

Grundrechte im digitalen Zeitalter

Recht auf Ineffizienz – Eine Untersuchung des Verhältnisses von Grundrechten zur Effizienz

Alice Regina Bertram

Dieser Beitrag beleuchtet das Spannungsverhältnis von Effizienz und Grundrechten. Dazu wird der Begriff Effizienz im Recht und seine Operationalisierung anhand von Arbeiten zur ökonomischen Analyse des Rechts nachvollzogen. Die Ergebnisse der Betrachtung werden dann dazu genutzt, Effizienz grundrechtlich zu untersuchen – ist Effizienz ein Argument, das grundrechtlich geschützt ist? Können Grundrechte womöglich gar der Maxime Effizienz untergeordnet werden? Inwieweit strukturiert sich die Verhältnismäßigkeitsprüfung nach dem Gebot der Effizienz? Die Antworten, die auf diese Frage gefunden werden, führen abschließend zu der Erwägung, ob Grundrechte ihrer Struktur nach ein Recht auf Ineffizienz gewähren.

1. Einleitung – Digitalisierung und das Versprechen der Effizienz

Ausgangspunkt für diesen Beitrag ist eine Beobachtung: Wenn wir über Digitalisierung¹ sprechen, sprechen wir regelmäßig darüber, dass digitale Veränderungen unser Leben und Arbeiten *effizienter* gestalten. Dies gilt für den Bereich staatlichen Handelns ebenso wie für den privaten Bereich. So ist es immer die Effizienz, die als Argument für tiefgreifende, digitale Veränderungen angeführt wird. Für den digitalen Staat spricht die Effizienz

1 Trennschärfer als der Begriff *Digitalisierung* sind die Begriffe der dritten bzw. vierten industriellen Revolution. Die vierte industrielle Revolution, in der wir uns gegenwärtig befinden, baut auf der dritten, digitalen Revolution auf und begann etwa um das Jahr 2000. Konstituierend sind mobiles und allgegenwärtiges Internet, kleinere, leistungsstärkere und gleichzeitig günstigere Sensoren sowie künstliche Intelligenz und maschinelles Lernen. Vorangetrieben wird die vierte industrielle Revolution durch Technologien wie selbstfahrende Autos, 3D-Druck, das Internet der Dinge und synthetische Biologie. Als Digitalisierung wurden hingegen bereits die Technologien der dritten industriellen Revolution bezeichnet, die in den 1960ern begann und für die Halbleitertechnologien, der PC und das Internet prägend waren. Vgl. *Schwab*, *The Fourth Industrial Revolution*, 2016, S. 7, 14 ff.

seiner Verwaltung.² Für die Industrie 4.0 spricht die Effizienz, die durch sog. cyberphysische Systeme erreicht wird, die virtuelle und reale Prozesse miteinander verschmelzen.³ Kaum ein Beitrag zur Digitalisierung inner- oder außerhalb der Rechtswissenschaft spricht nicht auch von den Potentialen der Digitalisierung zur Effizienzsteigerung, die ein Teil dessen ausmachen, was oft als „Digitalisierung als Chance“⁴ bezeichnet wird.

Effizienz tritt damit selbst an die Stelle des Ziels und Zwecks. Und dass, obwohl der Begriff der Effizienz eigentlich ein Relationsbegriff ist. Als solcher beschreibt Effizienz nur das Verhältnis von Mittel zu Zweck, gerade aber nicht den Zweck selbst. Damit verdeckt das Argument Effizienz in der Digitalisierungsdebatte den tatsächlichen Zweck eines Digitalisierungsprozesses. Unbeantwortet bleiben Fragen wie: Soll Geld gespart werden oder Zeit? Geht es darum, den Arbeitsprozess zu optimieren unter Beibehaltung bisheriger Ergebnisse, oder soll bei gleichbleibendem Mitteleinsatz das Output vergrößert werden? Woran wird gespart und wem kommt das zu Gute?

Effizienz ist also kein schlechtes, aber ein überaus ungenaues Argument. Trotzdem wird Effizienz oft ohne Konkretisierung für die Digitalisierung ins Feld geführt. Wer unbesehen Effizienz als etwas Gutes bewertet, mag darüber die eigentlichen Vor- und Nachteile einer Effizienzsteigerung aus dem Blick verlieren. Problematisch ist das insbesondere im Recht, wo Genauigkeit unerlässlich ist. Aus diesem Grund untersucht dieser Beitrag Effizienz zunächst als allgemeinen Begriff und seine bisherige Verwendung im Recht (II.) und dann als Argument und Strukturelement und Schutzgegenstand in der grundrechtlichen Prüfung (III.).

II. Der Begriff Effizienz und seine Verwendung im Recht

Den Begriff Effizienz in seiner Verwendung im Recht zu bestimmen, ist kein ganz einfaches Unterfangen. Der Begriff wurde im rechtswissenschaftlichen Diskurs bereits mit einer Vielzahl unterschiedlicher Bedeutungen

-
- 2 Bull, ZRP 2015, 98 (98); Guggenberger, NVwZ 2019, 844 (846). S. a. insb. zum predictive policing: Härtel, LKV 2019, 49 (54).
 - 3 BMAS, Arbeiten 4.0 - Weißbuch, 2017, S. 200.
 - 4 Beispielsweise im Rahmen der Einführung der elektronischen Patientenakte, s. DVG – Gesetzesentwurf, BT-Drs. 19/13438 v. 23. September 2019, S. 1, 36, 38; DVG – Beschlussempfehlung, BT-Drs. 19/14867 v. 06. November 2019, insb. Fraktionsmeinungen, S. 87 – fast jede Fraktion greift den Ausdruck „Digitalisierung als Chance“ auf.

