

Engel, Christoph

Working Paper

Rationale Rechtspolitik und ihre Grenzen

Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, No. 2005,4

Provided in Cooperation with:

Max Planck Institute for Research on Collective Goods

Suggested Citation: Engel, Christoph (2005) : Rationale Rechtspolitik und ihre Grenzen, Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, No. 2005,4, Max Planck Institute for Research on Collective Goods, Bonn

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/26861>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

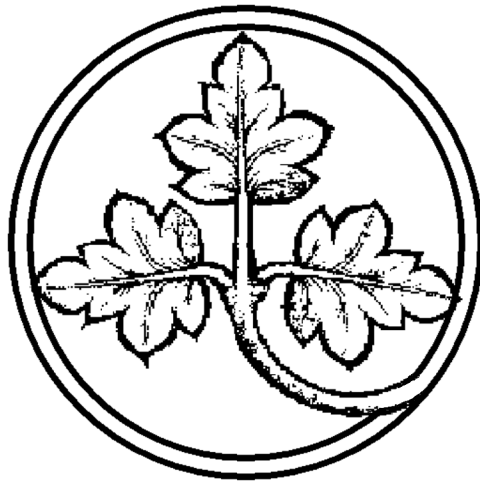
Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.



Preprints of the
Max Planck Institute
for Research on Collective Goods
Bonn
2005/4

Rationale Rechtspolitik und ihre Grenzen

Christoph Engel



Rationale Rechtspolitik und ihre Grenzen

Christoph Engel

February 2005

Rationale Rechtspolitik und ihre Grenzen*

Christoph Engel

I.	Vom Nutzen wissenschaftlicher Rechtspolitik	2
II.	Von den Hindernissen rationaler Rechtspolitik	5
	1. Komplexität	6
	2. Unsicherheit	10
	3. Erkenntnisgrenzen	12
	5. Soziale Einbettung	15
	6. Normative Relativität	15
	7. Eigengesetzlichkeit des Rechts	16
III.	Von den Möglichkeiten rationaler Rechtspolitik	18
IV.	Literatur	21

„Politik gehört nicht in der Hörsaal. [...] Denn praktisch-politische Stellungnahme und wissenschaftliche Analyse politischer Gebilde und Parteistellung ist zweierlei. [...] Die Worte, die man braucht, sind dann nicht Mittel wissenschaftlicher Analyse, sondern politischen Werbens um die Stellungnahme des anderen. Sie sind nicht Pflugscharen zur Lockerung des Erdreiches des kontemplativen Denkens, sondern Schwerter gegen den Gegner: Kampfmittel.“ Von keinem geringeren als Max Weber stammt diese Philippika gegen jede Wissenschaft von der Politik, die sich nicht strikt auf die Rolle des außenstehenden Beobachters zurückzieht¹. So vornehm ist ein Professor der Rechte für gewöhnlich nicht, wenn er rechtspolitisch argumentiert. Er sagt vielmehr, was er für das lösungsbedürftige Problem hält, und er schlägt meist auch gleich vor, wie man es machen sollte. Dafür gibt es vermutlich auch psychologische Erklärungen. Mit ostentativem Zweifel kann man keine Prozesse gewinnen. Die Entscheidungsfreudigkeit überträgt sich dann auch auf die Argumentation de lege ferenda. Doch auch normativ spricht viel für diese Aufgabe der Wissenschaft. Sie führt zu einem wohlthuenden wissenschaftlichen Paralleldiskurs rechtspolitischer Fragen (I). Ist das dahinter stehende Programm einer rationalen Rechtspolitik aber auch einlösbar (II)? Die Liste der Hindernisse und Einschränkungen ist lang. Eine Wissenschaft von der guten Rechtspolitik bleibt trotzdem möglich. Sie muss aber sehr viel behutsamer zu Werke gehen (III).

* Indra Spiecker gen. Döhmman danke ich für hilfreiche Kommentare, Lena Heuner für die Unterstützung bei der Suche nach Material zum Klimaschutz.

1 WEBER Wissenschaft als Beruf, 24.

I. Vom Nutzen wissenschaftlicher Rechtspolitik

Wenn ein Rechtswissenschaftler rechtspolitisch tätig wird, stellt er sich zwei Aufgaben: die rationale Rekonstruktion des regelungsbedürftigen Problems und die darauf fußende Suche nach der besten Lösung. Ist er verfassungs- oder europarechtlich tätig, will er vielleicht auch den politischen Prozess verstehen und verbessern, in dem neues Recht gemacht wird.

Damit dieser Beitrag Anschauung gewinnt, soll uns ein aktuelles Beispiel begleiten: der Klimaschutz². Mehr als die Illustration abstrakter Konzepte ist damit aber nicht beabsichtigt. Ein selbständiger Beitrag zur Bewältigung des Klimaproblems müsste viel tiefer gründen und viel weiter ausholen.

Nach verbreiteter naturwissenschaftlicher Überzeugung gründet die Sorge um Veränderungen des Klimas der Erde in der übermäßigen Anreicherung von Treibhausgasen in der Atmosphäre³. Ohne diese Gase gäbe es den Treibhauseffekt nicht. Die Erde wäre unbewohnbar kalt. Aber zu viel Treibhausgase könnten die Erde überhitzen. Sie könnte schließlich ein ebenso wüster Ort werden wie der Mars. Treibhausgase kommen aus vielen Quellen. Nicht wenige Quellen liegen in der Hand des Menschen. Die wichtigste ist die Verbrennung fossiler Energieträger. Dabei wird Kohlendioxid frei. Industrie und Haushalte tragen gleichermaßen dazu bei. In den Haushalten sind es vor allem Autos und Heizungen. Die Landwirtschaft steuert vornehmlich Methan bei. Es entsteht in erheblichen Mengen beim Stoffwechsel des Viehs.

Es liegt nahe, diese Beiträge zum Klimaproblem als Anreizprobleme zu rekonstruieren⁴. Industrie, Landwirtschaft und Haushalte stehen sich selbst am besten, wenn sie allein auf ihren privaten Nutzen achten. Als Mitglieder der Allgemeinheit sind sie zwar auf die Dauer auch von den nachteiligen Folgen auf das Klima betroffen. Dieser geringe Nachteil steht aber in keinem Verhältnis zu dem gegenwärtigen Vorteil aus der Klimabeeinträchtigung. Die Ökonomie spricht deshalb von einer Externalität⁵.

Die logische Antwort auf Externalitäten ist Internalisierung. Der Staat sorgt mit Hilfe seiner souveränen Befugnisse dafür, dass Eigennutz und Gemeinnutz wieder parallel laufen. Die Beeinträchtigung des Klimas lohnt also nicht mehr⁶. Eine besonders elegante Technik der Internalisie-

2 Eine sehr gute Informationsquelle ist HOUGHTON Climate Change 2001 I; MCCARTHY Climate Change 2001 II; METZ Climate Change 2001 III; WATSON und ALBRITTON Climate Change 2001 Synthesis; für knappere Darstellungen s. HASSELMANN und LATIF in: Science 2003; KARL und TRENBERTH in: Science 2003.

3 Die wichtigsten Treibhausgase sind Kohlendioxid, Methan, Stickoxid und Ozon.

4 Einen (kritischen) Überblick über die ökonomische Literatur zum Klimaschutz gibt DECANIO Climate Change. Dass auch eine konkurrierende, konstruktivistische Sicht Sinn macht, zeigen NEY und THOMPSON in: Jochem, Sathaye und Bouille 2000.

5 Eine gut lesbare Einführung ist FRITSCH, WEIN und EWERS Marktversagen, 74-141. Diese Begründung kann man mit Hilfe der Spieltheorie (einführend: BAIRD, GERTNER und PICKER Game Theory) und des Mechanismus-Design (einführend: SCHWEIZER Vertragstheorie) unterfüttern. Für die Zwecke dieses Beitrags ist das aber nicht erforderlich.

6 Genauer: sie lohnt nur noch bis zu dem Ausmaß, bei dem die sozialen (Grenz-)Kosten gerade dem sozialen (Grenz-)Nutzen entsprechen.

rung sind handelbare Zertifikate⁷. Der Staat macht das Recht zur Emission von Treibhausgasen künstlich knapp⁸. Wer solche Gase emittieren will, muss im Besitz eines dieser Zertifikate sein. Weil die Zertifikate handelbar sind, gelangen sie zu den Nutzern mit der höchsten Zahlungsbereitschaft. Wenn der Wettbewerb unverzerrt ist, sind das zugleich die Nutzer, bei denen die Emission von Treibhausgasen den größten Nutzen stiftet. Das Zertifikat führt idealiter also dazu, dass Beiträge zum Treibhauseffekt gehandelt werden wie andere Rohstoffe auch.

Ein Umweltpolitiker muss diese Zusammenhänge verstehen. Warum muss das aber auch ein Jurist tun? Warum kann er sich nicht auf das beschränken, was schon immer Juristenhandwerk war: die Interpretation des Gesetzestextes also? Der deutsche Gesetzgeber hat den Weg der Emissionszertifikate ja gerade beschritten. Viele lange Texte sind dabei herausgekommen⁹. Natürlich kann man auch mit den Mitteln klassischer Hermeneutik etwas Sinnvolles darüber aussagen¹⁰. Aber zu den vier klassischen canones der Auslegung gehört auch das Telos. Es ist gleichsam das trojanische Pferd, mit dem Konzepte der Nachbarwissenschaften in das Recht eindringen. Denn die Nachbarwissenschaften stellen dem Recht eine präzise Sprache zur Verfügung, wenn es den Zweck einer Norm benennt. § 1 Treibhaus-Emissionshandelsgesetz hat diese Verbindung zur Ökonomie ja sogar offen in den Text des Gesetzes geschrieben¹¹.

Viele Rechtswissenschaftler wollen nicht mehr auf den Gesetzgeber warten. Sie deuten die Rechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft¹². Auf einem indirekten Weg tut das auch jeder Verfassungsrechtler, der ein Gesetz an den Grundrechten misst. Wenn die Norm in ein Grundrecht eingreift¹³, dann kann sie nur dadurch gerechtfertigt werden, dass sie einem legitimen Ziel dient. Die Rekonstruktion legitimer Ziele ist ohne Rückgriff auf die Nachbarwissenschaften kaum möglich¹⁴. Ebenso wenig kann der Verfassungsrechtler bei der Untersuchung von Erforderlichkeit und Angemessenheit auf die rationale Rekonstruktion der Steuerungswirkung gesetzlicher Interventionen verzichten. Denn von ihm wird ja ein Institutionenvergleich erwartet. Er muss die Maßnahme verwerfen, wenn dem Gesetzgeber ein gleich geeignetes, den Grundrechtsträger aber weniger belastendes Mittel zu Gebote gestanden hätte. Ob der Grundrechtseingriff

7 Das ist der Ansatz des Kyoto Protokolls, deutscher Text <http://www.bmu.de/files/protodt.pdf>. Für dieses Instrument hat literarisch vor allem HOLGER BONUS gestritten, etwa BONUS in: Wegehenkel 1981.

8 Idealiter macht er es gerade so knapp, dass der Ausgleich von Grenzkosten und Grenznutzen erreicht wird.

9 Das Geflecht der Normen ist kompliziert: Grundlage ist die EG-Richtlinie 2003/87, ABl. 2003 L 275/32. Zu ihrer Ausführung ist das deutsche Treibhaus-Emissionshandelsgesetz ergangen, BGBl. 2004 I 1578. Auf dieser Grundlage hat die Bundesregierung den Nationalen Allokationsplan verabschiedet und der EG notifiziert, http://www.bmu.de/files/nap_kabinettsbeschluss.pdf. Nach Billigung durch Entscheidung der EG-Kommission hat der deutsche Gesetzgeber das Zuteilungsgesetz 2007, BGBl. 2004 I 2211 erlassen und die Bundesregierung die Zuteilungsverordnung 2007, BGBl. 2004 I 2255.

