

**Preprints of the  
Max Planck Institute for  
Research on Collective Goods  
Bonn 2011/2**



Besonderes Verwaltungs-  
recht und ökonomische  
Theorie

Christoph Engel



MAX PLANCK SOCIETY



# **Besonderes Verwaltungsrecht und ökonomische Theorie**

Christoph Engel

January 2011

# Besonderes Verwaltungsrecht und ökonomische Theorie\*

Christoph Engel

I. Verständnis und Missverständnis	2
II. Positive ökonomische Theorie	4
1. Grundgedanke	4
2. Anwendung auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	6
a. Struktur der Entscheidungsregel	6
b. Geeignetheit	7
c. Erforderlichkeit	13
d. Angemessenheit	16
III. Normative ökonomische Theorie	18
1. Grundgedanke	18
2. Anwendung auf die Definition des legitimen Ziels	20
IV. Schlussbetrachtung	23

---

\* Helpful comments by Felix Bierbrauer, Yoan Hermstrüwer and Niels Petersen are gratefully acknowledged.

## I. Verständnis und Missverständnis

Juristen sollen entscheiden. Wer entscheidet, übernimmt Verantwortung. Wer die Verantwortung hat, will keine Fehler machen. Aus dieser Verantwortung erklärt sich das ambivalente Verhältnis der meisten Juristen zur Ökonomie. Sie zweifeln nicht an der disziplinären Kompetenz ihrer Nachbarwissenschaft. Aber sie sind unsicher, welches Gewicht deren Methoden und Resultate für die eigene Aufgabe haben. Aus Unsicherheit überziehen manche Juristen in die eine, andere Juristen in die andere Richtung. Manche behandeln die Versatzstücke ökonomischer Theorien wie göttliche Offenbarungen. *Scientia oeconomiae locuta, causa finita*. Andere stellen jedes ökonomische Argument unter Ideologieverdacht und ziehen in einen Kreuzzug wider die Kommerzialisierung der Gerechtigkeit.

Wer verunsichert ist, macht leichter Fehler. Wäre es deshalb nicht das Beste, wenn sich die Juristen auf das zurückziehen, was sie gelernt haben? Warum soll es auf einmal nicht mehr genügen, den Gesetzestext nach allen Regeln der Kunst zu interpretieren, die Entscheidungspraxis zu systematisieren und das Recht dort vorsichtig fortzuentwickeln, wo die Gesellschaft dazugelernt hat oder nicht mehr so wertet wie früher? Ein Gegenargument gilt für alles Recht. Juristen tun sich schwer, das offensichtlich bessere Argument zu ignorieren. Seit mehr als einem Jahrhundert fühlt sich die Ökonomie als Disziplin in ihrer überwältigenden Mehrheit einem einzigen Paradigma verpflichtet. Diese Kultur der Selbstbeschränkung ist der wichtigste Grund, warum dieses Paradigma ganz außerordentlich leistungsfähig ist. Es ist sehr viel genauer, sehr viel selbstkritischer und gar nicht so selten auch sehr viel tiefgründiger als die Argumente, die Juristen zum selben oder zu eng verwandten Gegenständen austauschen.

Das zweite Gegenargument ist spezifisch für das besondere Verwaltungsrecht. In manchen Rechtsgebieten macht die Juristerei die geringere Verfeinerung ihrer Theorie durch den strukturierten Zugriff auf die Erfahrungen von Jahrhunderten wett. Viele Probleme des allgemeinen Vertragsrechts gab es schon zu Zeiten von Justinian. In einem langen Prozess von Versuch und Irrtum hatte das Recht nicht nur die Chance, genauso klug zu werden wie tiefer gründende Theorien. Vielmehr ist dieses evolutorische Verfahren immer dann sogar überlegen, wenn der Gegenstand so reich ist, dass er sich dem vollständigen theoretischen Zugriff entzieht. Sehr viele Rechtsprobleme haben diesen Charakter. Denn Juristen müssen schließlich Fälle entscheiden. Und die Wirklichkeit des Lebens ist so bunt, dass sie von jeder Theorie immer nur zum Teil erfasst wird. Noch präziser und wichtiger: die Ökonomie handelt in ihrer ganz überwiegenden Mehrheit von wohldefinierten Problemen. Juristische Fälle sind dagegen nur sehr selten genau definiert. Man weiß nicht wirklich, ob man Fakten übersehen hat. Potentiell kann es immer noch andere normative Belange geben, die in die Entscheidung einzustellen sind.

Doch das besondere Verwaltungsrecht profitiert von diesem wichtigsten komparativen Vorteil des Rechts gegenüber der Ökonomie viel weniger als andere Rechtsgebiete. Die hektische Betriebsamkeit des Gesetzgebers beschert dem besonderen Verwaltungsrecht eine sehr kurze Halbwertszeit. Sehr oft kann ein Verwaltungsrechtler deshalb nicht warten, bis die Rechtsordnung genug Erfahrungen gesammelt hat. Er muss schon jetzt entscheiden. Auch wenn ihm be-

wusst ist, dass die ökonomische Theorie des besonderen Verwaltungsrechts immer nur Ausschnitte abdeckt, ist ihr Beitrag doch besonders wichtig. Sie kann helfen, die Belastbarkeit der vorgetragenen Argumente zu überprüfen, die Konsistenz der Entscheidungen zu mehren, und sie kann auf Wirkungen aufmerksam machen, die sich dem gesunden Menschenverstand nicht sofort erschließen.

Wer entscheidet, übernimmt nicht nur Verantwortung. Er übt auch Macht aus. Junge Juristen verstehen schnell, dass die Dogmatik die Entscheidung nur selten vollständig determiniert. Sie werden hineinsozialisiert in die filigranen institutionellen Arrangements, mit denen die Rechtsordnung das Spannungsverhältnis zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit bewältigt. Selbst wenn ihre akademischen Lehrer ihnen das nicht ausdrücklich sagen, erspüren sie doch, dass es hinter dem offenen juristischen Diskurs noch eine unausgesprochene politische Agenda gibt. Wenn sie ein neues Argument hören, deuten sie das auch als einen politischen Beitrag. Wer auf einen neuen Belang hinweist, der will, dass sich das Recht in einer bestimmten Weise entwickelt.

Daraus entsteht im interdisziplinären Gespräch leicht ein Missverständnis. Ökonomen werden als Anwälte der besonders Wohlhabenden oder der besonders Leistungsfähigen wahrgenommen, oder noch platter gleich als neoliberale Ideologen. Natürlich gibt es liberale Ökonomen. Vielleicht sind sie sogar häufiger als liberale Juristen. Aber das ökonomische Modell schlägt sich nicht auf die Seite des Kapitals. Im konzeptionellen Rahmen dieses Modells kann man auf gleich hohem intellektuellen Niveau auch über Verteilung, die Bekämpfung von Armut, Entwicklungshilfe, Umweltschutz und wenn man möchte auch über Organtransplantation, Familie und Kriminalität nachdenken. Das ökonomische Modell ist offen für beliebige Güter, bis hin zum ewigen Leben, der Schönheit oder der Liebe. Es kann Güter in beliebigen normativen Währungen bewerten, zum Beispiel Geld durch Zeit ersetzen, oder durch soziale Anerkennung. In ökonomischen Modellen agieren nicht nur Unternehmen und Arbeitnehmer, sondern zum Beispiel auch Straftäter, Mandatsträger und Staaten. Schließlich und vor allem: die meisten Ökonomen argumentieren überhaupt nicht normativ. Sie wollen erklären, vielleicht auch vorhersagen, aber keine Gestaltungsvorschläge machen.

Ein zweites Missverständnis gründet letztlich auch in der Orientierung der Juristen auf Entscheidungen. Im Munde ihrer juristischen Rezipienten verliert ökonomische Theorie regelmäßig ihre gesamte Bedingtheit und erstarkt zu unumstößlicher Gewissheit. Das wirkt wie arbeitsteilige Klugheit. Schließlich versteht der Ökonom, den man befragt oder dessen Texte man gelesen hat, von seinem Modell viel mehr. Dann soll er doch bitteschön auch die Verantwortung für die Folgerungen übernehmen. Diese Haltung verkennt aber den viel vorsichtigeren Anspruch, mit dem Ökonomen ihre Resultate formulieren. Auch dann, wenn sie normativ argumentieren, gilt ihre Empfehlung immer nur gegeben die Annahmen, die sie gemacht haben. Das ist weder Ausdruck von Feigheit noch von Faulheit. Autorität nehmen Ökonomen nur für die Konsistenz ihres Arguments in Anspruch. Um diesem Anspruch vollständiger Konsistenz zu genügen, beginnt jedes theoretische Papier mit einem Modell. Regelmäßig erklärt der Autor, welche Beobachtungen ihn zu seinem Modell inspiriert haben. Aber zwischen diesen Beobachtungen und dem Modell klafft eine breite Lücke. Das Modell stilisiert die Beobachtung. Es schneidet sie auf den Kern zurück,

den das Modell verstehen helfen soll. Ökonomische Modelle sind deshalb immer Exerzitien in Partialanalyse. Man sieht hinterher einen Effekt. Nicht mehr und nicht weniger.

Juristen sollten sich über diese Selbstbeschränkung der Ökonomen nicht grämen. Sie ist die Grundlage für eine produktive Arbeitsteilung. Argumentiert der Jurist rechtsdogmatisch, fließt das ökonomische Resultat in die Auslegung der entscheidungserheblichen Normen ein. Argumentiert er rechtspolitisch, liefert das Resultat einen Grund für oder gegen eine Empfehlung für die Fortentwicklung des Rechts. In keinem Fall wird der Jurist das Resultat einfach übernehmen. Er muss sich stets fragen, ob das Modell die Fakten in einer Weise stilisiert hat, die seiner Wahrnehmung des Sachverhalts entspricht. Außerdem argumentieren Juristen immer normativ. Hat auch der Ökonom normativ argumentiert, muss der Jurist diskutieren, ob andere normative Belange in die Entscheidung einzustellen sind. Hat der Ökonom positiv argumentiert, muss der Jurist aus der Warte der entscheidungserheblichen normativen Belange entscheiden, welches Gewicht dem Effekt zukommt.

Das Thema dieses Kapitels ist die ökonomischen Theorie. Darin erschöpft sich die Bedeutung der Ökonomie als Wissenschaft für das besondere Verwaltungsrecht allerdings nicht. Ökonomen werten auch Felddaten aus, sie führen Experimente durch und sie machen Fallstudien. Nicht alle empirischen Arbeiten testen Hypothesen, die aus formalen Modellen gewonnen sind. Soweit es solche Tests gibt, sollte ein Jurist aber nicht nur das theoretische Resultat verwerten, sondern auch dessen Überprüfung an der Wirklichkeit. Vielfach wird er allerdings nur Theorie finden, nicht auch Empirie. Dann muss er nolens volens mit seinen eigenen, viel weniger elaborierten Methoden abschätzen, ob er dem vom Modell vorhergesagten Effekt Glauben schenken soll.

