

Martin Führ

## Symbolische Gesetzgebung: verfassungswidrig?\*

Symbolische Gesetzgebung ist seit mindestens einem Vierteljahrhundert Gegenstand der Kritik.<sup>1</sup> Angeprangert wird meist die »Schein-Gesetzgebung«, also das »gleiserische Vortäuschen von Funktionen«<sup>2</sup>, verstanden als Differenz zwischen der proklamierten Steuerungsleistung und der infolge der gewählten Instrumentierung tatsächlich erreichbaren Verhaltensbeeinflussung. »Symbolische Gesetzgebung« hat aber auch noch einen anderen Bedeutungsgehalt, den man als »zeichenhafte Gesetzgebung« umschreiben könnte: Gemeint ist hier ein zeichenhaftes Handeln der Politik, eine Kommunikation unter Verwendung von Symbolen; und zwar in Gestalt gesetzgeberischen Handelns. Die Frage nach der symbolischen Gesetzgebung meint damit sowohl die Variante »Symbole statt (substantieller) Politik« als auch die »Politik mit Symbolen«. Beide Erscheinungsformen sind auf den Prüfstand des Verfassungsrechts zu stellen.

### A. Schein-Gesetzgebung

Wenden wir uns zunächst der »Scheingesetzgebung« zu; der – auch aus juristischer Perspektive – relativ gut untersuchten Variante symbolischer Gesetzgebung. Der Vorwurf an den Gesetzgeber, er beschränke sich auf Placebo-Gesetzgebung,<sup>3</sup> wird neben dem Strafrecht vor allem im Umweltrecht erhoben.<sup>4</sup> Hintergrund dieser Kritik ist ein

---

\* Der Beitrag ist die schriftliche Fassung des Habilitationsvortrages, den der Verfasser am 29. Mai 2002 vor dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Johann Wolfgang Goethe-Universität, Frankfurt am Main, gehalten hat.

1 Siehe etwa Murray Edelman »The Symbolic Uses of Politics« und »Politics as Symbolic Action« (1964/1972; deutsch 1976: Politik als Ritual).

2 Winfried Hassemer, Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz, Neue Zeitschrift für Sozialrecht 1989, 553/555. Siehe dazu auch Voß, Symbolische Gesetzgebung – Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten, 1989.

3 Franßen, in: Deutscher Bundestag, Protokoll 13/31, 25: zur »BImSchG-Beschleunigungs-Novelle« von 1996: »Gesetze dieser Art haben häufig nur Appellcharakter und wirken damit wie Placebos. Das darf aber niemand laut sagen, schon gar nicht die dem Gesetz verpflichtete Verwaltungsgerichtsbarkeit.« Und er fügte hinzu (a.a.O., 26), »daß für den angestrebten Beschleunigungszweck nichts hinderlicher ist, als die beschleunigte Beratung von Beschleunigungsgesetzen«.

4 Siehe dazu Analyse und Kritik in den Beiträgen zu Hansjürgens/Lübbe-Wolff, Symbolische Umweltpolitik, Frankfurt am Main 2000 (Eröffnungstagung der Forschungsgruppe »Rationale Umweltpolitik – Rationales Umweltrecht« am Zentrum für interdisziplinäre Forschung an der Universität Bielefeld).

bestimmtes Verständnis der Gesetzgebung: Spätestens seit der Aufklärung ist »rationale Gesetzgebung« ein Pleonasmus. Die Forderung nach der Rationalität des Rechts ist »unhintergebarer Maßstab« für alle heutigen Formen der Rechtsetzung: »Ein Verzicht auf diesen Maßstab implizierte einen Verzicht auf den gesetzlichen Regelungsanspruch überhaupt.«<sup>5</sup> Gesetzgebung folgt der Zweck-Mittel-Relation instrumenteller Vernunft; ihr geht es um eine Verhaltensbeeinflussung, um auf diese Weise zuvor definierte Steuerungsziele zu erreichen. Die dazu eingesetzten Steuerungsinstrumente müssen sich im Hinblick auf die Steuerungsfunktion rechtfertigen lassen.

Die Schein-Gesetzgebung verstößt gegen die verhaltensorientierte Zweck-Mittel-Rationalität. Kern der Kritik ist dementsprechend die Differenz zwischen vorgetäuschter und tatsächlicher Steuerungsleistung. Gemeint ist nicht das »schlechte« Gesetz, sondern eine *Effektivitätsbehauptung zum Zeitpunkt der Verabschiedung des Gesetzes trotz erkennbarer Unwirksamkeit*. Diese Form der Kritik ist eine relativ nüchterne: Es geht um ein Effektivitäts-Delta; mit anderen Worten: Mehr (absichtsvoll erzeugter) Schein als Sein. Kritikwürdig erscheint die ungedeckte Steuerungspräention, der erzeugte falsche Schein, die nur vorgespiegelte politische Leistung, die Täuschung der Adressaten darüber, was die jeweilige politische Aktivität wirklich bewegt. Kritisiert wird die »Irreführung über die wirklichen Ziele und Leistungen der Politik«; ein besonders schwerer Fall liege vor, wenn »Gesetze und andere Rechtsakte nicht mehr als Instrumente der Steuerung, sondern nur noch als Vermittlung der Botschaft, dass gesteuert werde« Verwendung finden<sup>6</sup>. In der Terminologie des Strafrechts handelt es sich also um eine Form des »politischen Betruges«. Der Betrug, der nach § 263 StGB bestraft wird, hat einen Vermögensvorteil zum Ziel. Bei der Schein-Gesetzgebung legt es die Politik darauf an, »durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen« in der breiten Öffentlichkeit oder einer bestimmten Klientel »einen Irrtum zu erregen oder zu unterhalten«, weil sie sich davon einen Vorteil verspricht; einen Vorteil freilich politischer Natur. Die *Frage* um die es hier geht, lässt sich daher auch so formulieren: *Gibt es ein verfassungsrechtliches Äquivalent zum Betrugsparagrafen im Strafgesetzbuch?* Gegenstand der Täuschungshandlung können Gesetzgebungsakte auf verschiedenen Ebenen sein: Zum einen Änderungen des Verfassungsrechts und zum anderen Legislativakte im Range des einfachen Rechts.

### 1. *Symbolisches Verfassungsrecht*

Auch Grundgesetzänderungen sehen sich der Kritik gegenüber, es handele sich letztlich um symbolische Maßnahmen. Dies gilt etwa für die Einfügung des Staatszieles »Umweltschutz« in Art. 20a GG; neuerdings auch für dessen Ergänzung um den Tierschutz. Bezogen auf Art. 20a GG kam etwa *Isensee* zu der Einschätzung, die Verfassungsänderung diene lediglich dazu, »dem allseits anerkannten Umweltschutz symbolisch zu huldigen«, ihn »zur Ehre der verfassungsrechtlichen Altäre zu erhe-

<sup>5</sup> *Schulze-Fielitz*, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988, 458.

<sup>6</sup> *Lübbe-Wolff*, Verfassungsrechtliche Grenzen symbolischer Umweltpolitik, in *Hansjürgens/Lübbe-Wolff* (Fn. 4), 217/218.

ben«; letztlich sei es nicht mehr als »gut gemeinte Geste, Ausfluß der Stimmungsdemokratie, symbolische Politik«. <sup>7</sup> In diesem Zusammenhang fiel auch das abschätzig gemeinte Verdikt der »Pastoren-Verfassung«.

