

LAURENCE O'HARA

Konsistenz und Konsens

*Studien und Beiträge
zum Öffentlichen Recht*

38

Mohr Siebeck

Studien und Beiträge
zum Öffentlichen Recht

Band 38



Laurence O'Hara

Konsistenz und Konsens

Die Anforderungen des Grundgesetzes an
die Folgerichtigkeit der Gesetze

Mohr Siebeck

Laurence Brendan O'Hara, geboren 1986; Studium der Rechtswissenschaft an der Bucerius Law School, Hamburg, und der Yeshiva University (Benjamin N. Cardozo School of Law), New York City; 2010 Erste Juristische Prüfung; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Verwaltungswissenschaften und Rechtsvergleichung der Bucerius Law School; sozialwissenschaftliches Aufbaustudium an der Harvard University (John F. Kennedy School of Government, Harvard Law School), Cambridge (Massachusetts); 2015 Master in Public Policy ebenda; seit 2016 Referendar am Hanseatischen Oberlandesgericht, Hamburg; 2017 Promotion.

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungsfonds Wissenschaft der VG WORT.

ISBN 978-3-16-155735-4 / eISBN 978-3-16-155736-1

DOI 10.1628/978-3-16-155736-1

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

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

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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

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

Meinen Eltern

Vorwort

Bei der vorliegenden Studie handelt es sich um eine geringfügig erweiterte Fassung meiner Doktorarbeit. Die Dissertation wurde im Januar 2017 an der Bucerius Law School angenommen. Mit der mündlichen Prüfung am 1. Juni 2017 endete das Promotionsverfahren. Viele glückliche Umstände haben zum Gelingen des Projekts beigetragen; vor allem habe ich vielfältige Unterstützung erfahren. Dafür möchte ich mich bedanken.

Mein Dank gilt zuallererst meinem Doktorvater, Professor *Hermann Pünder*, an dessen Lehrstuhl die Arbeit zum größten Teil entstand. Herr *Pünder* hat mich als Lehrer und Mentor nachhaltig geprägt und weit über das von einem Promotionsbetreuer zu erwartende Maß gefördert. Das Projekt begleitete er kritisch-fördernd, unterstützte dabei eigenständiges Denken und gewährte den hierfür nötigen Freiraum.

Glücklich schätzen kann ich mich auch wegen der jahrelangen Förderung durch Professor *Christian Bumke*, der entscheidend zu meiner wissenschaftlichen Ausbildung beitrug und mir immer wieder prägende Denkanstöße gab. Auch für das Promotionsprojekt stand er als hilfsbereiter Ratgeber zur Verfügung. Zum Abschluss erstattete er das Zweitgutachten.

Die Professorinnen und Professoren *Jane Mansbridge*, *Jennifer Lerner*, *Mathias Risse* und *Quinton Mayne* machten sich viel Mühe, mir den Zugang zu den geistes- und sozialwissenschaftlichen Dimensionen der Fragestellung jenseits der klassischen deutschen Staatsrechtswissenschaft zu erleichtern. Für ihre Anregungen danke ich herzlich. Aus dem Kreis der Kolleginnen und Kollegen bin ich besonders den Mitgliedern der Hamburger Diskussionsrunde zum öffentlichen Recht sowie meinen Freunden *Philip Liebenow* und *Justus Quecke* für Anregungen und Kritik verbunden.

Der Studienstiftung des deutschen Volkes gebührt Dank für die Förderung mit einem Promotionsstipendium, der Verwertungsgesellschaft Wort für die Gewährung eines Druckkostenzuschusses.

Ich hatte während meiner Doktorandenzeit (wie schon zuvor) das Glück, mich in einem Umfeld aus umtriebigen und inspirierenden, zugleich hilfsbereiten und nachsichtigen Zeitgenossen zu bewegen. Überaus dankbar bin ich meinen Freundinnen und Freunden aus Hameln, Hamburg, Berlin und Cambridge,

die mir Zerstreuung und zugleich Orientierung boten. Und ich danke von ganzem Herzen *Anne-Marie Hovingh*, die mich viele Jahre hindurch als „Partner in Crime“ begleitete, mir mit Rat und Tat zu Seite stand, mich herausforderte und stützte.

Dass ich meinen Ausbildungsweg überhaupt gehen konnte, verdanke ich der vorbehaltlosen Unterstützung meiner Eltern *James* und *Angelika O'Hara*. Sie förderten mich vielfältig und halfen mir bei allen Vorhaben. Gemeinsam mit meiner Schwester *Marie-Claire O'Hara* gaben sie mir das verlässlichste und anregendste Zuhause, das man sich wünschen kann. Ihnen widme ich das Buch in Dankbarkeit.

Hamburg, im August 2017

Laurence O'Hara

Inhaltsübersicht

Einleitung	1
Erster Teil: Grundlagen der Untersuchung	21
<i>Erster Abschnitt: Figur der Konsistenzanforderung</i>	23
<i>Zweiter Abschnitt: Konsistenzanforderungen im demokratischen Verfassungsstaat</i>	53
Zweiter Teil: Die einzelnen Konsistenzgebote des Grundgesetzes	115
<i>Erster Abschnitt: Nachvollziehbare Ausgestaltung von Regelungsstrukturen</i>	117
<i>Zweiter Abschnitt: Konsequente Zielverfolgung</i>	175
<i>Dritter Abschnitt: Methodengerechte Erfassung und Beurteilung der Wirklichkeit</i>	213
Fazit	237
Literaturverzeichnis	241
Stichwortverzeichnis	263

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
A. Fragestellung	1
I. Gesellschaftliche Rationalisierung durch zunehmende Regelgebundenheit	1
II. Rationalitätsansprüche und demokratisches Recht	4
III. Folgerichtigkeit: Lösung für das Rationalitätsdilemma?	6
B. Wandel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	7
I. Rationalisierung des Staatshandelns durch Verfassungsrecht	7
II. Traditionelle Bedeutungslosigkeit der Folgerichtigkeit	8
III. Hinwendung zur Folgerichtigkeit als Korrektiv für Spielraumentscheidungen	9
IV. Zeitgeschichtlicher Kontext	10
C. Zugriff und Forschungsschwerpunkte	13
I. Stand der Diskussion	13
II. Forschungsbedarf	16
III. Integratives Verständnis des demokratischen Verfassungsstaats	18
Erster Teil: Grundlagen der Untersuchung	21
<i>Erster Abschnitt: Figur der Konsistenzanforderung</i>	23
A. Begriff der Konsistenzanforderung	23
B. Wirkungsweise von Konsistenzanforderungen	28
I. Nachrangigkeit gegenüber harmonisierender Auslegung	28
II. Tatbestandliche Begrenztheit	33
III. Selbstbindung und Wechselwirkung	35
IV. Schonung und Begrenzung gesetzgeberischer Spielräume	39
V. Rationalisierung durch Begründbarkeitserfordernisse	41
C. Abgrenzung von anderen Arten gesetzgeberischer Gebundenheit	45
I. Bindung an höherrangiges Recht	45
1. Verhältnis von Gleichheits- und Konsistenzprüfungen	46
2. Verhältnis von Verhältnismäßigkeits- und Konsistenzprüfungen	49

