Berlin: Springer 2010
- Bernal Pulido, Carlos*, The Rationality of Balancing, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 92 (2006), 195–208
- Bernstorff, Jochen von*, Pflichtenkollision und Menschenwürdegarantie, *Der Staat* 47 (2008), 21–40
- , Die Wesensgehalte der Grundrechte und das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit unter dem Grundgesetz, in: Felix Arndt/Nicole Betz/Anuscheh Farahat/Matthias Goldmann/Matthias Huber/Rainer Keil/Petra Lea Láncoš/Jan Schaefer/Maja Smrkolj/Franziska Sucker/Stefanie Valta (Hg.), *Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit. 48. Assistentagung Öffentliches Recht*, Baden-Baden: Nomos 2009, 40–60
- , Kerngehaltsschutz durch den UN-Menschenrechtsausschuss und den EGMR: Vom Wert kategorialer Argumentationsformen, *Der Staat* 50 (2011), 165–90
- , Der Streit um die Menschenwürde im Grund- und Menschenrechtsschutz: Eine Verteidigung des Absoluten als Grenze und Auftrag, *Juristenzeitung* 68 (2013), 905–15
- , Proportionality without Balancing: Why Judicial *ad hoc*-balancing is unnecessary and potentially detrimental to the realization of individual and collective self-determination, in: Liora Lazarus/Christopher McCrudden/Nigel Bowles (Hg.), *Reasoning Rights: Comparative Judicial Engagement*, Oxford: Hart 2014, 63–86
- Bethge, Herbert*, Grundrechtskollisionen, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hg.), *Handbuch der Grundrechte. Band III: Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren II*, Heidelberg: C.F. Müller 2009, § 72
- Bettermann, Karl August*, *Hypertrophie der Grundrechte*, Hamburg: Hamburgischer Anwaltverein 1984
- Bickel, Alexander M.*, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven: Yale University Press 1962

- Bickenbach, Christian*, Die Einschätzungsprerogative des Gesetzgebers: Analyse einer Argumentationsfigur in der (Grundrechts-)Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen: Mohr Siebeck 2014
- Bilchitz, David*, Does balancing adequately capture the nature of rights?, *SA Public Law* 25 (2011), 423–44
- , How Should Rights Be Limited?, *Tydskrif vir die suid-afrikaanse Reg* 2011 (2011), 568–79
- , Necessity and Proportionality: Towards a Balanced Approach?, in: Liora Lazarus/Christopher McCrudden/Nigel Bowles (Hg.), *Reasoning Rights: Comparative Judicial Engagement*, Oxford: Hart 2014, 41–62
- Bishop, Michael*, Rationality Is Dead! Long Live Rationality! Saving Rational Basis Review, *SA Public Law* 25 (2010), 312–45
- Blaauw-Wolf, Loammi*, The ‚balancing of interests‘ with reference to the principle of proportionality and the doctrine of *Güterabwägung*: a comparative analysis, *SA Public Law* 14 (1999), 178–214
- Blanke, Thomas*, Antidemokratische Effekte der verfassungsgerichtlichen Demokratietheorie, *Kritische Justiz* 31 (1998), 452–71
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*, Mittelbare/repräsentative Demokratie als eigentliche Form der Demokratie, in: Georg Müller/René A. Rhinow/Gerhard Schmid/Luzius Wildhaber (Hg.), *Staatsorganisation und Staatsfunktion im Wandel: Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag*, Basel: Helbing & Lichtenhahn 1982, 301–28
- , Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz, München: Carl Friedrich von Siemens Stiftung 1989
- , Grundrechte als Grundsatznormen, *Der Staat* 29 (1990), 1–31
- , Demokratie als Verfassungsprinzip, in: ders., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1991, 289–378
- , Staat, Nation, Europa: Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1999
- , Menschenwürde als normatives Prinzip, *Juristenzeitung* 58 (2003), 809–15
- , Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranken: Zur Kritik gegenwärtiger Grundrechtsdogmatik, *Der Staat* 42 (2003), 165–92
- , Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band II: Verfassungsstaat*, Heidelberg: C.F. Müller, 3. Aufl. 2004, 429–96
- , Demokratische Willensbildung und Repräsentation, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts. Band III: Demokratie – Bundesorgane*, Heidelberg: C.F. Müller, 3. Aufl. 2005, 31–54
- Bogdandy, Armin von*, *Gubernative Rechtsetzung*, Tübingen: Mohr Siebeck 2000
- , Demokratisch, demokratischer, am demokratischsten? Zur Steigerungsfähigkeit eines Verfassungsprinzips am Beispiel einer Neugestaltung der Verordnungsgebung, in: Joachim Bohnert/Christof Gramm/Urs Kindhäuser/Joachim Lege/Alfred Rincken/Gerhard Robbers (Hg.), *Verfassung – Philosophie – Kirche: Festschrift für Alexander Hollerbach zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot 2001, 364–84
- Boix, Carles/Susan C. Stokes*, Endogenous Democratization, *World Politics* 55 (2003), 517–49
- Bollen, Kenneth A.*, Political Democracy and the Timing of Development, *American Sociological Review* 44 (1979), 572–87

- Bollen, Kenneth A./Robert W. Jackman*, Economic and Noneconomic Determinants of Political Democracy in the 1960s, *Research in Political Sociology* 1 (1985), 27–48
- Bombhoff, Jacco*, Lüth's 50th Anniversary: Some Comparative Observations on the German Foundations of Judicial Balancing, *German Law Journal* 9 (2008), 121–24
- , *Balancing Constitutional Rights: The Origins and Meanings of Postwar Legal Discourse*, Cambridge: Cambridge University Press 2013
- Bork, Robert H.*, Neutral Principles and Some First Amendment Problems, *Indiana Law Journal* 47 (1971), 1–35
- , *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, New York: Free Press 1990
- Borowski, Martin*, Abwehrrechte als grundrechtliche Prinzipien, in: Jan-Reinard Sieckmann (Hg.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte*, Baden-Baden: Nomos 2007, 81–104
- , *Grundrechte als Prinzipien*, Baden-Baden: Nomos, 2. Aufl. 2007
- , The Structure of Formal Principles: Robert Alexy's 'Law of Combination', in: Martin Borowski (Hg.), *On the Nature of Legal Principles*, Stuttgart: Franz Steiner Verlag 2010, 19–35
- , Formelle Prinzipien und Gewichtsformel, in: Matthias Klatt (Hg.), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, Tübingen: Mohr Siebeck 2013, 151–99
- , On Apples and Oranges. Comment on Niels Petersen, *German Law Journal* 14 (2013), 1409–18
- Botha, Henk*, Rights, Limitations, and the (Im)possibility of Self-Government, in: Henk Botha/André van der Walt/Johan van der Walt (Hg.), *Rights and Democracy in a Transformative Constitution*, Stellenbosch: Sun Press 2003, 13–31
- , Freedom and Constraint in Constitutional Adjudication, *South African Journal on Human Rights* 20 (2004), 249–83
- Brady, Alan D.P.*, *Proportionality and Deference under the UK Human Rights Act*, Cambridge: Cambridge University Press 2012
- Bredt, Christopher D./Adam M. Dodek*, The Increasing Irrelevance of Section 1 of the Charter, *Supreme Court Law Review* 14 (2001), 175–88
- Bremer, Eckhard*, *Medienplanwirtschaft: Organisationsrechtliches Denken bei der Interpretation der Rundfunkfreiheit durch Bundesverfassungsgericht und Staatslehre*, ORDO 46 (1995), 361–89
- Brennan, Thomas/Lee Epstein/Nancy Staudt*, The Political Economy of Judging, *Minnesota Law Review* 93 (2009), 1503–34
- Brenner, Michael*, Der Kruzifix-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts, *Thüringer Verwaltungsblätter* 5 (1996), 145–52
- Brenner, Saul/Marc Stier*, Retesting Segal and Spaeth's Stare Decisis Model, *American Journal of Political Science* 40 (1996), 1036–48
- Breuer, Rüdiger*, Legislative und administrative Prognoseentscheidungen, *Der Staat* 16 (1977), 21–54
- Brink, Stefan*, *Tatsachengrundlagen verfassungsgerichtlicher Judikate*, in: Hartmut Rensen/Stefan Brink (Hg.), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts: erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeitern*, Berlin: Walter de Gruyter 2009, 3–33
- Britz, Gabriele*, *Prozedurale Lösung von Grundrechtskollisionen durch „grundrechtliches Vorverfahren“*, *Der Staat* 42 (2003), 35–59
- , *Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung: Verfassungsrechtliche Grenzen statistischer Diskriminierung*, Tübingen: Mohr Siebeck 2008

- Brodocz, André*, Die Macht der Judikative, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften 2009
- Broome, John*, Is Incommensurability Vagueness?, in: Ruth Chang (Hg.), Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason, Cambridge: Harvard University Press 1997, 67–89
- Broß, Siegfried*, Die Würde des Menschen bleibt unantastbar, in: Caroline Y. Robertson-von Trotha (Hg.), 60 Jahre Grundgesetz. Interdisziplinäre Perspektiven, Baden-Baden: Nomos 2009, 41–50
- Brugger, Winfried*, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika, Tübingen: J.C.B. Mohr 1987
- , Rundfunkfreiheit und Verfassungsinterpretation, Heidelberg: C.F. Müller 1991
- , Menschenwürde im anthropologischen Kreuz der Entscheidung, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 56 (2008), 95–124
- Brüning, Christoph*, Gleichheitsrechtliche Verhältnismäßigkeit, Juristenzeitung 56 (2001), 669–73
- Bryde, Brun-Otto*, Verfassungsentwicklung: Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden: Nomos 1982
- , Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, Staatswissenschaften und Staatspraxis 5 (1994), 305–30
- , Die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit in Umbruchsituationen, in: Joachim Jens Hesse/Gunnar Folke Schuppert/Katharina Harms (Hg.), Verfassungsrecht und Verfassungspolitik in Umbruchsituationen, Baden-Baden: Nomos 1999, 197–210
- , Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes als Optimierungsaufgabe, in: Thomas Blanke (Hg.), Demokratie und Grundgesetz: Eine Auseinandersetzung mit der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, Baden-Baden: Nomos 2000, 59–70
- , Tatsachenfeststellungen und soziale Wirklichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Peter Badura/Horst Dreier (Hg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Band I, Tübingen: Mohr Siebeck 2001, 533–61
- , Der Beitrag des Bundesverfassungsgerichts zur Demokratisierung der Bundesrepublik, in: Robert Christian van Ooyen/Martin H.W. Möllers (Hg.), Das Bundesverfassungsgericht im politischen System, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften 2006, 321–31
- Bull, Hans Peter*, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, Frankfurt a.M.: Athenäum Verlag 1973
- Bulla, Simon*, Das Verfassungsprinzip der Folgerichtigkeit und seine Auswirkungen auf die Grundrechtsdogmatik, Zeitschrift für das Juristische Studium 1 (2008), 585–96
- Bullinger, Martin*, Medien, Pressefreiheit, Rundfunkverfassung, in: Peter Badura/Horst Dreier (Hg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht. Zweiter Band: Klärung und Fortbildung des Verfassungsrechts, Tübingen: Mohr Siebeck 2001, 193–218
- Bumke, Christian*, Der Grundrechtsvorbehalt: Untersuchungen über die Begrenzung und Ausgestaltung der Grundrechte, Baden-Baden: Nomos 1998
- , Die Pflicht zur konsistenten Gesetzgebung, Der Staat 49 (2010), 77–105
- Búrca, Gráinne de*, The Principle of Proportionality and its Application in EC Law, Yearbook of European Law 13 (1993), 105–50
- Burghart, Axel*, Die Pflicht zum guten Gesetz, Berlin: Duncker & Humblot 1996
- Caldeira, Gregory A.*, Neither the Purse nor the Sword: Dynamics of Public Confidence in the Supreme Court, American Political Science Review 80 (1986), 1209–26

- Caldeira, Gregory A./James L. Gibson*, The Etiology of Public Support for the Supreme Court, *American Journal of Political Science* 36 (1992), 635–64
- Çali, Basak*, Balancing Human Rights? Methodological Problems with Weights, Scales and Proportions, *Human Rights Quarterly* 29 (2007), 251–70
- Camilo de Oliveira, Renata*, Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, Berlin: Duncker & Humblot 2013
- Cappelletti, Mauro*, The Judicial Process in Comparative Perspective, Oxford: Clarendon Press 1989
- Carrubba, Clifford James*, A Model of the Endogenous Development of Judicial Institutions in Federal and International Systems, *Journal of Politics* 71 (2009), 55–69
- Chang, Ruth*, Introduction, in: Ruth Chang (Hg.), *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*, Cambridge: Harvard University Press 1997, 1–34
- Chapman, Pamela A.*, The Politics of Judging: Section 1 of the Charter of Rights and Freedoms, *Osgoode Hall Law Journal* 24 (1986), 867–96
- Charney, Robert E.*, Evidence in Charter Cases: Expert Evidence and Proving Purpose, *National Journal of Constitutional Law* 16 (2004), 1–25
- Charney, Robert E./S. Zachary Green*, Prophets of Doom, Seers of Fortune: 20 Years of Experience under the Oakes Test, *Supreme Court Law Review* 34 (2006), 479–99
- Chemerinsky, Erwin*, The Vanishing Constitution, *Harvard Law Review* 103 (1989), 43–104
- , *Constitutional Law: Principles and Policies*, New York: Wolters Kluwer, 4. Aufl. 2011
- Choudhry, Sujit*, Worse than Lochner?, in: Colleen M. Flood/Kent Roach/Lorne Sossin (Hg.), *Access to Care, Access to Justice: The Legal Debate Over Private Health Insurance in Canada*, Toronto: University of Toronto Press 2005, 75–100
- , So What Is the Real Legacy of *Oakes*? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian *Charter*'s Section 1, *Supreme Court Law Review* 34 (2006), 501–35
- , ‚He Had a Mandate‘; The South African Constitutional Court and the African National Congress in a Dominant Party Democracy, *Constitutional Court Review* 2 (2009), 1–86
- Christensen, Ralph/Andreas Fischer-Lescano*, Das Ganze des Rechts: Vom hierarchischen zum reflexiven Verständnis deutscher und europäischer Grundrechte, Berlin: Duncker & Humblot 2007
- Christensen, Ralph/Kent D. Lerch*, Dass das Ganze das Wahre ist, ist nicht ganz unwahr, *Juristenzeitung* 62 (2007), 438–44
- Classen, Claus Dieter*, Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit im Spiegel europäischer Rechtsentwicklungen, in: Michael Sachs/Helmut Siekmann (Hg.), *Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat: Festschrift für Klaus Stern zum 80. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot 2012, 651–67
- Clérico, Laura*, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, Baden-Baden: Nomos 2001
- Cockrell, Alfred*, Rainbow Jurisprudence, *South African Journal on Human Rights* 12 (1996), 1–38
- Cohen-Eliya, Moshe/Iddo Porat*, The Hidden Foreign Law Debate in *Heller*: The Proportionality Approach in American Constitutional Law, *San Diego Law Review* 46 (2009), 367–413
- , American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins, *International Journal of Constitutional Law* 8 (2010), 263–86
- , Proportionality and the Culture of Justification, *American Journal of Comparative Law* 59 (2011), 463–90

- , Proportionality and Constitutional Culture, Cambridge: Cambridge University Press 2013
- Cohen, Joshua/Charles Sabel*, Direct-Deliberative Polyarchy, *European Law Journal* 3 (1997), 313–42
- Cook, Thomas D./Donald T. Campbell*, Quasi-Experimentation. Design & Analysis Issues for Field Settings, Boston: Houghton Mifflin Company 1979
- Corkin, Joseph*, Science, Legitimacy and the Law: Regulating Risk Regulation Judiciously in the European Community, *European Law Review* 33 (2008), 359–84
- Cornils, Matthias*, Folgerichtiger Nichtraucherschutz: Von Verfassungs wegen keine halben Sachen?, *Zeitschrift für das Juristische Studium* 1 (2008), 660–63
- , Allgemeine Handlungsfreiheit, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Band VII: Freiheitsrechte, Heidelberg: C.F. Müller, 3. Aufl. 2009, 1155–224
- , Rationalitätsanforderungen an die parlamentarische Gesetzgebung im demokratischen Rechtsstaat, *Deutsches Verwaltungsblatt* 126 (2011), 1053–61
- Craig, Paul*, The Nature of Reasonableness Review, *Current Legal Problems* 66 (2013), 131–67
- Cremer, Wolfram*, Freiheitsgrundrechte: Funktionen und Strukturen, Tübingen: J.C.B. Mohr 2003
- Currie, Iain*, Judicious Avoidance, *South African Journal on Human Rights* 15 (1999), 138–65
- , Balancing and the Limitation of Rights in the South African Constitution, *SA Public Law* 25 (2010), 408–22
- Currie, Iain/Johan de Waal*, *The Bill of Rights Handbook*, Lansdowne: Juta, 5. Aufl. 2005
- Dahl, Robert Alan*, Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker, *Journal of Public Law* 6 (1957), 279–95
- Dammann, Ilmer*, *Der Kernbereich der privaten Lebensgestaltung. Zum Menschenwürde- und Wesensgehaltsschutz im Bereich der Freiheitsgrundrechte*, Berlin: Duncker & Humblot 2011
- Dann, Philipp*, Verfassungsgerichtliche Kontrolle gesetzgeberischer Rationalität, *Der Staat* 49 (2010), 630–46
- Dawood, Yasmin*, Democracy and the Right to Vote: Rethinking Democratic Rights under the Charter, *Osgoode Hall Law Journal* 51 (2013), 251–95
- Dawson, Mark*, Constitutional Dialogue between Court and Legislatures in the European Union: Prospects and Limits, *European Public Law* 19 (2013), 369–96
- De Schutter, Olivier/Françoise Tulkens*, Rights in Conflicts: The European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution, in: Eva Brems (Hg.), *Conflicts between Fundamental Rights*, Antwerp: Intersentia 2008, 169–216
- Dechsling, Rainer*, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot*, München: Franz Vahlen 1989
- Dederer, Hans-Georg*, Die Garantie der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 57 (2009), 89–124
- Delaney, Erin F.*, Judiciary Rising: Constitutional Change in the United Kingdom, *Northwestern University Law Review* 108 (2014), 543–605
- Denninger, Erhard*, Das Bundesverfassungsgericht zwischen Recht und Politik, in: Hauke Brunkhorst/Peter Niesen (Hg.), *Das Recht der Republik*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1999, 288–304
- Denzau, Arthur T./Michael C. Munger*, Legislators and Interest Groups: How Unorganized Interests Get Represented, *American Political Science Review* 80 (1986), 89–106

