ARNO WIECKHORST

Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren

Studien und Beiträge zum Öffentlichen Recht
34

Mohr Siebeck

Studien und Beiträge
zum Öffentlichen Recht

Band 34

Arno Wieckhorst

Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren

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

Mohr Siebeck

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

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

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

e-ISBN PDF 978-3-16-155225-0
ISBN 1867 -16-155208-3
ISBN 1867-8912 (Studien und Beiträge zum Öffentlichen Recht)

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

© 2017 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

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

Das Buch wurde von Martin Fischer in Tübingen aus der Stempel Garamond gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Meinen Eltern und meiner Schwester

Vorwort

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

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

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

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

Edinburgh, im Dezember 2016 Arno Wieckhorst

Inhaltsverzeichnis

Vorwort VII

Einleitung und Gang der Untersuchung 1

Kapitel 1: Gesetzgeberische Rationalität in Rechtsprechung und Literatur – eine kritische Bestandsaufnahme 7

A. Verfassungsrechtliche Bindungen 7

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

(3) Asylbewerberleistungsgesetz und Hartz IV-Gesetzgebung II 35
(4) Richterbesoldung und Besoldungsordnung A ... 37
(5) Privatschulfinanzierung ... 39
c) Bewertung und Fazit ... 41
II. Literatur ... 44
1. Systemkonsistenz: Gebote der Systemgerechtigkeit, Folgerichtigkeit und Widerspruchsfreiheit ... 45
2. Gebote der Bestimmtheit, Normenklarheit und Normenwahrheit ... 48
3. Prozedurale Sorgfaltsanforderungen ... 49
a) Antipoden Schwerdtfeger und Geiger/Schlaich ... 50
aa) „Optimale Methodik der Gesetzgebung als Verfassungspflicht“ ... 50
bb) „Der Gesetzgeber schuldet gar nichts anderes als das Gesetz.“ ... 51
b) Status quo ... 53
aa) Gegner ... 53
bb) Befürworter ... 59
(1) Beratungspflicht aus Art. 76 Abs. 3 S. 6 GG als Begründungsansatz ... 60
(2) Demokratiezentrierte Begründungsansätze ... 61
(3) Rechtsstaatszentrierte Begründungsansätze ... 66
(4) Grundrechtsbezogene Begründungsansätze ... 67
cc) Relativierungen ... 70
(1) Echte Pflichten mit beschränktem Umfang ... 70
(2) Bedürfnis nach einfachrechtlicher Konkretisierung ... 71
(3) Obliegenheit, Darlegungslast, Beweislast ... 72
c) Fazit ... 74

B. Unionsrechtliche Bindungen ... 75

I. Untersuchungsgegenstand ... 75

II. Rechtsprechung des EuGH ... 77
1. Gebot der Kohärenz ... 77
2. Gebot der Bestimmtheit ... 81
a) Inhaltliche Direktiven ... 81
b) Bindung der Mitgliedstaaten ... 83
3. Prozedurale Sorgfaltsanforderungen ... 84
a) Äußere Anforderungen an das Rechtsetzungsverfahren ... 84
b) Begründungspflicht ... 86
aa) Art. 296 Abs. 2 AEUV ... 86
(1) Inhaltliche Direktiven ... 86
(2) Bindung der Mitgliedstaaten ... 88
bb) Art. 41 Abs. 2 lit. c EuGRCh ... 89
cc) Art. 47 EuGRCh ... 91
dd) Allgemeine Rechtsgrundsätze ... 92
ee) Fazit ... 93

c) Verhältnismäßigkeit im Unionsrecht 94
aa) Allgemeiner Rechtsgrundsatz 94
(1) Prozedurale Bezüge 94
(2) Bindung der Mitgliedstaaten 97
bb) Beschränkung der Grundfreiheiten 98
cc) Eingriffe in Unionsgrundrechte 102
(1) Rechtssache Schecke GbR und Eifert 103
(2) Rechtssachen Spanien/Rat, Vodafone u. a. sowie Afton Chemical 105
(3) Rechtssache Schwarz 107
(4) Folgerungen für das nationale Gesetzgebungsverfahren 107
III. Literatur 113
1. Gebot der Kohärenz 113
2. Gebot der Bestimmtheit 115
3. Prozedurale Sorgfaltsanforderungen 115
a) Derivative Normativität mittels Selbstbindung 116
b) Originäre primärrechtliche Normativität 118
c) Unbewältigte Aspekte 121
4. Fazit 122
IV. Fazit: Bindungswirkung für den deutschen Gesetzgeber 122

C. Abschließende Bewertung 123

I. Rationalität und Transparenz als unbestimmte Grundbegriffe der Diskussion 123
II. Dogmatische Anschlussfähigkeit als Kernfrage 126
1. Gebote der Folgerichtigkeit, Bestimmtheit, Normenklarheit, Normenwahrheit 127
2. Prozedurale Sorgfaltsanforderungen 128

Kapitel 2: Grundrechtliche Fundierung gesetzgeberischer Verfahrenspflichten 131

A. Das Demokratieprinzip als untauglicher Maßstab 131

I. Gesetzgebungsprozedurale Gehalte des Demokratieprinzips 132
1. Klassische Auslegung des Demokratieprinzips unter dem Grundgesetz 132
a) Ausgangspunkt: „Legitimationsketten“ 132
b) Materiale Weiterungen: Politische Willensbildung in der Demokratie 136
2. Alternative Konzeptionen 139
a) Partizipative Demokratietheorien 139

b) Deliberative Demokratietheorien ... 140
c) Pluralistische Demokratietheorien ... 142
d) Rechtswissenschaftliche Rezeption ... 143
aa) Partizipationsbezogene Deutung demokratischer Legitimation ... 144
bb) Akzeptanz als Quelle demokratischer Legitimation ... 149
cc) Weitere output-orientierte Deutungsansätze ... 152
dd) Fazit ... 154
II. Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes in seinem normativen, eigenständigen Gehalt ... 154
1. Verfassungsrechtlicher Begriff der Demokratie ... 155
2. Repräsentative Demokratie des Grundgesetzes ... 156
3. Selbstständiger, isolierter Gehalt des grundgesetzlichen Demokratieprinzips ... 168
4. Polarisierung zu Rechtsstaatsprinzip und Grundrechten ... 170
5. Fazit ... 179
III. Öffentlichkeit und Transparenz als Ausprägung des Demokratieprinzips ... 179
1. Traditionelle Herleitungen ... 180
2. Akzessorietät und Relativität des Gebots der Öffentlichkeit und Transparenz ... 182
3. Implikationen des Informationsfreiheitsrechts ... 185
4. Transparenz als Querschnittsbegriff ... 187
IV. Fazit ... 188

B. Das Rechtsstaatsprinzip als untauglicher Maßstab ... 189
I. Konkretisierungsbedürfnis ... 189
II. Allgemeine Verfassungsbindung des Gesetzgebers ... 191
III. Gesetzesbindung der Verwaltung ... 194
IV. Rechtssicherheit ... 195
V. Gewaltenteilung ... 197
VI. Verfahrensrechtliches Fairnessgebot ... 203
VII. Verhältnismäßigkeit als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips? ... 207
VIII. Grundrechte als spezifische und eigenständige Gewährleistung ... 213
IX. Fazit ... 217

C. Die Grundrechte als tauglicher Maßstab ... 218
I. Grundrechtliche Ansatzpunkte prima facie ... 218
1. Verhältnismäßigkeit und grundrechtlich induzierte Kontrolldichte ... 218

2. Allgemeiner Vorbehalt des Gesetzes und grundrechtliche Gesetzesvorbehalte ... 219
3. Freiheitssichernde Funktion ... 223
4. Fazit ... 223

II. Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren: Bestandsaufnahme ... 224
1. Konkretisierungsbedürfnis ... 224
2. Eingeführte Systematisierungen und Typisierungen ... 225
a) Grobdifferenzierung ... 225
aa) Nach Schmidt-Aßmann ... 225
bb) Nach Ossenbühl ... 227
b) Differenzierung nach Verfahren und Organisation ... 229
3. Grundrechtsschutz durch Verfahren im Staat-Bürger-Verhältnis ... 230
a) Garantie effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG ... 231
b) Garantie rechtlichen Gehörs nach Art. 103 Abs. 1 GG ... 234
c) Allgemeine Rechtsschutzdimension der Grundrechte ... 235
d) Menschenwürdegarantie nach Art. 1 Abs. 1 GG ... 238
e) Fazit ... 241

III. Rekonstruktion: Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren ... 242
1. Grundgesetzlicher Raum für Fortentwicklungen ... 242
2. Wurzel des Grundrechtsschutzes durch Verfahren in der BVerfG-Rechtsprechung ... 244
a) Institutionalisierung der Freiheitswahrnehmung in Gruppen ... 245
b) Allgemeine Grundrechtsbindung ... 246
c) Kompensation geringer materieller Direktionskraft ... 248
d) Grundrechtliche Schutzpflicht ... 250
e) Kompensation ineffektiven Rechtsschutzes ... 252
f) Fazit ... 253
3. Anschlussfähige Grundkonzeptionen im Schrifttum ... 254
a) Allgemeine Grundrechtsbindung und Prinzipientheorie der Grundrechte ... 254
b) Kompensation schwacher materiell-rechtlicher Maßstäblichkeit, Konkretisierungs- und Abgrenzungsbedürftigkeit der Grundrechte ... 258
aa) „Grundrechte als Verfahrensgarantien“ bei Goerlich ... 259
bb) „Status activus processualis“ bei Häberle ... 260
cc) „Grundrechtliches Vorverfahren“ bei Britz ... 265
dd) „Ausgleichsvorbereitende Vorschaltverfahren“ bei Lerche ... 266
ee) „Obliegenheit zum Nachdenken als Folge notwendiger Verfassungskonkretisierung“ bei Bickenbach ... 268
4. Fortentwicklung ... 269
a) Grundrechtsberührende Gesetzgebung: Konkretisierung, Abwägung, Planung ... 270

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

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

D. Ergebnis: Grundrechtliche Fundierung gesetzgeberischer Verfahrenspflichten 405

Kapitel 3: Eigenwert grundrechtsinduzierter prozeduraler Sorgfaltsanforderungen und Folgerungen für verfassungsgerichtliche Kontrolle, Rechtstheorie und Methodenlehre 407

A. Eigenwert und Fehlerfolgenregime grundrechtsinduzierter prozeduraler Sorgfaltsanforderungen 408

I. Eigenwert aus subjektiv-rechtlicher Verankerung i. V. m. Art. 19 Abs. 4 GG 409

II. Eigenwert aus subjektiv-rechtlicher Verankerung i. V. m. Grundsätzen der Elfes-Rechtsprechung 411

III. Eigenwert aus den Funktionen prozeduraler Sorgfaltsanforderungen im Gesetzgebungsverfahren 412
1. Richtigkeitsfunktion 412
2. Selbstkontrollfunktion 413
3. Konkretisierungsfunktion 416
a) Grundlegung 417
b) Grundrechtsdogmatischer Rückbezug 421
4. Fazit 428

IV. Exemplifizierung des Fehlerfolgenregimes anhand verwaltungsverfahrensrechtlicher Vorbilder 429
1. Fehlerfolgenregime des § 46 VwVfG 429
2. Fehlerfolgenregime des § 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Abs. 3 S. 2 Hs. 2 BauGB 436

V. Fehlerfolgenregime im verfassungsrechtlichen Spannungsfeld von Verfassungsmäßigkeit, Rechtssicherheit und Effektivität staatlichen Handelns 444
1. Ansätze der weiteren relativierenden Abwägung von Fehlerfolgen .. 445
2. Einwände 446

VI. Fazit 451

B. Folgerungen: Verfassungsgerichtliche Kontrolle 452

I. Alternative Kombination von Verfahrens- und Ergebniskontrolle 452

II. Kontrollperspektiven: Ex ante und ex post 454
1. Verfahrensbezogene Kontrolle: Zeitpunkt des ursprünglichen Gesetzeserlasses 455
a) Grundlegung 455
b) Keine zeitliche Dynamisierung durch Beobachtungspflichten 455
aa) Gesetzgebungsprozedurale Deutung legislativer Regelungsbeobachtung 456
bb) Fehlender Pflichtcharakter 458

2. Ergebnisbezogene Kontrolle: Zeitpunkt der verfassungsgerichtlichen Entscheidung ... 462
a) Grundlegung ... 462
b) Zeitliche Dynamisierung durch Nachbesserungspflichten ... 463
3. Fazit ... 466
III. Tenorierung: Keine pauschale Modifikation bei Verfahrensfehlern ... 466
1. Appellentscheidung ... 467
2. Unvereinbarerklärung ... 468
a) Vermeidung einer noch weiter gehenden Verfassungswidrigkeit ... 469
b) Mehrere Abhilfemöglichkeiten für den Gesetzgeber ... 470
3. Fazit ... 474
IV. Fehlertypenlehre: Vorgangs- und ergebnisbezogene Fehler ... 475
1. Vorgangsbezogen: Abwägungsausfall und Abwägungsdefizit ... 475
2. Vorgangsbezogen: Abwägungsausfall und Abwägungsfehleinschätzung ... 476
3. Vorgangsbezogen: Fehlende oder mangelhafte Alternativenbetrachtung ... 478
4. Ergebnisbezogen: Abwägungsdisproportionalität ... 479
5. Fazit: Keine Fehlerkongruenz von vorgangsbezogener und ergebnisbezogener Kontrolle ... 482

C. Folgerungen: Rechtstheorie und Methodenlehre ... 485

I. Verhältnis von formellem und materiellem Recht ... 485
II. Methodik der Gesetzesauslegung ... 493
1. Sogenannte subjektive und objektive Auslegungstheorien ... 493
2. Prozedurale Sorgfaltsanforderungen: Vorbedingung der Gesetzesauslegung? ... 495
3. Prozedurale Sorgfaltsanforderungen: Konsequenzen für die Gesetzesauslegung ... 497
4. Verfassungskonforme bzw. normerhaltende Auslegung ... 500

D. Ergebnis ... 502

Kapitel 4: Unionsrechtliche Perspektive ... 505

A. Primärrechtlicher Ort prozeduraler Sorgfaltsanforderungen ... 506

I. Spezifika des unionsrechtlichen Demokratieprinzips ... 506
1. Demokratiezentrierte Begründung und Bindung der nationalen Gesetzgeber ... 506

2. Primärrechtliche Konkretisierung des unionsrechtlichen Demokratiemodells ... 508
a) Gesetzgebungsprozedurale Gehalte ... 508
b) Primat des Repräsentationsprinzips ... 511
3. Das unionsrechtliche Transparenzgebot ... 519
4. Fazit ... 523
II. Begrenzte Direktionskraft der Rechtsstaatlichkeit ... 524
III. Grundrechtliche und grundfreiheitliche Einfassung ... 528
1. Grundrechte ... 529
a) Grundrechtsschutz durch Verfahren im Unionsrecht ... 530
b) Erstreckung auf Verfahren legislativer Rechtsetzung im Anwendungsbereich des Unionsrechts ... 536
aa) Charakteristika grundrechtsberührender Gesetzgebung im Anwendungsbereich des Unionsrechts ... 537
bb) Spezifika legislativer Rechtsetzung aus unionsrechtlicher Perspektive ... 540
cc) Nationale Verfassungs- und Verfahrensautonomie ... 543
c) Fazit: Grundrechtsdogmatische Einfassung ... 549
2. Grundfreiheiten ... 550
a) Grundfreiheitsschutz durch Verfahren ... 550
b) Parallelen zur grundrechtsdogmatischen Konzeptualisierung ... 553
IV. Fazit ... 557

B. Eigenwert unionsgrundrechtlich und grundfreiheitlich induzierter prozeduraler Sorgfaltsanforderungen und gerichtliche Kontrolle ... 558

I. Funktionalität prozeduraler Sorgfaltsanforderungen ... 558
1. Richtigkeits- und Selbstkontrollfunktion ... 558
2. Konkretisierungsfunktion ... 559
a) Anerkennung in der Unionsrechtsordnung ... 559
b) Rückbezug zum Vorbehalt des Gesetzes ... 561
II. Fehlerfolgenrecht und gerichtliche Kontrolle ... 564

C. Ergebnis ... 568

Zusammenfassung in Thesen ... 569

Literaturverzeichnis ... 579
Sachregister ... 659

Einleitung und Gang der Untersuchung

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

---

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

[2] Zu einer darstellenden Einführung aus jüngerer Zeit etwa *Meßerschmidt*, ZJS 2008, 111 (111 ff.) und *Meßerschmidt*, ZJS 2008, 224 (224 ff.).

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

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

[5] Dazu *Grzeszick*, VVDStRL 71 (2012), 49 (49 ff.) und *Lienbacher*, VVDStRL 71 (2012), 7 (7 ff.).

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

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

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

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

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

---

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

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

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

[10] BVerfGE 140, 240 (296); zuvor schon BVerfGE 139, 64 (127).

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

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

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

[11] BVerfGE 137, 34 (73 f.); entsprechend zuvor schon BVerfGE 132, 134 (162 f.).

[12] *Gartz*, S. 235 ff., *Kischel*, Begründung, S. 260 ff. und *Lücke*, Begründungszwang, S. 19, 37 ff.

[13] *Bickenbach*, S. 410 ff. und *Meßerschmidt*, S. 817 ff.

[14] Siehe zu dieser Themenstellung nur *Rose-Ackerman/Egidy/Fowkes*, S. 1.

[15] *Lange*, S. 263 ff. unter der der hiesigen Themenstellung sehr ähnlichen Kapitelüberschrift „Grundrechtsschutz im Gesetzgebungsverfahren".

[16] So der Titel bei *Meßerschmidt*, passim.

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

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

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

---

[18] Erkennbar schon anhand des Umfangs und der Stellung der hier in Fn. 13 nachgewiesenen Abschnitte.

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

[20] Dem „Grundrechtsschutz im Gesetzgebungsverfahren" in Deutschland sind dabei nur etwa zehn Textseiten gewidmet, *Lange*, S. 264 ff., die im Wesentlichen eine Bestandsaufnahme bilden.

[21] *Rose-Ackerman/Egidy/Fowkes*, S. 216 ff.

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

[23] Schon im Ansatz deutlich gemacht, *Rose-Ackerman/Egidy/Fowkes*, S. 1.

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

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

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

Mehrebenensystem typischen Problemen in der Koordination normativer Vorgaben[25] mit sich bringt.

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

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

Kapitel 1

Gesetzgeberische Rationalität in Rechtsprechung und Literatur – eine kritische Bestandsaufnahme

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

A. Verfassungsrechtliche Bindungen

In der verfassungsrechtlichen Perspektive werden in übergreifenden Betrachtungen dem Etikett der gesetzgeberischen Rationalität[5] neben ausdrücklich auf den

---

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

[2] Zum Phänomen etwa der „Europäisierung des Verwaltungsrechts" siehe schon in der Einleitung bei Fn. 24.

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

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

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

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

I. Rechtsprechung des BVerfG und der Landesverfassungsgerichte

1. Systemkonsistenz: Gebote der Systemgerechtigkeit, Folgerichtigkeit und Widerspruchsfreiheit

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

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

---

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

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

[7] BVerfGE 1, 208 (246 f.); zuletzt BVerfGE 120, 82 (103 f.); vgl. auch BVerfGE 11, 351 (362).

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

Urteil zum Rauchverbot verfolgte verfassungsdogmatische Konzeption noch ein Einzelfall geblieben.

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

---

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

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

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

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

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

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

2. Gebote der Bestimmtheit, Normenklarheit und Normenwahrheit

Das Gebot der „Normenklarheit" steht in der Rechtsprechung des BVerfG in engem Zusammenhang mit dem rechtsstaatlich fundierten Postulat der Bestimmtheit sowie dem Grundsatz der „Normenwahrheit". Letzterer bildet ein neueres Phänomen der Judikatur[29] und ist damit Ausdruck einer zuletzt zu beobachtenden Verschärfung der Direktiven[30] durch das BVerfG. Trotz der auch hier bestehenden erheblichen begrifflichen Unsicherheiten in der Rechtsprechung[31] sollen diese Gebote jedenfalls in ihrer Gesamtwirkung einerseits die Verständlichkeit des Normprogramms sowie die Vorhersehbarkeit hoheitlichen Handelns für den Bürger sicherstellen. Andererseits geht es darum, die Vorgaben des Vorbehalts des Gesetzes zu konkretisieren sowie durch hinreichend deutlich gefasste Maßstäbe das Exekutivhandeln rechtlich einzuhegen und dessen gerichtliche Kontrolle zu ermöglichen.[32] Der Grundsatz der Normenwahrheit wird dabei in der Rechtsprechung stärker im Sinne eines Gebots gesetzgeberischer Ehrlichkeit gebraucht:[33] Der Gesetzgeber müsse sich „an dem für den Normadressaten ersichtlichen Regelungsgehalt der Norm festhalten lassen"[34], „Überschrift und Einleitung" etwa „halten, was sie versprechen."[35] Eine „Verschleierung des wirklichen Regelungsgehalts" sei diesem Gebot nach unzulässig.[36] Ein solches Verschleierungsverbot hatte das BVerfG schon im Jahr 1964

[29] Erstmals in dieser Begrifflichkeit verwendet in BVerfGE 107, 218 (256) zur befristeten Übergangsregelung der Beamtenbesoldung Ost; so die Analyse auch bei *Drüen*, ZG 2009, 60 (60) und *Gartz*, S. 203.

[30] Siehe *Cornils*, DVBl. 2011, 1053 (1055) und *Meyer*, Der Staat 48 (2009), 278 (294 f.); Einschätzung wie hier bei *Bumke*, Der Staat 49 (2010), 77 (91) und *Papier/Möller*, AöR 122 (1997), 177 (197).

[31] BVerfGE 21, 73 (79); 31, 255 (264); 35, 348 (358 f.); 37, 132 (142) sprechen jeweils von „Normklarheit und Justitiabilität", BVerfGE 45, 400 (420) von „Bestimmtheit", BVerfGE 93, 213 (238) von „Normenklarheit", BVerfGE 108, 1 (20); 114, 196 (236 f.): „Zur Normenklarheit gehört auch Normenwahrheit"; keine nähere Differenzierung in der Literatur etwa auch bei *Papier/Möller*, AöR 122 (1997), 177 (178, 184), ähnlich *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20, VII. Rn. 58; dazu krit. *Cornils*, DVBl. 2011, 1053 (1055); Versuch der klaren Differenzierung bei *Lücke*, ZG 2001, 1 (9 ff.) und *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 141; eigenständige Konturierung der „Normenwahrheit" auch bei *Meyer*, Der Staat 48 (2009), 278 (295 ff.) und *Drüen*, ZG 2009, 60 (64 ff.).