Es stellt sich allerdings die Frage, ob das Verfassungsrecht im Hinblick auf die Ausgangsfragestellung überhaupt ein tauglicher Täuschungs-Gegenstand sein kann. Wenn das Grundgesetz – wie bei der Einfügung von Art. 20a GG – um eine verfassungsrechtliche Prinzipiennorm ergänzt wird, dürfte die Erwartung, mit der Aufnahme einer solchen Vorschrift seien zugleich unmittelbare Steuerungsimpulse verbunden, ohnehin kaum tragfähig sein. Verfassungsgüter haben sich im Wettstreit mit anderen Verfassungsgütern zu bewähren; dem Gesetzgeber steht hier ein Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum zu und erst bei groben Verstößen greift das BVerfG zur »roten Karte«. Verfassungsbestimmungen erfüllen zudem mehr als eine Funktion: Sie bilden einerseits Grundlage und Maßstab der Gesetzgebung und der darauf bezogenen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Insofern haben sie eine – wenn auch begrenzte – Steuerungsfunktion; wobei sich die Begrenzung aus der Struktur der verfassungsrechtlichen Kompetenzzuordnung und der damit einhergehenden Funktionsverteilung ergibt. Auch bei einer solchen »Juristen-Verfassung« ist eine darüber hinausgehende Steuerungsfunktion a priori ausgeschlossen und kann daher auch nicht Gegenstand einer Täuschungshandlung sein.

Eine weitere Funktion einer Verfassung ist auf die Selbst-Vergewisserung über die Grundlagen des Gemeinwesens gerichtet: Die Verfassung hat auch die Aufgabe, politische Einheit zu stiften und Konsens über die Grundlagen der gemeinsamen Ordnung nicht nur zum Ausdruck zu bringen, sondern auch lebendig zu halten und zu fördern; also eine immer wieder neu hervorzubringende Selbstvergewisserung des Gemeinwesens über die »fundamentalen Bedingungen der kollektiven Existenz«. <sup>8</sup> In dem vorgenannten Sinne könnte man von einer »Bürger-Verfassung« sprechen. Die Variante der zeichenhaften Normsetzung (dazu unter B.) fungiert hier als »Selbstzeugnis« der Gesellschaft, welches in der Verfassungsbestimmung seinen symbolhaft verdichteten Ausdruck findet.

## II. Einfachgesetzliche Symbolik im Umweltrecht

Nicht jede Norm auf der Ebene des einfachen Gesetzes ist darauf angelegt, unmittelbar das Verhalten der Adressaten zu beeinflussen. Auch hier ist also zunächst zu fragen, welche Normen taugliche Objekte gesetzgeberischer Täuschungshandlungen sind, wie im folgenden am Beispiel des Umweltrechts zu verdeutlichen ist.

<sup>7</sup> *Isensee*, Mit blauem Auge davongekommen – das Grundgesetz, NJW 1993, 2585.

<sup>8</sup> *Denninger*, Vielfalt, Sicherheit und Solidarität: Ein neues Paradigma für Verfassungsgesetzgebung und Menschenrechtsentwicklung, in: *ders.*, Menschenrechte und Grundgesetz, 1994, 16 ff./18 (unter Verweis auf *Heller*); *Lübbe-Wolff* (Fn. 6), 224 mit Fn. 20 (unter Verweis auf *Smend*).

## 1. Ziel- und Zweckbestimmungen

Bei »modernen« Umweltgesetzen finden sich eingangs zunächst Ziel- und Zweckbestimmungen, bei denen schon fraglich ist, ob man von ihnen verhaltenssteuernde Effekte erwarten darf. Dies gilt jedenfalls dann, wenn in den Zweckbestimmungen konfligierende Ziele niedergelegt sind, wie etwa in § 1 Gentechnikgesetz mit dem Nebeneinander von Förder- und Schutzzweck (ebenso die frühere Fassung des Atomgesetzes). Es gibt aber auch Umweltgesetze, die in ihrer Zweckbestimmung eine klare Zielrichtung aufweisen. § 1 BImSchG formuliert als Zweck des Gesetzes allein den Schutz von Mensch und Umwelt.<sup>9</sup> Nimmt man diese Aussage des Gesetzgebers für bare Münze, ist im folgenden Schritt zu fragen, ob er taugliche Instrumente bereit stellt, um den proklamierten Gesetzeszweck zu erreichen, oder ob er – wovon wohl auszugehen ist<sup>10</sup> – durch unzureichende normative und instrumentelle Konkretisierung ein Vollzugsdefizit programmiert und damit eine Relativierung des Schutzzweckes billigend in Kauf nimmt. Damit spricht auf den ersten Blick alles dafür, einen Fall von Schein-Gesetzgebung anzunehmen. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass auch bei vermeintlich »eindeutig« formulierten Zielbestimmungen der Grad des Schutzes noch unbestimmt bleibt. Es handelt sich also eher um eine Aussage im Hinblick auf eine Schutzintention als ein quantifiziertes Schutzversprechen. Allerdings kann man auch hinter die proklamierte Schutzintention zurückfallen, womit der Täuschungstatbestand erfüllt wäre.

Man kann ein Gesetz aber – anstatt von der Zweckbestimmung in § 1 aus – auch von den konkreten Festlegungen her lesen. Dann wird beim Bundes-Immissionsschutzgesetz rasch deutlich, dass es zumindest auch den wirtschaftlichen Interessen von Industrieanlagenbetreibern dienen soll, denn sonst wären bestimmte, aus der Gewerbeordnung übernommene Privilegierungen kaum zu rechtfertigen, die im Ergebnis die zivilrechtliche aequitas zu Gunsten der Investoren deutlich verschieben (§ 14 BImSchG). Die dort getroffene Regelung reicht über Bindungen des Gesetzgebers durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und den Gedanken des Vertrauensschutzes deutlich hinaus. Von daher wäre es redlich gewesen, das Ziel »Erreichung von Investitionssicherheit« auch explizit als Gesetzeszweck zu formulieren.<sup>11</sup> Ob in dem Verschweigen der diesbezüglichen gesetzgeberischen Intention bereits die »Entstellung einer wahren Tatsache« liegt, dürfte angesichts der unverhüllten Botschaft des § 14 BImSchG fraglich sein.

9 Ähnlich § 1 Satz 1 BBodSchG, § 1 ChemG; § 1 KrW-/AbfG, § 1a Abs. 1 WHG (dort formuliert als »Grundsatz«).

10 Führ, Sanierung von Industrieanlagen, 1989, 240. Für den Bereich des Gewässerschutzes: Winter, Vollzugsdefizit im Wasserrecht, 1975.

11 Anlässlich der »Beschleunigungs-Novelle« hätte man das Ziel »Eröffnung von Innovationsmöglichkeiten« hinzufügen können. Zu den symbolischen Gehalten der Beschleunigungsgesetzgebung siehe Steinberg, Symbolische Umweltpolitik unter besonderer Berücksichtigung der Beschleunigungsgesetzgebung, in: Hansjürgens/Lübbe-Wolff (Fn. 4), 63 ff.

## 2. Unmittelbar verhaltensbeeinflussende Vorschriften

Der Täuschungsaspekt liegt deutlich auf der Hand in den Fällen, in denen ein Gesetz konkrete Verhaltensanforderungen formuliert, diese jedoch mit lediglich »symbolischen« Vollzugsinstrumenten unterfüttert. Damit ist absehbar, dass die Anreizsituation der Regelungsadressaten nicht darauf ausgerichtet ist, ein normkonformes Verhalten wahrscheinlich zu machen. Hier lässt die Lektüre der gesetzlichen Verhaltensvorgabe eine Steuerungsleistung erwarten, die durch die instrumentelle Ausgestaltung nicht gedeckt ist; der klassische Fall des programmierten Vollzugsdefizits.

Damit ist aber noch nicht gesagt, daß ein Verstoß gegen materielle<sup>12</sup> Anforderungen des Verfassungsrechts – also gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit oder gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz – vorliegt.

### a) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit kann in der Ausprägung als »Übermaßverbot« nicht zum Tragen kommen, weil es bei der Schein-Gesetzgebung gerade nicht um eine zu starke Einwirkung auf die Rechtsposition der Regelungsadressaten geht. Kurz gesagt: Nicht ein »zu viel«, sondern ein »zu wenig« an Wirksamkeit stellt das Problem dar.

