

JOHANNES BETHGE

Der Sachverhalt der Normenkontrolle

*Studien und Beiträge
zum Öffentlichen Recht*

Mohr Siebeck

Studien und Beiträge
zum Öffentlichen Recht

Band 48



Johannes Bethge

Der Sachverhalt der Normenkontrolle

Mohr Siebeck

Johannes Bethge, geboren 1984; Studium der Rechtswissenschaften in Göttingen und Bologna; juristischer Vorbereitungsdienst in Berlin und Karlsruhe; wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für öffentliches Recht, insb. Verfassungsrecht, und Rechtsphilosophie an der Humboldt-Universität zu Berlin; Promotionsstudium mit Aufhalten an der Princeton University und am European University Institute; Rechtsanwalt.

ISBN 978-3-16-159219-5 / eISBN 978-3-16-159220-1
DOI 10.1628/978-3-16-159220-1

ISSN 1867-8912 / eISSN 2568-745X (Studien und Beiträge zum Öffentlichen Recht)

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

© 2020 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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 die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

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

Printed in Germany.

Der Erinnerung an
Barbara Bethge

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2019 von der Humboldt-Universität Berlin als Dissertation angenommen.

Großer Dank gebührt zunächst Prof. Dr. Christoph Möllers, unter dessen Betreuung und an dessen Berliner Lehrstuhl die Arbeit entstanden ist. Sie verdankt ihm viel und ich verdanke ihm mehr als diese Arbeit. Prof. Dr. Christian Waldhoff gebührt Dank nicht nur für das schnelle und anregende Zweitgutachten, sondern auch für ein Gespräch nach dem Theoriekolloquium, das mir mehr geholfen hat, als ihm vielleicht bewusst ist.

Die Entstehung der Arbeit wurde durch die kritische und interessierte Begleitung vieler Kolleginnen und Kollegen, Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer, Freundinnen und Freunde sehr begünstigt. Herausgreifen möchte ich Dr. Hannah Birkenkötter, Prof. Dr. Sabine Müller-Mall, Dr. Anna von Notz, Dr. Alexander Tischbirek, Dr. Tim Wihl und Dr. Lara Zwiffelhoffer. Dr. Thomas Bethge und Dr. Barbara Leidinger danke ich für die gründliche Korrektur des Manuskripts. Bei meinem Versuch, mir die Praxis der Gerichte zu erschließen, haben mir die Gespräche mit Dr. Kai Habertzettl, Thomas Henze und Johannes Möller sehr geholfen. Dr. Christopher Schoenfleisch war über Jahre ein unverzichtbarer Leser, Kritiker und Gesprächspartner. Die Konrad Redeker-Stiftung schließlich hat die Publikation des Buches mit einem Druckkostenzuschuss großzügig unterstützt.

Die vorliegende Arbeit wäre ohne meine Eltern und meine Schwester nicht denkbar gewesen; ohne die Unterstützung meiner Schwiegereltern hätte ich sie nicht fertigstellen können. Den größten Dank schulde ich aber Eva für ihre Unterstützung und Nachsicht während der Entstehung dieser Arbeit.

Berlin, im Februar 2020

Johannes Bethge

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Einleitung	1
Erstes Kapitel: Allgemeines	5
I. <i>Gegenstand der Untersuchung</i>	5
II. <i>Gesetzgebung und gerichtliche Kontrolle</i>	6
1. Zwei Verfahren: politische Entscheidung und ihre Kontrolle	6
a) Gegenüberstellung	6
b) Einwand: Rechtssetzung und Rechtsanwendung sind keine Gegensätze	10
c) Unterschiede europäischer Rechtssetzung	12
2. Zwei Welten: Recht und Tatsachen	17
a) Der Einzelfall und das Recht: der gerichtliche Umgang mit Tatsachen	17
b) Der Einzelfall und sein Kontext: legislative facts	21
3. Verfahrensinterne Probleme der Feststellung von legislative facts	27
III. <i>Der Sachverhalt der Normenkontrolle</i>	31
1. Normenkontrolle	31
2. Sachverhalt	34
IV. <i>Prozessrechtliche Grundlagen</i>	36
1. Gerichtshof	36
2. Bundesverfassungsgericht	40
V. <i>Gang der Untersuchung</i>	46

Zweites Kapitel: Die prozessuale Lösung	49
I. Die prozessuale Lösung als Kontrollansatz	49
II. Die Beweislastrechtsprechung gegenüber den Mitgliedstaaten	51
1. Allgemein: Darlegungs- und Beweislasten der Mitgliedstaaten	53
a) Vertragsverletzungsverfahren	56
b) Die Rechtfertigung staatlicher Maßnahmen vor den Grundfreiheiten	69
2. Beispiel: <i>Bressol</i> und die Studentenfreizügigkeit	71
a) Der Fall: die belgische Quotenregel	72
b) Der Kontext: Vertragsverletzungsverfahren gegen Belgien und Österreich	73
c) Das Urteil: beweisrechtliche Hinweise an den Verfassungs- gerichtshof	77
d) Das Ergebnis: die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs	80
III. Analyse der prozessualen Lösung	82
1. Beteiligungslogik in der Unionsrechtsordnung	83
2. Entscheidungsfindung innerhalb der gerichtlichen Kapazitäten	89
3. Resümee: der Gerichtshof als europäisches Höchstgericht	93
a) Aufgabenteilung im Vorabentscheidungsverfahren	96
aa) Allgemein: die Aufgabe des Gerichtshofs im Vorab- entscheidungsverfahren	96
bb) Sonderfall Normenkontrolle	101
b) Prozessuale Lösung	105
aa) Gerichtliche Kapazitäten zwischen Streitentscheidung und Normbildung	105
bb) Beteiligungslogik zwischen mitgliedstaatlicher und Unionsebene	107
Drittes Kapitel: Die materiell-rechtliche Lösung	111
I. Die materiell-rechtliche Lösung als Kontrollansatz	111
II. Unsicherheiten in der Abwägung	112
1. Prinzipientheoretische Ausformulierungen	112
a) Ausgangspunkt: das erste Abwägungsgesetz und die Gewichtsformel	114
b) <i>Alexy</i> : das zweite Abwägungsgesetz und der Faktor S	115
c) <i>Klatt/Schmidt</i> : universelle Gültigkeit und Einstufungsabwägung	116
2. Rechtsprechung	119