belegt.⁵ Als gemeinsamer Wesenskern kann das Folgende festgehalten werden: „Wenn Juristen von ‚Effizienz‘ sprechen, dann meinen sie damit in der Regel, daß mit einem gegebenen Aufwand ein bestimmtes Ziel in möglichst hohem Maße erfüllt wird.“⁶ Dieses Verständnis entspricht dem aus der Ökonomik übernommenen Prinzip der Wirtschaftlichkeit. Es umfasst zunächst nur eine Zweck/Mittel-Relation, wobei das eigentlich verfolgte Ziel nicht genauer spezifiziert werden muss.⁷

Genauer zu betrachten ist an dieser Stelle die ökonomische Analyse des Rechts. Denn hier erfolgte die bislang intensivste Auseinandersetzung mit dem Begriff der Effizienz im rechtswissenschaftlichen Diskurs. Auf eine Auseinandersetzung mit den durch Effizienzsteigerung verfolgten Zielen wird in der ökonomischen Analyse des Rechts verzichtet. Stattdessen wird der Begriff „Effizienz“ zum sog. *wohlfahrtsökonomischen* Effizienzbegriff weiterentwickelt. Als solcher emanzipiert er sich von der Notwendigkeit einer Zielbindung. Um dies abzubilden, könnte in der obigen Beschreibung von Effizienz „ein bestimmtes Ziel“ durch „ein beliebiges Ziel“ ersetzt werden. Der wohlfahrtsökonomische Effizienzbegriff beschreibt nicht länger die Zweck/Mittel-Relation, sondern ist zum Selbstzweck geworden. Ziel ist die Effizienzsteigerung oder, in begrifflicher Anleihe an die utilitaristischen⁸ Wurzeln der ökonomischen Analyse des Rechts, die *Nutzenmaximierung*. Der wohlfahrtsökonomische Effizienzbegriff hat in der ökonomischen Analyse des Rechts zweierlei Funktionen. Zum einen eine deskriptive, wenn Effizienz als Maßstab zur Untersuchung von Recht verwendet wird. Zum anderen eine normative, wenn Effizienz als rechtspolitisches Ziel aufgefasst wird, das es anzustreben gilt.⁹ Für Vertreter*innen der ökonomischen Analyse des Rechts ist Effizienz daher nicht nur ein rechtspolitisches Ziel neben anderen, sondern ein Konzept, das dem gesamten Recht überzuordnen ist.¹⁰

5 *Martini* beschreibt die Begriffsverwirrung als babylonisch, *ders.*, Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung, 2008, S. 199. S. *ebed.* zu unterschiedlichen Begriffsdeutungen.

6 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 2. Aufl. 1998, S. 55.

7 *Eidenmüller* gibt in seiner Dissertation kreative Beispiele für mögliche Ziele: Die Kolonialisierung des Mars, die Erhaltung des Weltfriedens, das Führen eines Kriegs, *ders.* Effizienz als Rechtsprinzip, 2. Aufl. 1998, S. 55.

8 Von lat. *utilis*: nützlich.

9 *Eidenmüller* bewertet Effizienz als übergeordneten, normativen Wert im Ergebnis seiner umfassenden Untersuchung als problematisch, *ders.* Effizienz als Rechtsprinzip, 2. Aufl. 1998, S. 489.

10 Vgl. insb. *Posner*, der das Effizienz-Kriterium zum Reichtumsmaximierungsprinzip weiterentwickelt hat, und feststellt: „I continue to believe that wealth maxi-

Doch wie ist zu bewerten, wann eine Effizienzsteigerung vorliegt – wann Nutzen maximiert ist? Regelmäßig wird zu diesem Zweck in der ökonomischen Analyse des Rechts auf zwei ökonomische Konzepte zurückgegriffen: die Pareto-Effizienz¹¹ und das Kaldor-Hicks-Kriterium¹².

1. Pareto-Effizienz und das Kaldor-Hicks-Kriterium

Eine Verteilung von Ressourcen ist dann pareto-optimal, wenn keine pareto-superiore Veränderung mehr möglich ist. Pareto-superior ist eine Veränderung, die eine Person besserstellt, ohne irgendeine andere Person schlechter zu stellen. Das Pareto-Prinzip ermöglicht, festzustellen, ob eine Ressourcen-Verteilung besser oder schlechter ist, ohne den Nutzen, den eine Ressource für eine Person hat, zu bewerten. Allein die Qualität der Veränderung (positiv, negativ, neutral) muss erfasst werden. D. h. die Pareto-Effizienz ist maßstabsunabhängig.

Als normatives Kriterium ist die Pareto-Effizienz jedoch wenig geeignet: Da jede Schlechterstellung verboten ist, bleiben faktisch nur sehr wenige Situationen, die pareto-effizient sind. So kann keine Veränderung pareto-effizient sein, durch die in Grundrechte eingegriffen wird, auch wenn der Eingriff gerechtfertigt ist. Dieser Schwäche begegnet das Kaldor-Hicks-Kriterium, das, anders als die Pareto-Effizienz, auch Aussagen über die Effizienz von Veränderungen ermöglicht, die einzelne Personen schlechterstellen. Effizient i. S. des Kaldor-Hicks-Kriteriums sind Umverteilungen, bei denen die Verluste der Schlechtergestellten vollständig durch die Gewinne der Bessergestellten kompensiert werden könnten. Würde die Kompensation auch tatsächlich geleistet, wäre die Umverteilung dann pareto-effizient. Aus diesem Grund lässt sich das Kaldor-Hicks-Kriterium auch als potentielle Pareto-Effizienz verstehen.

mization should guide public policy in all spheres.“, *ders.*, Hofstra Law Review 9 (1981), 775 (780). S. zu weiteren Vertreter*innen der Auffassung, dass Recht der Maxime der Effizienz unterzuordnen ist, die Beschreibung bei *Martini*, Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilunglenkung, 2008, S. 166.

