

Phantasie in der Gesetzgebung

von *Matthias Rossi*

*Phantasie ist wichtiger als Wissen.
Wissen ist begrenzt, Phantasie aber umfasst die ganze Welt.*

Albert Einstein

I. Einleitung

So sehr die tägliche Gesetzgebung mitunter durch Phantasie geprägt ist, so wenig spielt Phantasie in der rechtswissenschaftlichen Betrachtung der Gesetzgebung eine Rolle. Hier erscheint vielmehr die Rationalität des Rechts als ein unumstößlicher Topos,¹ der nach einer wie auch immer ausgeprägten Rationalisierung der Gesetzgebung² verlangt und zugleich zu ihrem Maßstab wird.³ So wird Gesetzgebung als ein Prozess verstanden, der über die rechtsstaatlichen Grundlagen und Grenzen hinaus rationalen Erfordernissen genügen muss. Die (zum Teil durchaus phantasievollen) Versuche, solche Rationalitätserfordernisse zu finden, zu begründen und zu systematisieren, sind zahlreich. Formelle und materielle, verfahrensbezogene und ergebnisorientierte, auf die Mittel oder auf den Zweck ausgerichtete, soziale, ökonomische, nachhaltige und sonstige Kriterien werden bemüht, um das Produkt der Gesetzgebung, das Gesetz, zu optimieren. Rationalität wird so zwar nicht zum alleinigen, gleichwohl aber zum wichtigsten Maßstab der Gesetzgebung.⁴ Für die Phantasie scheint in diesem Raum der Rationalität nicht viel Platz, wird sie doch als Meisterin des Irrtums, gar als Feindin der Vernunft empfunden.⁵

Dass Gesetzgebung in erster Linie auch ein kreativer Prozess ist, wird im besten Falle stillschweigend vorausgesetzt, im schlimmsten Falle ignoriert und nur selten explizit thematisiert.⁶ Die Zeiten, in denen Gesetzgebung noch als Kunst verstanden wurde und zu ihrem Ge-

¹ Vgl. die ebenso kurze wie treffende Darstellung bei *B. Faßbender*, in: Kirchhof/Isensee (Hrsg.), HStR, 3. Aufl. 2006, § 76 Rn. 1 ff.

² Siehe die Beiträge in Schäffer/Triffterer (Hrsg.), Rationalisierung der Gesetzgebung, 1983; jüngst etwa *Lienbacher* u. *Grzeszick*, Rationalitätsanforderungen an die parlamentarische Rechtsetzung im demokratischen Rechtsstaat, VVDStRL 71 (2012), S. 7 ff., 49 ff.

³ Vgl. *Schulze-Fielitz*, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988, S. 455 ff.

⁴ Vgl. *Schulze-Fielitz*, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988, S. 454.

⁵ *B. Pascal*, Gedanken über die Religion, Erster Theil, Sechster Abschnitt, dritte Anmerkung (im Original: *maitresse d'erreur, ennemie de la raison*).

⁶ Erneut: *Schulze-Fielitz*, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988, S. 486 f.

brauch Klugheit empfohlen wurde,⁷ scheinen vorbei. Dabei mag es dahin stehen, ob tatsächlich weniger Klugheit als vielmehr Schläue verlangt ist, um unter den Bedingungen eines konstitutionalisierten, demokratischen und vor allem auch öffentlichen Entscheidungsprozesses und trotz aller politisch-prozessualen Unwägbarkeiten ein Gesetzgebungsergebnis zu erzielen. Nicht nur die Verrechtlichung und die mit ihr einhergehende Rationalisierung, sondern vor allem auch die Kurzatmigkeit der Politik und der sie beobachtenden Medien tragen dazu bei, dass der Gesetzgeber immer weniger phantasievoll gestaltend agiert und immer häufiger blind umsetzend reagiert. Bestätigt wird dieser Eindruck durch den empirischen Befund, dass der gesetzgeberische Alltag von Einzel-, Änderungs- und Umsetzungsgesetzen geprägt ist,⁸ während Kodifikationen trotz eines allgemein empfundenen Bedarfs etwa im Steuerrecht, im Umweltrecht⁹ oder auch im Informationsrecht¹⁰ nicht mehr realisiert werden können.¹¹ Doch dieser Befund erklärt nicht, weshalb der Phantasie in der rechtswissenschaftlichen Betrachtung der Gesetzgebung, namentlich in der Gesetzgebungslehre,¹² keine Beachtung geschenkt wird. Noch nicht einmal auf den Um- und Holzwegen, die zur Verbesserung der Gesetzgebung eingeschlagen wurden,¹³ spielt die Kreativität eine besondere Rolle, obwohl mit dem nur komparativ formulierten Ziel einer „besseren“ Gesetzgebung doch nicht nur eine Verbesserungsmöglichkeit suggeriert, sondern vor allem ein Verbesserungsbedarf analysiert wird.¹⁴ Die derzeit zu beobachtende Überführung der als antiquiert empfundenen Gesetzgebungslehre in eine zeitgemäße Rechtsetzungslehre,¹⁵ besser noch in eine „Rege-

⁷ Instruktiv zur Gesetzgebungslehre um 1900 *Emmenberger*, Gesetzgebungskunst, 2005. ebenso die Zusammenstellung von Schriften aus dem 17. und 18. Jahrhundert von *Mohnhaupt*, Prudentia Legislatoria, 2003.

⁸ Zur Erfassung und Systematisierung von Änderungsgesetzen vgl. *Brandner*, Gesetzesänderung, 2004.

⁹ Vgl. neben den konkreten UGB-Entwürfen *Kloepfer*, Zur Kodifikation des besonderen Teils eines Umweltgesetzbuches, DVBl. 1994, 305; *ders.*, Zur Kodifikation des Umweltrechts in einem Umweltgesetzbuch, in: Mertens/Schreckensberger (Hrsg.), Kodifikation gestern und heute, 1995, S. 195 ff.; *ders.*, Das Umweltgesetzbuch auf dem Weg, DV 2008, 195 ff.; hoffnungsvoll auch noch *Kloepfer* (Hrsg.), Das kommende Umweltgesetzbuch, 2009; die europarechtlichen Realitäten einbeziehend *Meßerschmidt*, Das europäisierte Umweltgesetzbuch, in: Brandner u.a. (Hrsg.), Umweltgesetzbuch und Gesetzgebung im Kontext, 2008, S. 49 ff.

¹⁰ Zu den einzelnen Büchern eines IGB vgl. *Schoch/Kloepfer/Garstka*, IFG-ProfE, 2004; *Schoch/Kloepfer*, ArchG-ProfE 2007; erläuternd *Schoch*, Der deutsche Professorenentwurf für ein Informationsgesetzbuch unter besonderer Beachtung des Ausgleichs zwischen Informationsfreiheit und Datenschutz, in: I. Lipowicz/J.-P. Schneider (Hrsg.), Perspektiven des deutschen, polnischen und europäischen Informationsrechts, 2011, S. 11 ff.

