

Neue Staatswissenschaften

herausgegeben von

Hermann-Josef Blanke, Werner Jann und Holger Mühlenkamp

4



Kluges Entscheiden

Disziplinäre Grundlagen und
interdisziplinäre Verknüpfungen

herausgegeben von

Arno Scherzberg

in Verbindung mit

Tilmann Betsch, Hermann-Josef Blanke,
Peter Walgenbach, Arno Waschkuhn
und Gerhard Wegner

Mohr Siebeck

Arno Scherzberg, geboren 1956; Studium der Rechtswissenschaften in Tübingen und Münster; 1989 Promotion; 1998 Habilitation; Professor für Öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaft an der Universität Erfurt.

Gedruckt mit Unterstützung der Fritz Thyssen Stiftung für Wissenschaftsförderung.

ISBN 3-16-148988-8

ISBN-13 978-3-16-148988-4 / eISBN 978-3-16-160576-5 unveränderte eBook-Ausgabe 2022
ISSN 1860-2339 (Neue Staatswissenschaften)

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

© 2006 Mohr Siebeck Tübingen.

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 der Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Held in Rottenburg gebunden.

Vorwort der Herausgeber

Der Begriff der Klugheit als Schlüsselbegriff der vom 17.–19. 2. 2005 veranstalteten, von der Fritz-Thyssen-Stiftung geförderten Ersten Erfurter Staatswissenschaftlichen Tagung sollte zunächst mehr beschreibend als trennscharf definierend Bedingungen für den Erfolg individuellen, organisationellen und politischen Handelns erfassen. Die Frage nach der Klugheit des Entscheidens eröffnet ein Forschungsfeld, das zwar in seinen verschiedenen Aspekten bereits Gegenstand der Verhaltens- und Organisationswissenschaften geworden ist, in seiner ebenen- und disziplinübergreifenden Bearbeitung aber noch weitgehend in den Anfängen steht.

Die Behandlung der Fragen klugen Entscheidens in den tradierten Rationalitätstheorien und -modellierungen bleibt seit langem hinter den Erkenntnissen aus praktischen Erfahrungsprozessen zurück. Rationalitätsbegriff und „rational choice“-Modelle lassen kaum Rückschlüsse darauf zu, mit welchen Verhaltensweisen in der sozialen und politischen Praxis tatsächlich die wirksame Verfolgung gesetzter Ziele gelingt. Dazu gehört mehr als das zutreffende Erheben von Fakten, das verstandesmäßige Abarbeiten von Argumenten, die Abwägung von Kosten und Nutzen und die Befolgung einschlägiger Muster oder Normen, obwohl darin jeweils durchaus eine kluge Vorgehensweise gesehen werden kann. Eine aussagekräftige Theorie klugen Entscheidens muss sich einen praxisnäheren Horizont erschließen und Phänomene und Vorgänge konzeptionalisieren, wie den Einfluss von Emotion und Intuition im individuellen Entscheidungsprozeß, das Nichtwissen und die Ungewissheit über Entscheidungsgegenstand und Entscheidungsfolgen, die Eigengesetzlichkeit und Nichtlinearität der Prozesse der Entscheidungsfindung vor allem in Gruppen und Organisationen und die Bedeutung einer angemessenen Rückkopplung der Entscheidungsträger mit den jeweiligen sozialen, wirtschaftlichen und politischen Kontexten. All dies kann etwa die Wahl eines robusten statt eines voraussetzungsvollen Lösungsweges, den Verzicht auf Maximierungs- und Optimierungsstrategien und die Aufrechterhaltung von Flexibilitäten und Ambiguitäten anstelle einer effektiven Alternativenwahl nahe legen. Ein Modell angemessener Problembewältigung lässt sich vor diesem Hintergrund nicht auf das Ideal „rationaler Wahl“ stützen und kann sich auch nicht mit deren Reduktion auf „beschränkte Rationalität“ begnügen. Solchen Ansätzen setzt die Tagung ganz bewusst den tentativen Begriff der Klugheit des Entscheidens entgegen, der auf die Modellierung viabler Lö-

sungswege, die Berücksichtigung indirekter Einflussfaktoren und die Erschließung nicht bewusst angesteuerter Nutzenpotentiale zielt.

Die Erste Erfurter Staatswissenschaftliche Tagung sollte die Notwendigkeit der Entwicklung einer Klugheitslehre gesellschaftlichen Entscheidens aufzeigen, die Chancen dafür ausloten und erste inhaltliche Anstöße für ihre Ausformung geben. Dazu führte sie Wissenschaftler aus den Bereichen Institutionenökonomie, Mikroökonomie, Organisationswissenschaft, Philosophie, Politikwissenschaften, Psychologie, Rechtswissenschaft und Soziologie zu einem disziplinübergreifenden Diskurs zusammen. Dieser fand seinen Auftakt in den das Themenfeld überspannenden *keynotes* von *Wolfgang Hoffmann-Riem*, *Birger Priddat* und *Alfred Kieser*. In drei parallelen Arbeitsgruppen wurden sodann die Entscheidungssphären des Individuums, der Organisation und des politischen Prozesses mit ihren Bedingungen, Regeln und Pathologien des Näheren entfaltet. Der dabei erzielte Erkenntnisgewinn wurde in Kurzberichten aus den Arbeitsgruppen dem gemeinsamen Podium vermittelt und dort in der Abschlussveranstaltung vornehmlich mit Blick auf die Wechselwirkung der Entscheidungsebenen und die Folgerungen für ein übergreifendes Klugheitskonzept weiter reflektiert. Die vorliegende Dokumentation fasst die *keynotes*, die zur Publikation verfügbaren Beiträge der Tagungsteilnehmer aus den Arbeitsgruppen und – im abschließenden Ausblick – die wesentlichen Ergebnisse der Abschlussdiskussion zusammen.

In seinem *Eröffnungsreferat* „Die Klugheit der Entscheidung ruht in ihrer Herstellung – selbst bei der Anwendung von Recht“ nimmt *Wolfgang Hoffmann-Riem* die Zielsetzung der Tagung aus juristischer Perspektive auf. Entgegen der Unterstellungen der tradierten rechtlichen Dogmatik trage das Recht nur einen relativen Richtigkeits- und Wahrheitsanspruch in sich und eröffne fast immer unterschiedliche Wege der Problemlösung. Folglich könne die Klugheit des Entscheidens im Recht nicht durch das Recht allein gesichert werden, sondern sei von der Aktivierung weiterer, insbesondere situativer und kommunikativer Faktoren abhängig. Den Einfluss dieser Faktoren erläutert *Hoffmann-Riem* am Beispiel der Entscheidungsprozesse des Bundesverfassungsgerichts, dem er selbst als aktiver Richter angehört. Die Entscheidungsfindung des Gerichts sei vom Gesetzgeber in einer Weise vorstrukturiert worden, die Raum für den ergänzenden Einsatz von Klugheitsfaktoren eröffnet. Als solche wirkten vornehmlich die geschriebenen und ungeschriebenen Verfahrensregeln und -praktiken der Senate und Kammern, die Kreativitätspotentiale der Kollegialberatungen, das Vertraulichkeitsgebot dieser Beratungen und die Einrichtung der „dissenting opinion“, das die Unabgeschlossenheit des Verfassungsdiskurses signalisiert. Das Postulat klugen Entscheidens ist für *Hoffmann-Riem* ein geeignetes, hinreichend flexibles Leitbild, um die Aufmerksamkeit der Rechtswissenschaft auf die zur Bewältigung von

Kontingenzen und Ungewissheit wichtigen außerrechtlichen Klugheitsfaktoren zu lenken.

In der zweiten *keynote* „Kommunikative Entscheider: Sprache und Ökonomie“ analysiert *Birger Priddat* die Bedeutung von Kommunikation als Steuerungsfaktor und damit auch als Klugheitsreservoir ökonomischer Entscheidungen. Individuelles ökonomisches Verhalten stehe im Kontext aller anderen ökonomischen Handlungen und damit in individuellen, transaktionalen und kompetitiven Rationalitätsbezügen. Die „beste Alternative“ wird als Bedeutungszuschreibung an eine Option nicht individuell, sondern kommunikativ generiert. *Priddat* hält die tradierte Fokussierung der Ökonomie auf die Kommunikationsform der Transaktion für eine Verengung, die deren direkte und indirekte kommunikative Steuerung über Aushandlungs- und Präferenzbildungsprozesse und die kommunikative Konstitution der Marktsituation als solcher ignoriert. „*Rational choices*“ sind deshalb keine einfachen Wahlakte über gegebene Alternativen, sondern komplexere Urteilsakte über relevante Weltprospekte, die die Alternativenmengen des Marktes nach kommunikativ generierten neuen Bedeutungen interpretieren. Bei einer solchen kommunikativen Gründung ökonomischen Verhaltens erscheint freilich der „methodologische Individualismus“ als dominante Beobachtungsperspektive der Wirtschaftswissenschaft überholt. Ferner ist das Konzept der *bounded rationality*, das über beschränkte Informationshorizonte informiert, zu einer *bounded epistemology* zu erweitern, die die Unvollständigkeit der Erkenntnisgrundlagen bei der kommunikativen Generierung der als möglich geltenden Alternativen indiziert. Wird die allokativer Steuerung der Märkte demnach überlagert durch eine kommunikative, gibt es keinen zentralen Ort der Steuerung und können alle sozialen Systeme: Politik, Familie, Moral, Kultur ihre *issues* und damit auch ihre Klugheitspostulate einspielen.

Alfred Kieser betrachtet in der dritten *keynote* unter dem Titel „Entscheiden Manager klug, wenn sie mithilfe von Unternehmensberatern oder Wissenschaftlern entscheiden?“ die betriebliche Beratung als einen konkreten Typus der von *Priddat* thematisierten Optionen generierenden Kommunikationsbeziehung. Er widmet sich dabei zunächst der Frage, warum der Rat von Unternehmensberatern in der Praxis zunehmend nachgefragt wird, während Managementwissenschaftler immer seltener um eine Stellungnahme gebeten werden. Wesentliche Gründe für die zunehmende Inanspruchnahme von Beratungsleistung von Unternehmen sieht *Kieser* im Bedürfnis von Managern nach Aufrechterhaltung von Kontrolle und im Ruf der Berater als Experten zu deren Wiederherstellung. Freilich basiert der Rat der Unternehmensberater häufig auf simplifizierenden Modellen und nicht immer zutreffenden Annahmen. Vor diesem Hintergrund vermutet *Kieser*, dass die Kommunikation mit dem Unternehmensberater eine Reihe weiterer – in der Mehrzahl latenter – Funktionen übernimmt, die

nicht Gegenstand des Beratervertrags sind, so z.B. die Legitimierung des Unternehmens und bestimmter betrieblicher Entscheidungen. Die abnehmende Bedeutung der Managementwissenschaft für die Unternehmenspraxis führt er zum einen auf die unterschiedlichen Sprachspiele von Wissenschaft und Praxis sowie zum anderen – und bedeutender – auf die Selbstreferenz des Wissenschaftssystems zurück. Wissenschaftliche Kommunikation könne nur auf der Basis wissenschaftlicher Kommunikation beurteilt werden. Die Folge ist der bekannte trade-off zwischen „rigor“ und „relevance“. Das Fazit des Beitrags von *Kieser* ist insofern ernüchternd: „Weder Berater noch Wissenschaftler verhelfen mit einiger Sicherheit zu klugen Entscheidungen.“

In der *Arbeitsgruppe „Individuelles Entscheiden“* stellten Wissenschaftler aus den Bereichen Ökonomie und Psychologie empirische Arbeiten vor, die sich mit dem Einfluss von Emotionen auf das individuelle Entscheidungsverhalten beschäftigten. Die Alltagsweisheit lehrt uns, dass nur ein klarer, kühler Verstand kluge Entscheidungen produzieren kann. Nach dieser Sichtweise trüben Gefühle, Affekte und Emotionen das Urteilsvermögen und verschlechtern eher die Qualität der Entscheidungen. Neuere Forschungen aus den Neurowissenschaften, der Psychologie und der Ökonomie zeichnen jedoch ein anderes Bild. Das emotionale System scheint geradezu notwendig dafür zu sein, dass Individuen kluge Entscheidungen treffen können.

