

Christian von Hesler

Gesetzgebungsrelevante Tatsachen und ihre  
Kontrolle durch den Europäischen Gerichtshof  
und das Bundesverfassungsgericht



Deutsche Gesellschaft für Gesetzgebung (DGG)

Herausgegeben von  
Prof. Dr. Ulrich Karpen  
Prof. Dr. Winfried Kluth  
Prof. Dr. Günter Krings

Band 21

Christian von Hesler

Gesetzgebungsrelevante Tatsachen und ihre  
Kontrolle durch den Europäischen Gerichtshof  
und das Bundesverfassungsgericht



**Nomos**



Onlineversion  
Nomos eLibrary

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Erlangen-Nürnberg, Univ., Diss., 2020

ISBN 978-3-8487-8073-0 (Print)

ISBN 978-3-7489-2459-3 (ePDF)

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Vorwort

Diese Arbeit hat im Sommersemester 2020 der juristischen Fakultät der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg als Dissertationsschrift vorgelegen. Rechtsprechung und Literatur sind bis Juni 2020 berücksichtigt.

Meinem Doktorvater Prof. Dr. Roland Ismer MSc Econ. (LSE) danke ich herzlich für die mir zugekommene akademische Ausbildung, aufgrund derer nicht nur diese Arbeit, sondern auch weitere Veröffentlichungen entstehen konnten. Darüber hinaus schulde ich ihm Dank für sein besonderes Engagement hinsichtlich meiner beruflichen und persönlichen Weiterentwicklung, das ich nicht hoch genug schätzen kann. Gerne denke ich an viele gemeinsame Gespräche zurück. Gleichmaßen stehe ich in der Schuld von Prof. Dr. Klaus Meßerschmidt, der mir zum einen ein zweiter akademischer Lehrer war. Zum anderen hatte er nicht nur die Idee für dieses Werk, welches er mit hilfreichen Denkanstößen bereichert hat, vielmehr war ihm mein Fortkommen eine Herzensangelegenheit. Prof. Dr. Bernhard Wegener sei für die Übernahme der Aufgabe des Vorsitzenden des Promotionsausschusses sowie Prof. Dr. Ulrich Karpen für die freundliche Aufnahme in diese Schriftenreihe gedankt.

Dass die Zeit am Lehrstuhl für mich im Übrigen außerordentlich bereichernd war, lag maßgeblich an meinen Freunden und Kollegen Sophia Piotrowski, Dr. Manuel Haußner, Dr. Stefanie Baur-Rückert, Dr. Christoph Gradl, Dr. Sabrina Wagner LL.M., Julia Ruß und Dr. Katharina Artinger sowie Brigitte Schüller, der guten Seele des Lehrstuhls.

Ein Teil dieses Buchs entstand im Rahmen eines Forschungsaufenthaltes als García Pelayo Stipendiat am Centro de Estudios Políticos y Constitucionales in Madrid, wo ich dank der Vermittlung von Prof. Dr. A. Daniel Oliver-Lalana LL.M. einen exzellenten internationalen Kollegenkreis kennenlernen durfte.

*Vorwort*

Meiner wundervollen Ehefrau Lena von Hesler ist es zuzuschreiben, dass dieses Projekt einen erfolgreichen Abschluss gefunden hat. Sie war mein wertvollster Halt, in teilweise auch schwierigen Zeiten der Bearbeitung. Zuletzt gebührt der größte Dank meinen Eltern Angelika und Klaus-Jürgen von Hesler, ohne deren Unterstützung mein Studium und meine Promotion nicht möglich gewesen wären. Ihnen möchte ich dieses Buch widmen.

München, Januar 2021

*Christian von Hesler*

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	15
§ 1. Einleitung	19
I. Problemstellung	19
II. Forschungsstand	26
1. Übersicht	26
2. Rechtstatsachenforschung und empirische Rechtsforschung	28
a) Rechtstatsachenforschung	28
b) Empirische Rechtsforschung	30
3. Rationale Gesetzgebung	32
4. Evidence-based Legislation	35
5. Richterliche Gesetzgebungskontrolle	37
III. Fragestellung und Gang der Untersuchung	43
§ 2. Gesetzgebungsrelevante Tatsachen und Rechtsrahmen der gesetzgeberischen Tatsachenermittlung	47
I. Einordnung von Tatsachen	47
1. Definition	47
a) Definition	47
b) Tatsachen und Erfahrungssätze	49
2. Systematisierung von Tatsachen	50
a) Innere und äußere Tatsachen	50
b) Einzeltatsachen und legislative Tatsachen	51
c) Historische und gegenwärtige Tatsachen	54
d) Prognosen	55
3. Tatsachenfeststellungen und Tatsachenbewertungen	57
II. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	57
1. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im deutschen und europäischen Recht	58

2. Erscheinungsformen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Gesetzgebungsprozess	60
III. Grenzen der Tatsachenermittlung und Lösungsansätze	62
1. Faktische Grenzen	63
a) Begrenztheit des menschlichen Verstands	63
b) Objektive und subjektive Unsicherheit	63
c) Zeitlimitation	64
d) Zweck-Mittel-Relation	64
2. Grundrechte und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	65
3. Experimentelle Gesetzgebung als Lösungsansatz	66
a) Problemlage	67
b) Definition	68
c) Anwendbarkeit experimenteller Gesetzgebung	70
d) Temporäre Gesetzgebung und Sunset Legislation	71
IV. Gesetzgeberische Prämissen	73
1. Das Postulat der optimalen Gesetzgebung	74
2. Rationalitätspflichten des Gesetzgebers	76
a) Rationalität und Tatsachen	78
b) Rationale Gesetzgebung aus Sicht der Legisprudenz	79
3. Bessere Rechtsetzung in der Europäischen Union	82
a) Ziele der Besseren Rechtsetzung	83
b) Konsultationen	85
V. Einzelne Vorgaben für den Umgang mit Tatsachen	86
1. Tatsachenermittlungspflichten des Gesetzgebers	86
a) Ermittlungspflichten des Gesetzgebers im deutschen Verfassungsrecht	88
aa) Die Ermittlungspflicht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	89
bb) Rechtsfolgen der Verletzung der Ermittlungspflicht	93
cc) Dogmatische Begründung einer Rechtspflicht zur Tatsachenermittlung	93
b) Ermittlungspflichten des europäischen Gesetzgebers im Primärrecht	97

2. Gesetzesfolgenabschätzung	98
a) Gesetzesfolgenabschätzung in der Rechtsetzung	98
aa) Zielsetzung der Gesetzesfolgenabschätzung	99
bb) Rechtsnatur der Folgenabschätzung	101
cc) Vorverfahren	102
dd) Erstellung des Folgenabschätzungsberichts	103
b) Gesetzesfolgenabschätzung in der deutschen Rechtsetzung	104
aa) Vorblatt und Gesetzesbegründung	105
bb) Ressortübergreifende Normprüfung und Ressortabstimmung	106
cc) Experimentierklauseln, Berichtspflichten und Gesetzesbefristungen	107
dd) Nationaler Normenkontrollrat	107
3. Prognosepflicht des Gesetzgebers	108
a) Die Prognosepflicht im deutschen Verfassungsrecht	109
b) Die Prognosepflicht im Europarecht	110
4. Begründungspflichten des Gesetzgebers	111
a) Vorteile der Begründungspflicht	113
b) Nachteile der Begründungspflicht	114
c) Begründungspflicht und gerichtliche Kontrolle	115
d) Begründungspflicht im deutschen Verfassungsrecht	116
aa) Herleitung einer Begründungspflicht	118
bb) Begründungspflicht im Verfassungsprozess und Rechtsprechung des BVerfG	120
cc) Fallgruppen	123
dd) Zusammenhang von Ermittlungspflicht, Begründungspflicht und Nachbesserungspflicht	126
ee) Ergebnis	127
e) Die Begründungspflicht im Europarecht	128
aa) Zweck der Begründungspflicht	129
bb) Inhalt der Begründungspflicht	131
cc) Prozedurale Begründungspflicht im Europarecht?	134
dd) Rechtsfolgen bei Verletzung der Begründungspflicht	136
f) Vergleich	138
5. Abwägungspflicht	138
a) Abwägungspflicht des deutschen Gesetzgebers	139
b) Abwägungspflicht des europäischen Gesetzgebers	141

6. Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht	142
a) Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht im deutschen Verfassungsrecht	143
b) Die Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht im Europarecht	147
7. Zwischenergebnis	150
§ 3. Gerichtliche Kontrolle gesetzgebungsrelevanter Tatsachen	151
I. Kontrollkompetenz des Bundesverfassungsgerichts und des Europäischen Gerichtshofs	151
II. Prinzipien richterlicher Tatsachenfeststellungen	155
1. Anspruch auf rechtliches Gehör und den gesetzlichen Richter	155
2. Verhandlungsgrundsatz und Inquisitionsmaxime	157
a) Europäischer Gerichtshof	159
b) Bundesverfassungsgericht	160
c) Verwaltungsprozess	162
aa) Amtsermittlungsgrundsatz im Verwaltungsprozess	163
bb) Umfang und Grenzen des Amtsermittlungsgrundsatzes	163
cc) Freie Entscheidung des Gerichts	164
dd) Vergleich mit Sachverhaltsermittlung durch die Behörden	164
3. Der Verfügungsgrundsatz	166
a) Europarecht	167
b) Deutsches Recht	168
4. Beschleunigungsgebot und Konzentrationsmaxime	168
III. Darlegungslast und Beweislastverteilung	170
1. Darlegungslast vor dem Europäischen Gerichtshof	171
a) Darlegungslast im Vertragsverletzungsverfahren	172
b) Darlegungslast im Vorabentscheidungsverfahren	173
c) Darlegungslast im Wettbewerbsrecht	173
2. Objektive und subjektive Beweislast	175
3. Streng- und Freibeweis	177
4. Richterliche Beweiswürdigung	177
a) Verhältnis von Beweiswürdigung und Beweismaß	178
b) Europäischer Gerichtshof	178

c) Bundesverfassungsgericht	179
5. Beweismaß	180
a) Europäischer Gerichtshof	180
b) Bundesverfassungsgericht	181
6. Beweismittel und Beweisaufnahme	181
a) Europäischer Gerichtshof	182
b) Bundesverfassungsgericht	184
7. Beweislastverteilung	190
a) Beweislastverteilung vor dem Europäischen Gerichtshof	190
aa) Beweislast im Vertragsverletzungsverfahren	191
bb) Vorabentscheidungsverfahren	194
cc) Beweislast im Wettbewerbsrecht	195
b) Beweislastverteilung vor dem Bundesverfassungsgericht	197
8. Mitwirkungspflichten	198
IV. Intensität richterlicher Tatsachenkontrolle	199
1. Maßstab richterlicher Kontrolle	199
a) Bundesverfassungsgericht	199
b) Europäischer Gerichtshof	200
2. Ermessensspielräume	202
a) Ermessensspielräume im deutschen Verfassungsrecht	202
b) Ermessensspielräume im Europarecht	203
3. Gesetzgeberische Einschätzungsprärogativen	206
a) Einschätzungsprärogativen in der Rechtsprechung des EuGH	207
b) Einschätzungsprärogativen in der Rechtsprechung des BVerfG	208
V. Die Kontrolle gesetzgebungsrelevanter Tatsachen durch das Bundesverfassungsgericht	208
1. Bindung an die Tatsachenfeststellungen durch Vorinstanzen	211
2. Tatsachenfeststellungen innerhalb der einzelnen Verfahren	213
a) Die Tatsachenermittlung bei Verfahren ohne feststellende Vorinstanz	213
b) Wahlprüfungsverfahren	216
c) Abstrakte Normenkontrolle	217

d) Konkrete Normenkontrolle	221
e) Verfassungsbeschwerde	222
aa) Verfassungsbeschwerden gegen Rechtssätze	223
bb) Urteilsverfassungsbeschwerde	223
3. Bindung an die Tatsachenfeststellungen durch den Gesetzgeber	226
4. Prozessuale und materiellrechtliche Prüfung	226
5. Folgen defizitärer Sachverhaltsermittlung	227
VI. Die Kontrolle gesetzgebungsrelevanter Tatsachen durch den Europäischen Gerichtshof	228
1. Keine Überprüfung der Tatsachenfeststellungen der vorlegenden nationalen Gerichte im Vorabentscheidungsverfahren	228
2. Tatsachenkontrolle bei Verstößen gegen Primärrecht und bei Folgenabschätzungen	231
3. Tatsachenkontrolle bei Verstößen gegen Sekundärrecht	234
a) Verstöße des Unionsgesetzgebers	235
b) Verstöße der Mitgliedstaaten	236
4. Striktere Prüfung bei Verstoß nationaler Normen gegen Europarecht	238
5. Strenge Tatsachenkontrolle bei Harmonisierungsmaßnahmen	241
VII. Gerichtliche Kontrolle von Prognosen	243
1. Prognosekontrolle durch das Bundesverfassungsgericht	244
a) Grundsätzlicher Ermessensspielraum des Gesetzgebers	245
b) Grundlagen und Kriterien eines abgestuften und differenzierten Kontrollsystems aus dem deutschen Verfassungsrecht	248
c) Verfahrenskontrolle als Substitut für strenge materielle Kontrolle	256
d) Folgen fehlerhafter Prognosen	256
2. Prognosekontrolle durch den Europäischen Gerichtshof	257
a) Kontrolle europäischer Gesetzgebung	258
b) Kontrolle nationaler Gesetzgebung	260
c) Kontrollregime	261
3. Die zeitliche Dimension der Prognosekontrolle	262
a) Vorteile der Ex-ante- und Ex-post-Kontrolle	262

b) Prüfung durch das Bundesverfassungsgericht und den Europäischen Gerichtshof	265
aa) Bundesverfassungsgericht	265
bb) Europäischer Gerichtshof	267
i) Prozedurale Kontrolle des Europäischen Gerichtshofs	269
ii) Übertragung der Rechtsprechung zur Ex-post-Kontrolle von Kommissionsentscheidungen auf legislatorische Akte	270
c) Zwischenergebnis	271
§ 4. Zusammenfassung	273
Literaturverzeichnis	283



## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. F.	alte Fassung
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ÄndVO	Änderungsverordnung
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Aufl.	Auflage
BauGB	Baugesetzbuch
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
Bd.	Band
BeckRS	Beck Online Rechtsprechung
BeckOK	Beck'scher Onlinekommentar
Beschl.	Beschluss
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
bspw.	beispielsweise
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerfGE	Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
d. h.	das heißt
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DVBl.	Deutsche Verwaltungsblätter
EG	Europäische Gemeinschaft
EU	Europäische Union
EuG	Europäisches Gericht