Umgekehrt resultiert aus der Zusammenschau von Staatszielbestimmung aus Art. 20a GG und der staatlichen Pflicht, Grundrechtsbeeinträchtigungen zu vermeiden (sog. Schutzpflicht) die verfassungsrechtliche Forderung, nach einem gewissen Mindestmaß an Schutz, die allerdings verfassungsgerichtlich nur eingeschränkt justiziabel ist und aufgrund der funktionalen Aufgabenzuweisung an Parlament und Verfassungsgerichtsbarkeit nur in Fällen evidenter Verletzung durchgreift.<sup>13</sup> Die materiellen verfassungsrechtlichen Mindestgarantien sind folglich eher im Sinne einer Handlungsnorm relevant, denn als Kontrollnorm.<sup>14</sup> Hinzu kommt ein weiteres: Sanktioniert wird selbst beim Eingreifen des Mindestmaßgebotes als Kontrollnorm nicht die Täuschungshandlung, sondern die fehlende materielle Substanz – unabhängig von der Steuerungsbeauptung.

Festzuhalten bleibt damit, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seiner staatlichen Handeln begrenzenden Ausprägung gar nicht; in seiner aktivierenden Form des Mindestmaßgebotes nur bei evidenter Unterschreitung des verfassungsrechtlich gebotenen Schutzes zum Einsatz kommt. Welche Steuerungsleistung der Gesetzgeber

12 Andere Anforderungen, wie etwa die Einhaltung der Vorgaben zum Gesetzgebungsverfahren oder die Regelungskompetenz (die in der Auseinandersetzung um die – wohl als symbolisch einzustufende – Deklaration und Beschilderung von Gemeinden als »atomwaffenfreie Zone« eine Rolle spielten; siehe etwa *VGH München*, NVwZ-RR 1989, 207 und *Seewald*, Die Verwaltung 1992, 175), sollen außer Betracht bleiben.

13 *Steinberg*, Der ökologische Verfassungsstaat, 1998, 318 ff. (mit einer kritischen Würdigung der diesbezüglichen Rechtsprechung des BVerfG); *Lübbe-Wolff* (Fn. 6), 220 ff.

14 Zu dieser Unterscheidung: *Hesse*, Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzpflichten des Gesetzgebers, in: *Däubler-Gmelin/Kinkell/Meyer/Simon* (Hrsg.) Festschrift Mahrenholz, Baden-Baden, 1994, 541/559. Zum Verhältnis zwischen materiellen und prozeduralen Anforderungen des Verfassungsrechts an die Gesetzgebung siehe *Führ*, Eigen-Verantwortung im Rechtsstaat, (Berlin 2003, i.E.), Kap. E, Abschnitt III.3.

dem Gesetz zugeschrieben hat, ist dabei unerheblich. Eine eventuelle Täuschungshandlung bleibt außer Betrachtung.

b) Gleichbehandlungsgrundsatz (Willkürverbot)

Die zweite zentrale materielle Anforderung des Verfassungsrechts erwächst aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz. Wenn der Gesetzgeber zwar einerseits Verhaltensanforderungen festlegt, andererseits durch defizitäre Instrumentierung die Gefahr heraufbeschwört, daß mit einem Vollzug der Vorschriften allenfalls punktuell zu rechnen ist, ergibt sich ein Gleichbehandlungsproblem: Während manche Freiheitseinbußen hinnehmen müssen, bleibt ein erheblicher Teil der Adressaten davon verschont.

Über eine solche Konstellation hatte das Bundesverfassungsgericht im Bereich des Steuerrechts zu entscheiden. Bei der »Besteuerung der Zinserträge« hing es im wesentlichen von der Erklärungsbereitschaft des Steuerpflichtigen ab, ob es zu einer Versteuerung kam. Die Finanzämter waren aufgrund der ihnen zur Verfügung gestellten Vollzugsinstrumente nicht in der Lage, die Besteuerung durchzusetzen. Für diese Konstellation hat das Gericht einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz bejaht und dies wie folgt begründet. Bei der Auswahl des Regelungsgegenstandes und bei der Bestimmung der Umsetzungsinstrumente (bzw. in der Gestaltung des »Regelungskonzeptes«) habe der Gesetzgeber einen weitreichenden Entscheidungsspielraum. Bei der weiteren Ausgestaltung des Ausgangstatbestandes müsse er die einmal getroffene Belastungsentscheidung dann aber folgerichtig im Sinne der Belastungsgleichheit umsetzen.<sup>15</sup> Soweit es um Regelungen geht, die den Bürger belasten, sei das materielle Recht so auszugestalten, daß es »die Gewähr seiner regelmäßigen Durchsetzbarkeit so weit wie möglich in sich selbst trägt« (271). Fehlt es daran, droht ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz. Um diesen zu verhindern, muß das materielle Recht »in ein normatives Umfeld eingebettet sein (...), welches die Gleichheit der Belastung auch hinsichtlich des tatsächlichen Erfolges prinzipiell gewährleistet« (271).

Es kommt danach also nicht allein auf die gesetzlich formulierten Verhaltenspflichten, sondern auch auf die konkrete instrumentelle Ausgestaltung an. Besteht diesbezüglich ein struktureller Mangel, kann die entsprechende Regelung wegen des Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG verfassungswidrig sein. Drängt sich dies »dem Gesetzgeber erst nachträglich auf, so trifft ihn die verfassungsrechtliche Pflicht, diesen Mangel binnen angemessener Frist zu beseitigen« (272). Diese Pflicht soll nicht allein dem Interesse des Grundrechtsträgers dienen; vielmehr stehen mit dem Rechtsstaatsprinzip und dem Gleichbehandlungsgebot öffentliche Interessen auf dem Spiel, denen nach dem Grundgesetz ein besonderer Rang zukommt (281).

Gleichheits- und damit verfassungswidrig wird eine Regelung allerdings nicht bereits dadurch, daß »Vollzugsmängel« auftreten, »wie sie immer wieder vorkommen können und sich auch tatsächlich ereignen«. Vielmehr muß dieses Ergebnis dem Gesetzgeber zuzurechnen sein, weil er eine instrumentelle Ausgestaltung gewählt – oder in Kauf genommen – hat, die sich in der Weise strukturell gegenläufig auswirkt,

---

15 BVerfGE 84, 239/271 – Besteuerung der Zinserträge.

daß die materielle Verhaltensanforderung zu einem erheblichen Teil<sup>16</sup> leerläuft. Ist dies der Fall, »so führt die dadurch bewirkte Gleichheitswidrigkeit zur Verfassungswidrigkeit auch der materiellen Norm.«<sup>17</sup>

Bei dem Vollzug hoheitlicher Vorgaben darf sich der Staat demnach nicht allein auf die Eigenüberwachung und Eigenerklärung des Regelungsadressaten verlassen. Er muß vielmehr gewährleisten, daß die tatsächliche Erfüllung der gesetzlich auferlegten Pflichten in verläßlicher Weise überprüft wird. Soweit der Gesetzgeber auf das »Deklarationsprinzip« zurückgreift, bedarf dieses vor dem Hintergrund des Gleichheitssatzes »der Ergänzung durch das Verifikationsprinzip« (273).

Was das Bundesverfassungsgericht zur steuerlichen Belastung der Bürger entwickelt hat, gilt – mutatis mutandis – auch für andere Formen der Belastung der Bürger durch den Staat. Den Belastungen ist gemein, daß sie zu Freiheitsverlusten führen. Wer belastende Regelungen infolge struktureller Defizite de facto nicht zu befolgen braucht, erlangt auf diese Weise einen Sondervorteil gegenüber dem rechtstreuen Bürger, der sich in vielen Fällen auch in Euro und Cent ausdrücken lässt.<sup>18</sup> Tritt dieser Gleichheitsverstoß massiv auf und beruht er auf strukturellen Mängeln, die der Gesetzgeber zu vertreten hat, erweist sich die entsprechende Regelung als verfassungswidrig.