¹¹ Näher *Appel*, Zur Aktualität der Kodifikationsidee, in: Koch/Rossi (Hrsg.), Kodifikation in Europa, 2012, S. 1 ff.

¹² Zum – hier nur unscharf verwendeten – Begriff der Gesetzgebungslehre, seiner Genese und seinen Erscheinungsformen *Meßerschmidt*, ZJS 2008, S. 111 ff.

¹³ *Schulze-Fielitz*, Wege, Umwege und Holzwege zu besserer Gesetzgebung, JZ 2004, S. 862 ff.

¹⁴ Dies gilt auch für den sog. *Mandelkern*-Bericht: Moderner Staat – Moderne Verwaltung, Auf dem Weg zu besseren Gesetzen, KOM (2001) 428.

¹⁵ So die überwiegende Bezeichnung in der Schweiz: *Eichenberger* (Hrsg.), Grundfragen der Rechtssetzung, 1978; *Hotz*, Methodische Rechtssetzung, 1983; *Rhinow*, Rechtssetzung und Methodik, 1979; *Richli*, Interdisziplinäre Daumenregeln für eine faire Rechtssetzung. Ein Beitrag zur Rechtsetzungslehre im liberalen sozial und öko-

lungswissenschaft“, öffnet sich unter dem nach wie vor unscharfen Begriff „Governance“ zwar ein wenig von den rechtlichen, namentlich von den verfassungsrechtlichen Rationalitätsanforderungen, beschränkt sich aber (noch) auf eine bloße Beschreibung der staatlichen und außerstaatlichen Recht- und Regelsetzung,¹⁶ ohne allgemeine Bedingungen zu postulieren oder etwa die Bedeutung von Phantasie zu thematisieren.

Dabei trifft sich im Gesetz die Phantasie der Politik mit der Rationalität des Rechts.

Beide Aspekte können und sollen auch hier nicht in einen womöglich noch unauflöselichen Gegensatz gestellt werden. Vielmehr stehen politischer Gestaltungsspielraum und rechtlicher Ordnungsrahmen seit jeher in einem Wechselverhältnis zueinander. Zwar werden die Grenzen, die das Verfassungsrecht der Gesetzgebung setzt, namentlich von Juristen zuweilen stark akzentuiert. Mitunter werden dabei gar die Verfassung konkretisierende Entscheidungen des Verfassungsgerichts antizipiert, bevor dieses auch nur angerufen ist. Übersehen wird dabei, dass der Verfassung nicht nur eine limitierende, sondern auch eine ermöglichende Funktion zukommt.¹⁷ Darüber hinaus ist sie selbst nicht starr, sondern im Gegenteil schon aus Gründen des Selbsterhalts in formeller Weise veränderbar und unterhalb dieser Schwelle auch wandelbar.¹⁸ Und schließlich ist ein gesellschaftliches Leben und eine rechtliche Ordnung auch außerhalb des geltenden Verfassungsrechts denkbar, wie der Verweis auf Art. 146 GG in Zusammenhang mit einer (sicherlich nicht klugen) noch weiteren Kompetenzübertragung auf die Europäische Union zeigt.¹⁹ Die Missachtung von Urteilen des Bundesverfassungsgerichts durch die Gesetzgebungsorgane²⁰ ist deshalb ebenso zu kritisieren wie der vorauseilende Gehorsam auf noch gar nicht gefällte Urteile.

Angesichts dieses Wechselverhältnisses zwischen politischer Gestaltung und rechtlichem Rahmen muss das Bewusstsein dafür geschärft werden, dass Gesetzgebung Phantasie erfordert und dass diese essentielle Bedingung der Zukunftsgestaltung durch Recht auch von der sie beschreibenden Rechts- und Regelungswissenschaft zu berücksichtigen ist. Denn selbst,

logisch orientierten Rechtsstaat, 2000; die europarechtlichen Rechtsakte einbeziehend etwa *Härtel*, Handbuch Europäische Rechtsetzung, 2006.

¹⁶ *Schuppert*, Governance und Rechtsetzung, 2011.

¹⁷ Zur Ermöglichungsfunktion des Rechts siehe *Vec*, Recht und Normierung in der Industriellen Revolution, 2006, S. 165 ff.; zuvor schon *Schmidt-Preuß*, Technikermöglichkeit durch Recht, in: Kloepfer (Hrsg.), Kommunikation – Technik – Recht, 2002, S. 175 ff.; *Schuppert*, Staatswissenschaft, 2003, S. 443; *Kloepfer*, Technik und Recht im wechselseitigen Werden, 2002, S. 86 ff.

¹⁸ Vgl. zur Möglichkeit des Verfassungswandels *Rossi*, Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht, 2004, S. 288 ff.; kritisch zur Figur des Verfassungswandels etwa *Vofßkuhle*, Der Staat 43, 450 ff.

¹⁹ Siehe *Vofßkuhle*, Interview in der F.A.S. v. 25.09.2011, S. 12.

²⁰ Etwa in Bezug auf den verfassungsgerichtlichen Auftrag, innerhalb einer großzügig bemessenen Frist ein neues Wahlrecht zu erlassen – vgl. BVerfGE 121, 266.

wenn man nicht aus einer sozialwissenschaftlichen, sondern aus der engen Perspektive des Verfassungsrechts auf die Gesetzgebung schaut, sind zahlreiche Schnittstellen erkennbar, an denen Phantasie in der Gesetzgebung gefordert ist (II.). Setzt das Recht also den Einsatz von Phantasie voraus, verwundet es nicht, dass es ihre Verwendung durch zahlreiche Vorschriften auch ermöglicht (III.).

II. Notwendigkeit von Phantasie in der Gesetzgebung

Der – wie jeder stimmige letztlich triviale – Befund, dass Phantasie in der Gesetzgebung von Nöten ist, soll aus der Perspektive des den Gesetzgebungsprozess steuernden wie den Gesetzesinhalt beeinflussenden Verfassungsrechts an einigen Beispielen belegt werden.

1. Voraussetzung für zweckgerichtetes Handeln

Zunächst ist Phantasie ganz allgemein unabdingbare Voraussetzung für zweckgerichtetes Handeln. Ohne Vorstellungskraft lässt sich schon ein konkretes Ziel weder denken noch formulieren. Vor allem aber können keine Mittel entwickelt werden, um ein solches Ziel zu erreichen.