II. Angemessenheit mit Blick auf außerrechtliche Umstände	50
III. Kontinuität und Vertrauensschutz	51
<i>Zweiter Abschnitt: Konsistenzanforderungen im demokratischen Verfassungsstaat</i>	<i>53</i>
A. Rechtsstaatliche Dimension	53
I. Rationalität als Leitidee	55
II. Allgemeines Willkürverbot	58
III. Ordnungsfunktion des Rechts	60
B. Demokratische Dimension	65
I. Kompatibilität mit dem Verfassungsgrundsatz der Volkssouveränität	69
1. Volkssouveränität als Grenze rechtsstaatlicher Konsistenzinteressen	69
2. Demokratische Repräsentation als Rationalisierungsaufgabe	71
3. Rationale Staatslenkung in der Tradition demokratischen Denkens	76
a) Irrationalität der Demokratie als Preis der Freiheit	77
b) Überlegene Rationalität demokratischen Entscheidens	79
c) Ambivalentes Verhältnis von Demokratie und Ergebniskorrektur	86
II. Kompatibilität mit den Eigengesetzlichkeiten des politischen Systems	87
1. Funktionsmechanismen politischen Entscheidens unter dem Grundgesetz	88
a) Konkurrenz und Konkordanz	88
b) Formalität und Informalität	90
c) Volksnähe und Distanz	91
2. Konsistenzbeschränkende Einflüsse	93
a) Strukturelle Defizite menschlicher Urteils- und Entscheidungsfähigkeit	93
b) Produktion und Verarbeitung von Widersprüchen im politischen Prozess	96
c) Mögliche Divergenz von konsistenter und politisch opportuner Lösung	98
3. Konsistenzfördernde Einflüsse	99
a) Konzeptgeleitetes Entscheiden in Situationen der Verantwortlichkeit	99
b) Theorisierender Charakter geforderter Überzeugungsarbeit	101
4. Normativer Gehalt der Funktionsprinzipien	103
III. Zwiespältiges Gesamtbild	104
C. Leitgedanken harmonisierender Konkretisierung	109
I. Einheit der Verfassung	109
II. Praktische Konkordanz und Optimierungsgedanke	109
III. Kompensationsgedanke	111
IV. Kompetenzen und Funktionen der Staatsgewalten	113

Zweiter Teil: Die einzelnen Konsistenzgebote
des Grundgesetzes 115

*Erster Abschnitt: Nachvollziehbare Ausgestaltung
von Regelungsstrukturen* 117

A. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	117
I. Traditionell zurückhaltende Prüfung der Systemgerechtigkeit	117
1. Weiter Tatbestand der Systemwidrigkeit	118
2. Geringe Rechtfertigungsanforderungen	120
3. Geringe praktische Bedeutung	122
II. Wahlrechtliches Folgerichtigkeitsgebot	123
III. Steuerrechtliches Folgerichtigkeitsgebot	125
1. Weite Gestaltungsspielräume und einschränkende Grundsätze	127
2. Abgeleitetes Gebot der Folgerichtigkeit	128
a) Bezugspunkte der Folgerichtigkeit in der Rechtsprechungspraxis	128
aa) Anfangs reine Kontrolle von Belastungsungleichheiten	129
bb) Heute auch echte Konsistenzprüfung	131
b) Rechtfertigungsmaßstab	135
c) Gesamtschau: Folgerichtigkeitsgebot in der Gleichheitsdogmatik des Gerichts	136
IV. Schwächere Ausprägung im Sozialrecht	138
B. Rechtsstaatliche Fundierung	140
I. Allgemeiner Gleichheitssatz	140
1. Kein Rechtfertigungserfordernis aufgrund von Abweichungen	141
a) Kein Zusammenhang zwischen Ausnahme und realer Gleichbehandlung	141
b) Personale Schutzrichtung des allgemeinen Gleichheitssatzes	142
c) Identifikation von Ungleichbehandlungen durch systematische Analyse	144
2. Keine Maßgeblichkeit von Abweichungen auf der Rechtfertigungsebene	145
II. Freiheitsgrundrechte und Verhältnismäßigkeitsprinzip	147
III. Allgemeines Rechtsstaatsprinzip	148
1. Rechtsstaatliches Interesse an der Strukturiertheit des Rechts	148
2. Verfassungsrechtliche Unerheblichkeit von „Systemen“	149
a) Möglichkeit gedanklicher Hierarchisierung gleichrangiger Wertungen	151
b) Denkbare konkurrierender Systeme	154
c) Mangelnde Erfassbarkeit durch Überkomplexität	155
3. Fokus auf die tatsächlichen Ordnungswirkungen mithilfe von Grundregeln	158
a) Figur der Grundregel	158

b) Fundierung im Strukturierungsinteresse	159
c) Identifizierbarkeit von Grundregeln und Abweichungen	159
d) Konkurrierende Grundregeln	161
e) Begrenzter Eigenständiger Anwendungsbereich	162
C. Einfügen in den Wertungszusammenhang des demokratischen Verfassungsstaats	164
I. Abgestimmtheit und demokratische Ordnung	164
1. Souveränitäts- und Politikbeeinträchtigung durch ein etwaiges Gebot	164
2. Grundsatz hinreichender Abstimmung im politischen Prozess	165
3. Möglichkeit von Störungen	166
II. Verbindendes Verständnis der Anforderungen von Rechtsstaat und Demokratie	168
III. Maßstababildung	171
<i>Zweiter Abschnitt: Konsequente Zielverfolgung</i>	<i>175</i>
A. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	175
I. Unverhältnismäßigkeit von Belastungen wegen inkonsequenter Zielverfolgung	175
1. Mindestanforderungen des Gebotes der Geeignetheit	176
2. Fehlende Erforderlichkeit wegen inkonsequenter Zielverfolgung	177
3. Unangemessenheit wegen inkonsequenter Zielverfolgung	178
a) Erfordernis hinreichender Ausrichtung am Regelungsziel	178
b) Relativierung gesetzgeberischer Ziele durch Inkonsequenz	179
II. Konsequenzerfordernisse bei der Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen	182
1. Pflicht zur zielgerichteten Ausgestaltung von Typisierungen	182
2. Pflicht zur zielgerichteten Ausgestaltung von Lenkungssteuern	183
III. Rechtsstaatliches Gebot der „Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung“	185
1. Entwicklung am Verhältnis von Sach- und Abgabengesetzgeber	186
2. Übertragung auf andere Rechtsgebiete	187
3. Übertragung auf Gesetze desselben Gesetzgebers	187
B. Rechtsstaatliche Fundierung	188
I. Freiheitsgrundrechte und Verhältnismäßigkeitsprinzip	188
1. Inkonsequenz als Minderung bewirkter Gemeinwohlvorteile	190
a) Gewicht des Gemeinwohlbelangs nach Maßgabe der bewirkten Vorteile	190
b) Beeinflussung der Vorteile auch durch Regelungen jenseits der Eingriffsnorm	192
2. Höhere Belastungsintensität allenfalls in Konkurrenzsituationen	193
3. Widersinnige Ergebnisse?	194
4. Unzulässige Vermischung von Freiheitsrecht und Gleichheitsrecht?	195
5. Fazit: Angemessenheitsgebot als Konsequenzerfordernis	197
6. Eingegrenzte Übertragbarkeit auf den Grundsatz der Erforderlichkeit	197

II. Allgemeiner Gleichheitssatz	198
III. Allgemeines Rechtsstaatsprinzip	199
1. Gebot der Rechtssicherheit	199
2. Ordnungsfunktion des Rechts	202
a) Allgemeines Geeignetheitsinteresse	202
b) Beachtlichkeit von Zielkonflikten nur bei bezweckter Widersprüchlichkeit	203
C. Einfügen in den Wertungszusammenhang des demokratischen Verfassungsstaats	206
I. Konsequenz und demokratische Ordnung	206
II. Verbindendes Verständnis der Anforderungen von Rechtsstaat und Demokratie	208
III. Maßstabsbildung	210
1. Grundrechtliches und allgemeines Gebot der Geeignetheit	210
2. Konsequenzanforderung des Gebotes der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn	211
3. Rechtsstaatliches Verbot bezweckter Zielkonflikte	212
 <i>Dritter Abschnitt: Methodengerechte Erfassung und Beurteilung der Wirklichkeit</i>	
A. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	213
I. Grundanforderungen der Schlüssigkeit von Einschätzungen und Prognosen	213
II. Maßstabsgerechter Ausgleich der Länderfinanzen	215
III. Leitbildgerechte Typisierung	217
IV. Konzeptgeleitete Ermittlung des menschewürdigen Existenzminimums	218
1. Konkretisierungsbedürftigkeit des Grundrechts	218
2. Konsistenzprüfung als Folge	218
3. Maßgeblichkeit des sozialrechtlichen Existenzminimums für andere Gebiete	220
V. Abfassung deklaratorischen Normtextes gemäß der Regelungswirklichkeit	221
B. Rechtsstaatliche Fundierung	223
I. Rechtsstaatliches Interesse an einer methodengeleiteten Wirklichkeitserfassung	224
1. Interesse an der Entwicklung einer Methode	224
2. Interesse an der Einhaltung einer gewählten Methode	227
II. Rechtsstaatliches Interesse an der Richtigkeit deskriptiven Normtextes	227
C. Einfügen in den Wertungszusammenhang des demokratischen Verfassungsstaats	229

