

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1291

Die Prognose im Staatsrecht

Zukunft in Vergegenwärtigung

Von

Walter Leisner



Duncker & Humblot · Berlin

WALTER LEISNER

Die Prognose im Staatsrecht

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1291

Die Prognose im Staatsrecht

Zukunft in Vergegenwärtigung

Von

Walter Leisner



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2015 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: L101 Mediengestaltung, Berlin

Druck: CPI buchbücher.de, Birkach

Printed in Germany

ISSN 0582-0200

ISBN 978-3-428-14599-7 (Print)

ISBN 978-3-428-54599-5 (E-Book)

ISBN 978-3-428-84599-6 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ∞

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Vor kurzem hat der Verfasser bereits einen rechtlichen Blick in die Zukunft versucht*, auf dem Weg über die Vergangenheit. Nun soll „das Zukünftige als solches“ Gegenstand staatsrechtlicher Betrachtung sein, aus einer anderen Perspektive: Zukunft in Vergegenwärtigung, also bereits „als eine Gegenwart“.

So sieht sie das Recht, so kann es sie nur sehen; dieser Nachweis soll hier erbracht werden, in Betrachtungen, welche von der Allgemeinen Rechtslehre über die Allgemeine Staatslehre zum geltenden Staatsrecht fortschreiten. Überall dort soll Versuchen einer „Erkenntnis der Zukunft“ im Recht nachgegangen werden, bis hin zu der Zentralfrage: „Findet im Recht Gestaltung der Zukunft statt“, ist die Zukunft für das Recht nicht nur Betrachtungs-, sondern als solche Regelungsgegenstand?

Grundthese und Ergebnis sind: Das Recht, das Staatsrecht als sein noch immer wichtigster Halt, kennen die Zukunft nur als Gegenwart in ihrem Entscheidungswillen. Eine „Gestaltung der Zukunft als solcher“ widerspricht gegenwärtigen Rechtsvorstellungen, auf all deren grundsätzlichen Stufen. Die Rechtsgeltung wirkt eben wesentlich in der Gegenwart ihrer Setzung und jeweiligen Anwendung. Zukunftswirkung des Rechts ist insbesondere auch keine Geltungsform des Staatsrechts. Dieses kennt Prognose nur als Vorbereitung des Erlasses und der Anwendung rechtlicher Regelungen, um darin deren bestimmte und damit bestimmende Wirkung rechtsstaatlich zu gewährleisten. Staatsrecht sichert Freiheit, damit Marktwirtschaft in deren stets gegenwärtiger Wirksamkeit. Ein „Rechtsprognosestaat“ darf nicht zum Planungsstaat werden.

Dennoch, gerade deshalb, ist Prognose als Rechtserkenntnis in Gegenwart, in Vergegenwärtigung, ein wichtiger staatsrechtlicher Betrachtungsgegenstand. Rechtswissenschaft kann sich hier in erkenntnismäßiger Bescheidenheit üben: Sie ordnet Erfassbares, sie prophezeit nicht mit Blick auf eine Zukunft, die mit jedem naturwissenschaftlich-technisch-ökonomischen Fortschritt täglich noch weniger vorauserkennbar, planbar wird, eben immer noch – unbekannter. Recht ist Wille – in sehr engen Grenzen, in denen ihn menschliche Erkenntnis vorbereiten, damit gestalten kann.

München, den 1. Januar 2015

Walter Leisner

* Tradition und Verfassungsrecht, Vergangenheit als Zukunft, 2013.