[32] Zu beidem zusammenfassend BVerfGE 120, 378 (406 f.); im Übrigen auch BVerfGE 8, 274 (325 f.); 9, 137 (147 f.); 52, 1 (41); 78, 214 (226); 100, 313 (359 f.); 110, 33 (52 ff.); 113, 348 (375 ff.); 118, 168 (186 f.).

[33] *Cornils*, DVBl. 2011, 1053 (1055) spricht von einer „Lauterkeitsanforderung an den Gesetzgeber"; vgl. auch *Gartz*, S. 203 und zur ähnlichen Deutungsmöglichkeit hinsichtlich der noch zu analysierenden unionsrechtlichen Konsistenzanforderungen *Mathisen*, CMLR 47 (2010), 1021 (1034 ff.).

[34] So BVerfGE 107, 218 (256); ähnlich BVerfGE 108, 1 (20): „Wählt der Gesetzgeber einen im Wortlaut eng begrenzten Gebührentatbestand, kann nicht geltend gemacht werden, er habe auch noch weitere, ungenannte Gebührenzwecke verfolgt".

[35] So wörtlich (!) BVerfGE 114, 196 (237); 114, 303 (312).

[36] BVerfGE 118, 277 (366).

dem Rechtsstaatsprinzip entnommen,[37] sodass der Innovationsgehalt der Konturierung in einem eigenständigen Gebot der „Normenwahrheit" in Zweifel zu ziehen ist. Festzuhalten bleibt: Sowohl das Bestimmtheitsgebot als auch die Ausprägungen der Normenklarheit und Normenwahrheit wurzeln vornehmlich im Rechtsstaatsprinzip mit seinen Sonderausprägungen der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, des effektiven Rechtsschutzes, der Gewaltenteilung, der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes,[38] aber auch im Demokratieprinzip[39] oder in den berührten Grundrechten selbst[40].

3. Prozedurale Sorgfaltsanforderungen

Hinsichtlich der spezifisch auf das Normerlassverfahren bezogenen Bindungen formen die Judikate von BVerfG und Landesverfassungsgerichten ein differenzierteres Bild.

a) Ablehnende Judikate

Jedenfalls bis in die späten 1980er-Jahre hinein finden sich in der Rechtsprechung des BVerfG Entscheidungen, die sich aus grundsätzlichen Erwägungen heraus ablehnend gegenüber der selbstständigen verfassungsgerichtlichen Kontrolle des Gesetzgebungsverfahrens jenseits der geschriebenen Minimalvorgaben der Art. 76 ff. GG äußern.

So führt das BVerfG, das die Bedeutung einer sachgerechten Informationsgrundlage für die Gesetzesberatungen der Abgeordneten zunächst durchaus erkannt hat,[41] anlässlich der Überprüfung einer Neuregelung des Rechts der rechtsberatenden Berufe am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG aus: Es sei nicht „ausschlaggebend, ob die maßgeblichen Gründe für eine Gesetzesnovellierung im Gesetzgebungsverfahren ausdrücklich erörtert worden sind." Es „kann nicht die ‚Gedankenlosigkeit' oder die subjektive Willkür des Gesetzgebers, sondern lediglich das objektive Fehlen der von Verfassungs [sic!] wegen anzuerkennen-

---

[37] BVerfGE 17, 306 (318), dazu auch *Meyer*, Der Staat 48 (2009), 278 (278).

[38] Grundlegend BVerfGE 8, 274 (325 f.) mit Bezug zu den Geboten der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, des effektiven Rechtsschutzes und der Gewaltenteilung; aus der Literatur *Huster/Rux*, in: BeckOK-GG, Art. 20 Rn. 182; vgl. auch *Cornils*, DVBl. 2011, 1053 (1055) zur Bedeutung des Vertrauensschutzes für die „Normenwahrheit".

[39] BVerfGE 108, 1 (20); etwa auch *Meyer*, Der Staat 48 (2009), 278 (298 ff.) für die „Normenwahrheit".

[40] BVerfGE 65, 1 (44); 118, 168 (186 f.) zum Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG; BVerfGE 100, 313 (372); 110, 33 (52); 113, 348 (375) zu Art. 10 GG.

[41] So in BVerfGE 70, 324 (355) zur Herleitung der Informationsrechte der Abgeordneten aus Art. 38 Abs. 1 GG.

den gesetzgeberischen Zielsetzungen zur Feststellung der Verfassungswidrigkeit führen".[42] Auf einen „subjektiven Schuldvorwurf" komme es also nicht an.[43] Auch „Täuschung oder Irrtum des Gesetzgebers" müssten nicht die Verfassungswidrigkeit einer Regelung zur Folge haben – so eine vereinzelt gebliebene Feststellung.[44]

Hinsichtlich der Sachverständigenauswahl für parlamentarische Anhörungsverfahren wird eine verfassungsrechtliche Bindung des Gesetzgebers mit der knappen und verallgemeinernden, aber vielzitierten Feststellung abgelehnt: „Die Gestaltung des Gesetzgebungsverfahrens im Rahmen der durch die Verfassung vorgegebenen Regeln ist Sache der gesetzgebenden Organe".[45] Der Aussagegehalt dieser Feststellung ist allerdings deshalb gering, weil es doch gerade darauf ankäme, den verfassungsrechtlich bindenden Rahmen positiv zu bestimmen. Allein die zeitliche Eile des parlamentarischen Entscheidungsfindungsprozesses soll nach der BVerfG-Rechtsprechung jedenfalls keinen Verfassungsverstoß begründen.[46]

Grundsätzliche Bedenken gegen eine gesteigerte Verpflichtung des Gesetzgebers auf die Rationalität seines Handelns und damit auch auf die Einhaltung besonderer Verfahrenspflichten lassen sich darüber hinaus dem Sondervotum von *Bryde* zu der oben angesprochenen Entscheidung über das Rauchverbot in Gaststätten entnehmen: Zwar könne „die praktische Erfahrung den Gesetzgeber zum Nachbessern zwingen", zunächst sei ihm im Interesse der Kompromiss- und Reformfähigkeit demokratischer Politik aber eine weite Einschätzungsprärogative zuzubilligen.[47] In den Fällen grundrechtlicher Schutzpflichten sei der Gesetzgeber „ohnehin schon zwischen Untermaßverbot […] und Übermaßverbot […] eingeklemmt".[48]

---

[42] Zu beidem BVerfGE 75, 246 (268) unter Verweis auf ähnliche Formeln in BVerfGE 2, 266 (281 f.); 48, 227 (237) zu Art. 3 Abs. 1 GG in seiner Ausprägung als Willkürverbot; vgl. dazu auch BVerfGE 18, 38 (45); 51, 1 (26); 64, 243 (249); 85, 238 (245); aus neuerer Zeit BVerfGE 132, 72 (95); unter Berufung auf das gesetzgeberische Gestaltungsermessen für eine rein ergebnisbezogene, nicht auf den Abwägungsvorgang bezogene Prüfung untergesetzlichen Rechts auch BVerwG NVwZ 2007, 958 (958 f.).

[43] BVerfGE 42, 64 (73); vgl. auch BVerfGE 4, 144 (155).

[44] BVerfGE 16, 82 (88).

[45] BVerfGE 36, 321 (330) unter zutreffendem Verweis auf BVerfGE 1, 144 (148 ff.); 10, 4 (19 f.); 29, 221 (234); jüngst bestätigt in BVerfGE 139, 148 (176). Auf Grundlage der Geschäftsordnungsautonomie des Bundestages ist nach der Rechtsprechung auch die grundgesetzliche Herleitung einer Mindestzahl anwesender Abgeordneter nicht möglich, BVerfGE 44, 308 (314 ff.).

[46] Exemplarisch BVerfGE 29, 221 (233); 30, 250 (261 f.).

[47] BVerfGE 121, 317 (380 f.) – abw. Meinung Bryde. Ein ähnliches Plädoyer für die Zurücknahme gerichtlicher Kontrolle in den Schutzpflichtfällen entsprechend dem „judicial self restraint" findet sich bereits im Sondervotum von Rupp-v. Brünneck und Simon zum Fristenlösungsurteil, BVerfGE 39, 1 (69, 73) – abw. Meinung Rupp-v. Brünneck und Simon.

[48] BVerfGE 121, 317 (380) – abw. Meinung Bryde.

Unter den Landesverfassungsgerichten äußert sich schließlich noch der ThürVerfGH anlässlich der gesetzgeberischen Regelung von Abgeordnetendiäten dahingehend, dass das insofern zu beachtende Transparenzgebot[49] mangels entsprechender Grundlage in der Landesverfassung nicht zu einer besonderen Begründung des Normkonzepts im Gesetzgebungsverfahren verpflichte.[50] Das mag zunächst deshalb überraschen, weil solche „parlamentarischen Entscheidungen in eigener Sache"[51] sonst verbreitet zum Anlass verschärfter verfassungsgerichtlicher Kontrollmaßstäbe genommen werden.[52] Über das Transparenzgebot hinausgehende besondere *prozedurale* Anforderungen an die Gesetzgebung werden in diesen Fällen aber auch sonst tatsächlich nicht formuliert. Über diesen Regelungskontext hinaus gerichtet und demnach mit allgemeinem Geltungsanspruch führt der ThürVerfGH schließlich aus: „Die Landesverfassung enthält für das Gesetzgebungsverfahren lediglich formale Vorgaben. Sie überlässt es im Übrigen dem Gesetzgebungsorgan, seine Regelungsziele zu definieren und die für die gesetzgeberische Willensbildung notwendige Tatsachengrundlage festzustellen. Die verfassungsgerichtliche Verantwortung des Gesetzgebers konzentriert sich auf den Gesetzesbeschluss als das Ergebnis des Gesetzgebungsverfahrens. Der dorthin führende Weg ist, sofern es nicht um die Beachtung der notwendigen Formalitäten geht, in diese Verantwortung nicht einbezogen."[53] Argumentativ ähnlich lehnt das BbgVerfG eine allgemeine gesetzgeberische Begründungspflicht jenseits der sogleich noch zu besprechenden Fallgruppen ab.[54] Zuletzt betonte auch der BayVerfGH, dass der bayerischen Verfassung

[49] Dazu etwa BVerfGE 40, 296 (327), NWVerfGH NVwZ 1996, 164 (165), ThürVerfGH ThürVBl. 1999, 60 (63 f.), H. *Lang*, S. 66 ff., 125 m. w. N. insbesondere zur Kommentarliteratur.

[50] ThürVerfGH NVwZ-RR 2003, 793 (794); zurückhaltend zu einer besonderen Intensivierung der verfassungsgerichtlichen Kontrolle angesichts konkretisierter Vorgaben für das Verfahren der Diätenanpassung im thüringischen Verfassungsrecht ThürVerfGH ThürVBl. 1999, 60 (64).

[51] Zur „Unschärfe" dieser Begrifflichkeit, die aber die rechtspraktische wie rechtswissenschaftliche Diskussion prägt, H. *Lang*, S. 16 ff. und *Streit*, S. 20 ff.; jeweils in Bezug genommen in BVerfGE 135, 259 (303) – abw. Meinung Müller.

[52] Für das Bundestagswahlrecht BVerfGE 130, 212 (229), das Kommunalwahlrecht BVerfGE 120, 82 (105, 113), das Europawahlrecht BVerfGE 129, 300 (322 ff.); 135, 259 (289); für die Wahlprüfung NWVerfGH NVwZ 1991, 1175 (1178); abl. zur Einordnung der Wahlrechtsgesetzgebung als „Entscheidung in eigener Sache" H. *Lang*, S. 32 ff. m. w. N.; für das Recht der Abgeordnetendiäten angedeutet in BVerfGE 40, 296 (327); explizit in NWVerfGH NVwZ 1996, 164 (165), ThürVerfGH ThürVBl. 1999, 60 (64); für die Parteienfinanzierung der Sache nach auch BVerfGE 85, 264 (291 f.); zu Abgeordnetenentschädigungen H.-J. *Cremer*, S. 193 ff. m. w. N., H. *Lang*, S. 30 ff. bzw. S. 46 f., passim m. w. N.; umfassende Nachweise bei *Streit*, S. 50 mit Fn. 191, S. 52 ff. – auch zu weiteren Anwendungsfällen (etwa Statusregelungen von Abgeordneten); zusammenfassende Deutung der Verfassungsgerichte in diesem Zusammenhang als „Wettbewerbsbehörden des politischen Prozesses" bei *Petersen*, S. 44 ff.

[53] ThürVerfGH NVwZ-RR 2003, 793 (794).

[54] BbgVerfG, Urteil v. 26.8.2011, 6/11, Rn. 50 ff. – juris; bestätigt in BbgVerfG, Urteil v. 12.12.2014, 31/12, Rn. 155 – juris.

keine Vorgaben für die parlamentarische Informationsgewinnung durch Sachverständigenanhörungen zu entnehmen seien.[55]

Das BVerfG wiederum relativiert sogar die in den Art. 76 ff. GG explizit enthaltenen formalen Vorgaben für das Gesetzgebungsverfahren, soweit es bei Verfahrensverstößen „mit Rücksicht auf die Rechtssicherheit" nur dann die Nichtigkeit und nicht die bloße Unvereinbarkeit eines Gesetzes feststellen will, wenn der Mangel „evident" sei.[56]

b) Kontextspezifische Herausbildung prozeduraler Sorgfaltsanforderungen

Damit zeigt sich in der Verfassungsgerichtsbarkeit zwar eine erkennbare Opposition gegenüber der verfassungsrechtlichen Anerkennung von den Gesetzgeber jenseits der wenigen ausdrücklichen Regelungen der Art. 76 ff. GG bindenden Verfahrenspflichten. Eine generelle, einzelfallunabhängige Ablehnung konnte sich aber nicht durchsetzen. Ganz im Gegenteil lassen sich bei näherer Betrachtung mehrere, sich teilweise überschneidende Fallgruppen[57] bilden, in denen jedenfalls Teile der Rechtsprechung prozedurale Pflichten unterschiedlichster Ausprägung für den Gesetzgeber formulieren. Soweit sich dabei auch noch weitere kontextspezifisch ablehnende Entscheidungen finden, werden diese hier im unmittelbaren Sachzusammenhang behandelt.

aa) Planungs- und Strukturentscheidungen

Ausgehend von der Erkenntnis, dass Planung als „vorausschauendes Setzen von Zielen und gedankliches Vorwegnehmen der zu ihrer Verwirklichung erforderlichen Verhaltensweisen"[58] ihrer Zukunftsgerichtetheit und Komplexität wegen notwendig auf Elemente der Prognose und der Abwägung angewiesen ist, hat das BVerwG ab 1969 umfassende Verfahrensanforderungen an die Entschei-

---

[55] BayVerfGH, Entscheidung v. 9.5.2016, 14-VII-14 u. a., Rn. 114 – juris – insofern in BayVerfGH NVwZ 2016, 999 (1000) nicht abgedruckt.

[56] Zuletzt BVerfGE 120, 56 (79), ebenso schon BVerfGE 34, 9 (25); 91, 148 (175); vgl. auch BVerfGE 31, 47 (53): „Normen sind nur nichtig, wenn ein grober Mangel im Gesetzgebungsverfahren vorliegt" sowie die „[W]illkürlich"keitsgrenze in BVerfGE 1, 14 (19).

[57] Die folgende Kategorisierung orientiert sich dabei teilweise an den Vorbildern bei *Redeker/Karpenstein*, NJW 2001, 2825 (2827 ff.), *Hebeler*, DÖV 2010, 754 (756 ff.) und *Schuppert*, Gesetzgebung, S. 19 ff.; überblicksartige, von Fallgruppen gelöste Darstellung demgegenüber etwa bei *Meßling*, FS-Jaeger, 787 (804 ff.). Trotz der Kritik an einer Fallgruppenbildung bei *Gartz*, S. 170 ff. soll hier zur Darstellung der Rechtprechung an einer solchen festgehalten werden – schon um deutlich zu machen, dass das BVerfG in dieser Hinsicht keine übergreifenden, allgemeingültigen Anforderungen an das Gesetzgebungsverfahren formuliert, was deren spätere Begründung in dieser Arbeit aber nicht ausschließt.

[58] *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, § 56, Rn. 11 unter Verweis auf *Zippelius/Würtenberger*, § 46, X; übernommen bei *Maurer*, § 16, Rn. 14.

dungsfindung in der Planaufstellung entwickelt.[59] Diese Erwägungen wurden für das Verfassungsrecht auf einzelne Bereiche gesetzgeberischer Regelungstätigkeit übertragen.

(1) Kommunale Neugliederungen

Entscheidungen über die Reorganisation von Kommunalstrukturen haben insofern planerischen Charakter, als sie im Rahmen der finalen Regelung eines komplexen Gegenstands versuchen, zukünftige Entwicklungen der Gebietskörperschaften zu antizipieren.[60] In der sich dazu ab etwa 1970 herausgebildeten Judikatur der Landesverfassungsgerichte wie auch des BVerfG[61] wird der Gesetzgeber dazu verpflichtet, im Gesetzgebungsverfahren alle für die Neustrukturierung erheblichen Tatsachen zu ermitteln und zu bewerten[62] sowie nach der Erwägung denkbarer Alternativen[63] eine Abwägungsentscheidung zu treffen. Entsprechendes soll bei gesetzlichen Raumordnungs- und Landesplanungsentscheidungen gelten, die die kommunale Selbstverwaltungsgarantie beeinträchtigen.[64] Anders als in anderen hier noch zu behandelnden Fallgruppen stellt das BVerfG dabei deutlich klar, dass der Gesetzgeber sich ein „*eigenes* Bild von den tatsächlichen Verhältnissen […] zu verschaffen" habe und „sich nicht

[59] Ausgangspunkt in BVerwGE 34, 301 (308 f.) mit den Anforderungen an den vom Abwägungsergebnis zu unterscheidenden Abwägungsvorgang und der entsprechenden Abwägungsfehlerlehre; Bestätigung und Fortentwicklung in der sogenannten „Floatglas"-Entscheidung BVerwGE 45, 309 (314 f., 322 f.); zur Rechtsprechungsentwicklung auch *Fisahn*, S. 165 ff. und *Redeker*, NJW 1980, 1593 (1596 f.); vgl. nunmehr exemplarisch die normativen Vorgaben in § 1 Abs. 6, 7, § 2 Abs. 3, 4, §§ 2a–4c BauGB für den Bebauungsplan oder in § 73 VwVfG für das Anhörungsverfahren in der Planfeststellung; zum Fachplanungsrecht im Einzelnen *Steinberg/Wickel/Müller*, § 2, Rn. 68 ff., § 6, Rn. 7 ff.

[60] Von einem „deutlichen planerischen Einschlag" spricht BVerfGE 86, 90 (108); wortgleich *Schmidt-Aßmann*, FS-BVerfG, II, 803 (814) und *Wallerath*, FS-Schröder, 399 (419); „Planungsentscheidungen in der Gestalt formeller Gesetze", so *Redeker/Karpenstein*, NJW 2001, 2825 (2828); Bezug zur „Planungseuphorie" bei *Breuer*, FS-NWVerfGH, 293 (296), der darin zugleich prognostische Entscheidungen erblickt, und bei *Burgi*, § 5, Rn. 14.

[61] In Senatsformation hat das BVerfG nur selten Stellung bezogen, dahingegen sind allein bis 1973 über 40 Entscheidungen des Vorprüfungsausschusses ergangen, vgl. die Darstellung bei *Granderath*, DÖV 1973, 332 (332 ff.).

[62] Vgl. BVerfGE 50, 50 (51); 86, 90 (116 ff.), BWStGH NJW 1975, 1205 (1213); ähnlich, aber weniger pointiert schon BWStGH DÖV 1973, 163 (165), NWVerfGH NJW 1976, 2209 (2210); zur Übertragung dieser Grundsätze auf die Nachprüfung der kommunalen Neugliederungen nach der Wiedervereinigung etwa ThürVerfGH NVwZ-RR 1997, 639 (640 f., 644 f.), NVwZ-RR 1999, 55 (56, 59), SächsVerfGH LKV 2000, 21 (21), LKV 2000, 489 (489 f.), MVVerfG DVBl. 2007, 1102 (1105); im Übrigen NdsStGH NdsVBl. 2008, 37 (40).

[63] NWVerfGH NJW 1976, 2209 (2210) prüft unter Rückgriff auf die Gesetzesmaterialien und den Vortrag in der mündlichen Verhandlung umfassend nach, inwieweit der Gesetzgeber solche Alternativlösungen erwogen hat; vgl. zur Entwicklung der Rechtsprechung des NWVerfGH ausführlich *Breuer*, FS-NWVerfGH, 293 (299 ff.).

[64] Vgl. dazu BVerfGE 76, 107 (121 f.); daran anknüpfend NWVerfGH NVwZ 1990, 456 (458), BbgVerfG DVBl. 1999, 34 (42 f.).

mit Berichten von interessierter Seite begnügen" dürfe.[65] Verfassungsrechtlicher Anknüpfungspunkt für die so formulierten prozeduralen Anforderungen an die Gesetzgebung ist einerseits das Prinzip der Erforderlichkeit,[66] andererseits ein nicht näher spezifiziertes Abwägungsgebot als „wesentlicher Bestandteil des rechtsstaatlichen Gesetzgebungsverfahrens"[67]. Das BVerfG hat aber jüngst auch explizit den Zusammenhang zum prozeduralen Grundrechtsschutz hergestellt.[68] Ergänzt werden diese Verfahrenspflichten noch um ein Gebot der Anhörung der von Reorganisationsmaßnahmen betroffenen Gebietskörperschaften, welches entweder dem Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG oder entsprechenden landesverfassungsrechtlichen Normen entnommen wird.[69]

Uneinig zeigt sich die Rechtsprechung hinsichtlich der Frage nach einer Pflicht des Gesetzgebers, seine Erwägungen auch in einer Begründung zusammenzustellen oder sonst offenzulegen. Während einerseits zur Effektuierung verfassungsgerichtlicher Kontrolle eine Dokumentation in den Materialien gefordert wird,[70] lehnen etwa der BWStGH und der ThürVerfGH eine Begründungspflicht unter Hinweis auf die potentiell divergierenden Motivationslagen der zustimmenden Abgeordneten sowie die grundlegenden Unterschiede zwischen Gesetz und Verwaltungsakt ausdrücklich ab.[71] Kritik daran drängt sich auf: Das Dilemma für die praktische Kontrolle der Erfüllung der übrigen Verfahrenspflichten wird nicht aufgelöst;[72] dass andere Kollegialentscheidungen nach der gesetzgeberischen Vorstellung durchaus begründbar sind,[73] bleibt ohne Erwähnung; welche Un-

---

[65] BVerfGE 86, 90 (112) – Hervorhebung im Original; entsprechend etwa auch NdsStGH NdsVBl. 2008, 37 (41); dieses Gebot ohne weitere Problematisierung verallgemeinernd *Führ*, S. 11.