- Detterbeck, Steffen*, Gelten die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts auch in Bayern? Zur prozessualen Bedeutung der Kruzifix-Entscheidung vom 16.5.1996 und zur Deutung von § 31 I BVerfGG, *Neue Juristische Wochenschrift* 49 (1996), 426–32
- Di Fabio, Udo*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat: Zum Wandel der Dogmatik im öffentlichen Recht, insbesondere am Beispiel der Arzneimittelüberwachung, Tübingen: J.C.B.Mohr 1994
- , Voraussetzungen und Grenzen des umweltrechtlichen Vorsorgeprinzips, in: Max Dietrich Kley/Eckart Sünner/Arnold Willemsen (Hg.), *Festschrift für Wolfgang Ritter zum 70. Geburtstag*, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt 1997, 807–38
- , *Das Recht offener Staaten: Grundlinien einer Staats- und Rechtstheorie*, Tübingen: J.C.B. Mohr 1998
- , Art. 2 Abs. 2 Satz 1, in: Theodor Maunz/Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz/Matthias Herdegen/Hans H. Klein (Hg.), *Grundgesetz: Kommentar*, München: C.H. Beck, 43. Lfg. 2004
- , Gewaltenteilung, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band II: Verfassungsstaat*, Heidelberg: C.F. Müller, 3. Aufl. 2004, 613–58
- , Steuern und Gerechtigkeit, *Juristenzeitung* 62 (2007), 749–55
- , Systemtheorie und Rechtsdogmatik, in: Gregor Kirchhof/Stefan Magen/Karsten Schneider (Hg.), *Was weiß Dogmatik?*, Tübingen: Mohr Siebeck 2012, 63–78
- Diamond, Larry*, *Economic Development and Democracy Reconsidered*, in: Gary Marks/Larry Diamond (Hg.), *Reexamining Democracy: Essays in Honor of Seymour Martin Lipset*, Newbury Park: Sage 1992, 93–139
- Dicey, Albert Venn*, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London: Macmillan 1961 [1885]
- Dichgans, Hans*, Recht und Politik in der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts, in: Gerhard Leibholz/Hans Joachim Faller/Paul Mikat/Hans Reis (Hg.), *Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung: Festschrift für Willi Geiger zum 65. Geburtstag*, Tübingen: J.C.B. Mohr 1974, 945–62
- Downs, Anthony*, *An Economic Theory of Democracy*, Boston: Addison Wesley 1985 [1957]
- Dreier, Horst*, Artikel 28, in: ders. (Hg.), *Grundgesetz-Kommentar. Band II: Artikel 28–82*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2. Aufl. 2006
- , Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG, in: ders. (Hg.), *Grundgesetz-Kommentar. Band I: Präambel, Artikel 1–19*, Tübingen: Mohr Siebeck, 3. Aufl. 2013
- , Artikel 1 I, in: ders. (Hg.), *Grundgesetz-Kommentar. Band I: Präambel, Artikel 1–19*, Tübingen: Mohr Siebeck, 3. Aufl. 2013
- Dürig, Günter*, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde: Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes, *Archiv des öffentlichen Rechts* 81 (1956), 117–57
- , Zur Bedeutung und Tragweite des Art. 79 Abs. III des Grundgesetzes, in: Hans Spanner/Peter Lerche/Hans Zacher/Peter Badura/Axel Freiherr von Campenhausen (Hg.), *Festgabe für Theodor Maunz zum 70. Geburtstag*, München: C.H. Beck 1971, 41–53
- Dworkin, Ronald*, *Taking Rights Seriously*, London: Duckworth 1977
- , *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, MA: Harvard University Press 1996
- Easton, David*, *A Systems Analysis of Political Life*, New York: John Wiley 1965

- , A Re-Assessment of the Concept of Political Support, *British Journal of Political Science* 5 (1975), 435–57
- Eberl, Matthias*, Verfassung und Richterspruch, Berlin: De Gruyter 2006
- Ehmke, Horst*, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 20 (1963), 53–102
- Eidenmüller, Horst*, Effizienz als Rechtspinzip, Tübingen: J.C.B. Mohr 1995
- Eifert, Martin*, Konkretisierung des Programmauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, Baden-Baden: Nomos 2002
- Elhauge, Einer R.*, Does Interest Group Theory Justify More Intensive Judicial Review?, *Yale Law Journal* 101 (1991), 31–110
- Elliott, Mark*, Proportionality and Deference: The Importance of a Structured Approach, in: Christopher Forsyth/Mark Elliott/Swati Jhaveri/Michael Ramsden/Anne Scully-Hill (Hg.), *Effective Judicial Review: A Cornerstone of Good Governance*, Oxford: Oxford University Press 2010, 264–86
- , Proportionality and Deference: The Importance of a Structured Approach, *University of Cambridge: Legal Studies Research Paper No. 32/2013*
- Elsner, Thomas/Klara Schobert*, Gedanken zur Abwägungsresistenz der Menschenwürde: angestoßen durch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsmäßigkeit der Sicherheitsverwahrung, *Deutsches Verwaltungsblatt* 122 (2007), 278–87
- Ely, John Hart*, Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorizing and Balancing in First Amendment Analysis, *Harvard Law Review* 88 (1975), 1482–508
- , The Centrality and Limits of Motivation Analysis, *San Diego Law Review* 15 (1978), 1155–61
- , *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press 1980
- Enders, Christoph*, Art. 19 [Einschränkung von Grundrechten], in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hg.), *Grundgesetz: Kommentar*, München: C.H. Beck, 2. Aufl. 2013
- Endicott, Timothy*, Proportionality and Incommensurability, in: Grant Huscroft/Bradley W. Miller/Grégoire Webber (Hg.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, New York: Cambridge University Press 2014, 311–42
- Engel, Christoph*, Die Konkurrenz zwischen den deutschen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und privaten Anbietern, in: Jörg Peter/Kay-Uwe Rhein (Hg.), *Wirtschaft und Recht*, Osnabrück: M. Steinbacher & Sohn 1989, 243–81
- , Privater Rundfunk vor der Europäischen Menschenrechtskonvention, Baden-Baden: Nomos 1993
- , Internationaler Umweltschutz: Systematik der Probleme und der Lösungen, in: Jürgen Basedow/Klaus J. Hopt/Hein Kötz (Hg.), *Festschrift für Ulrich Drobnig zum siebenzigsten Geburtstag*, Tübingen: Mohr Siebeck 1998, 247–76
- , Rechtswissenschaft als angewandte Sozialwissenschaft: Die Aufgabe der Rechtswissenschaft nach der Öffnung der Rechtsordnung für sozialwissenschaftliche Theorie, in: Christoph Engel (Hg.), *Methodische Zugänge zu einem Recht der Gemeinschaftsgüter*, Baden-Baden: Nomos 1998, 11–40
- , Delineating the Proper Scope of Government: A Proper Task for a Constitutional Court?, *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 157 (2001), 187–219
- , Offene Gemeinwohldefinitionen, *Rechtstheorie* 32 (2001), 23–52
- , Das legitime Ziel als Element des Übermaßverbots, in: Winfried Brugger/Stephan Kirste/Michael Anderheiden (Hg.), *Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt*, Baden-Baden: Nomos 2002, 103–72

- , Rechtliche Entscheidungen unter Unsicherheit, in: Christoph Engel/Jost Halfmann/Martin Schulte (Hg.), Wissen – Nichtwissen – Unsicheres Wissen, Baden-Baden: Nomos 2002, 305–50
- , The Constitutional Court – Applying the Proportionality Principle – as a Subsidiary Authority for the Assessment of Political Outcomes, in: Christoph Engel/Adrienne Héritier (Hg.), Linking Politics and Law, Baden-Baden: Nomos 2003, 285–314
- , Freiheit und Autonomie, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hg.), Handbuch der Grundrechte. Band II: Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren I, Heidelberg: C.F. Müller 2006, 389–436
- , Inconsistency in the Law: In Search of a Balanced Norm, in: Christoph Engel/Lorraine Daston (Hg.), Is there Value in Inconsistency?, 2006, 221–81
- , Herrschaftsausübung bei offener Wirklichkeitsdefinition, in: Christoph Engel/Wolfgang Schön (Hg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, Tübingen: Mohr Siebeck 2007, 205–40
- , Verhaltenswissenschaftliche Analyse: eine Gebrauchsanweisung für Juristen, in: Christoph Engel/Markus Englerth/Jörn Lüdemann/Indra Spiecker gen. Döhmann (Hg.), Recht und Verhalten, Tübingen: Mohr Siebeck 2007, 363–405
- , The Difficult Reception of Rigorous Descriptive Social Science in the Law, in: Nico Stehr/Bernd Weiler (Hg.), Who Owns Knowledge? Knowledge and the Law, New Brunswick: Transaction Publishers 2008, 169–213
- , Öffentliches Wirtschaftsrecht aus Sicht der ökonomischen Theorie, in: Dirk Ehlers/Michael Fehling/Hermann Pünder (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht. Band I: Öffentliches Wirtschaftsrecht, Heidelberg: C.F. Müller, 3. Aufl. 2012, 40–62
- , Aufgaben, in: Hanno Kube/Rudolf Mellinghoff/Gerd Morgenthaler/Ulrich Palm/Thomas Puhl/Christian Seiler (Hg.), Leitgedanken des Rechts. Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag. Band I: Staat und Verfassung, Heidelberg: C.F. Müller 2013, 57–69
- Englisch, Joachim*, Folgerichtiges Steuerrecht als Verfassungsgebot, in: Klaus Tipke/Roman Seer/Johanna Hey/Joachim Englisch (Hg.), Gestaltung der Steuerrechtsordnung: Festschrift für Joachim Lang zum 70. Geburtstag, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt 2010, 167–220
- Epstein, David L./Robert Bates/Jack Goldstone/Ida Kristensen/Sharyn O'Halloran*, Democratic Transitions, *American Journal of Political Science* 50 (2006), 551–69
- Epstein, Lee/Jack Knight/Olga Shvetsova*, The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government, *Law & Society Review* 35 (2001), 117–63
- Epstein, Richard A.*, Toward a Revitalization of the Contract Clause, *The University of Chicago Law Review* 51 (1984), 703–51
- Esser, Josef*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt a.M.: Athenäum Verlag 1970
- Eule, Julian N.*, Judicial Review of Direct Democracy, *Yale Law Journal* 99 (1990), 1503–90
- Fallon, Richard H.*, Strict Judicial Scrutiny, *U.C.L.A. Law Review* 54 (2007), 1267–337
- Ferejohn, John*, Instituting Deliberative Democracy, in: Ian Shapiro/Stephen Macedo (Hg.), *Designing Democratic Institutions*, New York: New York University Press 2000, 75–104
- , Judicializing Politics, Politicizing Law, *Law and Contemporary Problems* 65 (2002), 41–68
- Fischer-Lescano, Andreas*, Kritik der praktischen Konkordanz, *Kritische Justiz* 41 (2008), 166–77

- Fishkin, James S.*, Democracy and Deliberation: New Directions for Democratic Reform, New Haven: Yale University Press 1991
- Fleiner, Fritz*, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, Tübingen: J.C.B. Mohr 1911
- Follesdal, Andreas/Simon Hix*, Why There is a Democratic Deficit in the EU: A Response to Majone and Moravcsik, *Journal of Common Market Studies* 44 (2006), 533–62
- Forsthoff, Ernst*, Der Staat in der Industriegesellschaft, München: C.H. Beck, 2. Aufl. 1971
- Friedman, Barry Evan*, The Politics of Judicial Review, *Texas Law Review* 84 (2005), 257–337
- , The Will of the People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution, New York: Farrar, Straus and Giroux 2009
- Friedman, Barry Evan/Erin F. Delaney*, Becoming Supreme: The Federal Foundation of Judicial Supremacy, *Columbia Law Review* 111 (2011), 1137–93
- Fudenberg, Drew/Jean Tirole*, Game Theory, Cambridge, Mass.: MIT Press 1991
- Gadamer, Hans-Georg*, Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik, Tübingen: J.C.B. Mohr 1960
- García Amado, Juan Antonio*, Abwägung versus normative Auslegung, *Rechtstheorie* 40 (2009), 1–42
- Gardbaum, Stephen*, The New Commonwealth Model of Constitutionalism, *American Journal of Comparative Law* 49 (2001), 707–60
- , Limiting Constitutional Rights, *U.C.L.A. Law Review* 54 (2007), 789–854
- , The Myth and the Reality of American Constitutional Exceptionalism, *Michigan Law Review* 107 (2008), 391–466
- , A Democratic Defense of Constitutional Balancing, *Law & Ethics of Human Rights* 4 (2010), 77–106
- , The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice, Cambridge: Cambridge University Press 2013
- , Proportionality and Democratic Constitutionalism, in: Grant Huscroft/Bradley Miller/Grégoire Webber (Hg.), Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning, Cambridge: Cambridge University Press 2014, 259–83
- Gärditz, Klaus Ferdinand*, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung, Tübingen: Mohr Siebeck 2009
- , Das verfassungsrechtliche Existenzminimum im „Hartz IV“-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, *Bonner Rechtsjournal* 3 (2010), 4–11
- , Gerichtliche Feststellung genereller Tatsachen (legislative facts) im Öffentlichen Recht, in: Hans-Ullrich Paeffgen/Martin Böse/Urs Kindhäuser/Stephan Stübinger/Torsten Verrel/Rainer Zaczek (Hg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, Berlin: Duncker & Humblot 2011, 1557–78
- Gärditz, Klaus Ferdinand/Christian Hillgruber*, Volkssouveränität und Demokratie ernst genommen: Zum Lissabon-Urteil des BVerfG, *Juristenzeitung* 64 (2009), 872–81
- Gassner, Ulrich M.*, Gesetzgebung und Bestimmtheitsgrundsatz, *Zeitschrift für Gesetzgebung* 11 (1996), 37–56
- Geis, Max-Emanuel*, Geheime Offenbarung oder Offenbarungseid? Anmerkungen zum „Kruzifix-Beschluß“ des Bundesverfassungsgerichts, *Recht der Jugend und des Bildungswesens* 43 (1995), 373–86
- Gentz, Manfred*, Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen, *Neue Juristische Wochenschrift* 21 (1968), 1600–07

- George, Tracey E./Lee Epstein*, On the Nature of Supreme Court Decision Making, *American Political Science Review* 86 (1992), 323–37
- Gerards, Janneke*, Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine, *European Law Journal* 17 (2011), 80–120
- Gibson, James L.*, Institutional Legitimacy, Procedural Justice, and Compliance with Supreme Court Decisions: A Question of Causality, *Law & Society Review* 25 (1991), 631–36
- Gibson, James L./Gregory A. Caldeira/Vanessa A. Baird*, On the Legitimacy of National High Courts, *American Political Science Review* 92 (1998), 343–58
- Ginsburg, Tom*, *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*, Cambridge: Cambridge University Press 2003
- Glaser, Andreas*, *Nachhaltige Entwicklung und Demokratie*, Tübingen: Mohr Siebeck 2006
- Godau-Schüttke, Klaus-Detlev*, Entnazifizierung und Wiederaufbau der Justiz am Beispiel des Bundesgerichtshofs, in: Eva Schumann (Hg.), *Kontinuitäten und Zäsuren: Rechtswissenschaft und Justiz im „Dritten Reich“ und in der Nachkriegszeit*, Göttingen: Wallstein Verlag 2008, 189–212
- Goerlich, Helmut*, *Grundrechte als Verfahrensgarantien*, Baden-Baden: Nomos 1981
- Golove, David M.*, Democratic Constitutionalism: The Bickel-Ackerman-Dialectic, in: Kenneth D. Ward/Cecilia R. Castillo (Hg.), *The Judiciary and American Democracy*, Albany: State University of New York Press 2005, 71–103
- Goos, Christoph*, *Innere Freiheit: Eine Rekonstruktion des grundgesetzlichen Würdebegriffs*, Göttingen: V&R unipress 2011
- Gottlieb, Stephen E.*, The Paradox of Balancing Significant Interests, *Hastings Law Journal* 45 (1994), 825–66
- Grabitz, Eberhard*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, *Archiv des öffentlichen Rechts* 98 (1973), 568–616
- , Vertrauensschutz als Freiheitsschutz, *Deutsches Verwaltungsblatt* 88 (1973), 675–84
- Grechenig, Kristoffel/Konrad Lachmayer*, Zur Abwägung von Menschenleben: Gedanken zur Leistungsfähigkeit der Verfassung, *Journal für Rechtspolitik* 19 (2011), 35–45
- Griffin, James*, Are There Incommensurable Values?, *Philosophy and Public Affairs* 7 (1977), 39–59
- Grimm, Dieter*, Verfassungsgerichtsbarkeit im demokratischen System, *Juristenzeitung* 31 (1976), 697–703
- , Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 42 (1984), 46–82
- , Verfahrensfehler als Grundrechtsverstöße, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 4 (1985), 865–72
- , Human Rights and Judicial Review in Germany, in: David M. Beatty (Hg.), *Human Rights and Judicial Review: A Comparative Perspective*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers 1994, 267–95
- , Politische Parteien, in: Ernst Benda/Werner Maihofer/Hans-Jochen Vogel (Hg.), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin: Walter de Gruyter, 2. Aufl. 1994, 599–656
- , (Hg.), *Staatsaufgaben*, Baden-Baden: Nomos 1994
- , Politik und Recht, in: Eckart Klein (Hg.), *Grundrechte, soziale Ordnung und Verfassungsgerichtsbarkeit: Festschrift für Ernst Benda zum 70. Geburtstag*, Heidelberg: C.F. Müller 1995, 91–103

