

Augsburger Studien zum Internationalen Recht

Band 10



Kodifikation in Europa

Arnd Koch / Matthias Rossi
(Hrsg.)



PETER LANG Internationaler Verlag der Wissenschaften

Inkonsequente Gesetzgebung

Matthias Rossi

A. Aktuelle Entscheidungen

Das Bundesverfassungsgericht verlangt vom Gesetzgeber Konsequenz. Im Leitsatz der Entscheidung zum bayerischen Staatslotteriegesetz heißt es:

„Ein staatliches Monopol für Sportwetten ist mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG nur dann vereinbar, wenn es konsequent am Ziel der Bekämpfung von Suchtgefahren ausgerichtet ist.“¹

Dies war das Gesetz nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts freilich nicht, denn unklar blieb, wie durch ein staatliches Monopol die Wettleidenschaft begrenzt und die Wettsucht bekämpft werden könne, wenn der Staat zugleich ein erhebliches fiskalisches Interesse an der Durchführung monopolisierter Sportwetten habe und deshalb der Versuchung erliegen könnte, sein Monopol nicht zur Begrenzung der Wettleidenschaft zu nutzen, sondern zur Sicherung von Einnahmen zu ge-, ja zu missbrauchen. Setze er das Konzept der Begrenzung von Wettleidenschaft und Bekämpfung von Wettsucht aber nicht konsequent um, dann sei es auch nicht zu rechtfertigen, Private vollständig vom Angebot von Sportwetten auszuschließen.

Auch in seiner Entscheidung über die Ausgestaltung des Nichtraucher-schutzes in Baden-Württemberg und Berlin verlangt das Bundesverfassungsgericht eine konsequente Gesetzgebung, dieses Mal in einer etwas anderen Formulierung. Hier heißt es:

„Hat sich der Gesetzgeber aufgrund des ihm zukommenden Spielraums zu einer bestimmten Einschätzung des Gefahrenpotenzials entschlossen, auf dieser Grundlage die betroffenen Interessen bewertet und ein Regelungskonzept gewählt, so muss er diese Entscheidung auch folgerichtig weiterverfolgen. Gefahreinschätzungen sind nicht schlüssig, wenn identischen Gefährdungen in demselben Gesetz unterschiedliches Gewicht beigemessen wird.“²

Was meint das Bundesverfassungsgericht damit? Zum besseren Verständnis sei kurz in Erinnerung gerufen, dass die Landesgesetzgeber kein absolutes Rauchverbot für Gaststätten erlassen haben. Sie haben vielmehr Ausnahmen vom Rauchverbot für separate Nebenräume oder auch für die Außengastro-nomie vorgesehen. Allerdings können aus tatsächlichen Gründen nicht alle Gaststätten von diesen rechtlichen Ausnahmen profitieren. Für solche Gaststätten, für solche Eckkneipen, wirkt das relativierte Verbot der Nichtraucher-schutzgesetzes deshalb wie ein absolutes Verbot. Der Vorwurf, den das

1 BVerfGE 115, 276 (Ls. u. 310).

2 BVerfG NJW 2008, S. 2409 (2415).

Bundesverfassungsgericht den Gesetzgebern nun gemacht hat und der zur Verfassungswidrigkeit der Gesetze geführt hat, liegt darin, dass die Gesundheitsgefährdungen durch Passivrauchen bei der Abwägung gegenüber der Berufsfreiheit der Gastwirte ein unterschiedliches Gewicht erhielten.

Bildlich ausgedrückt: Der Gesetzgeber hat den Lebens- und Gesundheitsschutz nach Auffassung nicht mit 10 kg in die Waagschale geworfen, obwohl dies verfassungsrechtlich möglich gewesen wäre, weil der Schutz der Bevölkerung vor Lebens- und Gesundheitsgefahren einen überragend wichtigen Gemeinwohlbelang darstellt. Vielmehr hat er ihn abgewogen mit entgegenstehenden Interessen etwa der Berufsfreiheit von Gastwirten, sicherlich aber wohl auch mit den durch die allgemeine Handlungsfreiheit geschützten Interessen der Raucher. Und als Ergebnis dieser Abwägung hat er Ausnahmen zugelassen – eine Entscheidung, die verfassungsrechtlich nicht nur unbedenklich erscheint, sondern geradezu vorbildlich eine praktische Konkordanz zwischen mehreren widerstreitenden Grundrechtspositionen herstellt. Das Bundesverfassungsgericht folgert nun aber aus der Herstellung dieses Ausgleichs, dass der Gesetzgeber den Lebens- und Gesundheitsschutz eben nur reduziert verfolge – er messe ihm nur ein Gewicht von – immer noch bildlich ausgedrückt – 7 kg bei. Und deshalb dürfe er bei der Abwägung des Gesundheitsschutzes mit den Interessen von Betreibern von Einraumkneipen und Diskotheken auch nur dieses verminderte Gewicht berücksichtigen – alles andere sei nicht folgerichtig, sei inkonsequent und deshalb unverhältnismäßig und verfassungswidrig.

Insbesondere also die Entscheidung zum Nichtrauchererschutz wirft die Frage auf, ob es ein verfassungsrechtliches Gebot der Folgerichtigkeit gibt, einen Verfassungsgrundsatz der Konsequenz, dessen Missachtung zur Verfassungswidrigkeit von Gesetzen führt.

Denn wenn dem so wäre, dann wären eine ganze Reihe weiterer gesetzlicher Regelungen wegen Inkonsequenz verfassungswidrig. Als weiteres Beispiel seien die Regelungen im Informationsfreiheitsgesetz genannt. Das Informationsfreiheitsgesetz statuiert im Grundsatz einen Anspruch jeden Bürgers auf sämtliche Informationen, die bei der Verwaltung vorhanden sind. Allerdings wird dieser grundsätzliche Zugangsanspruch durch eine Reihe von Ausnahmen wieder beschränkt. So darf Zugang zu personenbezogenen Daten nach § 5 IFG nur gewährt werden, soweit das Informationsinteresse des Antragstellers das schutzwürdige Interesse des Dritten am Ausschluss des Informationszugangs überwiegt oder der Dritte eingewilligt hat. Es findet mit anderen Worten eine Abwägung zwischen dem grundrechtlich durch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung geschützten Interesse der betroffenen Person und dem Informationsinteresse des Antragstellers statt. Demgegenüber sind nach § 6 IFG Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse stets vom Informationszugang ausgenommen, ohne dass es hierfür im Einzelfall

einer Abwägungsentscheidung bedürfte. Dies ist schon insoweit inkonsequent, als das Recht auf informationelle Selbstbestimmung einen stärkeren Menschenwürdebezug hat als der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, so dass es an sich einen intensiveren Schutz verdiente. Doch wird man die Ausgestaltung des unterschiedlichen Schutzniveaus nach herrschendem Verfassungsverständnis noch unter die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers fassen können. Anders sähe es aus, wendete man nun das Gebot der Folgerichtigkeit auf die Ausnahmebestimmungen an. Dann würde man argumentieren, dass es inkonsequent sei, dem Zugangsinteresse in Bezug auf personenbezogene Daten ein höheres Gewicht einzuräumen als in Bezug auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, so dass die Bestimmungen insofern verfassungswidrig wären.