Begreift man Gesetze, wie es die steuerungswissenschaftliche Debatte besonders klar zum Vorschein gebracht hat, als ein Instrument, das letztlich auf ein bestimmtes Verhalten von Normunterworfenen gerichtet ist, dann bedarf es eben nicht nur zur Formulierung eines Zieles, sondern auch zur Etablierung der einzusetzenden Mittel einer Vorstellungskraft. Dem steht nicht entgegen, dass die Frage, ob ein bestimmtes Verhalten eher durch Ge- und Verbote oder durch wirtschaftliche, namentliche finanzielle Anreize, möglicherweise aber auch durch immaterielle Vorteile erreicht werden kann,²¹ maßgeblich auch auf empirischen Grundlagen beruhen sollte. Denn neben der stets vergangenheitsbezogenen Empirie muss auch die zukunftsbezogene Phantasie einbezogen werden, um die Wirkungen neuer oder doch neu eingesetzter Instrumente beschreiben zu können, die empirisch zwangsläufig noch nicht gefasst werden können.²²

Im Übrigen zeigt sich schon hier, dass Erfahrungen eine wesentliche Grundlage für Phantasie sein können.

²¹ Die Darstellung zu den Instrumenten des Umweltrechts bei *Kloepfer*, Umweltrecht, 3. Aufl. 2004, kann insofern auch als allgemeine Beschreibung des Werkzeugkastens des Gesetzgebers verstanden werden.

²² In der sog. „Nachhaltigkeitsstrategie“ erkannte die Bundesregierung 2002 auf S. 8 in ausgesprochen naiven, gleichwohl sicherlich zutreffenden Worten, dass „nachhaltige Entwicklung sehr viel mit der Vision davon zu tun hat, wie wir leben wollen, mit Phantasie und Kreativität.“

2. Zukunftsbezogene Allgemeinheit von Gesetzen

Die Notwendigkeit zur Phantasie in der Gesetzgebung ergibt sich darüber hinaus durch zwei Wesensmerkmale von Gesetzen, durch ihre Allgemeinheit und ihre Zukunftsgerichtetheit, zusammengefasst zur zukunftsbezogenen Allgemeinheit.²³ Diese zukunftsbezogene Allgemeinheit der Gesetze, ihr abstrakt-genereller Charakter, bezieht sich bekanntlich sowohl auf die von ihnen betroffenen Personen als auch auf die von ihnen erfassten Sachverhalte. Beide sind zum Zeitpunkt des Erlasses eines Gesetzes unbestimmt.

Genau in dieser Unbestimmtheit liegt die Notwendigkeit begründet, Phantasie in die Gesetzgebung einzubringen. Denn der Gesetzgeber wird im Zweifel nur typische Situationen vor Augen haben, auf die er den Gesetzestext ausrichtet. Schon die Frage, welche typischen Situationen von dem Gesetz erfasst werden, ist insofern seiner Vorstellungskraft überlassen. Noch mehr ist sie gefordert, wo es um untypische Situationen geht, die – möglicherweise unerkannt – unter den Gesetzestext subsumierbar sind oder die explizit von ihm ausgeschlossen werden sollen. Das gleiche muss bedacht werden in Bezug auf die Personen. Ob wirklich jeder Mensch oder ob nur bestimmte Personen von einer gesetzlichen Regelung betroffen werden sollen, kann nicht nur rückblickend anhand von Erfahrungen, sondern muss auch für die Zukunft mit Hilfe von Phantasie bestimmt werden.

Rechtlich betrachtet ergibt sich die Notwendigkeit zur Phantasie bereits hier nicht nur, aber vor allen Dingen auch aus dem allgemeinen Gleichheitssatz. Insbesondere um beurteilen zu können, inwiefern durch eine Regel möglicherweise gleich behandelt wird, was tatsächlich doch ungleich ist, muss der Gesetzgeber sich die Konsequenzen der Gesetze vor Augen führen. Verfassungsrechtlich gebotene Differenzierungen müssen nach Möglichkeit bei Erlass des Gesetzes erkannt und berücksichtigt werden, auch wenn vom Bundesverfassungsgericht festgestellte Gleichheitsverstöße häufig nur zur Verfassungswidrigkeit pro futura,²⁴ allenfalls zur Nichtigkeit ex nunc führen und nur zum Teil Rückwirkungen entfalten.²⁵

²³ So seine Überlegungen zusammenfassend *G. Kirchhof*, Die Allgemeinheit des Gesetzes, 2009, S. 636 f.

²⁴ Vgl. aus der jüngeren Zeit etwa BVerfGE 117, 1 (Anhebung der Erbschaftssteuer); BVerfGE 121, 266 (Wahlrecht 2008); BVerfGE 126, 400 (Steuerliche Diskriminierung eingetragener Lebenspartnerschaften im Erbschaftssteuer- und Schenkungssteuergesetz); BVerfGE 105, 73 (Unterschiedliche Besteuerung der Beamtenpension und der Renten aus der gesetzlichen Rentenversicherung); BVerfGE 116, 229 (Asylbewerberleistungsgesetz); BVerfGE 100, 59 (Rentenüberleitung).

²⁵ Vgl. zuletzt BVerfG, Urt. v. 6.6.2013 (Ausschluss eingetragener Lebenspartnerschaften vom Ehegattensplitting).

3. Bestimmung der Folgen

Erkennbar ist Phantasie also in erster Linie erforderlich ist, um die Folgen der gesetzlichen Vorschrift sichtbar zu machen. Der Gesetzgeber – gemeint ist an dieser Stelle etwas undifferenziert der Gesetzesinitiant sowie die einen Gesetzesbeschluss tragende Mehrheit der Abgeordneten – wird sich hier zumeist nur mit den von ihm intendierten Wirkungen auseinandersetzen. Für ihn stellen sich die intendierten Wirkungen und die tatsächlichen Folgen eines Gesetzes regelmäßig synonym dar.

4. Entdecken von Nebenwirkungen

Doch wie die Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien (GGO), die streng genommen zwar nur auf Gesetzesinitiativen der Bundesregierung Anwendung findet, die darüber hinaus aber auch als Ausdruck einer allgemeinen Legistik verstanden werden kann und sollte, zum Ausdruck bringt, sind unter den Folgen beziehungsweise in der Terminologie des GGO unter den Auswirkungen eines Gesetzes sowohl die beabsichtigten Wirkungen als auch die unbeabsichtigten Nebenwirkungen zu verstehen. Um diese unbeabsichtigten Nebenwirkungen nicht erst beim Vollzug eines Gesetzes, sondern nach Möglichkeit schon vor Erlass des Gesetzes erkennen zu können, benötigt der Gesetzgeber ein erhebliches Maß an Phantasie.

Aus der Perspektive des Verfassungsrechts ergibt sich die Notwendigkeit zur Phantasie hier vor allem aus den Grundrechten. Denn die grundrechtliche Beurteilung eines Gesetzes macht an seinem Wortlaut und den unmittelbar erkennbaren Rechtsfolgen nicht halt, sondern erstreckt sich auch auf die faktischen Wirkungen, die diese Bestimmungen auslösen. Unerheblich ist dabei, ob und in welchem Maße diese faktischen Wirkungen vom Gesetzgeber intendiert, akzeptiert, toleriert oder schlicht ignoriert wurden. Deshalb müssen die (prognostizierten) faktischen Wirkungen eines Gesetzes in eine antizipierte Gesetzesfolgenabschätzung einbezogen werden.