- , Proportionality in Canadian and German Jurisprudence, *University of Toronto Law Journal* 57 (2007), 383–97
- Gröschner, Rolf*, Vom Ersatzgesetzgeber zum Ersatzerzieher, *Zeitschrift für Gesetzgebung* 23 (2008), 400–12
- , Artikel 6, in: Horst Dreier (Hg.), *Grundgesetz-Kommentar. Band I: Präambel, Artikel 1–19*, Tübingen: Mohr Siebeck, 3. Aufl. 2013
- Gröschner, Rolf/Oliver W. Lembcke*, Dignitas absoluta. Ein kritischer Kommentar zum Absolutheitsanspruch der Würde, in: dies. (Hg.), *Das Dogma der Unantastbarkeit*, Tübingen: Mohr Siebeck 2009, 1–24
- Groß, Thomas*, Terrorbekämpfung und Grundrechte: Zur Operationalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, *Kritische Justiz* 35 (2002), 1–17
- Grosskopf, Anke/Jeffery J. Mondak*, Do Attitudes Toward Specific Supreme Court Decisions Matter? The Impact of Webster and Texas v. Johnson on Public Confidence in the Supreme Court, *Political Research Quarterly* 51 (1998), 633–54
- Grzeszick, Bernd*, Art. 20 und die allgemeine Rechtsstaatlichkeit, in: Theodor Maunz/Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz/Matthias Herdegen/Hans H. Klein (Hg.), *Grundgesetz-Kommentar*, München: C.H. Beck, 48. Lfg. 2006,
- , Rationalitätsanforderungen an die parlamentarische Rechtsetzung im demokratischen Rechtsstaat, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 71 (2012), 49–81
- Gunn, Jeremy T.*, Deconstructing Proportionality in Limitations Analysis, *Emory International Law Review* 19 (2005), 465–98
- Gusy, Christoph*, Das Grundgesetz als normative Gesetzgebungslehre?, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 18 (1985), 291–99
- , *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, Berlin: Duncker & Humblot 1985
- Gutman, Amy/Dennis Thompson*, *Democracy and Disagreement*, Cambridge, Mass.: Belknap Press 1996
- Häberle, Peter*, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, Karlsruhe: Verlag C.F. Müller 1962
- , Grundrechte im Leistungsstaat, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 30 (1972), 43–141
- , Freiheit, Gleichheit und Öffentlichkeit des Abgeordnetenstatus, *Neue Juristische Wochenschrift* 29 (1976), 537–43
- , *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft*, Königstein: Athenäum 1980
- , *Europäische Verfassungslehre*, Baden-Baden: Nomos, 7. Aufl. 2011
- Habermas, Jürgen*, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1992
- , Drei normative Modelle der Demokratie, in: Jürgen Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1996, 277–92
- Hagan, John*, Can Social Science Save Us? The Problems and Prospects of Social Science Evidence in Constitutional Litigation, in: Robert J. Sharpe (Hg.), *Charter Litigation*, Toronto: Butterworths 1987, 213–32
- Hailbronner, Michaela*, Rethinking the rise of the German Constitutional Court: From anti-Nazism to value formalism, *International Journal of Constitutional Law* (2014), i.E.

- Hain, Karl-Eberhard*, Die Grundsätze des Grundgesetzes, Baden-Baden: Nomos 1999
- , Konkretisierung der Menschenwürde durch Abwägung?, *Der Staat* 45 (2006), 189–214
- Halberstam, Daniel/Christoph Möllers*, The German Constitutional Court Says „Ja zu Deutschland!“, *German Law Journal* 10 (2009), 1241–57
- Halter, Ulrich*, Demokratische Verantwortlichkeit und Verfassungsgerichtsbarkeit, *Der Staat* 35 (1996), 551–80
- , Integration als Mythos: Zur Überforderung des Bundesverfassungsgerichts, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 45 (1997), 31–88
- , Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Mißtrauen, Berlin: Duncker & Humblot 1998
- , Europarecht: Dogmatik im Kontext, Tübingen: Mohr Siebeck, 2. Aufl. 2007
- Hänni, Julia*, Rechtskonflikte, Wertefolgen und Inkommensurabilität, in: Edward Schramm/Wibke Frey/Lorenz Kähler/Sabine Müller-Mall/Friederike Wapler (Hg.), *Konflikte im Recht: Recht der Konflikte*, Stuttgart: Franz Steiner Verlag 2010, 173–85
- Hassemer, Winfried*, Über den argumentativen Umgang mit der Würde des Menschen, in: Gerhard Robbers/Dieter C. Umbach/Klaus-Eckart Gebauer (Hg.), *Innere Sicherheit, Menschenwürde, Gentechnologie*, Frankfurt a.M.: Peter Lang 2005, 65–79
- Häußler, Richard*, Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung, Berlin: Duncker & Humblot 1994
- Hebeler, Timo*, Ist der Gesetzgeber verfassungsrechtlich verpflichtet, Gesetze zu begründen?, *Die Öffentliche Verwaltung* 63 (2010), 754–62
- Heckel, Martin*, Das Kreuz im öffentlichen Raum: Zum „Kruzifix-Beschluß“ des Bundesverfassungsgerichts, *Deutsches Verwaltungsblatt* 111 (1996), 453–82
- Heinold, Alexander*, Die Prinzipientheorie bei Ronald Dworkin und bei Robert Alexy, Berlin: Duncker & Humblot 2011
- Heinsohn, Stephanie*, Der öffentlichrechtliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Münster: Dissertation 1997
- Hellermann, Johannes*, Art. 28 [Verfassung der Länder], in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hg.), *Grundgesetz*, München: C.H. Beck, 2. Aufl. 2013
- Henne, Thomas*, „Von 0 auf Lüth in 6 1/2 Jahren“: Zu den prägenden Faktoren der Grundsatzentscheidung, in: Thomas Henne/Arne Riedlinger (Hg.), *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht*, Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag 2005, 197–222
- Herdegen, Matthias*, Verfassungsinterpretation als methodische Disziplin, *Juristenzeitung* 59 (2004), 873–79
- , Art. 1 Abs. 1, in: Theodor Maunz/Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz/Matthias Herdegen/Hans H. Klein (Hg.), *Grundgesetz-Kommentar*, München: C.H. Beck, 55. Lfg. 2009
- Herrmann, Dietrich*, Akte der Selbstautorisierung als Grundstock institutioneller Macht von Verfassungsgerichten, in: Hans Vorländer (Hg.), *Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften 2006, 141–73
- Herzog, Roman*, Ziele, Vorbehalte und Grenzen der Staatstätigkeit, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band IV: Aufgaben des Staates*, Heidelberg: C.F. Müller, 3. Aufl. 2006, 81–116
- Hesse, Konrad*, Die verfassungsrechtliche Stellung der Parteien im modernen Staat, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 17 (1959), 11–52
- , Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland, *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 5 (1978), 427–38

- , Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Jörg Paul Müller (Hg.), *Recht als Prozess und Gefüge: Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag*, Bern: Stämpfli 1981, 261–72
- , Der Gleichheitssatz in der neueren deutschen Verfassungsentwicklung, *Archiv des öffentlichen Rechts* 109 (1984), 174–98
- , Der allgemeine Gleichheitssatz in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Rechtsetzungsgleichheit, in: Peter Badura/Rupert Scholz (Hg.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens: Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag*, München: C.H. Beck 1993, 121–31
- , Bedeutung der Grundrechte, in: Ernst Benda/Werner Maihofer/Hans-Jochen Vogel (Hg.), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin: Walter de Gruyter, 2. Aufl. 1994, 127–60
- , *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg: C.F. Müller, 20. Aufl. 1995
- Heun, Werner*, Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit. Reichweite und Grenzen einer dogmatischen Argumentationsfigur, Baden-Baden: Nomos 1992
- , Die Geburt der Verfassungsgerichtsbarkeit: 200 Jahre Marbury v. Madison, *Der Staat* 42 (2003), 267–83
- , Freiheit und Gleichheit, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hg.), *Handbuch der Grundrechte. Band II: Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren I*, Heidelberg: C.F. Müller 2006, 437–72
- , Artikel 3, in: Horst Dreier (Hg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Tübingen: Mohr Siebeck, 3. Aufl. 2013
- Heusch, Andreas*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Staatsorganisationsrecht*, Berlin: Duncker & Humblot 2003
- Hillgruber, Christian*, *Der Schutz des Menschen vor sich selbst*, München: Franz Vahlen 1992
- , Die Herrschaft der Mehrheit: Grundlagen und Grenzen des demokratischen Majoritätsprinzips, *Archiv des öffentlichen Rechts* 127 (2002), 460–73
- , Der Staat des Grundgesetzes: nur „bedingt abwehrbereit“?, *Juristenzeitung* 62 (2007), 209–18
- , Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 67 (2008), 7–56
- , Art. 1 [Schutz der Menschenwürde], in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hg.), *Grundgesetz*, München: C.H. Beck, 2. Aufl. 2013
- , Grundrechtsschranken, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band IX: Allgemeine Grundrechtslehren*, Heidelberg: C.F. Müller, 3. Aufl. 2011, 1033–75
- , Ohne rechtes Maß? Eine Kritik der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nach 60 Jahren, *Juristenzeitung* 66 (2011), 861–71
- Hillgruber, Christian/Christoph Goos*, *Verfassungsprozessrecht*, Heidelberg: C.F. Müller, 3. Aufl. 2011
- Hippel, Eike von*, *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*, Berlin: Duncker & Humblot 1965
- Hirschberg, Lothar*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Göttingen: Verlag Otto Schwartz & Co. 1981

- Hirschman, Albert O.*, Exit, Voice, and Loyalty, Cambridge, Mass.: Harvard University Press 1970
- Höffe, Otfried*, Wieviel Politik ist dem Verfassungsgericht erlaubt?, *Der Staat* 38 (1999), 171–93
- Hoffmann-Riem, Wolfgang*, Rundfunkfreiheit durch Rundfunkorganisation, Frankfurt a.M.: Alfred Metzner Verlag 1979
- , Medienfreiheit und der außenplurale Rundfunk, *Archiv des öffentlichen Rechts* 109 (1984), 304–68
- , Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch, *Der Staat* 43 (2004), 203–33
- Höfling, Wolfram*, Unantastbare Grundrechte: ein normlogischer Widerspruch?, in: Rolf Gröschner/Oliver W. Lembcke (Hg.), *Das Dogma der Unantastbarkeit*, Tübingen: Mohr Siebeck 2009, 111–20
- Hofmann, Ekkehard*, Das Wohl der Allgemeinheit als Enteignungsvoraussetzung: Überlegungen zur Methodik der staatlichen Entscheidungsherstellung und ihrer gerichtlichen Kontrolle im Verwaltungs- und Verfassungsrecht, in: Marc Bungenberg/Stefan Danz/Helge Heinrich/Olaf Hünemörder/Christian Schmidt/Romy Schroeder/Ariane Sickert/Frank Unkroth (Hg.), *Recht und Ökonomik*, München: C.H. Beck 2004, 161–88
- , *Abwägung im Recht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2007
- Hogg, Peter W.*, Section 1 Revisited, *National Journal of Constitutional Law* 1 (1991), 1–24
- , *Constitutional Law of Canada*, Vol. 2, Ontario: Thomson Carswell, 5. Aufl. 2007
- Hogg, Peter W./Allison A. Bushell*, The *Charter* Dialogue between Courts and Legislatures, *Osgoode Hall Law Journal* 35 (1997), 75–124
- Holznagel, Bernd*, Rundfunkrecht in Europa: Auf dem Weg zu einem Gemeinrecht europäischer Rundfunkordnungen, Tübingen: J.C.B. Mohr 1996
- Hong, Mathias*, Grundrechte als Instrumente der Risikoallokation, in: Jörg Scharrer/Marcel Dalibor/Katja Rodi/Katja Fröhlich/Paul Schächterle (Hg.), *Risiko im Recht – Recht im Risiko*, Baden-Baden: Nomos 2011, 111–34
- Hubmann, Heinrich*, Die Methode der Abwägung, in: Heinrich Hubmann/Heinz Hübner (Hg.), *Festschrift für Ludwig Schnorr von Carolsfeld zum 70. Geburtstag*, Köln: Carl Heymanns Verlag 1972, 173–97
- Huscroft, Grant*, Rationalizing Judicial Power: The Mischief of Dialogue Theory, in: James B. Kelly/Christopher P. Manfredi (Hg.), *Contested Constitutionalism: Reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Vancouver: UBC Press 2009, 50–65
- , Proportionality and Pretence, *Constitutional Commentary* 29 (2014), 229–55
- Huscroft, Grant/Bradley W. Miller/Grégoire C.N. Webber*, Introduction, in: dies. (Hg.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, New York: Cambridge University Press 2014, 1–17
- Huster, Stefan*, Rechte und Ziele: Zur Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes, Berlin: Duncker & Humblot 1993
- , Das Gleichheitsrecht zwischen Verfassungsdogmatik und Rechtsphilosophie, in: Klaus Peter Berger/Georg Borges/Harald Herrmann/Andreas Schlüter/Ulrich Wackerbarth (Hg.), *Zivil- und Wirtschaftsrecht im Europäischen und Globalen Kontext: Festschrift für Norbert Horn zum 70. Geburtstag*, Berlin: Walter de Gruyter 2006, 1149–61
- Hwang, Shu-Perng*, Verfassungsgerichtlicher Jurisdiktionsstaat? Eine rechtsvergleichende Analyse zur Kompetenzabgrenzung von Verfassungsgericht und Gesetzgeber in den USA und der Bundesrepublik Deutschland, Berlin: Duncker & Humblot 2005

- , Verfassungsgerichtliche Abwägung: Gefährdung der gesetzgeberischen Spielräume?, *Archiv des öffentlichen Rechts* 133 (2008), 606–28
- Iacobucci, Frank*, Judicial Review by the Supreme Court of Canada under the Canadian Charter of Rights and Freedoms: The First Ten Years, in: David M. Beatty (Hg.), *Human Rights and Judicial Review: A Comparative Perspective*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers 1994, 93–133
- Iles, Kevin*, A Fresh Look at Limitations: Unpacking Section 36, *South African Journal on Human Rights* 23 (2007), 68–92
- Immergut, Ellen M.*, Institutions, Veto Points, and Policy Results: A Comparative Analysis of Health Care, *Journal of Public Policy* 10 (1990), 391–416
- , *Health Politics: Interests and Institutions in Western Europe*, Cambridge: Cambridge University Press 1992
- Isensee, Josef*, Abschied der Demokratie vom Demos – Ausländerwahlrecht als Identitätsfrage für Volk, Demokratie und Verfassung, in: Dieter Schwab/Dieter Giesen/Joseph Listl (Hg.), *Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft: Festschrift für Paul Mikat zum 65. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot 1989, 705–40
- , Bildersturm durch Grundrechtsinterpretation: Der Kruzifix-Beschluss des BVerfG, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 29 (1996), 10–15
- , Bundesverfassungsgericht – quo vadis?, *Juristenzeitung* 51 (1996), 1085–93
- , Staatsaufgaben, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band IV: Aufgaben des Staates*, Heidelberg: C.F. Müller, 3. Aufl. 2006, 117–60
- , Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band IX: Allgemeine Grundrechtslehren*, Heidelberg: C.F. Müller, 3. Aufl. 2011, 413–568
- Issacharoff, Samuel*, Bearing the Costs, *Stanford Law Review* 53 (2000), 519–37
- , Gerrymandering and Political Cartels, *Harvard Law Review* 116 (2002), 593–648
- , The Elusive Search for Constitutional Integrity: A Memorial for John Hart Ely, *Stanford Law Review* 57 (2004), 727–35
- , Constitutional Courts and Democratic Hedging, *Georgetown Law Journal* 99 (2011), 961–1012
- , Constitutional Courts and Consolidated Power, *American Journal of Comparative Law* 62 (2014), i.E.
- Issacharoff, Samuel/Richard H. Pildes*, Politics As Markets: Partisan Lockups of the Democratic Process, *Stanford Law Review* 50 (1998), 643–717
- Jackman, Martha*, Protecting Rights and Promoting Democracy: Judicial Review under Section 1 of the Charter, *Osgoode Hall Law Journal* 34 (1996), 661–80
- Jackson, Vicki C.*, Ambivalent Resistance and Comparative Constitutionalism: Opening up the Conversation on „Proportionality,“ Rights and Federalism, *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 1 (1999), 583–639
- Jakobs, Michael C.*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Köln: Carl Heymanns 1985
- Jansen, Nils*, Die Abwägung von Grundrechten, *Der Staat* 36 (1997), 27–54
- , Die normativen Grundlagen rationalen Abwägens im Recht, in: Jan-Reinard Sieckmann (Hg.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte*, Baden-Baden: Nomos 2007, 39–57
- Jarass, Hans Dieter*, Die Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung als verfassungsrechtliche Vorgabe, *Archiv des öffentlichen Rechts* 126 (2001), 588–607