B. Folgerichtigkeit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung

Wenn also untersucht werden soll, ob inkonsequente Gesetze stets auch verfassungswidrig sind, dann muss dieser Untersuchungsgegenstand zunächst beschränkt bzw. abgegrenzt werden. Abzugrenzen ist das Gebot der Folgerichtigkeit mit seinem Anspruch auf in sich stimmige, auf konsequente Gesetze von der Widerspruchsfreiheit der gesamten Rechtsordnung.

Widersprüche in der gesamten Rechtsordnung lassen sich nach unterschiedlichen Kriterien differenzieren und systematisieren. In der Gesetzgebungslehre unterscheidet man etwa

- gesetzestechnische Widersprüche, die durch uneinheitlichen Sprachgebrauch, vor allem durch eine nicht koordinierte Verwendung von Begriffen, entstehen,
- Normwidersprüche, bei denen zwei Normen für denselben Tatbestand eine unterschiedliche Rechtsfolge anordnen,
- Wertungswidersprüche, bei denen neue Normen die dem geltenden Recht zugrunde liegenden Wertungen missachten,
- teleologische Widersprüche, die auftreten, wenn das Erreichen des von einer Norm verfolgten Zwecks durch andere Regelungen vereitelt wird,
- und Prinzipienwidersprüche, d.h. Konflikte zwischen den Grundgedanken, die für eine Regelung maßgebend sind.³

3 Vgl. zum Nachfolgenden Müller, Elemente einer Rechtsetzungslehre, 2. Aufl. 2006, S. 175 f.

Mit dieser Formulierung ist zum einen das Grundmuster festgelegt, das auch schon in dem Satz *Goethes* zum Ausdruck kommt: Im ersten bist Du frei, im zweiten bist Du Knechte. Das Gebot der Folgerichtigkeit offenbart sich insofern als eine typische Art der Selbstbindung des Gesetzgebers.⁸ Zum anderen kommt hier aber auch bereits zum Ausdruck, dass das Gebot der Folgerichtigkeit nicht absolut gilt, sondern offensichtlich nicht verletzt ist, wenn hinreichende sachliche Gründe seine Nichtbeachtung rechtfertigen.

In späteren Entscheidungen hat das Bundesverfassungsgericht den Grundsatz der Folgerichtigkeit dann auf verschiedenste Rechtsbereiche angewendet, auf das Sozialversicherungsrecht, das Arbeitslosenhilferecht und auf das Wirtschaftsrecht etwa, und es dabei weiter konkretisiert: Auf der einen Seite stärkte das Bundesverfassungsgericht die Bedeutung des Gebots der Folgerichtigkeit: Wenn der Gesetzgeber an einem einmal gewählten Grundsatz nicht folgerichtig festhalte, durchbreche er die selbst gesetzte Sachgesetzlichkeit. Auf der anderen Seite schwächte das Bundesverfassungsgericht die Bedeutung des Gebots der Folgerichtigkeit aber insofern, als es die im ersten Band aufgeworfene Frage nach den Konsequenzen eines Systembruchs abmilderte: Systembrüche – verstanden als Durchbrechungen des Gebots der Folgerichtigkeit – seien nicht schlechthin unzulässig und würden nicht stets zur Verfassungswidrigkeit führen, sondern indizierten nur einen Fall gleichheitswidriger Willkür. Sie lösen mit anderen Worten eine Rechtfertigungspflicht, aber eben auch eine Rechtfertigungsmöglichkeit aus.

III. Systemgerechtigkeit, Systemstimmigkeit

Dieses Verständnis des Gebots der Folgerichtigkeit war auch in der Literatur vorherrschend, die den Gedanken der Systemgerechtigkeit – später wurde befreit vom Ballast des Gerechtigkeitsbegriffs nur noch von Systemstimmigkeit gesprochen – maßgeblich vorbereitet und über mehrere Jahrzehnte hinweg kommentiert hat.

Maßgeblichen Einfluss hat vor allem *Canaris* gehabt, der das Jahrhundertideal der großen Einheit aller Rechtsregeln und Rechtsbegriffe, wie im 19. Jahrhundert von der zivilistischen Dogmatik entwickelt, nicht nur als allgemein wissenschaftstheoretisches und hermeneutisches Postulat belassen hat, sondern mit der verfassungsrechtlichen Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz verkoppelt hat.⁹ Nach seiner Auffassung wird bei einem Systembruch in der Regel ein Verstoß gegen den verfassungsrechtlichen

8 Vgl. hierzu *Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessens, 2000, S. 30 ff.

9 So die Einschätzung von *Battis*, Systemgerechtigkeit, in: Stödter/Thieme (Hrsg.), Hamburg, Deutschland, Europa, Festschrift für Hans Peter Ipsen, 1977, S. 11 (15).

Gleichheitssatz gegeben sein.¹⁰ Die Folge ist, dass gesetzliche Wertungswidersprüche nicht bloß als rechtstheoretisch und legistisch störend, als Objekt von Auslegungskünsten oder als rechtspolitische Postulate verstanden wurden, sondern mit der Sanktion der Verfassungswidrigkeit und damit grundsätzlich der Nichtigkeit belegt wurden.

Auch andere namhafte Autoren widmeten sich dem Topos Folgerichtigkeit. *Forsthoff* etwa spricht von der Rechtspflicht des Staates zur Folgerichtigkeit, *Denninger* entnimmt dem Gleichheitssatz einen bedingten Verfassungsauftrag im Sinne: Wer A sagt, muss auch A1 sagen.

Bei all diesen Auseinandersetzungen stellte sich früher oder später die Frage, ob dem Gedanken der Folgerichtigkeit ein Gehalt zukomme, der über den des allgemeinen Gleichheitssatzes hinausgehe. Denn dieser ebenso rechtsstaatlich begründete wie grundrechtlich gewährleistete Gleichheitssatz verlangt vom Gesetzgeber ja bereits mit verfassungsbindender Kraft, dass er gleiche Sachverhalte grundsätzlich auch gleich zu regeln hat und Unterschiede jedenfalls nicht willkürlich anordnen darf. Insofern muss hervorgehoben werden, dass auch *Canaris* den systemwidrigen Verstoß gegen den Gleichheitssatz ebenso wie das Bundesverfassungsgericht in der Verletzung des Willkürverbots sieht. Denn nicht übersehen wurde, dass das Grundgesetz mit dem allgemeinen Gleichheitssatz ein subjektiv einforderbares Grundrecht auf Gleichbehandlung bereitstellt, das die willkürliche Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem untersagt – auch und gerade dem Gesetzgeber. Insofern stellte sich stets die Frage, ob das Gebot der Folgerichtigkeit dem zunächst nur auf ein Willkürverbot reduzierten allgemeinen Gleichheitssatz einen neuen, einen präziseren Maßstab verleihen konnte.