Sanktioniert wird wiederum nicht die Täuschungshandlung als solche, sondern die infolge der unzureichenden Instrumentierung auftretende – und dem Gesetzgeber zuzurechnende – Ungleichheit in der tatsächlichen Belastung. Gleichwohl spielt die Vorspiegelung der Steuerungsleistung durch den Gesetzgeber eine wichtige Rolle: Denn ohne diese würde bei den »rechtstreuen« Bürgern nicht der Eindruck aufkommen, sie müssten der gesetzlichen Vorgabe Folge leisten. Würde der Gesetzgeber anläßlich der Verabschiedung der Norm verkünden, die Einhaltung der jeweiligen Verhaltensweisen werde nicht erzwungen, sondern hinge letztlich von der freiwilligen Folgebereitschaft der Adressaten ab, dann würde sich die Konstellation auch in rechtlicher Hinsicht anders darstellen. Infolge des fehlenden Zwangscharakters der Einwirkung in den grundrechtlichen Schutzbereich wäre dessen »Beeinträchtigung« durch eine hoheitliche Maßnahme (»Eingriff«) zu verneinen.

---

16 Im Fall der Besteuerung von Zinserträgen ging das Gericht von einem Umsetzungsdefizit von etwa 50% aus (BVerfGE 84, 239/276).

17 BVerfGE 84, 239/272. Zuzurechnen ist dem Gesetzgeber eine in der instrumentellen Ausgestaltung angelegte Ungleichheit im Belastungserfolg nicht nur dann, wenn sie ihre Ursache in gesetzlichen Regelungen hat, »sondern auch, wenn sie auf Verwaltungsvorschriften beruht, die der Gesetzgeber bewußt und gewollt bei seiner Regelung hingenommen hat« (a.a.O.).

18 Dies gilt etwa für Umweltschutzvorgaben: Wer über die materiellen Anforderungen des Gesetzes hinaus für sich in Anspruch nehmen kann, Schadstoffe auszustoßen, erlangt einen ökonomischen Vorteil in Höhe der eingesparten Vermeidungskosten (diese umfassen neben der Investition in entsprechende apparative Einrichtungen auch die zusätzlichen sächlichen und personellen Betriebsaufwendungen). Gleiches würde gelten für Betriebe, die sich rechtswidrig, aber sanktionslos anderen Vorgaben entziehen können.

### 3. Prinzip symbolkonformer Auslegung

Das Ergebnis ist einigermaßen ernüchternd. Täuschungshandlungen des Gesetzgebers sanktioniert die Verfassung nur in seltenen Ausnahmefällen. Damit besteht ein Spannungsverhältnis zu einem Rechtsstaatsverständnis, welches – ausgehend von der Funktion des Rechts, eine willkürfreie und rational nachvollziehbare Ordnung zu schaffen – zutreffend feststellt, damit sei der Einsatz des Rechts als Instrument der Täuschung nicht vereinbar: »Der Rechtsstaat soll seine Bürger vor Betrug schützen, nicht aber sie selbst betrügen«, woraus sich die verfassungsrechtliche Forderung nach der »Abwesenheit falscher Suggestionen« ableitet.<sup>19</sup> Darin läßt sich jedoch lediglich eine verfassungsrechtliche Handlungsnorm sehen, der keine verfassungsrechtliche Kontrollnorm zur Seite steht. Eine über die Rechtsordnung vermittelte Sanktion mit dem Verdikt »verfassungswidrig« tritt erst dann ein, wenn über die fälschlich behauptete Steuerungsleistung hinaus eine Ungleichbehandlung im Gesetz bereits angelegt ist.

Was kann den Gesetzgeber also davon abhalten, in der Öffentlichkeit mit »ungedeckten Steuerungs-Versprechen« zu arbeiten? Die verfassungsrechtlich im Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit zu verortende Forderung nach der »Abwesenheit falscher Suggestionen« kommt im Rahmen der verfassungskonformen Auslegung des einfachen Rechts zum Tragen: Diese hat sich im Zweifel an dem Symbolisierungsgehalt auszurichten; man kann also von einem »Prinzip symbolkonformer Auslegung« sprechen.<sup>20</sup> Dem entspricht etwa – bezogen auf die unter 1. diskutierten gesetzlichen Zielbestimmungen – die allgemein anerkannte Auffassung, Auslegungs- und Ermessensspielräume seien unter Rückgriff auf den vom Gesetzgeber explizit formulierten Gesetzeszweck auszufüllen.<sup>21</sup> Der Gesetzgeber muss sich also an dem von ihm hervorgerufenen Gesetzes-Schein festhalten lassen.

### III. Ergebnis

Bloßes »Aufschneidertum« bestraft das Recht nicht mit harten Sanktionen. Dies gilt für absichtsvoll hervorgerufene Fehlvorstellungen über die Steuerungsleistung von Verfassungsnormen ebenso wie bei einfachgesetzlichen Vorschriften. Wie beim strafrechtlichen Betrug muß ein negativer Effekt auf Seiten des Getäuschten hinzutreten: Was dort die Vermögenseinbuße ist, ist hier allgemein eine Beeinträchtigung der Freiheit. Nur eine Scheingesetzgebung, die mit Freiheitsverlusten einhergeht, ist grundrechtlich relevant. Scheingesetzgebung, die sich im bloßen Vortäuschen einer Wirkung erschöpft, führt nicht zur Verfassungswidrigkeit einer Norm. Diese Form der politischen Hochstapelei unterliegt – abgesehen von dem »Prinzip symbolkonformer Auslegung« – nicht einer rechtlichen Sanktion, sondern einer politischen.

19 Lübbe-Wolff, Fn. 6, 232. unter Verweis auf das Gebot der Rechtsklarheit (dazu *Schulze-Fielitz*, in *Dreier* (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, 1988, Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 129 ff.).

20 Lübbe-Wolff, Fn. 6, 232.

21 Für § 1 BImSchG siehe etwa *Jarass*, BImSchG-Kommentar, 2002, § 1 Rn. 1 und 15; *Führ*, in *Koch/Scheuing* (Hrsg.), *Gemeinschaftskommentar zum BImSchG*, 2001, § 1 Rn. 3.

## B. Zeichenhafte Gesetzgebung

Bei der zweiten Variante symbolischen Handelns des Gesetzgebers, der »zeichenhaften Gesetzgebung«, geht es darum, das Gesetz *als Zeichen* einzusetzen: Das Gesetz selbst transportiert eine Botschaft, ohne daß es unmittelbar regelnd auf die Verhaltensmöglichkeiten des Einzelnen einwirkt; eine solche Wirkung wird auch nicht behauptet. Es fehlt also an der für das »Schein-Gesetz« typischen Täuschungshandlung.

Allerdings – so kann man aus der Steuerungsperspektive das zeichenhafte Gesetz beschreiben – soll der mit dem Gesetz transportierte symbolische Gehalt durchaus etwas bewirken. Im Anschluß an Ökonomen *Guy Kirsch* aus Fribourg/Schweiz kann man darin den Versuch sehen, die Präferenzen der Bürger zu beeinflussen und sie auf diese Weise für die Mitwirkung bei der Erreichung der gesetzlichen Steuerungsziele zu gewinnen.<sup>22</sup> Aus juristischer Perspektive ist ein solches Vorgehen durchaus nicht unproblematisch: Ist dem Staat die Einwirkung auf die innere Werthaltung seiner Bürger überhaupt gestattet? Liegt in dem Versuch, dies auf dem Weg zeichenhafter Gesetzgebung zu erreichen, nicht ein Formenmißbrauch? Inwieweit ist dagegen ein verfassungsrechtliches Kraut gewachsen?

### 1. Gesetze über Symbole

Bevor wir uns dieser Frage zuwenden, ist noch eine Differenzierung geboten. Zeichenhafte Gesetzgebung ist zu unterscheiden von Gesetzen *über* Symbole. Um ein solches Gesetz ging es etwa in der Kreuzifix-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 93, 1). Für den Umgang des Staates mit Symbolen und deren Wirkungen sowie die dabei zu beachtenden verfassungsrechtlichen Anforderungen ist diese Entscheidung aber dennoch aufschlußreich.

Das bayerische Schulrecht schrieb in einer Rechtsverordnung zwingend vor: »In jedem Klassenzimmer ist ein Kreuz anzubringen«. Man mag in dieser Bestimmung – sowie in den vergleichbaren Vorschriften in Landesverfassung und den bayerischen Schulgesetzen – selbst eine symbolische Aussage sehen, wenn etwa Art. 135 BayV festlegt, in den öffentlichen Volksschulen »werden die Schüler nach den Grundsätzen der christlichen Bekenntnisse unterrichtet und erzogen«. In dem verfassungsgerichtlichen Rechtsstreit ging es jedoch – man müßte wohl hinzufügen: eigentlich – um die Wirkung des Glaubenssymbols des Kreuzes auf die Religionsfreiheit der Schüler und das Erziehungsrecht der Eltern.