## **II. Positive ökonomische Theorie**

### **1. Grundgedanke**

Die große Mehrheit der Ökonomen fühlt sich ein und demselben Paradigma verpflichtet. Ihre Theorie ist individualistisch, nicht holistisch. Sie machen also die Annahme, dass Akteure Entscheidungsfreiräume haben, und dass man etwas von der soziale Wirklichkeit versteht, wenn man untersucht, wie Akteure diese Freiräume nutzen. Holistische Theorien leugnen Freiheit nicht unbedingt. Sie sind nur überzeugt, dass man mehr versteht, wenn man sich das Individuum eingebettet in seinen historisch kontingenten sozialen Kontext vorstellt. Solche Theorien sind daran interessiert, wie dieser Kontext entsteht und wie er sich verändert. Die Öffentlichrechtler haben vor allem eine holistische Theorie rezipiert, die Systemtheorie Niklas Luhmanns.

Man braucht sich als Jurist nicht zwischen diesen beiden Theorieangeboten zu entscheiden. Man kann selbst ein und dasselbe rechtsdogmatische oder rechtspolitische Problem einmal individualistisch und einmal holistisch betrachten. So kann man das Waldsterben versuchen damit zu erklären, dass Industrieunternehmen ihren Gewinn steigern, wenn sie hohe Schornsteine bauen und dadurch den sauren Regen so fein verteilen, dass ihr konkreter Beitrag zur Schädigung eines ent-

fernten Waldes nicht mehr nachzuweisen ist. Man kann das Waldsterben stattdessen auch damit erklären, dass die fernen Eigentümer des Waldes und die emittierenden Unternehmen in keiner Form von sozialem Kontakt stehen, so dass die Unternehmen lange Jahre gar nicht mit den schädlichen Folgen ihres Handelns konfrontiert werden und deshalb auch gar keine geeigneten Handlungsmuster ausbilden.

Die große Mehrheit der Ökonomen erklärt soziale Phänomene damit, dass Individuen auf Restriktionen reagieren. Zu diesem Zweck nehmen Ökonomen an, dass Individuen Präferenzen haben. Ich esse etwa gerne Eis, habe aber nur noch wenig Taschengeld übrig. Ich verzichte auf das Eis, weil ich das restliche Taschengeld für die Fahrkarte nach Hause brauche. Die Unterscheidung zwischen Präferenzen und Restriktionen ist in den meisten ökonomischen Modellen strikt. Präferenzen stehen fest, Restriktionen können sich ändern. Wenn mein Freund mir zwei Euro schenkt, leiste ich mir das Eis. Überdies nehmen viele ökonomische Modelle an, dass jedes Individuum vollständige und wohlgeordnete Präferenzen hat. Wenn es vor der Wahl zwischen zwei Optionen steht, kann solch ein Individuum aus seinen Präferenzen ableiten, welche Option es vorzieht. Es wählt die Option, die ihm den höchsten Nutzen verschafft. Ich ziehe die Fahrkarte vor, weil ich sonst zwei Stunden laufen müsste.

Der gedankliche Weg lässt sich am Beispiel des Waldsterbens erläutern. Das Unternehmen möchte einen möglichst hohen Gewinn machen. Es weiß, dass es für Schäden haftet, die es verursacht. Diese Haftung setzt aber den Nachweis der Kausalität voraus. Der Bau hoher Schornsteine kostet Geld, schmälert also den Gewinn. Das Unternehmen vergleicht den erwarteten Gewinn mit und ohne Schornstein. Nehmen wir an, dass das Unternehmen die Wahl zwischen zwei Produktionstechniken hat: einer, die keine Schäden an Wäldern verursacht, und einer mit einem Schadensrisiko. Nehmen wir weiter an, dass die zweite Technologie billiger ist. Wenn das Unternehmen annimmt, dass ein hoher Schornstein Haftung für schädliche Umwelteinwirkungen wirksam verhindert, und dass Haftung zum vollen Ausgleich der Schäden verpflichten würde, dann fällt das Unternehmen die folgende Investitionsentscheidung. Es vergleicht die Kosten des Schornsteins mit dem zusätzlichen Gewinn aus der Verwendung einer Technologie, die die Luft mit Stickoxiden anreichert. Sind die Kosten kleiner als der erwartete Gewinn, entscheidet sich das Unternehmen für den Bau des Schornsteins.

Dies ist wohlgermerkt nur ein Modell. Kommt ein Rechtspolitiker zu der Überzeugung, dass dieses Modell das Verhalten der Unternehmen gut erfasst, hilft ihm das allerdings, das umweltrechtliche Problem besser zu verstehen. Er kann überlegen, ob man auf den Nachweis der Kausalität verzichten soll. Man könnte den Nachweis schädlicher Emissionen ausreichen lassen, selbst wenn unklar bleibt, aus welchem Schornstein die Emissionen stammen, die ein bestimmtes Waldgebiet geschädigt haben. Dann braucht man Haftungspools, sowohl auf der Seite der Geschädigten wie auf der Seite der Schädiger. Will man diesen Weg nicht gehen, kann stattdessen auch das öffentliche Recht an der Entstehung der schädlichen Umwelteinwirkung anknüpfen. Gestützt auf das Vorsorgeprinzip geschieht das bekanntlich. Nach § 4 I 1 BImSchG bedürfen Anlagen der Genehmigung. Im Genehmigungsverfahren sorgt der Staat dafür, dass die Emissionen die zulässigen Höchstgrenzen nicht überschreiten. Bei dieser Lösung braucht man Normie-

rungsgremien. Außerdem muss der Staat die Einhaltung der Genehmigungsaufgaben laufend überprüfen.

## **2. Anwendung auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz**

Positive ökonomische Theorie eignet sich zum tieferen Verständnis aller Entscheidungen. Das soll im folgenden an einer zentralen Figur des öffentlichen Rechts deutlich werden, die mit Wirtschaften vielfach nicht das Geringste zu tun hat, dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Weil der Grundsatz dort normalerweise zuerst gelehrt und am häufigsten verwendet wird, spreche ich im folgenden von der Verhältnismäßigkeit als Schrankenschranke der Grundrechte. Aber Verhältnismäßigkeit hat ihre Wurzel im Polizeirecht. Alle Handlungen der eingreifenden Verwaltung müssen schon kraft einfachen Rechts verhältnismäßig sein.

### *a. Struktur der Entscheidungsregel*

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist relativ. Gegeben ein definiertes normatives Anliegen, das sog. legitime Ziel, muss der Grundrechtseingriff geeignet, erforderlich und angemessen sein. Schon aus dieser Aussage folgt: die disziplinierende Kraft des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes steht und fällt mit der Definition des legitimen Ziels. Deshalb überrascht, wie wenig Aufmerksamkeit die Wissenschaft vom öffentlichen Recht diesem Tatbestandsmerkmal widmet. Doch für seine Interpretation braucht man normative, nicht bloß positive Theorie. Ökonomische Angebote zur Ausfüllung dieses Tatbestandsmerkmals werde ich weiter unten vorstellen. An dieser Stelle unterstelle ich, dass das legitime Ziel außer Streit steht.

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist relativ. Der erwartete Nutzen des Grundrechtseingriffs für das legitime Ziel muss dem Schaden für die betroffenen Grundrechtsträger vorzuziehen sein. Juristen nennen das Abwägung. Meist erwecken sie den Eindruck, dies sei ein wenig strukturierter, intuitiver Vorgang. Intuition ist für juristisches Entscheiden tatsächlich unverzichtbar. Das liegt an dem schon erwähnten Umstand, dass juristische Probleme nur ganz ausnahmsweise wohldefiniert sind. Intuition wird mit solchen Problemen besser fertig. Das heißt aber nur, dass ein Jurist seine Intuition nicht verdrängen sollte. Es enthebt ihn nicht der Anstrengung, die Gesichtspunkte, die seine Entscheidung tragen, explizit zu machen. Das gilt auch und gerade für den Vergleich zwischen dem Nutzen und dem Schaden eines Grundrechtseingriffs. Dabei kann ökonomische Theorie helfen.

Die juristische Entscheidungsregel lautet nicht: akzeptiere den Grundrechtseingriff, wenn der Nutzen den Schaden überwiegt. Vielmehr kommt es auf diesen Vergleich nur dann an, wenn die staatliche Maßnahme geeignet und erforderlich ist. Entscheidungstheoretiker nennen diese Struktur der Regel lexikographisch. Lexikographische Regeln lassen sich als Entscheidungsbaum darstellen.



geeignet: nein → verfassungswidrig  
ja →  
erforderlich: nein → verfassungswidrig  
ja →  
angemessen: nein → verfassungswidrig  
ja → verfassungsmäßig

Aus diesem Entscheidungsbaum folgt zunächst einmal: das Urteil der Verfassungsmäßigkeit ist dreifach bedingt. Die Maßnahme muss geeignet, erforderlich und angemessen sein, damit der Verfassungsinterpret sie für verfassungsmäßig hält. Außerdem strukturiert eine lexikographische Entscheidungsregel den Entscheidungsvorgang. Führt die Entscheidung auf irgendeiner Stufe zu einem negativen Ergebnis, endet der Entscheidungsprozess an dieser Stelle.

Diese Entscheidungsregel hat zwei interessante Implikationen. Ginge es alleine darum, mit möglichst geringen Freiheitskosten die öffentlichen Interessen möglichst gut zu verwirklichen, müsste die Regel anders strukturiert sein. Man müsste zunächst eine Liste aller (der wichtigsten) denkbaren Interventionen erstellen. Diese Liste müsste man nach dem Grad ordnen, mit dem die Maßnahmen das Ziel fördern. Sodann müsste man bestimmen, wie stark jede dieser Interventionen in Grundrechte aller in Betracht kommenden Grundrechtsträger eingreift. Aus diesen beiden Informationen müsste man für jede Maßnahme eine Kosten-Nutzen-Bilanz erstellen. Der Staat dürfte nur die Maßnahme ergreifen, die bei diesem Verfahren am besten bewertet wird. Mit solch einer Entscheidungsregel hätte man jedoch unvermeidlich Politik durch ein *gouvernement des juges* ersetzt. Aus Respekt vor dem demokratisch gewählten Gesetzgeber geht das Verfassungsrecht anders vor. Der Gesetzgeber hat das Recht des ersten Zugriffs. Prüfungsgegenstand ist nur die Maßnahme, die er tatsächlich ergriffen hat, auch wenn mit Händen zu greifen ist, dass es viel wirksamere Maßnahmen gegeben hätte.

Außerdem unterscheidet die Entscheidungsregel zwischen dem Nutzen des Eingriffs für ein legitimes Ziel und dem Schaden für den Grundrechtsträger, dessen Grundrechte in Rede stehen. Aus der Warte ökonomischer Theorie ist das verblüffend. Gehören die Grundrechte des Beschwerdeführers etwa nicht zu den Anliegen der Rechtsordnung, der die Politik dient? So denkt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aber nicht. Er verlangt nicht, dass eine wohldefinierte Nutzenfunktion des Staats bestmöglich erreicht wird. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz will nur verhindern, dass der Staat die Grundrechtsträger übermäßig belastet, wenn er sich zu einem bestimmten Eingriff entschließt. Er kann auch deshalb handeln, weil er bestimmten Grundrechtsträgern mehr Raum zur Verwirklichung ihrer Grundrechte eröffnen will. Dann sind die Grundrechte auch dogmatisch auf der Seite der Ziele. Aber die Grundrechte der Adressaten nimmt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht als Nutzen wahr, sondern als Freiheitskosten.

