

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 567

Experimentelle Gesetzgebung unter dem Grundgesetz

Von

Dr. Hans-Detlef Horn



Duncker & Humblot · Berlin

HANS-DETLEF HORN

Experimentelle Gesetzgebung unter dem Grundgesetz

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 567

Experimentelle Gesetzgebung unter dem Grundgesetz

**Von
Dr. Hans-Detlef Horn**



Duncker & Humblot · Berlin

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Horn, Hans-Detlef:

Experimentelle Gesetzgebung unter dem Grundgesetz / von
Hans-Detlef Horn. – Berlin: Duncker u. Humblot, 1989

(Schriften zum Öffentlichen Recht; Bd. 567)

Zugl.: Bayreuth, Univ., Diss., 1989

ISBN 3-428-06721-5

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1989 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61

Printed in Germany

ISSN 0582-0200

ISBN 3-428-06721-5

Quidquid agis,
prudenter agas et
respice finem.

Oft ist es sogar angebracht,
ein Gesetz zu probieren,
bevor man es entgültig in Kraft setzt.

(Montesquieu,
vom Geist der Gesetze [1748],
II. Buch 2. Kap. a.E.)

Vorwort

Die Arbeit wurde im Sommersemester 1989 von der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth als Dissertation angenommen. Wesentliche Änderungen sind nicht mehr erfolgt.

Sie entstand unter Voraussetzungen und Bedingungen, die besser kaum hätten sein können. All denen gegenüber, die dazu beigetragen haben, empfinde ich ein tiefes Bedürfnis, Dank zu sagen. Zuerst und ganz besonders gilt mein herzlicher Dank meinem verehrten Doktorvater, Senator Prof. Dr. Walter Schmitt Glaeser. Sein Anspruch und sein Rat, sein Vertrauen und seine Förderung schon während des Studiums, vor allem aber in meiner Zeit als sein Doktorand und seine wissenschaftliche Hilfskraft waren für mich stets wissenschaftlicher Ansporn und menschliche Ermutigung; die wertvollen Erfahrungen, die ich hierbei gewinnen konnte, haben mir neue und bleibende Maßstäbe gesetzt. Entscheidende Prägung und beständige Förderung seit den ersten Studiensemestern verdanke ich auch meinem verehrten Lehrer und Zweitgutachter, Prof. Dr. Peter Häberle. In seinem Bayreuther Seminar durfte ich über viele Jahre hinweg Bildung und Ausbildung erlangen. Ferner danke ich von ganzem Herzen für unschätzbaren und immer präsenten Beistand in allen Lagen meinem Bruder, cand. inform. Gunter Horn, mit dessen Hilfe ich etwa die Vorzüge der modernen Computertechnik nutzen und auch deren gelegentlich auftretende Tücken bewältigen konnte, sowie meinen Freunden, den Rechtsreferendaren Dr. iur. Rudolf Mackeprang und Dr. iur. Bettina Bock, von denen ich nicht nur bei der Erstellung dieser Arbeit kritischen Zuspruch und weiterführende Anregungen erhielt. Gerne danke ich schließlich der Hanns-Seidel-Stiftung für die Gewährung eines Stipendiums sowohl während meiner Studienzeit wie auch als Graduiertes sowie dem Bundesminister für Bildung und Wissenschaft und der Deutschen Forschungsgemeinschaft für die Auszeichnung mit dem Heinz-Maier-Leibnitz-Preis 1989. Endlich danke ich meiner Frau, Ulrike Horn M.A., nicht zuletzt für Kraft und Zuversicht in der ereignisreichen Zeit meiner Promotion.

Ich widme diese Arbeit im Andenken an meinen Vater meiner Mutter.