11 Nach Vilfredo Pareto, vgl. zur Pareto-Effizienz in der Rechtswissenschaft: *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 2. Aufl. 2006, S. 48 ff.; knapp: *Martini*, Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilunglenkung, 2008, S. 190 ff.

12 Nach Nicholas Kaldor und John R. Hicks, vgl. zum Kaldor-Hicks-Kriterium in der Rechtswissenschaft: *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 2. Aufl. 2006, S. 56 ff.; knapp: *Martini*, Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilunglenkung, 2008, S. 192 ff.

Im Vergleich zum Pareto-Prinzip geht dem Kaldor-Hicks-Kriterium jedoch ein entscheidender Vorteil verloren: Während es zur Bestimmung der Pareto-Effizienz nicht notwendig ist, eine Bewertung des Nutzens einer Ressource für eine Person vorzunehmen, kann eine Aussage nach dem Kaldor-Hicks-Kriterium nicht ohne eine solche Bewertung getroffen werden. Es ist notwendig, den Nutzen der Besser- und Schlechtergestellten zu quantifizieren, um ihn zueinander ins Verhältnis setzen zu können. Die Bewertung nach dem Kaldor-Hicks-Kriterium ist, anders als die Pareto-Effizienz, maßstabsabhängig. Konnte für die Beurteilung der Pareto-Effizienz noch materieller wie immaterieller Nutzen berücksichtigt werden, d. h. Zeit, Geld, Wissen, Gesundheit, usw., darf es für die Bewertung nach dem Kaldor-Hicks-Kriterium nur einen einzigen, einheitlichen Maßstab geben. Ein solcher Maßstab ist i. d. R. die Abbildung des Nutzens in Geldwerten. Dies birgt hinsichtlich anderer Ressourcen, wie beispielsweise der Ressource Zeit, Ungenauigkeiten, da sich diese nicht eindeutig in Geldwerten abbilden lassen.

2. Die Unterordnung des Rechts unter das Effizienzprinzip

Für die Verknüpfung der bis hierhin besprochenen Effizienztheorien mit dem Recht war ein Artikel von *Ronald H. Coase* entscheidend.¹³ Er arbeitete aus ökonomischer Sicht heraus, dass übertragbare alternative Rechtspositionen keinen Einfluss auf eine effiziente Ressourcenverteilung haben, solange die Transaktionskosten, d. h. die Kosten für Vertragsabschluss und -durchführung, bei Null bleiben. Legt man das sog. *Coase-Theorem* zu Grunde, folgt, dass das Recht nicht, wie bis dahin angenommen, Rahmenbedingungen für den Markt schafft. Vielmehr handelt es sich auch bei Rechten selbst um übertragbare Positionen. Auch Rechte werden durch private Verhandlungen am Markt so effizient wie möglich verteilt.¹⁴ Die Überlegung von *Coase* ist für das Verhältnis von Recht und Effizienz entscheidend, da sie Recht als den Marktmechanismen unterworfen begreift. Daraus folgt, dass auch Recht der Maxime der Effizienz, der der Markt folgt, unterzuordnen ist. *Coase* lieferte damit das entscheidende Argument,

13 *Coase*, *Journal of Law and Economics*, Bd. 3 (1960), 1 ff.

14 Auf diesem Gedanken baut bspw. der Emissionszertifikatshandel auf. Durch den Emissionszertifikatshandel soll das Recht, CO₂ emittieren zu dürfen, möglichst effizient verteilt werden. S. zur genaueren Analyse des Emissionszertifikatshandels unter der Berücksichtigung von *Coase*, *Mathis*, *Effizienz statt Gerechtigkeit?*, 2. Aufl. 2006, S. 83 ff.

das Effizienz nicht zu einem Argument im Recht unter vielen macht, sondern zum entscheidenden Maßstab.

3. Das Reichtumsmaximierungsprinzip

Der Jurist und wohl prominenteste Vertreter der sog. Chicago School, der Wiege der ökonomischen Analyse des Rechts, *Richard Posner*, nutzte das Coase-Theorem, um die Allokation von Rechten der Maxime der Effizienz in einer neuen Form zu unterwerfen. Wenn unter der Annahme von Transaktionskosten von Null, Rechte, die dem Markt überlassen werden, am effizientesten allokiert werden, dann solle, so *Posner*, eine Rechtsposition immer der Person mit der höchsten *willingness to pay* zugeordnet werden.¹⁵ Maßstab für das Recht und seine Beurteilung solle nicht mehr ein allgemeines Effizienzprinzip sein. Denn diesem könne der Vorwurf gemacht werden, dass Nutzen auch *gegen den Willen* Einzelner maximiert wird. Das Handeln am Markt berücksichtige hingegen auch immer den freien Willen jeder Person. Entsprechend solle an die Stelle der Maxime der Effizienz die Maxime der Reichtumsmaximierung treten. *Posner* sucht in diesem Ansatz die traditionell gegenläufigen Konzepte des Nutzens (Utilitarismus) und der auf dem freien Willen aufbauenden Autonomie (Liberalismus) miteinander zu vereinen. Die Entscheidung, einen Preis zu zahlen, diene beidem, da sie sich zum einen auf die freie Betätigung des Willens stütze und zum anderen im Preis abbilde, welcher Nutzen einem Gut zuzuordnen ist.¹⁶

Zu Recht kritisiert *Jules L. Coleman* das Reichtumsmaximierungsprinzip *Posners*. Eine Synthese von Utilitarismus und Liberalismus gelänge durch das Reichtumsmaximierungsprinzip gerade nicht. Vielmehr stelle das Reichtumsmaximierungsprinzip nur eine alternative Begründung dafür da, Effizienz zu verfolgen:¹⁷ Durch die Reichtumsmaximierung wird der diffuse Begriff des Nutzens durch den Geldwert ersetzt. Geld sei schlicht der Maßstab, der dem Pareto-Prinzip oder Kaldor-Hicks-Kriterium zu Grunde gelegt werde, um Zustände miteinander vergleichen zu können und Aussagen über Effizienz zu treffen.¹⁸

15 *Posner*, *Journal of Legal Studies* 8 (1979), 103 (126).