10 S. etwa WAGNER in: Umwelt- und Technikrecht 2004.

11 „Zweck dieses Gesetzes ist es, für Tätigkeiten, durch die in besonderem Maße Treibhausgase emittiert werden, die Grundlagen für den Handel mit Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen in einem gemeinschaftsweiten Emissionshandelssystem zu schaffen, um damit durch eine kosteneffiziente Verringerung von Treibhausgasen zum weltweiten Klimaschutz beizutragen“.

12 Programmatisch etwa SCHUPPERT in: Hoffmann-Riem, Schmidt-Aßmann und Schuppert 1993. Ein eng vergleichbares Programm steht etwa hinter der ökonomischen Analyse des Rechts, s. nur POSNER Economic Analysis of Law.

13 Hier ist das BVerfG jüngst ja restriktiver geworden, BVerfGE 105, 252; BVerfGE 105, 279; hier ist nicht der Ort für die – notwendige – Kritik dieser Rechtsprechung, s. aber KAHL in: Staat 2004.

14 Näher ENGEL in: Brugger, Kirste und Anderheiden 2002b.

unangemessen ist, kann er ohne Abschätzung seiner Steuerungswirkung nicht beurteilen. Um solche Fragen würde es gehen, wenn auf Antrag eines der betroffenen Unternehmen über die Verfassungsmäßigkeit der deutschen Regeln über Emissionszertifikate zu entscheiden wäre.

Vor allem kann ein Jurist aber aus einem rechtstheoretischen Grunde nicht auf die Bereitschaft zur rationalen Rekonstruktion von Steuerungszweck und Steuerungswirkung verzichten. Denn im 19. Jahrhundert hat sich der juristische Positivismus ja durchgesetzt¹⁵. Seither scheint den deutschen Juristen selbstverständlich, dass Recht nicht von Gott gestiftet ist, historisch wächst oder von wenigen Auserwählten gefunden wird. Es wird gesetzt. Juristisch ist jede einzelne Norm jederzeit verfügbar. Der berühmte Federstrich des Gesetzgebers macht ganze Bibliotheken zu Makulatur¹⁶. Der Positivismus hat das Recht beweglich gemacht. Es kann auf veränderte soziale Verhältnisse ebenso schnell reagieren wie auf einen Wandel der Überzeugungen in der Gesellschaft. Wenn daraus keine Willkür werden soll, dann muss das Recht bei jeder Reform sagen können, was von nun an besser werden soll und wodurch.

Ein Rechtswissenschaftler kann sich natürlich auch ganz offen der Rechtspolitik verschreiben. Dann geht es ihm um Kontrolle, Evaluation, Legitimation oder Wirksamkeit des Rechts. Die Aufgabe der Kontrolle steht auf der Grenzlinie zwischen Rechtsdogmatik und Rechtspolitik. Sie ergibt sich aus der Mehrstufigkeit der Rechtsordnung. Fragen des einfachen Rechts sind fast immer auch Fragen des Verfassungsrechts, oft außerdem Fragen des Europarechts, nicht selten auch Fragen des Völkerrechts. Die Verordnung steht unter der Kontrolle des Gesetzes, die gemeindliche Satzung unter der Kontrolle der Kommunalaufsichtsbehörde, die Satzung einer Gesellschaft steht unter der Kontrolle der ordentlichen Gerichte. Wer kontrolliert, braucht Maßstäbe. Sind diese Maßstäbe verfahrensrechtlicher Natur, findet Politik nur durch die Hintertür statt. Materielle Maßstäbe, also Regeln über Regeln, sind dagegen offen politisch. Vom Übermaßverbot als Einfallstor war ja schon die Rede.

Evaluation ist ein politikwissenschaftlicher Begriff. Idealerweise beendet die Evaluation den Politikzyklus. Er besteht aus der Wahl eines Gegenstandes¹⁷, der Definition des Problems, der Politikformulierung, der Implementation und eben der Evaluation¹⁸. In der Evaluation zeigt sich, ob das Gesetz die selbst gesteckten Zielen auch wirklich erreicht hat. Der output des politischen Prozesses wird also mit dem outcome verglichen¹⁹. Dieses Programm ist nur einzulösen, wenn man dem Gesetz eine Absicht zuweisen und es mit alternativen Lösungen vergleichen kann. Ein Rechtswissenschaftler könnte in ein paar Jahren etwa fragen, ob die neuen Emissionszertifikate für den Klimaschutz wirklich etwas bewirkt haben.

15 Der wortmächtigste Widerstand kam aus dem römischen Recht, etwa von VON SAVIGNY Beruf unserer Zeit.

16 KIRCHMANN Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 23.

17 Auch im Deutschen meist mit dem englischen Ausdruck Agenda Setting belegt.

18 Zusammenfassend MAY und WILDAVSKY Policy Cycle.

19 Aus dem reichen Schrifttum s. nur WOLLMANN in: Wollmann 1980; WEISS Evaluation; weiteres Material bei ENGEL in: Engel und Héritier 2003.

In der juristischen Diskussion wird Legitimation meist formal verstanden. Man verlangt eine ununterbrochene Kette der demokratischen Legitimation. Die Kette der sachlichen Legitimation reicht vom souveränen Volk über das Wahlvolk zum Gesetz, und von dort weiter zu untergesetzlichen Normen, Verwaltungsakten und Gerichtsentscheidungen. Die Kette der persönlichen Legitimation reicht vom souveränen Volk über das Wahlvolk zum Bundeskanzler, und von ihm weiter zu den Ministern, den Richterwahlausschüssen und der Ernennung der Beamten²⁰. Dieser doppelte Legitimationsstrang war schon in der Vergangenheit oft dünn. Beim beliebigen Unternehmer fehlte die persönliche Legitimation, beim Ermessen die sachliche Legitimation. Erst recht war mit dieser Legitimationstheorie bei der Europäischen Gemeinschaft kein Staat zu machen. Auch bei der Bundesbank und beim Bundesverfassungsgericht war es, wenn man ehrlich war, schwierig. Mittlerweile haben wir uns an ausgehandeltes Recht²¹ ebenso sehr gewöhnt wie an unabhängige Regulierungsbehörden. Es wird deshalb Zeit, dass sich auch die Rechtswissenschaft für die politikwissenschaftliche Unterscheidung von input Legitimation und output Legitimation öffnet²². Der traditionelle Legitimationsstrang ist dabei mit dem ersten Begriff belegt. Der zweite Begriff meint dagegen die Überzeugungskraft der sichtbar guten Lösung. Die wissenschaftliche Diskussion über neues Recht kann der Öffentlichkeit diese Überzeugung verschaffen.

Der Geist ist willig, doch das Fleisch ist schwach. In diesem Bibelwort steckt natürlich mehr als nur ein Körnchen Wahrheit. Die bloße Einsicht allein genügt oft noch nicht, um menschliches Verhalten zu ändern. Doch der Volksmund weiß auch: der Mensch lebt nicht vom Brot allein. Die Einsicht in die Notwendigkeit einer normativen Erwartung ist also auch keine quantité négligable. Wir werden nicht nur von unseren Interessen getrieben. Auch Ideen können uns motivieren²³. Etwas blass ist oft auch von der Akzeptanz von Recht die Rede²⁴. Und die Wirksamkeit von Recht hängt nicht nur am entgegenstehenden Willen seiner Adressaten. Sie müssen auf die neue Regel überhaupt erst aufmerksam werden, und sie müssen die normative Erwartung auch kognitiv verarbeiten können²⁵. Eine legitime Aufgabe der Rechtswissenschaft ist es, zu beidem beizutragen. Die Rekonstruktion der Funktion einer Norm hat also auch für die Wirksamkeit der Norm Bedeutung.

II. Von den Hindernissen rationaler Rechtspolitik

Rationale Rechtspolitik ist also ein gut begründbares, ja im Grunde ein notwendiges wissenschaftliches Programm. Doch der Weg zu diesem Ziel ist steinig. Hindernis um Hindernis gilt es zu überwinden. Die Komplexität des Gegenstands erschwert seine rationale Durchdringung (1). Meist ist überdies unter Unsicherheit zu entscheiden (2). Dem menschlichen Erkennen sind

20 Klassisch MAUNZ-DÜRIG/HERZOG Art. 20 II GG, R 46 ff.

21 Umfassend BECKER Kooperative und konsensuale Strukturen in der Normsetzung.

22 Die Unterscheidung ist ausgearbeitet bei SCHARPF Regieren in Europa, unter Rückgriff auf EASTON Systems Analysis.

23 Das Begriffspaar haben unabhängig voneinander entwickelt SINZHEIMER Gesetzgebung, 50; VANBERG und BUCHANAN in: Journal of Theoretical Politics 1989; YEE in: International Organization 1996.

24 S. etwa LUCKE in: Brand und Stempel 1998.

25 Näher ENGEL Learning the Law; s. auch ENGEL Social Dilemmas.

Grenzen gesetzt (3). Die Adressaten des Rechts reagieren nicht wie Maschinen, sondern verfügen über Autonomie (4). Der Adressat, auf den eine Regel abzielt, ist in einen sozialen Zusammenhang eingebettet (5). Über die normativen Maßstäbe für gutes Recht lässt sich keine Einigung erzielen (6). Schließlich ist das Recht ein kompliziertes Instrument, dessen Eigengesetzlichkeit der Rechtspolitiker in Rechnung stellen und respektieren muss (7).

1. Komplexität

Die Welt ist komplex. Dieser Satz scheint so trivial wie die Nachricht, dass es mehr als 80 Millionen Deutsche gibt. Das hindert die eine Regel über den Pflichtteilsanspruch ja auch nicht daran, jährlich viele tausend Erbfälle zu gestalten. Trotzdem ist schon die Nachricht von „natürlicher“ Komplexität für das Recht nicht irrelevant. Für die Massenverwaltung des Steuerrechts braucht man andere Regeln als für die ein, zwei Dutzend Fälle, die das Rundfunkrecht jährlich bewältigt. Ohne erhebliche Standardisierung geht es in der Massenverwaltung nicht. Und regelmäßig geht es nicht um schiere Masse, sondern um die Qualität von Zusammenhängen. Der Klimaschutz ist ein gutes Beispiel dafür. Die einzelne Emission ist nicht das Problem. Die eigentliche Sorge ist systemischer Natur. Gelangen zu viele Treibhausgase in die Atmosphäre, könnte es zu einer immer stärkeren Beschleunigung der Erderwärmung kommen. Wenn sich die Temperatur erhöht, könnte das moderate Klima aus dem Gleichgewicht geraten.

Aus normativer Sicht ist „natürliche“ Komplexität nur eine Randbedingung. Entscheidend ist, welches Maß an Komplexität das Recht bearbeiten kann und will. Die deutsche Reaktion auf das Klimaproblem ist eine gute Illustration. Der Gesetzgeber konzentriert sich allein auf industrielle Emissionen von Kohlendioxid. Die gesetzliche Regelung erfasst nur eine kleine Zahl von Emittenten mit einem besonders hohen Ausstoß dieses einen Treibhausgases. Vor allem richtet sich das Gesetz aber allein an deutsche Emittenten. Aus der Perspektive des völkerrechtlichen Prinzips der Souveränität ist das natürlich nicht überraschend. Naturwissenschaftlich ist der Klimaschutz jedoch ein strikt globales Problem. Von welchem Ort der Erde die Emission ausgeht, ist gleichgültig²⁶. Als die deutsche gesetzliche Regelung verabschiedet wurde, war unsicher, ob das zu Grunde liegende völkerrechtliche Kyoto Protokoll je in Kraft treten würde²⁷. Der deutsche Gesetzgeber hat dieses Risiko bewusst ausgeblendet und dadurch die Komplexität auf ein bearbeitbares Maß reduziert.