Inhaltsverzeichnis

Einführung: Prognostische „Zukunftserfassung im Recht“? Problemstellungen	11
<i>Ergebnis 1</i>	15
A. Rechtsprognose: Probleme und Vorgaben der Allgemeinen Rechtslehre	17
I. Begriff – Gegenstand – Fragestellungen	17
1. Prognose als Ordnungs-Gegenstand des Rechts	17
2. Prognosefestlegung als Folgenabschätzung nach rechtlicher „Effizienz“	19
3. Rechtliche Kriterien einer möglichen/notwendigen inhaltlichen Wirkung der Rechtsprognose	21
a) Prognose – kein Wahrheitsproblem	21
b) Prognose als „Einschätzung einer Wahrscheinlichkeit“? „Hinreichend sichere Vorausschau“?	23
c) Rechtsprognose-Wirkungen nur in den (verfassungs-)rechtlichen Formen der Rechtsgeltung	24
II. Prognose: Fakten und Recht	25
1. „Fakten i. w. S.“ als wesentlicher Prognosegegenstand	25
2. Trennung von Fakten- und Rechtswirkungen	25
3. Zusammenführung von Fakten- und Rechtsprognose	26
III. Exkurs: Beweis – Recht als „Vergegenwärtigung der Zukunft“	27
1. Beweisverfahren und Zukunft	27
2. Beweis: Rechtliche Geltung als „gegenwärtig gewusste Zukunft“ ..	28
<i>Ergebnis 2</i>	28
IV. Rechts-Methodik als Vergegenwärtigung der Zukunft	29
1. Begriffs-Interessenjurisprudenz: Zukunft als Gegenwart	29
a) Notwendige Ausgangspunkte der Prognose	29
b) Finales Rechtsdenken als Vergegenwärtigung der Zukunft	30
c) Prognose: Gleichklang von „Begriffs- und Interessenjurisprudenz“ ..	31
2. Induktion – Deduktion: Erfassung des Künftigen?	31
3. Analogie: ebenfalls eine „Vergegenwärtigung der Zukunft“	34
<i>Ergebnis 3</i>	35
4. „Vergegenwärtigung“ in Geltung: Notwendige Klarheit und Bestimmtheit der Prognose – Vorhersehbarkeit	36
5. Offenheit, Flexibilität des Rechts – Formen prognostischer Zukunftserfassung?	39

6. Hypothesen – Vorsorge – Versicherung	42
<i>Ergebnis 4</i>	43
7. Prognose als „Geltung bis auf Weiteres“ – rebus sic stantibus	43
<i>Ergebnis 5</i>	44
V. Auslegung als Vergegenwärtigung der Zukunft	44
1. Interpretation als Vergegenwärtigung	44
2. Auslegung als „Vorausschau“	45
3. Zukunftsbezüge der subjektiven und objektiven Auslegung	46
4. Auslegung: Rechtsverständnis in jeweils „zukunftsnaher Gegenwart“	48
<i>Ergebnis 6</i>	48
VI. Rechtspolitik und Prognose	49
1. Rechtspolitik – Zukunftsorientierung	49
2. Prognose und „Politik“	50
3. Rechtsprognose und Politologie	52
<i>Ergebnis 7</i>	53
B. Prognose und Allgemeine Staatslehre: Verfassungsrecht als normativer Rahmen insbesondere der Demokratie	54
I. Das Wesen des Verfassungsrechts – Normwirkungen	54
1. Prognose im Licht der klassischen Staats-(Verfassungs-)Theorien der Allgemeinen Staatslehre	54
2. Prognose und „Vertragsstaatlichkeit“	58
3. Recht in Evolution: Nur Gegenwart auch in späterer jeweiliger Änderung	59
<i>Ergebnis 8</i>	60
II. Verfassung als höhere Normstufe: Weitere Vorausschau?	61
1. Normstufenwirkung in Prognose? – Verfassung als Kontinuität	61
2. Zeitübergreifende Verfassungswerte – in Zukunft ausgreifendes rechtliches Ordnen?	62
3. Verfassungsrecht als „weitere Schau von höherer Warte aus“?	63
4. „Ausstrahlung der Verfassung“ als Prognosewirkung?	65
<i>Ergebnis 9</i>	66
III. „Verfassung als Programm“ und Prognose	67
1. Programm als „Ankündigung“	67
2. Von der Verfassung als Programm zum „unmittelbar geltenden Staatsrecht“	68
3. Programmatizität – keine prognoserelevante staatsrechtliche Zukunftserfassung	69
<i>Ergebnis 10</i>	70
IV. Verfassung als „demokratische Staatsgrundlage“ und die Rechtsprognose	70
1. „Zukunftsorientierung“ der „vordemokratischen“ Staatsformen	70
2. Insbesondere: Prognose und „Verfassung der Demokratie“	72