IV. Steuerrecht

Dies war und ist im Steuerrecht der Fall, wo das Gebot der Folgerichtigkeit besondere Bedeutung erlangt und auch behalten hat. Neben dem Leistungsfähigkeitsprinzip wird es regelmäßig als verfassungsrechtlicher Maßstab herangezogen, an dem sich Steuertatbestände messen lassen müssen. Dies ist einerseits verständlich, andererseits aber auch verwunderlich. Verständlich ist es insoweit, als dass das Steuerrecht im Schnittpunkt zwischen öffentlichem und privatem Recht systemtranszendente Vergleiche nahe legt. Verwunderlich ist es, weil man sich fragen kann, welches System denn dem Steuerrecht zu Grunde liegt, das folgerichtig verwirklicht werden sollte. Man muss ja nur Steuerzahler, kein Steuerrechtler sein, um dem geltenden Steuerrecht „völlige Systemlosigkeit“ zu attestieren.¹¹ Zyniker behaupten deshalb auch, dass

10 *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 1969, S. 128.

11 Treffend *Battis* (Fn. 9), S. 11 (18).

das gesamte Steuerrecht für verfassungswidrig zu erklären sei, wenn man nur den Gedanken der Folgerichtigkeit anwenden würde.

Das Steuerrecht ist denn so auch eine Fundgrube für inkonsequente Gesetzgebung, insbesondere im Bereich der Verkehrs- und Verbrauchssteuern.¹² Dass es noch eine Kaffee- aber keine Teesteuer mehr gibt, mag dabei noch hingenommen werden. Dass Kaffee auf der einen Seite aber durch diese besondere Verbrauchssteuer belegt wird, auf der anderen Seite bei der Umsatzsteuer aber nur mit dem reduzierten Steuersatz von 7% belastet wird, ist nicht einsichtig. Und um ein weiteres Beispiel zu nennen: Wenn ich in meiner Vertretungszeit eine Zweitwohnung in Augsburg gemietet hätte, hätte ich deren Kosten als doppelte Haushaltsführung von der Einkommenssteuer absetzen und meine Steuerlast dadurch mindern können. Hätte ich eine solche Wohnung gekauft, hätte ich in Augsburg Zweitwohnungssteuer zahlen müssen und meine Steuerlast dadurch vergrößert.

Freilich tragen diese Beispiele insoweit nicht, als die Inkonsequenzen hier zwischen verschiedenen Steuern und d.h. zwischen verschiedenen Gesetzen bestehen, so dass das Gebot der Folgerichtigkeit jedenfalls insoweit nicht zum Tragen kommt, als man es nur auf den Binnenbereich eines einzelnen Gesetzes angewendet wissen möchte. Aber erstens wird im Steuerrecht von namhaften Vertretern gefordert, folgerichtige Ableitungen steuerübergreifend zuzulassen,¹³ und zweitens gibt es auch Beispiele, wo das Gebot der Folgerichtigkeit bezogen auf einen einzelnen Steuer- bzw. Befreiungstatbestand zur Verfassungswidrigkeit geführt hat. Die Nichtigkeitsklärung der neu gefassten Pendlerpauschale ist so ein Beispiel:

„Der generelle Ausschluss dieser Wegeaufwendungen aus dem Tatbestand der Werbungskosten und die gleichzeitige Anordnung, die Kosten für Wege ab 21 Entfernungskilometern „wie“ Werbungskosten zu behandeln und für diese eine aufwandsunabhängige Entfernungspauschale anzusetzen, ist durch eine in sich widersprüchliche Verbindung und Verschränkung unterschiedlicher Regelungsgehalte und Regelungsziele gekennzeichnet und beruht nicht auf einer übergreifenden Konzeption.“¹⁴

Diese Entscheidung bringt zweierlei zum Ausdruck: Sie weist zunächst auf ein Folgeproblem des Gebots der Folgerichtigkeit hin, nämlich dass es dem Gesetzgeber erschwert wird, von einem ursprünglich gewählten Konzept einmal abzuweichen. Darauf wird zurück zu kommen sein. Sie verdeutlicht sodann aber auch noch einmal die besonderen Konsequenzen des Zusammenhangs zwischen dem Gebot der Folgerichtigkeit und dem allgemeinen Gleichheitssatz: Gescheitert ist die Pendlerpauschale wegen der inkonse-

12 Vgl. etwa *Tipke*, Das Folgerichtigkeitsgebot im Verbrauch- und Verkehrssteuerrecht, S. 9 ff.

13 *Tipke* (Fn. 12), S. 9 (23).

14 BVerfGE 122, 210 (230).

quenten Anwendung des Werkstorprinzips, wegen der ungleichen Behandlung der ersten 20 und der darüber hinausliegenden Kilometer des Arbeitsweges. Hätte der Gesetzgeber mehr Mut bewiesen und die Pendlerpauschale vollständig abgeschafft, hätte dies insoweit nicht zur Verfassungswidrigkeit geführt.

C. Folgerichtigkeit als Verfassungsprinzip

Trotz der besonderen Bedeutung im Steuerrecht stellt sich die Frage, ob das Gebot der Folgerichtigkeit ein allgemeines Verfassungsprinzip ist mit der Folge, dass seine Beachtung vom Bundesverfassungsgericht geprüft werden kann und seine Verletzung zur Verfassungswidrigkeit des entsprechenden Gesetzes führt.

I. Folgerichtigkeit als allgemeiner Rechtsgrundsatz

Zum Teil wird das Gebot der Folgerichtigkeit als allgemeiner Rechtsgrundsatz verstanden. Dabei wird auf die Figur des „venire contra factum proprium“ verwiesen und ein Verbot widersprüchlichen Verhaltens auch des Gesetzgebers, ein „venire contra factum proprium legislatoris“¹⁵ abgeleitet.

Freilich bestehen erhebliche Bedenken dagegen, weitreichende Pflichten des Gesetzgebers auf einen unbestimmten allgemeinen Rechtsgrundsatz zu stützen und das Demokratieprinzip dadurch jenseits der geschriebenen Verfassung weiter zu beschränken. Insofern mag man aus den Vergleichen mit dem Verbot widersprüchlichen Verhaltens Parallelen ziehen und politische Postulate ableiten, eine verfassungsrechtliche Bindungswirkung kann so aber nicht begründet werden.