- Jarass, Hans Dieter/Bodo Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, München: C.H. Beck, 12. Aufl. 2012
- Jentsch, Hans-Joachim*, Karlsruhe oder Berlin: Die Rolle des Bundesverfassungsgerichts, Thüringer Verwaltungsblätter 10 (2001), 1–5
- Jestaedt, Matthias*, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, Berlin: Duncker & Humblot 1993
- , Grundrechtsentfaltung im Gesetz: Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie, Tübingen: Mohr Siebeck 1999
- , Die Abwägungslehre: ihre Stärken und ihre Schwächen, in: Otto Depenheuer/Markus Heintzen/Matthias Jestaedt/Peter Axer (Hg.), Staat im Wort: Festschrift für Josef Isensee, Heidelberg: C.F. Müller 2007, 253–75
- , Phänomen Bundesverfassungsgericht: Was das Gericht zu dem macht, was es ist, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius/Christoph Möllers/Christoph Schönberger (Hg.), Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, Berlin: Suhrkamp 2011, 77–157
- Jungheim, Stephanie*, Medienordnung und Wettbewerbsrecht im Zeitalter der Digitalisierung und Globalisierung, Tübingen: Mohr Siebeck 2012
- Kadelbach, Stefan*, Menschenrechte als übergesetzliches Recht?, Juristische Ausbildung 24 (2002), 329–35
- Kadelbach, Stefan/Ute Guntermann*, Vertragsgewalt und Parlamentsvorbehalt: Die Mitwirkungsrechte des Bundestages bei sogenannten Parallelabkommen und die völkerrechtlichen Konsequenzen ihrer Verletzung, Archiv des öffentlichen Rechts 126 (2001), 563–87
- Kabl, Wolfgang*, Grundrechtsschutz durch Verfahren in Deutschland und in der EU, Verwaltungsarchiv 95 (2004), 1–37
- , Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt, Der Staat 43 (2004), 167–202
- Kabl, Wolfgang/Andreas Glaser*, Die Nachhaltigkeitsfähigkeit der parlamentarischen Demokratie, in: Klaus Lange (Hg.), Nachhaltigkeit im Recht, Baden-Baden: Nomos 2003, 9–38
- Kaiser, Anna-Bettina*, Das Apothekenurteil des BVerfG nach 50 Jahren: Anfang oder Anfang vom Ende der Berufsfreiheit?, Juristische Ausbildung 30 (2008), 844–50
- Kant, Immanuel*, Die Metaphysik der Sitten, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1977 [1797]
- , Kritik der reinen Vernunft, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft 1983 [1781]
- Kavanagh, Aileen*, Deference or Defiance? The Limits of the Judicial Role in Constitutional Adjudication, in: Grant Huscroft (Hg.), Expounding the Constitution, Cambridge: Cambridge University Press 2008, 184–215
- Keck, Thomas M.*, Party, Policy, or Duty: Why Does the Supreme Court Invalidate Federal Statutes?, American Political Science Review 101 (2007), 321–38
- Kelly, James Bernard*, Governing with the Charter: Legislative and Judicial Activism and Framers' Intent, Vancouver: UBC Press 2005
- Kelman, Mark*, Strategy or Principle? The Choice between Regulation and Taxation, Ann Arbor: University of Michigan Press 1999
- Kelsen, Hans*, La garantie juridictionnelle de la Constitution, Revue du droit public et de la science politique 44 (1928), 197–257
- , Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen: J.C.B. Mohr, 2. Aufl. 1929
- , Wer soll der Hüter der Verfassung sein?, Berlin: Walther Rothschild 1931

- Kempny, Simon/Philipp Reimer*, Die Gleichheitssätze: Versuch einer übergreifenden dogmatischen Beschreibung ihres Tatbestands und ihrer Rechtsfolgen, Tübingen: Mohr Siebeck 2012
- Kersting, Wolfgang*, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft 1994
- King, Gary/Robert O. Keohane/Sidney Verba*, Designing Social Inquiry: Scientific Inference in Qualitative Research, Princeton: Princeton University Press 1994
- Kirchhof, Paul*, Rückwirkung von Steuergesetzen, *Steuer und Wirtschaft* 77 (2000), 221–31
- Kischel, Uwe*, Art. 3 [Gleichheit vor dem Gesetz], in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hg.), *Grundgesetz*, München: C.H. Beck, 2. Aufl. 2013
- Klatt, Matthias*, Die praktische Konkordanz von Kompetenzen: Entwickelt anhand der Jurisdiktionskonflikte im europäischen Grundrechtsschutz, Tübingen: Mohr Siebeck 2014
- Klatt, Matthias/Moritz Meister*, Proportionality: A Benefit to Human Rights? Remarks on the I.CON controversy, *International Journal of Constitutional Law* 10 (2012), 687–708
- , *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford: Oxford University Press 2012
- , Verhältnismäßigkeit als universelles Verfassungsprinzip, *Der Staat* 51 (2012), 159–88
- Klatt, Matthias/Johannes Schmidt*, Spielräume im Öffentlichen Recht: Zur Abwägungslehre der Prinzipientheorie, Tübingen: Mohr Siebeck 2010
- , Abwägung unter Unsicherheit, *Archiv des öffentlichen Rechts* 137 (2012), 545–91
- Kleiber, Michael*, Der grundrechtliche Schutz zukünftiger Generationen, Tübingen: Mohr Siebeck 2014
- Klein, Hans H.*, Art. 48, in: Theodor Maunz/Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz/Matthias Herdegen/Hans H. Klein (Hg.), *Grundgesetz-Kommentar*, München: C.H. Beck, 34. Lfg. 1998
- Kleinlein, Thomas*, Judicial Lawmaking by Judicial Restraint? The Potential of Balancing in International Economic Law, *German Law Journal* 12 (2011), 1141–74
- Kloepfer, Michael*, Gleichheit als Verfassungsfrage, Berlin: Duncker & Humblot 1980
- , Leben und Würde des Menschen, in: Peter Badura/Horst Dreier (Hg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht. Zweiter Band: Klärung und Fortbildung des Verfassungsrechts*, Tübingen: Mohr Siebeck 2001, 77–104
- , Die Entfaltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Dieter Sellner/Günter Hirsch/Gerd-Heinrich Kemper/Hinrich Hehmann-Grube (Hg.), *Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht*, Köln: Carl Heymanns Verlag 2003, 329–46
- Klug, Heinz*, Introducing the Devil: An Institutional Analysis of the Power of Constitutional Review, *South African Journal on Human Rights* 13 (1997), 185–208
- , *The Constitution of South Africa. A Contextual Analysis*, Oxford: Hart 2010
- Kneip, Sascha*, Verfassungsgerichte als politische Akteure, Baden-Baden: Nomos 2009
- Knies, Wolfgang*, Auf dem Weg in den „verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat“?, in: Joachim Burmeister (Hg.), *Verfassungsstaatlichkeit: Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag*, München: C.H. Beck 1997, 1155–82
- Knill, Christoph/Florian Becker*, Divergenz trotz Diffusion? Rechtsvergleichende Aspekte des Verhältnismäßigkeitsprinzips in Deutschland, Großbritannien und der Europäischen Union, *Die Verwaltung* 36 (2003), 447–81

- Kohl, Bernhard*, Menschenwürde: Relativierung oder notwendiger Wandel? Zur Interpretation in der gegenwärtigen Kommentierung von Art. 1 Abs. 1 GG, Münster: LIT Verlag 2007
- Kokott, Juliane*, Gleichheitssatz und Diskriminierungsverbote in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Peter Badura/Horst Dreier (Hg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht. Zweiter Band: Klärung und Fortbildung des Verfassungsrechts, Tübingen: Mohr Siebeck 2001, 127–62
- Kommers, Donald P.*, *Judicial Politics in West Germany: A Study of the Federal Constitutional Court*, Beverly Hills: Sage 1976
- , Germany: Balancing Rights and Duties, in: Jeffrey Goldsworthy (Hg.), *Interpreting Constitutions*, Oxford: Oxford University Press 2006, 161–214
- Koskenniemi, Martti*, 'The Lady Doth Protest Too Much': Kosovo, and the Turn to Ethics in International Law, *Modern Law Review* 65 (2002), 159–75
- , *From Apology to Utopia. The Structure of the International Legal Argument*, Cambridge: Cambridge University Press 2005
- Koutnatzis, Stylianos-Ioannis G.*, *Kompromisshafte Verfassungsnormen: Grundlagen und Konsequenzen für die Auslegung und Anwendung der Verfassung*, Baden-Baden: Nomos 2010
- , Verfassungsvergleichende Überlegungen zur Rezeption des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in Übersee, *Verfassung und Recht in Übersee* 44 (2011), 32–59
- Krajewski, Markus*, Kommunalwahlrechtliche Sperrklauseln im föderativen System, *Die Öffentliche Verwaltung* 61 (2008), 345–53
- Kramer, Larry D.*, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Cambridge, MA: Harvard University Press 2004
- Kranenpohl, Uwe*, Die Bedeutung von Interpretationsmethoden und Dogmatik in der Entscheidungspraxis des Bundesverfassungsgerichts, *Der Staat* 49 (2009), 387–409
- , *Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses: Der Willensbildungs- und Entscheidungsprozess des Bundesverfassungsgerichts*, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften 2010
- Krauss, Rupprecht von*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Hamburg: Kommissionsverlag Ludwig Appel 1955
- Kriele, Martin*, Grundrechte und demokratischer Gestaltungsspielraum, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts. Band IX: Allgemeine Grundrechtslehren*, Heidelberg: C.F. Müller, 3. Aufl. 2011, 183–223
- Kumm, Mattias*, Jenseits des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes: Grundrechtlicher Strukturpluralismus im Verfassungsrecht der Vereinigten Staaten, in: Jan-Reinard Sieckmann (Hg.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte*, Baden-Baden: Nomos 2007, 241–62
- , The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review, *Law & Ethics of Human Rights* 4 (2010), 141–75
- , Alexy's Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial Review, in: Matthias Klatt (Hg.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford: Oxford University Press 2012, 201–17
- Kumm, Mattias/Alec D. Walen*, Human Dignity and Proportionality: Deontic Pluralism in Balancing, in: Grant Huscroft/Bradley Miller/Grégoire Webber (Hg.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, New York: Cambridge University Press 2014, 67–89
- Kunig, Philip*, *Das Rechtsstaatsprinzip*, Tübingen: J.C.B. Mohr 1986

- , Der Rechtsstaat, in: Peter Badura/Horst Dreier (Hg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht. Zweiter Band: Klärung und Fortbildung des Verfassungsrechts, Tübingen: Mohr Siebeck 2001, 421–44
- , Parteien, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band III: Demokratie – Bundesorgane, Heidelberg: C.F. Müller, 3. Aufl. 2005, 297–356
- , Gedanken zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: Christian Armbrüster/Claus-Wilhelm Canaris/Martin Häublein/Johannes Hager/Josef Isensee/Dominik Klimke/Ingo Koller/Philip Kunig/Detlef Leenen/Egon Lorenz/Reinhard Singer/Stephen Utz (Hg.), Recht genau. Liber amicorum für Jürgen Prölss zum 70. Geburtstag, München: C.H. Beck 2009, 143–52
- , Zum Dogma der unantastbaren Menschenwürde, in: Rolf Gröschner/Oliver W. Lembcke (Hg.), Das Dogma der Unantastbarkeit, Tübingen: Mohr Siebeck 2009, 121–32
- Kyritsis, Dimitris*, Representation and Waldron's Objection to Judicial Review, Oxford Journal of Legal Studies 26 (2006), 733–51
- Kyritsis, Dimitris/Stavros Tsakyrakis*, Neutrality in the Classroom, International Journal of Constitutional Law 11 (2013), 200–17
- Ladeur, Karl-Heinz*, Der prozedurale Schutz der Medienfreiheit, Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 48 (2004), 1–13
- , Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, Tübingen: Mohr Siebeck 2004
- Ladeur, Karl-Heinz/Ino Augsberg*, Die Funktion der Menschenwürde im Verfassungsstaat, Tübingen: Mohr Siebeck 2008
- Lajoie, Andrée/Henry Quillinan*, Emerging Constitutional Norms: Continuous Judicial Amendment of the Constitution: The Proportionality Test as a Moving Target, Law and Contemporary Problems 55 (1992), 285–302
- Landfried, Christine*, Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber, Baden-Baden: Nomos 1984
- Lang, Andrej*, Wider die Metapher vom letzten Wort: Verfassungsgerichte als Wegweiser, in: Rahel Baumgartner/Dominika Blonski/Dominik Elser/Anja Eugster/Irene Grohsmann/Rafael Häcki/Andreas Kind/Stefan Schlegel/Alexander Spring/Matthias Uffer/Kahtrin Williner (Hg.), Das letzte Wort: Rechtsetzung & Rechtskontrolle in der Demokratie, Baden-Baden: Nomos 2014, 15–37
- Langbein, Laura I.*, Lobbies and Political Conflict: The Case of Gun Control, Public Choice 77 (1993), 551–72
- Lauffer, Heinz*, Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß, Tübingen: J.C.B. Mohr 1968
- Leisner, Walter*, Das Gesetzesvertrauen des Bürgers: Zur Theorie der Rechtsstaatlichkeit und der Rückwirkung der Gesetze, in: Dieter Blumenwitz/Albrecht Randelzhofer (Hg.), Festschrift für Friedrich Berber zum 75. Geburtstag, München: C.H. Beck 1973, 273–97
- , Der Abwägungsstaat: Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit?, Berlin: Duncker & Humblot 1997
- Leisner-Egensperger, Anna*, Die Folgerichtigkeit: Systemsuche als Problem für Verfassungsbegriff und Demokratiegebot, Die Öffentliche Verwaltung 66 (2013), 533–39
- Lembcke, Oliver W.*, Das Bundesverfassungsgericht und die Regierung Adenauer: vom Streit um den Status zur Anerkennung der Autorität, in: Robert Christian van Ooyen/Martin H.W. Möllers (Hg.), Das Bundesverfassungsgericht im politischen System, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften 2006, 151–61

- Lembke, Ulrike*, Einheit aus Erkenntnis? Zur Unzulässigkeit der verfassungskonformen Gesetzesauslegung als Methode der Normkompatibilisierung durch Interpretation, Berlin: Duncker & Humblot 2009
- Lenta, Patrick*, Democracy, Rights Disagreements and Judicial Review, *South African Journal on Human Rights* 20 (2004), 1–31
- , Judicial Restraint and Overreach, *South African Journal on Human Rights* 20 (2004), 544–76
- , Deterrence and Capital Punishment, *SA Public Law* 22 (2007), 385–404
- Lepsius, Oliver*, Die erkenntnistheoretische Notwendigkeit des Parlamentarismus, in: Martin Bertschi/Thomas Gächter/Robert Hurst/Petra Klaus/Andreas Reller/Bernhard Schmithüsen/Urs Steimen/Michael Widmer/Moritz von Wyss (Hg.), *Demokratie und Freiheit*, Stuttgart: Richard Boorberg 1999, 123–80
- , Der große Lauschangriff vor dem Bundesverfassungsgericht (Teil I), *Juristische Ausbildung* 27 (2005), 433–40
- , Sozialwissenschaften im Verfassungsrecht: Amerika als Vorbild?, *Juristenzeitung* 60 (2005), 1–13
- , Das Luftsicherheitsgesetz und das Grundgesetz, in: Fredrik Roggan (Hg.), *Mit Recht für Menschenwürde und Verfassungsstaat. Festgabe für Burkhard Hirsch*, Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag 2006, 47–74
- , Der Hüter der Verfassung: Demokratietheoretisch betrachtet, in: Olivier Beaud/Pasquale Pasquino (Hg.), *La controverse sur le « gardien de la constitution » et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt*, Paris: Editions Panthéon-Assas 2007, 103–26
- , Nachhaltigkeit und Parlament, in: Wolfgang Kahl (Hg.), *Nachhaltigkeit als Verbundbegriff*, Tübingen: Mohr Siebeck 2008, 326–50
- , Anmerkung, *Juristenzeitung* 64 (2009), 260–63
- , Die maßstabsetzende Gewalt, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius/Christoph Möllers/Christoph Schönberger (Hg.), *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Berlin: Suhrkamp 2011, 159–279
- , Kritik der Dogmatik, in: Gregor Kirchhof/Stefan Magen/Karsten Schneider (Hg.), *Was weiß Dogmatik?*, Tübingen: Mohr Siebeck 2012, 39–62
- , Rechtswissenschaft in der Demokratie, *Der Staat* 52 (2013), 157–86
- Lerche, Peter*, Übermaß und Verfassungsrecht, Köln: Carl Heymann 1961
- , Vorbereitung grundrechtlichen Ausgleichs durch gesetzgeberisches Verfahren, in: Peter Lerche/Walter Schmitt Glaeser/Eberhard Schmidt-Aßmann (Hg.), *Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie*, Heidelberg: R.v. Decker & C.F. Müller 1984, 97–127
- Ley, Richard*, Die Erstbesetzung des Bundesverfassungsgerichtes, *Zeitschrift für Parlamentsfragen* 13 (1982), 521–41
- Lhotta, Roland*, Das Bundesverfassungsgericht als politischer Akteur: Plädoyer für eine neo-institutionalistische Ergänzung der Forschung, *Swiss Political Science Review* 9 (2003), 142–53
- Lindner, Franz Josef*, *Theorie der Grundrechtsdogmatik*, Tübingen: Mohr Siebeck 2005
- , Konsequente Zweckverfolgung als Verfassungspflicht des Gesetzgebers, *Zeitschrift für Gesetzgebung* 22 (2007), 188–203
- Lindquist, Stefanie A./David E. Klein*, The Influence of Jurisprudential Considerations on Supreme Court Decision Making: A Study of Conflict Cases, *Law & Society Review* 40 (2006), 135–61

