

THOMAS WISCHMEYER

Die Kosten der Freiheit

Mohr Siebeck

Thomas Wischmeyer
Die Kosten der Freiheit



Thomas Wischmeyer

Die Kosten der Freiheit

Grundrechtsschutz und Haushaltsautonomie

Mohr Siebeck

Thomas Wischmeyer, geboren 1983; Studium der Rechtswissenschaften in Freiburg i.Br., Lausanne und Krakau; 2012 Visiting Researcher an der Yale Law School; 2014 Promotion; seit 2014 Akademischer Rat a.Z. am Institut für Staatswissenschaft und Rechtsphilosophie, Abt. 1 (Staatswissenschaft), an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

ISBN 978-3-16-153922-0 / ISBN 978-3-16-162683-8 unveränderte eBook-Ausgabe 2024

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

© 2015 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

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

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Minion gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Vorwort

Die vorliegende Studie untersucht, wie fiskalische Erwägungen den Umgang mit den Freiheitsrechten des Grundgesetzes beeinflussen. Die Anregung zur Beschäftigung mit diesem Thema verdanke ich Professor Dr. Christian Bumke, der auch die weitere Entstehung des Textes mit Ermutigung und Kritik begleitet hat. Dem Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts Professor Dr. Andreas Voßkuhle danke ich für wichtige Hinweise zur Anlage der Arbeit und für die Freiräume zu ihrer Abfassung. Dr. Ann-Katrin Kaufhold, Stefan Klingbeil, LL.M. (Yale), und Martin Vocks haben das Manuskript kritisch gelesen, wofür ich Ihnen ebenfalls herzlich danke. Erste Überlegungen konnte ich in der von PD Dr. Eike Frenzel begründeten und heute von Dr. Mathias Hong und Dr. Nikolaus Marsch, D.I.A.P. (ENA), organisierten Freiburger Gesprächsrunde der Mitarbeiter im Öffentlichen Recht vortragen.

Inhalt

Vorwort	V
A. Die Finanzen als Realität der Grundrechte	1
B. Eine Typologie der Finanzwirksamkeit von Freiheitsrechten	9
I. Rechtsstaatliche Infrastrukturkosten	11
II. Haushaltsbelastungen durch originäre grundrechtliche Ansprüche	15
III. Die Kosten der Verhältnismäßigkeit	19
1. Pflichten zur prozeduralen und organisatorischen Absicherung von Grundrechtseingriffen	20
2. (Kompensatorische) Leistungspflichten	22
3. Pflichten aus der „grundrechtsorientierten“ Auslegung von Eingriffsnormen: Verfassungsrechtliche Maßstäbe für den Verwaltungsvollzug	24
IV. Freiheitsrechtliche Grenzen der gesetzgeberischen Finanzvernunft	29
V. Grundrechtsunspezifische Kosten	32
VI. Zwischenergebnis	32
C. Zur Haushaltsautonomie als Garantie demokratischer Gestaltungsfähigkeit	35
D. Grundzüge einer Dogmatik der Finanzwirksamkeit von Freiheitsrechten	39
I. Hergebrachte Ansätze zur Finanzwirksamkeit von Grundrechten	40
1. Finanzwirksamkeit als Charakteristikum einzelner Grundrechtstypen	40
2. Der „Vorbehalt des Möglichen“ als Einrede der Finanzwirksamkeit	44

3. Finanzwirksamkeit als Abwägungsproblem	47
4. Schlussfolgerungen	48
II. Gewährleistungsspezifische Vorgaben für finanzwirksame Leistungsansprüche	49
III. Finanzwirksame Ansprüche als Gebote der Verhältnismäßigkeit	52
1. Der Grundsatz der Erforderlichkeit: Finanzwirksames Optimierungsprinzip oder haushaltsneutrale Sicherung gesetzgeberischer Minimalrationalität?	54
a) Stufen der Erforderlichkeit	54
b) Erforderlichkeit als finanzwirksames Optimierungsprinzip?	56
c) Erforderlichkeit als Sicherung gesetzgeberischer Minimalrationalität	57
d) Pareto-Optimalität und Abwägungsverbot	61
2. Der Grundsatz der Angemessenheit: Finanzwirksame Sicherung von Mindestpositionen statt freier Abwägung . . .	62
E. Die Finanzwirksamkeit von Freiheitsrechten und die Integrität des juristischen Diskurses	67
F. Fazit	75
Literaturverzeichnis	77
Stichwortverzeichnis	89

A. Die Finanzen als Realität der Grundrechte

Verfassungsgerichtliche Entscheidungen können über die finanzielle Stabilität und die Kreditfähigkeit von Staaten entscheiden. Welche fiskalische Sprengkraft das Geschehen in Gerichtssälen bisweilen entfaltet, hat sich in der europäischen Schuldenkrise jüngst überdeutlich gezeigt.¹ Doch nicht nur Judikate zu finanzverfassungsrechtlichen Fragen in und zwischen Staaten wirken auf die Haushalte.² Vielmehr kommt jeder verfassungsgerichtlichen Kontrolle staatlichen Handelns, das seinerseits Ressourcen bindet, potentiell fiskalische Bedeutung zu.³ Offensichtlich wird dies, wenn die Durchsetzung des verfassungs-

¹ Vgl. nur zur nationalen wie internationalen Kritik an der Entscheidung des Portugiesischen Tribunal Constitucional vom 30. Mai 2014 (Acórdão N.º 413/2014) zur Verfassungswidrigkeit verschiedener Sparbeschlüsse, die den portugiesischen Haushalt mit Kosten in Höhe von 1,1 Mrd. Euro belastet und dadurch den Konsolidierungskurs des Landes gefährdet habe, den Bericht in der FAZ vom 6. Juni 2014, S. 2. Zum Druck, dem das Bundesverfassungsgericht in seinen Entscheidungen zu Teilfragen der „Euro-Rettung“ ausgesetzt war, vgl. nur die Andeutungen in BVerfGE 132, 195 (234) – *Europäischer Stabilitätsmechanismus (einstweilige Anordnung)*.