II. Rechtsstaatsprinzip

Soweit das Gebot der Folgerichtigkeit auf hinreichende Bestimmtheit und Rechtssicherheit zielt, wird es zudem unter das Rechtsstaatsprinzip subsumiert. *Lerche*, akademischer Lehrer meines akademischen Lehrers Herrn *Kloepfer* und maßgeblich am Aufbau dieser Fakultät beteiligt, bemüht in seiner vielbeachteten Schrift „Übermaß und Verfassungsrecht“ vor allem auch den Gedanken der Vorhersehbarkeit und verlangt vom Gesetzgeber insoweit auch Konsequenz, als ein plötzliches Überschwenken auf eine andere Leitli-

15 Skeptisch schon *Lerche*, *Übermass und Verfassungsrecht*, 1961, S. 273, der die wenigen möglichen (extremen) Fälle schon ausreichend durch das Vorhersehbarkeitsgebot erfasst sieht.

nie verfassungsrechtlich bedenklich sein könnte. Zugleich warnte er aber auch davor, dass weder jeder Augenblicksgesetzgeber an die Vorstellung seiner Vorgänger gebunden werden dürfte noch Zweckmäßigkeitserwägungen unbesehen zu Rechtsfragen avancieren dürften.¹⁶

III. Folgerichtigkeit als Maßstab von Gleichheitsrechten

Ganz überwiegend wird das Gebot der Folgerichtigkeit aber als Ausfluss oder Teil des allgemeinen Gleichheitssatzes verstanden, wobei offen ist, inwiefern er es anreichert oder konkretisiert. In einer Entscheidung aus dem Jahre 1959 zur Frage, ob Kopfschmerztabletten auch in Drogerien verkauft werden dürfen, findet sich noch die Formulierung:

„Es ist dem Gesetzgeber überlassen, ob er zur Bekämpfung des Arzneimittelmissbrauchs gegen die Werbung für Arzneimittel vorgehen oder ihren Vertrieb beschränken oder beide Maßnahmen ergreifen will. Wenn er sich auf das Vertriebsverbot beschränkt, so handelt er allenfalls nicht ganz konsequent, keinesfalls aber willkürlich.“¹⁷

Im selben Jahr hatte das Bundesverfassungsgericht über die Zulässigkeit der Altersgrenze für Hebammen zu entscheiden. Es entschied damals:

„Wenn das Gesetz [...] ein Mindestmaß an Geburtshilfe sicherstellt, so ist es legitim, dass es auch für die Leistungsfähigkeit der Hebammen volle Gewähr zu schaffen sucht, wozu die Altersgrenze ein Mittel ist. Der Gleichheitssatz zwingt dann nicht dazu, entweder dieser Gewähr durch Verzicht auf die Altersgrenze zu beschränken oder aber auf die Geburtshilfe durch den Arzt auszudehnen, selbst wenn durch solche Ausdehnung die Vorsorge für gute Gesetzgebung perfekter würde.“¹⁸

In diesen Formulierungen wird deutlich, dass dem Bundesverfassungsgericht die Konsequenz zunächst kein Verfassungsmaßstab war, sondern als Verfassungsmaßstab eben nur das Willkürverbot zum Tragen kam. Später hat das Bundesverfassungsgericht in einer inkonsequenten Gesetzgebung jedenfalls ein Indiz für die Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes gesehen, wie bereits ausgeführt wurde.

Mit der sog. Neuen Formel hat das BVerfG im Jahr 1980 das Gebot der Folgerichtigkeit aus dogmatischer Perspektive ein Stück weit aufgewertet. Wird ein gesetzliches System durchbrochen und weist diese Durchbrechung eine gewisse Intensität auf, so kann sie nur durch Gemeinwohlbelange ge-

16 *Lerche* (Fn. 15), S. 272.

17 BVerfGE 9, 73 (81).

18 BVerfGE 9, 338 (353).

rechtfertigt werden, die in einem angemessenen Verhältnis zur Ungleichbehandlung stehen.¹⁹

IV. Folgerichtigkeit als Maßstab von Freiheitsrechten

Wird das Gebot der Folgerichtigkeit also an sich im allgemeinen Gleichheitsrecht verortet, erklärt sich die besondere Bedeutung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Nichtraucherchutz: Sie liegt in dem Umstand, dass das Gebot der Folgerichtigkeit nicht – wie im Steuerrecht – im Rahmen eines Gleichheitsrechts angewendet wurde, sondern als Maßstab bei der Prüfung eines Freiheitsrechts, der Berufsfreiheit, herangezogen wurde und im Ergebnis sogar die Verfassungswidrigkeit einer Norm verursacht hat.

In Erinnerung gerufen sei, dass jedenfalls in Bezug auf die Eckkneipen der Verfassungsverstoß nicht mit einer Verletzung des Gleichheitsrechts, sondern mit einer Verletzung der Berufsfreiheit begründet wurde. Die inkonsequente Gewichtung bzw. vielmehr die vermeintlich inkonsequente Gewichtung des Gesundheitsschutzes führe zu einer Unverhältnismäßigkeit im engeren Sinne.

In der Literatur wird die Übertragung des Gebots der Folgerichtigkeit auf Freiheitsrechte, so sie denn überhaupt bewusst zur Kenntnis genommen wird, unterschiedlich aufgenommen. Ähnlich wie in der Diskussion um die Systemgerechtigkeit und Systemstimmigkeit stehen sich zwei Seiten gegenüber, und erneut werden die alten Argumente hervorgebracht.

Hervorgehoben werden insoweit drei Funktionen, die zugleich als Vorteile der konsequenten Anwendung des Folgerichtigkeitsprinzips auf die Beurteilung von Gesetzen empfunden werden:²⁰

19 BVerfGE 55, 72 (88): „Demgemäß ist dieses Grundrecht [Art. 3 Abs. 1 GG] vor allem dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, daß sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten (vgl. BVerfGE 22, 387 [415]; 52, 277 [280]). Diesen Regelungsgehalt des Art. 3 Abs. 1 GG hat das Bundesverfassungsgericht namentlich im Zusammenhang mit Versuchen hervorgehoben, aus einem Gesetzeswerk eine den Gesetzgeber bindende Sachgesetzlichkeit herzuleiten und eine *Systemwidrigkeit als Verletzung des Gleichheitssatzes zu beanstanden* (BVerfGE 34, 103 [105]).“ (Hervorh. durch d. Verf.). Siehe auch bereits BVerfGE 46, 97 (107 ff.). Ferner Stern, in: Stern, Staatsrecht, III/2, § 96 IV 9, S. 1830: „Insgesamt will der Gleichheitssatz Objektivität, Sachgerechtigkeit, Systemtreue und Folgerichtigkeit des gesetzgeberischen Handelns im Grundsätzlichen sichern.“

20 Lindner, Konsequente Zweckverfolgung als Verfassungspflicht des Gesetzgebers, ZG 2007, S. 188 (195).

Zum einen werde eine Stimmigkeitsüberprüfung des einem Gesetz zu Grunde liegenden Regelungskonzepts eingefordert, die insbesondere von Bedeutung sei, wenn dieses Regelungskonzept grundrechtsverkürzend und deshalb rechtfertigungsbedürftig ist. Nicht jeder Grundrechtseingriff könne deshalb isoliert für sich gerechtfertigt sein, rechtfertigende Wirkungen entfaltet vielmehr nur ein „in sich stimmiges Gesamtkonzept“.