- Link, Christoph*, Stat Crux? Die „Kruzifix“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, *Neue Juristische Wochenschrift* 48 (1995), 3353–57
- Lipset, Seymour Martin*, Some Social Requisites of Democracy: Economic Development and Political Legitimacy, *American Political Science Review* 53 (1959), 69–105
- Lokan, Andrew*, The Rise and Fall of Doctrine under Section 1 of the Charter, *Ottawa Law Review* 24 (1992), 163–92
- Londregan, John Benedict/Keith T. Poole*, Does High Income Promote Democracy?, *World Politics* 49 (1996), 1–30
- Löwer, Wolfgang*, Art. 28, in: Ingo von Münch/Philip Kunig (Hg.), *Grundgesetz-Kommentar*. Band 1: Präambel bis Art. 69, München: C.H. Beck, 6. Aufl. 2012
- Lüdemann, Jörn*, Netzwerke, Öffentliches Recht und Rezeptionstheorie, in: Sigrid Boysen/Ferry Bühring/Claudio Franzius/Tobias Herbst/Matthias Kötter/Anita Kreutz/Kai von Lewinski/Florian Meinel/Jakob Nolte/Sabrina Schönrock (Hg.), *Netzwerke*, Baden-Baden: Nomos 2007, 266–85
- , Rechtsetzung und Interdisziplinarität in der Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Andreas Funke/Jörn Lüdemann (Hg.), *Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie*, Tübingen: Mohr Siebeck 2009, 125–50
- Luterán, Martin*, The Lost Meaning of Proportionality, in: Grant Huscroft/Bradley W. Miller/Grégoire Webber (Hg.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, New York: Cambridge University Press 2014, 21–42
- Mahrenholz, Ernst Gottfried*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung, in: Peter Badura/Rupert Scholz (Hg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung*, München: C.H. Beck 1998, 23–43
- Manfredi, Christopher P./Antonia Maioni*, Judicializing Health Policy: Unexpected Lessons and an Inconvenient Truth, in: James B. Kelly/Christopher P. Manfredi (Hg.), *Contested Constitutionalism: Reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Vancouver: UBC Press 2009, 129–44
- Marks, Gary/Liesbet Hooghe/Kermit Blank*, European Integration from the 1980s: State-Centric v. Multi-level Governance, *Journal of Common Market Studies* 34 (1996), 341–78
- Mashaw, Jerry L.*, Constitutional Deregulation: Notes Toward a Public, Public Law, *Tulane Law Review* 54 (1980), 849–76
- Massing, Otwin*, Politik als Recht – Recht als Politik, Baden-Baden: Nomos 2005
- Mastronardi, Philippe*, Demokratietheoretische Modelle – praktisch genutzt, *Aktuelle juristische Praxis* 7 (1998), 383–94
- Mathews, Jud/Alec Stone Sweet*, All Things in Proportion? American Rights Review and the Problem of Balancing, *Emory Law Journal* 60 (2011), 102–79
- Meister, Moritz*, Das System des Freiheitsschutzes im Grundgesetz, Berlin: Duncker & Humblot 2011
- Mendes, Errol P.*, In Search of a Theory of Social Justice; The Supreme Court Reconceives the Oakes Test, *Revue juridique Thémis* 24 (1990), 1–35
- , The Crucible of the Charter: Judicial Principles v. Judicial Deference in the Context of Section 1, *Supreme Court Law Review* 27 (2005), 47–104
- Merten, Detlef*, Der „Kruzifix-Beschluß“ des Bundesverfassungsgerichts aus grundrechtsdogmatischer Sicht, in: Joachim Burmeister (Hg.), *Verfassungsstaatlichkeit: Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag*, München: C.H. Beck 1997, 987–1009

- , Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hg.), Handbuch der Grundrechte. Band III: Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren II, Heidelberg: C.F. Müller 2009, 517–67
- Meßerschmidt, Klaus*, Gesetzgebungsermessens, Berlin: Berlin Verlag 2000
- , Ökonomische Effizienz und juristische Verhältnismäßigkeit: Gemeinsames und Trennendes, in: Erik Gawel (Hg.), Effizienz im Umweltrecht, Baden-Baden: Nomos 2001, 215–47
- , The Race to Rationality Review and the Score of the German Federal Constitutional Court, *Legisprudence* 6 (2012), 347–78
- , The Good Shepherd of Karlsruhe: The Hartz IV Decision: A good Example of Regulatory Review by the German Federal Constitutional Court?, in: Patricia Popelier/Armen Mazmanyan/Werner Vandenbruwaene (Hg.), *The Role of Constitutional Courts in Multilevel Governance*, Cambridge: Intersentia 2013, 235–47
- , Special interest legislation als Thema von Gesetzgebungslehre und Verfassungsrecht, in: Claudio Franzius/Stefanie Lejeune/Kai von Lewinski/Klaus Meßerschmidt/Gerhard Michael/Matthias Rossi/Theodor Schilling/Peter Wysk (Hg.), *Beharren. Bewegten. Festschrift für Michael Kloepfer zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot 2013, 811–50
- Meyer, Stephan*, Die Beeinträchtigung des subjektiven Sicherheitsgefühls als polizeiliche Gefahr?, in: Felix Arndt/Nicole Betz/Anuscheh Farahat/Matthias Goldmann/Matthias Huber/Rainer Keil/Petra Lea Láncoš/Jan Schaefer/Maja Smrkolj/Franziska Sucker/Stefanie Valta (Hg.), *Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit*, Baden-Baden: Nomos 2009, 111–32
- Meyer, Wolfgang*, Die Rückwirkung von Bundesgesetzen: ein Problem des Übermaßes?, in: Hermann Butzer/Markus Kaltenborn/Wolfgang Meyer (Hg.), *Organisation und Verfahren im sozialen Rechtsstaat: Festschrift für Friedrich E. Schnapp zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot 2008, 153–79
- Michael, Lothar*, Der allgemeine Gleichheitssatz als Methodennorm komparativer Systeme, Berlin: Duncker & Humblot 1997
- , Folgerichtigkeit als Wettbewerbsgleichheit: Zur Verwerfung von Rauchverboten in Gaststätten durch das BVerfG, *Juristenzeitung* 63 (2008), 875–82
- Michael, Lothar/Martin Morlok*, Grundrechte, Baden-Baden: Nomos, 3. Aufl. 2012
- Miller, Geoffrey P.*, Public Choice at the Dawn of the Special Interest State: The Story of Butter and Margarine, *California Law Review* 77 (1989), 83–131
- Möller, Kai*, Balancing and the Structure of Constitutional Rights, *International Journal of Constitutional Law* 5 (2007), 453–68
- , Proportionality: Challenging the Critics, *International Journal of Constitutional Law* 10 (2012), 709–31
- , *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford: Oxford University Press 2012
- Möllers, Christoph*, Staat als Argument, München: C.H. Beck 2000
- , Gewaltengliederung – Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich, Tübingen: Mohr Siebeck 2005
- , Dogmatik der grundgesetzlichen Gewaltengliederung, *Archiv des öffentlichen Rechts* 132 (2007), 493–538
- , Expressive versus repräsentative Demokratie, in: Regina Kreide/Andreas Niederberger (Hg.), *Transnationale Verrechtlichung*, Frankfurt a.M.: Campus 2008, 160–82

- , Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius/Christoph Möllers/Christoph Schönberger (Hg.), Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, Berlin: Suhrkamp 2011, 281–422
- Monahan, Patrick/Chanakya Sethi*, Constitutional Cases 2010: An Overview, *Supreme Court Law Review* 54 (2011), 3–53
- Moravcsik, Andrew*, In Defence of the ‚Democratic Deficit‘: Reassessing Legitimacy in the European Union, *Journal of Common Market Studies* 40 (2002), 603–24
- Moreso, José Juan*, Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionalism and Specificationism, *Ratio Juris* 25 (2012), 31–46
- Morgenthaler, Gerd*, Gleichheit und Rechtssystem: Widerspruchsfreiheit, Folgerichtigkeit, in: Rudolf Mellinghoff/Ulrich Palm (Hg.), Gleichheit im Verfassungsstaat. Symposium aus Anlass des 65. Geburtstages von Paul Kirchhof, Heidelberg: C.F. Müller 2008, 51–66
- Morlok, Martin*, Parteienrecht als Wettbewerbsrecht, in: Peter Häberle/Martin Morlok/Vassilios Skouris (Hg.), Festschrift für Dimitris Th. Tsatsos, Baden-Baden: Nomos 2003, 408–47
- , Art. 21, in: Horst Dreier (Hg.), Grundgesetz-Kommentar. Band II, Tübingen: Mohr Siebeck, 2. Aufl. 2006
- Motala, Ziyad/Cyril Ramaphosa*, Constitutional Law, Oxford: Oxford University Press 2002
- Muckel, Stefan*, Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen, Berlin: Duncker & Humblot 1989
- Müller, Friedrich/Ralph Christensen*, Juristische Methodik. Band I: Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, Berlin: Duncker & Humblot, 11. Aufl. 2013
- Müller, Markus*, Verhältnismässigkeit: Gedanken zu einem Zauberwürfel, Bern: Stämpfli Verlag 2013
- Müller-Volbehr, Jörg*, Positive und negative Religionsfreiheit: Zum Kruzifix-Beschluß des BVerfG, *Juristenzeitung* 50 (1995), 996–1000
- Murphy, Jeffrie G./Jules L. Coleman*, Philosophy of Law: An Introduction to Jurisprudence, Boulder: Westview Press 1990
- Murphy, Walter F./Joseph Tanenhaus*, Publicity, Public Opinion, and the Court, *Northwestern University Law Review* 84 (1990), 985–1023
- Mutius, Albert von*, Grundrechtsschutz contra Verwaltungseffizienz im Verwaltungsv erfahren?, *Neue Juristische Wochenschrift* 35 (1982), 2150–60
- Myerson, Roger B.*, Mechanism Design, in: Steven M. Durlauf/Lawrence E. Blume (Hg.), The New Palgrave Dictionary of Economics. Volume V, Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2. Aufl. 2008, 533–42
- Nash, John Forbes*, The Bargaining Problem, *Econometrica* 18 (1950), 155–62
- Neumann, Jan/Elisabeth Türk*, Necessity Revisited: Proportionality in World Trade Organization Law After *Korea – Beef*, *EC – Asbestos*, and *EC – Sardines*, *Journal of World Trade* 37 (2003), 199–233
- Offe, Claus*, Politische Legitimation durch Mehrheitsentscheidung?, in: Bernd Guggenberger/Claus Offe (Hg.), An den Grenzen der Mehrheitsdemokratie, Opladen: Westdeutscher Verlag 1984, 150–83
- Olson, Mancur*, The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups, Cambridge, Mass.: Harvard University Press 1965

- Ossenbühl, Fritz*, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen durch das Bundesverfassungsgericht, in: Christian Starck (Hg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Erster Band: Verfassungsgerichtsbarkeit, Tübingen: J.C.B. Mohr 1976, 458–518
- , Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit: Gedanken zur Wahrung der Verfahrensgrundrechte, in: Rolf Stödter/Werner Thieme (Hg.), Hamburg – Deutschland – Europa: Festschrift für Hans Peter Ipsen zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen: J.C.B. Mohr 1977, 129–41
- , Grundrechtsschutz im und durch Verfahrensrecht, in: Georg Müller/René A. Rhinow/Gerhard Schmid/Luzius Wildhaber (Hg.), Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel: Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel: Helbing & Lichtenhahn 1982, 183–95
- , Maßhalten mit dem Übermaßverbot, in: Peter Badura/Rupert Scholz (Hg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens: Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, München: C.H. Beck 1993, 151–64
- , Abwägung im Verfassungsrecht, Deutsches Verwaltungsblatt 110 (1995), 904–12
- , Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung, in: Peter Badura/Rupert Scholz (Hg.), Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung, München: C.H. Beck 1998, 75–98
- Osterloh, Lerke*, Der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz: Entwicklungslinien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Europäische Grundrechte Zeitschrift 29 (2002), 309–13
- , Folgerichtigkeit: Verfassungsgerichtliche Rationalitätsanforderungen in der Demokratie, in: Michael Bäuerle/Philipp Dann/Astrid Wallrabenstein (Hg.), Demokratie-Perspektiven: Festschrift für Brun-Otto Bryde zum 70. Geburtstag, Tübingen: Mohr Siebeck 2013, 429–42
- , Der Gleichheitssatz zwischen Willkürverbot und Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: Claudio Franzius/Stefanie Lejeune/Kai von Lewinski/Klaus Meßerschmidt/Gerhard Michael/Matthias Rossi/Theodor Schilling/Peter Wysk (Hg.), Beharren. Bewegen. Festschrift für Michael Kloepfer zum 70. Geburtstag, Berlin: Duncker & Humblot 2013, 139–52
- Pal, Michael*, Breakdowns in the Democratic Process and the Law of Canadian Democracy, McGill Law Journal 57 (2011), 299–347
- Panaccio, Charles-Maxime*, In Defence of Two-Step Balancing and Proportionality in Rights Adjudication, Canadian Journal of Law and Jurisprudence 24 (2011), 109–28
- Papier, Hans-Jürgen*, Die Würde des Menschen ist unantastbar, in: Rainer Grote/Ines Härtel/Karl-Eberhard Hain/Thorsten Ingo Schmidt/Thomas Schmitz/Gunnar Folke Schuppert/Christian Winterhoff (Hg.), Die Ordnung der Freiheit: Festschrift für Christian Starck zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen: Mohr Siebeck 2007, 371–82
- Papier, Hans-Jürgen/Johannes Möller*, Das Bestimmtheitsgebot und seine Durchsetzung, Archiv des öffentlichen Rechts 122 (1997), 177–211
- Paskalev, Vesco*, Taking Reasoning Seriously: The Role of Courts in Enforcing Argumentative Rationality, Florence: EUI Working Paper Law 2012/16
- Payandeh, Mehrdad*, Das Gebot der Folgerichtigkeit: Rationalitätsgewinn oder Irrweg der Grundrechtsdogmatik?, Archiv des öffentlichen Rechts 136 (2011), 578–615
- Perju, Vlad*, Proportionality and Freedom: An essay on methods in constitutional law, Global Constitutionalism 1 (2012), 334–67
- Perry, Michael J.*, Constitutional Rights, Moral Controversy, and the Supreme Court, New York: Cambridge University Press 2009

- Petersen, Niels*, Auf dem Weg zur zweckrationalen Relativität des Menschenwürdeschutzes, *Kritische Justiz* 37 (2004), 316–26
- , Europäische Verfassung und europäische Legitimität: ein Beitrag zum kontraktualistischen Argument in der Verfassungstheorie, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 64 (2004), 429–66
- , Demokratie als teleologisches Prinzip: Zur Legitimität von Staatsgewalt im Völkerrecht, Heidelberg: Springer 2009
- , Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?, *Der Staat* 49 (2010), 435–55
- , Demokratie und Grundgesetz: Veränderungen des Demokratieprinzips in Art. 20 Abs. 2 GG angesichts der Herausforderungen moderner Staatlichkeit, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 58 (2010), 137–71
- , Avoiding the Common Wisdom Fallacy: The Role of Social Sciences in Constitutional Adjudication, *International Journal of Constitutional Law* 11 (2013), 294–318
- , Gesetzgeberische Inkonsistenz als Beweiszeichen: Eine rechtsvergleichende Analyse der Funktion von Konsistenzargumenten in der Rechtsprechung, *Archiv des öffentlichen Rechts* 138 (2013), 108–34
- , How to Compare the Length of Lines to the Weight of Stones: Balancing and the resolution of value conflicts in constitutional law, *German Law Journal* 14 (2013), 1387–408
- , The German Constitutional Court and Legislative Capture, *International Journal of Constitutional Law* 12 (2014), i.E.
- , Verfassungsgerichte als Wettbewerbshüter des politischen Prozesses, in: Rahel Baumgartner/Dominika Blonski/Dominik Elser/Anja Eugster/Irene Grohmann/Rafael Häcki/Andreas Kind/Stefan Schlegel/Alexander Spring/Matthias Uffer/Kahtrin Williner (Hg.), *Das letzte Wort: Rechtsetzung & Rechtskontrolle in der Demokratie*, Baden-Baden: Nomos 2014, 59–78
- Philippi, Klaus Jürgen*, *Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts: Ein Beitrag zur rational-empirischen Fundierung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*, Köln: Carl Heymanns Verlag 1971
- Pieroth, Bodo*, *Rückwirkung und Übergangsrecht. Verfassungsrechtliche Maßstäbe für intertemporale Gesetzgebung*, Berlin: Duncker & Humblot 1981
- Pieroth, Bodo/Bernhard Schlink*, *Staatsrecht. Band II: Grundrechte*, Heidelberg: C.F. Müller, 28. Aufl. 2012
- Pietzcker, Jost*, *Das Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag*, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 41 (1983), 193–231
- , Rechtsvergleichende Aspekte des allgemeinen Gleichheitssatzes, in: Reinhard Dendler/Martin Ibler/José Martínez Soria (Hg.), „Für Sicherheit, für Europa“: Festschrift für Volkmar Götz zum 70. Geburtstag, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht 2005, 301–21
- , Der allgemeine Gleichheitssatz, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hg.), *Handbuch der Grundrechte. Band V: Grundrechte in Deutschland: Einzelgrundrechte II*, Heidelberg: C.F. Müller 2013, 883–941
- Pildes, Richard H.*, Avoiding Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law, *Hastings Law Journal* 45 (1994), 711–51
- , Why Rights Are Not Trumps: Social Meanings, Expressive Harms, and Constitutionalism, *Journal of Legal Studies* 27 (1998), 725–63
- , The Theory of Political Competition, *Virginia Law Review* 85 (1999), 1605–26