² Hierzu beispielhaft VerfGH Nordrhein-Westfalen, NVwZ 2004, 217 ff. Zu Finanzausgleichsfragen auch grundlegend BVerfGE 72, 330 – *Finanzausgleich I*; 86, 148 – *Finanzausgleich II*; 101, 158 – *Finanzausgleich III*. Hier und im Folgenden wird „Haushalt“ zur Bezeichnung der (Staats-)Haushalte von Bund und Ländern sowie der sonstigen „öffentlichen Haushalte“ verwendet. Näher dazu *Heintzen*, Staatshaushalt, HStR V, ³2007, § 120 Rn. 2.

³ Umgekehrt wird die Institution der Verfassungsgerichtsbarkeit empfindlich beschränkt, wenn ihr die Kontrolle „finanzwirksamer“ Maßnahmen entzogen wird. Vgl. dazu die international umstrittene Regelung in Art. 37 Abs. 4 der am 1. Januar 2012 in Kraft getretenen neuen Verfassung Ungarns (Magyarország Alaptörvénye) sowie die Bewertung der entsprechenden Vorgängerregelung durch die European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Opinion on the New Constitution of Hungary, Opinion no. 621/2011 (CDL-AD(2011)016), Rn. 120 ff.; dies., Opinion no. 720/2013 (CDL-AD(2013)012), Rn. 78 ff. Zu einem zwar nicht die Verfassungsgerichtsbarkeit betreffenden, aber aus gewaltenteilungstheoretischer Sicht analogen Phänomen s. *Gover/Russell*, The House of Commons' „financial privilege“ on Lords amendments, Public Law 2015, S. 12 ff.

Zum haushaltsrechtlichen Begriff der Finanzwirksamkeit *Heun*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. III, ²2008, Art. 113 Rn. 5 f. m. w. N. (Finanzwirksamkeit als begründete Wahrscheinlichkeit eines nicht ganz unerheblich erhöhten Ausgabenansatzes im Haushaltsplan bzw. Haushaltsentwurf). Wie sich Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts „technisch“ auf den Haushalt auswirken, analysiert detailliert *Ortmann*, Finanzwirksamkeit, 2007, S. 40 ff.

rechtlichen Gleichheitssatzes der Gestaltungsmacht des Steuergesetzgebers und der staatlichen Finanzverwaltung Grenzen zieht.⁴ Auch führen Entscheidungen zu grundgesetzlich verbürgten Ansprüchen staatlicher Funktionsträger vor Augen, dass ohne eine amtsangemessene Besoldung von Verfassungen wegen kein Staat zu machen ist.⁵ Wenn in den Finanzen aber eine oder gar die „Realität“ der Verfassungsordnung aufscheint⁶, wie viel müssen wir uns dann die Freiheitsrechte im Verfassungsstaat kosten lassen?

Die Rolle geordneter Finanzen als „Wirksamkeitsvoraussetzung“ der Grundrechte wird selten näher thematisiert.⁷ Eine Ursache dafür ist wohl das Unbehagen, schon durch die Fragestellung der Freiheit eine Art Preisschild umzuhängen: Unterscheiden sich nicht Grundrechte und sonstige Interessen, die der Gesetzgeber verfolgen mag, gerade durch den idealen Status ersterer, der nicht in ökonomischen Kategorien aufgehen darf und weit entfernt vom technisch-administrativen Unterbau der Staatlichkeit ist?⁸ In der Praxis sieht sich die Bestimmung von Art und Maß des Grundrechtsschutzes freilich regelmäßig mit vermeintlich profanen Haushaltserwägungen konfrontiert: Wie soll das Bundesverfassungsgericht die Pflicht der staatlich verfassten Gemeinschaft „zur verfassungsgemäßen Ausstattung der Gerichte“ aus Art. 19 Abs. 4 GG operationalisieren?⁹ Unter welchen Bedingungen sind mehr Richter einzustellen, um Grundrechtsbeeinträchtigungen Herr zu werden, die durch gesetzeswidrige Absprachen im Strafprozess, durch die überlange Dauer von Gerichtsverfahren

⁴ So verursacht die Entscheidung BVerfGE 122, 210 – *Pendlerpauschale*, Kosten durch Steuermindereinnahmen in Höhe von etwa 2,5 Mrd. Euro jährlich, vgl. Bundestag, Entwurf eines Gesetzes zur Fortführung der Gesetzeslage 2006 bei der Entfernungspauschale, BT-Drs 16/12099, 3. März 2009, S. 2.

⁵ Die Kosten der wieder nur beispielhaften angeführten Entscheidung VerfGH Nordrhein-Westfalen, VerfGH 21/13 vom 1. Juli 2014, über die Normenkontrolle gegen das Gesetz zur Anpassung der Dienst- und Versorgungsbezüge 2013/2014 werden auf über 700 Mio. Euro geschätzt. Aus den sonstigen Entscheidungen zum grundrechtsgleichen Recht auf eine „amtsangemessene Alimentation“ vgl. nur aus jüngerer Zeit BVerfGE 117, 330 (350 ff.) – *Ballungsraumzulage*; 117, 372 (380 ff.) – *Dreijahresfrist für Versorgungsbezüge*; 130, 263 (292 ff.) – *W-Besoldung*.

⁶ So *Vogel*, Grundzüge des Finanzrechts, HStR IV, ²1999, § 87 Rn. 1.