Komplexität hat viele Dimensionen. Ein erster Grund ist die Menge an Variablen. Das zivile Haftungsrecht reibt sich daran seit langem. Es spricht nur nicht von Komplexität, sondern spezifischer von der Länge der Kausalkette. Ist die Kette zwischen Handlung und Erfolg kurz, genügt die *conditio sine qua non* Formel. So liegt es etwa, wenn der auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird, der die Sache eines anderen mutwillig beschädigt hat. Werden die Kausalketten länger, wie etwa in der Produkthaftung, würde die *conditio sine qua non* Formel dagegen viel zu

26 S. nur HASSELMANN und LATIF in: Science 2003, 1923.

27 Einzelheiten <http://www.climnet.org/EUenergy/ratification/calendar.htm>; mittlerweile ist die russische Ratifikation und damit das Inkrafttreten in greifbare Nähe gerückt, <http://msnbc.msn.com/id/6412133/>.

viele Anspruchsgegner generieren. Man braucht einen wertenden Maßstab für die Auswahl. Diese Funktion übernehmen die Verkehrssicherungspflichten²⁸. Definiert man das regelungsbedürftige Problem zu eng, kann die rechtliche Intervention sogar kontraproduktiv werden. Ein Beispiel stammt aus der Luftreinhaltung. Die thermische Reinigung ist viel wirksamer als die herkömmliche saure Reinigung. Für die thermische Reinigung muss man aber fossile Primärenergie einsetzen²⁹. Dabei wird Kohlendioxid frei. Man verbessert die Situation für die Luft also, beeinträchtigt dadurch aber die Atmosphäre. Anders gesagt: wenn die Lösung des einen Problems ein anderes schafft, besteht das rechtspolitische Problem in der rechten Balance zwischen beiden Problemen.

Besonders häufig begegnet Komplexität dem Rechtspolitiker in der Form von strategischer Interaktion. Dann richten die Adressaten des Rechts ihr Verhalten nicht nur nach dem eigenen Nutzen aus. Vielmehr antizipieren sie, wie andere (potenzielle) Adressaten des Rechts auf ihr Verhalten reagieren werden. Diese antizipieren wieder das Verhalten der ursprünglichen Adressaten des Rechts, usw. So liegt es etwa beim Wettbewerb in engen Oligopolen³⁰. Die Spieltheorie stellt ein scharfes analytisches Werkzeug für solche Konstellationen zur Verfügung³¹. Beim Klimaschutz hat die deutsche Politik die Macht strategischer Interaktion zu spüren bekommen. Die Zementindustrie hat wirksam mit Abwanderung in benachbarte Länder gedroht, sollte die Politik ernst machen³². Daraufhin hat die Bundesregierung die Menge an Zertifikaten so hoch festgesetzt, dass die Zertifikate auf absehbare Zeit wirkungslos bleiben.

Viele soziale Probleme entstehen nicht aus einer einzigen Ursache. Dann darf sich die Rechtspolitik nicht darauf konzentrieren, den einzelnen Beitrag je für sich zu verstehen und zu steuern. Vielmehr kommt es darauf an, hinreichend viele, manchmal sogar nahezu alle Beiträge in den Griff zu bekommen³³. So liegt es grundsätzlich auch beim Klimaschutz. Es ist vollständig gleichgültig, von welchem Ort der Erde aus Treibhausgase in die Atmosphäre geraten. Entscheidend ist dagegen, dass sich diese Gase in der langen Frist von mehr als einem Jahrhundert in der Atmosphäre nicht zu sehr anreichern³⁴.

Intuitiv stellen wir uns Kausalität meist als externe Einwirkung auf einen Zustand der Ruhe vor. Viele Vorgänge der Natur sind anders organisiert. Die scheinbare Ruhe ist das Ergebnis eines Gleichgewichts zwischen antagonistischen Kräften. So sind etwa viele Vorgänge im Gehirn organisiert³⁵. Solch ein Gleichgewicht ist auch eines der Sorgenkinder der Klimaforschung. Man

28 S. etwa LANGE und SCHIEMANN Schadensersatz, § 3.

29 Einzelheiten CUHLS in: Brandenburgische Umweltberichte 2000.

30 Einzelheiten bei TIROLE Industrial Organisation.

31 Eine auf Juristen zugeschnittene, gut lesbare Einführung ist BAIRD, GERTNER und PICKER Game Theory.

32 Zum Zusammenhang von Abwanderung und Widerspruch klassisch HIRSCHMAN Exit Voice.

33 Die ökonomische Theorie öffentlicher Güter hat einen plastischen Begriff für solche Güter entwickelt. Sie nennt sie „Schwächstes Glied Güter“, CORNES und SANDLER Externalities, 184-190.

34 HASSELMANN und LATIF in: Science 2003, 1923.

35 Anschaulich etwa das Compensatory Response Modell zur Erklärung klassischer Konditionierung, DOMJAN Learning, 100-103. Noch anspruchsvollere Gleichgewichtsmodelle lassen den Endzustand aus der lokalen Interaktion einer Vielzahl autonomer Agenten entstehen, etwa THOMPSON, ELLIS und WILDAVSKY Cultural Theory, 83 mit dem Bild des Starenschwarms, der in der Luft zu stehen scheint.

fürchtet, die globale Erwärmung könnte zu dem paradoxen Ergebnis führen, dass es in Europa bitter kalt wird. Dazu käme es, wenn der Golfstrom seine Richtung ändert³⁶.

Einfache Kausalitätsmodelle sind deterministisch. Wenn man die Ursache gefunden und ihren Zusammenhang mit der Folge verstanden hat, kann man die Folge exakt vorhersagen. In Natur und Gesellschaft sind deterministische Zusammenhänge selten. Die meisten Zusammenhänge sind bloß probabilistischer Natur. Tritt eine bestimmte Ursache hinzu, wird ein bestimmter Erfolg wahrscheinlicher. Sicher ist er damit nicht³⁷. Wenn das so ist, kann sich der Rechtspolitiker mit qualitativen Aussagen nicht zufrieden geben. Er braucht auch eine Vorstellung von den Wahrscheinlichkeiten.

Noch ein Stück komplizierter wird es, wenn Emergenz ins Spiel kommt. Aus Vorgängen auf einer tieferen Ebene entsteht auf einer höheren Ebene ein Effekt, den auf der tieferen Ebene niemand geplant oder vorhergesehen hat. Gar nicht so selten ist diese ungewollte Wirkung sehr erwünscht. Adam Smiths Metapher von unsichtbaren Hand des Markts³⁸ ist das bekannteste Beispiel³⁹. Auch der berühmte Flügelschlag des Schmetterlings, aus dem schließlich ein Tornado entsteht, ist aber so ein Emergenzphänomen⁴⁰. Auch bei dem Klimaproblem geht es im Kern um Emergenz. Die eigentliche Sorge ist eine Destabilisierung des Klimas bzw. die sich anschließende Restabilisierung mit unbekanntem, möglicherweise katastrophalen Folgen⁴¹. Rationale Rechtspolitik gegenüber Emergenzphänomenen ist anspruchsvoll. Denn man muss nicht nur die einzelnen Vorgänge auf der tieferen Ebene verstehen, sondern auch Szenarien für die möglichen Wirkungen auf der höher gelegenen Ebene entwickeln.

Recht kann nur dadurch steuernd wirken, dass es Verhalten ändert. Das gilt gerade auch dann, wenn ein Vorgang in der Natur der Anlass zur Intervention ist. Vulkanausbrüche tragen nicht unerheblich zur Verschärfung des Klimaproblems bei⁴². Vulkanausbrüche kann aber keine Rechtsordnung der Welt verbieten⁴³. Was immer das Recht tut, braucht es deshalb eine Vorstellung von der Reaktion seiner Adressaten. Implizit machen Rechtspolitiker dabei gern die vereinfachende Annahme, alle Adressaten seien gleich. In der Wirklichkeit ist das ziemlich selten. Rechtssoziologische Untersuchungen zur Wirkung von Regeln des Straßenverkehrsrechts legen eine andere Daumenregeln nahe: 70% beachten die Regel, ohne dass sie von hoher Hand vollzo-

36 Eine populäre Darstellung der Zusammenhänge findet sich bei <http://www.firstscience.com/site/articles/gribbin.asp>.

37 Grundlegend GLIMCHER Neuroeconomics.

38 SMITH Wealth of Nations, IV.ii.9.

39 Mehr zu den wohltuenden Effekten von Märkten bei ENGEL in: Deppenheuer, Engel und von Danwitz 2002c.

40 Das geflügelte Wort stammt von Edward N. Lorenz. Es war der Titel eines Vortrags, den er 1972 bei der American Association for the Advancement of Science gehalten hat: "Predictability: Does the Flap of a Butterfly's Wings in Brazil set off a Tornado in Texas?", http://www.cmp.caltech.edu/~mcc/chaos_new/Lorenz.html.

41 Näher HOUGHTON Climate Change 2001 I, chap. 7.

42 Im einzelnen sind die Effekte und Gegeneffekte komplex, wie bei fast allen Klimafragen, näher KIRCHNER, STENCHIKOV, ROBOCK und ANTUNA in: Journal of Geophysical Research 1999.

43 Allenfalls könnte man anordnen, dass Schächte am Fuße von Vulkanen zu kontrollierteren Ausbrüchen führen.

gen werden müsste. 10% beachten die Regel in keinem Fall. Nur für die verbleibenden 20% ist Art und Ausmaß des staatlichen Vollzugs von Bedeutung⁴⁴.

Auf den ersten Blick scheint das eher beruhigend. Mag sich die Polizei auf die 20 % konzentrieren, die zu beeinflussen sind. Doch bei näherem Zusehen liegt es schwieriger. Ein Beispiel aus einem ganz anderen Lebensbereich illustriert das Problem. In den meisten Ländern der Welt stammen die Blutkonserven von freiwilligen Spendern. Immer wieder kommt es dabei zu Engpässen. Deshalb scheint es nahe zu liegen, die fehlende Spitze dadurch abzudecken, dass man ein Entgelt anbietet. Dadurch bewegt man natürlich wirklich zusätzliche Personen, ihr Blut zur Verfügung zu stellen. Wenn man das tut, gehen die freiwilligen Spenden aber drastisch zurück. Viele sehen nicht ein, dass sie verschenken sollen, wofür andere Geld bekommen. Andere weigern sich empört, ihren Körper als Rohstofflager feil zu bieten⁴⁵. Das Beispiel belegt: sind die Adressaten heterogen, muss die Rechtspolitik auch die Rückwirkungen einer Maßnahme auf andere Adressatengruppen prognostizieren. Mit solchen Effekten wäre vermutlich auch zu rechnen, wenn die Bundesregierung versuchen wollte, das Klima durch eine Reduktion des Individualverkehrs zu schützen. Nicht wenig Umweltbewusste nutzen ja schon heute freiwillig den öffentlichen Nahverkehr, auch und gerade zur Schonung der Umwelt. Würden sie das auch dann noch tun, wenn der Staat in klimapolitischer Absicht das Parken in Innenstädten drastisch verteuert?