### ***b. Geeignetheit***

Der Prüfungsmaßstab der Geeignetheit ist also beschränkt. Die Folgen des Eingriffs für den Grundrechtsträger bleiben außer Betracht. Untersucht wird nur die Maßnahme, die der Staat tat-

sächlich ergriffen hat. Alternative Maßnahmen, für die er sich auch hätte entscheiden können, spielen keine Rolle. Außerdem wird die Maßnahme nur an dem Ziel gemessen, das der Staat tatsächlich verfolgt. Günstige Nebenwirkungen für andere öffentliche Interessen bleiben ebenso außer Betracht wie schädliche Nebenwirkungen für noch einmal andere öffentliche Interessen. Beachtlich sind nachteilige Nebenwirkungen nur dann, wenn sie auch dazu führen, dass der Staat das von ihm tatsächlich verfolgte Ziel nicht oder schlechter erreicht<sup>1</sup>.

#### (1) Ein Ziel, eine Maßnahme

Im einfachsten Fall verfolgt der Staat genau ein legitimes Ziel  $l$  mit genau einer Intervention  $i$ . Dann können wir den Nutzen  $u$  der Intervention für das legitime Ziel schreiben als  $u_l(i)$  oder einfach als  $u(i)$ <sup>2</sup>. In erster Näherung verlangt der Maßstab der Geeignetheit, dass  $u(i) > 0$ . Damit sind schon einmal zwei Klassen von Interventionen ausgeschlossen. Eine Maßnahme ist ungeeignet, wenn gilt  $u(i) = 0$ . Solch eine Maßnahme belastet zwar einen Grundrechtsträger, fördert das legitime Ziel aber in keiner Weise. Ausgeschlossen ist erst recht der Fall  $u(i) < 0$ . Solch eine Maßnahme ist kontraproduktiv. Sie schadet dem legitimen Ziel sogar.

Oft muss die Geeignetheit einer Maßnahme beurteilt werden, obwohl die Maßnahme ganz oder teilweise in der Zukunft liegt. So liegt es regelmäßig bei der Beurteilung abstrakt-genereller Regeln, die zu Grundrechtseingriffen ermächtigen. Hierher gehört aber auch der Rechtsschutz gegen Maßnahmen der Verwaltung, die bevorstehen, aber noch nicht vollzogen sind. Die Umweltbehörde hat etwa gegen den Betreiber einer Anlage nach § 17 BImSchG eine nachträgliche Anordnung erlassen. Der Betreiber hat dagegen Anfechtungsklage erhoben. In solchen Fällen muss die Entscheidung auf eine Prognose über die Wirkung der Maßnahme auf das legitime Ziel gestützt werden. Die Entscheidungsregel lautet dann  $E(u) > 0$ : der erwartete Nutzen der Intervention für das verfolgte Ziel muss positiv sein. Den Erwartungsnutzen kann man berechnen als das Produkt aus der Wahrscheinlichkeit, dass das legitime Ziel erreicht wird, und dem normativen Gewicht dieser Verbesserung. Ist im entscheidungserheblichen Zeitpunkt zu gewärtigen, dass die Maßnahme sogar kontraproduktiv sein könnte, muss man den Erwartungswert bilden als die Summe der mit der Wahrscheinlichkeit ihres Eintritts gewichteten positiven und negativen Folgen für das legitime Ziel.

Mit derselben Regel kann man auch den Fall bewältigen, dass die Maßnahme zwar in der Vergangenheit liegt, der Aufwand zur vollständigen Aufklärung ihrer Wirkung für das legitime Ziel aber außer Verhältnis steht. Erstaunlicherweise spielt dieser Fall in der Verfassungsrechtsprechung praktisch keine Rolle. Im einstweiligen Rechtsschutz ist er dagegen häufig. Wenn man diese Möglichkeit eröffnet, muss im ersten Schritt das Verhältnis zwischen dem Gewicht des Grundrechtseingriffs und der Höhe der Ermittlungskosten bestimmt werden, mit denen bei vollständiger Aufklärung zu rechnen wäre. Diese Prüfung kann in den Schritten erfolgen, die ich

---

1 BVerfGE 83, 1, 18.

2 Zur Notation:  $u(i)$  sagt aus, dass der Nutzen  $u$  eine Funktion der Maßnahme  $i$  ist. In welchem Zusammenhang Maßnahme und Nutzen stehen, wird bei dieser Schreibweise nicht spezifiziert. Jede funktionale Form ist zugelassen.

unten für den Maßstab der Angemessenheit beschreibe. Stehen die Kosten außer Verhältnis, dürfte das Gericht auch in diesem Fall auf unsicherer Tatsachengrundlage entscheiden. Es dürfte also auch in diesem Fall  $E(u) > 0$  als Entscheidungsregel ausreichen lassen.

Das Bundesverfassungsgericht räumt dem Gesetzgeber einen „Prognosespielraum“ ein<sup>3</sup>. Der Begriff liest sich wie eine Aussage über die Entscheidungszuständigkeit. Das kann jedoch nicht richtig sein. Tatsächlich holt das Gericht ja auch keine Stellungnahme der gesetzgebenden Körperschaften über den erwarteten Effekt der Intervention ein. Gemeint ist vielmehr eine Aussage zum Entscheidungsmaßstab. So heißt es in anderen Entscheidungen denn auch, die Maßnahme dürfe nicht „objektiv untauglich“<sup>4</sup> beziehungsweise nicht „schlechthin ungeeignet“ sein<sup>5</sup>. Entscheidungstheoretisch geht es immer nur um die Aussage  $E(u) > 0$ .

Der normative Kern des Problems liegt an anderer Stelle. Gibt sich das Verhältnismäßigkeitsprinzip wirklich mit  $E(u) > 0$  zufrieden? Verlangt es nicht doch  $E(u) > \tilde{x}, \tilde{x} > 0$ ? Muss also mindestens der Grenzwert  $\tilde{x}$  erreicht sein? Dann wäre ein Zielerreichungsgrad gefordert, der nicht bloß minimal ist. Das Wort vom Prognosespielraum des Gesetzgebers lässt sich dann reformulieren als Aussage zu dem minimalen erwarteten Zielerreichungsgrad. Je größer die Unsicherheit, unter der der Gesetzgeber entscheiden durfte und musste, desto kleiner der Zielerreichungsgrad, den das Bundesverfassungsgericht bei *seiner eigenen* Prüfung verlangt, damit die Maßnahme geeignet bleibt.

Mit absoluten Zahlen (also mit der Variablen  $\tilde{x}$ ) lässt sich dabei allerdings schlecht arbeiten. Öffentliche Zwecke kann man mit ganz unterschiedlichen normativen Währungen bewerten. Beim einen legitimen Ziel mag  $\tilde{x}$  sehr viel sein, bei einem anderen sehr wenig. Man arbeitet deshalb besser mit einer Normalisierung. Die Obergrenze  $\bar{u}$  ist erreicht, wenn das legitime Ziel vollständig erfüllt ist. Die Normalisierung wandelt die absolute Grenze also in einen Prozentsatz um. Auf diese Weise werden normative Ziele von ganz verschiedenem Gewicht vergleichbar. Das Verfahren lässt sich auch empirisch relativ gut anwenden, wenn das Ziel entweder erreicht oder verletzt ist. In der Rechtswirklichkeit schafft die Unterscheidung von Inhalt und Form oft solche klaren Zustände. Zwischen zwei Staaten herrscht entweder Krieg oder Frieden. Denn Krieg muss erklärt und Frieden muss geschlossen werden. Greift der Staat in ein Grundrecht ein, weil er sonst Krieg fürchtet, kann man bestimmen, wie sehr der Eingriff die Gefahr eines Krieges vermindert.

Ökonomische Modelle arbeiten meist mit anders strukturierten Gütern. Man hat nicht nur Hunger auf ein Brötchen. Auch das zweite Brötchen schmeckt noch sehr gut. Beim vierten oder fünften Brötchen sind dagegen auch ausgehungerte Esser langsam satt. Auch der Staat verfolgt oft solche Ziele, etwa das Ziel der „sauberen Umwelt“. Mit noch mehr Aufwand oder Zurückhaltung bei der Produktion könnte man die Belastung der Luft mit Stickoxiden immer noch weiter verringern. Eigentlich würde es bei solchen legitimen Zielen konzeptionell schwierig, den maxima-

---

3 BVerfGE 77, 84, 106; 90, 145, 173; 109, 279, 336.

4 BVerfGE 16, 147, 181; 30, 250, 263.

5 BVerfGE 17, 306, 317; 19, 119, 126 f.; 30, 250, 263.

len Grad der Zielerreichung zu definieren. Die Obergrenze ist unendlich, und mit unendlich kann man nicht gut rechnen. Doch für die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes schafft das kein gravierendes Problem. Man kann das Maß, in dem die Maßnahme das Ziel erreicht, die der Staat tatsächlich ergriffen hat, mit dem Zielerreichungsgrad der am stärksten wirkenden, als solche mit der Verfassung vereinbaren Maßnahme vergleichen. Der Zielerreichungsgrad lässt sich nun schreiben als

$$d = \frac{E(u)}{\bar{u}}$$

Er ergibt sich also aus dem Verhältnis zwischen dem erwarteten und dem maximalen Zielerreichungsgrad. Er liegt automatisch zwischen 0 und 1. Konsequent lautet die Entscheidungsregel  $d > x, x \in (0,1)$ . Die eigentliche normative Frage besteht dann darin, wie nah  $x$  an 0 liegen darf. Hängt das nur von dem Gewicht des verfolgten öffentlichen Interesses ab, oder auch von dem Verhältnis zwischen dem verfolgten Ziel und Art und Maß des Grundrechtseingriffs? Genügt, dass der Gesetzgeber unter Unsicherheit entschieden hat, oder kommt es auch darauf an, welche Möglichkeiten er gehabt hätte, diese Unsicherheit zu vermindern?