⁷ Vgl. allerdings die Ansätze bei *Mehde*, Vorbehalt des Möglichen, 2000; *Clérico*, Struktur, 2001, S. 119 ff.; *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, 2003, S. 316 ff.; sowie insbesondere die umfassende Arbeit von *Ortmann*, Finanzwirksamkeit, 2007. Ausführlich zu bisherigen Ansätzen auch unter D. I. Zu den Finanzen als „Wirksamkeitsvoraussetzung“ allgemein des Verfassungsrechts siehe *Isensee*, Grundrechtsvoraussetzungen, HStR IX, ³2011, § 190 Rn. 70 ff.

⁸ Zur Diskussion entsprechender Positionen näher *Holmes/Sunstein*, The Cost of Rights, 1999, S. 118 ff.

⁹ BVerfG, 2 BvR 1457/14 vom 30. Juli 2014, Rn. 23, zu dem in Haftsachen geltenden Beschleunigungsgebot. Zur Formulierung bereits BVerfGE 103, 142 (153) – *Wohnungsdurchsuchung*. Hierzu näher unter B. I.

oder durch die Anordnung von Untersuchungshaft verursacht werden?¹⁰ Kann eine Strafvollstreckungskammer auf die grundrechtlich gebotene Einholung externer Prognosegutachten für Personen, die in einem psychiatrischen Krankenhaus untergebracht sind, verzichten, wenn hierfür im Haushalt keine ausreichenden Mittel zur Verfügung gestellt wurden?¹¹ Welchen Aufwand muss der Gesetzgeber betreiben, um die Sicherungsverwahrung noch verhältnismäßig zu gestalten?¹² Und kann das Bundesverfassungsgericht intervenieren, um der Finanznot der Pflegekassen zulasten des allgemeinen Haushalts abzuhelfen?¹³

Die Aktualität der hier berührten Problematik gründet nicht allein darin, dass das Bundesverfassungsgericht in mehreren jüngeren Entscheidungen dem Gesetzgeber zum Schutz von Freiheitsrechten erhebliche finanzielle Anstrengungen abverlangt hat. Vielmehr schärft sich in Zeiten echter oder vermeintlicher Knappheit das Bewusstsein für die Rolle der Finanzen als Wirksamkeitsbedingung des Rechts. Nun wurde über Grundrechte nie gänzlich „finanzblind“ diskutiert.¹⁴ Zu offensichtlich ist, dass der Grundrechtsschutz Auswirkungen auf die Staatsfinanzen haben kann und dass die tatsächliche Verbindlichkeit von Grundrechten auch auf ihrer finanziellen Absicherung beruht.¹⁵ Dennoch ist die Verfassungsrechtswissenschaft einer vertieften Beschäftigung mit der

¹⁰ Zum Konnex von Sparmaßnahmen in der Justiz und der hohen Zahl von Verständigungen im Strafverfahren siehe BVerfGE 133, 168 (171 f.), Rn. 3 – *Absprachen im Strafprozess*. Plakativ zum Problem der überlangen Dauer von Strafverfahren LG Potsdam, DRiZ 2013, 298: „Der hohe Bestand an Verfahren ist eine deutliche Folge von Personaleinsparungen in der Justiz. [...] Es scheint, dass die Justizverwaltung [...] sich lediglich dem Spardiktat des Finanzministers beugt. [...] Derartige grundlegende politische Fehlsteuerungen schaden der Funktionsfähigkeit und dem Ansehen der Justiz ebenso wie dem Vertrauen der Bevölkerung in die Unverbrüchlichkeit des Rechts“. Zum Sparimperativ im Recht der Untersuchungshaft BVerfGE, 2 BvR 1457/14 vom 30. Juli 2014, Rn. 23 f.

¹¹ Zum Argument eines „Gutachtenstaus“ vgl. die Sachverhaltsschilderung in BVerfGE, 2 BvR 2543/08 vom 26. März 2009, Rn. 20 ff.; zur Würdigung dieses Arguments vgl. ebd., Rn. 59, mit dem Hinweis: „Eine [...] unzureichende personelle Ausstattung der Strafvollstreckungskammern darf sich bereits aus grundsätzlichen Erwägungen nicht zu Lasten des Freiheitsgrundrechts der untergebrachten Person auswirken“.

¹² Hierzu nur BVerfGE 128, 326 (373) – *Sicherungsverwahrung II*, sowie unten B. III. 1. und 2.

¹³ Zur konzeptionellen Grundlage des derzeit anhängigen Verfassungsbeschwerdeverfahrens wegen gesetzgeberischen Unterlassens im Pflegebereich: *Moritz*, Staatliche Schutzpflichten gegenüber pflegebedürftigen Menschen, 2013.

¹⁴ Allgemein zum „Schattendasein“, das ökonomische Hintergründe in der Staatsrechtslehre fristen, und zum Begriff der „Finanzblindheit“ *Gröpl*, Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, HStR V, 32007, § 121 Rn. 1 f. m. w. N.

¹⁵ Dazu, dass Finanzierungsbedürftigkeit und grundrechtliche Verbindlichkeit sich gerade nicht ausschließen, vgl. *Sachs*, § 67: Leistungsrechte, in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, S. 716 ff.; *Rüfner*, Leistungsrechte, in: HGR II, 2006, § 40 Rn. 18, sowie die Hinweise zu D. I. 1.