16 *Posner*, *Hofstra Law Review* Vol. 8 (1979/1980), 187 (187, 196).

17 Vgl. *Coleman*, *Hofstra Law Review* Vol. 8 (1979/1980), 509 (523): „Wealth maximization is not an efficiency criterion; it is an alternative to the utilitarian basis for justifying the pursuit of efficiency.“

18 *Coleman*, *Hofstra Law Review* Vol. 8 (1979/1980), 509 (521 ff.).

Unter Berücksichtigung der bereits oben angeführten Kritik, dass das Kaldor-Hicks-Kriterium von einem einheitlichen, quantifizierbaren Maßstab abhängig ist, schrumpft das Reichtumsmaximierungsprinzip auf eine bloße Festlegung des Maßstabs. *Posner* verlagert den Vergleichsmaßstab Geld lediglich vor und macht ihn zum Teil seiner Theorie. Die Kritik an der Maßstababhängigkeit des Kaldor-Hicks-Prinzips bleibt erhalten, denn einige Formen des Nutzens lassen sich in Geldwerten nur sehr ungenau abbilden.

4. Zwischenergebnis

Effizienz kann losgelöst von dem durch sie verfolgten Ziel betrachtet werden. Operationalisiert man dieses Verständnis der Effizienz, so zeigt sich, dass – zumindest wenn auch die Schlechterstellung Einzelner in die Bewertung einfließen soll – ein einheitlicher Bewertungsmaßstab zu Grunde gelegt werden muss. D. h., dass ein isoliert vom Ziel gedachter Effizienzbegriff immer auf eine einzige, quantifizierbare Ressource als Vergleichsmaßstab festgelegt ist. Die zu Grunde gelegte Ressource ist in der Regel Geld, so dass andere Ressourcen wie beispielsweise Zeit nicht unmittelbar berücksichtigt werden können, weil sie sich nicht reibungslos in Geldwerte übersetzen lassen. Für Bereiche des Rechts, die sich primär mit der Zuordnung von Vermögenspositionen befassen, ist dies nicht problematisch. So konnte die ökonomische Analyse des Rechts, die das Recht der *Maxime* der Effizienz unterwirft, insbesondere im Zivilrecht weitverbreitete Anwendung finden.¹⁹

III. Effizienz als grundrechtliches Argument

1. Effizienz als grundrechtliche *Maxime*

Mit Blick auf die Grundrechte stellt sich nun die Frage, ob Effizienz auch hier eine *Maxime* sein kann. Versuche, den größten Nutzen in Form der Reichtumsmaximierung und anderen Formen als gesellschaftliches Leitprinzip zu etablieren, wurden jedoch bereits früh kritisiert. Schon die utili-

19 Vgl. für das deutsche Recht etwa das Lehrbuch *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse des Zivilrechts*, 5. Aufl. 2012.

taristische Maxime²⁰, Nutzen verstanden als das größte Glück der größten (An-)Zahl (Menschen) zu maximieren, stellte *John Stuart Mill* in Frage. Sie beinhalte die Gefahr der Diktatur der vielen über die wenigen.²¹ Maßnahmen, die vielen helfen und wenigen schaden, können den Gesamtnutzen maximieren – zu Lasten von Minderheiten. Ein Beispiel gibt *Ronald Dworkin*: „Suppose radical bigots are so numerous and so sadistic that torturing an innocent black man would improve the overall happiness in the community as a whole. Would this justify the torture?“²²

In Bezug auf *Posners* Reichtumsmaximierungsprinzip führt die Kritik hinsichtlich der dadurch legitimierten Machtgefälle weiter: Wird Geld zum Maßstab, kommt es zu einer Diktatur der Reichen über die Armen. Denn die Zahlungsbereitschaft der Armen für Gegenstände oder Rechtspositionen ist den engen Grenzen des Möglichen unterworfen. Legte man das Reichtumsmaximierungsprinzip zu Grunde, würde dies nichtmehr eine Diktatur der vielen über die wenigen bedeuten, sondern eine Diktatur des Geldes, auch dann, wenn dies nur einen sehr kleinen Personenkreis profitieren ließe.

Mit den Grundrechten als unveräußerlichen Rechten jedes Menschen ist die Zuteilung von Rechten nach individuellem Nutzen oder nach Geld nicht vereinbar.²³ Während die Pareto-Effizienz noch ausschließt, dass Einzelne schlechter gestellt werden, stellen die Fortentwicklungen die Rechte Einzelner zur Disposition der Mehrheit (Kaldor-Hicks-Kriterium) oder der Reichen (Reichtumsmaximierungsprinzip). Nach utilitaristischen Grundsätzen wäre ein Grundrecht immer dann zu veräußern, wenn damit dem Nutzen der Allgemeinheit gedient ist. Nach dem Reichtumsmaximierungsprinzip ist dies sogar schon dann der Fall, wenn eine andere Person eine höhere Zahlungsbereitschaft für das Recht hat.²⁴ Voraussetzungslos

20 Die zentrale Figur des Utilitarismus, wenngleich nicht sein Urheber, ist *Jeremy Bentham*, insb. mit seinem Hauptwerk: *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Vgl. überblicksartig zum Utilitarismus: *Mathis*, *Effizienz statt Gerechtigkeit?*, 2. Aufl. 2006, S. 125 ff.

21 Vgl. *Mill*, *Utilitarianism and On Liberty*, 1861, hrsg. v. Warnock, 2. Aufl. 2003, S. 186: „Protection therefore against the tyranny of the magistrate is not enough: there needs to be protection also against the tyranny of the prevailing opinion and feeling.“

22 *Dworkin*, *Law's Empire*, 1986, S. 290.