a) Die Prämissenunsicherheit des LuftSiG	120
b) Der Gefahrenbegriff als Einfallstor in der Rechtsprechung	123
aa) Gefahrenbegriff: subjektive Wahrscheinlichkeiten	123
bb) Gefahr als Tatbestandsvoraussetzung	125
cc) Die Dreistufentheorie des Apothekenurteils	127
dd) Passivrauchen und Kampfhunde: biologisch-medizinische Kausalitäten	129
c) Keine materiell-rechtliche Lösung im Cannabisbeschluss	130
<i>III. Analyse: eine Lösung und zwei Folgeprobleme</i>	131
1. Vernachlässigung der institutionellen Seite	132
2. Keine Spielräume, sondern Handlungsfähigkeit	136
3. Einwand: <i>Klatts</i> und <i>Schmidts</i> zweite Ebene	140
 Viertes Kapitel: Verfahrenskontrolle	143
<i>I. Die Verfahrenskontrolle als Kontrollansatz</i>	143
1. Begriffliche Präzisierung	143
2. Die wissenschaftliche Diskussion	146
<i>II. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts</i>	148
1. Keine allgemeine Verfahrenspflicht	149
2. Hartz IV und Folgerechtsprechung	153
a) Das Hartz IV-Urteil	153
aa) Maßstabsteil	154
bb) Subsumtion	155
cc) Einordnung	159
b) Die Korrekturen des Ersten Senats	164
c) Die Besoldungsrechtsprechung des Zweiten Senats	166
<i>III. Analyse: die Verfahrenskontrolle und ihre Rahmenbedingungen</i>	168
1. Begründung und Begründbarkeit	168
2. Gesetzgebung und Gesetzesvollzug	171
3. Ideales gegen reales Verfahren	175
<i>IV. Rechtsvergleichende Anmerkung: kompetenzrechtliche Verfahrenskontrolle</i>	176

Fünftes Kapitel: Die Einschätzungsprärogative	181
I. Die Einschätzungsprärogative als Kontrollansatz	181
1. Begriffliche Abgrenzungen	183
2. Die Einschätzungsprärogative im Mitbestimmungsurteil	185
II. Die Einschätzung des Gesetzgebers in der Einschätzungsprärogative	189
1. Erneut: keine Verfahrenskontrolle nach dem Mitbestimmungsurteil	189
2. Das Kompensationsmodell: keine Prärogative ohne Einschätzung	190
a) <i>Meßerschmidt</i> : Obliegenheiten des Gesetzgebers und Kompensationsgedanke	191
b) <i>Bickenbach</i> : Kontrolldichte und normative Konnexität	193
3. Schwangerschaftsabbruch II: das Kompensationsmodell in der Rechtsprechung?	195
4. Zwischenergebnis	197
III. <i>Gegenprobe: Kontroll- ohne Handlungsmaßstab</i>	199
1. Kampfhandurteil	199
2. Cannabisbeschluss	201
3. Schlussfolgerungen	202
IV. <i>Prognosen als Gegenstand der Einschätzungsprärogative</i>	204
V. <i>Funktionen der Einschätzungsprärogative</i>	209
1. Scharnierfunktion	209
2. Verantwortungsverlagerung	212
3. Dynamisierung des Beurteilungszeitpunkts	215
VI. <i>Kritik: Einschätzungsprärogative und richterliche Macht</i>	218
1. Flexibilität	219
2. Immunisierungsstrategie	221
 Resümee: Die Kontrollansätze und das Kontrollverhältnis	 225
I. <i>Die Einschätzungsprärogative und die anderen Ansätze</i>	226
1. Einschätzungsprärogative und prozessuale Lösung	226
2. Einschätzungsprärogative und materiell-rechtliche Lösung	228
3. Einschätzungsprärogative und Verfahrenskontrolle	229
II. <i>Die politische Entscheidung in den Kontrollansätzen</i>	230
 Literaturverzeichnis	 233
Sachregister	245

Einleitung

Was der Sachverhalt der Normenkontrolle ist, den diese Untersuchung ihrem Titel nach zum Gegenstand hat, versteht sich nicht von selbst. Schon dass der gerichtlichen Normenkontrolle überhaupt ein Sachverhalt zu Grunde liegt, kann nicht als selbstverständlich vorausgesetzt werden. Mit dem Begriff „Sachverhalt“ beschreiben Juristen üblicherweise den Tatbestand fachgerichtlicher Entscheidungen. Der Sachverhalt meint dann ein tatsächliches, zeitlich und örtlich begrenztes Geschehen der Vergangenheit. Auf den ersten Blick scheint der Begriff für die Analyse von Normenkontrollentscheidungen damit von vornherein auszuschneiden. Zunächst betrifft die Normenkontrolle die Kollision zweier Rechtsnormen und damit eine reine Rechts-, keine Tatsachenfrage. Dass nämlich Rechts- und Tatsachenfragen streng voneinander zu unterscheiden sind, ist Rechtspraxis und -wissenschaft eine Selbstverständlichkeit. Der zweite Blick offenbart freilich, dass für die Frage, ob Rechtsnormen zweier Rangstufen kollidieren, Tatsachenfragen von entscheidender Bedeutung sind. „The proposition that facts comprise a large component of constitutional decision making will strike some readers as glaringly obvious and others as obviously mistaken“, leitet *David Faigman* ein Kapitel über die Rolle von Tatsachen in der amerikanischen Verfassungsrechtsprechung ein.¹ Die Verhältnismäßigkeitskontrolle, die für Normenkontrollentscheidungen sowohl des Gerichtshofs der Europäischen Union als auch des Bundesverfassungsgerichts von zentraler Bedeutung ist, ist das offensichtliche Beispiel. Die Frage, ob ein Gesetz verhältnismäßig ist, ist in hohem Maße tatsachenabhängig. Unter diesem Maßstab prüft, um *Horst Ehmkes* Staatsrechtslehrervortrag zu zitieren, „das Gericht nie, wie vereinfachend gesagt wird, das Gesetz, sondern immer nur das Verhältnis des Gesetzes zu dem ihm vorgegebenen Problem am Maßstab der Verfassung.“² Die Rolle der zugrunde liegenden Tatsachenannahmen für die Normenkontrollentscheidung kann deshalb gar nicht überschätzt werden.³ Der Begriff des Sachverhalts ist aber mit der retrospektiven gerichtlichen Entscheidung von Einzelfällen verbunden. Die Tatsachenfragen

¹ Chapter 1: „Facts in Constitutional Cases“, in: *David L. Faigman*, *Constitutional Fictions*, 2008, S. 3.

² *Horst Ehmke*, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, VVDStRL 20 (1963), 53 (95 f.).

³ *Klaus Schlaich/Stefan Koriath*, *Das Bundesverfassungsgericht*, 11. Aufl. 2018, Rn. 534.

der Normenkontrolle hingegen sind andere: Die rechtliche Bewertung von Gesetzen ist von generellen Tatsachen, von allgemeinen ökonomischen, sozial- oder naturwissenschaftlichen Zusammenhängen abhängig. Die Rede von einem Sachverhalt bedeutet vor diesem Hintergrund im Kontext der Normenkontrolle eine Begrenzung auf solche generellen Tatsachen, die den konkreten Verfahrensgegenstand – das zu beurteilende Gesetz – betreffen. Tatsachen, die die Entfaltung und Entwicklung der abstrakten Maßstäbe informieren, bleiben demgegenüber außen vor.