Problematik bislang überwiegend ausgewichen und hat sich auf zwei zwar eingängige, aber je ganz einseitige Positionen beschränkt.¹⁶

So scheint zum einen klar: Der Schutz von Grundrechten darf sich nicht nach der Kassenlage richten. Der Staat hat für den Schutz der Freiheitsrechte Geld zu haben. Oder, so das Bundesverfassungsgericht, Grundrechte bestehen „nicht nur nach Maßgabe dessen [...], was an Verwaltungseinrichtungen vorhanden ist“.¹⁷ Zum anderen ist offensichtlich, dass ein Grundrechtsschutz „um jeden Preis“ die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers erdrosselt. In diesem Sinne hat die Staatsrechtslehre stets darauf gedrungen, die „Leistungsfähigkeit“¹⁸ des Staates vor einer überexpansiven Grundrechtsinterpretation durch das Bundesverfassungsgericht zu schützen. In der Tradition von *Alexander Hamilton*, der sein Urteil über die Gerichtsbarkeit als „least dangerous branch“ bekanntlich darauf gestützt hat, dass diese „no influence over either the sword or the purse“ habe¹⁹, steht daher die Forderung, die Grundrechtsjudikatur solle nicht in die „haushaltspolitischen Prioritätenentscheidungen“ des Gesetzgebers eingreifen²⁰. Das Bundesverfassungsgericht kommt nun auch dieser Position entgegen, wenn es, beinahe austeritätsaffin, betont, der Einzelne könne vom Gesetzgeber nicht verlangen, „daß zur Vermeidung grundrechtsbeschränkender Maßnahmen [...] die nur begrenzt verfügbaren öffentlichen Mittel über das vernünftigerweise von der Gesellschaft erwartbare Maß hinaus“ verwendet werden.²¹ Aber spricht, wer dem Staat gestatten will, sich beim Grundrechtsschutz auf den Grundsatz *ultra posse nemo obligatur* zu berufen²², der Haushaltsverantwortung des Parlaments nicht eine „die Verfassung übersteigende Funktion“ zu?²³

Die hier aufscheinende Spannung zwischen parlamentarischer Haushaltsverantwortung und effektivem Grundrechtsschutz ließe sich entschärfen, wenn die haushaltsrechtliche Kehrseite der Grundrechte primär mit ausgewählten Typen und Wirkdimensionen, namentlich Leistungsrechten oder „sozialen“ Grund-

¹⁶ Zur parallelen Diskussionslage in den USA siehe *Holmes/Sunstein*, *The Cost of Rights*, 1999, S. 26 ff.

¹⁷ BVerfGE 77, 84 (110).

¹⁸ Zur Schwierigkeit, aus diesem Topos normative Schlüsse abzuleiten: *Leisner*, *Leistungsfähigkeit*, 1998.

¹⁹ *Hamilton*, *Federalist No. 78*, in: *Cooke* (Hrsg.), *The Federalist*, Middletown 1961, S. 523; dazu *Frug*, *The Judicial Power of the Purse*, *U. Penn. L. Rev.* 126 (1978), S. 715 ff.

²⁰ Vgl. nur *Starck*, *Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung*, in: *VVDStRL 34* (1976), S. 43 (75). Ähnlich auch *Haverkate*, *Leistungsstaat*, 1983, S. 104; *Böckenförde*, *Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge*, in: *Staat, Verfassung, Demokratie*, 1991, S. 146 (152). Knapper Überblick über die Diskussionslage bei *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 1994, S. 458 ff.

²¹ BVerfGE 77, 84 (110). Näher dazu unten Fn. 208.

²² Vgl. aber *Martens*, *Grundrechte im Leistungsstaat*, in: *VVDStRL 30* (1972), S. 7 (25).

²³ So der Vorwurf von *Meyer*, *Diskussionsbemerkung*, in: *VVDStRL 34* (1976), S. 132.

rechten assoziiert werden könnte, also etwa präzise zwischen finanzneutralen Abwehrrechten und finanzwirksamen sonstigen Rechten zu unterscheiden wäre. Angesichts der bekannten Zurückhaltung des Parlamentarischen Rates bei der Normierung sozialer Rechte würde das Problem der Finanzwirksamkeit von Grundrechten dann weitgehend in der Frage nach der „leistungsstaatlichen“ Ausdehnung des Grundrechtsschutzes aufgehen.²⁴ Die Annahme, dass Freiheitsrechte „nahezu kostenlos“ gewährt werden können, wird jedoch nur derjenige teilen, der das Funktionieren des Rechtsstaates und seiner Verwaltung für selbstverständlich hält.²⁵ Sensibler für die Kostendimension auch klassisch freiheitsrechtlicher Grundrechtsgehalte sind hier Rechtsordnungen, in denen der Aufbau einer rechtsstaatlichen Infrastruktur Teil des Entwicklungsprojekts Verfassung ist.²⁶ So betont das Verfassungsgericht der Republik Südafrika die Dialektik, die zwischen der parlamentarischen Haushaltsautonomie und effektivem Grundrechtsschutz auch jenseits von „sozialen“ Rechten besteht:

„In particular the objectors argued it would result in the courts dictating to the government how the budget should be allocated. It is true that the inclusion of socio-economic rights may result in courts making orders which have direct implications for budgetary matters. However, even when a court enforces civil and political rights such as equality, freedom of speech and the right to a fair trial, the order it makes will often have such implications. [...] In our view it cannot be said that by including socio-economic rights within a bill of rights, a task is conferred upon the courts so different from that ordinarily conferred upon them by a bill of rights that it results in a breach of the separation of powers“.²⁷

²⁴ Zur Terminologie und zur Kontroverse, wie auf den Befund zu reagieren ist, dass das Grundgesetz kaum „soziale“ Rechte bzw. Pflichten enthält, siehe nur *Sachs*, § 67: Leistungsrechte, in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, S. 687 ff., 716 ff.; *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1994, S. 395 ff., 402 ff., 454 ff.; *Borowski*, Grundrechtliche Leistungsrechte, JöR 50 (2002), S. 301 ff.; *ders.*, Grundrechte als Prinzipien, 2007, S. 293 ff. Speziell zu den „sozialen Grundrechten“ auch *Rüfner*, Leistungsrechte, in: HGR II, 2006, § 40 Rn. 11 ff.; *Eichenhofer*, Soziale Menschenrechte, 2012, S. 60 ff.