In ihrem Beitrag „Zur Rationalität von Emotionen beim Problemlösen: Eine psychologische Perspektive“ weisen *Joachim Funke* und *Daniel Holt* auf die enge Verknüpfung von Emotion und Kognition am Beispiel des komplexen Problemlösens hin. Neben einer Reihe von einschlägigen theoretischen Konzepten stellen sie auch zahlreiche empirische Befunde zum Thema vor. Insgesamt wird deutlich, dass Emotion und Kognition gemeinsam betrachtet werden müssen, um die Rationalität von Problemlösungen und Entscheidungen zu verstehen.

Der Beitrag von *Heike Hennig-Schmidt* und *Hong Geng* „Über Emotionen und Klugheit in impliziten Verhandlungen. Eine experimentelle Untersuchung anhand des Power-to-take-Spiels“ stellt eine empirische Studie aus dem Bereich der experimentellen Ökonomie vor. Das Experiment beinhaltet ein zweistufiges, anonymes, nicht wiederholtes Spiel mit zwei Spielergruppen, das die Situation einer nicht-direkten Verhandlung widerspiegelt. Dabei wird die vermittelnde Rolle von Emotionen auf das Verhalten einer *bevorteilten* Spielergruppe untersucht. Die Ergebnisse zeigen, dass es sich *auszahlt*, die eigenen Emotionen und die Gefühle der Anderen hinsichtlich des Erlebens von Fairness mit in die Entscheidungen einzubeziehen.

Im dritten Beitrag dieser Arbeitsgruppe, „Die Klugheit der Intuition und ihre Grenzen“, gibt *Henning Plessner* eine erste Antwort auf die Frage, un-

ter welchen Umständen es sinnvoll sein kann, sich bei Entscheidungen auf seine Gefühle zu verlassen. Eine Reihe von Befunden zeigt, dass intuitive Urteile über Gefühle vermittelt werden, die wiederum die Lernerfahrung der Person widerspiegeln. Insofern kann es klug sein, sich auf seine Intuition zu verlassen, wenn sie auf einer repräsentativen Erfahrungsstichprobe mit den Entscheidungsalternativen beruht. Wenn man sich jedoch nicht sicher ist, ob die Voraussetzung der repräsentativen Erfahrungsstichprobe gegeben ist, sollte man sein Gefühl hinterfragen und weitere Indikatoren heranziehen, bevor wichtige Entscheidungen getroffen werden.

In den Diskussionen zu den Vorträgen zeichnete sich eine breite Übereinstimmung darüber ab, dass Emotionen bei individuellen Entscheidungen eine tatsächlich bedeutende Rolle spielen, dabei emotionale und kognitive Prozesse ineinander wirken und sich ergänzen, Emotionen und Gefühle vornehmlich das Erfahrungswissen der Person verkörpern und Emotionen deshalb unter bestimmten Bedingungen helfen können, die Qualität individueller Entscheidungen zu verbessern. Als Quintessenz der in der Arbeitsgruppe vorgestellten Theorien und empirischen Befunde wurde festgehalten, dass kluges Entscheiden nur als Funktion von Denken *und* Fühlen verstanden werden kann.

Die Organisationstheorie hat die Vorstellung der Möglichkeit rationalen Entscheidens schon seit geraumer Zeit mit überzeugenden Argumenten aufgegeben. Zurückgeblieben ist eine fundamentale Kritik an den Theorien der rationalen Wahl. Eine mögliche Alternative, eine Klugheitslehre organisationalen Entscheidens, ist jedoch bisher nicht weiter verfolgt worden – so als sei jede systematische wissenschaftliche Bemühung von Beginn an vergebens, die Existenz von Grenzen der Rationalität nicht nur zu behaupten, sondern auch in ihrem genauen Verlauf zu kartieren, um Hinweise über kluges Entscheiden in Organisationen zu gewinnen. Organisationen – diese Sicht hat sich inzwischen in der Organisationsforschung weitgehend durchgesetzt – reagieren mittels Entscheidungen auf einen Zustand der Unsicherheit, der aus ihrer restriktiven Umwelt und ihrer irreversiblen Vergangenheit hervorgeht, zugleich jedoch paradoxerweise Entscheidungsfreiheit verbürgt. Unsicherheit wird in Form von Entscheidungen absorbiert, transformiert und d.h. gerade nicht: in Sicherheit umgewandelt. „Kluges Entscheiden“ im Kontext von Organisation könnte insofern verstanden werden als ein gepflegter, kunstvoller, routinierter Umgang mit Unsicherheit, in dem Spielräume und Freiheiten eröffnet und erweitert und gerade nicht geschlossen, reduziert oder gar vernichtet werden. In der *Arbeitsgruppe* „*organisationales Entscheiden*“ stand nach diesem Ausgangsbefund der Versuch im Vordergrund, den Umgang mit Unsicherheiten und Risiken in Organisationen in einer für die Organisationsforschung und -praxis produktiven Weise zu fassen.

Mit seinem Beitrag „Was tun? Die emotionale Konstruktion von Zuversicht bei Entscheidungen unter Ungewissheit“ nimmt sich *Jens Beckert* der Problemen für die Entscheidungstheorie an, die entstehen, wenn wir von begrenzter Rationalität und Ungewissheit ausgehen. Für *Beckert* stellt sich dabei insbesondere die Frage, wie sich unter der Bedingung von Ungewissheit Akteure zu riskanten Handlungen motivieren lassen. Er argumentiert, dass Akteure hierzu der Zuversicht bedürfen, dass sich trotz aller Unwägbarkeiten am Ende ihre Erwartungen erfüllen oder aber die Nichterfüllung der Erwartungen ihren Toleranzbereich für Enttäuschungen nicht überschreiten wird. Dabei hebt er insbesondere die Bedeutung von Emotionen für die Ermöglichung kooperativen Handelns hervor. Im Ergebnis zeigt *Beckert*, dass ohne Affekt möglicherweise viele Entscheidungen nicht getroffen würden, die sich im Nachhinein als richtig erweisen. Insofern dürfte durch Emotionen generierte Zuversicht ein wichtiges – allerdings zugleich auch ambivalentes – Element klugen Entscheidens sein.

Thomas Klatetzki befasst sich in seinem Beitrag „Kluges Entscheiden in dynamischen und riskanten Umwelten. Eine Erläuterungen auf vier Ebenen“ mit den Bedingungen klugen Entscheidens in „high reliability organizations“, d.h. Organisationen, wie etwa der Feuerwehr oder dem Militär, in denen organisatorische Fehler unter Einsatzbedingungen zu Tragödien und Katastrophen führen können. Der Analyse dieser Organisationen könnten Hinweise für eine Klugheitslehre zu entnehmen sein. *Klatetzki* unterscheidet bei seiner Untersuchung der sozialen Bedingtheit klugen Entscheidens (1) die individuelle Ebene, (2) die Ebene interpersoneller Beziehungen in „face to face“-Situationen, (3) die sozialstrukturelle Ebene, in der Individuen als Rollenträger auftreten, und (4) die Ebene der Kultur, auf der es um Werte und mit diesen verbundene Weltansichten geht. Die Entstehung dieser vier Ebenen fasst *Klatetzki* als Emergenz und das Verhältnis der vier Ebenen zueinander als durch Feedbackprozesse beschreibbar. Im Ergebnis zeigt sich, dass kluges Entscheiden durch eine in Identitäten wurzelnde praktische Erfahrung, durch respektvolle Interaktion und achtsame Bezugnahme innerhalb von Sozialsystemen sowie durch ein kulturelles System ermöglicht wird, das durch Nachdenklichkeit, Fürsorglichkeit, Gerechtigkeit, Anerkennung und Flexibilität gekennzeichnet ist.

Günther Ortman leitet seinen Beitrag „Kür und Willkür. Jenseits der Unentscheidbarkeit“ mit der provokanten Feststellung ein, die Geschichte der Klugheit pflege als Verfallsgeschichte erzählt zu werden, und weist dem Gegenstand der Tagung damit eine ungewisse, von Paradoxien gekennzeichnete Zukunft. „Vernünftige Entscheidungen sind genau dann nötig, wenn sie unmöglich sind – wenn ihre vernünftige Begründung unmöglich ist, in Begriffen der Zeit: erst *noch nicht*, dann *nicht mehr möglich*.“ *Ortman* geht es in seinem Beitrag um genau diesen Riss oder den Abgrund, der sich hier auftut. Seine tief gehende Auseinandersetzung mit der

Systemtheorie Luhmanns führt ihn zu dem Ergebnis, dass vernünftiges, kluges Entscheiden heute mehr denn je in komplexe Systemzusammenhänge verstrickt ist und mit systemtheoretischen Mitteln bedacht sein will. Das heiße nicht, dass es obsolet geworden wäre, sondern dass sich die Klugheit des Entscheidens in Richtung Paradoxalitt bewegt, in Richtung auf „gesteigerte Notwendigkeit, Ohnmacht und Unmöglichkeit.“

Politisches Entscheiden, der Gegenstand der *dritten Arbeitsgruppe* unterscheidet sich von anderen Entscheidungsformen dadurch, dass es auf eine allgemein verbindlich und normativ als gemeinschaftsreprsentativ anzusehende Bearbeitung öffentlicher Probleme zielt. In dieser Hinsicht ist politisches Entscheiden ein weit ausgreifender gesamtgesellschaftlicher Prozess, dessen Ziele divergent, deren Mittel oft unsicher und dessen Klugheit deshalb kaum je direkt gewährleistet oder auch nur intendiert werden kann, zumal die einzig richtige Vorgehensweise ex ante kaum jemals sicher feststellbar ist. Immerhin könnten Instanzen, Verfahren und Rahmenbedingungen benannt werden, die die Chancen für kluges Entscheiden fördern und begünstigen.

Im Beitrag von *Gerhard Wegner* „Liberale Politiknormen und deliberative Demokratie“ wird das Konzept der deliberativen Demokratie vorgestellt und in seinem Spannungsverhältnis zu Normen liberaler Wirtschaftspolitik untersucht. Liberale Politiknormen zeichnen sich dadurch aus, dass sie einen Bereich zwischen öffentlicher und zivilgesellschaftlicher Sphäre festlegen und politisches Handeln auf den öffentlichen Bereich begrenzen. Dagegen wird im Konzept der deliberativen Demokratie eine solche Apriori-Grenzziehung abgelehnt und selbst zum Gegenstand des öffentlichen Diskurses gemacht. *Wegner* legt dar, dass der Liberalismus Gemeinwohl in relevanten Teilen als Resultat gesellschaftlichen Experimentierens auffasst. Gegen eine deliberative Gemeinwohlfestlegung sei vor allem einzuwenden, dass bei dieser keine systematische Integration gesellschaftlichen Lernens gewährleistet ist, was eine Vorläufigkeit konsensualer Gemeinwohldefinitionen bedeuten würde. Das Anliegen der Vertreter eines deliberativen Demokratieverständnisses bestehe dagegen darin, einen gesellschaftsweiten Konsens durch politische Handlungen zu stabilisieren und umzusetzen. Am Beispiel der Förderung regenerativer Energien in der Umweltpolitik illustriert *Wegner*, welchen Trägheiten und Friktionen gesellschaftliches Lernen ausgesetzt ist, falls sich eine konsensuale Gemeinwohlfestlegung als irrtumsbehaftet herausstellen sollte. Kluges Entscheiden auf politischer Ebene betreffe vor allem die Wahl einer geeigneten Institutionenwahl, welche die frühzeitige Erkennung und Korrektur von Irrtümern erlaubt.