- , Is the Supreme Court a „Majoritarian“ Institution?, *The Supreme Court Review* 2010 (2010), 103–58
- Pildes, Richard H./Richard G. Niemi*, Expressive Harms, „Bizarre Districts,“ and Voting Rights: Evaluating Election-District Appearances after *Shaw v. Reno*, *Michigan Law Review* 92 (1993), 483–587
- Plessis, Max du*, Between Apology and Utopia: The Constitutional Court and Public Opinion, *South African Journal on Human Rights* 18 (2002), 1–40
- Pohl, Ottmar*, Ist der Gesetzgeber bei Eingriffen in die Grundrechte an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden?, Köln: Dissertation 1959
- Popelier, Patricia*, Preliminary Comments on the Role of Courts as Regulatory Watchdogs, *Legisprudence* 6 (2012), 257–70
- , The Court as a Regulatory Watchdog: The procedural approach in the case law of the European Court of Human Rights, in: Patricia Popelier/Armen Mazmanyan/Werner Vandendruwaene (Hg.), *The Role of Constitutional Courts in Multilevel Governance*, Cambridge: Intersentia 2013, 249–67
- Popper, Karl Raimund*, Logik der Forschung, Tübingen: J.C.B. Mohr, 10. Aufl. 1994
- Popper, Karl Raimund/David W. Miller*, A Proof of the Impossibility of Inductive Probability, *Nature* 302 (1983), 687–88
- Porat, Iddo*, Some Critical Thoughts on Proportionality, in: Giorgio Bongiovanni/Giovanni Sartor/Chiara Valentini (Hg.), *Reasonableness and Law*, Dordrecht: Springer 2009, 243–50
- Portocarrero Quispe, Jorge Alexander*, Zu Begriff und Struktur der formellen Prinzipien, in: Matthias Klatt (Hg.), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, Tübingen: Mohr Siebeck 2013, 200–35
- Portuese, Aurelien*, Principle of Proportionality as Principle of Economic Efficiency, *European Law Journal* 19 (2013), 612–35
- Poscher, Ralf*, Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit, Tübingen: Mohr Siebeck 2003
- , „Die Würde des Menschen ist unantastbar“, *Juristenzeitung* 59 (2004), 756–62
- , Menschenwürde und Kernbereichsschutz, *Juristenzeitung* 64 (2009), 269–77
- , Theorie eines Phantoms: Die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach ihrem Gegenstand, *Rechtswissenschaft* 1 (2010), 349–72
- Pospeschill, Markus*, Statistische Methoden: Strukturen, Grundlagen, Anwendung in Psychologie und Sozialwissenschaften, Heidelberg: Spektrum 2006
- Pöffe, Jörg*, Der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers als Gegenstand verfassungsgerichtlicher Kontrollbeschränkung, in: Martin Nolte (Hg.), *Kontrolle im verfassten Rechtsstaat*, Kiel: Lorenz-von-Stein-Institut 2002, 33–46
- Priest, George L./Benjamin Klein*, The Selection of Disputes for Litigation, *Journal of Legal Studies* 13 (1984), 1–55
- Przeworski, Adam*, Minimalist conception of democracy: a defense, in: Ian Shapiro/Cassiano Hacker-Cordón (Hg.), *Democracy's Value*, Cambridge: Cambridge University Press 1999, 23–55
- Przeworski, Adam/Michael E. Alvarez/José Antonio Cheibub/Fernando Limongi*, Democracy and Development: Political Institutions and Well-Being in the World, 1950–1990, Cambridge: Cambridge University Press 2000
- Publ, Thomas*, Die 5%-Sperrklausel im Kommunalwahlrecht auf dem Rückzug, in: Otto Depenheuer/Markus Heintzen/Matthias Jestaedt/Peter Axer (Hg.), *Staat im Wort: Festschrift für Josef Isensee*, Heidelberg: C.F. Müller 2007, 441–57

- Putnam, Hilary*, Reason, Truth and History, Cambridge: Cambridge University Press 1981
- Putnam, Tonya L.*, Courts without Borders: Domestic Sources of U.S. Extraterritoriality in the Regulatory Sphere, *International Organization* 63 (2009), 459–90
- Raabe, Marius*, Grundrechte und Erkenntnis, Baden-Baden: Nomos 1998
- Rau, Christian*, Selbst entwickelte Grenzen in der Rechtsprechung des United States Supreme Court und des Bundesverfassungsgerichts, Berlin: Duncker & Humblot 1996
- Raue, Frank*, Müssen Grundrechtsbeschränkungen wirklich verhältnismäßig sein?, *Archiv des öffentlichen Rechts* 131 (2006), 79–116
- Rawls, John*, A Theory of Justice, Oxford: Oxford University Press 1999
- Raz, Joseph*, Value Incommensurability: Some Preliminaries, *Proceedings of the Aristotelian Society* 86 (1986), 117–34
- Redeker, Konrad/Ulrich Karpenstein*, Über Nutzen und Notwendigkeit, Gesetze zu begründen, *Neue Juristische Wochenschrift* 54 (2001), 2825–31
- Regan, Donald H.*, Authority and Value: Reflection on Raz's Morality of Freedom, *Southern Californian Law Review* 62 (1989), 995–1095
- Rehnquist, William H.*, The Notion of a Living Constitution, *Texas Law Review* 54 (1976), 693–706
- Reimer, Philipp*, „...und machet zu Jüngern alle Völker“? Von „universellen Verfassungsprinzipien“ und der Weltmission der Prinzipientheorie der Grundrechte, *Der Staat* 52 (2013), 27–57
- Rennert, Dominik*, Die verdrängte Werttheorie und ihre Historisierung, *Der Staat* 53 (2014), 31–59
- Richards, Mark J./Herbert M. Kritzer*, Jurisprudential Regimes in Supreme Court Decision Making, *American Political Science Review* 96 (2002), 305–20
- Riecken, Jörg*, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, Berlin: Duncker & Humblot 2003
- Rivers, Julian*, Proportionality and Variable Intensity of Review, *Cambridge Law Journal* 65 (2006), 174–207
- , Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing, in: George Pavlakos (Hg.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford: Hart 2007, 167–88
- , Constitutional Rights and Statutory Limitations, in: Matthias Klatt (Hg.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford: Oxford University Press 2012, 248–71
- Roach, Kent*, The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue, Toronto: Irwin Law 2001
- , Dialogic Judicial Review and Its Critics, *Supreme Court Law Review* 23 (2004), 49–104
- Robbers, Gerhard*, Der Gleichheitssatz, *Die Öffentliche Verwaltung* 41 (1988), 749–58
- Robertson, David*, The Judge as Political Theorist. *Contemporary Constitutional Review*, Princeton: Princeton University Press 2010
- Rodriguez-Blanco, Veronica*, A Revision of the Constitutive and Epistemic Coherence Theories in Law, *Ratio Juris* 14 (2001), 212–32
- Roederer, Christopher J.*, Judicious Engagement: Theory, Attitude and Community, *South African Journal on Human Rights* 15 (1999), 486–506
- Roellecke, Gerd*, Aufgaben und Stellung des Bundesverfassungsgerichts im Verfassungsgefüge, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundes-*

- republik Deutschland. Band III: Demokratie – Bundesorgane, Heidelberg: C.F. Müller, 3. Aufl. 2005, 1201–19
- Rogers, James R.*, Information and Judicial Review: A Signaling Game of Legislative-Judicial Interaction, *American Journal of Political Science* 45 (2001), 84–99
- Robloff, Winfried*, Zusammenwirken von allgemeinem Gleichheitssatz und Freiheitsgewährleistungen, Augsburg: Dissertation 1992
- Roux, Theunis*, Principle and Pragmatism on the Constitutional Court of South Africa, *International Journal of Constitutional Law* 7 (2009), 106–38
- , *The Politics of Principle. The First South African Constitutional Court, 1995–2005*, Cambridge: Cambridge University Press 2013
- Roxin, Claus*, Strafrecht Allgemeiner Teil. Band 1, München: C.H. Beck, 4. Aufl. 2006
- Rückert, Joachim*, Abwägung – die juristische Karriere eines unjuristischen Begriffs oder: Normenstrenge und Abwägung im Funktionswandel, *Juristenzeitung* 66 (2011), 913–23
- Rusteberg, Benjamin*, Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, Tübingen: Mohr Siebeck 2009
- Rüthers, Bernd*, Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, Tübingen: Mohr Siebeck 6. Aufl. 2005
- Sachs, Michael*, Die Maßstäbe des allgemeinen Gleichheitssatzes: Willkürverbot und sogenannte neue Formel, *Juristische Schulung* 37 (1997), 124–30
- Sadurski, Wojciech*, Rights before Courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe, Dordrecht: Springer 2005
- , Reasonableness and Value Pluralism in Law and Politics, in: Giorgio Bongiovanni/Giovanni Sartor/Chiara Valentini (Hg.), Reasonableness and Law, Dordrecht: Springer 2009, 129–46
- Sales, Philip*, Rationality, Proportionality and the Development of the Law, *Law Quarterly Review* 129 (2013), 223–41
- Sartor, Giovanni*, The Logic of Proportionality: Reasoning with Non-Numerical Magnitudes, *German Law Journal* 14 (2013), 1419–56
- Sartori, Giovanni*, Demokratietheorie, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 3. Aufl. 2006
- Saurer, Johannes*, Die Globalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, *Der Staat* 51 (2012), 3–33
- Scalia, Antonin*, Originalism: The Lesser Evil, *University of Cincinnati Law Review* 57 (1989), 849–65
- Scanlon, T.M.*, Adjusting Rights and Balancing Values, *Fordham Law Review* 72 (2004), 1477–86
- Schaal, Gary S.*, Crisis! What Crisis? Der „Kruzifix-Beschluss“ und seine Folgen, in: Robert Christian van Ooyen/Martin H.W. Möllers (Hg.), *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, Wiesbaden: V.S. Verlag für Sozialwissenschaften 2006, 175–86
- Schachtschneider, Karl Albrecht*, Das Vertrauensschutzprinzip im Verfassungs- und Verwaltungsrecht, in: Max-Emanuel Geis/Dieter C. Umbach (Hg.), *Planung – Steuerung – Kontrolle: Festschrift für Richard Bartlsperger zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot 2006, 133–47
- Schäfer, Hans-Bernd/Claus Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, Berlin: Springer Gabler, 5. Aufl. 2012
- Scharpf, Fritz W.*, Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung, Konstanz: Universitätsverlag 1970

- Schauer, Frederick*, A Comment on the Structure of Rights, *Georgia Law Review* 27 (1993), 415–34
- , *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life*, Oxford: Clarendon Press 1993
- , Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture, in: Georg Nolte (Hg.), *European and US Constitutionalism*, Cambridge: Cambridge University Press 2005, 49–69
- , *Thinking Like a Lawyer*, Cambridge: Harvard University Press 2009
- , Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text, in: Matthias Klatt (Hg.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford: Oxford University Press 2012, 307
- , Proportionality and the Question of Weight, in: Grant Huscroft/Bradley W. Miller/Grégoire Webber (Hg.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, New York: Cambridge University Press 2014, 173–85
- Schenke, Wolf-Rüdiger*, Der Umfang der bundesverfassungsgerichtlichen Überprüfung, *Neue Juristische Wochenschrift* 32 (1979), 1321–29
- Scherzberg, Arno*, Grundrechtsschutz und „Eingriffsintensität“, Berlin: Duncker & Humblot 1989
- Scheuner, Ulrich*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung, *Die Öffentliche Verwaltung* 33 (1980), 473–80
- Schiedermair, Hartmut*, Das Bundesverfassungsgericht auf der Grenze zwischen Recht und Politik, in: Michael Brenner/Peter Michael Huber/Markus Möstl (Hg.), *Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel: Festschrift für Peter Badura zum siebenzigsten Geburtstag*, Tübingen: Mohr Siebeck 2004, 477–89
- Schlaich, Klaus*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 39 (1981), 99–146
- Schlaich, Klaus/Stefan Koriath*, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, München: C.H. Beck, 9. Aufl. 2012
- Schlink, Bernhard*, *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlin: Duncker & Humblot 1976
- , Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: Peter Badura/Horst Dreier (Hg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht. Zweiter Band: Klärung und Fortbildung des Verfassungsrechts*, Tübingen: Mohr Siebeck 2001, 445–65
- , Proportionality (1), in: Michel Rosenfeld/András Sajó (Hg.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press 2012, 718–37
- , Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere But Here?, *Duke Journal of Comparative and International Law* 22 (2012), 291–302
- Schmalz-Bruns, Rainer*, *Reflexive Demokratie. Die demokratische Transformation moderner Politik*, Baden-Baden: Nomos 1995
- Schmidt-Aßmann, Eberhard*, Kommunale Selbstverwaltung „nach Rastede“: Funktion und Dogmatik des Art. 28 Abs. 2 GG in der neueren Rechtsprechung, in: Everhardt Franßen/Konrad Redeker/Otto Schlichter/Dieter Wilke (Hg.), *Bürger – Richter – Staat: Festschrift für Horst Sendler zum Abschied aus seinem Amt*, München: C.H. Beck 1991, 121–38
- , Der Rechtsstaat, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band II: Verfassungsstaat*, Heidelberg: C.F. Müller, 3. Aufl. 2004, 541–612
- Schmidt, Reiner*, *Die Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Würzburg: Dissertation 1963

- Schmitt Glaeser, Walter*, Das Bundesverfassungsgericht als „Gegengewalt“ zum verfassungsändernden Gesetzgeber? Lehren aus dem Diäten-Streit 1995, in: Joachim Burmeister (Hg.), Verfassungsstaatlichkeit: Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag, München: C.H. Beck 1997, 1183–99
- Schmitt, Carl*, Der Hüter der Verfassung, Tübingen: J.C.B. Mohr 1931
- Schmitter, Philippe C./Terry Lynn Karl*, What Democracy Is... and Is Not, *Journal of Democracy* 2.3 (1991), 75–88
- Schneider, Hans*, Zur Verhältnismäßigkeits-Kontrolle insbesondere bei Gesetzen, in: Christian Starck (Hg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts. Zweiter Band: Verfassungsauslegung, Tübingen: J.C.B. Mohr 1976, 390–404
- Schneider, Hans-Peter*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung, *Neue Juristische Wochenschrift* 33 (1980), 2103–11
- , Acht an der Macht! Das BVerfG als „Reparaturbetrieb“ des Parlamentarismus?, *Neue Juristische Wochenschrift* 52 (1999), 1303–05
- Schneider, Harald*, Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten. Empirische Studie zu Methode und Kritik eines Konfliktlösungsmodelles, Baden-Baden: Nomos 1979
- Schneider, Karsten*, Normativität und Risikoentscheidung, Berlin: Duncker & Humblot 2008
- , Unsicherheit im Gesetz: Der Nexus zwischen Tatbestand und Rechtsfolge als Konstruktion der Wirklichkeit, in: Jörg Scharrer/Marcel Dalibor/Katja Rodi/Katja Fröhlich/Paul Schächterle (Hg.), Risiko im Recht – Recht im Risiko, Baden-Baden: Nomos 2011, 177–97
- Schoch, Friedrich*, Der Gleichheitssatz, *Deutsches Verwaltungsblatt* 103 (1988), 863–82
- , Zur Situation der kommunalen Selbstverwaltung nach der Rastede-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, *Verwaltungsarchiv* 81 (1990), 18–54
- Scholler, Heinrich*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Verfassungs- und Verwaltungsrecht, in: Nikolaos Alivizatos/Andreas Dimitropoulos/Spyridon Flogaitis/Julia Iliopoulos-Strangas/Konstantinos Kremalis/Sotirios Lytras/Kostas Mavrias/Antonis Pantelis/Prokopios Pavlopoulos/Glykeria Sioutis/Philippos Spyropoulos (Hg.), *Essays in Honour of Georgios I. Kassimatis*, Athens: Ant. N. Sakkoulas Publishers 2004, 307–21
- Schönberger, Christoph*, Anmerkungen zu Karlsruhe, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius/Christoph Möllers/Christoph Schönberger (Hg.), *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Berlin: Suhrkamp 2011, 9–76
- , Höchststrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 71 (2012), 296–335
- Schorkopf, Frank*, Die Europäische Union im Lot: Karlsruhes Richterspruch zum Vertrag von Lissabon, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 20 (2009), 718–24
- Schulze-Fielitz, Helmuth*, Das Bundesverfassungsgericht in der Krise des Zeitgeists: Zur Metadogmatik der Verfassungsinterpretation, *Archiv des öffentlichen Rechts* 122 (1997), 1–31
- , Das Bundesverfassungsgericht und die öffentliche Meinung, in: Gunnar Folke Schuppert/Christian Bumke (Hg.), *Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens*, Baden-Baden: Nomos 2000, 111–44