## (2) Zwei Ziele, eine Maßnahme

Häufig verfolgt der Gesetzgeber mit ein und demselben Grundrechtseingriff mehrere öffentliche Interessen. Mittlerweile bezeichnen viele Gesetze des besonderen Verwaltungsrechts die verfolgten Zwecke in ihrem § 1 ja sogar ausdrücklich. So heißt es in § 1 KrWAbfG etwa, dass das Gesetz nicht nur schädlichen Umwelteinwirkungen auf dem Abfallpfad vorbeugen (Ziel 1), sondern auch die Kreislaufwirtschaft fördern will (Ziel 2).<sup>6</sup> Dann muss schon für die Prüfung der Geeignetheit über mehrere öffentliche Interessen aggregiert werden. Der Rechtsanwender muss dann verstehen, wie die Maßnahme auf jedes der Ziele wirkt. Im einfachsten Fall spielt es für das eine Ziel keine Rolle, wie gut die zu prüfende Maßnahme das andere Ziel erreicht. Um die Fälle sauber auseinander zu halten, empfiehlt es sich, nun in der Notation zwischen den beiden Zielen  $i_1$  und  $i_2$  und einer oder mehreren Maßnahmen  $i_1$  und  $i_2$  zu unterscheiden. Im einfachsten Fall dient eine Maßnahme nur einem Ziel. Wenn der Staat beide Ziele verfolgen will, muss er auch zwei Maßnahmen ergreifen. Dann kann man schreiben  $U(i_1, i_2) = u_{i_1}(i_1) + u_{i_2}(i_2)$ .<sup>7</sup> Der Nutzen aus der Maßnahme  $i_1$ , die auf das erste Ziel ausgerichtet ist, und der Nutzen aus der Maßnahme  $i_2$ , die auf das zweite Ziel ausgerichtet ist, sind voneinander unabhängig.

So einfach wird es allerdings selten sein. Der Gesetzgeber des Kreislaufwirtschaft- und Abfallgesetzes hatte jedenfalls die Hoffnung, dass viele Eingriffe in die Abfallwirtschaft eine doppelte Dividende abwerfen. Wenn es dem Gesetz zum Beispiel gelingt, dass Plastikabfall stofflich verwertet wird, dann wird die Gefahr kleiner, dass Deponien das Grundwasser verseuchen. Zugleich wird aber auch Erdöl gespart, aus dem neues Plastik hergestellt werden müsste. In solch einem

6 Im folgenden greife ich oft auf das Abfallrecht als Beispiel zurück. Dazu näher ENGEL, CHRISTOPH (2002). *Abfallrecht und Abfallpolitik*.

7 Daraus folgt dann auch: die Nachfrage nach dem zweiten Gut ist unabhängig vom Preis des ersten Guts, oder in unserem Zusammenhang: das Interesse des Gesetzgebers an der einen Maßnahme ist unabhängig von den Freiheitskosten der Maßnahmen zur Erreichung des zweiten legitimen Ziels.

Fall gibt es Verbundvorteile:  $U(i_1) = u_{i_1}(i_1) + u_{i_2}(i_1)$ <sup>8</sup>. Mit ein und derselben Maßnahme tut der Staat etwas für beide Ziele. Deshalb kann man auch noch einfacher schreiben  $U(i_1) > u_{i_1}(i_1)$ . Der Nutzen der Maßnahme, die vornehmlich auf das erste Ziel abzielt, erschöpft sich nicht in den Wirkungen für dieses Ziel.

Auch für den umgekehrten Fall gibt es Beispiele aus dem Abfallrecht. Um das Grundwasser zu schützen, verlangt das Abfallrecht z.B., dass nur noch inerte Abfälle deponiert werden. Praktisch bedeutet das, dass der Abfall zunächst verbrannt werden muss. Haushaltsmüll brennt eigentlich gut. Das liegt jedoch an den Papier- und Plastikfraktionen. Papier und Plastik lassen sich auch stofflich verwerten. Dann müssen die Haushalte den Müll trennen. Tatsächlich hat die Abfallpolitik mit diesem Anliegen ja sehr weitgehend Erfolg gehabt. Folglich ist der Restmüll aus vielen Haushalten allerdings so gut sortiert, dass er nicht mehr von selbst brennt. Deshalb muss in Müllverbrennungsanlagen Brennstoff zugeführt werden. In der juristischen Literatur ist dann gern von einem Zielkonflikt die Rede. Doch bei genauerem Zusehen stehen nicht die Ziele im Widerspruch zueinander. Die konkrete Maßnahme bringt nur Nachteile für andere Ziele mit sich, die dem Staat auch wichtig sind:  $U(i_1) = u_{i_1}(i_1) - u_{i_2}(i_1)$  oder noch kürzer  $U(i_1) < u_{i_1}(i_1)$ .

### (3) Zwei Maßnahmen, ein Ziel

Häufig beschränkt sich der Gesetzgeber nicht auf eine einzelne Maßnahme. Die Intervention besteht aus einem ganzen institutionellen Arrangement. Auch hierfür ist das Abfallrecht ein gutes Beispiel. Der Gesetzgeber macht die umweltgefährdende Abfallbeseitigung zur Straftat. Er schreibt einen Anschluss- und Benutzungszwang für die städtische Müllabfuhr vor. Er macht technische Vorgaben für den Betrieb von Deponien und Müllverbrennungsanlagen. Er fördert die stoffliche Verwertung mit Subventionen, um nur ein paar der Instrumente zu erwähnen. Auch wenn sich das Rechtsschutzbegehren nur gegen eine dieser Maßnahmen richtet, muss das verfassungsrechtliche Urteil doch alle Maßnahmen in den Blick nehmen. Für die Geeignetheit kommt es wieder darauf an, in welchem Verhältnis diese Interventionen zueinander stehen. Dass die in Rede stehende Maßnahme isoliert wirkungslos wäre, ist für das verfassungsrechtliche Urteil unerheblich, wenn sich ihre förderliche Wirkung aus dem Zusammenspiel mit den übrigen Maßnahmen ergibt. Dann gilt  $u(i_1) < 0, U(i_1, i_2) > 0$ . Der nützliche Effekt ergibt sich aus der Komplementarität der Maßnahmen.

Umgekehrt kann eine Maßnahme ungeeignet sein, auch wenn sie für sich alleine das legitime Ziel fördern würde. So liegt es, wenn gilt  $u(i_1) > 0, U(i_1, i_2) < 0$ . In diesem Fall sind die Maßnahmen Substitute, und sie neutralisieren sich sogar. Verfassungswidrig wird es aber auch, wenn gilt  $u(i_1) > 0, 0 < U(i_1, i_2) \leq U(i_2)$ . Dann macht das Hinzutreten der neuen Maßnahme die übrigen Maßnahmen zwar nicht vollständig wirkungslos. Das vollständige institutionelle Arrangement ist aber weniger wirkungsvoll als ein Arrangement, das auf die fragliche Maßnahme verzichtet.

---

8 Daraus folgt dann auch: wenn der Staat bereit ist, Freiheitskosten für die Erreichung des einen Ziels aufzuwenden, macht ihn das bereiter, auch Freiheitskosten für die Erreichung des zweiten Ziels aufzuwenden. Oder technischer: die Kreuzpreiselastizität ist negativ.

Man kann das Verhältnis mehrerer Maßnahmen zueinander auch durch einen Koeffizienten dafür erfassen, wie sehr die Maßnahmen interagieren. Betrachten wir zunächst nur ein einziges normatives Ziel  $i_1$  und die beiden Maßnahmen  $i_1$  und  $i_2$ . Nehmen wir an, jede Maßnahme hat je für sich einen gewissen förderlichen Effekt. Beide Maßnahmen gleichzeitig stören sich aber. Dann könnten wir schreiben  $U(i_1, i_2) = u(i_1) + u(i_2) - u(i_1 * i_2)$ . In dieser Schreibweise wäre der letzte Term nur für den Fall von Bedeutung, dass beide Maßnahmen zugleich ergriffen werden. Wenn wir  $i_1$  als Kurzformel dafür verstehen, dass der Staat die erste Maßnahme ergriffen hat, und  $i_2$  als Kurzformel dafür, dass der Staat die zweite Maßnahme ergriffen hat, dann ist der dritte Term 0, fällt also weg, wenn der Staat nur eine der beiden Maßnahmen ergreift. Ergreift der Staat sogar drei Maßnahmen, kommen noch die beiden Zweifach-Interaktionen  $i_1 * i_3$  und  $i_2 * i_3$  hinzu, sowie die Dreifach-Interaktion  $i_1 * i_2 * i_3$ . Diese Schreibweise ist hilfreich, weil man dann mit einem Korrelationskoeffizienten ausdrücken kann, wie viel Gewicht die Wechselwirkungen zwischen den Maßnahmen haben. Ist der Koeffizient positiv, befruchten sie sich gegenseitig. Ist er negativ, stören sie sich. Bei Maßnahmenbündeln wird man oft beides finden, und muss sich klar werden, ob die positiven schließlich die negativen Wirkungen überwiegen.

#### (4) Mehrere Adressaten

Schließlich genügt es zur Verfolgung des legitimen Ziels häufig nicht, dass der Staat einen einzigen Grundrechtsträger in Anspruch nimmt. Der Rechtsanwender hat allerdings häufig nur mit einem einzigen Adressaten  $a$  zu tun. Wenn er die Verhältnismäßigkeit dieses Eingriffs beurteilt, muss er aber die Wirkungen auf andere Grundrechtsträger in Rechnung stellen. Hier stellt sich ein drittes Mal die Frage, in welchem Verhältnis diese Eingriffe stehen. Ein Anschluss- und Benutzungszwang für die örtliche Müllabfuhr, der sich nur an einen einzigen Haushalt richtet, wäre wirkungslos. Das Grundwasser wäre immer noch gefährdet. Nur deshalb, weil der Zwang alle Haushalte trifft, erhält der Staat die Chance, das Abfallmanagement in die eigene Hand zu nehmen. Das ist ein extremer Fall von Komplementarität. Es gilt in diesem Fall also  $u_{a_1} = 0, U(u_{a_1}, \dots, u_{a_N}) > 0$ , wobei die Grundrechtsadressaten von 1 bis N gezählt sind. Die Maßnahme ist so lange wirkungslos, wie sie nicht (fast) alle Adressaten erreicht.

Auch hier gibt es Substitutionsbeziehungen. Prinzipiell kann der Staat in unternehmerische Grundrechte eingreifen, wenn er selektiv fördert und dadurch den Wettbewerb verzerrt. Ist die Subvention aber als Anreiz für besonders innovative Lösungen gedacht, würde ihr Effekt verpuffen, wenn jedes Unternehmen in der Branche bedacht wird. Der Staat erreicht sein Ziel gerade deshalb, weil er einzelne Unternehmen begünstigt. Je mehr Unternehmen er begünstigt, desto schwächer der Anreiz und deshalb desto geringer der Zielerreichungsgrad. In solch einem Falle gilt also  $u_{a_1} > 0, U(u_{a_1}, a_{a_2}) < u_{a_1}$ .

Will man die Geeignetheit des Eingriffs beurteilen, muss man potenziell also über normative Ziele, über Instrumente und über Adressaten aggregieren.