Bayreuth, im August 1989

Hans-Detlef Horn

Inhaltsverzeichnis

Einleitung:	
Experimentelle Gesetzgebung als Mittel zur Verbesserung der Gesetzesqualität	15
A. Zur aktuellen Situation: Die Gesetzgebung in der Krise	16
B. Das sogenannte "Experimentier- oder Erprobungsgesetz"	20
I. Begriff und Abgrenzung	21
II. Das Prognoseproblem und die sozialtechnologische Funktion des Gesetzes	28
C. Erkenntnisinteresse und Untersuchungsgang	31
<i>Erster Teil</i>	
Experimentelle Gesetzgebung in der Praxis	34
1. Kapitel: Ausgewählte Beispiele gesetzlicher Erprobungsregelungen im Entwicklungsprozeß der Telekommunikation	34
A. Bildschirmtextversuchsgesetze	41
I. Das Problemfeld: die medienrechtliche Einordnung	41
II. Die Feldversuche im Vorfeld des Bildschirmtext-Staatsvertrages	43
B. Vorläufige Weiterverbreitungsgesetze	50
I. Die Situation: Kabel- und Satellitentechnik im Kraftfeld politischer (Nutzungs-)Interessen	50
II. Vorläufige Einspeisungsregelungen als "vorgeschaltete Versuche"	59
C. Kabelpilotprojekt- und andere Medienerprobungsgesetze	64
I. Der rundfunkrechtliche Rahmen: die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Grundgesetz	65
II. Vom gemeinsamen Experimentalprogramm zum "Pluralismus" der Kabelpilotprojekte	68

III.	Vorgezogene Dauerregelungen in Sachen Privatrundfunk als konzeptionelle Inkonsequenz	88
2. Kapitel:	Ansätze zur Anerkennung eines legislativen Experimentierrechts in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung	94
A.	Der "suchende und erprobende" Gesetzgeber in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	95
I.	Gestaltungsfreiheit und Prognosespielraum des Gesetzgebers	95
II.	Tatsächliche Voraussetzungen für das Recht des Gesetzgebers zur Sammlung von Erfahrungen	112
III.	Ausgestaltung und Grenzen eines "Anpassungs- und Erfahrungsspielraums" des Gesetzgebers	125
B.	Ansätze in der länderverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung	133
C.	Zusammengefaßte kritische Würdigung	137

Zweiter Teil

	Theoretische Überlegungen zu einer experimentellen Rechtssetzung	140
3. Kapitel:	Wissenschaftsdisziplinäre Standortbestimmung einer "Experimentellen Rechtswissenschaft"	141
A.	Experimentelle Rechtswissenschaft als Rechtstatsachenforschung	142
B.	Experimentelle Rechtswissenschaft im Schnittpunkt von Rechtssoziologie und Jurisprudenz	150
4. Kapitel:	Zur Logik des Gesetzesexperiments in der Rechts(setzungs)wissenschaft ...	155
A.	Wissenschaftstheoretische "Basissätze"	158
I.	Das Falsifikationstheorem	159
II.	Die Theorie des Experiments	164
B.	Experimentelle Gesetzgebung als sozialtechnologisches Instrumentarium	169
I.	Technologische statt "prophetische" Sozialtechnik	171
II.	Methodenäquivalenz von Natur- und Sozialwissenschaften	178
III.	Theorie des sozialtechnologischen Experiments	180
1.	Bestimmung und Kontrolle der experimentellen Situation	183

Inhaltsverzeichnis	11
2. Kausalität und Wiederholbarkeit	186
3. Die Rückkoppelung von der Erfahrung auf die Hypothese	193
IV. Zur Theorie der experimentellen Gesetzgebung	195
1. Plurales und experimentierendes Denken als Methode der Rechtserkenntnis	196
2. Experimentelle Gesetzgebung als Teil einer anwendungsorientierten Gesetzgebungslehre	201
3. Konjunktion von Experiment- und Gesetzgebungstheorie	206
a) Das Experimentier- oder Erprobungsgesetz als subsidiäre Methode der Kritik von Regelungsmöglichkeiten	208
b) Strukturelle Analogie von konventioneller und experimenteller Rechtssetzungsmethodik	218
4. Gesetzmäßigkeit im Recht und das Experimentobjekt Mensch als spezifische Probleme des Experiments in der Gesetzgebung?	220
Inkurs: Soziologisch orientierte Normgebung im System des "kritischen Dualismus" von Tatsachen und Entscheidungen	227

Dritter Teil

Verfassungsrechtliche Möglichkeit und Notwendigkeit experimenteller Gesetzgebung	233
5. Kapitel: Das Experimentier- oder Erprobungsgesetz im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung des Grundgesetzes	233
A. Die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen nach M. Kloepfer	234
B. Der eigene Ansatz: Der Prognoseprognosespielraum des Gesetzgebers	238
I. Das legislative Experiment im Lichte fundamentaler Verfassungsprinzipien	238
1. Die Einbindung des Experimentiergesetzes in die Verfassungsordnung	238
2. Zum Einwand aus Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz	241
3. Der Gesetzgeber als Initiativorgan zur Wahrung der Verfassung	248
4. Das Experimentiergesetz als praktische Konsequenz des Möglichkeitsdenkens in der Demokratie des Pluralismus	252
a) Der sogenannte "Scienstate" nach F. K. Beutel	253
b) Die "experimentelle Demokratie"	255