23 Zu diesem Ergebnis kommt auch *Mathis*, *Effizienz statt Gerechtigkeit?*, 2. Aufl. 2006, S. 141 ff.

24 Eine Theorie, die dieser Schwäche des im anglo-amerikanischen Raum weit verbreiteten Utilitarismus begegnet, ist *John Rawls* Gerechtigkeitstheorie, vgl. sein Hauptwerk: *A Theory of Justice*, 1971.

garantierte Grundrechte können einer solchen Verteilung nicht unterworfen werden, ohne dass sie ihren Charakter als Grundrechte verlören. Folglich entziehen sie sich der Unterwerfung unter die Maxime der Effizienz. Effizienz kann in der grundrechtlichen Argumentation daher (wenn überhaupt) nur ein Argument unter vielen und kein übergeordnetes Konzept sein.²⁵ Im Folgenden ist daher zu untersuchen, inwieweit Effizienz als ein Handlungsziel grundrechtlich geschützt ist.

2. Effizienz als grundrechtlich geschütztes Ziel

Wenngleich Effizienz nicht als Prinzip den Grundrechten übergeordnet werden kann, so könnte man doch vermuten, dass Effizienz zumindest als ein Handlungsziel grundrechtlich geschützt ist. Dies könnte aus dem Grund angezweifelt werden, dass Effizienz, wie bereits diskutiert, nur die Zweck/Mittel-Relation beschreibt, ohne den eigentlich verfolgten Zweck zu benennen. Vereinbar ist der Schutz von Effizienz daher nur mit einer grundrechtlichen Theorie, die nicht an die Bewertung des Zwecks einer Handlung anknüpft. Dies entspricht der liberalen (bürgerlich-rechtsstaatlichen) Grundrechtstheorie. Diese beschreibt *Ernst-Wolfgang Böckenförde* in seiner Charakterisierung unterschiedlicher Grundrechtstheorien als Gewährleistung von vor-staatlicher Freiheit als „Freiheit *schlechthin*, nicht Freiheit zu bestimmten Zielen oder Zwecken“.²⁶ Nach diesem Grundrechtsverständnis ist der Staat gehalten, gerade keine Bewertung der Handlungsziele geschützter Freiheiten vorzunehmen.

In Bezug auf das Grundgesetz besteht jedoch Konsens, dass dieses keinem rein liberalen Freiheitsverständnis folgt. Entgegen einer verbreiteten Annahme, hat es auch in den Anfangsjahren des Grundgesetzes kein solches Grundrechtsverständnis gegeben. Während häufig erst das Lüth-Urteil²⁷ aus dem Jahr 1958 als wegweisend für die Integration des objektiven Grundrechtsverständnisses in die Grundrechtsdogmatik verstanden wurde,

25 So i. E. auch, allerdings übergreifend für die Rechtswissenschaft und nicht nur für das Verfassungsrecht, *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 2. Aufl. 1998, S. 321. Zur Untersuchung der verfassungsrechtlichen Verankerung der Effizienz im Allgemeinen s. *Martini*, Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung, 2008, S. 197 ff. (i. E. stellt er keine Verankerung des Effizienzprinzips im Grundgesetz fest) und *Leisner*, Effizienz als Rechtsprinzip, 1971, S. 25 (i. E. bewertet er die Verfassung als effizienzneutral).

26 *Böckenförde*, NJW 1974, 1529 (1530), Hervorhebung im Original.

27 BVerfGE 7, 198 = BVerfG, Urt. v. 15. Januar 1958 – 1 BvR 400/51 – Lüth-Urteil.

bestätigte das BVerfG darin tatsächlich nur ein damals bereits weit verbreitetes Grundrechtsverständnis.²⁸ Die objektive Dimension der Grundrechte,²⁹ die eine inhaltliche Beschreibung geschützter Freiheiten voraussetzt, steht neben der subjektiven, die im liberalen Freiheitsverständnis jedes vorstaatliche Tun schützt, ohne es näher beschreiben zu müssen. Das bis heute vorherrschende Grundrechtsverständnis versteht den grundrechtlichen Schutz als ein Nebeneinander von subjektivem und objektivem Freiheitsschutz.³⁰ Objektiver Freiheitsschutz zielt nicht auf „eine Freiheit schlechthin, sondern eine „Freiheit um zu“.³¹

Während im Einzelfall in einer rein abwehrrechtlich und vom liberalen Freiheitsverständnis vollständig erfassten Konstellation der Schutz der Effizienz an sich denkbar ist, verlangt dieser Schutz doch, sobald ein objektives Freiheitsverständnis berührt ist, eine genauere Differenzierung: Effizienz für sich genommen ist wertfrei. Als (in-)effizient kann nur das Verhältnis von Zweck und Mittel beschrieben werden. Für die grundrechtliche Abwägung relevant ist aber der Zweck selbst. Für eine rechtliche Beurteilung unter Berücksichtigung des objektiven Freiheitsschutzes kann daher die Betrachtung von Effizienz, sei es als Nutzen- oder Reichtumsmaximierung, nicht genügen. Erst recht kann der Effizienz als solcher kein grundrechtlicher Schutz zukommen, sondern nur den durch sie beförderten Zwecken. Effizienz ist dann selbst kein Argument, sondern nur die durch die Effizienz verfolgten Zwecke.

Am konkreten Beispiel der elektronischen Patientenakte (ePA), für deren Einführung vielfach ihre Effizienz angeführt wird, lassen sich etwa die folgenden verfolgten Zwecke identifizieren: Auf Seiten der Patient*innen sollen Gesundheitsdaten zentralisiert und per Smartphone leicht zur Hand sein.³² Auf Seiten der Gesundheitsversorgung bedeutet mehr Wissen, dass bspw. Doppeluntersuchungen vermieden werden können. Dadurch verringert sich der Arbeitsaufwand, so dass Kosten gespart werden.³³ D. h., es geht um etwas mehr Wissen und um weniger Kosten.