Das Interesse der deutschen Staatsrechtswissenschaft am Sachverhalt der Normenkontrolle, überhaupt an Sachverhaltsfragen des Verfassungsprozesses, ist dennoch begrenzt. Gesteigertes Interesse hat das Thema zunächst Anfang der siebziger Jahre erfahren.⁴ Der CDU-Bundestagsabgeordnete Hans Dichgans hatte einen § 26a BVerfGG gefordert, der – von einem Missbrauchsvorbehalt abgesehen – die Bindung des Bundesverfassungsgerichts an Tatsachenfeststellungen des Gesetzgebers in das Gesetz aufgenommen hätte.⁵ Im Jahr 1971 erschien die Dissertation *Klaus-Jürgen Philippis*, die die Methodik der bundesverfassungsgerichtlichen Tatsachenfeststellungen in den ersten 25 Entscheidungsbänden untersucht.⁶ Diese Arbeit wird bis heute viel rezipiert. Ihr Ergebnis, Tatsachenfragen seien beim Bundesverfassungsgericht nicht nur in guten Händen, sondern womöglich sogar in besseren als beim Gesetzgeber, hat ein großes Echo gefunden.⁷ Dass nach *Philippis* Arbeit kein Raum für kritische Nachfragen bliebe, darf dennoch bezweifelt werden. Das liegt bereits am Alter der Studie. Diese untersucht einen Zeitraum, in dem in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

⁴ Siehe *Fritz Ossenbühl*, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in: Starck (Hg.), FS BVerfG 25, 1. Bd., 1976, S. 458; *Hans Thierfelder*, Zur Tatsachenfeststellung durch das Bundesverfassungsgericht, Juristische Analysen 2 (1970), 879.

⁵ Siehe Stenographischer Bericht der 38. Sitzung des Deutschen Bundestages vom 13. März 1970, 6. Wahlperiode, S. 1907; dazu *Wilhelm Karl Geck*, Vorwort, in: Philippis, Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, 1971, S. V ff.; *Fritz Ossenbühl*, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in: Starck (Hg.), FS BVerfG 25, 1. Bd., 1976, S. 458 (462).

⁶ *Klaus Jürgen Philippis*, Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, 1971.

⁷ *Winfried Kluth*, Beweiserhebung und Beweiswürdigung durch das Bundesverfassungsgericht, NJW 1999, 3513 (3516); *Fritz Ossenbühl*, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in: Starck (Hg.), FS BVerfG 25, 1. Bd., 1976, S. 458 (483); *Andreas Voßkuhle*, Der Rechtsanwalt und das Bundesverfassungsgericht – Aktuelle Herausforderungen der Verfassungsrechtsprechung, NJW 2013, 1329 (1334); vorsichtiger *Brun-Otto Bryde*, Tatsachenfeststellungen und soziale Wirklichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Badura/Dreier (Hg.), FS BVerfG 50, S. 533 (538).

von einer Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers – heute der zentrale Topos, unter dem das Gericht den Sachverhalt der Normenkontrolle verhandelt – noch nicht die Rede war.⁸ Zudem enthält sich die Arbeit – fast⁹ – einer normativen Bewertung des Problems. Sie untersucht die Methodik verfassungsgerichtlicher Tatsachenfeststellung.¹⁰ So stehen in der Literatur ihre positive Einschätzung dieser Methodik und deren Rezeption neben der Feststellung, die Sachverhaltsfeststellung durch das Bundesverfassungsgericht sei „dogmatisch weitgehend ungeklärt“.¹¹

Wenn nicht alles täuscht, ist das Bewusstsein für die Schwierigkeiten und Probleme, die mit einer gegenüber dem Gesetzgeber ausgeübten gerichtlichen Sachverhaltskontrolle einhergehen, in den letzten Jahren gestiegen. Die Wissenschaft widmet sowohl der Sachverhaltskontrolle in der bundesverfassungsgerichtlichen Normenkontrolle¹² als auch Beweisfragen, die sich im Verfahren des Gerichtshofs der Europäischen Union stellen,¹³ verstärkte Aufmerksamkeit. Die Luxemburger Beweislastrechtsprechung hat im Anschluss an das Urteil in der Rs. *Deut-*

⁸ Grundlegend BVerfGE 50, 290 (331 ff.) <1979>; dazu und zu Vorläuferfiguren siehe unten, 5. Kap., I.2. Man mag auch an den Kriterien der Untersuchung zweifeln. Vorbildhaft ist für Philippi ausgerechnet das Homosexuellen-Urteil von 1957, weil dort ein internationales Sachverständigen-gremium in die Sachverhaltsaufklärung miteinbezogen wurde, siehe *Klaus Jürgen Philippi*, Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, 1971, S. 48 f., 106 f.; sowie das Urteil BVerfGE 6, 389 <1957>.

⁹ Zur Legitimation des Gerichts siehe *Klaus Jürgen Philippi*, Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, 1971, S. 184 ff.

¹⁰ *Klaus Jürgen Philippi*, Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, 1971, S. 1 ff.

¹¹ Zitat *Kai Haberzettl*, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf (Hg.), BVerfGG, 2015, § 26 Rn. 12; siehe auch *Klaus Ferdinand Gärditz*, Gerichtliche Feststellung genereller Tatsachen (legislative facts) im Öffentlichen Recht, in: Paeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk (Hg.), FS Puppe, 2011, 1557 (1561 f.).

¹² Siehe *Christian Bickenbach*, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, 2014; *Stefan Brink*, Tatsachengrundlagen verfassungsgerichtlicher Judikate, in: Rensen/ders. (Hg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 1, 2009, S. 3; *Hans Peter Bull*, Tatsachenfeststellung und Prognosen im verfassungsgerichtlichen Verfahren, in: Ewer/Ramsauer/Reese/Rubel (Hg.), FS Koch, 2014, S. 29; *Kai Haberzettl*, Die Tatsachenfeststellung im Verfahren vor dem BVerfG, NVwZ extra 2015, 1; *Niels Petersen*, Avoiding the common-wisdom fallacy: The role of social sciences in constitutional adjudication, I-CON 11 (2013), 294.