### c. *Erforderlichkeit*

Eine an sich geeignete Intervention ist dann verfassungswidrig, wenn dem Staat eine gleich geeignete, den Grundrechtsträger aber weniger belastende Maßnahme zu Gebote steht<sup>9</sup>. Auch das ist eine lexikographische Entscheidungsregel:

alternative Maßnahme gleich geeignet? nein → Erforderlichkeit

ja →

alternative Maßnahme weniger belastend?

nein → Erforderlichkeit

ja →

verfassungswidrig

#### (1) Gleich geeignet

Wenn die alternative Maßnahme nicht gleich geeignet ist, spielt keine Rolle mehr, ob sie den Grundrechtsträger weniger belastet. Was mit gleicher Eignung gemeint ist, lässt sich in den hier entwickelten Kategorien präzise bestimmen. Gleiche Eignung liegt vor, wenn gilt  $d(i_j) \geq d(i_i)$ : der Zielerreichungsgrad der alternativen Maßnahme  $i_j$  ist mindestens so hoch wie der Zielerreichungsgrad der tatsächlich ergriffenen Maßnahme  $i_i$ . Hat der Staat ein ganzes institutionelles Arrangement eingesetzt, müssen auch Arrangements verglichen werden. Begehrt der Beschwerdeführer den Austausch einer einzelnen Maßnahme, während er die übrigen Maßnahmen  $k$  nicht angreift, dann muss also gelten  $d(i_j * i_k) \geq d(i_i * i_k)$ .

Der Rechtsanwender ist nicht auf die Prüfung einer einzelnen alternativen Maßnahme beschränkt. Vielmehr muss er grundsätzlich jede denkbare alternative Lösung in seine Untersuchung einbeziehen. Dabei vergleicht er jede alternative Maßnahme getrennt mit der tatsächlich gewählten Maßnahme. Er darf mit anderen Worten die Prüfung nur dann schon auf der ersten Stufe der Erforderlichkeit abbrechen, wenn gilt  $d(i_j) < d(i_i), \forall j$ <sup>10</sup>: alle denkbaren alternativen Maßnahmen dienen dem legitimen Ziel weniger gut als die tatsächlich ergriffene Maßnahme.

#### (2) Weniger belastend

Auf der zweiten Stufe kommt es auf das legitime Ziel nicht mehr an. Auf dieser Stufe werden ausschließlich die Wirkungen für den Grundrechtsträger verglichen. Belastet eine der gleich geeigneten Maßnahmen den Grundrechtsträger weniger schwer, ist der Eingriff verfassungswidrig. In ökonomischer Sprache kann man das Maß der Grundrechtsbeeinträchtigung, also die Belastungswirkung, als Freiheitskosten  $c$  beschreiben. Damit der Eingriff verfassungsgemäß ist, muss gelten  $c(i_j) > c(i_i), \forall j$ : alle gleich geeigneten Maßnahmen müssen noch höhere Freiheitskosten haben.

---

9 BVerfGE 40, 196, 223; 77, 84, 109 f.

10 Zur Notation:  $\forall$  ist der Alloperator. Die Bedingung muss für *alle* alternativen Maßnahmen gelten.

Oft wird unsicher sein, wie hoch die Freiheitskosten wirklich sind. Das wird insbesondere bei der Überprüfung generell-abstrakter Regeln so sein. Dann muss die Entscheidung auf eine Prognose über die Höhe der Freiheitskosten gestützt werden. Bei der Beurteilung der alternativen Maßnahmen wird der Rechtsanwender fast immer auf eine Prognose angewiesen sein. Denn er muss ja eine tatsächlich eingeführte mit einer potentiellen Intervention vergleichen. Wie schon bei der Beurteilung der Wirkung einer Maßnahme für das verfolgte Ziel muss man dann auch bei der Abschätzung der Freiheitskosten von dem nachgewiesenen auf den erwarteten Wert umstellen. Verfassungsmäßigkeit verlangt deshalb regelmäßig  $E(c(i_j)) > c(i_i)$ , manchmal sogar  $E(c(i_j)) > E(c(i_i))$ .

Welche Vorgaben macht die Verfassung nun für die Bildung dieser Erwartungswerte? Wenn diese prognostische Aufgabe normativ nicht überformt wäre, dann könnte man die von Ökonomen entwickelten Standardverfahren anwenden. Sie berechnen den Erwartungswert aus dem Produkt des eintretenden Schadens (in unserem Fall also: der Freiheitskosten) und der Wahrscheinlichkeit seines Eintritts. Dann würde gelten  $E(c(i_i)) = p * c(i_i)$ . Das ließe sich erneut mit dem Prognosespielraum des Gesetzgebers begründen. Man würde diese dogmatische Figur dann wiederum als eine Aussage darüber verstehen, wie gering die Wahrscheinlichkeit sein darf. Grundsätzlich geht das Recht der Gefahrenabwehr so vor. Je größer der drohende Schaden für das geschützte Rechtsgut, desto geringer die Anforderungen an den Nachweis der Gefahr.

Aber soll die Verfassung nicht auch vor unwahrscheinlichen, aber doch möglichen Beeinträchtigungen schützen? Das würde eine Gewichtungsfunktion nahelegen, die auch kleinen Wahrscheinlichkeiten beträchtliches Gewicht zuweist. Eine Möglichkeit wäre  $E(c(i_i)) = \sqrt{p} * c(i_i)$ . Man kann sich sogar fragen, ob unsichere Grundrechtsbeeinträchtigungen nicht sogar noch höheres Gewicht haben als sichere. Aus dem amerikanischen Recht ist dafür die Figur des „chilling effect“ bekannt. Das würde durch die folgende Gewichtungsfunktion erfasst:

$$E(c(i_i)) = \frac{c(i_i)}{p}$$

Der Institutionenvergleich, der bei der Erforderlichkeit verlangt wird, ist immer kontrafaktisch. Die alternativen Maßnahmen, mit denen die tatsächlich ergriffene Maßnahme verglichen wird, sind hypothetisch. Deshalb kann man die Freiheitskosten nicht beobachten, die von ihnen ausgehen. Man kann sie bestenfalls abschätzen. Wer dem demokratisch gewählten Gesetzgeber einen Freiraum verschaffen will, kann sich deshalb hinter dieser Unsicherheit verstecken. Angemessener ist es aber, diese Frage nach der Kontrolldichte offen zu diskutieren. Soll ein minimaler Unterschied in den Freiheitskosten genügen, um die Maßnahme zu kassieren? Wer das für unangemessen hält, sollte zunächst die Entscheidungsregel umschreiben in  $c(i_j) - c(i_i) > 0$  und sie dann ersetzen durch  $c(i_j) - c(i_i) > \tilde{y}$  oder noch besser

$$\frac{c(i_j) - c(i_i)}{\bar{c}} > y, y \in [0,1]$$

Dann vergleicht man den Unterschied in den Freiheitskosten mit den maximal denkbaren Freiheitskosten  $\bar{c}$ . Wenn dieser Quotient sehr klein ist, hat die Maßnahme Bestand. Was „sehr klein“ bedeutet, ist offensichtlich eine normative Frage.  $y$  ist ein normativ gesetzter Schwellenwert.



Man kann ihn abstrakt bestimmen. Dann zieht man dem Gesetzgeber eine Grenze, die er jedenfalls nicht überschreiten darf. Oder man kann die Grenze in Abhängigkeit von dem staatlichen Anliegen einerseits und von den Freiheitskosten andererseits

bestimmen. Wieder hilft positive ökonomische Theorie bei der präzisen Formulierung des normativen Problems. Die Entscheidung muss nach anderen, normativen Kriterien gefällt werden.

### (3) Mehrere Grundrechte

Sehr häufig greift ein und derselbe staatliche Eingriff gleichzeitig in mehrere Grundrechte ein. Das wird manchmal als die Frage nach den Grundrechtskonkurrenzen diskutiert. Formal lassen sich die gedanklichen Optionen in der schon entwickelten Sprache darstellen. Es kann sein, dass die Freiheitskosten einfach zu addieren sind. Dann gilt  $C(g_1, g_2) = c(g_1) + c(g_2)$ , wobei  $g$  für das einzelne Grundrecht steht. In diesem Verhältnis könnten zum Beispiel Beeinträchtigungen materieller Grundrechte einerseits und prozeduraler Grundrechte andererseits stehen.

Meist liegt es aber näher, dass sich das Urteil über die Schwere des Grundrechtseingriffs erst aus einer Zusammenschau der Wirkungen auf alle betroffenen Grundrechte ergibt. Dann kommt es auch auf Interaktionseffekte an. Ein bekanntes Beispiel ist die gleichheitswidrige Behandlung im Schutzbereich eines Freiheitsrechts. An sich ist das Schutzniveau des allgemeinen Gleichheitssatzes niedrig. Aus der Tatsache, dass der Staat auch noch zwischen verschiedenen Gruppen diskriminiert, kann aber folgen, dass ein Eingriff in ein Freiheitsrecht besonders hohes Gewicht hat. Das wäre ein Beispiel für komplementäre Freiheitskosten, also für  $C(g_1, g_2) > c(g_1) + c(g_2)$ .

Andererseits liegt der Schutzbereich mancher Freiheitsrechte nahe beieinander. So ist die unternehmerische Freiheit der Medienunternehmer sowohl von Art. 5 Abs. 1 GG als auch von Art. 12 Abs. 1 GG geschützt. Wenn man das nicht ohnehin als ein Verhältnis von *lex specialis* und *lex generalis* betrachtet, dann ist das aggregierte Gewicht des Eingriffs in beide Grundrechte jedenfalls kleiner als die Summe der isolierten Gewichte. Es gibt also ein substitutives Verhältnis der Freiheitskosten, oder formal  $C(g_1, g_2) < c(g_1) + c(g_2)$ .

### (4) Mehrere Maßnahmen

Aus der Sicht der Freiheitskosten sind weiter mehrere staatliche Eingriffe zusammenzurechnen. Auch die Freiheitskosten mehrerer miteinander verbundener Eingriffe müssen nicht additiv sein. Sie können komplementär sein. Dann wirkt die Verbindung mehrerer Eingriffe noch schwerer als die Summe der isolierten Belastungen:  $c(i_1, i_2) > c(i_1) + c(i_2)$ . Andererseits können mehrere gleichzeitige Eingriffe in der Summe weniger schwer wirken. Dann sind die Freiheitskosten substitutiv. Es gilt  $c(i_1, i_2) < c(i_1) + c(i_2)$ .

Schließlich kann man sich fragen, wie der Fall zu behandeln ist, dass ein und dieselbe staatliche Maßnahme die Grundrechte mehrerer Grundrechtsträger beeinträchtigt. Aus der Struktur des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dürfte folgen, dass die günstigen Wirkungen für die Freiheit anderer Grundrechtsträger bei der Prüfung der Erforderlichkeit außer Betracht bleiben. Denn der

Wunsch des Staates, den Freiraum anderer Individuen zu vergrößern, ist das wichtigste legitime Ziel. Diese Frage gehört in die Prüfung der Angemessenheit. Wohl sind bei Maßnahmen, die sich gleichzeitig an mehr als einen Adressaten richten, aber die nachteiligen, grundrechtsrelevanten Wirkungen für alle Adressaten zu berücksichtigen. So liegt es insbesondere bei der Grundrechtsprüfung generell-abstrakter Regeln. Erneut stellt sich dann die Frage, ob die Freiheitskosten einfach addiert werden dürfen. Bei generell-abstrakten Regeln wird das gar nicht so selten der Fall sein. Dann gilt  $C(c_{a_1}, c_{a_2}) = c_{a_1} + c_{a_2}$ , wobei  $a$  den einzelnen Adressaten bezeichnet. Auch Komplementarität ist aber denkbar. So mag es noch schwerer wiegen, wenn der Staat nicht nur einem Mitglied einer Gruppe eine Handlungsoption nimmt, sondern gleich der ganzen Gruppe. Umgekehrt kann es auch Substitution geben. Ein Beispiel sind Subventionen. Wird nur ein Unternehmen einer Branche subventioniert, verzerrt das den Wettbewerb. Haben alle Unternehmen die Möglichkeit, die Subventionen zu erhalten, gibt es wieder ein level playing field. Alle Wettbewerber haben die gleichen Startchancen.