Welche Anforderungen an eine solche antizipierte Gesetzesfolgenabschätzung zu stellen sind und welche Folgen ihre Missachtung nach sich zieht, ist in diesem Zusammenhang nicht von Interesse. Entscheidend ist allein die Wirkrichtung der Prognose: Sie soll den Gesetzgeber und vor allem die Normunterworfenen vor unverhältnismäßigen und deshalb vor verfassungswidrigen Regelungen bewahren. Denn das rechtsstaatlich und grundrechtlich begründete Verhältnismäßigkeitsprinzip setzt nach dem modernen Eingriffsbegriff grundsätzlich nicht nur die rechtlich intendierten, sondern auch die faktisch bewirkten Folgen einer staatlichen Maßnahme in Relation zu dem angestrebten Zweck. Insofern kommt der Bestimmung beider

Komponenten entscheidende Bedeutung zu: Der Bestimmung des Zwecks ebenso wie der Beobachtung bzw. Prognostizierung der Wirkungen.

5. Pflicht zur Verhältnismäßigkeit

Es ist also das Verhältnismäßigkeitsprinzip, das dem Gesetzgeber gleich an mehreren Punkten Phantasie abverlangt.

Phantasie wird zunächst benötigt um zu begründen, ob der verfolgte Zweck mit den eingesetzten Mitteln überhaupt erreicht werden kann. Der stete Hinweis auf die weitgehende Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers hinsichtlich dieser Eignung entbindet den Gesetzgeber freilich weitgehend von einer entsprechenden Vorstellungskraft. Dass ein Mittel nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts schon dann geeignet ist, „wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann, wobei die Möglichkeit der Zweckerreichung genügt“,²⁶ entbindet den Gesetzgeber weitgehend nicht nur von einer entsprechenden Begründungslast, sondern auch von einem phantasievollen Blick in die Zukunft. Umgekehrt darf nicht unterschätzt werden, wie häufig der Gesetzgeber letztlich doch Gesetze erlässt, die selbst zur Erreichung des vorgegebenen Zwecks ungeeignet sind.²⁷

Entscheidendes Einfallstor für Phantasie ist aber die Erforderlichkeit. Ob nämlich der angestrebte Zweck durch andere Mittel erreicht werden kann, die die Grundrechte weniger belasten, fordert in zweifacher Hinsicht die Vorstellungskraft:

Zunächst und vor allem muss geprüft werden, ob der angestrebte Zweck tatsächlich durch andere Mittel erreicht werden kann. Dies wird in der Praxis umso schwieriger fallen, als die Sichtweise jedenfalls des Gesetzesinitianten in mehrfacher Hinsicht eingengt ist: Sie ist eingengt durch tatsächliche oder auch nur empfundene parteipolitische Vorstellungen; sie ist eingengt durch einen möglicherweise begrenzten Wissen- und Erfahrungsschatz, und sie ist eingengt durch unterschiedlichste Sachzwänge, denen sich die Gesetzgebung stets ausgesetzt sieht und die bei einer rein rechtlichen Perspektive häufig nicht hinreichend erkannt werden. Neben finanziellen Aspekten und Fragen der politischen Machbarkeit sind auch systematische Zwänge zu bedenken. Denn der Gesetzgeber wird bei seinen Regelungswünschen häufig minimalinvasiv vorgehen, will er nicht die gesamte Rechtsordnung oder jedenfalls doch Teilrechtsordnungen ändern. Die gesamte Rechtsordnung, das bislang kodifizierte Recht wirkt auf

²⁶ Jüngst etwa BVerfGE 115, 276 (308).

²⁷ Vgl. zur zweifelhaften Eignung des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes *Appel/Rossi*, Finanzmarktkrise und Enteignung, 2009, S. 28 ff.; zur fehlenden Eignung des GlüStV zur Erreichung der vorgegebenen Zielsetzungen *Uwer*, in diesem Band, S. xy.

diese Art und Weise konservierend, was in gewisser Weise auch zu den Funktionen des Rechts gehört. Nichtsdestotrotz kann es die Suche nach Alternativen erheblich und in einem Maße einschränken, dass der jeweils konkreten Problemlösung entgegensteht.

Das Gleiche gilt für die zweite Stufe der Erforderlichkeitsprüfung, für die Frage, ob mildere Mittel zur Verfügung stehen, ob also alternative Regelungen zu geringeren Grundrechtsbeeinträchtigungen führen würden. Hier ist Phantasie nicht nur von Nöten, um überhaupt alternative Mittel zu ersinnen, sondern zudem auch, um die Auswirkungen etwaiger Alternativen zu prognostizieren. Es ist somit für jede in Betracht kommende Alternative auch eine alternative Gesetzesfolgenabschätzung notwendig. An dieser Stelle dürften die verfassungsrechtlichen und die über sie hinausgehenden legistischen Anforderungen an die Gesetzgebung in erheblichem Widerspruch zur Praxis stehen. Der Gesetzgeber – erneuert undifferenziert verstanden als der ministerielle Gesetzesinitiant, der seine parteipolitische Mehrheit im Bundestag hinter sich weiß – wird schon um der Überzeugungskraft seiner eigenen Regelung wegen keine Alternativen in die politische Diskussion bringen. Wenn er zudem verpflichtet ist, jede der etwaigen Alternativen einer Gesetzesfolgenabschätzung zu unterwerfen, die schon für das von ihm vorgeschlagene Regelungsmodell erheblichen Aufwand mit sich bringt, wird der Anreiz zu solchem Alternativdenken natürlich verringert. Allerdings muss die fehlende oder sich jedenfalls nicht offenbarende Phantasie des Gesetzgebers nicht zu weniger Phantasie in der Gesetzgebung führen. Denn im demokratisch-pluralistischen Gesetzgebungsverfahren kommen aus aktorsbezogener Sicht insoweit die vielfältigen Gruppen in den Blick, die ein Gesetzgebungsverfahren begleiten und vielfältigen Einfluss auf das Gesetz nehmen. Hier zeichnet sich bereits die später noch darzulegende These ab, dass Phantasie in der Gesetzgebung maßgeblich durch Pluralismus gesichert wird.

Die dritte Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung hingegen fordert die Phantasie nicht besonders heraus. Hier steht tatsächlich eher eine politische Einschätzung denn eine unpolitische Imagination im Vordergrund. Ob eine Maßnahme noch in einem angemessenen Verhältnis zu dem von ihr erstrebten Zweck steht, ist letztlich eine Wertungsfrage. Freilich darf nicht vergessen werden, dass diese Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne unabhängig von der konkreten Rechtsmaterie häufig auch dadurch bewirkt werden, dass Ausnahmeregelungen, mögen sie als Sozialklauseln oder sonst wie bezeichnet werden, in gesetzliche Bestimmungen aufgenommen werden. Insofern bedarf es auch hier erneut der Vorstellungskraft, um nicht nur die Personen und Sachverhalte zu erfassen, die von der abstrakt generellen Norm erfasst werden sollen, sondern auch die, die von ihr erfasst werden können.