¹³ *Jens Dammann*, Materielles Recht und Beweisrecht im System der Grundfreiheiten, 2007; *Niamh Nic Shuibhne/Marsela Maci*, Proving Public Interest: The Growing Impact of Evidence in Free Movement Case Law, CMLR 50 (2013), 965; *Katayun Zierke*, Die Steuerungswirkung der Darlegungs- und Beweislast im Verfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Union, 2015.

sche Parkinson, die die deutsche Preisbindung verschreibungspflichtiger Medikamente betrifft, gerade in Deutschland verstärkte Aufmerksamkeit erhalten.¹⁴

Diese Arbeit hat sowohl das Kontrollverhältnis des Gerichtshofs zu den mitgliedstaatlichen Gesetzgebern als auch die bundesverfassungsgerichtliche Normenkontrolle zum Gegenstand. Sie nimmt ihren Ausgang in der Irritation über die Verschiedenheit der Ansätze, mit denen die beiden Gerichte in diesen Konstellationen die Sachverhaltsfrage behandeln. Während der Gerichtshof mit objektiven und subjektiven Beweislasten der Beteiligten operiert und damit ausdrücklich an das Prozessrechtsverhältnis anknüpft, die Sachverhaltsfrage als Frage des eigenen Verfahrens verhandelt, tut das Bundesverfassungsgericht genau das nicht. Es formuliert Tatsachenfragen – insbesondere die offenen – mit Hilfe der Einschätzungsprärogative als Probleme des Gesetzgebungsverfahrens. Dieser Beobachtung wird die Arbeit im Folgenden nachgehen. Der Untersuchung liegt dabei die Annahme zugrunde, dass in der Normenkontrolle mit dem Gesetzgebungs- und dem Gerichtsverfahren ein politisches Entscheidungs- und ein deduktives Begründungsverfahren aufeinandertreffen und dass die Rolle von Tatsachen sich in beiden fundamental unterscheidet. Diese Arbeit versucht die Frage zu beantworten, wie Gerichte – trotz der Schwierigkeit, politische Entscheidungen deduktiv zu begründen – den Begründungserfordernissen ihres eigenen Verfahrens genügen können, wenn sie politische Entscheidungen kontrollieren, und welche Rückwirkungen verschiedene Argumentationsfiguren auf das Gesetzgebungsverfahren haben.

¹⁴ Vgl. *Hans Jarass*, Rechtfertigung von Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit und damit verbundene Nachweispflichten, NVwZ 2018, 1665; *Stephan Rixen*, Versandapotheke und Warenverkehrsfreiheit: Beweisrechtliche Profilierung der Verhältnismäßigkeitsprüfung – Anmerkung zum Urteil des EuGH v. 19.10.2016, Rs. C-148/15, EuR 2017, 744.

Erstes Kapitel

Allgemeines

Zunächst ist die Fragestellung einzugrenzen, bevor im Folgenden einige Vorfragen zum Gegenstand der Untersuchung geklärt werden können.

I. Gegenstand der Untersuchung

Mit dem Sachverhalt der Normenkontrolle hat diese Untersuchung bestimmte Tatsachenfragen zum Gegenstand, die die gerichtliche Überprüfung von Gesetzen auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht aufwirft. Sie untersucht die Argumentationsfiguren, mit denen der Gerichtshof der Europäischen Union, das Bundesverfassungsgericht und die Literatur versuchen, diese Tatsachenfragen und die damit einhergehenden Probleme zu verarbeiten. Das Tatsachenproblem der Normenkontrolle rührt daher, dass sie die Kontrolle eines politischen Entscheidungsverfahrens in einem deduktiven Begründungsverfahren bedeutet. In den jeweiligen Logiken der beiden Verfahren spielen Tatsachen eine sehr unterschiedliche Rolle. Gerichte müssen ihr Ergebnis aus Rechtsnormen und, jedenfalls im Ausgangspunkt, eindeutigen tatsächlichen Grundlagen ableiten; der Gesetzgeber muss das nicht.

Wenn im Folgenden die Rechtsprechung des Gerichtshofs, wie der Europäische Gerichtshof seit dem Lissabonner Vertrag nur noch heißt, zum Thema gemacht wird, liegt der Fokus auf dem vertikalen Kontrollverhältnis zu den mitgliedstaatlichen Gesetzgebern. Dass ich in diesem Verhältnis von einer Normenkontrolle spreche, bedarf der Rechtfertigung, an der ich mich im Folgenden versuchen werde.¹ Eine vollständige Einbeziehung des horizontalen Kontrollverhältnisses gegenüber dem Unionsgesetzgeber hingegen ist zu voraussetzungsreich, als dass sie Teil dieser Arbeit sein könnte. Die Rechtssetzung auf europäischer Ebene fügt sich nicht einfach in meine Gegenüberstellung von Entscheidungs- und Begründungsverfahren. Gerade aus dieser Perspektive weist sie erhebliche Unterschiede zur mitgliedstaatlichen Gesetzgebung auf. Ich werde das horizontale Kontrollverhältnis daher nur punktuell als Gegenfolie zur Recht-

¹ Zum Begriff der Normenkontrolle siehe unten, III.1.

sprechung des Bundesverfassungsgerichts heranziehen. Der Vergleich unionaler und nationaler Rechtssetzung, den ich sonst unternehmen müsste, erforderte ein weiteres Buch.²

II. Gesetzgebung und gerichtliche Kontrolle

Der Ausgangspunkt dieser Arbeit ist damit bereits angesprochen: das Zusammentreffen zweier Verfahren – dem Gesetzgebungs- und dem Gerichtsverfahren – und ihrer Logiken in der Normenkontrolle (1.). Zudem sind die Unterscheidung von Recht und Tatsachen innerhalb der gerichtlichen Verfahrenslogik (2.) und die Schwierigkeiten, vor die gerade die besonderen Tatsachenfragen der Normenkontrolle das Gerichtsverfahren stellen, (3.) vorweg zu behandeln.

1. Zwei Verfahren: politische Entscheidung und ihre Kontrolle

Während das kontrollierende Gericht seine Entscheidung deduktiv begründen muss, darf der Gesetzgeber politisch entscheiden. Das Gesetzgebungsverfahren oder jedenfalls das nach seiner Verfahrenslogik zustande gekommene Ergebnis wird im Rahmen der Normenkontrolle aber Gegenstand einer deduktiv begründeten Gerichtsentscheidung.

a) Gegenüberstellung

Gerichtsentscheidungen beziehen ihre Autorität aus dem Gesetz. Sie müssen daher in einer deduktiven Begründung auf eine Rechtsnorm zurückgeführt werden. Sie sind dafür auch auf – jedenfalls im Ausgangspunkt eindeutige – tatsächliche Grundlagen angewiesen, weil die Rechtsnorm ihren Befehl ihrerseits an bestimmte tatsächliche Voraussetzungen knüpft. Wenn, um das bereits angeführte Diktum *Horst Ehmkes*³ zum Bundesverfassungsgericht zu verallgemeinern, Gerichte im Rahmen der Normenkontrolle nicht das Gesetz, sondern immer nur das Verhältnis des Gesetzes zu dem ihm vorgegebenen Problem am Maßstab des höherrangigen Rechts prüfen, müssen sie wissen, wie dieses Problem aussieht, was das Gesetz zu seiner Lösung beiträgt und welche neuen Probleme die Regelung schafft. Andernfalls können sie das Verhältnis von Gesetz und Problem nicht unter die Verfassung subsumieren.

Gesetzgebung auf der anderen Seite bezieht ihre Autorität daraus, dass sie in einem demokratischen Verfahren zustande gekommen ist. Weil im Willen des

² Für eine kurze vergleichende Skizze siehe unten, II.1.c).

³ *Horst Ehmke*, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL 20 (1963), 53 (95 f.).