28 *Bumke*, AöR 144 (2019), 1 (3 f.).

29 Vgl. zu den unterschiedlichen objektiv geprägten Grundrechtstheorien *Böckenfördes* Unterteilung: die institutionelle Grundrechtstheorie, die Werttheorie der Grundrechte, die demokratisch-funktionale und die sozialstaatliche Grundrechtstheorie, NJW 1974, 1529 (1532 ff.).

30 *Bumke*, AöR 144 (2019), 1 (66).

31 *Böckenförde*, NJW 1974, 1529 (1535).

32 <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/service/begriffe-von-a-z/e/elektronische-patientenakte.html> (abgerufen am 16. März 2020).

33 Erwartet wird, dass den Kosten zur Einführung der ePA, zu denen beispielsweise die Anbindung von Krankenhäusern an das Telematiknetz zählt, „nicht beziffer-

Sollen diese Zwecke auf ihre Verhältnismäßigkeit hin überprüft werden, ergeben sich keine Besonderheiten gegenüber einer Prüfung, die völlig frei von Effizienz-Überlegungen ist. Trotzdem zeigt sich, dass die Aufschlüsselung in ihre einzelnen Bestandteile das scheinbar sehr starke Argument der Effizienz in etwas weniger schillernde Teilaspekte aufbricht (Wissen, Kosten). Dies ist Voraussetzung dafür, dass die der Effizienz gegenüberstehenden grundrechtlichen Belange ausreichend berücksichtigt werden können.

Im Falle der ePA berührt die zentrale Datensammlung das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, d. h. „grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen.“³⁴ Das Vorwissen der behandelnden Ärzt*innen, das nun nicht positiv im Gespräch hergestellt, sondern (bestenfalls³⁵) negativ durch Verbot der Einsichtnahme in die ePA begrenzt wird, geht je nach Ausgestaltung informationstechnischer Einschränkungen über die gewünschte Preisgabe und Verwendung der eigenen Gesundheitsdaten hinaus.³⁶ Umfasst ist von der informationellen Selbstbestimmung insb. auch ein zu weitgehendes Vorwissen des Umfeldes zum „Schutz vor wirkmächtigen Persönlichkeitsbildern“.³⁷ Ärzt*innen sollen nicht durch Informationen, die für die Behand-

bare Einsparungen durch Effizienzgewinne im Bereich der stationären und ambulanten Versorgung gegenüber [stehen].“, DVG – Gesetzesentwurf, BT-Drs. 19/13438 v. 23. September 2019, S. 38.

- 34 BVerfGE 65, 1 (1) = BVerfG Urt. v. 15.12.1983 – 1 BvR 209/83 –, 1. Leitsatz – Volkszählungsurteil.
- 35 Bislang ist problematisch, dass zum Zeitpunkt der ePA-Einführung zum 1. Januar 2021 noch keine Möglichkeit besteht, selbst einzugrenzen, welche Ärzt*innen, Apotheker*innen oder Therapeut*innen Zugriff auf welche persönliche Daten haben. D. h. bspw., dass eine Zahnärztin vom HIV-Testergebnis, der Physiotherapeut vom Schwangerschaftsabbruch oder der Notfallmediziner von der Psychotherapie erfährt. Vgl. *Ludwig*, Bei Spahns Patientenakte wird Datenschutz erst nachgeliefert, Süddeutsche Zeitung v. 21. Mai 2019. Aufgegriffen in: Kleine Anfrage an die Bundesregierung, BT-Drs. 19/15313 v. 20. November 2019/Antwort der Bundesregierung, BT-Drs. 19/16228 vom 23. Dezember 2019.
- 36 „Der Einzelne soll selbst darüber befinden dürfen, wie er sich gegenüber Dritten oder der Öffentlichkeit darstellen will [...]“, BVerfGE 63, 131 (142) = BVerfG, Beschl. v. 08. Februar 1983 – 1 BvL 20/81 –, Rn. 30 – Gegendarstellung; noch etwas anders in der Lebach-Entscheidung, auf die in der Entscheidung zur Gegendarstellung verwiesen wird: „Jedermann darf grundsätzlich selbst und allein bestimmen, ob und wieweit *andere* sein Lebensbild im Ganzen oder bestimmte Vorgänge aus seinem Leben öffentlich darstellen dürfen.“ (Hervorhebung nur hier), BVerfGE 35, 202 (220) = BVerfG, Urt. v. 05. Juni 1973 – 1 BvR 536/72 –, Rn. 44 – Lebach-Urteil.
- 37 *Britz*, NVwZ 2019, 672 (675).

lung nicht erforderlich sind, in unnötiger Weise in ihrer Wahrnehmung der Patient*innen beeinflusst werden. Dies betrifft nicht nur schambehafte Diagnosen (psychische Krankheiten, sexuelle übertragbare Krankheiten, Abtreibungen), sondern auch den Wunsch, ggf. gerade eine Doppeluntersuchung i. S. einer ärztlichen Zweitmeinung zu erhalten. Zusätzlich gefährdet eine zentrale Datenspeicherung³⁸ die informationelle Selbstbestimmung durch ein höheres Risiko bei unbefugtem Zugriff.³⁹ Der status quo, nämlich die fragmentierte Speicherung einzelner Daten bei einzelnen Ärzt*innen, entspricht auf Grund ihrer Dezentralität dem, was Datenschützer*innen empfehlen.⁴⁰ Wer sich nach Einführung der ePA Zugang zu den gespeicherten Daten verschafft, erfährt nicht etwas über die Behandlung durch eine*n bestimmte*n Ärzt*in, sondern hat gläserne Patient*innen vor sich. Dem zusätzlichen Wissen und den geringen Kosten, die sich hinter dem Argument Effizienz verbergen, stehen somit nicht unerhebliche Beeinträchtigungen der Patient*innen in ihrer informationellen Selbstbestimmung gegenüber.