I. Realitätsverarbeitung und demokratische Ordnung	229
II. Verbindendes Verständnis der Anforderungen von Rechtsstaat und Demokratie	230
1. Methodengerechtes Erarbeiten von Sachverhaltsannahmen und -bewertungen	230
a) Wirklichkeitsbezogene Spielräume des Gesetzgebers	231
b) Anforderung methodenkonsistenten Regelns	234
2. Wahrheitsgemäße Beschreibung der Regelungswirklichkeit	235
III. Maßstabsbildung	236
1. Methodengerechtes Erarbeiten von Sachverhaltsannahmen und Bewertungen	236
2. Wahrheitsgemäße Beschreibung der Regelungswirklichkeit	236
Fazit	237
Literaturverzeichnis	241
Stichwortverzeichnis	263

Einleitung

A. Fragestellung

I. Gesellschaftliche Rationalisierung durch zunehmende Regelgebundenheit

Die menschliche Entwicklung ist seit jeher von Rationalisierungsprozessen geprägt. Wissenschaftlich fundierte Vorstellungen ersetzen Mystizismen und tradierte Mutmaßungen als Erklärungsmuster für die Welt; Zufall und Bauchgefühl weichen der Durchdachtheit von Arbeitsprozessen und -ergebnissen.¹ Über Jahrtausende führte der wissenschaftliche und gesellschaftliche Fortschritt allmählich zu der Gewissheit, dass „es keine geheimnisvollen unberechenbaren Mächte gebe“, sondern man „alle Dinge – im Prinzip – durch berechnen beherrschen könne“. Seit dieser neuzeitlichen „Entzauberung der Welt“² ist der Rationalismus das mächtigste Paradigma der westlichen Gesellschaften.³

In welche Richtung eine Gesellschaft sich entwickelt, wenn sie rationalisiert wird, lässt sich kaum allgemeingültig beschreiben. Rationalität ist eine diffuse

¹ Kontinuierliche Verbesserungen unseres Denkens werden schon seit vorsokratischer Zeit beschrieben. „Nicht vom Beginn an enthüllten die Götter uns Sterblichen alles; Aber im Laufe der Zeit finden wir, suchend, das Bess're.“ In diesen Worten *Xenophanes*' sah *Karl Popper*, *Vermutungen und Widerlegungen*, S. 210 (235 ff.), etwa den ersten überlieferten Ansatz seiner Erkenntnistheorie des kritischen Rationalismus, nach der die wissenschaftliche Erschließung der Welt als niemals endende, die jeweils geltenden Prämissen hinterfragende Diskussion erfolgt. Siehe auch die Übersetzung bei *Xenophanes*, *Die Fragmente*, S. 48 f.

² *Max Weber*, *Wissenschaftslehre*, S. 582 (593 ff.).

³ Nachzeichnung der Rationalisierung der abendländischen Gesellschaften und von *Max Webers* Konzeption des abendländischen Rationalismus bei *Wolfgang Schluchter*, *Die Entwicklung des okzidentalen Rationalismus*, S. 15 ff. und passim; *Jürgen Habermas*, *Theorie des kommunikativen Handelns* Bd. 1, S. 225 ff. und passim; *Hans-Peter Müller*, in *Die Rationalitäten des Sozialen*, S. 43 (46 ff.). Besonders zur Rationalisierung des Rechts durch Säkularisierung auch *Max Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, S. 395 ff., 469 ff. Ein knapper Überblick auch zu weiteren klassischen Theorien der gesellschaftlichen Rationalisierung findet sich bei *Reinhold Zippelius*, *Gesellschaft und Recht*, S. 132 ff. Zusammenfassend zur Rationalität als Anforderung an den modernen Staat *Bernd Grzeszick*, *VVDStRL* Bd. 71 (2012), S. 49 (51 ff.).

Kategorie. Je nach Lebensbereich gelten unterschiedliche Rationalitätsmaßstäbe.⁴ Vielfach ist auch unklar oder umstritten, was die Rationalität gebietet.⁵ Als kennzeichnende Eigenschaft, die alle Formen rationalen Denkens und Handelns verbindet,⁶ lässt sich vor allem eine reflektierte, analysierende Herangehensweise ausmachen. Infolge dieser überlegenden Geisteshaltung sind rationale Gedanken und Handlungen verständlich. Auch wenn andere Menschen anders denken oder entscheiden würden, können sie doch feststellen, dass rationales Denken oder Handeln sich in Bezug auf bestimmte Vorgaben als richtig erweist. Insofern geht es bei der Kategorie der Rationalität vor allem um Begründbarkeit – um die Sachlichkeit und intersubjektive Nachvollziehbarkeit von Denk- und Verhaltensweisen.⁷

⁴ Sein wirtschaftliches Handeln am Ziel der Nutzenmaximierung auszurichten, eine konkrete Wertentscheidung aus abstrakteren Werten abzuleiten, Forschung nach anerkannten Methoden zu betreiben, einen Rechtsstreit nach den dogmatisch konkretisierten Vorgaben von Gesetz und Recht zu entscheiden – alle diese Praktiken können in der einen oder anderen Weise als rational gelten. Für einen Überblick über verschiedene Konzeptionen der Rationalität, vorwiegend mit Bezug zur Sozial- und Rechtssphäre, siehe *Max Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, S. 395 ff.; *Herbert Schnädelbach* (Hrsg.), *Rationalität*; *Jürgen Habermas*, *Theorie des kommunikativen Handelns* Bd. I, S. 15 ff.; *Helmuth Schulze-Fielitz*, *Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung*, S. 454 ff.; *dens.*, in FS Vogel, S. 311 (320 ff.); *Klaus Meßerschmidt*, *Gesetzgebungsermessen*, S. 796 ff.; *Eberhard Schmidt-Aßmann*, *Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, Erstes Kapitel Rn. 75 ff.; *Philip Tetlock*, *Psychological Rev.* Bd. 109 (2002), S. 451 ff.; *Jens Greve*, in *Die Rationalitäten des Sozialen*, S. 79 (80 ff.); *Georg Lienbacher*, *VVDStRL* Bd. 71 (2012), S. 7 (8 ff.); *Uwe Kischel*, in FS Kirchhof Bd. I, S. 371 (372 f.); *Armin Steinbach*, *Rationale Gesetzgebung*, S. 19 ff., 55 ff. und passim.

⁵ Man denke beispielsweise an die Diskussion, inwieweit politische Entscheidungen auf der Basis ökonomischer Kosten-Nutzen-Analysen getroffen werden sollten. Vgl. dazu einerseits *Cass Sunstein*, *Valuing Life*, S. 47 ff. und passim; und andererseits *John Bronsteen/Christopher Buccafusco/Jonathan Masur*, *Happiness and the Law*, S. 59 ff. und passim, mit einem Gegenvorschlag. Hat man sich grundsätzlich für eine solche Kalkulation von Vor- und Nachteilen entschieden, so sieht man sich noch immer mit einer Vielzahl von Unklarheiten und Streitpunkten im Hinblick auf die konkreten Berechnungsmethoden und deren Anwendung konfrontiert. Mit einem Überblick zu den klassischen Fragestellungen *Amartya Sen*, *J. of Legal Studies* Bd. 29 (2000), S. 931 ff.

⁶ Infolge ihrer Kontextgebundenheit und ihrer unterschiedlichen Zielrichtungen lassen sich die verschiedenen Facetten rationalen Denkens und Handelns kaum zufriedenstellend in einer vollständigen, allgemeingültigen Konzeption verarbeiten. Um ein Gesamtbild der Rationalität zu gewinnen, ist man stattdessen darauf verwiesen, Gemeinsamkeiten zwischen ihren einzelnen Ausformungen nachzuvollziehen. So gelangt man zwar nicht zu einer allgemeinen Rationalitätsdefinition, die man zur Beurteilung der Rationalität einer beliebigen Denk- oder Verhaltensweise heranziehen könnte. Immerhin jedoch lassen sich strukturelle Wesensmerkmale rationaler Praktiken aufdecken, die eine Annäherung an die Kategorie der Rationalität in ihrer Gesamtheit ermöglichen.