²⁵ So etwa *Starck*, Staatliche Organisation und staatliche Finanzierung, in: Freiheit und Institutionen, 2002, S. 158 (196). Vgl. auch *Murswiek*, Teilhaberechte, soziale Grundrechte, HStR IX, 2011, § 192 Rn. 64: „Die Freiheit als solche kostet nichts und kann ohne Rücksicht auf die wirtschaftliche Situation unbedingt gewährleistet werden“. Zu den mit dieser Überzeugung verbundenen Annahmen näher unter D. I. 1.

²⁶ Gleiches gilt im übrigen für Verfassungsordnungen, die sich in einer akuten Schuldenkrise befinden, vgl. dazu BVerfGE 118, 124 – *Völkerrechtliche Notstandseinrede*; vgl. insbesondere die ebd., S. 146, im Sondervotum *Lübbe-Wolff* zitierte Stellungnahme der Regierung Südafrikas gegenüber dem vorbereitenden Ausschuss der Haager Kodifikationskonferenz von 1930: „Von einem Staat kann beispielsweise nicht erwartet werden, dass er seine Schulen, Universitäten und Gerichte schließt, seine Polizeikräfte entlässt und seine öffentlichen Dienstleistungen in einem solchen Ausmaß vernachlässigt, dass die Gemeinschaft dem Chaos und der Anarchie ausgesetzt wird, nur um seine ausländischen oder einheimischen Darlehensgeber zu befriedigen“.

²⁷ Verfassungsgericht der Republik Südafrika, Urteil vom 6. September 1996, *Certification*

Der Schutz von Grundrechten hinterlässt damit im Haushaltsplan tiefere Spuren als wohl gemeinhin bewusst. Zwar nicht alle, aber doch eine signifikante Zahl von verfassungsgerichtlichen Entscheidungen verursacht grundrechtsspezifische Mehrkosten, die das gewaltenteilungstheoretisch ohnehin riskante Verhältnis von Verfassungsgerichtsbarkeit und (Haushalts-)Gesetzgeber zusätzlich fiskalisch aufladen. Hierin liegt der eigentliche Kern der provokanten Formulierung von *Holmes* und *Sunstein*: „A legal right exists, in reality, only when and if it has budgetary costs“.²⁸ Doch welches weitergehende Erkenntnisinteresse verbindet sich mit diesem Befund aus rechtswissenschaftlicher Sicht? Die präzise Qualifizierung und Quantifizierung der Kosten(arten) des Grundrechtsschutzes ist Sache der politischen Ökonomie; auch für eine normative Gesellschaftstheorie kann die notwendige Verbindung von Rechten und Kosten zum Argument werden.²⁹ Im engeren Sinne *rechtswissenschaftlich* und vor allem *verfassungsrechtlich* relevant ist hingegen, unter welchen Bedingungen und in welcher Form sich die Auslegung und Anwendung der Freiheitsrechte des Grundgesetzes dazu verhalten kann und/oder sollte, dass diese Rechte eine distinkte fiskalische Dimension haben. Anders formuliert: Wie kann der maßgeblich auf dem Budgetrecht basierenden Gestaltungshoheit des demokratischen Gesetzgebers Rechnung getragen werden, ohne dass der wirksame Schutz der Freiheitsrechte im Wortsinne zur kleinen Münze wird? Implizit mitverhandelt wird dabei immer auch die Stellung der Verfassungsgerichtsbarkeit im gewaltenteilenden Gefüge.

Ausgangspunkt für die folgenden Überlegungen ist die Beobachtung, dass sich in der bundesverfassungsgerichtlichen Praxis Strukturen im Umgang mit dieser Kollision von Grundrechten einerseits und dem in seinem normativen Gehalt schwer rekonstruierbaren „Budgetrecht“ andererseits etabliert haben, die sich nur mit Mühe in die etablierten Grundrechtslehren einordnen lassen. Ziel ist, auf der Basis einer Rekonstruktion dieser Rechtsprechung Grundzüge einer Dogmatik des Verhältnisses von Freiheitsrechten und den mit ihrem Schutz verbundenen Haushaltsbelangen zu entwickeln. Getragen ist die Untersuchung von der Überzeugung, dass die Beschäftigung mit Grundrechten der Auseinandersetzung mit der Effizienz-, Rationalisierungs- und Budgetierungslogik, die Finanzierungsfragen fast notwendig provozieren, nicht dauerhaft ausweichen kann – auch und gerade weil entsprechende Überlegungen wenigstens implizit schon immer beeinflusst haben, wie weit die Schutzgehalte einzel-

of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 (CCT 23/96) [1996] ZACC 26, para. 77.

²⁸ *Holmes/Sunstein*, *The Cost of Rights*, 1999, S. 19, sowie ebd., S. 38 ff.

²⁹ Hier ist eben das Projekt von *Holmes/Sunstein*, *The Cost of Rights*, 1999, einzuordnen.

ner Grundrechte gefasst werden und in welchem Umfang sich Eingriffsmaßnahmen rechtfertigen müssen.³⁰

Die Bedeutung der fiskalischen Dimension für den Umgang mit Grundrechten anzuerkennen, darf dabei nicht als Plädoyer für eine Ökonomisierung des Grundrechtsdenkens missverstanden werden. Das Gegenteil ist der Fall: Das Verfassungsrecht muss sich auf die Finanzfrage einlassen, da nur so der potentiell kolonialisierenden Wirkung des ökonomischen Imperativs wirkungsvoll begegnet werden kann. Es gilt also, auf der Grundlage der grundrechtstheoretischen und grundrechtsdogmatischen Diskussionen das juristische Terrain zu sichern und ausgehend von den dortigen Einsichten Vorgaben für den Umgang mit der fiskalischen Dimension der Grundrechte zu entwickeln.