- , Rationalität als rechtsstaatliches Prinzip für den Organisationsgesetzgeber: Über Leistungsfähigkeit und Leistungsgrenzen „weicher“ Leitbegriffe in der Rechtsdogmatik, in: Paul Kirchhof/Moris Lehner/Arndt Raupach/Michael Rodi (Hg.), Staaten und Steuern: Festschrift für Klaus Vogel zum 70. Geburtstag, Heidelberg: C.F. Müller 2000, 311–30
- , Wirkung und Befolgung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, in: Peter Badura/Horst Dreier (Hg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht. Erster Band: Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassungsprozeß, Tübingen: Mohr Siebeck 2001, 385–420
- , Art. 20 (Rechtsstaat), in: Horst Dreier (Hg.), Grundgesetz: Kommentar. Band II: Artikel 20–82, Tübingen: Mohr Siebeck, 2. Aufl. 2006,
- Schumpeter, Joseph Alois*, Capitalism, Socialism and Democracy, Abingdon: Routledge 2010
- Schuppert, Gunnar Folke*, Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, Königstein: Athenäum 1980
- , Self-restraints der Rechtsprechung, Deutsches Verwaltungsblatt 103 (1988), 1191–200
- , Gute Gesetzgebung. Bausteine einer kritischen Gesetzgebungslehre, Zeitschrift für Gesetzgebung Sonderheft (2003), 4–102
- Schwabe, Jürgen*, Probleme der Grundrechtsdogmatik, Darmstadt: Habilitationsschrift 1977
- Schwarz, Kyrill-Alexander*, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, Baden-Baden: Nomos 2002
- Schwarz, Kyrill-Alexander/Christoph Bravidor*, Kunst der Gesetzgebung und Begründungspflichten des Gesetzgebers, Juristenzeitung 66 (2011), 653–59
- Schwerdtfeger, Gunther*, Optimale Methodik der Gesetzgebung als Verfassungspflicht, in: Rolf Stödter/Werner Thieme (Hg.), Hamburg – Deutschland – Europa: Beiträge zum deutschen und europäischen Verfassungs-, Verwaltungs- und Wirtschaftsrecht: Festschrift für Hans Peter Ipsen zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen: J.C.B. Mohr 1977, 173–88
- Schyff, Gerhard van der*, Limitation of Rights: A Study of the European Convention and the South African Bill of Rights, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005
- Seetzen, Uwe*, Der Prognosespielraum des Gesetzgebers, Neue Juristische Wochenschrift 28 (1975), 429–34
- Segal, Jeffrey A./Albert D. Cover*, Ideological Values and the Votes of U.S. Supreme Court Justices, American Political Science Review 83 (1989), 557–65
- Segal, Jeffrey A./Lee Epstein/Charles M. Cameron/Harold J. Spaeth*, Ideological Values and the Votes of U.S. Supreme Court Justices Revisited, Journal of Politics 57 (1995), 812–23
- Segal, Jeffrey A./Harold J. Spaeth*, The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited, New York: Cambridge University Press 2002
- Sen, Amartya*, The Idea of Justice, Cambridge, Mass.: Harvard University Press 2009
- Shapiro, Ian*, The State of Democratic Theory, Princeton: Princeton University Press 2006
- Shapiro, Martin*, Law and Politics in the Supreme Court, London: The Free Press of Glencoe 1964
- , The Success of Judicial Review and Democracy, in: Martin Shapiro/Alec Stone Sweet (Hg.), On Law, Politics, and Judicialization, Oxford: Oxford University Press 2002, 149–83
- Sherry, Suzanna*, The Ghost of Liberalism Past, Harvard Law Review 105 (1992), 918–34

- Shikano, Susumu/Verena Mack*, Are Judges Agents of Political Parties? Analysis based on dissenting opinion in Federal Constitutional Courts of Germany, Conference Paper: ECPR General Conference, Bordeaux 2013
- Shirvani, Foroud*, Das Parteienrecht und der Strukturwandel im Parteiensystem, Tübingen: Mohr Siebeck 2010
- Sieberer, Ulrich*, Strategische Zurückhaltung von Verfassungsgerichten: Gewaltenteilungsvorstellungen und die Grenzen der Justizialisierung, Zeitschrift für Politikwissenschaft 16 (2006), 1299–323
- Siebrasse, Norman*, The Oakes Test: An Old Ghost Impeding Bold New Initiatives, Ottawa Law Review 23 (1991), 99–137
- Sieckmann, Jan-Reinard*, Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, Baden-Baden: Nomos 1990
- , Autonome Abwägung, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 90 (2004), 66–85
- , Legislation as Implementation of Constitutional Law: A Foundation for the Demand of Legislative Rationality, in: Luc J. Wintgens/A. Daniel Oliver-Lalana (Hg.), The Rationality and Justification of Legislation, Heidelberg: Springer 2013, 107–23
- Siegel, Stephen A.*, The Origin of the Compelling State Interest Test and Strict Scrutiny, American Journal of Legal History 48 (2006), 355–407
- Singleton, Royce A./Bruce C. Straits*, Approaches to Social Research, New York: Oxford University Press, 5. Aufl. 2010
- Smith, Jean Edward*, John Marshall: Definer of a Nation, New York: Henry Holt 1996
- Sobota, Katharina*, Das Prinzip Rechtsstaat, Tübingen: Mohr Siebeck 1997
- Somek, Alexander*, Gleichheit als Diskriminierungsschutz, Der Staat 43 (2004), 425–33
- , Rechtliches Wissen, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2006
- Sommermann, Karl-Peter*, Art. 20, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hg.), Kommentar zum Grundgesetz, München: Franz Vahlen, 6. Aufl. 2010
- Spiecker gen. Döhmann, Indra*, Staatliche Entscheidungen unter Unsicherheit: Eine Analyse ökonomischer Entscheidungsmodul im öffentlichen Recht, in: Marc Bungenberg/Stefan Danz/Helge Heinrich/Olaf Hünemörder/Christian Schmidt/Romy Schroeder/Ariane Sickert/Frank Unkroth (Hg.), Recht und Ökonomik, München: C.H. Beck 2004, 61–89
- , Staatliche Entscheidungen unter Unsicherheit, Tübingen: Mohr Siebeck 2015, i.E.
- Spitz, Richard/Matthew Chaskalson*, The Politics of Transition. A Hidden History of South Africa's Negotiated Settlement, Oxford: Hart 2000
- Starck, Christian*, Rundfunkfreiheit als Organisationsproblem, Tübingen: J.C.B. Mohr 1973
- , Staatliche Organisation und staatliche Finanzierung als Hilfen zu Grundrechtsverwirklichungen?, in: Christian Starck (Hg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts. Zweiter Band: Verfassungsauslegung, Tübingen: J.C.B. Mohr 1976, 480–526
- Steiner, Udo*, Der Richter als Ersatzgesetzgeber: Richterliche Normenkontrolle: Erfahrungen und Erkenntnisse, in: Ulrich Karpen (Hg.), Der Richter als Ersatzgesetzgeber, Baden-Baden: Nomos 2002, 27–38
- Steinsdorff, Silvia von*, Verfassungsgerichte als Demokratie-Versicherung? Ursachen und Grenzen der wachsenden Bedeutung juristischer Politikkontrolle, in: Klemens H. Schrenk/Markus Soldner (Hg.), Analyse demokratischer Regierungssysteme: Festschrift für Wolfgang Ismayr zum 65. Geburtstag, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften 2010, 479–98

- Stern, Klaus*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Band I: Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung, München: C.H. Beck, 2. Aufl. 1984
- , Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbots, in: Peter Badura/Rupert Scholz (Hg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens, München: C.H. Beck 1993, 165–75
- , Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Band III/2: Allgemeine Lehren der Grundrechte, München: C.H. Beck 1994
- , Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgeber, Opladen: Westdeutscher Verlag 1997
- , Die Grundrechte und ihre Schranken, in: Peter Badura/Horst Dreier (Hg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht. Zweiter Band: Klärung und Fortbildung des Verfassungsrechts, Tübingen: Mohr Siebeck 2001, 1–34
- Stolleis, Michael*, Parteienstaatlichkeit: Krisensymptome des demokratischen Verfassungsstaats, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 44 (1986), 7–45
- , Überkreuz: Anmerkungen zum Kruzifix-Beschluß (BVerfGE 93, 1–37) und seiner Rezeption, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 83 (2000), 376–87
- , Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Vierter Band: Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in West und Ost 1945–1990, München: C.H. Beck 2012
- Stone Sweet, Alec*, Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe, Oxford: Oxford University Press 2000
- Stone Sweet, Alec/Jud Mathews*, Proportionality Balancing and Global Constitutionalism, Columbia Journal of Transnational Law 47 (2008), 73–165
- Stratman, Thomas*, What Do Campaign Contributions Buy? Deciphering Causal Effects of Money and Votes, Southern Economic Journal 57 (1991), 606–20
- Sullivan, E. Thomas/Richard S. Frase*, Proportionality Principles in American Law. Controlling Excessive Government Actions, New York: Oxford University Press 2009
- Sullivan, Kathleen M.*, Post-Liberal Judging: The Roles of Categorization and Balancing, University of Colorado Law Review 63 (1992), 293–317
- Sunstein, Cass R.*, Public Values, Private Interests, and the Equal Protection Clause, The Supreme Court Review 1982 (1982), 127–66
- , Naked Preferences and the Constitution, Columbia Law Review 84 (1984), 1689–732
- , Interest Groups in American Public Law, Stanford Law Review 38 (1985), 29–87
- , Incommensurability and Valuation in Law, Michigan Law Review 92 (1994), 779–861
- , Incommensurability and Kinds of Valuation: Some Applications in Law, in: Ruth Chang (Hg.), Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason, Cambridge: Harvard University Press 1997, 234–54
- , Designing Democracy: What Constitutions Do, Oxford: Oxford University Press 2001
- Susnjar, Davor*, Proportionality, Fundamental Rights, and Balance of Powers, Leiden: Martinus Nijhoff 2010
- Sweeney, JoAnne*, Creating a More Dangerous Branch: How the United Kingdom's Human Rights Act has Empowered the Judiciary and Changed the Way the British Government Creates Law, Michigan State International Law Review 21 (2013), 301–35
- Swinton, Katherine*, What do the Courts Want from the Social Sciences?, in: Robert J. Sharpe (Hg.), Charter Litigation, Toronto: Butterworths 1987, 187–211
- Tamanaha, Brian Z.*, Beyond the Formalist-Realist Divide: The Role of Politics in Judging, Princeton: Princeton University Press 2010

- Teifke, Nils*, Das Prinzip Menschenwürde. Zur Abwägungsfähigkeit des Höchststrangigen, Tübingen: Mohr Siebeck 2011
- Tiedemann, Paul*, Vom inflationären Gebrauch der Menschenwürde in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, *Die Öffentliche Verwaltung* 62 (2009), 606–15
- , Menschenwürde als Rechtsbegriff: Eine philosophische Klärung, Berlin: Berliner Wissenschaftsverlag, 3. Aufl. 2012
- Tocqueville, Alexis de*, *De la démocratie en Amérique*, Paris: Pagnerre 1835
- Towfigh, Emanuel*, Komplexität und Normenklarheit – oder: Gesetze sind für Juristen gemacht, *Der Staat* 48 (2009), 29–73
- , Demokratische Repräsentation im Parteienstaat, in: Ulrich Jan Schröder/Antje von Ungern-Sternberg (Hg.), *Aktualität der Weimarer Staatsrechtslehre*, Tübingen: Mohr Siebeck 2011, 211–34
- , Empirical arguments in public law doctrine: Should empirical legal studies make a „doctrinal turn“?, *International Journal of Constitutional Law* 12 (2014), i.E.
- Towfigh, Emanuel/Niels Petersen*, *Ökonomische Methoden im Recht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2010
- Trakman, Leon E./William Cole-Hamilton/Sean Gatién*, *R. v. Oakes 1986–1997: Back to the Drawing Board*, *Osgoode Hall Law Journal* 36 (1998), 83–149
- Troper, Michel*, The Logic of Justification of Judicial Review, *International Journal of Constitutional Law* 1 (2003), 99–121
- Tsakyrakis, Stavros*, Proportionality: An Assault on Human Rights?, *International Journal of Constitutional Law* 7 (2009), 468–93
- Tschentscher, Axel*, *Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit*, Baden-Baden: Nomos 2000
- Tushnet, Mark*, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton: Princeton University Press 1999
- , *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton: Princeton University Press 2008
- Uerpmann, Robert*, *Das öffentliche Interesse: Seine Bedeutung als Tatbestandsmerkmal und als dogmatischer Begriff*, Tübingen: Mohr Siebeck 1999
- Vanberg, Georg*, *The Politics of Constitutional Review in Germany*, Cambridge: Cambridge University Press 2005
- , Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung: Zum politischen Spielraum des Bundesverfassungsgerichts, in: Steffen Ganghof/Philip Manow (Hg.), *Mechanismen der Politik: Strategische Interaktion im deutschen Regierungssystem*, Frankfurt a.M.: Campus Verlag 2005, 183–213
- , The Will of the People: A Comparative Perspective on Friedman, *Michigan State Law Review* 2010 (2010), 717–28
- Veel, Paul-Erik N.*, Incommensurability, Proportionality, and Rational Legal Decision-Making, *Law & Ethics of Human Rights* 4 (2010), 177–228
- Venter, François*, The Politics of Constitutional Adjudication, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 65 (2005), 129–66
- Vermeule, Adrian*, *The Constitution of Risk*, New York: Cambridge University Press 2014
- Vesting, Thomas*, *Prozedurales Rundfunkrecht*, Baden-Baden: Nomos 1997
- , Gegenstandsadäquate Rechtsgewinnungstheorie: eine Alternative zum Abwägungspragmatismus des bundesdeutschen Verfassungsrechts?, *Der Staat* 41 (2002), 73–90

- Vogel, Friedemann/Ralph Christensen, Korpusgestützte Analyse der Verfassungsrechtssprechung: Eine Abwägung von Prinzipien findet nicht statt, *Rechtstheorie* 44 (2013), 29–60
- Vorländer, Hans, Deutungsmacht – Die Macht der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Hans Vorländer (Hg.), *Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften 2006, 9–33
- , Die Deutungsmacht des Bundesverfassungsgerichts, in: Robert Christian van Ooyen/Martin H.W. Möllers (Hg.), *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften 2006, 189–99
- Vorländer, Hans/André Brodocz, Das Vertrauen in das Bundesverfassungsgericht: Ergebnisse einer repräsentativen Bevölkerungsumfrage, in: Hans Vorländer (Hg.), *Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften 2006, 259–95
- Voßkuhle, Andreas, Das Konzept des rationalen Staates, in: Gunnar Folke Schuppert/Andreas Voßkuhle (Hg.), *Governance von und durch Wissen*, Baden-Baden: Nomos 2008, 13–32
- , Expertise und Verwaltung, in: Hans-Heinrich Trute/Thomas Groß/Hans Christian Röhl/Christoph Möllers (Hg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht: zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, Tübingen: Mohr Siebeck 2008, 637–63
- , Stabilität, Zukunftsoffenheit und Vielfaltssicherung: Die Pflege des verfassungsrechtlichen „Quellcodes“ durch das BVerfG, *Juristenzeitung* 64 (2009), 917–24
- , Präventive Richtervorbehalte, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hg.), *Handbuch der Grundrechte. Band V: Grundrechte in Deutschland: Einzelgrundrechte II*, Heidelberg: C.F. Müller 2013, 1193–269
- Wahl, Rainer, *Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2003
- , Lüth und die Folgen: Ein Urteil als Weichenstellung für die Rechtsentwicklung, in: Thomas Henne/Arne Riedlinger (Hg.), *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht*, Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag 2005, 371–97
- Waldhoff, Christian, „Der Gesetzgeber schuldet nichts als das Gesetz“, in: Otto Depenheuer/Markus Heintzen/Matthias Jestaedt/Peter Axer (Hg.), *Staat im Wort: Festschrift für Josef Isensee*, Heidelberg: C.F. Müller 2007, 325–43
- Waldron, Jeremy, A Right-Based Critique of Constitutional Rights, *Oxford Journal of Legal Studies* 13 (1993), 18–51
- , *Law and Disagreement*, New York: Oxford University Press 1999
- , The Core of the Case Against Judicial Review, *Yale Law Journal* 115 (2006), 1346–406
- Webb, Hoyt, The Constitutional Court of South Africa: Rights Interpretation and Comparative Constitutional Law, *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 1 (1998), 205–83
- Webber, Grégoire C.N., *The Negotiable Constitution*, Cambridge: Cambridge University Press 2009
- , Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 23 (2010), 179–202
- Weiler, Joseph H.H., Der Staat „über alles“: Demos, Telos und die Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 44 (1996), 91–135
- , *The Constitution of Europe*, Cambridge: Cambridge University Press 1999