[66] Bei NWVerfGH NJW 1976, 2209 (2210) noch „Gebot des geringst belastenden Eingriffs", womit in der Sache aber auf Verhältnismäßigkeitserwägungen zurückgegriffen wird, so dann ausdrücklich NdsStGH NdsVBl. 2008, 37 (40).

[67] So NWVerfGH NJW 1976, 2209 (2210).

[68] BVerfGE 137, 108 (155 f.).

[69] BVerfGE 86, 90 (107 f.) unter Verweis auf BVerfGE 50, 50 (50 f.); 50, 195 (202 f.); ebenso zuvor schon RhPfVerfGH DVBl. 1969, 799 (807 f.) aus Selbstverwaltungsgarantie und Rechtsstaatsprinzip, BWStGH NJW 1975, 1205 (1213 f.) unter Rückgriff auf die Regelung der Selbstverwaltungsgarantie in Art. 71 Abs. 1 BWVerf sowie NWVerfGH DVBl. 1976, 391 (391 f.).

[70] NWVerfGH NJW 1976, 2209 (2210); in BVerfGE 137, 108 (156) ist eine Begründungspflicht immerhin referierend angedeutet.

[71] BWStGH NJW 1975, 1205 (1214), ThürVerfGH NVwZ-RR 1999, 55 (60), wobei Letzterer eine solche Argumentation nicht liefert, sondern sich auf das ganz grundsätzliche Fehlen einer gesetzgeberischen Begründungspflicht zurückzuziehen scheint; für die kommunalen Neugliederungsgesetze hingegen wie viele den materiellen Gleichlauf zu Verwaltungsakten betonend *Janssen*, S. 189 m. w. N.

[72] Bei ThürVerfGH NVwZ-RR 1999, 55 (60) heißt es dazu lapidar: „[…] so ist allerdings die Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Bestimmung durch den ThürVerfGH erschwert". Kritik daran schimmert auch bei *Hofmann*, S. 423 f. durch.

[73] Siehe nur für das nicht durch einen Einzelrichter gefällte Zivilurteil die §§ 309, 313 Abs. 1 Nr. 6, § 315 Abs. 1 ZPO i. V. m. § 192 Abs. 1, § 196 Abs. 1 GVG. Diesen Gegeneinwand erheben

terschiede zwischen Gesetz und Verwaltungsakt schließlich eine Begründungspflicht für Ersteres ausschließen, wird nicht näher konkretisiert.

(2) Hochschulstrukturentscheidungen

In einer vereinzelt gebliebenen Entscheidung will das VG Göttingen die prozedural geprägte Rechtsprechung zur kommunalen Neugliederung auf Entscheidungen über die Aufhebung von Studiengängen übertragen.[74] In ähnlicher Art und Weise, wenn auch nicht unter ausdrücklichem Bezug darauf,[75] entwickelt der BerlVerfGH unter Rückgriff auf die im Hochschulurteil des BVerfG vorgezeichnete Verfahrensprägung der Wissenschaftsfreiheit[76] eine Reihe prozeduraler Anforderungen an die Aufhebung von Studiengängen unmittelbar durch Landesgesetz: Aus der Wissenschaftsfreiheit nach Art. 21 S. 1 BerlVerf folge auch als Kompensation für die durch die Wahl des Gesetzes als Handlungsform abgeschnittenen Teilhaberechte der einzelnen Hochschullehrer ein Gebot zur Anhörung der betroffenen Hochschulen, um die Auswirkungen der gesetzgeberischen Regelung auf Wissenschaft, Forschung und Lehre ermitteln und in die Abwägung mit den legislativ verfolgten Zielen einstellen zu können. Die wissenschaftsbezogene Tatsachenermittlung habe dabei „authentisch" durch das Abgeordnetenhaus selbst, nicht nur mit Hilfe exekutiver Vorarbeiten aus der Ministerialverwaltung zu erfolgen.[77] Das BVerfG hat sich für Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 2 GG jüngst explizit gegen diese Rechtsprechung gewandt und auf der Linie der Judikatur des BWStGH[78] besondere Anhörungsrechte von Angehörigen wie Teilgliederungen einer Universität selbst vor deren gesetzgeberisch anvisierter Fusion mit einer anderen Hochschule abgelehnt.[79]

---

richtig etwa auch *Hofmann*, S. 432 und *Waldhoff*, FS-Isensee, 325 (331) m. w. N.; insofern überzeugend auch *Reyes y Ráfales*, Der Staat 52 (2013), 597 (613).

[74] Wobei in casu die Aufhebung der Studiengänge durch Erlass und nicht durch Gesetz erfolgte, VG Göttingen KMK-HSchR/NF 31A Nr. 6, S. 3 ff. unter Verweis auf die oben zitierte Leitentscheidung des BVerfG zu kommunalen Neugliederungen in BVerfGE 86, 90 (109); Übertragung jedenfalls der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Randbereich der kommunalen Selbstverwaltung auf die institutionellen Gehalte der Wissenschaftsfreiheit in NdsStGH NdsVBl. 2011, 47 (48 ff.).

[75] Einen solchen Bezug stellt aber *Haug*, NVwZ 1997, 754 (754) her.

[76] Woraus verfahrensbezogene Vorgaben für die Ausgestaltung der Hochschulselbstverwaltung und die zu gewährleistenden Beteiligungsrechte der Mitglieder in der „Gruppenuniversität" resultieren, BVerfGE 35, 79 (120 f., 134, 142 f.) unter Rückgriff auf den Topos vom Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren.

[77] Zu beidem BerlVerfGH NVwZ 1997, 790 (790 f.) unter ausdrücklichem Verweis auf das Hochschulurteil und die Folgeentscheidungen BVerfGE 35, 79 (128 f., 131 ff.); 43, 242 (267); 47, 327 (387); 51, 369 (379).

[78] BWStGH NVwZ 1982, 32 (33), worin die unterschiedlichen räumlichen und sachlichen Reichweiten der Aufgabenkreise von Kommunen und Hochschulen betont werden.

[79] BVerfGE 139, 148 (176 ff.).

Ein Beschluss des OVG Berlin hat schließlich den planerischen Charakter des Abbaus von Studienplätzen aus der Perspektive der Studierenden als Grundrechtsträger zum Gegenstand. Das Gericht entnimmt hier Art. 12 Abs. 1 GG eine gesetzgeberische Verpflichtung, im Vorhinein einer „nachvollziehbare[n] Abwägungsentscheidung" die tatsächliche Entscheidungsgrundlage zu ermitteln, deren Einhaltung sodann anhand der Materialien des Gesetzgebungsverfahrens detailliert nachgeprüft wird.[80] Wenn auch der Blickwinkel der Entscheidung ein anderer ist, treten mit ihr bei Hochschulstrukturentscheidungen neben die prozeduralen Bindungen des Gesetzgebers aus dem Grundrecht des Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 2 GG also solche aus Art. 12 Abs. 1 GG.

(3) Kreditaufnahme bei Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts, Art. 115 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GG a. F.

Als planerisch geprägt[81] kann auch die vom Haushaltsgesetzgeber im Gesamtkontext des Haushaltplans zum Ausgleich der Einnahme- und Ausgabenpositionen zu treffende Entscheidung über eine Kreditaufnahme begriffen werden. Ansätze zu deren prozeduraler Nachprüfung finden sich in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zur besonderen Kreditermächtigung bei Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts nach Art. 115 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GG a. F. bzw. übereinstimmenden oder vergleichbaren landesverfassungsrechtlichen Regelungen. Aus dem „Ausnahmecharakter" der Vorschrift verbunden mit deren unbestimmter Fassung und dem sich daraus ergebenden gesetzgeberischen „Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum" folge eine „Darlegungslast im Gesetzgebungsverfahren", daß, aus welchen Gründen und in welcher Weise er [der Haushaltsgesetzgeber, A. W.] von der Befugnis des Art. 115 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 GG Gebrauch macht."[82] Begrifflich verunklarend ist auch von einer „Obliegenheit" die Rede.[83] Gefordert sei eine „durch Daten unterlegte Darstellung"[84] – so der BerlVerfGH –, womit gesetzgeberische Vergewisserungen über die tatsächlichen, insbesondere wirtschaftsbezogenen Grundlagen seiner Rege-

[80] OVG Berlin NVwZ 1996, 1239 (1242 ff.).

[81] Vgl. dazu nur BVerfGE 79, 311 (328 ff., 340) – ähnlich MVVerfG LKV 2006, 23 (24) –, wo von „Wirtschaftsplan", „Regierungsprogramm in Gesetzesform" und „Abwägungsentscheidungen" die Rede ist, zugleich aber auf prognostische Elemente der Haushaltsansätze hingewiesen wird; zur dabei erforderlich werdenden „Prognose der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung" und zu Abwägungen noch BVerfGE 119, 96 (146 f.).

[82] BVerfGE 79, 311 (344), fortgeführt in BVerfGE 119, 96 (140 f.); BerlVerfGH NVwZ 2004, 210 (212), MVVerfG LKV 2006, 23 (24), HessStGH NVwZ-RR 2006, 657 (662 f.), NWVerfGH NVwZ 2011, 805 (806 f.); als „Darlegungspflicht" bezeichnet in NdsStGH NVwZ 1998, 1288 (1290), so dann auch NWVerfGH NVwZ 2011, 805 (809).

[83] BVerfGE 79, 311 (344), BerlVerfGH NVwZ 2004, 210 (212), HessStGH NVwZ-RR 2006, 657 (662).

[84] So BerlVerfGH NVwZ 2004, 210 (216); ähnlich BVerfGE 79, 311 (344): „aufgrund der vorliegenden wirtschaftlichen Daten […] nachvollziehbar und vertretbar"; so auch NdsStGH NVwZ 1998, 1288 (1290), MVVerfG LKV 2006, 23 (24).

lung vorausgesetzt sind.[85] Erfreulich klar äußert sich die Rechtsprechung zu den Medien der praktischen Erfüllung dieser Anforderungen: „[J]egliche Stellungnahmen und Erklärungen der an der Haushaltsgesetzgebung beteiligten Organe im Gesetzgebungsverfahren, auch in den Plenarsitzungen des Bundestages und Bundesrates“[86], sollen genügen. Der BerlVerfGH macht aber sogleich treffend auf die Gefahren einer solchen formlosen Begründungsstruktur aufmerksam: Es sei jedenfalls eine „zusammenhängende […] Darstellung“ erforderlich, „bruchstückhafte Begründungselemente einzelner Abgeordneter“ genügten nicht.[87]

(4) Fachplanerische Entscheidungen durch förmliches Gesetz

Fachplanerische Entscheidungen sind regelmäßig der Verwaltung überantwortet. Die unmittelbar durch Parlamentsgesetz erfolgte Planfeststellung für die „Südumfahrung Stendal“ ist insofern eine vielbesprochene Ausnahme.[88] Für den hier interessierenden Zusammenhang gilt es festzuhalten, dass das BVerfG im Rahmen der gegen dieses Plangesetz angestrengten Normenkontrolle auf die für den Kontext kommunaler Neugliederungen entwickelten prozeduralen Maßstäbe zurückgreift: Der Gesetzgeber habe „den für die Regelung erheblichen Sachverhalt zutreffend und vollständig zu ermitteln, anhand dieses Sachverhalts alle sachlich beteiligten Belange und Interessen der Entscheidung zugrundezulegen sowie umfassend und in nachvollziehbarer Weise gegeneinander abzuwägen.“[89] Diese Anforderungen werden unmittelbar in die Grundrechtsprüfung zu Art. 14 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 GG integriert.[90] Zudem erstreckt das BVerfG das für die Neugliederungsfälle entwickelte Anhörungsgebot nicht nur auf die von der Planung berührten Gemeinden, sondern gar die „individuell betroffenen Grundstückseigentümer“.[91]

---

[85] Besonders deutlich bei MVVerfG LKV 2006, 23 (25), wonach „der Gesetzgeber seine Entscheidung auf die richtigen Tatsachen stützen“ muss und vorliegende Daten zu würdigen hat.

[86] BVerfGE 79, 311 (345), zust. NdsStGH NVwZ 1998, 1288 (1290 f.), BerlVerfGH NVwZ 2004, 210 (212); ähnlich HessStGH NVwZ-RR 2006, 657 (662); zum damit verbundenen Ausschluss erst nachträglicher Erwägungen explizit NWVerfGH NVwZ 2011, 805 (808 f.).

[87] BerlVerfGH NVwZ 2004, 210 (216).

[88] Dazu BVerfGE 95, 1; eine weitere bildet das „Gesetz über den Bau des Abschnitts Wismar West-Wismar Ost der Bundesautobahn A 20 Lübeck-Bundesgrenze (A 11)“ v. 2.3.1994, BGBl. I, S. 734, vgl. *Steinbeiß-Winkelmann*, DVBl. 1998, 809 (818 mit Fn. 64); zu landesgesetzlichen Raumordnungs- und Landesplanungsakten noch *Breuer*, FS-NWVerfGH, 293 (307 ff.) am Beispiel der Rechtsprechung des NWVerfGH, aber m. N. darüber hinaus; zum Ausnahmecharakter gesetzgeberischer Fachplanungsentscheidungen und zu weiteren bundesgesetzlichen Planungsakten etwa *Badura*, FS-Hoppe, 167 (168 ff.); siehe auch *Ossenbühl*, FS-Hoppe, 183 (183 ff.).

[89] BVerfGE 95, 1 (23).

[90] Siehe die Darlegung des Prüfungsmaßstabs in BVerfGE 95, 1 (21).

[91] BVerfGE 95, 1 (23).

bb) Gesetzgeberische Prognoseentscheidungen

Darüber hinaus finden sich prozedurale Anforderungen an die Gesetzgebung in der Rechtsprechung zur Kontrolle legislativer Prognosen. Solche sind in ganz unterschiedlichen Regelungskontexten zur Abschätzung zukünftiger Folgewirkungen einer Norm erforderlich.[92]

(1) Wirtschaftsbezogene Regelungen

Ein erstes klassisches Anwendungsfeld ist die verfassungsgerichtliche Kontrolle von wirtschaftsbezogenen Regelungen, die regelmäßig die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG oder andere grundrechtliche Positionen berühren.[93] Hier muss sich der Gesetzgeber nach der Rechtsprechung des BVerfG zunächst der „tatsächlichen Ausgangslage" vergewissern und diese einer Beurteilung unterziehen.[94] Dabei wird in einer Ex-ante-Perspektive auf die bei Erlass des Gesetzes gegebenen Erkenntnismöglichkeiten abgestellt.[95] Stellt sich die Prognose ex post als fehlerhaft heraus, sei der Gesetzgeber zur Nachbesserung verpflichtet.[96] Diese Nachbesserungspflicht, welche stillschweigend eine fortlaufende Beobachtung der tatsächlichen Verhältnisse voraussetzt,[97] wurde mittlerweile auf eine Vielzahl von Regelungsbereichen – das Atomrecht, das Recht der Sonderabgaben oder die Briefwahl – übertragen, welche über die hier systematisierten wichtigsten Fallgruppen noch hinausgehen.[98]

---

[92] Zutreffend deshalb *Breuer*, FS-NWVerfGH, 293 (293 f.), wonach es „keine abgrenzbare staatsrechtliche Kategorie der Prognoseentscheidungen" gebe und solche letztlich bei jeder Rechtsetzung notwendig würden; ebenso *Arnim*, Staatslehre, S. 383, *Lange*, S. 267 sowie *Schulze-Fielitz*, Gesetzgebung, S. 497 für die „Folgen-Prognose".

[93] Ausgehend vom sogenannten Apothekenurteil BVerfGE 7, 377 (410 ff.) die Entscheidungen BVerfGE 11, 30 (44 ff.); 17, 269 (276 ff.); 25, 1 (12 f., 17 ff.); 30, 250 (262 ff.); 39, 210 (225 f.); 40, 196 (218 ff.); 50, 290 (333 ff., 339 ff.); aufgegriffen sodann auch im sogenannten Volkszählungsurteil BVerfGE 65, 1 (55 f.) zur Frage der Erforderlichkeit einer Total- statt einer Stichprobenerhebung.

[94] BVerfGE 39, 210 (226); ähnlich BVerfGE 50, 290 (333 f.); 57, 139 (160): „sachgerechte[] und vertretbare[] Beurteilung des erreichbaren Materials"; BVerfGE 68, 193 (220): „eingehende[] und fundierte[] Analyse"; vgl. auch BVerfGE 11, 168 (185); 19, 330 (340) zur Darlegung abzuwendender Gefahren, BVerfGE 30, 250 (263) – „ob also seine Prognose bei der Beurteilung […] sachgerecht und vertretbar war" – sowie BVerfGE 32, 1 (36) zur Befassung des Gesetzgebers mit von einer Regelung berührten Gruppeninteressen.

[95] BVerfGE 39, 210 (226): „von der Beurteilung der Verhältnisse auszugehen, die dem Gesetzgeber bei der Vorbereitung des Gesetzes möglich war", mit Verweis auf BVerfGE 25, 1 (12 f.); 30, 250 (263), wonach „Irrtümer […] in Kauf genommen werden" müssen; ähnlich BVerfGE 57, 139 (160): „zugängliche Erkenntnisquellen".

[96] BVerfGE 25, 1 (13); 50, 290 (335); 110, 141 (158).

[97] Ausdrücklich BVerfGE 110, 141 (158); vgl. auch *Höfling/Engels*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), § 34, Rn. 28 mit Fn. 80, M. *Mayer*, S. 46 f., *Smeddinck*, S. 225; in der Analyse auch *Huster*, ZfRSoz 24 (2003), 3 (11 f.); anders wohl *Meßerschmidt*, S. 820 f.

[98] Vgl. neben dem schon aufgegriffenen Volkszählungsurteil BVerfGE 65, 1 (55 f.) und den noch zu behandelnden Schutzpflichtfällen etwa BVerfGE 55, 274 (317) zum tatsächlichen

Den normativen Anknüpfungspunkt dieser verfahrensbezogenen Prüfung bildet regelmäßig das Verhältnismäßigkeitsprinzip mit seinen Ausprägungen der Geeignetheit, Erforderlichkeit und der als Abwägungsverbot verstandenen Angemessenheit.[99] Hinsichtlich der verfassungsgerichtlichen Kontrollintensität bekundet das BVerfG im in dieser Hinsicht zentralen Mitbestimmungsurteil, „von einer Evidenzkontrolle […] über eine Vertretbarkeitskontrolle […] bis hin zu einer intensivierten inhaltlichen Kontrolle“[100] zu differenzieren. In späteren Entscheidungen hat es sich aber dann selbst skeptisch gezeigt, ob eine solche Abstraktion der Stufen der Kontrollintensität möglich bzw. angemessen ist.[101]

(2) Ausfüllung des Asylgrundrechts nach Art. 16a GG

In einem Urteil aus dem Jahr 1996 will die die Entscheidung tragende Mehrheit des Zweiten Senats die Grundsätze über die verfassungsgerichtliche Kontrolle legislativer Prognoseentscheidungen auch auf die gesetzgeberische Bestimmung sicherer Herkunftsstaaten im Rahmen des Asylgrundrechts nach Art. 16a Abs. 3 GG übertragen. Das Gesetz nach Art. 16a Abs. 3 GG sei insofern ein „grundrechtsausfüllendes“, als es die behördliche Zurückweisung von Asylanträgen als offensichtlich unbegründet nach sich ziehe.[102] Das mache ein „bestimmtes Maß an Sorgfalt bei der Erhebung und Aufbereitung von Tatsachen“ als Entscheidungsgrundlage erforderlich, wobei dem Gesetzgeber ein „Entscheidungsspielraum“ zukomme, der sich sogar auf die Gewichtung der erhobenen Tatsachen erstrecke.[103]

Fortbestand der Voraussetzungen einer Sonderabgabe, BVerfGE 59, 119 (127) zu drohenden Missbräuchen bei der Briefwahl, BVerfGE 73, 40 (94) zu steuerrechtlichen Aspekten von Parteispenden, BVerfGE 77, 308 (334) zu den Kostenbelastungen der Arbeitgeber wegen Arbeitnehmerbildungsurlaubs, BVerfGE 103, 44 (75) zur Medienöffentlichkeit im Gerichtssaal; Überblick auch bei *Stettner*, DVBl. 1982, 1123 (1124 ff.).

[99] So etwa in BVerfGE 25, 1 (12 f., 17); 30, 250 (262 ff.); 36, 47 (59 ff.); 39, 210 (225 ff.); 40, 196 (222 ff.); 57, 139 (158 ff.); 68, 193 (218 ff.); der Sache nach – wenn auch noch in der Begrifflichkeit der sogenannten „Drei-Stufen-Theorie“ – auch schon im Apotheken-Urteil BVerfGE 7, 377 (410 ff.) sowie in BVerfGE 19, 330 (340); 30, 292 (326 ff.).

[100] BVerfGE 50, 290 (333); von *Schlaich/Korioth*, Rn. 532 in unglücklicher Anlehnung an Art. 12 Abs. 1 GG als „Drei-Stufen-Lehre“ gedeutet; ähnlich auch *Bickenbach*, S. 135 f., *Meßerschmidt*, S. 1045 ff., *Ossenbühl*, FS-BVerfG, I, 33 (52), *Simons*, S. 218 mit Fn. 567.