## *Abkürzungsverzeichnis*

EU-GrCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuR	Europarecht
EUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
EnWZ	Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft
f.	folgende Seite/für
ff.	folgende Seiten
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
h. M.	herrschende Meinung
Hervorh. d. Verf.	Hervorhebung durch Verfasser
Hrsg.	Herausgeber
i. e. S.	im engeren Sinne
i. V. m.	in Verbindung mit
i. w. S.	im weiteren Sinne
JA	Juristische Arbeitsblätter
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report
NNKRG	Gesetz zur Einsetzung eines Nationalen Normenkontrollrates
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ	Rechtsprechungs-Report Verwaltungsrecht
o. Ä.	oder Ähnlichem
OVG	Oberverwaltungsgericht
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
StGB	Strafgesetzbuch

StGH Hessen	Staatsgerichtshof des Landes Hessen
StGH Baden- Württemberg	Staatsgerichtshof für das Land Baden-Württemberg
StPO	Strafprozessordnung
UAbs.	Unterabsatz
Urt.	Urteil
u. a.	unter anderem
VerfGHNRW	Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein Westfalen
VerwArch	Verwaltungsarchiv
vgl.	vergleiche
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staats- rechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
v.	vom/von
v. a.	vor allem
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
WHO	World Health Organisation
z. B.	zum Beispiel
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik
ZBl.	Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZParl	Zeitschrift für Parlamentsfragen
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik



## § 1. Einleitung

### I. Problemstellung

*„Wir müssen die Wirklichkeit dem Ideal, aber nicht dieses jener anpassen.“*  
Jean Paul

Die moderne Gesetzgebung hat kein geringeres Ziel, als mithilfe von Tatsachenerkenntnissen effektive, zielgerichtete und der Realität angepasste Gesetze zu schaffen. Dieses Bemühen, mithilfe einer adäquaten Tatsachengrundlage „gute Gesetze“ zu schaffen, lässt sich am Beispiel des am 01.01.2019 in Kraft getretenen Gute-KiTa-Gesetzes<sup>1</sup> veranschaulichen, das der Weiterentwicklung der Qualität von Kindertagesstätten und in der Kindertagespflege dienen soll. Damit der Gesetzgeber ein dieser Zielsetzung adäquates Gesetz schaffen konnte, hat er im Vorfeld Tatsachen ermittelt und diese in seinem Gesetz berücksichtigt. So heißt es in dem Gesetzesentwurf, dass bereits in den zehn Jahren zuvor mehr als 400.000 Betreuungsplätze für Kinder unter drei Jahren geschaffen wurden.<sup>2</sup> Zudem wurden laut Gesetzesbegründung die unterschiedlichen, teilweise schon bestehenden Strukturen in den Bundesländern berücksichtigt und sollten für die Ziele des Gesetzes finanzielle Mittel zwischen 0,5 bis 2 Milliarden Euro zur Verfügung gestellt werden.<sup>3</sup> In den Gesetzgebungsprozess waren verschiedene Institutionen involviert, die Stellungnahmen zum Gesetzesentwurf abgegeben haben. So hat das Bundeswirtschaftsministerium in seiner Einschätzung dargelegt, dass Ausgaben für frühkindliche Bildung eine hohe Rendite aufweisen würden. Insbesondere würden sich Ausgaben für Kindertagesstätten positiv auf die Beschäftigungsmöglichkeiten der Eltern und später der Kinder selbst auswirken.<sup>4</sup> Zuletzt wurden Experten in einer öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend angehört, die u. a. die Themen einer bundeseinheitlichen Fachkräfte-Kind-Relation oder den finanziellen Bedarf zur Umsetzung der Ziele, unter gleichzeitiger Wahrung der Kompetenzen der Länder, thematisier-

---

1 Gesetz zur Weiterentwicklung der Qualität und zur Teilhabe in der Kindertagesbetreuung vom 19.12.2018, BGBl. I S. 2696 (Nr. 49).

2 BT-Drs. 19/4947, 12.

3 BT-Drs. 19/4947, 12 f.

4 BT-Drs. 19/4947, 13 f.

ten. § 6 des nunmehr verabschiedeten Gesetzes sieht darüber hinaus für die Zeit nach dessen Verabschiedung ein Monitoring und eine Evaluation seiner Wirksamkeit vor. Insgesamt intendiert die Bundesregierung, auf diese Weise ein situationsangemessenes Gesetz zu schaffen. Allerdings wurden im Vorfeld zu der Gesetzgebung keine eigenen Forschungsaufträge vergeben oder Fachkommissionen auf Zeit eingerichtet.

Nicht nur auf deutscher, sondern auch auf europäischer Ebene bestehen Bestrebungen nach einer tatsachenbasierten Gesetzgebung. Exemplarisch lässt sich dies an der Diskussion um die Grenzwerte für die NO<sub>2</sub>-Belastung in Städten illustrieren. Diese Grenzwerte wurden im Jahr 1999, dem Vorschlag der Europäischen Kommission folgend, von den Mitgliedstaaten verabschiedet und im Jahr 2008 nochmals bestätigt.<sup>5</sup> Neben dem maximalen NO<sub>2</sub>-Jahresmittelwert wurde ein Einstundenmittelwert verabschiedet, der nur achtzehnmal im Jahr überschritten werden darf, bis Maßnahmen gegen die wiederholte Überschreitung ergriffen werden müssen. Die Europäische Kommission stützte ihren Vorschlag für die beiden Werte auf Studien und Empfehlungen der Weltgesundheitsorganisation.<sup>6</sup> Eine Studie, die als Begründung für den Einstundenmittelwert herangezogen wurde, habe gezeigt, dass Menschen mit asthmatischen Erkrankungen erhöhte Reaktionen zeigten, wenn sie einer Belastung von 375–565 µg NO<sub>2</sub>/m<sup>3</sup> ausgesetzt waren. Auf diese Werte ist nach Ansicht der WHO zudem ein Sicherheitsabschlag von 50% anzuwenden. Für den Langzeitrichtwert von 40 µg NO<sub>2</sub>/m<sup>3</sup> zog man eine frühere Schätzung aus dem Jahr 1997 sowie eine Innenraumexpositionsstudie heran, bei der Kinder eine erhöhte Zahl an Atemwegserkrankungen aufwiesen, nachdem sie über zwei Wochen einer erhöhten NO<sub>2</sub>-Belastung durch Gasöfen ausgesetzt waren. Allerdings stellte die WHO fest, dass eine belastbare Datenbasis für den Richtwert nicht vorhanden und ein Grenzwert auch deshalb schwer zu bestimmen sei, weil eine einseitige Belastung mit nur einem Schadstoff unüblich sei.<sup>7</sup> Nichtsdestotrotz belegt dieses Beispiel die Anstrengung zu einer tatsachenorientierter Gesetzgebung.

---

5 Umweltbundesamt, Stickstoffdioxid-Belastung: Hintergrund zu EU-Grenzwerten für NO<sub>2</sub>, verfügbar unter: <https://www.umweltbundesamt.de/themen/stickstoffdioxid-belastung-hintergrund-zu-eu>, zuletzt abgerufen am 04.10.2019.

6 Richtlinie 2008/50/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2008 über Luftqualität und saubere Luft für Europa, ABl. L 152/1, Erwägungsgrund 2.

7 Umweltbundesamt, Stickstoffdioxid-Belastung: Hintergrund zu EU-Grenzwerten für NO<sub>2</sub>, verfügbar unter: <https://www.umweltbundesamt.de/themen/stickstoffdioxid-belastung-hintergrund-zu-eu>, zuletzt abgerufen am 04.10.2019.