Die besondere Qualität der Einwirkung sieht das Gericht darin, daß der einzelne »ohne Ausweichmöglichkeiten« dem Einfluß des Glaubenssymbols ausgesetzt sei. Das ist sicherlich richtig. Nur ist damit noch nichts über die Intensität der Einwirkung ausgesagt. Auch ist damit noch nicht vorentschieden, in welcher Weise die »negative Religionsfreiheit«, eine besondere Ausprägung des allgemeinen Rechts, in Ruhe gelassen zu werden, mit anderen Verfassungsgütern in Einklang zu bringen ist. Die entsprechenden Ausführungen in der Begründung (BVerfGE 93, 24 f.) wirken seltsam

<sup>22</sup> *Kirsch*, Die Umwelt als Teil der Innenwelt, in: *Hansjürgens/Lübbe-Wolff*, Fn. 4, 297 ff.

blaß und wenig überzeugungskräftig. Auf die Frage, ob die bayerische Regelung über die Kreuzes-Anbringung im Klassenraum durch die gesetzgeberische Gestaltungsbe- fugnis gedeckt sein könnte, geht das Gericht gar nicht ein. Ob eine verfassungskon- forme Interpretation in Betracht kommt, wird ebenfalls nicht erörtert.

Damit drängt sich eine Frage geradezu auf: Könnte es nicht sein, daß die Richter in der Kruzifix-Entscheidung selbst auf eine symbolische Wirkung abzielten? Die Ent- scheidung vermittelt jedenfalls in stark verdichteter Form die Botschaft: Der Staat hat sich in religiösen Dingen *strikt* neutral zu verhalten. Darin liegt ohne Zweifel ein deut- licher Kontrapunkt zu der Rechtslage in Bayern. Und diese Botschaft ist ja auch in der Öffentlichkeit so verstanden worden.

Als Ergebnis läßt sich festhalten: Die Rechtsfrage »Ist eine Landes-Regelung über die Verwendung christlicher Symbole in der Schule verfassungsgemäß?« hat das Gericht dazu genutzt, eine Entscheidung mit hohem Symbol-Gehalt zu treffen. Weil einer Entscheidung im Normenkontrollverfahren selbst Gesetzeskraft zukommt (§ 31 Abs. 2 BVerfGG), kann man darin einen Spezialfall »symbolischer Gesetzgebung« sehen. Das Gericht hat – ohne dies hier weiter vertiefen zu wollen – von der Möglich- keit noch öfter Gebrauch gemacht, ihm unterbreitete Verfassungsfragen für zeichen- hafte Aussagen zu nutzen.<sup>23</sup>

## II. Beeinflussung der Präferenzen durch symbolische Akte der Gesetzgebung

Doch kommen wir zurück auf zeichenhafte Gesetze, die im normalen parlamentari- schen Verfahren auf den Weg gebracht werden. Ein intensiv diskutiertes Beispiel stellt die in § 22 KrW-/AbfG statuierte Produktverantwortung dar. Sie richtet sich an Jeder- mann, der »Erzeugnisse entwickelt, herstellt, be- und verarbeitet oder vertreibt«. Die dort verankerte Pflicht, »zur Erfüllung der Ziele der Kreislaufwirtschaft« beizutragen, wird als »kategorischer Imperativ der Kreislaufwirtschaft« bezeichnet, aus dem sich allerdings keine »unmittelbaren Pflichten« ergeben sollen.<sup>24</sup>

Selbst wenn diese Interpretation der Vorschriften zutreffen sollte,<sup>25</sup> heißt dies nicht, daß ein derartiges Vorgehen des Staates rein »symbolisch«, also ohne Steuerungswir- kung bleiben muss. Zwar trifft es zu, daß damit keine unmittelbare Einwirkung auf die Restriktionen verbunden ist. Man kann darin jedoch – wie bereits angesprochen – auch

23 Die beiden § 218-Entscheidungen (BVerfGE 39, 1 und E 88, 203) dürften auf jeden Fall dazu zu zählen sein. Um die intendierte Symbolwirkung zu erzielen, nimmt das Gericht dabei durchaus dogmatische Inkonsistenzen und Übergriffe in den Funktionsbereich der Legislative in Kauf. Siehe dazu die Beiträge in: *Albrecht* (Hrsg.), *Das Urteil zu § 218 StGB in Wortlaut und Kommentar*, KritV 76 (1993) – Sonderheft 1.

24 *Versteyl*, in: *Kunig/Peatow/Versteyl*, *Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz – Kommentar*, 1998, § 22 Rn. 14 u. 17.

25 Siehe dazu *Schrader*, *Produktverantwortung, Ordnungsrecht und Selbstverpflichtungen am Beispiel der Altautoentsorgung*, NVwZ, 1997, 943 ff. (m.w.N.) sowie aus einer steuerungs- theoretischen Perspektive *Waechter*, *Kooperationsprinzip, gesellschaftliche Eigenverant- wortung und Grundpflichten – Verrechtlichung von ethischen Pflichten durch indirekte Steuerung*, *Der Staat* 38 (1999), 279/285 ff.

den Versuch sehen, neue gesellschaftliche Leitbilder zu formulieren und auf diese Weise die Präferenzen der Akteure zu beeinflussen.

### 1. Verstoß gegen die personale Selbstbestimmung?

Die Vorstellung, der Staat beeinflusse zielgerichtet die Präferenzen der Individuen, verursacht ein gewisses Unbehagen. Die Befürchtung liegt nahe, der einzelne werde zum Objekt staatlicher Bevormundung, der Bürger werde in seinen Präferenzen auf die staatlichen Ziele hin ausgerichtet. Ein derartiges Vorgehen erscheint auf einer sehr fundamentalen Ebene als diametraler Gegensatz zu der klassischen Definition der Freiheit als personale Selbstbestimmung, wie sie im Begriff der »Autonomie« zum Ausdruck kommt. Gemeint sei hier, so die Interpretation von *Morlok*, aus »eigener Gesetzgebung« handeln zu können; nach dem Recht zur Selbstentscheidung dürfe der Freie alle Prämissen der eigenen Entscheidung selbst herstellen und brauche nur seinen eigenen Entscheidungen zu folgen: Er führt die Entscheidungsprämissen ein, stellt die Präferenzordnung auf und schafft die internen Verfahrensregeln, nach denen die Entscheidung zu treffen ist. Freiheit bedeutet danach den Ausschluß aller anderen Bestimmungsmächte außer des mit Freiheit begabten Subjekts selbst.<sup>26</sup> Wenn der Staat nun daran geht, die Präferenzbildung der Individuen gezielt zu beeinflussen, dann erscheint auf den ersten Blick die Grundrechtsfreiheit, verstanden als Garantie personaler Autonomie, in ihrem Kern betroffen.

Man kann umgekehrt aber auch der Ansicht sein, der Staat sei aufgerufen, an der Prägung der Präferenzen mitzuwirken, um auf diese Weise dazu beizutragen, die personale Autonomie zu entfalten und weiterzuentwickeln. Diese Sichtweise entspricht dem Autonomie-Begriff bei *Kant*.<sup>27</sup> Für *Kant* ist Autonomie gerade nicht die ungebundene »Selbstprogrammierung«<sup>28</sup>; sondern eine durch den »praktischen Imperativ« der Vernunft *gebundene Autonomie*. Die Bindung beruht letztlich auf der Anerkennung jedes Menschen als »Zweck an sich selbst, nicht bloß als Mittel zum beliebigen Gebrauche für diesen oder jenen Willen«;<sup>29</sup> sie erhält ihre Ausformung durch den Reziprozitäts-Satz: Kraft seiner Vernunft ist das Individuum in der Lage, die Gerechtigkeitsgrundsätze anzuerkennen, die sich aus der Notwendigkeit ergeben, das Zusammenleben von Gleichen als moralische Subjekte zu organisieren. Daraus folgt zugleich: »Die moralische Erziehung ist Erziehung zur Autonomie«.<sup>30</sup> Bei diesem Autonomie-Begriff kommt es nicht zu dem eingangs genannten fundamentalen Spannungsverhältnis.