[101] Vor allem BVerfGE 88, 203 (262), offener dann auch BVerfGE 90, 145 (173). *Schlaich/Korioth*, Rn. 535 messen dieser Stufung der Kontrollintensität denn auch nur „eine gewisse Steuerungsfunktion“ bei; ebenso *Heusch*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), § 36, Rn. 89, *Ossenbühl*, FS-BVerfG, I, 33 (53) und *Vogel*, S. 181. *Führ*, S. 16 bezeichnet sie als „Rahmen“; krit. zu ihrer praktischen Anwendung durch das BVerfG auch *Mahrenholz*, in: Badura/Scholz (Hrsg.), 23 (32), *Simons*, S. 219 ff. sowie schließlich *Bickenbach*, S. 137 f. m. w. N.

[102] BVerfGE 94, 115 (142 f.); vgl. auch BVerfGE 94, 49 (93).

[103] Wobei der Gesetzgeber „zur Ermittlung der bedeutsamen Tatsachen die zugänglichen und als zuverlässig anzusehenden Quellen heranzuziehen und auszuwerten haben“ wird, BVerfGE 94, 115 (143 bzw. 143 f.); ähnlich BVerfGE 94, 49 (93).

Die abweichende Meinung von *Limbach* lehnt einen gestalterisch geprägten Handlungsspielraum des Gesetzgebers hingegen ab, vielmehr habe Letzterer streng am Tatbestand des Art. 16a Abs. 3 S. 1 GG zu subsumieren.[104] Für die vorliegende Themenstellung wertvoll ist vor allem die grundrechtlich fundierte Argumentation, mit der *Limbach* die Konzeption der Mehrheitsmeinung zurückweist. Unter Rückgriff auf eine später noch zu würdigende Arbeit *Ossenbühls*[105] trifft sie Aussagen, die als Leitlinien einer grundrechtlich induzierten Prozeduralisierung der Gesetzgebung verstanden werden können: „Bei grundrechtsbeschränkenden Gesetzen ist die Überprüfung der zugrundeliegenden Tatsachen und deren Würdigung durch den Gesetzgeber essentieller Bestandteil verfassungsgerichtlicher Kontrollkompetenz".[106] Eine intensive verfassungsgerichtliche Kontrolle „muß insbesondere für ein grundrechtsausfüllendes Gesetz gelten, durch das der Zugang zur Inanspruchnahme des Grundrechts geschmälert wird. In diesem Falle muß das Gericht überprüfen können, ob die Sachverhaltsannahmen des Gesetzgebers die Beschränkung rechtfertigen."[107] Insofern stünden „offenkundig der Schutz und die Effektivität der Grundrechte zur Debatte".[108]

(3) Wahlrechtliche Sperrklauseln

Eine ausgedehnte Rechtsprechung zur Nachprüfung gesetzgeberischer Prognosen findet sich darüber hinaus zu wahlrechtlichen Sperrklauseln, sei es im Europa-, Bundes-, Landes- oder Kommunalwahlrecht. Solche Sperrklauseln greifen jeweils in die grundrechtsgleich gewährleistete Gleichheit der Wahl aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG[109] sowie die grundrechtlich verankerte Chancengleichheit der Parteien aus Art. 21 Abs. 1, Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG[110] ein. Als insofern hinreichender Rechtfertigungsgrund ist zwar im Grundsatz die Funktionsfähigkeit der jeweiligen Volksvertretung als öffentlicher Belang anerkannt.[111] Der Gesetzgeber ist nach der zum Kommunalwahlrecht ergangenen Rechtsprechung insbesondere der Landesverfassungsgerichte von Nordrhein-Westfalen, Mecklenburg-Vorpommern und Berlin aber dazu verpflichtet, im Rahmen der Abwägung dieser

[104] BVerfGE 94, 115 (158, 160) – abw. Meinung Limbach; der Kritik Limbachs zust. etwa *Bryde*, FS-BVerfG, I, 533 (546).

[105] *Ossenbühl*, FG-BVerfG I, 458 (insbesondere 469, 505 f.).

[106] BVerfGE 94, 115 (159) – abw. Meinung Limbach.

[107] BVerfGE 94, 115 (161) – abw. Meinung Limbach.

[108] BVerfGE 94, 115 (161) – abw. Meinung Limbach.

[109] Für die Europawahl aus Art. 3 Abs. 1 GG, für Kommunalwahlen aus Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG bzw. den landesverfassungsrechtlichen Regelungen, vgl. BVerfGE 120, 82 (102); 129, 300 (317).

[110] Für die Europawahl aus Art. 21 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 GG, für Kommunalwahlen aus Art. 21 Abs. 1 GG, vgl. BVerfGE 120, 82 (104); 129, 300 (319).

[111] Dazu etwa BVerfGE 1, 208 (247 f.); 6, 84 (92); 6, 104 (112); 82, 322 (338); 95, 408 (418); 120, 82 (111); 129, 300 (321); 135, 259 (288 f.), BerlVerfGH LKV 1998, 147 (147).

widerstreitenden Gesichtspunkte hinsichtlich des drohenden zukünftigen Funktionsverlusts der Volksvertretung nach entsprechender Sachverhaltsaufklärung „eine Prognose unter Bewertung aller in Betracht kommenden Umstände“[112] zu stellen. Entsprechend judiziert das BVerfG für das Kommunalwahlrecht von Schleswig-Holstein und das Europawahlrecht, dass die gesetzgeberische Rechtfertigung für die Sperrklausel nicht auf „der rein theoretischen Möglichkeit einer Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit“ fußen dürfe,[113] die tatsächliche Grundlage der gesetzgeberischen Prognose vielmehr verfassungsgerichtlicher Überprüfung unterliege und „allgemeine und abstrakte Behauptungen“ zu drohenden Funktionsverlusten nicht genügten.[114] All das setzt eine vorherige Ermittlung der Wirklichkeit durch den Gesetzgeber – zumindest unausgesprochen – voraus.[115] Den normativen Anknüpfungspunkt dieser Verpflichtungen bildet wiederum das Prinzip der Erforderlichkeit als Unterprinzip des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, wie ihn die Verfassungsgerichte der Sache nach auch auf Beeinträchtigungen der Wahlrechtsgrundsätze anwenden.[116] Hinsichtlich der verfassungsgerichtlichen Kontrollintensität verweist der NWVerfGH ausdrücklich auf die differenzierende Formel des Mitbestimmungsurteils, wonach es insbesondere auf die „Bedeutung der auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter“ ankomme.[117] Die Erfüllung der aufgestellten prozeduralen Pflichten des Gesetzgebers wird zeitlich wiederum durch eine fortwährende gesetzgeberische Überprüfungs- und Nachbesserungspflicht abgesichert.[118]

Das HambVerfG hingegen verwirft unter Betonung eines weiten gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums eine fundierte Prüfung gesetzgeberischer Tatsachenannahmen, was schließlich zur Aufrechterhaltung der 5 %-Hürde im

---

[112] NWVerfGH NVwZ 1995, 579 (582); vgl. auch die Fortführung in BerlVerfGH LKV 1998, 142 (145), NWVerfGH NVwZ 2000, 666 (667), MVVerfG LKV 2001, 270 (276); zum Prognosecharakter im Einzelnen *Puhl*, FS-Isensee, 441 (448 ff.).

[113] BVerfGE 120, 82 (113) unter Verweis auf *Puhl*, FS-Isensee, 441 (449); wiedergegeben in BVerfGE 129, 300 (323); 135, 259 (290).

[114] Zu beidem BVerfGE 120, 82 (114); 129, 300 (323); ähnlich BremStGH NJOZ 2009, 4325 (4333), der auf die nötige „empirische Grundlage“ der gesetzgeberischen Entscheidung abhebt – unter ausdrücklicher Kontrastierung zu HambVerfG DÖV 1999, 296. BVerfGE 95, 408 (418 f.); 120, 82 (107); 129, 300 (321); 135, 259 (287) betonen ergänzend die Pflicht zur Orientierung „nicht an abstrakt konstruierten Fallgestaltungen, sondern an der politischen Wirklichkeit“.

[115] Anders aber wohl ThürVerfGH NVwZ-RR 2009, 1 (2 f.).

[116] Unter Rückgriff auf die Kategorien der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Intensität des Eingriffs BVerfGE 95, 408 (418); 120, 82 (107); ähnlich BVerfGE 129, 300 (320 f.), MVVerfG LKV 2001, 270 (274); Erforderlichkeit schon in BVerfGE 6, 84 (94); 51, 222 (238) als Maßstab benannt.

[117] NWVerfGH NVwZ 1995, 579 (582) unter Verweis auf BVerfGE 50, 290 (332 f.).

[118] NWVerfGH NVwZ 1995, 579 (581), NVwZ 2000, 666 (667); ebenso BVerfGE 120, 82 (106, 108) für das Kommunalwahlrecht in Schleswig-Holstein sowie BVerfGE 129, 300 (321 f.) und BVerfGE 135, 259 (287) für das Europawahlrecht; in SaarlVerfGH NVwZ-RR 2012, 169 (182) nunmehr auf das Landtagswahlrecht übertragen, wo bisher nur eine sehr zurückhaltende Kontrolle erfolgte, vgl. dazu etwa BremStGHE 4, 111, BerlVerfGH LKV 1998, 147, BayVerfGH NVwZ-RR 2007, 73, NdsStGH NdsVBl. 2011, 77.

hamburgischen Bezirkswahlrecht führt.[119] Auch der ThürVerfGH lehnt eine prozedurale Bindung des Gesetzgebers nach dem Vorbild der Rechtsprechung von NWVerfGH und MVVerfG ab: Es sei „[u]nerheblich […], welche konkreten Erwägungen der Thüringer Landtag […] im Einzelfall angestellt hat und welche Untersuchungen er vorgenommen hat. […] Den Ablauf des Verfahrens betreffende rechtliche Verpflichtungen können allenfalls gegenüber solchen Berechtigten entstehen, die sie aus den Regeln des parlamentarischen Verfahrens herleiten können, nicht aber gegenüber den vom Gesetzgebungsverfahren materiell Betroffenen."[120] Diese Ausführungen scheinen ihrer Anlage nach Allgemeingültigkeit – jedenfalls für das thüringische Landesverfassungsrecht – zu beanspruchen.

(4) Finanzausgleichsgesetze

In der verfassungsgerichtlichen Kontrolle der Regelungen über den kommunalen Finanzausgleich finden die Grundsätze zur Nachprüfung gesetzgeberischer Prognosen ihre Kombination mit den oben bereits analysierten[121] planungsrechtlich inspirierten Rechtsprechungslinien.[122]

Im Ausgangspunkt betont die Rechtsprechung auch hier den weiten gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum,[123] greift dann aber neben den landesverfassungsrechtlich normierten Anhörungsrechten[124] verbreitet wiederum auf gesetzgeberische Pflichten zur Tatsachenermittlung und Publizität zurück.[125] Ergänzt

[119] HambVerfG DÖV 1999, 296 (298 ff.); sehr krit. dazu *Ehlers*, FS-NWVerfGH, 273 (287 f.), *Puhl*, FS-Isensee, 441 (450); ebenso noch die frühere Rechtsprechung des BVerfG zum Kommunalwahlrecht in Nordrhein-Westfalen und zum Landeswahlgesetz Schleswig-Holstein, BVerfGE 1, 208 (252 ff.); 6, 104 (112).

[120] ThürVerfGH NVwZ-RR 2009, 1 (2); so auch schon ThürVerfGH LKV 2007, 175 (175); in der Sache erklärt der ThürVerfGH in ersterer Entscheidung die 5 %-Prozent-Klausel nach eingehender, rein materieller Prüfung aber für verfassungswidrig.

[121] Dazu soeben unter A. I. 3. b) aa).

[122] Analyse auch bei *Goerlich*, DVBl. 1999, 1351 (1359) und *Vetzberger*, LKV 2006, 347 (349); ähnlich *Breuer*, FS-NWVerfGH, 293 (314 f.); ausdrücklich ThürVerfGH NVwZ-RR 2005, 665 (671 einerseits, 672 andererseits); außerdem BbgVerfG LKV 2002, 323 (325).

[123] NdsStGH NVwZ-RR 1998, 529 (530), NVwZ-RR 2001, 553 (554), NWVerfGH NVwZ-RR 2003, 612 (612), MVVerfG LKV 2004, 175 (176), LKV 2006, 461 (462), ThürVerfGH NVwZ-RR 2005, 665 (671, 672), BayVerfGH BeckRS 2009, 40123, SächsVerfGH LKV 2010, 126 (127), RhPfVerfGH NVwZ 2012, 1034 (1035), HessStGH NVwZ 2013, 1151 (1152).

[124] Für die Gemeinden selbst bzw. teilweise nur für deren Spitzenverbände, Art. 71 Abs. 4 BWVerf, Art. 83 Abs. 7 S. 1 BayVerf, Art. 97 Abs. 4 BbgVerf, Art. 57 Abs. 6 NdsVerf, Art. 124 SLVerf, Art. 84 Abs. 2 SächsVerf, Art. 91 Abs. 4 ThürVerf.

[125] So habe der Gesetzgeber etwa „die Kosten nachvollziehbar zu ermitteln", NdsStGH NVwZ-RR 1998, 529 (530); ähnlich NdsStGH NVwZ-RR 2001, 553 (554) mit Bezug zum „Gebot der Transparenz der gesetzgeberischen Entscheidungen"; ähnliche Pflichten zur Ermittlung des Regelungssachverhalts bei ThürVerfGH NVwZ-RR 2005, 665 (672), BbgVerfG, Urteil v. 22.11.2007, 75/05, Rn. 130 f. – juris, RhPfVerfGH NVwZ 2012, 1034 (1036) und bei HessStGH NVwZ 2013, 1151 (1153): „verfahrensrechtliche Mindestanforderungen" zur „realitätsgerecht[en]" und „nachvollziehbare[n] Ermittlung des […] Bedarfs"; für „ein transparentes

werden diese Anforderungen teilweise um eine Begründungs- und eine Beobachtungspflicht, wobei Letztere bei ex post sich nicht bewahrheitenden Prognosen in die bekannte gesetzgeberische Nachbesserungspflicht umschlägt.[126] Der HessStGH schließt ein „Nachschieben von Gründen […] im verfassungsgerichtlichen Verfahren" dabei ausdrücklich aus.[127] Begründet wird diese prozedurale Aufladung der verfassungsgerichtlichen Kontrolle mit dem Bedürfnis nach einem effektiven Schutz der kommunalen Finanzgarantie, der angesichts der Komplexität der öffentlichen Finanzbeziehungen und der sie beeinflussenden Faktoren durch eine rein materielle Kontrolle nicht mehr geleistet werden könne.[128] Unter ausdrücklichem Rückgriff auf die ebenso durch den Kompensationsgedanken geprägte BVerfG-Rechtsprechung zum Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren[129] wird die Kontrolle in das „Stadium der Entscheidungsfindung" zu deren „Rationalisierung" vorverlegt.[130]

Der SächsVerfGH wie auch das SachsAnhVerfG lehnen diesen Ansatz mit dem Argument der fehlenden Übertragbarkeit dieses grundrechtsdogmatischen Konzepts auf das Kompetenzverhältnis von Land und Kommunen ab; vielmehr sei die nur eingeschränkte materiell-rechtliche Überprüfbarkeit der Finanzausgleichsregelungen „hinzunehmen".[131] Auch das BVerfG verwirft für den Länderfinanzausgleich eine Prozeduralisierung der verfassungsgerichtlichen Prüfung explizit und beschränkt diese auf „die gesetzgeberische Entscheidung *im Er-*

Verteilungsverfahren" bei der Zuweisung knapper Mittel an konkurrierende Kommunen auch BVerfGE 137, 108 (155) m. w. N.

[126] ThürVerfGH NVwZ-RR 2005, 665 (672), NdsStGH, Urteil v. 4.6.2010, StGH 1/08, Rn. 80 – juris, RhPfVerfGH NVwZ 2012, 1034 (1037), HessStGH NVwZ 2013, 1151 (1153); vgl. auch BayVerfGH BayVBl. 1998, 207 (208 f.), BbgVerfG LKV 2002, 323 (325) sowie zu einer Beobachtungspflicht noch MVVerfG LKV 2006, 461 (466); der Formulierung nach eher eine Obliegenheit annehmend BbgVerfG NVwZ-RR 2000, 129 (131).

[127] HessStGH NVwZ 2013, 1151 (1153).

[128] BWStGH DVBl. 1999, 1351 (1355 ff.) unter Rückgriff auf Art. 71 Abs. 1 S. 1 i. V. m. Art. 73 Abs. 1 BWVerf; aufgegriffen in ThürVerfGH NVwZ-RR 2005, 665 (671), KommJur 2012, 14 (18), BayVerfGH ZFSH/SGB 2008, 82 (86), RhPfVerfGH NVwZ 2012, 1034 (1036): „Struktur der gesetzgeberischen Entscheidung" und „Schutzzweck" der Selbstverwaltungsgarantie.

[129] Insbesondere zur Prozeduralisierung der Kontrolle der Ermittlung des Finanzbedarfs öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten im Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 2 GG, BVerfGE 90, 60 (95 f.); ihrerseits aufgegriffen in BVerfGE 119, 181 (228 f.); Verweise in BWStGH DVBl. 1999, 1351 (1357) im Übrigen auf BVerfGE 53, 30 (65); 63, 131 (143); 84, 34 (46); ebenso die Argumentation bei BayVerfGH BeckRS 2009, 40123 – insofern in BayVerfGH ZFSH/SGB 2008, 82 (86) nicht abgedruckt.

[130] „[S]pätestens in das *Gesetzgebungsverfahren*", BWStGH DVBl. 1999, 1351 (1357, siehe auch 1356) – Hervorhebung nicht im Original; ähnlich ThürVerfGH NVwZ-RR 2005, 665 (671), KommJur 2012, 14 (18).

[131] Zu beidem SachsAnhVerfG NVwZ-RR 2000, 1 (7), SächsVerfGH LKV 2001, 223 (227), Urteil v. 26.8.2010, Vf. 129-VIII-09, Rn. 114; ähnlich, nicht ebenso pointiert NWVerfGH BeckRS 2011, 52552, B. II. 2. d) – insofern bei NWVerfGH DVBl. 2011, 1155 (1156) nicht abgedruckt.

gebnis.“[132] Das gelte aber auch, soweit das Erfordernis „verläßlicher, objektivierbarer“ Berechnungsfaktoren mit nachvollziehbarer tatsächlicher Grundlage aufgestellt werde.[133] Insofern werden also doch Anklänge einer gesetzgeberischen Tatsachenermittlungspflicht hörbar. Jedenfalls erscheint angesichts dieser Ausführungen das Verhältnis von Verfahrens- und Ergebniskontrolle kaum als bewältigt.

(5) Erforderlichkeit im Sinne des Art. 72 Abs. 2 GG

Zuletzt hat das BVerfG auch die Nachprüfung der Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung[134] im Sinne des Art. 72 Abs. 2 GG den im Mitbestimmungsurteil wurzelnden Grundsätzen über die verfassungsgerichtliche Kontrolle gesetzgeberischer Prognosen unterstellt. Der Bundesgesetzgeber habe prognostische Einschätzungen zu den Gesetzeswirkungen und zur Entwicklung der tatsächlichen Verhältnisse jeweils für den Fall der Verabschiedung und des Unterbleibens bundesgesetzlicher Regelungen zu treffen.[135] Die dazu erforderlichen Tatsachenfeststellungen werden einer Pflicht zur Offenlegung unterworfen, wobei es aber genüge, wenn diese „*jedenfalls im Normenkontrollverfahren* möglich ist“.[136] Ein von der Ergebniskontrolle unabhängiger Eigenwert der Verfahrensvorgaben wird abgelehnt: Fehlerhafte Tatsachenfeststellungen führten nur dann zur Verfassungswidrigkeit des Gesetzes, wenn es darauf „beruht, […] also nicht etwa andere, zutreffende Erwägungen zu seiner Begründung herangezogen werden können“.[137] Das BVerfG sieht sich also dazu berufen, die in der

[132] BVerfGE 86, 148 (212) – Hervorhebung nicht im Original – unter Verweis auf BVerfGE 72, 330 (396 f.), wonach die Finanzverfassung keine auf Verständigung zwischen Bund und Ländern gerichteten Verfahrensbindungen vorsehe; in einer Folgeentscheidung wird zwar eine Pflicht zur Ausnahmebegründung bei Bundesergänzungszuweisungen statuiert, diese aber ebenso nur materiell verortet, vgl. BVerfGE 101, 158 (224 f.).

[133] BVerfGE 86, 148 (212) mit BVerfGE 72, 330 (415 f.); ähnlich ambivalent NWVerfGH NWVBl. 1998, 390 (392), wo eine Verfahrenskontrolle abgelehnt, aber tragfähige „Grundlagen“ für die gesetzgeberischen „Einschätzungen und Prognosen“ sowie deren Beobachtung gefordert werden.

[134] Zur noch sehr zurückgenommenen Prüfung der gesetzgeberischen Tatsachenermittlungen und Begründungen im Rahmen der Bedürfnisklausel des Art. 72 Abs. 2 GG a. F. *Skouris*, S. 148 ff. m. w. N.

[135] So im Altenpflegeurteil BVerfGE 106, 62 (150 f., pointiert auch 144) unter pauschalem Verweis auf die grundrechtlich fokussierte Aufarbeitung der BVerfG-Rechtsprechung zu gesetzgeberischen Prognosen bei *Bryde*, FS-BVerfG, I, 533 (555) und *Seetzen*, NJW 1975, 429 (429 ff.).

[136] BVerfGE 106, 62 (152 f.) – Hervorhebung nicht im Original; ähnlich BVerfGE 111, 226 (255); 112, 226 (244); 140, 65 (80); vgl. auch BVerfGE 125, 141 (154): „Entscheidungsraum des Gesetzgebers […] auf seine methodischen Grundlagen und seine Schlüssigkeit hin überprüft“.

[137] BVerfGE 106, 62 (150) unter Verweis auf die entsprechende Position bei *Meßerschmidt*, S. 933; ebenso BVerfGE 111, 226 (254) und zuvor schon BVerfGE 44, 308 (313), wonach „der Gesetzesbeschluß auf diesem [Verfassungsv]erstoß […] beruh[en]“ müsse; zust. zu entsprechenden Fällen der Zulassung des „Nachschieben[s] von Zwecken“ in der früheren Rechtsprechung des BVerfG zur Verhältnismäßigkeit *Schlink*, S. 206.