Nachdem im Jahr 2018 für Diesel bis zur Euronorm 5 in deutschen Städten erste Fahrverbote beschlossen wurden und sich u. a. eine Gruppe von Pneumologen gegen die beschlossenen Grenzwerte aussprach,<sup>8</sup> entstand eine öffentliche Diskussion darüber, ob die Grenzwerte auf der zuvor beschriebenen wissenschaftlichen Basis weiter Bestand haben können. Während einige Stimmen den Gesetzgeber aufforderten, neue Untersuchungen zur Schädlichkeit von NO<sub>2</sub> zu veranlassen, um seine Entscheidung für den Grenzwert begründen oder korrigieren zu können,<sup>9</sup> bestanden andere auf der Einhaltung der verabschiedeten gesetzlichen Regelungen<sup>10</sup> und verwiesen auf mangelhaftes Datenmaterial der Kritiker.<sup>11</sup>

Die widerstreitenden Forderungen sind nicht nur insofern interessant, als sie Zeugnis darüber ablegen, dass wissenschaftliche Nachprüfbarkeit die Legitimität und Glaubwürdigkeit des Gesetzgebers bestärkt.<sup>12</sup> Vielmehr stellt sich die grundsätzliche Frage, ob den Gesetzgeber überhaupt eine Verpflichtung trifft, seine Gesetze an wissenschaftlichen Erkenntnissen auszurichten. Wenn man dies dem Grunde nach bejaht, stellt sich die weitere Frage, ab wann von einer gesicherten Datengrundlage ausgegangen werden kann. Weitere Fragen schließen sich an: Bejaht man die Tatsachenberücksichtigungspflicht, so folgt hieraus möglicherweise auch eine Handlungspflicht, wenn sich das ursprüngliche von ihm verwendete Datenmaterial später als fehlerhaft herausstellt. Damit ginge jedenfalls die Vorstellung einher, dass der einmal hergestellte Tatsachenbezug nicht nach der Gesetzesverabschiedung enden soll.

Zuletzt hat die lebhafte Diskussion über den Umgang mit der Coronavirus-Pandemie Fragen nach dem Umgang mit Tatsachen, Kennzahlen und

---

8 *Grzegorek*, Pneumologen kritisieren Grenzwerte für Fahrverbote, *Ärzte Zeitung* online vom 23.01.2019, verfügbar unter: <https://www.aerztezeitung.de/medizin/krankheiten/atemwegskrankheiten/article/980038/luftbelastung-pneumologen-kritisieren-grenzwerte-fahrverbote.html>, zuletzt abgerufen am 04.10.2019.

9 *Köhler*, Stellungnahme zur Gesundheitsgefährdung durch umweltbedingte Luftverschmutzung, insbesondere Feinstaub und Stickstoffverbindungen (NO<sub>x</sub>), verfügbar unter: [https://www.lungenaerzte-im-netz.de/fileadmin/pdf/Stellungnahme\\_NOx\\_und\\_Feinstaub.pdf](https://www.lungenaerzte-im-netz.de/fileadmin/pdf/Stellungnahme_NOx_und_Feinstaub.pdf), zuletzt abgerufen am 04.10.2019.

10 Richtlinie 2001/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2001 über nationale Emissionshöchstmengen für bestimmte Luftschadstoffe, ABl. L 309/22 mit Anhang I.

11 *Reimer*, Stickoxid-Grenzwerte – Lungenärzte haben sich verrechnet, *Deutschlandfunk* vom 14.02.2019, verfügbar unter: [https://www.deutschlandfunk.de/stickoxid-grenzwerte-lungenaerzte-haben-sich-verrechnet.697.de.html?dram:article\\_id=441096](https://www.deutschlandfunk.de/stickoxid-grenzwerte-lungenaerzte-haben-sich-verrechnet.697.de.html?dram:article_id=441096), zuletzt abgerufen am 04.10.2019.

12 *Kirchhof*, in: Starck (Hrsg.), FS 25 Jahre BVerfG, Bd. 1, 1976, 50, 56.

Statistiken abermals in den Fokus gerückt.<sup>13</sup> Zweifellos stellt dieser Ausnahmezustand den Rechtsstaat und seine Institutionen vor eine besondere Herausforderung. Vielfach mussten sich in diesem Zusammenhang Gerichte mit den gesetzgeberischen Entscheidungen und denjenigen des Verordnungsgebers befassen.<sup>14</sup> Ein Blick in die Rechtsprechung zeigt, dass dies teilweise in intensiverer Weise geschehen ist, als man es zunächst erwarten würde.<sup>15</sup> Schließlich fand die Mehrzahl der Verfahren im Eilverfahren und damit im Rahmen einer summarischen Prüfung statt. In dieser Judikatur spielen insbesondere Prognosen hinsichtlich der Pandemieentwicklung eine erhebliche Rolle.

Obwohl demnach also gesetzgeberische Tatsachenermittlung und die Rolle von Tatsachen bei ihrer Überprüfung offensichtlich herausragende praktische Relevanz haben, wird das Thema in der rechtswissenschaftlichen Literatur bisher vergleichsweise selten behandelt.<sup>16</sup> Das ist insofern nicht überraschend, als die Jurisprudenz traditionell auf normative Fragen fokussiert ist. Die Normauslegung als wichtigste juristische Aufgabe begrenzt dabei den Blick auf die tatsächlichen Umstände.<sup>17</sup> Im Zuge der Subsumtion limitiert sich die Überprüfung auf Ausschnitte einer vielfach komplexeren Realität. Dennoch bleibt die Tatsachenermittlung ein wichtiger Ausgangspunkt für die Konkretisierung und Auslegung von Rechtssätzen. Die Subsumtion kann nur gelingen, wenn zuvor überhaupt ein Lebenssachverhalt im Hinblick auf die Tatbestandsmerkmale festgestellt wurde. Folglich ist die Sachverhaltsermittlung Voraussetzung für die gesetzmäßige Entscheidungsfindung.<sup>18</sup>

---

13 Vgl. stellvertretend *Eibenstein*, COVuR (2020), 688; *Wagner*, ZEuP 28 (2020), 531; *Schrappe/François-Kettner/Knieps/Pfaff/Püschel/Glaeske*, MedR (2020), 637.

14 Siehe exemplarisch nur BVerfG, Beschl. v. 29.04.2020, 1 BvQ 47/20, BeckRS 2020, 7210; BVerfG, Beschl. v. 09.04.2020, 1 BvQ 29/20; BVerfG, Beschl. v. 07.04.2020, 1 BvR 755/20, BeckRS 2020, 5620; OVG Münster, Beschl. v. 26.10.2020, 13 B 1581/20.NE, BeckRS 2020, 28127; VGH Mannheim, Beschl. v. 30.07.2020, 1 S 2087/20, COVuR 1 (2020), 473ff; OVG Koblenz, Beschl. v. 04.06.2020, 7 B 10688/20.OVG, BeckRS 2020, 12284; OVG Weimar, Beschl. v. 07.05.2020, 3 EN 311/20, BeckRS 2020, 10618; VGH München, Beschl. v. 30.03.2020, 20 NE 20.632, NJW 73 (2020), 1236 ff.

15 Siehe z. B. den Hinweis auf datierte Statistiken durch das OVG Münster, Beschl. v. 26.10.2020, 13 B 1581/20.NE, BeckRS 2020, 28127, Rn. 38; mit Verweis auf die Schwierigkeiten im Umgang mit Tatsachenfragen OVG Weimar, Beschl. v. 07.05.2020, 3 EN 311/20, BeckRS 2020, 10618, Rn. 20 f.