6. Beachtung der Gewaltenteilung

Nur kurz sei im Rahmen dieser ohnehin nicht abschließenden Betrachtung über rechtliche Schnittstellen zur Phantasie in Erinnerung gerufen, dass auch die rechtsstaatliche Gewaltenteilung nach Phantasie in der Gesetzgebung verlangt. Denn der Gesetzgeber muss sich bei der Formulierung seiner Texte stets fragen, wie die Exekutive die von ihm erlassenen Gesetze vollziehen und wie die Judikative sie interpretieren wird. Das Maß an Bestimmtheit von Gesetzen dürfte, einen entsprechenden Steuerungswillen des Gesetzgebers unterstellt, insofern mit steigendem Einsatz von Phantasie zunehmen.

Umgekehrt, doch soll dies hier nicht das Thema sein, bedürfen auch die rechtsanwendenden Gewalten der Phantasie. Sie ist nicht nur bei der Subsumtion des zu bescheidenden konkreten Lebenssachverhalts unter die abstrakten Normen gefragt, sondern auch bezüglich der Frage, wie die zu treffende Entscheidung neben dem konkreten Fall auch das Recht verändert. Insbesondere die ober- und höchstgerichtlichen Entscheidungen wirken bekanntermaßen nicht nur *inter partes*, sondern – sei es unmittelbar durch eine (normativ nicht zwingende und sachlich häufig auch nicht gebotene) Anpassung der Verwaltungs- und untergerichtlichen Spruchpraxis, sei es mittelbar als Impuls für ein gesetzgeberisches Tätigwerden – *erga omnes*. Hervorgehoben sei, wie bei *Kloepfer* im Lehrbuch zum Verfassungsrecht bereits zu lesen ist,²⁸ dass insbesondere auch die Überprüfung der Verhältnismäßigkeit durch das Bundesverfassungsgericht Phantasie erfordert: Das Bundesverfassungsgericht muss sich in die Rolle des Gesetzgebers versetzen und eruieren, wie das vorliegende Problem auf andere Weise hätte gelöst werden können. Offenkundig reicht die Phantasie dabei nicht immer aus, um sich auch eigene Lösungen des Gesetzgebers vorstellen zu können. Entgegen manchen Beteuerungen wird der Spielraum des Bundestages verfassungsgerichtlich zuweilen in einer Weise beschränkt, der jegliche Phantasie der eigentlichen Gesetzgebungsorgane überflüssig erscheinen lässt. Doch in der Regel wahrt das Bundesverfassungsgericht die rechtsstaatlich-funktionalen Grenzen zwischen Gesetzgebung und Verfassungskontrolle.

7. Enthüllung und Entzauberung im Rahmen der Gesetzeskontrolle

Phantasie ist nicht nur bei der Gesetzgebung, sondern auch bei ihrer Kontrolle gefordert. Denn entgegen den skizzierten rechtlich bedingten Notwendigkeiten wird Phantasie in der praktischen Gesetzgebung häufig ganz anders eingesetzt. Sie wird in erster Linie verwendet – unter den skizzierten normativen Prämissen möchte man sagen: verschwendet –, um das Sein mit dem Sollen in Einklang zu bringen, sei es durch Ignorieren des Ungelegenen, sei es durch

²⁸ *Kloepfer*, Verfassungsrecht, Bd. I, § 10 Rn. 211.

Betonen des Unausweichlichen, sei es durch Verschleiern des Ungewollten, sei es durch eine Kumulation solcher Erscheinungsformen.

Am wenigsten Phantasie wird benötigt, um alles zu ignorieren, was auf dem Weg zum gesetzgeberischen Ziel ungelegen kommt. Betroffen sind tatsächliche Umstände ebenso wie rechtliche Grenzen. Namentlich die verfassungs- und europarechtlich ausgestaltete Kompetenzordnung wird gerne übersehen, um ein politisches Ziel kompetenzwidrig umzusetzen. Trotziges Behaupten statt phantasievolles Prüfen kennzeichnet vor allem die Rechtsakte der EU, wenn es mit dem Subsidiaritätsprinzip um die Frage geht, ob die Mitgliedstaaten die zur Lösung anstehenden Probleme nicht ausreichend auf nationaler Ebene lösen können. Aber auch tatsächliche Belange oder wissenschaftliche Erkenntnisse werden ignoriert, wenn sie das verfolgte Ziel nicht stützen, sondern umgekehrt die Darlegungs- und Begründungslasten erhöhen.

Umgekehrt wird gerne die Unausweichlichkeit der intendierten Maßnahme betont. Alternativlos sind gesetzliche Maßnahmen nicht erst seit der Finanzmarkt- und Staatsschuldenkrise, auch zuvor schon wurde der Zwang zum Erlass einer bestimmten Regelung beschworen, obwohl er häufig allein durch politische Prämissen begründet wird, die ihrerseits variabel sind. Überraschend ist, dass die sich meist hinter den formalen Initianten verbergenden politischen Parteien nach wie vor der Meinung zu sein scheinen, das Ignorieren gegenläufiger Argumente werde von den Bürgern – jedenfalls aber von den Wählern – goutiert. Tatsächlich schadet es nicht nur objektiv der Akzeptanz von Gesetzen, sondern auch dem demokratischen Selbstverständnis und Selbstbewusstsein der Bevölkerung, die um das Kompromisshafte demokratischer Rechtsetzung durchaus weiß. Dabei sind es zuweilen erst einige Medien, die an Stelle eines farb- und facettenreichen Bildes eine inhaltsarme und kontrastreiche Schwarz-Weiß-Malerei vermitteln, nicht die politischen Parteien selbst.

Sofern schließlich die rechtsetzenden politischen Akteure genug Phantasie zeigen, um ungewollte, gleichwohl aber in Kauf genommene Nebenwirkungen ihrer intendierten Regelungen zu erkennen, bringen sie häufig noch mehr auf, um diese zu verschleiern. Hartnäckiges Schweigen ist hier das einfachste Mittel der Camouflage, unvollständige oder gar falsche Informationen dürften die Regel sein.