Gesetzgebers der Wille des Volkes zum Ausdruck kommt, ist es sein *Wille*, der Befolgung verlangt. Dieser Wille muss (grundsätzlich) nicht begründet, nicht hergeleitet werden.⁴ Er bedarf daher auch keiner zweifelsfreien tatsächlichen Grundlagen. Mehr noch: Wo Gerichte richtige Antworten behaupten müssen, führt das Gesetzgebungsverfahren im Zusammenspiel von Opposition und Mehrheit Kontingenz auf.⁵ Demokratie setzt das Fehlen richtiger Lösungen, den Streit wie die Möglichkeit, später anders zu entscheiden, gerade voraus.⁶ Gesetzgebung ist kein Verfassungsvollzug.⁷ Die Verfassung organisiert zwar den demokratischen Prozess, inhaltliche Vorgaben macht sie ihm aber nur im Sinne äußerer Grenzen. Dieses Verfassungsverständnis ist von *Ernst-Wolfgang Böckenförde* auf die Formel von der Verfassung als Rahmenordnung gebracht worden.⁸ Auch der Gesetzgeber greift auf die Verfassung zu und verwirklicht sie als „Erstinterpret“.⁹ Er zeigt damit aber lediglich Möglichkeiten des Verständnisses auf, Gerichte hingegen ziehen die Grenzen des Möglichen. Oder anders formuliert: Verfassungsverwirklichung des Gesetzgebers hat Gesetzesrang, gerichtliche Interpretation – weil sie über ihre deduktive Begründung deren Autorität in Anspruch nimmt – Verfassungsrang.¹⁰

⁴ *Christian Waldhoff*, „Der Gesetzgeber schuldet nichts als das Gesetz“ – zu alten und neuen Begründungspflichten des Gesetzgebers, in: *Depenheuer/Heintzen/Jestaedt/Axer* (Hg.), FS Isensee, 2007, S. 325 ff.

⁵ *Christoph Möllers*, *The Three Branches*, 2013, S. 85.

⁶ *Klaus Ferdinand Gärditz*, Wissenschaftlicher Dissens als Rechtsproblem, DÖV 2017, 41 (48 ff.); *Oliver Lepsius*, Rechtswissenschaft in der Demokratie, *Der Staat* 52 (2013), 157 (170, 171). Zu den Grenzen des Relativismus und notwendigen Ressourcen der Objektivität, etwa in Form einer wissenschaftlichen Gegenöffentlichkeit, siehe *Christoph Möllers*, *Demokratie – Zumutungen und Versprechen*, 2008, S. 45; *Gärditz*, a. a. O., 49.

⁷ *Klaus Meßerschmidt*, *Gesetzgebungsermessens*, 2000, S. 94 ff.; *Christian Bickenbach*, *Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers*, 2014, S. 129, 410; *Christian Waldhoff*, „Der Gesetzgeber schuldet nichts als das Gesetz“ – zu alten und neuen Begründungspflichten des Gesetzgebers, in: *Depenheuer/Heintzen/Jestaedt/Axer* (Hg.), FS Isensee, 2007, S. 325 (332); *Christoph Gusy*, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, 1985, S. 86 f.

⁸ *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, *Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik*, NJW 1976, 2089 (2091); *ders.*, *Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft*, in: *Achterberg/Krawietz/Wyduckel* (Hg.), FS Scupin, 1983, S. 317 (322 f.); im Anschluss *Rainer Wahl*, *Der Vorrang der Verfassung*, *Der Staat* 20 (1981), 485 (507 f.); *Christoph Gusy*, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, 1985, S. 93 ff.

⁹ *Paul Kirchhof*, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung*, in: *Badura/Scholz* (Hg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung*, 1998, S. 5 (16); an den Begriff anknüpfend auch *Christoph Möllers*, *Gewaltengliederung*, 2005, S. 138 f.

¹⁰ Siehe auch *Rainer Wahl*, *Der Vorrang der Verfassung*, *Der Staat* 20 (1981), 485 (516); zum Verfassungsrang gerichtlicher Grundgesetzkonkretisierung *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, *Grundrechte als Grundsatznormen*, *Der Staat* 29 (1990), 1 (22).

Die fehlende Pflicht zur Begründung seiner Entscheidung bedeutet weder, dass der Gesetzgeber nicht auf Informationen angewiesen ist, noch dass die tatsächlichen Grundlagen der politischen Entscheidung im Gesetzgebungsverfahren keine Rolle spielen. Selbstverständlich trifft der Gesetzgeber bessere Entscheidungen, wenn er empirische Erkenntnisse berücksichtigt und die tatsächlichen Grundlagen und Auswirkungen seiner Entscheidung möglichst genau kennt. Information ist Voraussetzung jeder sachgerechten Aufgabenwahrnehmung.¹¹ Eine Gesetzgebung, die die Wirklichkeit gestalten will, ist auf Informationen über diese angewiesen.¹² Diese Informationen lassen sich aber nicht vom politischen Argument trennen. Das Argument ist einerseits das Vehikel, das Informationen in den politischen Prozess trägt.¹³ Andererseits können auch wissenschaftliche Erkenntnisse nur als Argumente überzeugen. Die tatsächlichen Entscheidungsgrundlagen, das Bestehen von Problemen und ihre Lösung, sind in der Regel politisch umstritten.¹⁴ Dieser Streit wird in der Demokratie nicht autoritativ kraft höheren Wissens entschieden,¹⁵ auch wenn wir hoffen mögen, dass empirisch fundierte Argumente die besseren Argumente sind¹⁶.

Damit bleiben die tatsächlichen Grundlagen gesetzgeberischer Entscheidungen immer diffus. Das beschreibt nicht einfach ein *Erkenntnis*problem des späteren Gerichtsverfahrens. Das Problem ist nicht, dass die Tatsachengrundlagen nicht offengelegt würden: Es fehlt eine einheitliche Tatsachengrundlage. Es gibt keine „Tatsachenfeststellungen des Gesetzgebers“.¹⁷ Einheitliche tatsächliche Entscheidungsgrundlagen kann das Gericht nachträglich durchaus plausibel unterstellen,¹⁸ aber im Gesetzgebungsverfahren gibt es sie noch nicht. Dass sie fehlen, ist nicht einfach Folge davon, dass der Gesetzgeber kein einheitlicher Akteur

¹¹ *Andreas Voßkuhle*, Sachverständige Beratung des Staates, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), HStR III, 3. Aufl. 2005, § 43 Rn. 1.

¹² *Armin Steinbach*, Gesetzgebung und Empirie, *Der Staat* 54 (2015), 267 (269 f.).

¹³ Einen Überblick über politikwissenschaftliche Modellbildungen, wie wissenschaftliche Erkenntnisse auf die Politik einwirken, gibt *Mark Monaghan*, Adversarial Policies and Evidence Utilization: Modeling the Changing Evidence and Policy Connection, *German Policy Studies* 6 (2010), 17.