16 Siehe dazu § 1. III.

17 Vgl. *Bryde*, in: Badura/Dreier (Hrsg.), FS 50 Jahre BVerfG, Bd. 1, 2001, 533, 534.

18 *Wittkopp*, Sachverhaltsermittlung im Gemeinschaftsverwaltungsrecht, 1999, S. 9 m. w. N.

Im Rahmen der Gewaltenteilung liegt die Kontrolle von Gesetzen in den Händen von Gerichten. Bei der richterlichen Überprüfung von Normen ist auch zu bewerten, ob der Gesetzgeber erforderliche Tatsachenermittlungen angestellt hat, ob er mit den Tatsachen, die ihm zur Verfügung stehen, richtig umgegangen ist oder ob er auf veränderte Zustände reagieren musste. Dies ist jedenfalls die Grundthese dieser Untersuchung. Sie wird nicht nur von grundsätzlichen Überlegungen getragen, sondern ist auch von der alltäglichen Erfahrung inspiriert, dass Gerichte in einfachen Rechtsstreitigkeiten fast immer tatsächliches Geschehen und dessen rechtliche Bewertung abgleichen müssen. Als für die Kontrolle der Gesetzgebung zuständige justizielle Instanzen haben insbesondere der EuGH und das BVerfG entscheidenden Einfluss auf den Umgang mit Tatsachen, die bei der Gesetzgebung Berücksichtigung finden. Hierbei spielen der jeweilige Prüfungsumfang und die Art der Verwendung von Tatsachen eine besondere Rolle. Abhängig von der konkreten Ausgestaltung verbleibt dem Gesetzgeber ein unterschiedlich weiter legislativer Spielraum. Dieser hängt maßgeblich davon ab, welche Pflichten und Obliegenheiten dem Gesetzgeber im Hinblick auf die Tatsachenermittlung und -verwendung aufzuerlegen sind und wie die deren Kontrolle ausgestaltet ist. Zum einen ist also die Perspektive des gestaltenden Gesetzgebers einzunehmen als desjenigen, der sich Tatsachen bei der Normsetzung zu eigen macht, zum anderen der „pathologische“ richterliche Blickwinkel bei der Überprüfung der gesetzgeberischen Tätigkeit.

Gerichte nehmen generell, wenn sie über einen Fall entscheiden, eine rechtliche Bewertung eines realen Sachverhalts vor. Dabei stehen Wirklichkeit und Norm in einer Wechselbeziehung. Die konkreten Umstände des Falls und dessen Lebenssachverhalt als Ausgangspunkt beeinflussen die Auslegung einer Norm. Dieser Sachverhalt stützt sich wiederum auf Tatsachen, die im Vorfeld entweder von den Parteien oder dem Gericht ermittelt, dargelegt und bewiesen werden müssen. Im Anschluss daran bildet sich der Richter auf dieser Grundlage seine eigene Überzeugung von der Wirklichkeit, auf die er schlussendlich sein Urteil stützt. Tatsachen werden also einerseits durch Gerichte überprüft, andererseits sind sie Bestandteil der eigenen Überzeugungsbildung. Dies ist nichts Ungewöhnliches. Die Tatsachenüberprüfung durch Verfassungsgerichte stellt demnach keine grundsätzlich justizfremde Aufgabe dar. Gleichwohl dürften sich aus der Aufgabe der Gesetzgebung einerseits und der Verfassungskontrolle andererseits Besonderheiten ergeben, denen im Rahmen dieser Arbeit nachzugehen ist.

Bei der rechtlichen Analyse des Verhältnisses von Normen und Faktizität ist außerdem zu berücksichtigen, dass Gesetze normativ in dem Sinne sind, dass sie Werte und Maßstäbe widerspiegeln und kontrafaktische Geltung<sup>19</sup> beanspruchen. Sie sind deshalb keine empirischen Automatismen<sup>20</sup>, d. h., bei Vorliegen bestimmter Tatsachen kann daraus nicht zwangsläufig die Entstehung, Abänderung oder das Hinwegfallen eines Gesetzes gefolgert werden. Dementsprechend bestehen hohe Hürden für die Annahme einer Desuetudo.<sup>21</sup> Dies folgt bereits aus den Lehren zum naturalistischen Fehlschluss<sup>22</sup>, wonach kein Sollen aus Tatsachen begründet werden kann. Demzufolge kann man aus lediglich deskriptiven keine rein normativen Aussagen ableiten. Allerdings können mit ihrer Hilfe Theorien zumindest falsifiziert werden<sup>23</sup>. Im Übrigen verdrängt die übliche Forderung nach empirischer Überprüfung und dem notorischen „Faktencheck“ die Problematik, dass auch Tatsachenfeststellungen komplexe erkenntnistheoretische Voraussetzungen haben und von gesellschaftlichen oder persönlichen Wertungen beeinflusst sein können. Vor diesem Hintergrund dürfte es sich vielfach empfehlen, auch die Ermittlung von Tatsachen im pluralistischen Dialog zu organisieren und sich nicht auf eine einzige Expertise zu stützen.

Zwar vermag die immer wieder nicht nur von Sozialwissenschaftlern erhobene Forderung nach einer Öffnung des Rechts zur sozialen Wirklichkeit hin an der kontrafaktischen Geltung des Rechts nichts zu ändern, zugleich kann die tradierte Vorstellung, dass es sich bei Gesetzen um rein normative Entscheidungen handelt, aber als überholt gelten. Gesetze ohne hinreichenden „Realitätsbezug“ laufen Gefahr, ihre Zielsetzung zu verfehlen, und ihre Steuerungsfunktion kann an mangelnder Tatsachenorientierung scheitern. Allenfalls führen sie dann zu unerwünschten Nebeneffekten, erscheinen als Symbolgesetze<sup>24</sup> oder sind schlichtweg überflüssig. Si-

---

19 Vgl. *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1995, S. 134.

20 *Schneider* spricht im Zusammenhang mit Rechenmaschinen insoweit zutreffend von einer Entmenschlichung des Gesetzgebungsprozesses. *Schneider*, Gesetzgebung, 3. Aufl. 2002, § 5 Rn. 111; vgl. auch *Kirchhof*, in: Starck (Hrsg.), FS 25 Jahre BVerfG, Bd. 1, 1976, 50, 51.

21 Im Sinne einer Derogation gesetzlicher Bestimmungen durch langjährige Nichtübung. Vgl. dazu *Röhl*, JZ 26 (1971), 576, 579.

22 Grundlegend *Moore*, Principia Ethica, 1903.

23 Vgl. zur Möglichkeit der Falsifizierung *Popper*, Logik der Forschung, 2005.

24 Folglich als Gesetze, die ihrem Inhalt nach schon keine steuernde Wirkung haben. Vgl. dazu stellvertretend *Hoffmann-Riem*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-

multan erfolgt auch eine Anpassung der Realität an das Gesetz. Sofern Normen wirksam sind, wirken sie effektiv in die Realität hinein.