In all diesen Fällen bedarf es neben einem nüchternen Menschenverstand auch Phantasie, um die hehren Ziele des Gesetzgebers zu entzaubern und die wahren Motive zu enthüllen. Eine solche politische Kontrolle des Gesetzgebers wird häufig zugleich rechtliche Konsequenzen

haben, wenn damit zugleich etwa die fehlende Kompetenz oder die Unverhältnismäßigkeit der gesetzgeberischen Maßnahmen offen gelegt werden. Zwei Beispiele seien genannt: In die Tierschutz-Hundeverordnung von 2001 wurden anlässlich eines tödlichen Angriffs eines Kampfhundes auf ein Kleinkind in Hamburg auch Zuchtverbote bestimmter Hunderassen aufgenommen. Dem Bund fehlte (und fehlt) hierfür die Verbandskompetenz: Als Maßnahme der Gefahrenabwehr fällt sie in die Zuständigkeit der Länder. Um aber dem partei- und landesübergreifendem Wunsch nach einem raschen Tätigwerden zu genügen, wurde die Kompetenz des Bundes für das Tierschutzrecht bemüht und damit begründet, dass die Bestimmung gar nicht Menschen vor angreifenden Hunden, sondern Hunde vor sich wehrenden Menschen schützen wolle.²⁹ Ein anderes Beispiel stammt aus dem Glücksspielrecht. Sollten die hehren, in § 1 des Vertrags genannten Zielsetzungen nur kaschieren, dass es den Bundesländern bei der Regulierung des Glücksspielwesens in erster Linie um fiskalische Interessen geht, sei betont, dass solche Zwecke nach der Rechtsprechung des EuGH nicht geeignet sind, um Beschränkungen der Grundfreiheiten zu rechtfertigen.³⁰ Fiskalische Interessen stellen darüber hinaus auch keine verfassungsrechtliche Grundlage für die Beschränkung von Grundrechten dar.³¹ Vor diesem Hintergrund muss betont werden, dass die gesetzlichen Zielsetzungen in erster Linie Gegenstand und nur ausnahmsweise Maßstab der politischen wie rechtlichen Kontrolle sind³² und deshalb stets hinterfragt werden müssen.³³

III. Gewährleistung von Phantasie in der Gesetzgebung

Der Mangel an Phantasie in der Gesetzgebung kann ausgesprochen folgenreich sein. Abgesehen davon, dass eventuell sachlich falsche Gesetze in Kraft treten, können auch die verfassungsrechtlichen Grenzen tangiert sein. Neben der bereits skizzierten Verletzung des Verhältnismäßigkeitsprinzips und damit letztlich von Freiheitsrechten können insbesondere Gleichheitsgrundrechte dadurch missachtet werden, dass der Gesetzgeber eine bestimmte Personengruppe nicht in den Anwendungsbereich eines Gesetzes einbezogen bzw. explizit von ihm ausgeschlossen hat. Außerdem kann die Nichtregelung einer Fallkonstellation eine planwidri-

²⁹ Vgl. *Kloepfer/Rossi*, NuR 2002, S. 133 ff.

³⁰ EuGH, Urt. vom 06. 06.2000, Rs. C-35/98 (Verkooijen) Rn. 48; EuGH, Urt. v. 06.10.2009, Rs. C-153/08 (Kommission/Spanien), Rn. 43; EuGH, Urt. v. 16.01.2003, Rs. C-388/01 (Kommission Italien), Rn. 22; EuGH, Urt. v. 08.09.2010, Rs. C-316/07 (Stoß), Rn. 105.

³¹ Vgl. *Scholz*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Art. 12 Rn. 113, 411.

³² Vgl. *Rossi*, Inkonsequente Gesetzgebung, in: Koch/Rossi, Kodifikation in Europa, 2012, S. 149 (162 f.).

³³ Diese Hinterfragung der gesetzlichen Ziele obliegt im Rahmen der politischen Kontrolle der Gesetzgebung in erster Linie der Opposition. Sie übertreibt indes die erforderliche Phantasie zur Phantasterei, wenn Ziele des politischen Gegners ins Lächerliche gezogen oder ins Maßlose überzeichnet werden.

ge Regelungslücke suggerieren und damit eine Analogie ermöglichen, obwohl sich das Gesetz nur mangels Vorstellungskraft nicht oder jedenfalls nicht hinreichend deutlich zu einem Sachverhalt verhält. Schließlich kann fehlende Phantasie auch dazu führen, dass verfassungsrechtlich gebotener Schutz gesetzlich nicht hinreichend präzisiert wird und deshalb allenfalls noch durch eine verfassungskonforme Auslegung gewahrt werden kann.³⁴

Wie aber wird gewährleistet, dass sich Phantasie in der Gesetzgebung entfalten kann? Wie wird eine Voraussetzung geschützt, die letztlich eine menschliche Fähigkeit ist?

1. Gesetzgebung durch Menschen

Zunächst durch die Besinnung darauf, dass Gesetze durch Menschen gemacht werden. Die verfassungsrechtliche Wahrnehmung und Beschreibung der Gesetzgebung als ein Prozess, der in besonderen Organen und nach einem spezifischen Verfahren abläuft, lässt häufig vergessen, dass sich hinter den Institutionen und „Akteuren“ Menschen verbergen. Ihre Phantasie ist in der Gesetzgebung gefordert.³⁵

Wie nun aber die menschliche Phantasie gefördert und gewährleistet werden kann, sind definitiv keine Fragen, die die Rechtswissenschaft beantworten kann. Hier mögen sich die Psychologie und Pädagogik hervortun, die ihrerseits allerdings die grundrechtliche Freiheitsvermutungen respektieren sollten, damit vermeintlich wissenschaftlich Erkenntnisse nicht in bevormundenden staatlichen Erziehungsprogrammen enden. Ausgangspunkt jeglicher Überlegungen sollte freilich der Befund sein, dass Phantasie – so widersprüchlich es zunächst klingen mag – auch auf Erfahrungen beruht: Die Phantasie schafft Unbekanntes auf der Grundlage von Bekanntem – sie offenbart, was wir vor Augen haben.³⁶ Müssen also Erfahrungen in den Gesetzgebungsprozess eingebracht werden, wird es nur selten genügen und meist nicht gelingen, von den hauptberuflichen „Gesetzgebern“, den gesetzesvorbereitenden Mitarbeitern der Ministerialverwaltungen und den gesetzesbeschließenden Abgeordneten, jeweils individuelle Erfahrungen zu verlangen. Immerhin geht der Leitfaden zur Gesetzesfolgenabschätzung aber auf sog. „Kreativitätstechniken“ ein.³⁷ Entscheidend ist letztlich aber die Summe an

³⁴ Etwa fehlt im VIG eine Ausnahmeklausel vom Informationszugang zum Schutz der externen Finanzkontrolle. Vgl. hierzu *Rossi*, Möglichkeiten und Grenzen des Informationshandelns des Bundesrechnungshofes, 2012, S. 132 f.

³⁵ Ihre Phantasie ist häufig auch ausreichend. Jedenfalls zeigen verschiedene Professoren- oder Sachverständigenwürfe ganzer Kodifikationen, dass es eher weniger denn mehr Akteure bedarf, um ein kohärentes Regelungssystem zu erlassen.