- , Epilogue: Towards a Common Law of International Trade, in: Joseph H.H. Weiler (Hg.), *The EU, the WTO, and the NAFTA. Towards a Common Law of International Trade?*, Oxford: Oxford University Press 2000, 201–32
- , Comment: Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres (DS32), *World Trade Review* 8 (2009), 137–44
- Weinrib, *Lorraine Eisenstat*, Canada’s Charter of Rights: Paradigm Lost?, *Review of Constitutional Studies* 6 (2002), 119–78
- Weinrib, *Sara*, The Emergence of the Third Step of the Oakes Test in *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, *University of Toronto Faculty of Law Review* 68 (2010), 77–97
- Wendt, *Rudolf*, Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot, *Archiv des öffentlichen Rechts* 104 (1979), 414–74
- , Der Gleichheitssatz, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 7 (1988), 778–86
- Weyreuther, *Felix*, Gleichbehandlung und Typisierung, *Die Öffentliche Verwaltung* 50 (1997), 521–30
- Windisch, *Florian*, „Abwägung“: Total, formal oder strukturiert?, *Rechtstheorie* 44 (2013), 61–102
- Winkler, *Adam*, Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts, *Vanderbilt Law Review* 59 (2006), 793–871
- Wißmann, *Hinnerk*, *Generalklauseln: Verwaltungsbefugnisse zwischen Gesetzmäßigkeit und offenen Normen*, Tübingen: Mohr Siebeck 2008
- Wittig, *Peter*, Zum Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im System des Grundgesetzes, *Die Öffentliche Verwaltung* 21 (1968), 817–25
- Wittreck, *Fabian*, Menschenwürde und Folterverbot: Zum Dogma von der ausnahmslosen Unabwägbarkeit des Art. 1 Abs. 1 GG, *Die Öffentliche Verwaltung* 56 (2003), 873–82
- Wolfrum, *Rüdiger/Volker Röben* (Hg.), *Legitimacy in International Law*, Berlin: Springer 2008
- Woolman, *Stuart*, Out of Order? Out of Balance? The Limitation Clause of the Final Constitution, *South African Journal on Human Rights* 13 (1997), 102–34
- Woolman, *Stuart/Henk Botha*, Limitations, in: Stuart Woolman/Michael Bishop/Jason Brickhill (Hg.), *Constitutional Law of South Africa*, Cape Town: Juta, 2. Aufl. 2006
- , Limitations: Shared Constitutional Interpretation, an Appropriate Normative Framework & Hard Choices, in: Stu Woolman/Michael Bishop (Hg.), *Constitutional Conversations*, Pretoria: Pretoria University Law Press 2008, 149–86
- Young, *Alison L.*, Proportionality is Dead: Long Live Proportionality!, in: Grant Huscroft/Bradley W. Miller/Grégoire Webber (Hg.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, New York: Cambridge University Press 2014, 43–66
- Zimmer, *Karl-Otto*, Nochmals: Zur verfassungsnäheren Gestaltung der 5-%-Klausel, *Die Öffentliche Verwaltung* 38 (1985), 101–02
- Zippelius, *Reinhold*, Zur Rechtfertigung des Mehrheitsprinzips in der Demokratie, *Aus Politik und Zeitgeschichte* 37.42 (1987), 3–10
- Zweigert, *Konrad/Hein Kötz*, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, Tübingen: J.C.B. Mohr, 3. Aufl. 1996

Stichwortverzeichnis

- Abhörmaßnahme 158, 188, 265
- Abwägung
- definitiorische Abwägung 72 f.
 - Einzelfallabwägung 5, 72 ff.
 - implizite Abwägung 9, 75, 124, 126 f., 133 f., 172 ff., 187, 194, 219, 229, 246, 249, 255 ff., 267, 272 f.
 - numerische Abwägung 67 f.
- African National Congress 224, 245
- Aktivismus, verfassungsgerichtlicher 1 ff., 6, 9, 71 f., 75 f., 110, 111 ff., 118 ff., 165, 166, 184, 194, 269 f., 271 f., 277 ff.
- Akzeptanz 98, 111 ff., 142, 144, 188, 257 f., 269, 276 f., 279
- Alimentationsprinzip 190 f.
- Allgemeine Handlungsfreiheit 98
- Amtsangemessenheit, Grundsatz der 184, 191
- Anreizstruktur 45 f., 49 f., 52, 179
- Apartheid 224, 226, 232 f., 245
- Apothekenurteil 87, 107 ff., 138 ff., 143, 163, 170, 216
- Aufzeichnungspflicht 200, 266
- Beamtenrecht 182, 189 ff., 193, 194, 206 f., 210, 277
- Begründungspflicht 104
- Berufsbeamtentum, hergebrachte Grundsätze 182, 190, 207
- Berufsfreiheit 42, 79 ff., 88, 107 f., 139 f., 155, 172, 177, 179, 183, 214
- Bestimmtheit 7, 134, 197 f., 210 ff., 219, 264, 266, 275
- Beweislast 74 f., 83, 87 f., 91 f., 103 f., 135, 225 f., 228 f., 230 ff., 235, 237 ff., 243 f., 247, 249 ff., 267, 273
- Beweislastumkehr 74 f., 228 f., 235, 247
- Bundesstaat 33, 48, 115, 146
- Capture (→ Klientelpolitik)
- Chaoulli-Urteil 104, 251 ff., 267 f., 276
- Charkaoui-Urteil 262 f.
- Court Packing Plan 114
- Datenschutzrecht 211 f.
- Deduktive Argumente 7, 132, 133, 167, 189 ff., 194 f., 206, 270, 277
- Demokratie 11, 16, 18, 20, 22, 24 f., 29 ff., 34, 36, 43, 50, 52, 84 ff., 210
- Demokratieprinzip 30 ff., 207
- Diskriminierung 19, 23, 28 f., 34 ff., 43 f., 51, 101, 106, 109, 183 f., 194, 213, 238, 271
- Eingriff 3, 5, 7, 36, 49, 54, 55, 60, 62, 64 f., 67, 70, 79 f., 87, 92, 95, 98, 108, 126 ff., 132, 133 f., 150 f., 155, 157, 163, 200 f., 211 f., 221, 228, 229, 235, 236, 238, 239, 247, 256, 262, 265, 270
- Einschätzungsspielraum 5, 42 f., 46, 52, 64, 77, 80, 81 f., 86, 88 f., 90 ff., 134 f., 169 ff., 197, 212 f., 237 f., 249 ff., 267
- Einzelfallgerechtigkeit 13, 72 ff., 76, 275
- Euro-Rettungsschirm 208
- Europäische Finanzarchitektur 48, 208 f.
- Europäische Verteidigungsgemeinschaft 114
- Evidenzkontrolle 91, 99
- Existenzminimum 102 f., 191 ff.
- Experten (→ Sachverständige)
- Externe Effekte 33, 46 ff., 50, 70
- Familie 181 f., 190 f., 191 ff., 241 f., 262
- Familienneutralität 190, 193
- Fehlanreize 5, 9, 50 f., 82, 90, 105, 163, 194, 204 f., 210, 273, 275

- Fehlentwicklungen des politischen Prozesses 4, 6, 15, 20, 29, 30, 32 ff., 100, 275
- Finanzielle Lasten, Zuordnung von 7, 147 ff., 161 ff., 165, 270, 273
- Föderalstaat (→ Bundesstaat)
- Folgerichtigkeit (→ Konsistenz)
- Formalisierung 39, 42, 53, 56, 61 ff.
- Funktionell-rechtlicher Ansatz 26 ff.
- Gemeinwohl 9, 31, 39, 49, 106, 110, 127, 168, 176, 177, 223 f., 245
- Gesetzesvorbehalt 55, 66
- Gesetzgebungsverfahren 7, 9, 51, 101 ff., 110, 135, 155, 162, 163, 165, 178 ff., 194, 197, 212 ff., 265, 273, 274
- Gewaltenteilung 12, 16, 26 ff.
- Gewichtsformel 61 ff., 92 ff., 99, 222, 275
- Gewissheit 81 f., 92 f.
- Gleichheitsrecht 121 f., 129, 132 f., 166, 180 ff., 189, 194, 262
- Gleichheitsargument 132 f., 136, 166, 180 ff. 189, 194
- Großer Lauschangriff 158 f., 186, 188 f.
- Harper-Urteil 103, 253, 255
- Härtefallkorrektur 7, 9, 155 ff., 161 ff., 165, 177, 194, 216, 273
- Hartz IV-Urteil 102 f., 177 (Fn. 74), 217 f., 220, 266
- Hilfsargumente 49, 119, 120, 125, 127, 131, 135, 153, 166, 218, 237, 263, 274 f.
- Hochschule 183, 202, 205 f., 210
- Hochschullehrer 205 f., 210
- Identität 16, 21 ff., 25, 35
- Indeterminiertheit von Sprache 12 f.
- Informationsdefizit 19, 174, 179, 194, 271, 273
- Inkommensurabilität 2, 5, 56 ff., 97 ff., 148, 161
- Kategoriale Argumentation 7, 69 (Fn. 79), 72 ff., 131 f., 136, 166 f., 185 ff., 194, 245
- Kausalbeziehung 55, 78 ff., 82 ff., 86, 93, 164 f., 250
- Kernbereich 75 (in Fn. 126), 132, 167, 185 ff., 200 f.
- Kindergeld 190, 191 f.
- Kruzifix-Beschluss 2 ff., 25 f., 113, 114 f., 159 f., 161, 165, 276 f.
- Klientelpolitik 28, 33, 40 ff., 51, 53, 82, 100 f., 106 ff., 162 f., 174, 180, 213, 215 ff., 218, 220, 271
- Konkretisierung 17, 41, 92, 102, 190, 191, 196 f., 198, 206, 211, 247, 278
- Konsistenz 7, 8, 42, 102 f., 106 ff., 124 f., 127, 130 f., 132, 136, 138 f., 140, 147, 153 ff., 161 ff., 165, 166, 171 f., 177 ff., 180, 183, 189, 191, 194, 224 ff., 230 f., 234 f., 236, 237, 239 f., 245, 248, 262 f., 266, 270, 273, 274 ff.
- historische Konsistenz 131, 154 f., 171, 262 f.
- Konsultationspflicht 265 f.
- Kontrolldichte 26, 39, 46, 91 f., 102, 108 f., 139, 150, 215, 278 f.
- Korrelation 84, 128, 164 f., 213
- Kosten-Nutzen-Analyse 54, 125, 149, 188
- Kriminalität 49, 159, 224, 226, 239
- Legitimes Ziel 9, 54, 123, 126 f., 136, 141, 147, 157, 167 ff., 222, 224, 227, 232 ff., 238, 240, 242, 249
- Legitimität
- demokratische 36 f., 50, 91 (Fn. 6)
- von Verfassungsgerichtsbarkeit 4, 10 f., 15, 17 ff., 26, 30, 52 f., 54, 70, 111 ff., 142, 144, 187, 189, 237, 243, 269, 277
- Unterscheidung faktische und normative 115 (Fn. 28)
- Legitimitätskrise 2, 276
- Lissabon-Urteil 208
- Lobbying (→ Klientelpolitik)
- Luftsicherheitsgesetz 186 f.
- Lüth-Urteil 138, 142 ff., 146
- Makwanyane-Urteil 138, 221, 224 ff., 227 f., 238, 239
- Marbury v. Madison 10, 221 (Fn. 3)
- Marktzutrittsschranken 44 f., 173
- Meinungsfreiheit 38, 39, 44, 58, 95, 143 f., 146, 256 f., 261, 264 f.

- Mehrheitsprinzip 15, 16 f., 18, 20, 29, 31, 34 ff., 50, 90
- Menschenwürde 13, 132, 166 f., 185 ff., 194, 225 f.
- Minderheiten 4, 15 f., 18 ff., 23 f., 28 f., 33, 34 ff., 40 f., 46, 48, 50 f., 52 f., 61, 98 f., 100, 109, 160, 162 f., 174, 193, 213, 232, 238, 245
- Minderheitenschutz als Gruppenschutz 37 f.
- Mitbestimmungsurteil 91 f., 102, 109 f., 212 f.
- Mitteilungspflicht (→ Unterrichtungspflicht)
- Motivkontrolle 5 f., 23, 49, 53, 100 f., 105 ff., 110, 139, 194, 197, 215, 271 f., 273
- Oakes-Entscheidung 87, 123, 138, 247 f., 249
- Originalisten 15 f., 20 f., 23 (Fn. 79)
- Overbreadth (→ Typisierung, undifferenzierte)
- Pareto-Effizienz 54, 174
- Partikularinteressen 101, 105 ff., 127, 168, 180, 215 ff., 238
- Passgenauigkeit 7, 9, 150 ff., 161 f., 165, 174, 229, 257 f., 270 f., 272 ff.
- Pathologien des politischen Prozesses (→ Fehlentwicklungen des politischen Prozesses)
- Pluralismus im Rundfunk 202 ff., 210
- Politikversagen (→ Fehlentwicklungen des politischen Prozesses)
- Prinzipientheorie 61 ff., 91, 92 ff., 99, 112, 222,
- formelle Prinzipien 93 f.
- Professorenbesoldung 191
- Prognose, gesetzgeberische 5, 52, 69 f., 78 ff., 91 f., 100 f., 104 f., 151, 156, 170 ff., 173, 197, 249 ff.
- Prozedurales Argument 7 f., 101 ff., 105, 124, 133 ff., 136, 196 ff., 237, 240 ff., 248, 251, 252, 264 ff., 266, 274, 275
- Prozessgrundrecht 197, 198 f., 275
- Prüfungskompetenz 5, 10 f., 143, 146
- Prüfungsmaßstab 11, 52, 91 f., 121 (Fn. 51), 139, 188
- Rationalitätskontrolle 4, 7, 9, 49 f., 108, 148, 161 ff., 167, 169, 174, 183, 184, 185, 194 f., 210, 218 ff., 223, 246, 248, 266 ff., 269 ff.
- Rauchverbotsurteil 79 f., 108 f., 179 f.
- Rechtfertigungslasten 124, 130, 131, 135, 154 f., 228 f., 233 f., 237 ff., 247 ff.
- Rechtssicherheit 5, 13, 56, 72 ff., 76, 134, 175, 185, 211, 236, 275
- Rechtsstaatsprinzip 17 f., 159, 174 ff., 211, 219, 275
- Rechtsvergleichung 8 f., 120 f., 278 f.
- Auswahlkriterien 120 f.
- als verfassungsgerichtliches Argument 237
- Regelbildung 72 ff.
- Repräsentation 15, 18, 20, 29, 30 ff., 32, 38, 39, 44, 48 f., 50 f., 162 f., 165, 183, 193, 205 f., 238, 244, 245 f., 259, 261 f.
- Repräsentationsrisiko 30 ff., 48 f., 52, 71 f.
- Religionsfreiheit 2 f., 38, 39 f., 58, 60, 66, 67, 168, 201, 230 ff., 242 f., 260
- Richtervorbehalt 196 f., 264 f.
- Risiko 71, 86 f., 93, 226
- Risikopräferenzen 88, 89, 94 ff., 101, 173
- RJR MacDonald 103, 250 f., 253 ff.
- Rundfunkrecht 197, 202 ff., 210, 211, 219
- Sachverständige 5, 86, 96, 103, 104 f., 170, 172, 251 f.
- Sanktion 11, 31, 36, 41, 43, 46 f., 73, 79, 113, 159, 253, 256, 259
- Schutzbereich 72 f., 132
- Schwangerschaftsabbruch, Urteile zum 102, 201 f., 218 f.
- Selbstermächtigung, politische (→ Aktivismus, verfassungsgerichtlicher)
- Signifikanz, statistische 84
- Skala
- Ordinalskala 57, 58, 63, 67
- Kardinalskala 57, 61, 63, 67
- Verhältnisskala 58, 63, 67, 93 f., 99
- Sorgfalt, gesetzgeberische 9, 81, 106, 213, 217, 218
- Sozialstaatsprinzip 192, 217
- Sozialwissenschaften 6, 82 ff., 95, 170
- Staatsfreiheit des Rundfunks 202 ff.

- Stereotype 19, 38 f., 51, 163, 168 f., 184, 194, 213, 271
- Steuerrecht 181 f., 189, 191 ff., 194, 275, 277
- Steuersplitting 181 f., 184
- Strafprozessuale Maßnahme 74 f., 144, 148, 158 f., 165, 200 f., 244 f., 264 f., 270
- Strukturelle Argumente 7, 122, 198, 202 ff., 219
- Strukturprinzipien, prozedurale 202 ff.
- Transsexuellenentscheidungen 141 f., 152 f., 163
- Typisierung, gesetzgeberische 128 f., 151 f., 162, 178, 224, 227, 229 ff., 245 f., 264
- Übergangsregelung 130, 141, 156, 162, 171, 175 f., 275
- Unabhängigkeit, richterliche 30, 50 f., 145, 198 f., 207, 219, 264
- Unbestimmtheit 97 ff.
- Unsicherheit 4, 55, 69 f., 78 ff., 90, 92 f., 94 ff., 99 f., 101, 135, 164, 169, 170 ff., 173, 238, 249 ff.
- Unterrichtungspflicht 200 f., 219, 265 f.
- Unterstützung
- diffuse 115 ff., 119
 - spezifische 115 ff.
- Verantwortlichkeit, politische 11, 26 f., 29 f., 31, 43, 50, 87, 184, 207, 209, 210, 211, 226, 238, 245
- Verfahrensargument (→ Prozedurales Argument)
- Verfahrensgarantie 24, 124, 219, 240 ff.
- Verfahrenskontrolle 7, 23 f., 101 ff., 134 f., 196 f., 209 f., 218
- Verfahrenspflichten 101 ff.
- Verfassungsdialo g 25 f.
- Vergleichbarkeit 57 ff., 65, 68
- Verhältnismäßigkeit
- Kritik 1 ff., 52 f., 54 ff., 110 ff., 148, 164, 189, 223, 269 ff.
 - verkürzte Verhältnismäßigkeitsprüfung 68 ff., 72 f.
- Vertrauensschutz 7, 124, 129 f., 134, 136, 138 f., 166, 174 ff., 194, 214, 274, 275
- Vertretbarkeitskontrolle 5, 90, 91, 99, 102
- Währung, normative 58 ff., 67, 68, 71, 98, 148, 269
- Wert
- instrumenteller Wert 59 ff.
 - intrinsischer Wert 58 f.
- Werthierarchien 12 f., 55, 59 (Fn. 21), 112
- Wettbewerb 23, 44 ff., 139 f., 163, 181 (Fn. 97), 203 ff., 210, 216, 256