#### d. Angemessenheit

Für die letzte Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung verlangt das Bundesverfassungsgericht, dass der Eingriff „in einem vernünftigen Verhältnis zu dem gegebenen Anlass und dem mit ihm verfolgten Zweck“ steht<sup>11</sup>; „dass bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt ist“<sup>12</sup>. Der Eingriff ist unverhältnismäßig, wenn „die dem Eingriff entgegenstehenden Interessen im konkreten Fall ersichtlich wesentlich schwerer wiegen als diejenigen Belange, deren Wahrung die staatliche Maßnahme dienen soll“<sup>13</sup>. Dieses Tatbestandsmerkmal gilt als besonders undurchdringlich. Doch erst auf dieser Stufe wird das vom Staat verfolgte Ziel ins Verhältnis zu Art und Ausmaß des Grundrechtseingriffs gesetzt. Erst auf dieser Stufe geht es wirklich um Verhältnismäßigkeit.

Doch wie soll man diese beiden normativen Anliegen vergleichen? In der ersten Näherung macht die Reformulierung in ökonomischen Kategorien das Problem eher noch deutlicher. Es geht um den Vergleich zweier öffentlicher Interessen. Das eine öffentliche Interesse ist die Ratio der staatlichen Intervention. Der Staat hat festgestellt, dass ein legitimes öffentliches Interesse verletzt wird, wenn er nicht eingreift. Doch zu den öffentlichen Interessen des deutschen Staats gehört auch der Schutz der Grundrechte seiner Bürger. Aus Art. 1 I GG ergibt sich sogar, dass dies das wichtigste aller öffentlichen Interessen ist. Weil die Maßnahme in Grundrechte eingreift, leidet dieses zweite öffentliche Interesse. Deshalb kann man das Tatbestandsmerkmal der Angemessenheit als die Abwägung von Kosten und Nutzen formulieren. Die Maßnahme ist verfassungswidrig, wenn die Kosten höher sind als der Nutzen. Angemessenheit verlangt also jedenfalls  $U > C$ .

---

11 BVerfGE 81, 156, 194.

12 BVerfGE 103, 1, 10; 121, 317, 346.

13 BVerfGE 44, 353, 373.

Doch diese Formulierung gibt dem Rechtsanwender Steine statt Brot. Denn wie soll er die Verteidigung des Landes gegen äußere Feinde, die Sicherung der Stabilität der Währung, die Förderung des Prozesses der freien und individuellen Meinungsbildung oder den Schutz der Umwelt mit der Beeinträchtigung von Freiheits- oder Gleichheitsrechten vergleichen? Scheinbar bräuchte er dafür eine einheitliche normative Währung. Ökonomen würden nach Schattenpreisen für beide Güter suchen. Sie würden also versuchen, das relative Gewicht beider Güter in der gleichen Messeinheit auszudrücken. Doch wie soll man über die vergleichende Bewertung so schwer vergleichbarer Güter Einigkeit herstellen?

Es gibt einen Ausweg aus diesem Dilemma. Die einfache Regel  $U > C$  kann man auch schreiben als  $U - C > 0$ . Dann wird zunächst deutlich, dass man stattdessen auch offener fordern kann  $U - C > \tilde{z}$ . Der Unterschied zwischen dem sozialen Nutzen und dem sozialen Schaden muss einen Schwellenwert überschreiten. Wie schon bei der Geeignetheit liegt es nahe, beide Größen zu normalisieren und stattdessen zu verlangen

$$\frac{U}{\bar{U}} - \frac{C}{\bar{C}} > z$$

Der tatsächliche Nutzen des Eingriffs wird ins Verhältnis zum maximalen Nutzen gesetzt. Die tatsächlichen Freiheitskosten werden ins Verhältnis zu den maximalen Freiheitskosten gesetzt. Hat man diese Normalisierung einmal vorgenommen, wird sichtbar, dass man gar nicht unbedingt eine einheitliche normative Währung braucht. Es genügt, wenn man den Nutzen der konkreten staatlichen Maßnahme mit dem maximal erreichbaren Nutzen irgendeiner staatlichen Maßnahme vergleicht. In gleicher Weise kann man die Intensität des konkreten Grundrechtseingriffs mit der maximalen Intensität der Beeinträchtigung von Grundrechten vergleichen. Der Schwellenwert  $z$  gibt an, wie weit diese beiden Verhältniszahlen voneinander entfernt sein dürfen. Aus diesem Vorgehen folgt dann von selbst, dass schwere Grundrechtseingriffe nur bei öffentlichen Belangen von hohem Gewicht denkbar sind. Man kann den Nutzen dieses Verfahrens auch so beschreiben: man gewinnt die einheitliche normative Währung nicht deduktiv aus irgendeiner normativen Grundentscheidung, sondern durch den Vergleich mit anderen öffentlichen Interessen und mit anderen Freiheitseinschränkungen. Natürlich hilft auch das aber nur partiell. Man braucht die Anliegen des Staats einerseits und das normative Gewicht der Grundrechte andererseits nicht mehr mit derselben Währung zu bewerten. Aber man muss immer noch über normative Anliegen und über Freiheitsbeeinträchtigungen aggregieren.

Für die Bemessung von Nutzen und Kosten können die Verfahren verwendet werden, die schon für die Geeignetheit und die Erforderlichkeit gebraucht wurden. Wird das öffentliche Interesse nur teilweise erreicht oder besteht darüber Unsicherheit, ist der Nutzen mit dem erwarteten Zielerreichungsgrad  $d$  zu gewichten<sup>14</sup>. Wenn der Staat mehrere Ziele verfolgt, wenn er mehrere Instrumente einsetzt oder wenn er sich an mehrere Adressaten wendet, ist der Nutzen in jeder dieser Dimensionen zu aggregieren.

---

14 Vgl. BVerfGK 11, 119.

Grundsätzlich lassen sich auch die Überlegungen übertragen, die bei der Erforderlichkeit zur Höhe der Freiheitskosten angestellt worden sind. Unsicherheit ist auch im Rahmen der Angemessenheit in der gleichen Weise zu berücksichtigen. Es kommt also auch hier auf die normative Frage an, ob die Unsicherheit den Staat entlastet oder ob sie ihn wegen des chilling effect zusätzlich belastet. Auch im Rahmen der Angemessenheit sind die Freiheitskosten über die betroffenen Grundrechte, die Interventionen und die Grundrechtsträger zu aggregieren.

Es gibt allerdings einen Unterschied. Im Rahmen der Erforderlichkeit waren nur Freiheitsverluste erheblich, nicht dagegen Freiheitsgewinne. Besteht die staatliche Absicht gerade darin, bestimmten Personen mehr Freiheit zu verschaffen, dann kann man diesen Gesichtspunkt schon auf der Seite des Nutzens verbuchen. Das muss aber nicht so sein. Für den Vergleich von Nutzen und Kosten sind dagegen auch freiheitmehrende Nebenwirkungen erheblich.

### **III. Normative ökonomische Theorie**

#### **1. Grundgedanke**

Die meisten ökonomischen Publikationen machen gar keine normativen Aussagen. Sie begnügen sich damit, einen Zusammenhang aufzuzeigen, vielleicht auch eine Entwicklung vorherzusagen. Wenn Ökonomen normativ argumentieren, verwenden sie unterschiedliche normative Maßstäbe. Evolutorische Ökonomen sind an den Bedingungen interessiert, unter denen sich eine Volkswirtschaft entwickelt. Vertragstheoretiker erforschen, unter welchen Bedingungen eine staatliche Intervention auf den hypothetischen Konsens der Bürger gestützt werden kann. Manche experimentellen Ökonomen plädieren für staatliche Eingriffe zum Schutz der Bürger vor den Defekten ihres eigenen Entscheidens. Doch die Mehrheit der Ökonomen, die normative Theorie entwickeln, tut dies auf dem Boden der Wohlfahrtstheorie.

Die Wohlfahrtstheorie ist individualistisch. Sie unterstellt, dass jedes Individuum vollständige, wohlgeordnete Präferenzen hat. Gegeben diese Präferenzen und gegeben die jeweiligen Restriktionen wählt das Individuum die Option, die ihm den höchsten Nutzen verschafft. Besteht die ganze Volkswirtschaft aus solchen Individuen, ist eine Marktwirtschaft im Prinzip der überlegene Ordnungsrahmen. Denn in einer Marktwirtschaft braucht kein zentraler Planer die Präferenzen aller Individuen zu erfahren und auszugleichen. Es genügt im Ausgangspunkt, wenn sich der Staat darauf beschränkt, die Rechte an Gütern und Leistungen zu definieren und Formen zur Verfügung zu stellen, in denen Güter getauscht und bindende Verpflichtungen begründet werden können. Durch Handel sorgen die Individuen dann von selbst dafür, dass knappe Ressourcen zum besten Wirt wandern. Je besser der Wirt, desto größer die Wohlfahrt: zunächst für dieses Individuum, über Rückwirkungen aber auch für die gesamte Volkswirtschaft.

Das wichtigste Betätigungsfeld von Wohlfahrtsökonomern sind die Grenzen dieses Mechanismus. Wohlfahrtsökonomie ist deshalb vor allem die Lehre vom Marktversagen. Staatliches Han-

deln ist gerechtfertigt und erforderlich, wo Märkte ihre Aufgabe nicht erfüllen, knappe Güter zum besten Wirt zu schaffen. Wohlfahrtsökonomern sind vor allem an den Situationen interessiert, in denen die Institutionen der Privatrechtsgesellschaft versagen. Das sind nicht zufällig oft auch die Situationen, deren sich das öffentliche Recht angenommen hat.

Märkte versagen, wenn die Verfügungsrechte „verdünnt“ sind. Das kann daran liegen, dass es bislang technisch nicht gelungen ist, Verfügungsrechte zu begründen. Man kann die saubere Luft zum Atmen nicht gut in Säcke packen. Es kann auch daran liegen, dass die Kosten zur Aufrichtung von Verfügungsrechten höher wären als der erwartete Ertrag. Man kann nicht neben jedem Mülleimer einen Polizisten stellen, um die rechtliche Pflicht zur Trennung des Mülls in Fraktionen durchzusetzen. Schließlich können andere normative Belange verhindern, dass der Staat von Möglichkeiten zur Schaffung von Verfügungsrechten Gebrauch macht. Niemand darf sich in Deutschland selbst in die Sklaverei verkaufen, auch wenn das die Anreize für Arbeitgeber verbessern würde, in die Ausbildung ihrer Mitarbeiter zu investieren.