Im Anschluss daran plädiert *Ulrich Heyder* für den Individualismus als organisierendes Sozialprinzip im Zusammenhang mit Kooperation und Vertrauen, um die Gesellschaft selber problemlsungsfhig zu machen und

eine angemessene Gradualisierung von Reformschritten zu erzielen. Hinzu kommen sozial aktivierende Lernprozesse und eine gesellschaftsunmittelbare Sozialität als handlungsleitende Kategorien, insofern die Gesellschaft aufgrund gemeinsamer Urteilsbildung immer wieder viele Anfänge und Gestaltungsformen generieren kann. Vor allem muss die Arbeitsteilung zwischen Staat und Gesellschaft neu geordnet werden, insofern es in funktional differenzierten Gesellschaften keine Hauptinstanz mehr gibt, die den Wandel in allen sozialen Teilbereichen steuern könnte. Vorrangige politisch-praktische Zielsetzung müsse es sein, ein Gleichgewicht zu finden zwischen den Polen Modernisierung/Innovation und sozialer Gerechtigkeit, Sozialstaatlichkeit und Eigenvorsorge/Subsidiarität, Markteffizienz und Nachhaltigkeit.

Gunnar Folke Schuppert analysiert im Lichte der „Governance“-Lehre politisches Entscheiden als „Entscheidungskultur“ anhand von vier aktuellen politischen Entscheidungsprozessen: Föderalismusreform, Atomausstieg, Zuwanderungsgesetz und Agenda 2010. Die aus den Beispielfällen gewonnenen Einsichten werden unter den Aspekten der Entscheidungsarten, Öffentlichkeit, Informalisierung, Entparlamentarisierung sowie Netzwerkpflege systematisiert. Die Offenheit von Diskussionen und Beratungen sowie die Öffentlichkeit des Verfahrens sieht *Schuppert* angesichts zunehmender Informalisierung und Entparlamentarisierung politischen Entscheidens als unverzichtbare Minimalerfordernisse kluger Entscheidungsfindung im demokratischen Verfassungsstaat.

Georg Krücken untersucht aus soziologischer Sicht die uneingeschränkt positive Besetzung des Begriffs der „Innovation“ mit Blick auf die Herstellung politischer Handlungsfähigkeit und vertritt die These, dass in einem raschen sozio-kulturellen Wandlungsprozess auch Innovationsmythen erzeugt werden. Paradigmatisch benennt er drei solcher Mythen: „rationale Planung“, klar identifizierbare Stärken und Schwächen von nationalen Innovationssystemen und Netzwerke. Sodann wendet er sich dem Verhältnis von Innovation und Diffusion zu, wobei er die Verbreitung („Diffusion“) unter dem Blickwinkel der Beschleunigungsprozesse bei der Umsetzung (etwa von Finnlands Bildungspolitik, Litauens Steuerpolitik, Neuseelands New Public Management) in den Blick nimmt. Das politische Erfordernis der Herstellung kollektiv bindender Entscheidungen kann demnach nicht auf Mythen verzichten, die Handlungen ermöglichen und legitimieren.

Für *Walter Reese-Schäfer* impliziert der Klugheitsbegriff vor allem Elemente situativer Angemessenheit und kompetenter Voraussicht. Entscheidungen und Urteile sind überdies auf theoretische Konzeptionen zu stützen, um eine rationale Heuristik auszubilden. Erkennbare Fehlurteile und Zielabweichungen müssten aufgrund öffentlicher Diskussionen zu Revisionsprozessen der intellektuellen Rahmenkategorien führen, um von einer sinnhaften Intelligenz der Demokratie sprechen zu können. Dies sei

überwiegend eine politisch-praktische Handwerkskunst im Kontext unvollständiger Informationen. Die politische Urteilskraft übersteigt das wissenschaftlich gesicherte Wissen und ist auf reflexive Fähigkeiten angewiesen, die Engagement und Distanz in kluger Weise kombinieren, um das Wichtige vom Unwichtigen zu unterscheiden.

Martin Führ wendet sich als Rechtswissenschaftler der „responsiven Regulierung“ zu, die er als eine Steuerungsform versteht, die an die Realanalyse des Regulierungsbereichs zurückgebunden ist und die vorgefundenen Selbststeuerungspotentiale und Eigengesetzlichkeiten aufnimmt. Nicht nur Gesichtspunkte der politischen Durchsetzbarkeit, sondern auch die materiellen und prozeduralen Anforderungen des Verfassungsrechts verlangen vom Gesetzgeber eine Analyse des jeweiligen Regelungsgegenstands, einschließlich der Motivationslage der relevanten Akteure. Soll die Rechtswissenschaft dabei Hilfestellung leisten, müsse sie sich gerade bei der Neugestaltung des Rechts auch als Verhaltenswissenschaft verstehen. Die Aufgabe der Rechtswissenschaft sieht *Führ* in der Fortentwicklung der dogmatischen Figuren, in der Mitwirkung an wissenschaftlicher Politikberatung, im Formulieren von Rechtstexten und der rechtlichen Arrondierung der Selbstorganisation von Akteurskooperationen. Das sich wandelnde Steuerungskonzept, das sich auf eine deutlich gestärkte „Eigenverantwortung“ hin entwickelt, illustriert er anhand der Verantwortungsteilung in der EG-Chemikalienregelung.

In der Diskussion wurden unterschiedliche Politikfelder und die Vielfalt der jeweils einwirkenden Faktoren herausgearbeitet. Kluges Entscheiden ist unter rechts- und sozialstaatlichen Bedingungen im Schnittfeld von Effizienz und Gerechtigkeit situiert. Bei der Formulierung politischer Entscheidungen wirken verschiedene Arenen (parlamentarische, korporative, öffentliche Arena) zusammen, die mit ihren je eigenen Entscheidungs- und Funktionslogiken teilweise konfliktieren. Analytisch ist damit nicht auf das einzelne, womöglich „kluge“ Steuerungs- und Entscheidungsobjekt, sondern auf das interaktive Prozessieren abzustellen, das unter günstigen evolutiven Umständen womöglich emergente systemische Entscheidungsniveaus erreicht. Die unterschiedliche Perspektivität und Rollenwahrnehmung sowie das Lernumfeld sind intervenierende Variablen, die diesen Prozess prägen. Ein „overlapping consensus“ ergibt sich demnach nicht von selbst, sondern bedarf bestimmter Schnittmengen in Bezug auf Wertbindungen oder gezielter Anreize, um zumindest eine gerichtete Variabilität zustande zu bringen.

Die Gewinnung sinnvoller Ergebnisse kann dabei nur unter Beachtung der Kontexte, Hintergrundannahmen und Weltwahrnehmungsmuster gelingen und ist auch von den jeweils vorherrschenden Normgebungs-, Entscheidungs- und Konfliktkulturen abhängig. Unter dem Gesichtspunkt funktionaler Differenzierung stellt sich dabei die Frage, wie sich das poli-

tisch-administrative System auf die Eigenlogik der anderen Sozialsysteme einstellt und welche Leistungen es unter welchen Austauschbedingungen mit Erfolg abfordern kann. Innovationen in einem oder mehreren Systemen können Störungen und Stress für die anderen Systeme bedeuten. Eine imperative Einflussnahme, etwa des Rechts auf die Wirtschaft, ist deshalb in vielen Fällen unzureichend und auch demokratietheoretisch nicht vorzugswürdig. Für eine responsive Regulierung müssen diskursive Rückkopplungen und die verantwortungsvolle Wahrnehmung von Kompetenzen hinzukommen. In den Verbreitungs- und Adaptationsprozessen responsiver Regulierung können dann aber aufgrund unterschiedlicher Übernahmen überraschende innovative Potenziale generiert werden. Klugheit bedeutet insoweit auch, sich auf Kontingenzen und Eigengesetzlichkeiten einzustellen und dabei das Instrument der politischen Selbstbindung intelligent zu nutzen.

Die *Frage nach der Klugheit des Entscheidens* hat sich, wie die nachstehend abgedruckten Tagungsbeiträge zeigen, als ein fruchtbarer Focus von disziplinärer Forschung und interdisziplinärer Verknüpfung erwiesen. Die ersten vorläufigen Ergebnisse dieses Diskurses sind im abschließenden Ausblick von *Arno Scherzberg* zusammengefasst. Dieser verweist auf verschiedene Reflexionsebenen des Klugheitskonzepts und die auf diesen Ebenen zu verortenden Klugheitspotentiale. Den Zugang zu diesen wissenschaftlich zu erschließen, ist die Aufgabe weiterer Forschung.

Die Herausgeber danken der Fritz-Thyssen-Stiftung für die großzügige Übernahme der Kosten der Veranstaltung sowie dem Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen für einen zusätzlichen Beitrag, mit dem die Verpflegung der teilnehmenden Studierenden abgedeckt werden konnte. Sie danken ebenso herzlich dem Organisationsteam um die Dekanatsreferentin, Frau Alexandra Denzel-Trensch, für eine hervorragende Vorbereitung und Betreuung der Veranstaltung.

Erfurt im Herbst 2005

Tilman Betsch, Hermann-Josef Blanke, Arno Scherzberg, Peter Walgenbach, Arno Waschkuhn, Gerhard Wegner

Inhaltsverzeichnis

Vorwort der Herausgeber.....	V
1. Abschnitt: Keynotes.....	1
Die Klugheit der Entscheidung ruht in ihrer Herstellung – selbst bei der Anwendung von Recht <i>Wolfgang Hoffmann-Riem</i>	3
Kommunikative Entscheider: Sprache und Ökonomie <i>Birger P. Priddat</i>	25
Entscheiden Manager klug, wenn sie mithilfe von Unternehmensberatern oder Wissenschaftlern entscheiden? <i>Alfred Kieser</i>	51
2. Abschnitt: Individuelles Entscheiden.....	75
Zur Rationalität von Emotionen beim Problemlösen: Eine psychologische Perspektive <i>Joachim Funke und Daniel Holt</i>	77
Über Emotionen und Klugheit in impliziten Verhandlungen. Eine experimentelle Untersuchung anhand des Power-to-take-Spiels <i>Heike Hennig-Schmidt und Hong Geng</i>	91
Die Klugheit der Intuition und ihre Grenzen <i>Henning Plessner</i>	109
Abschnitt 3: Organisationales Entscheiden	121
Was tun? Die emotionale Konstruktion von Zuversicht bei Entscheidungen unter Ungewissheit <i>Jens Beckert</i>	123

Kluges Entscheiden in dynamischen und riskanten Umwelten. Eine Erläuterung auf vier Ebenen <i>Thomas Klatetzki</i>	143
Kür und Willkür. Jenseits der Unentscheidbarkeit <i>Günther Ortman</i>	167
Abschnitt 4: Politisches Entscheiden	195
Liberale Politiknormen und deliberative Demokratie <i>Gerhard Wegner</i>	197
„Kluges Entscheiden“ vor dem Hintergrund einer neuen Arbeitsteilung zwischen staatlichen und gesellschaftlichen Akteuren beim Lösen politischer Probleme – eine gesellschaftliche Makroperspektive <i>Ulrich Heyder</i>	219
Politisches Entscheiden. Überlegungen zur politischen Kultur als Entscheidungskultur <i>Gunnar Folke Schuppert</i>	233
Innovationsmythen in Politik und Gesellschaft <i>Georg Krücken</i>	259
Voraussicht und Fehltril. Die intellektuelle Basis von Entscheidungen <i>Walter Reese-Schäfer</i>	275
Rechtswissenschaft als Verhaltenswissenschaft – Beitrag der Rechtswissenschaft zu Konzepten responsiver Regulierung <i>Martin Führ</i>	291
5. Abschnitt: Ausblick	323
Ausblick <i>Arno Scherzberg</i>	325
Verzeichnis der Herausgeber und Autoren.....	331
Sachregister	334