⁷ Vgl. die Nachweise in Fn. 4. Siehe insbesondere *Jürgen Habermas*, *Theorie des kommu-*

Aus dieser inhaltlichen Grundorientierung folgt ein formales Merkmal, das den Charakter rationaler Praktiken zwar wiederum nur in einem Teilaspekt abbildet, sich bei der Analyse der gesellschaftlichen Rationalisierung aber als nützlich erweist: Alle Formen der Rationalität werden durch die Anwendung von Regeln vermittelt.⁸ Wenn man Rationalität fordert, will man das Denken oder Entscheiden in einer bestimmten Weise disziplinieren. Jedes Verständnis von Rationalität muss also auf der Grundbedingung der Regelgebundenheit aufbauen, weil es einen Maßstab beinhaltet, nach dem rationaler Weise gedacht oder entschieden werden soll.⁹ Unterschiedliche Rationalitätsentwürfe variieren zwar in ihren Anforderungen an den Gehalt solcher Maßstäbe, können insbesondere inhalts-¹⁰ oder verfahrensbezogen¹¹ sein. Niemals jedoch kommen sie

nikativen Handelns Bd. 1, S. 25 ff. Zusammenfassend *Uwe Kischel*, in FS Kirchhof Bd. I, S. 371 (372 f.).

⁸ Das bedeutet nicht, dass Rationalität mit Regelgebundenheit gleichzusetzen wäre. Nach Regeln zu denken oder zu handeln, ist eine notwendige, keine hinreichende Bedingung für Rationalität. Im Gegenteil lassen sich viele Beispiele dafür finden, dass Akteure Regeln – etwa religiösen oder sonst traditionellen Ursprungs – anwenden und gleichwohl nach verbreiteten Standards irrational denken oder handeln. Doch werden wir Urteile und Entscheidungen immer nur dann als rational bezeichnen, wenn sie auf der bewussten Anwendung von Maßstäben basieren, die unserer Auffassung nach Rationalität vermitteln. Das ist nicht nur ein definitorisches Erfordernis jedes normativen Rationalitätsentwurfs. Auch nach den zahlreichen kognitionspsychologischen Konzeptionen, die menschliche Denkprozesse in zwei Kategorien einteilen wollen – nämlich automatisch-intuitives Denken auf der einen und kontrolliert-systematisches Denken auf der anderen Seite –, ist es oftmals besonders die Regelgebundenheit, die die zweite (rationale) Art des Denkens charakterisiert. Für einen Überblick mit zahlreichen Nachweisen vgl. *Keith Stanovich/Richard West*, *Behavioral and Brain Sciences* Bd. 23 (2000), S. 645 (658 ff.); *Daniel Kahneman*, *American Economic Rev.* Bd. 93 (2003), S. 1449 (1450 ff.). Zu unterschiedlichen Rationalitätsgraden des menschlichen Denkens auch unten, S. 93 f.

⁹ Siehe *Andreas Diekmann/Thomas Voss*, in *Rational-Choice-Theorie in den Sozialwissenschaften*, S. 13: „Rationalität kann man definieren als ‚Handeln in Übereinstimmung mit den Annahmen (Axiomen) einer Entscheidungstheorie‘.“

¹⁰ Man denke etwa an das ökonomische Prinzip der Nutzenmaximierung, das dem Gedanken der Kosten-Nutzen-Analyse zugrunde liegt. Dazu die Nachweise auf S. 2, Fn. 5.

¹¹ Man denke etwa an das Diskursprinzip, vgl. *Jürgen Habermas*, *Theorie des kommunikativen Handelns* Bd. 1, S. 25 ff., 369 ff. und passim.

Die Diskursrationalität lässt bei näherem Hinsehen ein doppeltes Erfordernis der Regelgebundenheit erkennen. Erstens stellt sie – im engeren Sinne verfahrensmäßig – formelle Voraussetzungen an die Qualität und die Rahmenbedingen des Diskurses. Zweitens besteht der Kern des Diskurses im Austausch von Gründen. Als überzeugender Grund für eine Denk- oder Verhaltensweise kommt aber nur eine Erwägung in Betracht, aus der hervorgeht, dass der Gedanke gedacht oder die Verhaltensweise vorgenommen werden soll. Die Erwägung muss also jedenfalls in einem Teilaspekt auf eine Regel verweisen. (Insbesondere ein bloßer Verweis auf den eigenen Willen oder die eigenen Präferenzen der argumentierenden Person erbringt diese Leistung gerade nicht. Er kennzeichnet willkürliches Denken und Handeln,

ohne ein Erfordernis der Maßstabsgerechtigkeit aus. Im Hinblick auf Vorgänge der gesellschaftlichen Rationalisierung lässt sich also sagen, dass sie ablaufen, indem Regeln eingeführt oder angepasst¹² werden.¹³ Egal welchen Bereich des gesellschaftlichen Lebens sie betrifft – ob Wirtschaft und Arbeit, Wissenschaft, Politik, Verwaltung oder Justiz –: Rationalisierung heißt, dass geregelt wird, wie gedacht oder entschieden werden soll.

II. Rationalitätsansprüche und demokratisches Recht

Je weiter die gesellschaftliche Rationalisierung voranschreitet, desto stärker werden auch die Rationalitätserwartungen an das Recht. Das Rationalitätsversprechen, das der moderne Staat seiner Legitimität halber abgeben muss,¹⁴ reicht immer weiter und wird immer verbindlicher. Inwieweit er sein Versprechen halten kann, hängt entscheidend von der rationalisierenden Kraft seiner Gesetze ab. Denn Rationalität wird durch Regeln vermittelt. Und für das Zusammenleben und kollektive Handeln der Menschen¹⁵ stellen die Gesetze die

siehe *Paul Kirchhof*, in HStR VIII, 3. Aufl., § 181 Rn. 234; sowie unten S. 55 ff.) Die Überlegung, dass überzeugende Gründe Regelbezug benötigen, findet ihre Entsprechung in dem spiegelbildlichen Gedanken, dass Normen den Charakter von Gründen haben. Zu diesem ausführlich *Christoph Möllers*, Die Möglichkeit der Normen, S. 23 ff.

¹² Anpassung kann auch bedeuten, dass Regeln aufgehoben werden. Rationalisierung heißt nach dem hier vorgeschlagenen Verständnis also nicht unbedingt, dass die Gesamtzahl der für einen Lebensbereich geltenden Regeln steigt, sondern zunächst einmal nur, dass überhaupt geregelt wird. Gleichwohl wird man annehmen können, dass mit steigender Komplexität des gesellschaftlichen Lebens auch die diversen Regelwerke einer Gesellschaft sich ausdifferenzieren und damit insgesamt tendenziell wachsen. Diese Dynamik für den Bereich der Rechtsordnung – mit besonderem Blick auf den auch systemtheoretisch zentralen Gedanken evolutionärer Entwicklung – nachvollziehend *Niklas Luhmann*, Ausdifferenzierung des Rechts, S. 11 ff., 35 ff. und passim.

¹³ Im Bereich der politischen Entwicklung fällt gesellschaftliche Rationalisierung zusammen mit Vorgängen der Institutionalisierung. Institutionen lassen sich begreifen als verfestigte Verhaltensmuster, die Anerkennung erfahren und Erwartungen bestimmter Verhaltensweisen begründen, siehe *Talcott Parsons*, Essays in Sociological Theory, S. 143, 239 („patterns which define the essentials of the legitimately expected behavior of persons insofar as they perform structurally important roles in the social system“); siehe auch *Samuel Huntington*, Political Order in Changing Societies, S. 8 ff., dort auch ausführlich zum Phänomen der Institutionalisierung und seiner Bedeutung für die politische Entwicklung. Nach diesem Verständnis sind Institutionen im Ergebnis nichts Anderes als Regeln, siehe *Francis Fukuyama*, The Origins of Political Order, S. 450 ff.; *ders.*, Political Order and Political Decay, S. 6. Institutionalisierung als prägendes Merkmal politischer Entwicklung ist ein Regelungsprozess.