Unbeschadet des skizzierten komplexen Verhältnisses von Normen und Fakten bleibt der Wunsch nach einer tatsachenbezogenen Gesetzgebung wirkmächtig. Einerseits werden neue Gesetzgebungsprojekte mit aufgetretenen tatsächlichen Problemen begründet, andererseits werden Gesetze aber auch kritisiert, wenn sie nicht realitätsgerecht sind.<sup>25</sup> Auf wissenschaftlicher und politischer Ebene spiegeln sich beide Tendenzen in der Forderung nach einer evidenzbasierten Gesetzgebung wider.<sup>26</sup> Die Gesetzgebungstheorie möchte auf diese Weise die Chancen für eine Verbesserung der Gesetzgebung jenseits politischer Präferenzen ausloten.<sup>27</sup> Hierbei handelt es sich einerseits um eine gesetzgebungswissenschaftliche und politische Forderung, die auf breite Zustimmung rechnen kann. Andererseits mündet diese Erwartung an die Gesetzgebung aber auch in verfassungsrechtsdogmatische Vorstellungen einer entsprechenden Rechtspflicht des Gesetzgebers und einer daran angepassten Kontrollkompetenz der obersten Gerichte, sei es des BVerfG oder des EuGH. Dieser Gedanke ist weniger unumstritten, als es zunächst scheint, da er erhebliche Implikationen für die Gewaltenteilung und das Demokratieverständnis besitzt.

Wenn demnach der Tatsachenbezug eine im Einzelnen noch zu bestimmende bedeutende Rolle für oder in der Gesetzgebung spielt, resultiert daraus die im zweiten Teil dieser Arbeit zu untersuchende Frage, ob und inwieweit gesetzgeberische Tatsachenfeststellungen zu überprüfen sind und wie sie in die gerichtliche Kontrolle einfließen. Eine solche Kontrolle wiederum kann Auswirkungen auf die gesetzgeberische Praxis haben. Beson-

---

Riem (Hrsg.), *Verwaltungskontrolle*, 2001, 325, 354 ff.; *Newig*, *Symbolische Umweltgesetzgebung*, 2003; *Kindermann*, in: Grimm/Maihofer (Hrsg.), *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*, 1988, 222 ff.

25 Dies geschieht v. a. im Strafrecht. Siehe beispielhaft zur Reform des Sexualstrafrechts in Deutschland Deutschlandfunk Kultur, Ein unnötiger Schnellschuss, Beitrag vom 07.07.2016, verfügbar unter: [https://www.deutschlandfunkkultur.de/richter-kritisiert-neues-sexualstrafrecht-ein-unnoetiger.1008.de.html?dram:article\\_id=359443](https://www.deutschlandfunkkultur.de/richter-kritisiert-neues-sexualstrafrecht-ein-unnoetiger.1008.de.html?dram:article_id=359443), zuletzt abgerufen am 04.10.2019; zum Verbot bestimmter Betäubungsmittel die Resolution von 122 Strafrechtsprofessoren des Schildower Kreises, Resolution deutscher Strafrechtsprofessorinnen und -professoren an die Abgeordneten des Deutschen Bundestages, verfügbar unter: <http://schildower-kreis.de/resolution-deutscher-strafrechtsprofessorinnen-und-professoren-an-die-abgeordneten-des-deutschen-bundestages/>, zuletzt abgerufen am 04.10.2019.

26 Siehe nachfolgend unter § 1. II. 4.

27 Auch hier sind allerdings politische Prägungen in Rechnung zu stellen.

## § 1. Einleitung

dere Probleme werfen hierbei gesetzgeberische Prognosen sowohl hinsichtlich ihrer Erstellung als auch ihrer Kontrolle auf.

## II. Forschungsstand

Während es im Kontext des deutschen Verfassungsrechts eine relativ umfangreiche Literatur zu Tatsachen in der Gesetzgebung und zur Kontrolle gesetzgebungsrelevanter Tatsachen gibt, standen diese auf europäischer Ebene bisher selten im Fokus des rechtswissenschaftlichen Interesses.<sup>28</sup> Das Zögern gegenüber der Thematik könnte damit zu erklären sein, dass damit die Vorstellung verbunden ist, sich mit einem originär außerhalb der klassischen Rechtsliteratur befindlichen Thema zu beschäftigen, das unter Umständen auch interdisziplinäre Ansätze verlangen könnte.

### 1. Übersicht

Gleichwohl werden Tatsachen in der rechtswissenschaftlichen Diskussion in allen Teildisziplinen betrachtet, wobei die rechtssoziologischen Ansätze im Vordergrund stehen.<sup>29</sup> Im Hinblick auf die Gesetzgebung wird Tatsachen insbesondere bei der Optimierung von Gesetzen eine entscheidende Rolle zugeschrieben. Hierbei ergeben sich unterschiedliche Ansätze der Untersuchung von Tatsachen im Gesetzgebungsprozess. Terminologie und Schwerpunktsetzungen einzelner Konzepte sind dabei nicht immer deckungsgleich, jedoch gibt es zwischen ihnen genügend Überschneidungen. Dies gilt sowohl für den deutschen als auch den europäischen Rechtsrahmen. Jedoch finden die angesprochenen rechtstheoretischen Konzepte in den beiden Regimen unterschiedlich starke Beachtung. Dank eines verstärkten internationalen Austausches ist die Adaption von Konzepten aus dem europäischen Recht in das deutsche und vice versa allerdings keine Ausnahme mehr.<sup>30</sup>

An der neueren Diskussion um Tatsachenermittlungen fällt auf, dass sie vornehmlich legistische und juristische Forderungen erörtert, die rechtlichen und tatsächlichen Grundlagen der Tatsachenermittlung und -bewertung jedoch kaum systematisch aufbereitet werden. Dies gilt insbesondere,

---

28 Siehe dazu die Nachfolgenden unter § 1 II. 2.

29 Siehe dazu § 1. II. 2.

30 Siehe dazu § 2. IV. 3., § 3. 2., § 3. 3.

wenn man die europäische Diskussion in den Blick nimmt. Dort findet die Forderung nach einer *Evidence-Based Legislation*<sup>31</sup> zunehmend Gehör, die überdies Eingang in das Programm zur besseren Rechtsetzung<sup>32</sup> (*Better Regulation Programme*) der europäischen Institutionen sowie insbesondere bei der Europäischen Kommission Beachtung gefunden hat.<sup>33</sup> Das Programm zielt u. a. darauf ab, dass durch den Gesetzgeber Tatsachengrundlagen erforscht, Prognosen erstellt und dann zur Grundlage seiner Legislatur gemacht werden.

Zusätzlich zu dieser gesetzgeberischen Aufgabe ist die Art und Weise, wie Tatsachen im Vorfeld und Umfeld von Gesetzen ermittelt wurden, bei der späteren Überprüfung der Normen von Bedeutung. Im Zuge der sich steigenden Erwartungen an die Rationalität der Gesetzgebung<sup>34</sup> kommt der Qualität der Tatsachenermittlung wie auch der Frage des Umgangs mit Ermittlungsfehlern besondere Bedeutung zu. Nicht nur deshalb scheinen Tatsachen zunehmend mehr Raum in der europäischen Gesetzgebung einzunehmen. Die legistischen Grundsätze zur guten Gesetzgebung sind u. a. aus dem Mandelkern-Bericht<sup>35</sup>, dem Weißbuch Europäisches Regieren<sup>36</sup> und den Kommissionsmitteilungen zum Thema Better Regulation<sup>37</sup> be-

---

31 Siehe dazu die Ergebnisse des Workshops „Evidence-based Review of Legislation“, veröffentlicht in *Ismar/Meßerschmidt (Hrsg.), Evidence-based Review of Legislation, The Theory and Practice of Legislation 4* (2016) sowie unter § 1. II. 4.