1. Abschnitt: Keynotes

Die Klugheit der Entscheidung ruht in ihrer Herstellung – selbst bei der Anwendung von Recht

Wolfgang Hoffmann-Riem

A. Das Ideal rechtsstaatlicher Rationalität und seine Erosion

Das Recht und seine Anwendung im Einzelfall sind seit der Aufklärung am Ideal der Rationalität – als „Vernunft der Moderne“ (Scherzberg 2004: 178) – orientiert. Bezugspunkt rechtlicher Steuerung ist das Ideal rationaler Herrschaft, das sich insbesondere in der Bindung an das Gesetz, in einer speziellen – der „juristischen“ – Methode der Ermittlung des bindenden Normengehalts und in der strikten Trennung des Rechtlichen vom Nicht-rechtlichen (etwa vom Politischen) manifestiert. Im demokratisch legitimierten Rechtsstaat binden Gesetz und Recht zum einen die staatliche Gewalt (Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3 GG). Sie steuern und begrenzen aber auch die privaten Bürger in ihrem Verhalten. Wird diese Rechtsbindung missachtet, kann dies gegebenenfalls durch Sanktionen (etwa Schadensersatzpflichten, Unterlassungsansprüche, Strafen) geahndet werden. Die für die Verhängung solcher Sanktionen zuständigen Gerichte sind nicht als politische Gestalter in die rechtliche Ordnung eingebaut, sondern als Vollzieher eines parlamentarisch in Gesetzesform mediatisierten Volkswillens: die Setzung des Rechts als Ausübung von Staatsgewalt geht vom Volke aus (Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG). Die Rechtsanwendung durch die Gerichte erfolgt ausdrücklich „im Namen des Volkes“.

Das Gesetz ist im Grundsatz als „allgemeines“ konzipiert und auf prinzipiell dauerhafte Geltung angelegt; seine Anwendung soll dem Gleichheitsanspruch demokratischer Gesellschaften gerecht werden (Jesch 1968; Böckenförde 1981). Die Rechtsordnung, aber auch die systematische Erfassung ihrer Teile durch die Rechtswissenschaft orientieren sich maßgebend am Ideal formaler Rationalität, die sich insbesondere in logischer Widerspruchsfreiheit, begrifflicher Konsistenz, einer systematischen Geschlossenheit und rechtsstaatlichen Berechenbarkeit und damit auch in der Gleichförmigkeit des Geltungsinhalts abbildet (Scherzberg 2004: 181).

Gegenwärtig allerdings nagen vielfältige Gewissheitsverluste an diesem Credo. So gibt es in der Rechtswissenschaft eine weitgehende Übereinstimmung darüber, dass das geschriebene Gesetz seine Umsetzung im Ein-

zelfall und damit seine Maßgeblichkeit für Verhalten nicht abschließend und eindeutig programmieren kann, und zwar aus vielen, insbesondere aus sprachtheoretischen Gründen (Haverkate 1977; Gröschner 1982; Alexy 1996; Lege 1999). Häufig aber treffen die Gesetze auch bewusst keine abschließenden Entscheidungen. So genannte unbestimmte Rechtsbegriffe – etwa wertungsoffene Begriffe oder Prognosebegriffe – bedürfen der Konkretisierung im Einzelfall. Vielfach räumen Gesetze den Rechtsanwendern Optionen ein – etwa durch eine Ermessensermächtigung. Auch die Programmierungsart kann Offenheit signalisieren, so etwa bei der bloßen Vorgabe von Zielen und Aufgaben ohne Festlegung der einsetzbaren Maßnahmen im Zuge von Finalprogrammen. In der Gesetzesanwendung im Einzelfall wirken sich ferner Ungewissheiten bei der Erfassung des Sachverhalts – etwa über Kausalzusammenhänge – oder von zukünftigen Entwicklungen aus. Wissenschaftlern und Praktikern ist die Einsicht geläufig, dass das Gesetz nur einer von mehreren steuernden Faktoren für Rechtsanwendungsverhalten ist. Gute Praxis besteht darin, ein Problem angemessen zu bewältigen, und das fordert mehr als die Einhaltung rechtlicher Bindungen. Die Frage aber ist, worin dieses „Mehr“ besteht und wodurch es legitimiert ist.

Für die Art und insbesondere das Ergebnis von Rechtsanwendung macht es angesichts der Offenheit der Programme meist einen Unterschied, durch wen, in welchem institutionell-organisatorischen Zusammenhang und unter welchen situativen Rahmenbedingungen Recht maßgebend wird. Ferner zeigt sich, dass der Inhalt eines Gesetzes durch den von ihm in Bezug genommenen Realbereich mitbestimmt wird, d.h. durch den jeweiligen Ausschnitt der politischen, ökonomischen, kulturellen, sozialen, ökologischen, technologischen u.ä. Realität (Hoffmann-Riem 2004: 36 ff.; Müller/Christensen 2004: dort unter dem Begriff "Normbereich"). Wandelt dieser Realbereich sich, so bildet sich dies häufig in einem ebenfalls gewandelten Normgehalt ab (Bryde 1982; Voßkuhle 2004). Diese Wandelbarkeit macht erklärlich, dass manche grundlegenden Gesetze wie etwa das Strafgesetzbuch oder das Bürgerliche Gesetzbuch in wesentlichen Teilen im Wortlaut seit mehr als 100 Jahren gleich geblieben sind, ihren normativen Gehalt im Laufe der Entwicklung aber auf die Veränderungen im Realbereich angepasst haben.

Die Kontextabhängigkeit der Anwendung von Recht und seine Wandelbarkeit im Laufe der Zeiten verdeutlichen, dass das geschriebene wie auch das ungeschriebene Recht ein gesellschaftliches Konstrukt ist, dessen Gehalt im Rechtsanwendungsakt zu konstituieren ist (Scherzberg 2000: 28ff.). Es trägt nur einen relativen Richtigkeits- oder Wahrheitsanspruch mit sich (vgl. Hoffmann-Riem 2004: 26 ff.). Deshalb verbürgt die Bindung an das Gesetz allein keine Gleichmäßigkeit der Rechtsanwendung und keine ein-

zigartige Richtigkeit des gefundenen Ergebnisses. Offenbar wirken neben dem in Worte gefassten „Rechtsstoff i.e.S.“ weitere Faktoren auf die Konstruktion des normativen Sinns und seine Inbezugsetzung auf ein zu lösendes Problem ein, bis hin zum „Zeitgeist“ (zur Diskussion darüber vgl. Schulze-Fielitz 1997: 1ff.). Folgenreich können auch das jeweils handelnde Personal – seine Rekrutierung und Sozialisation und die darüber vermittelten Orientierungen und Kompetenzen – und seine Einbindung in eine spezifische Organisation (etwa eine Verwaltungsbehörde oder ein Gericht) mit einer je spezifischen Organisationskultur werden, aber auch das eingeschlagene formale und informelle Verfahren (Zwingmann 1966; Feest/Lautmann 1971 sowie allgemein die Literatur zur Rechtssoziologie, etwa Raiser 1999; Röhl 1987). Andererseits bedeutet die Vielzahl möglicher Steuerungsfaktoren nicht, dass der Normgehalt beliebig oder dass seine Erfassung der Willkür anheim gegeben ist. Gegen Beliebigkeit sprechen schon die Ergebnisse: die Rechtspraxis durch unterschiedliche Behörden, Gerichte, Wirtschaftsverbände oder die einzelnen Bürger sind von wenigen Ausnahmen abgesehen jedenfalls im Kern auf frappierende Weise gleichgerichtet oder gar gleichartig. Dies deutet darauf hin, dass auch die das Normprogramm ergänzenden Steuerungsfaktoren auf eine gewisse Vereinheitlichung hinwirken, bedingt etwa durch einheitliche Erfahrungswelten, durch die spezifische Sozialisation des Stabes der Rechtsanwender, durch allgemein oder im spezifischen Kontext anerkannte Prämissen, durch das Akzeptanzumfeld u.a.

Die Art der Umsetzung des Rechts oder allgemeiner, die Bewältigung von Problemen und die Lösung von Konflikten mithilfe und im Rahmen des Rechts setzt jedenfalls die Aktivierung (auch) von Faktoren voraus, die im Gesetz selbst nicht enthalten, aber (möglichst) von ihm legitimiert sind. Dazu gehört die Fähigkeit der Akteure, das Recht *lege artis* („handwerksgerichtet“ in der Sicht der maßgeblichen Akteure) anzuwenden, aber auch die Fähigkeit, die vom Recht belassenen Freiräume verfahrensmäßig und ergebnisbezogen „angemessen“ zu nutzen, etwa so, dass eine „möglichst richtige“ (die Interessen berücksichtigende, befriedigende, akzeptable u.ä.) Problemlösung erreicht wird. Einzubeziehen ist auch die Fähigkeit, die Begrenztheit des verfügbaren Wissens, die Schwierigkeiten der Kausalitätsvorhersage und die Dynamiken von Entscheidungsprozessen unter mehreren Beteiligten wahrzunehmen und problemadäquat verarbeiten zu können. Zu den Prüfsteinen einer über die Einhaltung des als bindend definierten Rechts hinausgehenden „Richtigkeit“ gehört zwar auch die Möglichkeit der Darstellung des gefundenen Ergebnisses als gesetzesgemäß (zum Unterschied von Darstellung und Herstellung s. Luhmann 1966: 50 ff.), aber ebenso, dass die Problemlösung den Beteiligten als angemessene Interessenverarbeitung erscheint, im Ergebnis oder zumindest im Verfahren

als fair gilt, oder dass selbst der in einem Rechtsstreit Unterlegene das Ergebnis akzeptieren kann (zu entsprechenden Mechanismen vgl. Luhmann 1997). Die Einhaltung rechtlicher Vorgaben, insbesondere der Grenzen des Rechts, ist eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung für die erfolgreiche Suche nach dieser Richtigkeit.

Die darüber hinausgreifenden Faktoren oder gar „Regeln“, die von den Beteiligten genutzt werden, um aus ihrer Sicht „richtige“ Ergebnisse zu produzieren, können als Klugheitsfaktoren (-potentiale) bzw. Klugheitsregeln bezeichnet werden – ohne dass sie damit schon identifizierbar wären oder ihre Wirkungsweise feststünde. Eine entsprechende „Klugheitslehre“ müsste sich in erster Linie auf den Weg zur Suche und Auffindung „richtiger“ Problemlösungen beziehen, also auf den Prozess der Herstellung einer Entscheidung und damit auch auf dessen Kontext.

B. Wege der Qualitäts-Gewährleistung durch Recht

Das auf die Bewältigung eines spezifischen Problems ausgerichtete Gesetz – etwa ein Umweltschutzgesetz – steht regelmäßig in einem größeren Kontext komplexer Regelungsstrukturen (Trute 1999: 22f.). Gemeint ist mit diesem Begriff der gesamte Bestand der für eine Problemlösung maßgebenden unterschiedlichen rechtsnormativen Programme, der dafür verfügbaren Organisationen und ihrer spezifischen Wissensbestände und Entscheidungskulturen sowie der mitwirkenden, spezifisch sozialisierten Personen sowie der maßgebenden Verfahrensregeln (z.B. Amtsermittlung) und Handlungsanreize (etwa Subventionen oder Strafsanktionen), aber auch das Haushaltsrecht als Limitierung der Problemlösung auf das finanziell Machbare. Die Rechtsordnung legitimiert die Einwirkung derartiger Faktoren auf die Rechtsanwendung. So steuern z.B. das Recht des öffentlichen Dienstes und das Organisationsrecht den Einsatz des Faktors Personal und damit die von ihm aktivierbaren kognitiven und emotionalen Kräfte sowie die entsprechenden Interaktionskulturen. Das geschriebene Recht enthält regelmäßig nur ein unvollständiges Lösungsangebot. Es wirft zunächst einmal einen Lichtkegel auf die von ihm betroffene (im Einzelfall zu konstituierende) Realität und gibt gewisse, aber meist unvollständige Orientierungen, die es erleichtern sollen, eine Qualität der Problemlösung zu finden, die in dem betroffenen Handlungsfeld als angemessen bewertet wird.