Schließlich war am Beispiel der Zementindustrie eine letzte Dimension von Komplexität bereits aufgeschienen. Bei vielen rechtspolitischen Fragen ist die Bundesrepublik nicht mehr Herr im eigenen Haus⁴⁶. Das wirtschaftliche und politische Zusammenwachsen von Europa, mittlerweile oft auch die rechtliche, wirtschaftliche und politische Globalisierung⁴⁷, machen die deutsche Rechtsordnung mehr und mehr zu einem offenen System. Der deutsche Rechtspolitiker muss also die kontrollierende Wirkung des Systemwettbewerbs in Rechnung stellen⁴⁸. Die Bundesrepublik wird dadurch nicht handlungsunfähig. Oft ist schon die Abwanderungsdrohung nicht sonderlich glaubwürdig. Das gilt vor allem für das produzierende Gewerbe. Denn es ist regelmäßig durch die Investition in technische Anlagen an das Land gebunden⁴⁹. Gar nicht so selten bleiben die Adressaten aus anderen Gründen hinreichend verletzlich. So hat Kanada das Abwandern seiner Rundfunkveranstalter hinter die amerikanische Grenze auf ganz einfache Weise sinnlos gemacht. Wenn kanadische Unternehmen in diesen Sendern geworben haben, konnten sie die Kosten nicht von der Steuer absetzen⁵⁰. Ist der Binnenmarkt eines hoch regulierten Landes groß

44 KRÜGER in: Hof und Lübke-Wolff 1999.

45 TITMUS Gift Relationship; s. auch FREY Not for Money.

46 Zu Recht weist SCHARPF Regieren in Europa, 116-120 aber darauf hin, dass nicht alle Sektoren der Wirtschaft von Europäisierung und Globalisierung gleichermaßen betroffen sind. Wenig betroffen sind insbesondere viele Dienstleistungen. In solchen „geschützten Sektoren“ kann die nationale Politik weiterhin frei schalten und walten.

47 Näher zu den vielen Spielarten des Begriffs ENGEL in: Basedow, Baum, Hopt, Kanda und Kono 2002d, 221-226.

48 Näher dazu GERKEN Competition Among Institutions; MONOPOLKOMMISSION Systemwettbewerb; MÜLLER Systemwettbewerb.

49 Genau genommen kommt es dabei nicht auf die Höhe der Investition an. Entscheidend ist vielmehr, wie sehr die Investition bei einem Standortwechsel an Wert verliert. Die Ökonomen verwenden dafür den Begriff der versunkenen Kosten, s. nur BAUMOL und WILLIG in: Quarterly Journal of Economics 1981.

50 MATTE und JAKHU Law of International Telecommunications in Canada, 80-84.

genug, können sich dessen Standards in der ganzen Region durchsetzen. So war es innerhalb von Amerika etwa bei den hohen kalifornischen Umweltstandards für Autos⁵¹. Auch wenn das nationale Rechtssystem seine politischen Ziele weiter erreichen kann, wird das in offenen Systemen aber zumindest komplizierter.

2. Unsicherheit

Konzeptionell ist die Grenze zwischen Komplexität und Unsicherheit scharf. Komplexität betrifft den Zusammenhang zwischen den entscheidungsrelevanten Variablen, Unsicherheit die Kenntnis der Variablen⁵². Für den Rechtspolitiker ist die Grenze zwischen Komplexität und Unsicherheit dagegen fließend. Er wird ja nur tätig, wenn ein wirkliches soziales Problem drängt. Er hat deshalb nicht beliebig viel Zeit. Das gilt auch für den wissenschaftlichen Berater. Doch selbst wenn er sich mehr Zeit verschaffen kann, nötigt ihn die Art und das Ausmaß der Komplexität häufig, so zu entscheiden, als bestünde Unsicherheit. Die Lage des Rechtspolitikers ist zwar komfortabler als die Situation eines Individuums. Denn Rechtspolitik ist ein arbeitsteiliger Vorgang. Die Beschränktheit der kognitiven Ressourcen des einzelnen Kopfs⁵³ ist deshalb überwindlich. Das Beispiel des Schachspiels zeigt aber, wie schnell Komplexität explodiert⁵⁴. Das Spiel ist durch wenige Regeln vollständig determiniert. Trotzdem müssen sich selbst Schachgroßmeister und die leistungsfähigsten Schachcomputer mit den gleichen Daumenregeln helfen, die auch für die Entscheidung unter Unsicherheit gebraucht werden⁵⁵. Die rechtspolitische Wirklichkeit ist meist noch viel weniger aufgeräumt als ein Schachbrett.

Unsicherheit begegnet dem Rechtspolitiker oft schon bei der Analyse des regelungsbedürftigen Problems. Das beginnt ganz schlicht bei den entscheidungsrelevanten Tatsachen. Manchmal ist es technisch einfach nicht möglich, Tatsachen zu erheben. So kann man einem einzelnen Kohlendioxidmolekül in der Atmosphäre nicht ansehen, wo es einmal entstanden ist. Andere Methoden der Datenerhebung können prohibitiv teuer sein. So hat man dank der militärischen U-Boote zwar eine Vorstellung vom Untergrund der Gletscher an den Polen. Kein Land ist aber bereit, mit U-Booten Beobachtungsstationen einzurichten, die die Entwicklung der Gletscher über längere Zeit dokumentieren. Schließlich kann die Erhebung der Daten auch normativ unerwünscht sein. Gäbe es nicht die Satellitenaufklärung, wären Daten über den Beitrag der Entwicklungsländer zum Klimaproblem vermutlich schwer zu bekommen⁵⁶.

51 VOGEL Trading Up.

52 Ausführlicher SPIECKER GEN. DÖHMANN in: Lege 2001; ENGEL in: Engel, Halfmann und Schulte 2002e.

53 Hierzu grundlegend GIGERENZER, TODD und ABC RESEARCH GROUP Simple Heuristics; s. allerdings GLIMCHER Neuroeconomics zu der noch weitgehend unerforschten Leistungsfähigkeit der unbewussten Mechanismen zur Verarbeitung von Information.

54 Die folgende Zahl verschafft eine erste Näherung: Wenn man mit einem beliebigen Feld beginnt, mit einem zweiten beliebigen Feld fortsetzt usw. bis zum letzten Feld, gibt es 64! oder 1.26886932×1089 mögliche Folgen von Feldern. Schach ist ein Beispiel für ein Problem, das „NP-hard“ ist. Es ist durch eine Funktion beschrieben. Die abhängige Variable steht aber im Exponenten. Die Funktion hat also die Form $y=ax$.

55 Anregend zur Psychologie des Schachspiels GROOT Chess.

56 Einzelheiten zum internationalen Monitoring bei AKIMOTO in: Science 2003.

Rohdaten helfen der Rechtspolitik meist noch nicht. Die Daten müssen so aufbereitet sein, dass sie entscheidungsrelevant werden. Die Rechtspolitik braucht dazu auch generisches Wissen über Zusammenhänge. Generisches Wissen ist fast nie vollständig sicher. Nicht nur die Rechtswissenschaft, auch die übrigen Wissenschaften leben vom Streit. Zusammenhänge kann man regelmäßig nur auf indirekten Wegen erschließen. Auf theoretischer Grundlage bildet man Hypothesen. Diese Hypothesen testet man anschließend. Dieses Verfahren der Inferenz kann bestenfalls angeben, wie wahrscheinlich es ist, dass eine Hypothese falsch ist⁵⁷. Ein letzter Rest des Zweifels bleibt also immer. Man kann es auch so sagen: der wissenschaftliche Fortschritt ist nie abgeschlossen. Aussagen über Zusammenhänge sind deshalb immer Aussagen unter Vorbehalt.

Manchmal geht es in der Rechtspolitik nur um die Vergangenheit. Das ist nicht nur bei der Wiedergutmachung vergangenen Unrechts so. Auch das Schadensrecht gehört hierher, wenn man es klassisch als Kompensationsrecht begreift⁵⁸. Doch normalerweise blickt die Rechtspolitik nach vorn. Aus der Erkenntnis eines gegenwärtigen Missstands ergibt sich der Wunsch, diesen Missstand für die Zukunft abzustellen. Dann wird die Aufgabe des Rechtspolitikers unvermeidlich eine prognostische. Denn aus einem gegenwärtigen Missstand kann ja nicht automatisch auf einen künftigen Missstand geschlossen werden. Das ist nur dann richtig, wenn die gegenwärtigen Ursachen auch in der Zukunft wirkmächtig bleiben. Auch dann kann der Effekt von anderen Ursachen verhindert oder maskiert werden. Den genauen Zustand der Zukunft kann niemand vorhersagen. Schon aus diesem Grunde muss Rechtspolitik deshalb fast immer unter Unsicherheit entscheiden.

Selbst wenn an der Prognose des künftigen Missstands kein vernünftiger Zweifel besteht, ergibt sich normativ relevante Unsicherheit oft auf der Seite der juristischen Remedur. Seinen Steuerungszweck erreicht neues Recht ja nur dann, wenn es Verhalten gerade so ändert, dass der Missstand verschwindet. Das ist ein voraussetzungsvolles Unterfangen. Erreicht das Recht die richtigen Adressaten? Nehmen sie die Änderung des rechtlichen Rahmens überhaupt wahr⁵⁹? Reagieren sie auf diese Änderung gerade in der normativ erwünschten Weise⁶⁰? Um solche Fragen beantworten zu können, braucht man Lenkungswissen. So wären die Gesetzgeber in Deutschland und Europa sicher gut beraten, wenn sie die breite ökonomische und psychologische Literatur über Auktionsverfahren⁶¹ zur Kenntnis nehmen, bevor sie Emissionszertifikate in diesem Verfahren vergeben⁶².

57 Auf diesem Verfahren beruht insbesondere das statistische Testen von Hypothesen, näher HAYS Statistics. Der Grundgedanke passt aber auch, wenn – wie oft in der Rechtspolitik – nur wenig Daten zur Verfügung stehen, näher KING, KEOHANE und VERBA Designing Social Inquiry.

58 Dagegen tritt bekanntlich die ökonomische Analyse an, die die Lenkungswirkung antizipierter Schadensersatzverpflichtungen betont. Zu beiden Perspektiven KÖTZ und WAGNER Deliktsrecht.

59 Oder allgemeiner: gelingt es dem Recht, die normativ erwünschten Lernprozesse in Gang zu setzen? Näher ENGEL Learning the Law.

60 Anregend zu den Möglichkeiten kreativer und damit schwer vorhersehbarer Reaktionen WEGNER Wirtschaftspolitik.

61 S. nur KLEMPERER Auctions für die ökonomische Seite und THALER Winner's Curse für die psychologische Seite.

62 Diese Möglichkeit ist in Art. 30 II c Treibhausemissionszertifikat-Richtlinie für die Zeit ab 2012 in Aussicht genommen, Fundstelle oben FN 9.