32 Dazu später unter § 2. V. 3.

33 Europäische Kommission, Pressemitteilung v. 19.05.2015, Agenda für bessere Rechtsetzung: Mehr Transparenz und Kontrolle für eine bessere EU-Gesetzgebung, S. 1–4, IP/15/4988; Europäische Kommission, Better Regulation „Toolbox“, [http://ec.europa.eu/smart-regulation/guidelines/docs/br\\_toolbox\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/smart-regulation/guidelines/docs/br_toolbox_en.pdf), zuletzt aufgerufen am 08.07.2015; *Popelier*, in: *Popelier/Mazmany/Vandenbruwaene (Hrsg.), The Role of Constitutional Courts in Multilevel Governance*, 2013, 259.

34 Siehe dazu unter § 2. IV. 2.

35 Bundesministerium des Innern, *Moderner Staat – Moderne Verwaltung: Der Mandelkern-Bericht – Auf dem Weg zu besseren Gesetzen*, Abschlussbericht, verfügbar unter: [http://www.verwaltung-innovativ.de/SharedDocs/Publikationen/Bestellservice/moderner\\_staat\\_mandelkern\\_bericht.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](http://www.verwaltung-innovativ.de/SharedDocs/Publikationen/Bestellservice/moderner_staat_mandelkern_bericht.pdf?__blob=publicationFile&v=1), zuletzt abgerufen am 04.10.2019.

36 Mitteilung der Kommission v. 25.07.2001 „Europäisches Regieren – Ein Weißbuch“, KOM(2001) 428 endgültig, ABl. C 287 vom 12.10.2001.

37 Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen v. 24.10.2017, COM(2017) 651 final; Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen v. 19.05.2015, COM(2015) 215 final; Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den

## § 1. Einleitung

kannt.<sup>38</sup> Diese Fortentwicklungen sind auch in der Literatur aufgenommen worden.<sup>39</sup> Dementsprechend weist die Literatur eine besondere Nähe zu den politischen Forderungen auf, die von ihr im Wesentlichen unterstützt, aber auch kritisch begleitet werden.

## 2. Rechtstatsachenforschung und empirische Rechtsforschung

Neben anderen Disziplinen beschäftigt sich v. a. die Rechtssoziologie mit Tatsachen.<sup>40</sup> Ihre Aufgabe ist, die Wechselwirkungen zwischen den Rechtsordnungen und der sozialen Wirklichkeit zu untersuchen. Damit einher geht die Untersuchungsaufgabe, welchen Einfluss die tatsächliche Wirklichkeit auf die Handhabung von Normen hat und umgekehrt.<sup>41</sup>

### a) Rechtstatsachenforschung

Die Rechtstatsachenforschung<sup>42</sup> als Teildisziplin der Rechtssoziologie ist eine der ersten wissenschaftlichen Strömungen, die eine eigenständige

---

Europäischen Rat und den Rat – Bessere Rechtsetzung: Bessere Ergebnisse für eine stärkere Union v. 14.09.2016, COM(2016) 0615 endgültig.

38 Vgl. auch die Ausführungen von Müller, ZBl. 109 (2008), 289 ff.

39 Radaelli/Meuwese, Public Administration 87 (2009), 639 ff.; Bunea/Ibenskas, Public Administration, 95 (2017), 589 ff.; Alemanno, European Law Journal 15 (2009), 382 ff.; Vogel, British Journal of Political Science 33 (2003), 557 ff.; Radaelli, Towards better research on better regulation, verfügbar unter: <https://ore.exeter.ac.uk/repository/bitstream/handle/10036/23973/RadaelliTowardsBetterResearch.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, zuletzt abgerufen am 04.10.2019; Löfstedt, Journal of Risk Research 10 (2007), 423 ff.; Radaelli, Journal of European Public Policy 14 (2007), 190 ff.

40 Ebrlich, Fundamental Principles of the Sociology of Law, 2001, S. 83 ff. m. w. N.

41 Vgl. zur Rechtssoziologie Augsberg, in: Görres-Gesellschaft (Hrsg.), Staatslexikon, Bd. 4, 8. Aufl. 2020, 1232 ff.

42 Siehe dazu Ebrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1913; Nussbaum, Die Rechtstatsachenforschung – Ihre Bedeutung für Wissenschaft und Unterricht, 1914; Rummert, Das Recht der Gewerkschaften nach ihren Satzungen: eine kritische Rechtstatsachenforschung, 1927; Partos, Rechtstatsachen und Rechtsprobleme des Effekten-Giro-Verkehrs unter besonderer Berücksichtigung der Hamburgischen Verhältnisse, 1929; Nussbaum, AcP 154 (1955), 453 ff.; Rehbinder, in: Lautmann/Maihofer/Schelsky, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 1, 1970, 331, 333; Röhl, Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung, 1974; Hartweg, Rechtstatsachenforschung im Übergang: Bestandsaufnahme zur empiri-

„Tatsachenforschung per se“<sup>43</sup> forderte. Unter Rechtstatsachenforschung versteht man die „systematische Untersuchung der sozialen, politischen und anderen tatsächlichen Bedingungen, aufgrund derer einzelne rechtliche Regeln entstehen, und die Prüfung der sozialen, politischen und sonstigen Wirkungen jener Normen“.<sup>44</sup> Als erste Vertreter beschäftigten sich spätestens mit dem Beginn des 20. Jahrhunderts *Ebrlich* und *Nussbaum*<sup>45</sup> mit den tatsächlichen Erscheinungs- und Verwirklichungsformen des Rechts im sozialen Leben. Dabei wurden vorwiegend Methoden der empirischen Sozialforschung eingesetzt, weshalb in der Folge auch von der realistischen Bewegung gesprochen wird.<sup>46</sup> Die Rechtstatsachenforschung entstand aus einer wahrgenommenen, gesellschaftlich schwer vermittelbaren Divergenz von Rechtsdogmatik und sozialer Wirklichkeit mit dem Ziel, die beiden miteinander in Einklang zu bringen. Letztendlich geht es bei den Bemühungen der Rechtstatsachenforschung und ihrer verwandten Wissenschaftszweige immer darum, ein in der Vergangenheit verfasstes Gesetz mit aktuellen Lebensbezüge zu füllen.

Es handelt sich bei der Rechtstatsachenforschung allerdings um einen sehr breiten, allgemeinen rechtssoziologischen Betrachtungsansatz.<sup>47</sup> Zudem hat sich die einst gemeinsame Wurzel inzwischen in unterschiedliche Richtungen aufgespalten.<sup>48</sup> Gesetzgebungsrelevante Tatsachen und v. a.

---

schen Rechtssoziologie in der Bundesrepublik Deutschland, 1975; *Chiotellis/Beiser/Fikentscher*, Rechtstatsachenforschung – Methodische Probleme und Beispiele aus dem Schuld- und Wirtschaftsrecht, 1985; *Hein*, Rechtstatsachenforschung heute, 1986; *Schulin*, in: Dreher (Hrsg.), Konstanzer Schriften zur Rechtstatsachenforschung, 1986; *Vofßkühle*, *VerwArch* (1994), 567 ff.; *Albrecht*, Rechtstatsachenforschung zum Strafverfahren, 2005.

43 Siehe dazu und zum Folgenden *Nussbaum*, *AcP* 154 (1955), 453, 463.

44 *Nussbaum*, *AcP* 154 (1955), 453, 462.

45 Siehe Fn. 42.

46 Vgl. insbesondere zum amerikanischen Rechtsrealismus die Gesamtdarstellung von *Twining*, *Karl Llewellyn and the realist movement*, 2. Aufl. 2012.