Welche Lösung diesem Qualitätstest gerecht wird, hängt auch davon ab, in welchem Rahmen und unter welchen Bedingungen das Recht angewandt wird. Recht – und zwar auch ein und dieselbe Norm – ist nämlich meist in unterschiedlichen Szenarien einsetzbar und kann dort zum Teil mit je unterschiedlichen Akzenten oder in der Begrenzung auf je spezifische Aus-

schnitte steuernd wirken. Das Recht erlaubt in einer freiheitlichen Ordnung grundsätzlich alles Verhalten, es sei denn, es normiere Grenzen dafür. In diesem Sinne verbietet das Polizeirecht z.B. dem Bürger, bei seiner Entfaltung zugleich eine Gefahr für ein Rechtsgut zu verwirklichen. Nur diesen Ausschnitt des Verhaltens nimmt das Polizeirecht in den Blick. Zugleich ermächtigt es die Polizei, dieses Verbot unter Einhaltung bestimmter Regeln durchzusetzen, und dies nach pflichtgemäßem Ermessen, also auch unter Zweckmäßigkeitsaspekten zu entscheiden. Die Polizei kann also auch davon absehen einzuschreiten und sie hat meist mehrere Wege der Problemlösung. Erlässt der Polizeibeamte eine Polizeiverfügung (etwa ein Verbot), kann der Bürger sie vor Gericht angreifen. Dieses aber prüft nicht die Ermessensausübung als solche und korrigiert sie gegebenenfalls, sondern nur, ob bei der Ermessensausübung die rechtlichen Grenzen gewahrt sind. Das erstinstanzliche Gericht überprüft dabei, ob der Sachverhalt richtig ermittelt und auf die Norm bezogen worden ist; ein Revisionsgericht ist auf die Überprüfung der Rechtsfragen begrenzt. Der Fokus der Problembewältigung engt sich auf diese Weise immer weiter ein mit der Folge, dass auch die aktivierbaren Klugheitspotentiale sich entsprechend reduzieren, evtl. aber auch nur modifiziert nutzbar sind.

Recht eröffnet fast immer unterschiedliche Wege der Problemlösung. Als Lösungsangebot appelliert es an die Normunterworfenen, es möglichst von sich aus zu beachten. Gerichtliche Hilfe ist als *Ultima Ratio* eingeplant und als „knappe Ressource“ eingerichtet. Auch toleriert die Rechtsordnung unterschiedliche Vorgehensweisen der Bürger bei der Problemlösung und zwar auch bei der rechtsgeprägten. Zu den Möglichkeiten gehört auch das Aushandeln der Konfliktbewältigung unter mehreren Beteiligten – etwa zwischen Behörde und Anwohnern bei der Suche nach einem Standort für eine unerwünschte Anlage, vielleicht eine Mülldeponie oder die Trasse einer Bundesstraße. Streitigkeiten können unter Vermeidung formaler (etwa gerichtlicher) Auseinandersetzungen bearbeitet werden, etwa im Zuge der Lösungssuche durch die eingeschalteten Anwälte (Wasilewski 1990). Aber auch im Stadium gerichtlicher Streitbewältigung gibt es Bemühungen um einverständliche Lösungen, etwa durch Güutetermine im Arbeits- oder Familiengerichtsverfahren oder durch die Unterbreitung eines Vergleichsvorschlages durch den Richter.

Häufig zeigt sich, dass ein konkreter Streit um einen bestimmten Rechtsanspruch nur die „Spitze des Eisbergs“ eines größeren Streitfeldes ist, so dass eine angemessene Problemlösung über den Streitgegenstand im engeren Sinne (auf den etwa ein gerichtliches Verfahren begrenzt ist) hinausreichen muss. Eine „möglichst richtige“ Entscheidung ist manchmal am ehesten zu finden, wenn er zum Problembewältigungsgegenstand ausgeweitet wird (Breidenbach 1995). Dies kann dadurch geschehen, dass weite-

re rechtliche Konfliktzonen einbezogen werden oder dass nicht rechtliche Konfliktzonen gesehen und bearbeitet werden. Ein dafür einsetzbares Verfahren ist die Mediation (vgl. Hoffmann-Riem 1989; Holznagel 1990). So ist es im Bereich der Familienmediation häufig wichtig, auf erfolgte emotionale Verletzungen einzugehen, die viel nachhaltiger wirken können als der Streit um das Eigentum an gemeinsam genutzten Familienmöbeln.

Vielfach dient es sogar der Problembewältigung, die rechtlichen Vorgaben außer Acht zu lassen, also eine Regelverletzung zu dulden oder sie gar aktiv vorzunehmen (Diekmann 1980; Lüdemann 1998; Frommel/Gessner 1996). Würden rechtliche Regeln stets, vor allem buchstabengetreu, befolgt, verlöre das Problemlösungsarsenal gelegentlich an unabdingbarer Flexibilität. Der so genannte Dienst nach Vorschrift nutzt diesen Befund aus. Im Straßenverkehr würde ohne Bereitschaft zur flexiblen Regelverletzung manchmal Stillstand drohen; der strikte Vollzug aller Strafgesetze würde vermutlich große Teile der Wirtschaft lahm legen. Selbst für staatliche Behörden kann es klug sein, gewisse Vollzugsdefizite (zu ihnen vgl. Mayntz 1978) zu tolerieren oder beispielsweise den zeitweiligen Verzicht auf die Implementation umweltrechtlicher Grenzwerte dafür zu nutzen, den Betroffenen das Versprechen abzurufen, eine Reinigungsanlage – etwa für Abwässer – zu bauen, die jedenfalls in der Zukunft die Beachtlichkeit der Grenzwerte ermöglicht und sichert. Solche Formen „brauchbarer Illegalität“ (vgl. Luhmann 1964: 304) oder der „Duldung von Regelverletzungen“ (Ortmann 2003, 189 ff.) kommen in einem Rechtsstaat aber nur als Ausnahmen in Betracht. Sie dürften nämlich disfunktional wirken, wenn sie den Glauben an die grundsätzliche Bindungskraft normativer Regeln aushöhlen oder gar als Aufforderung zur Missachtung von Recht verstanden würden. Andererseits entspricht es offenbar den Klugheitsregeln einer auf hinreichende Flexibilität der Problembewältigung ausgerichteten Gesellschaft, den Regelvollzug gelegentlich zu lockern, aber möglichst einen Weg zu wählen, bei dem die Regelverletzung zugleich als Mittel der Bestätigung der Regel und damit der Befriedung genutzt wird (Ortmann 2003: 191).

Die Rechtswissenschaft hat sich bisher nur auf eher beiläufige Weise mit den unterschiedlichen Einsatzmöglichkeiten von Recht und der Kontextabhängigkeit seiner Nutzung befasst – obwohl dies ein traditionelles Thema der Rechtssoziologie ist (vgl. die amerikanische sociological jurisprudence und den legal realism; Überblick dazu bei Röhl 1987, 50 ff.), die aber in Deutschland ein Schattendasein führt (Dreier 2000). Deswegen ist es schwierig, die unterschiedlichen Faktoren zu identifizieren, die auf die Problemlösung einwirken (vgl. aber z.B. Lautmann 1972). Deshalb ist es auch nur schwer möglich, bestimmte übergreifend wirksame Klugheitsfaktoren und -regeln zu identifizieren und mit den in anderen Verhaltens-

kontexten eingesetzten abzugleichen und auf diesem Wege Bausteine für eine Klugheitslehre juristischen Entscheidens zu entwickeln.

C. Die „Herstellung“ einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung als Mitgarant ihrer Klugheit

Dies kann auch im Folgenden nicht geleistet werden. Ich möchte vielmehr (nur) illustrieren, das Recht auf solche ergänzenden Faktoren angewiesen ist und dass es Indikatoren für ihren praktischen Einsatz gibt. Das Beispielfeld soll das Gerichtsverfahren sein, also ein relativ stark formalisierter Bereich der Rechtsanwendung, der meist erst nach vorrangigen Versuchen anderer („freierer“) Problembewältigung aktiviert wird. Dem Gerichtsverfahren wird häufig offenbar gerade deshalb Vertrauen entgegengebracht, weil in ihm „strikt rechtsförmig“ entschieden wird.

Allerdings möchte ich das Thema noch weiter einengen und mich auf den – mir durch eigene Anschauung gut bekannten – Entscheidungsprozess beim Bundesverfassungsgericht konzentrieren. Inwieweit gibt es Klugheitsvorkehrungen für den Prozess der Herstellung seiner Entscheidungen? Sind sie nutzbar und werden sie genutzt, um den in der Rechtsordnung enthaltenen Optionenraum in spezifischer Weise zu füllen? Derartige Fragen werden im Folgenden allerdings nicht allgemein gestellt. Vielmehr soll exemplarisch unter Rückgriff auf einzelne Beobachtungen gezeigt werden, wie die Möglichkeit zum Einsatz einzelner Klugheitsfaktoren in der Rechtsordnung verankert ist und wie sich dies praktisch auswirkt.

Bei dem Blick auf das Bundesverfassungsgericht darf allerdings nicht außer Betracht bleiben, dass es sich bei ihm schon aufgrund seiner besonderen Stellung um ein untypisches Gericht handelt. Auch hat es die angegriffenen Rechtsakte nicht im Hinblick auf sämtliche Rechtsfehler zu beurteilen, sondern allein unter dem Aspekt ihrer Verfassungsmäßigkeit. Verfassungsrecht ist typischerweise in hohem Maße ausfüllungsbedürftig („offen“) formuliert (Geitmann 1971). Auch ist bei vielen Streitigkeiten vor diesem Gericht das „Politische“ ihres Gegenstandes und ihrer Folgen offenkundig. Ferner kennt das Gericht einen institutionellen Rahmen, der von dem anderer Gerichte in vielerlei Hinsicht abweicht.

Der Blick auf dieses Gericht kann m.E. dennoch Sichten auf unser Thema und Einsichten in Strukturen der Problembewältigung ermöglichen. Auch das Verfassungsgericht hat allein nach Gesetz und Recht zu handeln und es beansprucht, diesen Auftrag einzulösen. Auf dem Weg dorthin hat der Gesetzgeber aber viele Weichen gestellt und Orientierungsmarken gesetzt, die auf die Herstellung einer verfassungsmäßigen Entscheidung in einem kollegial organisierten Entscheidungsprozess so einwirken, dass Raum für den ergänzenden Einsatz von Klugheitsfaktoren besteht.