¹⁴ Zusammenfassend *Andreas Voßkuhle*, in Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, S. 637 (640 ff.).

¹⁵ Einführend zum Verhältnis von individueller und sozialer, also im kollektiven Zusammenwirken erzeugter, Rationalität *Andrea Maurer*, in Die Rationalitäten des Sozialen, S. 17 ff.

wichtigsten Regeln bereit. Sie legen fest, was wir von unseren Mitmenschen erwarten dürfen und determinieren das staatliche Verhalten. Zweifellos besteht eine Hauptaufgabe der Rechtsordnung darin, in Form von Ordnung und Berechenbarkeit Rationalität zu stiften.¹⁶

Obwohl der Staat also eindeutig immer weiterreichenden Rationalitätsansprüchen genügen muss und obwohl das Recht ebenso eindeutig dazu dient, diese Ansprüche zu erfüllen, ist allerdings in hohem Maße unklar, inwieweit das Leitbild der Rationalität auch für die Gesetze selbst Verbindlichkeit beanspruchen kann.¹⁷ Zwar ist offensichtlich, dass die Rechtsordnung ihre Rationalisierungsfunktion nicht erfüllen kann, wenn man sie einfach irgendwie ausstellt. Die Regelgebundenheit einer Entscheidung ist nur notwendige, nicht auch hinreichende Bedingung für ihre Rationalität. Jedoch ist die Vorstellung, dass der Inhalt des Rechts stets durch bestimmte Entscheidungsregeln vorgegeben sein soll, fundamental unvereinbar mit dem Gedanken der freiheitlichen Demokratie.¹⁸ Zur Demokratie gehören vielmehr zwingend inhaltliche Verfahrens- und Ergebnisoffenheit dazu. Unterschiedliche Ideen müssen in einem freien Wettstreit konkurrieren und in die Rechtsordnung einfließen können.¹⁹

¹⁶ Zur rationalisierenden Funktion von Recht und Rechtsstaat siehe zunächst *Max Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, S. 124 ff., 395 ff. und passim; *Konrad Hesse*, in *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, S. 557 (572 f. und passim); *dens.*, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, Rn. 190; *Eberhard Schmidt-Aßmann*, *Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, Zweites Kapitel Rn. 75 ff. Ausführlich unten, S. 55 ff., 60 ff.

¹⁷ Für einen ersten Überblick zum Forschungsgespräch über Rationalitätsanforderungen an den parlamentarischen Gesetzgeber siehe *Christian Bumke*, *Der Staat* Bd. 49 (2010), S. 77 ff.; sowie die Beiträge von *Georg Lienbacher* und *Bernd Grzeszick* auf der Staatsrechtslehrrtagung 2011, *VVDStRL* Bd. 71 (2012), S. 7 ff.; 49 ff.

¹⁸ Insbesondere ist die Demokratie unverträglich mit einem verbindlichen, wissenschaftlich bestimmbareren „Endziel“ als inhaltlicher Richtschnur der Gesetze, vgl. BVerfGE 5, 85 (197 ff.). Was das Bundesverfassungsgericht 1956 zum marxistischen Politik- und Gesellschaftsbild der KPD feststellte, wird man ebenso Ansätzen entgegenhalten müssen, die „richtige“ Politikergebnisse für marktwirtschaftlich-ökonomisch eindeutig berechenbar halten, wie es bei den Befürwortern von Kosten-Nutzen-Analysen (dazu oben auf S. 2, Fn. 5) jedenfalls dann anklingt, wenn diese Analysen zum strikten Maßstab der Normsetzung werden sollen. Strikte Geltung können Kosten-Nutzen-Analysen etwa bei der US-Verordnungsgesetzgebung entfalten (dazu unten auf S. 57 f., Fn. 161).

Die Regelungen über das „äußere“ Gesetzgebungsverfahren in den Art. 70 ff. GG (zur Abgrenzung vom „inneren“ Verfahren *Gerhard Hoffmann*, *ZG* Bd. 5 [1990], S. 97 ff.; *Michael Brenner*, *ZG* Bd. 26 [2011], S. 394 [396 ff.]) enthalten keine Vorgaben zum Inhalt der Rechtsnormen. Die materiellen Verfassungsmäßigkeitsvoraussetzungen wiederum verbieten grundsätzlich nur negativ bestimmte Inhalte, lassen im Umkehrschluss als Regelfall aber Gestaltungsspielräume stehen. Dazu sogleich, S. 7 ff.

¹⁹ Als Einführung zum Verhältnis von Rationalität und Demokratie siehe zunächst *Helmuth Schulze-Fielitz*, *Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung*, S. 454 ff.;

Einen demokratischen Verfassungsstaat, zu dessen Grundkomponenten die inhaltliche Disziplinierung des einfachen Rechts durch höherrangige Entscheidungsregeln gehört, stellt dieser Zusammenhang vor eine handfeste praktische Herausforderung: Wie muss er seine Institutionen anordnen, damit er bei hinreichender demokratischer Freiheit gleichwohl durch rationales Recht Legitimität gewinnen kann? Anders gewendet: Wie kann er die Rationalität der Gesetze hinreichend verbindlich sicherstellen, ohne seine demokratische Komponente zu gefährden?

III. Folgerichtigkeit: Lösung für das Rationalitätsdilemma?

Seit einigen Jahren taucht in der staatsrechtlichen Debatte wieder häufiger ein Gedanke auf, der einen Beitrag dazu leisten könnte, das Bedürfnis nach rationalem Recht mit den Erfordernissen einer zeitgenössischen Demokratie zu vereinbaren. Es handelt sich um den Gedanken der Folgerichtigkeit. Im Kontext des Rechts sollte man Folgerichtigkeit begreifen als Freiheit von Wertungswidersprüchen.²⁰ Auf das Verständnis rationalen Entscheidens als regelgeleitetes Entscheiden bezogen bedeutet sie, dass man die Regeln, nach denen man eine Entscheidung treffen will, auch tatsächlich anwendet. Welche Rolle der gesetzgebenden Folgerichtigkeit in der deutschen Verfassungsordnung zukommt, ist das Thema der vorliegenden Untersuchung. Die Fragestellung lautet, inwieweit das Grundgesetz verlangt, dass das einfache Recht folgerichtig ist.

Der Vorteil, den der Gedanke der Folgerichtigkeit für die Lösung des gerade skizzierten Problems verspricht, liegt auf der Hand. Wenn man bestimmt, dass Gesetze folgerichtig sein müssen, stellt man sicher, dass sie auf Entscheidungsregeln beruhen, ohne dass damit der Inhalt dieser Entscheidungsregeln vorgegeben wäre.²¹ Man kann also möglicherweise gleichzeitig demokratische Offenheit und die Rationalität von Politikergebnissen gewährleisten. Doch lassen sich Forderungen nach Widerspruchsfreiheit auch praktisch in eine Verfassungsordnung einbinden? Können sie über eine mahnende Rolle als rechtspolitischer Appell hinaus verfassungsrechtliche Autorität entfalten?²² Bereits eine mittel-

Klaus Meßerschmidt, Gesetzgebungsermessen, S. 808 ff. Zur notwendigen Offenheit der Demokratie und ihrer Unvereinbarkeit mit strikten inhaltlichen Rationalitätsmaßstäben zunächst *Hans Kelsen*, *Wesen und Wert der Demokratie*, S. 98 ff.; und aus der neueren Literatur *Uwe Kischel*, in FS Kirchhof Bd. I, S. 371 (381 f.). Näher unten, S. 76 ff.

²⁰ Siehe etwa *Mehrdad Payandeh*, AöR Bd. 136 (2011), S. 578 (583 f.). Näher unten, S. 23 ff.