³⁶ *C. Fleury*, Interview in der Sendung „Phantasie“, ausgestrahlt auf arte am 3.06.2009.

³⁷ Im Schritt 3, II, 3 des Leitfadens zur Gesetzesfolgenabschätzung heißt es: „Kreativitätstechniken sind Methoden zur gezielten Förderung und Gewinnung neuer Ideen, Entwicklung von Innovationen oder Lösung von Problemen im Gruppendialog. Beispiele sind hierbei Ideenworkshops, Mind-Mapping oder Brainstorming. Die Nut-

Erfahrungen, die in die Gesetzgebung eingeht. Insofern kann das Recht, können Regeln des Gesetzgebungsverfahrens, durchaus Voraussetzungen dafür schaffen, dass sich Phantasie in der Gesetzgebung entfalten kann.

2. Denken in Alternativen

Voraussetzung für die Entfaltung von Phantasie ist ein Denken in Alternativen. Das Denken in Alternativen ist nicht nur Kern der freiheitlichen Demokratie,³⁸ ist nicht nur unverbindliches Gebot allgemeiner Legistik oder Gegenstand der binnenwirksamen Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien,³⁹ sondern rechtliche, gar verfassungsrechtliche Pflicht. Denn es lässt sich in das grundrechtlich und rechtsstaatlich begründete⁴⁰ Verhältnismäßigkeitsprinzip hinein- bzw. ist aus ihm herauszulesen, wie oben dargelegt. Dass es im Vorblatt von Regierungsentwürfen zu Gesetzen unter „C. Alternativen“ zumeist schlicht heißt: „Keine“, kann wahlweise als fehlender Mut zum eigenen Vorschlag oder deutlicher als Feigheit vor den besseren Argumenten verstanden werden.

Vielleicht liegt die unzureichende Auseinandersetzung mit Alternativen aber auch in der Konzentrierung auf die rechtlichen Rahmenbedingungen begründet. Vielleicht hat die Gesetzgebung mit der Formulierung eines konkreten Gesetzesvorschlags schon die politische Phase der Ideenfindung hinter sich gelassen und sich ganz der Rationalität des Rechts unterworfen. Vielleicht überwiegen hier schon die förmlichen Anforderungen, die das vom Bundesministerium der Justiz herausgegebene Handbuch der Rechtsförmlichkeit schon im Titel betont. Das vom Bundesministerium des Innern zunächst in Auftrag gegebene und später zu eigen gemachte⁴¹ Handbuch der Gesetzesfolgenabschätzung⁴² geht deutlich darüber hinaus, wenn es explizit zu einem Denken in Alternativen⁴³ animiert. Allerdings vertraut die Arbeitshilfe zur Gesetzesfolgenabschätzung nicht auf die freie Phantasie der Ministerialverwaltung, sondern empfiehlt eine systematische Alternativenfindung (hinsichtlich des Regelungsinhalts, hin-

zung solcher Kreativitätstechniken kann derart gestaltet werden, dass sich Experten und Normadressaten zu einem Regelungsvorhaben versammeln und gemeinsam anhand einer konkreten Problemstellung Ideen und Visionen zu aussichtsreichen Lösungen beziehungsweise zu vorteilhaften Regelungsmöglichkeiten entwickeln.“

³⁸ Häberle, *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 1978, S. 19 f.; zitiert nach: *Schulze-Fielitz*, *Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung*, S. 481 (Fn. 178).

³⁹ Vgl. § 53 Abs. 1; § 57 Abs. 4 GGO; vgl. auch Anlage 3 zu § 42 GGO, der in jedem Vorblatt zu einem Gesetzesentwurf eine Aussage zu Alternativen verlangt.

⁴⁰ Vgl. nur BVerfGE 19, 342, 348 f.; vgl. ausführlich *Remmert*, *Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbotes*, 1995, S. 140 ff.

⁴¹ Vgl. BMI (Hrsg.), *Moderner Staat – Moderne Verwaltung. Leitfaden zur Gesetzesfolgenabschätzung*, 2000; vgl. nun auch BMI (Hrsg.), *Arbeitshilfe zur Gesetzesfolgenabschätzung*, 2009.

⁴² *Böhret/Konzendorf*, *Handbuch Gesetzesfolgenabschätzung GFA*, 2001.

⁴³ Vgl. hierzu schon *Schulze-Fielitz*, *Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung*, 1988, S. 481 ff.

sichtlich des Verfahrens, der Organisation und der Normenhierarchie). Jeder Systematisierung aber wohnt eine Limitierung inne, und so mag die wohlmeinende schematische Kategorisierung der Alternativenfindung im Ergebnis zuweilen begrenzend wirken. Interessant ist jedenfalls, dass der Verzicht auf eine Neuregelung, also das Festhalten am status-quo, in der Alternativenfindung nicht erwähnt wird. Dabei hat bereits Montesquieu die goldene Regel formuliert: „Wenn es nicht erforderlich ist, ein Gesetz zu erlassen, dann ist es notwendig, kein Gesetz zu erlassen.“ In Erkenntnis dieses Satzes warfen noch die „blauen Prüffragen“, die bis zur Ablösung durch §§ 43, 44 GGO für den Erlass von Rechtsvorschriften galten, gleich zu Beginn die Frage auf: „Muss überhaupt etwas geschehen?“, bevor sie an zweiter Stelle nach Alternativen fragten.⁴⁴ Freilich hat die explizite Erwähnung der Alternative „Absehen von einer Regelung“ die Normenflut nicht verhindern können, weil die Gesetzgebung eben nicht wissenschaftlich-distanzierten Empfehlungen, sondern politisch-pragmatischen Bedingungen folgt.

3. Phantasie durch Pluralismus

Die Eingrenzung der Phantasie der Ministerialverwaltung, die in den weitaus meisten Fällen Gesetze vorbereitet und konkrete Gesetzestexte ausformuliert, mag bedauert werden, muss aber nicht schaden. Denn die Phantasie wird auf andere Weise in die Gesetzgebung hinein getragen. Sie wird durch die Beteiligung unzähliger Personen an einem Gesetzgebungsverfahren gesichert. Bereits im intergouvernementalen Austausch mit den anderen Ministerien kommen die Zielvorstellungen, kommt eventuell auch der Realitätssinn anderer Mitarbeiter ins Spiel. Hinzu treten die Anhörung der kommunalen Spitzenverbände, die Anhörung von Betroffenen, hinzukommen ebenfalls auch Sachverständigenanhörungen. Selbst wenn man hier häufig den Eindruck hat, dass solche Anhörungen wenig fruchten, so wird durch diese Einbeziehung doch deutlich, dass die meisten Ziele nur unter Einschluss zum Teil erheblicher Nebenwirkungen erreicht werden können.