Die normative Perspektive des Rechts hat zudem den lebensweltlichen Befund zu berücksichtigen, daß die Möglichkeiten zur Entwicklung einer eigenverantwortlichen

26 *Morlok*, Selbstverständnis als Rechtskriterium, 1993, 380.

27 Vgl. etwa die Definitionen bei *Kant* 1996, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (Hrsg. Weischedel), 65 und 81 [Berliner Ausgabe, 73 f. und 97 f.] und *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1979, 560.

28 So aber: *Morlok*, Fn. 26, 380.

29 *Kant*, Fn. 27, 59 f. [BA 64].

30 *Rawls*, Fn. 27, 560.

und selbstbestimmten Persönlichkeit zunächst nur angelegt sind.<sup>31</sup> Der Entwicklungsprozeß vollzieht sich dabei unter dem Einfluß endogener und exogener Faktoren. Er erfolgt in den ersten Lebensjahren besonders rasant, ist aber auch mit Volljährigkeit als dem Zeitpunkt, in dem der einzelne seine volle rechtliche Freiheit auch selbst wahrnehmen kann, keineswegs abgeschlossen. Welcher Anteil an der Entwicklung dem Reife-prozeß – verstanden als Entfaltung angeborener Verhaltenstendenzen ohne Mitwirkung von Übung und Erfahrung – einerseits und den Lernerfolgen infolge von Interaktion mit der Umwelt andererseits zuzuschreiben ist, kann an dieser Stelle offen bleiben. Denn weder Reifen noch Lernen sind jeweils für sich allein in der Lage, die Entwicklung eines menschlichen Wesens zur Person zu gewährleisten.<sup>32</sup> Die Notwendigkeit, exogen auf den Entwicklungsprozeß einzuwirken, ist eine entwicklungspsychologische Tatsache, der sich auch das Recht zu stellen hat. Ein Freiheitsverständnis, welches die extern, staatlicherseits mitbestimmte Einwirkung auf die Entstehung von Präferenzen, Routinen etc. als Verstoß gegen das Autonomiekonzept von vornherein ausschließen wollte, würde seine Aufgabe verfehlen. Dies zeigt sich bereits im Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG, dessen Zweck ja unter anderem darin besteht, die Kinder vor ihrer eigenen Unreife zu schützen.<sup>33</sup> Die staatliche Schulaufsicht nach Art. 7 Abs. 1 GG bringt zum Ausdruck, daß das Grundgesetz dem Staat hier eine Gestaltungsmacht zuweist, aus der sich – etwa über die Bestimmung der Lehrinhalte und der Schulorganisation – auch Auswirkungen auf die Präferenzbildung der Heranwachsenden ergeben. Ein »Erziehungsauftrag« des Staates ist daher zu bejahen.<sup>34</sup>

Festzuhalten bleibt damit, daß eine mit den Mitteln der öffentlichen Gewalt erfolgte Beeinflussung der Präferenzbildung nicht von vornherein als Verstoß gegen das Menschenwürdekonzept des Grundgesetzes anzusehen ist.

## 2. Freiheitsverständnis

Zugleich spricht einiges dafür, das von *Morlok* beschriebene Autonomie-Verständnis zur Grundlage des grundrechtstheoretischen Freiheitsbegriffes zu machen. Wenn auch das kantische Subjekt »keinen Gegensatz von Freiheit und Vernunft« kennt;<sup>35</sup> sollte der real handelnde Staat jedoch bei seinem Bemühen, die Fähigkeit zu vernunftgemäßem Entscheiden im Individuum zu verankern, an die machtzügelnden Kriterien des Gesetzesvorbehaltes gebunden bleiben. Dem entspricht ein Freiheitsverständnis, wel-

31 Siehe etwa *Kant* (Über die Erziehung, 1997, 13): »Der Mensch soll seine Anlagen zum Guten erst entwickeln; die Vorsehung hat sie nicht schon fertig in ihn gelegt; es sind bloße Anlagen und ohne den Unterschied der Moralität«. Ähnlich BVerfGE 58, 257/272 – Schulentlassung. Siehe dazu auch die grundlegende Untersuchung von *Stein*, Das Recht des Kindes auf Selbstentfaltung in der Schule, 1967.

32 *Engels*, Kinder- und Jugendschutz in der Verfassung, AöR 122 (1997), 212/224.

33 *Zacher*, Elternrecht, in: HStR, Band III, 1989, § 134, Rn. 73.

34 Siehe dazu *Bothe* und *Dittmann*, Erziehungsauftrag und Erziehungsmaßstab der Schule im freiheitlichen Verfassungsstaat, VVDStRL 54 (1995), 7 und 47 sowie *Pieroth*, Erziehungsauftrag und Erziehungsmaßstab der Schule im freiheitlichen Verfassungsstaat, DVBl. 1994, 949 und die Diskussionsbeiträge in VVDStRL 54, 76 ff.

35 *Rawls*, Fn. 27, 560.

ches dem Individuum die Befugnis zuweist, seine Präferenzen selbst zu bestimmen.<sup>36</sup> Einwirkungen des Staates sind zwar nicht von vornherein ausgeschlossen; sie sind jedoch rechtfertigungspflichtig.

Die schulische Erziehung – um auf dieses Beispiel zurückzukommen – beinhaltet eine Form institutionalisierter und hoheitlich sanktionierter Einwirkung auf die Präferenzen. Sie berührt das Recht auf »Person-Werden«, welches als besondere Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts den Heranwachsenden zusteht.<sup>37</sup> Derartige Beeinträchtigungen der Freiheit zur Präferenzbildung bedürfen einer gesetzlichen Grundlage.

Aus grundrechtlicher Sicht zu bejahen ist damit eine Freiheit zur Präferenzbildung. Wie weit diese Freiheit reicht, bzw. wie der Schutzbereich zu bestimmen ist, kann an dieser Stelle offen bleiben. Im Hinblick auf die Ausgangsfrage genügt die Feststellung, daß hoheitliche Einwirkungen auf Wahl und Gewichtung der Präferenzen nicht a priori ausgeschlossen sind.

### 3. Grundrechtsrelevante Wirkungen zeichenhafter Gesetzgebung

Wenn zeichenhafte Gesetzgebung verfassungsrechtlich zu würdigen ist, kommt es darauf an, welche grundrechtsrelevanten Wirkungen damit einhergehen. Ein direkter »Zwang«, der Verhaltensmöglichkeiten im Schutzbereich eines Grundrechts beeinträchtigt (und damit ein Eingriff im herkömmlichen Verständnis), ist damit nicht verbunden. Die »Beeinträchtigung« ist vielmehr eine mittelbare: Der Staat will über die Einwirkung auf die Präferenzen verhaltensbeeinflussende Effekte erzielen. Auch eine solche mittelbare Beeinträchtigung kann aber grundrechtsrelevant sein. Die Intensität der Einwirkung dürfte allerdings deutlich geringer zu veranschlagen sein, als etwa der Anblick des Kreuzes im Klassenzimmer. Der zeichenhaften Aussage eines Gesetzes ist man nicht »unausweichlich« visuell ausgesetzt. Zudem erreicht sie überwiegend Individuen, deren Persönlichkeitsentwicklung im Vergleich zu Heranwachsenden in der Schule schon weiter fortgeschritten ist. Dennoch ist es nicht ausgeschlossen, daß damit die Freiheit der Präferenzbildung berührt ist. Welches Grundrecht jeweils einschlägig ist, ergibt sich aus den jeweils grundrechtsgeschützten Verhaltensweisen, auf die das zeichenhafte Gesetz abzielt. Ist eine grundrechtsrelevante Beeinträchtigung zu bejahen, greift der Gesetzesvorbehalt ein. Da die Beeinträchtigung in Form eines zeichenhaften Gesetzes ergeht, fehlt es nicht an einer gesetzlichen Grundlage; die allerdings einer

36 *Lübbe-Wolff*, Rechtsprobleme der behördlichen Umweltberatung, NJW 1987, 2705/2711 f. Nach *Grimm* (Verfassungsrechtliche Anmerkungen zum Thema Prävention, KritV 1986, 38/47) versteht das Grundgesetz die Würde des Menschen »als immer schon gegebene Grundausrüstung«, aus der das Recht des Einzelnen folge, »autonom über Lebensplan und Glücksvorstellung zu entscheiden«. Im Hinblick auf die Entwicklungs- und Entfaltungsbefähigung der Präferenzen fügt *Grimm* hinzu, daß »auch dort, wo diese Autonomie sich im frühen Entwicklungsstadium des Menschen noch nicht oder aufgrund schwerer geistiger und körperlicher Defekte niemals zu aktualisieren vermag,« ihm das Recht zusteht, »als Angehöriger der Gattung Mensch geachtet zu werden«.