5.	Rechtsstaatliche Rationalität (in) der Rechtssetzung durch experimentelle Gesetzgebung	263
a)	Zum rechtsstaatlichen Gehalt der Forderung nach rationaler Gesetzgebung	264
b)	Gewährleistung rationaler (Prognose-)Gesetzgebung durch Organisation und Verfahren	269
c)	Experimentelle Gesetzgebung als Mittel zur Ausdehnung der Grenzen optimaler Gesetzgebungsrationalität	276
6.	"Sozialer" Rechtsstaat und legislatives Experiment	279
II.	Die Zweispurigkeit der verfassungsrechtlichen Würdigung	281
1.	Der Regelungsinhalt des Experimentiergesetzes: die "Prognoseprognose"	282
2.	Die doppelte Verfassungsrelevanz des Experimentiergesetzes	284
3.	Das System des vorläufigen Rechtsschutzes als Parallele	284
III.	Die Ergebnisoffenheit des legislativen Experiments als weichenstellende verfassungsrechtliche Voraussetzung	288
1.	"Erprobungspflicht" statt "Nachbesserungspflicht" des Gesetzgebers .	288
a)	Die besondere Qualität des Mangels an rationalen Prognosekriterien als Voraussetzung	291
b)	Die Sachgerechtigkeit und Verantwortbarkeit der Verhältnismäßigkeitsprüfung als Folge	299
2.	Die qualifizierte Ungewißheit über die Verfassungs(non)konformität jeder Regelungsvorstellung und die Ergebnisoffenheit des Experiments	302
IV.	Konturen eines gesetzgeberischen "Prognoseprognosespielraums"	306
1.	Das Übermaßverbot im Gesetzesexperiment	307
a)	Aussagefähigkeit und Erforderlichkeit des Tests	309
b)	Die Entscheidungsoffenheit des Tests als Ergebnis der verhältnismäßigen Abwägung	312
c)	Befristung des Tests	316
2.	Das Gesetzesexperiment unter dem Gleichheitssatz	317
3.	Bestimmtheitsgrundsatz und Vertrauensschutzgedanke im Gesetzesexperiment	319

6. Kapitel: Die Organisationsbedingungen für privaten Rundfunk im Blick auf das Gebot der Meinungsvielfalt im Experiment - eine exemplarische Skizze	324
A. Die Pflicht zum mediengesetzlichen Experiment als Folge der (grund)rechts-erheblichen Ungewißheit über die zukünftigen Funktionsbedingungen der Rundfunkfreiheit	325
I. Der tatsächliche Auslöser: der Wegfall der Sondersituation	327
II. Die aufkommende Fragestellung: die Öffnung der Rundfunklandschaft für Private	328
III. Die rundfunkverfassungsrechtliche Vorgabe: das Gebot der Meinungsvielfalt	333
IV. Das organisationsrechtliche (Prognose-)Problem: die Auswirkungen der Zulassung privater Rundfunkveranstalter auf die Meinungsvielfalt im Programmangebot	337
V. Die verfassungsrechtliche Folge: die Prüfungs- und Erprobungspflicht des Rundfunkgesetzgebers	342
B. Determinanten eines Organisationsspielraums im landesgesetzgeberischen Privatrundfunk-Experiment	344
I. Die Aussagefähigkeit des Versuchs	345
1. Gewährung angemessener Start- und Entwicklungschancen	347
2. Errichtung einer möglichst breiten Versuchsanlage	354
3. Institutionalisierung einer wissenschaftlichen Begleituntersuchung und Auswertung	356
II. Die verhältnismäßige Entscheidungsoffenheit des Experiments	358
III. Befristung und Offenheit des Regelungswerks	359
Zusammenfassung in Thesen	361
Literaturverzeichnis	373

Einleitung: Experimentelle Gesetzgebung als Mittel zur Verbesserung der Gesetzesqualität

In der (Rechts-)Geschichte der Telekommunikation der vergangenen zehn Jahre wählte der Gesetzgeber wiederholt den Weg der Gesetzgebung auf Probe. Medienerprobungs- oder -versuchsgesetze suchten die Nutzungsmöglichkeiten der neuen Kommunikationstechniken einer vorläufigen gesetzlichen Regelung zu unterwerfen. Der politischen Brisanz dieser Gesetze entsprach der Umfang der durch sie aufgeworfenen (verfassungs-)rechtlichen Fragestellungen. Dabei konzentrierten sich Rechtsprechung und Literatur im wesentlichen auf die Anforderungen aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG. Der Versuchscharakter der Regelungen blieb dagegen meist im Hintergrund der Überlegungen, obwohl der Gedanke an die Verwendung des Gesetzes zum Zwecke des Experiments zumindest zur Erzeugung eines "unguten" (Rechts-)Gefühls geeignet erscheint.