3. Demokratische Freiheitszentrik – Absage an Voraus-Entscheidung .	74
<i>Ergebnis 11</i>	75
C. Grundgesetzliche Grundentscheidungen und „Zukunft“	77
I. Die verfassungsrechtliche Fragestellung: Zeitliche Normwirkungen aus der Gegenwart in die Zukunft	77
1. Das Wesen des Prognosegehalts des Staatsrechts: Zeitlicher Geltungsrahmen rechtlicher Entscheidungen	77
2. Prognose: stets in Gegenwartssicht – „vergegenwärtigend“	77
3. Prognose als Bestimmung zeitlicher Geltungsformen gegenwärtiger Entscheidungen	78
4. Untersuchungsgegenstände	79
<i>Ergebnis 12</i>	79
II. Rechtsstaatlichkeit und Rechtsprognose	79
1. Rechtsstaatlichkeit als demokratische Grundentscheidung	79
2. Rechtsstaatlichkeit in gegenwärtiger Wirkung – Vertrauensschutz . .	80
3. Rechtsstaatliche Bestimmtheit – Klarheit der Inhaltserkenntnis . . .	81
4. Sorgfaltspflichten der Prüfung zur Norminhaltserkenntnis in Prognose	82
5. Allseitigkeit der entscheidungsvorbereitenden Prognoseprüfung . . .	84
6. „Sorgfaltsaufrufe“ – keine Überspannung von Prognosepflichten . .	85
<i>Ergebnis 13</i>	86
III. Sozialstaatlichkeit in Prognose	87
1. Die Zukunftsdimensionen des „Sozialen Rechtsdenkens“	87
2. „Soziales“ als „Hilfebemühen“: Prognose und Existenzsicherung in Gegenwärtigkeit	88
3. Verbindung von Sozial- und Rechtsstaatlichkeit über den Begriff der verfassungsrechtlichen Sicherung	89
4. Versicherungsdenken – Sozialversicherung: Verfassungsvorgaben für eine Prognose als Zukunftserfassung?	90
<i>Ergebnis 14</i>	91
IV. Föderalismus – Prognoseaspekte	92
1. Föderalismus als „staatsrechtlicher Prognoseraum“	92
2. Föderalismus als Experimentierfeld und Prognoseform	93
3. Föderale Subsidiaritäts-Prognose in Normstufenform	94
<i>Ergebnis 15</i> :	95
D. Einzelne verfassungsrechtliche Regelungen – Prognosegehalt	96
I. Verfassungsgebung und Verfassungsänderung – „Verfahren als Zukunftsregelung?“	96
1. Jederzeitige Änderbarkeit der Normentscheidung	96
2. Erhöhte Änderungs-Mehrheit: Entscheidungsschwerung, nicht Zukunftsregelung	97
3. „Ewigkeitsentscheidungen“	99
<i>Ergebnis 16</i>	100

II.	Staatsorganisatorische „Prognosevorgaben“	101
1.	Fragestellung	101
2.	Wahlen als Personal-Prognosen	101
3.	Politische Parteien – organisierte Prognose?	105
	<i>Ergebnis 17</i>	106
4.	Teilung der Verfassungsgewalten – „Prognosegehalt“	107
	<i>Ergebnis 18</i>	109
5.	Verfassungsrechtlich bestimmte „Amtszeiten“ und Prognose	110
6.	Die beamtlich-richterliche Lebenszeitstellung	112
7.	Staatsorganisationsrecht – als solches keine Prognoseregelung	115
	<i>Ergebnis 19</i>	116
III.	Die Grundrechte des Grundgesetzes als Prognosevorgaben	116
1.	Prognose als grundrechtliche Fragestellung	116
2.	Die besondere Geltungsqualität der Grundrechte in „vorstaatlichen Wertentscheidungen“	117
3.	Grundrechtsgegenstand Freiheit(ssicherung) und Prognose	120
4.	Grundrechtsänderungen – Grundrechtsergänzungen	122
	<i>Ergebnis 20</i>	123
5.	Zur normsetzenden Wirkungsweise der Grundrechte	124
6.	Prognostische Ansätze in den Grundrechten Art. 1 bis 7 GG – Allgemeines	125
	<i>Ergebnis 21</i>	126
7.	Prognose und flächendeckende Einzelgrundrechte: Art. 1 bis 5 GG	127
	<i>Ergebnis 22</i>	135
8.	Prognose in Ehe, Familie, Erziehung, Bildung	136
	<i>Ergebnis 23</i>	140
9.	Die zentralen wirtschaftlichen Grundrechte (Art. 12, 14 GG) und die Prognose	140
	<i>Ergebnis 24</i>	145
IV.	Finanzverfassung und Prognose	146
1.	Eine traditionell besondere „Prognosematerie“: „Weiterfunktio- nieren“ der Staatlichkeit	146
2.	Finanzwissenschaft und staatsrechtliche Prognose	147
3.	Finanzverfassungsrecht als Vergegenwärtigung „naher“ Zukunft	148
4.	Insbesondere: Das Haushaltsrecht	149
	<i>Ergebnis 25</i>	150
	Exkurs: Rechtsprognose und Planung	150
	<i>Ergebnis 26</i>	153
E.	Prognose: „Ausblick auf eine Vorausschau“ ...	154
	<i>Ergebnis 27</i>	156
	Sachwortverzeichnis	157

Einführung: Prognostische „Zukunftserfassung im Recht“? Problemstellungen

1.