37 BVerfGE 83, 130/140 – Mutzenbacher. Siehe dazu *Bizer*, Forschungsfreiheit und Informationelle Selbstbestimmung, 1992, 284 ff. und *Engels*, Fn.32, 227 ff.

Rechtfertigung vor den materiell-rechtlichen Kriterien der Verfassung bedarf. Im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist der gesetzgeberische Zweck den Freiheitsbeeinträchtigungen gegenüber zu stellen, die aus dem Gesetz resultieren.

Aus der Zweck-Perspektive des Gesetzgebers ist festzuhalten: Vor allem in Konstellationen, in denen es um starke Einschnitte in gewachsene Strukturen oder gar um einen grundsätzlichen »Systemwechsel« geht, läßt sich dieser unter den Bedingungen der parlamentarischen Demokratie mit ihren Mechanismen organisierter Interessenvertretung kaum abrupt bewerkstelligen. Es bedarf der Bereitschaft der konkret betroffenen Akteure, die neuen Aufgaben auch auszufüllen. Und es ist ein »politisches Klima« notwendig, welches in der Lage ist, die Veränderungsschritte zu tragen. Beim Beispiel der kreislaufwirtschaftsbezogenen Produktverantwortung kommt hinzu, daß – nimmt man nur einige der Anforderungen aus dem ersten der fünf beispielhaft genannten Pflichtenkreise ernst und richtet die Entwicklung und Gestaltung neuer Produkte darauf aus, die Kriterien »technisch langlebig« und »mehrfach verwendbar« zu erfüllen<sup>38</sup> – damit tiefgreifende Veränderungen der Produktions-, Verbrauchs- und Dienstleistungsstrukturen der Industriegesellschaft verbunden sind. Der dazu erforderliche Prozeß bedarf zwar selbstverständlich eines veränderten Ordnungsrahmens, ist aber zugleich darauf angewiesen, daß er von den Verbrauchern, die ja zugleich auch Wähler sind, mitgetragen wird.<sup>39</sup> Dies nicht zuletzt deshalb, weil auf diese Weise Nachfrageimpulse entstehen, ohne die es kaum möglich sein dürfte, die »Ziele der Kreislaufwirtschaft« zu erreichen, auf die § 22 Abs. 1 KrW-/AbfG die Hersteller verpflichtet.

Eine auf den ersten Blick rein »symbolische Politik« kann über eine schrittweise Herausbildung von Institutionen<sup>40</sup> und eine korrespondierende intrapersonelle Verankerung in den Präferenzen dann durchaus verhaltensbeeinflussende Wirkungen erzielen. Daß dieses Vorgehen von vornherein ungeeignet erscheint, ist ebenso wenig ersichtlich wie ein milderer Mittel oder ein grobes Mißverhältnis zwischen Regelungszweck und der freiheitsbeeinträchtigenden Wirkung.

Dem Gesetzgeber dürfte es auch nicht verwehrt sein, über zeichenhafte Gehalte den Normadressaten zu verdeutlichen, in welcher Richtung er das Normengefüge fortzuentwickeln beabsichtigt. Das zeichenhafte Gesetz kann über seine präferenzbeeinflussende Wirkung eine »Vorlauffunktion« für darauf folgende substantielle Gesetz- bzw. Verordnungsgebung erfüllen. Im konkreten Fall allerdings war es eher umgekehrt: Zunächst erließ man 1990 die Verpackungs-Verordnung, dann übernahm man 1994 die darin vorgezeichnete konzeptionelle Ausrichtung der Abfallwirtschaft in das Gesetz. Die zur weiteren Ausfüllung der Produktverantwortung notwendigen Rechts-

38 Siehe § 22 Abs. 2 Nr. 1 KrW-/AbfG; dazu *Versteyl*, Fn. 24, § 22 Rn. 18 ff.

39 Dazu und zu weiteren Voraussetzungen einer umweltorientierten Stoffstrom- und Produktpolitik siehe *Führ*, Stoffstromsteuerung durch Produktregulierung – Rechtliche, ökonomische und politische Fragen, 2000, 409 ff. sowie *ders.*, Anforderungen an ein umweltorientiertes Produktrecht, ZUR 2001, 297 ff.

40 Gemeint sind hier nicht »politische« Institutionen, sondern Institutionen im sozialwissenschaftlichen Sinne, also ein Normengefüge aus formellen und informellen Normen mit den entsprechenden Sanktionsmechanismen; siehe dazu und den rechtswissenschaftlichen Implikationen *Führ*, Fn. 14, Kap. D.

verordnungen (etwa die Elektronikschrott-VO) erwiesen sich in der Folge jedoch auf nationaler Ebene als nicht durchsetzbar. Wegen des Bezuges zur Warenverkehrsfreiheit im Binnenmarkt lag aber ohnehin eine EG-weite Regelung näher, zu der es dann auch gekommen ist.<sup>41</sup> Wenn man es positiv wendet, erfüllten die symbolischen Gehalte des bundesdeutschen Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes eine Schrittmacherfunktion für die EG-weite Produktregulierung.

Umgekehrt steht es selbstverständlich den (potentiellen) Regelungsadressaten offen, durch eigene Institutionenbildung einer hoheitlichen Regelung – wie sie in den symbolischen Gehalten des Gesetzes vorweggenommen ist – ganz oder teilweise zuvorzukommen. Auch hierbei spielt »zeichenhaftes« Handeln eine nicht zu unterschätzende Rolle, wenn es darum geht, die Ernsthaftigkeit des eigenen Ansatzes zu unterstreichen. Ein – allerdings nur partiell gelungenes – Beispiel dafür dürfte in der Selbstverpflichtungserklärung der Deutschen Industrie zur CO<sub>2</sub>-Minderung zu sehen sein.<sup>42</sup> Ein definitives Scheitern konnte man im Bereich der Abfallwirtschaft bei der Selbstverpflichtung zur Stabilisierung der Mehrwegquote bei Getränken<sup>43</sup> beobachten.

### III. Ergebnis

Auch die zeichenhafte Spielart symbolischer Gesetzgebung ist keineswegs grundrechtlich irrelevant, liegt darin doch der Versuch des Staates, die Präferenzen der Individuen zu beeinflussen. Diese Einwirkung auf die personale Autonomie ist dem Staat nicht a priori verwehrt. So weit es dem Staat gelingt, so intensiv auf die Präferenzen einzuwirken, daß man eine Grundrechtsbeeinträchtigung zu bejahen hat, benötigt er hierzu eine gesetzliche Grundlage.

### C. Schlussfolgerungen

Versteht man Gesetzgebung im Rechtsstaat als zweckorientierte Beeinflussung menschlichen Verhaltens, die im Gebrauch der Steuerungsmittel durch die formalen Rationalkriterien der Verhältnismäßigkeitsprüfung und des Gleichheitssatzes zugleich im Hinblick auf den politisch formulierten Steuerungszweck beschränkt ist, dann erscheint »symbolische Gesetzgebung« zunächst als außerhalb dieser Zweck-Mittel-Rationalität angesiedelt. Die Schein-Gesetzgebung verspricht eine Steuerungsleistung, die sie nicht erfüllen kann. Verfassungswidrig ist dieser Täuschungsakt des Gesetzge-

41 Siehe dazu *Krämer*, Perspektiven eines EG-Stoffstromrechts: Vom Gefahrstoff- und Abfallrecht zu einer umweltorientierten Produktregelung auf Gemeinschaftsebene, in: *Führ*, Rn. 39, 225/236 ff.