²¹ Siehe *Christian Bumke*, *Der Staat* Bd. 49 (2010), S. 77 (95); *Niels Petersen*, AöR Bd. 138 (2013), S. 108 (110 ff., 132 f.); *Uwe Kischel*, in FS Kirchhof Bd. I, S. 371 (378 f.).

²² Siehe zu dieser Frage auch *Peter Dieterich*, *Systemgerechtigkeit und Kohärenz*, S. 25.

bare Rationalitätsgewährleistung durch rechtsstaatliche Mechanismen kann sich gravierend auf demokratische Entscheidungsstrukturen auswirken. Gesetzgeberisches Entscheiden muss auf politischem Wege unvereinbare Weltanschauungen versöhnen und gegenläufige Interessen ausgleichen. Die damit verbundenen Erfordernisse der Kompromissbildung scheinen mit dem Ziel der Wertungseinheitlichkeit nicht zusammenzupassen.²³ Auf der anderen Seite basiert gerade demokratische Politik auf argumentativer Überzeugungsarbeit.²⁴ Und Grundbedingung für die Überzeugungskraft jedes – auch jedes politischen – Arguments ist seine Widerspruchsfreiheit.²⁵

Die Antwort auf die Forschungsfrage hängt entscheidend davon ab, wie diese demokratischen Rationalitätserwartungen mit den rechtsstaatlichen Anforderungen an die rationale Begründbarkeit des Rechts in Beziehung zu setzen sind. Sie muss entwickelt werden als Synthese der Verfassungsaussagen zu diesen beiden zentralen Dimensionen des Gemeinwesens, zum Verfassungs- und Gewaltengefüge. So kann zugleich ein Beitrag zum Stellenwert der Vernunft im Verfassungsrecht und zur Erzeugung öffentlicher Rationalität im Zusammenspiel von demokratischer und rechtsstaatlicher Ordnung entstehen.

B. Wandel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

I. Rationalisierung des Staatshandelns durch Verfassungsrecht

Wenn man davon ausgeht, dass die Vorgaben des Grundgesetzes – besonders seiner rechtsstaatlichen Gehalte – auf die Gewährleistung von Rationalität zielen, dann hat das Bundesverfassungsgericht im Verlauf seiner Geschichte einen eigenen wirkmächtigen Rationalisierungsprozess hervorgebracht.²⁶ Vor allem

²³ So eines der zentralen Argumente gegen verfassungsrechtliche Folgerichtigkeitsanforderungen. Siehe etwa *Oliver Lepsius*, JZ 2009, S. 260 (261 f.); *Christoph Möllers*, in Das entgrenzte Gericht, S. 281 (397 ff.); *Uwe Kischel*, in FS Kirchhof Bd. I, S. 371 (376 f, 381 f.). Näher unten, S. 65 ff., 96 ff.

²⁴ Siehe zunächst *Jürgen Habermas*, Theorie des kommunikativen Handelns Bd. 1, S. 369 ff., 385 ff.; *John Rawls*, in Chicago Law Rev. Bd. 64 (1997), S. 765 ff. Näher unten, S. 76 ff.

²⁵ Siehe zunächst *Jürgen Habermas*, Theorie des kommunikativen Handelns Bd. 1, S. 25 ff.; *Helge Sodan*, JZ 1999, S. 864 (866 ff.). Siehe auch unten, S. 41 ff.

²⁶ Dieser Prozess überschneidet sich, ist aber nicht ganz identisch mit der „Konstitutionalisierung der Rechtsordnung“, wie sie von *Gunnar Folke Schuppert/Christian Bumke*, Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, S. 9 ff.; 58 ff. und passim, beschrieben wird. Soweit es bei der Konstitutionalisierung um Ausstrahlungswirkungen des Verfassungsrechts geht (siehe dort besonders S. 18 ff.), schlagen verfassungsrechtliche Wertungen prinzipiell unmittelbar auf den Inhalt des einfachen Rechts durch und werden konkret angewendet. Insofern ist weniger ein Fall gegeben, in dem das einfache Recht höherrangigen Entscheidungsregeln

durch die Ausdehnung des grundrechtlichen Vorbehalts des Gesetzes,²⁷ aber auch durch darüber hinausgehende Wesentlichkeits-²⁸ und Bestimmtheiterfordernisse²⁹, ist eine fast flächendeckende Rationalisierung der staatlichen Entscheidungspraxis durch den Gesetzgeber notwendig geworden. Neben den auf ihnen beruhenden Rechtsakten und Realhandlungen müssen auch die Gesetze selbst weitreichenden Vorgaben genügen, oftmals denen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.³⁰ Soweit Rechtsnormen im Einklang mit den Festlegungen des Grundgesetzes ergehen, sind sie mindestens zum Teil regelgeleitete Entscheidungen und als solche Ausdruck einer eigenständigen, politisch-historisch begründeten verfassungsstaatlichen Rationalität.

II. Traditionelle Bedeutungslosigkeit der Folgerichtigkeit

Dem Gedanken der Folgerichtigkeit kam bei der verfassungsrechtlichen Rationalisierung der Rechtsordnung traditionell allerdings kaum eine nennenswerte Bedeutung zu. Bei den rechtsstaatlichen Rationalitätsmaßstäben, die man dem Gesetzgeber vorgab, handelte es sich vielmehr um punktuelle und spezifische inhaltliche Entscheidungsregeln:³¹ Dass Freiheitsverkürzungen nur zulässig

genügen muss. Eher wird es unmittelbar durch diese Regeln ergänzt oder ersetzt. Dabei wird das Recht aber nicht regelgeleitet. Es ändert sich nur der Ursprung einer angewendeten Regel. Bei dem Rationalisierungsprozess, der hier gemeint ist, geht es darum, dass einem Gesetzgeber, der ursprünglich in hohem Maße willkürlich Souveränität ausüben konnte, nach und nach immer mehr Regeln vorgegeben worden sind, denen seine Arbeitsergebnisse genügen müssen. Einordnung der jüngsten Rationalisierungstendenzen, besonders mithilfe von Folgerichtigkeitserwägungen, als Teil des Konstitutionalisierungsprozesses bei *Christian Bumke*, *Der Staat* Bd. 49 (2010), S. 77 (95).

²⁷ Eine Schlüsselrolle kam insofern der Entwicklung der allgemeinen Handlungsfreiheit zu, infolge derer für jede Freiheitsbeeinträchtigung der Gesetzesvorbehalt der verfassungsmäßigen Ordnung (Art. 2 Abs. 1 GG) gilt, vgl. BVerfGE 6, 32 (36 ff.). Man denke aber etwa auch an die Abkehr von der Lehre von den besonderen Gewaltverhältnissen (BVerfGE 33, 1 [9 ff.]; 47, 46 [78 ff.]; 58, 358 [367]; 116, 69 [80 f.]), die – etwa im Bereich des Strafvollzugs – weitere umfangreiche Kodifikationen erforderlich machte.

Siehe zur Ausdehnung des Grundrechtsschutzes insgesamt *Oliver Lepsius*, in *Das entgrenzte Gericht*, S. 159 (182 ff.): „In der vom Bundesverfassungsgericht gewählten Interpretation (...) gewährt Art. 2 Abs. 1 GG letztlich einen Anspruch auf eine rationale Begründung staatlichen Handelns.“

²⁸ Vgl. BVerfGE 34, 165 (192 f.); 49, 89 (126 f.); 116, 24 (58); 134, 141 (184).

²⁹ Vgl. BVerfGE 65, 1 (61 ff.); 100, 313 (359 ff.); 134, 33 (80 ff.).

³⁰ Zur Grundlegung der Dogmatik in den Anfangsjahren siehe *Peter Lerche*, *Übermass und Verfassungsrecht*, S. 223 ff. und passim; *Hans Schneider*, in *FG BVerfGE II*, S. 390 (397 ff.). Kritisch zur weiteren Entwicklung *Bernhard Schlink*, in *FS 50 Jahre BVerfG Bd. 2*, S. 445 (455 ff., 460 ff.).