Gesetzesbegründung enthaltenen und im verfassungsgerichtlichen Verfahren ergänzten gesetzgeberischen Vorstellungen hilfsweise noch durch eigene zu ersetzen.[138] Die verfassungsgerichtliche Kontrollintensität bzw. der korrelierende gesetzgeberische „Prognosespielraum" müsse auch unter Berücksichtigung der „zu schützenden Interessen" bestimmt werden, womit insbesondere auf die Grundrechte Bezug genommen wird.[139]

cc) Typisierende Differenzierungen

Tendenzen zur verfassungsgerichtlichen Nachprüfung der vom Gesetzgeber im Prozess der Entscheidungsfindung ermittelten Tatsachenbasis lassen sich auch der BVerfG-Rechtsprechung zum allgemeinen Gleichheitssatz entnehmen. Dieser weist schon insofern Bezüge zu prozeduralen Sorgfaltsanforderungen auf, als ungeachtet der weiteren Ausdifferenzierungen zwischen Willkürverbot,[140] sogenannter Neuer Formel[141] und nach jüngerer Deutung sogenannter Neuester Formel[142] ungleiche Regelungen jedenfalls mit entsprechend gewichtigen tatsächlichen Unterschieden zwischen den jeweiligen Gruppen von Normadressaten, also etwa der „Eigenart des jeweiligen Sachverhalts", gerechtfertigt werden müssen.[143] Das kann gerade eine tatsachenbezogene gesetzgeberische „Normbereichsanalyse" als Grundlage der zu treffenden Differenzierungen erfordern.[144]

---

[138] Gut erkennbar in BVerfGE 140, 65 (81 ff.), auch wenn der Schwerpunkt dort deutlich auf der Würdigung des Gesetzentwurfs liegt; ähnlich auch schon das Vorgehen in BVerfGE 112, 226 (243 ff.).

[139] Das zeigen die in BVerfGE 106, 62 (152) zitierten Schrifttumsbeiträge von *Ossenbühl*, FG-BVerfG I, 458 (505 ff.), *Stettner*, DVBl. 1982, 1123 (1125), *Stettner*, NVwZ 1989, 806 (808), wo jeweils der Einfluss der Grundrechtsberührung auf die verfassungsgerichtliche Kontrollintensität herausgearbeitet wird.

[140] Bekanntlich zurückgehend auf *Leibholz*, Gleichheit, S. 72 ff.; aus der Rechtsprechung etwa BVerfGE 1, 14 (52); 89, 132 (141); 116, 135 (161).

[141] Zu deren Grundlagen in der Rechtsprechung *Dieterich*, S. 388 ff., *Robbers*, DÖV 1988, 749 (751), *Schoch*, DVBl. 1988, 863 (875 f.); aus der Rechtsprechung etwa BVerfGE 55, 72 (88); 93, 386 (397); 101, 54 (101).

[142] Von den „je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche[n] Grenzen für den Gesetzgeber", BVerfGE 88, 87 (96 f.); 95, 267 (316); 117, 1 (30); 122, 1 (23); 126, 400 (416); 127, 263 (280); 129, 49 (68); 130, 131 (142); 130, 240 (254); vgl. auch BVerfGE 107, 27 (45); zum Begriff *Kischel*, in: BeckOK-GG, Art. 3 Rn. 28; ausführlicher noch *Borowski*, Glaubens- und Gewissensfreiheit, S. 689 ff.: „Neue Variante der Neuen Formel"; vgl. zu jüngeren Modifizierungen noch *Osterloh*, FS-Bryde, 429 (435 ff.) m. N. auch zur Gegenauffassung.

[143] Etwa BVerfGE 88, 87 (96) mit ausdrücklichem Bezug zu der „Eigenart des jeweiligen Sachverhalts" sowie „der Beurteilung der Ausgangslage und der möglichen Auswirkungen der […] getroffenen Regelung"; BVerfGE 93, 386 (397): „sachbereichsbezogen".

[144] Deutung bei *Führ*, S. 8 unter zutreffendem Verweis auf *Osterloh/Nußberger*, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 103: „im Sinne von Normbereichsanalysen […] Sachgerechtigkeit bedeutet präzise Wahrnehmung und gerecht diff. Würdigung der Wirklichkeit"; vgl. auch *Rose-Ackerman/Egidy/Fowkes*, S. 176; im Anschluss daran Abwägung und Verhältnismäßigkeit treffend auch als Direktiven des Art. 3 Abs. 1 GG herausstellend *Burchardt*, S. 279 f. m. w. N., *Hofmann*, S. 401 f. m. w. N., *Windoffer*, S. 145 ff. und ähnlich *Borowski*, Glaubens- und Gewissensfreiheit, S. 689 ff.;

Dabei setzt die Rechtsprechung bisweilen auch gesetzgeberische Begründungen für die getroffenen sachlichen Differenzierungen voraus.[145]

Besonders deutlich wird die Notwendigkeit wirklichkeitsbezogener Vergewisserung des Gesetzgebers bei der Rechtfertigung vergröbernder Typisierungen. Diese lässt die Rechtsprechung bei der Regelung von Massenerscheinungen unter Abmilderung des Maßstabs normadressatenbezogener Differenzierungen nur dann zu, wenn sie „von dem Gesamtbild ausgehen, das sich aus den vorliegenden Erfahrungen ergibt", und auf vertretbarer gesetzgeberischer „Einschätzung der tatsächlichen Umstände und Bedürfnisse" beruhen,[146] also „realitätsgerecht"[147] erfolgen. Grundlage für die der Typisierung innewohnende Verallgemeinerung unter Vernachlässigung einzelfallspezifischer Besonderheiten müsse stets eine „möglichst breite, alle betroffenen Gruppen und Regelungsgegenstände einschließende Beobachtung" sein.[148] Hier fordert die Judikatur also explizit gesetzgeberische Ermittlungen im Tatsächlichen. Normativer Ansatzpunkt ist dabei die Rechtfertigungsdogmatik zu Art. 3 Abs. 1 GG selbst. Daraus ergeben sich Wechselwirkungen zum ebenfalls der Dogmatik der Gleichheitssätze entnommenen Gebot der Folgerichtigkeit. Dieses stellt besondere Anforderungen an die Rechtfertigung gesetzgeberischer Systemabweichungen.[149] Die Typisierungsbefugnis des Gesetzgebers stellt einen solchen anerkannten Rechtfertigungsgrund dar, der insofern das Gebot der Folgerichtigkeit zu durchbrechen und relativieren vermag.[150] Damit erscheint die Fallgruppe der Typisierungen als eine Sonderausprägung der sich aus dem sekundären Gehalt der Folgerichtigkeit ergebenden prozeduralen Anforderungen[151] an die Normsetzungstätigkeit.

---

schon früh *Grabitz*, AöR 98 (1973), 568 (599) – gerade für gesetzgeberische Typisierungen; umfassend zur Auseinandersetzung um Verhältnismäßigkeit i. R. d. Art. 3 Abs. 1 GG *Dieterich*, S. 389 ff.

[145] Vgl. auch die Deutung bei *Dürig*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 316 unter Verweis auf *Podlech*, S. 87: „Argumentationslastregel".

[146] BVerfGE 82, 126 (152 f.); ähnlich schon BVerfGE 11, 254 (254); 71, 146 (157); 78, 214 (227); vgl. außerdem BVerfGE 21, 12 (26): „sachgerecht[e]" Auswahl der geregelten Lebenssachverhalte.

[147] Dazu BVerfGE 99, 280 (290); 112, 268 (280 f.); 117, 1 (31); 120, 1 (30); 125, 1 (37); vgl. auch BVerfGE 27, 142 (150); 116, 164 (183); 126, 268 (279): „nicht einen atypischen Fall als Leitbild"; ähnlich BVerfGE 110, 274 (292).

[148] BVerfGE 122, 210 (232 f.) m. w. N.

[149] Dazu oben A. I. 1.

[150] Exemplarisch die Prüfungsstruktur etwa in BVerfGE 99, 280 (290); 116, 164 (180 ff.); 120, 1 (29 f.), wo die Typisierungsbefugnis jeweils der Rechtfertigung von Abweichungen von der Folgerichtigkeit dient; ausführlich *Thiemann*, in: Emmenegger/Wiedmann (Hrsg.), 179 (203 f.); vgl. auch den bei *Gartz*, S. 161 hergestellten Bezug zur Systemgerechtigkeit.

[151] Dazu wiederum oben A. I. 1. Es geht bei diesem sekundären, verfahrensbezogenen Gehalt letztlich auch um Normbereichsanalysen sowie die Ermittlung des bisherigen Regelungsstands, um eine folgerichtige Einpassung der beabsichtigten Neuregelung in das überlieferte System zu ermöglichen und damit die Einhaltung des primären Gehalts des Folgerichtigkeitsgebots, also die inhaltliche Folgerichtigkeit im Ergebnis sicherzustellen.

dd) Konkretisierung grundrechtlicher Schutzpflichtgehalte

Neben den planerischen, prognostischen oder typisierenden Gesetzesakten unterliegt nach der Rechtsprechung auch die zur Erfüllung grundrechtlicher Schutzpflichten entfaltete Legislativtätigkeit dezidiert verfahrensbezogenen Kontrollmaßstäben. Das BVerfG betont etwa in seinen beiden Entscheidungen zum Schwangerschaftsabbruch sowie im Beschluss zur Chemiewaffenlagerung zunächst den weiten Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers.[152] Bei dessen Ausfüllung bestehe aber wiederum eine Pflicht zur Tatsachenermittlung[153] bis hin zur Würdigung denkbarer bzw. vorgetragener Argumente,[154] was einer Abwägungspflicht zumindest nahekommt. Normativer Anknüpfungspunkt ist dabei jeweils das Untermaßverbot.[155] Die Kalkar-Entscheidung wie auch der Fluglärm-Beschluss komplettieren diese prozeduralen Pflichten noch um die aus dem Bereich gesetzgeberischer Prognose bekannte Nachbesserungs- und Kontrollpflicht des Gesetzgebers, wobei der Prüfungsmaßstab auf eine Evidenzkontrolle zurückgenommen wird.[156] Im Übrigen soll sich die verfassungsgerichtliche Kontrolldichte auch nach „dem Rang und der Bedeutung des auf dem Spiele stehenden Grundrechtsgutes" bemessen.[157]

ee) Konkretisierung grundrechtlicher Leistungsgehalte

Die größte Dynamik hin zur Herausbildung verfassungsrechtlicher Anforderungen an den Prozess der gesetzgeberischen Entscheidungsfindung findet sich zuletzt in der bundes- und landesverfassungsgerichtlichen Judikatur zur Nachprüfung gesetzgeberischer Konkretisierungen von grundrechtlichen Leistungsgehalten.

---

[152] BVerfGE 39, 1 (44); 88, 203 (254, 262) bzw. BVerfGE 77, 170 (214 f.); insofern noch ähnlich die Entscheidungen Kalkar – BVerfGE 49, 89 (141), Schleyer – BVerfGE 46, 160 (164), Straßenverkehrslärm – BVerfGE 79, 174 (202), Vaterschaftsauskunft – BVerfGE 96, 56 (64) und Luftsicherheitsgesetz – BVerfGE 115, 118 (159 f.), wo aber jeweils keine Prüfung der gesetzgeberischen Tatsachenermittlung erfolgt.

[153] BVerfGE 88, 203 (254); vgl. auch BVerfGE 39, 1 (36); prozedurale Deutung derselben bei *Lange*, S. 407; vgl. auch *Stern*, DÖV 2010, 241 (248).

[154] BVerfGE 39, 1 (36).

[155] BVerfGE 88, 203 (254); in BVerfGE 39, 1 (44 ff., 51 ff.) in der Sache vergleichbarer Maßstab.

[156] BVerfGE 49, 89 (130, 132); 56, 54 (78 ff.); 88, 203 (309 f.).

[157] BVerfGE 76, 1 (51) zur staatlichen Schutzpflicht für Ehe und Familie aus Art. 6 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 GG; ähnlich schon BVerfGE 50, 290 (332 f.); in BVerfGE 77, 170 (215) bzgl. der staatlichen Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG sowie schließlich BVerfGE 88, 203 (262), wo jeweils verallgemeinernd von „Rechtsgütern" gesprochen wird.

(1) Hartz IV-Gesetzgebung I

Wie ein Paukenschlag[158] wirkte zunächst das im Februar 2010 ergangene Urteil des Ersten Senats zur Unvereinbarkeit von Teilen der Hartz IV-Gesetzgebung mit dem Grundrecht auf die Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip[159]. Einleitend betont das BVerfG wiederum den Spielraum des Gesetzgebers bei der Ausgestaltung des Umfangs existenzsichernder Leistungen.[160] Die Höhe der Zuwendungen müsse jedoch nach einer vom Gesetzgeber selbst zu wählenden Methode „folgerichtig in einem transparenten und sachgerechten Verfahren nach dem tatsächlichen Bedarf, also realitätsgerecht […] bemessen" werden.[161] Diese Anforderung entnimmt das BVerfG seiner Rechtsprechung zur Berücksichtigung des Existenzminimums im Steuerrecht.[162] Im Hartz IV-Urteil lädt der Senat sie aber nun erstmals prozedural auf, indem er einen ganzen Kanon verfahrensbezogener Pflichten grundrechtlicher Provenienz formuliert: Ausgehend von dem Gedanken der Kompensation erschwerter materieller Kontrolle[163] erstrecke sich der „Grundrechtsschutz […] auch […] auf das *Verfahren* zur Ermittlung des Existenzminimums."[164] Das BVerfG prüfe am Maßstab des Grundrechts deshalb, ob der Gesetzgeber „ein […] im Grundsatz taugliches Berechnungsverfahren gewählt hat, ob er die erforderlichen Tatsachen im Wesentlichen vollständig und zutreffend ermittelt und schließlich, ob er sich in allen Berechnungsschritten […] im Rahmen des Vertretbaren bewegt hat."[165] Um diese Kontrolle überhaupt zu ermöglichen, bestehe „für den Gesetzgeber" im Übrigen „die *Obliegenheit*, die […] eingesetzten Methoden und Berechnungsschritte nachvollziehbar offenzulegen."[166] Daran, dass es dieser „Obliegenheit" – eine im Übrigen nicht weiter konkretisierte Begrifflichkeit – aber einen Eigenwert beimisst, lässt das

[158] Begriff bei *Berlit*, KJ 43 (2010), 145 (145) – selbst aber zurückhaltend; zur Beispiellosigkeit der dort durchgeführten Verfahrenskontrolle auch noch *Nolte*, Der Staat 52 (2013), 245 (250), ähnlich *Meßling*, FS-Jaeger, 787 (789); zur Anstoßwirkung für die weitere rechtswissenschaftliche Diskussion *Gartz*, S. 25.

[159] Abgelehnt noch in BVerfGE 1, 97 (104); angelegt dann aber in BVerfGE 40, 121 (133); 45, 187 (228); 82, 60 (85); dezidiert nunmehr BVerfGE 125, 175 (222 f.); 132, 134 (159 f.).

[160] BVerfGE 125, 175 (224 f.).

[161] Zu beidem BVerfGE 125, 175 (225) unter ausdrücklichem Bezug zu grundrechtlichen Schutzpflichten.

[162] Vgl. BVerfGE 66, 214 (223); 68, 143 (153); 82, 60 (88); 87, 153 (172); 99, 246 (260); 112, 268 (281); zu früheren Ansätzen in der Rechtsprechung hin zu einer Prozeduralisierung der materiell-grundrechtlichen Vorgaben für die Sicherung des Existenzminimums *Goerlich*, S. 267 mit Fn. 205.

[163] Dazu schon oben A. I. 3. b) bb) (4).

[164] BVerfGE 125, 175 (226) – Hervorhebung nicht im Original.

[165] BVerfGE 125, 175 (226).

[166] BVerfGE 125, 175 (226) – Hervorhebung nicht im Original.

BVerfG keinen Zweifel:[167] „Kommt [der Gesetzgeber] ihr nicht hinreichend nach, steht die Ermittlung des Existenzminimums *bereits wegen dieser Mängel* nicht mehr mit Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG in Einklang."[168] Seinen Abschluss findet der aufgestellte Pflichtenkatalog schließlich in der bekannten Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht.[169]

Für das Verdikt der Verfassungswidrigkeit tragend[170] ist im Ergebnis, dass diese prozeduralen Anforderungen auf das eingangs betrachte Gebot der Folgerichtigkeit bezogen werden. Damit unterliegen auch Abweichungen von der gesetzgeberisch gewählten Berechnungsmethode, die das BVerfG als zur Konsistenz verpflichtende Systementscheidung versteht, einer Last „der sachlichen Rechtfertigung"[171]. Der Katalog von Verfahrensanforderungen dient also nicht nur der Konkretisierung des grundrechtlichen Leistungsanspruchs, sondern soll zugleich die innere Systematik dieser Konkretisierung sicherstellen. Bezeichnend ist es deshalb, wenn Art. 3 Abs. 1 GG gegenüber Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG „keine weiteren Maßstäbe zu setzen" vermögen soll.[172] Der Gleichheitssatz wird vielmehr von einem um das Gebot der Konsistenz angereicherten Grundrecht auf Gewährleistung des menschenwürdigen Existenzminimums absorbiert. Wie im Einzelnen Systemkonsistenz und Verfahrensgedanke sich hier zueinander verhalten sollen, bleibt aber letztlich offen.[173]

Angesichts der sehr grundsätzlich gehaltenen Formulierungen des Senats im sogenannten Maßstabsteil[174] der Entscheidung wurde das Urteil vereinzelt schon dahin verstanden, dass es die Grundlage für ein „Transparenzgebot" in allen „grundrechtsrelevanten Bereiche[n]" schaffe und sich damit – ausgehend vom Topos der „Grundrechtseffektuierung durch Verfahren" – als neuer Baustein

---

[167] Entsprechende Deutung unter Kritik dieser Begrifflichkeit auch bei *Meßling*, FS-Jaeger, 787 (813 f.) mit Verweis auf *Rothkegel*, ZFSH SGB 2010, 135 (145); richtig auch *Rixen*, SRa 2010, 81 (86): „Begründungsobliegenheit, die genaugenommen eine […] Begründungspflicht ist".

[168] BVerfGE 125, 175 (226) – Hervorhebung nicht im Original.

[169] BVerfGE 125, 175 (225): Höhe des Lebensbedarfs „fortwährend zu überprüfen und weiter zu entwickeln".

[170] So auch *Bittner*, GLJ 12 (2011), 1941 (1948) und *Gartz*, S. 167; anders demgegenüber die Analyse bei *Petersen*, AöR 138 (2013), 108 (113) und *Petersen*, S. 177.

[171] BVerfGE 125, 175 (225).

[172] BVerfGE 125, 175 (227); ebenso nunmehr auch BVerfGE 137, 34 (100).

[173] Nach *Cornils*, DVBl. 2011, 1053 (1054 mit Fn. 11) „verbinden sich jetzt materielle und prozedurale Rationalitätspostulate […] unter dem Leitbild der Konsistenz". *Kingreen*, NVwZ 2010, 558 (560) spricht von einem „Gebot einer prozeduralen Systemkonsistenz". *Rixen*, SRa 2010, 81 (81, 84) versteht die Folgerichtigkeit als „Leitfaden" bzw. „Schlüssel zum Urteil"; prozeduralen Bezug der Folgerichtigkeit betonend, aber Doppelcharakter zugestehend *Rose-Ackerman/Egidy/Fowkes*, S. 178, 180, 182; offen *Petersen*, S. 177 mit Fn. 74; zu der insofern angesprochenen prozeduralen Dimension der Folgerichtigkeit siehe bereits oben A. I. 1.

[174] Zu diesem Charakteristikum deutscher Verfassungsrechtsprechung etwa *Pauly*, in: Fischer/Pauly (Hrsg.), 1 (25 f.) m. w. N.

der Grundrechtsdogmatik präsentiere.[175] Da das Gericht den Grundrechtsschutz den Entscheidungsgründen nach ganz allgemein auf das Verfahren erstrecken will, ist diese Deutung auch naheliegend.

(2) Professorenbesoldung

Sie schien sich zu bewahrheiten,[176] als der Zweite Senat in seinem Urteil aus dem Februar 2012 zur Verfassungswidrigkeit der W 2-Besoldung das grundrechtsgleiche Recht auf eine amtsangemessene Alimentation nach Art. 33 Abs. 5 GG angesichts von dessen fehlender materieller Direktionskraft für die exakte Besoldungshöhe um „prozedurale[] Sicherungen" auflud.[177] Diese werden unter explizitem Rekurs auf die Entscheidungen zur Hartz IV-Gesetzgebung und zur Südumfahrung Stendal gewonnen und begrifflich treffender als „Begründungs-, Überprüfungs- und Beobachtungs*pflichten*" umrissen, wobei der Senat ihre kompensatorische Funktion betont.[178] Bei „einer nicht unerheblichen Abweichung der tatsächlichen von der prognostizierten Entwicklung" soll sich wiederum eine gesetzgeberische Pflicht zur Nachbesserung der Alimentation aktualisieren.[179] Die Senatsmehrheit scheint diese prozeduralen Anforderungen unmittelbar Art. 33 Abs. 5 GG selbst zur Konkretisierung des gesetzgeberischen Einschätzungs- und Prognosespielraums entnehmen zu wollen,[180] während das Sondervotum *Gerhardt* sie „aus den Funktionsbedingungen der rechtsstaatlichen Demokratie in der Ausprägung des Grundgesetzes" herleitet.[181] Weil das Gericht schon den materiell-rechtlichen Maßstab der Evidenz einer Unteralimentierung erfüllt sieht, orientiert sich die dem Maßstabsteil folgende inhaltliche Prüfung der vom Gesetzgeber festgelegten Besoldungshöhe aber gerade nicht mehr an diesen prozeduralen Anforderungen. Vielmehr vergleicht der Senat selbst die Höhe des für die Besoldungsgruppe W 2 vorgesehenen Grundgehalts mit Tabellenwerten der Besoldungsordnung A und dem Verdienstniveau außerhalb des öffentlichen Dienstes.[182] Insofern besteht eine deutliche Diskrepanz zwischen den abstrakt formulierten Entscheidungsmaßstäben und ihrer Relevanz wie Anwendung im

[175] In diesem Sinn *Rothkegel*, ZFSH SGB 2010, 135 (141); ähnlich das Verständnis als „Leitentscheidung" für den „Grundrechtsschutz durch Gesetzgebungsverfahren" bei *Meßling*, FS-Jaeger, 787 (788 f.); siehe auch noch *Wrase*, S. 355. Von Pflichten zur „empirisch fundierten" und „transparent begründeten Grundrechtskonkretisierung" spricht *Rixen*, SRa 2010, 81 (85 f.). „Einen Schritt in Richtung auf die […] ‚optimale Methodik' der Gesetzgebung als Verfassungspflicht'" sieht *Mann*, in: FS-Kirchhof, § 33, Rn. 3.