3. Erkenntnisgrenzen

Wer alles sehen will, sieht nichts⁶³. Für die meisten Disziplinen ist das eine erkenntnistheoretische Binsenweisheit. Ihnen ist selbstverständlich, dass man modellieren muss, um Zusammenhänge zu erkennen. Man muss also die Fakten stilisieren, den Gegenstand dekontextualisieren, von einem erheblichen Teil der Wirklichkeit absehen. Zum Teil ist das eine Frage der Entscheidung. Erkennen lässt sich deshalb nicht säuberlich von Entscheiden trennen. Zum Teil prägt sich bei der Wahl des Modells aus, in welcher Zeit und in welchem disziplinären Zusammenhang man lebt. Es wäre auch gar nicht wünschenswert, wenn man sich als Wissenschaftler aus dieser Einbettung lösen wollte. Denn Wissenschaft ist unvermeidlich eine soziale Veranstaltung. Einer allein könnte ein Paradigma niemals so leistungsfähig machen, dass es praktisch verwendbar wird. Deshalb ist es sogar dann noch vernünftig, an einem Paradigma festzuhalten, wenn es sichtbar an die Grenzen seiner Leistungskraft gerät. Denn ein konkurrierendes Paradigma, das mit diesen Grenzen besser zurechtkommt, müsste ja wieder bei Null anfangen⁶⁴. All das gilt für den Klimaschutz ganz besonders. Die große Mehrheit der naturwissenschaftlichen Klimaforscher ist zwar davon überzeugt, dass sie keinem Phantom hinterher jagen⁶⁵. Es hat aber immer wortmächtige Kritiker gegeben. Ihre Kritik richtet sich nicht zuletzt gegen die Annahmen, auf denen die Modelle der übrigen Klimaforscher beruhen⁶⁶.

Für viele gründet das erkenntnistheoretische Problem noch tiefer. Dann geht es nicht bloß um die Pragmatik des Wissenschaftsbetriebs. Vielmehr ist es uns Menschen nach Überzeugung der Konstruktivisten überhaupt unmöglich, die Wirklichkeit mit unverstelltem Blick zu sehen. Was immer wir vermeinen zu sehen, ist vielmehr sozial konstruiert⁶⁷. Es ist davon geprägt, was und wie wir zu sehen gelernt haben. Für diese Position sprechen gute Gründe. Dass man sich bei allem redlichen Bemühen nicht einigen kann, hat jeder erlebt. Was an der Oberfläche bloß wie unterschiedliche normative Standpunkte wirkt, lässt sich bei näherem Zusehen auf unterschiedliche Überzeugungen von Natur und sozialer Wirklichkeit zurückführen⁶⁸. Hinter der amerikanischen Verweigerung gegenüber den weltweiten Anstrengungen zum Schutz des Klimas steht nicht zuletzt die Überzeugung, dass die Natur sich schließlich schon zu helfen wissen werde⁶⁹.

63 Mehr von ALBERT Kritische Praxis.

64 Darauf hat vor allem hingewiesen KUHN Scientific Revolutions.

65 Das argumentative Gewicht der Unsicherheit zu beschränken, ist das zentrale Anliegen des Intergovernmental Panel on Climate Change. Die Beteiligung der Wissenschaft ist denkbar breit. Bei allen Aussagen werden Einschätzungen über die Wahrscheinlichkeit, nach Möglichkeit auch über die Qualität der Urteilsgrundlage hinzugefügt, s. nur WATSON und ALBRITTON Climate Change 2001 Synthesis.

66 Einen anschaulichen Blick in die Dimensionen der Diskussion erlaubt http://www.pik-potsdam.de/~stefan/alvensleben_kommentar.html.

67 Leittext BERGER und LUCKMANN Construction.

68 Anregend THOMPSON, ELLIS und WILDAVSKY Cultural Theory.

69 Näher (und kritisch) zu der amerikanischen Position WATSON in: Science 2003.

4. Autonomie der Adressaten

Es ist schon mehrfach betont worden: das Recht kann nur dadurch etwas bewirken, dass es Verhalten ändert. Dabei muss der Rechtspolitiker sich vor mechanistischen Vorstellungen hüten. Die Adressaten des Rechts sind keine Relais, die man durch ein wenig Steuerstrom öffnen oder schließen kann. Sie sind autonome Akteure. Was das bedeutet, lässt sich am besten in Auseinandersetzung mit dem Rationalmodell der Ökonomen zeigen.

Das Rationalmodell ist eine höchst sinnvolle Verkürzung der Tatsachen. Es schreibt jedem Akteur eine wohl definierte Nutzenfunktion zu. Es nimmt an, dass der Akteur diesen Nutzen maximiert, gegeben die Restriktionen aus seiner Umwelt. In dieser Welt ist Verhaltenssteuerung einfach. Man ändert die Restriktionen so, dass es für den Adressaten rational wird, das sozial nützliche Verhalten zu zeigen. Diese wenigen Annahmen haben die ökonomische Analyse des Rechts stark gemacht⁷⁰. In vielen Zusammenhängen sind sie ja auch nicht weit von der Wirklichkeit entfernt. Insbesondere passen sie für das Verhalten von Unternehmen relativ gut, die von wirksamem Wettbewerb kontrolliert sind. Nur an solche Adressaten wendet sich das geltende deutsche Recht des Klimaschutzes.

Die Unternehmen waren allerdings auch im Stande, sich ziemlich wirksam gegen ernst zu nehmende Verpflichtungen zur Reduktion der Treibhausgasemissionen zu wehren. Der Nationale Allokationsplan hat die Mengen so festgesetzt, dass die neuen Regeln einstweilen wirkungslos bleiben. Die Haushalte hätten viel weniger in der Hand, um eine Pflicht zur Reduktion von Treibhausgas zu unterlaufen. Insbesondere könnten sie viel weniger glaubhaft mit der Abwanderung ins Ausland drohen. Schon die ökonomischen Kosten eines Wechsels wären regelmäßig prohibitiv. Vor allem sind die meisten Menschen aber nur in größter Not oder in der Erwartung großer Vorteile bereit, ihre Heimat aufzugeben.

Das Rationalmodell wird nicht umsonst für seine Leistungskraft gerühmt. Dass für die Haushalte Geld nicht alles ist, macht das Modell noch nicht unanwendbar⁷¹. Wenn Haushalte durch andere Ziele motiviert sind, lässt sich das genauso abbilden. Mit kognitiven Problemen wird das Rationalmodell allerdings schon schlechter fertig⁷². Und empirisch fällen die Menschen die meisten Entscheidungen gar nicht überlegt. Sie nutzen dafür vielmehr ganz einfache, vorgefertigte Entscheidungsregeln⁷³. Wenn das so ist, dann muss das Recht ganz andere Wirkungspfade nutzen, als das Rationalmodell erwarten würde. Es kommt dann weniger darauf an, den entgegenstehenden Willen der Adressaten zu überwinden. Vielmehr muss es gelingen, sie aus den bisherigen, sozial schädlichen Gewohnheiten zu lösen⁷⁴. Am konkreten Beispiel: das Recht muss die Bürger dazu bewegen, mit öffentlichen Verkehrsmitteln zum Arbeitsplatz zu fahren. Auch sollten sie nach Möglichkeit darauf verzichten, sich durch heftiges Beschleunigen ihre Männlichkeit zu

70 S. nur COOTER und ULEN *Law and Economics*.

71 Näher BECKER *Human Behavior*; KIRCHGÄSSNER *Homo Oeconomicus*.

72 Am besten gelingt das, wenn sie als Informationsasymmetrie modelliert werden können. Dann spiegeln sie sich nämlich in einem Motivationsproblem. Näher ENGEL in: Daston und Engel 2005.

73 S. erneut GIGERENZER, TODD und ABC RESEARCH GROUP *Simple Heuristics*.

74 Näher ENGEL *Social Dilemmas*.

beweisen. Beides würde den Beitrag der Haushalte zum Klimaproblem erheblich vermindern. Wenn das Recht unmittelbar das Verhalten der Haushalte erreichen will, muss es deshalb Lernprozesse in Gang setzen⁷⁵. Lernprozesse sind nicht vollständig vorhersehbar. Denn ihr Erfolg hängt maßgeblich davon ab, was das Individuum zuvor schon gelernt hatte⁷⁶.

Nicht immer gelingt es dem Recht, die Einsicht seiner Adressaten zu nutzen. Manchmal leisten sie sogar offen Widerstand. Wenn das Rationalmodell die Wirklichkeit trifft, braucht sich die Rechtspolitik darum wenig Sorgen zu machen. Es erwartet ja nur dann eine Änderung des Verhaltens, wenn sich der Adressat dadurch besser stellt. Das funktioniert aber nur, wenn das Produkt aus Entdeckungswahrscheinlichkeit und angedrohter Sanktion größer ist als der Nutzen aus der Übertretung der Regel. Das ist kaum je der Fall. Tatsächlich setzt das Recht vielmehr auf Normativität. Dann ist offener Widerstand ein ernst zu nehmendes Problem. Und psychologische Untersuchungen belegen, wie groß die Bereitschaft zum Widerstand auch dann noch ist, wenn man sich dadurch selbst schadet⁷⁷. Mit solchen Reaktionen könnte auch dann zu rechnen sein, wenn der Gesetzgeber in klimapolitischer Absicht die Mineralölsteuer weiter erhöht. Nicht wenige Autofahrer könnten nach dem Motto reagieren: ich lasse mir das Autofahren doch nicht verbieten.

Weder Haushalte noch Unternehmen sind Automaten. Die Adressaten des Rechts besitzen vielmehr die Fähigkeit zur Kreativität. Sie passen sich nicht einfach an die vom Gesetzgeber veränderte Umwelt an. Vielmehr wird die Gesetzesänderung zum Anlass, nach ganz anderen Lösungen zu suchen. Der private Erfindungsgeist muss dem Recht nicht schaden. Die Produktverantwortung im Abfallrecht setzt sogar ganz offen darauf. Sie befiehlt das abfallarme Produktdesign nicht. Vielmehr beschränkt sie sich auf die Pflicht zur stofflichen Rücknahme am Ende des Produktzyklus. Sie erhofft sich davon abfallpolitisch erwünschte Erfindungen⁷⁸.

Doch der Erfindungsgeist der Adressaten kann sich auch gegen das Recht richten⁷⁹. Leider ist dafür der Klimaschutz ein gutes Beispiel. Zertifikate müssen eingeführt werden. Die modellhaft saubere Lösung ist die Versteigerung. Denn zuvor ist das Klima ja von den Emittenten beeinträchtigt worden. Der Nutzen dieser Beeinträchtigung ist nur ihnen und ihren Abnehmern zugute gekommen. Der Schaden, also die Gefährdung des Klimagleichgewichts, trifft dagegen alle Bewohner der Erde. Durch die Versteigerung würde diese Externalität sofort voll internalisiert. Dieser Anpassungsschock könnte allerdings manche Unternehmen in den Konkurs treiben. Jedenfalls werden sich die Betroffenen politisch wehren und einen gleitenden Übergang erzwingen. Dass die festgesetzte Menge die Emissionszertifikate einstweilen wirkungslos macht, war schon erwähnt worden. Das Geschick der betroffenen Unternehmen war aber sogar noch größer. Denn ungeschoren bleiben nur solche Unternehmen, die bei Einführung der Zertifikate bereits im

75 Näher ENGEL Learning the Law.

76 Näher zum Ablauf von Lernprozessen ANDERSON Learning.

77 BREHM Reactance; BREHM und BREHM Psychological Reactance.

78 Näher ENGEL Abfallrecht, 123-130.

79 Auf diese Ambivalenz hat vor allem WEGNER Wirtschaftspolitik aufmerksam gemacht.

Markt waren. Für neu in den Markt eintretende Unternehmen ist nur eine kleine Menge zurückgehalten worden. Auf diese Weise hat die Maßnahme auch noch einen marktschließenden Effekt⁸⁰.