D. Zur Rolle des Bundesverfassungsgerichts

Verfassungsgerichtliche Streitfälle sind meist durch eine Pluralität betroffener Interessen geprägt, ein Umstand, der angesichts der Segmentierung und Fragmentierung der Gesellschaft (dazu Heitmeier 1997) nicht überraschen kann. Die betroffenen Gesetze oder die auf ihnen fußenden Entscheidungen verfolgen häufig miteinander konfligierende Ziele. Regelhaft, so insbesondere bei der Gewährung von Grundrechtsschutz in multipolaren Konfliktlagen, geht es darum, einen Ausgleich zwischen unterschiedlichen verfassungsrechtlich geschützten Interessen in der Weise zu finden, dass keines ausschließlich zu Lasten eines anderen erfolgt, sondern möglichst praktische Konkordanz verwirklicht, also eine Optimierung erreicht wird (Hesse 1999: 317 ff.). Angesichts der Offenheit vieler verfassungsrechtlicher Verbürgungen und der vom Gesetzgeber vorgenommenen Konkretisierungen und Ausgestaltungen grundrechtlicher Schutzbereiche oder objektivrechtlicher Verfassungsprinzipien (und damit angesichts von Ungewissheit und Kontingenzen) bedarf es der Einengung der Problemlösung, insbesondere der Suche nach verfügbaren Entscheidungsalternativen und der Auswahl einer den vielen und zum Teil unterschiedlichen Vorgaben der Verfassung möglichst nahe kommenden Option. Da die Verfassung ein besonders wichtiger Bestandteil der Sicherung normativer demokratischer Legitimation ist, geht es auch um die Herausarbeitung legitimationsstiftender normativer Orientierungen und um die Nutzung legitimationserleichternden Verfahren. Ziel ist aber auch das Auffinden von Lösungen, die zusätzlich auf faktische Legitimation im Sinne der Akzeptanz bei den Bürgern rechnen können.

Die Verfassungsgeschichte der Bundesrepublik Deutschland hat zudem gezeigt, dass das Verfassungsgericht häufig als eine Art Nothelfer angerufen wird, um politische Konflikte abzarbeiten, Blockaden überwinden zu helfen oder Möglichkeitsräume für Reformen zu öffnen – und dass es eine entsprechende Rolle auch praktisch „angenommen“ hat (Wesel 2004). Dabei hat das Bundesverfassungsgericht auch vielfältig Anstöße zur Fortentwicklung der Rechtsdogmatik und damit zur Verallgemeinerbarkeit konkreter Problemlösungen gegeben – ein besonderes prominentes Beispiel ist das Lüth-Urteil (BVerfGE 7, 198 ff.) – das die so genannte mittelbare Drittwirkung der Grundrechte zum verfassungsrechtlichen Standard erhoben hat und damit die grundrechtliche Durchwirkung aller Bereiche der Rechtsordnung angestoßen hat.

Angesichts der Bedeutung der Verfassungsgerichtsbarkeit für die Herausbildung des demokratischen und sozialen Rechtsstaats in Deutschland, aber auch für die Sicherung politischer Stabilität und die Kanalisierung der Bewältigung grundlegender Konflikte gibt es eine reichhaltige Literatur zur Verfassungsgerichtsbarkeit (s. statt vieler Bryde 1982; Schulze-Fielitz 1997; Wesel 2004). Sie soll hier nicht referiert und ihre Ergebnisse sollen nicht näher analysiert werden. Stattdessen soll der Blick auf den institutionellen Rahmen der für diese Aufgabe eingerichteten Instanz fokussiert werden.

E. Der Rahmen für Problemlösungen

Das Bundesverfassungsgericht besteht aus zwei Senaten mit jeweils acht Richtern, die zusätzlich in Kammern zu je drei Mitgliedern arbeiten. Im Gericht sind gegenwärtig jährlich mehr als 5.000 Streitfälle, vorrangig aus Anlass von Verfassungsbeschwerden, zu entscheiden. Alle Richter sind Volljuristen, kommen aber nur zu einem kleineren Teil aus Richterberufen. Immerhin müssen mindestens drei der acht Richter jedes Senats zuvor Bundesrichter gewesen sein – also deren professionelle Selbstverständnisse und Erfahrungen „mitbringen“. Die anderen können aus sonstigen juristischen Berufsfeldern rekrutiert werden. Zu einem erheblichen Teil waren sie zuvor Professoren der Rechtswissenschaft, aber meist solche, die in ihrer Laufbahn zusätzlich weitere Berufe innegehabt haben oder die zumindest durch praxisbezogene Tätigkeiten – wie Prozessvertretungen, Kommissionsarbeiten u.ä. – mit anderen Berufsfeldern nachhaltig in Kontakt gekommen sind. Manchmal (wenn auch selten) werden auch Träger anderer Berufe gewählt, so Rechtsanwälte oder höhere Beamte. Einige der Ausgewählten waren für eine Zeit ihres Lebens Politiker, etwa Landes- oder Bundesminister.

Die Richter werden durch das Parlament gewählt, nämlich die Hälfte vom Bundestag, die andere Hälfte vom Bundesrat. Für die Wahl ist jeweils eine 2/3-Mehrheit nötig. Informell haben sich die im Bundestag vertretenen Parteien, jedenfalls die großen, darauf verständigt, für welche Richterstelle welche Partei jeweils ein Vorschlagsrecht hat. Auf dem Weg über das Vorschlagsrecht wird zwar nicht spiegelbildlich, aber doch annäherungsweise die Verteilung der politischen Kräfte im Parlament folgenreich für die Auswahl der Richter. Das Erfordernis einer 2/3-Mehrheit hindert allerdings die Parteien, Kandidaten vorzuschlagen, die nicht auch für die anderen politischen Kräfte, jedenfalls die großen Fraktionen, tragfähig sind. Gelegentlich kommt es auch zu Paketlösungen derart, dass Persönlichkeiten vorgeschlagen und gewählt werden, die als Einzelne keine hinreichende Mehrheit hinter sich vereinen könnten, in der Kombination mit der Wahl einer Persönlichkeit anderer politischer Couleur aber als tragfähig gelten. Dieses Wahlverfahren ermöglicht es, auch gesellschaftspolitisch profilierte Persönlichkeiten, die nicht nur dem mainstream folgen, in das Gericht zu entsenden, allerdings regelmäßig keine, die stark polarisierend wirken könnten: Diese hätten keine Chance auf eine 2/3-Mehrheit.

Ungeachtet vielfältiger Kritik an dem Kreativevorgang und der Rolle der politischen Parteien daran (dazu s. etwa Häberle 2004: 123) besteht weitgehend Konsens darüber, dass es bisher durchgehend gelungen ist, hochqualifizierte Persönlichkeiten in das Gericht zu entsenden, die in ihrer Gesamtheit eine große Vielfalt gesellschaftlicher Erfahrungen und normativer Orientierungen repräsentieren und die es schaffen, die gesellschaftspolitischen Strömungen der jeweiligen Zeit auch im Gericht präsent und für die Entscheidungen folgenreich sein zu lassen. Erreicht wird auf diesem Wege die Pluralisierung der nicht allein im Gesetz ablesbaren Entscheidungsfaktoren, also auch solcher, die oben (A) als Klugheitsfaktoren

bezeichnet wurden. Der Einsatz solcher Faktoren wird jedoch kanalisiert durch die Notwendigkeit der Kollegialentscheidung sowie durch das richterliche Selbstverständnis (die richterliche „Identität“). So hat sich gezeigt, dass die Politisierung des Wahlaktes, auch zum Teil offen liegende parteipolitische Präferenzen oder gesellschaftspolitische Leitbilder der gewählten Richter, kein Hindernis dafür waren, dass die ausgewählten Personen in ihrer Rolle als Richter nach einem verfassungsrichterlichen Ethos handeln, das sie sich insbesondere – in jeweils individueller Definition – auf die verfassungsrechtlich vorgesehene richterliche Unabhängigkeit verpflichtet sehen. Entgegen einer in den Medien immer wieder verbreiteten These von der parteipolitischen Ausrichtung kontroverser Entscheidungen lässt sich nach meiner persönlichen Beobachtung der gegenwärtigen Praxis lediglich sagen, dass zwar die unterschiedlichen gesellschaftspolitischen Orientierungen auf das Entscheidungsverhalten durchschlagen, nicht aber parteipolitische Affinitäten.

Der ungewöhnliche Kurationsmodus erweist sich als eine folgenreiche Weichenstellung dafür, dass ausgehend von der großen Offenheit verfassungsrechtlicher Vorgaben die Pluralität gesellschaftlicher Interessen, Werte und Erfahrungen über die Personen Einzug in den Prozess der Konstruktion der jeweils maßgebenden normativen Wirklichkeit erhält. Dabei vermittelt die große Zahl der dem Gericht vorgelegten Streitfälle ein reichhaltiges Anschauungsmaterial über das Vorhandensein gesellschaftlicher Konflikte. Während in bestimmten Verfahren, so etwa bei Normenkontrollanträgen oder Organklagen, stets in der Sache entschieden werden muss, wird über eine Verfassungsbeschwerde nur entschieden, wenn sie vorher zur Entscheidung „angenommen“ wird (§ 93 a BVerfGG): Die Annahme setzt entweder eine grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung des Streits oder eine Grundrechtsbetroffenheit des Beschwerdeführers derart voraus, dass durch die Versagung der Entscheidung ein besonderes schwerer Nachteil für ihn entsteht. Ungeachtet solcher rechtlicher Vorgaben, die formal nicht auf Ermessen bei der „Annahme zur Entscheidung“ abstellen, verfügt das Gericht über eine Vielzahl von Steuerungsfaktoren (etwa hinsichtlich der Anforderungen an die Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde s. Spranger 2002; Lübke-Wolff 2005), deren Einsatz praktisch auf die Annahme nach einem (rechtlich dirigierten) Ermessen hinausläuft. Mit dem Annahmeverfahren verfügt das Gericht über eine gewisse Selektionsmöglichkeit, die ihm die Chance für Schwerpunktsetzungen verschafft, also den Problemzuschnitt mitbestimmen lässt.

Eine erste Sichtung und Durcharbeitung der eingegangenen Fälle erfolgt regelmäßig nicht durch die Verfassungsrichter selber, sondern durch ihre wissenschaftlichen Mitarbeiter; dies sind meist jüngere Richter aus den Fachgerichtsbarkeiten, aber zum Teil auch jüngere Wissenschaftler, gele-

gentlich auch Rechtsanwälte. Deren Berufserfahrung und ihre jeweiligen Orientierungen können damit auch eine – wenn auch durch die Verfassungsrichter weiter gefilterte – Einwirkungskraft auf das weitere Vorgehen gewinnen und verbreitern damit die Palette der „weichen“ Entscheidungsfaktoren, die im Übrigen durch die Verfassungsrichter selbst eingebracht werden. Die von den wissenschaftlichen Mitarbeitern vorbereiteten Entscheidungsvoten sind nämlich die Vorarbeit für die Votes, die die Berichtserstatter ihren Kollegen zur Entscheidung vorlegen.

Die beiden Senate, die jeweils gesetzlich bestimmte Zuständigkeiten¹ haben, befassen sich, von wenigen Ausnahmen abgesehen, nur mit grundsätzlich bedeutsamen Angelegenheiten. Als solche werden weniger als 1 % der jährlich entschiedenen Verfahren eingeordnet. In ihnen geht es meist um die nähere Konkretisierung oder Fortbildung eines für wichtige Konflikte maßgebenden Rechtssatzes, manchmal auch um grundlegende Weichenstellungen zur rechtlichen Beurteilung von gesellschaftspolitisch hoch umstrittenen Konflikten (wie Schwangerschaftsabbruch, Sitzblockaden, Auslandseinsatz der Bundeswehr, europäische Integration). Sind maßgebliche verfassungsrechtliche Fragen schon grundsätzlich vorentschieden, geht es also um die Anwendung der schon von den Senaten erarbeiteten verfassungsrechtlichen Maßstäbe in weiteren Einzelfällen, entscheiden regelmäßig die mit nur drei Richtern besetzten Kammern. Senate und Kammern wenden für ihre Entscheidungsbildung zum Teil unterschiedliche Verfahren an. Bei der Anwendung ein und derselben Verfassungsnorm gibt es daher unterschiedliche Vorgehensweisen je nach der „Grundsätzlichkeit“ der verfassungsrechtlichen Bedeutung des Streits und nach dem Grad der „Offenheit“ des verfassungsnormativen Entscheidungsprogramms. Im Folgenden möchte ich illustrieren, wie sich dies auswirkt.