[176] In diesem Sinne etwa die Deutung bei *Classen*, JZ 2012, 457 (466): „[v]on grundsätzlicher Bedeutung […] im Anschluss an Ausführungen des Ersten Senats in dessen Urteil zu Hartz IV".

[177] BVerfGE 130, 263 (301).

[178] BVerfGE 130, 263 (301 f.) – Hervorhebung nicht im Original.

[179] BVerfGE 130, 263 (302).

[180] BVerfGE 130, 263 (301 f.).

[181] BVerfGE 130, 263 (316) – abw. Meinung Gerhardt.

[182] BVerfGE 130, 263 (302 ff.); krit. zum Vergleich mit der A-Besoldung etwa *Classen*, JZ 2012, 457 (465).

konkreten Fall. Das mag auch daran liegen, dass der Senat die Prozeduralisierung der Normenkontrolle deutlicher als noch der Erste Senat im Hartz IV-Urteil als explizite Ausnahme von der gegenläufigen Ausgangsthese konzipiert, wonach „der Gesetzgeber von Verfassungs [sic!] wegen grundsätzlich nur ein wirksames Gesetz" schulde.[183]

(3) Asylbewerberleistungsgesetz und Hartz IV-Gesetzgebung II

Vor diesem Hintergrund lassen sich vielleicht auch die Modifikationen verstehen, die der Erste Senat mit seinem Urteil zum Asylbewerberleistungsgesetz vom Juli 2012 und mit dem Beschluss zur nachgebesserten Hartz IV-Regelung vom Juli 2014 gegenüber der ersten Hartz IV-Entscheidung vorgenommen hat. Nachdem im Urteil zum Asylbewerberleistungsgesetz zunächst noch die prozedural geprägten Grundsätze des Hartz IV-Urteils referiert worden sind,[184] setzt sich das BVerfG mit seinen weiteren – nunmehr in der zweiten Hartz IV-Entscheidung und neueren Urteilen aus anderen Fallgruppen[185] weitgehend übernommenen – Ausführungen in nicht näher begründeten Widerspruch zu eben diesen: „Die sich aus der Verfassung ergebenden Anforderungen an die methodisch sachgerechte Bestimmung grundrechtlich garantierter Leistungen beziehen sich *nicht auf das Verfahren* der Gesetzgebung, sondern auf dessen *Ergebnisse*."[186] Die sich anschließenden Versuche des Senats zur Konkretisierung seines Prüfungsmaßstabs vermögen kaum zur Erhellung beizutragen: „Das Grundgesetz beinhaltet in den Art. 76 ff. GG Vorgaben für das Gesetzgebungsverfahren, die auch die Transparenz der Entscheidungen des Gesetzgebers sichern. Das Grundgesetz schreibt jedoch nicht vor, was, wie und wann genau im Gesetzgebungsverfahren zu begründen und zu berechnen ist. Es lässt Raum für Verhandlungen und für den politischen Kompromiss. Entscheidend ist, dass im *Ergebnis* die Anforderungen des Grundgesetzes nicht verfehlt werden […]. Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums […] bringt insofern für den Gesetzgeber *keine* spezifischen *Pflichten im Verfahren* mit sich; entscheidend ist, ob sich der Rechtsanspruch […] durch realitätsgerechte, schlüssige Berechnungen sachlich differenziert begründen lässt."[187]

---

[183] BVerfGE 130, 263 (301) unter Zitat des im weiteren Verlauf der Untersuchung noch aufzugreifenden Diktums von *Geiger*, in: Berberich/Holl/Maass (Hrsg.), 131 (141).

[184] BVerfGE 132, 134 (162) unter ausdrücklichem Verweis auf BVerfGE 125, 175 (225). In der zweiten Hartz IV-Entscheidung fehlt eine solche Passage bezeichnenderweise.

[185] BVerfGE 139, 148 (180) zur Fallgruppe der Hochschulstrukturentscheidungen sowie BVerfGE 140, 65 (80) zur Erforderlichkeit i. S. d. Art. 72 Abs. 2 GG.

[186] BVerfGE 132, 134 (162) – Hervorhebung nicht im Original; ebenso nun BVerfGE 137, 34 (73).

[187] Zu alledem BVerfGE 132, 134 (162 f.) – Hervorhebung nicht im Original; sehr ähnlich BVerfGE 137, 34 (73 f.).

Darin klingen Argumente gegen die Statuierung gesetzgeberischer Verfahrenspflichten aus Grundrechten an, wie sie auch in der literarischen Argumentation – so wird sich zeigen – Verwendung finden: die – so darf man das BVerfG wohl verstehen – abschließenden ausdrücklichen Vorgaben der Art. 76 ff. GG an das Gesetzgebungsverfahren und der politisch-kompromisshafte Charakter gesetzgeberischer Tätigkeit, der umfassenden und zwingenden Rationalitätsanforderungen entgegenstehe. Daraus scheint der Senat die Konsequenz ziehen zu wollen, dass die vom Gesetzgeber gefundene Ausgestaltung des Leistungsniveaus allein ihrem Ergebnis nach begründbar sein muss, dass aber der Gesetzgeber diese Begründung nicht zwingend im Gesetzgebungsverfahren selbst zu erarbeiten hat.[188] Für eine solche Lesart spricht jedenfalls die den obigen Zitaten zu entnehmende Verwendung des unpersönlichen Passivs „begründet werden können" oder „begründen lässt".

Diese Deutung widerspräche indes anderen Passagen der beiden jüngeren Entscheidungen. So heißt es in ihnen zu der schon im ersten Hartz IV-Urteil angesprochenen Überprüfungs- und Fortentwicklungspflicht übereinstimmend: „Die *Ergebnisse eines sachgerechten Verfahrens* zur Bestimmung grundrechtlich garantierter, pauschalierter Ansprüche sind fortwährend zu überprüfen und weiterzuentwickeln".[189] Wieso aber bedarf es eines sachgerechten Verfahrens, wenn es doch allein auf das gefundene Ergebnis ankommen soll? Im Urteil zum Asylbewerberleistungsgesetz weiter noch: Differenzierungen der Leistungshöhe nach dem Aufenthaltsstatus seien nur zulässig, wenn „dies folgerichtig *in einem inhaltlich transparenten Verfahren* anhand des tatsächlichen Bedarfs gerade dieser Gruppe belegt werden kann."[190] Warum muss der Beleg in einem „inhaltlich transparenten Verfahren" gegeben werden und welches Verfahren soll das sein, wenn nicht das Gesetzgebungsverfahren? Die Verwendung des Passivs ließe wieder darauf schließen, dass es nicht der Gesetzgeber selbst sein muss, der schon im Verfahren der Gesetzgebung diesen Beleg zu liefern hat. Indes wird diese Anforderung als eine „Obliegenheit[]"[191] bezeichnet, als deren Adressat allein der Gesetzgeber infrage kommt[192]. In den Entscheidungsgründen wird sodann noch auf die Pflicht zur Tatsachenermittlung rekurriert und in Wider-

[188] So insbesondere die Lesart als „verfassungsprozessuale[] Mitwirkungsobliegenheit" bei *Sanders/Preisner*, DÖV 2015, 761 (762, 766, 768 ff.) m. w. N.

[189] BVerfGE 132, 134 (163); 137, 34 (74) – Hervorhebung jeweils nicht im Original. Näher spezifiziert wird die konkrete Umsetzung dieser Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht in der zweiten Hartz IV-Entscheidung bei BVerfGE 137, 34 (101 f.).

[190] BVerfGE 132, 134 (164) – Hervorhebung nicht im Original; ähnlich BVerfGE 137, 34 (78, vgl. auch 75): „Anforderungen an eine hinreichend transparente, jeweils aktuell auf der Grundlage verlässlicher Zahlen und schlüssiger *Berechnungsverfahren* tragfähig zu rechtfertigende Bemessung" – Hervorhebung nicht im Original.

[191] BVerfGE 132, 134 (164).

[192] Dass dieser nicht ausdrücklich genannt wird, ist *Sanders/Preisner*, DÖV 2015, 761 (765) zwar zuzugeben. Die hier aufgezeigten Inkonsistenzen in den Formulierungen des Senats werden in der dortigen Analyse aber dann doch zu stark marginalisiert.

spruch zu den vorhergehenden Aussagen deren Verfahrensbezug wiederum deutlich herausgestellt.[193]

Zwischen den beiden jüngeren Entscheidungen einerseits und dem ersten Hartz IV-Urteil andererseits werden damit Inkonsistenzen offenbar, die auch durch die Bemühungen des Senats, das schon in sich mehrdeutige Urteil zum Asylbewerberleistungsgesetz als bloße Klarstellung gegenüber den Grundsätzen der ursprünglichen Hartz IV-Entscheidung zu präsentieren, nicht überwunden werden. Vielmehr scheint man mittels zielgerichteten Rückgriffs auf nur bestimmte Passagen dieser Entscheidung – bei Auslassungen und sprachlichen Modifikationen im Übrigen – von einem prozeduralen Verständnis des Grundrechts aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG wieder abrücken zu wollen,[194] ohne das aber offenzulegen. So droht das Streben nach gesetzgeberischer Rationalität, Transparenz und Konsistenz in verfassungsgerichtliche Intransparenz und Inkonsistenz zu münden.[195]

(4) Richterbesoldung und Besoldungsordnung A

Von diesen Schwankungen in der Rechtsprechung des Ersten Senats unbeeindruckt hat der Zweite Senat in seinem Urteil zur Höhe der Richterbesoldung in verschiedenen Bundesländern[196] wie auch in einem konzeptionell daran anschließenden Beschluss zu einzelnen Gruppen der A-Besoldung[197] zuletzt an der Herleitung verfahrensbezogener „Begründungspflichten" aus dem Recht auf amtsangemessene Alimentation nach Art. 33 Abs. 5 GG festgehalten. In erfreulichem Gegensatz zur verunklarenden Sprache der Entscheidung zum Asylbewerberleistungsgesetz wird – wenn auch zunächst[198] ohne Bezug zur abweichenden Rechtsprechung des Ersten Senats[199] – ausdrücklich klargestellt, dass „[e]ine

[193] BVerfGE 132, 134 (165): „Die Art und die Höhe der Leistungen müssen sich mit einer Methode erklären lassen, nach der die erforderlichen Tatsachen im Wesentlichen vollständig […] ermittelt werden und nach der sich alle Berechnungsschritte […] innerhalb dieses Verfahrens […] bewegen"; ebenso BVerfGE 137, 34 (76, ähnlich 80).

[194] Das scheint auch in der Analyse der an beiden jüngeren Entscheidungen beteiligten Richterin *Britz*, Jura 2015, 319 (324) durch. *Rose-Ackerman/Egidy/Fowkes*, S. 179, 181 f. und ähnlich *Sanders/Preisner*, DÖV 2015, 761 (765, 766) werten die Entscheidung zum AsylbLG zwar auch als Reaktion auf die Kritik am Hartz IV-Urteil, sehen dessen inhaltliche Ausführungen aber im Wesentlichen bestätigt; eher wie hier demgegenüber die Analyse bei *Arnim*, DÖV 2016, 368 (369 f.) und *Nolte*, Der Staat 52 (2013), 245 (262): „Tragweite der Verfahrenskontrolle etwas beschränkt"; gänzlich unterschlagen werden diese Inkonsistenzen etwa bei *Merten*, DÖV 2015, 349 (358 f.).

[195] Entsprechende Kritik an der BVerfG-Rechtsprechung zu Konsistenz und Transparenz bei *Rose-Ackerman/Egidy/Fowkes*, S. 188 im Anschluss an *Bumke*, Der Staat 49 (2010), 77 (80) und – tatsächlich weniger passend – *Michael*, JZ 2008, 875 (881 f.).

[196] BVerfGE 139, 64 (126 f.).

[197] BVerfGE 140, 240 (296).

[198] Anders jetzt BVerfGE 140, 240 (296).

[199] Insofern Kritik an der Judikatur des Zweiten Senats andeutend *Sanders/Preisner*, DÖV 2015, 761 (766 f.).

bloße Begründbarkeit […] den verfassungsrechtlichen Anforderungen der Prozeduralisierung" nicht genüge: „Prozeduralisierung zielt auf die Herstellung von Entscheidungen und nicht auf ihre Darstellung, das heißt nachträgliche Begründung"[200]. Ähnlich wie schon im Urteil zur W-Besoldung ist die in den Entscheidungsgründen des Urteils zur Richterbesoldung erkennbare Prüfung des Senats aber mit einer Ausnahme[201] gerade nicht auf den legislativen Prozess und die dort angestellten Erwägungen des Gesetzgebers bezogen. Stattdessen vergleicht das Gericht anhand des von ihm aufbereiteten statistischen Materials sogleich selbst die Besoldungsentwicklung mit den von ihm für maßgeblich erachteten Vergleichsparametern.[202] Jedenfalls für die Kontrolle der rheinland-pfälzischen und nordrhein-westfälischen Richterbesoldung, für die der materielle Evidenzmaßstab nicht erfüllt sein sollte, hätte nach der eigenen Konzeption des Senats eine ergänzende[203] prozedurale Kontrolle erfolgen müssen. Deren praktische Umsetzung bleibt damit weitgehend unklar. Der im Anschluss ergangene Beschluss zur A-Besoldung nimmt zwar immerhin in Teilen noch deutlicher eine auch prozedurale Nachprüfung anhand der jeweiligen Gesetzesbegründungen vor, möchte aber trotz verfassungsrechtlicher Bedenken einen Verstoß nicht feststellen, indem er die Sondersituation einer damals noch „zwischen Bund und Ländern geteilten Alimentationsverantwortung" bemüht.[204]

Als in dieser Hinsicht konsequenter erweist sich eine jüngere Entscheidung des OVG Lüneburg, die die bundesverfassungsgerichtliche Prozeduralisierung des Rechts auf amtsangemessene Alimentation auf die ebenso in Art. 33 Abs. 5 GG enthaltene und leistungsrechtlich[205] geprägte Fürsorgepflicht des Dienstherrn zu übertragen sucht.[206] Eine durch Rechtsverordnung festgesetzte Erhöhung

---

[200] Zu beidem BVerfGE 139, 64 (127) sowie BVerfGE 140, 240 (296).

[201] Im Rahmen der Nachprüfung der nordrhein-westfälischen Besoldungsregelung stellt das BVerfG knapp fest, dass „in der Begründung des Gesetzentwurfs […] keine umfassenden Berechnungen und Vergleiche mit sämtlichen Parametern einer amtsangemessenen Besoldung angestellt […] bzw. solche nicht dokumentiert [wurden]", BVerfGE 139, 64 (142).

[202] BVerfGE 139, 64 (127 ff.).

[203] In BVerfGE 130, 263 (301 f.) ist dieses Ergänzungsverhältnis noch ausdrücklich festgestellt, in BVerfGE 139, 64 (65, 126 f.) höchstens noch implizit in Bezug genommen.

[204] So wird es bei Nachprüfung der nordrhein-westfälischen und der niedersächsischen A-Besoldung als „verfassungsrechtlich nicht unbedenklich" bezeichnet, „dass der Landesgesetzgeber in der Begründung des Gesetzentwurfs […] keine umfassenden Berechnungen und Vergleiche mit sämtlichen Parametern einer amtsangemessenen Besoldung angestellt beziehungsweise solche nicht dokumentiert hat", dieser Mangel wegen der Sondersituation der damals noch „zwischen Bund und Ländern geteilten Alimentationsverantwortung" aber akzeptiert, BVerfGE 140, 240 (310, 315). Auch bei Prüfung der sächsischen Regelung anhand des materiellen Evidenzmaßstabs zeigt sich ein verstärkter Rückbezug auf die Gesetzesbegründung, BVerfGE 140, 240 (305 f.).

[205] Zur leistungsrechtlichen Einbettung OVG Lüneburg PersV 2015, 380 (384).

[206] OVG Lüneburg PersV 2015, 380 (384 ff.) unter Rückgriff auch auf die erste Hartz IV-Entscheidung, ohne aber die zwischenzeitlich in der Rechtsprechung des Ersten Senats erkennbaren Modifikationen zu würdigen.

der wöchentlichen Regelstundenzahl für Gymnasiallehrkräfte sei demnach nur dann verfassungsrechtlich zulässig, wenn der Verordnungsgeber „die tatsächlichen Grundlagen für die Ausübung seiner Einschätzungsprärogative in einem transparenten und sachgerechten Verfahren sorgfältig und nachvollziehbar“[207] ermittelt. Explizit wird eine im Rahmen des Rechtsetzungsverfahrens anzufertigende „empirische[] Studie“ zur tatsächlichen Arbeitszeit und Belastung der Lehrkräfte verlangt, welche erst eine Anpassung der Regelstundenzahl – auch im Vergleich zu anderen Lehrergruppen – bei gleichbleibender Wochenarbeitszeit rechtfertigen könne[208] und deren im Normenkontrollverfahren nicht heilbares Fehlen allein schon zur Aufhebung der Regelung führe[209]. Das Gericht interpretiert damit auch den Gleichheitssatz prozedural, was zu einem Gleichlauf der Art. 33 Abs. 5 GG und Art. 3 Abs. 1 GG entnommenen Prüfungsmaßstäbe führt.[210]

(5) Privatschulfinanzierung

Noch unter dem Eindruck der ersten Hartz IV-Entscheidung und schon der zeitlichen Folge wegen weitgehend ohne Rezeption[211] der mittlerweile erfolgten Modifikation der BVerfG-Rechtsprechung hat sich in der Landesverfassungsgerichtsbarkeit eine Auseinandersetzung um die prozeduralen Anforderungen an die gesetzgeberischen Regelungen zur Privatschulfinanzierung herausgebildet. Während das BVerfG die staatliche Pflicht zur Förderung und zum Schutz des Ersatzschulwesens aus Art. 7 Abs. 4 GG als „von vornherein unter dem Vorbehalt dessen, was vernünftigerweise von der Gesellschaft erwartet werden kann“[212], stehend begreift und auch in finanzieller Hinsicht eine nur nach dem Maßstab der Evidenz wirksam werdende institutionelle Garantie entnimmt[213], deutet der SächsVerfGH – wie in Ansätzen zuvor der VGH Mannheim[214] – die landesverfassungsrechtlichen Finanzierungsgarantien auf der Linie der Hartz IV-Entscheidung[215] im Einzelnen prozedural aus. Unter Rückgriff auf den kompensatorischen Grundrechtsschutz durch Verfahren[216] wird dem sächsischen

[207] OVG Lüneburg PersV 2015, 380 (386).

[208] OVG Lüneburg PersV 2015, 380 (386 f.).

[209] Vgl. OVG Lüneburg PersV 2015, 380 (383, 386, 387), wonach nur in der Begründung zur Änderungsverordnung enthaltene Erwägungen zur Rechtfertigung der Regelung dienen könnten; verunklarend deshalb die im Anschluss an die Hartz IV-Entscheidung gewählte Terminologie, OVG Lüneburg PersV 2015, 380 (385): „Obliegenheit“.

[210] Deutlich OVG Lüneburg PersV 2015, 380 (389 f.).

[211] Mit Ausnahme der später ergangenen Entscheidungen BbgVerfG, Urteil v. 12.12.2014, 31/12, Rn. 156 – juris, und VGH Mannheim, Urteil v. 11.4.2013, 9 S 233/12, Rn. 77 – juris.

[212] BVerfGE 75, 40 (68).

[213] BVerfGE 75, 40 (67); 90, 107 (117); 112, 74 (84).

[214] VGH Mannheim, Urteil v. 14.7.2010, 9 S 2207/09, Rn. 31, 35 – juris.

[215] SächsVerfGH SächsVBl. 2014, 83 (91) verweist auf sowohl die erste Hartz IV-Entscheidung als auch die Rechtsprechung zur Professorenbesoldung.

[216] SächsVerfGH SächsVBl. 2014, 83 (91).

Gesetzgeber abverlangt, in einem „inhaltlich transparenten und sachgerechten Verfahren […] alle wesentlichen Kostenfaktoren für die Bemessung des Mindestbedarfs" zu berücksichtigen.[217] Zu dieser Tatsachenermittlungspflicht gesellt sich wiederum eine Beobachtungs- und evtl. Nachbesserungspflicht der Legislative.[218] Auch der ThürVerfGH stellt in seiner einschlägigen Entscheidung zwar den Bezug zum Grundrechtsschutz durch Verfahren her,[219] vollzieht die eigentliche Prüfung des landesrechtlichen Finanzierungskonzepts sodann aber am Maßstab des Vorbehalts des Gesetzes und des Bestimmtheitsgebots unter dem Gesichtspunkt, ob der Gesetzgeber selbst die Grundlinien der Bedarfsberechnung festgesetzt hat[220]. Inwiefern damit dezidiert prozedurale Anforderungen verbunden werden sollten,[221] bleibt unklar.[222] Deutlicher verhält sich insofern die Judikatur des BbgVerfG, das zwar eine Pflicht des Gesetzgebers zur Nachbesserung von dessen Finanzierungskonzept für möglich hält,[223] eine allgemeine Übertragung des in der ersten Hartz IV-Entscheidung herausgearbeiteten Kanons prozeduraler Pflichten aber ablehnt.[224] Wegen des geringeren Menschenwürdebezugs des Förderungsanspruchs der Privatschulträger sei höchstens eine (knappe) „tragfähige Begründung" der gesetzgeberischen Entscheidung, nicht aber etwa eine fundierte Tatsachenermittlung vorauszusetzen.[225] Mit einer ähnlichen, an Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG ansetzenden Argumentation lehnte bereits zuvor das BVerwG die Übertragung der Grundsätze der Hartz IV-Rechtsprechung auf die Privatschulfinanzierung ab.[226] Für die hier zu diskutierende Frage nach prozeduralen Sorgfaltsanforderungen in der Gesetzgebung besonders bemerkenswert bleibt demnach nur das Urteil des SächsVerfGH mit seinem ausdrücklich und konsequent grundrechtsprozeduralen Ansatz[227]. Der VGH Mannheim als

---

[217] SächsVerfGH SächsVBl. 2014, 83 (91 f.), wobei ihm freigestellt wird, die Bedarfsermittlung an die Verwaltung zu delegieren, für die dann aber ein entsprechendes, prozeduralen Grundrechtsschutz vermittelndes Verfahren gesetzgeberisch bereitgestellt werden müsse.