3. Effizienz in der Verhältnismäßigkeitsprüfung

Wie in III.1 und III.2 diskutiert, ist nicht die Effizienz, sondern nur die durch sie verfolgten Handlungszwecke grundrechtlich geschützt. Daraus folgt eigentlich, dass Erwägungen zum Argument Effizienz in der Verhältnismäßigkeit gar nicht mehr angestellt werden müssen. Doch sollen hier Effizienz und Verhältnismäßigkeitsprüfung aus einem anderen Grund genauer betrachtet werden. Effizienz und Verhältnismäßigkeit scheinen auf den ersten Blick strukturelle Ähnlichkeiten aufzuweisen. Beide beschreiben ein möglichst optimales Verhältnis von Mittel zu Zweck. Insbesondere die Grundrechtstheorie *Robert Alexys* hat dem Gedanken der Optimierung im Bereich der Grundrechte einen prominenten Platz eingeräumt.

-
- 38 Unabhängig vom Speicherort. Vgl. zu möglichen Speicherorten: *Kolain/Molavi*, Zukunft Gesundheitsdaten – Wegweiser zu einer forschungs kompatiblen elektronischen Gesundheitsakte, 2019, S. 23 ff.
- 39 Der CCC (Computer Chaos Club) hat bereits nachgewiesen, dass der Zugriff auf die Daten durch Dritte möglich ist und auf Daten der bereits an das Telematik-Netz angeschlossenen Praxen zugegriffen, *erdgeist*, CCC diagnostiziert Schwachstellen im deutschen Gesundheitsnetzwerk, v. 27. Dezember 2019, <https://www.ccc.de/de/updates/2019/neue-schwachstellen-gesundheitsnetzwerk> (abgerufen am 16. März 2020).
- 40 Vgl. *Weichert*, Die Ökonomisierung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, NJW 2001, 1463 (1469).

Alexy beschreibt Grundrechte als *Prinzipien*. Im Unterschied zu Regeln finden Prinzipien nicht schlicht Anwendung oder keine Anwendung (ja/nein-Muster),⁴¹ sondern sind Normen, „die gebieten, daß etwas in einem relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten möglichst hohen Maße realisiert wird.“⁴² Dies erinnert an *Eidenmüllers* Zusammenfassung dessen, was unter Jurist*innen als Effizienz verstanden wird, nämlich „daß mit einem gegebenen Aufwand ein bestimmtes Ziel in möglichst hohem Maße erfüllt wird.“⁴³ Für *Alexy* folgt aus dem Charakter von Grundrechten als Prinzipien, die er auch Optimierungsgebote nennt,⁴⁴ zwingend Inhalt und Struktur der Verhältnismäßigkeitsprüfung. Er versteht die Geeignetheitsprüfung als Verbot von Maßnahmen, die nicht zur Optimierung geeignet sind.⁴⁵ Die Erforderlichkeitsprüfung fasst er als Gebot zur Optimierung *tatsächlicher* Möglichkeiten auf, während die Verhältnismäßigkeitsprüfung i. e. S. auf die Optimierung *rechtlicher* Maßnahmen zielt.⁴⁶ Wenn zwei Mittel ein Grundrecht (oder allgemein ein Prinzip) in unterschiedlichem Maße beeinträchtigen, so erschöpfe das noch nicht das Spektrum der tatsächlichen Möglichkeiten – gegenüber jedem beliebigen beeinträchtigenden Mittel wäre nämlich *kein* Mittel, d. h. nicht zu handeln, weniger einschränkend. Folglich bedarf es eines rechtlichen Arguments dafür, dass dennoch eingegriffen werden darf.

Hinsichtlich des Erforderlichkeitsgebots kann – und hier löst sich die Betrachtung von den Erwägungen *Alexys* – danach gefragt werden, wie zwischen unterschiedlichen tatsächlichen Mitteln ein milderer Mittel gleicher Wirkung zu bestimmen ist. Man könnte darüber nachdenken, inwieweit ein Problem des vergleichbaren Maßstabs besteht – so wie es in der Abwägung nach Kaldor-Hicks oder beim Reichtumsmaximierungsprinzip der Fall war. *Bernhard Schlink* findet hier eine befriedigende Antwort, die sich vom Maßstabproblem löst. Er betrachtet das Erforderlichkeitsgebot als Ausformung der Pareto-Effizienz. Erfüllt sei das Erforderlichkeitsgebot, wenn kein „Spielraum derart besteht, daß der eine besser gestellt werden kann, ohne daß dadurch der andere schlechter gestellt wird.“⁴⁷ Da für die-

41 *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 76.

42 *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 75.

43 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 2. Aufl. 1998, S. 55.

44 *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 75 f.

45 *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 103.

46 *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 101 ff.

47 *Schlink*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: Badura/Dreier, FS 50 Jahre BVerfG, 2. Bd., 2001, 445, 457.

se Erwägung, wie oben gesehen, kein einheitlicher quantifizierbarer Maßstab gebildet werden muss, führt dies zu schlüssigen Ergebnissen.

Die Verhältnismäßigkeit i. e. S. kann sich der Schwierigkeit der Maßstabbildung jedoch nicht entziehen. Es ist möglich, dass jeder verfolgte Zweck einen eigenen Maßstab aufweist. Im Falle der oben andiskutierten elektronischen Patientenakte stehen sich Wissen und Geld auf der einen und Privatheit (informationelle Selbstbestimmung) auf der anderen Seite gegenüber. Diese lassen sich nicht auf einen gemeinsamen Nenner bringen, der einen Vergleich zulässt.