³¹ Siehe *Christian Bumke*, *Der Staat* Bd. 49 (2010), S. 77 (95).

sind, wenn sie hinreichend gewichtigen Zielen dienen; dass Sachverhalte, die bestimmte Gemeinsamkeiten aufweisen, gleichbehandelt werden müssen; und so weiter. Im Umkehrschluss zu diesen in eingeschränktem Umfang vorgegebenen Wertungen ergibt sich als Regelfall politischer Handlungsspielraum,³² innerhalb dessen das Gericht den Gesetzesinhalt grundsätzlich nicht weiter kontrolliert. Detailliertere Diskussionen der Folgerichtigkeit führte man traditionell nur sporadisch, dann meist im Kontext des allgemeinen Gleichheitssatzes unter dem Gesichtspunkt der „Systemgerechtigkeit“.³³ Hier fragte man sich zuweilen, ob Abweichungen von den prägenden Grundentscheidungen eines Normenkomplexes rechtfertigungsbedürftig sind. Trotz anfänglich gegenläufiger Tendenz³⁴ baute man den Gedanken der Systembindung aber nicht zu einer ernstzunehmenden Hürde für den Gesetzgeber aus. Allein aufgrund von Systemabweichungen nimmt das Gericht nicht die Verfassungswidrigkeit einer Norm an, sondern hält sich stark zurück.³⁵ Allenfalls als Indiz für eine willkürliche Ungleichbehandlung – die aber unabhängig von der Frage der Systemgerechtigkeit festzustellen ist – soll der Tatbestand einer Abweichung in Betracht kommen.³⁶

III. Hinwendung zur Folgerichtigkeit als Korrektiv für Spielraumentscheidungen

Damit schien man sich endgültig auf eine zurückhaltende Position im Hinblick auf Folgerichtigkeitspflichten aus dem Grundgesetz festgelegt zu haben,³⁷ – bis die Rechtsprechung sich um die Jahrtausendwende herum zu wandeln begann. Seither wird „eine tiefgreifende Veränderung der Prüfungsmaßstäbe“ beobach-

³² Siehe die Figur des strukturellen Spielraums bei *Robert Alexy*, VVDStRL Bd. 61 (2002), S. 7 (16 ff.).

³³ Erste Erwähnungen in der Rechtsprechung fand die Idee schon früh: „Systemwidrig“ in BVerfGE 6, 55 (69); BVerfGE 13, 215 (215, 224). „Systemgerecht“ in BVerfGE 11, 283 (292 f.).

³⁴ Bis Mitte der sechziger Jahre, war das Bundesverfassungsgericht mindestens in seiner Wortwahl strenger, indem es „überzeugende Gründe“ für Systemabweichungen forderte, für deren Vorliegen erforderlich sei, dass ihr „Gewicht der Intensität der Abweichung von dem grundsätzlich gewählten Ordnungsprinzip entspricht“. BVerfGE 13, 331 (340 f.). Aufgegriffen in BVerfGE 15, 313 (318); 18, 366 (372); 20, 374 (377).

³⁵ Diesen verfassungsgerichtlichen Umgang mit dem Grundsatz der Systemgerechtigkeit beschreiben etwa *Franz-Josef Peine*, Systemgerechtigkeit, S. 53 ff.; *Alexander Hanebeck*, Der Staat Bd. 41 (2002), S. 429 (432 ff.); *Rainer Prokisch*, in FS Vogel, S. 293 (293 f.); *Christian Bumke*, Der Staat Bd. 49 (2010), S. 77 (86 f.).

³⁶ Siehe BVerfGE 34, 103 (115); 59, 36 (49); 68, 237 (253); 81, 156 (207). Mittlerweile lässt sich wohl von ständiger Rechtsprechung sprechen. So auch *Alexander Hanebeck*, Der Staat Bd. 41 (2002), S. 429 (434).

³⁷ Vgl. *Christian Bumke*, Relative Rechtswidrigkeit, S. 84.

tet, im Zuge derer das Gericht tendenziell von seinem hergebrachten Umgang mit legislativer Rationalität abweicht und sich Folgerichtigkeitsprüfungen zuwendet.³⁸ Die Rede ist insofern von einer „gravierenden Verschärfung“,³⁹ einem „Umbruch, den man schon als Paradigmenwechsel bezeichnen darf“.⁴⁰

Die Umorientierung bildete sich teils als Sonderdogmatik für einzelne Rechtsgebiete, teils auch ohne thematische Eingrenzung heraus. Das berühmteste Beispiel für eine Sonderdogmatik betrifft den Steuergesetzgeber. Er muss an Grundentscheidungen, bestimmte Gegenstände mit einem bestimmten Steuersatz zu belasten, „folgerichtig“ festhalten und darf Ausnahmen nur vorbehaltlich rechtfertigender Gründe vorsehen.⁴¹ Ohne eine solche thematische Beschränkung auf einen Regelungsbereich erfolgte etwa eine Weiterentwicklung der Verhältnismäßigkeitsprüfung. In deren Rahmen hat das Gericht begonnen, das inkonsequente Verfolgen legislativer Ziele – also Situationen, in denen die Ausgestaltung eines Gesetzes den geförderten Interessen mindestens auch zuwiderläuft, – zu lasten der Angemessenheit von Rechtsverkürzungen zu werten.⁴² Auch wenn sich die neuen Argumentationsmuster größtenteils punktuell und unverbunden entwickelten,⁴³ weisen die betreffenden Entscheidungen fast ausnahmslos eine übereinstimmende, zweischrittige Argumentationsstruktur auf.⁴⁴ Im ersten Schritt betont das Gericht, dass dem Gesetzgeber ein Spielraum zustehe. Der Spielraum kann sich auf die normative Ausgestaltung des Rechts ebenso beziehen wie auf die Beurteilung tatsächlicher Umstände. Im zweiten Schritt wird die Ausgestaltung, die der Gesetzgeber – insoweit ohne inhaltlich gebunden zu sein – gewählt hat, auf Wertungswidersprüche überprüft. Auf diese Weise ergänzt das Gericht eine jahrzehntelange Praxis durch Argumentationsmuster, die sich von der klassischen Herangehensweise grundlegend unterscheiden.

IV. Zeitgeschichtlicher Kontext

Welche Faktoren das Gericht zu dieser Weiterentwicklung veranlassten, lässt sich naturgemäß nicht sicher feststellen. Zum Teil sind diesbezügliche Veränderungen sicherlich stets als Versuch zu werten, die eigene Rolle im Staatsaufbau – auch angesichts des Dauervorwurfs verfassungsgerichtlicher Kompetenzüberschrei-

³⁸ *Uwe Kischel*, in FS Kirchhof Bd. I, S. 371 (378 f.).

³⁹ *Hans Jarass*, AöR Bd. 126 (2001), S. 588 (594, 596).

⁴⁰ *Christian Bumke*, Der Staat Bd. 49 (2010), S. 77 (80).

⁴¹ Vgl. BVerfGE 122, 210 (230 ff.). Näher unten, S. 125 ff.

⁴² Vgl. BVerfGE 115, 276 (309 ff.); 121, 317 (359 ff.). Näher unten, S. 178 ff.

⁴³ Siehe *Christian Bumke*, Der Staat Bd. 49 (2010), S. 77 (87).

⁴⁴ Siehe auch *Uwe Kischel*, in FS Kirchhof Bd. I, S. 371 (378 f.).

tung⁴⁵ – präziser einzugrenzen.⁴⁶ Der Rechtsprechungswandel sollte jedoch nicht gedeutet werden, ohne die zeitgeschichtliche Entwicklung in den Blick zu nehmen. Auffällig ist, dass er in etwa zeitgleich mit dem Beginn der „Berliner Republik“ einsetzte.⁴⁷ Damit fällt er hinein in eine Zeit, in der die traditionellen politischen und sozialen Klassenkonflikte, von denen die Entstehung der europäischen Demokratien – und besonders ihrer Parteiensysteme – geprägt war,⁴⁸ weitgehend endgültig beigelegt worden und einem Wertekonsens zwischen den politischen Kräften gewichen sind.⁴⁹ Infolge des Wertekonsenses hat sich das Staatswesen tendenziell der möglichst effektiven Verwirklichung größtenteils unstrittiger Ziele und einer bestmöglichen Verwaltung des Gemeinwesens zugewendet.⁵⁰ Zugleich stehen für die Analyse und Steuerung der Wirklichkeit infolge des wissenschaftlichen Fortschritts – vor allem in der Informationstechnologie⁵¹ – historisch

⁴⁵ Für einen Überblick über die Debatte siehe die Beiträge von *Christoph Schönberger*, *Matthias Jestaedt*, *Oliver Lepsius* und *Christoph Möllers*, in *Das entgrenzte Gericht*, S 9 ff., 77 ff., 159 ff., 281 ff.