„Quid cras futurum sit fuge quaerere et quem Fors dierum cumque dabit lucro appone“: „Was morgen annahmt, meide vorauszuspähen; Und welchen Tag auch gönnet das Loos, empfang ihn als Gewinn“ (Horaz, Oden I, 9, 13–15; Übersetzung von Johann Heinrich Voss, Des Quintus Horatius Flaccus Werke, 1. A., Bd. 1, Heidelberg 1806; vgl. Leisner, W., Staatsferne Privatheit in der Antike. Horaz: In Machtferne das Leben genießen, 2012, S. 95, 97).

Die drei alten Fakultäten pflegten ihre „klassischen Wissenschaften“ alle zugleich in Zukunftsschau – und in Zukunftsblindheit: Die Theologie über den Tod hinweg in die Ewigkeit blickend, in ihr alle Zukünfte überhöhend; die Medizin in Grundlagenschaffung für ein längeres, langes Leben, als Vorbereitung für diese Zukunft; Jurisprudenz schließlich in ihren Normen befehlend, in denen die Gegenwart einer Zukunft Anordnungen gibt, darin in das Kommende auszugreifen versucht, es gestalten will – letztlich aber nur die Zeit stillstehen lässt, die Zukunft als eine „vergegenwärtigte“ aufhebt.

Theologie braucht darin ihre Grenzen nicht zu bestimmen: Sie sind, ganz einfach, erreicht, wenn der Letzte aufhört zu glauben. Der Medizin nimmt die Natur die Grenzbestimmung ab, im Einzelfall: Sie verschiebt Schranken, doch sie respektiert sie am Ende. Diese beiden Schranken hat auch das Recht zu achten: Sein „Zukunftsblick“, seine Visionen hören auf, wo der letzte Adressat ihrer Befehle nicht mehr gehorcht – oder stirbt. Jenseits all dieses geistigen Bemühens der Wissenschaften beginnt die „Zukunft – das große Unbekannte“.

2.

a) Das *rein diesseitsordnende Recht* erscheint nun aber, in einer ihm wahrhaft eigen(artigen) Weise, „*geöffnet*“ zu dieser unbekannten Zukunft. Zu ihr, in sie hinein will es seine ordnende Macht erstrecken, will „das Recht gestalten“ – ein (schlechtes) Wort für: „die Zukunft erfassen“, obwohl es sie vielleicht nur in seiner Gegenwart erreicht, sie im jetzigen Augenblick aufhebt.

Im Recht erfolgen diese Bemühungen um eine „*Prognose*“ in verschiedenen Formen und Intensitätsstufen von Anordnungen, die sich aber in Notwendigkeit auseinander ergeben, ja aufbauen.

- „Wissen um zukünftige Entwicklungen, Lagen, Umstände, soll sich aus dieser „Vorausschau“ ergeben. All diese Erkenntnisse werden dann, in unterschiedlichem Umfang, gegenwärtigen Entscheidungen „zugrunde gelegt“, bilden deren „Regelungsgegenstände“. Daraus folgt sodann:
- Rechtliche Gestaltungen mit deutlicher Gegenwartswirkung beinhalten zugleich (gewisse) Datensetzungen für eine bereits als absehbar unterstellte Zukunft.
- Gegenwärtige Gestaltungen sollen bereits für eine, wie immer (vorher-) bestimmte Zukunft gelten, also in einer Form von „Zukunft als Gegenwart“, worin dann gilt: „Gegenwart *ist* Zukunft“. Das Kommende als solches ist zwar faktisch noch nicht da, für das Recht aber nur insoweit inexistent; für dessen „Geltungswelt“, seinen Geltungswillen ist es bereits voll gegenwärtig vorhanden.