An dieser Stelle sei noch darauf hingewiesen, dass die Beschränkung der Untersuchung auf die *Freiheitsrechte* das Thema der Finanzwirksamkeit von Grundrechten offensichtlich nicht erschöpft. Die finanzwirksamen Folgen, die mit der Durchsetzung von *Gleichheitsrechten*, insbesondere im Steuerrecht, sowie mit den Rechten aus Art. 33 GG einhergehen, müssen hier jedoch weitgehend ausgeklammert bleiben.³¹ Angesichts der Aufmerksamkeit, die das Problem der Finanzwirksamkeit im dortigen Diskurs bereits erfahren hat, ist dies hinzunehmen.³²

³⁰ Vgl. hierzu insbesondere BVerfGE 115, 25 – *Gesetzliche Krankenversicherung*. Dazu unten B. III. 3. Vgl. zu diesem Problemkomplex auch die Referate von *Lege*, Knappheit, in: VVDStRL 70 (2011), S. 114 ff.; *Kingreen*, Knappheit, in: VVDStRL 70 (2011), S. 154 ff.; sowie *Münkler*, Kosten-Nutzen-Bewertungen, 2015. Weitere Nachweise zur Ökonomisierungsdiskussion im Öffentlichen Recht unten unter E.

³¹ Damit ist gleichzeitig negativ definiert, was in der vorliegenden Untersuchung unter „Freiheitsrechten“ verstanden wird. Zwar findet sich in der Literatur keine allgemein akzeptierte Definition, doch werden „Freiheits(grund)rechte“ verbreitet von sozialen, prozessualen und politischen Grundrechten unterschieden (so etwa – unter Verzicht auf eine positive Definition – von *Arnauld*, Die Freiheitsrechte und ihre Schranken, 1999, S. 15 Fn. 1; ähnlich *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, 2003, S. 1 f.; vgl. auch die unter dem Titel „Freiheitsrechte“ in Band VII der 3. Aufl. des HStR aufgenommenen Grundrechte). Im Unterschied zu dieser typologischen bzw. ideengeschichtlichen Engführung werden hier unter „Freiheitsrechten“ zunächst alle Grundrechtsnormen verstanden, deren Schutzgehalte Bezüge zu den bekannten Freiheitsdimensionen aufweisen (zu diesen *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 109 ff.), was etwa auch prozessuale Rechte und „Leistungsrechte“ einschließt, soweit diese auf Gewährleistung „realer Freiheit“ (dazu sogleich Fn. 33) gerichtet sind; demgegenüber wird der Ausdruck *Freiheitsgrundrechte* im Sinne von *Cremer* und von *Arnauld* gebraucht. Die Ausweitung des Untersuchungsfelds ermöglicht, das Phänomen der Finanzwirksamkeit umfassend und über etablierte Kategorien der Grundrechtsdogmatik hinweg in den Blick zu nehmen. Erst dadurch ist es möglich, eingeübte Unterscheidungen neu in Frage zu stellen (dazu vor allem unter D. I. 1.).

³² Vgl. für Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 33 Abs. 5 nur *Ortmann*, Finanzwirksamkeit, 2007, S. 109 ff., 198 ff., 236 ff, sowie zu Art. 3 Abs. 1 GG auch die Hinweise unten in Fn. 35, 60, 108, 116.

B. Eine Typologie der Finanzwirksamkeit von Freiheitsrechten

Die rechtstatsächliche Einsicht, dass Grundrechtsschutz auch jenseits der Durchsetzung „sozialer“ Rechte Geld kostet, wird nur dann zum genuin verfassungsrechtlichen Problem, wenn man davon ausgeht, dass bestimmte, für das Gelingen einer Grundrechtsordnung relevante soziale Sachverhalte – hier: der Status und die Verwendung der Staatsfinanzen – und die Grundrechtsanwendung nicht beziehungslos nebeneinander stehen, dass sich Grundrechtsschutz und Grundrechtsdogmatik also in Grenzen responsiv zu ihren Wirksamkeitsbedingungen verhalten. Nun geht unter dem Grundgesetz die Bedeutung der Grundrechte nicht darin auf, Eingriffe in der Verfassungsordnung vorgängige Freiheiten abzuwehren; vielmehr kommt es unter bestimmten Bedingungen staatlichen Organen von Verfassungs wegen zu, an der Bereitstellung und Erhaltung entsprechend geschützter Güter mitzuwirken, also positiv auf die existierende gesellschaftliche Ordnung einzuwirken.³³

Weitgehend unklar ist jedoch, *ob* und *wie* das Bundesverfassungsgericht Gesetzgeber und Verwaltung zu finanzwirksamen Maßnahmen verpflichten kann. Insoweit fehlt es bereits an einer konsentierten Bestandsaufnahme der finanzwirksamen Grundrechtsjudikate. Diese Erkenntnislücke gilt es in einem ersten Schritt zu schließen. Das Problem der Finanzwirksamkeit von Freiheitsrechten wird hier also aus einer Untersuchung der Verfassungsrechtspraxis heraus entwickelt. Dieser Zugriff ermöglicht eine Analyse, die weitgehend unbe-