47 Vgl. bereits *Luhmann*, *Rechtssoziologie*, 2. Aufl. 1983, S. 6. Forschungsinitiativen aus dem Bereich der Rechtstatsachenforschung reichten vom Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht über das Strafrecht bis hin zum Verwaltungsrecht; vgl. nur *Bock*, *ZStrW* 103 (2009), 636 ff.; *Raiser*, *ZRP* 18 (1985), 111 ff.; *Wahlers*, *Private Selbstregulierung am Beispiel des Kapitalmarktrechts*, 2011, S. 44 ff.; *Buddeberg*, *Rechtssoziologie des öffentlich-rechtlichen Vertrages*, *AÖR* 47 (1925); *Edelman*, *Working Law: Courts, Corporations, and Symbolic Civil Rights*, 2016.

48 So werden unter diesem Begriff nicht nur gesetzgebungstheoretische, sondern u. a. gesellschaftsrechtliche, strafrechtliche und öffentlich-rechtliche Überlegungen angestellt. Vgl. stellvertretend *Lobse*, in: *Ganner* (Hrsg.), *Rechtstatsachenfor-*

die Rolle von Tatsachen bei der richterlichen Kontrolle sind auf diesem Gebiet bisher am wenigsten erforscht.

b) Empirische Rechtsforschung

Bereits seit einigen Jahren wird in der Rechtswissenschaft diskutiert, der Empirie einen höheren Stellenwert einzuräumen und stärker empirische Erkenntnisse zu berücksichtigen. Im Schrifttum ist sowohl von Rechtstatsachenforschung als auch von empirischer Rechtsforschung die Rede, hierbei stellt sich der Eindruck ein, dass „Rechtstatsachenforschung“ der tradierte Terminus ist, der zunehmend durch „empirische Rechtsforschung“ ersetzt wird, ohne dass zwischen beiden zwingende inhaltliche Unterschiede bestehen.

Der Bedeutungszuwachs der Empirischen Rechtswissenschaft bzw. der *Empirical Legal Studies*<sup>49</sup> spiegelt sich sowohl in der internationalen Diskussion als auch in der deutschen Literatur. Er kulminiert in der Frage, ob die Rechtswissenschaft grundsätzlich eine empirische Wende (*empirical turn*<sup>50</sup>) benötigt.<sup>51</sup> Obwohl die Forderung nach einer empirisch geleiteten Rechtsetzungsmethodik keinesfalls neu ist,<sup>52</sup> ist sie erst in letzter Zeit auf nationaler und internationaler Bühne Gegenstand einer intensiveren Diskussion geworden.

---

schung – Heute Tagungsband 2016, 51 ff.; *Eckert*, Der Erwerb eigener Aktien auf dem Prüfstand der Rechtstatsachenforschung, 2013; *Albrecht*, Rechtstatsachenforschung zum Strafverfahren: Empirische Untersuchungen zu Fragestellungen des Strafverfahrens zwischen 1990 und 2003, 2005; *Bender/Schumacher*, Erfolgsbarrieren vor Gericht – Eine empirische Untersuchung zur Chancengleichheit im Zivilprozess, 1980.

49 Siehe dazu *Leeuw/Schmeets*, Empirical Legal Research, 2016; *Epstein/Martin*, An Introduction to Empirical Legal Research, 2014; *Shaffer/Ginsburg*, American Journal of International Law 106 (2012), 1 ff.; *Petersen*, Der Staat 49 (2010), 435 ff.; *Augsberg*, Der Staat 51 (2012), 117 ff.; *Hunter*, Integrating Socio-Legal Studies into the Law Curriculum, 2012; *Cane/Kritzer*, The Oxford Handbook of Empirical Legal Research, 2010.

50 *Shaffer/Ginsburg*, American Journal of International Law 106 (2012), 1 ff.

51 *Petersen*, Der Staat 49 (2010), 435 ff.

52 *Zeisel*, JZ 29 (1974), 561 ff.; *Böhret*, in: Hugger (Hrsg.), Gesetze – Ihre Vorbereitung, Abfassung und Prüfung, 1983, 5, 11; *Stempel*, Zeitschrift für Rechtssoziologie 9 (1988), 190 ff.; *Horn*, Experimentelle Gesetzgebung unter dem Grundgesetz, 1989, 21.

Auch die empirische Rechtsforschung versteht sich als Bindeglied zwischen der rechts- und der sozialwissenschaftlichen Literatur. Es lässt sich aber feststellen, dass der Kerninhalt der empirischen Rechtsforschung die Anwendung empirischer Methoden aus den Wirtschafts- sowie Sozialwissenschaften und deren Einführung in die Rechtswissenschaften ist. Hauptsächlich stützt man sich dabei auf Forschung mittels Beobachtungen oder Experimenten.<sup>53</sup> Hiervon abgesehen ist jedoch nicht eindeutig, was unter den Begriff „empirische Rechtsforschung“ bzw. in der angloamerikanischen Literatur unter den Parallelbegriff *Empirical Legal Studies* zu fassen ist.<sup>54</sup> Häufig interessiert an dem Begriff nur der Kontrast zur dogmatischen Wissenschaft, die auf der Analyse rechtlicher Texte und Doktrin beruht.<sup>55</sup> Damit werden empirische und normative Fragestellungen getrennt, auch wenn sie tatsächlich nicht unabhängig voneinander existieren. In der Literatur wird daher darauf hingewiesen, dass normative Wertungen maßgeblich von tatsächlichen Umständen abhängen.<sup>56</sup> In tatsächlicher Hinsicht dürfte dies zutreffen, auch wenn an der grundsätzlichen Dichotomie von Sein und Sollen festzuhalten ist. Weichen Norm und Faktum voneinander ab, so entstehen mit der Ordnung „aus der Natur der Sache“ und der *ratio iuris* unterschiedliche Regelbereiche.<sup>57</sup>

Überdies sind die methodischen Aspekte des rechtlichen Empirismus entgegen der Aufmerksamkeit, die das Thema in jüngster Zeit erfahren hat, nicht unbedingt neu.<sup>58</sup> Vielmehr haben sie ihren Ursprung in rechtsoziologischen Ansätzen, der Rechtstatsachenforschung, der Interessenjurisprudenz oder der *Droit Social* nach Léon Duguit.<sup>59</sup> Gleichzeitig ist es die Krux der Empirie, dass sie stets nur einen kleinen Teil der Wirklichkeit darstellen kann, obwohl sie den Anspruch formuliert, als rechtstheoretischer Ansatz das Ganze betrachten zu wollen. Die Empirie kann jedoch

---

53 *Epstein/King*, *University of Chicago Law Review* 69 (2002), 1 ff.

54 *Bell*, *Griffith Law Review* 25 (2016), 262, 263.

55 *Vick*, *Journal of Law and Society* 31 (2004), 163; *Bell*, *Griffith Law Review* 25 (2016), 262, 263.

56 *Petersen*, *Der Staat* 49 (2010), 435.

57 *Kirchhof*, in: Starck (Hrsg.), *FS 25 Jahre BVerfG*, Bd. 1, 1976, 50, 51.

58 So auch *Ismer/Meßerschmidt*, in: *Ismer/Meßerschmidt* (Hrsg.), *The Theory and Practice of Legislation* 4 (2016), 91, 95.

59 *Ismer/Meßerschmidt*, in: *Ismer/Meßerschmidt* (Hrsg.), *The Theory and Practice of Legislation* 4 (2016), 91, 95.