[218] SächsVerfGH SächsVBl. 2014, 83 (92); ähnlich zuvor schon VGH Mannheim, Urteil v. 14.7.2010, 9 S 2207/09, Rn. 31, 35 – juris.

[219] ThürVerfGH ThürVBl. 2015, 7 (14).

[220] ThürVerfGH ThürVBl. 2015, 7 (14 ff.).

[221] In diesem Sinne wohl die Bewertung des an der Entscheidung beteiligten Richters *Ruffert*, FS-Hufen, 511 (516), wonach der ThürVerfGH die Rechtsprechung des SächsVerfGH „aufgenommen und mit Bestimmtheitserfordernissen verknüpft" habe.

[222] In dieser Hinsicht ähnlich die – wenn auch sehr viel deutlichere – Kritik bei ThürVerfGH ThürVBl. 2015, 7 (17) – abw. Meinung Baldus: Erwägungen zum Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren „in keinem erkennbaren Zusammenhang mit der Frage der Verfassungswidrigkeit der genannten Normen".

[223] BbgVerfG, Urteil v. 12.12.2014, 31/12, Rn. 141 – juris.

[224] BbgVerfG, Urteil v. 12.12.2014, 31/12, Rn. 155 ff. – juris.

[225] BbgVerfG, Urteil v. 12.12.2014, 31/12, Rn. 158 ff. – juris.

[226] BVerwG, Urteil v. 21.12.2011, 6 C 18/10, Rn. 26 – juris, in Aufhebung der oben genannten Entscheidung VGH Mannheim, Urteil v. 14.7.2010, 9 S 2207/09, insbesondere Rn. 31 ff. – juris.

[227] Ähnlich die Deutung bei *Harzendorf*, SächsVBl. 2014, 77 (81) mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung des SächsVerfGH.

anderer Protagonist einer Prozeduralisierung der Finanzierungsansprüche von Privatschulen machte sich demgegenüber unter den Zwängen der Vorgaben des BVerwG zuletzt nur noch die schwammigen, eine Begründbarkeitskontrolle propagierenden Maßstäbe des BVerfG zum Asylbewerberleistungsgesetz zu eigen.[228]

c) Bewertung und Fazit

Angesichts dieser bis zuletzt gegenläufigen Entwicklungen in der Rechtsprechung zu den Gesetzgeber bindenden prozeduralen Sorgfaltsanforderungen trägt die Einschätzung, die Frage sei nach der BVerfG-Judikatur „verfassungsrechtlich offen"[229], noch immer.

Sie muss nach der hier vorgenommenen Systematisierung aber dahin relativiert werden, dass jedenfalls eine fallgruppenartige und damit kontextspezifische Herleitung gesetzgeberischer Verfahrenspflichten bei BVerfG und Landesverfassungsgerichten große Anerkennung und Verbreitung gefunden hat.[230] Angesichts des Einzelfallbezugs richterlicher Tätigkeit[231] überrascht es nicht, dass sich eine überwölbende Dogmatik mit grundlegenden Direktiven zur Prozeduralisierung der Gesetzgebung in der Rechtsprechung nicht hat entwickeln können. Ausgehend insbesondere von der Prognosekontrolle wird zwar ein Kanon denkbarer Verfahrenspflichten von der Tatsachenermittlung über die Bewertung und Abwägung hin zur Begründung sowie schließlich zur Kontrolle und Nachbesserung erkennbar.[232] Diese werden hier denn auch zusammenfassend mit dem

[228] VGH Mannheim, Urteil v. 11.4.2013, 9 S 233/12, Rn. 75 ff., insbesondere Rn. 77 – juris.

[229] *Meßerschmidt*, S. 846; vgl. auch *Bickenbach*, S. 428: „uneinheitliches Bild", *Reicherzer*, S. 436: „Rechtsprechung […] bisher nicht ganz eindeutig" oder *Schwerin*, S. 215: „eindeutige Aussage bis heute vermieden". Auch die Einordnung der prozeduralen Verfassungsmäßigkeitskontrolle als „Sonderphänomen" bei *Britz*, Jura 2015, 319 (323) vermag zu einer Klärung nicht beizutragen.

[230] Vgl. auch die Einschätzung bei *Blum*, in: Ständige Deputation des deutschen Juristentages (Hrsg.), Bd. I (Gutachten), I 1 (I 124), *Hebeler*, DÖV 2010, 754 (755, 756) und *Schuppert*, Gesetzgebung, S. 22 f. Den fallgruppenartigen Charakter der Entscheidungen zur Tatsachen- und Prognosekontrolle machen *Steinbach*, Der Staat 54 (2015), 267 (271 f.) und *Vogel*, S. 182 f. nicht hinreichend deutlich; ebenso wenig *Karpen*, Gesetzgebungslehre, S. 41 mit der undifferenzierten Zusammenfassung, die verfassungsrechtliche Normenkontrolle umfasse „auch die Überprüfung der ‚guten Qualität' einer Vorschrift". *Hofmann*, S. 439 mit Fn. 269 sieht in den untersuchten Judikaten nur Ausnahmen, will diese aber auch nicht auf die Besonderheiten ihres Gegenstands reduziert wissen; ähnlich *Lange*, S. 264, 266 f.: Rechtsprechung „[n]ur punktuell", aber „verlangt Geltung über diese Einzelfälle hinaus".

[231] Vgl. *Ruffert*, FS-Hufen, 511 (520). Es gilt aber zu konzedieren, dass der Einzelfallbezug der verfassungsgerichtlichen Kontrolle abstrakt-genereller Gesetze geringer ist als jener der Spruchtätigkeit in der Fachgerichtsbarkeit, richtig *Vogel*, S. 199.

[232] Vgl. eine entsprechende vierstufige Zusammenfassung bei *Morand*, in: Grimm/Maihofer (Hrsg.), 11 (16 f.) in Anlehnung an die etwas abweichende Reihung bei *Gusy*, ZRP 1985, 291 (292 ff.); dreistufige Kategorisierung unter Aussparung der Bewertungsebene hingegen bei *Ruffert*, FS-Hufen, 511 (517).

Begriff der „prozeduralen Sorgfaltsanforderungen" bezeichnet. Das erste Hartz IV-Urteil des BVerfG konnte zunächst als Ansatz zu einer diesen zugrunde liegenden Gesamtkonzeption interpretiert werden. Die damit verbundene Hoffnung auf dogmatische Systematisierung[233] ist mit den anschließenden Entscheidungen zum Asylbewerberleistungsgesetz und zu den nachgebesserten Hartz IV-Regelungen, die ihrer Formulierung nach ebenso grundlegende Geltung beanspruchen, indes sogleich verstoben. Der Erste Senat des BVerfG scheint gegenwärtig bemüht, seine in diesen beiden letzteren Judikaten formulierte Ablehnung gegenüber prozeduralen Sorgfaltsanforderungen als gefestigte Rechtsprechungslinie auch gegenüber der gegenteiligen Auffassung des Zweiten Senats für das Recht auf amtsangemessene Alimentation aus Art. 33 Abs. 5 GG zu etablieren.[234] Angesichts dessen fehlt es der Judikatur des BVerfG – ungeachtet ihrer durch Verweise auf vorherige Entscheidungen bewirkten teilweisen Binnensystematisierung – an einer einheitlichen Konzeptualisierung prozeduraler Pflichten, erscheint deren einzelfallbezogene Aktivierung vielmehr beinahe zufällig.[235] Jedenfalls bleibt eine ganze Reihe von Aspekten verfahrensbezogener gesetzgeberischer Pflichten unbewältigt:

Zunächst wird der verfassungsrechtliche Ansatzpunkt für prozedurale Bindungen des Gesetzgebers kaum einmal detailliert herausgearbeitet.[236] Für die Prüfung kommunaler Neugliederungsmaßnahmen und gesetzgeberischer Prognosen steht das Verhältnismäßigkeitsprinzip als normativer Anknüpfungspunkt im Vordergrund. Spiegelbildlich dazu steht die Verortung im Untermaßverbot für die Fälle grundrechtlicher Schutzpflichten. Hinsichtlich der Hochschulstrukturentscheidungen, der gesetzgeberischen Fachplanung, der Ausfüllung des Asylgrundrechts wie auch des Grundrechts auf die Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums werden prozedurale Pflichten des Gesetzgebers hingegen unmittelbar aus den berührten Grundrechtspositionen selbst – teilweise vermittelt über den Topos vom Grundrechtsschutz durch

---

[233] Eine entsprechende verbanden etwa noch *Rose-Ackerman/Egidy/Fowkes*, S. 178 mit sowohl der ersten Hartz IV-Entscheidung als auch dem Urteil zum AsylbLG; ähnlich auch *Meßling*, FS-Jaeger, 787 (812, 816).

[234] Vgl. die wortgleiche Übernahme der einschlägigen Passage aus dem Urteil zum AsylbLG in den jüngeren Entscheidungen BVerfGE 139, 148 (180); 140, 65 (80) jeweils mit Hinweis auf die Entscheidungen zur Professoren- und Richterbesoldung. Eine Spaltung des Gerichts sehen denn auch *Sanders/Preisner*, DÖV 2015, 761 (762).

[235] Schon *Ladeur*, NuR 1989, 66 (71) spricht von „unsystematisch gebliebenen Ansätzen"; vgl. nunmehr auch *Nolte*, Der Staat 52 (2013), 245 (248): „Von einer gradlinigen Rechtsprechung kann […] keine Rede sein", *Meßling*, FS-Jaeger, 787 (809): „wahllos", *Petersen*, S. 104: „fehlt bisher eine konsistente Systematik", *Reyes y Ráfales*, Rechtstheorie 45 (2014), 35 (44): „inkonsistent", *Rose-Ackerman/Egidy/Fowkes*, S. 175.

[236] Krit. zur dogmatischen Begründung *Hebeler*, DÖV 2010, 754 (759); zust. *Heusch*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), § 36, Rn. 87 mit Fn. 317 sowie *Nolte*, Der Staat 52 (2013), 245 (251) für das Hartz IV-Urteil und *Pestalozza*, NJ 2006, 1 (2) für die Rechtsprechung zu prozeduralen Begrenzungen der Kreditaufnahme.

Verfahren – begründet. Fallgruppenübergreifend wirkt der Gedanke der Kompensation geringer materiell-rechtlicher Bindungen durch verstärkte verfahrensbezogene Nachprüfungen,[237] wobei Wechselwirkungen zu gesetzgeberischen Einschätzungsspielräumen bestehen.[238] Bei näherer Betrachtung der typischen Fallgestaltungen, in denen die Rechtsprechung prozedurale Sorgfaltspflichten für den Gesetzgeber statuiert, wird augenfällig, dass sie in der Mehrzahl enge grundrechtliche Bezüge aufweisen.[239] Hinsichtlich der insofern auszunehmenden Sachbereiche der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie sowie der Erforderlichkeitsprüfung bei Art. 72 Abs. 2 GG sind jedenfalls vergleichbar gegenüber Eingriffen von außen abgeschirmte Kompetenzpositionen betroffen.[240] Trotz dessen sind naheliegende Überlegungen zu einer einheitlichen Ableitung gesetzgeberischer Verfahrenspflichten aus dem Charakter der subjektiven Rechtsstellung heraus[241] nicht erkennbar.

Weiterhin werden die verfahrensbezogenen Pflichten oftmals nicht eindeutig einer Verfahrens- oder Ergebniskontrolle zugeordnet. Die begrifflichen Unsicherheiten bei der Differenzierung zwischen formellen und materiellen Anforderungen, welche auf einer insofern fehlenden rechtstheoretischen Vergewisserung beruhen,[242] zeigen sich etwa besonders deutlich in der zuletzt ergangenen Entscheidung zum Asylbewerberleistungsgesetz. Das Begriffsverständnis vom formellen und materiellen Recht prägt letztlich auch die nur selten dezidiert entschiedene Frage nach einer eigenständigen oder nur ergänzenden und damit ggf. nachrangigen Funktion der Verfahrenskontrolle gegenüber der Ergebniskontrolle.

---

[237] Ausdrücklich dazu schon BVerfGE 79, 311 (344 f.) mit Verweis auf die im Folgenden teilweise noch berücksichtigten Entscheidungen BVerfGE 33, 303 (341); 41, 251 (265); 49, 168 (181 ff.); 61, 210 (252); außerdem BVerfGE 130, 263 (301 f.), SächsVerfGH SächsVBl. 2014, 83 (91); ähnliche Deutung wie hier bei *Arnim*, DÖV 2016, 368 (370), *Gartz*, S. 227, *Hill*, Verfahren, S. 65, *Lange*, S. 268, *Meßerschmidt*, S. 821 f., *Petersen*, S. 102 f., 217, *Schuppert*, Governance, S. 42.

[238] Vgl. insbesondere *Bickenbach*, S. 414, 429, relativierend 428 unten, *Petersen*, S. 101 ff. zur „prozeduralen Konstruktion von Einschätzungsspielräumen", *Rose-Ackerman/Egidy/Fowkes*, S. 175.

[239] Gemeinsame Betrachtung als *„[g]rundrechtliche*, von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts formulierte Anforderungen" etwa bei *Schuppert*, Gesetzgebung, S. 19 ff. – Hervorhebung nicht im Original; vgl. auch *Bickenbach*, S. 427 f., der andererseits betont, es sei „mehrheitlich das Staatsorganisationsrecht" betroffen, *Bickenbach*, S. 439; durchgängige Deutung als grundrechtsbasierte prozedurale Anforderungen gerade in Kontrastierung zur demokratietheoretisch geprägten verfahrensbezogenen Kontrolle durch das südafrikanische Verfassungsgericht bei *Rose-Ackerman/Egidy/Fowkes*, S. 163 f., 174, 185 f., passim.

[240] Vgl. zu diesem Verständnis *Heusch*, S. 136 ff., 184 ff.

[241] Dagegen aber von vornherein *Meßerschmidt*, S. 822.

[242] Für die rechtstheoretische Diskussion um die Begriffe vom formellen und materiellen Recht und um das Verhältnis beider Kategorien von Rechtssätzen zueinander sei hier zunächst nur verwiesen auf *Henckel*, S. 24 ff., *Kollmann*, passim, *Pöcker*, S. 31 ff. und *Röhl/Röhl*, S. 504 ff.; im Einzelnen ausführlich unten Kap. 3 C. I.

Weiter erschwert wird die Entwicklung einer einheitlichen Konzeption durch begriffliche Unsicherheiten schon bei der Formulierung der verfassungsrechtlichen Anforderungen an das Gesetzgebungsverfahren. Wenn einerseits von Verpflichtungen oder Aufgaben die Rede ist und andererseits von Obliegenheiten, wird nicht deutlich, ob die damit geweckten Assoziationen an entsprechende materiell-zivilrechtliche Differenzierungen zwischen einklagbaren Pflichten und solchen, die im wohlverstandenen Eigeninteresse bestehen,[243] beabsichtigt sind oder ob eher an prozessuale Darlegungs- und Beweislastregeln[244] angeknüpft werden soll.

Schließlich fehlt es an einer erkennbaren Vorstellung von der praktischen Erfüllbarkeit und Erfüllung der aufgestellten gesetzgeberischen Verfahrenspflichten. Eher erratisch wird in der Nachprüfung auf Entwurfsbegründungen oder Äußerungen im parlamentarischen Verfahren zurückgegriffen,[245] ohne dass ein verbindlicher Kanon tauglicher Medien entwickelt würde, deren sich der Gesetzgeber bei Erfüllung der ihn treffenden prozeduralen Pflichten bedienen könnte.[246] Auch der Mechanismus der praktischen Wahrnehmung gesetzgeberischer Beobachtungs- und Nachbesserungspflichten bleibt ungeklärt.[247]

II. Literatur

Es wäre an der nicht an die Grenzen und Zwänge des Einzelfalls gebundenen Literatur, Lösungen für diese Fragestellungen zu entwickeln, die die Rechtsprechung schuldig geblieben ist. Wie sich im Folgenden zeigen wird, konnte auch das Schrifttum dieser Aufgabenstellung bisher aber nicht hinreichend gerecht werden.

---

[243] *Olzen*, in: Staudinger, § 241 BGB Rn. 123, wobei die Rechtsnatur der Obliegenheit auch im Zivilrecht im Übrigen umstritten ist, vgl. den Meinungsstand bei *Olzen*, in: Staudinger, § 241 BGB Rn. 124 ff. m. w. N.

[244] Ausdrücklich von einer „Darlegungslast" – meist aber neben der „Obliegenheit" – ist wie gesehen in der prozedural geprägten Rechtsprechung zur Nettokreditaufnahme nach Art. 115 Abs. 1 S. 2 GG a. F. die Rede, BVerfGE 79, 311 (344 f.); 119, 96 (140 f.); vgl. auch BerlVerfGH NVwZ 2004, 210 (212), MVVerfG LKV 2006, 23 (24), HessStGH NVwZ-RR 2006, 657 (662 f.), NWVerfG NVwZ 2011, 805 (806 f.); zu fallgruppenübergreifenden entsprechenden Deutungen der Rechtsprechung unten bei A. II. 3. b) cc) (3).

[245] Vgl. *Hofmann*, S. 424: „was die Gerichte dazu nötigt, in der Entstehungsgeschichte ‚herumzustochern'", beinahe wortgleich schon *Redeker/Karpenstein*, NJW 2001, 2825 (2829); außerdem *Nolte*, Der Staat 52 (2013), 245 (252).

[246] Eine Ausnahme bilden insofern die Entscheidungen BVerfGE 79, 311 (345), NdsStGH NVwZ 1998, 1288 (1290 f.), BerlVerfGH NVwZ 2004, 210 (212); ähnlich HessStGH NVwZ-RR 2006, 657 (662).

[247] Dazu *Gusy*, ZRP 1985, 291 (294), *Höfling/Engels*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), § 34, Rn. 29, 36, 46 ff. und *Smeddinck*, S. 224: „Wie läßt sich diese Maßgabe operationalisieren?"; überblicksartiger Versuch einer Antwort bei *Kretschmer*, in: Karpen/Hof (Hrsg.), 15 (20 ff.).

Die Diskussion um die an den Gesetzgeber zu stellenden Rationalitätsanforderungen ist im Schrifttum von andauernder Aktualität, wie die kontroversen Reaktionen insbesondere auf die referierten BVerfG-Entscheidungen zum Nichtraucherschutz und zur Hartz IV-Gesetzgebung[248] wie auch die schon erwähnte Staatsrechtslehrertagung von 2011 zeigen. Es ist insofern gar von „einer kleinen Renaissance der Gesetzgebungslehre“[249] die Rede.

1. Systemkonsistenz: Gebote der Systemgerechtigkeit, Folgerichtigkeit und Widerspruchsfreiheit[250]

Das vom BVerfG entwickelte Gebot der Folgerichtigkeit wird dabei im Schrifttum oftmals sehr kritisch betrachtet. Verbreitet wird eine übermäßige Einengung des demokratisch fundierten gesetzgeberischen Handlungsspielraums gerade auch zu Lasten der Bundestage zukünftiger Legislaturperioden beklagt.[251] Es drohe eine „Versteinerung der Rechtsordnung“.[252] Unter Verletzung der Lex-posterior- und Lex-superior-Regel bzw. des Vorrangs der Verfassung erlange das die Systementscheidung bildende einfache Recht Vorrang vor dem ggf. später erlassenen, normenhierarchisch jedenfalls gleichrangigen systemfremden Recht.[253] Dabei sei die Differenzierung zwischen den noch das System bildenden Normen einerseits und den es durchbrechenden Regelungen andererseits gar nicht objek-

---

[248] Krit. zu Ersterer etwa *Cornils*, ZJS 2008, 660 (662 f.), *Gröschner*, ZG 2008, 400 (400 ff.), *Rixen*, SRa 2010, 81 (84 f.) – Letzterer dabei auch zur Hartz IV-Rechtsprechung; zur Nichtraucherschutz-Entscheidung differenzierend *Michael*, JZ 2008, 875 (875 ff.).

[249] *Bickenbach*, S. 415 unter exemplarischem Verweis auf die Beiträge von *Meßerschmidt*, ZJS 2008, 111 (111 ff.) und *Meßerschmidt*, ZJS 2008, 224 (224 ff.) zu den „Entwicklungstendenzen der Jurisprudenz“; ähnlich *Emmenegger*, S. 303.

[250] Umfangreiche Nachweise, die hier nur exemplarisch aufgegriffen werden können, etwa bei *Bröhmer*, S. 200 mit Fn. 18, *Kischel*, AöR 124 (1999), 174 (175 mit Fn. 2), *Leisner-Egensperger*, DÖV 2013, 533 (533 mit Fn. 1), *Thiemann*, in: Emmenegger/Wiedmann (Hrsg.), 179 (179 f., 186 mit Fn. 21).

[251] *Kischel*, AöR 124 (1999), 174 (206) sieht das Demokratieprinzip berührt; vgl. auch *Dann*, Der Staat 49 (2010), 630 (630), *Bröhmer*, S. 201, *Isensee*, AöR 140 (2015), 169 (178), *Peine*, S. 298, 313 f. und das Sondervotum von Bryde BVerfGE 121, 317 (380 f.) – abw. Meinung Bryde; Letzterem zust. *Payandeh*, AöR 136 (2011), 578 (612 f.); in Teilen zust. auch *Petersen*, S. 180, der sich im Übrigen aber differenziert und offen zeigt.

[252] *Bäcker*, DVBl. 2008, 1180 (1183): „schlimmstenfalls […] weitgehend gelähmt“, *Bumke*, Rechtswidrigkeit, S. 85. *Kischel*, AöR 124 (1999), 174 (205) m. w. N. spricht von einer „Verkrustungsgefahr“; der Sache nach ebenso *Tappe*, JZ 2016, 27 (31). Diese Gefahr benennt zwar auch *Bulla*, ZJS 2008, 585 (591, 596), sieht sie aber in der bisherigen Praxis gebannt; ähnlich wohl auch *Müller-Franken*, NJW 2009, 48 (55), der keine „Zementierung“ des einfachen Rechts durch die BVerfG-Rechtsprechung erkennt.