³³ Vgl. nur die Nachweise bei *Bumke*, Ausgestaltung von Grundrechten, 2009, S. 9 f. Dieser Befund ist ungeachtet der intensiven grundrechtstheoretischen Kontroversen um den Freiheitsbegriff, insbesondere um das Konzept der „realen“ Freiheit“ anerkannt – zu diesem Streit vgl. nur einerseits: *Häberle*, Wesensgehaltgarantie, ³1983, S. 70 ff., 150 ff.; *ders.*, Grundrechte im Leistungsstaat, in: *VVDStRL* 30 (1972), S. 43 (140) und *passim*; andererseits: *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 54 ff., 109 ff., 130 ff., mit dem Hinweis, dass auch ein abwehrrechtliches Verständnis der Grundrechte Aspekte „realer“ Freiheit berücksichtigt; ein Überblick über die Diskussion bei *Krebs*, Rechtliche und reale Freiheit, in: *HGR* II, 2006, § 31, und *Voßkuhle/Wischmeyer*, *Der Jurist im Kontext*, *JöR* 63 (2015), S. 401 ff. Im Folgenden wird zu zeigen sein, dass sich effektiver Grundrechtsschutz (auch von Abwehrrechten) in weiten Bereichen jedenfalls nicht kostenneutral denken lässt; dies greift bestimmte Intuitionen der Theorie „realer“ Freiheit auf, berücksichtigt jedoch in der dogmatischen Einordnung zentrale Vorbehalte gegen diesen Ansatz. Zu alledem näher unter D.

fangen von den Vorfestlegungen und Vorverständnissen operiert, die etablierte Begriffe der Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik transportieren. Auf diese Weise lässt sich nicht nur zeigen, dass der Umgang mit dem Kostenproblem Strukturen aufweist, die quer zu den bekannten Grundrechtsdimensionen und -funktionen stehen. Auch können so die eingeführten Begriffe und Programme auf blinde Flecke überprüft werden. Der Versuch, jenseits der etablierten Kategorien eine eigenständige und tiefenscharfe Finanzwirksamkeitsdogmatik zu entwickeln, ist im Anschluss zu unternehmen.

In die Untersuchung sind nun alle die Entscheidungen einzubeziehen, die den Staat im finanzverfassungsrechtlichen Sinne zu (Mehr-)Ausgaben nötigen.³⁴ Zwar können auch Entscheidungen, die die staatliche Generierung von Einnahmen untersagen, Wirkungen für den Staatshaushalt entfalten – die verfassungsgerichtliche Kontrolle erfolgt insoweit vorrangig am Maßstab der Gleichheitsrechte.³⁵ Mit dem Schutz der Bürgerinnen und Bürger vor (zusätzli-

³⁴ Zur grundlegenden haushaltsrechtlichen Unterscheidung von Einnahmen und Ausgaben vgl. nur Art. 110 Abs. 1 GG, § 10 Abs. 3 HGrG, § 13 Abs. 3 BHO. Die sich bei der Abgrenzung im Detail stellenden Schwierigkeiten sind vorliegend nicht weiter von Relevanz, vgl. dazu nur Hillgruber, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. III, 62/2010, Art. 110 Rn. 15 f., 31 f.

³⁵ Siehe nur ganz beispielhaft aus der unüberschaubaren Rechtsprechung im Abgaberecht zu gleichheitswidrigen Differenzierungen bei der Ausweitung von Leistungspflichten oder dem Versagen von Ausnahmen: BVerfGE 101, 132; 105, 73 – *Pensionsbesteuerung*; 107, 27 – *Doppelte Haushaltsführung*; 112, 164; 115, 381 – *Dauerpflgschaften*; zum Sonderfall der Nichtigkeit wegen vorhersehbar gleichheitswidriger Vollzugsdefizite BVerfGE 110, 94 – *Spekulationssteuer*. Jenseits der durch Art. 3 Abs. 1 GG insoweit gewährleisteten relationalen Kontrolle – in deren Rahmen bisweilen auf weitere Grundrechte Bezug genommen wird, um vom Gesetzgeber gewählte Differenzierungsmerkmale zu überprüfen (vgl. etwa für Art. 6 Abs. 1 GG: BVerfGE 103, 242 – *Pflegeversicherung III*; 114, 316 – *Zweitwohnungsteuer II*) – zögert das Bundesverfassungsgericht, finanziellen Mehrbelastungen des Einzelnen mit dem Argument entgegenzutreten, diese würden seine grundrechtlichen Freiheiten übermäßig einschränken. Siehe zur weitgehend offenen Frage, welche Grenzen Art. 14 Abs. 1 GG der Besteuerung aus freiheitlicher Sicht jenseits einer „konfiskatorischen“ Abschöpfung zieht, nur BVerfGE 115, 97 (110 ff.) – *Halbteilungsgrundsatz*. Vgl. aber auch die insoweit großzügigere Beschränkung der Kostentragungspflicht des Zustandsstörers aus Art. 14 Abs. 1 GG in BVerfGE 102, 1 (14 f., 19 ff.) – *Altlasten*; strukturell analog leitet BVerfGE 127, 263 – *Haftungsprivilegierung Elternteil*, aus Art. 6 Abs. 1 GG Beschränkungen der Haftungsüberleitung nach § 116 SGB X her. Dagegen stützt sich die umfangreiche Rechtsprechung zu Sonderabgaben im Ausgangspunkt auf Art. 12 Abs. 1 GG (in Verbindung mit Art. 105 und 110 GG), vgl. nur BVerfGE 122, 316 (332 ff.) – *CMA*. Freiheitsrechte wirken schließlich auch soweit begrenzend auf die staatliche Finanzierungstätigkeit, als sie das Verfahren der Finanz- und Sozialverwaltung restriktiv beeinflussen – vgl. nur die Fallgestaltung in BVerfGE 118, 168 – *Kontostammdaten*. Diese Fallgruppe überschneidet sich teilweise mit den rechtsstaatlichen Infrastrukturkosten (unter B. I.) und den Kosten für prozedurale Absicherungen, die als Reaktion auf Freiheitseingriffe erforderlich sind (vgl. dazu unter B. III. 1). Hieran zeigt sich, dass die Zuordnung zu Einnahmen oder Ausgaben nicht immer völlig zweifelsfrei möglich ist. Speziell gelagert ist schließlich der Abwehranspruch aus Art. 12 GG, den das Gericht Berufstätigen gegenüber der