Bislang konnte für den Umgang mit dieser Multi-Maßstäblichkeit keine Lösung gefunden werden, was einer der Gründe dafür ist, dass die Verhältnismäßigkeit noch als offenes Problem der Grundrechtsdogmatik gehandelt wird. Den praktischen Umgang mit dem Abwägungserfordernis charakterisiert *Schlink* daher als gestützt auf „ein bißchen Grundgesetz, ein bißchen Bundeiverfassungsgerichtsrechtsprechung und ein bisschen Konsens“.⁴⁸

4. Grundrechte als Rechte auf Ineffizienz

Die Multimaßstäblichkeit in der Abwägung ist Folge des Pluralismus der Grundrechte hinsichtlich ihrer Schutzzwecke: Würde, Autonomie, Gesundheit und Leben, Glaube und Gewissen, um nur die ersten vier Artikel des Grundgesetzes zu berücksichtigen, haben keine gemeinsamen Nenner. Vor dem Hintergrund des pluralistischen Grundrechtsschutzes noch einmal auf die Effizienz zu blicken, gibt Anlass zu der Vermutung, dass viele Grundrechte geradezu effizienzfeindlich sind: Sie schützen Werte, die sich nur im Verhältnis zueinander, nicht aber als Werte an sich optimieren lassen. Zum einen schützen Grundrechte *Zwecke*; etwa die "der Schaffung und Erhaltung der Lebensgrundlage."⁴⁹ Zum anderen schützen sie *Handlungen*: „jede Tätigkeit, die auf Dauer berechnet ist und der Schaffung und Erhaltung der Lebensgrundlage dient.“⁵⁰

Der genauere Blick auf die Handlungen zeigt, dass diese nicht um eines Ziels Willen geschützt sind. Bspw. fehlt es dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG an einem Zweck, der durch die Handlung

48 *Schlink*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: Badura/Dreier, FS 50 Jahre BVerfG, 2. Bd., 2001, 445, 454.

49 BVerfGE 105, 252 (265) = BVerfG, Beschl. v. 26. Juni 2002 – 1 BvR 558/91 – Rn. 41 – Glykolwarnung.

50 *Ebed*.

erreicht werden kann. Geschützt ist die freie Entfaltung der Persönlichkeit als zielunabhängiger Prozess. Der Prozess, den das allgemeine Persönlichkeitsrecht in Art. 2 Abs. 1 GG schützt, ist auf endlose Wiederholung ausgerichtet. Während die allgemeine Handlungsfreiheit in Art. 2 Abs. 1 GG die nach außen hin sichtbare Handlung schützt,⁵¹ umfasst die dem Recht auf freie Persönlichkeit zu Grunde liegende Autonomievorstellung auch einen inneren Vorgang: Sie gewährleistet, dass den nach außen sichtbaren Handlungen eine selbstbestimmte innere Entscheidung des Menschen vorausgeht.⁵² Es geht um das Verhältnis des Menschen zu seinen eigenen Handlungen.⁵³ Ein Endpunkt der freien Entfaltung der Persönlichkeit wäre gleichbedeutend damit, keine Entscheidungen mehr zu treffen und nicht mehr zu handeln. Der Schutz jedes einzelnen Entscheidungsprozesses hängt nicht davon ab, ob er in eine Handlung mündet. Es ist daher nicht möglich, die Handlung als Mittel zu begreifen, das in Verhältnis zu einer Zweckerreichung gesetzt werden kann. Ohne Zweck/Mittel-Relation sind Effizienzerwägungen gar nicht möglich, denn es fehlt gerade an dem Verhältnis, das optimiert werden könnte. Dies trifft auch auf die Glaubens-, Meinungs- oder Versammlungsfreiheit zu, die mangels Zielorientierung der geschützten Handlung ebenfalls nicht optimierbar sind. Auch sie schützen einen Prozess ohne finalen Endpunkt. Daher stehen viele der in dieser Weise strukturierten Grundrechte der Ineffizienz näher als der Effizienz. Sie sind Optimierungsverbote in dem Sinne, dass sie Prozesse um ihrer selbst und nicht um eines Ergebnisses willen schützen. Grundrechte gewähren i. d. S. ein Recht auf Ineffizienz.

IV. Fazit

Aus dem ersten Teil der Betrachtungen ist zu schlussfolgern, dass Effizienz meist (d. h. immer außer in Fällen der Pareto-Effizienz) eine einzige, quan-

51 Britz, NVwZ 2019, 672 (673); *dies.*, Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung: Eine Rekonstruktion des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 I GG, 2007, S. 6 ff.

52 Britz, NVwZ 2019, 672 (673). *dies.*, Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung: Eine Rekonstruktion des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 I GG, 2007, S. 27 ff.

53 Vgl. Britz, NVwZ 2019, 672 (673): „Der wesentliche Schritt, den das Autonomiekonzept mit dieser zusätzlichen Komponente über die bloße Gewährung äußerer Handlungsfreiheit hinausgeht, liegt in der Anreicherung des Freiheitsgedankens um Elemente des „Sich-zu-sich-verhaltens“, in dem sich eine spezifische Beziehung zwischen Handlung und Person vermittelt.“

tifizierbare Ressource als Vergleichsmaßstab voraussetzt. In den Überlegungen zu Effizienz als grundrechtlichem Argument wurde festgestellt, dass (1.) Effizienz weder Maxime sein darf, der die *unveräußerlichen* Grundrechte untergeordnet werden, noch kann (2.) Effizienz als solche ein Argument in einer grundrechtlichen Debatte sein, sondern muss, soweit objektiv-rechtliche Belange eine Rolle spielen, auf die einzelnen Zwecke, die hinter Effizienz als Zweck/Mittel-Relation stehen, heruntergebrochen werden. (3.) Gibt es strukturelle Ähnlichkeiten zwischen Effizienz und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip. Aufschlussreich ist in beiden Fällen die Reflexion der Maßstabs(un)abhängigkeit. (4.) Sind Grundrechte, soweit sie Handlungen schützen, Optimierungsverbote und gewähren i. d. S. ein Recht auf Ineffizienz.