¹⁴ Und es steht zu vermuten, dass gerade die umstrittenen Probleme und Lösungen öfter vor das Bundesverfassungsgericht gebracht werden. Ähnlich: *Klaus Meßerschmidt*, *Gesetzgebungsermessens*, 2000, S. 944.

¹⁵ *Klaus Ferdinand Gärditz*, Wissenschaftlicher Dissens als Rechtsproblem, *DÖV* 2017, 41 (50).

¹⁶ *Christoph Möllers*, *Demokratie – Zumutungen und Versprechen*, 2008, S. 46, weist darauf hin, wie selten Fälle sind, in denen etwas politisch, aber nicht auch wissenschaftlich umstritten ist.

¹⁷ *Klaus Meßerschmidt*, *Gesetzgebungsermessens*, 2000, S. 932 f.

¹⁸ Zur Frage der Eignung eines Gesetzes zur Zweckerreichung siehe *Marius Raabe*, *Grundrechte und Erkenntnis*, 1998, S. 50 ff.

ist – eine daran anknüpfende Gegenüberstellung mit den Kollegialgerichten in Luxemburg und Karlsruhe müsste sonst hier abbrechen –, sondern folgt aus dem politischen Entscheidungsmodus.¹⁹ Der Gesetzgeber muss anders als Gerichte keine Einigkeit über die tatsächlichen Grundlagen seiner Entscheidung herstellen.²⁰ Einigkeit stellt er allein über das Ergebnis her. Mehrheitsbildung wird hier durch Abstraktion²¹ und Kompromisse²² ermöglicht. Die unterschiedlichen Vorstellungen der Mitwirkenden über die tatsächlichen Grundlagen können als solche bestehen bleiben. Die Entscheidung ist stets vorläufig und auch von einer irgendwie gearteten Richtigkeit des Ergebnisses muss niemand überzeugt sein.²³

Diffus sind die Tatsachengrundlagen der Gesetzgebung aber auch in einem anderen Sinn. Sie müssen nicht notwendig aus dem eigentlichen Gesetzgebungsverfahren folgen. Die Gesetzgebungsorgane sind ständig mit der Gewinnung von Informationen und Bildung von Präferenzen beschäftigt. Insbesondere die dauerhaft eingerichtete Exekutive ist mit der Gewinnung von Wissen beschäftigt,²⁴ das sie in den Dienst der Gesetzgebung stellen kann. Das freie Zugriffsrecht des

¹⁹ *Christian Waldhoff*, „Der Gesetzgeber schuldet nichts als das Gesetz“ – zu alten und neuen Begründungspflichten des Gesetzgebers, in: *Depenheuer/Heintzen/Jestaedt/Axer* (Hg.), *FS Isensee*, 2007, S. 325 (330 ff.).

²⁰ Damit, dass auch in Kollegialgerichten die Einigkeit über Ergebnisse bisweilen keine Einigkeit über tatsächliche Grundlagen bedeutet, erklärt *Brun-Otto Bryde* seine Beobachtung, dass in Sondervoten ausführlicher mit Tatsachen argumentiert werde als in den Senatsmeinungen, siehe: *Tatsachenfeststellungen und soziale Wirklichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in: *Badura/Dreier* (Hg.), *FS BVerfG 50*, 2001, Bd. 1, S. 533 (539). Für ein aktuelles Beispiel, das die Beobachtung zu bestätigen scheint, vgl. im Urteil zum Tarifeinheitsgesetzes die abweichende Meinung des Richters Paulus und der Richterin Baer, *BVerfGE 146*, 71 (150 ff.) <2017>, mit der Senatsmeinung.

²¹ Zur Rolle der Abstraktion siehe *Oliver Lepsius*, *Die erkenntnistheoretische Notwendigkeit des Parlamentarismus*, in: *Bertschi/Gächter/Hurst/Klaus/Reller/Schmithüsen/Steimen/Widmer/von Wyss* (Hg.), *Demokratie und Freiheit*, 1999, S. 123 (151 ff.); *Christoph Möllers*, *Kognitive Gewaltengliederung*, in: *Röhl* (Hg.), *Wissen – Zur kognitiven Dimension des Rechts*, *Die Verwaltung* Beiheft 9 (2010), 113 (118).

²² Zur Notwendigkeit des Kompromisses für jede Mehrheitsbildung siehe *Oliver Lepsius*, *Rechtswissenschaft in der Demokratie*, *Der Staat* 52 (2013), 157 (170 ff.).

²³ *Abermals Oliver Lepsius*, *Rechtswissenschaft in der Demokratie*, *Der Staat* 52 (2013), 157 (170, 171, 175 ff.).

²⁴ Zu dieser Funktion der Exekutive *Christoph Möllers*, *Dogmatik der grundgesetzlichen Gewaltengliederung*, *AöR* 132 (2007), 493 (516); zum Zugriff des Parlaments auf exekutive Erfahrung über Art. 43, Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG ebd., 519; zur notwendigen Rolle der Regierung in der parlamentarischen Gesetzgebung ebd., 518. Zu den praktischen Problemen des Rückgriffs der Regierung auf Informationen des Verwaltungsunterbaus *Peter Blum*, *Wege zu besserer Gesetzgebung – sachverständige Beratung, Begründung, Folgeabschätzung und Wirkungskontrolle*, *Gutachten I*, 65. DJT 2004, Bd. I/Teil I, S. 75 f.

Gesetzgebers²⁵ ist bereits auf Informationen angewiesen. Anders als fremdinitiative Gerichte kann – oder muss – der Gesetzgeber nicht erst ad hoc innerhalb des Verfahrens mit der Informationssammlung beginnen. Die politischen Akteure bringen zudem, anders als Gerichte, gerade ihre Agenda mit ins Amt. Sie legen sich in vielerlei Weise außerhalb des Gesetzgebungsverfahrens auf Lösungen fest.²⁶ Insbesondere bei Wahlprogrammen und Koalitionsverträgen zeigt sich, dass verfassungsrechtliche Anforderungen an die tatsächlichen Entscheidungsgrundlagen des Gesetzgebers seine demokratische Rückbindung unmittelbar betreffen und zu dieser in Konkurrenz treten können. Wer von Politik Evidenz fordert, stellt diese Anforderungen entweder bereits an Wahlprogramme oder stellt diese unter Vorbehalt.²⁷

b) Einwand: Rechtssetzung und Rechtsanwendung sind keine Gegensätze

Ein Einwand gegen die gemachte Gegenüberstellung drängt sich auf: Die vermeintlichen Gegensätze Rechtssetzung und Rechtsanwendung sind demnach keine solchen. Das ist, wie *Christoph Möllers* beobachtet, einer der wenigen Punkte, über den sich Rechtspositivisten und Rechtsrealisten einig sind.²⁸ Man mag den Einwand in zwei Aspekte unterteilen, die freilich nur die beiden Seiten derselben Medaille sind. Der erste betrifft die Entscheidungsfindung: Das Ergebnis der Rechtsanwendung ist nicht vollkommen durch das Gesetz determiniert. Es lässt sich damit auch nicht als reine Deduktion beschreiben. Rechtsanwendung ist ein (auch) schöpferischer Akt, in den außerrechtlichen Wertungen und Vorverständnisse einfließen.²⁹ Das gilt nicht nur für die hier interessierenden

²⁵ Siehe dazu *Christoph Gusy*, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, 1985, S. 97 ff.