Stichwortverzeichnis

- Abgaben *siehe* Steuerrecht
Abwehrrecht 5, 20, 40 ff.
Amtsangemessene Besoldung 2
Ausgaben 10 f., 30 f.
Ausgleichs- und Ersatzansprüche *siehe*
 Kompensation
Auslegung 50, 64
– grundrechtsorientierte 24 ff.
– verfassungskonforme 25
- Begründungsneutralität 72
Budgetrecht 6, 22, 35 ff., 47
- Demokratie 35 ff., 45, 52, 55, 64, 75 f.
- Effizienz 6, 24 ff., 29 ff., 56, 70, 75
– *siehe* Kosten/Nutzen-Analyse
Einnahmen 10 f., 31 f.
Erforderlichkeit *siehe* Verhältnismäßig-
 keitsgrundsatz
Existenzminimum 15, 17
- Finanzverfassungsrecht 1
Finanzwirksamkeit 1, 9, 19, 25, 37, 44 f.
Fördergebot 16, 51
Folgenentschädigungsanspruch 27
Freiheit
– negative und positive 43
– reale 7, 9, 15
Freiheitsrechte 7, 9 ff.
Funktionsfähigkeit 3, 11, 46
- Gesetzgeber *siehe* Haushaltsgesetz
– Begründungspflichten 52
– Gestaltungsspielräume 16, 22, 25,
 36 f., 57
Gewaltenteilung 1, 6, 11, 18 f., 36 ff., 72 f.
Gleichheit 2, 7, 10, 13, 17, 22, 32
Grundrechte
– Absicherung durch Verfahren 14, 20 ff.
– Absicherung durch Organisation 16,
 20 ff.
– Gewährleistungsspezifische Vorgaben
 45, 49 ff., 64 f., 75
– Grundrechtsdogmatik 6 f., 9 f., 39 f.,
 50 ff.
– Grundrechtstyp 40 f.
– Leistungsanspruch *siehe* Leistungsrecht
– leistungstaatliche Ausdehnung 5, 41,
 43 f., 51
– Schutz von Mindestpositionen 16, 27, 33,
 51 f., 62, 64 f.
– soziale 4 f., 7, 9, 40 f.
– Unterlassungsanspruch 20, 30, 41
– Wirksamkeitsvoraussetzung von 2 f., 9,
 42
- Haushalt 1
Haushaltsgesetz 15, 24 ff., 37 f.
– Akzessorietät des 26, 29
Haushaltsverantwortung 4, 37
Haushaltsautonomie 27, 30, 35 ff., 42 f.,
 47 ff., 61, 64, 71, 73
– als Teil der Verfassungsidentität 37
- Interesse, fiskalisches 28, 31
- Justizgewährungsanspruch 12 ff.
Justizgrundrechte 12, 14, 41 ff.
- Knappheit 3, 7, 29, 45
Kommodifizierung 71
Kompensation 22 ff., 59
Kosten/Nutzen-Analyse 56 f., 59, 62 ff.,
 67 ff.
– *siehe* Effizienz
- Leistungsfähigkeit 4
Leistungsrechte 4, 12, 15 ff., 40 ff.
– bedingte 20, 23
– derivative 17, 30

- freiheitsakzessorische 20, 41, 43, 64
- originäre 15 ff., 20, 23

- Maßstäbe
 - des Verwaltungshandelns 72 ff.
 - im Verfassungsrecht 24 ff., 33
- Methode 67 ff.
- More economic approach 72

- Ökonomische Analyse, Ökonomisierung 7, 54, 67 ff.
- Organisation *siehe* Grundrechte

- Polizeilicher Notstand 26
- Prozessökonomie 14

- Quantifizierung 69 f.

- Rechtsstaat 5, 11 f., 71
 - rechtsstaatliche Infrastrukturkosten 11 ff., 18, 42, 49
- Richtervorbehalt 14, 21

- Schutzpflicht 16 ff., 25, 40, 43, 45, 51
- Sekundärrechtsschutz *siehe* Kompensation
- Sonderabgaben *siehe* Steuerrecht
- Sozialstaat 11, 40 ff.
 - Sozialstaatsprinzip 13, 16 f.
- Sozialversicherung 7, 16 ff., 25, 30 f.
- Sparmaßnahmen 1, 3, 15, 17, 27 ff., 57 f.
- Staatshaftungsrecht 22
- Staatsschulden(krise) 1, 5, 37
- Steuerrecht 2, 7, 10, 31 f., 35

- Teilhabe 16 f., 40 f., 44, 51
- Typisierung 29 f.

- Ultra posse nemo obligatur 4, 41
- Umbruchsituation 46

- Verfassungsgerichtsbarkeit 6, 11
 - „Folgenmanagement“ 32
 - Prozeduralisierung der Kontrolle 16, 51 f., 64
 - Theorie der 39
- Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 19 ff., 47, 52 ff., 69
 - als Zweck/Mittel-Relation 31, 54 f., 63
 - Angemessenheit 62 ff.
 - Erforderlichkeit 54 ff.
 - als Kosten/Nutzen-Analyse 56 f.
 - als Optimierungsprinzip 56 ff.
 - als Sicherung von Minimalrationalität 57 ff.
 - Gleichgeeignetheit 57 ff.
 - Kaldor/Hicks-Optimierung 62
 - mildestes Mittel 58 ff.
 - Pareto-Optimierung 61 ff.
 - Güterabwägung 47 f., 53, 60 ff.
- Versammlungsrecht 25 f.
- Vorbehalt des Möglichen 26 ff., 41, 44 ff.

- Wirtschaftlichkeitsgrundsatz *siehe* Effizienz