Darüber hinaus wird dem Grundsatz auch eine rechtsbewahrende Funktion zugesprochen (die freilich von anderen zugleich als Nachteil empfunden wird). Denn Selbstwidersprüche schwächten die Legitimation des Rechts, die maßgeblich auf Akzeptanz und Anerkennung beruhe. Indem inkonsequente Gesetzgebung durch eine konsequente Beachtung des Grundsatzes der Folgerichtigkeit ausgeschlossen würde, würde das Vertrauen in das Recht wieder gestärkt.

Schließlich wird auch als Vorteil empfunden, dass die Kombination aus Übermaßverbot und Gebot der Folgerichtigkeit dem Gesetzgeber künftig eine hinreichende Begründung abverlangen wird, wodurch er zur Rechenschaft sich selbst gegenüber und gegenüber den Bürgern verpflichtet wird.

Zusammenfassend werden die Befürworter in einem allgemeinen Prinzip der Folgerichtigkeit wohl einen wesentlichen Schritt hin zu einer „Rationalität als Maßstab der Gesetzgebung“²¹ erkennen. Als Kriterium für eine rationale Gesetzgebung wird insofern eine „sprachliche und wertungsmäßige Widerspruchsfreiheit“²² ausgemacht. Auch die Lehre von der guten Gesetzgebung,²³ die Pflicht zum guten Gesetz,²⁴ nimmt solche Kriterien auf.

D. Einwände gegen Übertragung auf Freiheitsrechte

Gegenüber solchen geradezu euphorischen Zustimmungsbekundungen zu den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts sind indes höchste Zweifel angebracht, denn sie ignorieren das Politische der demokratischen Gesetzgebung. Die Übertragung des Gebots der Folgerichtigkeit von den Gleichheitsrechten auf die Freiheitsrechte, die Einbindung dieses Gebots in die im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmende Abwägung

21 Umfassend *Schulze-Fielitz*, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988, S. 454 ff.; vgl. auch die einzelnen Beiträge in Schäffer/Triffterer (Hg.), Rationalisierung der Gesetzgebung, 1984.

22 *Schulze-Fielitz* (Fn. 21), S. 515.

23 Bundesministerium des Innern (Hg.), Der Mandelkern-Bericht – Auf dem Weg zu besseren Gesetzen, Berlin 2002; *Schuppert*, Gute Gesetzgebung, ZG Sonderheft 2003.

24 *Burghart*, Die Pflicht zum guten Gesetz, 1996, passim.

zwischen grundrechtlich geschütztem Individualinteresse und dem politisch definierten Allgemeinwohlinteresse ist strikt abzulehnen. Sechs Bedenken seien vorgetragen, die zum Teil auch schon in den abweichenden Meinungen der Richter *Bryde* und *Masing* anklingen:

I. Vermischung von Gleichheits- und Freiheitsrechten

Zum einen vermischt die Einbindung des Gebots der Folgerichtigkeit in die Freiheitsrechte die Unterscheidung von Gleichheits- und Freiheitsrechten. Sie trägt damit nicht dem unterschiedlichen Schutz Rechnung, der durch diese unterschiedlichen Arten von Grundrechten gewährt wird. Während Gleichheitsrechte eben nur einen relativen Schutz bieten, gewähren Freiheitsrechte einen absoluten Schutz.

Natürlich sollten solche dogmatischen Bedenken allein nicht durchschlagend sein, doch erstens manifestiert sich die Unterscheidung zwischen Gleichheits- und Freiheitsrechten auch und gerade in den Folgen der Feststellung einer Verfassungswidrigkeit: Während Verstöße gegen Freiheitsrechte regelmäßig zur Nichtigkeit von Gesetzen führen, ist das Bundesverfassungsgericht mit der Nichtigkeitsfeststellung wegen der Verletzung von Gleichheitsrechten mit Rücksicht auf die Gestaltungsmöglichkeiten des Gesetzgebers zurückhaltend. Dieser kann einen Gleichheitsverstoß ja bekanntlich auf drei verschiedene Weisen lösen, indem er die zunächst schlechter behandelte Gruppe künftig so behandelt wie die besser behandelte, indem er die zunächst besser behandelte Gruppe künftig ebenso schlecht behandelt oder indem er beide Gruppen auf eine neue Art behandelt. Dies zeigt sich auch in der Nichtraucherentscheidung, in der das Bundesverfassungsgericht den Landesgesetzgebern deutlich mit auf den Weg gegeben hat, sie könnten die Gleichheitsverletzung auch dadurch lösen, dass sie ein absolutes Rauchverbot verhängten.

Zum anderen gibt es überhaupt keine Notwendigkeit, den Maßstab der Verhältnismäßigkeitsprüfung für Freiheitsrechte zu verschärfen. Die Bedeutung des Gebots der Folgerichtigkeit für die Anwendung von Gleichheitsrechten namentlich auf Steuergesetze soll nicht hinterfragt werden, zugleich aber der Grund für diese besondere Bedeutung ins Bewusstsein gehoben werden: Da das Bundesverfassungsgericht lange Zeit davon ausging und in Teilen immer noch davon ausgeht, dass die Erhebung von Steuern keinen Eingriff in die Eigentumsfreiheit darstellen, fehlt es schlicht an einem hinreichend bestimmten verfassungsrechtlichen Maßstab zur Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit von Steuern. Der allgemeine Gleichheitssatz kommt zwar als Maßstab in Betracht, bietet mit seiner Willkürformel aber auch nur wenig Schutz vor dem steuergesetzgebenden Parlament. Deshalb war es notwendig, mit dem Gebot der Folgerichtigkeit im Steuerrecht einen präziseren ver-

fassungsrechtlichen Maßstab zu finden – für andere, für Sachgesetze gilt dies indes nicht, steht hier doch der Maßstab der Freiheitsrechte zur Verfügung.