Rational gewendet führt die Einbeziehung Dritter in das Gesetzgebungsverfahren zu einem Mehr an Wissen. Doch diese Beschränkung auf die Gewinnung von „Sachverstand“ greift zu kurz. Zwar kommt namentlich einer Betroffenenbeteiligung eine wechselseitige Informationsfunktion zu:⁴⁵ Auf der einen Seite kann die Anhörung von Betroffenen den Gesetzgeber über den zu regelnden Gegenstand und die davon berührten Interessen näher informieren. Diese Informationen sind unerlässlich für die Beantwortung der Fragen, ob überhaupt ein Rege-

⁴⁴ GMBL 1990, S. 42.

⁴⁵ Becker, Kooperative und konsensuale Strukturen in der Normsetzung, 2005, S. 113.

lungsbedarf besteht, welche Rechtsgüter möglicherweise betroffen sind, welche Konfliktlagen und Überschneidungsbereiche zu berücksichtigen sind, ob und welche Regelungsalternativen zur Verfügung stehen und welche Folgen sich aus dem Gesetz ergeben würden – Fragen, zu denen die Begründung eines Gesetzentwurfs nach § 43 GGO explizit Stellung nehmen soll, Fragen auch, die der Gesetzgeber beantworten muss, um seinen umfassenden Aufklärungspflichten nachzukommen.⁴⁶ Darüber hinaus kann die Konsultation Dritter zu einer Akzeptanz- und mit ihr zu einer Vollzugssicherung der zu erlassenden Vorschriften führen. Vor allem aber trägt die Konsultation Dritter aber in erheblichem Maße dazu bei, alternative Vorschläge zu sammeln, weshalb sie auch vom Leitfaden Gesetzesfolgenabschätzung empfohlen wird, der damit in beachtlicher Weise den Weg aus den Ministerien weist. Dass mit der Öffnung des Gesetzgebungsverfahrens die Grenze zwischen negativ konnotiertem Lobbyismus und positiv verstandener Partizipation verschwimmt, sei hier nur am Rande erwähnt.⁴⁷

4. Phantasie durch Freiheit

Betont sei dagegen, dass durch den Pluralismus letztlich nur die eigentliche Voraussetzung für Phantasie genutzt wird: die Freiheit. Phantasie setzt Freiheit voraus, eine Freiheit im Denken, eine Freiheit von äußerem Druck, eine spielerische Art der Gedankenführung. All dies wird man bei dem typischen Ministerialbeamten meist nicht antreffen. Nicht, weil ihm persönlich die Phantasie fehlte – es gibt in der Ministerialverwaltung eine ganze Reihe kreativer Köpfe. Vielmehr, weil dem in die Verwaltungshierarchie eingebundenen Ministerialbeamten in der Regel die Freiheit fehlt. Schlimmer noch als die in der Praxis wohl gar nicht so häufig vorkommende konkrete Beauftragung, in eine bestimmte Richtung zu denken, kann sich ein vorseilender Gehorsam, kann sich eine falsch verstandene Loyalität gegenüber dem vermeintlichen Willen des Abteilungsleiters, gegenüber einer wie auch immer wahrgenommenen Politik „des Hauses“, gegenüber den Überzeugungen einer politischen Partei, kann sich also im Ergebnis Selbstbeschränkung negativ auf die Phantasie auswirken. Statt neben den intendierten Zielen auch die voraussichtlich verursachten Nebenwirkungen, die „Kollateralschäden“, mit in den Blick zu nehmen, konzentriert sich der zuständige Referent allein auf das vorgegebene oder als vorgegeben empfundene Ziel, das mit aufgesetzten Scheuklappen häufig nicht nur alternativlos, sondern in seiner Bedeutung auch unverhältnismäßig groß erscheint. Ähnli-

⁴⁶ Deutlich BVerfGE 50, 50 (51): „Das Verfassungsgericht hat insbesondere nachzuprüfen, ob der Gesetzgeber den für seine Maßnahmen erheblichen Sachverhalt zutreffend und vollständig ermittelt und dem Gesetz zugrunde gelegt hat, ob er alle Gemeinwohlgründe sowie die Vorteile und Nachteile der gesetzlichen Regelung umfassend und in nachvollziehbarer Weise abgewogen hat und ob der gesetzgeberische Eingriff geeignet, erforderlich und verhältnismäßig ist und die Gebote der Sachgerechtigkeit und Systemgerechtigkeit beachtet.“

⁴⁷ Näher *Rossi*, Betroffenenbeteiligung im Gesetzgebungsverfahren, JöR 2013, im Erscheinen.

ches mag für manchen Abgeordneten gelten, der sich den Vorgaben seiner Partei verpflichtet fühlt, die – vielleicht unbewusst – längst zu inneren Überzeugungen geworden sind.

Doch dieser etwas pessimistische, sicherlich überzeichnete und vor allem wohl zu Unrecht typisierte Blick auf den Umfang der inneren Freiheit so mancher Person, die an der Gesetzgebung beteiligt ist, darf nicht darüber hinweg täuschen, dass jedenfalls die äußere Freiheit im demokratisch-pluralistischen Gesetzgebungsverfahren insgesamt recht gut gewährleistet ist. Die äußeren Rahmenbedingungen stimmen, um Phantasie in die Gesetzgebung einzubringen.

IV. Schluss

Der Beitrag beschränkt sich auf einige Anmerkungen zur Bedeutung von Phantasie in der Gesetzgebung, nicht auf ihre in der und für die Jurisprudenz.⁴⁸ Insofern sei nur angemerkt, dass die Wissenschaft von der grundrechtlichen Freiheit des Art. 5 Abs. 3 GG zwar nur partizipieren kann, wenn sie „nach Inhalt und Form als ernsthafter planmäßiger Versuch zur Ermittlung der Wahrheit“ betrieben wird. Dies darf aber nicht darüber hinweg täuschen, dass jenseits von „Methode“ gerade auch in der Wissenschaft vor allem Phantasie gefordert ist. Im – zum Teil auch beim Jubilar zu beobachtenden – spielerischen Umgang mit dem Recht mögen zuweilen Erkenntnisse gewonnen werden, die bei streng theoretisch-dogmatischer Wahrheitssuche nicht zu Tage treten würden. Mit sicherlich anderer Stoßrichtung, gleichwohl vielleicht passend schreibt Eugen Roth hierzu:

„Der homo sapiens, homo prudens,
Gilt mehr uns als der homo ludens.
Der scheinbar unnütz faule Bruder. -
Gar, wenn er noch ein armes Luder.
Und doch ist der, oh Mensch, erkenn' s!,
Der wahre homo sapiens,
Der, bis zum letzten Tag ein Kind,
Des Lebens ernstes Spiel gewinnt.“

⁴⁸ Hierzu könnten Überlegungen, die der Autor als wissenschaftliche Hilfskraft vor rund 20 Jahren einmal angestellt hat, noch in einer Schublade beim Jubilar schlummern.