⁴⁶ Siehe auch *Uwe Kischel*, in FS Kirchhof Bd. I, S. 371 (378 f.).

⁴⁷ Zur Zeitgeschichte sowie zur Entwicklung des Begriffs der Berliner Republik siehe *Johannes Gross*, *Begründung der Berliner Republik*, S. 7 ff. und passim; *Michael Bienert/Stefan Kreuzberger/Kristina Hübener/Matthias Oppermann*, in *Die Berliner Republik*, S. 7 ff. und passim.

⁴⁸ Zusammenfassend *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, HStR II, 3. Aufl. § 24 Rn. 3 f., 85.

⁴⁹ In dieser konsensorientierten Ausrichtung, die sich insbesondere als Konsequenz aus dem Siegeszug des nunmehr unangefochtenen westlichen Liberalismus ergibt, liegt ein globaler Trend. Den Trend kritisch beschreibend und auf dieser Basis über alternative Konzeptionen der Demokratie nachdenkend *Chantal Mouffe*, *Return of the Political*, S. 1 ff. und passim; *dies.*, *Agonistics*, S. XI ff., 1 ff. und passim.

Der hier angesprochene Wertekonsens bezieht sich im Kern auf die politische und Sozialordnung innerhalb eines klassischen Territorialstaats westeuropäischer Prägung. Dass im Hinblick auf diese traditionelle zivilisatorische Herausforderung breite Übereinstimmung erzielt worden ist, bedeutet natürlich nicht, dass das politische System des Grundgesetzes mit seinen etablierten Parteien strukturell zur Bewältigung neuer Konflikte in der Lage sein wird, wie etwa das globale und digitale Zeitalter sie hervorbringt. (Skeptisch insofern *Helmut Willke*, *Demokratie in Zeiten der Konfusion*, S. 12 ff.) Erst recht bedeutet es nicht, dass man auch insofern Wertekonsense erzielen wird. Gleichwohl lässt sich für die hier vorwiegend betrachtete zeithistorische Periode zunächst einmal eine Konsensorientierung der gesetzgeberisch handelnden Akteure beschreiben.

⁵⁰ Hierin dürfte der Kern des Phänomens liegen, das *Chantal Mouffe*, *Agonistics*, S. 4 und passim, als „liberal rationalism“ beschreibt. Zu diesem Vorgang der Deideologisierung und seinen Auswirkungen auf das Parteiensystem, das seiner Ansicht nach mit dem Ende der Ära der Volksparteien in der Zeit der „professionalisierten Wählerparteien“ angekommen ist, siehe *Klaus von Beyme*, *Parteien im Wandel*, S. 64 ff.; 158 ff.; insbesondere 191 ff. Siehe dazu weiter *Franz Walter*, in *Die Bundesrepublik Deutschland*, S. 299 ff, der Ähnliches beschreibt.

⁵¹ Vgl. zur bisherigen und zukünftig zu erwartenden Entwicklung der Datenverarbeitung nur *Viktor Mayer-Schönberger/Kenneth Cukier*, *Big Data*, S. 1 ff.

beispiellose Möglichkeiten zur Verfügung.⁵² Allerdings ist auch die gesellschaftliche und technologische Komplexität, mit der sich staatliche Entscheidungsträger konfrontiert sehen, weiter gestiegen.⁵³ Besonders auf supra- und internationaler Ebene ergeben sich Herausforderungen kooperativen Zusammenwirkens, infolge derer auch der Europäische Gerichtshof begonnen hat, sich verstärkt mit der rationalen Erklärbarkeit mitgliedstaatlicher Maßnahmen auseinanderzusetzen.⁵⁴ Als die Regierung nach Berlin zog, war zwar keine dieser Entwicklungen kategorial neu.⁵⁵ Doch erreichten die Strukturveränderungen des Regierungssektors um diesen Zeitpunkt herum eine Intensität, die es rechtfertigt, den Umzug als Beginn einer neuen Epoche im Hinblick auf die Rationalitätsfähigkeit des Staates zu werten.

Zeichnet sich gerade in dieser Zeit ein Verfassungswandel ab, so dürfte sich darin auch ein Bedürfnis widerspiegeln, das Gefüge der Staatsgewalten angesichts der fortgeschrittenen Entwicklung des Gemeinwesens neu zu durchdenken. Mit der weiter fortgeschrittenen gesellschaftlichen Rationalisierung – so lässt sich jedenfalls argumentieren – sind auch die Rationalitätsansprüche, denen das

⁵² Als Produkt und zugleich als weiteren Motor dieser Entwicklung wird man insbesondere den wachsenden Einfluss der steuerungsorientierten Perspektive in der Verwaltungs-(rechts)wissenschaft einordnen dürfen. (Zu dieser Perspektive und ihrer zunehmenden Bedeutung nur *Andreas Voßkuhle*, in *GVwR I* § 1 Rn. 32 ff.) Denn in seiner „Wirkungs- und Folgenorientierung“ basiert der Steuerungsansatz darauf, dass man die Konsequenzen staatlichen Verhaltens natur- und sozialwissenschaftlich prognostizieren und nachvollziehen kann. Die Fähigkeiten zu solchen Analysen haben durch die allgemeine Verfügbarkeit leistungsstarker und vernetzter Computertechnologie seit den 1990er Jahren dramatisch zugenommen.

⁵³ Vgl. etwa *Helmut Willke*, *Demokratie in Zeiten der Konfusion*, S. 38 ff.

⁵⁴ Der Europäische Gerichtshof prüft seit einigen Jahren, ob die Mitgliedstaaten Ziele, mit denen die Einschränkung von Grundfreiheiten gerechtfertigt werden soll, kohärent und systematisch verfolgen. Vgl. etwa Rs. C-234/01, *Slg.* 2003, I-13031, Rn. 67; Rs. C-360/04, *Slg.* 2007, I-1891, Rn. 53; Rs. C-169/07, *Slg.* 2009, I-7633, Rn. 61. Ausführlich dazu *Peter Dieterich*, *Systemgerechtigkeit und Kohärenz*, S. 559 ff.; *Maximilian Philipp*, *Systemgerechtigkeit bei den Marktfreiheiten der Europäischen Union*, S. 68 ff. Für eine Einführung *Niels Petersen*, *AöR* Bd. 138 (2013), S. 108 (124 ff.). Die Betrachtung wird hier vor allem deshalb auf grundgesetzliche Folgerichtigkeitsanforderungen beschränkt, weil das Thema überschaubar und handhabbar gehalten werden soll. Für die Beschränkung spricht zudem, dass das europäische Kohärenzgebot thematisch starke Parallelen zu den grundgesetzlichen Verpflichtungen konsequenter Zielverfolgung aufweist (unten, S. 175 ff.), sodass sich die diesbezüglichen Argumente in weiten Teilen auf die europarechtliche Ebene übertragen lassen.

⁵⁵ Bereits als in den frühen Jahrzehnten der Bundesrepublik das Thema der Folgerichtigkeit – damals unter dem Schlagwort der „Systemgerechtigkeit“ – erstmals aufkam, führte man eine ausführliche staatswissenschaftliche Debatte über die Verwissenschaftlichung staatlicher Entscheidungsfindung und das Verhältnis von beamteten Experten und gewählten Politikern innerhalb des Staatsaufbaus. Vgl. die Beiträge in *Claus Koch/Dieter Senghaas* (Hrsg.), *Texte zur Technokratiediskussion*; *Hans Lenk* (Hrsg.), *Technokratie als Ideologie*.