5. Soziale Einbettung

Für die wissenschaftliche Analyse ist Dekontextualisierung oft sehr hilfreich. Rechtspolitik ist aber praktische Politik. Sie kann deshalb schließlich von der unaufhebbaren Geschichtlichkeit nicht abstrahieren. Die Impulse des Rechts treffen also nicht auf isolierte Individuen. Vielmehr sind die Adressaten des Rechts in einen sozialen Zusammenhang eingebettet⁸¹. Nicht nur ihr eigener Wille und ihre eigenen Fähigkeiten entscheiden deshalb über die Wirksamkeit des Rechts. Vielmehr muss das Recht die Effekte in Rechnung stellen, die von der sozialen Umgebung seiner Adressaten ausgehen. Das kann die kleinräumige Umgebung der Familie, der Freunde oder des Betriebs sein, in dem sie arbeiten. Zur sozialen Umgebung gehört aber auch die Kultur einer Region oder der Platz in einer multikulturellen Gesellschaft.

Zwei klimapolitische Beispiele illustrieren den Reichtum der Dimensionen. Die Wohn- und Lebensverhältnisse haben sich auf die Allgegenwart des Autos eingerichtet. Man denke nur an die Einkaufsmärkte auf der grünen Wiese. Ein radikaler Wechsel zu öffentlichen Verkehrsmitteln wäre auf kurze Frist deshalb gar nicht zu bewerkstelligen. Zur sozialen Einbettung gehört auch die Art, in der staatliches Handeln wahrgenommen wird⁸². Seit Jahrzehnten wird Umweltpolitik in Deutschland moralisch vermittelt. Von Umweltsündern wird Verzicht für das Gemeinwohl verlangt und notfalls erzwungen. Das dürfte es nicht einfach machen, wenn die Umweltpolitik sich nun gemeinsam mit ihren Adressaten auf die Suche nach kreativen Lösungen machen will.

6. Normative Relativität

Es ist bereits angeklungen: auf sicheren Grund lassen sich normative Entscheidungen nicht stellen. Man kann nicht beweisen, dass die Wohlfahrtstheorie der Ökonomen Recht hat. Man kann nur feststellen, dass das Bruttosozialprodukt am größten wird, wenn man normative Entscheidungen an ihrer allokativen Effizienz ausrichtet⁸³. Ebenso wenig kann man beweisen, dass Verteilungsgerechtigkeit das Maß aller Dinge sein sollte. Wieder kann man nur feststellen, welche Wirkung eintritt, wenn man dieses Ziel über alle anderen Ziele stellt. Nimmt man diese Absicht ernst, wird es schließlich den Ärmsten der Armen am besten gehen⁸⁴. Zwischen diesen beiden Zielen wird beim Klimaschutz ja vor allem gestritten. Die Klimaschützer argumentieren (oft nur implizit) allokativ: wenn das Klimaproblem nicht gelöst wird, geht es schließlich der Allgemein-

80 Nationaler Allokationsplan (FN 9) 41: „Sollte die Investitionsdynamik stärker sein, als bei Festlegung des Allokationsplans zu erwarten war, so muss sich der Betreiber entsprechende Emissionszertifikate am Markt beschaffen.“

81 Grundlegend GRANOVETTER in: American Journal of Sociology 1985.

82 EGERBERG Organisational Approach hat dafür den schönen Begriff des „patterned conflict“ geprägt.

83 FRITSCH, WEIN und EWERS Marktversagen ist eine eingängige Darstellung.

84 Das ist das normative Anliegen von RAWLS A Theory of Justice.

heit schlechter. Sowohl die Entwicklungsländer wie die USA argumentieren dagegen verteilungspolitisch. Wenn schon, dann sollen diejenigen die Zeche zahlen, die den Keim des Problems gelegt haben, sagen die einen. Wir machen nur mit, wenn alle einen Beitrag leisten, sagen die anderen⁸⁵.

Regelmäßig hilft auch der Blick auf den gesellschaftlichen Konsens nicht weiter. Er mag viele Ergebnisse zweifelsfrei erscheinen lassen. Gerade dann, wenn man den sicheren normativen Boden bräuchte, erweist sich der Konsens jedoch meist als schwankend. Deshalb kommt es ja gerade zum Streit. Für die Rechtspolitik, gerade auch für die Wissenschaft von Rechtspolitik, führt das zu einer ungemütlichen Einsicht: sie ist und bleibt Politik. Der Wissenschaftler kann sich nicht in den Elfenbeinturm der Deduktion zurückziehen. Er ist immer auch als politisch denkender Bürger dabei und muss als Person Verantwortung für das übernehmen, was er rät oder gar gestaltet⁸⁶. Oder in Anlehnung an den Titel dieses Beitrags: die Wahl des normativen Maßstabs lässt sich nicht rationalisieren.

7. Eigengesetzlichkeit des Rechts

Aus der Sicht der Politik ist das Recht ein Instrument neben anderen, wie die Verwendung von Haushaltsmitteln oder die Einwirkung auf die öffentliche Meinung. Das muss im Auge behalten, wer als Rechtswissenschaftler zu neuem Recht rät. Er wird damit nur Gehör finden, wenn den politisch Handelnden die Lösung des politischen Problems durch Recht im Vergleich zu anderen Optionen vorzugswürdig erscheint.

Hier ist nicht der Ort für einen weitgefächerten Vergleich von Steuerungsinstrumenten⁸⁷. Immerhin sollen aber die wichtigsten Eigenheiten einer Steuerung durch Recht benannt werden. Das politische Problem muss so definiert werden, dass es vom Recht bearbeitet werden kann. Insbesondere muss der sozial problematische Zustand einer Person zugerechnet werden. Die Entscheidung für eine juristische Lösung lenkt also die Auswahl zwischen kumulativen Ursachen. Recht eignet sich etwa denkbar schlecht, um den Beitrag der Vulkane zum Klimaproblem zu mindern.

In der steuerungspolitischen Diskussion hat das Ordnungsrecht keinen guten Klang. Es gilt als ebenso unpräzise wie unsicher⁸⁸. Bei näherem Zusehen rücken die Dinge deutlich in Perspektive. Recht ist viel resistenter gegen unerwartete Störungen. Es bleibt offen für die Eigenarten und die Fortentwicklung des Kontexts. Es kann die Steuerungsintensität variieren und dadurch auf die Heterogenität der Adressaten antworten. Vor allem hat Recht aber die reale Chance, auf die mentalen Modelle und die Einstellungen der Adressaten einzuwirken⁸⁹. Deshalb wirkt Recht vor allem

85 Zur amerikanischen Position s. erneut WATSON in: Science 2003.

86 Näher zur normativen Relativität, aber auch zu den Chancen normativer Entscheidungen, die bleiben, ENGEL in: Rechtstheorie 2001b.

87 Für das Abfallrecht habe ich das unternommen in ENGEL Abfallrecht, 49-111.

88 Berichtet bei GAWEL Umweltallokation durch Ordnungsrecht. Gawel selbst ist zu Recht viel differenzierter.

89 Mehr von ENGEL in: Rengeling 2001a.

indirekt. Es wird in kontextgesättigten Schemata der Adressaten gespiegelt. Diese Schemata lernen die Adressaten vor allem durch Imitation⁹⁰.

Der direkte staatliche Vollzug von Recht interagiert in komplexer Weise mit dem dominanten indirekten Wirkungspfad⁹¹. Er ist aber auch selbst ein ausgesprochen komplexes Unterfangen. Entgegen MONTESQUIEU ist der Richter eben nicht bloß das Sprachrohr des Gesetzes. Gerichte und gesetzesanwendende Verwaltung folgen vielmehr ein gutes Stück ihrer eigenen Rationalität. Diese begrenzte Autonomie ist auch nicht etwa ein Webfehler der Steuerung durch Recht. Vielmehr liegt in der Trennung zwischen Regelbildung und Regelanwendung eine der besonderen Stärken des Rechts. Sie macht die Politik frei, Regelbildung nicht als Dienst an der Rechtsordnung zu deuten, sondern als regulative Politik. Auf diese Weise kann die Ausdifferenzierung in die Subsysteme Politik und Recht produktiv gewendet werden⁹². Die anschließende Einbettung der neuen Regel in das dogmatische Gebäude kann und sollte die Politik der Verwaltung und den Gerichten überlassen. Auch hierfür sind die Emissionszertifikate wieder ein gutes Beispiel. Sie stehen auf der Grenzlinie zwischen privatem Sachenrecht und öffentlich-rechtlicher Intervention. Mit der Neuvermessung dieser Grenzlinie hat sich die Umweltpolitik aus gutem Grund nicht belastet⁹³.

Staatliche Regelanwendung ist die Ausübung von Hoheitsgewalt. Das verändert die Gewichte zwischen zwei komplementären Risiken: einen Fall nicht zu erfassen, obwohl er eigentlich hätte erfasst werden sollen; oder umgekehrt einen Fall zu erfassen, obwohl er eigentlich nicht hätte erfasst werden sollen. Weil die Entscheidung anschließend mit souveräner Gewalt vollzogen werden kann, wiegt das Risiko einer falsch positiven Entscheidung regelmäßig schwerer als das Risiko einer falsch negativen Entscheidung. Beim Strafrecht ist das besonders deutlich. Hieraus erklärt sich, warum die Beweislastregeln asymmetrisch sind. Der hoheitliche Vollzug soll also häufig versagen.

Eine weitere Verzerrung ergibt sich aus der Auswahl der Fälle, die vor die Verwaltungsbehörden oder Gerichte gelangen. Der verzerrende Effekt ist gerade dann besonders stark, wenn das Recht vornehmlich auf den indirekten Wirkungspfad setzt. So liegt es etwa, wenn sich die Umweltpolitik auf das zivile Haftungsrecht verlässt. Dann wird die Rechtsordnung nämlich nur auf besonders schwierige oder besonders konfliktbeladene Fälle aufmerksam. Dann kann es passieren, dass die Regel in bester Absicht in einer Weise fortentwickelt wird, die nur für die wenigen, atypischen Fälle passt, auf die die Gerichte aufmerksam geworden sind.

90 Näher ENGEL *Learning the Law*.

91 Diese Interaktionen genauer zu untersuchen, ist ein lohnender Forschungsgegenstand. Erste Andeutungen finden sich in ebd. *Learning the Law*. In kognitiver Hinsicht schafft öffentlichkeitswirksamer Vollzug Aufmerksamkeit für eine neue Regel. Unter Umständen können Verwaltung und Gerichte auch neue mentale Modelle anbieten oder verankern. In motivationaler Hinsicht geht es etwa um die Aufrechterhaltung der Bereitschaft, eine Regel ohne ausdrücklichen Vollzug zu befolgen. Wenn Regelbrüche Dritter augenfällig ohne Sanktion bleiben, kann das zu einer Erosion dieser Bereitschaft führen.

92 Mehr bei ENGEL in: Engel und Héritier 2003.

93 Anregend hierzu WAGNER in: *Umwelt- und Technikrecht* 2004.

III. Von den Möglichkeiten rationaler Rechtspolitik

Der Weg der rationalen Rechtspolitik ist also mit Hindernissen gepflastert. Sollte man deshalb das ganze Programm besser aufgeben? Sollten die Rechtswissenschaftler also wieder dorthin zurückkehren, wo sie hergekommen sind: zur geduldigen dogmatischen Arbeit im Weinberg des Rechts? Dagegen spricht zunächst einmal ein pragmatischer Grund. Sie würden ein Vakuum hinterlassen. Aus an sich gut nachvollziehbaren Gründen ziehen sich viele Nachbarwissenschaftler aus der wissenschaftlichen Analyse politischer Probleme nämlich immer mehr zurück. Denn wer das tut, kommt unvermeidlich an die Stelle, an der exakte Wissenschaft ein Ende findet. Letztlich zählt hier praktische Bedeutung, nicht die Exaktheit des Arguments oder die methodische Kontrolle bei der Gewinnung der Tatsachen. Die disziplinäre Kultur des Fachs macht es den Juristen leichter, an solchen Stellen nicht schweigsam zu werden. Jedenfalls verstehen sie aber vom Recht als Instrument mehr als ihre ökonomischen, politikwissenschaftlichen, soziologischen, psychologischen oder gar naturwissenschaftlichen Kollegen.