Auf welcher dieser Stufen immer heutige Anordnung in die Zukunft hineinwirkt, auf sie, diese dritte, letzte Rechts-Intensität, also auf „*Zukunft als Gegenwart*“, ist die Ziel-Projektion, der teleologische Geltungsanspruch, ist die Orientierung allen staatlich-rechtlichen Ordners bezogen. Nur auf eine „Zukunft“ in diesem Sinn, als etwas nicht nur letztlich zu Erreichendes, prinzipiell Erreichbares, sondern als „auf etwas bereits in Recht Erreichtes“ sind jedenfalls alle zeitlich übergreifenden Anordnungen ausgerichtet. In diesem Sinn, aber auch nur in ihm, ist eine „Zukunftsdimension (ein) Wesen(szug) des Rechts als solchen“, für alles Recht gilt grundsätzlich in diesem Sinne: „Es ist erreicht!“.

b) Aus diesem Vorverständnis heraus konzentrieren sich die folgenden Gedanken auf Gestaltungen, Zielsetzungen, Entwicklungen der höchsten, *der grundsätzlich orientierenden Normstufe, auf die Verfassungs-Ebene*. Dies ist hier zu verstehen in einem erweiternden Sinn: In kelsenianischem Denken sind einzubeziehen auch alle heute mit rechtlicher Direktivkraft ausgestalteten Normen, die oberhalb der Verfassungsebene auf diese, in ihrem ordnenden Verständnis, gegenwärtig rechtlich einwirken: von den überstaatlichen Ordnungen bis zum Völkerrecht. Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich dennoch im Wesentlichen auf *Materien des herkömmlichen Staatsrecht*, wie sie auch bereits Gegenstände der Allgemeinen Rechtslehre und der Allgemeinen Staatslehre sind: Die an sich schon in juristischer Präzision schwer fassbaren (möglichen) Bereiche einer „Zukunftswirkung der Gegenwart“ dürfen nicht noch belastet werden durch Probleme von „Ordnungen in fieri“, einer Europäischen oder gar einer Welt-

Gemeinschaft. Dem gegenüber weist das geltende Verfassungsrecht immerhin einen weit deutlicheren, einen bewusst zeitübergreifenden Charakter der Beständigkeit auf.

3.

Eine rechtliche Prognose, welche so eine „Zukunft in den Blick nehmen will“, muss dies in *drei Perspektiven* versuchen:

a) *Künftige Entwicklungen augenblicks-gegenwärtiger faktischer Lagen* muss sie abzuschätzen versuchen, jeweils für einen ihr vorgegebenen oder von ihr bestimmten Zeitraum. Dabei hat sie die jeweilige gegenwärtige Situation grundsätzlich als solche zu Grunde zu legen, auf welche Entwicklungen, auf welche in ihr wirkenden Kräfte die zurückzuführen sein mag. Rechtliche Gestaltungen sind dabei jeweils einzubeziehen. Vergangenes wirkt insoweit (nur) verdeutlichend, aber eben auch in seiner noch gegenwärtigen Mächtigkeit, in der (Un-)Wahrscheinlichkeit seines Fortbestehens.

b) *Wirkungskräfte anstehender rechtlicher Entscheidungen auf diese faktischen Lagen*, im Sinn von deren Erhaltung, Verfestigung oder eben Veränderung, gilt es sodann in den Blick zu nehmen. Von bisher feststellbaren Wirkungen rechtlicher Gestaltungen von der Art, wie sie nun zu treffen, fortzusetzen, zu ändern sein mögen, kann und wird dabei in der Regel auszugehen sein.

c) *Der gegenwärtige, rechtliche Entscheidungswille* der anstehenden (Um-)Gestaltungen ist schließlich ebenfalls im gegenwärtigen, in dem „Prognosezeitpunkt“ festzustellen, in den Dimensionen, die er sich heute selbst ausdrücklich vorgibt: in der Geltung einer Aufrechterhaltung oder Änderung für eine Zeit X – oder weitgehend, ja völlig in ein zeitliches In(de)finitum hinein, juristisch: „In Geltung bis auf Weiteres“. In sehr vielen, wenn nicht in den meisten Fällen wird aus einer solchen zeitlichen Unbestimmtheitsdimension des Gestaltungswillens heraus die rechtliche Entscheidung dann fallen.

4.

Grundsätzlich sollten diese drei Operationen der Prognose zwar getrennt ablaufen. Ihre Sichten lassen sich aber im Folgenden nicht durchgehend unterscheiden oder gar klar voneinander absichten. Sie werden von faktischem insbesondere naturwissenschaftlich-technischem Erkenntnisvermögen überlagert. Geprägt werden sie durchgehend vom jeweiligen *Machtdenken*, das die politischen Entscheidungen trägt. Mögliches und Wahrscheinliches