II. Vom Gegenstand zum Maßstab der Verfassungskontrolle

Ein zweiter Einwand richtet sich gegen die Übernahme der gesetzlichen Wertung der in Ausgleich zu bringenden Belange. Wenn das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber die Bestimmung der Wertigkeit, des Gewichts des öffentlichen Interesses auch in den Fällen überlässt, in denen dieses Interesse von der Verfassung selbst geschützt wird – wie etwa der Lebens- und Gesundheitsschutz der Bevölkerung, dann liefert sich das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber aus.²⁵ Der Gesetzgeber hätte es dann nicht nur in der Hand, das Normziel durch vielfältige Ausnahmen zu relativieren und dadurch zu entkräften, sondern umgekehrt könnte er es auch aufwerten, in dem er ein möglichst scharfes und kompromissloses Schutzkonzept wählt, das sich dann selbst trägt.

Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung ist es dann nur noch ein kurzer Schritt. Insoweit ist dem Einwand *Masings* zuzustimmen, der in seiner abweichenden Meinung in Erinnerung ruft, dass das verfassungsrechtliche Gewicht des Gesundheitsschutzes nicht Folge gesetzlicher Wertungen ist, sondern deren Maßstab.²⁶ Anderenfalls kommt dem Gebot der Folgerichtigkeit erhebliches freiheitsgefährdendes Potenzial zu.

Wenn etwa im Sportwetten-Urteil die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne daran scheitert, dass dem Gesetz die zweckorientierte Konsequenz fehlt, dann lässt sich dies umgekehrt auch so lesen, dass eine Regelung stets (und schon dann) verhältnismäßig im engeren Sinne sei, wenn der Zweck nur konsequent verfolgt werde. Denn das Bundesverfassungsgericht nimmt in der Entscheidung überhaupt keine Abwägung zwischen dem durch die zweckrealisierende Maßnahme beeinträchtigten Interesse – in dem Fall des Interesses eines privaten Anbieters von Sportwetten – und dem zu realisierenden Zweck – der Bekämpfung von Wettsucht – vor. Vielmehr ersetzt es den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne durch die abwägungsindifferente Figur der konsequenten Zweckverfolgung.²⁷

25 Bezogen auf die Bestimmung der Ausgangsbasis der Folgerichtigkeit im Steuerrecht vgl. *Tipke* (Fn. 12), S. 9 (10).

26 *Masing*, *Abweichende Meinung*, BVerfG NJW 2008, S. 2409 (2421).

27 *Lindner*, (Fn. 20), S. 188 (194).

Diese Überlegung ist freilich nur theoretischer Art und zieht – wohl in unzutreffender Weise – Rückschlüsse und noch dazu Umkehrschlüsse von einer einzelnen Entscheidung auf mögliche künftige Entscheidungen. Doch die Gefahr einer zu starken Betonung des Zwecks im Rahmen der Angemessenheit ist nicht von der Hand zu weisen. Wenn das Gebot der Folgerichtigkeit deshalb überhaupt in die Verhältnismäßigkeitsprüfung aufgenommen werden sollte, dann ist es sinnvoller, es auf der ersten Stufe etwa bei der Eignung der Mittel zu verorten. Denn erstens sind es ja die Eingriffe in Grundrechte, also die Mittel, die auf ihre Folgerichtigkeit überprüft werden, und zweitens besteht dann im Rahmen der Erforderlichkeit und der Angemessenheit immer noch die Möglichkeit, die Abwägung zu korrigieren.

III. Radikalisierung der Rechtsordnung

Der wohl schärfste Einwand gegenüber der Übertragung des Gebots der Folgerichtigkeit auf die Freiheitsrechte liegt in der möglichen radikalierenden Wirkung. Sie kommt schon in dem obiter dictum der Entscheidung zum Ausdruck, nach dem ein absolutes Rauchverbot mit der Verfassung im Einklang stünde, das abgestufte Konzept dagegen nicht.

Sie lässt sich aber auch auf die etwas zugespitzte These fassen, dass durch die Einbindung des Gebots der Folgerichtigkeit in die Verhältnismäßigkeitsprüfung politische Konsequenz gefordert wird, wo früher praktische Konkordanz gefragt war. Wenn verhältnismäßige Gesetzgebung, wie im Fall der Nichtrauchergesetze, inkonsequent ist, dann neigt konsequente Gesetzgebung dazu, unverhältnismäßig zu sein.

Ebenfalls überspitzt formuliert konzentriert sich der Grundsatz der Folgerichtigkeit eben zu sehr auf die Folgen, auf den zweiten Schritt. Folgerichtig – in der Folge richtig, was nützt dies, wenn die Prämisse falsch war? Falsch, aber konsequent, scheint dem Gebot der Folgerichtigkeit insoweit näher als richtig, aber inkonsequent.²⁸

28 Genau umgekehrt hingegen *Bulla*, Freiheit der Berufswahl, 2009, S. 321 ff.; *ders.*, Das Verfassungsprinzip der Folgerichtigkeit und seine Auswirkungen auf die Grundrechtsdogmatik, ZJS 2009, S. 585 (590): So wie das Verhältnismäßigkeitsprinzip in Gestalt der neuen Formel auf die Dogmatik der Gleichheitsrechte einwirke, so wirke nun umgekehrt das Gebot der Folgerichtigkeit auf die Dogmatik des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und damit der Freiheitsrechte ein. Oder anders ausgedrückt: So wie die unverhältnismäßige Ungleichbehandlung eine Verletzung von Gleichheitsrechten zur Folge habe, so führe ein Verstoß gegen den Grundsatz der Folgerichtigkeit zu einem unverhältnismäßigen Eingriff und damit zu einer Verletzung von Freiheitsgrundrechten.

IV. Konkrete Zweckbestimmung

Entscheidend ist also, um einen vierten, nicht ganz so gravierenden Einwand anzusprechen, dass auch der erste Schritt genau überprüft wird, denn er fungiert nach dem Gebot der Folgerichtigkeit als Maßstab für den zweiten. Das Schutzkonzept eines Gesetzes zu beurteilen, bereitet jedoch erhebliche Probleme. Bei allem Respekt gegenüber der Mehrheitsentscheidung in einem kollegial besetzten Spruchkörper zeigen doch die zwei abweichenden Meinungen der Richter *Bryde* und *Masing*, wie schwierig es sein kann. Im Ergebnis ist es dem Bundesverfassungsgericht übrigens auch nicht gelungen, wie gleich noch ausgeführt wird.

In der Literatur wird zwar über verschärfte Darlegungslasten und Begründungspflichten des Gesetzgebers nachgedacht, um das System, um den ersten Schritt verständlicher zu machen, der dann als Maßstab für die Folgerichtigkeit dient.