Märkte versagen auch dann, wenn Verfügungsrechte zwar bestehen, wenn sie aber nicht getauscht werden können. Wiederum kann das schon technisch ausgeschlossen sein. Man kann manche Regeln des Umweltrechts als die Gewährung von Verfügungsrechten an künftige Generationen interpretieren. Es gibt aber keinen Anwalt der Ungeborenen, der darüber Verträge schließen könnte. Oft sind die Kosten für den Handel mit Verfügungsrechten prohibitiv. An sich schützt § 823 Abs. 1 BGB wirksam vor Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit. Tatbestandsmäßig wäre auch die Wirkung kleiner Partikel, die ein Unternehmen in die Umwelt freigesetzt hat. Verwendet nur ein Unternehmen diese Technologie, bereitet auch der Nachweis der Kausalität keine Schwierigkeit. Doch für jeden einzelnen Betroffenen ist der gegenwärtige Nachteil zu klein, als dass er die Kosten und Risiken der Rechtsverfolgung auf sich nehmen würde. Schließlich kann der Handel auch aus normativen Gründen ausgeschlossen sein. So darf in Deutschland niemand seine eigenen Organe zum Zwecke der Transplantation verkaufen, obwohl § 823 Abs. 1 BGB auch daran ein wirksames Verfügungsrecht begründet (indem er vor Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit schützt und bei Verstößen Schadensersatz gewährt).

Wirksamer Wettbewerb ist ein ebenso eleganter wie kraftvoller Steuerungsmechanismus. Es macht dann keinen Sinn für einen Käufer, sein Interesse an dem begehrten Gegenstand herunterzuspielen. Dann schnappt ihm ein anderer Käufer den Gegenstand weg. Umgekehrt lohnt es für den Verkäufer nicht, so zu tun, als wären andere bereit, noch viel mehr für den Gegenstand zu bezahlen. Wenn diese Behauptung falsch ist, bleibt der Verkäufer auf dem Gegenstand sitzen. Je besser ein Verkäufer die Wünsche der Käufer erfasst, desto höher seine Aussichten auf Gewinn. Deshalb lohnt es für einen Verkäufer, Marktforschung zu treiben, zusätzliche Beschaffungsmöglichkeiten zu erkunden und neuartige Produkte zu entwickeln. Weil sich dann jede Marktseite am besten stellt, wenn sie die Wahrheit sagt, steuert wirksamer Wettbewerb den Ausgleich von Angebot und Nachfrage und die Produktion von Gütern „mit unsichtbarer Hand“.

Man kann den Vorzug auch mit den Worten erfassen: wirksamer Wettbewerb macht den Egoismus der Marktteilnehmer nicht nur unschädlich. Er nützt ihn sogar als Triebkraft. In dieser For-

mulierung wird ein normatives Problem sichtbar. Ist der Wettbewerb nicht mehr wirksam, führt das Gewinnstreben nicht mehr zu dem sozial erwünschten Zustand des Ausgleichs von Angebot und Nachfrage. Hat ein Anbieter ein Monopol, stellt er sich deutlich besser, wenn er die Menge künstlich klein oder den Preis künstlich hoch hält. Viele Nachfrager erhalten den Gegenstand dann aber gar nicht mehr, obwohl die Kosten eigentlich niedrig genug gewesen wären, ihre Wünsche zu erfüllen. Weil das so ist, haben Anbieter einen starken Anreiz, den Wettbewerb zu schwächen. Sie können zu diesem Zweck versuchen, ihre Konkurrenten vom Markt zu drängen oder erst gar nicht auf den Markt zu lassen. Sie können sich aber auch zusammentun und gemeinschaftlich die Marktgegenseite ausbeuten.

Dies ist der Grund, warum das Kartellrecht mit staatlichem Befehl und Zwang die private Freiheit der Marktteilnehmer schützt. Das Kartellrecht macht die Annahme, dass der Wettbewerb eigentlich funktionsfähig wäre. Ein Unternehmen kann sich nur deshalb dem Wettbewerb entziehen, weil es ihn in strategischer Absicht geschwächt hat. Wettbewerb setzt jedoch mehrere Anbieter (und mehrere Nachfrager) voraus. Auf dem Markt für Brötchen ist diese Voraussetzung leicht zu erfüllen. Auf dem Markt für Erdgas ist das schon schwieriger. Gibt es überhaupt eine hinreichende Vielfalt des Angebots? Der Löwenanteil des in Deutschland vertriebenen Erdgases stammt aus Russland. Wenn Gazprom am liebsten nur mit einem Nachfrager verhandelt, kann das deutsche Recht dagegen nicht viel ausrichten. Die meisten Haushalte finden Gas aus einer Leitung viel attraktiver als Gas aus einer Flasche. Ein Konkurrent könnte zwar eine zweite Leitung in jeden Haushalt legen. Kein Haushalt braucht aber gleichzeitig zwei Leitungen. Über den Preis müsste er die zweite Leitung mit bezahlen. Ob solche Überlegungen wirklich ausreichen, damit Wettbewerb die schlechtere Lösung ist, ist lebhaft umstritten. Nimmt man das an, ändert sich die staatliche Aufgabe. Es genügt nicht mehr, die punktuelle Verzerrung des Wettbewerbs zu beseitigen. Vielmehr muss der Staat die Wettbewerbsbeziehungen auf Dauer gestalten. Das ist der Grundgedanke des Regulierungsrechts. Nach Möglichkeit sucht es allerdings einen mittleren Weg. Es setzt darauf, dass die intensive staatliche Intervention nur für eine Übergangszeit erforderlich ist und sich auf die Dauer selbst überflüssig macht.

## **2. Anwendung auf die Definition des legitimen Ziels**

Die deutsche Rechtsordnung ist mehrstufig. Weil die Grundrechtsordnung durch die allgemeine Handlungsfreiheit in Art. 2 I GG und durch den allgemeinen Gleichheitssatz in Art. 3 I GG geschlossen ist, stellt sich jede Rechtsfrage zweimal: als Frage der Interpretation des einfachen Rechts, aber auch als Frage nach der Verfassungsmäßigkeit und nach der verfassungskonformen Interpretation des einfachen Rechts. Das offenste Einfallstor für die Einwirkung normativer ökonomischer Theorie in die Interpretation des einfachen Rechts ist die teleologische Interpretation. Die Rekonstruktion in ökonomischen Kategorien kann dazu dienen, den Zweck exakt zu bestimmen, dem die Norm dient.

Auf der Ebene des Verfassungsrechts übernimmt die dogmatische Figur des legitimen Ziels dieselbe Aufgabe. Oben habe ich deutlich gemacht, dass die Wirkkraft aller drei Elemente des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes relativ ist. Ob eine Maßnahme geeignet, erforderlich und angemessen

sen ist, hängt vollständig daran, welches Ziel der Staat verfolgt (und ob er es von Verfassungen wegen verfolgen darf). Obwohl die Entscheidung jedes Grundrechtsfalls also an der Definition des legitimen Ziels hängt, ist die Rechtswissenschaft zu dieser Frage nahezu sprachlos.

Wird die Frage überhaupt gestellt, ziehen sich die Verfassungsrechtler gern auf den Satz zurück, das müsse politisch entschieden werden. An diesem Satz ist gewiss richtig, dass sich das Verfassungsrecht und erst recht die akademischen Verfassungsrechtler verheben würden, wollten sie aus normativer Theorie unmittelbar politische Entscheidungen ableiten. Dieses Unterfangen muss schon deshalb scheitern, weil sich nicht einmal theoretisch Einigkeit über den normativen Ausgangspunkt herstellen lässt. Wer sich auf den Boden der Wohlfahrtstheorie stellt, denkt individualistisch, nicht sozial. Er will erreichen, dass so viele Wünsche der Individuen wie möglich verwirklicht werden. Er will zugleich dafür sorgen, dass jeder für sein Handeln Verantwortung übernimmt. Er akzeptiert zu diesem Zweck die Ungleichheit der Talente und der Verhältnisse. Er glaubt auch nicht daran, dass es Fragen gibt, die in einer Anstrengung der wenigen besonders Kundigen besser gelöst werden als durch den Austausch auf Märkten. Ökonomische Theorie bleibt also immer Theorie, und sie ist immer nur ein theoretisches Angebot. Doch dieses eine Angebot ist hoch entwickelt. Es hilft dem Rechtsanwender, das normative Problem viel besser zu verstehen, das die Rechtsnorm lösen will. Selbst wenn er dieses Problem schließlich in ganz anderen Sprachen rekonstruieren möchte, lohnt es, sich mit der ökonomischen Rekonstruktion auseinanderzusetzen.

Was das für die praktische Rechtsanwendung bedeuten könnte, soll abschließend an zwei Beispielen aus einem eher vernachlässigten Rechtsgebiet aufscheinen, dem Gewerberecht. Nach § 30 I 2 Nr. 1a und 2 GewO ist die Konzession für den Betrieb einer privaten Krankenanstalt zu versagen, wenn Zweifel daran begründet sind, dass die Patienten nach den Standards der medizinischen Kunst behandelt werden. Auf dem Markt für ärztliche und pflegerische Dienstleistungen gibt es viele Anbieter. Das mag in ländlichen Gegenden manchmal anders sein. Die Vorschrift knüpft aber nicht an den Mangel von Wettbewerb an. Die Qualität ärztlicher Leistungen lässt sich grundsätzlich definieren und nachträglich auch einigermaßen zuverlässig prüfen. Andernfalls dürfte es keine Arzthaftung geben. Warum also trotzdem das präventive Verbot mit Erlaubnisvorbehalt?

Eine denkbare ökonomische Begründung knüpft an der Informationsverteilung an. Wenn sich ein Patient entschließt, in das Krankenhaus zu gehen, kann er nicht viel mehr als begründete Vermutungen über die Qualität der Leistung hegen. Dass es das Krankenhaus mit der Hygiene nicht so genau nimmt, weiß er erst, wenn er an einem Krankenhausvirus leidet. Dass die neue Hüfte viel weniger lange hält, als sie sollte, stellt sich erst nach Jahren heraus. Krankenhausleistungen sind deshalb bestenfalls Erfahrungsgüter, häufig sogar Vertrauensgüter. Von einem Erfahrungsgut sprechen die Ökonomen, wenn man erst einmal eine schlechte Erfahrung gemacht haben muss, um sich künftig von diesem Anbieter abzuwenden. Von einem Vertrauensgut sprechen sie, wenn sich der Qualitätsmangel erst herausstellt, nachdem es zu spät ist.