F. Senatsentscheidungen

Stets stehen die Richter unter Entscheidungszwang. Die Möglichkeit zur Enthaltung gibt es nicht. In der Kammer kann nur einstimmig entschieden werden, im Senat gilt das Mehrheitsprinzip. Trotz der „graden“ Mitgliederzahl ist der Senat allerdings stets entscheidungsfähig: gibt es ein Patt, etwa von vier zu vier Stimmen, dann ist der jeweilige Antrag abgelehnt. Zu einer Pattsituation aber kommt es nur sehr selten.

Zum verfassungsrichterlichen Ethos gehört es nämlich, die Beratung möglichst einer einverständlichen, also einstimmigen oder doch einmütigen Lösung zuzuführen. Gelingt die Einmütigkeit nicht, muss abgestimmt werden. Das Stimmenverhältnis kann (muss aber nicht) öffentlich gemacht

¹ Dazu s. § 14 BVerfGG i.V.m. Beschlüssen des Plenums des Bundesverfassungsgerichts.

werden. Zusätzlich können die einzelnen Richter ihre von der Mehrheit – im Endergebnis oder in der Art der Argumentation – abweichende Position in einer abweichenden Meinung (Dissens) offenkundig machen. Verfassungsrechtlich gibt es also Möglichkeiten, eine Spaltung im Senat zu dokumentieren und damit vor der Öffentlichkeit zu erklären, dass der Streit um das richtige Ergebnis nur verfahrensmäßig über eine Mehrheitsentscheidung gelöst werden konnte. Damit wird zugleich dokumentiert, dass Verfassungsrechtsauslegung- und -anwendung nicht am Dogma einzigartiger Richtigkeit orientiert sein kann, sondern das Produkt einer Auseinandersetzung sind und letztlich eine Optionenwahl durch die eingeschalteten Akteure darstellen.

Ich sehe in dieser Möglichkeit auch einen Ausdruck der Eröffnung eines Weges zur Nutzung von Verfahrensklugheit. So wird durch eine derartige Transparenz der Entstehung von Legenden über die Bindungskraft einer in Sprache gefasster Verfassungsnorm entgegengewirkt und die Konflikthaftigkeit und Offenheit auch der Anwendung von Recht erkennbar gemacht. Dies kann im Übrigen auch befriedend für die betroffenen Parteien wirken: Die Kontingenz der Konfliktbewältigung wird erkennbar. Zugleich kann durch die Wiedergabe der Mehrheitsverhältnisse sichtbar werden, ob ein bestimmtes Ergebnis so umstritten ist, dass in absehbarer Zeit – evtl. auch nach einer Änderung der Zusammensetzung des Gerichts – eine gute Chance für eine andere Lösung besteht, die gegebenenfalls argumentativ durch einen Dissens vorbereitet werden und der insoweit Teil eines strategischen Konzepts zum Rechtswandel sein kann. Zugleich ermöglicht der Dissens den Richtern die Setzung eines Zeichens und damit auch eine Art Erleichterung ihres „juristischen Gewissens“, in dem sie zu ihrer Position offen stehen und sie zum Gegenstand eines öffentlichen Diskurses machen oder auch nur signalisieren können, dass bzw. ob sie an früheren von ihnen, etwa in wissenschaftlichen Publikationen, niedergelegten Positionen festhalten oder nicht. Die Offenlegung kann im Übrigen ein Anstoß für die journalistische oder wissenschaftliche Kritik und Diskussion sein, die ihrerseits neue Aspekte für zukünftige Problemlösungen offenbaren und gegebenenfalls innovationsfördernd wirken kann.

Besonders wichtig für die Klärung offener Fragen mit grundsätzlicher Bedeutung ist das Kreativitätspotential, das durch eine kollegiale Beratung unter Personen mit unterschiedlichen Wertorientierungen und Erfahrungen geweckt werden kann. Jede Entscheidung ist durch ein ausführliches, auch durch eine Auswertung der wissenschaftlichen Literatur fundiertes Votum vorbereitet. Es ist eine selbstverständliche Pflicht von jedem der acht Richter, das Votum zu kennen; auch hat jeder vor der Senatsentscheidung die Gelegenheit und nutzt sie regelmäßig, in die Akte und weitere Materialien Einblick zu nehmen. Eine informelle Vorabstimmung zwischen den Rich-

tern – also ein „Abkarten“ der Entscheidungsinhalte – habe ich im Ersten Senat (nur insoweit habe ich Einblick) noch nicht erlebt. Kennzeichnend ist vielmehr eine große Offenheit des Diskurses im Senat, verbunden mit erheblicher sachlicher Härte beim Austausch der Argumente. Ehemalige Richter berichten durchgängig, dass sie nie in ihrem Leben eine derart intensive, anstrengende, aber zugleich in der Qualität beglückende Diskurskultur erlebt haben wie im Senat.

Diese Diskurskultur wird begleitet dadurch, dass die Richter durchgängig in einer erheblich größeren persönlichen Distanz zueinander leben, als es in den meisten anderen Berufsfeldern beobachtbar ist. So gehen sie beispielsweise nicht gemeinschaftlich zum Mittagessen, sitzen nicht „abends beim Bier“ zusammen und können daher nicht aus solchen Anlässen ihre Sichtweisen zu bestimmten Rechtsfragen oder Verfahren beiläufig austauschen oder sich gar inhaltlich absprechen. Das richterliche Berufsethos ist vielmehr auf ein Programm möglichst „radikaler Sachlichkeit“ ausgerichtet. Dieses wird durch den Willen zu möglichst einverständlichen Problemlösungen begleitet, der die Bereitschaft zum Sich-Einlassen auf die Positionen des jeweils anderen voraussetzt. Ein Beleg der Diskussionsoffenheit ist es, dass die in den Voten enthaltenen Vorschläge nur selten unverändert vom Senat akzeptiert werden. Häufig werden sie massiv, manchmal auf radikale Weise verändert, und dies in den meisten Fällen im Einverständnis mit dem jeweiligen Berichterstatter, der sich – wie es vielfach geschieht – den Argumenten der anderen nicht verschließen kann. In der Offenheit für neue Einsichten zeigt sich das Selbstverständnis der Richter, als Mitglieder eines Kollegialorgans mit einer nicht an eigenen Interessen orientierten Aufgabe und nicht als Einzelakteure im Einzelinteresse zu entscheiden. Dieses Selbstverständnis erleichtert es, einen breit getragenen Konsens zu suchen und dabei z.B. den vielfältigen Kontingenzen durch Abstriche bei der Durchsetzung der eigenen Präferenzen Rechnung zu tragen.

Wichtig für die Sicherung der Ergebnisoffenheit und die Nutzung des Kreativitätspotenzials eines derartigen Kollegialorgans ist der verfahrensrechtlich gesicherte Schutz der Geheimhaltung der internen Beratung: die Richter sind ausschließlich unter sich und beraten auch nicht in Gegenwart von Mitarbeitern. Das Beratungsgeheimnis schützt davor, dass im Zuge der Beratung erfolgende Änderungen in der Sichtweise oder die Entwicklung neuer Lösungsvorschläge von außen stehenden Dritten als „Sieg“ oder „Niederlage“ eines Einzelnen verbucht oder kommentiert werden kann. Das Beratungsgeheimnis erleichtert es insbesondere, „gesichtswahrend“ eine früher eingenommene Position zu räumen. Die Nichtöffentlichkeit der Beratung – die es beispielsweise im Schweizerischen Bundesgericht nicht gibt, dessen Beratungen daher in vielem anders verlaufen – ist auch ein Schutzschild zur Sicherung der Möglichkeit, etwa Scherze zu machen und

herzhaft zu lachen – dies ist manchmal ein wichtiges Ventil beim Umgang mit der gelegentlichen Unerträglichkeit von Konfliktlagen. Die Vertraulichkeit erlaubt es, sich affektiv auf das Umfeld einzulassen, Emotionen erkennen zu geben oder Argumente zunächst nur tastend in den Raum zu stellen. Dies erleichtert es zugleich, den Bereich der Argumente auszuloten, die zur Problemlösung verfassungsrechtlich „zugelassen“ sind und andere, etwa politische Folgenerwägungen, zwar in den Raum stellen zu können, aber dann zu verwerfen, wenn sie den Filter verfassungsrechtlicher Verwendungstauglichkeit aus der Sicht der anderen Kollegen nicht passieren. Die Möglichkeit zur „tastenden“ Diskussionsteilhabe ist wichtig, da die meist offen formulierten Verfassungsnormen häufig einer Tatbestandsergänzung² bedürfen, wenn sie zu subsumtionstauglichen Vorgaben bei der Lösung konkreter Konflikte konkretisiert werden. Gegenstand des Diskurses ist die Klärung, durch welche Wertvorgaben oder durch welche systematischen Verknüpfungen mit anderen Normen die verfassungsrechtlichen Tatbestände „ergänzt“ werden dürfen oder durch welche Verankerungen in den Realbereichen der Normen sie erst Profil gewinnen. Der Qualität des Diskurses bekommt es im Zweifel, wenn es eine Vielfalt möglicher Lösungsvorschläge gibt, die sich der kritischen Bewertung stellen, die aber von dem Willen zu einer kollegialen Lösung getragen ist.

Dabei ist die Senatsberatung – gemäß der Konzentration der Senatsentscheidungen auf grundsätzliche Weichenstellungen – auf Verallgemeinerbarkeit der zu findenden Lösungen ausgerichtet. Die später in der verkündeten Entscheidung gewählten Formulierungen werden von der Rechtspraxis und zum Teil auch der Rechtswissenschaft häufig ähnlich wie Gesetze gedeutet, zum Teil sogar vom Gesetzgeber ausdrücklich in Gesetzesform übernommen. Die gewählten Begründungen nehmen – soweit sie zu den tragenden Gründen einer Entscheidung zählen – auch formell an der Bindungskraft der Entscheidung nach § 31 BVerfGG teil. Aber auch nicht tragende Erwägungen, die so genannten *obiter dicta*, sind mit einer hohen faktischen Bindungskraft verkoppelt, so dass stets auch zu prüfen ist, ob durch sie unnötige Schließungen der Diskussion erfolgen, die sich als Hindernis für die Bewältigung zukünftiger Konflikte erweisen können. Zwar kann das Gericht seine eigene Entscheidung auch wieder verändern.³ Dies wird aber möglichst vermieden. Zu den informellen Regeln gehört nämlich das Bemühen, die Kontinuität der Rechtsprechung zu betonen, d.h. neue Lösungen möglichst in den argumentativen Kontext schon früher gefundener zu ordnen, also auch, in das Umfeld gewachsener verfassungsgerichtlicher Entscheidungskulturen einzufügen. Die Erwartung, Grundsätzliches in

² Zu dieser Figur s. Koch (1979: 136 ff).

³ Handelt es sich um die Entscheidung eines anderen Senats, ist dies aber nur in Übereinstimmung mit diesem oder nach Befassung des Plenums möglich.

verallgemeinerbarer Form zu formulieren, zugleich aber die gebotene Zukunftsoffenheit (Flexibilität) nicht zu verbauen, führt häufig zu vorsichtigen, auch relativ abstrakten Formulierungen, vor allem aber zu einer Zurückhaltung jedenfalls bei rechtsdogmatischen Festlegungen.

Insofern ist in den Beratungen immer auch die Zukunft präsent: das Wissen um die Nichtvorhersehbarkeit weiterer Entwicklungen, um die Möglichkeit zukünftig zu entscheidender Streitfälle mit unvorhergesehenen Konstellationen sowie die Erfahrung der hohen Folgebereitschaft der Praxis und Wissenschaft mit dem Risiko der Versteinerung. Bestimmend ist aber auch das Bemühen, durch die jeweilige Entscheidung zugleich eine Grundlage für das öffentliche Vertrauen in das Gericht zu schaffen, es werde auch zukünftige Fälle angemessen lösen. Die Öffentlichkeit ist bei den Beratungen daher implizit auch immer präsent.