²⁶ Zu Auswirkungen von Vorfestlegungen innerhalb der Erarbeitung des Gesetzesentwurfs auf spätere Anhörungen sowohl durch die Exekutive als auch durch das Parlament siehe *Peter Blum*, *Wege zu besserer Gesetzgebung – sachverständige Beratung, Begründung, Folgeabschätzung und Wirkungskontrolle*, Gutachten, 65. DJT 2004, Bd. I/Teil I, S. 80 ff., 107 ff.

²⁷ Siehe *Christoph Möllers*, *Legalität, Legitimität, und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts*, in: *Jestaedt/Lepsius/ders./Schönberger*, *Das entgrenzte Gericht*, 2011, S. 281 (398 f.). Vgl. auch *Udo Di Fabio*, *Wege zu besserer Gesetzgebung – sachverständige Beratung, Begründung, Folgeabschätzung und Wirkungskontrolle*, Referat, 64. DJT 2004, Bd. II/1, Teil S, S. 47 (58): Die beste Evaluierung sei das Echo der vom Gesetz betroffenen Bürger. Über die Tatsachenproblematik hinaus: *Klaus Schlaich/Stefan Koriath*, *Das Bundesverfassungsgericht*, 11. Aufl. 2018, Rn. 545 f.

²⁸ *Christoph Möllers*, *The Three Branches*, 2013, S. 83. Für den Rechtspositivismus siehe *Hans Kelsen*, *Allgemeine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960, S. 240 ff.

²⁹ *Christian Waldhoff*, „Der Gesetzgeber schuldet nichts als das Gesetz“ – zu alten und neuen Begründungspflichten des Gesetzgebers, in: *Depenheuer/Heintzen/Jestaedt/Axer* (Hg.), *FS Isensee*, 2007, S. 325 (337); *Marion Albers*, *Höchststrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen*, *VVDStRL* 71 (2012), 257 (261 f.).

Sachregister

- Adjudicative facts 21, 23, 25, 36, 40, 97, 121
- Afton Chemical (Rechtssache) 178
- Altenpflegeurteil 179, 203, 221
- Abwägung zweiter Ordnung 116, 133 f., 137, 138
- Abwägungsgesetz
- erstes A. 114
 - zweites A. 113, 115 f., 118, 119, 120, 121 f., 125, 127, 130, 133 ff., 136
- Amtsermittlungsgrundsatz 20, 38, 40, 107, 215
- Angemessenheit 123, 125, 182, 222 f.
- Anleitungsfunktion 94 ff.
- Anwendungsvorrang 33, 36, 85 f., 102
- Apothekenurteil 127 ff., 222 f.
- Asylbewerberleistungsgesetz 153, 164 f., 166, 167, 169
- Atomausstiegsurteil 149 f.
- Aufgabenteilung im Vorabentscheidungsverfahren 32 f., 83, 96 ff., 105, 106, 107 ff.
- Beibringungsgrundsatz 18, 20, 38, 56, 85, 89, 214
- Begründbarkeit 164 ff., 166, 167, 168 ff., 231
- Begründbarkeitskontrolle, siehe Begründbarkeit
- Begründung gerichtlicher Entscheidungen 4, 6, 10, 11 f., 46 f., 49, 112, 225, 226, 230 f., 231 f.
- Begründungsobliegenheit des Gesetzgebers 161
- Begründungspflicht (Art. 296 Abs. 2 AEUV) 14 f.
- Begründungspflicht des Gesetzgebers 8, 146, 150, 161, 162, 166 ff., 168 ff., 174, 206
- Begründungsverfahren 4, 5, 34, 209 f.
- Beobachtungspflicht des Gesetzgebers 152, 208, 216 ff., 228
- Besoldung 149 f., 166 ff., 168 f., 170 f.
- Bessere Rechtssetzung 15 f., 176 ff.
- Beteiligung der Parteien, siehe Beteiligungslogik
- Beteiligungslogik 50, 52, 83 ff., 107 ff.
- Beurteilungszeitpunkt 215 ff., 227 f.
- Beweisaufnahme 37, 39, 40 f., 43, 44, 49, 56, 202, 221
- Beweislast 3 f., 19, 49, 50 f., 51 ff., 53 ff., 71 f., 74, 75, 84, 85, 89, 91, 92 f., 97, 122, 138 f., 221, 226 f.
- Beweislastentscheidung 50, 60 ff., 70, 89, 160, 192, 212, 215
- Beweismittel 17, 19, 28 f., 36 f., 40 f., 43, 49
- Beweisrecht 23 f., 28 f., 36 ff., 49 f., 54, 92 f., 135
- Beurteilungsspielraum 184 f., 185
- Bressol (Rechtssache) 71 ff., 82 f., 90 f., 105, 109
- Cannabisbeschluss 118 f., 130 f., 201 f., 202 f., 208, 217, 218
- Darlegungslast 51, 53 ff., 191
- Denkavit (Rechtssache) 63, 70 f.
- Deutsche Parkinson (Rechtssache) 3 f., 92 f., 102, 108 f.
- Dreistufenlehre 115 f., 187 f.
- Dreistufentheorie, siehe Apothekenurteil
- Einschätzungsspielraum 184, 185, 193
- Einschätzungsprärogative 3, 4, 47, 115, 128 f., 145 f., 150 ff., 158, 161, 181 ff., 225 ff., 231 f.
- als Kontrollansatz 181 ff.

- Einstufungsabwägung 119, 130, 135 f., 137
 Entscheidungsgrundlagen 5, 6 ff., 30 f., 50,
 51, 61, 83, 84, 89 f., 105 f., 111, 125 ff.,
 145 f., 149, 157, 162, 190, 192, 197 f.,
 199, 201, 203, 209, 215, 215 f., 221, 223,
 226, 228 f., 229 f., 230, 231, 232
 Entscheidungsreichweite 83 f., 86 f., 214,
 215, 222 f.
 Ermittlungspflicht des Gesetzgebers 111,
 149 ff., 154 f., 159, 161 ff., 164, 189
 Finanzausgleich 150

 Funktionelle Normenkontrolle 31 ff., 39, 49,
 52, 85, 101 ff.