Nach § 30 I 2 Nrn.3 und 4 GewO ist die Konzession auch dann zu versagen, wenn der Betrieb im einzelnen spezifizierte Nachteile für Nachbarn mit sich bringen kann. Auch in dieser Hinsicht wären dezentrale Lösungen eigentlich möglich. In den Grenzen von § 906 BGB könnten die Nachbarn schädliche Einwirkungen auf ihre körperliche Unversehrtheit und auf ihr Eigentum nach §§ 823 I, 1004 BGB abwehren. Die Verfügungsrechte sind also wohl definiert. Die Nachbarn könnten das Abwehrrecht auch als Tauschmasse nutzen, um eine Entschädigung zu erhalten. Von Krankenhäusern gehen jedoch vor allem potentielle, nicht so sehr aktuelle Beeinträchtigungen aus. Welche Risiken hinreichend wahrscheinlich sind, wird der einzelne Nachbar nicht immer leicht erkennen können. Selbst wenn es ihm gelänge, das Risiko nachzuweisen, müsste er doch sehr viel Aufwand treiben. Für den einzelnen Nachbarn kann dieser Aufwand prohibitiv sein. Das Konzessionsverfahren könnte also dazu nutzen, diesen Aufwand an einer Stelle zu bündeln.

Nach § 33a I GewO ist auch eine Konzession für die „Schaustellung von Personen“ erforderlich. Die Erlaubnis ist nach § 33a II Nr. 2 GewO auch dann zu versagen, wenn die Schaustellung „den guten Sitten zuwiderlaufen“ würde. Scheinbar ist kaum eine Vorschrift vorstellbar, die weiter von normativer ökonomischer Theorie entfernt ist. Es geht um schmuddelige Veranstaltungen, deren Verdrängung die einen fordern und die anderen für verstaubt halten. Gerade deshalb eignet sich die Vorschrift, um Vorurteilen über das Beobachtungsfeld der Ökonomen entgegenzuwirken. Solche Veranstaltungen gibt es, weil man damit Geld verdienen kann. Frauen entblößen sich, weil es Männer gibt, denen es leichter fällt, zu bezahlen, als um Frauen zu werben. Warum könnte die Rechtsordnung Grund haben, diesen Austausch von Leistungen gegen Geld zu verhindern?

Das kann man auf zwei sehr unterschiedlichen Wegen begründen. Die Formulierung des Gesetzes legt nahe, dass vor allem an die Wirkungen auf Dritte gedacht war. Wenn man auf Schritt und Tritt über Striptease-Lokale stolpert, ändert das die gesellschaftlichen Vorstellungen über das Verhältnis von Mann und Frau. An die Stelle des auf Liebe gegründeten Bundes für das Leben tritt ein Tauschvorgang, selbst im Intimsten. Damit dieses Argument valide ist, braucht man Vorstellungen über die Entstehung sozialer Normen, und man muss dem Staat das Mandat zugestehen, auf den Prozess der Normentstehung oder Normbewahrung gestaltend einzuwirken. Das erste ist eine empirische Frage, das zweite eine normative. Beide lassen sich mit sozialwissenschaftlichen Mitteln erhellen.

Eine zweite, denkbare Begründung passt zum Wortlaut weniger gut. Wer sonst am Arbeitsmarkt nicht viele Möglichkeiten hat, möchte sich eher entschließen, seine Scham zu überwinden und seinen Körper zur Schau zu stellen. Auch die Vorstellung vom schnellen, leicht verdienten Geld mag eine Rolle spielen. In dieser Lesart soll die Vorschrift die Anbieterinnen dieser Dienstleistung vor sich selbst schützen. Sie soll ihnen eine Handlungsmöglichkeit nehmen in der Erwartung, dass sie ihren Lebensunterhalt dann auf andere Art verdienen werden. An solchen paternalistischen Interventionen reibt sich die normative ökonomische Theorie. Der Staat setzt sich ja auch bei der ersten Interpretation über den Willen der Beteiligten hinweg. Aber er kann sich zur Begründung wenigstens auf den (vermuteten) Willen anderer Individuen berufen. Bei paternalis-



tischen Interventionen muss man dagegen behaupten, dass der Staat besser weiß als die Betroffenen, was ihnen frommt. Hier dient normative ökonomische Theorie also vor allem als Widerpart. Sie zwingt dazu, über den Unterschied zwischen Freiheit und Befreiung zu diskutieren. Die normative ökonomische Theorie nimmt die Menschen normalerweise so, wie sie sind. Ein Befreiungskonzept, wie es etwa Habermas vertritt, will die gegenwärtigen Wünsche der Menschen dagegen aus der überlegenen Warte des normativen Theoretikers verändern.

Doch selbst das ließe sich in ökonomischen Kategorien formulieren, und noch einmal hilft die Reformulierung, eine normative Implikation sichtbar zu machen. Die vorhandenen Modelle sind zwar in positiver Absicht geschrieben. Aber es wäre durchaus möglich, sie normativ zu wenden. Verhaltensökonomien interessieren sich für die Beobachtung, dass Menschen gar nicht so selten heute tun, was sie morgen bedauern. Die Anwendungsbeispiele sind allerdings eher Personen, die mehr essen, als ihnen gut tut, oder die Drogen konsumieren. Solches Verhalten kann man auf zwei Arten modellieren. In der ersten Perspektive hat die Gegenwart solche Macht über das Individuum, dass es die Folgen für die Zukunft zwar wahrnimmt, aber vernachlässigt. Wenn das Individuum befürchten muss, dass seine Welt in Stücke geht, kann das durchaus rational sein. Wer seinen Nutzen maximiert, der tanzt auf dem Krater des Vulkans. In gleicher Weise mag die Mutter ihren Körper zu Markte tragen, weil sie ihrem Kind eine bessere Zukunft finanzieren will.

Dieses Modell trifft manche, aber sicher nicht alle Entscheidungen, die dem unbefangenen Auge unverständlich erscheinen. Ökonomen haben alternative Modelle für Entscheidungen entwickelt, die ein Individuum aus der Sicht seiner eigenen Präferenzen zu Recht bedauert<sup>15</sup>. Es kann heute der Versuchung (im Fall von § 33a II Nr. 2 GewO: auf ein sonst unerreichbares Einkommen) nicht widerstehen, obwohl es erwartet, dass es später mit Verachtung auf die eigene Vergangenheit zurückschauen wird. Solch ein Entscheidungsproblem kann man dadurch modellieren, dass man das Individuum in ein „mehrfaches Selbst“ aufspaltet. Dann kann das heutige Selbst (das gern den Freiraum haben möchte, den ein höheres Einkommen verschafft) mit dem künftigen Selbst in eine Tauschbeziehung treten. Sollte man den begründeten Verdacht haben, dass dieser Austausch gestört ist, wäre ein Grund für eine fürsorgliche Intervention des Staats formuliert.

#### **IV. Schlussbetrachtung**

Wer sich als Jurist auf die Welt der ökonomischen Modelle einlässt, ist angezogen von der Klarheit und Stringenz der Gedankenführung. Ich habe in diesem Kapitel versucht deutlich zu machen, dass die Anstrengung lohnt, die einem die strenge, meist mathematische Sprache der Ökonomen abverlangt. Wer sich in dieser Sprache einigermaßen geläufig ausdrücken kann, kann nicht nur die eigenen Gedanken besser ordnen und darstellen. Er wird vor allem auf Brüche aufmerksam, die sich mit der weicheren Sprache juristischer Texte gar zu leicht übertünchen lassen.

---

15 Ein berühmter Beitrag ist LAIBSON, DAVID (1997). "Golden Eggs and Hyperbolic Discounting." *Quarterly Journal of Economics* 112: 443-477.

Und er findet gar nicht so selten Argumente, die sich dem gesunden Menschenverstand nicht unmittelbar erschlossen haben. Doch letztlich sind für einen Juristen weder Präzision noch Schönheit eigenständige Werte. Er soll die Konflikte entscheiden, die ihm das Leben und die Parteien zur Entscheidung aufgeben. Dafür sind immer wieder Gesichtspunkte relevant, die sich in ökonomischer Sprache nur schwer formulieren lassen. Wie leicht eine ökonomische Formulierung möglich ist, darf die Entscheidung des Juristen nicht verzerren. Schließlich muss er und nur er die Verantwortung für seine Entscheidung übernehmen.

## Literatur

### zum Verhältnis von Recht und Ökonomie

EIDENMÜLLER, HORST (1995). *Effizienz als Rechtsprinzip. Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts*. Tübingen, Mohr.

VAN AAKEN, ANNE (2003). „*Rational Choice*“ in der Rechtswissenschaft. *Zum Stellenwert der ökonomischen Theorie des Rechts*. Baden-Baden, Nomos.

ENGEL, CHRISTOPH (2005). The Difficult Reception of Formal Social Science in the Law. *Who Owns Knowledge? Knowledge and the Law*. Nico Stehr und Bernd Weiler. New Brunswick, Transaction Publishers: 169-213.

ENGEL, CHRISTOPH (2007). Herrschaftsausübung bei offener Wirklichkeitsdefinition - Das Proprium des Rechts aus der Perspektive des öffentlichen Rechts. *Das Proprium der Rechtswissenschaft*. Christoph Engel und Wolfgang Schön. Tübingen, Mohr: 205-240.

TOWFIGH, EMANUEL und NIELS PETERSEN (2010). *Ökonomische Methoden im Recht. Eine Einführung für Juristen*. Tübingen, Mohr (Siebeck).

### Einführungen ins ökonomische Denken

BECKER, GARY STANLEY (1976). *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago, University of Chicago Press.

EGGERTSSON, THRAINN (1990). *Economic Behavior and Institutions*. Cambridge England ; New York, Cambridge University Press.

KIRCHGÄSSNER, GEBHARD (2000). *Homo Oeconomicus. Das ökonomische Modell individuellen Verhaltens und seine Anwendung in den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften*. Tübingen, Mohr.

RICHTER, RUDOLF and EIRIK G. FURUBOTN (2003). *Neue Institutionenökonomik. Eine Einführung und kritische Würdigung*. Tübingen, Mohr Siebeck.

### Übermaßverbot

ALEXY, ROBERT (2002). „Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit.“ *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 61: 7-33.

ALEXY, ROBERT (2003). Die Gewichtsformel. *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*. Joachim Jickeli, Peter Kreutz und Dieter Reuter. Berlin: 771-792.

ENGEL, CHRISTOPH (2001). „Offene Gemeinwohldefinitionen.“ *Rechtstheorie* 32: 23-52.

ENGEL, CHRISTOPH (2002). Das legitime Ziel als Element des Übermaßverbots. Gemeinwohl als Frage der Verfassungsdogmatik. *Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt*. Winfried Brugger, Stephan Kirste und Michael Anderheiden. Baden-Baden, Nomos: 103-172.

LERCHE, PETER (1999). *Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit*. Goldbach.

SCHLINK, BERNHARD (1976). *Abwägung im Verfassungsrecht*. Berlin, Duncker und Humblot.

### **normative ökonomische Theorie**

ENDRES, ALFRED (2000). *Umweltökonomie*. Stuttgart, Kohlhammer.

ENGEL, CHRISTOPH (2002). *Abfallrecht und Abfallpolitik*. Baden-Baden, Nomos.

FRITSCH, MICHAEL, THOMAS WEIN and HANS-JÜRGEN EWERS (2005). *Marktversagen und Wirtschaftspolitik. Mikroökonomische Grundlagen staatlichen Handelns*. München, Vahlen.

KNIEPS, GÜNTER (2005). *Wettbewerbsökonomie. Regulierungstheorie, Industrieökonomie, Wettbewerbspolitik*. Heidelberg, Springer.