Auch praktisch tätige Juristen werden oft nicht in die Bresche springen. Viele von ihnen sind mit gutem Recht Interessenvertreter. Der unverstellte Blick ist von ihnen nicht zu erwarten. Die meisten arbeiten an der Entscheidung konkreter Fälle. Dann lenkt das Besondere den Blick auf das Allgemeine. Der hierbei eingenommene Blick ist oft verengt. Am nächsten an der Rechtspolitik sind natürlich die Juristen in der Ministerialverwaltung. Ihnen gegenüber hat die Rechtswissenschaft aber eine nützliche komplementäre Funktion. Sie hat mehr Zeit, sie sieht mehr Gegenstände, und sie konzentriert sich stärker auf die methodisch kontrollierte Reflektion.

Doch welche Möglichkeiten bleiben angesichts der vielen Hindernisse für eine Wissenschaft von der rationalen Rechtspolitik? Die wichtigsten Auswege sollen abschließend skizziert werden. Die radikalste Fluchtmöglichkeit ist die immunisierende Definition der eigenen Aufgabe. Praktisch tätige Juristen kleiden diese Lösung gern in die Worte: das muss politisch entschieden werden. Auf diese Weise radikalisieren sie die Unterscheidung zwischen Regelbildung und Regelanwendung. Regelbildung findet dann in einem Reich politischer Beliebigkeit statt. Die einzige Brücke zu diesem Reich ist der mit Geltung versehene Text des Gesetzes. Dessen dürre Worte nimmt die Regelanwendung als Datum. Mit hermeneutischen Mitteln bringt sie diesen Text zum Klingen. Dass die Regelanwendung auf diese Weise nicht unpolitisch wird, weiß natürlich jedermann. Denn der Text determiniert das Ergebnis nicht. Argumentiert man bei seiner Interpretation teleologisch, fließt die eigene politische Überzeugung sogar offen ein. Mit ein wenig Geschick lässt sich dasselbe Ergebnis regelmäßig aber auch mit Hilfe der übrigen Auslegungscanones erreichen.

Wirksamer ist eine zweite Strategie der Immunisierung. Der Rechtswissenschaftler wechselt die Aufgabe. Er arbeitet nicht mehr steuerungspolitisch, sondern legitimationstheoretisch⁹⁴. Er will nicht mehr wissen, welche Rechtsregel die sozialen Verhältnisse bessern könnte. Er zieht sich vielmehr auf die Frage zurück, ob sich eine Regel mit einem bestimmten Inhalt rechtfertigen lässt. Weil Recht immer die Möglichkeit souveräner Gewalt impliziert, ist das eine nützliche

94 Anregend zu der Unterscheidung TONTRUP in: Engel 1998.

Frage. Bei der Antwort auf diese Frage ist der Wunsch nach sozialwissenschaftlicher Methodenstrenge viel leichter zu erfüllen. Man kann etwa fragen, unter welchen Bedingungen das Recht sich für eine bestimmte, auf der Grundlage von Modellen gewonnene ökonomische Konzeption öffnen darf⁹⁵. Durch solche Untersuchungen kann die Wissenschaft von der Rechtspolitik hilfreich ergänzt werden. Ersetzt wird sie dadurch aber nicht.

Wer sich auf schwankendem Boden befindet, tut gut daran, vorsichtig zu gehen. Es gibt eine ganze Reihe von Möglichkeiten, solche Vorsicht walten zu lassen. Am offensten geschieht das, wenn der Gesetzgeber wissenschaftlichen Rat zum Anlass für zeitlich, meist auch räumlich und sachlich beschränkte Experimente nimmt⁹⁶. Die Erfahrungen zeigen dann, ob der wissenschaftliche Rat an eine der geschilderten Grenzen gestoßen ist. Einstweilen sind offen ausgewiesene Gesetzgebungsexperimente in Deutschland allerdings selten. Häufig ist dagegen ein anderes Verfahren. An die erste Regelung eines Sachverhalts schließen sich schnell Revisionen an. So vergeht etwa kaum ein Jahr, in dem das Rundfunkrecht nicht verändert würde. Dabei geht es natürlich nicht immer nur um gesetzgeberisches Lernen. Auch das Auf und Ab der Machtverhältnisse und regulatorische Moden prägen sich aus. Und den betroffenen Unternehmen bleibt Planungssicherheit versagt⁹⁷. Doch in der rechten Dosierung ist Gesetzgebung als Prozess eine Antwort auf die Grenzen der Rationalisierung von Rechtspolitik. Man kann das auch als die Übertragung eines ganz alten juristischen Rats auf die Gesetzgebung deuten: je weniger man weiß, desto enger am jeweiligen Problem sollte man entscheiden.

Hierher gehört schließlich auch die bereits erwähnte Autonomie der Regelanwendung gegenüber der Regelbildung. War der wissenschaftliche Rat gar zu kurzfristig, dem der Gesetzgeber vertraut hat, können Verwaltungsbehörden und Gerichte Notreparaturen vornehmen.

Die Offenheit des Systems war oben als eine der Grenzen einer Rationalisierung von Rechtspolitik eingeführt worden. Man kann sie umgekehrt aber auch als eine Art Zwangsimpfung deuten. Hat der Gesetzgeber unter wissenschaftlicher Anleitung gar zu krass daneben gegriffen, werden die Betroffenen abwandern oder damit jedenfalls drohen. Das gibt dem Gesetzgeber ein kraftvolles Signal, dass eine Korrektur der früheren Entscheidung angezeigt sein könnte. Im Bundesstaat und in der Europäischen Union gibt es zu diesem Zweck nicht nur den Außenhandel und die Auswanderung. Vielmehr führt der Föderalismus von selbst und vom Verfassungsgeber auch gewollt zu parallelen Experimenten mit vergleichbaren Regelungsgegenständen. Föderalismus ist deshalb ein besonders elegantes Instrument zu diesem Zweck, weil der Bund beziehungsweise die Europäische Union eingreifen können, wenn die nachteiligen Folgen der Experimentierfreude im Einzelfall einmal überwiegen.

Die Rechtswissenschaft hat zwar manchen komparativen Vorteil gegenüber anderen rechtspolitischen Akteuren. Alleine könnte sie die Aufgabe aber niemals schultern. Das Legitimationsprob-

95 Ein schönes Beispiel ist BITTER Spieltheorie.

96 Programmatisch DORF und SABEL in: Columbia Law Review 1998; LIEBMAN und SABEL in: New York University Journal of Law and Social Change 2004

97 Zur Bedeutung von Planungssicherheit, und zu ihrer juristischen Herstellung, näher ENGEL Verwaltungsakt.

lem drückt dabei weniger. Denn die Rechtswissenschaft kann ja ohnehin keine neue Regel in Geltung setzen. Gravierender ist das Informationsproblem. Auch der neugierigste und emsigste Wissenschaftler ist immer weiter vom Sachverhalt weg als die Betroffenen. Oft kann auch die Ministerialverwaltung diesen Nachteil nicht vollständig wettmachen. Dann kann es helfen, zur regulierten Selbstregulierung überzugehen⁹⁸. Von der Wissenschaft beraten verändert der Gesetzgeber den Rahmen so, dass die Betroffenen von sich aus Informationen offenlegen oder gleich selbst geeignete Regeln schaffen.

Auf all diesen Wegen lässt sich die Gefahr verringern, dass aus dem Wunsch nach größerer Rationalität schließlich nur schlechte Politik wird. Die Gefahr lässt sich aber niemals ganz beseitigen. Eine vollständig rationale Rechtspolitik wird es nicht geben. Rechtspolitik bleibt Politik. Die Subjektivität der Beteiligten wird immer einen Einfluss auf die Entscheidung oder den Rat haben. Deshalb bleibt das unverzichtbar, was oben als input-Legitimation bezeichnet worden ist. Die Wissenschaft von der Rechtspolitik kann Rechtspolitik zwar besser machen. Sie kann sie aber nicht ersetzen.

98 Aus der umfangreichen Literatur s. nur DI FABIO in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1997; SCHMIDT-PREUB in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1997; ENGEL in: Staatswissenschaften und Staatspraxis 1998.

IV. Literatur

- AKIMOTO, HAJIME (2003). "Global Air Quality and Pollution." Science 302: 1716-1719.
- ALBERT, HANS (1978). Traktat über rationale Praxis. Tübingen, Mohr.
- ANDERSON, JOHN R. (2000). Learning and Memory. An Integrated Approach. New York, Wiley.
- BAIRD, DOUGLAS G., ROBERT H. GERTNER, et al. (1994). Game Theory and the Law. Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- BAUMOL, WILLIAM J. und ROBERT D. WILLIG (1981). "Fixed Cost, Sunk Cost, Entry Barriers and Sustainability of Monopoly." Quarterly Journal of Economics 95: 405-431.
- BECKER, FLORIAN (2005). Kooperative und konsensuale Strukturen in der Normsetzung. Tübingen, Mohr.
- BECKER, GARY STANLEY (1976). The Economic Approach to Human Behavior. Chicago, University of Chicago Press.
- BERGER, PETER L. und THOMAS LUCKMANN (1967). The Social Construction of Reality. A Treatise in the Sociology of Knowledge. Garden City, N.Y., Doubleday.
- BITTER, MELANIE (2005). Spieltheorie und öffentliche Verwaltung. Behördliche Informationsverschaffung durch spieltheoretische Mechanismen. Baden-Baden, Nomos.
- BONUS, HOLGER (1981). Emissionsrechte als Mittel der Privatisierung öffentlicher Ressourcen aus der Umwelt. Marktwirtschaft und Umwelt. L. Wegehenkel. Tübingen, Mohr: 54-77.
- BREHM, JACK WILLIAMS (1966). A Theory of Psychological Reactance. New York, Academic Press.
- BREHM, SHARON S. und JACK WILLIAMS BREHM (1981). Psychological Reactance. A Theory of Freedom and Control. New York, Academic Press.
- COOTER, ROBERT und THOMAS ULEN (2004). Law and Economics. Boston, Addison Wesley Longman.
- CORNES, RICHARD und TODD SANDLER (1996). The Theory of Externalities, Public Goods and Club Goods. Cambridge, Cambridge University Press.
- CUHLS, C. (2000). "Emissionspotenziale und Verfahren zur Abluftreinigung." Brandenburgische Umweltberichte 6: 55-69.
- DECANIO, STEPHEN J. (2003). Economic Models of Climate Change. A Critique. New York, Palgrave Macmillan.