[253] *Kischel*, AöR 124 (1999), 174 (204 f.), *Kischel*, in: FS-Kirchhof, § 34, Rn. 11, *Lepsius*, JZ 2009, 255 (262), *Peine*, S. 247 ff., *Tappe*, JZ 2016, 27 (31); vgl. auch *Schmidt*, FS-Canaris, Bd. 2, 1353 (1357); anders *Osterloh*, FS-Bryde, 429 (439, 441 f.), die auf bemerkenswerte vergleichbare Wirkungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips hinweist.

tivierbar.[254] Dadurch, dass Abweichungen besonders begründungsdürftig seien, würden zulasten der Freiheitsrechte zudem Radikallösungen gegenüber differenzierenden Konzepten bevorzugt.[255] Grundrechtsdogmatische Kritik entzündet sich insbesondere an der im Urteil zum Rauchverbot in Gaststätten entwickelten Kombination von freiheits- und gleichheitsrechtlichen Erwägungen durch die Implementierung der Folgerichtigkeit in den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.[256] Noch grundsätzlicher werden gar mit dem Konsistenzgebot entgegen dessen eigentlicher Zielrichtung verbundene Rationalitätsverluste konstatiert, da erstens die Ermittlung des Systems als Maßstab weitgehend subjektiv geprägt sei und zweitens eine für die Zukunft nicht mehr zu hinterfragende Anerkennung der Systementscheidung die gesetzgeberische Begründungsrationalität durch Komplexitätsreduktion vermindere.[257]

Andere besprechen die zunehmende Bedeutung des Konzepts der Folgerichtigkeit in der Judikatur des BVerfG hingegen positiv. In dieser Strömung sieht man den gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum und die Dynamik der Rechtsordnung nicht gefährdet, sondern begrüßt die verstärkten Begründungsanforderungen an gesetzgeberische Ausnahmeregelungen.[258] Auf diese letztere Wirkung wird die Folgerichtigkeit im Sinne einer „Verdeutlichung der Widerspruchsfreiheit", wie sie Art. 3 Abs. 1 GG gebietet, oftmals schon reduziert.[259]

---

[254] *Bröhmer*, S. 201, *Kischel*, AöR 124 (1999), 174 (206 f.), *Payandeh*, AöR 136 (2011), 578 (596); vgl. auch *Degenhart*, Systemgerechtigkeit, S. 53 f. und *Lepsius*, JZ 2009, 255 (263) zu den Schwierigkeiten bei der Bestimmung des Systems; der Sache nach auch *Möllers*, NJW 2005, 1973 (1977).

[255] *Bäcker*, DVBl. 2008, 1180 (1183), *Bickenbach*, S. 423, *Grzeszick*, VVDStRL 71 (2012), 49 (59), *Hufen/Siegel*, Rn. 30, *Michael*, JZ 2008, 875 (877); so schließlich auch das Sondervotum von Masing im BVerfG-Urteil zum Rauchverbot in Gaststätten, BVerfGE 121, 317 (381 ff.) – abw. Meinung Masing.

[256] Krit. zu einem solchen „Grundrecht auf Konsequenz" *Bäcker*, DVBl. 2008, 1180 (1183) und ähnlich *Tappe*, JZ 2016, 27 (30 f.) sowie *Dieterich*, S. 514 ff. m. w. N.; für Beschränkung der Folgerichtigkeit auf den Gleichheitssatz *Michael*, VVDStRL 71 (2012), 101 – Diskussionsbeitrag; mit Blick auf die Entwicklung der Rechtsprechung versöhnlich hingegen *Payandeh*, AöR 136 (2011), 578 (605).

[257] *Cornils*, DVBl. 2011, 1053 (1056 f.). Keinen Rationalitätsgewinn sieht auch *Payandeh*, AöR 136 (2011), 578 (595 f., 602).

[258] Etwa *Bulla*, ZJS 2008, 585 (596), *Leisner-Egensperger*, DÖV 2013, 533 (538), *Philipp*, S. 362 ff., partiell *Grzeszick*, VVDStRL 71 (2012), 49 (58 f.); vgl. auch *Tipke*, JZ 2009, 533 (539 f.), *Osterloh*, FS-Bryde, 429 (441 f.), *Schoch*, DVBl. 1988, 863 (878): „entscheidende[r] Rationalitätsgewinn". *Schwarz*, FS-Isensee, 949 (964) sieht diesen in der BVerfG-Rechtsprechung aber kaum eingelöst; hinsichtlich der Transparenzwirkung der Systemgerechtigkeit positiv auch *Bröhmer*, S. 200 f. und *Petersen*, AöR 138 (2013), 108 (118 f.). *Bickenbach*, S. 423 hat gegen das Gebot der Folgerichtigkeit „grundsätzlich nichts einzuwenden", warnt aber vor dessen Verselbstständigung; zu letzterer Gefahr auch *Dieterich*, S. 380.

[259] Etwa *Bulla*, ZJS 2008, 585 (596), *Drüen*, JZ 2010, 88 (93), *Leisner-Egensperger*, DÖV 2013, 533 (538), *Meßerschmidt*, S. 34, *Thiemann*, in: Emmenegger/Wiedmann (Hrsg.), 179 (189 f., 203); siehe auch bereits *Robbers*, DÖV 1988, 749 (756); vgl. auch *Bröhmer*, S. 206, *Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 107 Rn. 54: „Es bedarf insoweit lediglich eines sachlichen Grundes", *Schwarz*, FS-Isensee, 949 (957); nur sehr zurückhaltend eine Indizwirkung des

Der damit verbundene Trend zu weniger ausdifferenzierten Regelungen wird angesichts der größeren Übersichtlichkeit in positiver Wendung als Transparenzgewinn gedeutet.[260]

Man ist sich doch bei alledem ganz verbreitet einig, dass denkbarer verfassungsrechtlicher Anknüpfungspunkt für das Gebot der Folgerichtigkeit – ungeachtet des Obs seiner Anerkennung – vornehmlich die Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes[261] sein muss, wobei sich nunmehr deutliche Bezüge auch zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergeben.[262] Jedenfalls insofern vermag die Analyse, „Kritik und Gegenkritik an der Folgerichtigkeitsjudikatur" stünden sich „unversöhnlich gegenüber",[263] nicht zu tragen. Dass auch von den Befürwortern der Rechtsprechung des BVerfG die Bedeutung des Grundsatzes der Folgerichtigkeit insofern relativiert wird, als er vor allem besondere Begründungsanforderungen an Ausnahmen mit sich bringe, verdeutlicht, dass es im Kern der Auseinandersetzung um die Ausdifferenzierung der Dogmatik der Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen vor dem Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG geht. Dieser verfassungsrechtliche Anknüpfungspunkt wird auch in den früheren, grundlegenden und dabei sehr kritischen Arbeiten von *Battis*, *Degenhart* und *Peine* als Zentrum der Diskussion durchaus anerkannt.[264] Entsprechendes gilt für die jüngste, ebenso sehr zurückhaltende Studie von

---

Systembruchs für eine rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlung erwägend, dieser aber höchstens deskriptive Kraft zusprechend und eine Begründungspflicht aus dem Gedanken der Systemgerechtigkeit heraus abl. *Dieterich*, S. 452 ff., 504 f.

[260] *Bröhmer*, S. 200 f.

[261] Als immerhin „[v]orherrschender Ansatz" bezeichnet auch bei *Dieterich*, S. 382 m. w. N. in Fn. 386; vgl. dazu auch die Darstellung der Diskussion bei *Haack*, S. 73 ff., 131 f. m. w. N. sowie jüngst noch *Philipp*, S. 52 ff.

[262] *Brenner*, ZG 2011, 394 (403), *Führ*, S. 8 f., *Hufen/Siegel*, Rn. 30, *Kischel*, in: BeckOK-GG, Art. 3 Rn. 95, *Kischel*, AöR 124 (1999), 174 (193 ff.), *Kloepfer*, GS-Brandner, 93 (100), *Mehde/Hanke*, ZG 2010, 381 (387), *Meßling*, FS-Jaeger, 787 (812), *Michael*, JZ 2008, 875 (878), *Osterloh*, FS-Bryde, 429 (431, 434 ff.), *Robbers*, DÖV 1988, 749 (755 f.), *Schneider*, § 4, Rn. 59, *Schoch*, DVBl. 1988, 863 (878 f.), *Smeddinck*, S. 126, *Tappe*, JZ 2016, 27 (28 f.), *Tipke*, JZ 2009, 533 (533 f., 540), *Zippelius*, Recht, S. 35; zusätzlich Rekurs auf Rechtssicherheit und Vertrauensschutz bei *Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 107 Rn. 53 f. mit Fn. 129; auf Grundrechte und Rechtsstaatsprinzip bei *Grzeszick*, VVDStRL 71 (2012), 49 (55); vgl. auch die Einordnung beim sonst abl. *Schmidt*, FS-Canaris, Bd. 2, 1353 (1365 f.) und ähnlich *Bumke*, Rechtswidrigkeit, S. 83 f. mit Fn. 161; zu letzterem Aspekt der Verhältnismäßigkeit neben der Entscheidung zum Rauchverbot in Gaststätten *Axer*, FS-Isensee, 965 (979), der die Folgerichtigkeit als Konsequenzgebot versteht, welches Beurteilungskriterium der Verhältnismäßigkeit sein soll, *Leisner-Egensperger*, DÖV 2013, 533 (538), *Payandeh*, AöR 136 (2011), 578 (610) und *Petersen*, AöR 138 (2013), 108 (128, Fn. 97); deskriptiv auch *Petersen*, S. 131; für die „Verfassungspflicht" zu „[k]onsequente[r] Zweckverfolgung" als selbstständige „Schranken-Schranke" *Lindner*, ZG 2007, 188 (196 ff., 200 ff.).

[263] So *Drüen*, JZ 2010, 88 (94).

[264] Siehe *Battis*, FS-Ipsen, 11 (12 ff.), *Degenhart*, Systemgerechtigkeit, S. 49 ff., *Peine*, S. 255, 287 ff., passim, der die Ableitung eines Konsequenzgebots aus dieser Norm indes im Ergebnis ablehnt; vgl. grundlegend zum Systemgedanken im Privatrecht – schon mit einem Verständnis der Folgerichtigkeit als „Ausprägung des Gleichheitssatzes" – *Canaris*, S. 16, passim.

Dieterich.[265] Der von *Degenhart* alternativ formulierte Ansatz, die Bindung des Gesetzgebers an das einfachrechtliche System mit einer Vorstellung von Verfassungskonkretisierung und -wandel durch einfaches Recht zu begründen,[266] hat nachhaltigen Widerhall nicht gefunden.[267] Auch die umsichtig herausgearbeitete Auffassung *Peines*, ein Gebot der Systemgerechtigkeit sei verfassungsrechtlich nicht begründbar,[268] hat sich in dieser Generalisierung nicht durchsetzen können. *Reicherzers* Bemühungen, der mit dem Gebot der Systemgerechtigkeit einhergehenden Rechtfertigungspflicht von Ausnahmen auch demokratisch-legitimationsstiftenden Gehalt beizugeben,[269] harren breiterer Rezeption. Es geht in der heutigen Auseinandersetzung also vornehmlich noch darum, inwiefern mit dem Gebot der Folgerichtigkeit ein Mehrwert der dogmatischen Ausdifferenzierung von Art. 3 Abs. 1 GG einhergeht und die Prüfung am Maßstab des Gleichheitssatzes tatsächlich weiter rationalisiert und konkretisiert wird.[270]

2. Gebote der Bestimmtheit, Normenklarheit und Normenwahrheit

Die grundsätzliche Anerkennung des Gebots der Normenbestimmtheit mit den ihm vom BVerfG zugedachten Funktionen ist im Schrifttum ebenso unstreitig wie seine verfassungsdogmatische Verortung vornehmlich im Rechtsstaatsprinzip. Kritik geübt wird aber etwa an den schwankenden Maßstäben in der Rechtsprechung des BVerfG: Plastisch ist von der „Unbestimmbarkeit der Bestimmtheitsrechtsprechung" die Rede.[271] Auch die bisweilen sehr zurückgenommene Kontrolldichte der Rechtsprechung zu normativer Bestimmtheit wird moniert.[272] Eine darüber hinausgehende Grundsatzkritik erfolgt hingegen nicht. Vielmehr sind die dogmatischen Pfade insofern weitgehend ausgetreten.

Kontroverser diskutiert wird noch die Frage nach einer jeweils selbstständigen Bedeutung der neueren verfassungsgerichtlichen Kategorie der Normenwahrheit[273] wie auch der älteren der Normenklarheit[274] neben der Bestimmtheit. Die

---

[265] Dazu *Dieterich*, S. 382 m. w. N. in Fn. 386: „[v]orherrschender Ansatz", sodann umfassende Auseinandersetzung unter S. 382 ff., vgl. auch noch S. 540 f.

[266] *Degenhart*, Systemgerechtigkeit, S. 79 ff.

[267] Zu einzelnen Rezipienten und einer umfassenden Würdigung und Kritik jüngst *Dieterich*, S. 313 ff.

[268] Zusammenfassend *Peine*, S. 299 f.

[269] Dazu *Reicherzer*, ZG 2004, 121 (127 ff.).

[270] Dazu nunmehr umfassend *Dieterich*, S. 382 ff. m. w. N.

[271] *Cornils*, DVBl. 2011, 1053 (1055); vgl. in diesem Sinne auch *Papier/Möller*, AöR 122 (1997), 177 (197 f.); wohl auch *Bröhmer*, S. 159.

[272] *Kunig*, S. 403, *Papier/Möller*, AöR 122 (1997), 177 (197).

[273] Siehe *Cornils*, DVBl. 2011, 1053 (1055): „dürftig umschriebene und bis heute eher dunkel gebliebene ‚Normenwahrheit'"; implizit ähnlich *Bethge*, FS-Isensee, 613 (627 mit Fn. 160).

[274] Gemeinsame Verortung im rechtsstaatlichen Teilprinzip der Rechtssicherheit bei *Kunig*, S. 396; selbstständige Funktion von Bestimmtheit und Normenklarheit bei *Gartz*, S. 202 und

Normenwahrheit wird jedenfalls bereichsspezifisch als Verfassungsgebot gedeutet, dessen eigenständiger Gehalt auf die Übereinstimmung von auf Grundlage der überkommenen Auslegungsmethoden gerechtfertigter Normerwartung und Normgehalt gerichtet sei.[275] Insgesamt hat der Grundsatz der Normenwahrheit bisher eher wenig Resonanz im Schrifttum gefunden.[276] Es wurde indes schon oben darauf hingewiesen, dass sein inhaltlicher Innovationsgehalt als eher dürftig erscheint,[277] was die Zurückhaltung in der wissenschaftlichen Besprechung erklären mag.

3. Prozedurale Sorgfaltsanforderungen

Ganz anders nimmt sich die literarische Diskussion um prozedurale Sorgfaltsanforderungen an die Gesetzgebung aus, welche sich mit dem Wiederaufleben der wissenschaftlichen Gesetzgebungslehre ab den 1970er-Jahren[278] entfaltete. Zu ersten Untersuchungen des Schweizers *Noll* über Methoden gesetzgeberischer Tatsachenermittlung nach dem Vorbild des Gerichtsverfahrens[279] traten etwa die rechtssoziologische Betrachtung des Verfahrens der gesetzgeberischen Entscheidungsfindung durch *Opp*[280] sowie weitere Arbeiten unter Führung insbesondere von *Rödig*.[281] Allen war aber gemein, dass sie eher programmatische

---

Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 128 ff.; vgl. zusammenfassend auch *Bröhmer*, S. 159 f.

[275] *Drüen*, ZG 2009, 60 (66, 71 ff.), *Meyer*, Der Staat 48 (2009), 278 (294 ff.); vgl. auch *Cornils*, DVBl. 2011, 1053 (1055): „Lauterkeitsanforderung an den Gesetzgeber"; durchscheinend auch bei *Kirchhof*, S. 321 f.

[276] Aus dem rechtsstaatlich – in der Rechtssicherheit – fundierten Gebot der „Gesetzeswahrheit" etwa Anforderungen an die „Titelklarheit" herleitend hingegen *Merten*, FG-GFR, 295 (301, 306 ff.).

[277] Dazu oben A. I. 2.

[278] Dazu schon eingangs in der Einleitung.

[279] *Noll*, S. 9 ff.; aufgegriffen bei *Zimmer*, S. 94 f.; für die Strafgesetzgebung auch *Jäger*, FS-Klug, 83 (84 ff.) unter Weiterentwicklung der Vorstellung vom Gesetzgebungsverfahren als Rechtsstreit in einer „Prozeßtheorie" der Rechtfertigung von Freiheitsbeeinträchtigungen bei *Klug*, in: Bauer/Bürger-Prinz/Giese/Jäger (Hrsg.), 27 (33).

[280] *Opp*, passim.

[281] Vgl. auch die Einschätzung bei *Hill*, Gesetzgebungslehre, S. 1 und *Meßerschmidt*, ZJS 2008, 111 (113, 115); beispielhaft etwa die Beiträge in *Rödig (Hrsg.),* die sich u. a. mit der Gesetzgebungstechnik, den planungs- und entscheidungstheoretischen Grundlagen der Gesetzgebung und den Möglichkeiten ihrer Automation auseinandersetzen; des Weiteren *Baden*, GS-Rödig, 110 (110 ff.), *Hug*, GS-Rödig, 3 (3 ff.), *Noll*, GS-Rödig, 59 (59 ff.), *Schweizer*, GS-Rödig, 66 (66 ff.); im Übrigen auch die Arbeit von Bender, der sogar schon gesetzgeberische Planspiele und Simulationen in Erwägung zieht, *Bender*, S. 28 ff., passim, sowie *Bender*, ZRP 1976, 132 (485 f.); ähnlich *Craemer*, in: Rödig (Hrsg.), 529 (529 ff.) und *Geissler*, in: Rödig (Hrsg.), 514 (514 ff.); schließlich sei noch verwiesen auf die Bibliographie bei *Zeh*, in: Grimm/Maihofer (Hrsg.), 194 (210).

Beiträge in der rechtspolitischen Diskussion liefern wollten und die Verfahrensanforderungen an Gesetzgebung weder normativ fundierten noch gar deren Verfassungsrang thematisierten.[282] Eine nicht mehr primär soziologische und verhaltenswissenschaftliche, sondern rechtsdogmatische Debatte bildete sich dann aber in Reaktion auf die oben in Bezug genommene Rechtsprechung des BVerwG zu verfahrensrechtlichen Vorgaben für die Aufstellung von Bebauungsplänen und deren verwaltungsgerichtlicher Kontrolle,[283] auf die Judikatur der Landesverfassungsgerichte zu den prozeduralen Anforderungen an Gesetze der kommunalen Neugliederung[284] sowie insbesondere auf das Mitbestimmungsurteil des BVerfG[285] aus. Die „kompensatorische Funktion" prozeduraler Maßstäbe bei der Nachprüfung von Planungsentscheidungen wurde herausgearbeitet[286] und die verfassungsgerichtlicher Kontrolle von gesetzgeberischen Tatsachenfeststellungen und Prognosen in der hier referierten Spruchpraxis des BVerfG einem Systematisierungsversuch zugeführt.[287]

a) Antipoden Schwerdtfeger *und* Geiger/Schlaich

Vor diesem Hintergrund ist *Schwerdtfeger*[288] 1977 wohl der erste[289], der verfahrensbezogene Anforderungen an die gesetzgeberische Entscheidungsfindung als „Rechtsbindungen" aus dem Grundgesetz positiv formuliert und damit die Grundlage für eine Polarisierung der Literatur legt, wie sie noch heute andauert.

aa) „Optimale Methodik der Gesetzgebung als Verfassungspflicht"[290]

Schwerdtfeger untersucht die verfahrensmäßigen Bindungen des Gesetzgebers bis zur Verabschiedung des Gesetzes, wobei er für den von ihm betrachteten „Prozeß der Entscheidungsfindung" erstmals den heute gängigen Begriff des „innere[n] Gesetzgebungsverfahren[s]" einführt.[291] Er wähnt – ganz ähnlich wie

---

[282] So etwa in der programmatischen Schrift von *Bender*, passim oder bei *Scheuner*, DÖV 1960, 601 (601 f.) hinsichtlich der „Abhilfen im Rahmen der Technik der Gesetzgebung"; bei *Noll*, S. 15 Hinweis allein auf „die Demokratie", S. 56 auf die „demokratische[] Mitbestimmung".

[283] Zentral wiederum die sogenannte „Floatglas"-Entscheidung BVerwGE 45, 309 (312 f., 315, 322 f.); Effektuierung für die verfassungsrechtliche Konturierung der Gesetzesvorbereitung gerade in der Bundesregierung bei *Reicherzer*, S. 404; vgl. im Übrigen oben Fn. 59.

[284] Dazu oben A. I. 3. b) aa) (1).

[285] BVerfGE 50, 290; siehe im Übrigen oben A. I. 3. b) bb) (1).

[286] *Hoppe*, FG-BVerfG I, 663 (705).

[287] *Ossenbühl*, FG-BVerfG I, 458 (458 ff.); Vorarbeiten bei *Seetzen*, NJW 1975, 429 (429 ff.).

[288] *Schwerdtfeger*, FS-Ipsen, 173 (173 ff.).

[289] Diese Einschätzung dürfte allgemein konsentiert sein, vgl. nur *Meßling*, FS-Jaeger, 787 (794); zu einzelnen vorangegangenen Wegbereitern der Schwerdtfeger'schen Position noch *Meßerschmidt*, S. 843 m. w. N.

[290] So der Titel des Beitrags von *Schwerdtfeger*, FS-Ipsen, 173 (173).

[291] *Schwerdtfeger*, FS-Ipsen, 173 (173 f.); Begrifflichkeit in jüngerer Zeit aufgegriffen etwa bei *Bickenbach*, S. 413, passim, *Brenner*, ZG 2011, 394 (394, 396, passim), *Eckert*, S. 36, *Hoffmann*,