42 Siehe dazu kritisch *Rat der Sachverständigen für Umweltfragen*, Umweltgutachten 1996, Tz. 165 ff. sowie *Führ*, Ordnungsrahmen für »nachhaltige Unternehmen« – Zuckerstangen oder Karotten?, in: *Schlacke* (Hrsg.) Neue Konzepte im Umweltrecht – Beschleunigung durch Modernisierung, Effektivierung, Vereinfachung?, 1996, 187/196 ff.

43 Die Reaktion des Gesetzgebers waren die in der Verpackungsverordnung verankerten Mehrweg-Quoten und die daran gekoppelte Einführung einer Pfandpflicht; ein Mechanismus, der jüngst erneut zur politischen und juristischen Auseinandersetzungen führte (siehe die Entscheidung des *VG Düsseldorf* vom 9.9.2002).

bers aber erst dann, wenn damit konkrete Freiheitseinbußen verbunden sind, die sich vor den genannten Rationalkriterien nicht rechtfertigen lassen. Solange es aber an einer Steuerungsleistung fehlt, bleibt die Freiheit unbeeinträchtigt. Steuert das Schein-Gesetz hingegen wenigstens punktuell, kann es zu Verstößen gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz kommen.

Das zeichenhafte Gesetz bleibt wirkungslos, wenn man lediglich der Veränderung der Restriktionen einen verhaltensbeeinflussenden Effekt zumißt. Sieht man hingegen in der Veränderung der Präferenzen ebenfalls einen Steuerungsansatz, dann liegt darin der Versuch, mittels symbolisch verdichteter Aussagen die Werthaltungen der Individuen zu beeinflussen. Der damit verbundene Zugriff auf die personale Autonomie ist dem Staat nicht von vornherein verwehrt; er ist jedoch – soweit es zu einer grundrechtsrelevanten Beeinträchtigung kommt – den formalen und materiellen Kriterien des Gesetzesvorbehaltes unterworfen. Verstöße hiergegen sind vor allem dann vorstellbar, wenn der Einzelne der Symbolwirkung ausgesetzt ist, ohne sich ihr entziehen zu können. Eine besondere Zurückhaltung des Staates ist zudem immer dann angezeigt, wenn es nicht um allgemeine Werthaltungen geht, die für das Funktionieren der staatlichen Einrichtungen oder für die Erfüllung der ihm übertragenen Aufgaben relevant sind, sondern um »innere Angelegenheiten« der Grundrechtsträger, wie etwa solche des religiösen Bekenntnisses. In solchen Fällen können symbolhafte Aussagen, die dem Staat zuzurechnen sind, einen Verstoß gegen die Verfassung darstellen, weil hier eine Rechtfertigung der Beeinträchtigung nur unter ganz engen Voraussetzungen in Betracht kommt.

Die rechtsstaatliche Anforderung, die übereinstimmend an beide Erscheinungsformen symbolischer Gesetzgebung zu richten ist, läßt sich als ein »Gebot der Redlichkeit bei der Verwendung von Symbolen« formulieren. Bei der Schein-Gesetzgebung schlägt sich dies in der Forderung »symbolkonformer Auslegung und Anwendung« nieder. Das Gebot der »Redlichkeit« gilt aber auch für die Kommunikation zwischen Staat und Gesellschaft in Form zeichenhafter Gesetze. Die verhaltensbeeinflussende Wirkung symbolisch verdichteter Aussagen dürfte nämlich stark abnehmen, wenn der Staat es bei dem bloßen Zeichen belässt und davon absieht, ergänzende Instrumente zum Einsatz zu bringen.

Zu weitgehend wäre hingegen die Aussage, zeichenhaftes Handeln des Staates sei von vornherein als verfassungsrechtlich »anrührig« anzusehen. Im Gegenteil: Die veränderten Staatsaufgaben, vor die sich der Staat gestellt sieht,<sup>44</sup> dürften sich – wenn überhaupt – dann nur unter Rückgriff auf einen breit angelegten »Instrumenten-Mix«<sup>45</sup> bewältigen lassen. Die Aufgabe moderner Gesetzgebung liegt dabei im »Management gesellschaftlicher Interdependenzen«;<sup>46</sup> so vielschichtig wie die gesellschaftlichen

44 Siehe dazu etwa die Beiträge in: *Grimm* (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, 1990.

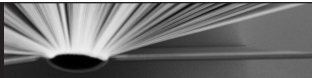
45 *Gawel*, *Umweltpolitik durch gemischten Instrumenteneinsatz*, 1991.

46 *Mayntz*, *Politische Steuerung – Aufstieg, Niedergang und Transformation einer Theorie*, in: *Beyme/Offe* (Hrsg.), *Politische Theorien in der Ära der Transformation*, 1996, 148/155; siehe auch die Beiträge in: *Mayntz/Scharpf* (Hrsg.): *Gesellschaftliche Selbstregulung und politische Steuerung*, 1995.

Verhältnisse müssen folglich auch die Steuerungsmechanismen sein. Zeichenhaftes Handeln des Gesetzgebers ist dabei ein grundsätzlich zulässiges, in manchen Konstellationen sogar unverzichtbares Mittel, wenn in einem demokratischen Gemeinwesen grundlegende Neuerungen auf den Weg zu bringen sind. Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang an den bekannten Satz<sup>47</sup>, wonach der freiheitlich Rechtsstaat angewiesen ist auf Grundlagen, die er selbst nicht garantieren kann. Aber vielleicht kann er sie doch wenigstens beeinflussen? Hier dürfte zeichenhaftes Handeln des Staates und die Beeinflussung entsprechender Wert- und Präferenzhaltungen eine wichtige Funktion erfüllen.

Damit ist zugleich eine wichtige Funktion symbolischer Gesetze angesprochen. In der Demokratie »lebt« die Ausübung staatlicher Herrschaft von der Zustimmung der Regierten – und dies nicht nur im Wahlakt. Dementsprechend ist auch das Verfahren der Gesetzgebung als mehrstufiger – und sicherlich auch mehrschichtiger – Kommunikationsprozeß angelegt. Es wäre mehr als verwunderlich, wenn Symbole dabei keine Rolle spielen würden.

**NOMOS** Aktuell




Hannoversches Forum  
der Rechtswissenschaften 21

Marion Wille


Die Rechtsstellung  
des Nasciturus gegenüber  
der Nutzung fetaler  
und embryonaler Zellen

Eine rechtsvergleichende und  
verfassungsrechtliche Untersuchung

 Nomos Verlagsgesellschaft  
Baden-Baden

Marion Wille  
**Die Rechtsstellung des Nasciturus gegenüber der Nutzung fetaler und embryonaler Zellen**  
Eine rechtsvergleichende und verfassungsrechtliche Untersuchung  
2003, 296 S., brosch., 54,- €, ISBN 3-8329-0006-3  
(Hannoversches Forum der Rechtswissenschaften, Bd. 21)

Seit den 80er Jahren ist die medizinische Forschung fasziniert von den Eigenschaften fetaler und embryonaler Stammzellen. Die Nutzung dieser ist jedoch unter Berücksichtigung der Wertbestimmungen des Grundgesetzes problematisch. Die vorliegende Arbeit macht es sich daher zur Aufgabe rechtliche Grenzen aus der Verfassung zu konkretisieren und bezieht hierzu auch erstmalig rechtsvergleichende Aspekte mit ein.



**NOMOS Verlagsgesellschaft • Baden-Baden**  
Baden-Baden · Fax 07221/2104-43 · nomos@nomos.de

47 Böckenförde, Der Staat als sittlicher Staat, 1978, 36 f.