Doch hier sind Zweifel angebracht. Erstens wird der Gesetzgeber versucht und auch gut beraten sein, seine Entscheidungen durch mehrere Gründe, also multifinal, abzusichern. Er muss dies schon deshalb, da er – anders als zum Teil die Verwaltung – Begründungen für seine Entscheidungen nicht nachschieben kann. Dies ist schon jetzt häufig die Regel – es ist nicht immer einfach, den eigentlichen Beweggrund für eine gesetzliche Regelung herauszukristallisieren.

Doch solche Begründungspflichten tragen nicht. Auch diesbezüglich herrscht seit langem Streit über die Frage, ob, in welchem Umfang und mit welchen Konsequenzen ein Gesetz begründet werden muss. Der Gesetzgeber schuldet nichts als das Gesetz, also insbesondere auch keine Begründung, ist die eine Extremposition, die hierzu vertreten wird. Auf der anderen Seite stehen rechtspolitische Forderungen nach weitreichenden und z.T. sanktionsbewehrten Begründungspflichten. Dass solche Begründungen sinnvoll sind und auch verfassungsrechtliche Bedeutung erlangen können – insbesondere zur Bestimmung der Gesetzgebungskompetenz und zur Beurteilung der Verhältnismäßigkeit – ist unbestritten. Doch das Problem fängt schon bei der Frage an, wer eigentlich der Gesetzgeber ist, wer das Gesetz also begründen muss. Und es setzt sich fort in der Frage, was Maßstab der Folgerichtigkeit ist – der Gesetzestext oder die Gesetzesbegründung. Jedenfalls darf die Begründung nicht zum Maßstab des Gesetzestextes avancieren.

So sehr Begründungen deshalb auch begrüßt werden mögen, so wenig werden sie doch erwünschte Klarheit für die gesetzliche Zweckbestimmung bringen. Denn in einer etwaigen Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht bleibt der singuläre Zweck oder bleiben die pluralen Zielsetzungen eines Gesetzes der Interpretation des Gerichts überlassen. Entscheidend bleibt dann der Gesetzestext, wie auch das Urteil zu den Nichtraucher-schutzgesetzen belegt: Beide auf dem Prüfstand stehende Landesgesetze

geben in ihren Begründungen den effektiven Schutz von Leben und Gesundheit von Nichtrauchern an, und doch hat das Bundesverfassungsgericht aus den einzelnen gesetzlichen Regelungen ein nur relativiertes Schutzkonzept herausgelesen.

V. Gewaltenteilung

Ein fünftes Argument soll an dieser Stelle²⁹ nur skizziert werden – es betrifft die Gewaltenteilung zwischen der Gesetzgebung und dem Bundesverfassungsgericht. Das Gebot der Folgerichtigkeit verstärkt in der Tendenz die Kontrolldichte des Bundesverfassungsgerichts und erhöht die Gefahr, dass das Bundesverfassungsgericht sich zum Ersatzgesetzgeber aufschwingt. Diese Gefahr ist um so größer, als es einem Spruchkörper von acht Richtern sehr viel einfacher sein wird, ein in sich stimmiges Gesamtkonzept eines Gesetzes zu konzipieren oder jedenfalls zu plakativieren als es in der demokratischen Entscheidungsfindung in den Gesetzgebungsorganen der Fall ist. Da es zudem nur mit Juristen besetzt ist, werden rechtsstaatliche Rationalitätsaspekte hier sicherlich eher eine Rolle spielen als demokratische Prioritätsfestlegungen.

VI. Demokratieprinzip

Damit sei mit dem Demokratieprinzip das letzte Argument in Form einer These benannt: Demokratische Gesetzgebung ist inkonsequente Gesetzgebung.

Dies ergibt sich nicht schon aus dem Grundsatz der Herrschaft auf Zeit, da der Grundsatz der Folgerichtigkeit ja (bislang) gesetzesintern angewendet wird und insofern regelmäßig keine legislaturperiodenübergreifende Gesetzgebung erfasst.³⁰ Es ergibt sich auch nicht schon per se aus dem Grundgedanken der demokratischen Gesetzgebung, denn auch demokratische Herrschaft ist im Verfassungsstaat gebundene Herrschaft. Demokratische

29 Zur Drucklegung sind zahlreiche Beiträge publiziert, die sich mit diesem Aspekt genauer auseinandersetzen, vgl. *Bumke*, Die Pflicht zur konsistenten Gesetzgebung, *Der Staat* 49 (2010), S. 77 ff., *Dann*, Verfassungsgerichtliche Kontrolle gesetzgeberischer Rationalität, *Der Staat* 49 (2010), S. 631 ff.; *Payandeh*, Das Gebot der Folgerichtigkeit: Rationalitätsgewinn oder Irrweg der Grundrechtsdogmatik, *AöR* 136 (2011), S. 578 ff., sowie die Berichte von *Lienbacher* und *Grzeszick* auf der 71. Jahrestagung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer 2011 in Münster.

30 Die Anwendung des Grundsatzes der Folgerichtigkeit auf Änderungsgesetze stünde insoweit vor weiteren Problemen, die erneut aber auf die Frage hinausliefen, wer (und wann) den Gesetzeszweck bestimmt, der zum Maßstab seiner selbst werden soll.

Gesetzgebung ist nicht frei, sie ist verfassungsgebunden und sie ist vor allem grundrechtsgebunden.

Es ergibt sich aber aus dem Wesen demokratischer Gesetzgebung und aus ihrem konkreten Zustandekommen. Widersprüche in Gesetzen sind nämlich häufig das Ergebnis von Kompromissen, und Kompromisse sind das Kennzeichen demokratischer Rechtsetzung.³¹ Soweit hingegen behauptet wird, dass demokratische Legitimation noch keine Ermächtigung zu irrationalen Entscheidungen sei,³² trägt dies nicht. Rationalität ist kein Maßstab für die Beurteilung demokratisch legitimierter Entscheidung, jedenfalls kein rechtlicher. Sollen die politischen Handlungsspielräume des Gesetzgebers nicht noch weiter begrenzt werden, sind über die verfassungsrechtlichen Bindungen hinausgehende Rationalitätsanforderungen deshalb äußerst zurückhaltend an die gesetzliche Tätigkeit anzulegen. Dies gilt um so mehr, je stärker die politischen Gestaltungsmöglichkeiten ohnehin schon durch eine europäische und globale Regelungsflut begrenzt sind. Wenn in diesem Interpendenz-Verhältnis der verschiedenen Regelungsebenen noch zusätzliche Rationalitätsdesiderate mit rechtlicher Verbindlichkeit angereichert werden, dann wird nicht nur der demokratische Gestaltungsprozess gelähmt, sondern dann läuft das Recht umgekehrt auch Gefahr, mangels praktischer Durchsetzbarkeit seine Bindungswirkung zu verlieren. Insofern kann und sollte das Gebot der Folgerichtigkeit als politisches und legistisches Desiderat verstanden werden, nicht jedoch als Rechtsprinzip. Der Erfindungsgeist der Rechtswissenschaft und Verfassungsrechtsprechung sollte sich in seinem Ehrgeiz insoweit zügeln und verstärkt das Politische in der demokratischen Gesetzgebung erkennen.