Bei näherer, dadurch provozierter¹ Betrachtung erweist sich experimentelle Gesetzgebung als ein Hilfsmittel, den Schwierigkeiten rational zu begegnen, denen sich die Gesetzgebungsarbeit im modernen Staat ausgesetzt sieht und die für die (heutige) "Krise der Gesetzgebung" (dazu A.) ursächlich sind. Die hohe Wandlungsgeschwindigkeit und die hochgradige Vernetzung der technischen, wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Bedingungen der Regelungssachverhalte - etwa im Bereich der "neuen Medien" - führen zu einer neuen Qualität des legislativen Prognoseproblems. Seiner Bewältigung dient der Einsatz des Experimentier- oder Erprobungsgesetzes als ein Instrument der empirisch geleiteten Gesetzgebungsmethodik (dazu B.). Die Erörterung der durch diese Gesetzesform aufgeworfenen verfassungsrechtlichen wie wissenschafts- und gesetzgebungstheoretischen Fragen ist das Anliegen der vorliegenden Untersuchung (dazu C.).

¹ Zum Rechtsgefühl als "Urquell" der Suche nach Recht und Gerechtigkeit prägend *R. v. Jhering, Der Kampf ums Recht* (1872), bearb. von A. Hollerbach, 6. Aufl. 1981, bes. S. 23 f.

A. Zur aktuellen Situation: Die Gesetzgebung in der Krise

Die "Gesetzgebung im Rechtsstaat"² sieht sich seit Jahren - nicht nur in der Bundesrepublik Deutschland - starker Kritik ausgesetzt. War noch Ende der 60er Jahre das Gesetz zum Beispiel als "Achse der rechtsstaatlichen Verfassung"³ oder als "Drehscheibe des modernen demokratischen Rechtsstaates"⁴ bezeichnet worden, so kann man heute (auch) vom "Niedergang des Gesetzgebungsverfahrens"⁵, von der "Inflation im Recht"⁶ oder von der "Ent-Wertung des Rechts"⁷ und der "Krise der Gesetzgebung"⁸ lesen⁹.

Der Anlaß für solche (ihrerseits bereits massenhaft vorliegenden) Urteile liegt zuvörderst in der augenscheinlichen und nach wie vor ansteigenden Massenhaftigkeit der Normproduktion, in der "Flut der Gesetze", dem "Rechtsimperialismus"¹⁰ oder der "Elefantiasis des Gesetzesstaats"¹¹ sowie in dem damit einhergehenden Qualitätsabfall. Besonders prägnant hat K. Eichenberger¹² die häufigsten Mängel der Gesetzgebung, ihre Phänomene,

² In Anlehnung an den ersten Beratungsgegenstand der Jahrestagung 1981 der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, vgl. VVDStRL 40 (1982).

³ E.-W. Böckenförde, in: FS für A. Arndt, 1969, S. 53, 58.

⁴ H. Klecatsky, ÖJZ 1967, 113, 113.

⁵ H. Schneider, in: FS für G. Müller, 1970, S. 421 ff.

⁶ G. Berner, BayVBl. 1978, 617 ff.

⁷ F. Ossenbühl, in: FG für BVerfG, Bd. 1, 1976, S. 458, 511.

⁸ W. Leisner, DVBl. 1981, 849, 849; W. Schreckenberger, in: ders. (Hrsg.), Gesetzgebungslehre, 1986, S. 21 ff.

⁹ Vgl. auch schon H. Huber im Jahre 1953 in: ders., Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht, hrsg. von K. Eichenberger u.a., 1971, S. 27 ff.; ferner etwa auch U. Scheuner (1960), in: ders., Staatstheorie und Staatsrecht, hrsg. von J. Listl und W. Ruffner, 1978, S. 501 ff.; E. E. Hirsch, in: ders./M. Rehinder (Hrsg.), Studien und Materialien zur Rechtssoziologie, 2. Aufl. 1971, S. 9, 28; H.-J. Vogel, JZ 1979, 321 ff.; K. Lange, DVBl. 1979, 533 ff.; H. Maassen, NJW 1979, 1473 ff.; Ch. Degenhart, DÖV 1981, 477 ff.; H. Hill, DÖV 1981, 487, 487 m.z.N. in Fn. 2 und 3; Ch. Pestalozza, NJW 1981, 2081 ff.; R. Novak, VVDStRL 40 (1982), 40, 40 f.; H. Nef, in: FS für K. Eichenberger, 1982, S. 559 ff.; Th. Mayer-Maly, in: FS für Juristische Gesellschaft Berlin, 1984, S. 423 ff.; K.-M. Groll, In der Flut der Gesetze, 1985; J. Isensee, ZRP 1985, 139 ff.; differenziert und m.w.N. H. Schulze-Fielitz, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988, S. 1 ff.