- DI FABIO, UDO (1997). "Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung." Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 56: 235-282.
- DOMJAN, MICHAEL (1998). The Principles of Learning and Behavior. Pacific Grove, Calif., Brooks/Cole Pub.
- DORF, MICHAEL C. und CHARLES F. SABEL (1998). "A Constitution of Democratic Experimentalism." Columbia Law Review 98: 267-473.
- EASTON, DAVID (1965). A Systems Analysis of Political Life. New York, Wiley.
- EGERBERG, MORTEN (2002). An Organisational Approach to European Integration. What Organisation Tells us about System Transformation, Committee Governance and Commission Decision Making. ARENA Working Papers WP 02/19.
- ENGEL, CHRISTOPH (1992). Planungssicherheit für Unternehmen durch Verwaltungsakt. Tübingen, J.C.B. Mohr.
- ENGEL, CHRISTOPH (1998). "Selbstregulierung im Bereich der Produktverantwortung." Staatswissenschaften und Staatspraxis 9: 535-591.
- ENGEL, CHRISTOPH (2001a). Die Grammatik des Rechts. Instrumente des Umweltschutzes im Wirkungsverbund. H.-W. Rengeling. Baden-Baden, Nomos: 17-49.
- ENGEL, CHRISTOPH (2001b). "Offene Gemeinwohldefinitionen." Rechtstheorie 32: 23-52.
- ENGEL, CHRISTOPH (2002a). Abfallrecht und Abfallpolitik. Baden-Baden, Nomos.
- ENGEL, CHRISTOPH (2002b). Das legitime Ziel als Element des Übermaßverbots. Gemeinwohl als Frage der Verfassungsdogmatik. Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt. W. Brugger, S. Kirste and M. Anderheiden. Baden-Baden, Nomos: 103-172.
- ENGEL, CHRISTOPH (2002c). Die soziale Funktion des Eigentums. Bericht zur Lage des Eigentums. O. Depenheuer, C. Engel and T. von Danwitz. Berlin, Springer: 1-107.
- ENGEL, CHRISTOPH (2002d). European Telecommunications Law: Unaffected by Globalization? Economic Regulation and Competition. Regulation of Services in the EU, Germany and Japan. J. Basedow, H. Baum, K. J. Hopt, H. Kanda and T. Kono. The Hague, Kluwer: 219-251.
- ENGEL, CHRISTOPH (2002e). Rechtliche Entscheidungen unter Unsicherheit. Wissen, Nichtwissen, Unsicheres Wissen. C. Engel, J. Halfmann and M. Schulte. Baden-Baden, Nomos: 305-350.

- ENGEL, CHRISTOPH (2003). The Constitutional Court – Applying the Proportionality Principle – as a Subsidiary Authority for the Assessment of Political Outcomes. Linking Political Science and the Law. C. Engel and A. Héritier. Baden-Baden, Nomos: 285-314.
- ENGEL, CHRISTOPH (2004a). Learning the Law. Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods Bonn 2004/5.
- ENGEL, CHRISTOPH (2004b). Social Dilemmas, Revisited from a Heuristics Perspective. Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods Bonn 2004/4.
- ENGEL, CHRISTOPH (2005). The Impossibility of Turning Arrow's Impossibility Theorem Epistemic. Is there Value in Inconsistency? L. Daston and C. Engel. Baden-Baden, Nomos: ***.
- FREY, BRUNO (1997). Not Just for the Money. An Economic Theory of Personal Motivation. Cheltenham, Elgar.
- FRITSCH, MICHAEL, THOMAS WEIN, et al. (1999). Marktversagen und Wirtschaftspolitik. Mikroökonomische Grundlagen staatlichen Handelns. München, Vahlen.
- GAWEL, ERIK (1994). Umweltallokation durch Ordnungsrecht. Ein Beitrag zur ökonomischen Theorie regulativer Umweltpolitik. Tübingen, J.C.B. Mohr.
- GERKEN, LÜDER, Ed. (1995). Competition Among Institutions. Houndmills, MacMillan.
- GIGERENZER, GERD, PETER M. TODD, et al. (1999). Simple Heuristics that Make us Smart. New York, Oxford University Press.
- GLIMCHER, PAUL W. (2003). Decisions, Uncertainty, and the Brain. The Science of Neuroeconomics. Cambridge, Mass., MIT Press.
- GRANOVETTER, MARC (1985). "Economic Action and Social Structure. The Problem of Embeddedness." American Journal of Sociology 91: 481-510.
- GROOT, ADRIANUS DINGEMAN DE (1965). Thought and Choice in Chess. The Hague, Mouton.
- HASSELMANN, K und M LATIF (2003). "The Challenge of Long-Term Climate Change." Science 302: 1923-1925.
- HAYS, WILLIAM LEE (1994). Statistics. Fort Worth, Harcourt College Publishers.
- HIRSCHMAN, ALBERT O. (1970). Exit, Voice, and Loyalty. Responses to Decline in Firms, Organizations, and States. Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- HOUGHTON, JOHN THEODORE ET AL., Ed. (2001). Climate Change 2001. The Scientific Basis. Cambridge ; New York, Cambridge University Press.

- KAHL, WOLFGANG (2004). "Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt. Zur Kritik einer neuen Richtung der deutschen Grundrechtsdogmatik." Staat 43: 167-202.
- KARL, THOMAS R. und KEVIN E. TRENBERTH (2003). "Modern Global Climate Change." Science 302: 1719-1723.
- KING, GARY, ROBERT O. KEOHANE, et al. (1994). Designing Social Inquiry. Scientific Inference in Qualitative Research. Princeton, N.J., Princeton University Press.
- KIRCHGÄSSNER, GEBHARD (2000). Homo Oeconomicus. Das ökonomische Modell individuellen Verhaltens und seine Anwendung in den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften. Tübingen, Mohr.
- KIRCHMANN, JULIUS VON (1848). Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft. Berlin, Springer.
- KIRCHNER, I, H STENCHIKOV, et al. (1999). "Climate Model Simulation of Winter Warming and Summer Cooling Following the 1991 Mount Pinatubo Volcanic Eruption." Journal of Geophysical Research 104: 19,039-19,055.
- KLEMPERER, PAUL (2003). Auctions. Theory and Practice. Princeton, N.J., Princeton University Press.
- KÖTZ, HEIN und GERHARD WAGNER (2004). Deliktsrecht. Neuwied, Luchterhand.
- KRÜGER, HANS-PETER (1999). Verzicht auf Sanktionsnormen im Straßenverkehrsrecht – ein Beitrag zur Effektivität von Verhaltensnormen? Wirkungsforschung zum Recht I. Wirkungen und Erfolgsbedingungen von Gesetzen. H. Hof and G. Lübke-Wolff. Baden-Baden, Nomos: 223-234.
- KUHN, THOMAS S. (1962). The Structure of Scientific Revolutions. [Chicago], University of Chicago Press.
- LANGE, HERMANN und GOTTFRIED SCHIEMANN (2003). Schadensersatz. Tübingen, Mohr.
- LIEBMAN, JAMES S. und CHARLES F. SABEL (2004). "A Public Laboratory Dewey Barely Imagined. The Emerging Model of School Governance and Legal Reform." New York University Journal of Law and Social Change 28: 181-304.
- LUCKE, DORIS (1998). Rechtseffizienz, Gesetzesakzeptanz und Rechtsbewußtsein. Soziologie des Rechts. Festschrift für Erhard Blankenburg zum 60. Geburtstag. J. Brand and D. Stempel. Baden-Baden, Nomos: 221-229.
- MATTE, NICOLAS MATEESCO und RAM S. JAKHU (1987). Law of International Telecommunications in Canada. Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft.

- MAY, JUDITH V. und AARON B. WILDAVSKY (1978). The Policy Cycle. Beverly Hills, Sage Publications.
- MCCARTHY, JAMES J. ET AL., Ed. (2001). Climate Change 2001. Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Cambridge, UK; New York, Cambridge University Press.
- METZ, BERT ET AL., Ed. (2001). Climate Change 2001. Mitigation. Cambridge; New York, Cambridge University Press.
- MONOPOLKOMMISSION (1998). Systemwettbewerb. Baden-Baden, Nomos.
- MÜLLER, MARKUS (2000). Systemwettbewerb, Harmonisierung und Wettbewerbsverzerrung. Baden-Baden, Nomos.
- NEY, STEVEN und MICHAEL THOMPSON (2000). Cultural Discourses in the Global Climate Change Debate. Society, Behaviour, and Climate Change Mitigation. E. Jochem, J. Sathaye and D. Bouille. Dordrecht, Kluwer: 65-92.
- POSNER, RICHARD A. (2003). Economic Analysis of Law. New York, Aspen Publishers.
- RAWLS, JOHN (1999). A Theory of Justice. Cambridge, Mass., Belknap Press of Harvard University Press.
- SCHARPF, FRITZ WILHELM (1999). Regieren in Europa. Effektiv und Demokratisch ? Frankfurt, Campus.
- SCHMIDT-PREUB, MATTHIAS (1997). "Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung." Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 56: 160-234.
- SCHUPPERT, GUNNAR FOLKE (1993). Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft. Zur Steuerung des Verwaltungshandelns durch Verwaltungsrecht. Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Grundfragen. W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann and G. F. Schuppert. Baden-Baden, Nomos: 65-114.
- SCHWEIZER, URS (1999). Vertragstheorie. Tübingen, Mohr.
- SINZHEIMER, HUGO (1948). Theorie der Gesetzgebung. Die Idee der Evolution im Recht. Haarlem, H. D. Tjeenk Willink.
- SMITH, ADAM (1776). An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations. London, Printed for W. Strahan; and T. Cadell ...
- SPIECKER GEN. DÖHMANN, INDRA (2001). Staatliche Entscheidungen unter Unsicherheit. Juristische und ökonomische Vorgaben. Gentechnik im nicht-menschlichen Bereich – was kann und was sollte das Recht regeln? J. Lege. Berlin, Arno Spitz: 51-88.

- THALER, RICHARD H. (1992). The Winner's c'Curse. Paradoxes and Anomalies of Economic Life. New York Toronto, Free Press ; Maxwell Macmillan Canada ; Maxwell Macmillan International.
- THOMPSON, M., RICHARD ELLIS, et al. (1990). Cultural Theory. Boulder, Colo., Westview Press.
- TIROLE, JEAN (1988). The Theory of Industrial Organization. Cambridge, Mass., MIT Press.
- TITMUSS, RICHARD MORRIS (1970). The Gift Relationship. From Human Blood to Social Policy. London, Allen & Unwin.
- TONTRUP, STEPHAN (1998). Ökonomik in der dogmatischen Jurisprudenz. Methodische Zugänge zu einem Recht der Gemeinschaftsgüter. C. Engel. Baden-Baden, Nomos: 41-120.
- VANBERG, VICTOR und JAMES M. BUCHANAN (1989). "Interests and Theories in Constitutional Choice." Journal of Theoretical Politics 1: 49-62.
- VOGEL, DAVID (1995). Trading Up. Consumer and Environmental Regulation in a Global Economy. Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- VON SAVIGNY, FRIEDRICH KARL (1814). Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Heidelberg, Mohr und Zimmer.
- WAGNER, GERHARD (2004). "Der Handel mit Emissionsrechten aus der Sicht des Zivilrechts." Umwelt- und Technikrecht 74: 187-241.
- WATSON, R. T. und DANIEL L. ALBRITTON, Eds. (2001). Climate Change 2001. Synthesis Report. Cambridge; New York, Cambridge University Press.
- WATSON, ROBERT T. (2003). "Climate Change: The Political Situation." Science 302: 1925-1926.
- WEBER, MAX (1967). Wissenschaft als Beruf. Berlin, Duncker & Humblot.
- WEGNER, GERHARD (1996). Wirtschaftspolitik zwischen Selbst- und Fremdsteuerung – ein neuer Ansatz. Baden-Baden, Nomos.
- WEISS, CAROL H. (1998). Evaluation. Methods for Studying Programs and Policies. Upper Saddle River, N.J., Prentice Hall.
- WOLLMANN, HELMUT (1980). Implementationsforschung – Eine Chance für kritische Verwaltungsforschung? Politik im Dickicht der Bürokratie. Beiträge zur Implementationsforschung. H. Wollmann. Opladen, Westdeutscher Verlag: 9-48.
- YEE, ALBERT S. (1996). "The Causal Effects of Ideas on Policies." International Organization 50: 66-108.