Klaus Meßerschmidt beobachtet hierzu, dass „die wissenschaftliche Kreativität [...] durch die Weiterentwicklung des Verfassungsrechts, oftmals auch durch Theorien, unter Beweis gestellt wird, die auf eine Intensivierung der Verfassungsbindung des Gesetzgebers hinauslaufen“.³³ Ein Verfassungsprinzip der Folgerichtigkeit wäre so ein weiteres Beispiel für eine Theorie, eine Lehre, die „eher zur Verhinderung als zur Eröffnung politischer Handlungsmöglichkeiten beiträgt.“³⁴ Dies wiegt umso schwerer, als sich ein konsequentes Prinzip der Folgerichtigkeit nicht nur für ein neues Gesetz, sondern insbesondere auch für etwaige Gesetzesänderungen als ausgesprochen konservierend auswirken würde. Denn das Gebot der Folgerichtigkeit er-

31 Ebenso *Bryde*, Abweichende Meinung, BVerfG NJW 2008, S. 2409 (2420).

32 Vgl. *Frenzel*, Nachhaltigkeit als Prinzip der Rechtsentwicklung?, 2004, S. 107; unter Verweis auf *Öhlinger*, Planung der Gesetzgebung und Wissenschaft, in: *ders.* (Hg.), Methodik der Gesetzgebung, 1982, S. 1.

33 *Messerschmidt* (Fn. 8), S. 424.

34 So *Bryde*, Verfassungsentwicklung, 1982, S. 215; vgl. auch *Messerschmidt* (Fn. 8), S. 24.

schwert dem Gesetzgeber, einen einmal aufgenommenen Kurs zu verlassen und umzusteuern. *Masing* weist im konkreten Fall des Nichtrauchergesetzes denn auch jenseits rechtlicher Überlegungen darauf hin, dass durch die Vorgaben der Folgerichtigkeit in tatsächlicher Hinsicht Marktkräfte festgeschrieben werden.³⁵

E. Bedeutung der Prämissen für die Folgerichtigkeit

Wer im zweiten Schritt gebunden ist, bedenke den ersten. Dies ist die Struktur des Gebots der Folgerichtigkeit. Es gilt aber auch für das Bundesverfassungsgericht. Im Unterschied zur zitierten Entscheidung aus dem ersten Band war das Bundesverfassungsgericht dieses Mal nicht klug genug zu erkennen, dass die Frage der Folgerichtigkeit zunächst auch eine Frage der Prämisse ist.³⁶ Und so hat es seine Entscheidung auf eine falsche Einschätzung des Gesetzes gestützt.

Um dies zu erklären, sei noch einmal kurz auf das Bild mit den gewichteten Interessen zurückzukommen. Es veranschaulicht, wo der Fehler der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts liegt. Es wirft dem Gesetzgeber vor, den Lebens- und Gesundheitsschutz innerhalb desselben Gesetzes unterschiedlich zu bewerten, es veranschlage nicht die vollen 10 kg, sondern aufgrund eines relativierten Konzepts nur 7 kg für dieses überragend wichtige Gemeinschaftsgut.

Doch diese Annahme ist nicht richtig. Denn der Gesetzgeber geht ja gerade nicht von einem verminderten Gewicht des Gesundheitsschutzes aus – sondern misst ihm das volle verfassungsrechtlich zugewiesene Gewicht von 10 kg zu. Die 7 kg resultieren erst aus der Abwägung mit den entgegenstehenden Interessen, sie sind das Ergebnis der Abwägung.³⁷ Insofern ist es gerade nicht folgerichtig, nun dieses verminderte Gewicht des Lebens- und Gesundheitsschutzes gegenüber anderen wirtschaftlichen Interessen etwa von Betreibern von Einraumkneipen oder von Diskotheken in die Waagschale zu werfen. Vielmehr muss bei dieser neuen Abwägung der Lebens- und Gesundheitsschutz erneut mit den vollen 10 kg eingebracht werden – und hätte sich wohl recht deutlich gegenüber den anderen Interessen durchgesetzt,

35 *Masing* (Fn. 26), S. 2422.

36 BVerfGE 1, 15 (46).

37 Richter *Bryde* hat dies erkannt und in seiner abweichenden Meinung auch zum Ausdruck gebracht: „Ich kann nicht erkennen, dass die Landesgesetzgeber das Ziel des Nichtraucherschutzes relativiert hätten, so dass Lebens- und Gesundheitsschutz auch als Abwägungsposition gegenüber wirtschaftlichen Interessen relativiert werden könnten.“

wie das Bundesverfassungsgericht in einem obiter dictum zu erkennen gegeben hat.

Das Paradoxe an der Entscheidung liegt somit darin, dass das Bundesverfassungsgericht, um eine vermeintliche Gleichbehandlung bei den Ausnahmetatbeständen vom grundsätzlichen Rauchverbot zu gewährleisten, selbst eine Ungleichbehandlung vornimmt: In Bezug auf Einraumkneipen misst es dem Lebens- und Gesundheitsschutz ein geringeres Gewicht zu als in Bezug auf sonstige Gaststätten. Nicht der Gesetzgeber bemisst eine identische Gefahr mit unterschiedlichem Gewicht, sondern das Bundesverfassungsgericht. Nicht das vermeintlich inkonsequente Schutzkonzept des Gesetzgebers, sondern dessen falsche Bewertung durch das Bundesverfassungsgericht führt zur Verfassungswidrigkeit des Gesetzes.

Ist die Entscheidung also eine falsche Entscheidung, eine Fehlentscheidung, ist zu hoffen, dass das Bundesverfassungsgericht den Grundsatz der Folgerichtigkeit ohne Konsequenz anwenden wird.³⁸ Insofern sei dieser Beitrag nicht nur als Plädoyer für eine inkonsequente Gesetzgebung, sondern insbesondere auch für eine inkonsequente Verfassungsrechtsprechung verstanden. Dass Folgerichtigkeit von Gesetzen ein politisches und legitisches Desiderat sein kann und sein sollte,³⁹ wird damit nicht in Frage gestellt. Doch inkonsequentes Recht kann und sollte diesseits eines Verstoßes gegen den allgemeinen Gleichheitssatz nur auf politischem Wege korrigiert werden.

38 So schon der Befund zur Anwendung des Gedankens der Systemgerechtigkeit, vgl. *Battis* (Fn. 9), S. 11 (14), m.w.N.

39 So in Bezug auf eine Pflicht zum guten oder gar vollkommenen Gesetz *Meßerschmidt* (Fn. 8), S. 787.