¹⁰ R. Wassermann, Aus Politik und Zeitgeschichte B 16/85, S. 3, 11.

¹¹ J. Isensee, ZRP 1985, 139, 139.

¹² VVDStRL 40 (1982), 7, 15 ff. - Die angeführten Fehlleistungen des Gesetzgebers sollen allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, daß es keinerlei "gute" und "erfolgreiche" Gesetze und Gesetzgebung gibt, vgl. auch K. Eichenberger, a.a.O., S. 19. Überdies weist H. Honsell, in:

Ursachen und Wirkungen in einer "Mängelliste" ausschnittsweise zusammengestellt:

Die Kritik an der Normenflut (im engeren Sinne) beklagt die quantitative Ausweitung der Normsetzung bis ins Übermaß, d.h., "daß die Normen erheblich vermehrt werden, daß sie zunehmend mehr Regelungsgebiete erfassen, die Regelungen dichter machen, den Rechtsstoff erweitern und einer ausufernden Verrechtlichung den Boden bereiten". Weitere Unzulänglichkeiten lassen sich mit dem Stichwort der strukturellen Mangelhaftigkeit des Gesetzes umschreiben, womit "verfehlte und unzureichende Normstrukturen, Vernachlässigungen und Fehler beim begrifflichen und systematischen Aufbau sowohl der Institute und Erlasse als auch von ganzen Hauptteilen der Rechtsordnung, logisch und sachlich unvollständige oder umgekehrt überdosierte Festlegungen" gemeint sind. Hinzu treten "*inhaltliche Unrichtigkeiten* auf vielerlei Ebenen" wie zum Beispiel bei rechtsethischen Fragestellungen, Interessenwertungen und der (rechts)tatsächlichen Tauglichkeit der Rechtssetzung. Schließlich werden Mängel an ausreichend präziser Begrifflichkeit, an Klarheit, Einfachheit und Verständlichkeit des Normsatzes und -gefüges ("kommunikative Unkorrektheiten") ebenso beklagt wie die Arbeitsüberlastung der an der Gesetzgebung Beteiligten, die "begrenzte Sachkompetenz", die "schwerfälligen Arbeitsweisen" sowie die politischen Abhängigkeiten der Gesetzgebungsorgane. Diese letztgenannten Mängel sind freilich zum (großen) Teil gerade Ursache der im übrigen genannten Unzulänglichkeiten der Gesetzgebung.

Die *Wirkungen* einer solchermaßen gekennzeichneten Situation der Gesetzgebung im modernen Rechtsstaat liegen auf der Hand: Die Ordnungsfunktion des Rechts wird bei weitgehender Unüberschaubarkeit, gehemmter Glaubwürdigkeit und mangelhafter rationaler Steuerungskraft beeinträchtigt; "die rechtsstaatliche Legitimation der Gesetzgebung wird brüchig". "Im Zweifel" werden Gesetze - etwa von Rechtsprechung und Verwaltung¹³ - nicht angewandt. Die Folgen sind nachlassendes Rechtsbewußt-

H. Schäffer/O. Triffterer (Hrsg.), *Rationalisierung der Gesetzgebung*, 1984, S. 15, 15, zu Recht darauf hin, daß die Klage über die Gesetzesflut und die schlechte Qualität der Gesetze so alt ist wie die Geschichte der Gesetzgebung selbst. Dennoch sei der Optimismus eines Montesquieu heute nicht mehr angebracht. So auch H. Schulze-Fielitz, *Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung*, 1988, S. 17 f. m.w.N. - Zu den verschiedenen Ebenen der Kritik an der Gesetzesflut vgl. auch H. Schulze-Fielitz, a.a.O., S. 9 ff.

¹³ Dazu W. Berg, *Die verwaltungsrechtliche Entscheidung bei ungewissem Sachverhalt*, 1980, S. 303 ff.