Derartige über den Einzelfall hinausgehende Orientierungen fordern Problemsensibilität und Fähigkeiten zum intuitiven Zugriff auf die Problemwirklichkeit und zumindest ein gutes Judiz, betreffend die Problemangemessenheit der gefundenen Lösung. An den meisten Entscheidungen fällt auf, dass selbst dann, wenn eine Partei ausweislich des Entscheidungstenors vollständig oder jedenfalls teilweise „siegte“, in den Gründen häufig erkennbar wird, dass keine Entweder/Oder-Entscheidung getroffen worden ist. Wer die Entscheidungen eingehend studiert, wird leicht feststellen, dass sich in den gefundenen Lösungen häufig die Kontingenzen abbilden, die einer pluralen, durch Interessengegensätze geprägten Gesellschaft und ihrem Recht innewohnen. Verfassungsrechtsprechung eignet sich nicht für Nullsummen-Spiele, wenn – wie erwähnt – eines ihrer wichtigsten Ziele in der Herstellung praktischer Konkordanz bei der Verwirklichung unterschiedlicher Interessen besteht. Wenn daher viele Entscheidungen eher das Muster des „sowohl als auch“ befolgen⁴, dann nicht als Trostpflaster für die formal unterlegene Partei oder als Ausdruck der Entscheidungsschwäche des Kollegialorgans, sondern meist in Anerkennung dessen, dass die verschiedenen betroffenen Positionen jeweils zumindest ansatzweise auch eine Rechtfertigung im Verfassungsrecht finden. Natürlich gibt es eine Reihe von Entscheidungen mit eindeutigen „Gewinnern“ und „Verlierern“. Es ist aber nicht zufällig, dass sich gleichwohl häufig beide Seiten als „Gewinner“ bezeichnen.

⁴ Einige Beispiele aus jüngerer Zeit vom Ersten Senat: BVerfGE 109: 64 (Mutterchaftsgeld); BVerfGE 109: 279 (Lauschangriff); BVerfGE 110: 141 (Kampfhunde); BVerfGE 110: 177 (Spätaussiedler); BVerfGE 110: 274 (Ökosteuern).

Selbst wo ein Antrag formal ohne jeden Erfolg geblieben ist, kann sich in der vom Gericht gewählten Diktion abbilden, dass es viele Gründe für die Anerkennung des verfolgten Anliegens gab, auch wenn es nicht möglich war, dem im Rahmen des Verfassungsrechts Rechnung zu tragen.⁵

G. Kammerentscheidungen

Soweit – wie meist bei Verfassungsbeschwerden – die mit drei Richtern besetzten Kammern entscheiden, gibt es in formeller und informeller Hinsicht erhebliche Unterschiede der Entscheidungsbildung im Vergleich zu der bei Senatsentscheidungen. Diese finden ihre Rechtfertigung im Wesentlichen darin, dass die Kammern – wie erwähnt – nur im Rahmen des vom Senat schon grundsätzlich Vorentschiedenen handeln dürfen. Deshalb muss gesichert werden, dass die Kammern nicht – gewissermaßen durch die Hintertür – doch in grundsätzlicher Weise Weichen stellen. Darüber hinaus müssen die Kammern in der Lage sein, die immens hohe Zahl von Streitigkeiten in einem Verfahren zu bewältigen, das die Arbeitskraft des Gerichts nicht überfordert und zugleich nicht zu unzuträglichen Verzögerungen führt.

Als Verfahrenserleichterung wirkt es, dass die Kammer aus nur drei Mitgliedern besteht, dass sie im Wesentlichen im schriftlichen Umlaufverfahren entscheidet und dass es üblich ist, das Votum zeitgleich mit einem Beschlussentwurf den anderen Mitgliedern vorzulegen – anders als im Senat, in dem der Beschluss- oder Urteilsentwurf erst nach der Votumsberatung gefertigt wird. Als Hilfe zur Sicherung der Beachtung der vom Senat vorgegebenen grundsätzlichen Weichenstellungen dürfte das Gebot der Einstimmigkeit wirken: die Kammermitglieder müssen sich auf eine Lösung verständigen.⁶ Da auch die Kammern – wenn auch nur auf begrenzte Weise – personell die im Gericht repräsentierte Pluralität abbilden, schafft das Einstimmigkeitsgebot spezifische Einengungen. Beispielsweise ist zu erwarten, dass die Einstimmigkeit verfehlt wird, wenn der Vorschlag des Berichterstatters sich nicht im Rahmen der Vorprägungen durch den Senat und damit seiner spezifischen Entscheidungskultur hält. Sieht ein Richter zumindest Spielraum hinsichtlich der Wahl auch einer anderen Lösungsalternative, kann er dies nicht durch eine abweichende Meinung dokumentieren.

Aus dem Zusammenspiel zwischen dem Erfordernis der Einstimmigkeit und der regelmäßigen Nutzung des Umlaufverfahrens und damit dem der Schriftlichkeit des Entscheidungsweges folgt, dass der Berichterstatter keinen ergebnisoffenen Vorschlag unterbreiten und das von ihm vorge-

⁵ Ein Beispiel dafür ist die Entscheidung zur Stiftung Zwangsarbeiter, Beschluss vom 7. Dezember 2004 – 1 BvR 1804/03.

⁶ Verfehlt die Kammer Einstimmigkeit, so wird – meist nach vorheriger mündlicher Beratung unter den Kammermitgliedern – der Senat befasst.

schlagene Ergebnis nicht erst im gemeinsamen Diskurs austesten kann. Der Berichterstatter wird vielmehr möglichst – auch im Interesse des sparsamen Umgangs mit Arbeitskapazität – einen von vornherein auf Zustimmungsfähigkeit ausgerichteten Vorschlag unterbreiten. Die Zustimmungsfähigkeit ist umso eher erreichbar, je stärker der Vorschlag an frühere Entscheidungen angelehnt ist, also Kontinuität signalisiert und argumentativ darstellt, dass er den Rahmen des grundsätzlich schon Vorentschiedenen nicht sprengt. In der Folge aber ist das Kreativitätspotential der Kammerentscheidungen erheblich eingeengt. Dadurch wird das Risiko reduziert, den Bereich des „Grundsätzlichen“ zu betreten. Damit aber kann – auch unter Berücksichtigung des Bemühens um die Bewältigung der großen Arbeitslast – das Risiko verbunden sein, eine Entscheidung, die an sich einer grundsätzlichen Neuorientierung bedürfte, in das Korsett des Vorentschiedenen zu pressen und damit den verfassungsrechtlichen Status quo auch dort zu bewahren, wo es Gründe gibt, ihn aufzubrechen. Zu den normativen Erwartungen an „kluges“ richterliches Verhalten dürfte es gehören, diesem Risiko entgegenzuwirken.

H. Verschiedene Klugheitswelten

Durch die formellen und informellen Regeln und Praktiken besteht für das Bundesverfassungsgericht ein spezifischer Rahmen, mit dessen Hilfe Lösungen erarbeitet werden. Die für die Herstellung der Entscheidung faktisch wichtigen Faktoren werden allerdings üblicherweise nicht in der Darstellung der Entscheidung – also der Präsentation des Ergebnisses und der Begründung gegenüber den Beteiligten und der allgemeinen Öffentlichkeit – thematisiert und lassen sich nur begrenzt (etwa aus einer abweichenden Meinung) rückschließen.⁷ Die Rezeption der Entscheidung in weiteren Verfahren der Verwaltungsbehörden oder der Gerichte und in den Medien sowie der Wissenschaft folgt wieder anderen Regeln. Es ist nicht ausgeschlossen, dass die dort angewandten Klugheitsregeln dazu führen, dass der normative Sinn der verfassungsgerichtlichen Entscheidung anders (re)konstruiert wird als vom Bundesverfassungsgericht beabsichtigt.

Die unterschiedlichen Vorgehensweisen seien wieder nur andeutungsweise illustriert. Beispielsweise orientiert sich die in der Öffentlichkeit – etwa in den Medien oder in der Wissenschaft – an den Entscheidungen geübte Kritik augenscheinlich in vielem an anderen Faktoren, als sie für das Bundesverfassungsgericht maßgeblich sind. So ist ein wesentlicher Teil der Medienrezeption durch eine eingeengte Sichtweise gekennzeichnet, etwa den Versuch, die parteipolitischen Affinitäten der Richter in den Entscheidungen wiederzuerkennen oder bestimmte Entscheidungen auf sie zurückzu-

⁷ Zur grundsätzlichen Rechtfertigung, zugleich aber der Kritik an dem Auseinanderklaffen von Herstellung und Darstellung in richterlichen Entscheidungen s. etwa Hoffmann-Riem 2004: 20 ff.; Trute 2004: 293 ff.

führen. Die Medienrezeption zeigt aber auch, dass die auf öffentliche Akzeptanz ausgerichteten Bemühungen des Gerichts relativ erfolgreich sind: Meist fällt das Medienecho positiv aus und meist wird den Entscheidungen – auch dort, wo sie zu überraschenden Ergebnissen führen – eine gewisse Plausibilität oder gar Überzeugungskraft zuerkannt. Dabei ist die rechtsdogmatische Konstruktion der Entscheidung regelmäßig von untergeordneter Bedeutung.

Für einen Großteil der wissenschaftlichen Kritik ist kennzeichnend, dass sie die in Form schriftlicher Begründungen vorliegenden Entscheidungen häufig vorrangig nach Regeln formaler Rationalität überprüft und die gefundenen Formulierungen so bewertet, als habe sie ein Einzelner, allein seinen persönlichen Orientierungen verpflichteter Akteur formuliert. Einem solchen Akteur fällt es relativ leicht, Ideale der Folgerichtigkeit und Widerspruchsfreiheit und argumentativen Konsistenz zu befolgen. Der theoretisch reflektierende und systematisierende Wissenschaftler arbeitet unter anderen Rahmenbedingungen und Erwartungen als ein Kollegialgericht – insbesondere wenn dieses plural besetzt ist – das trotz unterschiedlicher gesellschaftspolitischer Grundhaltungen und Erfahrungen der Mitglieder um eine am Ziel praktischer Konkordanz bemühte, möglichst von allen getragene Entscheidung ringt. Die Entscheidungszwänge seiner Mitglieder können dazu führen, dass zwar eine Mehrheit oder gar Einstimmigkeit für ein bestimmtes Ergebnis erreicht wird, nicht aber für jeden Einzelschritt in der methodischen Vorgehensweise und der rechtsdogmatischen Ableitung. Der als Einzelner handelnde Wissenschaftler hat erheblich mehr argumentative Freiheit als ein Verfassungsgericht und er kann Konsistenz gegebenenfalls durch Ausblenden anderer Sichtweisen herstellen. Für ihn mag die Orientierung an dem Erhalt oder der Steigerung des Ansehens in der scientific community vorrangig bestimmend sein, während das Mitglied eines Kollegialgerichts einerseits die Anerkennung seiner richterlichen Kollegen und deren Bereitschaft, ihm auch zukünftig bei den Beratungen zuzuhören, als Gebot der Verfahrensklugheit anstreben muss und zugleich darauf zu achten hat, dass die Öffentlichkeit insgesamt, aber auch die von einer Entscheidung konkret betroffenen Beteiligten, ihr Ergebnisrichtigkeit bescheinigen können, etwa indem sie sie so nachvollziehen und verarbeiten können, dass ein größtmögliches Maß an Akzeptanz erreicht wird.

I. Ausblick

Der institutionelle und personelle Rahmen der Entscheidungen im Bundesverfassungsgericht eröffnet spezifische Möglichkeiten der Einbeziehung der Vielfalt von Interessen, Erfahrungen und Optionen und erlaubt insofern in Grenzen eine „weiche“ Steuerung der Sicherung angemessener Problemlösungen, auch durch informell praktizierte Klugheits-