 Gefahr 79, 109 ff., 182, 184 f., 200
 Generelle Tatsachen 2, 21 f., 24 ff., 28, 29 f.
 Gerichtliche Kapazitäten 27 f., 89 ff., 105 ff.,
 218
 Gesetzeskraft 84, 214
 Gesetzesvollzug, siehe Rechtsanwendung
 Gesetzgebungsermessen 184
 Gesetzgebungsverfahren 6 ff., 13, 16, 34,
 46, 47, 111, 112, 132, 134, 143 ff., 147,
 148, 151, 155, 160, 176 f., 189 ff., 197 ff.,
 199, 200 f., 201, 203, 209 ff., 213
 – äußeres G. 144
 – inneres G. 144, 162, 198
 Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers
 155, 183 f.
 Gewaltengliederung 84, 174
 Gewichtsformel 114, 115 f., 117, 118, 119,
 121, 122, 130, 133, 134, 136 f., 140
 Grundfreiheiten 53 f., 62 f., 69 ff., 71 f., 89,
 228
 Grundrechtskonkretisierung, siehe
 Konkretisierung

 Handlungsmaßstab 135, 141, 185, 189, 193,
 199, 202, 211, 230, 231
 Handlungsspielraum des Gesetzgebers 112,
 139, 183 f.
 Hartz IV-Urteil (2010) 153 ff., 164 f., 166,
 168 ff., 171 ff., 175 f., 191, 230
 Höchstgericht 86, 87, 93 ff., 100, 103, 104,
 105 ff.

 Impact assessment, siehe Rechtsfolgen-
 abschätzung

 Kampfhundeurteil 129 f., 199 ff., 202 f., 208,
 210, 213
 Kompensationsmodell der Einschätzungs-
 prärogative 189, 190 ff., 195 ff., 210 f.,
 230
 Kompetenz 14 ff., 47, 96, 98, 112, 115, 116,
 117, 132 ff., 138 f., 140 f., 144, 147,
 176 ff., 181, 182, 212 f., 214, 221 f., 225,
 226 f., 230
 Konkretisierung 32, 98, 154 f., 164, 173,
 174, 194, 210, 211
 Kontrolldichte, siehe Kontrollintensität
 Kontrollintensität 115, 181, 184, 185, 186,
 187 f., 189, 193 f., 195, 198, 202, 227, 228
 Kontrollkompetenz, siehe Kontrollverhältnis
 Kontrollmaßstab 178, 188, 193 f., 195, 198,
 199, 202, 211, 212
 Kontrollverhältnis 4, 5, 16, 32, 47, 51, 88,
 113, 117 f., 133, 134, 140 f., 147, 176,
 181, 184, 225, 230
 Kooperationsverhältnis 82, 101

 Legal facts 26
 Legislative facts 21 ff., 27 ff., 31, 35, 97,
 106, 121, 192, 206
 Legitimationsmodus 28, 30, 83, 106, 111 f.,
 214
 Luftsicherheitsgesetz 118, 120 ff.

 Materiell-rechtliche Lösung 47, 111 ff.,
 228 f., 231
 – als Kontrollansatz 111 f.
 Mitbestimmungsurteil 115, 131, 150 f., 184,
 185 ff., 189 f., 195, 197, 203, 204

 Nachbesserungspflichten des Gesetzgebers,
 siehe Beobachtungspflichten des Gesetz-
 gebers
 Normsetzung, siehe Rechtssetzung
 Normenkontrollfunktion, siehe funktionelle
 Normenkontrolle
 Normenkontrollkompetenz 86, 88, 104
 Normtatsachen 25
 Normverwerfungskompetenz, siehe
 Normenkontrollkompetenz

- Obliegenheiten des Gesetzgebers 146,
160 f., 191 f., 193 f., 198, 211
- Olivenölfall 65 f., 67, 68
- Planungsentscheidungen des Gesetzgebers
149, 153, 174
- Prinzipientheorie 112 ff., 131 f., 133, 138,
228 f.
- Prognose 124, 125, 126, 128, 131, 167, 182,
184, 187 f., 194, 195, 200, 201, 204 ff.,
213, 222
- Prognosespielraum 131, 184, 187, 200, 213
- Prozessmaxime 38, 40
- Prozessuale Lösung 47, 49 ff., 111, 160,
212 f., 214, 218, 226 ff., 230 f.
– als Kontrollansatz 49 ff.
- Rauchverbotsurteil 129 f.
- R-Besoldung, siehe Besoldung
- Recht und Tatsachen 17 ff., 25 ff.
- Rechtsanwendung 10 ff., 18, 171 ff., 210
- Rechtsfolgenabschätzungen 15 f., 93, 176 f.,
182
- Rechtsfortbildungstatsachen 25
- Rechtssetzung 10 ff., 24
– europäische R. 5, 12 ff., 176 ff.
– exekutive R. 172 ff.
- Regelbedarfsbeschluss (2014) 153, 164 ff.,
167, 169
- Sachaufklärungspflicht des Gesetzgebers,
siehe Ermittlungspflicht des Gesetzgebers
- Sachkundige Dritte 42 ff.
- Sachverständige 26, 28 f., 37, 39, 40, 42, 43,
44 f., 45 f., 56, 92, 106, 188 f., 196
- Sachverständigenbeweis, siehe Sachver-
ständige
- San Rocco (Rechtssache) 65, 66 f., 68
- Schwangerschaftsabbruch I 196
- Schwangerschaftsabbruch II 188, 195 ff.,
198 f., 203, 217
- Scotch Whisky Association (Rechtssache)
71, 93
- Tatsachenbasis, siehe Entscheidungsgrund-
lagen
- Tatsachengrundlagen, siehe Entscheidungs-
grundlagen
- Tatsächliche Grundlagen, siehe Entschei-
dungsgrundlagen
- Ungewissheit, siehe Unsicherheit
- Unsicherheit 30, 46, 47, 50, 52, 61, 64, 89,
111 ff., 166 f., 186 f., 196, 201, 203, 204,
207, 208, 212 f., 215, 226 f., 228 f., 231,
232
- Verfahrenskontrolle 47, 111, 143 ff., 189 f.,
191, 198, 206, 226, 229 f., 231
– als Kontrollansatz 143 ff.
- Verfahrenslogik 5, 6, 11 f., 46, 49, 51, 111 f.,
209 ff., 225, 230 ff.
- Verfahrensrationalität, siehe Verfahrenslogik
- Verfahrensreichweite 30, 84, 213 ff.
- Verhältnismäßigkeit 1, 14, 71, 78 f., 85, 89,
92 f., 112 ff., 182, 201 f., 212, 228, 229
- Vertragsverletzungsverfahren 31, 33 f., 39,
53 f., 56 ff., 69, 73 ff., 78, 81, 86, 89, 90 ff.,
94, 105, 107
- Vertretbarkeitskontrolle 115, 151, 186, 187,
188 f., 189 f., 190, 195 f., 197, 198, 200
- Vodafone (Rechtssache) 177
- Vorabentscheidungsverfahren 31 ff., 35, 40,
54, 62 f., 69 f., 71, 86 f., 90 ff., 94, 95 f.,
96 ff., 108 f., 228
- Wahrscheinlichkeit 123 ff., 187, 207, 221
- W-Besoldung, siehe Besoldung
- Wertungsspielraum 184

